Prof. Dr. Jürgen Oechsler
Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Skript

zum

Europäischen Kartellrecht

2026

Vorwort

Liebe Studierende,

die Neufassung des Kartellrechtsskripts befindet sich auf dem Stand Januar 2026. Anregungen und Kritik, gern auch einmal eine positive Rückmeldung, senden Sie bitte an

oechsler@uni-mainz.de

Viel Freude und Erfolg im Kartellrecht!

Jürgen Oechsler

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

Inhaltsverzeichnis

A. GRUNDLAGEN **11**

I. Das deutsche Kartellrecht **11**
RG Benrather Tankstelle 11

II. Das europäische Kartellrecht **13**

III. Zur Anwendbarkeit beider Normkomplexe **15**

B. DER WETTBEWERBSBEGRIFF UND SEINE FUNKTIONEN **17**

I. Gründe für den Wettbewerbsschutz **17**

II. Individualistische und wohlfahrtsökonomische Betrachtungsweise **19**

III. Preisbildung und Markt **22**
1. Das Bedarfsmarktkonzept 23
2. Theoretischer Hintergrund der Marktabgrenzung 27
BKA SuperRTL/Nickelodeon 27
3. Räumlich und zeitlich relevanter Markt. 28
4. SSNIP- und SSNDQ-Test als ergänzende Konzepte zur Bestimmung des Marktes 29
EuG Google/Alphabet SSNDQ-Test 29

C. DAS KARTELLVERBOT (ART. 101 AEUV, § 1 GWB) **32**

I. Struktur des Tatbestandes **32**

II. Der Unternehmensbegriff **34**
1. Grundlagen 34
EuGH Fenin 36
2. Die Lehre von der wirtschaftlichen Einheit 37
a) Grundlagen 37
b) Einzelfragen 40
aa) Maßgeblichkeit des Erwerbs von Stimmrechten 40
EuG Goldmann Sachs 40
bb) Zurechnung beim Unternehmenskauf 40
EuGH Skanska - Asphaltmarkt Finnland 40
cc) Absteigende Haftung der Tochter für die Obergesellschaft 41
EuGH Sumal 42
dd) Haftung für Schwesterunternehmen 43
ee) Haftung für Arbeitnehmer und beauftragte Unternehmen 43
EuGH VM Remonts 43
c) Grundsätzlich keine Geltung im GWB und weitere Hinweise 44

III. Vereinbarungen, Beschlüsse, abgestimmte Verhaltensweisen **45**
1. Zweck der drei Tatbestandsvarianten 45
2. Die drei verbotenen Verhaltensweisen 46
a) Vereinbarungen. 46
BGH Teilnehmerdaten V 47
EuGH Super Bock Bebidas I 48
EuGH VW AG 49
b) Beschluss einer Unternehmensvereinigung 50
EuGH Mastercard 51
c) Abgestimmte Verhaltensweise 52

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

EuG BST/Kommission 54
EuG GEMA 54
EuG JP Morgan Chase 55
BGH Gemeinschaftsprogramme 55
EuGH Eturas 56

IV. Wettbewerbsbeschränkung 60
1. Begriff und zugrunde liegende Wertungen 60
2. Konzertierungswirkung und Lehre vom potenziellen Wettbewerb 61
EuGH Generics und Lundbeck I 64
EuGH EDP/MC (Teil 1) 66
3. Wettbewerbsbeschränkung 68
a) Überblick 68
b) Die Lehre von den Nebenabreden im Europäischen Kartellrecht 69
aa) Die Entwicklung der Rechtsprechung 69
bb) Zugrundeliegender Gedanke und Aufbau in der Klausur 71
c) Fallgruppen der Lehre von den Nebenabreden 72
aa) Wettbewerbsverbote beim Unternehmensverkauf oder der Geschäftsraummiete 72
bb) Die Wahrung von Industriestandards. 73
cc) Genossenschaftliche Kooperation, sonstige Kooperationssysteme und Berufsvereinigungen 73
EuGH Gottrup-Klim 73
EuGH EDP/MC (Teil 2) 74
EuGH Wouters 75
dd) Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen 77
EuGH Pronuptia 77
EuGH Remia/Nutricia 78
ee) Sonstige Fallgestaltungen 78
EuG Vivo Brasilien 78
d) Weitere Fragen in Bezug auf die Lehre von den Nebenabreden 79
aa) Abgrenzung der Lehre von den Nebenabreden gegenüber Art. 101 Abs. 3 AEUV 79
bb) Beweislastverteilung nach Art. 2 VO Nr. 1/2003 79
cc) Keine Rule of Reason 80
dd) Abgrenzung gegenüber dem Bezwecken der Wettbewerbsbeschränkung 81
e) Das deutsche Kartellrecht 82
aa) Die Immanenztheorie 82
bb) Der Markterschließungs- und Arbeitsgemeinschaftsgedanke 83
cc) Fehlen eines schutzwürdigen Wettbewerbs 84
dd) Sonstige Bereichsausnahmen? 84
4. Bezwecken oder Bewirken 84
a) Grundlagen 84
b) Das Hardcore-Kartell 85
EuGH Super Bock Bebidas II 85
c) Ersatz für die Lehre von den Nebenabreden 87
aa) Das Problem 87
EuGH Maxima Latvija 87
bb) Anwendung im Zahlungsverkehr 88
EuGH CB 88
EuGH Budapest Bank 89
cc) Fälle aus dem Pharmaziebereich 90
EuGH Generics und Lundbeck II 90
EuGH Biogaran 91
d) Bewirken 91
EuGH KIA Auto 92
5. Das Sportkartellrecht als kartellrechtlicher Sonderbereich 94
a) Parallele Anwendung von Art. 101 und Art. 102 AEUV 94
EuGH European Super League 94
b) Vom Meca-Medina-Test zur bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 AEUV 96
EuGH Meca-Medina 97
EuGH Fifa/BZ 99

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

EuGH ISU 102
OLG Frankfurt Fußballspieler-Vermittlung 102
EuGH Royal Antwerp Football Club 104
c) Kontrolle nach Art. 102 AEUV und § 19 GWB 105
BVerfG, EGMR und BGH Claudia Pechstein 105
EuGH Royal Football Club Seraing 106
OLG Frankfurt Beachvolleyball 107
OLG Düsseldorf Paralympische Zulassungsregeln 107
OLG Düsseldorf Paralympische Winterspiele 108

V. Zwischenstaatlichkeitsklausel 109

VI. Spürbarkeit 111

VII. Marktinformationsverfahren mit Beispielsfall 112
Klausurbeispiel Asnef-Equifax 113
EuGH HSBC 118

D. AUSNAHMEN VOM KARTELLVERBOT 118

I. Art. 101 Abs. 3 AEUV 118
1. Praktischer Anwendungsbereich 118
2. Tatbestandsvoraussetzungen 121
3. Problem: Nachhaltigkeitsvereinbarungen 123
Europäische Kommission AdBlue-Tanks 125
BKartA Mindestpreis für Mangos 126

II. Gruppenfreistellungsverordnungen 126

III. § 2 GWB 127
1. Prinzip und allgemeine Tatbestandsvoraussetzungen 127
2. Absatz 2 127

IV. Mittelstandskartelle (§ 3 GWB) 128

V. Beispielsfall für § 2 Abs. 1 GWB 130
Klausurbeispiel BGH DFB-Pokal 130

E. VERTIKALE WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN 135

I. Horizontale, vertikale Betrachtungsweise 135
EuGH EDP/MC (Teil 3) 136
US Supreme Court Eastman Kodak 137

II. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen 139
1. Positive Wirkungen 139
2. Negative Wirkungen 140

III. Im Einzelnen 141
1. Die Inhaltsbindung 141
2. Ausschließlichkeitsbindungen 143
OLG Düsseldorf Taxivermittlung 144

IV. Die Funktionsweise der Vertikal-GVO (VO (EU) 2022/720) 144
1. Das Verhältnis zur Rechtsprechung des EuGH 144
2. Die Freistellung nach Art. 2 Vertikal-GVO 146
3. Die Marktanteilsschwelle des Art. 3 Vertikal-GVO 148

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

4. Die Kernbeschränkungen des Art. 4 Vertikal-GVO 149
a) Preisbindungen (Art. 4 lit. a Vertikal-GVO) 149
b) Die Verhinderung der wirksamen Nutzung des Internets (Art. 4 lit. e Vertikal-GVO) 150
BGH ASICS 150
c) Gebiets- und Kundengruppenbeschränkungen (Art. 4 lit. b, lit. c (i) und lit. d Vertikal-GVO). 151
EuGH Consten/Grundig 151
d) Weitere Kernbeschränkungen in selektiven Vertriebssystemen (lit. b (ii – iii) 156
5. Sonstige Verbote (Art. 5 Vertikal-GVO) 157

V. Der doppelte Erforderlichkeitstest des EuGH bei selektiven Vertriebssystemen 158
EuGH Coty 159
Autorité de la Concurrence Stihl 162
EuG Uhrenersatzteile 164

VI. Meistbegünstigungs-, Bestpreis- und Paritätsklauseln 164
EuGH und BGH Booking.com 166

F. RECHTSFOLGEN DES VERSTOßES UND ERGÄNZENDE VERBOTE 168

I. Rechtsfolgen und Rechtsbehelfe im europäischen Kartellrecht 168
1. Einleitung eines Verfahrens 168
OLG Düsseldorf Edelstahlkartell 170
2. Rechtsbehelfe, Rechtsmittel und Sonstiges 171
a) Nichtigkeitsklage 171
b) Das Rechtsmittel gegen Entscheidungen des EG 173
c) Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV 173

II. Rechtsfolgen im deutschen Recht 174
1. Allgemeine materielle Rechtsfolgen des Kartellverstoßes 174
2. Insbesondere Schadensersatzansprüche 176
a) Der Grundgedanke des Private Enforcement 176
b) Die Lehre vom Schutzzweck der Norm 177
aa) Rechtsverletzer (Kartellanten) als Aktivlegitimierte 178
bb) Verbraucher 178
cc) Mittelbar Geschädigte 179
EuGH Kone 179
OLG Stuttgart Preisschirm- und Nachlaufeffekte 181
c) Beweisführung (§ 33a Abs. 2 bis 4 GWB) 181
aa) Der haftungsbegründende Schaden 182
BGH Freunde des Schienenverkehrs 182
BGH Schlecker 183
bb) Haftungsausfüllender Schaden 184
LG Berlin Berliner Stadtreinigung 185
BGH Matratzenpreisbrecher 186
d) Follow-on-Klagen 188
BGH Lottoblock II 188
e) Passing-on-Defence (Schadensabwälzung; § 33c GWB) 190
f) Akteneinsichtsrechte und die Behandlung des Kronzeugen 191
EuGH Autoglas 192
g) Verjährung 193
h) Kollektiver Rechtsschutz 193
EuGH ASG 2 (Rundholzkartell) 196
i) Sonstiges 198
3. Deutsche Behörden und Verfahren 198
4. Die Kartellbeschwerde 199
5. Das Bußgeldverfahren 199

III. Ergänzende Verbote im deutschen Recht 200

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

OLG Düsseldorf Preisbindung der zweiten Hand 200

G. MISSBRAUCH EINER MARKTBEHERRSCHENDEN STELLUNG (ART. 102 AEUV, § 19 GWB) 202

I. Allgemeines 202
1. Schutzzwecke 202
2. Zum Verhältnis von deutschem und europäischem Kartellrecht 203

II. Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung 204
1. Unternehmensbegriff 204
EuGH Unilever Italia Speiseeisvertrieb 204
2. Marktmachtkonzept 205
a) Einleitung und neuere Entwicklungen 205
b) Relevante Anteilsschwellen 206
3. Gesamtbetrachtung (Feststellung einer überragenden Marktstellung) 207
a) Marktbezogene Kriterien 207
b) Unternehmensbezogene Kriterien. 208
c) Ausweichkonzepte (§ 18 Abs. 3 Nr. 8 GWB). 209
d) Bilan Économique 210
e) Indirekte Netzwerkeffekte auf mehrseitigen Märkten (Digitalmärkte, § 18 Abs. 2a, Abs. 3a und Abs. 3b GWB) 210
f) Das Verhalten eines Unternehmers als Indikator für eine marktbeherrschende Stellung 211
EuGH Lukoil Bulgaria II 211

III. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung 212
1. Einleitung 212
2. Der Ausbeutungsmissbrauch (Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV, § 19 Abs. 2 Nr. 2 und 3 GWB) 213
a) Preishöhenmissbrauch durch Anbieter und Nachfrager 213
EuGH OSA Urheberrechtsgebühren 216
OLG Düsseldorf Überhöhtes Porto 216
BGH Hochzeitsrabatte I 217
BKA Audible 218
Europäische Kommission Apple Streaming 219
b) Die Weigerung des Nachfragers, überhaupt ein Entgelt zu leisten 219
BGH wilhelm.tel 219
BGH Mobilitätsdienstleister 220
c) Konditionenmissbrauch 221
aa) Grundlagen 221
bb) Problem des qualitativen Ausbeutungsmissbrauchs 221
BGH Facebook – 1. Teil 221
cc) Objektive Zurechnung aufgrund Erfolgskausalität 222
dd) Der spezifische Bezug zur kartellrechtlichen Ordnungsaufgabe 224
BKA – Amazon-AGB 2019 225
ee) Beurteilung nach Art. 102 AEUV 226
EuGH Facebook Datenschutz 227
3. Behinderungsmissbrauch (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, Art. 102 Satz 2 lit. b und d AEUV 227
a) Die Bedeutung der Lehre vom Leistungswettbewerb 227
EuGH Enel 228
b) Dumping, Verkauf unter Einstandspreis 230
Klausurbeispiel Tetra Pak I 230
EuG Qualcomm 234
c) Ausschließlichkeitsbindungen und Treuerabatte 235
EuG Google AdSense 236
EuGH Intel 237
EuGH Hoffmann La Roche 240
EuG Google/Alphabet (Android) - Treuerabatt 241
d) Preis-Kosten-Schere (Margin Squeezing) 241
EuGH TeliaSonera 242

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

EuGH Breitbandmarkt Slowakei II 242
e) Koppelungen (Art. 102 Satz 2 lit. d AEUV, § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB) 243
KG Handpreisauszeichner 243
EuG Google/Alphabet (Android) - Koppelung 244
Klausurbeispiel Tetra Pak II (Koppelung) 246
US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit Microsoft Case 247
f) Missbräuchlicher Abbruch bzw. Verweigerung von Lieferbeziehungen 247
EuGH Commercial Solvents 248
EuGH United Brands 249
g) „Killerakquisitionen": Missbrauch infolge des Erwerbs von Start-ups – Die Towercast-Problematik 250
EuGH Towercast 252
EuGH Continental Can 253
EuGH Illumina/Grail 254
4. Missbrauch auf Digitalmärkten 255
a) Überblick 255
b) Die Essential-Facility-Doktrin 256
US Supreme Court Terminal Railroad 257
EuGH Magill 257
EuGH Oscar Bronner 259
EuGH Breitbandmarkt Slowakei I 260
US Suprime Court Verizon II 261
EuGH Lukoil Bulgaria I 261
c) § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB 263
OLG Koblenz Nürburgring 264
d) Die Microsoft-Entscheidung des EuG als Übergangsfall 264
EuG Microsoft 264
e) Der Plattformbetreiber als Intermediär auf einem mehrseitigen Markt 266
aa) Einleitung 266
bb) Die Lehre vom mehrseitigen Markt 267
U.S. Supreme Court Ohio et al. V. American Express 270
cc) Der mehrseitige Markt im GWB 271
BGH Facebook – 2. Teil 272
BGH Werbeblocker III 276
BGH Whitelisting/Werbeblocker 278
dd) Mehrseitige Märkte im europäischen Kartellrecht 278
EuGH Google Shopping 278
EuGH Google/Enel 285
EU Kommission Google Real Time Bidding/Programmatic Advertising 287
ee) Spezialinstitute der Missbrauchsaufsicht (§ 19a GWB, Digital Markets Act) 288
BGH Überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb, Amazon 289
LG Mainz – Google Android 294
f) Abgrenzung der EFD zu den Fällen der missbräuchlichen Lieferverweigerung 299
Klausurbeispiel BGH Reisestellenkarte 299
5. Sonderform der Essential Facility-Lehre: Die FRAND-Erklärung und der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand im Patentrecht 302
BGH Orange Book 304
EuGH Huawei 305
BGH FRAND-Einwand I 306
BGH FRAND - Einwand II 307

IV. Rechtsfolgen des Missbrauchs 308

H. DAS DISKRIMINIERUNGSVERBOT (§ 19 ABS. 2 NR. 1 ZWEITE VARIANTE UND 20 ABS. 1 GWB) SOWIE DIE SONSTIGEN BEHINDERUNGSVERBOTE DES DEUTSCHEN RECHTS 308

I. Allgemeines 308

II. Tatbestandsvoraussetzungen 309

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

1. Verbotsadressaten 309
BGH Rossignol-Ski 310
2. Die Fallgruppen nach § 20 Abs. 1 Satz 1 und 2 bzw. Abs. 1a GWB 310
a) Sortimentsbedingte Abhängigkeit 310
b) Unternehmensbedingte Abhängigkeit 311
BGH Steinbruch 312
BGH Porsche-Tuning 314
c) Nachfragebedingte Abhängigkeit 315
d) Mangelbedingte Abhängigkeit. 316
e) Abhängigkeit von einem Intermediär im Rahmen eines Netzwerks (§ 20 Abs. 1 Satz 2 GWB) 316
f) Datenbedingte Abhängigkeit (§ 20 Abs. 1a GWB) 317
3. Geschützter Personenkreis im Falle des § 20 Abs. 1 GWB 318
4. Behinderung und Diskriminierung 319
a) Theoretischer Hintergrund 319
b) Konsequenzen für den Klausuraufbau 320
c) Praktische Fälle 321
OLG Düsseldorf Filmwerkstatt Düsseldorf 321
OLG Düsseldorf Lufthansa/Condor 322
BGH Radio Cottbus 323
OLG Dresden Wegenutzungsvertrag 323

III. Rechtsfolge 324

IV. Praktisches Beispiel 324
Klausurbeispiel BGH Parfumdepositär 324

V. Überblick über die sonstigen Behinderungsverbote 328
1. Boykottverbot, § 21 Abs. 1 GWB 328
BGH Matratzenpreisbrecher 328
2. Verdrängungswettbewerb, § 20 Abs. 3 und Abs. 4 GWB 329
3. Verbotene Tipping-Praktiken (§ 20 Abs. 3a GWB) 330
KG Tipping-Gefahr 331
4. Aufnahme in Verbände, § 20 Abs. 5 GWB 333

I. DIE ZUSAMMENSCHLUSSKONTROLLE IM DEUTSCHEM RECHT (§§ 35 FF. GWB) 334

I. Allgemeines 334
U.S. Supreme Court Consolidated Foods 335

II. Der Begriff des Zusammenschlusses (§ 37 GWB) 336
Klausurbeispiel BGH National Geographic I 339

III. Gemeinschaftsunternehmen (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB) 340
BGH Nord-KS 341

IV. Die Umsatzschwellen 342

V. Die Pflicht zur Anmeldung (§ 39 GWB und § 39a GWB) 344

VI. Die Untersagung (§ 36 GWB) 344
BGH Eventim 345
BKA Zusammenschluss FAZ und Frankfurter Rundschau 347

VII. Die Entflechtung nach § 32f Abs. 4 GWB (sog. „New Competition Tool“) 348

K. DIE FUSIONSKONTROLLE DES EUROPÄISCHEN RECHTS 350

I. Die Zusammenschlusskontrolle auf der Grundlage der Art. 101, 102 AEUV **350**

II. Aufgreif- und Eingreifkriterien **352**
1. Aufgreifkriterien 352
2. Eingreifkriterium 352
a) Der SIEC-Test 352
b) Verhaltensbezug, unilaterale Effekte und Oligopoly Blindspot 353
Europäische Kommission T-Mobile Austria/tele.ring 354
EuG Polwax 355
EuGH Hutchison/Telefónica UK 356
c) Kollektive Marktbeherrschung (Airtours-Kriterien) 358
EuG Airtours 358
EuGH Impala 360
Klausurbeispiel EuG TollCollect 360

III. Joint Ventures (Gemeinschaftsunternehmen) **364**
BKA Grillanzünder 366
Klausurbeispiel EuG Endemol 367

IV. Zum Verfahren **372**
EuG Canon/Toshiba Medical Systems 372

V. Anfechtung von Freigabeentscheidungen **374**

VI. Haftung wegen der Entscheidung im Rahmen der Fusionskontrolle **375**
EuG Fusion TNT 375

L. ART. 106 AEUV – ÖFFENTLICHE UNTERNEHMEN **377**

I. Verbot des Absatzes 1 **377**
1. Der Tatbestand 377
2. Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Schaffung kartellrechtlicher Gefährdungslagen 378
EuGH DEI 378
3. Zurechnung staatlicher Maßnahmen gegenüber dem öffentlichen Unternehmen 379
EuGH Krankentransporte 379

II. Rechtfertigung nach Absatz 2 **382**
BGH Pressegrosso 383

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: *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:

RG Benrather Tankstelle
(RGZ 134, 342 – Benrather Tankstelle) Ein Tankstellenbetreiber aus Benrath stellt sich gegen die Preisbindungen eines Kartells aus Mineralölfirmen, indem er selbst niedrige Preise beibehält und dem auf ihn ausgeübten Zwang zur Preiserhöhung nicht nachgibt. Die Kartellanten drängen daraufhin seine Konkurrenten, die Inhaber anderer Tankstellen in Benrath, zu immer drastischeren Preissenkungen, um den widerspenstigen Betreiber zu disziplinieren.

Der Fall verdeutlicht zunächst die Aufgabenstellung des Kartellrechts aus heutiger Sicht. Dieses zielt unmittelbar auf den Schutz der Freiheit des Tankstellenbetreibers, die eigenen Preise ungestört und aufgrund einer eigenen unternehmerischen Entscheidung bilden zu können. Dieser Schutz dient jedoch nicht vorranging den individuellen Interessen des Betreibers, sondern stellt sicher, dass die Verbraucher auf der Marktgegenseite zwischen konkurrierenden Angeboten wählen können. Diese Wahlmöglichkeit erzeugt nämlich Druck, möglichst effizient – dh. zu niedrigen Preisen bei hoher Qualität – anzubieten. Damit wird einer Verschwendung der stets knappen volkswirtschaftlichen Ressourcen vorgebeugt. Denn die Nachfrager müssen nur so viel von ihren Einkommen für den Erwerb des Kraftstoffs aufwenden, wie für dessen Herstellung und Vertrieb unbedingt erforderlich ist. Aus heutiger Sicht stellt daher das gegen diesen Wirkungsmechanismus gerichtete Verhalten des Mineralölkartells einen Aufruf zu einer verbotenen Form des Boykotts (S. 86 und S. 328) bzw. einen rechtswidrigen Verdrängungswettbewerb durch Dumping bzw. den Verkauf unter Einstandspreis (S. 243) dar. 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 entwickelt. Dieses Gutachten (Wettbewerb und Existenzvernichtung, 1930) griff wiederum auf ältere Arbeiten des Nationalökonomen *Werner Sombart* zurück, verengte jedoch deren

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

ursprünglich komplexere Anliegen (dazu *Oechsler*, in: FS Martinek, 2020, S. 543 ff.): Die Vorgehensweise des Mineralölkartells sah *Nipperdey* nämlich als Leistungswettbewerb gerechtfertigt, weil das Kartell auf der Grundlage eines Leistungsmerkmals, des Preises, gegen den widerspenstigen Tankstellenbetreiber vorging (RGZ a.a.O. 353)! Das Reichsgericht folgte dem jedoch nicht, sondern ging von **unlauterem Behinderungswettbewerb** iSd. UWG aus (S. 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 gegenüber der Nachfrageseite 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 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 des GWB.

Das **Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen** (GWB) ist am 1.1.1958 in Kraft getreten. Es ist Ausdruck der grundlegenden Überlegungen der 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 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 vollziehen muss. Dieser Ordnungsrahmen verhindert, dass die Wettbewerbsfreiheit der Beteiligten ausgerechnet in die Beschränkung des Wettbewerbs, 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. 237), um diese dauerhaft an sein Unternehmen zu binden. Ferner bekämpft er seine Konkurrenten mit

Preisen unter den eigenen Gestehungskosten (Dumping; S. 243). Sein Ziel liegt darin, die Konkurrenten dauerhaft vom Markt fernzuhalten. Die U ursprünglich gewährte Freiheit schlägt in ihr Gegenteil um. Das Beispiel steht für die allgegenwärtige **Gefahr, dass die Wettbewerbsfreiheit sich ohne wirksames Kartellrecht selbst abschafft**.

In Anlehnung an Überlegungen des schottischen Nationalökonomen *Adam Smith* funktioniert das Kartellrecht 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 elf Novellen verändert worden. Am nachhaltigsten wurde es durch die siebte Novelle (BT-Drucks. 15/3640) umgestaltet, die das Gesetz den Art. 101 ff. AEUV angepasst hat. Die neunte und zehnte Novelle passte das Gesetz an die Funktionsbedingungen der Digital- und Netzwerkwirtschaft an. Die elfte Norm zieht unter anderem durch die Einführung des New-Competition-Tools (§ 32f GWB) weitere Konsequenzen aus der besonderen Funktionsweise der Digitalmärkte.

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 Art. 85 ff. **EWG-Vertrag von 1957** und waren ursprünglich – wie sich etwa heute noch an Art. 102 Satz 2 lit. b AEUV zeigt – 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 ebenfalls auf wissenschaftlichen Überlegungen der ordoliberalen Schule, die zeitgleich auch in das GWB von 1958 eingeflossen sind. Im Verhältnis beider Gesetzeswerke war die praktische Bedeutung des GWB zunächst erheblich größer. Dieses Verhältnis stellt sich heute gerade anders dar. Im Bereich des Kartellverbots (§§ 1 ff. GWB) und der Missbrauchskontrolle (§ 19 GWB) hat die deutsche Regelung grundsätzlich an Bedeutung verloren. Doch übernehmen immer wieder Regelungen wie § 19a GWB auch eine Vorreiterrolle, der das Europäische Kartellrecht erst nachträglich mit dem Digital Market Act gefolgt ist. Unabhängig von solchen Entwicklungen behalten vor allem das Diskriminierungsverbot der §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 zweiter Fall, 20 Abs. 1 GWB (wegen Art. 3 Abs. 2 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) dauerhaft eigenständige Bedeutung gegenüber dem europäischen Kartellrecht. 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 Art. 101 ff. AEUV wurde in der Folgezeit nicht nennenswert verändert. Die Regelungen selbst erfüllen aber heute andere **Funktionen** als zu ihrem Entstehungszeitpunkt. Sie sind zunächst einer wohlfahrtsökonomischen Betrachtungsweise verpflichtet (dazu noch S. 20). 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 immer spannungsfrei: Ein Zusammenschluss zweier nationaler Unternehmen kann nämlich einerseits die Freiheit des Wettbewerbs gefährden, andererseits aber Integrationseffekte begünstigen, wenn ein sog. „Champion“ auf dem Binnenmarkt entsteht.

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

1. Die Art. 34 ff. AEUV (Warenverkehrsfreiheit) richten sich gegen staatliche Beschränkungen des Wettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten, die nicht durch zwingende Erfordernisse gerechtfertigt sind.
2. Die Art. 101 ff. AEUV, um die es im Vorliegenden geht, sollen verhindern, dass an die Stelle der nach Art. 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. Auf diese Norm wird am Ende der folgenden Darstellung eingegangen.

Ergänzend zu den Art. 101 ff. AEUV tritt **sekundäres Unionsrecht hinzu**:

- Die **VO Nr. 1/2003** regelt das Verfahren in Kartell- und Missbrauchsfällen
- Die **Fusionskontrollverordnung** Nr. 139/2004 betrifft die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.
- Art. 101 Abs. 3 AEUV wird schließlich durch eine Reihe von **Gruppenfreistellungsverordnungen** der Kommission konkretisiert, deren wichtigste die VO (EU) 2022/720 über die Freistellung **vertikaler Vereinbarungen** darstellt.

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

Der Schutzzweck dieser Normen liegt gemäß **Art. 32 lit. b AEUV** in der Entwicklung der Wettbewerbsbedingungen innerhalb der Europäischen Union, soweit dies zu einer Zunahme der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen führt.

III. Zur Anwendbarkeit beider Normkomplexe

1. Im Internationalen Öffentlichen Recht, also soweit es um die Anwendung des Kartellrechts durch Behörden geht, gilt das sog. **Auswirkungsprinzip**: Danach ist das Kartellrecht anwendbar, wenn sich die Wirkungen einer wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme auf einem Markt spürbar ausgewirkt haben, der im räumlichen Geltungsbereich des Kartellrechts liegt. Auf den Sitz der Unternehmen kommt es hingegen nicht an. Dies folgt für das deutsche Recht aus **§ 185 Abs. 2 GWB** und ergibt sich im europäischen Kartellrecht aus der Judikatur des **EuGH**. Das Gericht begründet dieses Prinzip mit der naheliegenden Überlegung, dass ein Unternehmen andernfalls Art. 101 AEUV dadurch umgehen könnte, dass es seinen Sitz an einen Ort außerhalb des Binnenmarktes verlegt, diesen selbst aber in kartellrechtswidriger Weise bearbeitet (EuGH, 6.9.2017 – C-413/14 P - Intel, Rn. 44). Allerdings kommt es darauf an, dass die Auswirkung auf dem Binnenmarkt **spürbar** ist (sog. **qualifiziertes Auswirkungsprinzip**; dazu EuGH aaO. Rn. 45 ff.).

Im Internationalen Privatrecht (IPR), bei dem es um Ansprüche von Privatrechtsträgern (Unternehmern) aus dem Kartellrecht geht (vgl. die §§ 33 ff. GWB), findet das Auswirkungsprinzip in Gestalt der **Marktortregel** des **Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO** Anwendung. Anwendbar ist danach das Kartellrecht, das den betroffenen Markt regelt.

2. Art. 3 VO Nr. 1/2003 regelt das **Verhältnis zum deutschen Kartellrecht.** Die Norm geht auf die vom EuGH entwickelte Lehre vom Vorrang des europäischen Kartellrechts zurück (EuGH, 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. In diesem Zusammenhang sieht **Art. 103 Abs. 2 lit. e AEUV** zunächst die Möglichkeit vor, dass das Verhältnis beider Rechtsordnungen zueinander durch Sekundärrecht geregelt wird. Doch dürften Vorschriften, die aufgrund dieser Regelung ergehen, nach der Rechtsprechung des EuGH nicht die Effektivität der Durchsetzung des Europäischen Kartellrechts und die dadurch geschaffene Einheitlichkeit des Rechtsraums zerstören. Daran knüpft Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

Art. 3 VO Nr. 1/2003 an. Die Norm wird durch die Parallelregel des **§ 22 GWB** im deutschen Recht begleitet.

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 VO Nr. 1/2003, § 22 Abs. 1 GWB). Dasselbe gilt für Art. 102 AEUV (Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO Nr. 1/2003, § 22 Abs. 3 GWB).

(b) Die Anwendung des nationalen Kartellrechts darf jedoch in diesem Fall eine Verhaltensweise nicht verbieten, die nicht gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstößt oder die nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt ist (Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO Nr. 1/2003, § 22 Abs. 1 Satz 1 GWB).

(c) Ist eine Verhaltensweise nach Art. 101 Abs. 1 AEUV verboten und nicht nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt, kommt eine Freistellung aufgrund nationalen Kartellrechts nicht in Betracht. Bedeutsam wird dies vor allem im Falle des **§ 3 GWB** (Freistellung von § 3 artellen), der in Art. 101 Abs. 3 AEUV keine Parallele findet. Die Wirksamkeit der Norm hängt deshalb davon ab, dass sie auf Kartelle mit regionaler, nicht aber zwischenstaatlicher Bedeutung iSd. Art. 101 Abs. 1 AEUV Anwendung findet.

(d) Zur **Unterbindung einseitiger Handlungen können die Mitgliedstaaten hingegen strengere Maßstäbe normieren** (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO Nr. 1/2003; vgl. auch § 22 Abs. 3 GWB). Der Begriff der einseitigen Handlung bezieht sich auf das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (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 dem Marktbeherrscher; denn sein Verhalten wird von Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrolliert. An die Stelle der auf dem Markt stattfindenden Kontrolle durch die Wettbewerber tritt in diesem Fall die Kontrolle durch die Wettbewerbsbehörden. Hier findet das Verbot des Art. 102 AEUV Anwendung, wenn der Binnenmarkt oder ein wesentlicher Teil desselben betroffen ist. Diese Norm ist gem. Art. 3 Abs. 1 Satz 2 VO Nr. 1/2003 auch im deutschen Recht anwendbar (§ 33 Abs. 1 GWB). **Doch darf das nationale Recht im Falle der Missbrauchskontrolle nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO Nr. 1/2003 über das europäische Recht hinausgehen.** Dies eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit,

Missbräuche unterhalb der Schwelle der echten Marktbeherrschung zu bekämpfen. Praktisch führt dies dazu, dass das Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante GWB nicht nur für Marktbeherrscher iSd. § 18 Abs. 1 GWB bzw. Art. 102 Satz 1 AEUV gilt, sondern auch für Unternehmen mit relativer Marktmacht nach § 20 Abs. 1 und Abs. 1a GWB.

Das materielle Recht wird dabei durch das **Verfahrensrecht** begleitet. Dabei gilt im Überblick Folgendes:

(a) Die **Europäische Kommission** wendet das Europäische Kartellrecht auf der Grundlage der VO Nr. 1/2003 an. Wichtige Ermächtigungsgrundlagen stellen Art. 7 dar, der Untersagungsverfügungen erlaubt, und Art. 23 Abs. 2 lit. a, aufgrund dessen Bußgeldbescheide ergehen können.

(b) Das **Bundeskartellamt** wendet das Europäische Kartellrecht auf der Grundlage des GWB an. Untersagungsverfügungen können bei Verstoß gegen Art. 101 und Art. 102 AEUV nach § 32 GWB ergehen, Bußgeldentscheidungen nach §§ 81 ff. GWB.

(c) **Privatrechtsträger**, die Ansprüche aufgrund des Europäischen Kartellrechts geltend machen, gehen nach §§ 33 ff. GWB vor. Sie können vor allem Unterlassung (§ 33 GWB) und Schadensersatz (§ 33a GWB) wegen Verstößen gegen das europäische und deutsche Kartellrecht verlangen. Für Ihre Klagen sind die Landgerichte ausschließlich zuständig (§ 87 GWB).

(d) Werden **Privatrechtsträger** durch die Kartellbehörden herangezogen, stehen ihnen folgende Rechtswege zur Verfügung:

> (aa) **Gegen Entscheidungen des Bundeskartellamts** kann der Betroffene die Beschwerde zum OLG Düsseldorf erheben (§§ 73 ff. GWB). Gegen die Entscheidungen des OLG ist die Rechtsbeschwerde eröffnet (§§ 77 ff. GWB). Gegen Bußgeldbescheide (§ 81 GWB) greift der Rechtsbehelf des § 83 GWB zum OLG Düsseldorf und gegen die Entscheidungen dieses Gerichgs die Rechtsbeschwerde nach § 84 GWB zum BGH.
>
> (bb) **Gegen Entscheidungen der Europäischen Kommission** ist die Nichtigkeitsklage zum EuG eröffnet (S. 171). Gegen diese Entscheidung findet das sog. Rechtsmittel vor dem EuGH statt (S. 173).

B. DER WETTBEWERBSBEGRIFF UND SEINE FUNKTIONEN

I. Gründe für den Wettbewerbsschutz

Eine Reihe von Gründen sprechen für den Schutz des Wettbewerbs als Institution:

- Die Wettbewerbsfreiheit ist zunächst nur eine zentrale Ausprägung der in Art. 1 und 2 GG garantierten allgemeinen Handlungsfreiheit und der 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 ökonomische Machtbildung zu jedem Zeitpunkt heraus und bewirkt so auch eine Kontrolle politischer Konzentration.
- 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) Dabei eröffnet der Wettbewerb eine **komplexe Kommunikation** aller Marktteilnehmer über das Angebot, wobei dem Marktpreis eine Indexwirkung zukommt (*von Hayek*; Näheres dazu S. 23): 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**: Dieser liegt im 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 dabei 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 Euro-Höhe erreichen; die Übersetzung des Rig Veda vom Sanskrit ins Altgriechische trifft hingegen – trotz des intellektuellen Einsatzes – uU. nicht auf eine Marktnachfrage und bleibt deshalb *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 Livestyle-Getränken das Publikum akzeptieren wird. Er muss dabei entscheiden, welche Inhaltsstoffe akzeptiert werden (Zucker, Aufputschmittel, 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-Verfahren heraus,

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

bei dem am Ende das von der Nachfrageseite gewünschte Angebot erfolgreich ist. In der Wertschätzung durch die Nachfrageseite (= Höhe des Preises) spiegelt sich zugleich die Größe der Wertschöpfung. Durch dieses Verfahren ist die Versorgung der Nachfrageseite in individueller Weise möglich und orientiert sich enger am tatsächlich bestehenden Bedarf als dies im Rahmen einer zentralen Planung möglich ist. Dass hierbei neue Werte geschaffen werden, zeigt sich äußerlich an dem Umstand, dass Arbeitsplätze entstehen, Aufträge an Zulieferer erteilt werden, Steuern und Sozialabgaben entrichtet 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.

Aber bereits in den Überlegungen von *Adam Smith* findet sich der Gedanke, dass Wettbewerb zur Selbstzerstörung neigt (Monopolbildung durch extremen Verdrängungswettbewerb). Er bedarf daher der bereits erwähnten „**invisible hand of the law**“ (*E. J. Mestmäcker*, Die unsichtbare Hand des Rechts, 1978). Diese Regelungsidee bezeichnet man als den **Ordnungsgedanken**: Danach gibt das Kartellrecht einen Ordnungsrahmen vor, innerhalb dessen der freie Wettbewerb stattfinden darf (das GWB erscheint danach als **Ordnungsrecht**). Dies entspricht den Vorstellungen der bereits erwähnten **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 im GWB umgesetzt wurden.

Weitergehend als die ordoliberale Schule fordert die sog. **Transaktionskostenanalyse** einen Verzicht des Gesetzgebers und der staatlichen Stellen auf jegliche 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**). In seiner gleichnamigen Schrift hält *Robert H. Bork* dieser Gefahr den sog. **Consumer Welfare Standard** (Paradigma der Konsumentenwohlfahrt) entgegen (The Antitrust Paradox: A Policy in War with itself, 2. Aufl. 1993, Nachdruck 2021, Part 1.2, 46 ff.). Danach bemisst sich die Leistungsfähigkeit des Wettbewerbs an den Ergebnissen, die dieser auf der letzten Marktstufe, den Endverbrauchermärkten. zeitigt. Stehen dort die Preise unter Wettbewerbsdruck und sind entsprechend niedrig, besteht aus kartellrechtlicher Sicht kein Handelsbedarf. In seiner Wirkungsweise erinnert dieser Ansatz an den sog. Shareholder-Value-Ansatz, nach dem sich das pflichtgemäße Wirken der Geschäftsführung innerhalb der Aktiengesellschaft anhand der Höhe der an die Aktionäre ausgeschütteten Dividende bemisst. Die bekanntesten Vertreter dieses Ansatzes 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*).

In den USA gewann jedoch unter der Präsidentschaft von *Joe Biden* die sog. „New Brandeis School" zwischenzeitlich erhebliche Bedeutung. Sie neigte deutlich ordoliberalen Ideen zu (zum Programm *Lina Khan*, Journal of European Law & Practice 9 (2018) No. 3, 131 f.; *Tim Wu*, The Curse of Bigness, 2018, 133 ff. Die Schule trägt den Namen von *Louis Brandeis*, einem Richter am US-Supreme-Court, der durch sein Engagement gegen Monopolbildungen bekannt wurde.). Dies könnte sich unter der neuen Regierung allerdings wieder ändern.

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 entwickelte. Dessen Gegenstand lag in der 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 der freie Wettbewerb ein Mittel zur Integration des Binnenmarktes und hat dort zurückzustehen, wo sich Integrationseffekte ohne Wettbewerb leichter erreichen lassen. Dem entspricht die zurückhaltende Definition des **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.

Für das Verständnis des europäischen Kartellrechts aus Sicht der Europäischen Kommission ist vor allem die wohlfahrtsökonomisch orientierte Lehre vom „**More Economic Approach**“ (MOE) maßgeblich, die erstmals im Weißbuch der Kommission aus dem Jahre 1999 (ABl. EG C 132 v.12.5.1999, Rn. 78) formuliert wurde und später in die Kartellverfahrensverordnung Nr. 1/2003 mündete. Die Europäische Kommission fasst den Kerngedanken in ihrem 30. Wettbewerbsbericht aus dem Jahre 2000 so zusammen:

> „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 zentrale Anwendungsfall liegt in der **Lehre von den Nebenabreden** des EuGH (S. 69): Danach ist eine Freiheitsbeschränkung, die objektiv erforderlich ist, um einen Wertschöpfungsprozess zu ermöglichen, kartellrechtlich nicht verboten. Denn das Kartellrecht zielt auf die Ermöglichung ökonomischer Wertschöpfung und will diese nicht durch einen formalistischen Freiheitsschutz um jeden Preis gefährden. Diese Lehre stellt das Kartellrecht daher unter einem **Wohlfahrtsvorbehalt**: Restriktionen, die wohlfahrtsökonomisch geboten sind, bleiben kartellrechtlich erlaubt. Ein weiteres wichtiges Anwendungsbeispiel für den More Economic Approach stellt der sog. **SIEC-Test** dar, der dem Oligopolproblem des Kartellrechts (Oligopoly Blindspot) vorbeugen soll (S. 354).

Dieser Ansatz führt einerseits zu einer **teleologischen Reduktion kartellrechtlicher Verbote** mit Blick auf die Folgen des Verhaltens der Wettbewerber (**effects based approach**).

Beispiel: Die Industrienorm DIN A4 beruht auf einer Freiheitsbeschränkung zwischen Papierherstellern. Diese verzichten nämlich auf die Möglichkeit, Papier nach unterschiedlichen, den eigenen Vorstellungen entsprechenden Formaten herzustellen. Diese Freiheitsbeschränkung lässt jedoch einheitliche Märkte für Papier und Peripherieprodukte (Tischkopierer, Scanner, Drucker, Briefumschläge) entstehen, bei denen Produkte im Wettbewerb zueinanderstehen. Bestünde die Freiheitsbeschränkung nicht, gäbe es einen eigenen Markt für Laserdrucker des Papierherstellers A usw. Die durch Wettbewerb kontrollierten Wertschöpfungsprozesse auf dem Markt für Laserdrucker fänden nicht in gleicher Weise statt.

Die Freiheit des Wettbewerbs wird dadurch **zunächst ein Mittel zu übergeordneten Zwecken** (z.B. Verbraucherschutz oder Integration des Binnenmarktes) und ist nicht notwendig und stets in ihrem Eigenwert geschützt. Dieser Betrachtungsweise setzt das Kartellrecht jedoch wiederum Schranken. Diese zeigen sich beispielhaft an der Rechtsprechung des EuGH, dass Art. 101 AEUV **keine Rule of Reason** kenne. Praktisch bedeutet dies, dass der Schutz der Wettbewerbsfreiheit nicht hinter anderen

Zielen (Gesundheits-, Umweltschutz) zurücktreten muss oder mit diesen ins Verhältnis gesetzt werden kann (zu dieser Rechtsprechung S. 80). Die Freiheit darf daher nur dort beschränkt werden, wo sie einen *ökonomischen Wertschöpfungsprozess* zwingend ermöglicht. Sie ist jedoch kein Mittel zur Verfolgung allgemeiner politischer Ziele. Deshalb gibt die Wettbewerbsfreiheit den Ordnungsrahmen vor, innerhalb dessen Ziele dieser Art verfolgt werden müssen. Gegenüber solchen Zielverfolgungen hat die Wettbewerbsfreiheit stets **Eigenbedeutung**.

Dies erinnert an eine zentrale Einsicht von ***John Stuart Mill* (1806-1873), On Liberty, 1869**. *Mill* zählt zu den zentralen Vertretern des sog. **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 hinterfragbar und relativierbar ist, weil sie es dem Menschen überhaupt erst ermöglicht, eine Entscheidung darüber zu treffen, was zu seinem individuellen Glück beiträgt und was nicht (Vertiefungshinweis und trotz des Alters immer noch lesenswert: *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, S. 41 ff.).

Auf die praktischen Fragen des Kartellrechts gewendet führt dies zu folgender Einsicht: Die **Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit führt grundsätzlich zu einer Wettbewerbsbeschränkung** iSd. Art. 101 AEUV und § 1 GWB. Nur ausnahmsweise kann die Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit gerechtfertigt sein, wenn sie objektiv erforderlich ist, um einen Wertschöpfungsprozess zu ermöglichen (Lehre von den Nebenabreden).

III. Preisbildung und Markt

Der Marktbegriff ist Tatbestandsvoraussetzung verschiedener Kartellrechtsnormen:

(1) Im Rahmen des Kartellverbots (Art. 101 AEUV, § 1 GWB) handelt es sich um den Ort, auf dem die Freiheit des Wettbewerbs beschränkt wird.

(2) Beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV, § 19 GWB) wird vorausgesetzt, dass der Verbotsadressat einen Markt beherrscht.

(3) Im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle geht es unter anderem darum, das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung zu verhindern (Art. 3 Abs. 1 FKVO, § 36 Abs. 1 GWB).

In diesen drei Fällen wird der Markt einheitlich durch das sog. **Bedarfsmarktkonzept** abgegrenzt.

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 allein unter Zuhilfenahme des Marktpreises verlässlich bewerten, ohne selbst nachvollziehen zu müssen, wie der Preis zustande kam oder wie das Angebot qualitativ beschaffen ist. Denn auf einem funktionierenden Markt darf der Marktteilnehmer 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 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 der Sache entspricht, eindecken kann, um gegenüber den eigenen Käufern erfüllen zu können. Die Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem im Vergleich niedrigeren Einkaufspreis ist sein Gewinn. Diese Art von Geschäften heißen **Arbitragegeschäfte**; der aus ihren resultierende Gewinn **Arbitragegewinn**.

Die von informierten Marktteilnehmern auf diese Weise verursachten Marktreaktionen 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 zunächst folgende 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 befriedigen beide vermeintlich einen an Aktualitäten orientierten Informationsbedarf von Lesern. Doch würden die Leser der Bild-

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

Zeitung auf eine Preiserhöhung nicht mit einer Abwanderung zur FAZ reagieren. Deshalb können beide Produkte nicht einem Markt angehören. Zwischen beiden Produkten fehlt es an der erforderlichen **Substitutionsbeziehung**. 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 diesbezüglich auch von zwei Märkten auszugehen ist.

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 Aufkauf die eigene Stellung im **Lebensmitteleinzelhandel** nicht nennenswert verstärken würde. Das Bundeskartellamt ging jedoch nicht von einem einheitlichen Markt im Lebenseinzelhandel 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 drei Märkte:

- Den Markt für **Vollsortimentsanbieter** (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 radiologische Medizin oder für Pakete aus diesen im Sinne einer

akutstationären Behandlung gibt. Der BGH bejaht das Letztere (BGHZ 175, 333). Dies überzeugt, weil die einzelnen ärztlichen Dienstleistungen regelmäßig ineinandergreifen. Ein auf Augenheilkunde spezialisiertes Krankenhaus würde nicht nachgefragt, wenn eine Diagnose dort nicht durch eine radiologische Untersuchung abgesichert werden könnte.

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 Bedeutung entfaltet. Die betroffenen Unternehmen verteidigen sich daher in einem Rechtsstreit häufig mit einem weiten Verständnis des Marktes und nehmen Substitutionsbeziehungen unter großzügigeren Voraussetzungen an, während die Kartellbehörden ihre Entscheidungen zuvor durch ein engeres Verständnis begründet haben.

Hinzu treten noch **folgende 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 beide Fahrzeugtypen dennoch einem Markt zurechnen, weil diese 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. Die Unterscheidung zwischen Produktdifferenzierungsvorteil und eigenständigem Bedarf fällt jedoch im Einzelfall nicht leicht.

2. Schließlich spielt der **potenzielle Wettbewerb** (S. 61) bzw. das Konzept der **Angebotsumstellungsflexibiltät** (S. 67) bei der Bestimmung des einschlägigen Interaktionsbereichs eine große Rolle. Nach dem Konzept der Angebotsumstellungsflexibilität wird ein Unternehmen als Anbieter auf dem Markt für Herrenschuhe der Größe 44 angesehen, wenn es bislang Herrenschuhe der Größe 43 hergestellt hat. Denn es kann seine Produktion kurzfristig auf die richtige Größe umstellen und damit ein Angebot unterbreiten.
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. Denn in der Gegenleistung, zu deren Leistung sich die Nachfrager bereiterklären, drückt sich der Wert des Angebots aus. Eine **vermeintliche Ausnahme** von diesem Prinzip bringt **§ 18 Abs. 2a GWB**, wonach der Annahme eines Marktes nicht entgegensteht, wenn eine Leistung **unentgeltlich erbracht** wird. Diese Sichtweise begegnet auch in der Auffassung der Kommission im Fall **Google Search (Shopping)**; vgl. dazu S.278). 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 Leistungen verschenkt werden. Ziel der Norm ist vielmehr die Erfassung sog. **Netzwerkeffekte** (§ 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB).

   Beispiel: Der Betreiber eines sozialen Netzwerks lässt Privatnutzer zu diesem ohne Entgelt zu. Dabei kalkuliert er wie folgt: Durch eine hohe Nutzerzahl erzeugt der Betreiber zunächst Aufmerksamkeit für seine Plattform und erhöht damit deren Attraktivität als Ort für Internetwerbung. Denn die an Internetwerbung interessierten Unternehmen sind bereit, dem Betreiber ein Entgelt für den Werbeplatz zu zahlen, das vom sog. „Traffic“ (dh. der von Spezialinstituten gemessen Klickzahl auf seine Internetseite) abhängig ist. Dass in diesem Rahmen gemäß § 18 Abs. 2 GWB die unentgeltliche Gewinnung privater Nutzer als Markt erfasst werden kann, ist daher ein **Mittel zu einem Zweck**: Das BKA kann auf der Grundlage dieser Norm die Machtstellung des Betreibers gegenüber seinen Werbekunden messen. Letztlich zielt diese Vorgehensweise jedoch stets auf den Schutz eines „echten“ Marktes, nämlich auf den Markt für das entgeltliche Angebot von Internetwerbemöglichkeiten. Dort darf der Betreiber seine Machtstellung etwa nicht dazu missbrauchen, von den Werbeinteressenten ausbeuterische Preise zu verlangen (Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV; § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB).

Beachte noch folgende **Überlegungen zur Marktabgrenzung**:

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

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

(3) Der Primärmarkt für die **Erstausstattung** eines Produkts ist vom Sekundärmarkt für Folgeprodukte zu unterscheiden: Bildet der Markt für Mobilfunkgeräte (Handy) den Markt für die Erstausstattung, 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 von 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: in Grenzen beim Mineralöl). Daraus erklärt sich der Marktbegriff: Es handelt sich um einen **juristischen Zweckbegriff**, der es ermöglichen soll, diejenigen Angebote 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. Die praktische Bedeutung veranschaulicht folgender Fall:

BKA SuperRTL/Nickelodeon

(BKA, 13.9.2024 – B6-32/24 – SuperRTL/Nickelodeon) 2024 meldet der zur RTL-Gruppe gehörende Sender SuperRTL (S) beim Bundeskartellamt den Erwerb des in Deutschland betriebenen linearen TV-Angebots von Nickelodeon als Zusammenschluss an. Die Entscheidung nach § 36 Abs. 1 GWB hing von der Frage ab, ob ein eigener Markt für Bewegtbildwerbeflächen für Kinder (= Fernsehwerbung für Kinder) im Alter von drei bis 13 Jahren existiert („Kids Screens"-Werbeflächen). Auf diesem Segment hält S einen Anteil von 60 % über sein Sendeangebot „toggolino", Disney 30 %, Nickelodeon aber einen noch kleineren Anteil. Stellt das Segment einen eigenen Markt dar, würde S die eigene marktbeherrschende Stellung (wird ab 40 % Marktanteil vermutet: § 18 Abs. 4 GWB) durch den Zusammenschluss verstärken. Stellen Fernseh- und Internetwerbung für Kinder jedoch einen einheitlichen, gemeinsamen Markt dar, würden die Anteile von S die kritische Schwelle nicht überschreiten und der Zusammenschluss wäre nicht nach § 36 Abs. 1 GWB verboten.

Das Bundeskartellamt geht in der Tat von einem **eigenen Markt für Fernsehwerbung für Kinder von drei bis 13 Jahren** aus. Die Werbeangebote im Internet rechnet es nicht mit ein, sondern erkennt in diesen einen eigenen Markt. Dies begründet es mit folgenden Überlegungen:

- Der Bedarf der in Bezug auf Kinderwerbung besteht in einem zielgruppengenauen Einsatz des eigenen Werbebudgets. Deshalb gelte es, **Streuverluste** vermeiden. Diese entstehen jedoch, wenn auf Werbeplätzen investiert wird, auf denen auch ältere Verbraucher angesprochen werden. Dies ist bei Kinderfernsehkanälen nicht der Fall, bei Internetwerbung durchaus.
- Die Investition in Werbeanzeigen ist nur dort rentabel, wo Kinder ein Medienangebot aus Sicht der Erziehungsberechtigten auch sicher nutzen dürfen, weil keine Inhalte ausgestrahlt werden dürfen, die für Kinder nicht akzeptabel sind. Dies ist im Internet nicht in gleicher Weise gewährleistet.
- Erziehungsberechtigten tendieren dazu, die Bildschirmzeit für ihre Kinder zu begrenzen und erlauben im Zweifel nur die Nutzung kinderspezifischer Sendeangebote. Deshalb kann die Zielgruppe in Fernsehkinderkanälen sicherer erreicht werden als im Internet.
- Kinder der vorgenannten Altersgruppe sind nicht wie ältere Nutzer in gleicher Weise über Digitalplattformen zu erreichen, weil ihnen nicht die Freiräume und die persönlichen Möglichkeiten (PC) zur Verfügung stehen, im Internet nach Inhalten zu suchen. An diesem Argument erscheinen jedoch bezogen auf die Altersgruppe der 11- bis 13jährigen Zweifel angemeldet.

Nachdem das BKA dem Unternehmen SuperRTL seine Bedenken mitgeteilt hatte, gab dieses sein Vorhaben auf.

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 Art. 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.). Doch gilt dies wiederum (in Grenzen) nicht für Angebote in der englischen Sprache.

Beachtenswert erscheint ferner, dass sich der räumlich relevante Markt im deutschen Kartellrecht nach **§ 18 Abs. 2 GWB nicht notwendig** und in jedem Fall **auf das Gebiet Bundesrepublik Deutschland beschränkt** (BGH 5.10.2004 – KVR 14/03 – Staubsaugerbeutel).

Zeitlich relevante Märkte: Darunter fallen alle Angebote, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums austauschbar sind (Ausnahmefälle). Ein Beispiel liefert die **Filmverwertungskette**, im Rahmen derer das Aufführungsrecht in Lichtspielhäusern (Kinos) auf einem anderen zeitlich relevanten Markt gehandelt wird als das Recht der PayTV-Ausstrahlung usw. Vgl. dazu auch OLG München, 6.2.2025 − 29 U 1716/23 Kart e – Weihnachtsoratorium & Matthäuspassion: Für die Aufführung dieser beiden Chorwerke von J.S. Bach bestehen zeitlich relevante Märkte. Für das Weihnachtsoratorium reicht dieser vom Beginn der Adventszeit bis Epiphanias (6. Januar), für die Matthäuspassion liegt der Markt in der Karwoche bis einschließlich Karfreitag.

4. SSNIP- und SSNDQ-Test als ergänzende Konzepte zur Bestimmung des Marktes

Auf Märkten für digitale Produkte ist das Bedarfsmarktkonzept oft nicht allein geeignet, einen Markt einzugrenzen und die Machtstellung eines Unternehmens zu bestimmen. Hier bedienen sich die Kartellbehörden ökonomischer Denkmodelle, die auf der Annahme rationalen Verhaltens der Beteiligten beruhen.

EuG Google/Alphabet SSNDQ-Test
(EuG, 14.9.2022 – T-604/18 – Google LLC/Alphabet) In dem Verfahren stellte sich die Frage, ob das von Apple entwickelte Betriebssystem IOS und Android einen einheitlichen Markt für Handy-Betriebssysteme bilden. Ein Unterschied zwischen beiden Betriebssystemen liegt äußerlich darin, dass Google nach jeder Neuentwicklung einer Android-Version den Quellcode der zugrunde liegenden Software frei ins Netz stellt und es dadurch Entwicklern ermöglicht, das Betriebssystem an ihre Bedürfnisse anzupassen und Sonderformen von Android (sog. „Forks“) zu entwickeln. Apple hingegen gibt den Quellcode von IOS nicht frei. Wer daher Programme für IOS entwickeln will, muss von Apple entgeltliche Lizenzen erwerben. Wäre IOS als Ausweichprodukt für Android angesehen worden, hätte sich eine marktbeherrschende Stellung von Google nur schwer begründen lassen. Dann wiederum wäre Art. 102 AEUV im Verfahren nicht anwendbar gewesen.

Die Marktabgrenzung nach dem Bedarfsmarktkonzept erfolgt aus Sicht der Nachfrager. Nachfrager für Handy-Betriebssysteme sind nach Auffassung des EuG die Entwickler von Apps für Android bzw. Apple und die Endnutzer dieses Systems (EuG Rn. 141). Deshalb geht es um die Frage, ob diese Nachfrager von Android auf IOS ausweichen würden, wenn sich die Angebotsbedingungen verschlechtern. Da dies in der Praxis bisher nicht tatsächlich in nennenswertem Umfang vorgekommen ist, wendete die Europäische Kommission ein ökonomisches Denkmodell an, den sog. **SSNDQ-Test** (**S**mall but **S**ignificant **N**on-transitory **D**ecrease in **Q**uality"). Die Behörde stellte darin die Frage, ob eine kleine, wenngleich spürbare und nicht nur vorübergehende Qualitätsminderung bei Android zu einer Abwanderung beider Nachfragegruppen auf IOS führen würde (dargestellt bei EuG Rn. 141). Eine Qualitätsminderung, so argumentierte die Europäische Kommission, könnte etwa eintreten, wenn Google die Weiterentwicklung von Android nicht mehr finanziell unterstützen würde (dargestellt bei EuG Rn. 141).

Um die Vorgehensweise der Kommission nachvollziehen zu können, muss man wissen, dass bislang bereits der sog. Preisherabsetzungstest, auch **SSNIP-Test** genannt (**S**mall but **S**ignificant **N**on-transitory **I**ncrease of Price), angewendet wurde. Auch der SSNIP-Test beruht auf einer hypothetischen Überlegung: Danach spricht es für eine fehlende wettbewerbliche Austauschbewegung, wenn eine kleine aber spürbare und nicht nur vorübergehende Preiserhöhung eines Anbieters keine Abwanderung der Nachfrager zu seinen Konkurrenten auslöst (dazu EuG Rn. 177). Der **BGH** (11.12.2018 – KVR 65/17 Rn. 24 sowie BGH 4.3.2018 – KVR 21/07 = BGHZ 176, 1 – Soda Club II Rn. 18) geht davon aus, dass dieser Test für die Marktabgrenzung eine Hilfestellung leisten kann, diese aber nicht vollständig ersetzen darf.

In Sachen „Android" konnte die hypothetische Betrachtungsweise allerdings nicht bei einer Veränderung des Preises der angebotenen Software ansetzen. Denn die Endverbraucher zahlen für die Verwendung dieses Betriebssystems keinen für sie nachvollziehbaren, gesonderten Preis. Auch die Entwickler von Anwendungssoftware für Android erwerben das Betriebssystem Android als Open-Source-Software kostenlos. Deshalb **konnten die Folgen einer Preiserhöhung nicht gemessen werden, wohl aber die Folgen einer Qualitätsveränderung**. Diese Methode erlaubte es der Kommission, im Verfahren die hohe Kundentreue von Android-Nutzern zu berücksichtigen. Nach ihren Analysen bildeten die IOS- und Android-Welt keinen einheitlichen Markt. Das EuG ist der Kommission darin gefolgt (EuG Rn. 186 ff.).

Fazit: SSNIP- und SSNDQ-Test können für sich genommen keine Marktabgrenzung im Einzelfall leisten. Sie erlauben jedoch Kontrollüberlegungen, die bei der Bewertung anderer, für eine Marktabgrenzung sprechender Faktoren Bedeutung erlangen können und in die Gesamtüberlegung miteingehen. Im Verfahren gegen Google bzw. Alphabet führte die Anwendung des SSNDQ-Tests dazu, dass IOS nicht in vollem Umfang als Ausweichprodukt berücksichtigt wurde und Google ua. deswegen eine marktbeherrschende Stellung einnahm, so dass ein Bußgeld in Milliardenhöhe verhängt werden konnte!

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 **Unternehmen** muss eine **verbotene Verhaltensweise** vorgenommen worden sein:

a) Es muss sich um **Unternehmen** handeln

b) Diese müssen eine verbotene Verhaltensweise an den Tag legen.

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

2. Dieser steht eine **Wettbewerbsbeschränkung** gegenüber:

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

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

Hardcore-kartell unterbleiben könne, weil hier die wettbewerbsbeschränkende Wirkung ohnehin auf der Hand liege. Drei Fälle sind in diesem Fall unstreitig:
(1) die Preisabstimmung,
(2) die Angebotsverknappung und
(3) die Marktaufteilung.
Vgl. dazu noch das Tatbestandsmerkmal der „Spürbarkeit“ (S. 85).
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 zuvor freien Verhaltensparameters.

c) Nicht jede Freiheitsbeschränkung stellt aber eine Wettbewerbsbeschränkung dar. Nach der **Lehre von den Nebenabreden** ist eine Freiheitsbeschränkung gerade nicht als Wettbewerbsbeschränkung einzuordnen, wenn sie objektiv erforderlich ist, um einen Wertschöpfungsprozess zu initiieren oder zu erhalten.

3. Bezwecken oder Bewirken
Die verbotene Verhaltensweise muss die Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

4. Im Falle des Art. 101 Abs. 1 AEUV muss es zu einer Berührung des **zwischenstaatlichen Handels** kommen; bei § 1 GWB ist dies gerade nicht der Fall (keine Berührung des zwischenstaatlichen Handels)

5. Spürbarkeit

6. Ausnahme nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. §§ 2 ff. GWB.

Die folgende Darstellung orientiert sich an diesem Aufbau. In einigen Sonderbereichen (zB. Sportkartellrecht, Zahlungsverkehr und Pharmaziebranche) folgt der EuGH einer anderen Struktur, die noch vorgestellt werden wird. In Sachen „Booking.com“ hat er den oben wiedergegebenen

Aufbau jedoch noch einmal als Regelfall bestätigt (EuGH, 19.09.2024 – C-264/23 – Booking.com, Rn. 52 ff.)

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, 23.4.1991 – C-41/90 – Höfner und Elser Rn. 21; EuGH, 16.11.1995 – C-244/94 - Fédération française des sociétés d'assurance u.a., Rn. 14). 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.

Hinweis: Verdeutlichen Sie sich die Wirkungsweise des Unternehmensbegriffs am **Beispiel eines Fußballspiels**. Dort muss der Schiedsrichter das Verhalten aller auf dem Spielfeld agierenden Teilnehmer kontrollieren. Unterläge auch nur ein dort tätiger Spieler dieser Aufsicht nicht, wäre die Funktion des Schiedsrichters gegenstandslos. Deshalb ist der Schiedsrichter für alle auf dem Feld aktiven Spieler zuständig, unabhängig davon, aus welchen Motiven diese agieren, welcher Nationalität sie angehören usw. Auch in der von Anglizismen geprägten Fachsprache des Kartellrechts werden Unternehmen häufig als „**player**“ angesehen. Beeinflussen diese durch ihr Verhalten das Geschehen auf dem „Spielfeld“ des Marktes, muss das Kartellrecht aus sie Anwendung finden, damit der Markt geschützt ist.

Eine Reihe von Tätigkeiten unterfällt dem Unternehmensbegriff jedoch nicht.

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

(2) Das Handeln der **Arbeitnehmer** auf den Arbeitsmärkten wird idR. nicht als unternehmerische Tätigkeit verstanden. Doch erscheint die Rechtslage im sog. **kollektiven Arbeitsrecht** komplexer. Dieses beruht weitgehend auf „Kartellbildung“ im weitesten Sinne: (Arbeitgeberverbände (Kartelle der Arbeitgeber) und Gewerkschaften (Kartelle der Arbeitnehmer) kämpfen um den Inhalt der Tarifverträge, die eigentlich Kartellabsprachen darstellen. Doch verbieten verfassungsrechtliche Vorgaben eine voll umfängliche Kartellrechtskontrolle (Art. 9 Abs. 3 GG, Art. 28 Grundrechtscharta der EU). Allerdings ist der Bereich der **Kartellbildung auf Arbeitgeberseite** nicht ganz dem

Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV entzogen (dazu EuGH, 21.9.1999 – C-67/96 – Albany). Diese dürfen Koalitionen zum Zweck der Tarifverhandlungen schließen, nicht aber heimlich Preisabsprachen untereinander treffen. Eine **Besonderheit der Arbeitsmärkte** liegt ferner darin, dass die Anbieter (die Arbeitnehmer) – wie gerade ausgeführt – keine Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne darstellen. Vielmehr fragen die Arbeitgeber als Unternehmen die Arbeitsleistung der Arbeitnehmer als Produktionsfaktor nach. Dies führt zu einer **spiegelbildlichen Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts** aus Anbietersicht: Weil die Arbeitnehmer als Anbieter vor einer Kartellbildung auf der Arbeitgeberseite geschützt werden müssen, stellt sich deshalb ausnahmsweise die Frage, ob die Arbeitnehmer *als Anbieter* der Nachfrage eines Arbeitgebers ausweichen können oder nicht (dazu *Heinemann* WuW 2020, 371). Schließlich erscheint der Arbeitsmarkt als **Faktormarkt.** Es geht um einen Markt, auf dem sich Nachfrager mit Produktionsfaktoren eindecken, um auf einem nachgelagerten Markt anbieten zu können. **Kartellbildungen auf einem Faktormarkt beeinflussen regelmäßig die Preisbildung auf dem nachgelagerten Markt**.

Beispiel: Die Kaffeeimporteure A, B und C vereinbaren Mindestpreise, die sie den Kaffeeanbauern in Südamerika für Kaffeebohnen zahlen wollen (sog. „**living wages**“). Diese Vereinbarung begünstigt die Anbieter auf dem Faktormarkt für Kaffeebohnen und beruht im Übrigen auf einer freien Entscheidung der dort nachfragenden Kartellanten. Doch lassen sich zugleich auch hier wettbewerbswidrige Effekte beobachten. Denn das Angebot der Kaffeeanbauer steht bis zu einem gewissen Grad nicht mehr unter Preisdruck, was ineffizientes Wirtschaften und damit eine Verschwendung von Ressourcen bewirken kann. Das Preiskartell der Kaffeeimporteure wirkt sich vor allem auch auf den nachgelagerten Märkten gegenüber der **Einzelhandelsstufe und den Endverbrauchern** aus. Denn zu Lasten der dort tätigen Abnehmer wird ein wesentlicher Preisbestandteil des Angebots an Röstkaffee eingefroren, so dass die Preisbildung insoweit keinem Wettbewerbsdruck mehr unterliegt. Deshalb tragen diese Nachfrager die eigentlichen wirtschaftlichen Lasten des Preiskartells. In gleicher Weise betreffen Preisabsprachen auf **Arbeitsmärkten** immer auch die nachgelagerten Märkte, auf denen mit Hilfe der Arbeitskräfte Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt angeboten werden.

(3) Hoheitliches Handeln des Staates (nicht fiskalisches Handeln) fällt nicht unter Art. 101 AEUV und § 1 GWB, z.B. Gefahrenabwehr, Bauplanung usw. Beachten Sie bitte noch, dass für **öffentliche Unternehmen** zusätzlich Art. 106 AEUV gilt (S. 377)!

(4) Die Errichtung oder der Betrieb eines Trägers, der dem **Solidaritätsgrundsatz** verpflichtet ist, fällt ebenfalls nicht unter das Kartellverbot (EuGH, 5.3.2009 – C-350/07-**Kattner Stahlbau GmbH**, Rn 53 ff.). Denn das Unionsrecht lässt den Mitgliedstaaten Freiraum, Systeme sozialer Sicherung zu schaffen. Diese folgen regelmäßig 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 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 die Errichtung eines solchen Systems nicht zu gefährden.

(5) Eine **umstrittene Einschränkung des Unternehmensbegriffs** nimmt der EuGH in folgender Entscheidung vor

EuGH Fenin
(EuGH, 11.7.2006 – C-205/03 P, 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). Die SNS stellt den Zusammenschluss dreier Ministerien der spanischen Regierung dar und finanziert sich durch Sozialversicherungsbeiträge auf Löhne und durch andere staatliche Beiträge. Die Kläger argumentierten, dass die SNS einer normalen Einkaufstätigkeit nachgehe und daher – da es nicht auf ihre Finanzierungsquelle ankomme – ein Unternehmen iSd. funktionalen Begriffs darstelle.

Der EuGH ist dem nicht gefolgt und **verneint die Unternehmenseigenschaft** von SNS. 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 bei einer nachfragenden Einheit 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. Die Motive des Käufers, insbesondere seine Verwendungsabsichten hinsichtlich der Kaufsache, können nicht den Ausschlag für die Einordnung als Unternehmen liefern, weil andernfalls Umgehungen des Art. 101 AEUV zu leicht möglich würden. Das **EuG** geht mittlerweile davon aus, dass ein

Einkaufskartell der Nachfrager, dass auf Senkung der Einkaufspreise für Ethylenprodukte zielt, genauso gefährlich ist wie ein Kartell der Verkäufer (EuG, 18.10.2023 – T 590/20 – Clariant Rn. 73). Eine Rechtfertigung für die Nichtanwendung des Kartellrechts könnte allenfalls deshalb in Betracht kommen, weil SNS dem **Solidaritätsgrundsatz** (S. 35) 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. Ansonsten ist der BGH der FENIN-Entscheidung nicht gefolgt (BGH, 24.1.2017 – KZR 63/14).

2. Die Lehre von der wirtschaftlichen Einheit

a) Grundlagen

Eine weitere Einschränkung des Unternehmensbegriffs ergibt sich in **Konzernfällen**. In einem Konzern werden ein herrschendes Unternehmen und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter einer einheitlichen Leitung zusammengefasst (§ 18 Abs. 1 Satz 1 AktG). Abhängige Unternehmen sind rechtlich selbstständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) einen beherrschenden Einfluss ausübt (§ 17 Abs. 1 AktG). Meist beruht der beherrschende Einfluss des herrschenden Unternehmens auf dem Besitz der Stimmrechtsmehrheit am beherrschten Unternehmen (§ 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 kommt nur eine ***selbstständig* handelnde Einheit** in Betracht, weil nur diese das Marktgeschehen bestimmt. Ein Unternehmen, dessen Geschäftspolitik durch ein anderes gelenkt wird, erscheint hingegen nicht als selbstständiger Akteur, der den Wettbewerb durch seine Entscheidungen beeinflusst. Dieser Gedanke entspricht auch dem aus dem europäischen Kartellrecht stammenden sog. **Selbstständigkeitspostulat** (dazu EuGH, 12.1.2023 − C-883/19 P – HSBC Rn. 113 f.). Es handelt sich um die an die Marktbeteiligten gerichtete Forderung (Postulat), wirtschaftlich eigenständig und nicht im Einvernehmen mit anderen Unternehmen auf dem Markt zu agieren. Fehlt einem Träger jedoch von vornherein die Selbstständigkeit und ist er deshalb nicht **zu einer eigenen Geschäftspolitik fähig**, passt das Kartellverbot auf ihn konsequenterweise 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. Darin liegt kein verbotenes Kartell, weil T gegenüber M kein wirtschaftlich eigenständiges Unternehmen iSd. Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB darstellt. In der Sache geht es eher um eine organisatorische Maßnahme innerhalb des

Unternehmensverbundes, der von M geleitet wird. T wird darin von M **wie eine Betriebsabteilung** geführt.

Dies führt zu folgenden Konsequenzen: Ein Unternehmen, das zu keiner eigenständigen Geschäftspolitik fähig ist, bildet mit dem anderen Unternehmen, das einen beherrschenden Einfluss auf es ausübt, eine sog. wirtschaftliche Einheit (EuGH, 12.7.1984 – C-170/83 – **Hydrotherm** Rn. 11). Auf Vereinbarungen zwischen den Beteiligten einer wirtschaftlichen Einheit findet das Kartellverbot nach Art. 101 AEUV und § 1 GWB keine Anwendung.

Das Vorhandensein einer wirtschaftlichen Einheit betrifft jedoch auch eine **zweite, davon zu unterscheidende Frage**. Bei ihr geht es um die Voraussetzungen, unter denen ein Kartellverstoß des abhängigen Unternehmens (Tochter) der herrschenden Gesellschaft (Mutter) **zugerechnet** werden kann. Besteht zwischen beiden eine wirtschaftliche Einheit, muss es im Ergebnis zu einer solchen Zurechnung kommen. Dafür spricht zunächst folgende **Kontrollüberlegung**: Könnte die Mutter eine von ihr abhängige Tochtergesellschaft als Vehikel mit dem Kartellverstoß beauftragen, wäre es ihr möglich, dem Bußgeld aufgrund eines Kartellverstoßes zu entgehen. Dieses dürfte nämlich nur gegenüber der Tochter ergehen und führte dort zur Insolvenz. Die Mutter könnte hingegen fortbestehen und die Vorteile aus der Kartellbildung weiterhin realisieren.

Eine entsprechende Lücke im deutschen Recht machte sich 2015 der Wurstfabrikant *Tönnies* auf spektakuläre Weise zu Nutze, indem er das Vermögen zweier Tochterunternehmen, die mit einem Bußgeld belegt waren, auf andere Rechtsträger übertrug und die Töchter daraufhin im Handelsregister wegen Vermögenslosigkeit löschen ließ (sog. **„Wurstlücke“**).

Das Kartellverbot darf jedoch nicht durch gesellschaftsrechtliche Gestaltungen umgangen werden. Der EuGH bejaht daher eine Zurechnung innerhalb der **wirtschaftlichen Einheit** (EuGH, 10.9.2009 – C-97/08 P – **Akzo Nobel**, Rn. 58 ff.). Beachten Sie jedoch von vornherein: Diese Lehre gilt (uneingeschränkt) **nur im europäischen Kartellrecht**.

Sie führt im Ergebnis dazu, dass das Verhalten des herrschenden Unternehmens und der von ihm abhängigen beherrschten Unternehmen zusammengerechnet und als **Verhalten eines einzigen Unternehmens iSd. Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst** wird. Der Begriff des Unternehmens in Art. 101 Abs. 1 AEUV ist nämlich nicht gleichzusetzen mit dem eines Rechtsträgers (= natürliche oder juristische Person, also AG, GmbH, Einzelkaufmann).

Kurz zur Vertiefung: Ein Unternehmen besteht aus drei Komponenten: einem Rechtsträger (z.B. einer Aktiengesellschaft, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, einer rechtsfähigen Personengesellschaft, einem Einzelkaufmann usw.), dessen Vermögen (Grundstücke, bewegliche Sachen, Patente, Vermögensanlagen usw.) und der Firma, unter der das Unternehmensvermögen verwaltet wird (§ 17 HGB).

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

Nach den Vorstellungen des EuGH kann **ein Unternehmen auch aus mehreren Rechtsträgern bestehen**, wenn diese eine wirtschaftlichen Einheit bilden. In diesem Fall werden Mutter und Tochter gemeinsam als ein Unternehmen iSd. Art. 101 Abs. 1 AEUV angesehen. Dies führt dazu, dass das Fehlverhalten der Tochter automatisch als Fehlverhalten der Mutter gilt. Vgl. dazu **EuGH**, 17.9. 2015 – C- 597/13 P – **France Total** Rn. 33).

Die zentrale Tatbestandsvoraussetzung der wirtschaftlichen Einheit besteht darin, dass die Tochter **zu keiner eigenständigen Geschäftspolitik in der Lage ist**, sondern dem Weisungsrecht der Mutter unterliegt. Dieses Weisungsrecht beruht im Regelfall auf der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung der Mutter an der Tochter (= Mehrheit der Stimmrechte, verkörpert in Aktien oder Geschäftsanteilen). Die Europäische Kommission und das EuG sowie der EuGH folgen beim Erlass von Bußgeldbescheiden nach Art. 23 Abs. 2 VO Nr. 1/2003 gegen die Beteiligten einer wirtschaftlichen Einheit einer **zweistufigen Vorgehensweise**: Auf der ersten Stufe prüfen sie, welche Gesellschaften der wirtschaftlichen Einheit als einheitlichem Unternehmen angehören. Auf der zweiten Stufe adressieren sie die Bußgeldbescheide an die einzelnen Rechtsträger, die der wirtschaftlichen Einheit angehören.

Das Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit wird ferner **widerleglich vermutet**, wenn die Mutter an der Tochter **100 % der Stimmrechte** hält (sog. **Akzo-Vermutung** nach EuGH, 10.9.2009 – C-97/08 P – Akzo Nobel, Rn 58 bis 60). Dazu der EuGH (17.9.2015 – C- 597/13 P – **France Total** Rn. 36).

Eine **Widerlegung der Akzo-Vermutung** kommt typischerweise bei einer sog. **Holding** in Betracht.

Dabei handelt es sich um eine Gesellschaft, die Geschäftsanteile an anderen Rechtsträgern hält, um diese innerhalb eines Unternehmensverbundes etwa aus steuerrechtlichen Gründen an einem bestimmten Sitzort zu verwalten. Eine Holding dient nur dem „Halten“ der Anteile, hat aber nicht den Zweck, die Geschäftspolitik der Gesellschaften, deren Anteile sie hält, aktiv zu beeinflussen. Hält daher die Holding H 100 % der Stimmrechte an der T AG, kann die Akzo-Vermutung widerlegt werden. Die Stimmrechtsmacht von H hat gerade nicht zur Folge, dass T keine eigenständige Geschäftspolitik verfolgen kann. Die Beweislast für die Voraussetzungen des Kartellverstoßes trägt übrigens nach Art. 2 Satz 1 VO Nr. 1/2003 die Kommission.

Liegen die Voraussetzungen der Akzo-Vermutung nicht vor, muss die Europäische Kommission konkret nachweisen, dass die Tochter gegenüber der Mutter zu **keiner eigenständigen Geschäftspolitik** in der Lage ist, sondern durch die Mutter einheitlich geleitet wird.

Ein Beispiel hierfür liefert die Entscheidung EuGH vom 22.5. 2014 – C-36/12 P – **Armando Alvarez SA**, Rn. 17 f.). Dort beherrschte die Mutter die Tochter zu 98,6 %. Hier wurde die wirtschaftliche Einheit mit dem Umstand begründet, dass Vertreter der Muttergesellschaft laut Proktokoll bei 22 Treffen der Töchter anwesend waren. In eine ähnliche Richtung wiesen ein hoher Beherrschungsgrad durch die Mutter und eine auf dem Markt nachgewiesene einheitliche operative Leitung der Tochter

durch die Mutter als Indizien die Bejahung einer wirtschaftlichen Einheit.
In **EuGH**, 25.3.2021 – C-152/19 P – **Breitbandmarkt Slowakei I** Rn. 72 ff. geht das Gericht von einer wirtschaftlichen Einheit sogar bei einer **Beteiligung** der Mutter an der Tochter von **51 %** aus (Rn. 72 ff.). Es besteht jedoch unter diesen Umständen auf dem konkreten Nachweis, dass die Mutter der Tochter durchweg Weisungen in Bezug auf die Geschäftspolitik erteilt hatte und auch die sonstigen Gesamtumstände den Eindruck nahe legten, dass die Tochter zu keiner eigenständigen Geschäftspolitik in der Lage ist (Rn. 76).

b) Einzelfragen

aa) Maßgeblichkeit des Erwerbs von Stimmrechten

Für die Akzo-Vermutung kommt es weiter darauf an, dass ein Unternehmen 100 % der **stimmberechtigten Aktien** des anderen Unternehmens hält.

Zum Hintergrund: Nach **§ 139 Abs. 1 AktG** kann bei Aktien, die mit einem Vorzug bei der Gewinnverteilung ausgestattet sind, das Stimmrecht ausgeschlossen werden (sog. **Vorzugsaktien**). Dabei handelt es sich aus Sicht des Aktionärs um eine reine Kapitalanlage, die ihm keine aktive Mitwirkung in der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, etwa bei der Wahl des Aufsichtsrats, erlaubt.

EuG Goldmann Sachs
(EuG, 12.7.2018 – T-419/14 – **Goldman Sachs**) Die Investmentbank Goldman Sachs Group, Inc. (GS) hielt für 41 Tage 100 % sämtlicher Aktien an dem Unternehmen Prysmian, später 80 %, aber immer noch 100 % der Aktien, die ein Stimmrecht verliehen. Die übrigen 20 % bestanden zu diesem Zeitpunkt aus Vorzugsaktien ohne Stimmrecht (vgl. noch einmal § 139 Abs. 1 AktG). Prysmian selbst war wiederum in diesem Zeitraum an einem 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 präzisiert das EuG die Akzovermutung so, dass es allein auf das Halten von 100 % der stimmrechtsberechtigten Aktien ankommt. Denn allein diese erlauben es der Muttergesellschaft die Tochter zu kontrollieren (Rn. 52).

bb) Zurechnung beim Unternehmenskauf

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

EuGH Skanska - Asphaltmarkt Finnland
(EuGH, 14.3.2019 – C-724/17 – **Skanska** auch **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 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 von dessen 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. 177) 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.

Das Problem des Falles liegt jedoch in der Frage, ob die Akzo-Vermutung auch dann greift, wenn die hundertprozentige Beteiligung an dem Unternehmen **zeitlich nach Beendigung von dessen Beteiligung am Kartell erworben wird**. Der EuGH bejaht diese Frage und wendet die Lehre von der wirtschaftlichen Einheit auch auf die vorliegende Konstellation an (Rn. 40 ff.). Ausschlaggebend sei der Zweck der Lehre, der auf effektive Durchsetzung des Kartellrechts (Effektivitätsgrundsatz) ziele. 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 auf diese Weise 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. Dennoch überzeugt die Entscheidung. Denn die alte Muttergesellschaft könnte die kartellbedingten Vorteile dadurch realisieren, dass sie ihr Kartellvehikel, die beherrschte Tochter, an einen Erwerbsinteressenten risikolos überträgt. Auch dem Käufer wäre es uU. möglich, die Vorteile der Kartellbeteiligung des erworbenen Unternehmens, die sich in vielfältiger Weise in dessen Vermögen realisieren können, für sich zu nutzen. Dem steht folgendes Prinzip entgegen (Auszug aus den Urteilsgründen):

(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...

cc) Absteigende Haftung der Tochter für die Obergesellschaft

Der EuGH bejaht ferner eine **absteigende Haftung** der Tochter für den Kartellverstoß der Konzernobergesellschaft (Mutter). Tochter und Mutter haften dann für das Bußgeld gesamtschuldnerisch (§ 412 BGB.

EuGH Sumal
(EuGH 6.10.2021 – C-882/19 – Sumal). Das Unternehmen Sumal hatte vom Daimlerkonzern, einem Beteiligten des sog. Lkw-Kartells, Trucks erworben und richtete seine auf Ersatz des kartellbedingten Schadens gerichtete Klage gegen die Mercedes Benz Trucks España, eine spanische Tochtergesellschaft des Daimler-Konzerns.

Gegen die Eigenverantwortlichkeit des Tochterunternehmens lässt sich zunächst einwenden, dass dieses das Verhalten der Obergesellschaft nicht steuern kann. Doch beruht die Lehre von der wirtschaftlichen Einheit nicht auf einer Verantwortung für Verhaltensunrecht, sondern folgt als eine **Zustandshaftung** allein kartellrechtlichen Wertungen. Der EuGH argumentiert dabei zunächst mit den allgemeinen Prinzipien des Kartellschadensersatzrechts.

Dieser beruht auf dem **Effektiviätsgrundsatz** (Rn. 33) sowie dem Gedanken der **Jedermann-Rechtsprechung**, wonach jeder Kartellgeschädigte seine Schäden liquidieren darf (Rn. 34 f.). Der Anspruch verfolgt einen **Abschreckungseffekt** Rolle (Rn. 36) und dient dem **Private-Enforcement** (Rn. 37): Denn seine Geltendmachung leistet einen Beitrag zur effektiven Durchsetzung des Art. 101 AEUV.

Darüber hinaus erscheint es dem EuGH geradezu als Wesen der wirtschaftlichen Einheit, dass sämtliche zu ihr zählenden Träger haften, wenn ein Träger gegen das Kartellrecht verstoßen hat (Rn. 42 ff.). Wenn Mutter und Tochter ein einheitliches Unternehmen bilden, müssen die Beteiligten dieses **Unternehmen** einheitlich für alle Kartellverstöße verantwortlich sein, die allein die Mutter verübt hat. Denn das Tochterunternehmen muss als Teil des betroffenen Unternehmens für die dem Unternehmen zuzurechnende Tat zur Verantwortung gezogen werden können. Dafür sprechen folgende **Schutzzweckbetrachtungen**. Die Mutter darf ihr Vermögen nicht durch Verlagerungen auf einen anderen, mit ihr verbundenen Träger dem Bußgeldzugriff der Kartellbehörden entziehen können. Dies wäre jedoch möglich, wenn ein zum Unternehmen zählender Rechtsträger mangels Eigenbeitrags von der Verantwortlichkeit ausgenommen wäre. Dies würde es den Kartellgeschädigten auch erheblich erschweren, die Verantwortlichkeit innerhalb des Konzerns zu lokalisieren. Denn stets könnte der in Anspruch Genommene dem Schadensersatzanspruch Umstände aus dem Innenverhältnis der Unternehmensgruppe entgegenhalten, die für eine Minderung oder gar ein Fehlen der eigenen Verantwortlichkeit sprächen. In die zugrunde liegenden Sachverhalte hat ein Schadensersatzgläubiger jedoch keinen Einblick, so dass eine effiziente Durchsetzung des Kartellrechts nicht gewährleistet wäre.

dd) Haftung für Schwesterunternehmen

Schließlich haften auch **Schwesterunternehmen innerhalb eines Konzerns** nach der Lehre von der wirtschaftlichen Einheit. In der Entscheidung EuGH, 13.6.2013 – C 511/11– **Versalis** Rn. 53 ff. 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 Mutterunternehmen und die Töchter wurden jedoch als wirtschaftliche Einheit angesehen. Dadurch waren alle drei Beteiligte für sämtliche Verstöße, unabhängig vom jeweils individuellen Tatbeitrag, verantwortlich. Im Ergebnis **haftet dadurch ein Schwesterunternehmen für die Kartellverstöße des anderen**. Dies verhindert, dass die Mutter durch gesellschaftsrechtliche Gestaltung des Kartellverstoßes dem Bußgeld entgehen oder dessen Vollstreckung erschweren kann, weil unklar bleibt, wer zu welchem Zeitpunkt am Kartell beteiligt war.

Hinweis: Vage erinnert die Lehre von der wirtschaftlichen Einheit in dieser besonderen Konstellation an die **Mittäterschaft nach § 830 Abs. 1 Satz 1 BGB bzw. § 25 Abs. 2 StGB**: Um Täter iSd. Kartellrechts zu sein, muss ein an der wirtschaftlichen Einheit beteiligter Träger nicht an allen verbotenen Verhaltensweisen zu jedem Zeitpunkt individuell mitgewirkt haben. Die Tatbeiträge der anderen zur wirtschaftlichen Einheit zählenden Träger können ihm vielmehr so zugerechnet werden, dass sich in seiner Person der Tatbestand des Art. 101 AEUV erfüllt. Im systematischen Vergleich erscheinen die Tatbestandsvoraussetzungen der Zurechnung auf der Grundlage der Lehre von der wirtschaftlichen Einheit jedoch niedrigschwelliger als die Tatherrschaftslehren des Strafrechts, da sie keinen Beteiligungsvorsatz voraussetzen. Beachten Sie jedoch, dass § 830 Abs. 1 Satz 1 BGB und § 25 Abs. 2 StGB als Normen des nationalen Rechts keine authentischen Interpretationshilfen für das höherrangige Unionsrecht liefern.

ee) Haftung für Arbeitnehmer und beauftragte Unternehmen

Im Fall **EuG**, 26.3.2025 − T-441/21 u.a.– **UBS** hatten sich Angestellte diverser Banken (meist verfasst als Aktiengesellschaften des jeweiligen nationalen Gesellschaftsrechts) getroffen, um sich über die Gestaltung der Emissionsbedingungen von Staatsanleihen (European Government Bond) auszutauschen. Das EuG rechnet das Verhalten des einzelnen Angestellten der jeweiligen AG zu, die ihn beschäftigt. Denn beide bildeten eine wirtschaftliche Einheit (Rn. 303). Auch hier greift der Gedanke, dass von zwei Rechtsträgern (AG und Angestellte) einer dem anderen das geschäftliche Verhalten auf dem Markt vorgibt. Denn der AG steht als Arbeitgeberin ein Weisungsrecht gegenüber dem Angestellten nach § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB zu. Daran schließt sich folgender Fall an:

EuGH VM Remonts
(EuGH, 21.7.2016 – C-542/14 – **SIA „VM Remonts“**; dazu *Oechsler* NZKart 2017, 21 ff.) Das lettische Unternehmen Partikas hat dem mit ihr nicht verbundenen juristischen Dienstleister S den

Auftrag erteilt, eine Angebotsunterlage zu erstellen, weil es am Vergabeverfahren einer lettischen Gemeinde teilnehmen wollte. Ohne Wissen der Partikas war S zugleich für zwei ihrer Konkurrenten in diesem Verfahren tätig, die, anders als Partikas, von der Doppeltätigkeit der S wussten. S 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 abstrakt für den Fall, dass Partikas und SIA eine **wirtschaftliche Einheit** bilden. Dies ist **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 bedeutsam erscheint 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 konkrete Verhalten des Dienstleisters dem Auftraggeber Anlass zu Nachforschungen geben muss. Dies wäre etwa der Fall, wenn der Dienstleister seinem Auftraggeber Informationen über das Verhalten seiner Konkurrenten unterbreitet, die einen Kartellverstoß zwischen Dienstleister und Konkurrenten nahelegten. In einem solchen Fall muss sich der Auftraggeber deutlich vom Verhalten des Dienstleisters distanzieren. **Vorsätzliches Verhalten** des Auftraggebers liegt hingegen vor, wenn dieser den Dienstleister mehr oder weniger deutlich dazu anhält, den Kontakt zu den Konkurrenten in der Sache aufzunehmen.

c) Grundsätzlich keine Geltung im GWB und weitere Hinweise

Die Lehre von der wirtschaftlichen Einheit gilt grundsätzlich **nicht bei der Anwendung des GWB.** Der deutsche Gesetzgeber erkennt in der Ordnungswidrigkeit und dem daran anknüpfenden **Bußgeld** eine Strafe, für die der Bestimmtheitsgrundsatz gilt (vgl. dagegen Art. 23 Abs. 5 VO Nr. 1/2003).

Deswegen wird die Haftung innerhalb des Konzerns durch Einzelnormen (etwa § 81b GWB) umschrieben.

Soweit jedoch **Schadensersatzansprüche** nach § 33a Abs. 1 GWB iVm. Art. 101 und Art. 102 AEUV gelend gemacht werden, könnte eine andere Betrachtungsweise nahe liegen. Hier gilt der strafrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz nicht, weshalb Art. 101 und Art. 102 AEUV entsprechend der Rechtsprechung des EuGH angewendet werden müssen. Dies schließt die Lehre von der wirtschaftlichen Einheit mit ein. Zweifel bleiben jedoch, ob dies auch für Schadensersatzansprüche nach § 33a Abs. 1 iVm. §§ 1 und 19 GWB gilt.

Hinweis: Die Lehre von der wirtschaftlichen Einheit gilt auch bei der Anwendung der **DSGVO** (EuGH, 13.2.2025 − C-383/23 – Ilva Datenschutz)

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, mehrseitigen) Verhaltens von sog. **einseitigen Verhaltensweisen** ab (EuGH, Urteil v. 11.9.2014 – C-382/12 P – Mastercard, Rn. 63). Einseitige Verhaltensweisen sind den Wettbewerbern nämlich regelmäßig erlaubt. Im Wettbewerb steht es jedem Teilnehmer frei, unterschiedliche Strategien zu erproben, solange die allgemeinen Regelungen (Strafrecht usw.) nicht überschritten werden. Die Bereitschaft, sich frei zu verhalten und dabei eine Abstimmung mit den Konkurrenten zu unterlassen, ist gerade Gegenstand der Wettbewerbsfreiheit (**Selbstständigkeitspostulat;** S. 37) und Kern des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahrens. Das Kartellrecht kennt allerdings eine zentrale Ausnahme von dieser Regel: Dem **marktbeherrschenden Unternehmen** sind einseitige Verhaltensweisen nur im Rahmen des § 19 GWB und des Art. 102 AEUV erlaubt. Denn das Verhalten dieser Unternehmen ist durch den Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrolliert. Gewährte man auch ihnen unbegrenzte Freiheit, käme es unweigerlich zur Zerstörung der verbleibenden Wettbewerbsstrukturen. Deshalb greift in diesem Spezialbereich die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle. Einseitiges Verhalten, das andere Unternehmen an den Tag legen dürfen (Bsp.: die Koppelung eines Spaghetti-Fertiggerichts mit einer Puccini-CD), ist dem Marktbeherrscher verboten (Art. 102 Satz 2 lit. d AEUV; dazu unten S. 243). 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) **im Einzelfall gerade vorliegt!**

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). Doch lassen sich die Gefahren einseitiger Verhaltensweisen durch eine gegenseitige Abstimmung (Konzertierung) ausschließen.

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

Der Konzertierungseffekt führt nicht nur dazu, dass das Risiko einseitiger unternehmerischer Dispositionen auf dem Markt entfällt, sondern er nimmt der Nachfrage auch die **Ausweichmöglichkeiten und mindert den Wettbewerbsdruck auf der Anbieterseite.** Die zugrunde liegende Freiheitsbeschränkung bedeutet idR auch eine Wettbewerbsbeschränkung.

2. Die drei verbotenen Verhaltensweisen

a) Vereinbarungen.

Bei ihnen tritt der Konzertierungseffekt durch einen **Konsens** ein, also durch eine explizite Willensübereinstimmung. Es versteht sich, dass der Konsens nicht zivilrechtlich wirksam sein muss, denn Art. 101 Abs. 2 AEUV bzw. § 1 GWB iVm. § 134 BGB führen gerade zur Nichtigkeit einer Willensübereinkunft, die gegen das Kartellverbot verstößt. Überhaupt 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 Einordnung (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 daher allein darauf an, dass sich die Beteiligten praktisch effizient untereinander abstimmen.

Deshalb fällt ein sog. Frühstückskartell bzw. ein **Gentlemen's Agreement** unter den Begriff der Vereinbarung. Damit ist der Fall zu verstehen, dass die Wettbewerber sich ein gegenseites Ehrenwort – quasi am Frühstückstisch – geben. Auch wenn dieses wegen Art. 101 Abs. 2 AEUV bzw. § 134 BGB iVm. § 1 GWB nicht rechtlich bindend ist, besteht eine Bindung nach außerrechtlichen, sozialen Verhaltensregeln. („Ehrenwort", „Komment" usw.). Dies genügt bereits.

Auch komplizierte Konsensformen können eine Vereinbarung darstellen. Ein Beispiel liefert der sog. **Sternvertrag**, bei dem sämtliche Beteiligten mit einem Dritten (der kein Konkurrent ist) inhaltsgleiche Vereinbarungen treffen, die mittelbar zu einer expliziten Abstimmung zwischen den Beteiligten („über's Eck") führen.

BGH Teilnehmerdaten V
(**BGH**, 29.1.2019 – KZR 4/17 – **Teilnehmerdaten V**) Verschiedene Verlage schließen mit der Deutschen Telekom (DT) gleichlautende Verträge über die Produktion regionaler Telefonbücher (z.B. Telefonbuch Mainz). 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.

Nach Auffassung des BGH sind „Sternverträge… 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" (Rn. 35).

Der BGH lässt die Frage offen. ob der Sternvertrag eine Vereinbarung zwischen den Verlagen darstellt oder als abgestimmte Verhaltensweise zwischen den Verlagen zu verstehen ist, die durch die Einzelverträge mit der gemeinsamen Anlaufstelle begründet wird. Richtigerweise dürfte von einer multilateralen Vereinbarung unter Einschaltung eines gemeinsamen Interessenwahrers auszugehen sein und damit eher von einer Vereinbarung.

In der Sache hat der BGH den Kartellverstoß übrigens 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). Damit dürfte das Gericht an den sog. Markterschließungsgedanken bzw. die Lehre von den Nebenabreden anknüpfen.

Die Konstellation des Sternvertrags wird auch als **Hub-and-Spoke-Kartell** bezeichnet (Hub = Nabe, Spoke = Speiche eines Wagenrads): Wie die Speichen bei einem Wagenrad hin zur Nabe verlaufen, so münden die Geschäftsbeziehungen der Beteiligten in den Kontakt mit einer gemeinsamen Anlaufstelle. Ein deutliches Zeichen dafür, dass die Summe der Einzelvereinbarungen mit der Anlaufstelle eine Vereinbarung der Beteiligten iSd. Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB darstellt, folgt aus **dem gleichförmigen Inhalt dieser Vereinbarungen** in den für den Wettbewerb zentralen Punkten. Denn die Einheitlichkeit beruht nach der Lebenserfahrung im Zweifel darauf, dass die Wettbewerber über die gemeinsame Anlaufstelle („über's Eck") eine gegenseitige Abstimmung anstreben. 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.).

Ein Grenzfall der Vereinbarung liegt im **Diktat einseitiger Bedingungen durch einen überlegenen Marktpartner**:

EuGH Super Bock Bebidas I
(EuGH, 29.6.2023 − C-211/22 – **Super Bock Bebidas**) Super Bock Bebidas (S) ist ein portugiesisches Unternehmen, das Bier und Erfrischungsgetränke herstellt. Über Vertriebshändler beliefert es Hotels, Restaurants und Cafés in großen Teilen Portugals. Diesen Händlern stellt S AGB, in denen er den Händlern Mindestpreise vorgibt. Eine Reaktion der Händler auf diese AGB ist nicht bekannt. Verstößt S damit gegen Art. 101 AEUV?

Zunächst kann auch die **Stellung von AGB** eine Vereinbarung bedeuten, weil AGB nur dann Vertragsbestandteil werden, wenn die andere Seite mit ihrer Geltung einverstanden ist (für das deutsche Recht: § 305 Abs. 2 BGB). Problematisch war vorliegend jedoch, dass das Einverständnis des Empfängers mit den AGB für die Kartellbehörde nicht nachweisbar war. Nach den Vorstellungen des EuGH kommt auch unter solchen Umständen eine Vereinbarung in Betracht, „wenn die betreffenden Unternehmen ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten" (Rn. 47). Ein einseitiges Verhalten reiche dafür allerdings nicht aus (Rn. 48). Andererseits komme es für ein einseitiges Verhalten nicht allein auf die äußere Form an. Denn ein Verhalten könne auch nur ein **„scheinbar einseitiger Akt"** sein (Rn. 49). Wird in den AGB zu einem Verhalten aufgefordert, dem die andere Seite ausdrücklich oder faktisch zustimmt, liegt darin eine Vereinbarung (Rn. 50). Anhaltspunkte dafür sind Sanktionen, die der Hersteller dem Vertriebshändler bei Nichteinhaltung der Vorgaben androht (Rn. 52). Der Beweis für eine Vereinbarung muss deshalb nicht unmittelbar geführt werden. Vielmehr gebietet der Effektivitätsgrundsatz, dass er auch auf Indizien gestützt werden kann (Rn. 56 f.). Vorliegend wurde

als Indiz gewertet, dass die Betroffenen den AGB nicht widersprochen hatten, sondern ihre Geschäftsbeziehung mit dem Hersteller fortsetzten.

Ähnlich liegt folgender klassischer Fall:

EuGH VW AG
(**EuGH 13.7.2006 – C-74/04 P - VW AG**) Die VW AG unterhält ein europaweites Händlernetz. Durch ein Rundschreiben forderte sie die angeschlossenen Händler auf, keine oder nur beschränkte Preisnachlässe beim Verkauf des VW Passat zu gewähren. Die Kommission verhängte darauf ein Bußgeld gegen die VW AG iHv. 30,96 Mio. €, ohne zu prüfen, ob die Händler der Aufforderung nachgekommen waren.

Das EuG (6.7.2000 – T-62/98) äußerte Zweifel, ob hier nicht eine einseitige Verhaltensweise vorlag. Der EuGH hielt hingegen ein gegenseitiges Verhalten (Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise) für möglich, wenn die Aufforderung im Rahmen einer laufenden Geschäftsbeziehung erfolgt, die durch eine im Voraus getroffene allgemeine Vereinbarung ausgestaltet ist.

Das **deutsche Kartellrecht** erweist sich in diesem Punkt dem europäischen Recht als überlegen. Es kennt eine verbotene einseitige Verhaltensweise, die Lücken dieser Art auffängt. Denn **nach § 21 Abs. 2 GWB** ist der **Kartellzwang** verboten (vgl. dazu etwa BGH 6. 11. 2012 – KZR 13/12). Dabei geht es um den Versuch eines Unternehmens, ein anderes Unternehmen 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 europäische Kartellrecht hinausgehen (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO Nr. 1/2003), ist diese Regelung neben dem europäischen Kartellrecht anwendbar. Im deutschen Recht kann daher die einseitige Druckausübung durch einen überlegenen Marktpartner ohne Systembrüche bewältigt werden.

Schließlich kann sich bei der Gründung eines **Gemeinschaftsunternehmens** die Frage stellen, ob eine Vereinbarung iSd. Art. 101 AEUV zustande kommt. Dabei gründen zwei Muttergesellschaften eine gemeinsame Tochter. Der Gründungsakt beruht auf einem Gesellschaftsvertrag, der eine Vereinbarung iSd. Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB darstellen kann. Gleichzeitig können in diesem Fall auch die Voraussetzungen eines Zusammenschlusses iSd. Art. 3 FKVO bzw. des § 37 GWB vorliegen. Im deutschen Recht sind daher das Kartellverbot und das sog. Eingreifkriterium der Zusammenschlusskontrolle (§ 36 Abs. 1 Satz 1 GWB) nebeneinander anzuwenden (Zweischrankentheorie). Im europäischen Kartellrecht stehen das Kartellverbot (Art. 101 AEUV) und

das Eingreifkriterium (Art. 2 Abs. 3 FKVO) hingegen in einem Alternativverhältnis. Dies führt zu einer zweistufigen Prüfung (dazu noch unter S. 364):

1. Zunächst ist nach Art. 3 Abs. 4 FKVO zu prüfen, ob überhaupt ein Zusammenschluss vorliegt. Dies ist nur der Fall, wenn das Gemeinschaftsunternehmen als Vollfunktionsunternehmen ausgestaltet ist (dazu noch später).
2. Lässt sich der Zusammenschluss bejahen, 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.

Beachten Sie bitte noch Folgendes:

- Die Voraussetzungen einer Einigung sind für die Kartellbehörden häufig schwer beweisbar, weil sie bei Hausdurchsuchungen keine Protokolle über diese vorfinden. Dieser Schwierigkeit begegnet der Gesetzgeber durch den Auffangtatbestand der abgestimmten Verhaltensweise.
- Vermeiden Sie daher bei der Anwendung des Art. 101 AEUV Ausführungen zum **Schweigen im Rechtsverkehr** oder zum Schweigen als Willenserklärung, wenn der Sachverhalt keine Anhaltspunkte für einen echten Konsens zwischen den Beteiligten liefert. Stellen Sie in einem solchen Fall vielmehr fest, dass im Sachverhalt Anhaltspunkte für eine Konsensbildung fehlen, dass diese jedoch auch dahingestellt bleiben kann, wenn die Voraussetzungen einer abgestimmten Verhaltensweise vorliegen.

b) Beschluss einer Unternehmensvereinigung

Der EuGH versteht den Beschluss als **Ausdruck des Willens eines Trägers, das Verhalten seiner Mitglieder zu regeln** (EuGH, 27.1.1987 – 45/85 – Verband der Sachversicherer, Rn. 32). Seinem **Zweck** nach zielt dieses Tatbestandsmerkmal auf **Umgehungsschutz**. Das in Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgesprochene Verbot einer Vereinbarung von Unternehmen darf nicht dadurch umgangen werden, dass sich die Unternehmen in einem ersten Schritt einem Verband als Vereinsmitglieder anschließen und dieser Verband ihnen in einem zweiten Schritt einheitliche Verhaltensvorgaben in Form eines Beschlusses macht. Denn bei funktionaler Betrachtungsweise würde diese zweistufige Vorgehensweise dasselbe bewirken wie eine unmittelbare Vereinbarung zwischen den Beteiligten.

Entsprechend wird auch die **Auslegung** dieses Tatbestandsmerkmals durch eine **funktionale Betrachtungsweise** bestimmt: Es kommt darauf, dass der Träger durch seine Vorgaben ernsthaft auf eine Konzertierung des Mitgliederverhaltens zielt. Ohne Bedeutung ist es hingegen, in welcher Form

dies erfolgt bzw. ob er den Beschluss als verbindlich oder unverbindlich deklariert (vgl. EuGH a.a.O.- Verband der Sachversicherer, Rn 29 ff.). Dies hat folgende Konsequenzen:

(1) Es muss **kein Beschluss** gefasst werden, **der nach den Regeln des Gesellschaftsrechts wirksam** ist bzw. den dortigen Formvorgaben entspricht. Vielmehr 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 Tatbestandsmerkmale** 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 eine tatsächliche Absicht des Trägers, bei seinen Mitgliedern eine Konzertierung einzuleiten, ernsthaft erkennbar wird.

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

(4) Eine Unternehmensvereinigung liegt auch dann vor, wenn **einzelne Mitglieder gerade nicht Unternehmer** iSd. Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB sind. Denn andernfalls könnte die Vereinigung der Anwendung des Kartellverbots durch Aufnahme nicht unternehmerisch organisierter Mitglieder entgehen.

Im folgenden Verfahren führt der EuGH die funktionale Betrachtungsweise allerdings an ihre Grenzen:

EuGH Mastercard

(EuGH, 11.9.2014 – C-382/12 P – **Mastercard**, Rn. 63 ff.) Mastercard, eine amerikanische Aktiengesellschaft, hatte Einzelverträge mit Banken über den Betrieb des Kreditkartengeschäfts geschlossen. Im Wege der Konkretisierung eines Leistungsbestimmungsrechts, das in diesen Einzelverträgen vorgesehen war (im deutschen Recht: § 315 Abs. 1 BGB) hatte Mastercard den Banken dabei einheitliche Interchangegebühren bei der gegenseitigen Abrechnung von Zahlungsvorgängen vorgegeben.

Der EuGH sah Mastercard als Unternehmensvereinigung an, die einen Beschluss über die Interchangegebühren erlassen hatte. Problematisch daran erscheint jedoch, dass die Banken Mastercard nicht als Vereinsmitglieder oder Gesellschafter angehören, sondern eigenständige Unternehmen darstellen und lediglich nach einheitlichen Bedingungen Verträge mit Mastercard über die Teilnahme am Kreditkartensystem geschlossen haben. Darauf kommt es nach dieser bis heute

allerdings vereinzelt gebliebenen Entscheidung jedoch nicht an. Maßgeblich seinen vor allem **zwei Voraussetzungen**:
Erstens genüge die Möglichkeit, dass sich die angeschlossenen Banken über das Unternehmen Mastercard Corporation praktisch koordinieren könnten.
Zweitens komme es darauf an, dass die Mastercard Corporation die Interessen der Banken wahrnehme (Rn. 68).
Die Entscheidung führt zu **Abgrenzungsschwierigkeiten gegenüber den Tatbestandsmerkmalen** der Vereinbarung aber auch der abgestimmten Verhaltensweise. Der EuGH rechtfertigt sie mit der Notwendigkeit einer funktionalen Betrachtungsweise (EuGH Rn. 63): Denn hinge die Anwendung des Tatbestandsmerkmals „Unternehmensvereinigung" von der Wahrung bestimmter Rechtsformen ab, könnte es durch die Wahl einer anderen Rechtsform umgangen werden. Für den Beschluss einer Unternehmensvereinigung dürfte es – im Gegensatz zu einer Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise – daher darauf ankommen, dass **ein Beteiligter in der tatsächlichen Position ist, den anderen Verhaltensvorgaben zu machen.** Kommen die Beteiligten jedoch „auf Augenhöhe" überein, liegt das Tatbestandsmerkmal in seinen Voraussetzungen gerade nicht vor.

Beachte schließlich:
Kartellrechtlich verantwortlich für den Beschluss ist zunächst der **Träger**, der ihn erlässt, aber auch alle **Mitglieder, die ihn befolgen**. Die kartellrechtliche Verantwortlichkeit setzt **nicht** voraus, dass das einzelne Mitglied dem Beschluss **zugestimmt** hat (vgl. dazu EuGH 29.10.1980 – Rs. 209/78 – Landewyck Rn. 90 f.). Andernfalls wäre eine Umgehung des Kartellverbots durch ablehnende Stimmausübung einerseits und praktisches Befolgen andererseits möglich.

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 Unsicherheiten durch eine weniger 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**. Daraus resultiert folgender dreigliedriger Tatbestand

(1) Parallelverhalten

Die Beteiligten müssen auf dem Markt dasselbe tatsächliche Verhalten an den Tag legen (Parallelverhalten). Allerdings ist es den Marktteilnehmern erlaubt, einander zu imitieren. Jeder Unternehmer darf sich also aus freien Stücken parallel zu der Marktstrategie eines anderen verhalten. Wettbewerb verpflichtet nicht zur Entwicklung einer originellen Unternehmensstrategie. Die Verbotsgrenze ist erst dort überschritten, wo das Parallelverhalten durch eine Fühlungnahme verursacht wird.

(2) Fühlungnahme

Das Parallelverhalten muss auf einer Fühlungnahme beruhen. Nach der Rechtsprechung des EuGH (4.6.2009 – C-8/08 – T-Mobile Netherlands BV, Rn. 26) handelt es sich bei der Fühlungnahme 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**. Es geht um die **Überwindung der Risiken einseitigen unternehmerischen Verhaltens** durch eine gegenseitige Abstimmung. Direkt beweisbar ist die Fühlungnahme meist nicht. Doch können **Beweiserleichterungen** an ein länger andauerndes Parallelverhalten bei zentralen Wettbewerbsparametern (Preis) anknüpfen; denn liegt der Preis vergleichsweise hoch, stellt sich die Frage, warum keiner der Konkurrenten versucht hat, durch Preissenkung den Wettbewerbern Marktanteile abzutrotzen. **Allerdings** kann ein oligopolistisch strukturierter Markt (= ein Markt mit wenigen Anbietern) ein Parallelverhalten auch ohne Fühlungnahme begünstigen.

Der **Markt für Mineralöle** liefert dafür ein Beispiel: Da hier nur wenige Konkurrenten im Wettbewerb miteinander stehen und jeder die vom anderen geforderten Preise leicht in Erfahrung bringen kann (Aushang an der Tankstelle, Tankstellen-Apps), ist ein dauerhaftes Parallelverhalten auch ohne Fühlungnahme möglich. Die damit verbundene Möglichkeit, ein hohes Preisniveau zu etablieren, ist aus Verbrauchersicht zwar nicht wünschenswert, dafür aber noch lange nicht verboten. Die Entscheidung der beteiligten Unternehmen, sich keinen Preiswettbewerb zu machen, lässt sich daher auch als ökonomisch rationales einseitige Verhalten aufgrund der besonderen Marktverhältnisse erklären. Den Mineralölkonzernen konnte daher bislang keine abgestimmte Verhaltensweise nachgewiesen werden.

(3) Kausalität der Fühlungnahme für das Parallelverhalten.

Das Parallelverhalten muss **kausal** auf die Fühlungnahme zurückgehen. Dies folgt 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. 113) wird die Kausalität zwischen Fühlungnahme und Parallelverhalten nach der Rechtsprechung des EuGH jedoch **vermutet**. Ein Marktinformationsverfahren beruht zunächst auf dem Austausch von Informationen zwischen den auf einem Markt tätigen Unternehmen. Nach der Lebenserfahrung tauschen die Beteiligten dabei jedoch nur Informationen aus, die für ihr späteres eigenes Marktverhalten auch relevant sind. Dieser Umstand legt es im Zweifel nahe, dass die im Informationsaustausch liegende Fühlungnahme für das spätere Parallelverhalten der Beteiligten kausal geworden ist. Diese Vermutung ist allerdings widerlegbar.

Das Tatbestandsmerkmal der abgestimmten Verhaltensweise wurde seit der maßgeblichen Entscheidung des EuGH in Sachen Niederländische Telekom (EuGH 4. 6. 2009 – C-8/08-**T-Mobile Nederlands BV**) ständig weiterentwickelt. Von Bedeutung sind dabei die sog. „**Konferenzfälle**“.

EuG BST/Kommission
(EuG, 28.4.2010 – T-452/05 – **BST/Kommission**) 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 durch seine Anwesenheit sein Verhalten mit den anderen Unternehmen ab.

Man wird dagegen verschiedene unternehmerische Freiheiten (Verbandsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG bzw. Art. 12 Gr-Ch sowie die Berufungsfreiheit nach Art. 12 GG und Art. 16 Gr-Ch) anführen, die den Besuch von Veranstaltungen der eigenen Berufsorganisation erlauben. Das EuG hält dem jedoch entgegen, dass das Mitglied durch seine widerspruchslose Anwesenheit bei der Erörterung möglicher Kartellabsprachen die anderen Teilnehmer zu diesen ermutigt habe. Der passive Teilnehmer setzt also durch sein Verhalten ein **Signal**, dass den anderen an der Konferenz Beteiligten die Unsicherheiten einseitigen unternehmerischen Verhaltens nimmt. Dies bedeutet nicht, dass der Besuch solcher Tagungen verboten ist. Werden dort jedoch Kartellabsprachen getroffen, muss der Unternehmer sich entweder klar gegen diese aussprechen oder den Tagungsraum verlassen, will er nicht in den Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV geraten.
Allerdings besteht auch hier eine **Grenze der Verantwortlichkeit**:

EuG GEMA
(EuG, 12.4.2013 – T-410/08 – **Gema** Rn. 82 ff., 84) In diesem Fall besucht der Unternehmer eine Konferenz, an der seine Konkurrenten teilnehmen, bei der aber der vermeintliche Kartellgegenstand **nicht zuvor als Tagesordnungsordnungspunkt festgesetzt** ist. Das EuG geht unter diesen Umständen nicht von einer abgestimmten Verhaltensweise aus, wenn der Unternehmer der Veranstaltung lediglich passiv beiwohnt.

Die Praxis reagiert auf diese Rechtsprechung wie folgt:

EuG JP Morgan Chase
(EuG, 20.12.2023 − T-106/17 – JP Morgan Chase & Co.) Mehrere Banken manipulierten durch ihr Verhalten den sog. EIRD (Euro Interest Rate Derivates). Dabei handelt es sich um einen Marktindex, auf den bestimmte Kapitalanlagen (sog. Derivate) Bezug nehmen. Um einer Kartellbuße zu entgehen, veranstalteten die Banken kein gemeinsames Treffen, sondern führten jeweils bilaterale Gespräche, bei denen jeweils nur die Vertreter zweier Banken miteinander sprachen. Die Europäische Kommission erließ gegen diese Banken Bußgeldbescheide wegen der Bildung eines Preiskartells. Die Bankengruppe JP Morgan (B) bestreitet die Teilnahme an dem Kartell. Ihr kann allerdings nachgewiesen werden, dass einer ihrer Vertreter sich mit einem Vertreter der Deutschen Bank (D) traf, die zum genannten Kartell gehörte. Bewiesen ist auch, dass der Vertreter der D durchblicken ließ, dass seine Bank manipulative Angaben zur Beeinflussung des EIRD machen würde. Zur Reaktion des Vertreters von B ist nichts bekannt.

Das EuG ordnet das Verhalten der B als abgestimmte Verhaltensweise ein. Denn die Teilnahme eines Unternehmens an einem Treffen mit wettbewerbswidrigem Zweck begründe eine **Vermutung für die Rechtswidrigkeit der Teilnahme, die durch den Beweis der offenen Distanzierung widerlegt werden müsse** (Rn. 279). Weil der Vertreter von B die manipulative Vorgehensweise der D erkennen konnte (Rn. 286) und seine eigene Bank (B) davon erkennbar profitierte (Rn. 287), setzte er deshalb durch sein Schweigen ein verbotenes Signal. Das EuG knüpft dabei an die **Konferenzfälle** an (Rn. 289). B wendet dagegen ein, dass es anders als in den genannten Fällen **gar nicht zu einer Konferenz gekommen** sei, sondern **nur zu einem bilateralen Treffen** (Rn. 291). Dies lässt das EuG jedoch nicht gelten, da das Preiskartell ebenso aufgrund eines Netzes bilateraler Kontakte zustande kommen könne (Rn. 292). Dafür spricht die für das Kartellrecht zentrale **funktionale Betrachtungsweise:** Die Anwendung kartellrechtlicher Rechtssätze darf nicht daran anknüpfen, dass die Kartellanten bestimmte äußere Formen (hier: eine Konferenz) wählen. Entscheidend ist allein, dass die von ihnen gewählte äußere Form dieselbe Funktion (= Aufgabe) erfüllt, wie eine abgestimmte Verhaltensweise. Dies war wiederum der Fall: Die Kombination der bilateralen Treffen zu einer übergreifenden Abstimmung **erinnert an die Wirkungen eines Sternvertrags**, wo die bilateralen Vereinbarungen von Konkurrenten mit einem zentralen Vertragspartner als Vereinbarung zwischen den Konkurrenten iSd. Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB angesehen werden.

Ein besonderer „Konferenzfall“ lag schließlich dem BGH in folgender Sache vor:

BGH Gemeinschaftsprogramme
(BGH, 12.45.2016 – KZR 31/14 – **Gemeinschaftsprogramme**). Hier trafen sich Vertreter der Landesrundfunkanstalten und der ARD und erörterten unter anderem, dass sie bestimmten Kabelnetzbetreibern künftig kein Entgelt mehr für die Einspeisung von Sendeinhalten zahlen würden. Später kündigten sämtliche Beteiligten innerhalb kürzester Zeit 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 iVm. § 1 GWB für nichtig, weil sich die Konferenzbesucher im Hinblick auf die Kündigung unter Verstoß gegen § 1 GWB abgestimmt hätten (Rn. 42 ff.).

In der Entscheidung in Sachen **Eturas** überträgt der EuGH die Voraussetzungen einer abgestimmten Verhaltensweise erstmals auf die Verhältnisse eines **Internetportals**. Die Entscheidung beinhaltet einige wichtige Erkenntnisse zur **Kartellrechtscompliance** und zur **Distanzierung von einer abgestimmten Verhaltensweise**:

EuGH Eturas
(EuGH, 21.1.2016 – C-74/14 – Eturas) Eturas fungiert als litauisches Internetportal, bei dem sich Reisebüros anmelden und im Anschluss einheitlich ihre Leistungen verkaufen können. Für die Teilnahme schulden die Büros dem Betreiber, der zugleich Systemadministrator ist, 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 später, von der Nachricht des Administrators überhaupt Kenntnis erlangt zu haben; sie hätten diese schlicht nicht gelesen.
Andere Reisebüros hatten dem Administrator geantwortet, dass Sie eine Kontaktaufnahme dieser Art nicht wünschten und an der Meinungsumfrage 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 der Rechtsprechung des EuGH in einem weiteren Fall (EuGH, 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 nehmen. Die einschlägige Tathandlung besteht darin, dass der Kartellant durch sein Verhalten anderen Unternehmen gegenüber Sicherheit vor den Risiken einseitigen Verhaltens auf dem Markt **signalisiert**. Maßgeblich ist dabei das Verständnis der Adressaten. Doch ist dem Kartellanten dies nur **zurechenbar**, wenn er die Bedeutung seines Verhaltens im Außenverhältnis auch erkennen kann. Vorliegend stellt sich daher die Frage, ob dem einzelnen Beteiligten der Erklärungswert seines Schweigens auf die Mail zurechenbar war. Voraussetzung dafür ist, **dass er die elektronische**

Nachricht überhaupt erhalten hatte. Der Zugang der Mails wurde jedoch von einigen Reisebüros bestritten. Fraglich erschien deshalb, **welche Anforderungen an den Beweis des Zugangs und daran anknüpfend der Kenntnisnahme** zu stellen waren. Außerhalb von Art. 2 VO Nr. 1/2003 kennt das europäische Kartellrecht keine Regelung über die Beweislastverteilung und die Beweisführung, so dass 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 um die vorgelagerte Frage ging, 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 schließlich die **Unschuldsvermutung** nach Art. 48 Abs. 1 Charta der Grundrechte der Europäischen Union hinzu.

Aus dem **Effektivitätsgrundsatz** folgt zunächst die Einsicht, dass eine abgestimmte Verhaltensweise in den seltensten Fällen in ihren Voraussetzungen zur vollen Überzeugung eines Gerichts bewiesen werden kann. Immer müssen die Kartellbehörden aus Indizien und Erfahrungssätzen der Lebenswirklichkeit auf ihr Vorhandensein schließen (Rn. 36 f.). Die **Unschuldsvermutung** steht aber der Möglichkeit entgegen, bereits aus der Versendung der elektronischen Nachricht (und der fehlenden Distanzierung der Reisebüros) auf eine abgestimmte Verhaltensweise zu schließen (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 zum Versand) zu bewerten (Rn. 40). Dabei dürfen keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Die Reisebüros müssen belegen können, dass sie die Mail nicht gelesen haben usw. Praktisch verbindet sich damit jedoch eine **hohe kartellrechtliche Compliance-Verantwortung.** Das Unternehmen muss so organisiert sein, dass eingehende E-Mails auf ihre kartellrechtliche Relevanz überprüft werden und dass

unverzüglich eine Distanzierungsmaßnahme im Hinblick auf eine mögliche Kartellabsprache 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 greifen jedoch die Prinzipien der Eturas-Entscheidung, die dem Unternehmen eine ähnliche Verantwortung auferlegen wie die Lehre von der Wissenszusammenrechnung. Ein Appell zur Kartellbildung dürfte daher stets eine bedeutsame Information darstellen, auf die das Unternehmen unter Vermeidung von Organisationsfehlern reagieren muss.

(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 durch eine einschlägige Signalsetzung 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. Denn dergleichen kann praktisch nicht gewährleitet 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.

Beachten Sie bitte noch Folgendes: Hat sich ein Beteiligter (Reisebüro) wirksam von einer möglichen Kartellbildung distanziert, darf er das Kartellverhalten nach diesem Schritt durchaus nachahmen. Denn in der einseitigen Nachahmung liegt dann ein **erlaubtes Parallelverhalten**, das eine einseitige, dem Selbstständigkeitspostulat genügende Verhaltensweise darstellt. Für eine solche Nachahmung spricht auch der weiter unten beschriebene **Preisschirmeffekt** (S. 179): Erhält ein Außenseiter von der Existenz eines Preiskartells auf dem Markt Kenntnis, besteht für ihn ein erheblicher 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 zeitigen wird. Umgekehrt erscheint es aus ökonomischer Sicht für den Außenseiter wenig attraktiv, den Kartellpreis deutlich und dauerhaft zu unterbieten, weil er dann Abwehrreaktionen der Kartellbeteiligten provoziert wie das Beispiel des Benrather Tankstellenfalls zeigt (S. 11)!

(3) Kausalität der Abstimmung für die Verhaltensweise

In Sachen 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).

d) Abgrenzungsschwierigkeiten

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

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 die Abgrenzung zwischen den Verhaltensweisen untereinander im Einzelfall weniger bedeutend als die Abgrenzung zwischen koordinierten und einseitigen Verhaltensweisen insgesamt.

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. mit einem geringeren Grad der Schuld einhergehen.
Für den Beschluss einer Unternehmensvereinigung spricht im Zweifel die im Einzelfall bestehende faktische oder rechtliche Möglichkeit der Unternehmensvereinigung, den angeschlossenen Unternehmen **einseitige Vorgaben** machen zu können. Beim **Sternvertrag (**S. 47) ist es hingegen im Zweifel so, dass die Unternehmen auf den gemeinsamen Träger, mit dem sie jeweils einzeln kontrahiert haben, einen so großen Einfluss ausüben, dass sie sich durch bilaterale Vereinbarungen mit ihm zugleich multilateral konzertieren können: 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 nehmen sich die Beteiligten gegenseitig (aber nicht durch einseitige Vorgaben) die Unsicherheiten einseitiger Verhaltensweisen im Verkehr.

IV. Wettbewerbsbeschränkung

1. Begriff und zugrunde liegende Wertungen

Ausgehend vom Selbstständigkeitspostulat bedeutet grundsätzlich jede Freiheitsbeschränkung auch eine Wettbewerbsbeschränkung oder anders formuliert: Die Wettbewerbsbeschränkung liegt in der **Konzertierung eines zuvor freien unternehmerischen Verhaltensparameters auf dem Markt**.

Ausgehend vom europäischen Kartellrecht, das mittelbar auch die Auslegung des dem Art. 101 AEUV nachgebildeten § 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 (EuGH, 12.1.2023 − C-883/19 P – HSBC Rn. 113 f.).
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 lassen muss. Teilweise wird dieser Vergleich auch als **kontrafaktisches Szenario** bezeichnet: Es findet eine hypothetische Betrachtungsweise Anwendung, im Rahmen derer effizienter Wettbewerb zugrunde gelegt wird.
c) Wettbewerbsfeindlich erscheinen dabei stets die sog. **Kernbeschränkungen** (vor allem Preisabsprachen, Angebotsverknappungen und Marktaufteilungen; vgl. zu diesen und den anderen Formen der Kernbeschränkung noch S. 85). Hier bedarf die Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung häufig keiner umfangreichen Prüfung.

2. Konzertierungswirkung und Lehre vom potenziellen Wettbewerb

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

(a) Die zugrunde liegende Freiheitsbeschränkung setzt denklogisch voraus, dass dem Unternehmer überhaupt **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 Konstellationen dieser Art fehlt es also nicht nur an der Unternehmenseigenschaft (dazu bereits S. 37), sondern auch an einer Freiheitsbeschränkung, die ihrerseits Tatbestandsvoraussetzung einer Wettbewerbsbeschränkung ist.

(b) Besondere Aufmerksamkeit verdient in diesem Zusammenhang das Phänomen des **potenziellen Wettbewerbs**: Ein potenzieller Wettbewerber ist nicht aktuell auf dem Markt als Konkurrent tätig. Er kann jedoch jederzeit auf den Markt vordringen. Stimmt er sein Verhalten mit einem aktuell auf

dem Markt tätigen Verhalten ab, wird auch dadurch die Wettbewerbsfreiheit auf dem Markt eingeschränkt. Denn die Vereinbarung mindert den Wettbewerbsdruck auf dem Markt: Wegen der Fähigkeit des potenziellen Wettbewerbers zum Markteintritt besteht für die dort tätigen Akteure ein Anreiz, dazu durch Unterbreitung effizienter Angebote keine Gelegenheit zu geben. Ihr Verhalten gerät unter Wettbewerbsdruck, die Preise nicht künstlich hoch zu halten, weil sich dann der Marktzutritt für den potenziellen Wettbewerbe lohnt. Den potenziellen Wettbewerber zieht nämlich ein über den Wettbewerbsbedingungen liegendes Preisniveau an, weil er dieses einerseits unterbieten kann und andererseits Raum für die Erzielung eigenen Profits bleibt.

Vgl. zunächst ein **einfaches Beispiel** für potenziellen Wettbewerb:
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 § 1 GWB von einer Vereinbarung zwischen Unternehmern aus, stellt sich die Frage, ob A seine Handlungsfreiheit durch die Vereinbarung einschränkt. Denn durch den Verkauf gibt er sein Unternehmen in Mainz und damit die entsprechenden Verhaltensspielräume auf. Eine Freiheitsbeschränkung kann daher nur bejaht werden, wenn eine erfolgreiche berufliche Rückkehr des A auf den betroffenen Markt wahrscheinlich ist. Lässt sich dies bejahen, ist A potenzieller Wettbewerber. Die Vereinbarung zwischen A und B schränkt dann die Wettbewerbsfreiheit auf dem Markt in Mainz ein.

Der Status eines nicht aktuell auf dem Markt operierenden Unternehmens als **potenzieller Wettbewerber** hängt von objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen ab (grundlegend: *Bain*, Barriers to New Competition, Cambridge/Massachusetts, 1956):
Entscheidend sind zunächst die mit dem Marktzutritt verbundenen **Kostennachteile** (**Marktzutrittsschranken**). In diesem Zusammenhang 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 Fixkostenhürde fällt auf den Märkten wiederum sehr unterschiedlich aus. Wer Speicherchips für Tablet Computer produzieren will, bedarf kostspielig ausgestatteter Fabrikgebäude, muss Patentlizenzen erwerben und teure Fachkräfte einstellen, bevor die erste Einheit verkauft werden kann. Wer eine Software-Applikation für das iPhone (App) entwickelt, braucht nur einen PC, die Lizenz für die Entwicklersoftware von Apple, Zeit und Können. In diesem zweiten Fall sind die Fixkosten also gering. Märkte befinden sich dabei auch in der Entwicklung: Die Fixkostenhürde steigt

häufig mit der Fortentwicklung der Basistechnologie: 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 auf den Newcomer nicht nur als Marktzutrittsschranke, sondern vor allem auch als **Marktaustrittsschranke**. Denn hohe Fixkosten verhindern, dass die Entscheidung über den Marktzugang einfach rückgängig gemacht werden könnte: der finanzielle Verlust wäre zu groß. Dieser Effekt wird vom Interessenten bereits im Vorfeld der Investition vorweggenommen und wirkt sich entsprechend **als Markt*zu*trittsschranke** aus.

Aus diesen Gründen spielt es eine Rolle, ob der Newcomer bereits über eine **Basistechnologie** verfügt, die der auf dem Zielmarkt vorherrschenden **verwandt** ist. Beispiel: Wer Zivilflugzeuge herstellt, ist ein potenzieller Wettbewerber auf dem Markt für Militärflugzeuge. Denn die Etablierung einer entsprechenden Technologie erlaubt es dem Aspiranten, die vglw. hohen Investitionen auf dem Zielmarkt auf sein altes Kerngeschäft 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. Wenn die Konkurrenten auf dem Markt hingegen 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 Marktzutrittsschranke, wie sie von allen Marktteilnehmern erbracht werden müssen, wobei die Vertreter der Schule nicht danach unterscheiden, *zu welchem Zeitpunkt* die Kosten amortisiert werden. 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 Amortisierung der Fixkostenlast einrechnen muss.

Zurück zum einfachen Ausgangsfall: 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 ein Teil der

Kosten variabel ist: Läuft die Fahrschule nicht so gut, kann A einzelne Fahrzeuge verkaufen und dadurch Kostensparen. A ist daher potenzieller Wettbewerber. Es liegt eine Konzertierung zwischen A und B vor.

Der EuGH hat in Sachen **Generics** und **Lundbeck** die Voraussetzungen für potenziellen Wettbewerb auf den wesentlich komplexeren **Märkten für Pharmazieprodukte** konkretisiert (*Oechsler*/*Dörrhöfer* NZKart 2021, 432). Beide Entscheidungen betreffen auch die Frage des **Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung** (S. 90):

EuGH Generics und Lundbeck I
(**EuGH**, 25.3.2021 – C-591/16 P - **Lundbeck**; zuvor EuG, 8.9.2016 – T-472/13 – Lundbeck; ähnlich EuGH, 30.1.2020 − C-307/18 – **Generics**) Dem dänischen Unternehmen Lundbeck (L) war ein sog. Erzeugnispatent auf den Wirkstoff Citalopram erteilt worden (ein Mittel zur Bekämpfung depressiver Erkrankungen). Das Erzeugnispatent verbietet jedermann die Herstellung des Wirkstoffes ohne Erlaubnis von L. Kurz bevor dieser absolute Schutz nach 15 Jahre erlischt, meldet L einige Verfahrenspatente für Citalopram an, die L später auch erteilt werden. Diese Verfahrenspatente schützen nicht die Herstellung des Wirkstoffs als solche, sondern einzelne Verfahren seiner Gewinnung. Auf dieser Grundlage schließt L mit einem Generikahersteller (G), der ein eigenes Präparat auf der Basis des Wirkstoffs Citalopram auf den Markt bringen will, einen Vergleich, durch den L den Marktzugang des G noch einmal um ein Jahr aufschiebt. Dafür leistet L an G eine Ausgleichszahlung in Millionenhöhe, die am entgangenen Gewinn des G orientiert ist.

Es stellte sich die Frage, ob zwischen L und G überhaupt eine Freiheitsbeschränkung auf dem Markt für Psychopharmaka der Citalopram-Klasse vereinbart worden war. G war dort im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht präsent und konnte daher keinen aktuell bestehenden Freiraum für wettbewerbliches Verhalten verlieren. Ein verbotenes Kartell kam daher nur in Betracht, wenn G potenzieller Wettbewerber auf diesem Markt war. Für den EuGH hängt potenzieller Wettbewerb davon ab, dass für ein Unternehmen **tatsächliche und konkrete Möglichkeiten bestehen, auf den Markt vorzudringen** (EuGH Lundbeck Rn. 54 ff.; EuGH Generics Rn. 36 und Rn. 43 ff.): Dabei entscheidet das Gericht **zwei Arten von Kriterien**. Zu den **unternehmensbezogenen Kriterien** zählt es die Fähigkeit und Entschlossenheit des Unternehmens, auf den Markt vorzudringen. In der Entscheidung wurden deshalb vor allem **konkrete Vorbereitungsmaßnahmen** thematisiert, die G im Hinblick auf den Markteintritt getroffen hatte (dazu auch EuGH, 27.6.2024 − C-201/19 P – Perindopril Rn. 80 ff.). Daran zeigt sich, dass in der Rechtsprechung des EuGH zu objektiven Kriterien auch eine **subjektive Tatbestandsvoraussetzung** hinzutritt. Dies überzeugt, weil andernfalls jedes Unternehmen mit hoher Finanzkraft schon deshalb auf Märkten mit niedrigen Marktzutrittsschranken potenzieller Wettbewerber wäre, weil es diese Schranken unter Einsatz seiner Ressourcen überwinden könnte. Geht man jedoch von der Frage aus, ob das Unternehmen aufgrund seiner Ressourcen Wettbewerbsdruck auf den Zielmarkt ausübt, muss es auch auf dessen Bereitschaft ankommen, diese Mittel zu diesem Zweck zu disponieren!

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

Vom EuGH nicht erwähnt, aber dennoch bedenkenswert, erscheint es in diesem Zusammenhang auch, dass G als Generikahersteller über eine **Basistechnologie** verfügt, die es ihm erlaubt, Investitionen im Falle eines Scheiterns des Markteintritts auf die Produktion anderer Medikamente umzulenken. Ferner kann für die Entschlossenheit des marktnahen Unternehmens zum Markteintritt die **Profitabilität des Marktes** ausschlaggebend sein, so dass sich der Kreis zu den einleitend genannten Kriterien für eine Marktzutrittsschranke schließt. Die zweite Voraussetzung erkennt der EuGH in der **Abwesenheit unüberwindlicher Marktzutrittsschranken:** Seine Ausführungen beschränken sich dabei auf die Besonderheiten der Pharmaziemärkte und dort die Wirkungsweise der Patente; die Fixkostenproblematik wird in der Entscheidung nicht thematisiert. So stellt das Gericht fest, dass Verfahrenspatente – anders als Erzeugnispatente – keine unüberwindlichen MZS begründen. Denn stets existiere ein neues technisches Verfahren zur Gewinnung eines Präparats, das von der Gegenseite nicht als Produktionsweg geschützt wird. Zumindest – so wird man den EuGH ergänzen – besteht **eine widerlegliche Vermutung** in diese Richtung, die der Originalpräparatehersteller jedoch widerlegen können muss: Zeigt er nämlich auf, dass das Präparat nur durch einige wenige Verfahren gewonnen werden kann und diese sämtlich für ihn durch Verfahrenspatente geschützt sind, ist auch in diesem Fall der Marktzugang für Drittunternehmen legalerweise nicht möglich. Im Regelfall verleiht das Verfahrenspatent dem Originalpräparatehersteller jedoch keine so stark ausgestaltete wirtschaftliche Position. Durch die klare Unterscheidung zwischen Erzeugnispatenten (unüberwindliche MZS) und Verfahrenspatenten (= grundsätzlich überwindliche MZS) vermeidet der EuGH anders noch als das EuG die problematische **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."

Der Supreme Court schließt aus der Bereitschaft des Patentinhabers zum Vergleichsschluss, dass das Patent schwach bzw. rechtlich angreifbar sein müsse. Damit schränkt er den Gestaltungsspielraum des Patentinhabers unnötig ein. Der EuGH beschreitet in diesem Punkt einen anderen Weg: Er sieht Vergleiche grundsätzlich als zulässiges Gestaltungsmittel des Patentinhabers an. Dafür spricht, dass eine rasche und friedliche Klärung eines Konflikts für beide Beteiligten Rechtssicherheit über bestehende Handlungsspielräume eröffnet und rasch Spielraum für Wertschöpfungsprozesse schafft, die andernfalls langwierig vor Gericht erstritten werden müssten (dazu *Oechsler*/*Dörrhöfer* WuW

2019, 502 ff.). Als entscheidende Hürde im Rahmen des Art. 101 Abs. 1 AEUV sieht der EuGH jedoch die Frage an, ob Vergleichsschlüsse der vorliegenden Art wegen der umgekehrten Ausgleichszahlung (Reverse Payment) eine Marktaufteilung zur Folge haben und damit eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken (dazu noch auf S. 90).

An diese Rechtsprechung knüpft die Definition des potenziellen Wettbewerbers in **Art. 1 lit. c zweiter Halbsatz Vertikal-GVO (EU) 2022/720** an. Die VO versteht darunter „ein Unternehmen, bei dem realistisch und nicht nur hypothetisch davon ausgegangen werden kann, dass es ohne die vertikale Vereinbarung wahrscheinlich innerhalb kurzer Zeit die zusätzlichen Investitionen tätigen oder andere Kosten auf sich nehmen würde, die erforderlich wären, um in den relevanten Markt einzutreten“.

In einer später ergangenen Entscheidung stellt der EuGH auf einen **Erfahrungssatz** ab:

EuGH EDP/MC (Teil 1)
(EuGH 26.10.2023 – C-331/21 – EDP/MC) Das in Portugal im Bereich der Energieversorgung mit Niedrigspannungsstrom tätige Unternehmen EDC und das ebenfalls dort im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels operierende Unternehmen MC vereinbaren den Absatz ihrer Produkte bzw. Dienstleistungen gegenseitig zu fördern. Zu diesem Zweck wollen beide Unternehmen zunächst die Rabattkarten des jeweils anderen anerkennen. Erwirbt ein Kunde daher Produkte von MC, kann er die dabei erlangten Preisnachlässe später auch geltend machen, wenn er eine Leistung von EDP bezahlt. Dies gilt auch umgekehrt. Für die Kosten der Rabattgewährung kommt nach der Vereinbarung allein EDP auf. MC ist im Übrigen vielfältig tätig und gehört einem Unternehmensverbund an, der zumindest in der Vergangenheit auch im Stromgeschäft tätig war. Beide Parteien vereinbaren daher, einander für zwei Jahre im Bereich der Niedrig-, Mittel- und Hochspannungsstroms keinen Wettbewerb zu machen.

Wie in den Fällen des „Pay for delay“ stellt sich die Frage, ob die Kostenübernahme in Bezug auf die Rabattaktion nicht eine Zahlung von EDP an MC darstellt, um MC vom Markteintritt fernzuhalten. Dies ist nach Art. 101 Abs. 1 AEUV dann verboten, wenn zwischen beiden Unternehmen potenzieller Wettbewerb iSd. Art. 101 Abs. 1 AEUV besteht. Dies hängt für den EuGH davon ab, dass wirkliche und konkrete Möglichkeiten für den Markteintritt bestehen (Rn. 60). Entscheidend sind dabei tatsächliche Umstände, die sich aus der Struktur des Marktes ergeben (Rn. 63). Als Indiz für potenziellen Wettbewerb sieht es der EuGH an, dass EDP als auf dem Markt ansässiges Unternehmen mit dem MC eine Vereinbarung schließt, die MC gerade vom Markt fernhalten soll (Rn. 71). Offensichtlich gehen die Beteiligten aufgrund ihrer Branchenerfahrung selbst von einer Marktzutrittschance von MC aus. Dieser Eindruck wird durch die vormaligen Aktivitäten der Unternehmensgruppe, der MC angehört, bestätigt (Rn. 73). Das Gericht geht daher von potenziellem Wettbewerb aus. Vgl. jetzt auch die Entscheidung EuGH, 23.10.2025 − C-2/24 P – Teva/Cephalon.

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 Angebotsumstellungsflexiblität verfügen. Vgl. dazu die Entscheidung BGH NJW 2007, 1823-**National Geographic II** im Wortlaut:

(Rn. 19) „Der Rechtsbeschwerde ist allerdings einzuräumen, dass das allein auf das Nachfrageverhalten der Marktgegenseite abstellende **Bedarfsmarktkonzept 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, ABlEG 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 Bedarfsmarktkonzept 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 Rn 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 vorgetragenen 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 zu den Anbietern auf dem aktuellen Markt gerechnet wird. Sie werden 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 wahrscheinlich.

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

3. 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 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 erst entsteht: Denn die Normierung lässt erst Produkte entstehen, die miteinander vergleichbar sind und als Substitute für die Befriedigung des Bedarfs der Nachfrager in Betracht kommen. Dieser in wettbewerblicher Hinsicht grundsätzlich positive Effekt beeinflusst auch die vor- und 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. 274). Der Grund dafür liegt auf der Hand: Den Drucker kann der Nachfrager nicht sofort wieder austauschen, wenn die Preise für das

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

entsprechende Druckerpapier steigen. Dafür sind die mit der Anschaffung verbundenen Investitionskosten zu hoch.
Ein Normen- und Typenkartell mag daher eine Konzertierung (Freiheitsbeschränkung) beinhalten; es kann jedoch nicht wegen seiner wettbewerbsbeschränkenden Wirkung verboten sein.

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

Um diesen Rechtssatz 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 danach so:

(1) Bei der Prüfung einer Wettbewerbsbeschränkung unterscheidet man zwischen der Freiheitsbeschränkung und der Wettbewerbsbeschränkung. Eine Wettbewerbsbeschränkung ist aber zu verneinen, wenn die Freiheitsbeschränkung objektiv erforderlich 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 (dazu im Folgenden).

(2) In einigen Teilbereichen des Kartellrechts geht der EuGH unter denselben Sachvoraussetzungen davon aus, dass die Wettbewerbsbeschränkung **nicht iSd. Art. 101 Abs. 1 AEUV bezweckt wird.** Üblich ist dies bei Kartellen im Zahlungsverkehr und für für pharmazeutische Produkte (vgl. das Kapitel zum Bezwecken der Wettbewerbsbeschränkung). Seit Ende 2023 ist das Sportkartellrecht als weiterer Anwendungsbereich hinzugetreten (vgl. das Kapitel zum Sportkartellrecht).

b) Die Lehre von den Nebenabreden im Europäischen Kartellrecht

aa) Die Entwicklung der Rechtsprechung

Spätestens seit der Entscheidung in **Sachen Metro** (EuGH, 25.10.1977 - C-26/76, Slg. 1977, 1875 – Metro SB-Großmärkte, Rn. 21; wichtig auch: EuGH 11.7.1985 – 42/84 – Remia/Nutricia Rn. 19 f.; in EuGH, 11.9.2014 – C 382/12-P - Mastercard, Rn. 89 ff. unter Rn. 94 ausdrücklich als **„Lehre von den Nebenabreden“** bezeichnet) entspricht es der Rechtsprechung des EuGH, 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**.

An dieser Lehre hält der EuGH nach den Entscheidungen der Großen Kammer im Sportkartellrecht vom Dezember 2023 fest (EuGH, 19.09.2024 – C-264/23 – Booking.com, Rn. 52 ff.). Den Kerngedanken bringt die Metro-Entscheidung so zum Ausdruck:

(Rn. 21)„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 ein **wohlfahrtsökonomisches Verständnis** des Wettbewerbs. Wettbewerbsfreiheit wird danach nicht um ihrer selbst willen geschützt, sondern um bestimmte Verteilungsergebnisse auf dem Markt zu erzielen. Vor allem dort, wo eine Freiheitsbeschränkung objektiv erforderlich ist, um einen Wertschöpfungsprozess zu ermöglichen oder aufrechtzuerhalten, kann sie nach der Zwecksetzung des Europäischen Kartellrechts keine Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Darin liegt auch der Kern des von der Europäischen Kommission seit 2001 befürworteten sog. **More Economic Approach** (vgl. bereits S. 21, wo dieses Zitat bereits wiedergegeben wurde):

„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 unter den Begriff der **Lehre von den Nebenabreden** (EuGH, 11.9.2014 – C-382/12 P - Mastercard Rn. 89 ff.):

„(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).“

Beachten Sie bitte, dass auch **wettbewerblich neutrale Maßnahmen** freigestellt sind! Diese liegen vor, wenn die Konzertierung keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt, sondern der Markt sich von der Konzertierung unbeeinflusst weiterentwickelt. 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.“

bb) Zugrundeliegender Gedanke und Aufbau in der Klausur

Der Lehre von den Nebenabreden liegen zwei rechtliche Überlegungen zugrunde

1. Der **Markterschließungsgedanke**: Ist eine Konzertierung objektiv erforderlich, um einen neuen Markt entstehen zu lassen 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. Die Lehre impliziert ferner die Möglichkeit, **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.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich folgender dreistufiger Aufbau bei der **Prüfung einer Wettbewerbsbeschränkung**:

(1) Diese bezieht sich auf einen zunächst näher zu konkretisierenden Markt.

(2) Dort schränkt sie die Wettbewerbsfreiheit der Beteiligten ein.

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

(3) Dies ist jedoch hinzunehmen, wenn die Freiheitsbeschränkung den Voraussetzungen der Lehre von den Nebenabreden genügt und daher keine Wettbewerbsbeschränkung iSd. Art. 101 AEUV darstellt.

Für die Prüfung der Lehre von den Nebenabreden ergibt sich folgende Struktur:
(1) Geschützt sind **ökonomische Wertschöpfungsprozesse**, die der EuGH als legale Hauptabreden bezeichnet. In dieser Terminologie sollten Sie zunächst stets in einer Klausur argumentieren, dabei aber das wohlfahrtsökonomische Ziel des Kartellrechts herausarbeiten: Die Freiheit wird nicht als solche geschützt, sondern nur wegen der mit ihr verbundenen Wohlfahrtsfunktionen usw.

(2) Eine Freiheitsbeschränkung die **objektiv erforderlich** ist, um einen Wertschöpfungsprozess (eine Wohlfahrtsfunktion) zu erhalten oder entstehen zu lassen, stellt keine Freiheitsbeschränkung dar. Dabei kommt es auf das „Ob“: Ohne die Freiheitsbeschränkung darf die erstrebte Wohlfahrtsfunktion nicht eintreten. Erste muss auch das mildeste Mittel darstellen.

(3) Die Freiheitsbeschränkung darf **nicht** dazu führen, dass der **Wettbewerb auf dem Markt vollständig ausgeschaltet** wird.

c) Fallgruppen der Lehre von den Nebenabreden

Die Lehre von den Nebenabreden kommt in einer Reihe von Fallgruppen zur Anwendung (instruktiv dazu BGH 8.7.2021 − KVR 54/20 – Booking.com Rn. 36 ff.).

aa) Wettbewerbsverbote beim Unternehmensverkauf oder der Geschäftsraummiete

Der Verkauf von Unternehmen oder die Vermietung von Geschäftsraumimmobilien ist teilweise nur möglich, wenn in den Verträgen (nachvertragliche) Wettbewerbsbeschränkungen vereinbart werden.

(a) Unternehmenskauf: EuGH 11.7.1985 – 42/84 – **Remia** (ausführlich unten S. 78): Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot des Veräußerers ermöglicht einen Markt für Unternehmensverkäufe, da der Erwerber nicht mit einer späteren Rückkehr des Veräußerers auf den Markt des Unternehmens rechnen muss.

(b) Geschäftsraummiete: Eine Supermarktkette vereinbart mit dem Vermieter der Immobilie, innerhalb derer der Supermarkt betrieben wird, dass die Parkplätze, die zur Immobilie gehören, nur mit ihrer Zustimmung an andere Unternehmen vermietet werden dürfen. Dem

EuGH (26.11.2015 – C-345/14 –**Maxima Latvija**) lag eine solche Fallgestaltung vor. Er hat auf diese jedoch nicht die Lehre von den Nebenabreden angewendet, sondern eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung verneint (dazu noch unten).

bb) Die Wahrung von Industriestandards.

Die Vereinheitlichung der Angebotsbedingungen erlaubt auf bestimmten Märkten überhaupt die Möglichkeit zum Angebot.

(a) Ein Beispiel bilden die **Normen- und Typenkartelle**: Durch die Festlegung der Papiergröße auf das Format DIN A4, entsteht Wettbewerb zwischen den Anbietern von Schreibmaschinenpapier, aber auch zwischen den Anbietern von Peripheriegeräten (Drucker, Scanner usw.). Ähnliche Überlegungen greifen gerade bei technischen Standards wie der Einigung über die Daten der USB-Schnittstelle usw.

(b) Das EuG hat ein ähnliches Interesse beim **Betrieb eines Mobilfunknetzes** auf der Grundlage des Inlandroaming anerkannt (EuG 2.5.2006 - T 328/03 Rn. 65 ff. – O2 **Inlandroaming**).

cc) Genossenschaftliche Kooperation, sonstige Kooperationssysteme und Berufsvereinigungen

Immanente Schranken für das Kartellrecht hat der EuGH vor allem im Bereich der Landwirtschaftsgenossenschaften anerkannt.

EuGH Gottrup-Klim
(EuGH Slg. 1994, I-5641, 5672 ff.- **Gottrup-Klim*)*** Der dänische Landwirt Gottrup-Klim (G) soll aus der Dansk Landsbrugs Grovvareselskab 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 Art. 101 und 102 AEUV zu vereinbaren 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 zuteilwurden. 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.

(b) Ähnlich liegt der Fall EuGH 12.12.1995 – C-399/93 – **Oude Luttikhuis** Rn. 11 ff., wo der Austritt aus einer bäuerlichen Genossenschaft mit erheblichen Zahlungspflichten für den Austretenden verbunden war.

(c) In diesen Zusammenhang fällt auch die **Errichtung eines Systems über eine gemeinsame Kundenkarte mit Rabattfunktion.** Kooperationen auf dieser Basis erlauben es den Beteiligten die Kunden durch Gewährung von Vorteilen zu binden, die der einzelne Kooperationspartner aus eigener Kraft nicht finanzieren könnte. Diese Systeme sind ferner wichtig, um Informationen über das Nachfrageverhalten der Kunden zu gewinnen. Im Wege der Kooperation können die Beteiligten für den Wettbewerb wichtige Daten gewinnen und dabei mit größeren Konkurrenten Schritt zu halten, deren Geschäftsmodell auf dem Erwerb solcher Datenschätze beruht. Nicht alle diese Systeme beschränken sich jedoch auf diese beiden Funktionen:

EuGH EDP/MC (Teil 2)
(EuGH 26.10.2023 – C-331/21 – EDP/MC) Das in Portugal im Bereich der Energieversorgung mit Niedrigspannungsstrom tätige Unternehmen EDC und das ebenfalls dort im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels operierende Unternehmen MC vereinbaren den Absatz ihrer Produkte bzw. Dienstleistungen gegenseitig zu fördern. Zu diesem Zweck wollen beide Unternehmen zunächst die Rabattkarten des jeweils anderen anerkennen. Erwirbt ein Kunde daher Produkte von MC, kann er die dabei erlangten Preisnachlässe später auch geltend machen, wenn er eine Leistung von EDP bezahlt. Dies gilt auch umgekehrt. Für die Kosten der Rabattgewährung kommt nach der Vereinbarung allein EDP auf. MC ist im Übrigen vielfältig tätig und gehört einem Unternehmensverbund an, der zumindest in der Vergangenheit auch im Stromgeschäft tätig war. Beide Parteien vereinbaren, einander für zwei Jahre im Bereich der Niedrig-, Mittel- und Hochspannungsstroms keinen Wettbewerb zu machen.

Der EuGH äußert Zweifel, ob diese Vereinbarung nach der Lehre von den Nebenabreden freigestellt ist. Maßgeblich sind aus Sicht des Gerichts die Umstände des Einzelfalls: So beschränkt sich das zweijährige Wettbewerbsverbot an die Adresse von MC nicht auf den Markt für Niedrigspannungsstrom, sondern ist pauschal für alle Strommärkte ausgestaltet (Rn. 91). Auch stellt das Gericht die Frage nach der objektiven Erforderlichkeit des Wettbewerbsverbots (Rn. 93). Problematisch ist der Fall vor allem deshalb, weil die Übernahme der durch das Rabattsystem verursachten Kosten durch EDP wie ein „**Pay for delay**“ wirkt, also wie eine Zahlung von EDP an MC, damit dieses Unternehmen als potenziellen Wettbewerber dem Markt fernbleibt, auf dem EDP tätig ist (dazu bereits oben S. 66). Diese Zahlung in Verbindung mit dem ausdrücklichen Wettbewerbsverbot lässt erkennen, dass es bei der Vereinbarung nicht allein darum geht, beiden Unternehmen eine Art der Kundenbindung und des Sammelns von Kundendaten zu ermöglichen, wie es beiden ohne die Kooperation nicht möglich wäre. Vielmehr besteht eine darüber hinaus gehende Wettbewerbsbeschränkung im Vordergrund: EDP könnte durch das Fernbleiben von MC vom Markt dort eine „Monopolrente“ im weiteren Sinne erzielen, die es später mit MC in Gestalt der Ausgleichszahlung (Übernahme der Kosten des Rabattsystems) teilt. Eine solche Vereinbarung kann wiederum nicht nach Art. 101 Abs. 1 AEUV freigestellt werden.

(d) Zu den erlaubten Kooperationen zählen schließlich erlaubte **Marktinformationsverfahren**, durch die der Preisbildungsmechanismus auf dem Markt vor den **Gefahren adverser Selektion** geschützt wird (S. 112).

(e) Eine besondere Kooperationsform stellen schließlich **Berufsvereinigungen** dar. Die folgende Leitentscheidung für das Kartellrecht der Berufsvereinigungen hatte in der Folgezeit großen Einfluss auf das Sportkartellrecht:

EuGH Wouters
(EuGH, 19.2.2002 – C-309/99 – Wouters) Der niederländische Rechtsanwalt *Wouters* wollte sich an einer Wirtschaftsprüferkanzlei beteiligen. Eine Verordnung der Niederländischen Rechtsanwaltskammer verbot hingegen gemischte Sozietäten dieser Art. Denn nach niederländischem Recht muss der Rechtsanwalt gegenüber anderen Wirtschaftsteilnehmern unabhängig sein, damit sichergestellt ist, dass er nur im Interesse seiner Mandanten tätig wird (Rn. 102). Für Wirtschaftsprüfer kennt das niederländische Recht keine vergleichbaren Regelungen (Rn. 103).

Das Gericht ordnete die Verordnung der Rechtsanwaltskammer als Beschluss einer Unternehmensvereinigung ein (Rn. 45 ff.). Dafür stellte es darauf ab, dass die Rechtsanwälte einer

unternehmerischen Tätigkeit nachgehen (Rn. 46 bis 49) und die Niederländische Rechtsanwaltskammer folglich eine Unternehmensvereinigung darstellt (Rn. 50 bis 71). Zweifel ergaben sich jedoch in Bezug auf die öffentlich-rechtliche Verfassung der Niederländischen Rechtsanwaltskammer. Nach Auffassung des EuGH kann diese allein jedoch keine Ausnahme von Art. 101 AEUV begründen (Rn. 67 ff.). Vielmehr ist das Kartellrecht auf die Tätigkeit eines solchen Trägers nur dann nicht anwendbar, wenn seine Tätigkeit keinen Bezug zum Wirtschaftsleben hat oder wenn er in Ausübung hoheitlicher Befugnisse handelt (Rn. 57). Beim Erlass der Verordnung wird die Rechtsanwaltskammer jedoch nicht hoheitlich tätig, sondern regelt das berufliche Verhalten der Rechtsanwälte auf dem Markt (Rn. 58). Dies zeigt sich unter anderem daran, dass sie ihre Entscheidungen nicht am Allgemeininteresse, sondern an den berufsständischen Interessen orientieren muss (Rn. 62). Dies führte zu der Frage, ob die Regelung der Niederländischen Rechtsanwaltskammer nicht zur Wahrung der Unabhängigkeit und Parteibindung der rechtsanwaltlichen Tätigkeit erforderlich sei (Rn. 73 ff.). Darauf heißt es in der für die spätere Entwicklung bedeutsamen Passage:

„Es ist aber auch zu berücksichtigen, dass nicht jede Vereinbarung zwischen Unternehmen oder jeder Beschluss einer Unternehmensvereinigung, durch die die Handlungsfreiheit der Parteien oder einer der Parteien beschränkt wird, automatisch vom Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EG-Vertrag [Art. 101 Abs. 1 AEUV] erfasst werden. Bei der Anwendung dieser Vorschrift im Einzelfall sind nämlich der **Gesamtzusammenhang, in dem der fragliche Beschluss zustande gekommen ist oder seine Wirkungen entfaltet, und insbesondere dessen Zielsetzung zu würdigen**, die hier mit der Notwendigkeit der Schaffung von Vorschriften über Organisation, Befähigung, Standespflichten, Kontrolle und Verantwortlichkeit zusammenhängt, die den Empfängern juristischer Dienstleistungen und der Rechtspflege die erforderliche Gewähr für Integrität und Erfahrung bieten…“ (Rn. 97)

Die hervorgehobene Passage beinhaltet bereits die Merkmale, aus denen der EuGH später den Tatbestand der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung abgeleitet hat. Auf Märkten für den Zahlungsverkehr, Pharmazieprodukte und im Sportkartellrecht wird nämlich heute nicht wie in Sachen *Wouters* die Lehre von den Nebenabreden angewendet, sondern ein dreigliedriger Tatbestand des Bezweckens, der dieser Wendung entspricht. In der Sache bejahte der EuGH in der vorliegenden Entscheidung eine Ausnahme vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV, weil die Regelung die Unabhängigkeit gerade des rechtsanwaltlichen Berufsstandes in den Niederlanden sicherstellte: Denn einerseits bestand für Wirtschaftsprüfer keine vergleichbare Einschränkung und andererseits schoss die Regelung in ihren Rechtsfolgen nicht über das objektiv erforderliche Maß hinaus (Rn. 102 ff.). Dieselben Maßstäbe wendete das Gericht dann für die Konkretisierung der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV) und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 45 ff. AEUV) an (Rn. 119 ff.).

dd) Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen

Einer der bedeutendsten Anwendungsfälle der Lehre von den Nebenabreden liegt im Bereich der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen (= Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Verkäufer und Käufer):

EuGH Pronuptia
(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.

Im Fall stellte sich Frage, 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. Das Gericht verneint jedoch die Nichtigkeit: 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 dürfe sich der Franchisegeber gegen die Gefahr absichern, dass sein Know-how Dritten zugutekommt; entsprechend dürfe er seine Marken und Geschäftsbezeichnungen vor Nachahmungen und Angriffen schützen. Alle Bestimmungen, die zur Erreichung dieses Ziels erforderlich seien, stellten daher keine Wettbewerbsbeschränkungen dar, denn ohne sie sei das Franchisesystem nicht lebensfähig. Die Entscheidung wurde im **Coty-Urteil** des EuGH fortentwickelt, das wegen der weiterführenden Problematik noch später dargestellt werden wird (S. 159).

Die Lehre von den Nebenabreden wird ihrerseits notwendig durch das **Erforderlichkeits- oder Verhältnismäßigkeitsprinzip** beschränkt. Denn die Konzertierung ist nur dann gerechtfertigt, soweit sie *gerade* dem Erhalt oder der Begründung der Funktionsfähigkeit eines Marktes dient und zwingend erforderlich ist, also das mildeste Mittel darstellt. Überschießende Konzertierungen erscheinen deshalb als Wettbewerbsbeschränkungen. Im Zivilrecht greift der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ganz grundsätzlich in allen Fällen, in denen einem Privatrechtsträger eine einseitige Eingriffsmöglichkeit in die Rechte eines anderen zusteht, er also wie im Fall des § 670 BGB Entscheidungen treffen kann, deren Rechtsfolgen der andere 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 Remia/Nutricia
(EuGH 11.7.1985 – 42/84 – **Remia/Nutricia)** Die Nutricia (N, eine Gesellschaft niederländischen Rechts) ist im Bereich der Lebensmittelproduktion tätig und hält 100 % der Anteile an der Remia (R), einer 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 Freiheitsbeschränkung ist danach nicht verboten, wenn sie es überhaupt erst ermöglicht, dass auf dem Markt für Unternehmensverkäufe ein wettbewerbstaugliches Angebot unterbreitet werden kann. Denn die Funktionsfähigkeit dieses Marktes hängt vorliegend davon ab, dass Nutricia nicht unmittelbar nach dem Verkauf der Remia als Anbieter auf den Soßenmarkt zurückkehren kann. Denn dort ist Nutricia bei allen Lieferanten und Abnehmern eingeführt und verfügt über das im Soßengeschäft erforderliche Know-how. Bestünde kein Wettbewerbsverbot wäre der Erwerb von Remia für den Käufer weitgehend wirtschaftlich wertlos: Er hätte nur die Produktionsstätten erworben, nicht aber die Marktstellung, die zuvor Nutricia über dieses Unternehmen einnahm. Ohne Wettbewerbsverbot wäre daher ein Unternehmen wie Remia praktisch unverkäuflich. Soweit daher die Konzertierung auf dem Markt für Soßen **objektiv erforderlich** ist, um den Wettbewerbsprozess auf dem Markt für Unternehmensverkäufe in Gang zu setzen oder zu erhalten, stellt sie nach dieser Rechtsprechung keine Wettbewerbsbeschränkung dar. Allerdings war die konkrete Ausgestaltung der Beschränkung mit dem Erforderlichkeitsprinzip nicht zu vereinbaren. Denn eine Bindungsdauer über fünf Jahre widerspricht den Grundprinzipien des Europäischen Kartellrechts (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO (EU) 2022/720).

ee) Sonstige Fallgestaltungen

Immer wieder kommen neue Fälle vor, in denen eine Freiheitsbeschränkung objektiv erforderlich ist, um einen Wertschöpfungsprozess zu initiieren oder zu erhalten. Ein umstrittenes Beispiel in diese Richtung bilden die **Meistbegünstigungsklauseln** (dazu S.164). Hier folgt ein weiteres Beispiel:

EuG Vivo Brasilien
(EuG, 28.6.2016 – T-216/13 – **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 Sachgesichtspunkt: 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.).

Beachten Sie jedoch: 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, dass sie die Unternehmen selbst, die dem staatlichen Zwang nicht ausweichen können, mit einem Bußgeld belegt. Im Übrigen ist in solchen Fällen **Art. 106 AEUV** einschlägig. Die Norm führt dazu, dass Verhalten des portugiesischen Staats und des betroffenen Unternehmens einheitlich der Anwendung des Art. 101 AEUV unterzogen werden. (dazu S. 372 ff.).

d) Weitere Fragen in Bezug auf die Lehre von den Nebenabreden

aa) Abgrenzung der Lehre von den Nebenabreden gegenüber Art. 101 Abs. 3 AEUV

Der EuGH (EuGH, Urteil v. 11.9.2014 – C-382/12 P – Mastercard Rn. 93) bestimmt das Verhältnis von **Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV** so: Im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV geht es um eine **Abwägung der Vor- und Nachteile** eines Kartells im Hinblick auf die von ihm ausgehenden Wohlfahrtseffekte. Bei der Lehre von den Nebenabreden findet hingegen **keine Abwägung** statt, sondern die Wettbewerbsbeschränkung muss objektiv erforderlich für das Funktionieren oder Entstehen eines Marktes sein. Die im Rahmen des Art. 101 Abs. 1 AEUV wirkende Lehre von den Nebenabreden betrifft also das „Ob“ des Wettbewerbs, Art. 101 Abs. 3 AEUV bezieht sich dagegen eher auf die Frage des „Wie“ der Güterverteilung. Auch Art. 101 Abs. 3 AEUV setzt Unerlässlichkeit voraus. Doch betrifft diese eine **qualitative Verbesserung der Ressourcenverteilung**, die es rechtfertigt, ein Kartell nach Art. 101 Abs. 1 AEUV hinzunehmen, weil dieses positivere Wirkungen bei der Verteilung der stets knappen Güter innerhalb einer Volkswirtschaft zeitigt als der freie Wettbewerb.

bb) Beweislastverteilung nach Art. 2 VO Nr. 1/2003

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. Nimmt man die Verteidigungsmöglichkeiten des vermeintlichen Kartellanten in den Blick, 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. Deshalb trägt die Kommission auch die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen der Lehre von den Nebenabreden im Einzelfall ***nicht*** vorliegen (EuG, 2.5.2006 – T328/03 = MMR 2006, 446 – Inlandroaming Rn. 109 ff).

cc) Keine Rule of Reason

Im Anschluss an die Lehre von den Nebenabreden wird immer wieder die Frage aufgeworfen, ob das europäische Kartellrecht eine sog. **Rule of Reason** zum Gegenstand habe. Der EuGH und das EuG verneinen die Möglichkeit einer Rule of Reason im europäischen Kartellrecht kategorisch (EuGH 30.01.2020 – C-307/18 – Generics Rn. 104; EuG, 18.9.2001 – T-112/99 Rn. 72 ff.). Beachtenswert erscheint jedoch, dass das europarechtliche Verständnis dieser Lehre nicht ihrem historischen Begriffskern entspricht. Denn die Lehre von der Rule of Reason geht auf die Rechtsprechung des U.S. Supreme Court zurück. Angewendet wurde die Lehre erstmals in den Entscheidungsgründen zu Addyston Pipe & Steel Co. v. United States, 175 U.S. 211 (1899); bekannt geworden ist sie durch die Entscheidung in Sachen **Standard Oil** Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911). In der Sache verbindet sich damit eine teleologische Reduktion des amerikanischen Kartellverbots, des **Sherman Acts** (heute § 15 U.S. Code §§ 1 - 7). Diese Regelung stammt aus dem Jahre 1890.

Das **Kartellverbot des Sherman Acts (§ 1)** lautet wie folgt:

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding $100,000,000 if a corporation, or, if any other person, $1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

In der Entscheidung in Sachen Standard Oil New Jersey ging es jedoch um das Verbot der Monopolisierung nach § 2

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding $100,000,000 if a corporation, or, if any other person, $1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

Seit diesen Entscheidungen unterscheidet das amerikanische Antitrust-Recht drei Kategorien von Freiheitsbeschränkungen:

(1) Vereinbarungen, die per se verboten sind (Per-se-Rule).

(2) Vereinbarungen, die nur aufgrund einer Gesamtbetrachtung im Einzelfall als verboten angesehen werden können (Rule of Reason).
(3) Vereinbarungen, bei denen die Gerichte eine summarische Prüfung vornehmen müssen (sog. Quick Look).

In diesem Rahmen präsentiert die Rule of Reason im US-amerikanischen Recht ein ausdifferenziertes System der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast. Dazu bemerkt *Hoverkamp*, Harvard Journal of Law 32 (2021) 417, 467:

"The rule of reason is a burden shifting framework for evaluating conduct that is not transparently anticompetitive. First, the plaintiff must make a prima facie case: it must show that the defendant's conduct is likely to injure competition in a relevant market. If successful, the burden shifts to the defendant, who must show that there is a legitimate procompetitive purpose for its conduct. If the defendant establishes some such efficiency, the burden would then shift back to the plaintiff to show that there is a "less restrictive alternative" (LRA) to the defendant's conduct. An LRA is an alternative practice that: (a) would achieve the same procompetitive efficiency while having a milder effect on competition; and (b) would be reasonably commercially viable for the defendant. If the plaintiff fails to establish the existence of an LRA, then the dispute proceeds to the final stage: the balancing of pro- and anticompetitive effects."

Diese Überlegungen entsprechen weitgehend der Lehre von den Nebenabreden. Doch ist der Begriff der „Rule of Reason" im europäischen und deutschen Rechtsraum mit einem anderen Inhalt **rechtspolitisch negativ besetzt**. Es geht um die vermeintliche Möglichkeit, Wettbewerbsbeschränkungen durch übergeordnete Prinzipien wie Umweltschutz, Arbeitsplatzsicherung usw. beschränken zu können. Dies widerspricht jedoch dem **Ordnungsdenken**, wonach allein das Wettbewerbsprinzip die ökonomischen Verteilungsprozesse steuern darf und nicht umgekehrt. Nach europäischem und deutschem Kartellrecht **bildet das Kartellrecht einen Ordnungsrahmen**, im Rahmen dessen sich alle Verteilungsprozesse – mögen sie auch andere Gebiete mit ihren spezifischen Interessenlagen berühren – vollziehen müssen. Sie sollten deshalb in der Kartellrechtsklausur jede Berufung auf eine Rule of Reason vermeiden bzw. deren Möglichkeit knapp verneinen und dabei die Ordnungsfunktion des Kartellrechts in den Vordergrund stellen.

dd) Abgrenzung gegenüber dem Bezwecken der Wettbewerbsbeschränkung

Nicht auf allen Märkten wendet der EuGH die Lehre von den Nebenabreden an, um deren Grundanliegen durchzusetzen. Sind der Zahlungsverkehr, Pharmazieprodukte oder die Vermarktung von Sportveranstaltungen betroffen, findet der Kerngedanke der Lehre von den Nebenabreden im

Rahmen der Prüfung des Bezweckens Anwendung. Die Ursprünge dieser Rechtsprechung liegen in der Wouters-Entscheidung (S. 75). Sie wird unten allgemein dargestellt (S.87). Die Auswirkungen für den Klausuraufbau werden dann im Kapitel über das Sportkartellrecht vorgeführt (S. 96).

e) Das deutsche Kartellrecht

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

aa) Die Immanenztheorie

Eine Wettbewerbsbeschränkung, die die Rechtsordnung vorgibt, kann nicht durch § 1 GWB verboten sein. *Ernst Steindorff* entwickelte diesen Gedanken in einer Besprechung der Entscheidung BGHZ 68, 6 – Fertigbeton I (BB 1977, 570).

- Danach sind besondere Wettbewerbsverbote bestimmten Verträgen, gerade Gesellschaftsverträgen, immanent (vgl. für die oHG: § 117 HGB; vormals § 112 HGB).
- Weitere Beispiele liefern die Wettbewerbsverbote nach § 74 HGB (Handlungsgehilfe), § 90a HGB (Handelsvertreter);
- Beachte: Bei der KG besteht gerade kein Wettbewerbsverbot (§ 165 HGB)!
- Wettbewerbsbeschränkungen im **Arbeitsrecht** resultieren aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers.
- Dazu dürften auch ungeschriebene, vertragsimmanente Wettbewerbsbeschränkungen zählen, die die Rechtsprechung aus § 242 BGB im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung begründet. So leitet der BGH – vergleichbar übrigens der Entscheidung in Sachen Remia/Nutricia (S. 78) – nachvertragliche Wettbewerbsverbote beim Unternehmensverkauf im Wege ergänzender Vertragsauslegung nach §§ 157, 242 BGB her (*Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2017, Rn. 27 ff.).
- Auch unterliegt der Vermieter einer Geschäftsraumimmobilie aus § 242 BGB der Verpflichtung, keine Mietverträge mit den Konkurrenten des eigenen unternehmerisch tätigen

Mieters abzuschließen (*Oechsler* a.a.O. Rn. 820 ff.). Dies erinnert an den Fall Maxima Latvija (S. 87).

Bei Wettbewerbsbeschränkungen dieser Art bedarf es keiner Freistellung nach § 2 GWB, weil § 1 GWB bereits immanente Anwendungsschranken beinhaltet, so dass diese Gestaltungen nicht erfasst sind.

Fraglich ist allerdings, wie weit sich der Rechtsgedanke, der der Immanenztheorie zugrunde liegt, **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 (dazu S. 80). Mit den Anliegen der Immanenztheorie sind diese Postulate indes – strenggenommen – nicht vereinbar. In einer Wettbewerbsordnung müssen nämlich grundsätzlich alle Verteilungsfragen im Rahmen des freien Wettbewerbs gelöst werden (Ordnungsgedanke). Nur dort, wo die Rechtsordnung ausdrücklich eine Durchbrechung des Wettbewerbsprinzips vorsieht, kann eine Ausnahme gemacht werden.

bb) Der Markterschließungs- und Arbeitsgemeinschaftsgedanke

Wo eine Konzertierung überhaupt erst einen Markt eröffnet, kann sie keine Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Beispiele liefern das Normen- und Typenkartell über DIN A4 (S. 68) 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 Lehre von den Nebenabreden. 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. 79). Begrifflich und im Hinblick auf den Normzweck des § 1 GWB argumentiert kann eine Beschränkung allerdings keine Wettbewerbsbeschränkung darstellen, wenn ohne sie Wettbewerb gar nicht stattfinden würde. Der entscheidende Unterschied dürfte darin liegen, dass § 1 GWB Freiheitsbeschränkungen nicht verbietet, die Funktionsvoraussetzung für einen Wertschöpfungsprozess auf dem Markt sind; § 2 GWB umfasst hingegen eher diejenigen Fälle, in denen die Restriktion die Verteilungsfragen auf dem Markt *verbessert*, nicht aber grundsätzlich ermöglicht (vgl. etwa BGHZ 149, 391 – Jugend- und Frauennachtfahrten: zum **Markterschließungsgedanken)**.

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

wirtschaftliche 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. Vgl. die Leitentscheidung BGH BB 1984, 364 - **Bauvorhaben Schramberg**, die den Tatbestand sehr weit fasst.

cc) Fehlen eines schutzwürdigen Wettbewerbs

Der Wettbewerb um illegalen Waffenhandel ist kaum über § 1 GWB 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 gegen §§ 3 ff. UWG verstoßendes unlauteres Wettbewerbsverhalten in sog. **Wettbewerbsregeln** ausschließen.

dd) Sonstige Bereichsausnahmen?

Über die vorgestellten Ausnahmen hinaus kennt auch das deutsche Kartellrecht **keine Rule of Reason** (vgl. S. 80) 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.

4. Bezwecken oder Bewirken

a) Grundlagen

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 (EuGH 14.3.2013 – C-32/11 - Allianz Hungária Biztosító, Rn. 33 ff.) herausgearbeitet (grundlegend zuvor EuGH, 4. 6. 2009 – C-8/08 – **T-Mobile Nederlands BV** Rn. 27 ff.; die folgenden Rn. beziehen sich allerdings auf die Entscheidung in Sachen Allianz Hungária Biztosító):

(1) Ein **Bezwecken** liegt vor, wenn eine Kooperationsform „ihrer Natur nach“, objektiv nicht mit den Zielsetzungen des Kartellrechts vereinbar ist. Eine Verhaltensweise bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie nach ihrem Inhalt, nach den konkret mit ihr verfolgten Zielen und dem konkreten wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext den Wettbewerb beschränkt (Rn. 35: vgl. auch EuGH, 25.3.2021 – C-591/16 P - Lundbeck Rn. 112). Diese Definition geht auf die Wouters-Entscheidung zurück (oben S. 75).
(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 dabei 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)

b) Das Hardcore-Kartell

Bedeutsam erscheint dabei folgender Zusammenhang: Besteht der Gegenstand der Konzertierung in einem **Hardcore-Kartell**, liegt regelmäßig ein Bezwecken vor. Dies wurde bislang stets für die drei typischen Konstellationen des **Hardcore-Kartells** bejaht:

1. **Preiskartelle** (Art. 101 lit. a AEUV),
2. **Marktaufteilungen** (Art. 101 lit. b AEUV) und
3. **Beschränkungen der Produktionsmenge** (Art. 101 lit. c AEUV).

Nun geht der EuGH jedoch von diesem Zusammenhang erstmals ab:

EuGH Super Bock Bebidas II

(EuGH, 29.6.2023 − C-211/22 – **Super Bock Bebidas**) Super Bock Bebidas (S) ist ein portugiesisches Unternehmen, das Bier und Erfrischungsgetränke herstellt. Über Vertriebshändler beliefert es Hotels, Restaurant und Cafés in großen Teilen Portugals. Diesen Händlern stellt S AGB, in denen es den Händlern Mindestpreise vorgibt. Verstößt S damit gegen Art. 101 AEUV?

Für den EuGH stellte sich die Frage, ob die Ausgestaltung der AGB eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt. Dies hätte angesichts der Preisbindung der Händler durch S eigentlich ohne weiteres bejaht werden müssen. Denn diese stellt ein Hardcore-Kartell dar (vgl. auch Art. 4 lit. a Vertikal-GVO (EU) 2022/722). Nun aber geht das Gericht davon aus, dass der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung eng auszulegen sei (Rn. 32) und eine hinreichende Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit voraussetze (Rn. 34). Dem Verbot des Art. 4 lit. a Vertikal-GVO stelle dabei nur

einen rechtlichen Teilaspekt dar, der in die Gesamtbetrachtung eingehen müsse (Rn. 38). Die Norm könnte den Rechtsanwender jedoch nicht von einer Gesamtbetrachtung entbinden (Rn. 39). Stets müsse das Gericht prüfen, „ob diese Vereinbarung unter Berücksichtigung des Inhalts ihrer Bestimmungen, der mit der Vereinbarung verfolgten Ziele sowie aller Gesichtspunkte, die den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie steht, bilden, den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigt“ (Rn. 34).

Die Lockerung des systematischen Zusammenhangs zwischen Hardcore-Kartell und bezweckter Wettbewerbsbeschränkung ist neu. Es bleibt abzuwarten, welche Weiterungen sie zeitigt Bis dahin bleibt daran festzuhalten, dass es ein gewichtiges Indiz für eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellt, wenn die Parteien ein Hardcore-Kartell betreiben.

Eine Legaldefinition des Hardcore-Kartells bringt auch **§ 33a Abs. 2 GWB**. Die Norm zielt jedoch allein auf die Vermutung der haftungsbegründenden Kausalität beim Kartellschadensersatzanspruch. Den Begriff des Hardcorekartells schöpft sie deshalb nicht ganz aus. Ergänzend kann hier das Commission Staff Working Document vom 25.6.2014 (SWD(2014) 198 final) der Europäischen Kommission herangezogen werden und dort die S. 5 ff.
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. 328). Gemeint ist hier das Kartell der Verrufer, die den Boykott organisieren (vgl. den Benrather-Tankstellenfall S. 11). Da der Boykott nach der Rechtsprechung des BVerfG als geistiger Meinungskampf mit geistigen Mitteln geführt werden darf, kommt es darauf an, dass 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 Beispielsfall Asnef/Equifax S. 113. Vgl. dazu auch 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.

c) Ersatz für die Lehre von den Nebenabreden

aa) Das Problem

Das Verhältnis der Lehre von den Nebenabreden zum Tatbestandsmerkmals des Bezweckens der Wettbewerbsbeschränkung ist seit langem unklar. Durch die drei im Dezember 2023 ergangenen Entscheidungen des EuGH im Sportkartellrecht (S. 94) ist die Frage erneut in Bewegung geraten. In der Sache geht es um folgendes Problem: Eine Freiheitsbeschränkung, die objektiv erforderlich ist, um einen Wertschöpfungsprozess zu ermöglichen oder zu erhalten, kann auf **zwei Weisen eingeordnet** werden:

- Sie kann als **Nebenabrede** zu einer zulässigen Hauptabrede erfasst werden, und stellt dann keine verbotene Wettbewerbsbeschränkung iSd. Art. 101 Abs. 1 AEUV dar. Diesen Weg wählt der EuGH bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten, Einkaufsgemeinschaften vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen, Meistbegünstigungsklauseln usw. Er hat ihn zeitlich nach den Entscheidungen zum Sportkartellrecht wieder bestätigt (EuGH, 19.09.2024 – C-264/23 – Booking.com, Rn. 52 ff.)
- Sie kann aber auch als Verhaltensweise eingeordnet werden, die eine Beschränkung des Wettbewerbs **nicht bezweckt**. Diesen Weg wählt der EuGH traditionell bei Kartellen im Zahlungsverkehr, auf Pharmaziemärkten und seit neuestem auch im Sportkartellrecht. In diesen Bereichen erfüllt die Prüfung des Bezweckens dieselbe Funktion wie die Lehre von den Nebenabreden. Die Tatbestandsvoraussetzungen der Lehre von den Nebenabreden gehen in den Tatbestandsvoraussetzungen des (fehlenden) Bezweckens auf (vgl. vor allem die Anwendung in Sachen FIFA/BZ: S. 99). **Sachgründe** dafür, warum die Nichtanwendung des Art. 101 Abs. 1 AEUV im Rahmen der Konkretisierung eines fehlenden Bezweckens und nicht von der Lehre von den Nebenabreden abhängen soll, sucht man vergebens. Die Ungleichbehandlung ist daher misslich, aber muss als Teil der Rechtsprechung des EuGH zur Kenntnis genommen werden. Die Wirkungsweise der Rechtsprechung zum Bezwecken verdeutlich folgende Entscheidung:

EuGH Maxima Latvija

(EuGH, 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 verneint eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung mit knapper Begründung (Rn. 16 ff.). Für diese Entscheidung sprechen folgende Überlegungen: Aus allgemeinen vertragsrechtlichen Überlegungen heraus ist der Vermieter einer Geschäftsraumimmobilie dazu verpflichtet, seinen Mieter vor **Konkurrenz** zu schützen (*Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2017, Rn. 820 ff.). Zu seinen nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) bestehenden Nebenpflichten iSd. § 241 Abs. 2 BGB zählt es, dass Einheiten innerhalb derselben Immobilie nicht an direkte Konkurrenten des Mieters vermietet werden dürfen. Denn andernfalls könnte der Mieter aus den Mieträumen nicht die verkehrsüblichen unternehmerischen Vorteile ziehen. Die Gründe für diesen Wettbewerbsschutz entsprechen denjenigen, die für das Wettbewerbsverbot beim Unternehmensverkauf greifen (vgl. den Fall in Sachen **Remia** S. 78). Hier wie dort hängt die Funktionsfähigkeit des Marktes davon ab, dass eine Seite sich im freien Wettbewerb zugunsten der anderen zurückhält. In Sachen „Remia" begründet der EuGH das Ergebnis mit Hilfe der Lehre von den Nebenabreden, in Sachen „Maxima Latvija" hingegen damit, dass am Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung fehle. Ein Sachunterschied besteht zwischen beiden Fällen nicht.

bb) Anwendung im Zahlungsverkehr

EuGH CB
(EuGH, 11.9.2014 – Rs C-67/13P – **CB**) Verschiedene, miteinander konkurrierende Banken haben ein Joint Venture gegründet, damit die eigenen Kunden die Kreditkarten, die die Banken an die Kunden ausgegeben hatten, möglichst umfassend nutzen können. Das Kartengeschäft besteht nämlich aus der wenig lukrativen Werbung (Akquisition) von Händlern, die die Karte als Zahlungsmittel akzeptieren sollen und dem einträglichen Kundengeschäft (Emission), bei dem die Banken Karten an Kunden ausgeben und anlässlich der Abrechnung mit diesen ein Disagio verdienen (= Abschlag von dem an den Verkäufer zu entrichtenden Kaufpreis). Um die Solidarität im CB-System nicht zu gefährden, denn ein Kartensystem ist sowohl auf Akquisition von Händlern als auch auf Emission an Kunden angewiesen, müssen diejenigen Banken Ausgleichszahlungen an das Joint Venture leisten, die mehr Kreditkarten an ihre Kunden ausgeben (und deshalb über diese abrechnen können) als sie Händler akquirieren. 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. Ein **Bezwecken** liege nämlich nur vor, wenn die Wettbewerbsbeschränkung „schon ihrer Natur nach schädlich für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs" sei (Rn. 78). Im CB-Fall fehle es jedoch an der für ein Bezwecken erforderlichen **hinreichende Beeinträchtigung** (Rn. 57). Zwar würden Entgelte unter Wettbewerbern festgesetzt. Aber die Beschränkungswirkung stünden nicht im Vordergrund. Vielmehr werde versucht, das Verhältnis zwischen Akquisitions- und Emissionstätigkeit 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).

Ähnlich argumentiert das Gericht 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. Mulilateral Interchange Fee (**MIF**) vereinheitlicht. Dabei geht es um Folgendes: Hat ein Kunde bei einem dem Kartensystem angeschlossenen Händler mit der Visa-Karte eine Rechnung von beispielsweise 100 € bezahlt, 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 ihrerseits 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 erfunden Beispiel im Verhältnis von 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 ebenfalls 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 Wettbewerbs 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. Davon geht das Gericht nur bei kollusiven Praktiken aus, bei denen ein Nachweis der Auswirkungen der Vereinbarung auf dem Markt entbehrlich sei (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 in Sachen** „Budapest Bank“ **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 einen Ausgleich 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 **vorlegende ungarische Gericht** musste deshalb Beweis darüber erheben, ob zwischen den Händlerbanken ein Preiswettbewerb um die Gewinnung neuer Unternehmen für das Kreditkartensystem stattfindet oder ob die Händlerbanken den Händlern stets den gleichen Disagio-Satz anbieten. Wäre letzteres der Fall, dürfte die MIF eine Beeinträchtigung bzw. einen Stillstand des produktinternen Wettbewerbs (mit)bewirken. Dann läge eine **bewirkte Wettbewerbsbeschränkung** vor.

cc) Fälle aus dem Pharmaziebereich

Neben dem Zahlungsverkehr findet die Lehre vom fehlenden Bezwecken auch auf den **Märkten für pharmazeutische Produkte Anwendung**:

EuGH Generics und Lundbeck II
(EuGH, 25.3.2021 – C-591/16 P - **Lundbeck**; zuvor EuG, 8.9.2016 – T-472/13 – Lundbeck; ähnlich EuGH, 30.1.2020 − C-307/18 – **Generics**) Dem dänischen Unternehmen Lundbeck (L) war ein sog. Erzeugnispatent auf den Wirkstoff Citalopram erteilt worden (ein Mittel zur Bekämpfung depressiver Erkrankungen). Das Erzeugnispatent verbietet jedermann die Herstellung des Wirkstoffes ohne Erlaubnis von L. Kurz bevor dieser absolute Schutz nach 15 Jahre erlischt, meldet L einige Verfahrenspatente für Citalopram an, die L später auch erteilt werden. Diese Verfahrenspatente schützen nicht die Herstellung des Wirkstoffs als solche, sondern nur einzelne Verfahren seiner Gewinnung. Auf dieser Grundlage schließt L mit einem Generikahersteller (G), der ein ähnliches Präparat auf der Basis von Citalopram auf den Markt bringen will, einen Vergleich, durch den L den Marktzugang des G noch einmal um ein Jahr aufschiebt. Dafür leistet L an G eine Ausgleichszahlung in Millionenhöhe, die am entgangenen Gewinn des G orientiert ist.

Geht man von potentiellem Wettbewerb zwischen L und G aus (S. 64), so kann in der **umgekehrten Ausgleichszahlung** von L an G (sog. **Reverse Payment**) eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung liegen.

Kurz zum Begriff „Reverse Payment“ = umgekehrte Ausgleichszahlung. Eigentlich würde man aufgrund der starken Rechtsstellung des Patentinhabers erwarten, dass der Generikahersteller bei einem Konflikt zu Ausgleichszahlungen gegenüber diesem verpflichtet ist. Wenn stattdessen der Patentinhaber eine Zahlung gegenüber dem mutmaßlichen Rechtsverletzer vornimmt, erscheint dies als „umgekehrter“ Vermögensfluss.

Im Hinblick auf die Bewertung der Reverse Payments erscheinen **zwei Betrachtungsweisen** möglich (Rn. 352): Die Vereinbarung zwischen L und G könnte **erstens** einen Vergleich über einen Rechtsstreit darstellen, der durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wurde. Diese Gestaltungsmöglichkeit muss den Beteiligten in der Praxis offenstehen, um rasch gegenseitige

Rechtssicherheit zu schaffen und entsprechende Wertschöpfungsprozesse zu ermöglichen (vgl. für das deutsche Recht § 779 BGB). **Zweitens** könnten die Beteiligten aber auch eine **Marktaufteilung** in der formalen Einkleidung eines Prozessvergleichs vereinbart haben: L verbliebe dann seine Monopolstellung auf dem Markt, die ihm das Erzielen einer Monopolrente (Produktpreis ohne Wettbewerbsdruck) erlaubte. Die dabei erzielten Vorteile würde er in einem zweiten Schritt mit dem Generikahersteller G im Wege der Ausgleichszahlung teilen. Beide Vergleichspartner profitierten in diesem Fall davon, dass die Monopolsituation auf dem Markt künstlich aufrechterhalten wird und die Nachfrager dort den Monopolpreis akzeptieren müssen. Für den EuGH hängt die **Unterscheidung** zwischen beiden Varianten davon ab, inwiefern sich die **Höhe der Ausgleichszahlung an den Gewinnerwartungen des Generikaherstellers** (G) **orientiert** (EuGH Lundbeck Rn. 114 f.; EuGH Generics Rn. 92 f.). Liegt eine solche Orientierung vor, hat der Vergleich eine Marktaufteilung zum Gegenstand und beinhaltet eine Kernbeschränkung. Der Vergleich **bezweckt** in diesem Fall eine Wettbewerbsbeschränkung.

Eine Gestaltungsvariante gegenüber den umgekehrten Ausgleichszahlungen (Reverse Payments) bilden sog. **akzessorische Zusatzvereinbarungen**:

EuGH Biogaran
(EuGH 27.6.2024 – C-201/19 P – Servier SAS and Others; EuG, 12.12.2018 – T-677/14 - **Biogaran** Rn. 135 ff.) Hier hatte der Patentinhaber mit einem Generikahersteller Zusatzvereinbarungen zum Vergleich getroffen. Der Patentinhaber erwarb darin nicht sonderlich wertvolle Lizenzen des Generikahersteller zu vergleichsweise hohen Preisen.

Der Fall betraf **verdeckte Zuwendungen**, die eine Marktaufteilung bezwecken können. Der Unterschied zu den Gestaltungen in Sachen *Lundbeck* und *Generics* liegt darin, dass die Zuwendungen nicht offen als Ausgleichszahlungen gewährt werden, sondern verdeckt im Wege eines – gemessen an Marktwerten (at arm's length) – überteuerten Kaufpreises erfolgen. Vergleicht man daher den tatsächlich entrichteten Kaufpreis mit dem, was an Gegenleistung marktüblich gewesen wäre und reicht der dabei errechnete Mehrbetrag aus, um die Gewinnerwartungen des Generikahersteller abzufinden, liegt ebenfalls eine Marktaufteilung und damit eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor.

d) Bewirken

Nach Art. 101 Abs. 1 AEUV muss die verbotene Verhaltensweise die Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Während das Bezwecken der Wettbewerbsbeschränkung idR. bei Vorliegen bestimmter Vertragstypen (Hardcore-Kartelle) abstrakt bejaht werden kann, setzt ein

Bewirken eine konkrete Prüfung der Marktverhältnisse voraus. Die Unterschiede zwischen beiden Prüfungen verschwimmen jedoch in

EuGH KIA Auto
(EuGH, 5.12.2024 – C-606/23 - Tallinna Kaubaja/KIA Auto) KIA Auto (B) ist der einzige vom südkoreanischen Hersteller KIA zugelassene Importeur in Lettland. Er schließt Vertriebsverträge mit lettischen Händlern, die KIA-Fahrzeuge an Verbraucher veräußern. In diesen Verträgen vereinbart B mit den Händlern, dass die Leistungen im Rahmen der kaufrechtlichen Gewährleistung nur erbracht werden dürfen, wenn die Endkäufer ihre Fahrzeuge regelmäßig bei diesen Händlern warten lassen und wenn dabei Originalersatzteile von B verwendet werden. Dies sind Ersatzteile, die B selbst hergestellt hat. Der lettische Wettbewerbsrat erkennt in diesen Vereinbarungen eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung. Das Problem der Entscheidung lag darin, dass der Wettbewerbsrat keine tatsächlichen Wirkungen auf dem Markt nachgewiesen hatte, sondern davon ausging, dass diese potenziell drohten.

Der EuGH geht davon aus, dass ein Bewirken nur geprüft werden darf, wenn ein Bezwecken der Wettbewerbsbeschränkung nicht in Betracht kommt (Rn. 25). Deshalb liegt ein Verhalten, das eine wettbewerbswidrige Wirkung hat, vor, wenn ihm erstens kein wettbewerbswidriger Zweck beigemessen werden kann und wenn zweitens nachgewiesen ist, dass das Verhalten tatsächlich oder potenziell eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs zur Folge hat, die zudem spürbar sein muss (Rn. 28). Dabei kommt es auf eine **hypothetische Betrachtungsweise** (kontrafaktisches Szenario) an: Die aktuelle Wettbewerbssituation ist mit dem hypothetischen zu vergleichen, die bestünde, wenn die verbotene Verhaltensweise nicht an den Tag gelegt worden wäre (Rn. 29). Dazu müssen in einem **ersten Schritt** die Märkte bestimmt werden, auf denen die verbotene Verhaltensweise ihre Wirkung erzielt. In **einem zweiten Schritt** sind dort die realen oder potenziellen Wirkungen der Verhaltensweise zu ermitteln (Rn. 29). Dabei sind bestimmte Faktoren zu berücksichtigen. Zu diesen zählen (Rn. 30):

- der konkrete Rahmen, in den sich die Vereinbarung einfügt, das ist der wirtschaftliche und rechtliche Zusammenhang, in dem die betreffenden Unternehmen tätig sind
- die Natur der betroffenen Waren und Dienstleistungen,
- die tatsächlich auf diesem Markt bestehenden Bedingungen und
- die Struktur des Marktes.

Die hypothetische Betrachtungsweise (der EuGH „das kontrafaktische Szenario“), im Rahmen derer die verbotene Verhaltensweise hinweggedacht wird, muss also „**realistisch und plausibel**“ sein (Rn. 30). Es muss konkretisiert werden, welche realistischen Verhaltensweisen die Wirtschaftsteilnehmer unter diesen Bedingungen gehabt hätten (Rn. 31).
Die zentrale Aussage der Entscheidung liegt darin, dass dieser realistische und plausible Charakter des Szenarios nicht daran hindert, **rein potenzielle Wirkungen** der verbotenen Verhaltensweise zu

berücksichtigen (Rn. 32). Inhaltlich begründen wird dies nicht. Dem EuGH schweben jedoch Verhaltensweisen vor, die geeignet sind, den Marktzutritt potenzieller Wettbewerber zu verhindern (Rn. 36). Auf die Frage, ob die vorliegende Verhaltensweise gegen Art. 101 AEUV verstößt geht das Gericht nicht ein.

Kritik und Hinweis:

(1) Diese Prüfung unterscheidet sich nur marginal von der des **Bezweckens**, wie sie seit Dezember 2023 im Sportkartellrecht üblich ist (dazu im folgenden Kapitel). Auch dort werden der Gegenstand (die Freiheitsbeschränkung), der Wirkungskontext (die legitime Zielverfolgung) und die wirtschaftlichen Folgen (die objektive Erforderlichkeit und Angemessenheit) der verbotenen Verhaltensweise geprüft. Beim Bewirken liegt der Schwerpunkt der Prüfung eigentlich auf den konkreten Auswirkungen auf dem Markt, beim Bezwecken auf der Gefährlichkeit der verbotenen Verhaltensweise. Wenn vorliegend auch potenzielle Auswirkungen berücksichtigt werden, nähert sich die Prüfung allerdings der des Bezweckens: Denn potenzielle Auswirkungen können nur aufgrund der Gefährlichkeit der verbotenen Verhaltensweise begründet werden. Sie sind niemals Ergebnis einer konkreten Marktanalyse, weil sie auf dem Markt noch nicht eingetreten sind. Die Entscheidung lässt daher Fragen bei der Unterscheidung zwischen Bezwecken und Bewirken offen.

(2) Der Fall berührt ferner das bekannte Problem des Fahrzeugherstellers, der seine Vertragswerkstätten zum **Bezug von Originalersatzteilen verpflichtet** (BGH, 22.9.1981 – KVR 8/80 = BGHZ 81, 322 - Original-VW-Ersatzteile II, juris- Rn. 37). Das Problem war zuvor in einer eigenen Gruppenfreistellungsverordnung für den Automobilvertrieb geregelt, die mittlerweile entfallen ist. Prüft man die Verhaltensweise von KIA – anders als der lettische Wettbewerbsrat – in den Kategorien des Bezweckens, führt dies zu folgenden Überlegungen:

a) Ihrem **Gegenstand** nach beschränkt die von B an den Tag gelegte Verhaltensweise die Freiheit des Marktzugangs anderer Werkstätten und anderer Ersatzteilhersteller zum Markt für die Wartung von KIA-Fahrzeugen.

b) Im Rahmen des **konkreten Wirkungskontextes** sind jedoch die legitimen Zielsetzungen des Herstellers zu berücksichtigen. Kontrolliert dieser die Wartung seiner Fahrzeuge nicht und kommt es deshalb zu Missständen, droht ihm ein Imageschaden bzw. eine Produkthaftungsverantwortung (vgl. dazu den Fall Eastman Kodak S.137). Denn die Fahrzeugkäufer werden wartungsbedingte Fehlfunktionen nicht als solche erkennen, sondern

stets auf die mangelnde Qualität der Fahrzeuge zurückführen. Vor dem damit einhergehenden Imageschaden darf sich der Hersteller sich schützen.

c) Bei der Prüfung **der wirtschaftlichen Auswirkungen** wird man jedoch berücksichtigen müssen, dass dem Hersteller mildere Mittel zur Verfügung stehen, seine Ziele durchzusetzen. Er kann außenstehende Werkstätten auf deren Qualität überprüfen und bei positiver Prüfung zertifizieren. Ebenso kann er es mit den Ersatzteilen anderer Hersteller halten. Die völlige Zugangsverweigerung zum KIA-Wartungssystem ist in beiden Fällen also nicht zu rechtfertigen.

5. Das Sportkartellrecht als kartellrechtlicher Sonderbereich

a) Parallele Anwendung von Art. 101 und Art. 102 AEUV

Das Sportkartellrecht nimmt in mehrfacher Hinsicht eine Sonderstellung ein. Dies folgt aus drei Entscheidungen der Großen Kammer des EuGH vom Dezember 2023 (EuGH, 21.12.2023 − C-333/21 – European Super League; EuGH, 21.12.2023 − C-124/21 P – International Skating Union; EuGH, 21.12.2023 − C-680/21 – Royal Antwerp Football Club). Diese stellen als eine erste Besonderheit des Sportkartellrechts heraus, dass in ihr Art. 101 und des Art. 102 AEUV stets nebeneinander Anwendung finden, wenn es um die kartellrechtliche **Überprüfung der Satzung von Sportverbänden** geht, die dem sog. Ein-Platz-Prinzip folgen:

EuGH European Super League
(EuGH, 21.12.2023 − C-333/21 – European Super League) K, eine spanische Gesellschaft, klagt gegen die FIFA (B1) und die UEFA (B2). K beabsichtigt nämlich, unabhängig von der UEFA einen jährlichen europäischen Fußballwettbewerb durchzuführen, die „European Super League“. B1 und B2 veröffentlichten daraufhin eine Erklärung, dass Mitglieder, die sich an der „Super League“ beteiligten, von den FIFA- und UEFA-Wettbewerben durch erst noch zu fassende Änderungen in den Vereinssatzungen ausgeschlossen werden sollen.

Das Gericht wendet Art. 101 und Art. 102 AEUV nebeneinander auf die Regularien der beiden Fußballverbände an. Voraussetzung dafür ist, dass die Satzungsbestimmungen sog. **ökonomisches Verhalten** (das heißt: Wertschöpfungsprozesse) betreffen (Rn. 83). Dies ist nicht der Fall, wenn eine Satzungsbestimmung **nur sporttechnische Fragen** regelt. Als Beispiel für sporttechnische Fragen nennt der EuGH den Ausschluss von Spielern bei Turnieren zwischen Nationalmannschaften, wenn die Spieler nicht über dieselbe Nationalität verfügen wie die Mannschaft (Rn. 84). Hingegen ist der Anwendungsbereich von Art. 101 und Art. 102 AEUV gleichermaßen dort eröffnet, wo Satzungsbestimmungen, den Wettbewerb der Verbände mit konkurrierenden Veranstaltern betreffen (Rn. 90).

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

Der EuGH erkennt **FIFA und UEFA** dabei die **Unternehmenseigenschaft** zu, weil sie erstens für die Veranstaltung und Organisation der sportlichen Wettkämpfe verantwortlich sind und diese zweitens vermarkten (EuGH, 21.12.2023 − C-333/21 – European Super League, Rn. 115).

Betreffen die Satzungen der Sportverbände die **Erbringung entgeltlicher Dienstleistungen**, sind grundsätzlich auch die **Freizügigkeit (Art. 45 AEUV)** und die **Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV)** berührt (Rn. 85 ff.). Doch steht die Anwendung von Art. 101 und Art. 102 AEUV im Mittelpunkt (Rn. 87).

Im Rahmen der Anwendung des **Art. 101 AEUV** stellt die **Satzungsbestimmung den Beschluss einer Unternehmensvereinigung** dar. Problematisch war vorliegend, ob auch die **Ankündigung einer Satzungsänderung** durch die Sportverbände unter diese Norm fällt. Der EuGH bejaht dies, weil der Verband in diesem Fall ein Verhalten in Aussicht stellt, das bereits jetzt das Verhalten seiner Mitglieder beeinflusst. Deshalb ordnet er die Ankündigung selbst als Beschluss einer Unternehmensvereinigung ein (Rn. 118).

Die **Anwendung des Art. 102 AEUV** auf Sportverbände wie die FIFA und UEFA setzt hingegen eine marktbeherrschende Stellung voraus. Diese kommt wiederum regelmäßig in Betracht, wenn ein Sportverband dem sog. **Ein-Platz-Prinzip** folgt (Rn. 117). Beim Ein-Platz-Prinzip wird eine Sportart innerhalb eines Landkreises, eines Bundeslandes, der Bundesrepublik bzw. weltweit nur durch einen einzigen Rechtsträger (Verein) repräsentiert. Auch nach der Rechtsprechung des BGH nimmt ein nach dem Ein-Platz-Prinzip organisierter Verband in seinem jeweiligen Wirkungskreis eine **marktbeherrschende** Stellung ein (BGH, 7.62016 – KZR 6/15 = BGHZ 210, 292 – Pechstein/ISU). Er ist quasi Monopolist.

Die parallele Anwendbarkeit von Art. 101 und Art. 102 AEUV führt nach der Rechtsprechung des EuGH zu einer **Annäherung der Prüfungsmaßstäbe**:

Erstens ist bei der Anwendung des Art. 101 AEUV von einer Wettbewerbsbeschränkung auszugehen, wenn der Sportverband seine marktbeherrschende Stellung missbraucht (EuGH European Super League Rn. 185). In diesem Fall ist das Verhalten des Sportverbands daher sowohl nach Art. 101 als auch nach Art. 102 AEUV verboten (EuGH European Super League Rn. 186).

Zweitens verknüpft das Gericht auch die Prüfung des Art. 102 AEUV mit den Prinzipien des Art. 101 AEUV. Das Verhalten des marktbeherrschenden Sportverbands ist nämlich analog Art. 101 Abs. 3 AEUV dann gerechtfertigt (EuGH European Super League Rn. 205), wenn der Marktbeherrscher darlegt und beweist, dass das Unternehmen

1. sein Verhalten Effizienzgewinne mit sich bringt

2. dass diese die Wettbewerbsnachteile aufwiegen
3. dass das Verhalten unerlässlich ist, um diese Ziele zu erreichen
4. dass wirksamer Wettbewerb nicht ausgeschaltet wird, indem alle tatsächlichen bzw. potenziellen Wettbewerber ausgeschaltet werden (Rn. 204)

Bei der Anwendung dieser Regel im Rahmen des Art. 102 AEUV fällt jedoch die Quasimonopolstellung von Sportverbänden, die dem Ein-Platz-Prinzip folgen, auf der vierten Stufe des Tatbestands negativ in die Waagschale. Denn auf den Märkten, auf denen diese Verbände tätig sind, besteht kaum nennenswerter Restwettbewerb. Deshalb müssen sich diese Unternehmen bei der Behinderung konkurrierender Veranstalter nach Art. 101 Abs. 3 AEUV grundsätzlich zurückhalten (European Super League Rn. 208).
Schließlich folgt aus der Inhaberschaft von UEFA und FIFA an diversen Rechten (zB. Fernsehübertragungsrechten) keine spezifischen Rechtfertigungen bei der Anwendung von Art. 101 und Art. 102 AEUV (Rn. 213 ff.).

In der vorliegenden Fallkonstellation dürfen FIFA und UEFA die ihnen angeschlossenen Fußballvereine nur sehr eingeschränkt daran hindern, an konkurrierenden Sportveranstaltungen wie der European Super League teilzunehmen. Ein Rechtfertigungsgrund kann etwa darin liegen, dass die konkurrierende Veranstaltung den Spielplan eines von FIFA oder UEFA durchgeführten Turniers stören oder gefährden (EuGH European Super League Rn. 144). Ansonsten dürfen beide Verbände den Marktzugang von Konkurrenten nicht beschränken.

b) Vom Meca-Medina-Test zur bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 AEUV

Für die Anwendbarkeit des Kartellverbots aus Art. 101 AEUV auf Satzungsbestimmungen von Sportvereinen bestehen **zwei Schranken**:
Erstens sind dem Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV sog. **sporttechnische Regeln** entzogen (vgl. noch einmal EuGH, 21.12.2023 − C-333/21 – European Super League Rn. 83 ff.; dazu bereits oben a)). Dies geht zurück auf eine Entscheidung des EuGH aus dem Jahre 1974 (EuGH, 12.12.1974 – 36/74 – **Walrave** Rn. 4-10) und wird dort so begründet:
„Dieses Verbot spielt jedoch keine Rolle bei der Aufstellung von Wettkampfmannschaften, etwa in der Form von Nationalmannschaften, da es bei der Bildung dieser Mannschaften um Fragen geht, die ausschließlich von sportlichem Interesse sind und als solche nichts mit wirtschaftlicher Betätigung zu tun haben."

Diese sog. **Sportausnahme** wird also mit der Überlegung gerechtfertigt, dass Art. 101 AEUV nur wirtschaftlich relevantes Verhalten erfasst. Ausgenommen sind daher vor allem sportliche

Spielregeln (Generalanwalt Emiliou, 15.5.2025 – C-209/23 – RRC Sports GmbH Rn. 22). Die Große Kammer des EuGH nennt als Beispiel den Ausschluss von Spielern bei Turnieren zwischen Nationalmannschaften, wenn die Spieler nicht über dieselbe Nationalität verfügen wie die Mannschaft (EuGH, 21.12.2023 − C-333/21 – European Super League Rn. 84). Diese Argumentation überzeugt jedoch insoweit nicht, als **auch Spielregeln wirtschaftliche Bedeutung** entfalten können. Generalanwalt *Emiliou* weist in seinen Schlussanträgen im Verfahren RRC Sports GmbH (s. gerade oben) darauf hin, dass die Spielregel, wonach eine Fußballmannschaft nur aus 11 Spielern besteht und nicht aus 15, eine Freiheitsbeschränkung innerhalb des Wettbewerbs um die von den Spielern erbrachten Dienstleistungen darstellt (GA Emiliou a.a.O. Rn. 24). Diese sieht er jedoch aufgrund der **Verbandsautonomie der Sportverbände** nach Art. 12 Abs. 1 GrCH als gerechtfertigt an (GA Emiliou a.a.O. Rn. 27). Die Sportausnahme dürfte daher von vornherein nur auf Spielregeln im engeren Sinne Anwendung finden, die keinen Bezug zur wirtschaftlichen Vermarktung der sportlichen Leistungen haben.

Zweitens wird Art. 101 Abs. 1 AEUV durch einen allgemeinen Rechtsgedanken eingeschränkt, der im Grunde an die Lehre von den Nebenabreden erinnert, allerdings vom EuGH heute nicht mehr unter diese gefasst wird. Danach darf ein Sportverband seine Einnahmequelle vor Beeinträchtigungen durch Dritte schützen, um die von ihm vermarkteten sportlichen Leistungen weiterhin auf dem Markt anbieten zu können.

Ursprünglich wurde dieser Rechtsgedanke als Sonderform der Lehre von den Nebenabreden, als sog. Meca-Medina-Test, gerechtfertigt:

EuGH Meca-Medina
(EuGH 18.7.2006 – C 519/04 – Meca Medina) Der Langstreckenschwimmer Meca-Medina wendet sich gegen die Antidoping-Regeln seines Sportverbandes und erkennt in diesen einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV. Der EuGH hielt einen solchen Verstoß nicht von vornherein für ausgeschlossen und entwickelte unter Rn. 42 den dreistufigen **Meca-Medina-Test.** Danach war Art. 101 Abs. 1 AEUV unter folgenden Voraussetzungen nicht anwendbar.

1. Auf einer ersten Stufe mussten die vom Sportverband verfolgten **legitimen Ziele** der Maßnahme aus ihrem Wirkungskontext heraus bestimmt werden. Diese Ziele dürfen nur in legitimer Weise verfolgt werden.

2. Die Freiheitsbeschränkung musste zur Erreichung der Ziele **notwendig** sein. Dies entsprach im Grunde der objektiven Erforderlichkeit nach der Lehre von den Nebenabreden.

3. Das Ausmaß der Freiheitsbeschränkung durfte schließlich **nicht außer Verhältnis** zur Bedeutung der Ziele stehen. Damit wurde die dritte Voraussetzung der Lehre von den Nebenabreden etwas allgemeiner umschrieben: Es geht darum, dass der Verlust an

> Wettbewerbsfreiheit im Verhältnis zur Erreichung der verfolgten Ziele nicht zu schwerwiegend ausfällt und ein Restwettbewerb erhalten bleibt.

Der EuGH hat den Meca-Medina-Test in seiner neueren Rechtsprechung nicht aufgeben, seine praktische Bedeutung jedoch erheblich eingeschränkt. Er prüft die vor erwähnten Sachvoraussetzungen jetzt im Rahmen des Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung. Dies wird gleich zu zeigen sein. Das **Kernanliegen** des Meca-Medina-Tests bleibt jedoch **auch im Rahmen dieser neuen Rechtsprechung erhalten**: Sportverbände dürfen nämlich nicht jedes verbandspolitische Ziel durch Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit verfolgen. Das europäische Kartellrecht kennt bekanntlich keine Rule of Reason (S. 80).

Beispiel: Eine Marktaufteilung oder Angebotsverknappung könnte also nicht etwa mit dem Ziel der Förderung des Breitensports gerechtfertigt werden.

Das Ziel der Freiheitsbeschränkung muss vielmehr in der **Erhaltung eines wirtschaftlichen Wertschöpfungsprozesses** bestehen, der mit der Sportveranstaltung einhergeht. Da ein sportlicher Wettkampf auf unterschiedlichen Märkten zu Wertschöpfungsprozessen führt (Verkauf der Eintrittskarten, Bandenwerbung, Sponsoring, Vermarktung der Fernsehübertragungsrechte), darf der Sportverein alle Maßnahmen ergreifen, die objektiv erforderlich sind, um diese Wertschöpfung störungsfrei zu ermöglichen. FIFA und UEFA dürfen deshalb durch Satzungsbestimmungen verhindern, dass die ihnen angeschlossenen Sportvereine und deren Spieler an Konkurrenzveranstaltungen teilnehmen, die mit dem Terminkalender der FIFA- bzw. UEFA-eigenen Veranstaltungen kollidieren (EuGH, 21.12.2023 − C-333/21 – European Super League Rn. 144). Die **Dopingregeln** in Sachen „Meca Medina“ bilden ein anderes Beispiel für eine erlaubte Freiheitsbeschränkung. Bestünden sie nämlich nicht, würden die Wettkämpfe nicht fair ausgetragen. Die Nachfrage nach Fernsehübertragungsrechten an diesen Veranstaltungen wäre – mangels Zuschauerinteresses – entsprechend gering. Auch Werbetreibende wollten im Zweifel nicht mit den unfairen und gesundheitsschädlichen Wettbewerbsbedingungen in Verbindung gebracht werden. Deshalb dürfen Sportverbände Dopingregeln bekämpfen, um durch die Vermarktung von Fernsehübertragungsrechten Einnahmen erzielen zu können.

Diesen Kerngedanken setzt der EuGH nun bei der Prüfung um, ob der Sportverein durch eine Satzungsbestimmung **eine Wettbewerbsbeschränkung iSd. Art. 101 Abs. 1 AEUV bezweckt**. In EuGH, 4.10.2024 - C-650/22 – FIFA/BZ zeigt sich dabei folgender **Prüfungsaufbau** bei der Konkretisierung der Wettbewerbsbeschränkung:

I. Zunächst muss der betroffene Markt bestimmt werden.

II. Dann stellt sich die Frage, ob der Sportverein mit seiner Satzungsregelung eine Wettbewerbsbeschränkung **bezweckt**. Zu beachten sind dabei **die drei Tatbestandsvoraussetzungen des Bezweckens**: Eine Verhaltensweise bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung danach, wenn sie (1) nach ihrem Gegenstand, (2) nach ihrem Wirkungskontext bzw. den konkret mit ihr verfolgten Zielen und (3) ihren wirtschaftlichen Folgen den Wettbewerb beschränkt.

1. Tatbestandsmerkmal: Erforderlich ist zunächst eine Konkretisierung des **Gegenstandes** der verbotenen Verhaltensweise. Dabei geht es um die Frage, in welcher Weise die Verhaltensweise die Freiheit des Wettbewerbs auf dem unter I bestimmten Markt einschränkt.
2. Tatbestandsmerkmal: Die verbotene Verhaltensweise muss danach aus ihrem **Wirkungskontext** heraus verstanden werden. Dabei geht es um die Frage, ob der Sportverband **legitime Ziele verfolgt** und die Verhaltensweise **objektiv erforderlich** ist, um diese Ziele zu erreichen. Dies entspricht der ersten und zweiten Stufe des Meca-Medina-Tests.
3. Tatbestandsmerkmal: Hier muss die verbotene Verhaltensweise auf ihre **wirtschaftlichen Auswirkungen** auf dem Markt hin überprüft werden. Dabei geht es um eine Angemessenheitsprüfung, die der dritten Stufe des Meca-Medina-Tests entspricht.

Liegt jedoch ein Bezwecken vor, weil diese drei Voraussetzungen nicht sämtlich vorliegen, kommt eine Freistellung aufgrund des Meca-Medina-Tests nicht mehr in Betracht (EuGH, 21.12.2023 − C-333/21 – European Super League Rn. 186). Dieses leuchtet ein, weil in diesem Fall eine oder mehrere der Tatbestandsvoraussetzungen des Meca-Medina-Tests, die nunmehr im Tatbestand des Bezweckens aufgegangen sind, gerade nicht vorliegen. Im Falle eines Bezweckens der Wettbewerbsbeschränkung soll daher lediglich eine Freistellung auf der Grundlage des Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht kommen. Die Norm dürfte jedoch in den meisten Fällen nicht greifen. Denn bezweckt die Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeschränkung, liegt eine sog. **Kernbeschränkung** nahe. Diese schränkt den Restwettbewerb iSd. Art. 101 Abs. 3 AEUV ain der Regel so stark ein, dass sie nicht nach dieser Norm freigestellt werden kann. Wie die Tatbestandsvoraussetzungen des Bezweckens anzuwenden sind, zeigt

EuGH Fifa/BZ

(EuGH, 4.10.2024 - C-650/22 – Fifa/BZ) Der Fußballer LD unterschrieb einen Vertrag über eine Laufzeit von vier Jahren mit dem Fußballclub Lokomotive Moskau (FLM). Vor Ablauf der Vertragszeit kündigte er den Vertrag gegenüber FLM und wollte anschließend zum belgischen Fußballclub Charleroi wechseln. Dort verweigerte man jedoch den Vertragsschluss, weil der Vertrag zwischen FLM und LD eine Vertragsstrafe iHv. 10 Mio. Euro bei vorzeitiger Vertragsauflösung vorsah. Nach den Transferstatuten der FIFA haftet nämlich der aufnehmende Club für Vertragsstrafen neben dem Spieler, wenn dieser seinen Vertrag vor Ende der Laufzeit beendet. Auch trifft den aufnehmenden Verein eine Transfersperre für weitere Spielerwechsel, wenn er einen Spieler einstellt,

der vor Ende der Laufzeit seines Vertrages gegenüber einem anderen Verein zu ihm wechselt. Diese Sperre kann sich auf über zwei Spielperioden erstrecken.
Verstoßen diese Satzungsbestimmungen der FIFA gegen Art. 101 AEUV?

Die zweite Kammer des EuGH bejaht zunächst einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 45 AEUV (Rn. 86 ff.) und anschließend auch eine Verletzung des Art. 101 AEUV. Dazu im Einzelnen:

Das Reglement der FIFA sieht der EuGH als **Beschluss einer Unternehmensvereinigung** an (Rn. 117 ff.). Auch in diesem Zusammenhang spielt das **Ein-Platz-Prinzip** des Vereinsrechts eine bedeutende Rolle. Denn der Beschluss einer Unternehmensvereinigung beruht auf dem Willen der Vereinigung, den angeschlossenen Mitgliedern einseitige Verhaltensvorgaben zu machen. Die Regelungen innerhalb der Satzung der FIFA gelten jedoch zunächst nur für deren eigene Vereinsmitglieder, etwa die UEFA. Diese Vereinsmitglieder erfüllen jedoch wiederum ihre Pflichten gegenüber der FIFA, indem sie entsprechende Regelungen in ihre eigenen Satzungen aufnehmen und damit die eigenen Vereinsmitglieder (etwa den DFB) auf einer untergeordneten Ebene binden. Dieser Prozess setzt sich innerhalb der Vereinspyramide bis auf die unterste Hierarchieebene fort, so dass am Ende alle Fußballvereine an eine FIFA-Regel gebunden sind, soweit diese überhaupt auf sie passt (Dies kommt etwa nicht bei Laienspielervereinigungen in Betracht).

Das Gericht geht dann auf die Frage ein, ob eine **bezweckte Wettbewerbsbeschränkung** vorliegt (Rn. 124 ff.). Dieses Tatbestandsmerkmal sei als Sonderfall gegenüber dem Bewirken der Wettbewerbsbeschränkung besonders eng auszulegen (Rn. 126). Es erfasst Typen von Vereinbarungen, die besonders wettbewerbsschädlich seien (Rn. 127). Darunter fallen etwa Vereinbarungen und Beschlüsse, durch die der Marktzugang Dritter vereitelt wird (Rn. 128), vor allem aber auch Abstimmungen über Preise und sonstige Produktionsfaktoren sowie Marktaufteilungen (Rn. 129). Die Prüfung des Bezweckens beruht dabei auf der bereits vorgestellten **dreigliedrigen Prüfung** (Rn. 130):

Erstens muss der **Gegenstand der Vereinbarung** usw. bestimmt werden.
Zweitens ist die Vereinbarung aus ihrem **konkreten Wirkungskontext** heraus zu verstehen.
Drittens müssen die **wirtschaftlichen Auswirkungen der Vereinbarung** ins Auge gefasst werden.

Auf der **ersten Stufe** bestimmt das Gericht den Gegenstand der kritischen Verhaltensweise. Dabei geht es um die Freiheitsbeschränkung. Im vorliegenden Fall werden durch die gesamtschuldnerische Haftung des aufnehmenden Vereins neben dem Spieler und durch die Transfersperre die Freiheit des Wettbewerbs der Vereine um die Spieler erheblich eingeschränkt (Rn. 137 f.). Denn die im Raum stehende Haftungsgefahr bzw. die Gefahr der Transfersperre übten einen erheblichen negativen

Anreizeffekt auf die Fußballvereine dahingehend aus, Spieler einzustellen, deren Vertragszeit nicht formell abgelaufen ist (Rn. 141).

Auf der **zweiten Ebene** stellt das Gericht diese Vereinbarung **in ihren konkreten Wirkungskontext**. Danach liegt grundsätzlich keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor, wenn die FIFA Regelungen aufstellt, die die Funktionsfähigkeit der Wettkämpfe sicherstellen (Rn. 143). Darum geht es grundsätzlich auch im vorliegenden Fall: Denn Spielertransfers zu Lasten eines Vereins betreffen dessen Fähigkeit, konkret bei einem Spiel mit der eigenen Mannschaft anzutreten. Werden die Vereine nicht vor dem Abwerben von Spielern geschützt, kann deshalb ihre Fähigkeit, am Wettbewerb überhaupt teilzunehmen, sehr konkret gefährdet sein. Denkbar ist der Fall, dass ein Verein kurz vor dem Match ohne (die wichtigsten) Spieler antreten muss. Dies wiederum gefährdet den Betrieb von Fußballligen und Pokalwettbewerben und damit die ökonomische Wertschöpfung durch die FIFA. Mit anderen Worten: **Eine Reglementierung des Spielertransfers dient dem Erhalt des von der FIFA initiierten Wertschöpfungsprozesses**. Dieses legitime Ziel rechtfertigt es daher grundsätzlich, den Bestand der Fußballmannschaften vor vorzeitiger Auflösung durch Transfers zu schützen (Rn. 144).

Auf der **dritten Stufe** aber geht es um die **wirtschaftlichen Auswirkungen**. Darunter versteht das Gericht die Prüfung der objektiven Erforderlichkeit der Freiheitsbeschränkung für die Verfolgung des legitimen Ziels und eine allgemeine Verhältnismäßigkeitsprüfung: Die Zielverfolgung darf nicht um einen zu großen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit erkauft werden. Die Maßnahme muss daher zunächst geeignet und objektiv sein. An dieser Voraussetzung lässt das Gericht die Satzungsbestimmungen scheitern. Denn die gesamtschuldnerische Haftung der Vereine bzw. die Transfersperre seien zu pauschal und absolut ausgestaltet; die Transfersperre im Übrigen zu lang (Rn. 145 f.). Denn es werde nicht ausreichend zwischen Fällen des echten Vertragsbruchs durch den Spieler und Konstellationen unterschieden, in denen der Spieler aus wichtigem Grund den Vertrag mit seinem Verein vorzeitig beende (Rn. 147). Deshalb gingen die Wirkungen der Satzungsbestimmungen über das erlaubte Maß hinaus, und die Wettbewerbsbeschränkung sei bezweckt.

Da Zwischenstaatlichkeitsbezug und Spürbarkeit ebenfalls zu bejahen sind, liegt ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV vor. Da die Voraussetzungen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung vorliegen, kann die Verhaltensweise **nicht mehr durch den Meca-Medina-Test freigestellt** werden (Rn. 149 ff.).

In Betracht kommt allenfalls eine Freistellung nach **Art. 101 Abs. 3 AEUV**. Diese scheitert nach Auffassung des Gerichts jedoch an der Unerlässlichkeit der Freiheitsbeschränkung für das Erzielen

eines Wohlfahrtseffekts. Denn die Freiheitsbeschränkung tritt auch ein, wenn der Spieler den Vertrag aus wichtigem Grund zuvor beendet hat (Rn. 153 ff.)

Erwähnenswert erscheinen in diesem Zusammenhang noch folgende Entscheidungen:

EuGH ISU
(EuGH, 21.12.2023 − C-124/21 P – International Skating Union) In der Satzung der International Skating Unit (ISU), eines Vereins nach schweizerischem Recht und einem Vereinsmitglied des Internationalen Olympischen Komitees (IOC), ist vorgesehen, dass die Athleten, die der ISU angehören, nur an Wettbewerben teilnehmen dürfen, die von der ISU zuvor genehmigt worden sind. Die Teilnahme an einer ungenehmigten Veranstaltung kann dazu führen, dass der Athlet nicht durch die ISU beim IOC zu den Olympischen Spielen zugelassen wird.

Diese Satzungsbestimmung scheitert aus ähnlichen Gründen wie diejenige in Sachen „FIFA/BZ". Grundsätzlich darf auch die ISU ihre Athleten aus zwei Gründen daran hindern, an konkurrierenden Veranstaltungen teilzunehmen: Dies ist der Fall, wenn diese die Spielpläne der ISU durchkreuzen oder wenn diese Wettkämpfe so sehr am äußeren Spektakel ausgerichtet sind, dass dadurch die Gesundheit der Athleten gefährdet und damit die Vermarktung der Eislaufveranstaltungen gefährdet wird. Die Bestimmung würde also das zweite Tatbestandsmerkmal des Bezweckens passieren (konkreter Wirkungskontext), nicht jedoch das dritte: Denn die Satzungsbestimmungen sind inhaltlich zu unbestimmt und erlauben der ISU daher über die legitimen Anlässe hinaus, unliebsame Konkurrenten auch aus sonstigen Gründen vom Markt fernzuhalten. Sie sind daher nicht angemessen bzw. verhältnismäßig. (Rn. 125 f.).

In den Fokus rücken nun auch die Satzungsbestimmungen von DFB, UEFA und FIFA für sog. **Fußballspielervermittler**. Die nachfolgende Entscheidung ist noch auf der Grundlage des Meca-Medina-Tests ergangen, wird aber hier aufgrund des neuen Tatbestandes präsentiert:

OLG Frankfurt Fußballspieler-Vermittlung
(OLG Frankfurt, 30.11.2021 − 11 U 172/19 (Kart) – **Fußballspieler-Vermittlung**). Das OLG kontrolliert auf der Grundlage des Art. 101 AEUV die Reglements des DFB über die Zulassung sog. Spielervermittler.

Die Satzungsregeln schränken ihrem Gegenstand nach (erstes Tatbestandsmerkmal des Bezweckens) die Wettbewerbsfreiheit der Spielervermittler aber auch der Spieler selbst ein, Transferverträge zu schließen und über ein Abwerben zu verhandeln. Versteht man die Klauseln in ihrem konkreten Wirkungskontext (zweites Tatbestandsmerkmal des Bezweckens) darf der DFB durch eine Beschränkung der Tätigkeit der Spielervermittler für einen **reibungslosen Ablauf der sportlichen Wettkämpfe** sorgen. Denn die Tätigkeit der Spielervermittler wirkt sich auf die Mannschaftsstärke

aus (juris-Rn. 104), und dieser Umstand gefährdet den reibungslosen Ablauf der Wettkämpfe. Betracht man die wirtschaftlichen Wirkungen der Satzungsbestimmungen (dritte Stufe der Prüfung des Bezweckens), kommt es darauf an, dass die Satzungsbestimmungen nicht über diesen legitimen Zweck hinausschießen. Das OLG kommt dabei zu folgenden Ergebnissen:

- Der DFB darf auf der **Registrierung** der Vermittler und der Einzahlung einer geringen Gebühr durch diese bestehen (juris-Rn. 28 f.). Denn der DFB muss die Tätigkeit der Vermittler aus den genannten Gründen grundsätzlich kontrollieren und kann entsprechend Aufwendungsersatz verlangen.
- Verboten ist jedoch eine Regelung, die den Spielervermittler grundsätzlich an sämtliche Regelungen der FIFA bindet und ihn **insoweit der Verbandsgerichtsbarkeit unterwirft**. Neben der Unbestimmtheit dieser Regelung sieht das OLG die Unterwerfung unter die Verbandsgerichtsbarkeit als nicht erforderlich für die Zielverfolgung an (juris Rn.138 140 und Rn.143).
- Erlaubt ist jedoch eine Vereinbarung, nach der **die am Transfer beteiligten Vereine keine Zahlungen gegenüber dem Vermittler erbringen dürfen**. Dadurch wird legitimerweise verhindert, dass der Vermittler von dem Verein, dem ein Spieler vermittelt wird, nicht später, bei einem Weitertransfer eine weitere Provision erhält (juris-Rn. 162 f.). Dies wiederum schützt die Transferautonomie des Vereins: Dieser soll bei der Hinvermittlung nicht bereits im Hinblick auf die Weitervermittlung eingeschränkt sein (juris-Rn. 163 ff).
- Nicht gerechtfertigt ist die **Untersagung einer prozentualen Beteiligung des Vermittlers** an der Transfersumme, da dieses Verbot weder geeignet noch erforderlich ist, um eine sachfremde, finanziell motivierte Einflussnahme auf den Spielerwechsel zu nehmen (juris-Rn. 185 ff.)
- Das Verbot der Honorarzahlung an Spielervermittler bei der **Vermittlung Minderjähriger** ist wiederum unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Minderjährigen vor einer nicht an sportlichen, sondern finanziellen Anreizen motivierten Einflussnahme auf ihre Spielerkarriere, gerechtfertigt (juris-Rn.205 ff.).
- Als ebenfalls gerechtfertigt sieht das OLG die Verpflichtung der Spieler und Vereine an, die vereinbarten **Vergütungen und Zahlungen offen** zu legen. Dadurch darf der DFB sachfremder Einflussnahme beim Spielertransfer entgegenwirken (juris-Rn.226 ff.).

Vgl. jetzt auch OLG Düsseldorf (13.3.2024 – VI-U (Kart) 2/23 – FIFA-Fußball-Spielervermittler-Reglements II): Die FIFA hatte eine Satzung erlassen, in der Höchstentgelte für die sog. Service-Fee, vorgesehen sind. Dabei handelt es sich um das Entgelt, das der Spieler oder der einzelne Verein mit Spielevermittlern vereinbaren, wenn sie diese mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Verträgen beauftragen.

Die kartellrechtliche Stellung der Spielervermittler ist zurzeit Gegenstand von **drei Verfahren vor dem EuGH**:

- Auf Vorlage des LG Mainz (Verfahren C-209/23 – **RRC Sports GmbH)** geht es um Regelungen des DFB, die die Handlungsfreiheit der Spielervermittler einschränken.

- Auf Vorlage des BGH (Verfahren C-428/23 – **ROGON**) geht es um die verbleibende Bedeutung des Meca-Medina-Tests. Die Schlussanträge von Generalanwalt Emiliou haben dabei neue Interpretationsfragen entstehen lassen (15.5.2025 – C-428/23 – ROGON, Rn. 18 ff.)
- Auf Vorlage eines portugiesischen Gerichts (Verfahren C-133/24 – **Tondela**) geht es um ein Abwerbeverbot für portugiesische Fußballspieler während der Pandemie.

Durch die neue Rechtsprechung kommt auch **Art. 101 Abs. 3 AEUV** besondere Bedeutung zu. Liegt eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor, kommt nämlich eine Freistellung nur noch nach dieser Norm in Betracht:

EuGH Royal Antwerp Football Club
(EuGH, 21.12.2023 − C-680/21 – Royal Antwerp Football Club) Fußballspieler K geht neben anderen gegen die Regelung der UEFA (B) vor, nach der bei den Spielen einer Mannschaft eine Mindestzahl von Nachwuchsspielern teilnehmen müssen, die aus dem Verein selbst hervorgegangen sind (sog. „home grown players“).

Nach Auffassung des EuGH handelt es sich nicht um eine rein sporttechnische Regelung, die von vornherein Art. 101 AEUV nicht unterfällt, sondern um eine Regelung, die unmittelbar den Markt für Spielertransfers betrifft (Rn. 61). Das Gericht prüft die Regelung auch unter dem Aspekt einer Verletzung der Dienstleistungsfreiheit auch Art. 45 AEUV (Rn. 137 ff.). Im Mittelpunkt steht jedoch die Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV. Denn die Satzungsregel kann die Aktivitäten der Vereine bei der Gewinnung von Nachwuchsspielern verstärken und somit einen Wohlfahrtseffekt generieren, der zurzeit nicht in gleichem Maße existiert (Rn. 129). Als Verbraucher, die an diesem Effizienzgewinn beteiligt werden müssen, sieht das Gericht in erster Linie die Vereine und ihre Spieler an (Rn. 130). Hinzutreten sollen die Zuschauer im Stadium und am Fernseher (Rn. 130). Letzteres befremdet, weil die Fernsehzuschauer nicht immer ein Entgelt als Gegenleistung erbringen. Zweifel äußert das Gericht jedoch an der **Unerlässlichkeit** der Regelung iSd. Art. 101 Abs. 3 AEUV, weil alternative Anreize für die Nachwuchsförderung vorstellbar bleiben (Rn. 131). Auch darf der Restwettbewerb auf dem Markt nicht durch eine zu hohe Mindestschwelle für „home grown player“ ausgeschaltet werden (Rn. 132).

Theoretisch kommt dem **Meca-Medina-Test** noch eine Restbedeutung zu, wenn die Wettbewerbsbeschränkung **nur bewirkt, aber nicht bezweckt** ist. Dies erscheint jedoch in den meisten Fällen ausgeschlossen, weil die Tatbestandsvoraussetzungen des Meca-Medina-Tests im dreigliedrigen Tatbestand des Bezweckens aufgegangen sind. Wird daher ein Bezwecken bejaht,

kommt eine Freistellung nach dem Meca-Medina-Test aus praktischen Überlegungen eigentlich nicht mehr in Betracht.

c) Kontrolle nach Art. 102 AEUV und § 19 GWB

Wie eingangs erwähnt (oben a), können Satzungsbestimmungen der Sportverbände auch auf der Grundlage der Marktmissbrauchskontrolle nach § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV kontrolliert werden, wenn der Verband nach dem Ein-Platz-Prinzip organisiert ist. Dabei sind die Prüfungsmaßstäbe des Art. 101 und des Art. 102 AEUV inhaltlich miteinander verschränkt. Die bekannteste Entscheidung des deutschen Rechts stellt der Fall „Claudia Pechstein“ dar.

BVerfG, EGMR und BGH Claudia Pechstein
(BVerfG 3.6.2022 – 1 BvR 2103/16 – Claudia Pechstein; EGMR 2.10.2018 – 40575/10, 67474/10; BGH, 7.6.2016 – KZR 6/15 = WuW 2016, 364 – **Claudia Pechstein/ISU)** Die Eislaufsportlerin CP war vor dem Schiedsgericht CAS (Court of Arbitration for Sport, Sitz in Lausanne) im Streit um die Voraussetzungen einer Dopingsperre unterlegen. 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 gerade diesen Stoff freisetze, keine Beachtung.

Als problematisch erwies sich im Folgenden, dass CP anlässlich der Teilnahme an der Eislaufweltmeisterschaft mit dem Internationalen Eisläuferverband (**ISU**) eine Schiedsvereinbarung getroffen hatte, in der der CAS als Schiedsgericht eingesetzt worden war. Vereinbarungen dieser Art stehen nach §§ 1032, 1055 ZPO der Möglichkeit entgegen, wegen rechtlicher Bedenken gegen das Urteil des Schiedsgerichts vor den ordentlichen Gerichten Klage zu erheben. Zuständig für alle streitigen Auseinandersetzungen ist in diesen Fällen allein das eingesetzte Schiedsgericht.

CP argumentierte nun wie folgt: Sie habe der Schiedsvereinbarung nur zugestimmt, weil die ISU ein Monopol über die Teilnahmerechte an der Eislaufweltmeisterschaft innehabe und diese Schiedsvereinbarung einseitig als AGB gegenüber den teilnehmenden Sportlern stelle. Die Einsetzung des CAS schade jedoch den Sportlern, da 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 Sponsorengelder und Werbeeinnahmen an einem dopingfreien, „sauberen“ Sport interessiert und neigen daher gegenüber den Sportlern zu harten und pauschalen Urteilen. Andererseits wenden Sportler nach Feststellung einer verdächtigen 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 durch die ISU iSd. § 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 durch Vertreter der Sportverbände 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 (BGH, 7.6.2016 – KZR 6/15).

Daraufhin gelangte der Fall jedoch vor den **EGMR**. Dieser erkannte auf eine Verletzung des CP zustehenden Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK, weil die Statuten des CAS nicht zwingend vorsahen, dass die Verhandlungen öffentlich stattfinden (EGMR 2.10.2018 – 40575/10, 67474/10).

In Reaktion auf dieses Urteil entschied das **BVerfG (**BVerfG 3.6.2022 – 1 BvR 2103/16 – Claudia Pechstein), dass bei der Prüfung einer Schiedsvereinbarung in Bezug auf den möglichen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 GWB der **Justizgewährungsanspruch** beachtet werden müsse (BVerfG Rn. 34 ff.). Deshalb ist der Ausschluss der ordentlichen Gerichtsbarkeit nur rechtmäßig, wenn die Schiedsvereinbarung dem Sportler **wirkungsvollen Rechtsschutz** bietet. Ist die Verhandlungsmacht des Sportverbandes gegenüber dem Sportler so groß, dass er den Inhalt der Schiedsvereinbarung einseitig bestimmen kann, gebieten die Grund- und Menschenrechte eine Inhaltskontrolle der Schiedsvereinbarung, im Rahmen derer **Mindestanforderungen an die faire Ausgestaltung des Schiedsverfahrens** überprüft werden müssen. Im vorliegenden Fall sprach das fehlende Recht auf eine öffentliche Verhandlung beim CAS und nicht, wie ursprünglich geltend gemacht, die Besetzung dieses Schiedsgerichts, für einen Missbrauch, weil die Mindestanforderungen an ein faires Verfahren nicht gewährleistet waren. Die Gewährleistungen nach Art. 6 EMRK entsprechend dabei den aus Art. 19 Abs. 4 GG folgenden Prinzipien.

Diese Entscheidung hat das Recht der Schiedsgerichtrechtsprechung nachhaltig verändert:

EuGH Royal Football Club Seraing
(EuGH, 1.8.2025 – C 600/23 – Royal Football Club Seraing) Die FIFA (B) war gegen einen unternommenen Spielertransfer, den belgische Football Club Seraing (K) vorgenommen hatte, durch Verhängung eines Bußgeldes eingeschritten. Die Berufung von K bei der FIFA-Berufungskommission war erfolglos. Daran schloss sich ein Schiedsverfahren vor dem CAS an. In diesem machte K geltend, dass die FIFA-Regeln, aufgrund derer er bebußt worden sei, gegen Art. 101 und Art. 102 AEUV verstießen. Der CAS sah diesen Einwand als nicht erheblich an und bestätigte die Verhängung des Bußgeldes.

Der EuGH stellt im Anschluss an die Rechtsprechung des EGMR fest, dass Art. 101 und Art. 102 AEUV – neben Art. 47 der GrCh – zum sog. **Ordre Public** zählen (Rn. 88), dem indisponiblen Kernbestand europarechtlicher Prinzipien. Über dessen Geltung kann sich ein Sportverband nicht durch Inanspruchnahme eines Schiedsgerichts hinwegsetzen (Rn. 87). Deshalb muss der Sportler ein Gericht iSd. Art. 267 AEUV anrufen dürfen, dass die Einhaltung von Art. 101 und Art. 102 AEUV durch das befasste Schiedsgericht überprüft (Rn. 85). Dies gilt insbesondere, wenn die Entscheidung eines Schiedsgerichts die wirtschaftliche Tätigkeit innerhalb des Unionsgebiets betrifft (Rn. 91). Dafür spricht im Bereich des Sportrechts auch der Umstand, dass den Athleten die Zuständigkeit der Sportschiedsgerichtsbarkeit durch die Sportverbände **aufgezwungen** wird (Rn. 92). Für die Einschaltung spezialisierter Schiedsgerichte spricht nach Auffassung des Gerichts hingegen grundsätzlich ein anerkennenswertes Interesse der Sportverbände an einer einheitlichen Behandlung der Fälle (Rn. 95). Dessen Grenzen liegen jedoch in der Wahrung von Art. 101 und Art. 102 AEUV.
Die **Folgewirkungen dieser Entscheidung** sind weitreichend:
Danach muss

> „in allen Fällen, in denen ein Schiedsspruch in einem Rechtsstreit ergangen ist, der mit der Ausübung eines Sports als wirtschaftliche Tätigkeit im Unionsgebiet zusammenhängt, und in denen kein unmittelbarer Rechtsbehelf gegen diesen Schiedsspruch vor einem Gericht eines Mitgliedstaats vorgesehen ist, der betroffene **Einzelne die Möglichkeit** haben, auf seinen Antrag hin oder von Amts wegen **von jedem Gericht eines Mitgliedstaats,** das über einen solchen Schiedsspruch in irgendeiner Weise entscheiden kann, **inzidenter eine wirksame gerichtliche Kontrolle der Frage zu erhalten, ob dieser Schiedsspruch mit den Grundsätzen und Bestimmungen vereinbar ist,** die Teil der öffentlichen Ordnung der Union sind…. Fehlt es an einer solchen inzidenten Kontrolle oder wäre sie … nicht wirksam, gäbe es keinen Rechtsbehelf, der es ermöglichen würde, den betroffenen Einzelnen einen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz zu gewährleisten, so dass der betreffende Mitgliedstaat zur Schaffung eines solchen Rechtsbehelfs verpflichtet wäre.“ (Rn. 100).

Vgl.in diesem Zusammenhang auch folgende Entscheidungen:

OLG Frankfurt Beachvolleyball
(OLG Frankfurt a.M., 28.4.2022 − 11 U 169/20 (Kart) – **Beachvolleyball**) Die Klägerinnen (K) sind Beachvolleyballerinen, der Beklagte (B) ein nach dem Ein-Platz-Prinzip organisierter Träger, dem der Weltbeachvolleyballverband das Recht zur Nominierung deutscher Spieler für internationale Turniere eingeräumt hat. Die K gehen gegen B vor, weil dieser sie nicht für ein internationales Turnier nominiert hat. Laut Satzung der Satzung des B besteht ein Nominierungsanspruch für die Mitglieder des Nationalteams. Weitere Priorität genießen sog. Perspektivspieler. Die verbleibenden Plätze werden nach sog. Entry-Points vergeben. Danach konnten sich die K nicht qualifizieren. Die K hatten eine Schiedsvereinbarung unterschrieben, jedoch war das Schiedsgericht nicht unparteiisch besetzt.

Das OLG prüft einen Anspruch aus §§ 33 Abs. 1, 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (juris-Rn. 93). Problematisch war wie im Fall „Claudia Pechstein“ die Zulässigkeit der Klage in Bezug auf § 1032 Abs. 1 ZPO, da die K eine Schiedsvereinbarung mit B getroffen hatten. Da das eingesetzte Schiedsgericht jedoch nicht unparteiisch besetzt ist, geht das OLG davon aus, dass es sich nicht um ein Schiedsgericht iSd. § 1032 Abs. 1 ZPO handelt, die Norm damit keine Anwendung findet und die Klage entsprechend zulässig ist (juris-Rn. 77 ff.). Die von B angelegten Auswahlkriterien hält das OLG jedoch für mit dem Kartellrecht vereinbar (juris-Rn. 95 ff.).

OLG Düsseldorf Paralympische Zulassungsregeln
(OLG Düsseldorf, 1.2.2023 – VI-U (Kart) 7/21 – Paralympische Zulassungsregeln) Der Brasilianer K ist hat sich in der Vergangenheit erfolgreich an den Schwimmwettbewerben der Paralympics beteiligt. Er klagt gegen das Internationale Paralympische Komitee (IPC; Sitz in Bonn) auf Schadensersatz. Der IPC ist nach dem Ein-Platz-Prinzip organisiert. Kurz vor der Olympiade in Tokyo, für die K trainierte, hat das IPC die Klassifizierungsregelungen geändert, so dass K wegen eines zu geringen Beeinträchtigungsgrades an den sportlichen Wettkämpfen nicht teilnehmen durfte. K macht geltend, dass eine von ihm unterschriebene Schiedsvereinbarung keine Berufung gegen eine Änderung der Klassifizierungsregeln zum CAS zulasse. K macht deshalb entgangene Werbeeinnahmen und Sponsorengelder als Schaden geltend. Zu Recht?

In erster Instanz zuständig war das LG am Sitz des Beklagten (Art. 4 Abs. 2, 63 Brüssel IA VO), also das LG Düsseldorf. Deutsches Recht – und damit § 33a Abs. 1 GWB – ist aufgrund Art. 9 Abs. 2

Rom I-VO anwendbar. Denn beim Kartellrecht handelt es sich um eine zwingende Eingriffsnorm der deutschen Rechtsordnung. Dieses ist vor allem deshalb anwendbar, weil sich der Kartellverstoß in Deutschland iSd. § 185 Abs. 2 GWB auswirkt (OLG Rn. 40). Die Schiedsvereinbarung hindert den Zugang zum LG Düsseldorf gemäß §§ 1032, 1055 ZPO nach den Grundsätzen des BVerfG nicht: Denn K hat grundsätzlich das Recht auf Zugang zu den staatlichen Gerichten. Dieses kann ihm nur genommen werden, wenn anstelle des Gerichtsverfahrens ein Schiedsverfahren vereinbart wird, das effektiven Rechtsschutz gewährleistet und rechtsstaatlichen Mindeststandards genügt. Dies war vorliegend nicht der Fall (Rn. 47).

In Betracht kommt ein Schadensersatzanspruch aus § 33a Abs. 1, Art. 102 AEUV. Das OLG prüft daneben noch einen vertraglichen Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 241 Abs. 2 BGB (Rn. 49 ff). Dies ist nach Art. 4 der **Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU** möglich. Denn die Richtlinie zielt nicht auf Vollharmonisierung des Schadensersatzanspruchs, sondern erzwingt nur die Prinzipien der Effizienz und Äquivalenz bei seiner Ausgestaltung durch das deutsche Recht. Dabei geht das Gericht zunächst überzeugend davon aus, dass es der Vereinsautonomie nach Art. 9 GG entspreche, dass das IPC eine Neuklassifikation für die Teilnahme an den Wettkämpfen vornehmen dürfe (Rn. 53). Vor allem müsse dem IPC daran gelegen sein, die Wettbewerbe für die Teilnehmer im Hinblick auf die Chancengleichheit fair auszugestalten (Rn. 58). Allerdings hat das IPC das **Verhältnismäßigkeitsprinzip** verletzt. Denn es hätte K eine **Übergangsfrist** einräumen müssen, sich auf die veränderten Regeln einzustellen. Diese taxiert das Gericht auf ein Jahr (Rn. 90 ff.).

Die kartellrechtliche Seite der Gesamtproblematik zeigt sich in

OLG Düsseldorf Paralympische Winterspiele
(OLG Düsseldorf, 20.1.2022 − VI-6 W 1/22 (Kart) – **Paralympische Winterspiele**) K ist infolge einer Beinamputation als Athletin im Rahmen des Para-Snowboarding tätig und hat dort in der Vergangenheit erhebliche Erfolge erzielt. Sie ist nach dem Klassifizierungssystem von B (der World Para Snowboard Organization) in der Klasse B SB-LL1 als Athletin eingeordnet. B ist dabei nach dem „Ein-Platz-Prinzip“ organisiert. B hat beschlossen, dass bei der Olympiade in Peking in der Klasse B SB-LL1 keine Medaillenwettkämpfe stattfinden, weil in der Vergangenheit zu wenig Athleten dieser Klasse an den Wettkämpfen teilgenommen hätten. K müsste daher in einer anderen Klasse, deren Vertretern sie körperlich nicht gewachsen ist, teilnehmen oder auf die Olympiateilnahme verzichten.

Das OLG geht von einer **missbräuchlichen Behinderung** der K durch B nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 erster Fall GWB aus. Da es um eine Vertikalbeziehung geht, hätte eigentlich eine Diskriminierung ohne Sachgrund nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweiter Fall GWB näher gelegen. Dies zeigen auch die weiteren Überlegungen des OLG. In jedem Fall geht das OLG davon aus, dass ein nach dem Ein-Platz-Prinzip organisierter Sportverband marktbeherrschend iSd. § 19 GWB ist (juris-Rn. 52). Die Zulassungsentscheidungen solcher Vereine sind trotz der in Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Verbandsautonomie auf Verstöße gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweiter Fall GWB voll überprüfbar (juris-Rn. 53). Den Missbrauch konkretisiert das OLG aufgrund einer Gesamtbetrachtung der Einzelumstände und gelangt dabei zu folgendem Ergebnis: K wird praktisch die Zulassung zum Wettkampf verweigert. Dem steht gegenüber, dass B sich für die

Begründung dieser Verweigerung nicht auf die Einhaltung notwendiger Sportregeln berufen kann, sondern nur auf eine nicht näher bestimmte Außenwirkung wegen der geringen Zahl der Wettbewerbsteilnehmer (juris-Rn. 67). Hinzu kommt, dass sich B widersprüchlich verhält, wenn sie einerseits die Leistungsklasse B SB-LL1 einrichtet, andererseits aber für diese keine Wettkämpfe zulassen will (ähnlich juris-Rn. 69).

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 ausschließlich um einen Anwendungsfall des § 1 GWB.

Das Zwischenstaatlichkeitserfordernis hat in Art. 101 Abs. 1 AEUV eine **doppelte Bedeutung**:
Erstens handelt es sich – wie gerade ausgeführt – um eine **Kollisionsnorm**, die den Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts vom nationalen Recht abgrenzt.
Zweitens konkretisiert es auch 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). Hier genügt eine knappe Feststellung der Wahrung des Erfordernisses.

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; EuGH, 29.6.2023 − C-211/22 – **Super Bock Bebidas** Rn. 62 f.). Dies erklärt sich aus dem Umstand, dass Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten gerade nicht an einem solchen Kartell teilnehmen und daher von vornherein eine Außenseiterstellung einnehmen. Diese Kartelle richten sich daher ihrer inneren Zwecksetzung nach (auch) gegen Newcomer aus anderen Mitgliedstaaten, indem sie diese beteiligen, und entfalten entsprechenden Zwischenstaatlichkeitsbezug.
3. Beruht die Wettbewerbsbeschränkung auf der Ausgestaltung von Einzelverträgen durch AGB, darf sich die kartellrechtliche Betrachtung nicht auf den einzelnen Vertrag beschränken, wenn dieser Teil eines Vertragssystems (z.B. eines Franchisesystem des Herstellers mit seinen Franchisenehmern) darstellt. In diesem Fall muss die Gesamtheit aller gleich gestalteten Einzelverträge betrachtet werden (**Bündeltheorie**). Diese Betrachtungsweise setzt nach EuGH Slg. 1991, I-935 ff.- **Delimitis**/**Henninger Bräu** voraus:
   a) Es muss insgesamt um einen Interaktionsbereich mit **Zugangserschwernissen für Newcomer** gehen. Dies gilt etwa für Märkte, auf denen selektive Vertriebssysteme üblich sind, also jeder Hersteller seine exklusiven Händler hat und ein Newcomer daher nur mit Mühe Absatzmittler für seine Produkte findet.
   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 des EuGH 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 dazu sog. **NAAT-**Regel entwickelt (non appreciable affection of trade; Leitlinien 2004/C 101/07 Rn. 50):
   - 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, Rn 82-86-Pioneer) genügten aber im Einzelfall auch 3,38 % zur Bejahung der Spürbarkeit. Er ist selbstverständlich nicht an die Leitlinien der Kommission gebunden.

Damit verbindet sich folgende **praktische Überlegung**: Die Frage der Spürbarkeit des Zwischenstaatlichkeitsbezugs unterfällt der richterlichen Tatsachen- und Beweiswürdigung. Gehen Sie deshalb regelmäßig nur kurz auf sie ein! Sollte der Sachverhalt einer praktischen Aufgabenstellung Strukturdaten iSd. der Negativ- oder Positivvermutung beinhalten, wenden Sie diese unter dem Vorbehalt der fehlenden Bindung des EuGH an die NAAT-Regel 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 betroffen ist, ist auch das Kartellrecht seinem Schutzzweck nach nicht anwendbar. Bagatellfälle werden also nicht von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst. 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 großzügigere sog. **De-minimis-Bekanntmachung** veröffentlicht (25.6.2014 – 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 erscheint vor allem, 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. 85).

Auch in **§ 1 GWB** fungiert die Spürbarkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal. 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 bitte, dass der EuGH nicht an die Schwellen der Europäischen 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 – allein schon wegen der Nachahmungsgefahr – den Fall immer am Kartellverbot messen, wenn der Angriff auf den Wettbewerb in einer qualitativ besonders intensiven Weise erfolgt.

VII. Marktinformationsverfahren mit Beispielsfall

Als Marktinformationsverfahren (MIV) bezeichnet man den Austausch von Informationen zwischen Unternehmen. Diese weisen eine Reihe von Besonderheiten auf:

Eine **erste Besonderheit** besteht darin, dass die Beteiligten die Freiheit des Wettbewerbs nicht unmittelbar untereinander beschränken, sondern nur den Austausch von Informationen vereinbaren. Dadurch setzen sie jedoch – je nach Lage des Falles – einen gegenseitigen **ökonomischen Anreiz, das Verhalten untereinander abzustimmen**, was dann eine Freiheitsbeschränkung zur Folge hat. Vor allem die Weitergabe der Angebotsbedingungen des Konkurrenten muss der Empfänger der Information als Appell verstehen, sich an diesen zu orientieren. Andernfalls würde diese Verhaltensweise keinen ökonomischen Sinn ergeben. Der EuGH (sogleich im Beispielsfall) geht deshalb davon aus, dass Art. 101 AEUV den **Geheimwettbewerb** schützt. Dabei handelt es sich um einen Wettbewerb, bei dem ein Unternehmen seine Produktions- und Angebotsbedingungen vor den Konkurrenten verborgen hält. Nur dadurch entsteht ständiger Druck im Wettbewerb, weil jedes Unternehmen damit rechnen muss, durch eine Preis- oder Qualitätsstrategie der Konkurrenz überrascht zu werden. Die Abrede über den Austausch sensibler Informationen ist daher eine Vereinbarung iSd. Art. 101 Abs. 1 AEUV. Ihre freiheitsbeschränkende Wirkung kann sich aus der ökonomischen Anreizsetzung ergeben.

Eine **zweite Besonderheit der MIV** besteht darin, dass der Markt gerade auf einem Informationsverarbeitungsprozess beruht (*Hayeks*, The Use of Knowledge in Society, 35 American Economic Review 519 und 525 (1945); dies wurde bereits oben dargestellt: S. 23). Der Marktmechanismus schützt nämlich Anbieter und Nachfrage dadurch vor Schäden, dass in ihn möglichst alle verfügbaren Informationen über das Angebot eingehen und in den Marktpreis einfließen („eingepreist werden"). Deshalb dient die Zuführung von Informationen grundsätzlich dem Erhalt der Funktionsfähigkeit des Preismechanismus und ist daher nach der Lehre von den Nebenabreden erlaubt.

MIV sind daher nicht regelmäßig, sondern nur unter zwei Voraussetzungen verboten:
(a) Wenn der betroffene Markt eine **oligopolistische Struktur** aufweist. Existieren auf dem Markt nur wenige Anbieter, können diese den Wettbewerbsprozess durch gegenseitige Information über die eigenen Angebotsbedingungen zum Erliegen bringen. Es entsteht der sog. „**Oligopoly Blindspot**", der blinde Fleck des Kartellrechts auf oligopolistischen Märkten (zu diesem S. 354).
(b) Kritisch werden MIV auch dann beurteilt, wenn sie **identifizierend** wirken, wenn also Informationen darüber vermittelt werden, welcher Konkurrent welchen Nachfragern welche Angebotsbedingungen unterbreitet. Denn diese Art der Informierung zielt typischerweise auf eine Abstimmung der Angebotsbedingten (s. bereits oben).
Ansonsten aber können MIV den Preisbildungsmechanismus auf dem Markt vor den **Gefahren adverser Selektion** schützen. In der Praxis kommen Marktinformationsverfahren vor allem im Bankenbereich vor (EuGH, 29.7.2024 − C-298/22 – Informationsaustausch portugiesischer Banken). Dies zeigt der nachfolgende Übungsfall:

Klausurbeispiel Asnef-Equifax
(EuGH 23.11.2006 – C 238/05 – 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 wurden. 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 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 iSd. 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 auch 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 den Art. 101 AEUV in rechtswidriger Weise falsch angewendet hat. Fraglich ist daher, 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 iSd. des funktionalen Begriffsverständnisses. Fraglich ist, ob die Errichtung eines gemeinsamen Auskunftsregisters eine Vereinbarung iSd. 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 dafür fehlt, dass das Register von einem Vollfunktionsunternehmen iSd. Art. 3 Abs. 4 FKVO verwaltet würde. Im Regelfall ist nicht davon auszugehen, dass das Register kostendeckend arbeitet und sich selbstständig aus seiner Tätigkeit finanziert. Vielmehr dürfte es eine bloße

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

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 eine Freiheitsbeschränkung, die nicht mit den Zwecken des Art. 101 Abs. 1 AEUV vereinbar ist.

a) Eine mögliche Freiheitsbeschränkung findet vorliegend auf dem Markt für Privatkundenkredite und dem Markt für Firmenkundenkredite statt, wobei mangels weiterer Angaben von spanischen Märkten auszugehen ist.

b) Fraglich ist, ob die Banken auf diesen Märkten die **Wettbewerbsfreiheit einschränken**. Mit der Errichtung des gemeinsamen Registers geben die Beteiligten zunächst nicht unmittelbar einen Teil ihrer Handlungsfreiheit ab. Denn keiner der Beteiligten könnte ohne Mitwirkung der anderen ein solches Register führen. Doch könnte die Vereinbarung einen ökonomischen Anreiz setzen, der der Freiheit der Preisbildung auf den Märkten für Privat- und Firmendarlehen entgegenwirkt. Dazu könnte der Ausschluss des **Geheimwettbewerbs** auf diesen Märkten beitragen (EuGH Rn. 47). Der Gegenstand des sog. Selbstständigkeitspostulats im europäischen Kartellrecht liegt nämlich gerade darin, dass jeder Wettbewerber die ihm eingeräumten unternehmerischen Freiheiten autonom ausübt. Erfährt er jedoch, zu welchen Bedingungen die Wettbewerber ihre Waren oder Dienstleistungen anbieten, wird ein Anreiz in die Gegenrichtung gesetzt (vgl. EuGH Rn. 51 f.). Denn diese Art der Information erlaubt es einem Beteiligten, sich im Hinblick auf die Angebotskonditionen mit seinen Wettbewerbern abzustimmen. Eine Freiheitsbeschränkung resultiert daher vorliegend aus der ökonomischen Anreizsetzung, die mit dem Betrieb des Registers einhergeht. Dessen Sinn besteht gerade darin, dass eine Bank, die von den Schwierigkeiten einer Konkurrentin mit einem bestimmten Kunden erfährt, ebenso wie diese verfährt und mit diesem Kunden nicht oder nur bei Stellung besonders wertvoller Kreditsicherheiten einen Darlehensvertrag schließt.

c) Fraglich ist allerdings, ob die Freiheitsbeschränkung auch einer Wettbewerbsbeschränkung iSd. Art. 101 Abs. 1 AEUV gleichzustellen ist. Nach der **Lehre von den Nebenabreden** kann eine Freiheitsbeschränkung, die für das Entstehen bzw. die Aufrechterhaltung des Wettbewerbsprozesses objektiv erforderlich ist, nicht als Wettbewerbsbeschränkung eingeordnet werden. Dafür spricht der

wohlfahrtsökonomische Zweck des Art. 101 Abs. 1 AEUV. In dessen Rahmen fungiert der Freiheitsschutz nicht als Selbstzweck, sondern soll die ökonomische Wertschöpfung im Rahmen des Wettbewerbs ermöglichen. Ist eine Freiheitsbeschränkung wiederum gerade objektiv erforderlich, um einen Wertschöpfungsprozess zu ermöglichen, kann sie nach Art. 101 Abs. 1 AEUVC nicht verboten sein.

Vorliegend könnte die **Effizienz der Preisbildung** auf den spanischen **Darlehensmärkten** davon abhängen, dass bei der Preisbildung für ein Darlehen alle Informationen über das Anbieter- und Nachfrageverhalten bekannt sind. Ohne den Betrieb des Registers würde das spanische Kreditgeschäft unter einer Informationsunvollkommenheit leiden. Denn frühere Zahlungsausfälle bei einzelnen Darlehensnehmern wären den Darlehensgebern bei der Aushandlung der Konditionen nicht bekannt. Dies führte im Weiteren dazu, dass ein Darlehensgeber grundsätzlich bei jedem Darlehensnehmer von einem statistischen Ausfallrisiko ausgehen müsste und gehalten wäre, diesem gegenüber einen pauschalen Sicherheitsaufschlag auf den Darlehenszins vornehmen. Die damit verbundene adverse Selektion (**adverse selection**; nach *Akerlof* 84 Quarterly Journal of Economics 488 (1970)) würde dazu führen, dass die Darlehen nicht nach ihren eigentlichen wirtschaftlichen Wert, sondern stets auch im Hinblick auf das im Einzelfall undurchsichtige Ausfallrisiko bepreist werden müssten. Durch den gemeinsamen Informationsaustausch über die Person illoyaler Darlehensnehmer wird dieser Effekt gerade unterbunden, weil eine spanische Bank im Einzelfall erkennen kann, ob sie mit einem Risikokandidaten oder mit einem künftig loyal agierenden Darlehensnehmer verhandelt. Deshalb braucht sie keine pauschale Sicherheitsaufschläge in jedem Einzelfall zu erheben. Dadurch wiederum wird eine Ressourcenverschwendung zu Lasten der loyalen Darlehensnehmer vermieden.

Allerdings darf diese grundsätzlich zulässige Freiheitsbeschränkung nur soweit gehen, wie sie für das Entstehen des Marktes **objektiv erforderlich** ist. Vorliegend besteht jedoch gerade 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, bestimmte Darlehensnehmer als nicht kreditwürdig zu identifizieren, 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 über die Darlehenskonditionen auf dem Markt, weil jede konkurrierende Bank rasch die Konditionen ihrer

Konkurrenten einsehen kann. Insoweit ist die vom Betrieb des Registers ausgehende Wettbewerbsbeschränkung nicht objektiv erforderlich.

d) Wegen der fehlenden objektiven Erforderlichkeit der Freiheitsbeschränkung 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 mangels Verbraucherbeteiligung nicht in Betracht und auch deshalb nicht, weil der Restwettbewerb durch ein Hardcore-Kartell in Form eines Preiskartells ausgeschlossen wird.

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:

(37) „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.“
(42) „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.“

Die Handelsbeeinträchtigung muss dabei nach ständiger Rechtsprechung **spürbar** sein. Dafür spricht vorliegend die Eigenschaft der Vereinbarung als Hardcore-Kartell sowie die Anzahl der am Kartell beteiligten Unternehmen.

Ähnliches gilt für die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung.

5. Ergebnis

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

Wegen des Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV, ist die Klage nicht begründet.

Vgl. abschließend noch folgenden bedeutenden Fall eines Marktinformationsverfahrens:

EuGH HSBC
(EuGH, 12.1.2023 − C-883/19 P – HSBC) In dem Verfahren geht es um die Manipulation des Euribor, eines Zinsindexes. Die Kartellanten meldeten am Stichtag bewusst niedrige Quotierungen, um den Euribor an diesem Tat zu senken. Dies erlaubte ihnen Gewinne aufgrund spekulativer Derivate zu erzielen (Zins-Futures).

Darin erkennt das Gericht das Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung iSd. Art. 101 AEUV (ab Rn. 111). Ausdrücklich ruft es das Selbstständigkeitspostulat in Erinnerung (Rn. 113 f.). Dieses sieht der EuGH durch eine abgestimmte Verhaltensweise mittels Informationsaustauschs zwischen Marktteilnehmern beeinträchtigt, wenn diese geeignet ist, den Grad der Ungewissheit über das Marktgeschehen zu verringern oder zu beseitigen. Und dies war vorliegend der Fall (Rn. 115 ff.). Ein weiteres Problem lag in dem Umstand begründet, dass die Abstimmung der Beteiligten nicht Entgelte betraf, die unmittelbar von Verbrauchern gefordert wurden. Eine solche Einschränkung kennt Art. 101 AEUV jedoch nicht (Rn. 120 ff.). Vielmehr genügt es dem EuGH, dass die Händler der beteiligten Banken durch die Abstimmung in der Lage waren, an den relevanten Tagen den für sie geeigneten Zinssatz sicher zu bestimmen (Rn. 122).
Hinweis: In dem Verfahren waren jedoch weder die Kommission noch das EuG auf die Frage eingegangen, ob die Festlegung des Zinssatzes auf einen Medianwert auch wettbewerbsfördernde Effekte erzielte (Rn. 138 ff.). Deshalb wurde das Bußgeld aufgehoben.

D. AUSNAHMEN VOM KARTELLVERBOT

I. Art. 101 Abs. 3 AEUV

1. Praktischer Anwendungsbereich

Gemäß Art. 1 Abs. 2 der Kartellverfahrens-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, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Norm vorliegen.

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

1. In der Wettbewerbssituation entsteht eine Kostenverteilung, die eine volkswirtschaftlich sinnvolle Wertschöpfung nicht ermöglicht. Ein Beispiel liefert die Grundlagenforschung im Bereich der Pharmazie und Medizin. Hohen Kosten der Forschung stehen dort nicht selten 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. Dies gilt vor allem für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen: Indem jeder Franchisegeber die Wettbewerbsfreiheit seiner Händler einschränkt, profiliert er das eigene System gegenüber dem des Konkurrenten durch Profilschärfung. Dies führt zu einer Intensivierung des Wettbewerbs. In diesem Punkt überschneidet sich der Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 3 AEUV mit der **Lehre von den Nebenabreden** (S. 69). Der EuGH unterscheidet Art. 101 Abs. 3 AEUV von dieser wie folgt (dazu bereits S. 79): Die Lehre von den Nebenabreden erlaubt keine Abwägung der Vor- und Nachteile einer Freiheitsbeschränkung, sondern setzt voraus, dass die Freiheitsbeschränkung in vollem Umfang objektiv erforderlich für den Markterschließungseffekt ist (Alles-oder-Nichts-Entscheidung). Art. 101 Abs. 3 AEUV hingegen setzt einen **Abwägungsprozess** zwischen den Vor- und Nachteilen einer Wettbewerbsbeschränkung (= Freiheitsbeschränkung, die gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstößt) voraus. So können Freiheitsbeschränkungen auch dann freigestellt sein, wenn sie nicht oder nicht in vollem Umfang für den Erhalt eines Wertschöpfungsprozesses objektiv erforderlich sind, jedoch den Beteiligten erhebliche Kosten sparen, die am Ende nicht auf die Verbraucher umgelegt werden müssen.
3. Der praktische Unterschied zwischen der Lehre von den Nebenabreden, nach der die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV vorliegen, und Art. 101 Abs. 3 AEUV liegt bei der Beweislastverteilung nach Art. 2 VO Nr. 1/2003: Die Kommission muss beweisen, dass kein Fall der Lehre von den Nebenabreden vorliegt (Satz 1). Die Kartellanten tragen hingegen die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV vorliegen (Satz 2).

Beachten Sie jedoch: Trotz der aufgeführten Unterschiede zwischen der Lehre von den Nebenabreden und Art. 101 Abs. 3 AEUV ist die Abgrenzung des Anwendungsbereichs in der Praxis nicht immer eindeutig. So sind die Grundsätze der Pronuptia-Entscheidung (S. 77) der Lehre von den Nebenabreden zuzuordnen und betreffen die Frage, ob die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV vorliegen. Sie bestimmen jedoch den Inhalt der Vertikal-GVO, die in Umsetzung des Art.

101 Abs. 3 AEUV ergangen ist. Folgende Beispiele bewegen sich daher in einem Zwischenbereich zwischen beiden Regelungskomplexen:

a) Die **Vereinheitlichung von AGB** unter Konkurrenten (zB. Banken) bedeutet zunächst eine Freiheitsbeschränkung. Häufig steht der Inhalt dieser Klauseln jedoch nicht im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit der Marktgegenseite, da die Kunden deren Inhalt nicht zur Kenntnis nehmen, bevor sie einen Vertrag (Eröffnung eines Girokontos) schließen. Die Vereinheitlichung von AGB kann den Wettbewerb deshalb auf die zentralen Leistungsmerkmale (Kontoführungsgebühren) lenken und verschärfen. Im Zahlungsverkehr der Banken ist die Vereinheitlichung wiederum Funktionsbedingung des Leistungsaustausches: Bei der Abwicklung von Zahlungsvorgängen (Clearing) werden täglich Zahlungsströme in Milliardenhöhe bewegt und gegeneinander verrechnet. Dabei kommt es aus ganz naheliegenden Gründen nicht in Betracht, dass im Rahmen jeder elektronischen Überweisung oder Ausführung eines Lastschriftauftrags die Bedingungen individuell auszuhandeln. Deshalb dürfte die Vereinheitlichung der Abwicklungsbedingungen schon nicht gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen (Lehre von den Nebenabreden). Zur rechtlichen Absicherung dürfen sich die Beteiligten aber zusätzlich auf Art. 101 Abs. 3 AEUV berufen.

b) **Einkaufs- und Verkaufsgemeinschaften** können nach Art. 101 Abs. 1 AEUV verbotene Kartelle darstellen. In ihrer gefährlichsten Form, dem Syndikat, werden sie einem eigenen Rechtsträger (Syndikat als Gemeinschaftsunternehmen und Kartellführer) übertragen. 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. Insoweit kann das Kartell Defizite der Marktstruktur (Größenabstand zwischen den Anbietern oder Nachfragern) ausgleichen. Dies legt die Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV nahe. Aber auch hier hat der EuGH in Einzelfällen die Anwendbarkeit des Art. 101 Abs. 1 AEUV nach der Lehre von den Nebenabreden verneint (vgl. noch einmal den Fall Gottrup-Klim: S. 73); denn erst durch den Zusammenschluss wird die Einkaufsgemeinschaft zu einem ernsthaften Nachfrager auf dem Markt.

c) **Ausschließlichkeitsbindungen**. Sie sind Teil von Vertriebssystemen. Der Hersteller lässt dabei ausschließlich bestimmte Händler zum Vertrieb seiner Ware zu und verbietet diesen,

an nicht angeschlossene, außenstehende Händler zu liefern. Dafür Für und Wider dieser Gestaltungen wird noch ausführlich behandelt werden (S. 139).

Ein **aktuelles Beispiel** für die Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV liefert die zum Sportkartellrecht ergangene Entscheidung des EuGH in Sachen „Royal Antwerp Football Club“ (S. 104).

2. Tatbestandsvoraussetzungen

Art. 101 Abs. 3 AEUV kennt vier Tatbestandsvoraussetzung:

(1) Die Verhaltensweise muss zu einer **Verbesserung** der Warenerzeugung oder -verteilung bzw. zu einer Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts führen.

(2) An diesen Vorteilen müssen die **Verbraucher beteiligt** sein.

(3) Für die Verbesserung und die Beteiligung der Verbraucher an ihr, muss die Wettbewerbsbeschränkung **unerlässlich** sein (Nr. 1).

(4) Durch die Wettbewerbsbeschränkung darf der **Restwettbewerb nicht eingeschränkt werden** (Nr. 2).

Im Einzelnen:

(1) **Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung**. Das Tatbestandsmerkmal bezieht sich auf die Herstellung bzw. den Vertrieb von Waren. Es geht um eine Verbesserung auf der betriebswirtschaftlichen Seite, also in Bezug auf das Verhältnis von Aufwand und Ertrag. Dieses verbessert sich etwa, wenn Kosten der Produktion oder Vertriebs eingespart werden.
Alternativ kommt die **Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts** in Betracht. Technik bedeutet die Beherrschung von Naturkräften. Es geht darum, Naturkräfte effizienter bei der Problemlösung einzusetzen. 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 und zielt auf Kostenersparnisse.

(2) **Verbraucherbeteiligung am Gewinn**. Diese stellt ein **zentrales Tatbestandsmerkmal** des Art. 101 Abs. 3 AEUV dar. Denn jedes Preiskartell führt zunächst für die Beteiligten selbst zu einer „Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung“, weil es die Einnahmeseite der Kartellbeteiligten optimiert. Für einen Wohlfahrtseffekt kommt es deshalb entscheidend darauf an, dass *beide* Marktseiten partizipieren und Vorteile nicht einseitig auf Kosten der Gegenseite erzielt werden. Gemessen an diesem Zweck 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** nach herrschendem Verständnis die Beteiligten auf der jeweils anderen Marktseite und nicht nur Verbraucher iSd. § 13 BGB. **Gewinn** wird auch 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. 130). In der Wahrung dieses Tatbestandsmerkmals liegt gerade das Problem der Nachhaltigkeitsvereinbarungen (S. 123).

(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 **objektiven Erforderlichkeit** im Rahmen der Lehre von de Nebenabreden. Es setzt voraus, dass die Wettbewerbsbeschränkung überhaupt für die Zielerreichung geeignet ist und zugleich das mildeste Mittel darstellt.

(4) **Keine Ausschaltung des Restwettbewerbs** (Nr. 2). Art. 101 Abs. 3 AEUV setzt denklogisch voraus, dass die Freiheitsbeschränkung gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstößt, also zu einem verbotenen Kartell führt. In einem solchen Fall treten Wohlfahrtseffekte nicht ein, wenn der Wettbewerb infolge der Kartellbildung zentral geschwächt wird. Deshalb gilt folgender gedankliche Zusammenhang: Handelt es sich bei einem Kartellbeteiligten um ein marktbeherrschendes Unternehmen iSd. Art. 102 AEUV (§ 18 Abs. 1 GWB) oder begründet das Kartell eine kollektive Marktbeherrschung der Beteiligten (dazu S. 358), überwiegen die Nachteile der Kooperation ihre

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

Vorteile und eine Freistellung kommt nicht in Betracht. Aus diesem Grund verneint Art. 3 Vertikal-GVO (VO (EU) 2022/720 die Möglichkeit, vertikale Wettbewerbsbeschränkungen freizustellen, wenn beide Beteiligten jeweils einen Marktanteil von 30 % auf ihrem Markt einnehmen. Auch kommt über Art. 101 Abs. 3 AEUV **grundsätzlich** keine Freistellung von **Kernbeschränkungen** in Betracht. Kernbeschränkungen sind typischerweise Gegenstand eines Hardcore-Kartells (S. 85). Betroffen sind vor allem Kartelle, die auf Gleichschaltung der Preise, Angebotsverknappungen und Marktaufteilung zielen.

3. Problem: Nachhaltigkeitsvereinbarungen

Die Grenzen der Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV erweisen sich am Beispiel der Verfolgung von Nachhaltigkeitszielen durch Absprachen zwischen Konkurrenten. Unter **Nachhaltigkeit** versteht die Europäische Kommission „die Fähigkeit der Gesellschaft die heute verfügbaren Ressourcen zu verbrauchen und zu nutzen, ohne die Fähigkeit künftiger Generationen zu gefährden, ihre eigenen Bedürfnisse zu decken“ (Rn. 517 der Leitlinien zur Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (2023/C 259/01 = **Horizontalleitlinien**). Etwas weitergehend werden Nachhaltigkeitsziele auch unter dem Kürzel **ESG** (Environment, Social and Governance) geführt. Über den Umweltschutz hinaus, geht es dabei auch um die Menschenrechte, den fairen Handel zwischen den Staaten usw. Maßgeblich für die Begriffsentwicklung und die Entwicklung eines Konzepts der Nachhaltigkeit waren die Vereinten Nationen. Eine Definition findet sich zunächst im **Brundtland-Bericht** von 1987, der zur Agenda des Millenniumsgipfels der Vereinten Nationen führte (dazu *Mittwoch*, Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht, 2020).

Nach den **Vorstellungen der Europäischen Kommission** werden Kooperationen, die auf die Erreichung von Nachhaltigkeit zielen, nach den für Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV geltenden Auslegungsgrundsätzen geprüft (Horizontalleitlinien Rn. 532 ff.). Dabei gelten jedoch folgende Besonderheiten:

1. Wird ein Nachhaltigkeitsziel verfolgt, soll dies die Entscheidung beeinflussen, ob eine **bezweckte oder eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung** vorliegt (Horizontalleitlinien Rn. 534 und Rn. 547 ff.).
2. Problematisch sind Nachhaltigkeitsvereinbarungen, die ein Hardcore-Kartell verschleiern oder darauf zielen, die Mehrkosten nachhaltiger Produktion durch gleichmäßige Preiserhöhungen auf die Verbraucher umzulegen (Horizontalleitlinien Rn. 535 und Rn. 546).

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

3. Kritisch erscheint stets die Spürbarkeit dieser Vereinbarungen, weil es auf dem Markt Alternativen zur nachhaltigen Produktionsweise geben kann, so dass Beschränkungen in Nachhaltigkeitsvereinbarungen nicht zu stark ins Gewicht fallen (Horizontalleitlinien Rn. 549).

In Bezug auf **Art. 101 Abs. 3 AEUV** sind folgende Besonderheiten zu beachten:

1. Nachhaltigkeitsvereinbarungen können Effizienzgewinne iSd. Norm hervorbringen (Horizontalleitlinien Rn. 557 ff.).

2. Das Problem liegt jedoch in der **Weitergabe der daraus erwirtschafteten Vorteile an die Verbraucher**. Denn Verbraucher profitieren häufig nicht unmittelbar davon, dass der Hersteller nachhaltig produziert (Horizontalleitlinien Rn. 570): Der Autokäufer atmet die Luft des eigenen Fahrzeugs regelmäßig nicht ein! Von der Weitergabe der Vorteile an die Verbraucher hängt jedoch – wie bereits gezeigt – die Erzeugung des Wohlfahrtseffekts unmittelbar ab. Deshalb muss einer der folgenden Vorteile für den Verbraucher nachgewiesen werden:

a) Unproblematisch ist die Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV, wenn der Verbraucher einen **individuellen nutzungsabhängigen Vorteil** erzielt (Horizontalleitlinien Rn. 571 ff.). Beispiel: Das von ihm erworbene Gemüse ist wegen der Verwendung eines Biodüngers weniger schadstoffbelastet.

b) Die Kommission erkennt jedoch auch einen **individuellen nutzungs*un*abhängigen Vorteil** an (Horizontalleitlinien Rn 575 ff.). Erkennt der Verbraucher, dass ein Waschmittel das Wasser weniger verschmutzt, kann er sich bewusst für dieses entscheiden, um einen Beitrag zum Umweltschutz zu leisten (Horizontalleitlinien Rn. 576). Zwar verbessert sich dadurch die Nutzungserfahrung des Verbrauchers nicht unmittelbar, doch entsteht insoweit ein Vorteil, als dem Verbraucher die Möglichkeit eröffnet wird, zur Verfolgung nachhaltiger Ziele beizutragen. Er erwirbt also eine bislang nicht bestehende **Wahlmöglichkeit** und damit einen ökonomischen Vorteil.

c) Die Kommission hält jedoch bei der Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV auch die **Realisierung kollektiver Vorteile** im Sinne der Verbraucherbeteiligung für ausreichend (Horizontalleitlinien Rn. 582 ff.). Danach soll eine Nutzungstechnologie vollständig abgeschafft und durch eine teurere, nachhaltigere ersetzt werden dürfen. Da der Verbraucher in diesem Fall und anders als bei den individuellen nutzungsunabhängigen Vorteilen, nicht die Möglichkeit hat, sich im Einzelfall für oder gegen diese Technologie zu entscheiden, soll es ausreichen, dass solche Vereinbarungen kollektive Vorteile für die Gemeinschaft der Verbraucher erzeugen. Voraussetzung ist jedoch, dass sich diese Vorteile **auf dem Markt auswirken, auf dem die Vereinbarung getroffen wird** (Horizontalleitlinien Rn. 582). Als Beispiel nennt die Kommission die Einschränkung des Vertriebs von weniger umweltschädlichem Kraftstoff (Horizontalleitlinien Rn. 585): Wenn eine erhebliche

Überschneidung zwischen den Autokäufern als Nachfragern und den durch die Verbesserung der Luft Begünstigten festgestellt werden könne, liege ein solcher kollektiver Vorteil vor. Danach kommt es also nicht mehr darauf an, dass der einzelne Verbraucher die Abgabe seines Fahrzeugs nicht einatmet, sondern darauf, dass das Kollektiv der Autofahrer von der Verbesserung der Luftqualität in erheblichem Maße profitiert.

An der Berücksichtigung kollektiver Vorteile wird deutlich, dass das **Umweltrecht als ein Ordnungsrecht eigener Art** mit dem Kartellrecht um die rechtlichen Rahmenbedingungen der Märkte konkurriert. Denn im Grunde geht es nicht mehr um eine Verbesserung der Bedingungen für die Marktgegenseite, wie sie den Wohlfahrtseffekt nach Art. 101 Abs. 3 AEUV kennzeichnet. Im Mittelpunkt steht vielmehr die **Steuerung des Umgangs mit öffentlichen Gütern**. Güter wie Wasser, Luft usw. kennen keine Ausschlussfunktion iSd. § 903 Satz 1 BGB, sondern können von allen Menschen konkurrierenden genutzt werden. Investitionen in diese Güter führen daher stets zu **positiven externen Effekten**: Der Aufwand des einen in die Verbesserung dieser Güter kommt auch den anderen zugute, die nicht investieren. Dies mindert die Investitionsanreize. Deshalb werden sie den Betroffen gegen ihren Willen gleichmäßig abverlangt. Wenn in diesem Zusammenhang einem Teil der Marktbeteiligten diese Investitionen auferlegt werden, weil mit ihnen kollektive Vorteile einhergehen, nimmt Art. 101 Abs. 3 AEUV eine neue Funktion ein, die das Kartellrecht hin zum Recht der Nachhaltigkeit öffnet. Nach den Vorstellungen der Kommission besteht jedoch auch insoweit eine Schranke: Die kollektiven Vorteile müssen sich auf dem betroffenen Markt realisieren und damit dort den Nachfragern als Kollektiv zukommen. Praktisch bereitet dies Schwierigkeiten:

Europäische Kommission AdBlue-Tanks
(Europäische Kommission 8.7.2021 – Fall AT.40178, Abl. C 458, 11) Verschiedene Automobilhersteller vereinbaren, in ihre Dieselfahrzeuge AdBlue-Tanks einzubauen, um die Stickoxid-Emissionen zu verringern. Zugleich einigen sie sich darauf, dass die Tanks eine gewisse Größe nicht überschreiten dürfen.

Die Vereinbarung zielt zunächst auf eine Verbesserung der Warenerzeugung iSd. Art. 101 Abs. 3 AEUV, indem der Schadstoffausstoß der betroffenen Fahrzeuge gesenkt wird. Als problematisch erweist sich jedoch die in Art. 101 Abs. 3 AEUV vorausgesetzte **Verbraucherbeteiligung**. Denn die Fahrzeugkäufer sind vom Ausstoß ihrer Fahrzeuge nicht unmittelbar betroffen; nicht selten ist für den einzelnen Käufer die von seinem Fahrzeug ausgehende Umweltbelastung auch ohne Interesse. Art. 101 Abs. 3 AEUV setzt jedoch voraus, dass den **Verbraucher die Vorteile unmittelbar**, dh. wirtschaftlich greifbar, **zugutekommen**. Dies wäre der Fall, wenn auch kollektive Vorteile

berücksichtigt werden könnten. Ob sich diese jedoch im Sinne der Vorstellungen der Europäischen Kommission erzielen lassen, erscheint zweifelhaft. Zwar stellt die verbesserte Luftqualität einen Vorteil für sämtliche Menschen dar; dieser ist jedoch nicht spezifisch an den Fahrzeugmarkt gebunden. Es besteht auch keine spezifische und zwingende Überschneidung zwischen der Personengruppe der Fahrzeugkäufer und der Verkehrsteilnehmer, die von der verbesserten Luftqualität profitieren. An diesem Problem zeigen sich die Grenzen der Möglichkeit, Kartelle über Art. 101 Abs. 3 AEUV wegen der Verfolgung nachhaltiger Ziele (Menschenrechtsschutz, Umweltschutz) freizustellen (dazu *Zimmer*/*Schäfer* JZ 2022, 870, 871 f.). Es wird sich zeigen, ob die Kommission und die europäischen Gerichte bereit sind, über diese hinwegzugehen.

Im vorliegenden Fall ließ die Kommission die Vereinbarung übrigens an der Unerlässlichkeit iSd. Art. 101 Abs. 3 lit. a AEUV scheitern: Die Beschränkung der Tankgröße war nämlich nicht objektiv erforderlich, um das Nachhaltigkeitsziel zu erreichen, sondern schränkte im Gegenteil die Erreichung einer nachhaltigen Lösung ein.

BKartA Mindestpreis für Mangos
(BKartA, Tätigkeitsbericht 2017/2018, BT-Drucks. 19/10900, S. 52) Z vergibt ein Fairtrade-Siegel an alle Händler, die beim Einkauf von Mangos aus Südostasien einen bestimmten Mindestpreis nicht unterschreiten. Damit soll ein fairer Handel gewährleistet werden.

Das BKartA hat im Rahmen seines Aufgreifermessens entschieden, den Fall nicht weiterzuverfolgen, weil die Marktabdeckung des Systems zu gering war. In der Sache handelt es sich jedoch um Preiskartell, dass als Hardcore-Kartell regelmäßig nicht nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt werden kann.

II. Gruppenfreistellungsverordnungen

Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO) treffen abstrakt-generelle Regelungen zur kartellrechtlichen Behandlung von Typen von Vereinbarungen. Es handelt sich um Verordnungen iSd. Art. 288 Abs. 1 AEUV. In der Praxis erarbeitet die Kommission einen Vorschlag auf der Grundlage des Art. 105 Abs. 3 AEUV. Der Rat muss diesem anschließend nach Art. 103 Abs. 2 lit. b AEUV zustimmen. Folgende GVO sind zu beachten:

1. Zwischen Wettbewerbern (Horizontal)

a. 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 (EU) 2023/1067 der Kommission vom 1.6.2023 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von **Spezialisierungsvereinbarungen**; Beispiel für eine Spezialisierungsvereinbarung ist das Airbus-Kartell: Um ein marktfähiges Großraumflugzeug herstellen zu können, spezialisiert sich Unternehmen A auf die Triebwerke, Unternehmen B auf die Herstellung der Tragflächen, Unternehmen B auf die Bestuhlung usw.

c. Verordnung (EU) 2023/1066 der Kommission vom 1. Juni 2023 über die Anwendung des Artikels 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von **Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung**.

2. Zwischen den Angehörigen verschiedener Marktstufen (vertikal)

Verordnung (EU) 2022/720 der Kommission vom 10.5.2022 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV auf **Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen.**

III. § 2 GWB

1. Prinzip und allgemeine Tatbestandsvoraussetzungen

§ 2 Abs. 1 GWB beinhaltet eine Legalausnahme gegenüber dem Verbot des § 1 GWB. Vereinbarungen, die § 2 Abs. 1 GWB entsprechen, sind daher trotz eines Verstoßes gegen § 1 GWB erlaubt und wirksam. Die Norm ist Art. 101 Abs. 3 AEUV 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. Diese 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 das deutsche Inland betreffenden**

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 jedoch als deutsches Recht auch für einen innerdeutschen Fall. Vgl. die Aufzählung der Gruppenfreistellungsverordnungen oben II.

IV. Mittelstandskartelle (§ 3 GWB)

§ 3 GWB ist ein Stück Wirtschaftspolitik im GWB: **Wirtschaftspolitik** steht im Gegensatz zum Ordnungsgedanken und dem Wettbewerbsprinzip. Denn sie überlässt die Verteilungsentscheidungen nicht dem freien Spiel der Kräfte auf dem Markt, sondern will bestimmte Marktergebnisse aus politischen Vorüberlegungen heraus durch lenkende Maßnahmen herbeiführen. Dies ist aufgrund des **wirtschaftspolitischen Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers im Grundgesetz** grundsätzlich auch zulässig. Dabei folgt die Norm dem Konzept der sog. **Gegenmachtbildung** (**Countervailing Power**), für das die Namen der Ökonomen *John Maynard Keynes* und *John Kenneth Galbraith* stehen. Unvollkommenheiten auf den Märkten, die durch die Präsenz mächtiger Unternehmen entstehen, sollen durch Kartelle kleiner und mittlerer Unternehmen neutralisiert werden. § 3 GWB zielt dabei konkret auf die Bildung von **Einkaufs- und Verkaufsgemeinschaften der mittelständischen Unternehmen ermöglichen**: Durch Zusammenballung von Angebotsmacht in einer Verkaufsgemeinschaft soll dem Druck eines mächtigen Nachfragers begegnet werden; durch Konzentration von Nachfragemacht in einer Einkaufsgemeinschaft sollen Mengenrabatte erwirtschaftet werden.

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 durch Gegengewichtsbildung.

Im Übrigen ist die Norm § 2 GWB nachgebildet. Sie erfasst allerdings keine abgestimmten Verhaltensweisen, weil diese regelmäßig im Verborgenen inszeniert werden, während es bei § 3 GWB darum geht, eine Kooperationsform auf die Einhaltung der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen zu überprüfen.

Die Regelung ist europarechtlich unbedenklich (beachte Art. 3 VO Nr. 1/2003), wenn sie sich von vornherein auf reine Inlandsfälle (kein Handel zwischen den Mitgliedstaaten) beschränkt. Dies liefert

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

einen der Gründe dafür, dass das Mittelstandskartell nach hM. nicht mehr als ca. **15 % des Marktes** abdecken darf.

Zu den Tatbestandsvoraussetzungen.

(1) Erfasst werden nur Vereinbarungen von **kleinen und mittleren Unternehmen** bzw. der Beschluss einer Vereinigung solcher Unternehmen. Der Begriff des kleinen und mittleren Unternehmens ist dabei nicht definiert. In der Sache dürfte es darum gehen, ob es sich um Anbieter und Nachfrager handelt, auf die das § 3 GWB zugrunde liegende Konzept der Gegenmachtbildung passt, weil es sich um Unternehmen handelt, die nur sporadisch nachfragen bzw. geringe Mengen auf dem Markt anbieten. Der Rahmen ist auch durch den bereits erwähnten Umstand gesteckt, dass das Mittelstandskartell nur ca. 15 % des Marktes abdecken darf. Nach hM. greift daher ein relatives Begriffsverständnis des kleinen und mittleren Unternehmens. 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 Wettbewerbsfähigkeiten der Beteiligten (kein bestimmtes Maß, sondern nur Möglichkeit)

(3) Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit

a) Es darf kein Kartellzwang ausgeübt werden (vgl. nämlich § 21 Abs. 2 und Abs. 3 GWB!).

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

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

a) Der Marktanteil der beteiligten Unternehmen darf 15% nicht übersteigen.

b) Das Kartell darf nicht auf einem vermachteten Markt (mit einer Vielzahl von Kartellen nach § 3 GWB) agieren; Grund: Kooperationen dieser Art verhindern den Marktzugang Dritter. Die Benachteiligung von Newcomern darf nicht dazu führen, dass auf dem Markt kein Wettbewerbsdruck durch potenzielle Wettbewerber stattfindet.

c) Hat die Kooperation **Kernbeschränkungen** (Preisabsprachen, Gebietsaufteilungen) zum Gegenstand, liegt im Zweifel ein kritischer (nicht freistellungsfähiger) Fall vor. Nach der Metro-Entscheidung des EuGH (EuGH, 25.10.1977 – C-26/76 – Metro SB-Großmärkte, Rn. 21; vgl. das Wortlautzitat auf S. 69), kommt eine Ausschaltung des Preiswettbewerbs über Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht in Betracht. Denkbar erscheint jedoch die Freistellung von Marktaufteilungen und Angebotsverknappungen. Dafür spricht die Regelung des Art. 4 lit. b, c und d Vertikal-GVO (EU) 2022/720. Diese ist auf der Grundlage des Art. 101 Abs. 3 AEUV ergangen, sieht Auswirkungen dieser Art in Grenzen vor und wird grundsätzlich vom EuGH (EuGH, 6.12.2017 – C-230/16 – Coty Rn. 69) als wirksam angesehen.

V. Beispielsfall für § 2 Abs. 1 GWB

Klausurbeispiel BGH DFB-Pokal
(BGHZ 137, 297-**Europapokal-Heimspiele**) Aufgrund eines Beschlusses des Deutschen Fußballbundes (DFB) steht diesem die Befugnis zu, die Europapokal-Heimspiele der im DFB zusammengeschlossenen Lizenzfußballvereine zentral zu vermarkten. Der DFB ist ein eingetragener Verein, dem als ordentliche Mitglieder die deutschen Landes- und Regionalverbände des Fußballsports angehören und – für die Dauer der Erteilung der Lizenz – als außerordentliche Mitglieder die Vereine der Lizenzligen (Bundesliga, 2. Bundesliga). Letztere bleiben jedoch Mitglieder der im DFB organisierten Landesverbände und stehen zu ihm insofern auch in einem mittelbaren Mitgliedschaftsverhältnis. Kann das Bundeskartellamt gegen den Beschluss vorgehen?

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. Problematisch daran erscheint, dass die meisten Mitglieder als eingetragene Vereine verfasst sind und daher nicht mit Gewinnerzielungsabsicht agieren (vgl. § 21 BGB). Maßgeblich für den im Kartellrecht anzuwendenden **funktionalen Unternehmensbegriff** ist jedoch nicht die rechtliche Verfassung oder die Gewinnerzielungsabsicht des jeweiligen Akteurs, sondern seine selbstständige Tätigkeit auf dem Markt. Die in den Bundesligen vertretenen außerordentlichen Mitglieder des DFB entfalten in dieser Hinsicht jedoch aufgrund des sog. **vereinsrechtlichen Nebenzweckprivilegs** umfassende 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, diese Märkte umfassend vor Wettbewerbsbeschränkungen zu schützen, müssen die Fußballvereine unabhängig von ihrer gesellschaftsrechtlichen Verfassung ebenso und wie ihr Dachverband erfasst sein.

II. Beteiligung von Nichtunternehmern

Fraglich ist ferner, ob der Einordnung des DFB als Unternehmensvereinigung entgegensteht, dass ein **Teil der angeschlossenen Mitglieder** auch unter den Voraussetzungen des funktionalen Unternehmensbegriffs **keine Unternehmen** darstellen. Dabei handelt es sich um Regional- und Ortsverbände, die regelmäßig nicht in nennenswerter Weise wirtschaftlich aktiv sind. Dennoch dürfte deren Mitgliedschaft der Annahme einer Unternehmensvereinigung iSd. § 1 GWB nicht entgegenstehen. Denn andernfalls könnte das Tatbestandsmerkmal durch Aufnahme von Nichtunternehmern in die Vereinigung leicht umgangen werden. Hinzu tritt der Normzweck: Im Wege des Beschlusses kann die Unternehmensvereinigung das Verhalten der in ihr organisierten Konkurrenten gleichschalten. Diese Möglichkeit hängt ihrerseits nicht davon ab, ob der Vereinigung auch Nichtunternehmer angehören. Eine Unternehmensvereinigung liegt daher vor.

III. Beschluss

Schließlich liegt laut SV auch ein Beschluss des DFB vor.

B. Die Wettbewerbsbeschränkung

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

I. Markt

Fraglich ist zunächst, auf welchem Markt sich eine mögliche Wettbewerbsbeschränkung auswirkt. Zunächst 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 (im Folgenden einheitlich: Sendern), in ihrem Fernsehprogramm Sportereignisse zu übertragen (**Fernsehübertragungsrechte**). Das dabei gehandelte **Fußballübertragungsrecht** besteht in einem pactum de non petendo: In der zugrunde liegenden Vereinbarung verzichtet der jeweilige Veranstalter eines Fußballspiels, von seinem Hausrecht aus § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

Gebrauch zu machen und das Kamerateam des Senders in das eigene Stadion zuzulassen. Dieses Hausrecht übt ein Fußballverein idR. entweder als Eigentümer oder als Pächter des Fußballstadions aus, wenn es um die Austragung eines Heimspiels geht. Das Fernsehübertragungsrecht besteht damit in der Bereitschaft des Veranstalters, von seinem Verweigerungsrecht gegenüber dem Vertragspartner gerade keinen Gebrauch zu machen.

Da es um die Übertragung von Heimspielen geht, beschränkt sich der **räumlich relevante** Markt im Wesentlichen auf die Bundesrepublik Deutschland. Zeitlich betrifft er die jeweilige Pokalsaison.

2. Freiheitsbeschränkung

Fraglich ist, ob auf diesem Markt durch den Beschluss des DFB ein zuvor **freier unternehmerischer Verhaltensparameter eingeschränkt** wird. Dies führt zur Frage, wem das Fernsehübertragungsrecht zusteht, dem DFB oder den Vereinen. Für ein Recht des DFB spricht, 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 das Heimspiel in seinem Stadion austrägt. Dieser Verein entscheidet allein über die Erlaubnis zur Fernsehübertragung. Durch den Beschluss des DFB wird folglich das Recht der 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. Wie die Rechtsprechung des EuGH in Sachen Meca-Medina zeigt (S. 97), existiert für den Sport keine kartellrechtliche Bereichsausnahme. Vielmehr müssen die Sportorganisationen ihre Tätigkeiten im Rahmen des Kartellrechts ausüben. Das deutsche Kartellrecht kennt im Übrigen keine „Rule of Reason“ in dem Sinne, dass das Kartellverbot aufgrund allgemeiner Prinzipien von gesellschaftspolitischem Interesse eingeschränkt werden könnte.

Auch ist nicht zu erkennen, dass die mit dem Beschluss des DFB einhergehende Freiheitsbeschränkung objektiv erforderlich wäre, um den Markt für Fernsehübertragungsrechte zu

erhalten. Die betreffenden Rechte können ohne Weiteres auch von den Vereinen mit Hausrecht angeboten werden.

b) § 2 Abs. 1 GWB

In Betracht kommt jedoch eine Freistellung nach § 2 Abs. 1 GWB.

aa) Dazu müsste durch den Beschluss zunächst eine Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung eintreten. Für eine **Verbesserung der Warenverteilung** spricht, dass die Konzentration auf eine Verkaufsstelle den Handel mit Fernsehübertragungsrechten erleichtert und ihm eine neue Qualität verleiht. Denn die nachfragenden Sender sind regelmäßig an einer langfristigen 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: Erstens könnte die Programmplanung nicht auf lange Sicht vorgenommen werden, da die Rechte kurzfristig erworben werden müssten. Zweitens gerieten die Nachfrager in eine schwierige Verhandlungsposition: Da sie nur sehr kurzfristig mit den Teilnehmern verhandelten könnten, gerieten sie diesen gegenüber unter erheblichen Verhandlungs- und Preisdruck. Die einheitliche Vermarktung über eine zentrale Stelle wie den DFB führt schließlich auch zu einer Verbesserung der **Warenproduktion**: Denn dadurch ist ein Turnier als einheitliches „Produkt“ unter einer einheitlichen Marke anbietbar.

bb) An diesen Vorteilen sind auch die **Verbraucher**, also die Vertreter der Marktgegenseite, **beteiligt**. Die Fernsehsender profitieren dadurch, dass sie frühzeitig und sicher die Rechte erwerben können. Gleichzeitig wird vermieden, dass sie – wie bereits erwähnt – kurze Zeit vor der Austragung eines Spiels in einer Qualifikationsrunde unter erheblichen Verhandlungs- und Preisdruck geraten. Auch profitieren die Nachfrager von der einheitlichen Vermarktung eines Turniers. Sie können dieses selbst gegenüber den Zuschauern bewerben und einschlägig interessierte Werbeinteressenten langfristig akquirieren.

cc) Die damit einhergehende **Wettbewerbsbeschränkung** erscheint **auch unerlässlich:** Denn die Medienrechte müssen gebündelt vermarktet werden, damit die Fernsehübertragungsrechte der späteren Qualifikationsrunden bereits jetzt handelbar sind.

dd) Fraglich ist ferner, ob vorliegend **eine Ausschaltung des Restwettbewerbs** stattfindet. Der DFB vermeidet in seinem Beschluss Kernbeschränkungen. Über die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für Fernsehübertragungsrechte liefert der Sachverhalt ansonsten keine Hinweise. Eine Ausschaltung des Restwettbewerbs ist daher nicht in Sicht.

C. Ergebnis

Der DFB-Beschluss ist nach § 2 Abs. 1 GWB freigestellt. Das Bundeskartellamt kann nicht gegen diesen Beschluss nach § 32 Abs. 1 GWB vorgehen.

Vgl. zu diesem Problemkreis auch **Europäische Kommission**, 23.7.2003 – K (2003) 2627 (auch 2003/778/EG) ABlEU vom 8.11.2003 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 ua. 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 über ihre Absatzmittler auf Endverbrauchermärkten an. Der Stahlmarkt, der Markt für Fertigteile und der Endverbrauchermarkt 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**). Die **Wertschöpfungstiefe** ist in den verschiedenen Branchen unterschiedlich groß: Für Bananen (vgl. den Fall United Brands S. 249) erhöht sich der Wert der Ware ab dem Zeitpunkt des Pflückens vom Baum bis zum Kunden durch die Ernte, das Verfrachten nach Übersee und dort den Vertrieb bis zum Endkunden. Bei Silicium, das aus der Erde als Rohstoff gewonnen wird, erweist sich der Weg bis zu einem Handy, in das ein Steuerungschip auf Siliciumbasis eingearbeitet ist, sehr viel länger und komplizierter (vgl. den Fall Huawei S. 305). Auf jeder Stufe des Wertschöpfungsprozesses erhöht sich bei solchen Produkten der ökonomische Wert des jeweiligen Ausgangsmaterials erheblich. Bestehen viele dieser Stufen, ist die Wertschöpfungstiefe entsprechend hoch,

Eine Wettbewerbsbeschränkung, die in Vertikalrichtung verläuft, bezeichnet man als **vertikale Wettbewerbsbeschränkung**. Häufig handelt es sich um Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Verkäufer und Käufer.

(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.

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

Nicht immer fällt die Abgrenzung zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen leicht:

EuGH EDP/MC (Teil 3)
(EuGH 26.10.2023 – C-331/21 – EDP/MC) Das in Portugal im Bereich der Energieversorgung mit Niedrigspannungsstrom tätige Unternehmen EDC und das ebenfalls dort im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels operierende Unternehmen MC vereinbaren den Absatz ihrer Produkte bzw. Dienstleistungen gegenseitig zu fördern. Zu diesem Zweck wollen beide Unternehmen zunächst die Rabattkarten des jeweils anderen anerkennen. Erwirbt ein Kunde daher Produkte von MC, kann er die dabei erlangten Preisnachlässe später auch geltend machen, wenn er eine Leistung von EDP bezahlt. Dies gilt auch umgekehrt. Für die Kosten der Rabattgewährung kommt nach der Vereinbarung allein EDP auf. MC ist im Übrigen vielfältig tätig und gehört einem Unternehmensverbund an, der zumindest in der Vergangenheit auch im Stromgeschäft tätig war. Beide Parteien vereinbaren, einander für zwei Jahre im Bereich der Niedrig-, Mittel- und Hochspannungsstroms keinen Wettbewerb zu machen.

Es stellte sich die Frage, ob eine **vertikale Wettbewerbsbeschränkung** vorlag, die nach Art. 2 Vertikal-GVO freigestellt war. Der EuGH verneint dies: Die gegenseitige Verpflichtung zur Absatzförderung wirkte zunächst wie **zwei sich überkreuzende Absatzverträge**: Einmal fördert EDP den Absatz von MC, indem es dessen Kunden Rabatt beim eigenen Angebot einräumt, und ein anderes Mal liegen die Dinge gerade umgekehrt (Rn. 83). Äußerlich liegen also zwei für die Absatzmittlung typische Vertikalvereinbarungen vor. Doch **überwiegen** aus Sicht des EuGH **die horizontalen Wirkungen**: Typisch für einen Handelsvertretervertrag sei, dass darin der Handelsvertreter keine eigenen Absatzrisiken trage (Rn. 82). Hier aber trügen EDP und MC jeweils das Risiko, ihre eigenen Waren absetzen zu können (Rn. 84). **Dies überzeugt im Ergebnis, nicht jedoch in der Begründung**.

Beachte: Der Handelsvertretervertrag ist in §§ 84 ff. HGB geregelt. Diese Regelung wird teilweise durch die Handelsvertreterrichtlinie 86/653/EWG harmonisiert, betrifft aber einen Typus des Absatzmittlers, der in der heutigen Wirtschaftspraxis weitgehend durch andere Vertriebsformen (Franchisenehmer, Vertragshändler) verdrängt worden ist. Franchisenehmer und Vertragshändler kaufen die Vertragsware vom Hersteller und tragen das Risiko, diese an die Kunden abzusetzen. Deshalb trifft das Argument des EuGH – wenn überhaupt – nur noch auf einen kleinen Teil der im Vertrieb tätigen Unternehmen zu.

Auch Absatzmittler wie etwa Franchisenehmer und Vertragshändler tragen das Absatzrisiko für die Waren, die sie vom Hersteller beziehen und an Endverbraucher vertreiben. Dennoch handelt es sich um typische Vertikalvereinbarungen, im Rahmen derer ein Verkäufer (Hersteller) einen Käufer (Absatzmittler) beliefert. Ausschlaggebend für die Einordnung als horizontale Wettbewerbsbeschränkung dürfte vielmehr sein, dass die Beteiligten potenzielle Wettbewerber waren (dazu oben S. 66) und zwischen ihnen gleichlaufende und gegenläufige Vertriebspflichten vereinbart waren: Einmal nahm EDP die Absatzinteressen von MC wahr, ein anderes Mal MC die von EDP.

Insgesamt führt dies dazu, dass die horizontalen Wettbewerber ihre Interessen im Hinblick auf die Kunden auf Niedrigspannungsstrom koordinieren konnten. Auch **Meistbegünstigungsklauseln** bewegen sich auf der Grenze zwischen vertikalen und horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen (S. 164).

(2) Die Bedeutung dieser Unterscheidung liegt vor allem in dem Umstand begründet, dass horizontale Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich als wettbewerbsschädlich gelten und nach Art. 101 Abs. 1 AEUV verboten sind, während vertikale Wettbewerbsbeschränkungen **ambivalente Wirkungen** zeitigen und nicht per se verboten sind. Vgl. zu diesen Wirkungen die **Entscheidung des US Supreme Court:**

US Supreme Court Eastman Kodak
(**Eastman Kodak** Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451 (1992) Ein Hersteller verpflichtet seine Vertragshändler, bei der Wartung seiner Produkte während der Garantiezeit nur **Originalersatzteile** zu verwenden, die vom Hersteller selbst oder von autorisierten Zulieferern stammen. Die Wirkungen solcher Absprachen sind komplex. Zunächst 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 Hersteller 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 schützen können, da 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. Ähnliche Beobachtungen stellte der **BGH,** 22.9.1981 – KVR 8/80 = BGHZ 81, 322 - **Original-VW-Ersatzteile II**, juris- Rn. 37 übrigens für den Markt für **Kfz-Ersatzteile** an.

(3) In der Sache lassen sich **drei Arten vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen** unterscheiden. Diese stellen jeweils Antworten auf den sog. **Trittbrettfahrereffekt (Freerider-Effekt, positiver externer Effekt)**

Beispiel: Der Hersteller eines Ultra-HD-Fernsehers beobachtet, dass seine Geräte nur noch im Internet und kaum noch in Fachgeschäften 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, tendieren deshalb 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 und dass nicht mehr über dessen Leistungsmerkmale und die Rechtfertigung des vergleichsweise hohen Preises informiert wird. Dadurch kann das Image des Gerätes auf Dauer Schaden nehmen. Schlimmstenfalls sind besonders kostspiele Technologien nicht mehr zu vermarkten.

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 iVm. **Art. 4 lit. a Vertikal-GVO** (VO (EU) 2022/720) 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 Bindungen heißen **Ausschließlichkeitsbindungen**; sie sind nach (§ 2 Abs. 2 GWB) iVm. Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO (VO (EU) 2022/720) grundsätzlich erlaubt. 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. g Vertikal-GVO (VO (EU) 2022/720).

3. Der Hersteller diskriminiert im Hinblick auf die Entgelte zwischen Fachgeschäften und Internetanbietern. Fachhändlern räumt er etwa besonders hohe Funktionsrabatte ein, damit diese preislich mit den Konkurrenten gleichziehen können. 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 des **Diskriminierungsverbots nach §§ 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)

2022/720 (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. 144).

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 (Trittbrettfahrerproblem)**: 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, nutzen den auf der Leistung der anderen beruhenden Imagegewinn aus und unterbieten die anderen Absatzmittler auf der Grundlage ihres Kostenvorteils. 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 der Markterschließungserfolg eines Produktes auf dem Markt versinnbildlichen. Anders als die abstrakten Unternehmensergebnisse wirkt die Marke als

Symbol für den unternehmerischen Erfolg auf einer emotionalen, tiefer gehenden Rezeptionsebene auf die Verbraucher ein. Die Imagebildung funktioniert indes nur dann, wenn auch das äußere Erscheinungsbild des Produktes einheitlich gestaltet werden kann. 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 Vorgaben dieser Art hält. Denn wegen des einheitlichen äußeren Erscheinungsbildes eines 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 dürfen. 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 iSd. §§ 675 Abs. 1, 611 BGB. Er wird als Rahmenvertrag konkretisiert durch eine Fülle von Einzelverträgen (Kaufverträgen), die zwischen Franchisegeber und –nehmer über die zu vertreibende Ware zustande kommen.

(4) Investitionsschutz: In die Schulung und Ausrüstung seiner Absatzmittler tätigt der Prinzipal teilweise. 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 den Fahrzeugen der Marken BMW und Mercedes besteht Inter-Brand-Wettbewerb. Die verschiedenen Mercedes-Händler befinden sich untereinander jedoch im Intra-Brand-Wettbewerb, also im produktinternen Wettbewerb. Der

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

Intra-Brand-Wettbewerb findet ausschließlich zwischen Vertriebspartnern desselben Herstellers (also auf der Handelsstufe) statt. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen lähmen bzw. beschränken diesen produktinternen Intra-Brand-Wettbewerb. Aus Art. 4 Vertikal-GVO (EU) 2022/720 (iVm. § 2 Abs. 2 GWB) folgt, dass der Intra-Brand-Wettbewerb als solcher schutzwürdig ist. Seine Funktion besteht darin, die von den Händlern erbrachte Vertriebsleistung unter Wettbewerbsdruck zu setzen, 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 das Fotokopier-Papier und den 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 dessen Qualität oder Preis nach, sondern weil sie beim Hersteller für Fotokopierer gleichzeitig ein Gerät erwerben wollen oder bereits erworben haben. Dadurch wird die **Preisbildungsfunktion** auf den Märkten für Papier und Toner gestört. Der Markt für Fotokopier-Geräte (Ausgangsmarkt) wirkt wie ein Hebel (lever), um die Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten für Toner und Papier (Zielmärkte) auszuhebeln. Darin liegt vor allem auch 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 iSd. 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 Vertikal-GVO. Vom Verbot der Preisbindung existieren allerdings in Sonderfällen **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. 383).

(3) Vgl. schließlich auch § 28 Abs. 2 GWB.

b) **§ 2 GWB.** Eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 Abs. 1 GWB bzw. auch nach Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO scheidet aus, weil es sich um eine sog. **Kernbeschränkung** iSd. Art. 4 lit. a Vertikal-GVO handelt. Denn durch die Preisbindung wird der produktinterne Wettbewerb (**Intra-Brand-Wettbewerb**) 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 der Händler, Franchisenehmer usw.** bei der Vermarktung des Produkts **bewerten**. Wird für die von diesen Unternehmen erbrachte Leistung gegenüber dem Endverbraucher ein Einheitspreis festgesetzt, unterbleibt die Wettbewerbskontrolle dieses Wertschöpfungsprozesses.

Eine **Ausnahme** besteht jedoch nach Art. 4 lit. a Vertikal-GVO (VO (EU) 2022/720) für die Festsetzung von **Höchstpreisen** und **unverbindlichen Preisempfehlungen.** Unverbindlich bleiben diese Preisempfehlungen nur, wenn der Hersteller keinen Druck ausübt und auch keine Anreize setzt, dass seine Empfehlungen eingehalten werden.

c) Allerdings ist die **Immanenztheorie des deutschen Rechts** auf das Verbot der Inhalts- bzw. Preisbindung anwendbar. Die zugrunde liegende rechtliche Überlegung erscheint so grundlegend, dass sie auch für das europäische Kartellrecht Geltung beanspruchen dürfte. Danach kann der Hersteller eine Preisbindung des Händlers vereinbaren, **wenn der Hersteller selbst 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 der Hersteller unter diesen Umständen dem Vertriebspartner im Händlervertrag einen Festpreis für den Vertrag mit dem Verbraucher vor, liegt formal zwar eine Inhaltsbindung vor. Doch steht wirtschaftlich betrachtet das Preisbestimmungsrecht stets demjenigen Unternehmen zu, das das Risiko des Warenabsatzes trägt. Wer nämlich die Nachteile einer eventuellen Unverkäuflichkeit der Ware trägt, muss auch sämtliche Parameter ihres Vertriebs an den Endkunden bestimmen dürfen. Der Vertriebspartner hat in diesen Fällen – wettbewerblich betrachtet – kein eigenständiges Mitentscheidungsrecht auf dem Markt.

Praktisch gilt dieser Grundsatz vor allem für **Handelsvertreter und Kommissionsagenten.** Sie sind 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 nach § 1 GWB verboten sein, **sofern das Absatzrisiko beim Geschäftsherrn verbleibt**. Praktisch zeigt sich dies am Remissionsrecht des Absatzmittlers. Darf er die Ware bei Unverkäuflichkeit gegen Erstattung des Kaufpreises an den Hersteller zurückgeben, trägt er das Absatzrisiko nicht, und der Hersteller darf ihm Preisvorgaben gegenüber den Zweitkäufer machen. Ausschlaggebend ist folglich nicht die Bezeichnung eines Vertriebspartners als Handelsvertreter usw., sondern allein die Frage, ob der Prinzipal das Absatzrisiko auch nach der Belieferung des Absatzmittlers trägt. Liegt dieses nämlich doch beim Vertriebspartner, muss dieser unabhängig von seiner formalen Einordnung frei über die Preise bestimmen können. Eine Beschränkung dieser Freiheit ist dann nach § 1 GWB verboten.

d) **Neuere Entwicklungen** deuten jedoch eine Relativierung des Verbots der Preisbindung an. Der EuGH geht in der Entscheidung EuGH, 29.6.2023 − C-211/22 – **Super Bock Bebidas** davon aus, dass der Verstoß gegen Art. 4 lit. a Vertikal-GVO nicht zwangsläufig zum Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung führe (dazu bereits oben S. 85). Damit knüpft das Gericht möglicherweise an die Rechtsprechung des Supreme Court der Vereinigten im Jahre 2007 in der **Leegin-Entscheidung** an (551 U.S. 877 (2007) – Leegin Creative Products, Inc. v. PSKS, Inc.; dazu etwa *Hofmann* WM 2010, 920). Denn dort wird das Verbot der Inhalts- und Preisbindung ganz grundsätzlich infrage gestellt. Bei der Anwendung des Sherman Act war die Preisbindung bis zu dieser Entscheidung der sog. Per-Se-Rule unterfallen, war also automatisch verboten. Nun soll sie wegen ihrer teilweise positiven Wirkungen der Rule of Reason unterfallen (zur Per-Se-Rule und zur Rule of Reason: S. 80). Der EuGH könnte sich längerfristig dieser Rechtsprechung anschließen.

2. Ausschließlichkeitsbindungen

Es geht dabei vor allem um Vereinbarungen, in denen der Hersteller bestimmte Händler in sein Vertriebssystem aufnimmt und ihnen dabei vorgibt, nur seine eigene Ware zu vertreiben (Alleinvertriebsvereinbarung) oder alle Ware eines bestimmten Typus nur von ihm zu beziehen (Alleinbezugsvereinbarung). Solche Vereinbarungen sind grundsätzlich nach § 2 Abs. 2 GWB iVm. Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO freigestellt.

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

a) Der beteiligte Verkäufer und der beteiligte Käufer dürfen auf ihren jeweiligen Märkten keinen Marktanteil von **30 %** (Art. 3 Vertikal-GVO)
b) Die Vereinbarungen dürfen **keine Kernbeschränkungen nach Art. 4 Vertikal-GVO** enthalten (insbesondere Inhaltsbindung, Marktaufteilungen usw.).
c) Die Bindungen der Vertriebspartner dürfen den Zeitraum von **fünf Jahren,** keine nachvertraglichen Wettbewerbsverbote beinhalten und dürfen Händler nicht nachträglich für ein bestimmtes Vertriebssystem vereinnahmen (Art. 5 Vertikal-GVO).

OLG Düsseldorf Taxivermittlung
(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 ist nach § 2 Abs. 2 GWB iVm. Art. 3 ff. Vertikal-GVO (VO (EU) 2022/720) erlaubt. Der hohe Marktanteil der Vermittlung von 54 % wurde in der Entscheidung allerdings als kritisch angesehen (vgl. Art. 3 Vertikal-GVO (VO (EU) 2022/720)).

3. Diskriminierungen. Diskriminierungen entfalten ebenfalls wettbewerbsbeschränkende Wirkung in einem Vertikalverhältnis. Doch handelt es sich um einseitige Verhaltensweisen, die deshalb unten im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dargestellt werden (S. 319 ff.).

IV. Die Funktionsweise der Vertikal-GVO (VO (EU) 2022/720)

1. Das Verhältnis zur Rechtsprechung des EuGH

Eine Gruppenfreistellungsverordnung (GVO) stellt nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bestimmte Typen von Vereinbarungen („Gruppen“) vom Kartellverbot frei. Eine GVO kommt dadurch zustande, dass die Kommission einen Vorschlag nach Art. 105 Abs. 3 AEUV erarbeitet und der Rat seine Zustimmung zu diesem nach Art. 103 Abs. 2 lit. b AEUV erteilt. Das Verfahren ist näher in der VO Nr. 19/65/EWG geregelt.

Daraus folgt zunächst, dass es sich bei der **Vertikal-GVO** um **sekundäres Unionsrecht** handelt, das hinter dem primären Unionsrecht (Art. 101 und Art. 102 AEUV) im Rang zurücksteht. Deshalb geht die Rechtsprechung des EuGH vor. Das Gericht aber schränkt das Kartellverbots nach Art. 101 Abs. 1 AEUV aufgrund der Lehre von den Nebenabreden ein. In der bedeutsamen Coty-Entscheidung

korrigierte der EuGH daher die Tatbestände der alten Vertikal-GVO ((EU) Nr. 330/2010) im Sinne der eigenen Rechtsprechung (S. 159).

Hinzu tritt eine **Besonderheit** im systematischen Zusammenspiel zwischen der Rechtsprechung des EuGH und der Vertikal-GVO: Der **EuGH** prüft vertikale Freiheitsbeschränkungen anhand des sog. **doppelten Erforderlichkeitstests**, einer Sonderform der Lehre von den Nebenabreden (ab S. 159). Ist eine Freiheitsbeschränkung nach Maßgabe dieses Tests gerechtfertigt, stellt sie kein verbotenes Kartell iSd. Art. 101 Abs. 1 AEUV dar. Einer Freistellung auf der Grundlage des Art. 101 Abs. 3 AEUV und daher nach Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO bedarf es in diesem Fall nicht. Dennoch ist etwa die Regelung des Art. 4 lit. e Vertikal-GVO nach dem Vorbild dieser Rechtsprechung gestaltet. Dies gilt auch für andere Regelungen der Vertikal-GVO und führt zu einem **systematischen Widerspruch**: Die Vertikal-GVO betrifft allein die Freistellung von Verbotsverstößen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV, regelt aber häufig Tatbestände, die nach der Rechtsprechung des EuGH dazu führen, dass kein Kartellverstoß iSd. Art. 101 Abs. 1 AEUV vorliegt. Die Europäische Kommission rechtfertigt diese Ausgestaltung der GVO in Erwägungsgrund 4 Vertikal-GVO mit der Überlegung, für die Zwecke der Vertikal-GVO sei eine Entscheidung über die Anwendbarkeit des Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht erforderlich. Gemäß Erwägungsgrund 5 soll die Vertikal-GVO vielmehr alle betroffenen Fallkonstellationen einheitlich vom Kartellverbot ausnehmen, bei denen mit hinreichender Sicherheit anzunehmen ist, dass sie (auch) die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen. Restlos überzeugend ist dies nicht. Der Praxis eröffnet sich dadurch jedoch ein „sicherer Hafen“ (**safe harbor**). So lange sie sich bei rechtlichen Gestaltungen an den Vorgaben der Vertikal-GVO orientiert, ist sie vor kartellrechtlichen Sanktionen sicher. Die Frage, worauf diese Sicherheit beruht – auf der Nichtanwendbarkeit des Art. 101 Abs. 1 AEUV oder auf der Freistellung eines Verstoßes gegen dieser Norm nach Art. 101 Abs. 3 AEUV – ist von dieser Warte aus ohne praktische Bedeutung.

In der **Examensklausur** kann die genaue Einordnung jedoch nicht dahinstehen. Dort können Sie bereits aufgrund der Rechtsprechung des EuGH zu dem Ergebnis gelangen, dass Art. 101 Abs. 1 AEUV auf eine bestimmte vertikale Vereinbarung nicht anwendbar ist. Dann erübrigt sich eigentlich die Prüfung, ob die Vereinbarung auch nach Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO freigestellt ist. Es empfiehlt sich in diesem Zusammenhang ein kurzer Hinweis, dass das Ergebnis auch in der Vertikal-GVO Unterstützung findet.

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

2. Die Freistellung nach Art. 2 Vertikal-GVO

Nach Art. 2 Abs. 1 Satz 1 Vertikal-GVO gilt Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht für vertikale Vereinbarungen iSd. Art. 1 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO. Konkret bezieht sich die Freistellung vom Kartellverbot nach Art. 2 Abs. 1 Satz 2 Vertikal-GVO auf **vertikale Beschränkungen** iSd. Art. 1 Abs. 1 lit. b Vertikal-GVO.

Diese Freistellung wird in den **Art. 2 Abs. 1 bis 7 GVO** konkretisiert, eingeschränkt und wieder zurückgenommen. Art. 2 Abs. 3 Vertikal-GVO regelt zunächst **Lizenzvereinbarungen** über die Verwertung geistigen Eigentums.

Vorliegend interessiert vor allem, dass die Freistellung nach **Art. 2 Abs. 4 Satz 1 Vertikal-GVO** nicht für vertikale Vereinbarungen **zwischen Wettbewerbern** gilt. Eine wichtige **Rückausnahme** besteht jedoch nach Art. 2 Abs. 4 Satz 2 Vertikal-GVO für den **zweigleisigen (dualen) Vertrieb**.

Beispiel: Ein Computerhersteller verkauft seine Geräte im Wege des Direktvertriebs über die eigene Website. Zugleich vertreibt er seine Produkte auch über Elektronikfachgeschäfte.

Beim dualen Vertrieb wird der Hersteller also selbst auf der Handelsstufe tätig und fungiert dort als Wettbewerber des von ihm belieferten Händlers. Schränkt er im Vertriebsvertrag die Freiheit des eigenen Händlers ein, liegt darin auch eine Beschränkung im Horizontalverhältnis zu einem Wettbewerber; denn beide – Hersteller und Händler – konkurrieren auf der Handelsstufe beim Verkauf. **Erwägungsgrund 12** der Vertikal-GVO nimmt dies jedoch hin, sofern keine Kernbeschränkungen iSd. Art. 4 Vertikal-GVO vorliegen und der gebundene Händler nicht zugleich selbst Konkurrenzprodukte herstellt. Darauf stellt auch die **Rückausnahme nach Art. 2 Abs. 4 lit. a Vertikal-GVO** ab: Solange die beiden Partner der Vertikalvereinbarung nicht auf beiden Marktstufen (Produktion und Handel) integriert sind (sog. wechselseitige vertikale Vereinbarung), sondern der gebundene Abnehmer gerade nicht als konkurrierender Hersteller fungiert, sondern nur auf der Handelsstufe tätig ist, ist die vertikale Vereinbarung freigestellt. Darin darf man einen pragmatischen, rechtspolitischen **Kompromiss** erkennen. Denn eine Vielzahl von Markenherstellern vertreibt heute ihre Produkte auch im Wege des Direktvertriebs über die eigene Website. Diese Entscheidung darf nicht dazu führen, dass sie die eigene Absatzpolitik im Übrigen nicht mehr durch vertikale Vereinbarungen mit den Vertriebspartnern steuern können. Eine ähnliche Regelung trifft Art. 2 Abs. 4 lit. b Vertikal-GVO für Großhändler, die zugleich auch als Einzelhändler tätig sind, und andere Einzelhändler aufgrund vertikaler Vereinbarungen einschalten.

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

Eine **Rückausnahme für den dualen Vertrieb** nimmt **Art. 2 Abs. 5 Vertikal-GVO** jedoch in Bezug auf **Marktinformationsverfahren** vor (zu Marktinformationsverfahren vgl. S. 112). Ein Hersteller, der zugleich als Händler der eigenen Ware tätig ist, darf sich mit einem anderen Händler, über den er seine Ware vertreibt, nur über Informationen austauschen, die die Umsetzung der vertikalen Vereinbarung oder die Verbesserung ihrer Produktion oder ihres Vertriebs betrifft. Ein darüber hinaus gehender Austausch, etwa über Preise, ist untersagt. **Erwägungsgrund 13 Satz 2 Vertikal-GVO** begründet dies mit **„horizontalen Bedenken“**. Damit dürfte die von einem Marktinformationsverfahren typischerweise ausgehende Anreizsetzung für eine Lähmung des Wettbewerbs gemeint sein: Tauschen sich beide Seiten erst einmal über den vom Verbraucher geforderten Endpreis aus, liegt ein anschließendes Parallelverhalten nahe: Beide, Hersteller und Händler, fordern dann gleiche Preise. Dies würde jedoch dem Zweck des Art. 4 lit. a Vertikal-VO zuwiderlaufen. Diese Norm will gerade verhindern, dass der Hersteller dem Händler die Preise vorgibt, die dieser gegenüber seinen eigenen Kunden fordert.

Praktisch bedeutsam erscheint die Ausnahme nach **Art. 2 Abs. 6 Vertikal-GVO**. Danach gilt die Freistellung nach Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO nicht bei Vereinbarungen, die ein **Online-Vermittlungsdienst** mit einem Händler trifft, wenn der Online-Vermittlungsdienst die betreffende Ware ebenfalls vertreibt.

Beispiel: Das Unternehmen Amazon bietet Händler auf „Amazon Marketplace“ die Möglichkeit, Originalware an Verbraucher zu verkaufen, die Amazon selbst an die Verbraucher veräußert. Eine Vereinbarung über die Nutzung des virtuellen Marktes ist gem. Art. 2 Abs. 6 Vertikal-GVO gerade nicht nach Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO freigestellt.

Begründet wird dies in **Erwägungsgrund 14 Satz 2 der Vertikal-GVO** mit der Überlegung, dass Online-Vermittlungsdienste aus einer **Hybridstellung** heraus (= sie bieten den Händlern die Handelsplattform als virtuellen Marktort an und vertreiben zugleich als Konkurrenten der Händler die Ware an Verbraucher) den Anreiz und die Fähigkeit haben, das Ergebnis des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt für die verkaufte Ware zu beeinflussen. Dabei dürfte es um die Gefahr gehen, dass die Online-Vermittlungsdiente ihre Machtstellung als Gatekeeper beim Warenabsatz auf die Warenmärkte selbst transferieren. Deshalb kommt keine pauschale Freistellung nach Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO, sondern nur eine individuelle Freistellung der von Online-Vermittlungsdiensten getroffenen Vereinbarungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht. Ein weiterer Grund für die Regelung des Art. 2 Abs. 6 Vertikal-GVO könnte schließlich darin liegen, dass die großen Torwächter im elektronischen Geschäftsverkehr ohnehin den Regeln des § 19a GWB bzw. des **Digital Market Act** unterworfen sind (dazu ab S. 288).

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

Der **Begriff des Online-Vermittlungsdienstes** richtet sich nach **Art. 1 Abs. 1 lit. e Vertikal-GVO**. Diese Norm setzt wiederum das Tatbestandsmerkmal „**Dienste der Informationsgesellschaft“** iSd. Art. 1 Abs. 1 lit. b der Richtlinie (EU) 2015/1535 voraus. Dort kennt der Begriff drei Tatbestandsvoraussetzungen:
(1) Die Dienstleistung muss **im Fernabsatz**, also ohne gleichzeitige physische Anwesenheit der Vertragsparteien erbracht werden (Art. 1 Abs. 1 lit. b (i) Richtlinie (EU) 2015/1535);
(2) sie muss zugleich **elektronisch**, also mittels Geräten für die elektronische Verarbeitung bzw. Speicherung, erbracht werden (Art. 1 Abs. 1 lit. b (ii) Richtlinie (EU) 2015/1535) und
(3) sie muss auf **individuellen Abruf** des Empfängers erbracht werden (Art. 1 Abs. 1 lit. b (iii) Richtlinie (EU) 2015/1535; darunter ist die für das Internet typische Nutzung von Zeiten und Orten nach Wahl des Nutzers gemeint.

Das Unternehmen, das diese Art von Dienstleistung erbringt, muss entweder die Einleitung direkter Transaktionen mit anderen Unternehmern (Art. 2 Abs. 1 lit. e (i) Vertikal-GVO) oder die Einleitung direkter Transaktionen zwischen Unternehmen und Verbrauchern **vermitteln** (Art. 2 Abs. 1 lit. e (2) Vertikal-GVO). Der Vermittlungsbegriff dürfte weit gefasst sein und darauf hinauslaufen, einen geschäftlichen Kontakt des Händlers mit seinen eigenen Kunden zustande zu bringen. Danach dürfte auch ein **Preisportal** unter Art. 2 Abs. 6 Vertikal-GVO fallen, wenn dieses nicht nur über die konkurrierenden Angebote informiert, sondern die betreffende Ware auch selbst veräußert.

3. Die Marktanteilsschwelle des Art. 3 Vertikal-GVO

Ab einer gewissen Marktstärke der Partner der Vertikalvereinbarung kann dessen Verhalten nicht mehr pauschal nach Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO freigestellt werden, weil – so wird dies in Erwägungsgrund 17 Vertikal-GVO begründet – die Gefahren einer Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem Markt droht. Deshalb beschränkt Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO die Freistellung nach Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO auf Fälle, in denen der Anbieter auf dem relevanten Markt und der Anteil der von ihm belieferten Abnehmer, die dort die Waren beziehen, jeweils nicht mehr als 30 % beträgt.

Beispiel: V hält mit seinem Produkt einen 35 %igen Anteil auf dem relevanten Markt und bindet eine Handelskette H, die 40 % der auf dem Markt gehandelten Produkte aufkauft und an Verbraucher vertreibt, exklusiv an das eigenen Unternehmen. Hier besteht die Gefahr eines „**Foreclosure**“. Der Markt wird für potenzielle Wettbewerber, Newcomer auf dem Markt für das Produkt, zu stark abgeschottet. Denn diese finden praktisch keine Vertriebspartner, weil H aufgrund der Exklusivbindung an V für sie nicht als Absatzmittler zu erreichen ist. Ähnlich finden die mit H

konkurrierenden Händler zu wenig Alternativen auf der Anbieterseite des Marktes, weil dort V aufgrund der Exklusivbindung nicht als Vertragspartner gewinnen können.

In diesen Fällen kommt keine pauschale Freistellung nach Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO, sondern lediglich eine **Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV** in Betracht. Aber auch hier gilt das Erfordernis, dass der Restwettbewerb auf dem Markt nicht ausgeschaltet werden darf (Art. 101 Abs. 3 lit. b AEUV).

Dasselbe gilt nach Art. 2 Abs. 2 Vertikal-GVO für eine **Mehrparteienvereinbarung** (dazu Rn. 173 der Vertikalleitlinien für vertikale Beschränkungen (2022/C 248/01)). Es handelt sich um trilaterale Vereinbarungen zwischen einem Verkäufer, einem Zwischenhändler und einem Zweitkäufer. In diesem Rahmen kommt es darauf an, dass der Zwischenhändler die Dreißigprozentgrenze des Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO weder als Abnehmer auf dem Markt überschreitet, auf dem er die Ware vom Verkäufer bezieht, noch als Anbieter auf dem Markt, auf dem er sie dem Zweitkäufer anbietet. Erkennbar soll damit Umgehungsstrategien durch die Einschaltung von Strohmännern vorgebeugt werden.

4. Die Kernbeschränkungen des Art. 4 Vertikal-GVO

Für das Verständnis von Art. 4 Vertikal-GVO erscheint folgender **Systemzusammenhang** bedeutsam. Die GVO ergeht auf der Grundlage des Art. 101 Abs. 3 AEUV. Nach dieser Norm können keine **Kernbeschränkungen** freigestellt werden, weil diese iSd. Art. 103 Abs. 3 lit b AEUV die Möglichkeit eröffnen, den Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren auszuschalten. Entsprechend kommt eine Freistellung nach Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO nicht in Betracht, wenn eine Kernbeschränkung vorliegt. Die sog. „schwarze Liste“ nach Art. 4 Vertikal-GVO zählt diese Kernbeschränkungen abschließend auf. In engem Zusammenhang mit dem Begriff der Kernbeschränkung steht übrigens der des **Hardcore-Kartells**. Denn ein Hardcore-Kartell hat Kernbeschränkungen zum Gegenstand hat: Praktische Bedeutung entfaltet dies insoweit, als die Errichtung eines Hardcore-Kartells regelmäßig ein Bezwecken der Wettbewerbsbeschränkung iSd. Art. 101 Abs. 1 AEUV zum Gegenstand hat (S. 85); auch wird die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung in diesem Fall grundsätzlich bejaht.

a) Preisbindungen (Art. 4 lit. a Vertikal-GVO)

Es geht um eine Beschränkung des Abnehmers (Art. 1 Abs. 1 lit. k Vertikal-GVO = Käufer) den Verkaufspreis selbst festzusetzen (dazu bereits oben S. 141). Dabei sind zwei Verträge

hintereinandergeschaltet: In der vertikalen Vereinbarung wird der Abnehmer verpflichtet, in einem nachfolgenden Vertrag mit einem Zweitkäufer einen bestimmten Preis zu verlangen. Der Grund für das Verbot liegt auf der Hand: Durch die Vereinbarung wird der **Intra-Brand-Wettbewerb** (produktinterne Wettbewerb) um das Produkt ausgeschaltet. Weil sämtliche Händler denselben Preis von ihren Käufern fordern müssen, findet kein Wettbewerb um die Leistung der Handelsstufe auf dem Markt statt.

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 aufgrund seiner überlegenen Kostenstruktur keinen Wettbewerbsvorteil erzielen.

Das Verbot kennt auch **zwei Rückausnahmen: Unverbindliche Preisempfehlungen** darf der Hersteller aussprechen, wenn sie nicht durch Druck oder Anreizsetzung gegenüber dem Käufer faktisch durchgesetzt werden dürfen. **Höchstpreise** darf der Hersteller vorgeben; denn diese begünstigen die Verbraucher. Diese Norm steht für den sog. **Consumer Protection Approach**, eine aus den USA stammende, aber auch für das europäische Recht zunehmend vertretene Betrachtungsweise, nach der das Kartellrecht in erster Linie auf Verbraucherschutz zielt.

b) Die Verhinderung der wirksamen Nutzung des Internets (Art. 4 lit. e Vertikal-GVO)

Art. 4 lit. e Vertikal-GVO verbietet dem Hersteller, seinen Händlern die wirksame Nutzung des Internets zu untersagen. Dies ist nach Erwägungsgrund 15 Satz 3 Vertikal-GVO der Fall, wenn ein ganzer **Online-Werbekanal** wie Preisvergleichsdienste oder Suchmaschinen ausgeschlossen wird. Als **Zweck** nennt Erwägungsgrund 15 Satz 4 Vertikal-GVO, dass nicht verhindert werden dürfe, dass das Gesamtvolumen des Online-Verkaufs der Vertragswaren und -dienstleistungen auf dem betreffenden Markt oder die Möglichkeit des Verbrauchers, die Vertragswaren online zu kaufen, erheblich beschränkt wird. Nach **Erwägungsgrund 15 Satz 5** Vertikal-GVO dürfen bei der Konkretisierung des Art. 4 lit. e Vertikal-GVO nur der Inhalt und der Kontext der Beschränkung berücksichtig werden. Diese darf jedoch nicht aus marktspezifischen Umständen oder wegen individueller Eigenschaften der beteiligten Unternehmen gerechtfertigt werden. Dies erinnert an die Entscheidung

BGH ASICS
(BGH, 12.12.2017 – KVZ 41/17 – ASICS) Der Hersteller ASICS verbietet seinen Händlern ihre Website mit Schnittstellen für Preisvergleichsportale im Internet zu versehen. Der BGH erkannte darin eine nicht zu rechtfertigende Beschränkung des Preiswettbewerbs. Nunmehr verstößt die Klausel gegen Art. 4 lit. e Vertikal-GVO, weil den Händlern ein vollständiger Online-Werbekanal, nämlich der Vertriebsweg über Preisvergleichsportale, genommen wird.

Art. 4 lit. e Vertikal-VO zielt auf den **Schutz des Preiswettbewerb**s, der gerade beim Online-Verkauf, wo der Preisvergleich für den Verbraucher leicht möglich ist, besonders intensiv ist. Deshalb müssen klassische Kanäle des Online-Marketing (Such- und Preismaschinen) als solche offenbleiben. Die Norm kennt aber auch **zwei Rückausnahmen**:

Nach Art. 4 lit. e (i) Vertikal-GVO sind andere Beschränkungen des Onlinevertriebs möglich. Darunter fallen nach Rn. 332 ff. der Vertikalleitlinien der Europäischen Kommission (2022/C 248/01) vor allem **Drittplattformverbote**, wie sie der EuGH in Sachen Coty ausdrücklich erlaubt hat (S. 159). Um ein „Flohmarktimage" zu verhindern, darf daher der Hersteller eines Luxusprodukts dessen Vertrieb über eBay verbieten. Im Umkehrschluss aus dieser Rückausnahme geht hervor, was mit dem Verbot von „Online-Werbekanälen" iSv. Erwägungsgrund 15 Satz 3 Vertikal-GVO gemeint ist. Es dürfte vor allem um Dienstleistungen Dritter gehen, die auf das Angebot des Händlers im Internet aufmerksam und dieses mit anderen Angeboten vergleichbar machen, also – wie bereits erwähnt – Suchmaschinen und Preisvergleichsmaschinen. Der Vertrieb über Marketplaces als Drittplattformen darf hingegen verboten werden (vgl. dazu sogleich die Coty-Entscheidung).

Nach Art. 4 lit. e (ii) Vertikal-GVO sind schließlich auch die Möglichkeit von Beschränkungen der Online-Werbung vor, die nicht auf die Schließung eines ganzen Kanals zielen.

c) Gebiets- und Kundengruppenbeschränkungen (Art. 4 lit. b, lit. c (i) und lit. d Vertikal-GVO).

Schränkt der Hersteller das Gebiet ein, indem sein Händler die Ware vertreiben darf, droht die Gefahr einer **Marktaufteilung**. Denn die Nachfrageinteressenten finden im betreffenden Gebiet auf der Handelsstufe nur einen oder einige wenige Anbieter für die Waren dieses Herstellers. Marktaufteilungen gefährden aber gerade die Integration des Binnenmarktes, da im schlimmsten Fall in einem Mitgliedstaat nur ein Vertriebspartner die Ware vertreibt. Zu diesem Problem verhält sich eine der großen Leitentscheidungen des EuGH:

EuGH Consten/Grundig

(EuGH Slg. 1966, 321 ff. – **Consten/Grundig)** Der deutsche Hersteller für Fernsehgeräte Grundig wollte erreichen, dass seine Geräte auf dem französischen Markt allein vom französischen Unternehmen Consten vertrieben würden. Der kritische Punkt lag darin, dass es Consten verboten sein sollte, die Geräte auf Wunsch der Kunden von Frankreich nach Deutschland zu exportieren. Aus Sicht des deutschen Marktes war Consten daher der sog. **Parallelimport** verboten. Solche Beschränkungen heben die Integrationswirkungen des Binnenmarktes gerade auf und verstoßen daher gegen zentrale Prinzipien des Unionsrechts. Sie sind durch Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht zu rechtfertigen und wurden auch vom EuGH als verbotene Kartellvereinbarungen angesehen.

Mit Gebietsbeschränkungen verbinden sich jedoch **auch positive Wirkungen im Wettbewerb**. So ist der Hersteller uU. darauf angewiesen, den eigenen Händlern **Gebietsschutz** zu gewähren. Insbesondere wenn die Einbindung der Absatzmittler (Franchisenehmer, Vertragshändler) **hoch integriert** ist, dh. wenn diese einem vom Hersteller bis ins Detail ausgestalteten Vertriebskonzept unterworfen sind, können sie einander nur begrenzt Wettbewerb machen. Denn das von Ihnen vertriebene Produkt ist aufgrund der Herstellervorgaben in wesentlichen Punkten unifiziert und äußerlich gleich gestaltet (vgl. die Angebote der Franchiseketten). Unter diesen Umständen muss der Hersteller die Zahl der Händler innerhalb eines Gebiets beschränken dürfen, damit diese erfolgreich wirtschaften können.

Diesem Zielkonflikt tragen die Art. 4 lit. b bis d Vertikal-GVO durch **Rückausnahmen vom Verbot der Gebiets- und Kundenbeschränkung** Rechnung. Die Regelung ist allerdings etwas unübersichtlich geraten. Denn Art. 4 Vertikal-GVO unterscheidet zwischen **drei Adressaten**:
a) dem Betreiber eines Alleinvertriebssystems (Art. 4 lit. b Vertikal-GVO)
b) dem Betreiber eines selektiven Vertriebssystems Art. 4 lit. c Vertikal-GVO und
c) sonstigen Fällen (Art. 4 lit. d Vertikal-GVO).

Kurz zur Unterscheidung:
Das **Alleinvertriebssystem** wird in Art. 1 Abs. 1 lit. h Vertikal-GVO definiert und beruht darauf, dass ein Anbieter ein Gebiet oder eine Kundengruppe sich selbst oder höchstens fünf von ihm belieferten Absatzmittlern exklusiv zuweist.
Dagegen weist ein **selektives Vertriebssystem** nach Art. 1 lit. g Vertikal-GVO einen höheren Organisationsgrad auf: Hier verpflichtet sich der Anbieter, die Vertragswaren nur an Händler zu verkaufen, die er erstens anhand festgelegter Merkmale ausgewählt hat und die sich zweitens ihm gegenüber verpflichten, die Ware nicht an systemfremde Händler weiterzuverkaufen (sog. Querlieferungsverbote). Namensgebend für diese Vertriebssysteme ist der Umstand, dass zu ihnen nur bestimmte Händler zugelassen sind, die den Auswahlkriterien (**Selektionskriterien**) des Herstellers genügen. Die Beschränkung der zugelassenen Händler erlaubt dem Hersteller eine **Qualitätsauswahl** und damit eine entsprechende Produktprofilierung. Qualitative Kriterien bei der Händlerauswahl beziehen sich häufig auf Fachkenntnisse des Händlers und andere Qualitätsmerkmale (**Fachhandelsbindung**). Kritischer werden **quantitative Kriterien** angesehen (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). Wichtig erscheint noch folgender **systematische Zusammenhang**: Hält der Hersteller das selbstgewählte Selektionskriterium selbst nicht ein oder handhabt er es willkürlich, kommt ein Anspruch des Außenseiters auf Aufnahme in das Vertriebssystem auf der Grundlage des **Diskriminierungsverbots** des § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Alternative iVm. § 20 Abs. 1 GWB in Betracht (dazu ab S. 308). Denn der marktbeherrschende bzw. marktmächtige Hersteller hat sich durch die Wahl des Selektionskriteriums zuvor gegenüber dem Außenseiter selbst gebunden!

Als **sonstiger Fall** iSd. Art. 4 lit. d Vertikal-GVO kommt ein Absatzsystem in Betracht, im Rahmen dessen der Hersteller nur eine **Verwendungsbindung** im Hinblick auf die Ware ausspricht. In diesem Fall muss etwa die Ware in besonderer Weise im Ladenlokal präsentiert werden oder darf nur in bestimmter Weise verwendet werden.

Dabei gilt **in allen drei Fällen das Folgende**:
(1) Allen drei Systembetreibern ist die Beschränkung des Gebiets oder der Kunden, in das bzw. an die der belieferte Absatzpartner die Ware weiterverkaufen darf, grundsätzlich verboten (Art. 4 lit. b, lit. c und lit. d Vertikal-GVO, jeweiliger Einleitungssatz).

(2) Eine erste Rückausnahme gilt für die **Beschränkung des aktiven Verkaufs** durch den Vertriebspartner und dessen Direktkunden (= vom Vertriebspartner belieferte Händler), wenn sich der Systembetreiber dieses Gebiet selbst vorbehalten hat oder wenn er es höchstens fünf anderen Vertriebspartners zuweist. Dies ist jeweils in Art. 4 lit. b (i), lit. c (i) Nr. 1 und lit. d (i) Vertikal-GVO geregelt. Der Begriff des aktiven Verkaufs wird dabei in Art. 1 Abs. 1 lit. l Vertikal-GVO definiert. In der Sache geht es darum, dass der Vertriebspartner die Kunden innerhalb des Gebiets **aktiv anspricht**, um bei diesen einen Nachfragewunsch zu wecken. Dies kann durch den Hersteller untersagt werden, um den eigenen Absatzmittlern Gebietsschutz zu gewähren. Als Beispiel für aktiven Verkauf kommt in Betracht, dass der Händler die Website **in einer Sprache gestaltet,** die nur im verbotenen Gebiet gesprochen wird. Darin erkennt die Kommission, soweit es sich bei der Sprache nicht gerade um die englische handelt, eine aktive Ansprache (Vertikalleitlinien (2022/C 248/01) Rn. 213). Erlaubt ist jedoch stets der sog. **passive Verkauf** (Art. 1 Abs. 1 lit. m Vertikal-GVO). Ihn darf der Hersteller nie verbieten. Beim passiven Verkauf geht es darum, dass der Vertriebspartner auf einen von Kundenseite geäußerten Nachfragewunsch reagiert und diesen bedient. Dies muss stets erlaubt bleiben. Die Unterscheidung zwischen aktivem und passivem Verbrauch (dazu auch Vertikalleitlinien (2022/C 248/01) Rn. 211 ff.) zielt vor allem auf den Vertrieb

über das Internet. Der Systembetreiber kann dem angeschlossenen Vertriebspartner nicht verbieten, an Nachfrager aus der betroffenen Kundengruppe bzw. aus dem betroffenen Gebiet zu liefern, wenn diese sich an ihn wenden. Dies ergänzt den Schutz aus Art. 4 lit. e Vertikal-GVO. Doch geht Art. 4 lit. e Vertikal-GVO als Spezialnorm vor.

(3) Eine weitere Rückausnahme betrifft das **Verbot von Querlieferungen** an nicht zugelassene Händler in ein geschütztes Gebiet. Querlieferungen erfolgen auf der Handelsstufe von einem Händler an den anderen. Für selektive Vertriebssysteme ist es aber gerade konstituierend, dass der ausgewählte Vertriebspartner sich verpflichtet, die Ware nicht an ein anderes Unternehmen zu liefern, das die Auswahlkriterien des Herstellers nicht besteht (lies Art. 1 Abs. 1 lit. g Vertikal-GVO).
Beispiel: Beliefert Hersteller H den Juwelier J mit seinen Luxusuhren, muss dieser sich verpflichten, diese nicht an andere Händler (etwa Supermärkte) weiterzuverkaufen.

Querlieferverbote dienen dazu, dass der Hersteller eine Produkt-Markt-Strategie nach seinen Vorstellungen durch ein qualifiziertes Händlernetz im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems umsetzen kann. Deshalb kann der Anbieter in einem **Alleinvertriebssystem** nach Art. 4 lit. b (ii) Vertikal-GVO eine Beschränkung des aktiven und passiven Verkaufs an nicht zugelassene Händler in einem Gebiet beschränken, in dem der Anbieter ein selektives Vertriebssystem für Vertragswaren betreibt. Eine ähnliche Regelung greift für sonstige Vertriebssysteme nach Art. 4 lit. d (ii) Vertikal-GVO. Der Betreiber eine selektiven Vertriebssystems kann entsprechend nach Art. 4 lit. c (i) Nr. 2 Vertikal-GVO gegenüber seinen Absatzmittlern auf der Einhaltung des Querlieferverbots bestehen.

(4) Eine weitere Rückausnahme besteht für sog. **Standortklauseln**, die dem Händler für sein Geschäft einen bestimmten Ort für seine Niederlassung vorschreiben (Art. 4 lit. b (iii), lit. c (i) Nr. 3 und lit. d (iii) Vertikal-GVO). Diese Beschränkungen werden als weitgehend unschädlich für den Wettbewerb angesehen. Dass nämlich das Ladenlokal auf einen bestimmten Ort festgelegt ist, hindert den Händler angesichts moderner Fernabsatzmöglichkeiten nicht, an andere Orte zu liefern bzw. Kunden aus anderen Orten in seinen Räumen zu bedienen.

(5) Eine Rückaufnahme besteht auch für sog. **Sprunglieferungen** (Art. 4 lit. b (IV), lit. c (I) Nr. 4 und lit. d (IV) Vertikal-GVO). Dabei geht es um das an einen Großhändler gerichtete Verbot, die Einzelhandelsstufe zu überspringen und direkt an Endverbraucher zu liefern. Der Grund für dieses Verbot liegt darin, dass der Hersteller **mehrstufige Absatzsysteme** mit Groß- und Einzelhandelsstufe einrichten darf, ohne dass diese Konzeption durch die angeschlossenen Händler selbst durchkreuzt

wird. Zur **Großhandelsstufe** zählen die Händler, die dem Hersteller die Ware abnehmen und für deren flächendeckende Verteilung innerhalb Deutschlands oder des Binnenmarktes gegenüber den Einzelhändlern 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 die 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 €. Das Verbot der Sprunglieferung verhindert, dass die Großhändler auf die Einzelhandelsmärkte 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 einen Verlust erzielen würden. Ein solches Angebot könnte die Einzelhandelsstufe lähmen und damit die Konzeption des Vertriebssystems des Herstellers infrage stellen.

(6) Die letzte Rückausnahme (Art. 4 lit. b (v), lit. c (i) Nr. 5 und lit. d (v)) bezieht sich auf eine **Beschränkung des Vertriebs von Zulieferteilen**. Dabei geht es um die Bindung des *Käufers* von Zulieferteilen (zur Bindung des Lieferanten s. Art. 4 lit. f). Die Norm zielt auf den Schutz des Herstellers vor seinen Konkurrenten.

Beispiel: H hat einen besonders starken Motor für seine Espressomaschinen entwickelt, der für die hohe Geschmacksqualität des gebrühten Kaffees verantwortlich ist. Er liefert diese Motoren auch an seine Vertriebspartner, wenn diese Kaffeemaschinen der Kunden reparieren. H will jedoch vermeiden, dass seine Konkurrenten die Motoren von diesen Vertriebspartner beziehen und danach in die eigenen Geräte einbauen. Der in der Entwicklung des Motors liegende Wettbewerbsvorteil wäre nämlich in diesem Fall verloren. Deshalb verpflichtet er seine Händler, den Motor nicht an andere Hersteller von Espressomaschinen zu veräußern.

Von der Sache her geht es um eine erlaubte **Verwendungsbindung**: Der Käufer der gelieferten Sachen darf diese nur eingeschränkt verwenden (zur Reparatur, aber nicht zur Lieferung an die Konkurrenten verwenden). In der Sache schützt die Norm den Hersteller vor **positiven externen Effekten** (Trittbrettfahrereffekten): Der Hersteller des Zulieferteils müsste nämlich andernfalls bei jeder Investition in die Forschung bzw. die Entwicklung der Teile damit rechnen, dass die Ergebnisse seinen Konkurrenten zugute kommt, wenn diese das verbesserte Zulieferteil vom Absatzmittler des Herstellers erwerben und in die eigenen Produkte einbauen könnten. Der Konkurrent würde einen

Kostenvorteil erlangen, weil er sich die Entwicklungskosten sparte; der Hersteller wiederum hätte wenig Anreiz zu weiteren Investitionen, weil er deren Vorteile nicht in der Marktbeziehung zum Verbraucher halten könnte. Die Norm ergänzt ferner den **gewerblichen Rechtsschutz** 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 grundsätzlich 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. Dem steht jedoch die vorliegend eröffnete Beschränkungsmöglichkeit entgegen.

d) Weitere Kernbeschränkungen in selektiven Vertriebssystemen (lit. b (ii – iii)

Innerhalb eines selektiven Vertriebssystems dürfen **Querlieferungen** zwischen den Mitgliedern des Vertriebssystem nicht beschränkt werden (**Art. 4 lit. b (ii) Vertikal-GVO**). Der Grund liegt auf der Hand: Nach Art. 1 lit. g Vertikal-GVO beruht das selektive Vertriebssystem gerade darauf, dass der Hersteller die Vertriebspartner nach feststehenden Kriterien, meist sind es Qualitätskriterien, ausgewählt hat. Er kann deshalb kein legitimes Interesse daran haben, die Belieferung eines der von ihm ausgewählten Kandidaten an den anderen zu unterbinden. Durch die Querlieferungen können die Vertriebspartner aber untereinander auf Nachfragespitzen reagieren und einer künstlichen Verknappung durch den Hersteller entgegenwirken.

Ferner darf der Hersteller nach **Art. 4 lit. c (iii) Vertikal-GVO weder den aktiven noch den passiven Verkauf auf der Einzelhandelsstufe beschränken**. Der Grund für dieses Verbot liegt darin, dass die Implementierung eines selektiven Vertriebssystems dem Hersteller bereits gestattet, das eigene Händlernetz und damit die Auswahlmöglichkeiten der Endverbraucher eng zu halten. Deshalb dürfen gegenüber den Verbrauchern nicht noch weitere Beschränkungen Einschränkungen auf der Einzelhandelsstufe erfolgen. In der Coty-Entscheidung (S. 159) hat der EuGH in einem obiter dictum den Anwendungsbereich des Art. 4 lit. c (iii) Vertikal-GVO allerdings weiter eingeschränkt: Die Norm steht einem Drittplattformverbot eines Herstellers (Verkauf über Drittanbieter wie Amazon Marketplace oder eBay) nicht entgegen (EuGH Rn. 69). Das Drittplattformverbot wird nunmehr jedoch nicht von Art. 4 lit. c (III) Vertikal-GVO, sondern von Art. 4 lit. e Vertikal-GVO als Spezialnorm erfasst.

e) **Beschränkungen des Lieferanten von Ersatzteilen (Art. 4 lit. f Vertikal-GVO)**

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.

5. Sonstige Verbote (Art. 5 Vertikal-GVO)

Art. 5 Vertikal-GVO sieht eine Reihe weiterer Verbote vor:

a) Die Bindungsdauer von Wettbewerbsverboten dürfen **5 Jahre nicht überschreiten** (Abs. 1 lit. a)

b) **Nachvertragliche Wettbewerbsverbote** sind grundsätzlich verboten (Abs. 1 lit. b; Ausnahme nach Abs. 3)

c) Unglücklich gefasst ist **Art. 5 Abs. 1 lit. c Vertikal-GVO**. 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. 252 der sog. **Vertikal-Leitlinien der Kommission** (2022/C 248/01) ergibt:

„Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung (EU) 2022/720 betrifft den Verkauf konkurrierender Waren oder Dienstleistungen in einem selektiven Vertriebssystem. Die Freistellung nach Artikel 2 Absatz 1 der Verordnung gilt für die Kombination des selektiven Vertriebs mit einem Wettbewerbsverbot, wonach zugelassene Händler keine konkurrierenden Marken weiterverkaufen dürfen. Hingegen fällt eine Verpflichtung, mit der der Anbieter seine zugelassenen Händler unmittelbar oder mittelbar daran hindert, Produkte zum Zwecke des Weiterverkaufs von bestimmten konkurrierenden Anbietern zu beziehen, nicht unter die Gruppenfreistellung. **Mit diesem Ausschluss sollen Situationen vermieden werden, in denen mehrere Anbieter, die dieselben Verkaufsstellen innerhalb eines selektiven Vertriebsnetzes nutzen, einen bestimmten oder mehrere bestimmte Wettbewerber daran hindern, beim Vertrieb ihrer Produkte auf diese Verkaufsstellen zurückzugreifen. Ein solches Szenario könnte zum Ausschluss eines konkurrierenden Anbieters durch eine Art von kollektivem Boykott führen."**

Die GVO gestattet also die Verknüpfung von selektivem Vertrieb mit einem Wettbewerbsverbot, das es den Händlern grundsätzlich untersagt, Produkte konkurrierender Marken zu verkaufen. In Art. 5 Abs. 1 lit. c Vertikal-GVO soll nur dem sog. **Foreclosure-Effekt** entgegengewirkt werden. Allgemein zugängliche Absatzkanäle dürfen nicht nachträglich durch einen Händler vereinnahmt werden.

Beispiel: Hersteller H will ein Skigeschäft dazu verpflichten, die Skier zweier Konkurrenten nicht mehr wie bisher zu beziehen und an Kunden weiter zu veräußern.

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

d) **Art. 5 Abs. 1 lit. d Vertikal-GVO** betrifft schließlich **das Verbot von Meistbegünstigungs- bzw. Bestpreisklauseln** in einem Sonderfall (S. 164). Die Kommission spricht insoweit von **Paritätsklauseln** (Vertikalleitlinie (2022/C 248/01) Rn. 253). Einem Online-Vermittlungsdienst (Art. 1 Abs. 1 lit. e Vertikal-GVO; S. 148) ist es danach verboten, den eigenen Abnehmern aufzuerlegen, Endverbrauchern über konkurrierende Online-Vermittlungsdienste keine günstigeren Bedingungen anzubieten. Die Klausel wird im Zusammenhang mit den Meistbegünstigungsklauseln dargestellt (ab S. 164).

V. Der doppelte Erforderlichkeitstest des EuGH bei selektiven Vertriebssystemen

Selektive Vertriebssysteme (Art. 1 lit. g 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. c (i) Nr. 2 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 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 knappgehalten 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 hat das **Diskriminierungsverbot nach §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 zweiter Fall, 20 Abs. 1 GWB** (dazu S. 308) Bedeutung. Es ermöglicht dem Außenseiter, der nicht zum selektiven Vertriebssystem zugelassen worden ist, die Selektionskriterien des Herstellers auf ihre Wettbewerbsverträglichkeit hin zu überprüfen. Ist dies nicht der Fall, steht dem Außenseiter ein Anspruch auf Kontrahierung und damit auf Aufnahme in das Vertriebssystem zu.

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

Hinzu tritt aber ein **zweiter Aspekt**. Nach der Lehre von den Nebenabreden (S. 69) stellt eine Freiheitseinschränkung dann keine Wettbewerbsbeschränkung dar, wenn sie objektiv erforderlich ist, einen Wertschöpfungsprozess im Wettbewerb zu initiierten oder aufrechtzuerhalten. Dieser Wertschöpfungsprozess kann auch in der Ausbeutung einer Produkt-Markt-Idee im Wege des Franchising bestehen. Dies zeigte bereits die Entscheidung des EuGH in Sachen **Pronuptia** (S. 77). So lange die Freiheitsbeschränkung das zur Verwirklichung der Produktmarktidee objektiv Erforderliche nicht überschreitet, beinhaltet sie daher keine Wettbewerbsbeschränkung iSd. Art. 101 Abs. 1 AEUV. Diese in Sachen Pronuptia formulierte Lehre hat der EuGH in einer weiteren Entscheidung für **Internetaktivitäten in einem selektiven Vertriebssystem** näher konkretisiert:

EuGH Coty
(EuGH, 6.12.2017 – C-230/16 – Coty) Coty (C) ist Hersteller einer Kosmetikserie, für die er ein Luxusimage durch ein selektives Vertriebssystem aufbauen will. C erlaubt den Händlern, die er zu diesem System zugelassen hat, den Internetvertrieb der Kosmetika jeweils über die eigene Website. Dagegen verbietet er ihnen in seinen AGB den Vertrieb über sog. **Drittplattformen** wie Amazon und eBay. Die Parfümerie Akzente hält sich nicht daran. Sie veräußert Coty-Parfüme u.a. über Amazon Marketplace. Verletzt sie damit ihre vertraglichen Verpflichtungen oder sind die AGB nach Art. 101 Abs. 2 AEUV nichtig?

Der EuGH bejaht die Wirksamkeit des Drittplattformverbots und erkennt in der zugrunde liegenden Vereinbarung mittels AGB keinen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV. Er geht dabei von folgendem Grundsatz aus:

(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**:

Es 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) Die Erforderlichkeit eines selektiven Vertriebssystems und der mit ihm verbundenen Freiheitsbeschränkung zur Herausstellung von Qualitätsmerkmalen des Produkts oder seiner Gebrauchsmöglichkeit.

b) Die 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, dass der Hersteller überhaupt ein selektives Vertriebssystem nach Art. 1 Abs. 1 lit. g 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 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, die über den hohen Preis vermittelt werden. In der Entscheidung EuGH, 13.10.2011 – C 463/09 – **Pierre Fabre** hatte das Gericht zuvor 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.

In anderen Fällen stellt sich **die weitergehende Frage**, ob für einen bestimmten Warentyp **überhaupt die Zuschreibung als Luxusprodukt in Betracht kommt** und deshalb ein selektives Vertriebssystem erforderlich ist. 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, Spülmittel usw.), aber auch bei typischen Niedrigpreisprodukten (Papierküchenrolle zum Reinigen feuchter Flächen) erscheint dies praktisch nicht möglich, weil kein Spielraum verbleibt, einem Produkt den Glanz des Außergewöhnlichen durch einen hohen Preis 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, 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 auf die fehlenden Einwirkungsmöglichkeiten des Herstellers gegenüber dem Drittplattformanbieter, mit dem er ja keine vertraglichen Beziehungen unterhält (Rn. 56). Ferner erlaubt es das Drittplattformverbot dem Hersteller 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 die Verfolgung des legitimen Selektionskriteriums dies **objektiv erfordert**. 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 von Coty kein generelles Verbot des Internetvertriebs ausgesprochen wird und die autorisierten Händler über das Internet vertreiben dürfen, geht der EuGH nicht von einer übermäßigen Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit aus. Die vom Drittplattformverbot ausgehende Intensität des Eingriffs in die Freiheit der Händler rechtfertigt sich 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**, ist dies mit Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht mehr vereinbar. Eine entsprechende Regelung trifft nun **Art. 4 lit. e Vertikal-GVO**. Ähnliches dürfte auch für rein **faktische Verbote des Internetvertriebs gelten**:

Autorité de la Concurrence Stihl
(Autorité de la Concurrence, n° 18-D-23 du 24 octobre 201) Der Hersteller von Kettensägen Stihl 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 erfolgen konnte. Der Hersteller verfolgt zunächst legitime Interessen im Hinblick auf die Wahrung des Produktimages und die Vermeidung von Produkthaftungsfällen wegen Instruktionsfehlern. Denn beide Interessen sind durch die hohen Sicherheitsgefahren betroffen, die vom Betrieb der Sägen ausgehen. 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 des Kunden erforderlich ist und eine im Fernabsatz versandte, schriftliche Gebrauchsanleitung nicht ausreicht. Die französische Kartellbehörde erkannte daher auf einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV.

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

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

a) Er fordert ein **objektives Selektionskriterium**. Das Kriterium für die Zulassung zum Vertriebssystem muss 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 kann und keine Möglichkeit verbleibt, dass das Kriterium nur vorgeschoben wird, um Anwärter ohne (legitimen) Sachgrund fernzuhalten und das Vertriebsnetz zwecks Preissteigerung eng zu halten.

b) Dabei muss das Kriterium einen Bezug zur **Qualität der Ware** haben. Die Freiheitsbeschränkung muss dazu dienen, die Qualität des Produkts zu wahren bzw. zu stärken und/oder den richtigen Gebrauch zu gewährleisten. Damit kommen prinzipiell **quantitative Beschränkungen** nicht in Betracht, nach denen der Hersteller etwa nur eine bestimmte Zahl von Händler in sein System aufnimmt. Ein **Gebietsschutz** innerhalb eines Franchisesystems ist daher nur unter den engen Voraussetzungen des Art. 4 lit. c 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 nach Anwendung der vorgestellten Grundsätze eine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV vor, kann diese auf einer **zweiten Stufe** durch Art. 2 Abs. 1 Veritkal-GVO freigestellt sein.

In der **Coty-Entscheidung** gelangt der **EuGH dabei zu einer teleologischen Reduktion von Art. 4 lit. c iii Vertikal-GVO** (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 Endverbraucher im Sinne von Art. 4 Buchst. c der Verordnung darstellt."

Nach der Reform der Vertikal-GVO findet diese Rechtsprechung auch auf die Konkretisierung des neu geschaffenen **Art. 4 lit. e Vertikal-GVO** Anwendung.

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

EuG Uhrenersatzteile
(EuG, 23.10.2017 – T-712/14, NZKart 2017, 658 – **Uhrenersatzteile** englischer Text) Ein Dachverband herstellerunabhängiger Uhrenreparaturwerkstätten wandte sich dagegen, dass seine Mitglieder von den Uhrenherstellern nicht mit Ersatzteilen beliefert wurden. Dabei stellte sich insbesondere die Frage, ob auf den Märkten für die Reparatur von Luxusuhren durch diese Lieferverweigerung nicht der Wettbewerb vollständig ausgeschlossen wird. Das EuG verneint grundsätzlich das Erfordernis, einen solchen Effekt zu prüfen, wenn die Hersteller die Voraussetzungen für ein selektives Vertriebssystem wahren (Rn. 54) und sieht in der Lieferverweigerung unter diesen Umständen 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. 248): Die Uhrenhersteller nutzen nämlich ihre Marktmacht als Hersteller von Ersatzteilen aus, um sich den Reparaturmarkt zu reservieren. Auch erscheint bedenklich, dass Art. 101 Abs. 3 lit. b AEUV sehr wohl voraussetzt, dass ein Verhalten nicht die Möglichkeit eröffnen darf, den Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren auszuschalten.

Beachten Sie bitte noch folgenden **systematischen Zusammenhang**: 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** geht darüber hinaus (ab S. 320). Seine Voraussetzungen sind auch dann verwirklicht, wenn ein grundsätzlich rechtmäßiges Diskriminierungskriterium tatsächlich willkürlich oder unverhältnismäßig gehandhabt wird. Dadurch bewirkt das Diskriminierungsverbot eine Marktöffnungsfunktion und dient der laufenden Kontrolle der Handhabung von selektiven Vertriebssystemen. Allerdings greift das Diskriminierungsverbot nur dann, wenn der Betreiber des selektiven Vertriebssystems eine der in den §§ 19 f. GWB vorgesehene Machtstellungen einnimmt.

VI. Meistbegünstigungs-, Bestpreis- und Paritätsklauseln

Besondere Probleme im Schnittbereich von horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen entstehen durch Meistbegünstigungsklauseln. Diese werden etwas verkürzend auch als Bestpreisklauseln bezeichnet. Im europäischen Recht findet sich auch der Begriff „**Paritätsklausen“** (Vertikalleitlinie (2022/C 248/01) Rn. 253). In jedem Fall verpflichtet darin der Betreiber einer Verkaufsplattform oder eines Einkaufszentrums einen angeschlossenen Händler dazu, auf fremden

Plattformen oder in anderen Einkaufszentren keine günstigeren Preise anzubieten als im Rahmen seiner eigenen Einrichtung.

Diese Praxis ist **nach Art. 5 Abs. 1 lit. d Vertikal-GVO in einem Sonderfall ausdrücklich verboten**. Die Norm untersagt es einem Online-Vermittlungsdienst (Art. 1 Abs. 1 lit. e Vertikal-GVO; oben S. 148), den eigenen Abnehmern (Händlern) aufzuerlegen, Endverbrauchern über konkurrierende Online-Vermittlungsdienste keine günstigeren Bedingungen anzubieten. Ein typisches Beispiel für Online-Vermittlungsdienste stellen **Reiseportale** im Internet dar. Diese operieren auf zwei unterschiedlichen Märkten: Einerseits bieten sie den Nutzern die Möglichkeit an, Reisen und Hotelzimmer unmittelbar über die eigene Plattform zu buchen (**Hotelmarkt**). Sie treten dabei in Konkurrenz zu anderen Reisevermittlern und zu den Hoteliers, die ihre eigene Leistung direkt (auch über das Internet) vermarkten. Gleichzeitig bieten sie den betroffenen Hotels eine Vermittlungsleistung an (**Vermittlungsmarkt**). Fragt der Kunde ein Hotel über die Internetseite des Vermittlers nach und zahlt den Kaufpreis, behält der Vermittler aufgrund einer zuvor mit dem Hotelier getroffenen Vereinbarung einen Abschlag vom gezahlten Preis ein (idR. 10 bis 15 %). Zu diesem Entgegenkommen sind die Hoteliers bereit, weil die Internetvermittler ihnen ein neues Publikum erschließen. Durch Kundenrezensionen, Fotos und Vergleiche machen Sie das Publikum in einer Weise auf das Angebot des Hoteliers aufmerksam, zu der dieser selbst nicht in der Lage wäre. Im Rahmen der Kooperationsvereinbarungen mit den Hoteliers vereinbarten die Reisevermittler dabei in der Vergangenheit **zwei Arten von Bestpreisklauseln**:

Im Rahmen einer **weiten Bestpreisklausel** untersagt der Portalbetreiber dem Hotelier, das Hotelzimmer selbst oder über andere Vertriebskanäle zu günstigeren Bedingungen anzubieten, als sie ihm gegenüber auf seiner Plattform gewährt werden. Diese Praxis ist nun ausdrücklich durch **Art. 5 Abs. 1 lit. d Vertikal-GVO** untersagt. Das Verbot richtet sich allerdings allein an die Adresse von Online-Vermittlungsdiensten. Darunter fällt auch ein Marketplace-Betreiber, der den angeschlossenen Händlern auferlegen will, auf seiner Plattform keine Verkaufspreise von den Endverbrauchern zu fordern, die im Vergleich mit den Forderungen auf anderen Internetplattformen höher liegen. Soweit jedoch Bestpreisklauseln von Unternehmern vereinbart werden, die nicht Online-Vermittlungsdienste betreiben, gilt das Verbot des Art. 5 Abs. 1 lit. d Vertikal-GVO nicht.

Davon zu unterscheiden sind die sog. **engen Bestpreisklauseln**, die von vornherein nicht durch Art. 5 Abs. 1 lit. d Vertikal-GVO erfasst sind. In deren Rahmen verpflichten sich die Hoteliers lediglich dazu, selbst den Verbrauchern keine günstigeren Konditionen zu gewähren, als die auf der Plattform

des Vermittlers gewährten. Unter der Geltung enger Bestpreisklauseln bleibt es dem Hotelier also unbenommen, einem anderen Reisevermittler günstigere Konditionen einzuräumen. Er darf nur selbst – über die eigene Homepage oder vor Ort – nicht günstiger anbieten. Die Europäische Kommission sieht diese engen Bestpreisklauseln als grundsätzlich erlaubt an (Vertikalleitlinien (2022/C 248/01) Rn. 254). Dies entspricht jedoch nicht der in der Sache überzeugenderen Rechtsprechung des BGH.

EuGH und BGH Booking.com
(EuGH 19.9.2024 – C-264/23 – Booking.com; BGH 8.7.2021 − KVR 54/20 – Booking.com) H betreibt eine Hotelbuchungsplattform im Internet. Wenn Kunden über ihn ein Hotel buchen, verdient er eine Provision iHv. 10 bis 15 % des dem Kunden vom Hotel berechneten Preises. In seinen Verträgen mit den betroffenen Hotels schränkt H deren Preisgestaltungsfreiheit ein. Er verbietet ihnen, auf ihrer eigenen Website günstigere Preise anzubieten, als H sie auf seiner Seite unterbreitet. Im Übrigen sind die Hotels jedoch in ihrer Preisgestaltung frei. So können sie anderen Plattformbetreibern günstigere Bedingungen anbieten als H. Liegt darin ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV, wenn Sie vom Zwischenstaatlichkeitsbezug ausgehen?

Der BGH bejahte eine Wettbewerbsbeschränkung.

a) Eine erste Freiheitsbeschränkung erkennt er darin, dass die Hotels auf dem **Hotelmarkt** daran gehindert werden, den Kunden, die direkt auf ihrer hoteleigenen Website buchen, die Vorteile der ersparten Provision im Wege einer Preissenkung weiterzugeben. Dadurch wird der Intrabrand-Wettbewerb – der produktinterne Wettbewerb um den Vertrieb der Hotelzimmer – eingeschränkt (Rn. 10 ff.). Doch droht auch eine zweite Freiheitsbeschränkung auf dem **Vermittlungsmarkt**: Hier konkurrieren verschiedene Portalbetreiber um die Höhe der Provisionen, die sie von H fordern. Die H eingeräumte Freiheit, anderen Anbietern günstigere Konditionen einzuräumen und diese ihrerseits zu einem Entgegenkommen im Hinblick auf die Provisionshöhe zu bewegen, wird durch die enge Bestpreisklausel mittelbar eingeschränkt. Denn für H besteht kein ökonomischer Anreiz, von dieser Freiheit Gebrauch zu machen: Erlaubt er nämlich anderen Providern, die eigenen Hotelzimmer zu günstigeren Preisen anzubieten, als er sie selbst auf seiner Plattform anbietet, gerät er den Gästen gegenüber, die direkt über seine Website buchen, in Verlegenheit: Diese erwarten auf diesem Weg idR. besonders günstige Konditionen, sind jedoch enttäuscht, wenn Drittanbieter niedrigere Preise anbieten (ähnlich BGH Rn. 16). Deshalb liegt für H keine wirtschaftlich vernünftige Alternative darin, anderen Portalbetreibern günstigere Konditionen einzuräumen, als er selbst anbieten darf. Er wird daher auch von diesen die Konditionen fordern, die er B eingeräumt hat.

b) Problematisch ist, ob die enge Bestpreisklausel nach der **Lehre von den Nebenabreden** gerechtfertigt ist. Dazu müsste sie objektiv erforderlich sein, um eine erlaubte Hauptabrede zu ermöglichen. In Betracht kommt insoweit der Markt für die Online-Vermittlung von Hotelzimmern.

Fraglich ist, ob es für die Erhaltung dieses in der Sache erlaubten Wertschöpfungsprozesses unabdingbar ist, dass dem Hotelier eine enge Bestpreisklausel auferlegt wird. Dafür könnte die Gefahr von Trittbrettfahrereffekten sprechen (EuGH 63 und Rn. 73; BGH Rn. 23 ff.). Aus Sicht von H besteht nämlich die Gefahr, dass Kunden durch die Anstrengungen des H auf ein Hotel aufmerksam gemacht werden, der Hotelier sich aber die Provision dadurch erspart, dass er bei einer Direktbuchung günstigere Konditionen anbietet. Ist dies möglich, drohen **positive externe Effekte**: Der Portalbetreiber kann die positiven Folgen seiner Investition nicht mehr in der Marktbeziehung zum Hotelier halten, sondern der Hotelier profitiert außerhalb (extern) von ihr als Trittbrettfahrer. Gerade weil die Hotels selbst die Kosten für die Provision einsparen, erzielen sie Kostenvorteile, die sie an die Kunden weitergeben können, womit sie zugleich H unterbieten und sein Angebot unattraktiv machen. Der BGH sieht jedoch aufgrund konkreter Marktdaten das Marktmodell von H nicht als bedroht an, so dass er die objektive Erforderlichkeit verneint (unter Rn. 36 ff. geht das Gericht auf die **bekannten Fallgruppen der Lehre von den Nebenabreden** ein; Miete, Franchising usw.; sehr lesenswert!).

Dem folgt der **EuGH**. Das Gericht wendet in Sachen „Booking.com“ die **Lehre von den Nebenabreden** erstmals wieder an, nachdem deren Bedeutung zwischenzeitlich durch die Entscheidung in Sachen „Super League“ grundsätzlich bezweifelhaft geworden war (Rn. 52 ff.). Im Rahmen dieser Lehre stellt das Gericht fest, dass die enge Bestpreisklausel die Erbringung von Online-Vermittlungsdiensten für Hotelzimmer fördert (Rn. 59). Doch seien diese Klauseln nicht objektiv erforderlich: Zwar kann die enge Bestpreisklausel Trittbrettfahrereffekten vorbeugen (Rn. 63). Dass die Rentabilität der Online-Vermittlungsdienste ohne diese Klausel leiden, stellt der EuGH jedoch noch nicht der objektiven Erforderlichkeit gleich (Rn. 72). Die Tatsache allein, dass die Klauseln Trittbrettfahrereffekte verhindern, erlaube es nicht sie als erlaubte Nebenabreden einzuordnen (Rn. 73).
Man wird **ergänzen** dürfen, dass H andere Möglichkeiten zustehen, die Hoteliers von Trittbrettfahren abzuhalten (Mengenrabatte auf die Provision, Zusatzleistungen an die Kunden, wenn diese über H buchen usw.). Der Preiswettbewerb um die Provision muss jedenfalls nicht geopfert werden, um die Funktionsfähigkeit die Wertschöpfungsprozesse auf Reiseportalen zu erhalten.

Die Tätigkeit von Reiseportalen stellen im Übrigen ein typisches Beispiel für einen **mehrseitigen Markt** dar (dazu noch ausführlich S. 269): Als Plattformbetreiber führt der Vermittler zwei Nutzergruppen zusammen: die Verbraucher, die potenziell Hotelzimmer nachfragen, und die

Hoteliers, die diese anbieten. Zwischen diesen beiden Nutzergruppen bestehen **indirekte Netzwerkeffekte** (§ 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB). Denn für die Verbraucher hängt der Wert der Vermittlungsplattform davon ab, dass auf ihr besonders viele Hoteliers mit ihrem Angebot vertreten sind. Für die Hoteliers wiederum besteht der besondere Wert des Reiseportals darin, dass sie dort auf möglichst viele potenzielle Nachfrager treffen. Aufgrund dieser ökonomischen Verhältnisse nimmt das Reiseportal den Hotels gegenüber eine Schlüsselstellung (Gatekeeper-Funktion) ein: Die Hoteliers können die Verbraucher mit ihren eigenen Werbeangeboten nicht so umfassend erreichen, wie dies dem Portal möglich ist. Deshalb führt erst der Portalbetreiber Anbieter und Nachfrage auf dem Hotelmarkt im bekannten Umfang zusammen. Die vorgestellte Rechtsprechung verhindert in diesem Zusammenhang, dass die aus der Gatekeeper-Funktion resultierende Machtstellung der Reiseportale die Preisbildung auf dem Hotel- und Vermittlungsmarkt lähmen kann.

Beachte: Das **BKA** hat am 8.10.2025 ein Verfahren gegen die Whaleco Technology Limited (Sitz Dublin, Irland), genannt „**Temu**“ (Akronym in Anlehnung an „Team up, price down“), eingeleitet. Der Marktplatz wird monatlich von 100 Millionen Nutzern innerhalb der EU besucht und wird von der PDD-Holding, einer chinesischen Kapitalgesellschaft, betrieben. Ausschlaggebend war, dass Temu die bei ihm anbietenden Händler dazu verpflichtetr, ihre Waren zu 80 % des Preises anzubieten, den sie auf anderen Plattformen verlangen. Dabei dürfte es sich um eine weite Bestpreisklausel handeln, auf die Art. 5 Abs. 1 lit. d Vertikal-GVO anwendbar ist.

F. Rechtsfolgen des Verstoßes 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.

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 wegen Verletzung von Art. 101 und Art. 102 AEUV geltend machen und vor deutschen Gerichten einklagen (§ 22 GWB). Legen diese Gerichte dem

EuGH eine Frage zur Vorabentscheidung vor (sogleich unten), gelangt der Rechtsstreit dann 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. Die Behörde 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. 171). 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). Nach **Art. 23 Abs. 5 VO Nr. 1/2003** 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 ankomme (EuG, 16.9.2013 – T 375/10 – **Hansa Metallwerke**). Aus diesem Grund beruht die Entscheidung der Kommission über die Höhe der Bußgelder, die teilweise im Milliardenbereich angesiedelt sind, auf deren freien Ermessen, dessen Grundzüge in den **Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen** gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (2006/C 210/02) niedergelegt sind

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, 10.4.2014 – C-231/11 P bis C-233/11 P - **Kommission/Siemens**). Konsequenterweise hat der BGH daher das Prinzip des **Gesamtschuldnerausgleichs nach § 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.

3. Fraglich ist schließlich, ob die Geschäftsführer **ihrer eigenen Gesellschaft gegenüber haften**, wenn diese mit einem kartellrechtlichen Bußgeld belegt wurde:

OLG Düsseldorf Edelstahlkartell
(OLG Düsseldorf 27.7.2023 – VI-6 U /1/22 – Edelstahlkartell) Die U-GmbH wurde wegen der Teilnahme am Edelstahlkartell durch das Bundeskartellamt mit einem Bußgeld belegt. In Höhe dieses Betrages macht sie einen Anspruch gegenüber ihrem Geschäftsführer G geltend, der die U während der Zeit der Beteiligung am Kartell geleitet hat. Dieser weist darauf hin, dass er als Kaufmann die höchstrichterliche Rechtsprechung in Bezug auf das kritische Tatbestandsmerkmal des Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB nicht gekannt habe.

In Betracht kommt ein Anspruch der U gegen G aus § 43 Abs. 2 GmbHG. Durch die Beteiligung der U am Edelstahlkartell verletzt G seine Legalitätspflicht, also die Pflicht, die Geschäftsführung gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG unter Beachtung geltenden Rechts auszuüben (Rn. 89). Fraglich ist zunächst, ob ihn die Unkenntnis der Kartellrechtsrechtsprechung entlastet. Das OLG verneint diese Möglichkeit und erkennt stattdessen (hilfsweise) auf einen **vermeidbaren Verbotsirrtum** (Rn. 106 ff.): Wer im Geschäftsverkehr tätig ist, muss sich im Hinblick auf den kartellrechtlichen Rechtsrahmen beraten lassen. Unterbleibt dies wie vorliegend, ist ein entstehender Verbotsirrtum vermeidbar und entschuldigt nicht. Das OLG erkennt in der vorliegenden Konstellation sogar auf vorsätzliches Verhalten (Rn. 96). Doch könnte der Anspruch aus § 43 Abs. 2 GmbHG **infolge teleologischer Reduktion** ausgeschlossen sein. Maßgeblich erscheinen dem OLG insoweit die **Sanktionszwecke des Bußgelds** (im entschiedenen Fall der §§ 81a bis 81d GWB). Danach muss ein Täter die gegen ihn verhängte Strafe persönlich erleiden, damit das Unrecht ausgeglichen wird und die general- bzw. spezialpräventiven Zwecke der Strafe erreicht werden können. Dies steht vermeintlich der Möglichkeit entgegen, die Buße auf den eigenen Geschäftsführer abzuwälzen. Dieser haftet folglich nicht, für das infolge seines Verhaltens verhängte Bußgeld.
Die Frage ist allerdings **umstritten** (dazu OLG Rn. 161 ff.). Für die **Gegenauffassung** sprechen folgende Überlegungen: Der Geschäftsführer hat der Gesellschaft zunächst einen Vermögensschaden iSd. § 249 Abs. 1 BGB zugefügt, der zugunsten der betroffenen Gesellschafter ausgeglichen werden muss (dazu LG Dortmund: Hinweisbeschluss vom 14.8.2023 – 8 O 5/22 und Hinweisbeschluss v. 21.6.2023 – 8 O 5/22). Hinzu tritt die Überlegung, dass auch der Anspruch aus § 43 Abs. 2 GmbHG – als Nebenzweck –auf **Prävention** zielt: Geschäftsführer sollen dadurch von der Beteiligung ihrer Gesellschaft an Kartellverstößen absehen, dass sie persönlich für deren Folgen in Anspruch genommen werden. Entfällt diese Haftung, besteht kein ökonomischer Anreiz mehr, sich

kartellrechtskonform zu verhalten, weil die Beteiligung der eigenen Gesellschaft an einem Kartell für den Geschäftsführer rechtsfolgenlos bleiben soll.

Folgt man dieser Ansicht und bejaht einen Schadensersatzanspruch, stellt sich regelmäßig auch die Frage, ob sich der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft auf eine **Vorteilsausgleichung nach § 249 Abs. 1 BGB** berufen kann. Bei der Schadensberechnung nach dieser Norm wird die aktuelle Vermögenslage der Gesellschaft mit dem hypothetischen Zustand verglichen, der bestünde, wenn der Kartellverstoß nicht stattgefunden hätte. In diesem hypothetischen Zustand hätte die Gesellschaft jedoch die Vorteile aus der Kartellbeteiligung (höhere Preise = höhere Gewinne) nicht erzielen können. Hier erscheint jedoch eine **normative Schadensbetrachtung** angezeigt, um die präventiven Ziele des Schadensersatzanspruchs aus § 43 Abs. 2 GmbHG nicht zu gefährden: Der Geschäftsführer kann den kartellrechtlich erzielten Vorteil gerade nicht haftungsmindernd geltend machen. Die Frage ist aber noch nicht restlos geklärt.

Vermittelnde Ansichten wollen den Schaden **zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer teilen**, damit einerseits die Gesellschaft selbst die im Bußgeld liegende Sanktion verspürt und andererseits auch dem Geschäftsführer gegenüber ein negativer Anreiz gesetzt wird.

Das OLG folgt jedoch der Auffassung, dass ein zivilrechtlicher Binnenregress den Zweck der Unternehmensbuße gefährden würde (Rn. 180 und Rn. 195 ff.). Es stellt ferner darauf ab, dass die Kartellrechtsbuße regelmäßig eine Gesellschaft (einen Verband) trifft, dessen Verhalten notwendigerweise von natürlichen Personen gesteuert. Bereits dies spreche dafür, darf das Bußgeld nicht auf das Leitungsorgan abgewälzt werden dürfe, ohne den vom Gesetzgeber intendierten Sanktionscharakter zu gefährden (Rn. 197). Denn der Gesetzgeber will – so das OLG – mit der Kartellbuße das Unternehmen als Kartellbeteiligten und nicht dessen Leitungsorgan treffen (Rn. 198). Auch orientiere sich die Höhe der Bußgelder an der Tätigkeit des Unternehmens und nicht an der seines Leiters (Rn. 202).

Der **BGH** hat die Frage nun dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt (BGH, 11.2.2025 – KZR 74/23 – Geschäftsführerhaftung).

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 iVm. **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 iVm. 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 Art. 101 ff. AEUV gerügt werden.

bb) Zuständigkeit

Für die Klage eines Unternehmens oder einer natürlichen Person ist nach **Art. 51 der Satzung des EuGH** iVm. 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). Dies ist denkbar, wenn eine Fusion aufgrund der FKVO von der Kommission genehmigt wird, den Konkurrenten der Fusionsbeteiligten dadurch jedoch Nachteile entstehen.

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

Zwei Monate seit der Handlung.

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

b) Das Rechtsmittel gegen Entscheidungen des EG

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 auf der Grundlage des Art. 256 Abs. 1 Unterabsatz 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) Vorabentscheidungsverfahren 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.

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

dd) Erforderlichkeit der Vorlage (Unterabsatz 2)

- ➔ fällt grundsätzlich in die Beurteilung des anrufenden Gerichts;
- ➔ ausgeschlossen 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. Adressat ist ein 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 iSd. Art. 267 Abs. 1 AEUV betreffen.

Beachte: Ein Vorlagerecht hat jedes andere Gericht, wenn es Teile des Unionsrechts oder Akte von Unionsorganen für unwirksam hält. Denn es besteht keine Verwerfungskompetenz der mitgliedstaatlichen Gerichte hinsichtlich des Unionsrechts. Dazu sind die Gerichte nicht (demokratisch) legitimiert, und außerdem würde die Rechtseinheitlichkeit in der Union gefährdet.

Sanktionen bei Verletzung der Vorlagepflicht:

1. Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 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 iVm. § 134 BGB.

2) Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamtes nach § 32 GWB

3) Unterlassungsansprüche von Konkurrenten und anderen **Marktbeteiligten** nach § 33 Abs. 1 GWB.

a) **Begriff:** Weil das Kartellrecht (ähnlich wie das UWG) als Marktordnungsrecht fungiert, 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 UWG. Ferner existiert eine **Aktivlegitimation des Mitbewerbers und der sonstigen Marktbeteiligten** (§ 33 Abs. 3 GWB). Als sonstige Marktbeteiligte kommen vor allem die Vertreter vor- und nachgelagerter Marktstufen in Betracht (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 (vgl. dagegen § 9 Abs. 2 UWG) und zweitens hat der Gesetzgeber zur Liquidierung von Verbraucherschäden das Institut der **Abhilfeklage** eingerichtet (S. 195). Eine zentrale Ausnahme von diesem Prinzip bleibt jedoch: Nach der **Jedermann-Rechtsprechung des EuGH** (dazu sogleich) hat jeder Kartellgeschädigte, auch ein Verbraucher Anspruch auf Schadensersatz, wenn ihm kartellbedingt ein Vermögensschaden zugefügt worden ist. Verbraucherinteressen werden schließlich 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 Art. 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. 173).

4) **Bußgelder:** Die Regelung der §§ 81 ff. GWB geht auf die 10. GWB-Novelle zurück und setzt die Richtlinie (EU) 2019/1 zu Bußgeldern bei Kartellrechtsverstößen und zur Kronzeugenregelung um.

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

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

2. Insbesondere Schadensersatzansprüche

Die §§ 33a ff. GWB sind in Umsetzung der **Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU** ergangen. Die zentrale Anspruchsgrundlage stellt **§ 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 Anspruchsinhalts in den §§ 33b ff. praktisch als lex specialis verdrängen. Wollte man eine Norm wie etwa § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB anwenden, wäre Art. 3 der Richtlinie zu beachten, nachdem dem Kartellgeschädigten ein Anspruch auf vollen Schadensersatz im Sinne der Richtlinie zusteht. Die in der Richtlinie geregelten Institute müssten dann auf diesen Anspruch entsprechend angewendet werden. Die Richtlinie gilt jedoch nicht unmittelbar gegenüber Gläubiger und Schuldner. Für den Fall des § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB fehlt es jedoch an einer Umsetzung in das deutsche Recht.

Der Anspruch aus § 33a Abs. 1 GWB folgt folgendem **Aufbau**:
(1) Der Gläubiger muss nach § 33 Abs. 3 **Betroffener** sein. Dies sind Mitbewerber oder sonstige Marktbeteiligte. Hier greift jedoch die Jedermann-Rechtsprechung des EuGH.
(2) Ein Verstoß gegen eine der in § 33 Abs. 1 GWB genannten Kartellrechtsnormen muss vorliegen.
(3) Eine fahrlässige oder vorsätzliche Begehungsweise muss hinzutreten.
(4) Der entstandene Schaden muss in den persönlichen und sachlichen Schutzzweck der unter (1) verletzten Norm fallen (**Lehre vom Schutzzweck der Norm**). Dabei erscheint im Vorgriff auf das unten Darzustellende Folgendes bemerkenswert: Seit der ORWI-Entscheidung des BGH umfasst dieser Tatbestand auch **mittelbar Geschädigte**, seit der Courage-Entscheidung sogar **Kartellbeteiligte**, seit der Kone-Entscheidung auch die **Abnehmer von Kartellaußenseitern**. Entscheidend für die Konkretisierung des Schutzzwecks der Norm ist vor allem der **Private-Enforcement-Gedanke**.

a) Der Grundgedanke des Private Enforcement

Der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch verfolgt nicht unmittelbar den Zweck, dem Kartellbetroffenen einen Ausgleich für seine Schäden zu verschaffen. Vielmehr zielt der Anspruch darauf, natürlichen Personen und privaten Rechtsträgern einen **Anreiz** zu schaffen, das Kartellrecht durchzusetzen, indem sie ihren Schadensersatzanspruch verfolgen. Diese **private Durchsetzung des Kartellrechts** (**Private Enforcement**) tritt 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, 20.9.2001 – C-453/99, Slg. 2001, I-6297, Rn. 26 f. – **Courage und Crehan**

EuGH, 13.7.2006 – C-259/04 bis C-298/04, Rn. 91 – **Manfredi**

Der Gedanke des Private Enforcement führt zu einer sog. **„Jedermann"-Rechtsprechung des EuGH**: 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 [heute: Art. 101 AEUV] 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 verschleierten - 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** (Effizienzgedanke) gebietet es daher, Schadensersatzansprüche 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. Die maßgeblichen Prinzipien fasst der EuGH in Sachen **Sumal** so zusammen (EuGH 6.10.2021 – C-882/19 – Sumal Rn. 32 ff.). Den Schadensersatz tragen

- der Effizienzgrundsatz (Rn. 33),
- der Gedanke der Jedermann-Rechtsprechung (Rn. 34 f.),
- der vom Schadensersatzanspruch ausgehende Abschreckungseffekt (Rn. 36) sowie
- der Private-Enforcement-Gedanke (Rn. 37).

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 vom Schuldner nach der Äquivalenztheorie verursachter Schaden wird danach nur unter zwei Voraussetzungen objektiv zugerechnet:

aa) der eingetretene Schaden fällt in den sachlichen und persönlichen Schutzbereich des Schutzgesetzes und

bb) es besteht ein Rechtswidrigkeitszusammenhang 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:

aa) Rechtsverletzer (Kartellanten) als Aktivlegitimierte

Der EuGH (EuGH, 20.9.2011 – C-453/99, Slg. 2001, I-6297, Rn. 24 – **Courage und Crehan)** hält es für möglich, dass auch Kartellanten selbst Schadensersatzansprüche gegenüber anderen Kartellanten geltend machen können. Entscheidend kommt es darauf an, dass Art. 101 Abs. 1 AEUV den einen Kartellanten vor dem Verhalten der übrigen Kartellbeteiligten schützt. Der einzelne Rechtsverletzer (Kartellant) fällt vor allem dann 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 betraf übrigens eine vertikale Wettbewerbsbeschränkung, bei der eine Überlegenheit eines Kartellanten gegenüber dem anderen typisch ist.

bb) Verbraucher

In Erwägungsgrund 3 und 13 der Schadensersatzansprüche wird der Schutz von Verbrauchern durch Schadensersatzansprüche als Zielsetzung 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. In diese Richtung geht auch das Institut der Abhilfeklage, das Verbraucherschutzverbänden die Prozessführungsbefugnis und Aktivlegitimation zuweise (S. 194). Die Schutzzwecke der Jedermann-Rechtsprechung sprechen daher dafür, dass die Verbraucher eigene Schadensersatzansprüche – bevorzugt durch eine Abhilfeklage – geltend machen können (dazu noch unten).

cc) Mittelbar Geschädigte

Mittelbar Geschädigte sind Personen, die nicht selbst mit einem der Beteiligten des Kartells Geschäfte getätigt haben, sondern von einem Verkäufer erworben haben, der seinerseits Geschäftspartner eines Kartellanten war und von diesem zu überhöhten Kartellpreisen beliefert wurde. Sie fallen gemäß § 33c Abs. 2 GWB als sog. mittelbare Abnehmer in den Schutzzweck der Norm. Ausschlaggebend ist der sog. Private Enforcement-Gedanke (BGH 28.6.2011 – KZR 75/10 = NJW 2012, 928 – Orwi, Rn. 19 ff.); denn auch diese Geschädigten sind bei der Durchsetzung des Kartellrechts willkommen. Deshalb kann auch ein **Leasingnehmer** von Beteiligten des Lkw-Kartells Schadensersatz verlangen, wenn der Leasinggeber den später verleasten Lkw zu erhöhten Preisen bezog und den auf diese Weise erlittenen Schaden über erhöhte Leasingraten weitergab (OLG Düsseldorf, 27.7.2023 – 2 U 115/22 – Lkw-Kartell).

cc) Preisschirmeffekte

EuGH Kone
EuGH, 5.6.2014 – C-557/12 – **Kone**) K verlangt von B, einem Beteiligten des sog. „Aufzugs- und Fahrtreppenkartells“ Schadensersatz, weil er Fahrstühle bei X bestellt hat, der selbst nicht dem Kartell angehörte, aber die Preise des Kartells imitiert hat. Die Klage war wegen des vom Kartell ausgehenden Preisschirmeffekts erfolgreich.

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. Dabei handelt es sich um Unternehmen, die mit dem Kartell konkurrieren, ihm aber nicht angehören. Wegen ihrer Vertrautheit mit den Marktverhältnissen erkennen sie, dass die Preise der Konkurrenz künstlich erhöht sind und ein Kartell am Werk sein muss. Diesen Außenseitern bietet sich im Anschluss an die Identifizierung eines Preiskartells 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 spricht häufig die gemeinsame Machtstellung der im Kartell organisierten Konkurrenten. Wird das Kartell herausgefordert, droht dem Außenseiter ein Preiskampf wie im sog. Benrather Tankstellenfall (S. 11). Hinzu treten die Verluste, die für den 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 ohne

eigene Mühe. 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 zur Erzielung einer risikofreien Rendite**. Denn mögliche Preiserhöhungen können nicht durch Abwanderung der Nachfrager (Kreuzpreisreaktionen) sanktioniert werden. 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 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. 182). Ein Kartellgeschädigter wird daher zumindest für Altfälle vor Inkrafttreten des § 33a Abs. 2 GWB darlegen und beweisen müssen, dass aufgrund des Preiskartells eine wettbewerbswidrige Preiserhöhung eingetreten ist und dass der Außenseiter auf diese reagiert hat.

Bei neueren Fällen **vermutet § 33a Abs. 2 GWB zugunsten des Kartellgeschädigten den Eintritt eines haftungsbegründenden Schadens** (dh. die Existenz eines Schadens überhaupt, nicht aber von dessen Höhe). Dieser muss sich auch auf die tatsächlichen Voraussetzungen des Preisschirmeffekts beziehen, so dass diese Rechtsprechung nicht für das neue Recht gelten dürfte.

Seit der Kone-Entscheidung wurde die Lehre vom Preisschirmeffekt in Bezug auf Einzelfragen ausdifferenziert:

OLG Stuttgart Preisschirm- und Nachlaufeffekte
(OLG Stuttgart, 24.2.2022 − 2 U 64/20 – Preisschirm- und Nachlaufeffekte) K fordert von B Schadensersatz, weil B am Lkw-Kartell teilgenommen hat. B entgegnet, dieses habe sich nicht auf den von K erworbenen Transporter bezogen. Auch habe K das Fahrzeug 2 ½ Jahre nach Beendigung des Lkw-Kartells erworben.

Nach Auffassung des OLG muss sich ein Preisschirmeffekt nicht auf den vom Kartell dominierten Markt beschränken, sondern kann sich auch auf Erwerbsvorgänge auf einem Markt für funktionell austauschbare Güter auswirken. Begründet wird dies mit der Überlegung, dass die Nachfrager bei Preiserhöhungen auf dem kartellbetroffenen Markt auf sog. **Substitutionsmärkte** ausweichen (juris-Rn. 144). Dabei kann es allerdings nur um eine Substitutionsbeziehung im weitesten Sinne gehen: Denn sämtliche Produkte, die einen Bedarf alternativ befriedigen, also einander subsituieren können, gehören bereits dem Ausgangsmarkt an. Transporter und Lkw befriedigen hingegen unterschiedliche Bedarfe. In Betracht kommt jedoch, dass das Kartell die Preise für Lkw so hochhält, dass die Nachfrage die Funktionsunterschiede zwischen Lkw und Transportern beiseiteschieben und gezwungenermaßen auf den Markt für Transporter ausweichen. Der betroffene Nachfrager nimmt dabei in Kauf, dass sein Bedarf nicht so befriedigt wird, wie dies bei funktionierendem Wettbewerb möglich gewesen wäre. Diese Abwanderung hat jedoch zur Folge, dass sich wegen der gestiegenen Nachfrage auch auf dem Markt für Transporter die Preise erhöhen.
Problematisch war im Fall auch, dass der Transporter zweieinhalb Jahre nach Beendigung des Lkw-Kartells erworben wurde. Nach Beendigung des Kartells können sog. **Nachlaufeffekte** (OLG juris-Rn. 153 ff.) noch zu einer Zurechnung im Rahmen des § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV führen. Die Rechtsprechung geht jedoch davon aus, dass der Zurechnungszusammenhang idR. **ein Jahr nach Beendigung des Kartells** abbricht. K konnte vorliegend nicht plausibel machen, dass der Markt für Transporter nach dem deutlich längeren Zeitraum noch unter den Auswirkungen des Lkw-Kartells litt.
In einer weiteren Entscheidung stellt das OLG Düsseldorf jedoch klar, dass die Wirkung des Preisschirmeffekts **auf die Märkte beschränkt** bleibt, **auf denen das Kartell** bestand (OLG Düsseldorf, 8.11.2023 – VI U 1/23 – Tapetenkartell).

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

Grundsätzlich wird im Schadensrecht zwischen dem haftungsbegründenden und dem haftungsausfüllenden Schaden unterschieden. Dies hängt mit dem Normenpaar §§ 286 f. ZPO

zusammen, das für beide Typen ein unterschiedliches Beweismaß vorsieht. Über den haftungsbegründenden Schaden muss der Schadensersatzgläubiger den Vollbeweis nach § 286 ZPO führen, während für den haftungsausfüllenden Schaden nach § 287 ZPO Beweiserleichterungen greifen können.

Zum Vergleich: Im Falle des § 823 Abs. 1 BGB liegt der haftungsbegründende Schaden in der Kausalkette die zur Verletzung eines absolut geschützten Rechts und der damit verbundenen grundsätzlichen Vermögensschädigung des Rechtsinhabers hinführt. Der haftungsausfüllende Schaden besteht hingegen in der Kausalkette, die vom haftungsbegründenden Schaden hin zu konkreten Vermögensnachteilen des Geschädigten iSd. §§ 249 ff. BGB führt.

Entsprechend wird auch im Kartellrecht zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität unterschieden, also der Ursachenkette die zum haftungsbegründenden Schaden führt und der Ursachenkette, die von diesem zum haftungsausfüllenden Schaden führt. Das zentrale Problem des Kartellschadensersatzes liegt dabei in der haftungsausfüllenden Kausalität.

aa) Der haftungsbegründende Schaden

Nach § 33a Abs. 2 Satz 1 GWB wird widerleglich vermutet, dass ein Kartell einen Schaden verursacht. Diese **Vermutung der haftungsbegründenden Kausalität** steht **im Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH bei der Behandlung von Altfällen** vor Einführung dieser Norm.

BGH Freunde des Schienenverkehrs
(BGH 11.12.2018 – KZR 26/17 – **Freunde des Schienenverkehrs**) Das Preis- und Marktaufteilungskartell der Schienenhersteller bezeichnete sich selbst – wohl nicht ohne schwarzen Humor – als „Freunde des Schienenverkehrs“. Der **BGH** musste bereits so oft über Einzelfragen der rechtlichen Beurteilung dieses Kartells entscheiden, dass seine Entscheidungen nur noch den Entscheidungsnamen „Schienenkartell“ ohne Nummerierung tragen.

In der vorliegenden Entscheidung verneint das Gericht – ausgehend von den strengen Voraussetzungen des § 286 ZPO – die Möglichkeit, dass der Nachweis der Tätigkeit eines Preiskartells auf dem Markt ohne weiteres einen Anscheinsbeweis für eine wettbewerbsfremde Preiserhöhung in Bezug auf das betroffene Produkt auf dem Markt begründe. Die Rechtsprechung prägt die Auseinandersetzung um die Aufarbeitung dieses größten Kartellschadensersatzfalles wesentlich. Hier ein Auszug aus den Entscheidungsgründen (vgl. die Rn. 55 und 57). Diese 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, deren Wirkungen durch Führung des

Gegenbeweises zur vollen Überzeugung des Gerichts widerlegen und entkräften 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 die befassten Kartellbehörden und die Gerichte überprüft worden ist. Die Vermutung entfaltet für die Behörde und die Gerichte daher nur 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 seiner Entscheidung ab. Die Instanzgerichte hatten es sich zuvor aufgrund der vermeintlichen Vermutung bei der Feststellung des haftungsbegründenden Schadens zu leicht gemacht!

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. 180). Diese Rechtsprechung dürfte jedoch für Fälle, die unter § 33a Abs. 2 GWB fallen, keinen Bestand haben (str.). Mittlerweile hat der BGH seine **Rechtsprechung** jedoch **präzisiert** und **gelockert**:

BGH Schlecker
(BGH, 29.11.2022 − KZR 42/20 = BGHZ 235, 168 – **Schlecker**) Der Insolvenzverwalter des Drogeriehändlers Schlecker macht Schadensersatz gegen verschiedene Drogeriehersteller geltend, die sich gegenseitig heimlich über Bruttopreiserhöhungen im Rahmen eines Marktinformationsverfahrens unterrichtet hatten. Diesen gegenüber waren Bußgeldbescheide des BKA ergangen.

Als zentrale Voraussetzung des haftungsbegründenden Schadens bezeichnet das Gericht die sog. **Kartellbetroffenheit**. Diese setzt voraus, dass das wettbewerbsbeschränkende Verhalten geeignet ist, einen Schaden des Anspruchsstellers unmittelbar oder mittelbar zu begründen (Rn. 29). Vorliegt bejaht der BGH einen Erfahrungssatz, dass die auf die Durchführung eines **Marktinformationsverfahrens** (zu diesem S. 112) hin erzielten Preise im Schnitt über denjenigen liegen, die sich ohne dieses gebildet hätten (Rn. 43 ff.):

Rn. 40: „Grundlage dieses Erfahrungssatzes ist die wirtschaftliche Erfahrung, dass die Gründung und Durchführung eines solchen Kartells regelmäßig einen Mehrerlös der daran beteiligten Unternehmen zur Folge hat. Durch die Kartellabsprachen sind die beteiligten Unternehmen jedenfalls in einem gewissen Umfang **der Notwendigkeit enthoben, sich im Wettbewerb zur Erlangung von Aufträgen gegen konkurrierende Unternehmen durchzusetzen,** und Unternehmen, die sich aufgrund solcher Absprachen nicht dem Wettbewerb, insbesondere dem Preiswettbewerb, stellen müssen, werden im Regelfall keinen Anlass sehen, bestehende Preissenkungsspielräume zu nutzen…. Dafür spricht, dass die Absprache von Preisen und bestimmten Quoten sowie die Zuweisung bestimmter Kunden der Steigerung des Gewinns dient. Damit ist zugleich wahrscheinlich, dass bei den Abnehmern der Kartellanten hierdurch ein Schaden verursacht wird (BGH, WRP 2018, 941 Rn. 35 - Grauzementkartell II).“

Speziell für **Marktinformationsverfahren** heißt es unter Rn. 51:

„…Im Falle des Austausches von geheimen Informationen über die individuellen Absichten eines Unternehmens in Bezug auf sein künftiges Preissetzungsverhalten ist nämlich die Wahrscheinlichkeit besonders groß, dass es zu einem **Kollusionsergebnis** kommt. Bereits die Information, dass bei einem Wettbewerber zu einem bestimmten Zeitpunkt eine Preisänderung stattfinden soll, ist für das Preissetzungsverhalten der anderen Wettbewerber, insbesondere die **Einschätzung der Durchsetzbarkeit einer eigenen Preiserhöhung, von besonderer Bedeutung**. Wenn Wettbewerber sich über ihre diesbezüglichen Absichten informieren, sind die ansonsten bestehenden Ungewissheiten über das Preissetzungsverhalten der Wettbewerber ausgeräumt und können die Wettbewerber ein gemeinsames höheres Preisniveau erreichen, ohne Gefahr zu laufen, Marktanteile einzubüßen oder während des Zeitraums der Anpassung an die neuen Preise einen Preiskrieg zu riskieren... Dasselbe gilt, wenn die geheimen Informationen aktuelles Preissetzungs- verhalten zum Gegenstand haben. Denn auch dies ermöglicht die Anpassung des eigenen Preissetzungsverhaltens, ohne einen Preiskrieg zu riskieren."

Der BGH (5.12.2023 – KZR 46/21 – Lkw-Kartell III) begründet nun auch zu zugunsten eines **Leasingnehmers** den Erfahrungssatz, dass die Leasingraten kartellbedingt überhöht sind, wenn der Leasinggeber die von einem Kartell betroffene Leasingsache erworben hat.

Durch **§ 33a Abs. 2 Satz 1 GWB** verbessert sich jetzt die Beweissituation der Kartellgeschädigten bei Fallgestaltungen, die unter den Anwendungsbereich der Norm fallen. Die **haftungsbegründende Kausalität** wird bei Kartellen iSd. der Norm **widerleglich vermutet**. Die dargestellte BGH-Judikatur zu den Altfällen liefert dazu Anhaltspunkte für die Widerlegung.

Diese Vermutung knüpft an die **Kartellrechtsdefinition des § 33a Abs. 2 Satz 2 und 3 GWB** an. Der deutsche Gesetzgeber entnimmt diese Art. 2 Nr. 14 Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU. Zu beachten ist, dass § 33a Abs. 2 Satz 2 und 3 GWB keine Legaldefinition des Kartelltatbestandes darstellt, sondern **Fälle von Hardcorekartellen** konkretisiert (S. 85), 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 ein allgemeiner Erfahrungssatz dafür, dass dies auch tatsächlich zu einer kartellbedingten und daher wettbewerbsfremden Preiserhöhung geführt hat.

bb) Haftungsausfüllender Schaden

Das zentrale Problem des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs liegt in der genauen Bezifferung des beim Geschädigten eingetretenen Vermögensschadens (haftungsausfüllender

Schaden). Denn das Kartell verursacht einen sog. **Marktverwirrungsschaden**. Es stört eine wettbewerbliche Preisbildung auf dem Markt durch das freie Spiel von Angebot und Nachfrage. Welcher Preis sich jedoch unter ungestörten Bedingungen eingestellt hätte, ist regelmäßig schwer darzulegen und zu beweisen. Denn für ein bestimmtes Marktergebnis (= Marktpreis) ist sehr häufig ein komplexes Ursachenbündel verantwortlich, nie aber nur ein einzelner Umstand wie ein Kartellrechtsverstoß. 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. schwer, den daraus entstandenen konkreten Vermögensnachteil in seinem Vermögen zu substantiieren (zur Substantiierungslast: § 138 Abs. 2 ZPO). In diesem Zusammenhang zeigen sich übrigens dieselben Schwierigkeiten, die später noch bei der Konkretisierung des Preishöhenmissbrauchs (Ausbeutungsmissbrauchs) begegnen werden (S. 213).

In Bezug auf die Schwierigkeiten der substantiierten Darlegung und der Beweisführung hilft **§ 33a Abs. 3 GWB** nicht weiter; die Norm beinhaltet im Grunde nur einen Verweis auf **§ 287 ZPO**. Danach 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 eines Anhalts über die Schadenshöhe, den sie dann nach eigener Würdigung durch Schätzungen ergänzen können. Sie können aber nicht irgendeinen Betrag völlig frei herausgreifen. Beachte nun jedoch

LG Berlin Berliner Stadtreinigung
(LG Berlin, 22.6.2023 - 16a O 1/20 Kart – Berliner Stadtreinigung) Die Berliner Stadtreinigungsbetriebe (BSR) hatten 200 Lkw von MAN und Iveco erworben, die zur Zeit des Abschlusses der Kaufverträge beide am Lkw-Kartell beteiligt waren.
In einer aufsehenerregenden ersten Entscheidung schätzt das LG den Kartellschaden innerhalb eines Rahmens von 5 bis 14 % des Nettogesamtpreises der Fahrzeuge. Seiner Entscheidung legt es den für die Schuldner günstigen Fall einer Schadenshöhe iHv. 5 % pro Fahrzeug zugrunde und sprach der BSR einen Schaden von rund 1 Million Euro zu.

Eine ähnliche Auffassung vertritt auch das **LG Stuttgart**, 27.2.2025 − 30 O 235/17 – Lkw-Kartell: Es schätzt die Schadenshöhe auf 5% der jeweiligen Netto-Abrechnungssumme. Das **OLG Stuttgart** (20.11.2025 − 2 U 263/21 – Badearmaturen-Kartell juris-Rn. 108 ff.) geht in **drei Stufen** vor: Auf der ersten muss festgestellt werden, ob überhaupt ein kartellbedingter Preisaufschlag erhoben und

damit ein Grundschaden entstanden ist. Auf der zweiten Stufe geht das Gericht dann von einem kartellbedingten Preisaufschlag in einem Korridor von fünf bis 25 % aus, um in einer dritten Stufe den Schaden weiter einzugrenzen.

BGH Matratzenpreisbrecher
(BGH, 12.9.2023 – KZR 39/21 – Matratzenpreisbrecher) K verkauft Matratzen über das Internet zu Tiefstpreisen. Bis 2006 wurde sie von den im Wettbewerb führenden Markenherstellern von Qualitätsmatratzen B, X, Y und Z beliefert. Ende 2005 fordert B die K zu größerer „Preisdisziplin" auf. Als K dem nicht nachkommt, bricht B die Lieferbeziehung zu K ab und fordert X, Y und Z auf, K nicht mehr zu beliefern. Diese befolgen die Aufforderung. K macht gegenüber B den Schaden geltend, der ihr dadurch entstanden ist, dass sie seit 2006 keine Kundenbestellungen in Bezug auf die Matratzen von B, X, Y und Z ausführen konnte.

In Betracht kommt ein Anspruch der K gegen B aus §§ 33a Abs. 1 iVm. §§ 19 Abs. 1 Nr. 1, 20 Abs. 1 Satz 1 und 21 Abs. 1 GWB (Hinweis: Der Entscheidung liegt tatsächlich noch eine ältere Fassung des GWB zugrunde).

Durch Nichtbelieferung der K hat B gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot nach §§ 19 Abs. 2 Nr. 1, 20 I 1 GWB verstoßen. Aus Sicht des K kommt eine sortimentsbedingte Abhängigkeit nach § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB in Betracht; dabei handelt es sich näher um eine sog. Spitzenstellungsabhängigkeit (Rn. 19 ff.) Denn B nimmt Hersteller eine Spitzenposition ein. Die Matratzen des B muss K im Sortiment führen, um seine Wettbewerbsstellung als Fachgeschäft für Matratzen zu wahren (vgl. dazu unten beim Diskriminierungsverbot). Zugleich dürfte ein deutliches Ungleichgewicht zwischen B und K iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB bestehen. B aber behandelt K nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweiter Fall GWB ohne sachlich gerechtfertigten Grund anders als gleichartige Unternehmen. Denn die Durchsetzung von Mindestpreisen ist kein zulässiges Kriterium für eine Diskriminierung (arg. e § 2 Abs. 2 GWB iVm. Art. 4 lit. a Vertikal-GVO).
In der Aufforderung an X, Y und Z zur Nichtbelieferung der K liegt schließlich ein nach § 21 Abs. 1 GWB verbotener **Boykottaufruf** (Rn. 26 ff.). Zunächst liegt die in der Norm vorausgesetzte Dreipersonenkonstellation vor. Als Verruferin fordert B die Unternehmen X, Y und Z als Adressaten auf, K als Verrufenen nicht zu beliefern. Dies erscheint deshalb unbillig, weil dadurch entgegen § 2 Abs. 2 GWB iVm. Art. 4 lit. a Vertikal-GVO Mindestpreise durchgesetzt werden sollen.

Die Besonderheit der Entscheidung liegt darin, dass der BGH K grundsätzlich Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns nach § 252 Satz 1 BGB zuspricht (Rn. 34 ff.). Der BGH wendet hier noch eine nach altem Recht begründete Vermutung für die Entstehung eines haftungsbegründenden Schadens an (Rn. 34). Nunmehr greift in diesen Fällen die Vermutung des § 33a Abs. 2 Satz 1 GWB. Zwar liegt keines der vier Regelbeispiele des § 33a Abs. 2 Satz 2 GWB vor, doch ähnelt die Vorgehensweise von B dem in Nr. 1 dieser Norm genannten Fall der Festsetzung der Verkaufspreise. Im Schrifttum wird dagegen eingewendet, dass die Jedermann-Rechtsprechung nicht auf vertikale Wettbewerbsbeschränkungen passe, da diese nicht im Wege des Private-Enforcement durchgesetzt werden müssten. Denn sie ereigneten sich anders als horizontale Kartelle zwischen Wettbewerbern

nicht im Verborgen (*Galle* NZKart 2024, 91, 94). Der BGH folgt dieser Auffassung jedoch nicht und bejaht einen Schadensersatzanspruch.

In „**Neufällen**“ behilft sich die Praxis durch die Vereinbarung von **Vertragsstrafeversprechen mit dem Vertragspartner** für den Fall seiner eventuellen Kartellteilnahme iSd. § 32a Abs. 2 Satz 2 und 3 GWB. Die Vereinbarung von Vertragsstrafen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (**AGB**) sieht der **BGH grundsätzlich als wirksam an**, wenn der Gegenseite die Möglichkeit offen steht zu beweisen, dass der tatsächlich eingetretene Schaden im Einzelfall niedriger ausgefallen ist als die Pauschalisierung in der Vertragsstrafe. Unter diesen Voraussetzungen wird etwa ein Vertragsstrafeversprechen in Höhe von **15% der Auftragssumme** für den Fall eines Kartellverstoßes als wirksam angesehen (BGH, 10.2.2021 − KZR 94/18 – Schienenkartell; ähnlich BGH, 10.2.2021 − KZR 63/18 – Schienenkartell VI Rn. 17 ff.). Durch die Vertragsstrafe (§ 339 Satz 2 BGB) wird die Schadenshöhe **pauschalisiert**. Dies bedeutet, dass die geschädigte Vertragspartei von der Gegenseite wegen deren Kartellbeteiligung die versprochene Vertragsstrafe fordern darf und den eingetretenen Schaden nicht weiter substantiieren muss. Beachten Sie dabei jedoch folgenden **systematischen 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 – wie gerade ausgeführt – 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** grundsätzlich nicht zu, so dass ihm gegenüber stets die vereinbarte Vertragsstrafe – unabhängig von der Höhe des eingetretenen Schadens – eingefordert werden kann. Es entspricht jedoch einer neueren Tendenz in Rechtsprechung und Gesetzgebung, auch dem Unternehmer die Möglichkeit zu eröffnen, sich gegenüber einem Vertragsstrafeverprechen im Hinblick auf einen tatsächlich niedriger ausfallenden Schaden zu entlasten. Ein Beispiel dafür liefert die vorgestellte Rechtsprechung des BGH, ein anderes **§ 13a Abs. 4 UWG**. Denn auch nach dieser Norm **kann ein Unternehmer Herabsetzung der Vertragsstrafe auf der Grundlage einer strafbewehrten Unterlassungserklärung verlangen**. Praktisch bedeutet dies, dass der Streit zwischen dem Kartellanten und seinem Kunden um die Höhe des eingetretenen Schadens in den Streit über die Herabsetzung der Vertragsstrafe verlagert wird. Doch **verschiebt sich** dabei **die Darlegungs- und Beweislast** zu Lasten des Kartellanten: Dieser und nicht der Geschädigte muss nun darlegen und beweisen, in welcher Höhe ein Schaden entstanden ist.

Im Rechtsvergleich kennt vor allem das **US-amerikanische Kartellrecht** eine erhebliche Erleichterung der Darlegungs- und Beweislast im Hinblick auf die haftungsausfüllende Kausalität. Denn die Gerichte können 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 die Sühne- und Präventionsfunktion einer Strafrechtsnorm. Deswegen sind die Substantiierungsanforderungen an die Höhe des Schadens für die Klägerseite wesentlich niedriger als im deutschen Recht. Der **europäische Gesetzgeber** lehnt diese Möglichkeit jedoch in Art. 3 Abs. 3 und Erwägungsgrund 13 Satz 3 der Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU gerade ab. Danach darf der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch nicht zu einer „Überkompensation führen, unabhängig davon, ob es sich dabei um Strafschadensersatz, Mehrfachentschädigung oder andere Arten von Schadensersatz handelt." Befürchtet wird die von Strafschäden ausgehende **Anreizwirkung hin zu massenhafter opportunistischer Klageerhebung**. Das zugrunde liegende Problem, die Liquidierung von Streuschäden, ordnet er deshalb heute als prozessuale Fragestellung ein (dazu *Oechsler*/*Ricard*, NZKart 2019, 308, 309).

Beachten Sie bitte noch, dass **§ 33a Abs. 4 GWB** die Höhe des **Zinsschadens** regelt.

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
(BGH, 12.7.2016 – KZR 25/14 = BGHZ 211, 146– **Lottoblock II)** K ist ein Spielevermittler für die Teilnahme an Lotterien. Bei B hingegen handelt es sich um den Dachverband der Lotteriegesellschaften (Lottoblock). B hatte in der Vergangenheit den Beschluss gefasst, dass seine Mitglieder keine durch K vermittelten Lotteriescheine annehmen sollten. Das BKA hat B daraufhin auf der Grundlage des § 32 GWB zur Unterlassung dieser Praxis wegen eines Verstoßes gegen § 1 GWB aufgefordert. K verlangt von B Ersatz des entgangenen Gewinns bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung und stützt sich dabei auf die Entscheidung des BKA. Zu Recht?

Nach § 33b Satz 1 GWB ist das Gericht an die Feststellung des Verstoßes gebunden, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung der Kartellbehörde getroffen wurde. Fraglich war, inwieweit die

Untersagungsverfügung nach § 32 GWB, das über die Klage entscheidende Landgericht (vgl. § BBB) bindet. Nach Auffassung des BGH reicht diese so weit, wie eine Zuwiderhandlung gegen das Kartellrecht im Tenor oder in den tragenden Entscheidungsgründen der Kartellbehörde (und in anderen Fällen wohl auch des entscheidenden Gerichts) festgestellt worden ist: Eine Bußgeldentscheidung enthält idR. Feststellungen zur Dauer des Verstoßes, was bei Entscheidungen nach § 32 GWB und Art. 7 VO Nr. 1/2003 nicht der Fall ist. Auch setzt die Verfügung nach § 32 GWB kein Verschulden voraus, weshalb diese Entscheidung das Gericht auch im Hinblick auf die Voraussetzungen des Verschuldens nicht bindet. Deshalb musste K in diesen Punkten selbst vortragen und trug im Zweifel die Beweislast.

Wissenswertes zur Follow-on-Klage

- Die Entscheidung BGH, 29.11.2022 − KZR 42/20 = BGHZ 235, 168 – **Schlecker** erging zur Bindungswirkung von **Bußgeldbescheiden**. Diese binden das Gericht im Schadensersatzprozess in sachlicher Hinsicht in Bezug auf die sachliche und rechtliche Feststellung des Kartellverstoßes (Rn. 25). In persönlicher Hinsicht beschränkt sich die Bindungswirkung für jeden Beklagten auf den gegen ihn ergangenen Bußgeldbescheid (Rn. 26).
- Nach der Rechtsprechung des **EuGH** (20.4.2023 − C-25/21 – **Repsol** Rn. 48 ff.), der nur an Art. 101 AEUV, nicht aber an die Regelungen der Schadensersatzrichtlinie als sekundäres Unionsrecht gebunden ist, begründet die bestandskräftige Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 101 AEUV durch die Kartellbehörde eines Mitgliedstaates die **widerlegliche Vermutung**., dass der Schadensersatzbeklagte gegen Art. 101 AEUV verstoßen hat. Dies gilt auch dann, wenn der Kläger die Feststellung der Nichtigkeit einer Vereinbarung nach Art. 101 Abs. 2 AEUV beantragt.
- Der **Verjährungsbeginn** des im Wege der Follow-on Klage geltend gemachten Schadensersatzanspruchs beginnt nach EuGH, 4.9.2025 – C-21/24 – **Nissan Iberia** erst, wenn die kartellrechtliche Entscheidung, an die die Follow-on-Klage anschließt, mit ihrer Begründung veröffentlicht worden ist.
- In einer der spektakulären Follow-on-Klage geht die zum Springerkonzern gehörende **Idealo GmbH** gegen Google vor dem LG Berlin vor. Die Klage wurde bereits 2019 erhoben, dann jedoch im Anschluss an den Ausgang des Kartellverfahrens in Sachen Google -Shopping (S. 278) ausgesetzt. Nach desse Abschluss fordert die Klägerin 3,3 Milliarden Euro an

Schadensersatz, weil Google durch die Selbstbevorzugung der Preissuchmaschine Google Shopping der von Idealo betriebenen Preissuchmaschine geschadet hat.

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

Als sog. **Passing-on-Defence** wendet der in Anspruch genommene Rechtsverletzer (Kartellant) ein, dass der Schadensersatzgläubiger (**sein Vertragspartner = unmittelbarer Abnehmer**) nicht schutzwürdig sei, weil er seinerseits den kartellbedingten Mehrschaden an den Zweitkäufer (**mittelbarer Abnehmer**) weitergegeben habe. Ursprünglich zielte diese Einrede auf die fehlende persönliche Schutzwürdigkeit des unmittelbaren Abnehmers. Dieser fiel vermeintlich deshalb nicht in den Schutzbereich von Art. 101 und 102 AEUV bzw. § 1 und § 19 GWB, weil er – durch Weitergabe der Kartellbelastungen an Dritte – selbst zum Profiteur des Kartells geworden war. Diese Verteidigungsmöglichkeit wird den Kartellanten jedoch durch **§ 33c Abs. 1 Satz 1 GWB** abgeschnitten. Danach ist der Schadensersatzanspruch aufgrund der Passing-on-Defence nicht ausgeschlossen. Allerdings muss der unmittelbare Abnehmer sich das, was er vom Kartellschaden auf den mittelbaren (Zweitkäufer) abwälzen konnte, nach § 33c Abs. 1 Satz 2 GWB im Wege der **Vorteilsausgleichung** anrechnen lassen. Dies entspricht den Grundsätzen der vorangegangenen **ORWI-Entscheidung** des BGH (BGH 28.6.2011 – KZR 75/10 = NJW 2012, 928 – Orwi, Rn. 57 ff.). Die Vorteilsausgleichung ist ein Institut des Schadensrechts. Im Rahmen der durch § 249 Abs. 1 BGB gebotenen **Differenzbetrachtung** (= Vergleich des Vermögens des Opfers mit und ohne das schädigende Ereignis) muss sich der Geschädigte auch Vorteile anrechnen lassen, die adäquat kausal auf das schädigende Ereignis zurückgehen. Dazu zählt auch die Abwälzung des kartellbedingten Schadens auf die nachgelagerte Marktstufe.

Nach § 33c Abs. 2 GWB wird ferner **zugunsten des mittelbaren Abnehmers (Zweitkäufers) vermutet**, dass der Preisaufschlag auf ihn abgewälzt worden ist. Allerdings kann sich der Schädiger selbst nicht gegenüber dem unmittelbaren Abnehmer auf diese Vermutung berufen. Ihrem Wortlaut nach besteht die Vermutung nur zugunsten des mittelbaren Abnehmers. Die EU-Kommission hat nun Leitlinien für die nationalen Gerichte zur Schätzung des Teils des auf den mittelbaren Abnehmer abgewälzten Preisaufschlags erlassen (2019/C 267/07).

Aus der Vorteilsausgleichung resultiert ferner das Problem **der doppelten Inanspruchnahme des Kartellanten**: Häufig ist streitig, in welchem Umfang die kartellbedingten Preiserhöhungen vom

unmittelbar Kartellgeschädigten an den mittelbar Kartellgeschädigten 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 V insgesamt auf 4 € pro Fliese.

Im Hinblick auf dieses Problem 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. Doch überzeugt die Lösung über § 72 ZPO 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. Die Lösung kann nur in der gemeinsamen (kollektiven) Durchsetzung der über mehrere Marktstufen verteilten sog. **Streuschäden** liegen (dazu unten).

f) Akteneinsichtsrechte und die 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/E EU-R 1975 – Pfleiderer**). Kronzeugen** dürfen nach folgenden Regelungen einen Straferlass erwarten:

1. Mitteilung der Europäischen Kommission vom 8.12.2006, ABl.EU C-298/11 (auch **Leniency Rules** genannt).
2. Die §§ 81h ff. GWB treffen eine ausdrückliche gesetzliche Regelung.

Voraussetzung für den Straferlass bzw. eine Strafmilderung ist, dass die 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 im Kreis der Kartellanten zu einem Wettlauf der Beteiligten 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 einführen kann.

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**, um die Kronzeugenregelungen nicht zu gefährden. In einem weiteren Urteil hat der **EuGH** allerdings entschieden, dass Art. 101 AEUV der Regelung eines Mitgliedstaates nicht entgegensteht, die der interessierten Seite Einblicke in Unterlagen und Erklärungen gewährt, mit Hilfe derer eine Kronzeugenerklärung vorbereitet wurde (EuGH, 30.10.2025 − C-2/23 – FL und KM Baugesellschaft); vgl. dazu auch **§ 33g Abs. 4 Satz 2 GWB**.

Nach **§ 33e GWB Abs. 1 Satz 1 GWB** ermäßigt sich schließlich der vom Kronzeugen zu leistende **Schadensersatz** 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).

Vgl. zu dieser Problematik auch:

EuGH Autoglas
(EuGH 26.7.2017 – C 517/15 - **AGC Glass Europe** (auch: **Autoglas**)). In der Entscheidung geht es 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 des Falles lag darin, dass eine solche Veröffentlichung die Beweislage eines Kartellgeschädigten im Schadensersatzprozess deutlich 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 wie in § 33e GWB beschränken darf, bleibt im Anschluss an die Grundsätze dieser Entscheidung 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 eine Bestrafung, sondern eine Gewinnabschöpfung.

Dieser Einordnung folgt mit der **EGMR**, 27.9.2011 - Requête nº 43509/08 – **Menarini** Rn. 57 ff. nicht: Kartellbußgelder sind danach Strafen.

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 wegen der Beweisschwierigkeiten im Hinblick auf die haftungsausfüllende Kausalität 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). Die **Monopolkommission** hat schließlich in ihrem Hauptgutachten, Wettbewerb 2022, 2022 (S. 160 ff) die Diskussion über die Frage angeregt, ob der Schadensersatzanspruch nicht gegenüber dem Kronzeugen ganz entfallen sollte.

g) Verjährung

Die Verjährung der Schadensersatzansprüche ist in § 33h GWB geregelt. Die Regelverjährung beträgt 5 Jahre (Abs. 1) bei einem Verjährungsbeginn nach Abs. 2. Ansonsten endet die Verjährung 10 Jahre nach Abstellung des Kartellverstoßes (Abs. 3) bzw. erst in 30 Jahren nach dem Verstoß, der den Schaden ausgelöst hat (Abs. 4). Maßnahmen der Kartellbehörden hemmen den Ablauf der Verjährungsfrist nach § 33h Abs. 6 GWB. Im Follow-on-Rechtsstreit können 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!

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 (vgl. dazu oben). Der BGH versucht, einen Teil der daraus resultierenden Probleme durch das Institut der **Streitverkündung nach § 72 Abs. 1 ZPO** in den Griff zu bekommen (ebenfalls oben). Das Problem reicht bei international gelagerten

Fällen (VW-Abgas-Skandal) jedoch weiter. Denn typisch für Kartellschäden ist ihr **Streuschadenscharakter** (*Oechsler*/*Ricard* NZKart 2019, 308). Kartellschäden verteilen sich 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 aufgrund des Kartells über Marktniveau lag und daher zu hoch ausfiel, auf viele Beteiligte verstreut. Wegen der oft geringen Höhe des Schadens, aber auch der Schwierigkeiten der 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 oft 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. Bei einer Opt-Out-Struktur vertritt ein Verband 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 Betroffen, welcher Schaden in welcher Höhe eingetreten ist. Denn prinzipiell vertritt der Verband sämtliche Geschädigten und kann daher 100 % des eingetretenen Schadens geltend machen.

Diesen Anliegen kommt die **Sammelklage** nach **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 organisiert 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 Suite (S. 188) ist die auf Ersatz des Kartellschadens gerichtete Sammelklage ein scharfes Schwert. Die hohen Schadensersatzsummen verlocken jedoch auch zu opportunistischem Verhalten, also zu Klagen, die auf Liquidierung vergleichsweise geringfügiger Kartellverstöße durch hohe Schadensersatzsummen gerichtet sind.

Die **Richtlinie (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz von Kollektivinteressen** erscheint im Vergleich unentschlossener. Denn sie erlaubt dem nationalen Gesetzgeber Verbandsklagen auf der Grundlage einer **Opt-in-Lösung** zu gestalten (Erwägungsgründe 43 ff.). Diese Opt-in_Lösung wird durch das **Verbraucherrechtedurchsetzungsgesetz (VDuG)** umgesetzt. Dieses sieht die sog. **Abhilfeklage nach § 14 VDuG** vor, mit Hilfe derer gleichartige Verbraucheransprüche einheitlich eingeklagt werden können. **Gleichartig** sind die Verbraucheransprüche nach § 15 VDuG, wenn die Ansprüche auf demselben Sachverhalt oder auf einer Reihe im Wesentlichen vergleichbarer Sachverhalte beruhen und für die Ansprüche die im Wesentlichen gleichen Tatsachen- und Rechtsfragen entscheidend sind. Die Klage ist nur zulässig, wenn eine **Mindestzahl von Verbrauchern durch das Verhalten des Beklagten betroffen** ist (§ 4 Abs. 1 VDuG). Sie ist unter anderem unzulässig, wenn sie von einem Wettbewerber des Beklagten oder einem vom Beklagten abhängigen Träger finanziert wird (§ 4 Abs. 2 VDuG).

Klageberechtigt sind **Verbraucherschutzverbände** iSd. § 4 UKlaG bzw. ausländische Einrichtungen, die von der Kommission in einem eigenen Verzeichnis geführt werden (§ 2 VDuG). An der Klage nehmen sämtliche Verbraucher teil, die ihre **Ansprüche** wirksam **zum Verbandsklageregister (§ 43 VDuG) angemeldet haben**. Die Anmeldung ist bis zum Ablauf von drei Wochen nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung möglich (§ 46 Abs. 1 VDuG). Hat ein Verbraucher bereits im Vorfeld Klage gegen den Beklagten in derselben Sache erhoben, schließt sich aber später der Verbandsklage an, wird das erste Verfahren nach § 11 VDuG ausgesetzt.

Die Klage wird **vor dem OLG** erhoben und zielt auf ein **dreistufiges Verfahren**. Auf der ersten Stufe weist das OLG die Klage entweder zurück oder erlässt ein sog. **Abhilfegrundurteil**, indem die haftungsbegründende Kausalität festgestellt wird (§ 16 VDuG). Im Anschluss daran muss die Möglichkeit eines Vergleichs zwischen den Parteien erörtert werden (§ 17 VDuG). Scheitern diese Verhandlungen, ergeht ein Abhilfeurteil über die Höhe des geltend gemachten Schadens (§ 18 VDuG).

Der dabei erstrittene **kollektive Gesamtbetrag** (§ 19 VDuG) wird im Rahmen eines **Umsetzungsverfahrens** an die Verbraucher verteilt (§§ 22 ff. VDuG). Dazu bestellt das Gericht einen **Sachwalter** (§ 23 VDuG), der den **Umsetzungsfonds** (§ 25 VDuG) verwaltet. Dessen Vermögen wird an alle Verbraucher teil, die ihre Ansprüche zum Verbandsklageregister angemeldet haben (§ 26 VDuG).

Ob sich dieses schwerfällige Verfahren in der Praxis durchsetzen wird, ist zurzeit eine offene Frage. Die Praxis behilft sich bereits jetzt mit dem sog. „**Sammelinkasso**“ nach § 2 Abs. 2 Satz 1 RDG. Danach wird es als erlaubte Rechtsdienstleistung angesehen, dass ein Unternehmen sich Forderungen einer Vielzahl von Geschädigten aus einem einheitlichen Schadensfall abtreten lässt, um diese einheitlich gegenüber dem Schädiger geltend zu machen (BGH, 13.7.2021 – II ZR 84/20 = BGHZ 230, 255 – Sammelinkasso; BGH, 13.6.2022 − VIa ZR 418/21 – financialright; für das Kartellrecht *Heinze* NZKart 2022, 193). Doch drohen Probleme in Bezug auf die Prozessführungsbefugnis des Dienstleisters

EuGH ASG 2 (Rundholzkartell)
(EuGH, 28.1.2025 – C-253/23 – ASG 2 (Rundholzkartell) Die Ausgleichsgesellschaft für die Sägeindustrie Nordrhein-Westphalen ASG 2 (K) hat sich die Ansprüche von 32 deutschen Sägewerken auf Ersatz von Kartellschäden abtreten lassen. K behauptet, die Schäden seien dadurch entstanden, dass das Land Nordrhein-Westphalen (B) das Holz aus den staatlichen, aber auch den privaten Forstgebieten des Landes über eine zentrale Verkaufsgemeinschaft vermarkten ließ. Dies habe jahrelang zu Holzpreisen über Wettbewerbsniveau geführt. K macht deshalb Schadensersatz wegen mehrerer Hunderttausend Rundholzbezüge geltend. B behauptet, K habe eine sog. Stand-alone-Klage erhoben, bei der das Sammelinkasso unzulässig sei. K ist als Inkassodienstleister nach § 10 RDG registriert. K trägt das Prozesskostenrisiko und erhält im Erfolgsfall einen Teil des erstrittenen Schadensersatzes

Im Rahmen der Zulässigkeit der Klage stellt sich die Frage, ob K die erforderliche Prozessführungsbefugnis zusteht. Dagegen könnte sprechen, dass die Geltendmachung von Kartellschäden das Maß an rechtlicher Schwierigkeit, das für Inkassodienstleistungen typisch ist (§ 11 Abs. 1 RDG), überschreitet (vgl. etwa LG Stuttgart, 20.1.2022 – 30 O 176/19, juris-Rn. 89; a.A. allerdings OLG Stuttgart, 15.8.2024 – 2 U 30/22). Teilweise bejahten die Gerichte die Prozessführungsbefugnis daher nur, wenn der Inkassodienstleister eine Follow-on-Klage nach § 33b GWB erhob, also wenn bereits ein kartellbehördliche oder gerichtliche Entscheidung mit Bindungswirkung iSd. § 33b GWB vorlag. Für **Stand-alone-Klagen** – also Klagen, die sich gerade nicht an eine behördliche oder gerichtliche Entscheidung anschlossen – wurde die Prozessführungsbefugnis dagegen verneint.

Der **EuGH** folgt dieser Betrachtungsweise hingegen grundsätzlich nicht. Er erinnert vielmehr an die Jedermann-Rechtsprechung (Rn. 61 bis 63) und Erwägungsgrund 12 der Schadensersatzrichtlinie 2014/104, nach dem die Mitgliedstaaten das Jedermann-Prinzip gewährleisten (Rn. 64). Die Richtlinie stehe der vorliegenden Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nicht entgegen (Rn. 68 ff.). Dafür spreche auch der Effektivitätsgrundsatz (Rn. 72). Problematisch war allerdings, dass das vorlegende LG Dortmund davon ausging, dass das Sammelinkasso die einzige praktikable Möglichkeit zur Geltendmachung eines kollektiven Schadens nach deutschem Recht darstelle. Der EuGH stellt diese Einschätzung nicht infrage (Rn. 82), weist aber auf Folgendes hin: Nur wenn es sich tatsächlich um den einzigen praktikablen Weg zur Rechtsdurchsetzung handelt, müssen die Vorschriften des deutschen Rechts, etwa das RDG, so ausgelegt werden, dass eine Klagemöglichkeit der vorliegenden Art besteht (Rn. 84). Allerdings kennt das deutsche Recht für die Liquidierung kollektiver Schäden mittlerweile auch die Abhilfeklage (s. oben). Dies **relativiert den Gegenstand der Entscheidung**. Wichtig erscheint dennoch, dass der EuGH das Sammelinkasso gerade deshalb begrüßt, weil es Stand-alone-Klagen ermögliche (Rn. 85). Die Komplexität von Kartellschadensersatzprozessen dürfe dagegen nicht dazu führen, dass Klagen dieser Art unzulässig seien (Rn. 86). Dies wiederum spricht dafür, dass K vorliegend die Prozessführungsbefugnis zukommt.
Der **BGH** wird demnächst unter dem Aktenzeichen KZR 6/24 wohl in 2026 darüber entscheiden, ob ein kartellrechtliches Sammelinkasso auf der Grundlage des § 2 Abs. 2 RDG rechtlich zulässig ist.

Die Prozessführungsbefugnis bzw. Aktivlegitimation für eine Schadensklage kann auch einer **Einkaufsgemeinschaft** iSd. § 3 GWB zustehen, wenn sie überteuerte Waren vom Kartell zu überhöhten Preisen bezogen hat. Dies hat der BGH für eine KG entschieden, die Zucker bei Beteiligten des sog. Zuckerkartells nachfragte und an ihre Kommanditisten, Brauereien, weitergab (BGH, Kartellsenat, Urteil v. 26.9.2023 − KZR 73/21 – Die Freien Brauer). Voraussetzung ist jedoch, dass die Gesellschaft zur gemeinsamen Interessenverfolgung gegründet worden ist und selbst nicht auf Gewinnerzielung hin angelegt ist.

Für die Geltendmachung von Kartellschäden weitgehend **ungeeignet** erweist sich die **Musterfeststellungsklage** nach §§ 41 f. VDuG. Durch diese können qualifizierte Einrichtungen (idR. Verbraucherschutzverbände) 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. 184) bleibt daher dem einzelnen Geschädigten überlassen. Dies geht an den praktischen Problemen der Durchsetzung von Kartellschäden vorbei.

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 werden. Gegen die entsprechende Vorgabe in der Schadensersatzrichtlinie hatte die Bundesrepublik vergeblich protestiert.

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

3. Deutsche Behörden und Verfahren

Bundeskartellamt: Beim BKA handelt sich nach § 51 Abs. 1 GWB um eine Bundesoberbehörde 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 der 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 die gesetzlichen Verbote wiederholen und für den Einzelfall konkretisieren. Gegen eine solch Verfügung kann der Betroffene sich zur Wehr setzen
- **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 ua. gegen Verfügungen des BKA (§ 73 GWB)

(1) Statthaftigkeit: Verfügung des BKA nach § 73 Abs. 1 GWB (nicht Bußgeldbescheid!)

(2) Zuständig ist das **OLG Düsseldorf** (§ 73 Abs. 4 GWB).

(3) Beschwerdebefugnis: Formalisierter Begriff der Beschwerdebefugnis nach § 73 Abs. 2 GWB. Diese steht grundsätzlich nur den Beteiligten nach § 54 Abs. 2 und 3 GWB zu. Ausnahme: Hat das BKA eine Person pflichtwidrig nicht beteiligt, ist auch diese beschwerdebefugt.

(4) Form und Frist (1 Monat) nach § 74 GWB.

Gegen die Beschwerdeentscheidung ist die **Rechtsbeschwerde** zum BGH nach § 77 GWB zulässig.

(1) Erforderlich ist die Zulassung durch OLG Düsseldorf (§ 77 Abs. 3 GWB).
(2) Materielle Voraussetzung der Zulassung: die **absoluten Rechtsbeschwerdegründe** (= grundsätzliche Bedeutung der Sache, nicht Betroffenheit eines Beteiligten) nach § 77 Abs. 2 GWB.

Gegebenenfalls noch: Nichtzulassungsbeschwerde nach § 78 GWB.

5. Das Bußgeldverfahren

Beachte den **Bußgeldkatalog** nach § 81 GWB! Der Bußgeldbescheid ergeht nach §§ 65 f. OWiG. Zuständig ist das BKA nach § 82 GWB. Beachte § 81b GWB zu Geldbußen gegen Unternehmensvereinigungen, dem funktionalen Äquivalent zur Lehre von der wirtschaftlichen Einheit (S. 38).

Rechtsbehelf: **Einspruch nach § 67 OWiG iVm. § 83 GWB**

(1) Statthaft bei Bußgeld nach § 81 GWB
(2) Zuständig ist das OLG Düsseldorf (§ 83 GWB).
(3) Frist: Zwei Wochen nach Zustellung (§ 67 OWiG); Form des § 67 OWiG

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

Gegen die Einspruchsentscheidung des OLG Düsseldorf ist die **Rechtsbeschwerde** nach § 79 OWiG iVm. § 84 GWB zum BGH 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 iVm. § 79 Abs. 3 GWB.

III. Ergänzende Verbote im deutschen Recht

Eine wichtige Ergänzungsfunktion zum Kartellverbot nach § 1 GWB kommt dem **Druckverbot** nach § 21 Abs. 2 GWB zu: Die Norm begründet ein Verbot an die Adresse eines Unternehmens, Zwang dahingehend auszuüben, dass sich ein Konkurrent an einer nach dem GWB verbotenen Vereinbarung, z.B. einem Kartell nach § 1 GWB, beteiligt. Sie schließt damit eine wichtige Lücke dort, wo zwischen zwei Unternehmen kein gegenseitiges Verhalten nachgewiesen werden kann, sondern ein Unternehmen sich unter dem Druck des anderen in eine Freiheitsbeschränkung fügt. Im europäischen Kartellrecht führen diese Fälle gelegentlich zu einer Überdehnung des Tatbestandsmerkmals der „Vereinbarung“ (vgl. den EuGH in Sachen VW AG, S. 49)

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 iVm. §§ 1, 2 Abs. 2 GWB iVm. 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 li.t 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 iVm. **§ 21 Abs. 2 GWB**. Dabei ordnet das Gericht § 21 Abs. 2 GWB als eine Norm ein, die **Umgehungen des Kartellrechts durch einseitige 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 dessen 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 auch verboten, auch wenn der Beitritt zu einem erlaubten Kartell (etwa nach § 2 oder § 3 GWB) erzwungen werden soll.

Vgl. in diesem Zusammenhang noch einmal die **Wettbewerbsregeln nach §§ 24 ff. GWB** zur Ausschaltung von unlauterem Wettbewerb iSd. § 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** des § 21 Abs. 1 GWB siehe S. 328.

G. MISSBRAUCH EINER MARKTBEHERRSCHENDEN STELLUNG (ART. 102 AEUV, § 19 GWB)

I. Allgemeines

1. Schutzzwecke

Solange die Nachfrager am Markt zwischen verschiedenen Anbietern frei wählen können, zügeln 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 eine so große Machtstellung erlangen, dass es aus Sicht der Nachfrager an wettbewerblichen Alternativen fehlt und diesem Unternehmen nicht ausgewichen werden kann. Dies ist etwa der Fall, wenn das Unternehmen als Anbieter eines Produkts einen Marktanteil von mindestens 40 % einnimmt (§ 19 Abs. 4 GWB). Seine Kunden können nicht zeitnah auf konkurrierende Anbieter ausweichen, weil diese nicht innerhalb kürzester Zeit zusätzliche Angebotskapazitäten iHv. 40 % bereitstellen können, um die veränderte Nachfrage zu decken. Machtstellungen dieser Art sind vor allem auch für Märkte mit innovativen Technologien typisch, wo der erste Anbieter (first mover) häufig einen Industriestandard schafft und kontrolliert, der für Investoren und Konsumenten vorübergehend alternativlos erscheint.

Vgl. die Stellung der Microsoft Corporation auf dem Markt für Betriebssystemsoftware, die von Sony im Hinblick auf den Blu-Ray-Standard usw.

Grundsätzlich ist ein Unternehmen daher marktbeherrschend, wenn sein Verhalten **durch Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrolliert wird**. Der Kontrolle seiner Machtentfaltung dienen Art. 102 AEUV und §§ 19 f. GWB. Im Rahmen der Missbrauchskontrolle soll das marktbeherrschende Unternehmen so gestellt werden, als sei es dem Druck durch funktionierenden Wettbewerb ausgesetzt. Als missbräuchlich wird danach ein Verhalten angesehen, das dem Unternehmen nur möglich ist, weil kein funktionsfähiger Wettbewerb mehr besteht und dass die Marktstruktur weiter schwächt.

2. Zum Verhältnis von deutschem und europäischem Kartellrecht

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 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 dem 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 dies im Fall von Art. 101 AEUV und § 1 GWB möglich ist. Der Grund liegt darin, dass marktbeherrschende Stellungen in vielen Fällen den zwischenstaatlichen Handel betreffen und die Wirkungen eines Missbrauchs oft 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. Der BGH begründet seine Entscheidung im Zweifel auf der Grundlage des Art. 102 Satz 1 AEUV und geht auf die Frage der Abgrenzung in solchen Fällen nicht weiter ein (BGH, 4.3. 2008 – KVR 21/07 – Soda-Club, Rn. 11).

Daran schließt sich folgender **praktische Rat für die Klausur** an. Wenden auch Sie im Zweifel Art. 102 Satz 1 AEUV statt § 19 GWB an, wenn der Fall nicht eine rein innerdeutsche, regionale Züge trägt (Beispiel: Missbrauch der Entgelte für die Benutzung einer Regionalbahn), sondern Sie 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. Am Ende der Prüfung stellen Sie knapp fest, dass die im Rahmen der Anwendung des Art. 102 AEUV erzielte Rechtsfolge auch nach § 19 GWB eintritt. Denn beide Normen werden nach weitgehend gleichen Maßstäben konkretisiert.

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

II. Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung

1. Unternehmensbegriff

§ 19 Abs. 1 GWB und Art. 102 Satz 1 AEUV richten das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung an die Adresse von Unternehmen. Dabei greifen die für Art. 101 Abs. 1 AEUV entwickelten Grundsätze zum funktionalen Unternehmensbegriff. In seiner neuen Rechtsprechung rechnet der EuGH jedoch dem Marktbeherrscher das Verhalten seiner Absatzmittler wie eigenes zu, ohne dabei die Lehre von der wirtschaftlichen Einheit zu thematisieren:

EuGH Unilever Italia Speiseeisvertrieb
(EuGH, 19.1.2023 − C-680/20 – Unilever Italia Speiseeisvertrieb) Unilever (U) beherrscht den Markt für Speiseeis, das an Eisdielen an Verbraucher vertrieben wird. Die Absatzmittler von U bieten den Betreibern der Eisdielen Treuerabatte an, wenn sie ihren Bedarf vollständig bei U decken. Verstößt U mit dieser Praxis gegen Art. 101 Satz 1 AEUV?

In Betracht kommt ein Behinderungsmissbrauch durch Gewährung von Treuerabatten (dazu S. 235). Problematisch erscheint jedoch, dass U die Rabatte nicht selbst gewährt, sondern seine Absatzmittler. Der EuGH erkennt ferner ein Problem darin, dass U keine einseitige Verhaltensweise vornimmt, wie sie allein unter Art. 102 AEUV fällt, sondern eine Vereinbarung mit seinen Absatzmittlern trifft oder eine abgestimmte Verhaltensweise an den Tag legt (Rn. 26). Bei dieser äußerlichen Einordnung belässt es das Gericht jedoch nicht. Denn seiner Auffassung nach trägt jedes marktbeherrschende Unternehmen „eine besondere Verantwortung dafür, dass es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Binnenmarkt nicht beeinträchtigt“ (Rn. 28). Diese Verantwortung betrifft nicht nur auf das eigene Verhalten, sondern auch das der Rechtsträger, die **zwar vom marktbeherrschenden Unternehmen rechtlich unabhängig sind, jedoch seinen Weisungen unterliegen**:

„Wenn also das dem Unternehmen in beherrschender Stellung vorgeworfene Verhalten tatsächlich über einen Mittler, der Teil eines Vertriebsnetzes ist, umgesetzt wird, kann dieses Verhalten dem beherrschenden Unternehmen zugerechnet werden, wenn sich herausstellt, dass es gemäß den spezifischen Weisungen dieses Unternehmens und somit im Rahmen der Umsetzung einer von diesem Unternehmen einseitig beschlossenen Politik erfolgt ist, an die sich die betreffenden Vertriebshändler halten mussten.“ (Rn. 29).

Der Marktbeherrscher ist in diesem Fall Urheber des Missbrauchs, wenn seine **Vertriebspartner „als bloßes Instrument zur territorialen Verbreitung der Geschäftspolitik dieses Unternehmens“** eingesetzt wird (Rn. 30). Ein Indiz dafür liefern Standardverträge, die der Hersteller den eigenen Absatzmittlern vorgibt und in denen die Absatzmittler verpflichtet werden, ihrerseits die

Betreiber der Eisdielen zu ausschließlichem Bezug in die Pflicht zu nehmen (Rn. 31). Unter diesen Umständen kommt es **nicht** darauf an, dass die Vertriebshändler **Teil eines wirtschaftlichen Unternehmens** sind, zu dem auch der Marktbeherrscher gehört, noch kommt es auf den Nachweis eines Über-Unterordnungsverhältnisses an (Rn. 32).

2. 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 Unterabs. 2 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 als primäres Europarecht ranghöher!) zurückgegriffen werden. Im deutschen Recht findet sich eine Normierung in § 18 Abs. 3 Nr. 1 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 (vgl. dazu bereits die Ausführungen ab S. 23).

(b) Dann werden die auf dem Markt getätigten Rohumsätze 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).

Das Marktmachtkonzept passt nicht immer auf den modernen **Digitalmärkten**, wo die Macht eines Unternehmens auf **marktunabhängigen Sperrstellungen** und ähnlichem beruhen:

Beispiel: Der Suchmaschinenbetreiber S beantwortet täglich 90% der Suchanfragen im Internet, die aus Deutschland kommen, ohne ein Entgelt zu erheben. Die dadurch generierte Aufmerksamkeit erlaubt es S, in Nähe seiner Suchmaschine Werbeplätze für kontextabhängige Werbung gegen Entgelt anzubieten. Da sich das Angebot des S bei den Suchenden zu einem faktischen Standard entwickelt hat, existieren aus Sicht der Werbetreibenden keine konkurrierenden Anbieter für suchmaschinenbezogene Werbeplätze. Die Stellung des S beruht jedoch nicht auf einem klassischen Markt, da er die Suchdienstleistungen nicht gegen Entgelt abgibt (siehe aber § 18 Abs. 2a GWB).

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

Wichtige Beispiele für marktunabhängige Sperrstellungen, die auf den Digitalmärkten zunehmend an Bedeutung gewinnen sind

- indirekte Netzwerkeffekte auf Grundlage der unentgeltlichen Verteilung von Waren oder Dienstleistungen (S. 210 ff.),
- Essential Facilities (S. 255 ff.),
- crossmediale Effekte (S. 209),
- Portfolio-Effekte (S. 209).

Doch nun zurück zum Marktmachtkonzept

b) Relevante Anteilsschwellen

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

a) Über 75 % beginnt der Bereich des Quasimonopols. Eine marktbeherrschende Stellung liegt regelmäßig vor.
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 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 Maßstäbe an, die den Airtours-Kriterien (S. 359) entsprechen: Erforderlich ist eine 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 (lesen Sie bitte die Norm!)

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

§ 18 Abs. 6 GWB begründet die **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 von der Kartellbehörde nachgewiesen werden können und nicht im Sinne des Zivilrechts vermutet werden dürfen!
Bei einem Einzelunternehmen wird ab einem Marktanteil von **40 %** eine marktbeherrschende Stellung vermutet (§ 18 Abs. 4 GWB).

3. 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 werden. Diese Gesamtbetrachtung erfolgt – außerhalb der Zusammenschlusskontrolle – im europäischen Kartellrecht in Anlehnung an Art. 2 Abs. 1 Unterabs. 2 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 über Art. 2 Abs. 1 Unterabs. 2 lit. b FKVO keine ausdrücklichen Regelungen. Doch gilt das zum deutschen Recht Gesagte entsprechend!

- **Marktanteile** (§ 18 Abs. 3 Nr. 1 GWB): Die Marktanteile werden nach dem Marktmachtkonzept in einem Doppelschritt bestimmt. Allerdings kommt es im Rahmen der Gesamtbetrachtung 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 iSd. Zivilprozessrechts, sondern fungiert als Indikator für eine Marktbeherrschung, der die Kartellbehörde zur Einleitung eines Verfahrens und weiteren Untersuchungen veranlassen (sog. **Aufgreifkriterium**) und ihre Argumentation im Einzelfall tendenziell stützen soll.
- **Marktzutrittsschranken** (§ 18 Abs. 3 Nr. 5 GWB): Dazu zählen vor allem die Bedingungen für potenziellen Wettbewerb (dazu bereits oben S. 61). 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.

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

b) Unternehmensbezogene Kriterien.

Es handelt sich um Kriterien, die nicht an bestimmte Märkte gebunden sind, sondern sich davon unabhängig aus der Größe und Mächtigkeit des Unternehmens ergeben:

- **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 dem finanzkräftigen Unternehmen einen von Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrollierten Freiraum eröffnen. Die Finanzkraft wird gewöhnlich anhand des sog. **cash flow** innerhalb eines Unternehmens gemessen. Dabei geht es um die Bruttoumsatzeinnahmen, die das Unternehmen vor Steuern durchlaufen. Diese kann das Unternehmen faktisch – wenngleich nicht rechtmäßig – in seinem Sinne einsetzen.
- **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. 139). 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 Abbaustätten für 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.

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

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 vertikale Integration nicht um jeden Preis zu erstreben ist und stattdessen eher Aufträge an unternehmensexterne Zulieferer erteilt werden, 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 Werbeplattformen (Fernsehen, Tagespresse, Internet) anbieten – eine Möglichkeit, über die seine Konkurrenten nicht verfügen (BGH, Beschluss v. 8.6.2010 – KVR 4/09, Rn. 46). Dies kann dem Interesse der Konsumenten an Konvergenz (Zusammenwachsen) der Medien entsprechen. Gegenüber seinen Konkurrenten kann ein solcher Wettbewerber eine Vormachtstellung einnehmen, die diese nicht angreifen können. Diese wiederum entfaltet Abschreckungswirkung iSd. Entrenchment-Effekts (S. 208). Im weitesten Sinne zählt zu den Verbundvorteilen auch der sog. **Portfolio-Effekt:** Eine bekannte Marke im Verein mit anderen Faktoren iSd. Art. 2 Abs. 1 Unterabs. 2 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.232.

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 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. 217).

Vor allem Automobilhersteller haben in der Vergangenheit auf ihre Zulieferer Preisdruck ausgeübt. Weil diese Zulieferer zT. hoch spezialisiert sind und daher nicht von einem zum anderen Hersteller wechseln können, mussten sie in der Vergangenheit einschneidende Preissenkungen akzeptieren.

Nachfragemacht wird dabei durch das sog. **Angebotsumstellungskonzept** festgestellt (§ 18 Abs. 3 Nr. 7 GWB), einem 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 Unterabs. 2 lit. b FKVO verlangt ferner 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 Unterabs. 2 lit. b FKVO aufgeführte Konzept keine Parallele in § 18 Abs. 3 GWB. Die Kommission und die europäischen Gerichte haben von diesem Kriterium bei der Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung bislang nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht.

e) Indirekte Netzwerkeffekte auf mehrseitigen Märkten (Digitalmärkte, § 18 Abs. 2a, Abs. 3a und Abs. 3b GWB)

Die Lehre vom mehrseitigen Markt wird ausführlich ab S. 267 vorgestellt! Im vorliegenden Zusammenhang erscheint deshalb nur das Folgende wissenswert. Ein mehrseitiger Markt liegt vor, wenn ein Plattformbetreiber (meist im Internet) zwei Nutzergruppen adressiert, zwischen denen **indirekte Netzwerkeffekte** (§ 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB) bestehen. Dies zeigt das Beispiel eines **Reisevermittlungsportals** (dazu S.166).

Der Betreiber eines Reisevermittlungsportals adressiert **zwei Nutzergruppen**, die Hoteliers und die Reisenden. Zwischen diesen beiden Nutzergruppen bestehen indirekte Netzwerkeffekte. Denn jede Nutzergruppe profitiert davon, wenn die jeweils andere wächst: Die Reisenden sind daran interessiert, auf dem Portal möglichst viele Hoteliers mit ihren Angeboten vorzufinden, die Hoteliers wollen auf

möglichst viele Reiseinteressenten treffen. Der Betreiber des Portals löst ein aus Sicht beider Nutzergruppen bestehendes ökonomisches Problem. Denn beide können nicht unmittelbar aufeinander zugehen, weil sie sich nicht koordinieren können: Die Hotels in Oberbayern können nicht gezielt nach Reiseinteressenten in Mainz Ausschau halten. Letzteren ist es meist nicht möglich, aus eigener Kraft das Hotelangebot in Oberbayern zu überblicken. Deshalb kommt ein Hotel aus Oberbayern beim Vertrieb seiner Zimmer idR. an einzelnen mächtigen Plattformbetreibern nicht „vorbei". Aus der entsprechenden **Intermediationsmacht** des Plattformbetreibers resultiert für ihn die Möglichkeit, gegenüber den Hotels hohe Provisionsforderungen durchzusetzen. Dieser Effekt muss bei der Konkretisierung einer marktbeherrschenden Stellung berücksichtigt werden.

Wie das Beispiel zeigt, leitet der Plattformbetreiber seine Machtstellung aus seiner Position als **Intermediär** ab. Die Besonderheit dieser Fallgruppe besteht darin, dass die Machtstellung des Plattformbetreibers auf dem Markt für die entgeltliche Leistung (im Beispiel: dem Markt für die Vermittlung von Hotelzimmern) auf seiner Stellung auf einem damit indirekt verschränkten anderen Interaktionsraum (der Annahme der Plattform durch die unentgeltlich adressierten Verbraucher) beruht.

Übrigens ist dieses Phänomen nicht neu. Bereits 1986 hat ***Alfred Picot*** (BB 1986, Beilage 13) aus ähnlichen Überlegungen heraus die Stellung des Marktintermediärs (zB. eines Lebensmitteleinzelkonzerns) hergeleitet (den Hinweis verdanke ich einem Leser dieses Skripts: Christian Wagner, B.Sc.).

f) Das Verhalten eines Unternehmers als Indikator für eine marktbeherrschende Stellung

In manchen Fällen ist eine marktbeherrschende Stellung daran zu erkennen, dass das Unternehmen sich eine Verhaltensweise herausnehmen kann, die bei funktionierendem Wettbewerb durch einen Nachfragerückgang geahndet würde. Es handelt sich um Fälle, bei denen der von Wettbewerb nicht mehr hinreichen kontrollierte Verhaltensspielraum gerade an der einzelnen Verhaltensweise des Unternehmens sichtbar wird.

EuGH Lukoil Bulgaria II
(EuGH, 18.12.2025 − C-260/24 – Lukoil Bulgaria II) Das bulgarische Unternehmen Lukoil Bulgaria (K) ist im Großhandel mit Kraftfahrstoffen tätig. In Bulgarien bestehen wiederum zwei Teilmärkte für den Großhandel mit Kraftfahrstoffen: Auf dem ersten Markt liefert K Kraftstoffe an Großhändler. Eine Besonderheit besteht darin, dass der bulgarische Staat auf diese Lieferungen keine Verbrauchssteuer erhebt. Auf diesem Markt verlangt K von den Großhändlern als seinen Nachfragern 60 Euro pro Barrel (Preis vom Autor frei erfunden). Auf dem nachgelagerten Markt bieten die belieferten Großhändler das Öl gegenüber der nächsten Marktstufe an. Hier wird auf die Lieferung Verbrauchssteuer erhoben. Auch auf diesem nachgelagerten Markt ist L als Anbieter tätig. L verlangt hier 59 Euro pro Barrel. Das mit der Sache befasste Gericht, der Administrativen sad Sofia-oblast, legt dem EuGH die Frage vor, ob darin ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt. K verteidigt sich mit der Behauptung, es beherrsche keinen der beiden Märkte.

Obwohl die Beteiligten keine Marktanteile von K für einen der beiden Märkte vorgetragen hatten, sieht der EuGH ein starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung darin, dass K den vorgelagerten Markt, auf dem für die Lieferungen keine Verbrauchssteuer erhoben wird, beherrscht. Denn K verlangt hier von seinen Nachfragen einen Preis, den es selbst auf dem nachgelagerten Markt unterbietet (Rn. 37 ff.). Bei funktionierendem Wettbewerb würde das Angebot von K auf dem vorgelagerten Markt nicht nachgefragt, da die Nachfrager auf der Grundlage des von K geforderten Preises auf dem nachgelagerten Markt nicht kostendeckend anbieten können. Dass K deshalb seine Preisvorstellungen auf dem vorgelagerten Markt durchsetzen kann, spricht für einen von Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum, also eine marktbeherrschende Stellung.
Im Übrigen ist der Fall ein Beispiel für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in Form einer Preis-Kosten-Schere (Margin Squeezing: EuGH Rn. 43; dazu S. 241).

III. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

1. Einleitung

In einer Entscheidung aus dem Jahre 2022 ordnete der EuGH die Verhaltensweise eines Marktbeherrschers als **missbräuchlich** ein, wenn sie geeignet ist, die **Struktur wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu beeinträchtigen** (EuGH, 12.5.2022 − C-377/20 – **ENEL**, Rn. 46 ff). Unter der Struktur eines Marktes versteht man die objektiven Bedingungen für den Wettbewerb. Dazu zählen Anzahl und Zuschnitt der tatsächlichen und potenziellen Wettbewerber, der Zulieferer und Abnehmer, aber auch der Marktzutrittsschranken. Die **Große Kammer des EuGH** führte in den Verfahren „Google/Enel“ und „Google Shopping“ weiter aus, dass Art. 102 AEUV – unabhängig von seiner Anwendung im Einzelfall – verhindern solle, „dass der Wettbewerb zulasten des Allgemeininteresses, der einzelnen Unternehmen und der Verbraucher beeinträchtigt wird, indem Verhaltensweisen von Unternehmen in beherrschender Stellung geahndet werden, die den **Leistungswettbewerb beschränken** und somit geeignet sind, den Verbrauchern einen unmittelbaren Schaden zuzufügen, oder die diesen Wettbewerb verhindern oder verfälschen und somit geeignet sind, ihnen einen mittelbaren Schaden zuzufügen“ (EuGH, 25.2.2025 − C-233/23 – Google/Enel Rn. 37; EuGH, 10.9.2024 – C-48/22 P – Google Shopping Rn. 87). Es geht dabei um Verhaltensweisen, „die auf einem Markt, auf dem der Grad des Wettbewerbs gerade wegen der Anwesenheit eines oder mehrerer Unternehmen in beherrschender Stellung **bereits geschwächt** ist, die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Grades an Wettbewerb oder die Entwicklung des Wettbewerbs durch den Einsatz anderer Mittel als denen eines

Leistungswettbewerbs zwischen den Unternehmen behindern“ (EuGH, 25.2.2025 − C-233/23 – Google/Enel Rn. 38; EuGH, 10.9.2024 – C-48/22 P – Google Shopping Rn. 89).

Ferner kennen die Rechtsprechung von EuGH und BGH einige an die Adresse des Marktbeherrschers gerichtete **Per-se-Verbote**, bei denen regelmäßig von einem Missbrauch ausgegangen wird. Ein Beispiel liefert das Verbot von Exklusivitätsrabatten des Marktbeherrschers (S. 237). Meist muss der Missbrauch jedoch im Wege **einer umfassenden Gesamtbetrachtung** der Interessen aller Beteiligten festgestellt werden. Dieser Ansatz wird **im deutschen Recht als Theorie der beweglichen Schranken** (*Wernhard Möschel*) bezeichnet. Bei dieser Theorie schwingt die Besonderheit mit, dass die Gesamtbetrachtung unter besonderer Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zwecksetzung des GWB erfolgen muss. In der **Super-League-Entscheidung** konkretisiert der EuGH schließlich die Voraussetzungen, unter denen das **Verhalten eines Marktbeherrschers im Bereich des Sportkartellrechts gerechtfertigt** sein kann. Das Gericht wendet in diesem Zusammenhang **Art. 101 Abs. 3 AEUV** analog an (EuGH, 21.12.2023 − C-333/21 – European Super League Rn. 205; dazu bereits oben ab S. 94).
Praktisch beruht das Recht des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung jedoch auf einer **Fallgruppenbildung**, an die sich sowohl Art. 102 Satz 2 AEUV als auch § 19 Abs. 2 GWB anlehnen.

2. Der 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. Bei der Konkretisierung dieses Missbrauchs kommt es jedoch zu einem besonderen Anwendungsproblem: Der Wettbewerbspreis lässt sich auf dem betreffenden Markt selbst nicht feststellen, weil dort kein funktionsfähiger Wettbewerb anzutreffen ist. Die Ermittlung einer Referenz, also eines fiktiven Wettbewerbspreises, der ohne den Missbrauch bestehen würde, ist daher schwierig und problembeladen. 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. Der Vorteil dieses Konzepts liegt darin, dass es an einen bestehenden Marktpreis anknüpft. Allerdings ist es in internationalen Fällen praktisch schwer handhabbar: Die Wettbewerbsbedingungen zwischen zwei räumlich auseinanderliegenden Märkten lassen sich nämlich nur schwer 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. Dabei wirkt sich jedoch die Unterschiedlichkeit der Produkte auf den Vergleich negativ aus.

c) **Zeitliches Vergleichsmarktkonzep**t. Der Preis wird auf dem beherrschten Markt ermittelt; jedoch wird dabei auf einen früheren Zeitpunkt abgestellt. Mit Hilfe von Zu- und Abschlägen wird aus diesem historischen Preis ein aktueller Wettbewerbspreis errechnet. Dabei stellt sich das Problem, dass die für eine Preiserhöhung ursächlich werdenden Faktoren im Nachhinein oft schwer zu ermitteln sind. Immerhin erlaubt dieses Konzept **plötzliche Preissprünge** als Anzeichen für ein nicht mehr vom Wettbewerb kontrolliertes Verhalten zu erkennen.

d) Das Konzept **der Gewinnspannenbegrenzung**: Es bestimmt die Rechtsprechung des EuGH seit der Entscheidung in Sachen United Brands (EuGH 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. 278). Der Lehre von der 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 daher für eine Störung der wettbewerblichen Preisbildung. Entsprechend wird anhand einer Kosten- und Gewinnanalyse des Unternehmens ein (hypothetischer) Wettbewerbspreis so ermittelt, *als ob* Wettbewerb auf dem einschlägigen Markt bestünde (deshalb teilweise auch: **Konzept das Als-ob-**

Wettbewerbs). Dagegen lassen sich folgende **Kritikpunkte** anführen: Das Konzept knüpft nicht an einen in der Realität geforderten Marktpreis an, sondern an behördliche bzw. gerichtliche Vorstellung zur richtigen Kostenzurechnung. Es ist daher weniger wettbewerbsorientiert als das Konzept der Gewinnspannenbegrenzung. Hinzu tritt eine praktische Schwierigkeit: In der Praxis ist eine **Kostenzurechnung** in Bezug auf die einzelne produzierte Einheit 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 einhundertzwanzig 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). Die externe Nachrechnung von Kosten trifft deshalb auf ihre Grenzen. Die dem Konzept der Gewinnspannenbegrenzung zugrunde liegende Kostenzurechnung begegnet daher ähnlichen Herausforderungen!

Beachte: **§ 29 GWB** führt eine eigene Missbrauchskontrolle für **Versorgungsunternehmen** ein. 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 (Konzept des 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 den Umstand zu Nutze, dass aufgrund der **Leitungsgebundenheit der Versorgungswirtschaft** zahlreiche räumlich relevante Vergleichsmärkte in Deutschland bestehen. Das Versorgungsunternehmen kann 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, weil die Besonderheiten des eigenen Netzes zu einer anderen Kostenstruktur führen. Allerdings muss die Gegenseite (Kläger, BKA) nach wie vor beweisen, dass es sich bei dem von ihr angeführten Markt um **einen vergleichbaren Markt** handelt.

Ein Ausbeutungsmissbrauch muss nicht immer in der absoluten Höhe des geforderten Preises zum Ausdruck kommen, sondern kann sich auch an einer **Art der Preisberechnung** zeigen, die bei funktionierendem Wettbewerb auf dem Markt nicht durchsetzbar wäre:

EuGH OSA Urheberrechtsgebühren
(EuGH, 18.12.2025 − C-161/24 – OSA Urheberrechtsgebühren) In der Slowakei nimmt OSA, als einzige im Land bestehende Verwertungsgesellschaft, die Urheberrechte von Musikern, Komponisten und Musikverlegern wahr. Fragt ein Hotelier das Recht nach, Musikwerke in den Hotelzimmern wiederzugeben, fordert OSA eine Vergütung für jedes Zimmer. In den Feriengebieten der Slowakei sind jedoch manche Hotels außerhalb der Saison nur schwach belegt. Die Hoteliers verlangen deshalb, dass die Vergütungsforderungen von OSA für diese Zeit gesenkt werden. OSA wendet ein, dass sie Einzelfallumstände dieser Art nicht berücksichtigen könne, weil die Abrechnung sonst zu aufwendig wäre. Ein slowakisches Gericht legt dem EuGH die Frage vor, ob OSA deshalb gegen Art. 102 AEUV verstößt.

Wegen ihrer Monopolstellung ist die OSA Marktbeherrscherin bei der Vergabe von Urheberechtslizenzen für Musikwerke in der Slowakei. Der EuGH zieht einen Ausbeutungsmissbrauch nach Art. 102 Unterabs. 2 lit. a AEUV deshalb in Betracht, weil die Gesellschaft den Preis ohne vernünftigen Zusammenhang zum wirtschaftlichen Wert der von ihr erbrachten Leistungen berechnet habe (EuGH Rn. 29). Bei funktionierendem Wettbewerb wäre die Zahl der Nutzer stets ein Kriterium für die Höhe der geforderten Gegenleistung für eine Nutzungslizenz (EuGH Rn. 30). Der Marktbeherrscher muss die Belegung zwar nicht in jedem Einzelfall prüfen, ist aber gehalten, zu schätzen und Besonderheiten der vorliegenden Art Rechnung in pauschalisierter Form Rechnung zu tragen (Rn. 34). Unterlässt er dies, liegt ein Missbrauch vor.

Die Preismissbrauchskontrolle kommt schließlich auch auf regulierten Märkten in Betracht:

OLG Düsseldorf Überhöhtes Porto
(OLG Düsseldorf, 6.4.2022 − U (Kart) 12/21 – Überhöhtes Briefporto) In der Entscheidung klagt ein Postdienstleister, der das Netz der Deutschen Post AG (B) nutzt, auf Unterlassung überhöhter Portogebühren für die Inanspruchnahme.

Das OLG hält einen Anspruch aus §§ 33 Abs. 1, 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB dem Grunde nach für möglich, verneint dessen Voraussetzungen jedoch in der vorliegenden Konstellation. Denn die Höhe der Gebühren wird nach § 23 Abs. 1 PostG durch eine Entscheidung der Bundesnetzagentur festgesetzt (juris-Rn. 25 ff.). B missbraucht ihre marktbeherrschende Stellung vor allem deshalb nicht, weil ihr kein Ermessensspielraum für eine Senkung der Gebühren verbleibt. Im Verfahren stellte sich auch die Frage, ob ein Missbrauch durch B insoweit infrage kam, als **diese die Festsetzung durch die Bundesnetzagentur nicht angefochten hatte.** Dies lässt das OLG offen (juris-Rn. 33) und weist die Klage aus allgemeinen Überlegungen heraus ab. Man wird die Frage im Ergebnis verneinen müssen:

Gerade weil B die Hoheit über die Festsetzung der Entgelte nach § 23 Abs. 1 PostG entzogen ist, dürfte sie im Zweifel keine eigene Amtspflicht treffen, für ein marktgerechtes Entgelt zu sorgen. Verantwortlich für die Preisstruktur ist allein die Bundesnetzagentur.

Eigene Probleme gehen schließlich mit **dem Ausbeutungsmissbrauch des Nachfragers** 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 23.1.2018 – KVR 3/17 – **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 gegenüber 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 die jeweils günstigsten Lieferbedingungen einräumen, die er im Vergleich zuvor den Geschäften der Plus-Gruppe und den Geschäften der E-Gruppe vor der Übernahme gewährt hatte (**Bestwertabgleich**).

Fraglich ist, ob E gemäß **§ 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB** andere Unternehmen ohne sachlichen Grund dazu auffordert, ihr Vorteile zu gewähren. Der Normwortlaut des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB „**auffordert**“ ist bewusst weit gehalten, um Maßnahmen im Vorfeld der vollendeten Ausbeutung erfassen zu können. Deshalb fällt auch der vorliegend unternommene bloße Versuch einer Ausbeutung unter das Tatbestandsmerkmal (Rn. 67). Bei der Konkretisierung des sachlichen Grundes auf der Grundlage der Theorie der beweglichen Schranken problematisiert der BGH im Rahmen der Gesamtbetrachtung, dass auch ein Marktbeherrscher Rabatte (Preisnachlässe) fordern dürfe; denn diese stellten einen Teil des üblichen Preiswettbewerbs dar (vgl. dazu noch unten S. 217 und S. 238). Der Unterschied zwischen einem im Wettbewerb erlaubten und einem missbräuchlich erzwungenen Preisnachlass liegt in der sog. **Leistungsgerechtigkeit** (Rn. 18). Darunter ist zu verstehen, dass der Reduktion des Entgeltes beim marktbeherrschenden Nachfrager eine entsprechende Gegenleistung für die Anbieterseite gegenüberstehen muss.

Grundsätzlich leistungsgerecht erscheinen danach vor allem **Mengenrabatte** (vgl. auch S. 238). Nimmt ein Nachfrager beim Anbieter eine große Warenmenge ab, erspart er dem Anbieter Kosten für die Lagerung, den Transport und die Bewerbung der Ware. Auch ein marktbeherrschender Nachfrager darf daher darauf bestehen, dass der Anbieter der Waren die damit einhergehende Wertschöpfung ihm gegenüber honoriert und ihn an den Vorteilen beteiligt. So beruht ein großer Teil des Lebensmitteleinzelhandels auf dem Geschäftsmodell einkaufsstarker Nachfrager (Einzelhandelskonzerne): Diese sind häufig in Einkaufsgemeinschaften organisiert, die so große Warenmengen nachfragen, dass optimale Mengenrabatte erzielt werden können. Deren Weitergabe an die Verbraucher bildet die Säule des Preiswettbewerbs auf den Endverbrauchermärkten (vgl. das Beispiel der Marktabgrenzung im Einzelhandel auf S. 24).

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

Bei der Abgrenzung des wettbewerbskonformen vom missbräuchlichen Preisnachlass legt der **BGH** Wert darauf, dass die **Gerichte nicht ihre Vorstellungen von einer gerechten Preisbildung an die Stelle derjenigen der Parteien setzen** (Rn. 19) und verlangt daher eine Gesamtbetrachtung aller Umstände. Dabei findet die Theorie der beweglichen Schranken Anwendung (Rn. 25). Seinem Normzweck entsprechend schützt § 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 der Partnerschaftsvergütung scheitert die Leistungsgerechtigkeit bereits daran, dass die S von E überhaupt keine greifbare Gegenleistung für ihren Beitrag zur Renovierung der Plus-Geschäfte erhält. Hier liegt daher 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 vormals 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 abnahmen und gegenüber den Verbrauchern in ihren Geschäften bewarben. 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 engagieren zu müssen). 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 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. Es stellte sich das Problem, ob Audible als Nachfrager aufgrund der eigenen marktbeherrschenden Stellung Konditionen forderte, 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 wird, ob der von diesem geforderte Preis über den eigenen Kosten und damit über Wettbewerbsniveau

liegt, verläuft der Prozess bei einem **marktbeherrschenden Nachfrager** in eine andere Richtung: Dieser missbraucht seine Stellung, wenn er nur einen Preis zahlt, der deutlich unterhalb der Kosten der Anbieterseite liegt und daher ebenfalls nicht wirksamem Wettbewerb entspricht (zur Nachfragemacht S. 210). Das Verfahren wurde am 19.1.2017 eingestellt, nachdem Audible seine Geschäftsbedingungen geändert hatte.

Europäische Kommission Apple Streaming
(Europäische Kommission, 4.3.2024 – Apple Streaming) Wenn ein Anbieter im App-Store eine App verkauft, verlangt Apple eine Gebühr von 30 % des Umsatzes. Apple verbietet den Anbietern, die Käufer darauf hinzuweisen, dass dieselbe App außerhalb des App-Stores günstiger zu beziehen ist.
Die Kommission konnte nicht feststellen, dass die Forderung von 30 % des Umsatzes einen Ausbeutungsmissbrauch darstellt. Zwar erscheint der Betrag – absolut gesehen –, hoch, doch müsste im Rahmen des Konzepts der Gewinnspannenbegrenzung nachgewiesen werden, dass dies nicht den Kosten von Apple für die Unterhaltung des App-Stores (Technik, Sicherheit, Bewerbung usw.) entspricht. Dies gelang nicht. Auch fehlt es an einem „Vergleichsmarkt“, da der App-Store im Vergleich mit der offeneren Android- und Microsoftwelt eine Sonderstellung einnimmt. Die Kommission gründete ihren Bußgeldbescheid daher nicht auf einer überhöhten Entgeltsforderung, sondern auf den sog. Anti-Steering-Regeln, mit denen Apple den Anbietern verbot, auf die günstigere Kaufgelegenheit außerhalb des App-Stores hinzuweisen. Problematisch erscheint aber auch daran, dass Apple sich vor positiven externen Effekten schützen muss: Denn die Nutzer des iPhone werden regelmäßig im App-Store auf eine App aufmerksam gemacht. Werden Sie von den Anbietern zielgerichtet auf Angebote außerhalb des Stores geleitet, besteht die Gefahr, dass die Anbieter sich die Werbeanstrengungen von Apple zu Eigen machen, dafür aber keine Gegenleistung erbringen.

b) Die Weigerung des Nachfragers, überhaupt ein Entgelt zu leisten
Ein Ausbeutungsmissbrauch eines marktbeherrschenden Nachfragers liegt schließlich auch dann vor, wenn dieser **überhaupt kein Entgelt** an den Anbieter zahlt, obwohl er von dessen Leistungen profitiert: Vgl. dazu

BGH wilhelm.tel
(BGH, 6.7.2024 – KZR 11/18 – wilhelm.tel**)** K ist Eigentümerin eines Breitbandkabelnetzes im Großraum Hamburg, über das Fernsehprogramme sowie Telefonie- und Internetdienste angeboten werden. Sie verlangt vom ZDF (B) Zahlung eines Entgelts für die Weiterleitung der ausgestrahlten Signale durch das eigene Netz. Begründet wird dies damit, dass K aufgrund des Rundfunkrechts dazu verpflichtet sei, das Signal von B über ihr Netz auszustrahlen (Must-Carry-Verpflichtung).

Der Fall berührt § 20 Abs. 1 Satz 3 GWB. Nach dieser Norm wird vermutet, dass ein Anbieter einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen von einem Nachfrager abhängig im Sinne des Satzes 1 ist, wenn dieser Nachfrager bei ihm zusätzlich zu den verkehrsüblichen Preisnachlässen oder sonstigen Leistungsentgelten regelmäßig besondere Vergünstigungen erlangt, die gleichartigen Nachfragern nicht gewährt werden. Nach Auffassung des BGH begründet die Norm kein

Meistbegünstigungsprinzip, das den Marktbeherrscher dazu zwingt, allen Anbieters gleich günstige Entgelte zu zahlen (Rn. 15). Entscheidend kommt es auf das Ausmaß und die Art der unterschiedlichen Behandlung an. An dem Umstand, dass B dem K überhaupt kein Entgelt zahlt, zeigt sich die nachfragebedingte Abhängigkeit. Denn aus **§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB** geht hervor, dass ein Unternehmen seine Infrastruktur nur gegen Entgelt zur Verfügung stellen muss. Gegen dieses Prinzip verstößt B und handelt daher missbräuchlich.

Fraglich ist jedoch, in welcher Höhe den Marktbeherrscher eine Entgeltspflicht trifft:

BGH Mobilitätsdienstleister
(BGH, 12.11.2024 − KVR 2/24 – Deutsche Bahn (Mobilitätsdienstleister)) In dem Verfahren geht es darum, dass die Deutsche Bahn AG (DB) Internetprovidern (sog. Mobilitätsdienstleistern) keine Vergütung für die Vermittlung von Fahrkarten sowie die damit verbundene Buchungs- und Zahlungsabwicklung zahlt. Das BKA verpflichtete DB darauf, diesen Anbietern eine Vergütung zu zahlen, die die langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals (**Long Run Average Incremental Costs**, **LRAIC**) nicht unterschreiten sollten.

Der BGH nimmt den Fall zum Anlass, die **durchschnittlichen Gesamtkosten** näher zu bestimmen. Es handelt sich um ein Institut des Missbrauchs durch Dumping (S. 230). Dabei geht es um das **Mittel aller variablen und fixen Kosten**, die einem Unternehmen bei der Herstellung eines bestimmten Produkts entstehen (Rn. 17). Maßgeblich ist das **Prinzip des Leistungswettbewerbs** (Rn. 18). Liegen die geforderten Entgelte unterhalb der durchschnittlichen variablen Kosten, ist das Verhalten grundsätzlich missbräuchlich, weil das markbeherrschende Unternehmen im Zweifel kein anderes Ziel als die Verdrängung seiner Konkurrenten bezwecken kann (Rn. 18). Liegen die geforderten Entgelte oberhalb der durchschnittlichen variablen Kosten, aber unterhalb der durchschnittlichen Gesamtkosten, kommt es auf den Nachweis eines Plans an, die Konkurrenten auszuschalten (Rn. 18). Diese Grundsätze finden nach Auffassung des Gerichts jedoch **keine Anwendung auf die Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens, die Leistung eines Vertragspartners zu vergüten** (Rn. 19 ff.). Zwar muss ein marktbeherrschendes Unternehmen die an es erbrachte Leistung eines anderen Unternehmens vergüten; die Höhe der Vergütung muss dabei jedoch nicht der Höhe der Kosten entsprechen, die das marktbeherrschende Unternehmen selbst aufgewendet hätte (Rn. 20). Denn regelmäßig erspart der Marktbeherrscher nur die variablen Kosten, wenn das andere Unternehmen ihn nicht vollständig, sondern nur teilweise von einer Aufgabe auf dem Markt entlaste. Denn der Marktbeherrscher ist in diesem Fall gezwungen, weiterhin Fixkosten auf den Erhalt der zur Aufgabenerfüllung erforderlichen Infrastruktur aufzubringen (Rn. 21). Dann darf der LRAIC-

Maßstab nicht zugrunde gelegt werden (Rn. 21). Deshalb kann von der DB nicht verlangt werden, an die Mobilitätsdienstleister mehr an Vergütung zu zahlen, als sie selbst erspart (Rn. 21).

c) Konditionenmissbrauch

aa) Grundlagen

Auf einem **Sonderfall des Ausbeutungsmissbrauchs** beruht die **Inhaltskontrolle von AGB.** Historisch geht die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB auf die Monopolkontrolle gemäß§ 826 BGB zurück (*Staudinger/Oechsler*, § 826, Bearbeitung 2021, Rn. 329): 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 durch einen solchen Anbieter 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) gegenüber der Vertragsgegenseite stellen kann, um diese inhaltlich zu kontrollieren.

Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV und § 19 Abs. 2 Abs. 2 Nr. 2 GWB sind die Nachfolge des § 826 BGB angetreten und sind deshalb neben den §§ 305 ff. BGB bei der **Inhaltskontrolle der AGB des Marktbeherrschers** anwendbar **(Konditionenmissbrauch)**. Der Ausbeutungsmissbrauch gründet darauf, dass der Marktbeherrscher der Marktgegenseite AGB stellen kann, die diese bei funktionierendem Wettbewerb niemals akzeptiert hätte (aktuelles Beispiel: BGH, 8.4.2022 − KZR 111/18 – **VBL-Gegenwert III**).

bb) Problem des qualitativen Ausbeutungsmissbrauchs

Schwierigkeiten entstehen, wenn es zu den AGB des Marktbeherrschers keine Alternative auf real existierenden Märkten gibt:

BGH Facebook – 1. Teil
(BGH 23.6.2020 – KVR 69/19, BGHZ 226, 67 – **Facebook**) 90 % der Nutzer von sozialen Netzwerken in Deutschland sind im Zeitpunkt der Entscheidung 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.

Es stellt sich die Frage, ob ein Konditionenmissbrauch nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB in Betracht kam. 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 nicht möglich, da F einerseits den Markt mit seinen AGB dominiert und daher keine realen Vergleichsmöglichkeiten zum Angebot von F bestehen. Ein Ausbeutungsmissbrauch nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB kommt daher nicht in Betracht!

In den Mittelpunkt rückt daher ein sog. **qualitativer Ausbeutungsmissbrauch** nach § 19 Abs. 1 GWB. Im Ergebnis geht es darum, dass **der Marktbeherrscher seine besondere Stellung dazu benutzt, die Rechte der Marktgegenseite zu verletzen und ein inhaltlicher Zusammenhang zwischen dieser Verletzung zur Ordnungsaufgabe des Kartellrechts besteht**. Zur Begründung dieses Missbrauchstatbestands bestehen verschiedene Ansätze:

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 hatte. Es bezeichnet diesen als „**Schadenstheorie**". Beachten Sie bitte, dass es sich um eine inoffizielle Bezeichnung handelt und nicht um eine Benennung durch den BGH selbst. Ein Ausbeutungsmissbrauch **auf der Grundlage des § 19 Abs. 1 GWB** liegt danach aufgrund einer qualitativen Betrachtungsweise vor, wenn der Marktbeherrscher die Rechte anderer Marktbeteiligter in einer Weise verletzt, die einen Bezug zur Ordnungsaufgabe des Kartellrechts aufweist. Daher stammt auch die Bezeichnung als ***qualitativer*** **Ausbeutungsmissbrauch**. 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. 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.

cc) Objektive Zurechnung aufgrund Erfolgskausalität

Im Beschwerdeverfahren vor dem **OLG Düsseldorf** (26.8.2019 − VI-Kart 1/19 (V), NZKart 2019, 495 – Facebook I) äußerte das OLG Zweifel an der Rechtsmäßigkeit der angefochtenen Verfügung des BKA (§ 65 Abs. 3 Nr. 2 GWB), und zwar aus den folgenden Gründen:

(1) Ein **Kontrollverlust und eine Schädigung der Nutzer lägen nicht vor**, da diese der Einbeziehung der AGB von F in jedem Fall zugestimmt hätten. Es könne nämlich nicht davon ausgegangen werden, dass die Zustimmung wegen der marktbeherrschenden Stellung von F erteilt worden sei. Ebenso wahrscheinlich sei es, dass die Nutzer am Schutz der eigenen Daten nicht 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) Deshalb fehle es an der **Kausalität** zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem Missbrauch. Die marktbeherrschende Stellung sei nämlich nicht ursächlich dafür, dass die Nutzer der AGB-Klausel zugestimmt hätten. Die Zustimmung beruhe vielmehr auf anderen Gründen (eigene Sorglosigkeit im Umgang mit ihren Daten usw.). Die Missbrauchskontrolle nach § 19 GWB beruhe jedoch auf sog. **Verhaltenskausalität**: Die Schädigung müsse gerade durch die marktbeherrschende Stellung verursacht werden sein. Dies sei im vorliegenden Fall wiederum nicht nachweisbar. Für das strenge Erfordernis einer Verhaltenskausalität spricht ein vermeintlicher innerer Zurechnungszusammenhang zwischen der marktbeherrschenden Stellung, die ein Unternehmen zum Normadressaten von § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV macht, und dem gegenüber dem Unternehmen als Missbrauch geahndeten Verhalten. Nach dieser Vorstellung muss gerade *durch* die marktbeherrschende Stellung dem Verbotsadressaten der Missbrauch möglich werden.

Zuvor hatte das BKA in seiner Entscheidung jedoch bei der Anwendung des § 19 Abs. 1 GWB **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. Er muss nicht in innerem Zusammenhang mit dieser stehen.

Die Lehre von der Ergebniskausalität entspricht **auch der Rechtsprechung des EuGH**, die dieser prominent seit den Entscheidungen in Sachen **Continental Can** (EuGH, 21.2.1973 – C-6/72, Slg. 1973, 215– Continental Can Rn. 27; dazu S. 350) und **Hoffmann-La Roche** vertritt (EuGH, 13.2.1979 – C-85/76, Slg. 1979, 461 Rn. 91 – Hoffmann-La Roche; dazu S. 240; das folgende Wortlautzitat entstammt Entscheidung). Danach ist es für die **Anwendung des Art. 102 AEUV** nicht maßgeblich, ob „die durch die beherrschende Stellung erlangte Wirtschaftskraft als Mittel für die Verwirklichung des Missbrauchs eingesetzt werde“. Denn der Norm liegt der Gedanke zugrunde, dass der Wettbewerb auf dem Markt bereits wegen der bloßen Anwesenheit des Marktbeherrschers entscheidend geschwächt sei. Gerade aus diesem Grund 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** sieht in der **Facebook-Entscheidung** (BGH 23.6.2020 – KVR 69/19, BGHZ 226, 67 – **Facebook**) keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung des BKA (§ 65 Abs. 3 Nr. 2 GWB). Er bejaht zunächst eine marktbeherrschende Stellung von Facebook auf einem deutschen Markt für soziale Netzwerke (dazu noch S. 272). Im Rahmen der Missbrauchsprüfung (Rn. 53 ff.) wendet auch 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 Urteil des OLG Düsseldorf erkennt 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 sammele 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. 279).

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). Denn maßgeblich sei 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 diesen Umstand aber nicht als solchen klar.

Der **deutsche Gesetzgeber** hat sich im Anschluss an diese Entscheidung **ausdrücklich von der Lehre von der Verhaltenskausalität distanziert** und den Wortlaut des § 19 Abs. 1 GWB iSd. der Lehre von der Ergebniskausalität verändert. Die 10. GWB-Novelle ließ folglich im Wortlaut des § 19 Abs. 1 GWB an die Stelle der „missbräuchliche(n) Ausnutzung" einer marktbeherrschenden Stellung den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung treten (dazu BT-Drucks. 19/23492, S. 70).

dd) Der spezifische Bezug zur kartellrechtlichen Ordnungsaufgabe

Im Zusammenhang mit der Frage nach dem Kausalitätserfordernis geht der BGH auf **ein weiteres Problem** ein. Denn nicht jeder Fall einer nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessenen AGB-Klausel kann zugleich einen qualifizierten Ausbeutungsmissbrauch nach § 19 Abs. 1 GWB bedeuten. Die Inhaltskontrolle von AGB ist vielmehr in der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in spezieller Weise geregelt. Erforderlich für die Anwendung des § 19 Abs. 1 GWB ist daher ein spezifischer Bezug der in der Stellung der AGB liegenden Rechtsverletzung zur Ordnungsaufgabe des Kartellrechts. Dabei bildet der BGH **Fallgruppen**:

(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."

Die Frage nach dem spezifischen Zusammenhang zwischen dem im Stellen der AGB liegenden Rechtsverstoß und der Missbrauchskontrolle nach § 19 Abs. 1 GWB hat auch das BKA beschäftigt.

BKA – Amazon-AGB 2019
(Fallbericht 17.7.2019 – B2-88/18 = NZKart 2019, 444). 2018 wurden in Deutschland 50 % der Umsätze im Buchhandel, im Handel mit Elektrogeräten und Spielzeugen über Amazon abgewickelt. Gegenstand des Verfahrens waren AGB, die Amazon den Händlern für die Teilnahme auf seiner Verkaufsplattform **Marketplace** stellte. Diese 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!).

Bei der Konkretisierung des § 19 Abs. 1 GWB berücksichtigte das BKA einen verfassungsrechtlichen Schutzauftrag in Bezug auf die **Grundrechtspositionen** der beteiligten Parteien berücksichtigt. Diesen erkennt es vor allem in der **privat-autonomen Selbstbestimmung**, die nicht **in eine Fremdbestimmung** umkehrt werden dürfe. Deshalb sei nicht jede, die Vertragsgegenseite belastende AGB-Klausel unwirksam, sondern nur diejenigen, die die Vertragsgegenseite in ihrem freien Wettbewerbsverhalten erheblich gefährden. Ein qualifizierter Ausbeutungsmissbrauch liegt daher vor allem dann vor, wenn eine AGB-Klausel die **Freiheit des Wettbewerbs beschränkt.** Dies ist etwa der Fall, wenn einem Anbieter wie Amazon ein jederzeitiges Kündigungsrecht gegenüber den Marketplace-Anbietern ohne wichtigen Grund eingeräumt wird. Denn unter diesen Voraussetzungen sind die Marketplace-Anbieter in ihrem wettbewerblichen Verhalten gegenüber Amazon nicht mehr frei, sondern müssen angesichts der allgegenwärtigen Gefahr des Verlusts ihrer Verkaufsmöglichkeit den wettbewerblichen von Amazon Folge leisten.

Nach der in der Facebook-Entscheidung geäußerten Auffassung des BGH beruht der Missbrauch daher auf einem **wettbewerbswidrigen Marktergebnis** (BGH 23.6.2020 – KVR 69/19, BGHZ 226, 67 – Facebook Rn. 84 ff.).

Darin dürfte der **Kern des Missbrauchsvorwurfs** liegen: In Fällen der vorliegenden Art kommt es zu Vertragsschlüssen mit einem nachteiligen Inhalt nur deshalb, weil der Marktbeherrscher Alternativen für die Nachfrager bewusst vom Markt fernhält. Das Angebot von Facebook trägt daher von vornherein möglichen Marktpräferenzen bei funktionierendem Wettbewerb nicht Rechnung (BGH Facebook Rn. 86 f.). Denn unter Wettbewerbsbedingungen 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 aus dem Umstand, dass ihnen aufgrund der Überlegenheit der Angebotsseite keine Wahlmöglichkeiten verblieben (BGH Facebook Rn. 91), es also müßig sei, sich einschlägige Gedanken zu machen. Daran **überzeugt vor allem**, dass der Provider seinen Nutzern keine Wahl lässt. Konsequenz dieses Diktats kann nicht sein, dass die Nutzer darlegen müssen, wie sie sich entschieden hätten, wenn ihnen eine wettbewerbliche Alternative offen gestanden hätte. Denn dies würde den Marktbeherrscher dazu ermutigen, die Austauschbedingungen auf dem Markt einseitig nach seinen Vorstellungen zu diktieren.

Großen Wert legt das Gericht auf die **grundrechtliche Verfestigung der Verbraucherrechte**, die der Marktbeherrscher durch seine AGB verletzt.

So setzt der qualifizierte Ausbeutungsmissbrauch nach § 19 Abs. 1 GWB **nicht** voraus, dass der **Nutzer zum Abschluss des ungünstigen Vertrags gezwungen wird**, um schwere Rechtsgutsverletzungen abzuwehren (BGH 23.6.2020 – KVR 69/19, BGHZ 226, 67 – **Facebook,** Rn. 101). Es genügt, wenn er eine Leistung nachfragt, die für seine Teilnahme am Gesellschaftsleben bedeutsam ist. Wegen der Bedeutung der sozialen Netzwerke als Kommunikationsform kann der Nutzer nämlich nicht einfach auf die Teilnahme an diesen verzichten (BGH Facebook Rn. 102). Deshalb muss die wertsetzende Bedeutung des **Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung** in mittelbarer Drittwirkung berücksichtigt werden (BGH Facebook Rn. 103). Dessen mittelbarer Schutz über die Normen des Kartellrechts steht nach Auffassung des BGH die **Datenschutzgrundverordnung** nicht entgegen (BGH Facebook Rn. 109 ff.). Denn der deutsche Gesetzgeber und die deutsche Rechtsprechung dürften in diesem Bereich Gestaltungsspielräume ausüben (BGH Facebook Rn. 109).

ee) Beurteilung nach Art. 102 AEUV

Wenn der qualifizierte Ausbeutungsmissbrauch in der Verletzung der durch die Datenschutzgrundverordnung liegenden informationellen Selbstbestimmung liegen soll, stellt sich die Frage, **ob die Kartellbehörden die Datenschutzgrundverordnung überhaupt anwenden dürfen**. Denn deren Einhaltung unterliegt der Aufsicht von Fachbehörden wie den Datenschutzbeauftragten. Auf Vorlage des OLG Düsseldorfs bejahte der EuGH diese Frage mit einigen Einschränkungen und lässt mittelbar erkennen, dass auch aus Sicht des europäischen

Kartellrechts in einer Konstellation wie dem Facebook-Fall der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in Betracht kommt.

EuGH Facebook Datenschutz
(EuGH, 4.7.2023 − C-252/21 – Facebook Datenschutz) In einer weiteren auf Art. 102 AEUV gestützten Entscheidung begründete das BKA einen qualifizierten Konditionenmissbrauch unter anderem mit dem Verstoß von Facebook (F) gegen die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO). Zuvor hat das BKA den Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, den für Facebook Deutschland zuständigen Hamburger Datenschutzbeauftragten sowie die irische Datenschutzbehörde (europäischer Sitz der Muttergesellschaft ist Irland) konsultiert. Ist die Entscheidung dennoch rechtwidrig, weil diese Behörden, nicht aber das BKA über die Einhaltung der DSGVO entscheiden?

Die Entscheidung des BKA wäre formell rechtswidrig, wenn es jenseits seiner Zuständigkeiten gehandelt hätte. Doch entscheidet der EuGH, dass eine nationale Wettbewerbsbehörde sehr wohl bei der Konkretisierung des Art. 102 AEUV prüfen darf, ob das Verhalten des Marktbeherrschers mit der DSGVO übereinstimmt (Rn. 48). Ausschlaggebend ist, dass der Zugang zu personenbezogenen Daten einen erheblichen Wettbewerbsfaktor auf den Märkten darstellt (Rn. 51). Allerdings tritt die Kartellbehörde in diesen Fällen nicht an die Stelle der für den Datenschutz zuständigen nationalen Aufsichtsbehörde und darf daher deren Kompetenzen nicht wahrnehmen (Rn. 49), sondern **muss im Zweifel mit den Datenschutzbeauftragten zusammenarbeiten** (Rn. 52). Denn zwischen beiden Kartell- und Datenschutzbehörden gilt der **Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV** (Rn. 53). Deshalb müssen sich die nationalen Behörden untereinander abstimmen (Rn. 54). Die Kartellbehörde muss daher die Datenschutzbehörde vor ihrer Entscheidung über ihre Rechtsansicht zum Verstoß gegen die DSGVO konsultieren (Rn. 57), wobei die Datenschutzbehörde binnen angemessener Frist positiv Stellung nehmen muss (Rn. 58). Dies ist hier geschehen.

Die Entscheidung zeigt über die unmittelbar behandelten Fragen hinaus, dass die Verletzung der durch die DSGVO geschützte informationellen Selbstbestimmung **auch einen Fall des Art. 102 AEUV** darstellen kann. Dabei muss die Frage offenbleiben, ob Satz 1 des Art. 102 AEUV oder Satz 2 lit. a die einschlägige Rechtsgrundlage liefert. Für diese Betrachtungsweise spricht im Übrigen, dass der EuGH – wie oben dargestellt – der Lehre von der Ergebniskausalität folgt.

3. Behinderungsmissbrauch (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, Art. 102 Satz 2 lit. b und d AEUV

a) Die Bedeutung der Lehre vom Leistungswettbewerb

Wettbewerbliches Handeln ist regelmäßig auf die Behinderung oder Verdrängung von Konkurrenten vom Markt gerichtet. Denn ein Wettbewerber versucht, dem anderen Marktanteile abzujagen. Gelingt dies, schränkt sich der wettbewerbliche Verhaltensspielraum des anderen entsprechend ein. Darin aber liegt eine **Behinderung**, also eine Freiheitsbeschränkung für ein anderes Unternehmen auf dem Markt. Grundsätzlich ist es deshalb auch dem Marktbeherrscher erlaubt, seine Konkurrenten zu behindern, sie also auf dem Markt wirkungsvoll zu bekämpfen und ihnen dort Marktanteile abzujagen. Missbräuchlich wird sein Verhalten allerdings dort, wo er **nicht mit den Mitteln des Leistungswettbewerbs** (Preis, Qualität der Ware usw.) gegen seine Konkurrenten vorgeht, sondern leistungsfremde Mittel einsetzt, die er gerade aus den Ressourcen finanziert, die ihm seine marktbeherrschende Stellung eingebracht haben. Bei der Abgrenzung zwischen wettbewerblich orientierten und missbräuchlichen Verhaltens gewinnt im Europäische Kartellrecht der sog. **AEC-Test** (As-Efficient-Competitor-Test; S. 239) an Bedeutung: Danach erscheint eine bestimmte Verhaltensweise dann nicht als missbräuchlich, wenn sie bei hypothetischer Betrachtungsweise auch von einem nicht marktbeherrschenden Wettbewerber vorgenommen würde, der ökonomisch effizient agiert wie der Marktbeherrscher.

EuGH Enel
(EuGH, 12.5.2022 − C-377/20 – **ENEL**) Bis zur Liberalisierung des Strommarktes in Italien nahm das Unternehmen ENEL dort eine Monopolstellung ein. Bei der Informierung der Verbraucher über die mit der Liberalisierung einhergehenden Möglichkeiten, führte es diese durch seine Informationspraxis in die Irre (vgl. EuGH Rn. 11 f.) und erschwerte damit einen Wechsel zu anderen Anbietern.

Der EuGH erkennt im Vorgehen von ENEL einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV. Das Gericht **definiert** dabei die **missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung**: Die Verhaltensweise müsse geeignet sein, die Struktur wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu beeinträchtigen, es sei denn, das herrschende Unternehmen weise nach, dass die wettbewerbswidrigen Wirkungen, die aus dieser Verhaltensweise resultierten, durch positive Auswirkungen auf die Verbraucher, insbesondere in Bezug auf Preise, Auswahl, Qualität und Innovation, ausgeglichen oder sogar übertroffen würden (EuGH Rn. 46 bis 48). Eine **Verdrängungsabsicht ist dabei nicht Tatbestandsvoraussetzung** eines Missbrauchs nach Art. 102 AEUV; sie stellt jedoch ein wichtiges Indiz für diesen dar (EuGH Rn. 61 ff.).

Für einen Verdrängungsmissbrauch kommt es aus Sicht des EuGH auf die folgenden beiden Voraussetzungen an:

- Die Maßnahme muss eine Verdrängungswirkung entfaltet und

- diese darf **nicht mit Mitteln des Leistungswettbewerbs** herbeigeführt werden.

Zunächst ist die Verdrängungswirkung für das Marktgeschehen – wie bereits ausgeführt – typisch, da die Konkurrenten im freien Wettbewerb einander Kunden und Marktanteile abjagen dürfen. Entscheidend kommt es daher **auf den Einsatz leistungsfremder Mittel an** (EuGH Rn. 73). Der **EuGH** definiert dies in Rn. 85 so,

„dass sich der **Begriff des Leistungswettbewerbs** grundsätzlich auf eine Wettbewerbssituation bezieht, die den Verbrauchern durch niedrigere Preise, eine bessere Qualität und eine breitere Auswahl neuer oder leistungsfähigerer Waren und Dienstleistungen zugutekommt. Wie der Generalanwalt in Nr. 62 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, gehören zum Leistungswettbewerb u. a. Verhaltensweisen, die dazu führen, dass die Verbraucher eine größere Auswahl haben, indem neue Produkte auf den Markt gebracht werden oder die Menge oder die Qualität der bereits angebotenen Waren erhöht wird."

Leistungswettbewerb liegt daher **nicht mehr** vor, wenn der Marktbeherrscher **Ressourcen nutzt, die seinen Konkurrenten nicht zugänglich sind** (EuGH Rn. 91). Diese Ressourcen bestanden vorliegend in der besonderen Stellung, die der ehemalige Monopolist ENEL bei der Abwicklung der alten Kundenverträge einnahm. Weil ENEL aus dieser Position heraus sämtliche Stromverbraucher informieren musste, konnte es sie in besonderer Weise in seinem Sinne irreleiten (EuGH Rn. 93). Für einen Missbrauch kommt es hingegen nicht darauf an, ob die Verhaltensweise für ein nicht marktbeherrschendes Unternehmen legal gewesen wäre (EuGH Rn. 103). Denn der Marktbeherrscher unterliegt – wegen des von seiner Position ausgehenden besonderen Schädigungspotenzials – einer Sonderverantwortung. Entfaltet die Verhaltensweise Verdrängungswirkung durch Einsatz leistungsfremder Mittel, liegt ein Verdrängungsmissbrauch vor.

Im **deutschen Recht** wurde die Lehre vom Leistungswettbewerb lange Zeit nur im Wettbewerbsrecht (UWG), nicht aber im Kartellrecht (GWB) angewendet. Dies hatte ursprünglich mit dem Benrather Tankstellenfall zu tun (RGZ 134, 342; vgl. oben S. 11), wo *Nipperdey* das Dumping der Kartellanten als Leistungswettbewerb, nämlich als Wettbewerb mit dem Preis als Leistungsparameter, rechtfertigen wollte. Dem hielt man den Schutz der Freiheit des Wettbewerbs als Zielsetzung des GWB entgegen. Die zugrunde liegende Betrachtungsweise verkürzt jedoch die auf den Nationalökonomien *Werner Sombart* zurückgehende Lehre vom Leistungswettbewerb, die vom EuGH in ihrer ursprünglichen Form später überzeugend in das Kartellrecht aufgenommen wurde (dazu *Oechsler*, in: FS Martinek, 2020, S. 543 ff.). Mit § 20 Abs. 3a GWB hat die Lehre vom Leistungswettbewerb nun auch ausdrücklich in das GWB Einzug gehalten.

b) 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 erzielen. **Prognosen** dieser Art sind im Rahmen des Art. 102 Satz 1 AEUV bzw. § 19 Abs. 2 GWB unumgänglich, da aus naheliegenden Überlegungen heraus der Eintritt eines solchen Effektes auf dem Markt nicht abgewartet werden kann. Andererseits wird eine solche Prognose von den Betroffenen stets in ihrer Plausibilität bestritten werden. Entscheidend kommt es deshalb für die **Rechtsmäßigkeit 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 Denklogik verstoßen.

Zu den wichtigsten Prognosetatsachen im Rahmen der Beurteilung einer Dumpingstrategie (so der Begriff im europäischen Kartellrecht) bzw. des Verkaufs unter Einstandspreis (Bezeichnung im deutschen 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 I
(EuGH Slg. 1996, I 5951 - **Tetra Pak**) Das in der Schweiz ansässige Unternehmen Tetra Pak (T) ist im Bereich der Verpackung von Flüssigkeiten (Milch, Fruchtsäfte) tätig. 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 Binnenmarkts schützen lassen. Patentlizenzen an andere Unternehmen wurden 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: T biete seine Maschinen seit zwei Jahren für einen Preis an, der unterhalb der Gesamtdurchschnittskosten von T liege.

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:

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 und komme so auf die **durchschnittlichen Gesamtkosten**. Rechne man die Fixkosen heraus und lege nur die **variablen Kosten** zugrunde, die bei der Produktion jeder einzelnen Maschine anfielen (Material, Strom usw.), entspreche der Verkaufspreis der realen Kostensituation von T.

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 iSd. 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. Insbesondere 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 iSd. 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 Unterabsatz 2 lit. b Fusionskontrollverordnung (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 betroffen 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. Auch betreibt es den Vertrieb der Maschinen in eigener Regie. Als Unternehmen ist T daher in der Wertschöpfungskette der Abfülldienstleistungen stark integriert. Darin liegt gem. Art. 2 Abs. 1 Unterabs. 2 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. 209) kann sich eine besondere Machtstellung ferner aus dem Besitz besonders wertvoller Immaterialgüter (Marken, Urheberrechte usw.) im Verein mit anderen Faktoren ergeben, weil sich dadurch die Kundenbindung besonders stark ausgestalten lässt. 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.

Unter Gesamtwürdigung dieser Umstände nimmt T eine beherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt ein.

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

2. Missbrauch durch Dumping

Fraglich ist, ob T diese Stellung missbraucht. Ein Missbrauch bedeutet einen Eingriff in die Wettbewerbsstrukturen mit einer schädigenden Wirkung für die Marktstrukturen. Dabei sind die von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen zu beachten.

Ein 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 fordern. Etwas anderes könnte jedoch nach Art. 102 Satz 2 lit. b AEUV gelten, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Produkte dauerhaft unter den eigenen Gestehungskosten 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 erhoben werden kann. Dies hängt davon ab, wie man die Einstandskosten von T bestimmt. Fraglich ist insbesondere, ob die **Fixkosten** von T zu den Kosten hinzugerechnet werden können (zum Begriff der Fixkosten und variablen Kosten bereits oben S. 61). Bei Fixkosten handelt es sich um den finanziellen Aufwand, den das Unternehmen stets beim Markteintritt in voller Höhe erbringen muss – unabhängig davon, welches Angebot es dadurch später auf dem Markt unterbreiten kann und welche Einnahmen es dort erzielt. Darunter fallen die vorliegend erwähnten Kosten für die Entwicklung zweier Patente und die Kosten für den Erwerb eines Fabrikgrundstücks. Im Gegensatz dazu kann das Unternehmen **variable Kosten**, wie etwa die Kosten für den Strom- und Wasserverbrauch, abhängig von der Marktlage steuern. Geht der eigene Umsatz zurück, kann das Unternehmen daher diese Kosten durch eine Drosselung der eigenen Produktion senken. Fraglich ist, aus welcher Kostenposition sich der Referenzpreis zusammensetzt.
Nach der von der **Europäischen Kommission** im Verfahren angewandten Methode (*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 an (zu beiden beim potenziellen Wettbewerb S. 61). Denn bei Fixkosten handelt es sich 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 es sich um Aufwand handelt, den das Unternehmen in der Vergangenheit bereits aufgebracht und damit ökonomisch betrachtet hinter sich gelassen hat. Ausschlaggebend für die Areeda-Turner-Regel ist die Vermeidung einer 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 aufgebrachten Fixkosten seines Markteintritts orientieren müsste, könnte das am Markt bereits etablierte Unternehmen, das die fixen Kosten im Laufe seiner Unternehmensgeschichte bereits 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.

Auch nach der **Rechtsprechung des EuGH** errechnet sich der Referenzpreis **regelmäßig auf der Grundlage der variablen Kosten**. Ausnahmsweise darf jedoch auf die inkrementellen Durchschnittskosten abgestellt werden, wenn dem marktbeherrschenden Unternehmen **subjektive Verdrängungsabsicht konkret nachgewiesen wird** (grundlegend EuGH, 3.7.1991 – C-62/86 – **AKZO**, Rn. 71 f.). Eine konkrete subjektive Verdrängungsabsicht ist jedoch vorliegend nicht erkennbar.

Deshalb ist die Berechnung der Kommission nicht richtig. T veräußert seine Waren nicht unter den variablen Kosten und daher nicht unter Einstandspreis. Deshalb beinhaltet sein Angebot keinen missbräuchlicher Verdrängungswettbewerb.

Ergebnis: Das Rechtsmittel ist zulässig und begründet.

Die Überlegungen zur Missbräuchlichkeit des Dumpings führt folgende Entscheidung weiter fort:

EuG Qualcomm

(EuG, 18.9.2024 – T 671/19 – Qualcomm) Der Chiphersteller Qualcomm (Q) hat Huawei und ZTE zu Preisen beliefert, die oberhalb seiner variablen Kosten (AVC = Average Variable Costs), aber unterhalb der eigenen Durchschnittskosten (ATC = Average Total Costs) liegen. Der Konkurrent Icera (I) beklagt deswegen einen Rückgang seiner Umsätze. I stellt einen mit dem Produkt Q technisch vergleichbaren Chip her, der bislang für die Nachfrageseite auf dem Markt als technisches Äquivalent in Betracht gezogen wurde. Bei I handelt es sich jedoch im Vergleich um das deutlich kleinere Unternehmen. Aufgrund seiner Finanzstruktur kann es daher mit den von Q geforderten Preisen nicht mithalten. Q verteidigt sich mit der zutreffenden Behauptung, die niedrigen Preise biete es nicht flächendeckend, sondern nur gegenüber ganz bestimmten Kunden an. Schon aus diesem Grund sei der gesamte Effekt nicht spürbar. Es stellte sich die Frage, ob hier ein verbotener Missbrauch durch Forderung von Unter-Kosten-Preisen vorlag.

Das EuG folgt der Rechtsprechung des EuGH insoweit, als ein vom Marktbeherrscher unterbreitetes Angebot unterhalb der durchschnittlichen variablen Kosten (AVC) regelmäßig missbräuchlich ist. Denn für diese Art der Vorgehensweise bestehe keine andere ökonomische Erklärung als die Absicht, Wettbewerber auf dem Markt zu eliminieren (Rn. 520). Deshalb besteht in diesem Fall eine Vermutung, dass die Voraussetzungen eines Missbrauchs vorliegen (Rn. 521). Darum ging es jedoch vorliegend nicht. Denn hier lag der von Q geforderte Preis oberhalb der durchschnittlichen variablen Kosten (AVC), aber unterhalb der durchschnittlichen Gesamtkosten (ATC). In diesem Fall muss die Kommission einen **Plan zur Verdrängung** beweisen (Rn. 521). Erforderlich ist dazu, dass sie die vom marktbeherrschenden Unternehmen geforderten Preise und dessen Kosten im Überblick („some of its costs", Rn. 521) ermittelt und darlegt, dass das marktbeherrschende Unternehmen den Plan verfolgt, einen Wettbewerber vom Markt auszuschließen.

Das Problem des Falles liegt nun darin, dass nach Ansicht des EuG der Nachweis von Verdrängungsabsicht geführt ist, wenn das vom Marktbeherrscher geforderte Preisniveau geeignet ist, einen ähnlich effizienten Bewerber (**AEC** = As Efficient Competitor) vom Markt zu drängen (Rn. 521). Als ein solcher kommt I mit seinem technisch gleichwertigen Produkt in Betracht. In einem solchen Fall hänge der Nachweis nicht davon ab, ob der von der Niedrigkeitsstrategie betroffene Markt bzw. Marktanteil eine kritische Mindestgröße erreiche oder nicht (Rn. 523). Denn ein Marktbeherrscher könne seine Konkurrenten auch dadurch verdrängen, dass er diesen nur ganz bestimmte, dafür aber umso interessantere Kunden durch eine Niedrigpreispolitik abjage (Rn. 523). Erforderlich sei allein, dass der AEC aufgrund seiner Finanzstruktur nicht in der Lage wäre, mit dem Preis des Marktbeherrschers mitzuhalten (Rn. 526). Dies aber hatte die Kommission wiederum dargelegt und bewiesen. Das Gericht ging folglich von einem missbräuchlichen Verhalten von Q aus.

Der **kritische Punkt** der Entscheidung liegt darin, dass die Verdrängungsabsicht allein durch das Nichtbestehen des AEC-Tests nachweisbar sein soll. Fraglich ist, ob der kleinere Konkurrent wirklich „as efficient" war, wenn er zwar gleiche Qualität, aber nicht den gleichen Preis anbieten kann. Die Effizienz eines Angebots bestimmt sich nämlich aus Nachfragersicht. Danach kommt es aber auf das Zusammenspiel aus Preis und Leistung an.

c) Ausschließlichkeitsbindungen und Treuerabatte

Ein Missbrauch kommt regelmäßig in Betracht, wenn der Marktbeherrscher einen Vertragspartner dazu verpflichtet, Ware nur an ihn zu liefern (Alleinbelieferungspflicht) oder eine bestimmte Ware nur von ihm zu beziehen (Alleinbezugspflicht). Durch solche Ausschließlichkeitsbindungen

verhindert er, dass seine Konkurrenten mit dem Vertragspartner ins Geschäft kommen und ihm dadurch Wettbewerb machen können. Dadurch wird der Marktzugang für Konkurrenten unterbunden (Foreclosure).

EuG Google AdSense
(EuG, 18.9.2024 - T-334/19 – Google AdSense) AdSense for Publisher (AFP) ist ein besonderes Geschäftsmodell von Google. Aufgrund eines Vertrags mit Google (Google Service Agreement, GSA) stellt der Betreiber einer Website (Publisher) auf dieser für Google eigene Werbeflächen (Displays/Banner) zur Verfügung. Ruft ein Internetnutzer die Seite auf, belegt Google die freien Flächen mit Werbung von selbst ausgesuchten Werbekunden. Google nimmt dabei eine Vermittlerrolle ein: Es schaltet Werbung, die thematisch zum Inhalt der Website oder zum bisherigen Verhalten des Nutzers im Internet passt, der die Website des Publishers gerade aufruft. Dieses Nutzungsverhalten wird durch Tracking im Netz (= Verfolgung des Nutzerverhaltens des Kunden über Cookies und erteilte Einverständnisse) festgestellt. Im Zweifel wählt Google unter mehreren in Betracht kommenden Werbekunden denjenigen aus, der den höchsten Preis zahlt.
Das GSA sahen vorübergehend vor, dass einzelne Publisher auf ihrer Seite keine weitere Werbefläche für einen mit Google konkurrierenden Vermittler für Werbung dieser Art bereitstellen durften. Die Kommission hatte jedoch nicht sorgfältig ermittelt, welche Publisher über welchen Zeitraum auf diese Weise gebunden waren.

Der Fall berührte zunächst die Frage der **Marktabgrenzung**. Die Kommission ging davon aus, dass es jeweils eigene Märkte für **suchmaschinenbezogene und nicht suchmaschinenbezogene Werbung** gebe (Rn. 118 ff.). Suchmaschinenbezogene Werbung knüpfe an die Eingaben eines Nutzers in eine Suchmaschine an: Gibt dieser etwa „iPhone gebraucht“ in die Suchmaschine ein, wirft Google nicht nur die Suchergebnisse aus, sondern auch bezahlte Werbung von Anbietern, die mit gebrauchten Exemplaren dieses Handys handeln. Bei Google AdSense handelt es sich hingegen um Werbung, die von einer Suchmaschine unabhängig ist: Die Anzeige wird geschaltet, sobald ein Nutzer die Website eines Publishers (= Websitebetreibers) aufruft, der Google per GSA verbunden ist. Die **Nachfrager**, auf die es nach dem Bedarfsmarktkonzept für die Marktabgrenzung ankommt, sind dabei die Werbetreibenden. Das EuG geht von einem eigenen Markt für suchmaschinengebundene Werbung aus, der sich vom vorliegend berührten Markt unterscheide: Denn suchmaschinengebundene Werbung richte sich besonders zielgerichtet an grundsätzlich kaufbereite Nachfrage (Rn. 289). In der Praxis folge der Kaufentschluss eines Nutzers deshalb auch eher auf suchmaschinengebundene Werbung hin als auf Werbung der vorliegenden Art (Rn. 293). Denn die Motive, die zur Nutzung der Suchmaschine durch den Verbraucher führen, kann der Werbetreibende eher zur Herbeiführung eines Abschlusses mit diesem Nutzen. Die hier vorliegende **Bannerwerbung** setzt hingegen darauf, einen Kunden zu erreichen, der durch Aufruf der Website ein Interesse an den dort behandelten Inhalten bekundet und der daher auch für den Kauf der beworbenen Waren zu gewinnen ist. Ob die Werbung aber auf einen solchen Kunden trifft, ist weit

weniger sicher und hängt davon ab, dass Google AdSense die richtige Website für den Werbetreibenden aussucht. Deshalb geht das EuG von einem Markt für Bannerwerbung ausvor, auf dem Google eine marktbeherrschende Stellung innehatte.

In Bezug auf den **Missbrauch** der marktbeherrschenden Stellung beruft sich das EuG in seinen Entscheidungsgründen auf die Entscheidung des EuGH in Sachen „Hoffmann- La Roche“ (Rn. 379), auf die gleich noch einzugehen ist. Es hält Ausschließlichkeitsvereinbarungen eines Marktbeherrschers für grundsätzlich bedenklich und erkennt darin im Zweifel den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Rn. 384 f.). Ausschlaggebend ist der Foreclosure-Effekt, der mit solchen Vereinbarungen einhergeht. Doch hätte die Kommission ermitteln müssen, welche Publisher Google genau über welche Zeiträume gebunden hatte, um die Ausschließlichkeitswirkung der Vereinbarung auf dem Markt bestimmen zu können (Rn. 386). Die einschlägigen Versäumnisse führten deshalb zur Aufhebung der Entscheidung der Kommission.

Treuerabatte des Marktbeherrschers stellen eine andere Art der Ausschließlichkeitsbindung und damit ein mögliches Instrument des Behinderungswettbewerbs dar. Durch sie belohnt der Marktbeherrscher seine Kunden dafür, dass sie nicht bei seinen Wettbewerbern nachfragen. Wirtschaftlich gesehen handelt es sich um Investitionen in den dauernden Erhalt der marktbeherrschenden Stellung. Gerade wenn die Rabatte aufgrund der überlegenen Finanzkraft des Marktbeherrschers bzw. aus einer in der Vergangenheit erwirtschafteten „Monopolrente“ finanziert werden, erscheinen sie missbräuchlich, weil sie eine bestehende marktbeherrschende Stellung weiter verfestigen. Andererseits stellen Rabatte ein Instrument des Preiswettbewerbs dar. Die Unterscheidung zwischen wettbewerbskonformen und missbräuchlichen Rabatten erfolgt praktisch aufgrund des AEC-Tests:

EuGH Intel

(EuGH 24.10.2024 – C-240/22 P – **Intel**). In den Jahren 2002 bis 2007 hält die Intel, Inc. (Santa Clara, Ca.) 70 % der Marktanteile auf dem Markt für x86-Prozessoren. Ernstzunehmende Konkurrenz erwächst ihr nur von der Advanced Micro Devices, Inc. (AMD, Sunnyvale, Ca). Zu dieser Zeit zahlt Intel den führenden Computerherstellern (Dell, Lenovo, HP und NEC) Rabatte, die alle oder nahezu alle x86-Prozessoren von Intel bezogen. Es stellte sich die Frage, ob darin ein verbotener Treuerabatt lag.

Das Verfahren gelangt mit dieser Entscheidung **zum zweiten Mal vor den EuGH**. Ursprünglich hatte die Kommission am 26.7.2007 ein Bußgeldverfahren gegen Intel eröffnet und dieses am 13.5.2009 mit der Festsetzung eines Bußgeldes in Milliardenhöhe abgeschlossen. Das EuG wies die Nichtigkeitsklage zunächst ab (EuG, 12.6.2014 – T-286/09 – Intel/Kommission). Der EuGH erklärte auf das Rechtsmittel hin sowohl die Entscheidung der Europäischen Kommission als auch das Urteil des EuG für nichtig (EuGH, 6.9.2017 – C-413/14 P – Intel/Kommission), weil die Möglichkeit nicht ausgeschlossen wurde, dass Intel lediglich Mengenrabatte gewährt hatte. Daraufhin ging die

Europäische Kommission erneut in der Sache gegen Intel vor. Die darauf ergangene Entscheidung des EuG (EuG, 26.1.2022 − T-286/09 RENV – Intel), griff die unterlegene Kommission mit dem Rechtsmittel an, über das der EuGH vorliegend verhandelte.

Das Kernproblem des Falles liegt in der **Abgrenzung zwischen verbotenen Treue- und erlaubten Mengenrabatten**. Durch den Treuerabatt honoriert der Marktbeherrscher den Umstand, dass ein Kunde ihm dauerhaft geschäftlich verbunden bleibt. Im Wege der Belohnung der Bindung an das eigene Unternehmen zementiert der Marktbeherrscher dabei die eigene marktbeherrschende Stellung. Damit verstärkt er die bestehende Störung der Wettbewerbsstruktur auf dem Markt, indem er das Aufkommen seiner aktuellen Konkurrenten oder den Marktzugang von Newcomern behindert. 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 – wie bereits erwähnt – eine **Investition in den Erhalt der eigenen marktbeherrschenden Stellung** und beinhaltet einen Missbrauch.
Andererseits darf auch der Marktbeherrscher seinen Kunden Rabatte einräumen, wenn er dadurch deren Effizienz honoriert bzw. eigene Kostenersparnisse an diese weitergibt. Das zentrale Beispiel liefern **Mengenrabatte**. (vgl. auch S. 217) Nimmt der Nachfrager eine große Menge ab, erspart der Anbieter dadurch – gemessen am einzelnen Stück – erhebliche Transportkosten und erzielt gegenüber dem eigenen Lieferanten Größenvorteile, weil er dort selbst größere Mengen nachfragen kann und selbst Mengenrabatte erzielt (**Größenvorteile = Economies of Scale, Skalenvorteile**). Wenn der Marktbeherrscher diese Skalenvorteile an den eigenen Käufer weitergibt bzw. dessen Effizienz als Nachfrager belohnt, drückt sich darin nur die eigene wettbewerbliche Effizienz des Marktbeherrschers aus: Er kann große Warenmengen absetzen und die dadurch eingesparten Kosten an seine Kunden weitergeben, um die eigene Position im Wettbewerb zu verbessern. Dies ist dem Marktbeherrscher genauso erlaubt wie seinen Konkurrenten. Jede andere Betrachtungsweise würde den Marktbeherrscher nämlich dafür bestrafen, dass er sich den Wettbewerbsbedingungen besonders gut angepasst hat.

Fraglich war deshalb, ob Intel den eigenen Kunden **einen verbotenen Treuerabatt oder einen erlaubten Mengenrabatt** gewährte. Der EuGH hebt zunächst darauf ab, dass Mengenrabatte, die dem Leistungswettbewerb entsprechen (zum Begriff noch unten), keinen Missbrauch iSd. Art. 102 AEUV darstellen können; denn ein Unternehmen wird nicht dafür bestraft, dass es sich auf dem Markt als leistungsfähiger erweist als seine Konkurrenten (Rn. 174 bis Rn. 177). Missbräuchlich handelt ein Marktbeherrscher daher nur, wenn er Rabatte gewährt, die dem Leistungswettbewerb nicht

entsprechen (EuGH Rn. 176). Maßgeblich für die Abgrenzung ist der **AEC-Test** (EuGH Rn. 177); der Test geht auf die sog. Prioritätenmitteilung der Kommission zurück: 2009/C 45/02, Rn. 23 ff.) und beruht auf einer **hypothetischen (kontrafaktischen) Betrachtungsweise**. Erlaubt ist danach ein Rabatt, wenn ihn nicht nur der Marktbeherrscher, sondern auch ein vergleichbar effizienter Wettbewerber (**A**s **E**fficient **C**ompetitor) den eigenen Kunden eingeräumt hätte. Dies ist der Fall, wenn der Rabatt eine besondere Leistung der Kunden belohnt, etwa eine große Nachfragemenge, die einem effizienten Wettbewerber Skalenvorteile bescheren würde. Der verbotene **Treuerabatt prämiert** hingegen gerade **keine Leistung des Kunden** (Rn. 178). Ein effizienter Wettbewerber würde einen Treuerabatt deshalb nicht gewähren, weil das Kundenverhalten ihm keine Vorteile bringt. Ein solcher Rabatt macht allein aus Sicht des Marktbeherrschers mit Blick auf die Verfestigung der eigenen Machtposition Sinn. Er wird deshalb regelmäßig auch nicht aus konkreten Skalenvorteilen finanziert, die das Verhalten des Kunden mit sich bringt, sondern aus der in der Vergangenheit realisierten Monopolrente des Marktbeherrschers.

Die zentrale Schwierigkeit besteht jedoch darin, dass in den AEC-Test sämtliche Informationen über die tatsächlichen Marktverhältnisse eingehen müssen (Rn. 179). Es genügt daher nicht, wenn die Kommission nur die Größe der beherrschenden Stellung, den betroffenen Marktanteil und die Bedingungen für die Rabattgewährung untersucht; sie muss vielmehr eine **Strategie des Marktbeherrschers nachweisen**, die auf Ausschluss seiner Konkurrenten gerichtet ist, die ein ähnlich effizientes Angebot auf dem Markt platzieren (Rn. 180). Dazu zählt wiederum, dass die wettbewerbliche Stellung der betroffenen Wettbewerber untersucht und mit Marktdaten belegt wird: Festgestellt werden muss, ob diese die Rabattstrategie des Marktbeherrschers imitieren können (Rn. 181). Dabei **gehen die Überlegungen ins Detail**: Die Fähigkeit eines Konkurrenten des Marktbeherrschers, Mengenrabatte zu gewähren, hängt vor allem davon ab, dass er diesem einen Marktanteil von einer gewissen Mindestgröße abjagen kann (**required share**). Dies beruht auf folgender Überlegung (EuGH Rn. 43 f. und Rn. 182 ff.): Wegen der Größenordnung der Rabatte, die Intel seinen Kunden gewährt, sind die Nachfrager – die Hersteller von PC und ähnlichen Geräten – bis zu einem gewissen Grad nicht für Konkurrenten zu gewinnen. Vielmehr nehmen sie lieber eine niedrigere Qualität der Prozessoren in Kauf, wenn der damit einhergehende Nachteil durch einen besonders niedrigen Kaufpreis aufgewogen wird. Deshalb können andere Anbieter nur dann mit dem Marktbeherrscher bei der Gewährung von Mengenrabatten konkurrieren, wenn sie Intel trotz dieses Effekts einen Marktanteil streitig machen können. Dieser aber muss groß genug sein, um vergleichbare Mengenrabatte einräumen zu können. Fraglich ist deshalb, ob dieser erforderliche

Marktanteil (required share) für die Konkurrenten auch tatsächlich zu erstreiten ist. Dies hängt davon ab, welche Marktanteile dem Marktbeherrscher realistischerweise abzujagen sind (**contestable share**). Nur wenn der contestable share dem required share entspricht, kann der AEC ähnliche Mengenrabatte gewähren. Ist dies hingegen nicht der Fall, wirkt die Marktmacht von Intel wie ein Hebel, mit dem das Unternehmer die Wettbewerbsverhältnis aus den Angeln heben kann. Die Europäische Kommission hatte nun behauptet, dass der contestable share nicht groß genug gewesen sei, dass ein AEC ähnliche Rabatte hätte gewähren können. Der EuGH wiederum wirft der Kommission vor, dass diese den contestable share aufgrund veralteter Marktdaten aus dem Jahre 2004 berechnet habe (Rn. 184). Allein aufgrund dieser Daten durfte dieser Marktanteil nicht bestimmt werden, weil bereits 2005 in einem in den USA geführten Rechtsstreit andere Zahlen bekannt wurden, die in der Entscheidung nicht berücksichtigt wurden (Rn. 191). Dies und eine Reihe anderer Mängel führten dazu, dass die Entscheidung der Kommission für nichtig erklärt wurde.

Das langjährige Verfahren war damit allerdings nicht beendet. Die Kommission nahm mit einer Bußgeldentscheidung vom 24.11.2024 einen **dritten Anlauf**. Sie beschränkte sich dabei auf Fälle, in den Intel einzelne Unternehmen unmittelbar zum ausschließlichen Bezug der eigenen Prozessoren verpflichtet hatte (sog. „Naked restrictions“; vgl. dazu den Fall Google AdSense am Beginn dieses Abschnitts). Diese Entscheidung hielt vor dem EuG stand (EuG, 10.12.2025 – T 119/23 – Intel).

Nach EuGH, 19.1.2023 − C-680/20 – **Unilever Italia Speiseeisvertrieb** Rn. 34 ff. ist die Anwendung des AEC-Tests für eine Kartellbehörde bei der Feststellung eines verbotenen Treuerabattes **fakultativ**. Tragen die betroffenen Unternehmen jedoch Tatsachen vor, die sie nach diesem Test entlasten, muss die Kartellbehörde darauf eingehen und den Test anwenden.

Die Leitentscheidung zum Missbrauch durch Treuerabatte ist

EuGH Hoffmann La Roche

(EuGH, 13.2.1979 – C-85/76 –Rn. 90 – Hoffmann La Roche) Seit dieser Entscheidung werden reine Treuerabatte als unzulässig angesehen, weil sie mit den Prinzipien des **Leistungswettbewerbs** nicht zu vereinbaren sind (zu diesem Begriff auch S. 227). Dies bedeutet, dass dem Marktbeherrscher nur Rabatte erlaubt sind, die eine Leistung der Vertragsgegenseite honorieren, zB. Mengenrabatte, die die Kostenersparnis bei einer großen Abnahme entgelten. Verboten ist hingegen eine Rabattgewährung, die darauf zielt, den Konkurrenten dauerhaft Nachfrager zu entziehen und sie damit vom Markt zu drängen. Seit ***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 kurz vor Ende der Frist nämlich einen großen Preisnachlass bewirken (Rn. 81). Preisnachlässe dieser Art können kleinere Konkurrenten hingegen nicht anbieten (Rn. 82). Als problematisch gilt es auch, 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).

EuG Google/Alphabet (Android) - Treuerabatt
(EuG, 14.9.2022 – T-604/18 – Google LLC/Alphabet; Europäische Kommission, 18.7.2018 - IP/18/4581 – Google Android) Sobald Google eine neue Version des Betriebssystems für Android entwickelt hat, stellt es den Quellcode online. Dies erlaubt es Drittanbietern, jeweils eigenständige, an andere Bedürfnisse angepasste Varianten des Betriebssystems (sog. „Forks“, Gabelungen) zu erstellen. Die Freigabe im Internet, mit der sich eine urheberrechtliche Open-Source-Lizenz an die Entwickler verbindet, bezieht sich aber nicht auf die Anwendungssoftware von Google, die auf Android läuft (Apps). Diesbezüglich wird der Quellcode nicht veröffentlicht. Deshalb müssen die Entwickler von Forks (sog. Original Equipment Manufacturers, OEM) für diese Anwendungssoftware von Google Lizenzen erwerben. Darin verspricht Google den OEM eine Rabattgewährung für den Fall, dass die OEM auf ihren Forks keine konkurrierende Suchmaschine vorinstalliert haben (EuG Rn. 66). Die Kommission hatte diese und andere Praktiken mit einem Bußgeld von 4 Milliarden € belegt.

Das EuG wendet auf diesen Rabatt den AEC-Test an (EuG Rn. 639 ff.) und gelangt zu dem Ergebnis, dass der Rabatt keine Leistung entlohnt, sondern allein auf die Exklusivitätswirkung zielt (EuG Rn. 653 ff.). Er stellt daher einen verbotenen Behinderungsmissbrauch dar.

d) 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). Regelmäßig handelt es sich um einen 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 (ein anschauliches die Entscheidung **EuGH**, 18.12.2025 − C-260/24 – **Lukoil Bulgaria II**, die oben dargestellt ist S, 211).. 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. 248). 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 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 senkt ihre Gewinnspanne (im Englischen daher: **Margin Squeezing,** Beschränkung der Gewinnspanne). Diese komplizierte Strategie wird häufig dann angewendet, wenn die Preise auf dem beherrschten Upstream-Markt staatlich reguliert sind (Telekommunikation, Regulierung nach TKG). Dann verbietet sich für den Marktbeherrscher ein unmittelbarer Ausbeutungsmissbrauch iSd. Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV, weil dieser von den Fachbehörden aufgedeckt und verfolgt würde. Der Marktbeherrscher versucht in diesen Fällen, dasselbe Ergebnis im Wege des Margin Squeezing herbeizuführen.

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 bemessen, dass den Konkurrenten auf den nachgelagerten 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 Verdrängungswettbewerbs 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.).

EuGH Breitbandmarkt Slowakei II
Diese Grundsätze werden nun in EuGH, 25.3.2021 − C-165/19 P – Breitbandmarkt Slowakei II, Rn. 73 ff. präzisiert. Danach hängt der Missbrauch davon ab, dass die Differenz zwischen dem Vorleistungspreis und den Endkundenpreisen nicht ausreicht, um die spezifischen Kosten der Dienstleistung zu decken, die der Marktbeherrscher selbst tragen muss (Rn. 73). Dabei wendet der EuGH abermals den **AEC-Test** an (S. 239): Danach kommt es darauf an, dass ein Wettbewerber, der ebenso effizient wie der Marktbeherrscher ist (**A**s **E**fficient **C**ompetitor), aufgrund der Kostensituation kein wettbewerbsfähiges Angebot auf dem Downstream-Markt unterbreiten könnte (Rn. 73). Bei der Beurteilung werden die langfristigen durchschnittlichen Grenzkosten herangezogen (**LRAIC** = Long Run Average Incremental Costs).

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. Suprime 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. Nach einem OECD-Papier zum Margin Squeezing (Policy Roundtabels: Margin Squeeze, 2009) liegt ein kartellrechtlich relevanter Missbrauch dann vor, 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 Rn 142).

e) Koppelungen (Art. 102 Satz 2 lit. d AEUV, § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB)

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. Äußerlich beruhen Koppelungsstrategien darauf, dass das marktbeherrschende Unternehmen die Ware, auf deren Markt es seine Machtstellung begründet, nur gemeinsam mit einer anderen Ware abgibt (Art. 102 Satz 2 lit. d AEUV).

KG Handpreisauszeichner
(KG, 18.2.1969 – Kart. V 34/67, WuW/E OLG 995, 996 – Handpreisauszeichner) Ein Unternehmen, das als einziges funktionsfähige Preisauszeichnungsgeräte herstellt und deshalb praktisch ein Monopol für diese Technologie hält, vermietet diese Geräte nur, wenn auch die dazu gehörigen Etiketten von ihm erworben werden.

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 (vgl. zu den Hintergründen und der Entstehung der Lehre vom Leverage-Effekt: *Oechsler* NZKart 2024, 543 f.)

Um im Beispiel zu bleiben: Wer künftig Etiketten für Preisauszeichnungsgeräte 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 die Etiketten von dessen Hersteller bezogen werden. Der Anbieter hat damit seine Macht vom Markt für das Preisauszeichnungsgerät wirksam auf den Markt für Etiketten (Zielmarkt) verlagert und gefährdet

dort eine Preisbildung aufgrund Wettbewerbs. Denn die Nachfrage auf dem Etikettenmarkt orientiert sich nicht mehr an der ökonomischen Effizienz des Angebots (Preis und Leistung), sondern weit überwiegend an den durch die Koppelung erzeugten Machtverhältnissen. Der Ausgangsmarkt für Preisauszeichnungsgeräte wirkt wie ein Hebelpunkt, von dem aus der Wettbewerber auf dem Zielmarkt ausgehebelt wird.

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 dabei 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.

Die Verbindung der beiden Märkte muss dabei **nicht immer durch Sanktionen** hergestellt werden, sie kann auch durch Anreizsetzung erfolgen:

EuG Google/Alphabet (Android) - Koppelung
(EuG, 14.9.2022 – T-604/18 – Google LLC/Alphabet; Europäische Kommission, 18.7.2018 - IP/18/4581 – Google Android) Sobald Google eine neue Version des Betriebssystem für Android entwickelt hat, stellt es den Quellcode online. Dies erlaubt es Drittanbietern, jeweils eigenständige, an andere Bedürfnisse angepasste Varianten des Betriebssystems (sog. „Forks“, Gabelungen) zu erstellen. Die Freigabe im Internet, mit der sich eine urheberrechtliche Open-Source-Lizenz an die Entwickler verbindet, bezieht sich aber nicht auf die Anwendungssoftware von Google, die auf Android laufen (Apps). Diesbezüglich wird der Quellcode nicht veröffentlicht. Deshalb müssen die Entwickler von Forks (sog. Original Equipment Manufacturers, OEM) für die Anwendungssoftware von Google entgeltliche Lizenzen erwerben. Darin bietet Google den OEM **seine Apps für Mobilgeräte als Bündel** an, das diese insgesamt erwerben müssen. In dieses Bündel fallen der App Google Play Store, die App Google-Suche und der Browser Google Chrome.

EuG bejaht einen Verdrängungsmissbrauch nach Art. 102 AEUV unter Einsatz leistungsfremder Mittel iSd. AEC-Tests (Rn. 276). Es wirft Google insbesondre eine Koppelung vor (ab Rn. 283) und

stellt dabei die Verbindung zum Fall des Windows Media Players her, der ebenfalls auf den PCs für die Endkunden vorinstalliert war (Rn. 287 ff.). Durch die Vorinstallation wird es für konkurrierende Anbieter von Apps schwieriger, die Nutzer von Android als Kunden zu erreichen, da diese häufig technisch nicht in der Lage sind, die Voreinstellungen abzuändern oder dazu keinen praktischen Anlass sehen (ab Rn. 293 f.). Die Auswirkungen der Koppelungen werden vor allem wegen der über Jahre gehenden Praxis von Google als schwer angesehen (Rn. 298)

Auch **Gesamtsortimentsrabatte** führen zu einer Verknüpfung von Marktergebnissen und setzen einne ökonomischen Anreiz zur Koppelung. Auch hier erfolgt die Verknüpfung 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. Entsprechend groß ist der Anreiz, durch den Erwerb von Bleistiften und Kugelschreibern einen Preisnachlass beim Bezug der Kopierfolien zu erzielen. Ähnlich wie bei der Koppelung ist der Preisbildungsmechanismus auf den Zielmärkten betroffen: Bleistifte und Kugelschreiber werden dann 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.

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, Skalenvortele**) gemeint, die sich etwa in Mengenrabatten ausdrücken, die der Marktbeherrscher selbst erzielt. Hier gelten die in Sachen „Intel“ vom EuGH entwickelten Grundsätze des **AEC-Tests** (dazu S. 237).

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 (§ 346 HGB) 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. Vgl. dazu folgenden Auszug aus einer Mainzer Originalklausur:

Klausurbeispiel Tetra Pak II (Koppelung)
(EuGH Slg. 1996, I 5951 - **Tetra Pak**) Das in der Schweiz ansässige Unternehmen Tetra Pak (T) ist als Marktbeherrscher im Bereich der Verpackung von Flüssigkeiten (Milch, Fruchtsäfte) tätig. 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 Binnenmarkts schützen lassen. Patentlizenzen an andere Unternehmen wurden 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.

T verpflichtet die Getränkehersteller beim Bezug seiner Maschinen, auch die von T hergestellten Kartons von T zu beziehen. T rechtfertigt diese Vorgehensweise mit der Notwendigkeit, Image- und Geschäftsschäden abzuwehren.

Liegt in dieser Vorgehensweise eine verbotene Koppelung?

Die anlässlich des Maschinenkaufs begründete Bezugspflicht für die von T hergestellten Abfüllkartons könnte eine nach Art. 102 Satz 2 lit. d AEUV verbotene Koppelung darstellen. Koppelungen des Marktbeherrschers zielen auf die Beeinträchtigung der Preisbildungsfunktion auf dem Markt. Zu diesem Zweck verbinden sie die Ergebnisse zweier Märkte – des Ausgangsmarkts für für das koppelnde Produkt, der wegen der Marktbeherrschung strukturschwach ist, und des Marktes für das gekoppelte Produkt. Dadurch wird die strukturelle Schwäche des einen Marktes auf den anderen übertragen. Dieser im Kartellrecht als **Leverage-Effekt** bezeichnete Phänomen führt dazu, dass der beherrschte Markt zum Hebelpunkt wird, von dem aus die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Zielmarkt ausgehebelt werden können. Auf den vorliegenden Fall angewendet besteht die Gefahr, dass der Preisbildungsmechanismus auf dem Markt für Abfüllkartons durch die Kopplung empfindlich gestört werden könnte. Dort könnten künftig nicht mehr Preis und Qualität der Kartons den Ausschlag für die Nachfrageentscheidung liefern, sondern einzig das Interesse der Nachfrager, 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.
Allerdings sieht Art. 102 Satz 2 lit. d AEUV die Möglichkeit einer Rechtfertigung der Koppelung durch eine **sachliche Beziehung zum Vertragsgegenstand** vor. Dieser Gesichtspunkt könnte

vorliegend dadurch berührt sein, 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. Vor diesem negativen Imagetransfer muss sich T möglicher schützen dürfen.

Allerdings erfordert die Konkretisierung des Art. 102 Satz 2 lit. d AEUV **eine Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung aller Fallumstände**. Nach dieser darf das Merkmal der sachliche Beziehung zum Vertragsgegenstand nicht isoliert ausgelegt werden, sondern bedarf einer Konkretisierung im Hinblick auf die Freiheit des Wettbewerbs. Dabei fällt zu Lasten der T die **fehlende objektive Erforderlichkeit der Koppelung** ins Gewicht. Diese ist nicht auf die Zeit beschränkt, während derer Gewährleistungsrechte bestehen bzw. Produkthaftungsschäden geltend gemacht werden können. Die Bezugspflicht besteht vielmehr zeitlich unbeschränkt. Auch stehen T mildere Mittel zu, ihre Image gegenüber den eigenen Kunden zu bewahren. Sie kann diesen in einem beschränkten Zeitraum mit besonderen Garantien entgegenkommen, wenn diese den von ihr hergestellten Originalkarton verwenden. Möglich erscheint es auch, die Kunden auf die Gefahren weniger leistungsfähiger Kartons hinzuweisen. Zum Schutz ihres eigenen Images ist T hingegen nicht auf die vorliegend praktizierte Koppelungspraxis angewiesen. Ihr Verhalten stellt daher einen verbotenen Missbrauch dar.

Ergebnis: T verstößt durch ihr Verhalten gegen Art. 102 Satz 2 lit. d AEUV.

Vergleiche schließlich abschließend den bedeutendsten Koppelungsfall der letzten Jahrzehnte:

US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit Microsoft Case

(United States v. Microsoft Corporation, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001) Microsoft hatte den Internet Explorer als Teil von Windows 95 automatisch eingebunden. Dies führte zur Zerstörung der eigenständigen Märkte für Internetbrowser, auf denen Netscape und andere Anbieter tätig waren, die sich aus Werbe- und Lizenzeinnahmen finanzierten. Denn die Microsoftkunden, die kraft Voreinstellung über einen Browser verfügten, luden den Netscape-Browser nicht mehr herunter, so dass Netscape immer weniger Aufmerksamkeit auf sich zog, und sich auf seinen beiden Märkten – den Werbemärkten und dem Markt für professionelle Netscape-Lizenzen – nicht halten konnte. Die mit der Einbindung des Internet Explorer verbundene Verbesserung des Betriebssystems Windows allein rechtfertigte die Zerstörung des Browsermarktes rückblickend betrachtet aus Sicht des Court of Appeals nicht. Denn die Interessen des Marktbeherrschers müssen in solchen Fällen immer hinter dem Interesse der Allgemeinheit am Erhalt der Marktstrukturen zurücktreten. Dies entspricht auch dem Verständnis des Art. 102 AEUV nach der Rechtsprechung des EuGH.

f) Missbräuchlicher Abbruch bzw. Verweigerung von Lieferbeziehungen

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 grundsätzlich 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, 6.3.1974 – 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 die Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten für Derivate (Zielmärkte) auszuhebeln. 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, wenn dies nicht im Wege der Missbrauchskontrolle verhindert wird.

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 für Medikamente überschritten. Commercial Solvents darf diese Zielmärkte nur aufgrund eigener ökonomischer Effizienz dominieren, nicht jedoch, weil es – anders als seine Konkurrenten auf den Märkten für Arzneimittel – 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
(EuGH 14.2.1978 – Rs. 27/76, Slg. 1978, 207 – **United Brands**) Auf diese Entscheidung geht auch das Konzept der Gewinnspannenbegrenzung zurück (S. 214). United Brands hatte sich jedoch auch geweigert, Bananenlieferungen der Marke Chiquita an ein dänisches Unternehmen wie bisher fortzusetzen, weil dieses bei der Werbekampagne eines Konkurrenten mitgewirkt hatte.

Der EuGH erkennt zunächst grundsätzlich die Möglichkeit an, dass eine Lieferverweigerung **durch zwingende Sachgründe** getragen sein kann, stellt jedoch 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.“ (Rn 182/183)

Beachte dazu Folgendes:

1. Die Rechtsprechung zum Abbruch von Lieferbeziehungen erinnert an das deutsche Diskriminierungsverbot (§§ 19 Abs. 2 Nr. 1 zweiter Fall, 20 Abs. 1 und Abs. 1a GWB). In der Tat werden **im deutschen Kartellrecht** missbräuchliche Vertrags- und Lieferverweigerungen über § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante GWB (Diskriminierungsverbot) iVm. § 20 Abs. 1 und Abs. 1a GWB (Erweiterung des Adressatenkreises über den Marktbeherrscher hinaus) erfasst. Die Entscheidung des BGH in Sachen Porsche-Tuning (S. 314) erinnert etwa äußerlich an den Lieferabbruch in Sachen Commercial Solvents. Der Grund für die andere Behandlung der Fälle liegt darin, dass das Diskriminierungsverbot im deutschen Recht in einem umfassenden Sinne als Instrument der Marktöffnung verstanden wird.

   Beispiel: Auch wenn der Marktbeherrscher noch kein anderes Unternehmen beliefert hat, kann ein erster Aspirant gegenüber einer Lieferverweigerung geltend machen, dass diese auf einer sachlich nicht gerechtfertigten Diskriminierung beruht.

   Im Vergleich dazu wird das **Diskriminierungsverbot des Art. 102 Satz 2 lit. c AEUV** wesentlich enger verstanden. Für die Anwendung dieser Norm kommt es darauf an, dass der Marktbeherrscher zwei Geschäftspartner tatsächlich beliefert und dabei unterschiedliche Konditionen gewährt. Entsprechend ersetzt die Rechtsprechung zum Lieferabbruch für die von Art. 102 Satz 2 lit. c AEUV nicht erfassten Fälle die Funktion eines allgemeinen Diskriminierungsverbots. Im deutschen Kartellrecht spielt hingegen der Abbruch einer Lieferbeziehung als Fallgruppe des Missbrauchs keine eigenständige Bedeutung, da die Fälle vom Diskriminierungsverbot erfasst werden.
2. Vor allem die Entscheidung des EuGH in Sachen United Brands geht bedenklich weit, da sie nicht mehr unmittelbar 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 eigentlich 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. Beachten Sie bitte 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.

g) „Killerakquisitionen“: Missbrauch infolge des Erwerbs von Start-ups – Die Towercast-Problematik

Art. 102 AEUV verbietet nur den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, nicht hingegen ihre Begründung; denn diese kann auf einer effizienten Wertschöpfungsidee bestehen bzw. dem Vorteil, diese als erste angeboten zu haben und damit aus Sicht der Nachfrager eine führende Stellung einzunehmen (**First-Mover-Advantage**). Kritischer beurteilt werden jedoch die Fälle des sog. **externen Unternehmenswachstums**. Dabei wird die marktbeherrschende Stellung durch den Erwerb eines anderen Unternehmens, u.U. sogar eines Konkurrenten, erlangt. Diese Vorgänge fallen ab einer gewissen Größenordnung – den Umsatzschwellen nach § 35 GWB bzw. des Art. 1 FKVO – unter die Fusionskontrolle gemäß §§ 35 ff. GWB bzw. FKVO.

Die Höhe dieser Schwellen verschärft jedoch das Problem der sog. **Killerakquisitionen**. Das Phänomen wurde ursprünglich im **Pharmaziebereich** beobachtet, wo finanzstarke Unternehmen kleinere Start-ups erwarben, die an erfolgreichen Konkurrenzpräparaten arbeiteten. Das Ziel des Unternehmenskaufs lag in vielen Fällen darin, die Produktion des Start-ups einzustellen und auf diese Weise die Marktplatzierung des Konkurrenzprodukts zu verhindern (dazu *Cunningham*/*Ederer*/*Ma*, 129 Journal of Political Economy, No. 3, 649 ff.). Auf den Digitalmärkten besteht hingegen eine andere Interessenlage. Dort erwerben die großen Internetunternehmen (Google, Amazon, Bytedance (TikTok), Facebook und Apple) kleinere Unternehmen nicht, um deren Betrieb einzustellen, sondern um auf diese Weise vergleichsweise junge Wachstumsmärkte zu besetzen. Das Ziel dieser Strategie liegt also darin, durch den relativ günstigen Kauf des First Movers einen Zukunftsmarkt unter die eigene Kontrolle zu bringen.

Beispiele: Im Dezember 2012 erwarb **Facebook** das damals noch vergleichsweise umsatzschwache Unternehmen **Instagram**, das eine neue Art von sozialem Netzwerk betrieb, auf dem das Bereitstellen von Fotografien und kurzen persönlichen Videos dominierte. Das Unternehmen erzielte zu diesem

Zeitpunkt noch keinen Gewinn, konnte aber bereits 30 Mio. Nutzer an sich binden. Nach dem Erwerb durch Facebook erhöhte sich die Nutzerzahl auf 1 Milliarde; das Unternehmen zählt heute zu den umsatzstärksten im Facebook-Konzern (*Oechsler* NZKart 2024, 541, 542 mwN.). Im Februar 2019 erwarb Facebook das Unternehmen **WhatsApp**, das eine neue Art von Messangerdienst betrieb, der sich mittlerweile als Standard durchgesetzt hat (EU-Kommission, 3.10.2014 – M.7217 – Facebook/WhatsApp). Vor allem auch der Erwerb von **DoubleClick for Publishers** durch Google stellt ein Beispiel für eine solche Akquisition dar (dazu *Oechsler* NZKart 2024, 541 ff.)

Aus Sicht des Marktbeherrschers eröffnet sich damit die strategische Möglichkeit, die eigene marktbeherrschende Stellung auf neue Märkte auszudehnen und **das unternehmerische Gesamtrisiko zu diversifizieren** (zu streuen): Mit Hilfe der finanziellen Mittel, die zuvor aufgrund der marktbeherrschenden Stellung geschöpft wurden, wird diese dominante Position auf einen gerade erst entstehenden Markt ausgeweitet und der Gesamtumsatz ist nicht mehr von den Erträgen des Kerngeschäfts allein abhängig. Entfaltet der Markt, auf dem das Start-up tätig ist, sein volles Wertschöpfungspotenzial, ist er durch den Marktbeherrscher bereits besetzt. Denn die Nachfrager sind meist an den ersten Anbieter auf einem Markt (First Mover) gewöhnt. Auch beruht der Umsatz auf Internetmärkten idR. auf der Erzeugung von Netzwerkeffekten (Masseeffekten); denn es muss eine möglichst große Zahl von Nachfragern akquiriert werden, um dem eigentlichen Angebot (zB. Internetwerbung) die erforderliche Aufmerksamkeit zu verschaffen. Die erforderliche Zahl an Nachfragern akquiriert jedoch im Zweifel nur der First Mover auf dem Markt vor seinen Konkurrenten, die bestenfalls erhebliche Zeit benötigen, um ebenfalls ein Massenpublikum an ihr Angebot zu gewöhnen. Solche Diversifizierungsstrategien sind als solche erlaubt und müssen auch dem Marktbeherrscher offenstehen (*Oechsler* NZG 2024, 541, 542)

Dennoch erfüllt Art. 102 AEUV erfüllt in diesem Bereich eine wichtige, die Fusionskontrolle ergänzende Funktion. Denn im Zeitpunkt des Erwerbs des Start-ups ist noch nicht abzusehen, wie der Marktbeherrscher dieses im Rahmen seiner gesamten Marktaktivitäten einsetzen kann. Häufig eröffnet der Kauf des Unternehmens erst im Nachhinein besondere Koppelungsstrategien (vgl. die Koppelungsstrategien von Google im Geschäft mit der Bannerwerbung als Folge des Erwerbs von DoubleClick for Publishers: *Oechsler* NZKart 2024, 541, 544 ff.). Dies kann im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle, die im Zeitpunkt des Unternehmenskaufs stattfindet, häufig noch nicht vorausgesehen werden. Stellt sich daher nachträglich erst heraus, dass der Kauf des Start-ups zu einer dauernden Umklammerung der Märkte unter Erzeugung von Hebeleffekten führt, liegt ein Fall des Art. 102 Satz 1 AEUV vor. Der EuGH bejaht die grundsätzliche Möglichkeit eines Missbrauchs dieser Art in

EuGH Towercast
(EuGH, 16.03.2023 – C-449/21 – **Towercast**) Am 13.10.2016 erwarb die Télédiffusion de France (TDF), die in Frankreich Dienstleistungen der terrestrischen Übertragung von digitalem Fernsehen (DVB-T) erbringt und dort marktbeherrschend ist, sämtliche Aktien des kleineren Unternehmens Itas, das ebenfalls in diesem Bereich tätig ist. Die von TDF und Itas getätigten Umsätze überschreiten jedoch weder die Aufgreifschwellen der französischen Zusammenschlusskontrolle noch die des Art. 1 FKVO. Towercast, ein mit TDF konkurrierendes Unternehmen, erkennt in diesem Zusammenschluss den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, weil durch den Zusammenschluss der Wettbewerb auf den vor- und nachgelagerten Großkundenmärkten für die Übertragung von DVB-T erheblich behindert würde.

Für den EuGH stellt sich die Frage, ob ein Zusammenschluss, der weder das Aufgreifkriterium des nationalen Rechts der Zusammenschlusskontrolle (vgl. für Deutschland § 35 GWB) noch die in Art. 1 FKVO gesetzten Schwellen erreicht, einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen kann. Problematisch daran erscheint vor allem, dass der Vorwurf des Missbrauchs nicht auf einem Verhalten von TDF auf dem Markt gründet, sondern in der **Schaffung einer neuen Wettbewerbsstruktur**. Denn auf dem Markt fällt durch den Kontrollerwerb über Itas ein zentraler Wettbewerber weg. Der EuGH geht zunächst davon aus, dass die Regelungen der FKVO die Möglichkeit einer Zusammenschlusskontrolle einschränken: Diese ist weder ex ante, also vor deren Vollzug der Fusion möglich, noch findet sie auf Konstellationen Anwendung, in denen die Umsatzschwellen der Fusionskontrolle nicht erreicht werden. Doch könne ein Zusammenschluss dieser Art den **Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV** zum Gegenstand haben (Rn. 41). Denn die FKVO kann die Anwendung des Art. 102 AEUV als Primärrecht nicht begrenzen (Rn. 34 und Rn. 49 f.). Deshalb muss anhand des Art. 102 AEUV geprüft werden, ob ein Zusammenschluss den Wettbewerb erheblich behindert (Rn. 52). Der EuGH belässt es bei dieser Feststellung, ohne die Tatbestandsvoraussetzungen der Missbrauchskontrolle in diesen Fällen zu konkretisieren.

In ihrem Schlussanträgen vom 13.10.2022 (ebenfalls unter dem Aktenzeichen C-449/21) hatte die Generalanwältin *Kokott* jedoch unter Rn. 48 ausgeführt, dass die komplementäre Anwendung des Art. 102 AEUV darauf ausgerichtet sei, den effektiven Schutz des Wettbewerbs auf dem Binnenmarkt ergänzend zu schützen. Dies betrifft vor allem die Übernahme innovativer Start-up-Unternehmen im Bereich der Internetdienste, der pharmazeutischen Industrie oder der Medizintechnik, die **„Killer Acquistions“** darstellen könnten. Damit bezeichnet die Generalanwältin Situationen, „in denen etablierte und marktmächtige Unternehmen aufstrebende, aber noch wenig umsatzstarke Unternehmen, die auf denselben, benachbarten, vor- oder nachgelagerten Märkten tätig sind, in ihrem frühen Entwicklungsstadium übernehmen, um diese als Wettbewerber auszuschalten und die eigene

Marktstellung zu konsolidieren.“ Den Kartellbehörden müsse in diesem Fall das im Vergleich schwächere Element **einer repressiven Ex-post-Kontrolle nach Art. 102 AEUV** zur Verfügung stehen. Ein Missbrauch komme danach in Betracht, wenn ein relativ neues Unternehmen mit geringem Marktanteil und Umsätzen, erworben werde, um die von ihm zu erwartenden erheblichen Wettbewerbsimpulse zu verringern. Diese Überlegungen knüpfen an folgende berühmte Entscheidung des EuGH an:

EuGH Continental Can
(EuGH, 21.2.1973 – Rs. 6/72 – Continental Can) Die Kommission verhängte ein Bußgeld wegen Verletzung des Art. 102 AEUV gegen das Unternehmen Continental Can, weil dieses 86 % der Anteile an einem Drittunternehmen erworben hatte. Dagegen setzte sich C mit dem Einwand zur Wehr, die Kommission versuche, durch ihre Art der Auslegung des Art. 102 AEUV eine Kontrolle über Unternehmenszusammenschlüsse aus dem Primärrecht abzuleiten, die dort nicht bestehe.

Tatsächlich sieht der Wortlaut des Art. 102 AEUV eine Zusammenschlusskontrolle nicht vor. Dies hat historische Gründe: Auch im parallel entstandenen GWB existierte zum damaligen Zeitpunkt keine vollausgebildete Zusammenschlusskontrolle. Vielmehr mussten die Fusionspartner ihr Vorhaben dem Bundeskartellamt lediglich anzeigen. Nach **Ansicht des EuGH** (Rn. 21) kommt es für die Anwendung des Art. 102 AEUV jedoch nicht auf die Unterscheidung zwischen Maßnahmen an, die die Marktstruktur betreffen und Verhaltensweisen, die sich auf dem Markt auswirken. Denn auch eine strukturelle Maßnahme kann die Marktverhältnisse beeinflussen, sofern sie das Unternehmen größer und wirtschaftlich stärker macht. Ganz grundsätzlich beruht der AEUV (damals noch der EWG-Vertrag) auf einer **Wettbewerbsordnung** und steht der Möglichkeit der Ausschließung des Wettbewerbs durch das Verhalten der Marktteilnehmer entgegen (Rn. 23 f.). Maßgeblich erscheint dem Gericht dabei **ein systematischer Vergleich mit Art. 101 AEUV** (Rn. 25): Ein Kartell zwischen Wettbewerbern ist nach Art. 101 AEUV verboten. Dann darf derselbe Effekt nicht dadurch herbeigeführt werden, dass ein Wettbewerber einen anderen erwirbt und im Wege des Zusammenschlusses endgültig ausschaltet.

„(26) Ein missbräuchliches Verhalten kann daher vorliegen, wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung diese dergestalt verstärkt, dass der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindert, dass also nur noch Unternehmen auf dem Markt bleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen.“
Die Europäische Kommission ging in dem Verfahren vom Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung aus, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Stellung im Wege des Zusammenschlusses so verstärkt, dass der tatsächliche oder potenzielle Wettbewerb für die betroffenen Waren in einem wesentlichen Teil des Binnenmarktes praktisch ausgeschaltet wird (Rn. 28). Vgl. das sehr weitreichende Resümee des EuGH

„(Rn. 29) In der Tat kann es unabhängig von einem Verschulden als missbräuchlich angesehen werden, wenn ein Unternehmen eine so beherrschende Stellung einnimmt, dass durch eine wesentliche, die Handlungsfreiheit des Verbrauchers auf dem Markt ernstlich gefährdende Änderung der Angebotsstruktur die Vertragsziele umgangen werden; ein solcher Fall ist notwendig gegeben, wenn praktisch jeder Wettbewerb ausgeschaltet wird."

Die Entscheidung in Sachen Towercast greift diese alten Grundsätze wieder auf. Danach kann der Aufkauf eines bedeutsamen Wettbewerbers auch unterhalb der Umsatzschwellen der Fusionskontrolle einen Missbrauch nach Art. 102 AEUV darstellen, wenn er zu einem weitgehenden Ausschluss praktischen Wettbewerbs führt. Diese Rechtsprechung reiht sich auch in das Themenfeld der sog. **Vorfeldkontrolle** bei der Zusammenschlusskontrolle ein. Bereits im Vorfeld einer Fusion soll verhindert werden, dass mächtige Unternehmen kleinere Unternehmen mit erheblichem Potenzial erwerben und damit ihre Marktdominanz verstärken bzw. zementieren.

Vor allem aber leistet diese Rechtsprechung einen Beitrag zur rechtlichen Behandlung von Killerakquisitionen. Dies gilt auch für **§ 32f Abs. 2 GWB** des sog. **New Competition Tools**. Die Norm erlaubt es dem BKA, für einen Zeitraum von drei Jahren nach einer Sektorenuntersuchung ein Sonderregime der Zusammenschlusskontrolle einzuführen. In diesem Fall müssen Zusammenschlüsse auch dann angezeigt werden, wenn die Umsatzschwellen nach § 35 GWB nicht erreicht sind (Satz 2). Auf diese findet die Zusammenschlusskontrolle Anwendung (S. 4).

EuGH Illumina/Grail
(EuGH, 3.9.2024 − C-611/22 P und C-625/22 P – **Illumina/Grail**) Killerakquisitionen erreichen häufig nicht die Umsatzschwellen des Art. 1 FKVO, da einer der Fusionspartner dafür zu geringe Umsätze tätigt. Daher kann die Europäische Kommission den zugrunde liegenden Unternehmenserwerb nicht im Rahmen der Fusionskontrolle prüfen. Um dies dennoch zu ermöglichen, hatte die Kommisison vorübergehend einen Ausweg über **Art. 22 FKVO** ersonnen. Nach Art. 22 Abs. 1 Unterabs. 1 FKVO kann die Kommission auf Antrag eines Mitgliedstaates jeden Zusammenschluss iSd. Art. 3 FKVO prüfen, der zwar keine gemeinschaftsweite Bedeutung iSd. Art. 1 FKVO hat, aber den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt und den Wettbewerb im Hoheitsgebiet des antragstellenden Mitgliedstaates zu beeinträchtigen droht. In einer **Mitteilung** (Mitteilung 2021/C113/01 zur Anwendung des Art. 22 FKVO) hatte die Kommission die Mitgliedstaaten deshalb aufgefordert, diesen Antrag für alle Zusammenschlüsse zu stellen, insbesondere auch solche, die die Aufgreifschwellen nach dem Kartellrecht des Mitgliedstaates selbst nicht erreichten.

Das **EuG** (13.7.2022, T-227/21– Illumina Rn. 6 f.) hatte diese Praxis zunächst gebilligt. Gegen sie sprach jedoch stets ein Argument aus Art. 22 Abs. 1 Unterabs. 2 FKVO. Danach musste der Antrag innerhalb von 15 Arbeitstagen gestellt werden, nachdem der Zusammenschluss bei dem betreffenden Mitgliedstaat angemeldet oder, falls eine Anmeldung nicht erforderlich ist, ihm anderweitig zur Kenntnis gebracht worden ist. Zusammenschlüsse dieser Art werden jedoch von vornherein nicht bei

der nationalen Kartellbehörde angezeigt oder zur Kenntnis gebracht, weil die dortigen Aufgreifschwellen nicht erreicht sind und das nationale Kartellrecht daher gar nicht anwendbar ist. Da die Kartellbehörde des Mitgliedstaates in einem solchen Fall nicht zuständig ist, kann sie auch nicht den Antrag nach Art. 22 FKVO stellen. Die erwähnte Mitteilung der Kommission drohte in Konflikt mit dem **Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 4 Abs. 1 EUV** zu geraten. Darauf ging die Große Kammer des **EuGH** nicht weiter ein. Sie erklärte das Urteil des EuG für nichtig, weil eine solche Auslegung des Art. 22 FKVO unzulässig sei (3.9.2024 − C-611/22 P und C-625/22 P – **Illumina/Grail** Rn. 136 ff.). Das Ergebnis überzeugt.

4. Missbrauch auf Digitalmärkten

a) Überblick

Das Geschäft mit Suchmaschinen, Verkaufsplattformen, sozialen Netzwerken usw. ist durch das Phänomen der **indirekten Netzwerkeffekte** geprägt. Denn der Wert einer Suchmaschine oder eines sozialen Netzwerks als Werbeplattform hängt 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 dort möglichst viele Kaufinteressenten antrifft. Zu Zwecken der Werbung oder des Verkaufs eignen sich Internetplattformen daher vor allem, wenn sie erhebliche **Aufmerksamkeit** auf sich ziehen, also möglichst häufig aufgerufen werden.

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 einigen wenigen Unternehmen möglich, solange kein Multihoming (= gleichzeitige Nutzbarkeit mehrerer Plattformen; S. 273) stattfindet. In der Vergangenheit gelangten daher bestimmte Unternehmen – oft nur als erste, aufgrund einer originellen Wertschöpfungsidee bzw. auch im Weg des Verdrängungswettbewerbs – in die Lage, *die* zentrale Suchmaschine, *das* führende soziale Netzwerk bzw. *diejenige* Verkaufsplattform betreiben zu können, an der kein Interessent vorbeikommt.

An diesem Effekt selbst ist wenig zu ändern. An ihm zeigt sich die für vergleichsweise „junge“, innovationsgetriebene Märkte typische Konzentrationstendenz (vgl. auch S. 274). 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 Movers stellt keine ernsthafte Option dar, da andernfalls innovative Leistungen entmutigt würden. Vielmehr liegt im „First Mover Advantage“ häufig die zentrale Belohnung für das Unternehmen, das als erstes eine

Geschäftsidee mit Wohlfahrtseffekten für die Gemeinschaft entwickelt hat. Die Bemühungen der europäischen und deutschen Institutionen richten sich darauf, dass Verhalten solcher dominanter Unternehmen gegenüber der jeweiligen Nachfragemacht zu kontrollieren.

(1) Den **ältesten** in diesem Bereich vorkommende **Ansatz für eine Missbrauchskontrolle** stellt die **Essential-Facility-Doktrin** (**EFD**) dar. Danach kann ein Standard, der auf einem Digitalmarkt von einem Unternehmen kontrolliert wird, eine marktbeherrschende Position begründen, weil er eine grundlegende Infrastruktur (essential facility) darstellt. Ist dies der Fall, muss der Inhaber des Standards alle Interessenten gleichbehandeln und diese zu Marktbedingungen an der Nutzung des Standards teilhaben lassen (ab S. 256). Dieser Ansatz hat heute vor allem in Bezug auf leitungsgebundene Märkte (Versorgungsmärkte) und standardessentielle Patente große Bedeutung (S. 302). Für Digitalmärke erscheint die Lehre – wie der Microsoft Case noch zeigen wird (S. 264) – in ihren Tatbestandsvoraussetzungen als zu starr. In neueren Entscheidungen übernimmt die Lehre vom mehrseitigen Markt häufig die zentrale Begründungsfunktion, die früher der EFD zukam. Dennoch entstammen der EFD die sog. **Bronner-Kriterien** (dazu sogleich). Diese finden über die EFD hinaus auf alle einschlägigen Fälle Anwendung.

(2) Nach der **Lehre vom mehrseitigen Markt** und **von den indirekten Netzwerkeffekten** beruhen die meisten Wertschöpfungsprozesse auf Digitalmärkten auf indirekten Netzwerkeffekten, die einem Plattformbetreiber **Intermediationsmacht** verleihen Auf dieser wiederum kann die marktbeherrschende Stellung eines Plattformbetreibers gründen (ab S. 267 ff.).

(3) Die zugrunde liegenden Überlegungen führen in **einer dritten Phase** zu speziellen Instrumenten der Missbrauchsaufsicht gegenüber Intermediären auf mehrseitigen Märkten. **§ 19a GWB** lieferte das Vorbild. Auf europäischer Ebene ist der **Digital Markets Act** gefolgt (S. 288 ff.).

b) Die Essential-Facility-Doktrin

Die EFD geht im europäischen Kartellrecht auf eine Entscheidungsreihe der Kommission in den sog. **Seehafen-Fällen** zurück (Kommission, Common Market Law Reports 1992, 225 – B&I/Sealink-Holyhead = XXII. Bericht über die Wettbewerbspolitik, 1992, Rn 219; ABl. 1994 Nr. L 15, S. 8 – Sea Containers/Stena Sealink; vgl. auch ABl. Nr. L 55, S. 52 – Hafen von Rodby). Dabei wurde ein Seehafen als eine **wesentlich Infrastruktureinrichtung** (**essential facility**) angesehen, deren Kontrolle die Beherrschung des logistisch erschlossenen Hinterlandes als nachgelagerten Markt

ermöglichte. Der Betreiber eines Seehafens erschien folglich als marktbeherrschendes Unternehmen, das jedem Reeder das Löschen der Fracht zu Marktbedingungen erlauben musste, damit der Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt (dem vom Hafen aus erschlossenen Hinterland) nicht gefährdet wurde. Der zugrunde liegende Gedanke wurde vom **EuGH** in der Sache, **nicht jedoch namentlich**, aufgegriffen (gleich dazu). Die Rechtsprechung des EuGH 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) und durch die 10. GWB-Novelle mittlerweile erheblich in seinem Anwendungsbereich erweitert wurde.

Der **historische Ursprung der EFD** wiederum liegt in einer Rechtsprechungslinie des **U.S. Supreme Court** (kritisch zu deren Einordnung später der Supreme Court selbst: Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 408 (2004)). Ausgangspunkt ist folgender Fall:

US Supreme Court Terminal Railroad
(U.S v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 224 U.S. 383 (1912)) Die Eisenbahngesellschaften von St. Louis hatten ein Gemeinschaftsunternehmen gegründet (Terminal Railroad Association), das eine Eisenbahnbrücke zur Überquerung des Mississippi bei St. Louis betrieb. Die Besonderheit des Falles bestand darin, dass die Errichtung weiterer Eisenbahnbrücken in St. Louis aufgrund der räumlichen Gegebenheiten technisch nicht möglich war.

Der Gerichtshof räumte den Gesellschaftern deshalb eine Frist von neunzig Tagen ein, den Gesellschaftsvertrag so abzuändern, dass Dritte „**upon ... just and reasonable terms**“ zu der Eisenbahnbrücke erhielten (at 411). Dabei stellte das Gericht klar, dass es Wettbewerbern ansonsten unbenommen bleibe, ihr Eigentum gemeinsam zu verwalten und Dritte von dessen Nutzung auszuschließen, dass aber die technische Unmöglichkeit eines weiteren Brückenbaus die Lage hier in besonderer, letztlich fallentscheidender Weise verschärfe. Die bekannteste Entscheidung des EuGH zum Thema stellt der Fall **Magill** dar. Aus ihm lässt sich für den Klausuraufbau folgende Erkenntnis gewinnen: Die Essential-Facility-Lehre hat sowohl Bedeutung für die Konkretisierung der marktbeherrschenden Stellung als auch für ihren Missbrauch.

EuGH Magill
(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 gerade nicht zum entgeltlichen Erwerb angeboten) noch einen Markt für die synoptische Programmzeitschriften. Deshalb kann auch der EuGH nur feststellen, dass die marktbeherrschende Stellung der Sender auf dem Umstand gründet, dass diese über eine Rechtsstellung verfügen, aufgrund derer das Entstehen eines neuen Marktes für synoptische Programmzeitschriften verhindert werden kann. Das Recht an den Programminformationen – nach irischem Verständnis: das Urheberrecht – verleiht dem Inhaber jedoch eine **unumgängliche Schlüsselstellung** (**Bottle Neck Position**). Aus dieser wiederum resultiert die marktbeherrschende Stellung jedes der drei Unternehmen. Denn jeder 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 und kann deren Erscheinen verhindern. Die Tatbestandvoraussetzungen einer Essential Facility hat der EuGH später präzisiert. Deshalb soll auf die historischen Überlegungen des EuGH in Sachen Magill zu diesem Punkt nicht weiter eingegangen werden

Zum Missbrauch

Beruht 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 nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG** und **Art. 17 Abs. 1 Satz 3 Gr-CH**. Im Magill-Fall verlieh das irische Urheberrecht als Eigentum im verfassungsrechtlichen Sinne das entscheidende Ausschließlichkeitsrecht und gab dem Urheber zunächst ein Recht, über die Verwertung der Programminformationen frei zu entscheiden (§§ 31 ff. UrhG), also diese gerade auch nicht zu vermarkten. 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

(3) er dafür keine **zwingenden Schutzinteressen** auf seiner Seite hat (Sicherheit der Essential Facility, Sicherung des vom Aspiranten geschuldeten Entgelts, Gesundheitsschutz usw.).
(4) 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.

Die Grundsätze der Magill-Entscheidung wurden in einer folgenreichen Nachfolgeentscheidung präzisiert:

EuGH Oscar Bronner
(EuGH 26.11.1998 – C-7/97 – Oscar Bronner) Oscar Bronner will in Österreich eine neue landesweite Tageszeitung herausgeben. Er beansprucht vom konkurrierenden Verleger der Kronenzeitung, dass dessen Zeitungszusteller auch seine Zeitung in das von der Kronenzeitung betriebene Zustellsystem aufnehmen und den Haushalten zustellen. Andernfalls sei es unmöglich, in Österreich eine neue Tageszeitung auf den Markt zu bringen. Es stellte sich die Frage, ob die Verweigerung der Mitbenutzung durch K einen Missbrauch nach Art. 102 Satz 1 AEUV darstellte.

Der EuGH verneint die Voraussetzungen eines Missbrauchs wie in Sachen Magill. Dabei spielte vor allem ein Rechtsgedanke eine besondere Bedeutung. Jeder Verleger sei grundsätzlich gehalten, ein eigenes Zustellungssystem zu errichten, solange dies technisch möglich ist und wirtschaftlich nicht vollständig unrentabel erscheint (Rn. 44 ff.). Aus dieser Entscheidung leiten die Europäische Kommission und die europäischen Gerichte die sog. **Bronner-Kriterien** her. Diese beruhen auf zwei Schutzzwecküberlegungen (dazu Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 11.1.2024 − C-48/22 P – Google Search Rn. 85 ff.):

- Erstens steht auch dem Marktbeherrscher grundsätzlich die Freiheit zu, sich seinen Marktpartner selbst auszusuchen. Dieser darf ihm nicht aufgezwungen werden (**Grundsatz der negativen Vertragsfreiheit**). Andernfalls würde dem Marktbeherrscher etwa das Insolvenzrisiko dieses Partners gegen seinen Willen und ohne Steuerungsmöglichkeit auferlegt. Dies könnte bedeuten, dass der Marktbeherrscher keine Gegenleistung für die Inanspruchnahme der von ihm betriebenen Essential Facility erhält.
- Zweitens muss der Wettbewerb um Infrastruktureinrichtungen vor der Gefahr **positiver externer Effekte** (= Trittbrettfahrereffekte) geschützt werden. Dürften nämlich Konkurrenten regelmäßig die Infrastruktureinrichtungen des Marktbeherrschers mitbenutzen, bestünde für diesen kein Anreiz mehr, in deren Entwicklung zu investieren, weil sich Konkurrenten ähnliche Entwicklungskosten sparen und die Investitionen des Marktbeherrschers mitnutzen könnten.

Vgl. dazu:

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

EuGH Breitbandmarkt Slowakei I
(EuGH, 25.3.2021 – C-152/19 P – Breitbandmarkt Slowakei I) Die slowakische Tochtergesellschaft der Deutschen Telekom S war vor der Deregulierung des slowakischen TK-Marktes Monopolistin. Jetzt betreibt sie ein eigenes Telekommunikationsnetz, auf dessen Grundlage sie mit anderen TK-Anbietern konkurriert. S ist aber immer noch Eigentümerin der im Boden liegenden Leitungen. Aufgrund einer Weisung der slowakischen Deregulierungsbehörde soll S ihren Konkurrenten die technische Zugangsmöglichkeit zu den eigenen Endkunden eröffnen (Entbündelung). Dabei wird ua. die Dienstleistung über die Bereitstellung eines Hardware-Anschlusses von der Dienstleistung über die Erbringung einer Verbindungsnetzleistung beim Endkunden entkoppelt, so dass Verbindungsnetzdienstleistungen auch von mit S konkurrierenden Unternehmen angeboten werden können. Im Folgenden kommt es nach Ansicht der slowakischen Deregulierungsbehörde jedoch immer wieder zu Schwierigkeiten bei der Entbündelung durch S. Die Kommission erkennt in diesem Verhalten der S den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und geht gegen S vor.

Im Gegensatz dazu **verneint der EuGH die Voraussetzungen eines Missbrauchs** nach Art. 102 AEUV: Die Kommission durfte sich nicht auf die Anordnung der slowakischen Regulierungsbehörde verlassen, sondern hätte selbstständig prüfen müssen, ob der ungeschmälerte Zugang zum Netz der slowakischen Telekom für die konkurrierenden Anbieter unerlässlich dafür war, um auf den Markt für Verbindungsnetzdienstleistungen vorzudringen (Rn. 57). Den einschlägigen Beweis habe die Kommission aber nicht erbracht (Rn. 60).

Der EuGH nimmt die Entscheidung zum Anlass, die Grundsätze der Oscar-Bronner-Entscheidung noch einmal näher einzuordnen. Dort habe die Verweigerung der Aufnahme in das eigene Zustellungssystem vor allem deshalb keinen Missbrauch dargestellt, weil der Marktbeherrscher einem anderen Unternehmen **grundsätzlich keinen Zugang zu den eigenen Infrastrukturen** gewähren müsse, die er für eigene wirtschaftliche Zwecke eingerichtet habe (Rn. 45). Ganz grundsätzlich könne der Zweck des Art. 102 AEUV nämlich nicht darin bestehen, ein Unternehmen dazu zu zwingen, Verträge mit seinen Konkurrenten zu schließen: Denn dadurch werde der Wettbewerb höchstens kurzfristig gefördert, langfristig aber würden Investitionen eines Unternehmens in die eigene Infrastruktur entmutigt und ein Anreiz zu Trittbrettfahrerverhalten der Konkurrenten geschaffen (Rn. 47). Deshalb kommt ein Anspruch auf Zulassung zu den Infrastrukturen eines anderen Unternehmens nur in Betracht, wenn dieses als marktbeherrschendes Unternehmen den betreffenden Markt „**fest in seinem Griff hält**“ (Rn. 48). Dieser nicht näher erläuterte Begriff kennzeichnet nun die Rechtsanwendungsschwelle bei der EFD. Er bedeutet nicht, dass der Wettbewerb auf dem Markt ohne den Zugang vollständig unterbunden würde, wie dies noch in Sachen Magill gefordert wurde (EuGH Rn. 44). Voraussetzung dürfte allenfalls sein, dass auf dem nachgelagerten Markt **wirksamer Wettbewerb** verhindert wird (EuGH Rn. 55). Wirksamer Wettbewerb aber kontrolliert das Verhalten des Inhabers der EF auf dem nachgelagerten Markt und verhindert, dass dort eine marktbeherrschende Stellung entsteht, also eine Position des Inhabers der EF, die von Wettbewerb gerade nicht mehr hinreichend kontrolliert wird. Liegt diese Voraussetzung

vor, muss der Zugang zur Infrastruktureinrichtung für die Konkurrenten **unerlässlich** sein, um an diesem Wettbewerb teilzunehmen (Rn. 49). Es geht also um die gleichen Regelungsanliegen wie in Sachen Commercial Solvents (S. 248): Das Eigentum/die Inhaberschaft an einem Produktionsfaktor darf nicht dazu führen, dass die Wettbewerbsstruktur des nachgelagerten Marktes zerstört wird.
Allein unter diesen Voraussetzungen stellt die Verweigerung des Zugangs zu angemessenen Bedingungen ohne Sachgrund im Zweifel einen Missbrauch dar. Daraus resultiert folgender **Aufbau einer EF**:

(1) Durch die Inhaberschaft an der EF muss der Eigentümer den nachgelagerten Markt **fest in seinem Griff** haben. Es geht dabei um die Funktion der EF für den Zugang zum nachgelagerten Markt
(2) Dies ist der Fall, wenn **wirksamer Wettbewerb** auf dem nachgelagerten Markt verhindert wird. Dort darf also keine marktbeherrschende Stellung des Inhabers der EF entstehen.
(3) Dabei muss die Teilhabe an der EF **unerlässlich** sein, damit es auf dem nachgelagerten Markt zu wirksamem Wettbewerb kommt.

US Suprime Court Verizon II
(Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004)) Bei Verizon handelt es sich um einen U.S.-amerikanischen Telekommunikationsanbieter. Ihm wurde ebenfalls in einem Kartellverfahren vorgeworfen, sich nicht an die Vorgaben der amerikanischen Regulierungsbehörde gehalten und Konkurrenten nicht entsprechend deren Vorgaben zum eigenen Netz zugelassen zu haben.

Der Fall entspricht der Konstellation in Sachen „Breitbandmarkt Slowakei I“. Der Supreme Court verneint einen Kartellverstoß. Er äußert sich dabei kritisch über einen kartellrechtlichen Teilhabeanspruch und lehnt eine EFD grundsätzlich ab (S. 408: „because of the uncertain virtue of forced sharing“). So weit geht der EuGH nicht. Das Gericht erhöht jedoch die Darlegungs- und Beweislast der Kommission, wenn gegen den Inhaber einer Infrastruktureinrichtung vorgegangen wird. Ähnlich wie in Sachen Microsoft sind die Anforderungen an die Unerlässlichkeit nun deutlich auf ein anwendbares Maß herabgesetzt.

Auf die EFD kommt es praktisch immer wieder in Fällen außerhalb des Rechts der Digitalmärkte an.

EuGH Lukoil Bulgaria I
(EuGH, 18.12.2025 − C-245/24 – Lukoil Bulgaria I) Die Lukoil Bulgaria (K) betreibt eine zentrale Lagerstelle für Kraftstoffe in Bulgarien und ist insoweit Marktbeherrscher. Diese Stätte wurde ursprünglich durch den bulgarischen Staat im Interesse der allgemeinen Energieversorgung geschaffen und später von K zu einem Preis erworben, der dem Marktwert entsprach. K erlaubt Konkurrenten nicht, Kraftstoffe, auf ihrem Territorium zu lagern. Die bulgarische Wettbewerbsbehörde hat deshalb ein Bußgeld in Höhe von 100 Mio. Euro erlassen. Sie argumentiert,

dass das Gelände vom bulgarischen Staat im Interesse der Allgemeinheit erschlossen worden sei und deshalb K nicht völlig frei über dieses im eigenen Interesse verfügen könne. K ficht die Entscheidung vor dem zuständigen Gericht, dem Administrativen sad Sofia-oblast, an. Er wendet ein, dass das bulgarische Ordnungsrecht ihm keine völlige Handlungsfreiheit gebe, Drittunternehmen zu dem Gelände zuzulassen. Das Gericht legt dem EuGH die Frage vor, ob K gegen Art. 102 AEUV verstößt.

Der EuGH erkennt auf einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung, wenn der Marktbeherrscher auf einem Markt, bei dem der Wettbewerb durch die Präsenz eines marktbeherrschenden Unternehmens gestört ist, der Leistungswettbewerb weiter geschwächt wird (EuGH Rn. 31). Leistungswettbewerb kann jedoch andererseits gerade dazu führen, dass weniger effiziente Wettbewerber vom Markt verschwinden (EuGH Rn. 33). Ein Missbrauch kommt daher in einer Konstellation wie der vorliegenden nur in Betracht, wenn ein ebenso leistungsfähiger Konkurrent keine tatsächliche Möglichkeit hat, mit dem Marktbeherrscher zu konkurrieren. Seine Wettbewerbsfähigkeit muss daher mit dem Zugang zu den Lagerstätten stehen oder fallen (Rn. 49). Dies wäre etwa der Fall, wenn andere Lagerstätten in Bulgarien aus geologischen, politischen oder ordnungsrechtlichen Gründen nicht erschlossen werden könnten. Dies wurde jedoch nicht vorgetragen. Dass der bulgarische Staat das Gelände ursprünglich im Interesse der Allgemeinheit erschlossen hatte, lässt der EuGH als Argument nicht gelten, da K das Gelände zu seinem Marktwert vom Staat erworben hat und nun als sein Eigentum bewirtschaftet (Rn. 56). Deshalb gelten die Bronner-Kriterien, und K muss Konkurrenten nicht zulassen.
Verstärkend tritt aus Sicht des EuGH hinzu, dass K nur Adressat des Kartellrechts sein könne, wenn er Gestaltungsfreiheit in Bezug auf den Zugang von Drittunternehmen habe und insoweit nicht öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliege (Rn. 52 ff.). Demgegenüber wird man jedoch **Art. 106 Abs. 1 AEUV** einwenden müssen (vgl. dazu das Kapitel in diesem Skript). Verhindern staatliche Regelungen, dass K die Lagerstellen mit anderen Unternehmen teilen muss, ist K ein öffentliches Unternehmen im Sinne dieser Norm, weil es vom bulgarischen Staat mit einem Sonderrecht ausgestattet ist. Das Kartellrecht ist dann nach Art. 106 Abs. 1 AEUV auf das Zusammenwirken des Staates und K anwendbar.

Vgl. auch: **EuGH**, 27.2.2025 − C-220/24 – **Aeroportul International „Avram Iancu“ Cluj**: Die vom rumänischen Staat kontrollierte Betreibergesellschaft des Flughafens Cluj (K) verweigert dem Unternehmen B den Zugang zu Bodenabfertigungsdiensten auf dem Flughafen (Betanken, Wartung, Sicherheitsdienstleistungen, Caterin). K verteidigt sich damit, dass die Richtlinie über den Zugang zum Markt für Bodenabfertigungsdienste 96/67 nicht auf K anwendbar sei, was zutrifft. Wie in Sachen „Breitbandmarkt Slowakei I wird jedoch Art. 102 AEUV nicht durch sekundäres Unionsrecht,

hier die Richtlinie, verdrängt (EuGH Rn. 28). In Fällen dieser Art stellt sich die Frage, ob der Betreiber des Flughafens den Zugang Dritter nicht nach den Bronner-Kriterien verweigern darf (zu diesen S. 259).

c) § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB

§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB regelt den Tatbestand des Missbrauchs einer Essential-Facility im deutschen Kartellrecht. Ursprünglich zielte die Norm auf eine Liberalisierung der Energiemärkte; ihr Wortlaut war entsprechend auf Leitungen usw. beschränkt. Die 10. GWB-Novelle hat den Normwortlaut jedoch deutlich erweitert. Nunmehr geht es auch um den Zugang zu Daten, zu Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen, wobei die Belieferung oder die Gewährung des Zugangs objektiv notwendig sein muss, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein und eine sachlich nicht gerechtfertigte Weigerung den wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt auszuschalten droht. Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 19/23492, S. 72) soll die Neufassung sicherstellen, dass nicht nur der Zugang zu physischen Leitungen eröffnet werden kann, sondern auch der Zugang zu Plattformen, Schnittstellen und Standards.

Der Tatbestand ist so strukturiert:

1. Das Tatbestandsmerkmal der Infrastruktureinrichtung (bzw. des Netzwerks oder der Daten) bezieht sich auf eine **pfadabhängige Technologie**, bei der das Angebot auf einem vorgelagerten Markt über den Zugang auf den nachgelagerten Markt entscheidet (vgl. den Wortlaut). Überlegungen zur **Schlüsselstellung des Anbieters als Torwächter** (Gatekeeper- bzw. Bottleneck-Position) auf der Grundlage indirekter Netzwerkeffekte gehören an diese Stelle. Das Tatbestandsmerkmal „**Netzwerk“** dürfte sich auf das Vorhandensein eines direkten und indirekten Netzwerkeffekte iSd. § 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB beziehen. Was den **Zugang zu Daten** anbelangt, äußert sich der Gesetzgeber wie folgt (BT-Drucks. 19/23492, S. 72):

„So sind etwa Konstellationen denkbar, in denen ein marktbeherrschendes Unternehmen den Zugang über die Nutzungsdaten einer bestimmten Person oder Maschine kontrolliert und ein anderes Unternehmen, das Zusatzdienste für den Betreiber der Maschine oder für den Nutzer eines Dienstes anbieten will, Zugang zu den individualisierten Nutzungsdaten benötigt, um seinen Dienst (Wartung, Reparatur oder innovatives komplementäres Angebot) an die Bedürfnisse des Nutzers anpassen zu können. In dieser Konstellation muss der Zugang zu individualisierten, automatisiert erzeugten Nutzungsdaten aber die datenschutzrechtrechtlichen Anforderungen für die mit dem Zu- gang verbundene Verarbeitung personenbezogener Daten erfüllen, insbesondere bedarf es einer Rechtsgrundlage für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung. In einer anderen denkbaren Konstellation könnte ein Unternehmen Zugang zu den aggregierten Nutzungsdaten einer Vielzahl von Nutzern oder Maschinen begehren, etwa zur besseren Vorhersage von Störungen einer Maschine oder der Nutzerbedürfnisse.“

2. Die Schlüsselstellung unter 1 (Bottle-Neck-Position) muss ferner so ausgestaltet sein, dass die Inanspruchnahme der Infrastruktureinrichtung **objektiv notwendig** ist, um auf den nachgelagerten Markt vorzudringen.

3. Der Zugang zur Infrastruktureinrichtung muss **verweigert** oder nur zu unangemessenen Bedingungen angeboten werden.

4. **Gesamtbetrachtung**: Es muss eine Ausschaltung wirksamen Wettbewerbs auf dem nachgeschalteten Markt drohen und dafür darf keine sachliche Rechtfertigung bestehen. Beide Aspekte müssen im Rahmen der **Theorie der beweglichen Schranken** in eine Gesamtbetrachtung eingestellt werden. In ihrem Rahmen können auch die Grundsätze der EuGH-Rechtsprechung zur Anwendung kommen.

Ein typisch deutsches Anwendungsbeispiel beinhaltet

OLG Koblenz Nürburgring
(OLG Koblenz, 4.1.2024 − U 1102/23 Kart – Nürburgring) K veranstaltet die Rennserie Nürburgring-Langstrecken-Serie (NLS), B ist Betreiberin des Nürburgrings. Lange Zeit fand die NLS auf dem Nürburgring statt. Nun kündigt B jedoch an, mit einem anderen Rennsportveranstalter kooperieren zu wollen und verweigert K den Zugang zum Nürburgring.

Das OLG sieht den Nürburgring als Infrastruktureinrichtung iSd. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB an, die Zugang zum Markt für Langstreckenrennen eröffnet. Im Rahmen der Gesamtbetrachtung geht das Gericht davon aus, dass der Betreiber die Möglichkeit der Repartierung der vorhandenen Kapazitäten nicht ausreichend ausgeschöpft habe. Insgesamt muss B eine diskriminierungsfreie Vergabe der vorhandenen Kapazitäten sicherstellen. Man wird ihr dabei das Recht einräumen, neue Strategien bei der Nutzung des Nürburgrings zu verfolgen, zu denen das Engagement des K nicht mehr passt. Solche Beweggründe müssen jedoch als Sachgründe vorgetragen werden, damit K eine Chance hat, die Entscheidung auf Willkürfreiheit zu überprüfen.

d) Die Microsoft-Entscheidung des EuG als Übergangsfall

Die dargestellten Grundsätze zur Essential-Facility-Lehre stellte vor allem 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
(EuG 17.9.2007 – T-201/04 - **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 ua.) 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 in dreistelliger Millionenhöhe zu verhängen und die Offenlegung der von SUN erbetenen technischen Informationen zu verlangen. Gegen diese Entscheidung wendet sich Microsoft an das Europäische Gericht. Der Marktanteil von Betriebssystemen der Firma Microsoft beträgt zu diesem Zeitpunkt weltweit 90 %.

In Betracht kam ein Verstoß gegen Art. 102 Satz 2 lit. b AEUV. Bei der Konkretisierung des Missbrauchs ging es um die Frage, 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 ein solcher **vorgelagerter Markt** laut SV jedenfalls für Programmentwickler auf der Basis von Solaris **nicht existiert**. Gemessen am Zweck der Essential-Facility-Lehre nach den Grundsätzen der Magill-Entscheidung des EuGH 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, EuG Rn. 335).

b) Fraglich war jedoch, ob die Lizenz von M **unerlässlich** ist. ISd. EFD bedeutet Unerlässlichkeit, dass der Zugang zum nachgelagerten Markt ohne die Essential Facility nicht möglich ist. Dies war jedoch nicht der Fall, da 10 % der Nutzer andere Betriebssysteme verwendeten. 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 Weiterung gegenüber der Magill-Entscheidung, die den **Begründungszusammenhang der EFD durchbricht**. 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. 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. Auch dies lässt sich vorliegend nur deshalb bejahen, weil S seine eigenen Produkte, die bislang nur auf Solaris lauffähig waren, auf die Windows-Ebene portieren will. Ein Innovationsschub wie im Magill-Fall lag nicht vor und konnte daher nicht zur Rechtfertigung der Entscheidung herangezogen werden.

Diese Schwierigkeiten 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 Nachfrager nach seinem Betriebssystem dar (typischerweise Computerhersteller, die das Betriebssystem vorinstallieren), die andere hingegen alle Unternehmen, die durch Nutzung der Schnittstellen des Betriebssystems Anwendungssoftware produzieren und diese den Nutzern anbieten wollen. Zugunsten dieser Investoren bestehen indirekte Netzwerkeffekte: Denn je größer die Zahl der Nachfrager des Betriebssystems ausfällt, um so attraktiver erscheint dieses als Investitionsplattform für die Herstellung von Anwendungssoftware. Die Machtstellung von Microsoft gegenüber diesen Investoren spiegelt sich daher in der Zahl der Nachfrager und der ihnen nachfolgenden Computerkäufer und Nutzer, die Windows auf ihren Rechnern installieren. Für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung nach der Lehre vom mehrseitigen Markt kommt es also nicht darauf an, dass Microsoft 100 % der Nutzer auf seiner Seite weiß. Die Größenordnung von 90 % an Nutzern des Betriebssystems beeinflusst nämlich die Machtstellung von Microsoft auf dem Markt für die Schnittstellentechnik und verleiht ihm dort eine Quasi-Monopolstellung.

e) Der Plattformbetreiber als Intermediär auf einem mehrseitigen Markt

aa) Einleitung

Eine wichtige Erkenntnis der Essential-Facility-Doktrin beruht auf der Überlegung, dass die Machtstellung des Plattformbetreibers als **Intermediär** (**Torwächter** bzw. **Gatekeeper**) auf dem Zusammenspiel zweier Interaktionsbereiche gründet (vor- und nachgelagerter Markt). Doch muss es sich dabei nicht immer um echte Märkte handeln. Denn häufig gewinnt der Intermediär (Torwächter, Gatekeeper) ein Massenpublikum durch kostenlose Abgabe von Dienstleitungen, um dieses in großen Scharen anzulocken und somit Aufmerksamkeit für seine Plattform zu generieren. In einem zweiten Schritt kapitalisiert er den hohen Aufmerksamkeitswert gegenüber Werbeinteressenten und Händlern, die ihr Publikum über seine Plattform adressieren. Die Lehre vom mehrseitigen Markt eröffnet einen neuen Blick auf diese Fälle: Ihr Schwerpunkt liegt anders als im Falle der EFD nicht so sehr darin,

dass das Eigentum des Intermediär (Torwächter, Gatekeepers) an der Infrastruktureinrichtung sozial gebunden ist. Sie stellt vielmehr auf den (potenziellen) nachgelagerten Markt ab, dessen Wettbewerbsstrukturen gefährdet sind, weil der Intermediär den Weg zu diesem Markt kontrolliert (Flaschenhalsposition, Torwächter- oder 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 Ausbeutungsmissbrauch begehen, indem er zu hohe Entgelte fordert. Das Problem begegnet im Fall des Werbeblockers (S. 276).
- Auch ist ihm der Konditionenmissbrauch gegenüber einer Nutzergruppe untersagt, wie der vom BGH entschiedene Facebook-Fall zeigt: S. 272 und S. 221
- Die Amex-Entscheidung des Supreme Court steht schließlich für die Gefahren indirekter externer Effekte im Kreditkartenschäft S. 270.

bb) Die Lehre vom mehrseitigen Markt

Die Lehre vom mehrseitigen Markt thematisiert **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 vor allem auf der hohen Zahl der (privaten) Nutzer, die Facebook und die ihm angeschlossenen Dienstleister (Instagram, WhatsApp) als soziales Netzwerk oder Messagerdienste in Anspruch nehmen. Die Mitgliedschaft auf diesen Plattformen bzw. die Nutzung der dort angebotenen Dienste ist bekanntlich unentgeltlich. Rein äußerlich lassen sich dabei zwei Interaktionsbereiche voneinander unterscheiden: der Bereich der Nutzung von Facebook zur gegenseitigen Kommunikation (Kommunikationsbereich) und die Nutzung von Facebook als Werbeplattform (Werbebereich). Soweit der Werbebereich betroffen ist, hängt der Wert der Werbeplattform von der Anzahl der Nutzer im Kommunikationsbereich ab. Dieses Phänomen bezeichnet man als **indirekten Netzwerkeffekt**: Ein **Netzwerkeffekt** entsteht dann, wenn der Wert einer ökonomischen Leistung davon abhängt, wie häufig sie nachgefragt wird. Vorliegend tritt dieser Effekt im Werbebereich **indirekt** ein: Denn er hängt nicht von der Zahl der Nachfrager *im Werbebereich* ab, sondern von der Zahl der Nachfrager *im Kommunikationsbereich*. Aber auch ein **direkter Netzwerkeffekt** lässt sich auf Facebook verzeichnen (dieser ist jedoch von geringerer kartellrechtlicher Bedeutung): Der Wert des Unternehmens als soziales Netzwerk im Kommunikationsbereich hängt unmittelbar von der Zahl seiner Nutzer ab: Da jeder Einzelne grundsätzlich daran interessiert ist, möglichst viele Bekannte oder interessante Kontakte vorzufinden, steigt der Wert des Kommunikationsbereiches mit zunehmender Nutzerzahl. Für die Funktionsweise des mehrseitigen Marktes kommt es jedoch vor allem auf die indirekten Netzwerkeffekte ab, wie noch zu zeigen sein wird.

Tatbestandsvoraussetzung eines mehrseitigen Marktes ist also, dass der Systembetreiber **zwei Nutzergruppen über eine Plattform** adressiert und **zwischen diesen Nutzergruppen indirekte**

Netzwerkeffekte entstehen (BGH, 23.4.2024 − KVB 56/22 – Amazon Rn. 53). Häufig wird dabei eine aus Verbrauchern bestehende Nutzergruppe durch unentgeltlich erbrachte Dienstleistungen für die Plattform geworben. Die Plattform wird dadurch für die zweite, unternehmerisch organisierten Nutzergruppe attraktiv, was es dem Betreiber ermöglicht, von dieser zweiten Nutzergruppe ein Entgelt zu fordern, mit dem er seine Gesamtkosten deckt:

(a) Ein **Reisevermittlungsportal** adressiert Verbraucher, die Reisen und Hotelzimmer buchen, unentgeltlich, von den Hotels hingegen verlangt es ein Entgelt (S. 166).

(b) Ein Unternehmen, das **Tickets für Konzerte und Events** veräußert, fordert von den Verbrauchern kein gesondertes Entgelt für seine Vermittlungsleistung, erhebt aber von den Veranstaltern, deren Eintrittskarten vertrieben werden, einen Abschlag auf den vom Kunden gezahlten Kaufpreis (S. 345)

(c) Der **Betreiber einer Suchmaschine** adressiert die Verbraucher unentgeltlich, die Werbekunden auf seinen Seiten hingegen entgeltlich (S. 278).

(d) Der **Anbieter eines Werbeblockers** wendet sich an die Verbraucher mit einem unentgeltlichen Angebot, verlangt aber von den Website-Betreibern ein Entgelt dafür, dass die dort platzierte Werbung nicht unterdrückt wird (S. 276).

(e) Ein **Kreditkartenunternehmen** adressiert die Karteninhaber nicht durch Forderung eines Entgelts, das die erbrachten Zahlungsdienstleistungen decken würde, sondern nur durch Erhebung einer jährlichen Pauschale. Die Haupteinnahmequelle stellen Händler dar, bei denen die Kunden Umsätze mittels Kreditkarte tätigen und denen gegenüber das Kartenunternehmen einen Abschlag von der gezahlten Summe (Disagio) einbehält (S. 270).

(f) Der Hersteller einer Spielekonsole gibt diese nicht unentgeltlich, jedoch häufig zu subventionierten Preisen an die Verbraucher ab und adressiert vor allem die **Entwickler von Computerspielen** als zahlende Nutzergruppe, von denen er Lizenzgebühren für die Schnittstelleninformationen fordert.

(g) Der Betreiber eines **Einkaufszentrums** adressiert dessen Besucher als unentgeltliche Nutzergruppe durch Sonderveranstaltungen, die Mieter der Geschäftslokale jedoch als entgeltliche Nutzer.

Die ökonomischen Grundlagen dieses Effekts beschreibt die **Lehre vom mehrseitigen Markt**, die 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. Denn dieser Markt hat **eine weitere Seite**, deren Verständnis für sein Funktionieren unabdingbar ist. Im Fall des sozialen Netzwerks ist dies die Zahl der Nutzer im Kommunikationsbereich.

Für diese ökonomischen Zusammenhänge kommt es nicht darauf an, **ob die Nutzer von Facebook mit ihren persönlichen Daten für die Inanspruchnahme der Dienstleistungen des Unternehmens zahlen** (so die Europäische Kommission in Sachen **Google Shopping** S. 279 und der BGH in Sachen **Facebook** S. 221). Mit dieser Überlegung soll erklärt werden, dass der Provider tatsächlich auf zwei echten Märkten tätig ist, die miteinander verbunden sind. Auch **§ 18 Abs. 2a GWB**, der für die Zwecke der Missbrauchskontrolle ausdrücklich Märkte mit unentgeltlichen Leistungen anerkennt, will einschlägige Bedenken zerstreuen, indem er die Berücksichtigung von Märkten erlaubt, auf denen Waren und Dienstleistungen unentgeltlich abgegeben werden. Doch kommt es für die Lehre vom mehrseitigen Markt nicht darauf an, ob der Provider auch gegenüber den Verbrauchern auf einem klassischen Markt agiert. Das unentgeltlich bediente Nutzersegment erscheint nur wie eine zweite Seite des eigentlichen (klassischen) Marktes. Maßgeblich kommt es also darauf an, dass der Betreiber eine möglichst große Zahl von Nutzern anzieht, die den indirekten Netzwerkeffekt auf diesen eigentlichen Markt verstärken. Dort erbringt der Plattformbetreiber dann seine Dienstleistung gegen Entgelt.

Versteht man daher den mehrseitigen Markt als einen klassischen Markt, in dem ein Angebot auf eine entgeltliche Nachfrage trifft, liegt seine Besonderheit darin, dass die Machtverhältnisse auf diesem Markt durch einen weiteren eigenständigen Interaktionsbereich bestimmt werden, auf dem die für den Austausch von Angebot und Nachfrage entscheidenden indirekten Netzwerkeffekte generiert werden. Regelmäßig handelt es sich um das Verbrauchersegment, wo Nutzer durch unentgeltliche Leistungen geworben werden. Ein **mehrseitiger Markt** lässt sich daher so definieren (BGH, 23.4.2024 − KVB 56/22 – Amazon Rn. 53):
(1) Mindestens zwei Nutzergruppen bedienen sich derselben, von einem **Intermediär** zur Verfügung gestellten **Plattform**.
(2) Zwischen den Nutzergruppen bestehen **indirekte Netzwerkeffekte.** Dies bedeutet: Mindestens für eine Nutzergruppe steigt der Wert der Plattform, wenn sich die Anzahl der Teilnehmer der

anderen Nutzergruppe erhöht. Weil der Netzwerkeffekt nicht innerhalb derselben Nutzergruppe eintritt, wenn deren die Anzahl steigt, sondern sich für die zweite Nutzergruppe auswirkt, spricht man von einem **indirekten** Effekt. Indirekte Netzwerkeffekte lassen sich in einer Vielzahl von Märkten und nicht nur in der Digitalwirtschaft beobachten:

Die Wirkungsweise verdeutlich folgender Fall:

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

(**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), nicht auf seine eigenen Kunden mit dem Ziel einzuwirken, diese 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. Die Dienstleistung von A kann H jedoch als zu teuer erscheinen. Eine wirtschaftlich vernünftige Reaktion des H läge darin, seine Kunden bei der Abrechnung auf diesen Umstand hinzuweisen. Gerade dies verbietet A dem H jedoch.

Der Supreme Court stellt in der Entscheidung fest, dass das **Kreditkartengeschäft ein zweiseitiger Markt** sei. Denn dem Kreditkartenunternehmen stehen zwei Nutzergruppen gegenüber: die Karteninhaber und die Händler. Beide Nutzergruppen profitieren von indirekten Netzwerkeffekten. 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 von dem französischen Nobelpreisträger *Tirole* entwickelt (*Rochet*/*Tirole*, Journal of the European Economic Association (Vol. 1, No. 4, June 2003), 990 ff.; vgl. auch meine eigene frühere Arbeit *Oechsler*, Wettbewerb, Reziprozität und externe Effekte im Kreditkartengeschäft, 1992). *Tirole* machte dabei folgende wichtige Beobachtung: Die 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 würden. Denn die mit solchen Investitionen verbundenen Vorteile kämen auch den eigenen Konkurrenten zugute.

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 über diese Karte) 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 selbst herbeiführen und 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 hereinzuholen. 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 für sie 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 deutschen Recht regeln **§§ 270a, 312a Abs. 4 BGB** diese Frage wettbewerbsneutraler Zahlungsvorgänge (vgl. dazu BGH, 25.3.2021 – I ZR 203/19 - Nutzungsentgelt für bargeldlose Zahlungen).

cc) Der mehrseitige Markt im GWB

Das GWB trifft eine Reihe von Regelungen zur Bändigung der Intermediationsmacht der Plattformbetreiber auf mehrseitigen Märkten:

- Nach § 18 Abs. 2a GWB können Märkte bei Gewährung unentgeltlicher Leistungen zustande kommen.

- § 18 Abs. 3a GWB nennt Kriterien, nach denen die Machtstellung eines Unternehmens auf dem deutschen Markt bestimmt werden kann.
- § 18 Abs. 3b GWB stellt die Bedeutung des Intermediärs für den Zugang zu Absatz- und Beschaffungsmärkten heraus
- **§ 19a GWB** sieht eine Missbrauchskontrolle bei marktübergreifenden Stellungen vor (dargestellt ab S. 288).
- Intermediäre auf mehrseitigen Märkten sind **Adressaten des Diskriminierungsverbots** nach § 20 Abs. 1 Satz 2 GWB (S. 316).
- Eine besondere Form des Behinderungsmissbrauchs stellt es nach **§ 20 Abs. 3a GWB** dar, wenn die Intermediäre den sog. **Tipping Network Effect** durch Maßnahmen unterstützen, die nicht dem Leistungswettbewerb entsprechen.

Für das deutsche Recht hat der BGH in Sachen **Facebook** einige **Anwendungsfragen des § 18 Abs. 2a und Abs. 3a GWB** geklärt (zu diesem Fall bereits S. 221):

BGH Facebook – 2. Teil
(BGH 23.6.2020 – KVR 69/19, BGHZ 226, 67 – **Facebook**) 90 % der Nutzer von sozialen Netzwerken in Deutschland sind zum Zeitpunkt der Entscheidung 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:

(24) „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".

Messangerdienste (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). Doch dürfte möglicherweise auch von einer Betroffenheit von Österreich, Luxemburg (EU) und der Schweiz auszugehen sein.

(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, dass Bedarfsmarktkonzept zu korrigieren (Rn. 29). Das Gericht hält das **Zahlen mit Daten als Gegenleistung für möglich** (Rn. 29).

(3) Der BGH sieht ferner den Markt für soziale Netzwerke als Teil eines **mehrseitigen Marktes** an (Rn. 30 ff.). Dies ändert nach Auffassung des Gerichts jedoch nichts daran, dass dieser Markt 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 zweiter 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.). Für diese Betrachtungsweise spricht, dass die **indirekten Netzwerkeffekte** im Geschäftsmodell von Facebook **nur in eine Richtung bestehen**: Sie beruhen auf Teilnehmerzahl im sozialen Netzwerk und wirken sich von dort auf dem Werbemarkt aus: Werbekunden kontrahieren mit F, weil F viele Nutzer in seinem sozialen Netzwerk bindet. Umgekehrt schließen sich die Nutzer des sozialen Netzwerks F jedoch nicht an, weil sie dort auf viele werbende Unternehmen treffen! Aus diesem Grund spielen für die Bemessung der Kräfteverhältnisse auf dem Markt für soziale Netzwerke die Wettbewerbsverhältnisse im Werbegeschäft keine Rolle.

(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 Möglichkeit der parallelen Nutzung mehrerer Plattformen durch die angesprochenen Nutzer). Besteht die Möglichkeit einer gleichzeitigen Nutzung mehrerer Plattformen durch die Verbraucher tritt die Bedeutung des indirekten Netzwerkeffekts zurück: Denn die Werbeinteressenten können auf Plattform A agieren, dabei aber das Publikum auf Plattform B adressieren. In diesem Fall übt der Betreiber der Plattform B ihnen gegenüber keine Sperrstellung aus (ähnlich BGH Facebook Rn. 45 f.). Der Verhaltensspielraum eines solchen Plattformbetreibers ist daher durch Wettbewerb hinreichend kontrolliert. § 18 Abs. 3a Nr. 2 GWB stellt auf die **parallele Nutzung mehrerer Dienste** und den Wechselaufwand ab. Dieser besteht auch in anderen Bereichen: Mit der Durchsetzung einer bestimmten **Spielkonsole** (Playstation, Switch,

Xbox) kann deren Hersteller einen **de-facto-Standard** schaffen, der den Spieleentwicklern eine relativ sichere Investitionsplattform schafft. Diese Basis ist wiederum in dem Maß angreifbar, wie andere, parallele Standards bestehen. Können die Spieler und Spieleentwickler leicht auf einen alternativen Konsolenstandard ausweichen, geht die Wirkung eines Netzwerkeffekts nach Nr. 1 zurück.

b) Nach **§ 18a Abs. 3a Nr. 2 GWB** spielt 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. Spiele wird er daher nur für dieses erwerben. Erweist sich das Nachfolgemodell der Konsole als kompatibel und erlaubt eine Verwendung der alten Spiele, ist der Kunde auch hier – diesmal in Bezug auf den Erwerb der Konsole – gebunden. 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.

Ein Lock-in-Effekt besteht **auch in sozialen Netzwerken**. K hat in dem von B betriebenen sozialen Netzwerk 150.000 Follower. Als es zu einem Konflikt zwischen K und B kommt, kann K nicht auf ein konkurrierendes Netzwerk ausweichen, weil er seine Follower verlieren würde.

c) 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 (BGH, 23.6.2020 – KVR 69/19, BGHZ 226, 67 – Facebook Rn. 51). **§ 18 Abs. 3a Nr. 5 GWB** liegt damit der Gedanke zugrunde, die auf Netzwerkeffekten beruhende Stellung nicht absolut zu würdigen, sondern stets in die Betrachtung mit einzubeziehen, dass diese u.U. bereits durch neuere technische Entwicklungen schon wieder infrage gestellt sind. Hier greift im Übrigen die Lehre vom sog. “**Tipping Network Effect**” des Ökonomen *Brian Arthur* (Increasing Returns and the New World of Business, Harvard Business Review 74 (1996) 100). Der Vorsprung eines Unternehmens kann „kippen“, wenn die Konkurrenz technisch aufholt und am Ende sogar überlegene Lösungen entwickelt. Diese Entwicklung kann jedoch auch in eine andere Richtung verlaufen und eine durch Wettbewerb bestimmte Marktlage in eine eher vermachtete Position verändern. Dies soll durch **§ 20 Abs. 3a GWB** verhindert werden. 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 die Konkurrenz keine technischen Alternativen entwickelt. Dazu trägt der Umstand bei, dass die Firma des Unternehmens mit der Innovationsleistung eine Zeitlang in Verbindung gebracht wird (**„first mover advantage“**). Dieser Effekt lässt jedoch mit der Zeit nach, so dass der Markt in eine zweite Phase mit einer stärker wettbewerblichen Struktur eintreten kann. Ein anschauliches Beispiel liefert der Markt für Tabletcomputer, der zunächst vom ersten Anbieter dieser Geräte überhaupt (Apple) beherrscht wurde, heute aber durch Wettbewerb geprägt ist.

§ 18 Abs. 3a GWB enthält weitere Tatbestände:

§ 18 Abs. 3a Nr. 3 GWB: Hier werden **Größenvorteile** (**Economies of Scale, Skalenvorteile**) im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten beurteilt. Der amerikanische Ökonom *Brian Arthur* (s. bereits oben) hatte als einer der ersten herausgearbeitet, dass im Softwarebereich zwar hohe Entwicklungskosten bestehen können (zB. für die Erstellung einer CAD-Anwendung), jedoch die Kosten für das einzelne, zum Verkauf bereitgestellte Produkt (Kosten für DVD oder Download der fertigen Software), die sog. **Grenzkosten** also, **verschwindend gering** ausfallen. In einer solchen Kostensituation besteht ein großer Anreiz für den Hersteller, das Vertriebsnetz 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 (§ 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB) und beruht auf der gesetzgeberischen Vermutung über den hohen **ökonomischen Wert sog. „Datenschätze“**. Wer über diese verfügt, kann die Kunden gezielter ansprechen (Targeting) und deren Bedürfnisse zielgerechter befriedigen. Dies hält die Konkurrenten möglicherweise auf Abstand (Entrenchment Effect).

Nach **§ 18 Abs. 3b GWB** kommt es bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens, das als Vermittler auf mehrseitigen Märkten tätig ist, auch auf die Bedeutung der von ihm erbrachten Vermittlungsdienstleistungen für den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten an. Die Norm bezieht sich auf die bereits erwähnte **Intermediationsmacht** der Plattformbetreiber: So sind die

Anbieter von Reiseleistungen bspw. auf ein gutes Ranking bei Reisevermittlern im Internet angewiesen. Dies kann so weit führen, dass der Intermediär den Zugang eines Reiseunternehmens zu seinen Kunden kontrolliert (BT-Drucks. 19/23492, S. 69).

§ 20 Abs. 1 Satz 2 GWB erweitert den Kreis der Verpflichtungsadressaten des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots auf **Intermediäre** (Vermittler) auf mehrseitigen Märkten. Voraussetzung ist, dass für das jeweils andere Unternehmen keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen, um auf vor- oder nachgelagerte Märkte zu gelangen.

§ 20 Abs. 3a GWB will schließlich einem Umkippen von Märkten mit Netzwerkeffekten in eine Monopolsituation vorbeugen. Es geht um den bereits erwähnten **Tipping Network Effect** („**Tipping**"; vgl. dazu S. 274). Die Norm wird im Rahmen der Besprechung des § 20 GWB näher vorgestellt (S. 330)

Vgl. zur praktischen Anwendung des § 18 Abs. 3a GWB:

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 geführte weiße 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 im Wege des Behinderungsmissbrauchs 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 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 ihren Werbebotschaften zu den Nutzern der eigenen Website: Folglich geht es um einen Markt für den Zugang mit Werbebotschaften zum eigenen Kunden (Rn. 27). Dort verfügt

B über eine marktbeherrschende Stellung, weil es für die Nachfrager 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 sind sie jedoch gehalten, die Aufmerksamkeit einer möglichst großen Zahl von Nutzern zu erlangen, damit ihre Website als Werbeplatz attraktiv erscheint. Folglich 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 wird vielleicht noch **ergänzen** dürfen, dass die 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 gerade ein indirekter Netzwerkeffet, der sich auf den Markt für die Zugangsmöglichkeit zu Internetnutzern mit Werbebotschaften 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). Allerdings 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 in den Entscheidungsgründen 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, nämlich die Gestaltung seiner Website, gewonnen 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 kaum zubilligen können, die eigenen Kosten für die Erstellung des Programms iHv. 30% der Werbeeinnahmen auf die Websitebetreiber umzulegen.

BGH Whitelisting/Werbeblocker
(BGH 10.12.2019 − KZR 57/19 – Whitelisting/Werbeblocker) Ein Tochterunternehmern der Pro7/Sat1-Gruppe, das die digitale Vermarktung von Inhalten im Internet betreibt, geht gegen den Anbieter von Werbeblockern mit Whitelisting vor. Die Entscheidungsgründe entsprechen denjenigen in Sachen Werbeblocker III. Problematisiert wird die Höhe des geforderten Entgelts iHv. 30 % des getätigten Umsatzes nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (**Ausbeutungsmissbrauch**) vor. Dazu regt der **BGH** an, das Vergleichsmarktkonzept gegebenenfalls durch den Maßstab des Konzepts der Gewinnspannenbegrenzung (S. 214) zu ersetzen (Rn. 50).

dd) Mehrseitige Märkte im europäischen Kartellrecht

Eine bedeutsame Entscheidung zur Lehre vom mehrseitigen Markt im Europäischen Kartellrecht stellt der Fall Google Search/Google Shopping dar.

EuGH Google Shopping
(EuGH, 10.09.2024 – C-48/22 P – **Google Shopping**; zuvor EuG, 10.11.2021 – T-612/17; Kommission, 27.6.2017 (Case AT.39740, C(2017)4444 final). Die Google, Inc. (Mountain View, Ca, im Folgenden: G) bedient auf dem europäischen Binnenmarkt zum Entscheidungszeitpunkt bis zu 90 % der unentgeltlichen Suchanfragen im Internet. G verfügt jedoch auch über eine eigene Preissuchmaschine (Google Shopping). Sucht ein Nutzer mit Hilfe der Google-eigenen Suchmaschine (Google Search) nach einem bestimmten Produkt, räumt G dem eigenen Preisvergleichsportal auf der Ergebnisseite Vorrang vor den Ergebnissen konkurrierender Preissuchmaschinen ein. Die Kommission hat wegen dieses Vorgangs ein Bußgeld iHv. 2,42 Milliarden Euro gegen G erlassen, dass das EuG und schließlich der EuGH in letzter Instanz bestätigt haben.

Überblick
Die Macht von Google beruht vorliegend auf seiner starken Stellung im Bereich der Erbringung unentgeltlicher Suchdienstleistungen über seine Suchmaschine. Diese Machtstellung beeinflusst unter anderem den Markt für die Vermittlungsleistung von Preisvergleichsportalen (Preissuchmaschinen).

Marktbeherrschende Stellung
Das erste Problem des Falles liegt in der Frage, wie die Machtstellung von Google rechtlich zu fassen ist. Dafür bestehen **zwei Wege**, die im vorliegenden Verfahren auch von den befassten Behörden und Gerichten kumulativ gewählt wurden.
Erstens könnte Google ein Quasimonopolist auf dem Markt für Suchdienstleistungen sein. Dafür

spricht vermeintlich sein Marktanteil von 90 % im Sektor der Suchanfragen. Allerdings erbringen die Nutzer für diese Dienstleistung kein Entgelt. Es stellt sich daher die Frage, ob überhaupt ein Markt vorliegt. Denn zur Wertschöpfung auf einem echten Markt kommt es nur, wenn ein Angebot auf eine entgeltliche Nachfrage trifft. Das deutsche Recht kennt aus diesem Grund eine ausdrückliche Regelung dahingehend, dass im Rahmen der Missbrauchskontrolle von einem Markt auch dann auszugehen ist, wenn auf diesem keine Gegenleistung in Geld erbracht wird (§ 18 Abs. 2a GWB). Die Kommission bejaht die Markteigenschaft hingegen mit der Überlegung, der Kunde zahle gegenüber Google mit seinen Daten (Kommission Rn. 158). Das „**Zahlen mit Daten**" entspricht einer vordringenden ökonomischen Betrachtungsweise (vgl. *Ramge*, Das Digital, Markt, Wertschöpfung und Gerechtigkeit im Datenkapitalismus, 2017). Dieser Weg überzeugt jedoch nicht. Denn es bestehen deutliche Unterschiede zur Geldzahlung:

(1) Die Intensität der Datenweitergabe hängt nicht von der Intensität der Nutzung der Suchmaschine ab, sondern allein vom erstmaligen Aufruf der Suchmaschine.

(2) Der Nutzer disponiert nicht über den Umfang der Datenweitergabe und -verwertung, passt diese also nicht der Hauptleistung an, sondern überlässt seine Daten pauschal und in vollem Umfang dem Provider.

(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 mit seinen Daten im Höchstumfang.

Vor allem aber erfasst diese Betrachtungsweise die Stärke der Stellung von Google nicht ausreichend differenziert. Denn diese wird etwa durch andere Anbieter herausgefordert (Multihoming), die ebenfalls Aufmerksamkeit für das Geschäft von Preissuchmaschinen schaffen können (dazu sogleich). Es bleibt deshalb zweifelhaft, ob Märkte für Daten in diesem Umfang über Art. 101 AEUV schützenswert sind. Beachten Sie aber bitte, dass auch der **BGH** in der **Facebook-Entscheidung** von der **Möglichkeit** ausgeht, **dass in Daten gezahlt werden kann** (ab S. 221).

Die zweite und überzeugendere Betrachtungsweise knüpft an die **Intermediationsmacht von Google auf dem Markt für Preissuchmaschinen** an**.** Diese Betrachtungsweise erscheint als komplizierter, aber auch differenzierter. Auf dem Markt für Preissuchmaschinen (**PS**) stehen sich die Betreiber der PS als Anbieter und die Warenanbieter als Nachfrager gegenüber. Die Warenanbieter fragen dabei eine besondere Vertriebs- und Vermittlungsleistung der Anbieter von PS nach und erbringen für diese ein Entgelt. Erwirbt ein Verbraucher nämlich über die PS eine Ware, behält der

Betreiber der PS einen Teil des bei dieser Gelegenheit gezahlten Kaufpreises als Abschlag (Disagio) für sich ein und leitet nur den Restbetrag an den Warenanbieter weiter.

Dieser Markt hat aber eine **zweite Seite**. Seine Funktionsfähigkeit hängt nämlich entscheidend davon ab, dass für das Angebot der Betreiber von PS Aufmerksamkeit im Internet erzeugt wird. Denn nur wenn die Verbraucher die PS im Internet finden, werden sie über diese auch nachfragen. Und nur in diesem Fall ist die PS als Vertriebs- und Vermittlungsstelle für die Warenanbieter interessant. Die Angehörigen jeder dieser beiden Gruppen profitieren davon, wenn die Zahl der Angehörigen der anderen Nutzergruppe wächst und – absolut gesehen – besonders groß ist. Gerade die Betreiber der PS haben ein zentrales Interesse daran, dass ihr Angebot von möglichst vielen Kaufinteressenten wahrgenommen wird. Zu diesem Zweck müssen sie die Aufmerksamkeit dieses Publikums an einem oder mehreren der „Hotspots" des Internets gewinnen. Denn nur dort wird eine ausreichend hohe Aufmerksamkeit von potenziellen Konsumenten generiert. Grundsätzlich kann auf das eigene Angebot in sozialen Netzwerken, auf sog. Marketplaces, auf Auktionsplattformen oder bei der Nutzung von Suchmaschinen aufmerksam gemacht werden. Auch Preisvergleichsportale selbst können so bekannt werden, dass sie eine große Aufmerksamkeit des interessierten Publikums generieren. Bevor sie jedoch eine solche Stellung erreichen, sind sie auf eine Präsenz an mindestens einem der genannten „Hotspots" angewiesen.

Diese zweite Seite des Marktes steht wiederum unter dem wettbewerblichen Einfluss der Suchmaschine Google Search (**GS**). Diese führt wie auf einem echten **zweiseitigen Markt** (zum zweiseitigen Markt bereits S. 270; Kommission Rn. 159) über seine Suchmaschine zwei Nutzergruppen zusammen, zwischen denen indirekte Netzwerkeffekte bestehen (zu diesem Verständnis des mehrseitigen Marktes auch: BGH, 23.4.2024 − KVB 56/22 – Amazon Rn. 53). Es handelt sich dabei um die Verbraucher, die GS nutzen, um günstige Warenangebote im Internet zu finden und die Betreiber der PS, die mit ihrem Angebot ein breites Publikum adressieren müssen. Diese zweite Seite des Marktes zeichnet sich aber auch durch **eine Besonderheit** gegenüber den bekannten Fällen des mehrseitigen Marktes aus: GS fordert von keiner Seite, also weder von den Verbrauchern noch von den Betreibern der PS, ein, Entgelt. Ansonsten entspricht die Wirkungsweise dieser zweiten Seite derjenigen eines mehrseitigen Marktes.

Diese Betrachtungsweise erlaubt eine **differenziertere Betrachtungsweise** der Machtstellung von Google: Die Machtstellung von Google lässt sich nicht auf die 90 % der Suchanfragen bei GS

zurückführen. Dagegen sprechen folgende Überlegungen:

(1) Nicht jeder Nutzer von GS ist auch ein potenzieller Interessern für den Warenerwerb über eine PS.

(2) Die Machstellung von GS wird durch sog. **Multihoming** eingeschränkt. In dem Maße, in dem der Betreiber der PS die Verbraucher auch über soziale Netzwerke oder über Marketplaces auf sich aufmerksam machen kann, schwindet die Machtstellung von GS bei der Generierung von Aufmerksamkeit für die Suchmaschine (vgl. § 18 Abs. 3a Nr. 2 GWB für das deutsche Recht).

(3) Andererseits lehrt die Entscheidung EuG, 18.9.2024 - T-334/19 – Google AdSense (S. 236) Rn. 118 ff., dass Suchmaschinenbetreiber bei der Produktsuche eine herausragende Stellung einnehmen. Denn die Nutzer, die sich an sie mit einer Suchanfrage wenden, sind häufig konkret interessiert und verwenden die Suchmaschine, um einen möglichst großen Überblick über das Warenangebot zu gewinnen. Vor allem ist die Kaufbereitschaft dieses Publikums in der Regel größer, weil dessen Vertreter bereits gezielt suchen. Deshalb ist ihre Erreichung für die Betreiber von Preisvergleichsportalen besonders wichtig.

Im **Ergebnis** spiegelt daher die Kennzahl von 90 % der Suchanfragen über GS eine Vermittlungsmacht von Google, die bei Berücksichtigung aller abschwächenden und verstärkenden Effekte absolut gesehen so groß ausfällt, dass Google aus Sicht der Betreiber der Preissuchmaschinen eine unausweichliche Stellung als Intermediär einnimmt und daher eine marktbeherrschende Stellung innehat.

Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung

Fraglich ist, ob G die so konkretisierte marktbeherrschende Stellung missbraucht. In Betracht kam die **Entfaltung eines Leverage-Effekts** auf dem Markt für PS, weil Google die Angebote der eigenen PS, Google Shopping, denen der Konkurrenz gegenüber bevorzugt. 90 % der Kaufinteressenten suchen Waren zunächst über die Suchmaschine von Google. Wenn das Unternehmen deshalb die eigene PS auf der Trefferseite bevorzugt, hält auf dem Markt ein leistungsfremdes Moment Einzug: Dort entscheidet über die Nachfrage des Kunden nicht die Effizienz des Angebots einer PS, sondern die prominente Stellung die Google dem eigenen Preisvergleichsportal Google Shopping einräumt. Dies zeigt eine **hypothetische Betrachtungsweise**:

(1) Würde auf dem Markt für PS **effizienter Preiswettbewerb** herrschen, müssten sich der Betreiber einer PS darum bemühen, von den Warenanbietern möglichst niedrige Entgelte für den Vertrieb und Vermittlung zu fordern. Dies würde neue Warenanbieter für die PS gewinnen, wodurch sich das

Angebot auf dieser verbreitete. Auch könnten die Angebote auf dieser PS besonders günstig ausfallen, weil die Warenanbieter bei der Kalkulation des Preises nur das vergleichsweise niedrige, an den Betreiber der PS abzuführende Entgelt an die Verbraucher weitergeben müssten. Beide Effekte würden wiederum Verbraucher anziehen. Dadurch aber verstärkten sich die indirekten Netzwerkeffekte aus Sicht der Warenanbieter ein weiteres Mal und die Attraktivität der PS würde steigen: Denn die Warenanbieter können über die PS ein noch größeres Publikum erreichen. Würde Google Search die Suchergebnisse leistungsgerecht auswerfen, müsste diese PS entsprechend des durch sie generierten hohen Traffics an einer vorderen Stelle der Trefferliste erscheinen. Auch dadurch würde die PS neue Interessenten gewinnen und die indirekten Netzwerkeffekte aus Sicht der Warenanbieter steigern können. Fazit: Im Wettbewerb entsteht **Druck auf die Höhe der Vergütung**, die die Betreiber der PS von den Warenanbietern verlangen. Durch Reduzierung der Vergütung kann der Betreiber einer PS den beschriebenen Prozess zu seinen Gunsten anschieben. Davon profitieren aber nicht nur die Warenanbieter, sondern auch die Verbraucher, weil nur eine vergleichsweise niedrige, an den Betreiber der PS abzuführende Vergütung, an sie weitergegeben wird.

(2) Durch die Selbstbevorzugung von Google Shopping wird **dieser Preisdruck gemindert**. Denn die Verbraucher finden auf der Trefferseite von GS als erstes die Angebote von Google Shopping. Es liegt nahe, dass die Seite dieser PS daher als erstes aufrufen, dort auf ein Angebot treffen, das ihren Preisvorstellungen in etwa entgegenkommt und sich daher nicht notwendig die Mühe machen, auch die Angebote andere PS, deren Angebote auf einem nachgelagerten Rang ausgeworfen werden, zu studieren. In dem Maße, in dem dieser Effekt eintritt, muss GS den Warenanbietern nicht bei der Vergütung seiner Vertriebs- und Vermittlungsleistung entgegenkommen. Die Vergütung fällt daher im Zweifel höher aus als bei funktionierendem Wettbewerb, und dies führt zu einer Verschwendung ökonomischer Ressourcen, die die Warenanbieter und die Verbraucher zu spüren bekommen.

Eine zentrale Frage des Verfahrens bestand darin, ob dieser Effekt nicht aufgrund der **Bronner-Kriterien** (zu diesen S. 259) zugunsten von Google **gerechtfertigt** war (Rn. 80 ff.): Im Bronner-Fall musste die Kronenzeitung bekanntlich ihr Zustellsystem nicht für die von *Oscar Bronner* verlegte Zeitung öffnen. Fraglich war, ob Google die Ergebnisliste seiner Suchmaschine daher für konkurrierende Preisvergleichsportale leistungsgerecht öffnen musste. Der EuGH verneint jedoch die Vergleichbarkeit beider Fälle. Ausgangspunkt ist dabei die Überlegung, dass der **Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in einer Beschränkung des Leistungswettbewerbs** durch den Marktbeherrscher besteht (Rn. 87). Gerade wenn ein Markt, durch die Anwesenheit des

Marktbeherrschers geschwächt ist, darf dieser den Wettbewerb nicht weiter durch leistungsfremde Verhaltensweisen schwächen (Rn. 88). Dabei unterscheidet der EuGH **zwei Fälle**:

Im **ersten Fall verweigert** der Marktbeherrscher Dritten den **Zugang** zu der von ihm betriebenen Infrastruktureinrichtung. Es handelt sich um die in Sachen „Oscar Bronner" bestehende Konstellation. Hier verstößt der Marktbeherrscher gegen die Prinzipien des Leistungswettbewerbs, wenn durch die Zugangsverweigerung jeglicher Wettbewerb auf einem betroffenen Markt ausgeschaltet wird, dafür keine Rechtfertigung erkennbar ist und kein tatsächlicher oder potenzieller Ersatz für die Infrastruktureinrichtung besteht (Rn. 89). Liegen diese Voraussetzungen hingegen **nicht** vor, sprechen **zwei Überlegungen** dafür, dass der Marktbeherrscher keinen Zugang gewähren muss: Erstens kann ihm das andere Unternehmen nicht als Marktpartner aufgezwungen werden und zweitens dürfen die Investitionen des Marktbeherrschers in seine eigene Infrastruktur nicht dadurch entmutigt, dass ein Konkurrent sie später einfach mitnutzen darf (Rn. 91).

Vorliegend ging es jedoch um einen **zweiten, von der Bronner-Konstellation zu unterscheidenden Fall**: Denn Google ließ konkurrierende Preissuchmaschinen mit ihren Angeboten auf der Trefferseite seiner eigenen Suchmaschine freiwillig zu. Lässt der Inhaber der Infrastruktur aber Konkurrenten zu dieser zu, bindet er sich selbst. Er verzichtet quasi auf eine Rechtfertigung auf Grundlage der Bronner-Kriterien und ist nun verpflichtet, die Konkurrenten beim Zugang zu seiner Infrastruktur diskriminierungsfrei zu behandeln (Rn. 111). In der Praxis von Google darf man insoweit auch einen **missbräuchlichen Selbstwiderspruch** erkennen: Einerseits ist das Unternehmen darauf angewiesen, dass die Angebote konkurrierender Preisvergleichsportale auf eine Suchanfrage hin als Treffer ausgewiesen werden. Denn die Suchmaschine ist für ihre Nutzer nur interessant, wenn sie einen möglichst umfassenden Überblick über das Angebot auf dem Markt eröffnet. Würde Google daher die Angebote konkurrierender Preisvergleichsportale unterdrücken, wäre dies nicht gewährleistet und seine Suchmaschine würde im Wettbewerb mit anderen an Attraktivität verlieren. Lässt Google jedoch konkurrierende Preisvergleichsportale auf der Trefferseite zu, darf es deren Stellung im Wettbewerb nicht durch geringere Sichtbarkeit auf der Ergebnisliste beeinträchtigen.
Deshalb war es nicht zu rechtfertigen, dass Google den konkurrierenden Preisvergleichsdiensten nicht die Sichtbarkeit auf seinen Ergebnisseiten einräumte, die es seinem eigenen Preisvergleichsportal zubilligte (Rn. 97). Auf diese Weise hat es seine eigene **marktbeherrschende Stellung als Hebel** eingesetzt, um die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für PS zu beeinträchtigen (Rn. 108). Unter diesen Umständen stellen Diskriminierungen und Behinderungen der Konkurrenten

regelmäßig einen Missbrauch dar (Rn. 111). Bei dieser zweiten Fallgruppe (freiwillige Zulassung Dritter zur Infrastruktureinrichtung) kommt es deshalb auch **nicht auf die Unerlässlichkeit der Inanspruchnahme** der Infrastruktureinrichtung als Tatbestandvoraussetzung an (Rn. 111); denn der Marktbeherrscher wird nicht dazu gezwungen, Konkurrenten den Zugang zu gewähren (Rn. 112). Er hat sich vielmehr aus freien Stücken dazu entschieden und muss deshalb diskriminierungsfrei verfahren (Rn. 113).

Weiter führt der EuGH aus, dass Art. 102 AEUV nicht das Entstehen einer beherrschenden Stellung verbiete, sondern nur deren missbräuchliche Ausnutzung (Rn. 163). Ein Unternehmen dürfe daher auf einem vorgelagerten Markt eine marktbeherrschende Stellung durch eigene Leistung erlangen und damit weniger effiziente Konkurrenten verdrängen. Leistungsmerkmale sind dabei der Preis, die Art der Erzeugung, die Qualität des Angebots und mögliche Innovationen (Rn. 164). Umgekehrt liegt ein missbräuchliches Verhalten regelmäßig vor, wenn **andere Kriterien als die des Leistungswettbewerbs** zum Einsatz kommen (Rn. 165). Als Beispiele nennt das Gericht die Verdrängung ebenso leistungsfähiger Wettbewerber vom Markt bzw. das Fernhalten potenzieller Wettbewerber in einem Vorstadium durch Schaffung von Marktzugangsschranken oder anderer, nicht dem Leistungswettbewerb genügender Abschottungsmaßnahmen (Rn. 167). Die Bevorzugung des Google-eigenen Preisvergleichsdienst war eine solche leistungsfremde Maßnahme: Denn sie bewirkte, dass der Erfolg der Preisvergleichsdienstes von Google nicht auf der Leistungsfähigkeit dieses Dienstes, sondern auf der Machtstellung im Suchmaschinenbereich (Rn. 171). Darin erkannte der EuGH schließlich den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.

Fazit: Der Eigentümer einer Infrastruktureinrichtung steht daher vor der Wahl: Lässt er Konkurrenten nicht zu dieser Einrichtung zu, gelten die strengen Bronner-Kriterien. Gewährt er hingegen anderen Unternehmen, insbesondere auch seinen Konkurrenten, Zugang, muss er diese nach den Prinzipien des Leistungswettbewerbs behandeln: Vorrang bei der Präsentation des Angebots hat dann derjenige, der entweder das preisgünstigste, qualitativ hochwertigste, innovativste oder meist frequentierte Angebot unterbreitet. Der Marktbeherrscher hat in diesem Punkt sicherlich einen Beurteilungsspielraum; er muss sich jedoch auf **objektive Kriterien** festlegen, wie diese Faktoren im Einzelnen gewichtet werden und wem daher der Vorrang bei der Präsentation gebührt; er darf jedoch nicht ohne erkennbare Sachkriterien verfahren und insbesondere nicht einfach das eigene Angebot bevorzugen.

Der Fall ist von grundlegender Bedeutung für das Verständnis des Internethandel. Er zeigt, dass Elemente der Essential-Facility-Doktrin (nämlich die **Bronner-Kriterien**) auch auf einen Fall Anwendung finden können, in dem ein Markt durch Intermediationsmacht eines Plattformbetreibers beherrscht wird. Vgl. dazu auch:

EuGH Google/Enel
(EuGH, 25.2.2025 − C-233/23 – Google/Enel) Das Unternehmen Google (G) stellt die Plattformsoftware „Android Auto“ her, mit deren Hilfe auf dem Bildschirm eines Kfz bestimmte Apps, die sich auf dem Smartphone des Nutzers befinden, angezeigt werden können. Dabei nimmt G bei einer Reihe von Fahrzeugherstellern eine marktbeherrschende Stellung ein. Drittanbieter können mit Hilfe sog. Templates von Google ihre Apps auf „Android Auto“ implementieren. Bei Templates handelt es sich um Software-Rohlinge, die der Drittanbieter mit seinen eigenen Inhalten füllen kann. Das italienische Unternehmen Enel X verlangt von Google die Erstellung eines Templates für die von ihm hergestellte App „JuicePass.“ Diese erfüllt Funktionen beim Laden der Autobatterie eines elektronischen Fahrzeugs. G lehnt jedoch die Herstellung eines Template für diese Anwendung ab, weil G Programmiervorlagen dieser Art bislang nur für Medien- und Messaging-Apps herstelle. Es fehle gegenwärtig an Ressourcen für die Erstellung von Templates für andere Anwendungstypen.

Fraglich war, ob die sog. Bronner-Kriterien auch auf den vorliegenden Fall Anwendung finden konnten (Rn. 40 ff.). Die Große Kammer des EuGH geht – wie im Fall „Google Shopping“ – grundsätzlich davon aus, dass ein Unternehmen nicht zum Vertragsschluss mit einem anderen verpflichtet werden kann, da darin ein schwerer Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit liegt (Rn. 41). Zugleich erkennt sie die **Gefahr positiver externer Effekte**, wenn Dritte aufgrund des Kartellrechts zu leicht Zugang zu den Infrastrukturen des Marktbeherrschers erhalten:

„(42) Außerdem ist zu bedenken, dass die Verurteilung… den Wettbewerb zwar kurzfristig fördert, es langfristig aber im Allgemeinen gut für den Wettbewerb ist und im Interesse der Verbraucher liegt, es einem Unternehmen zu ermöglichen, die Infrastruktur, die es für seine Tätigkeit entwickelt hat, seinem eigenen Gebrauch vorzubehalten. Würde der Zugang zu einer Produktions-, Einkaufs- oder Vertriebsinfrastruktur zu leicht gewährt, bestünde für die Wettbewerber nämlich kein Anreiz, konkurrierende Infrastruktur aufzubauen. Außerdem wäre ein Unternehmen in beherrschender Stellung weniger leicht dazu bereit, in effiziente Anlagen zu investieren, wenn es gezwungen werden könnte, die Früchte seiner eigenen Investitionen auf bloßes Anfordern mit seinen Wettbewerbern zu teilen...
(43) Daher ist … für Unternehmen in beherrschender Stellung den Anreiz aufrechtzuerhalten, im Interesse der Verbraucher in die Entwicklung hochwertiger Produkte oder Dienstleistungen zu investieren...“

Diese Interessen sind allerdings nicht schützenswert, wenn der Inhaber der EFD zuvor durch eine frei getroffene Entscheidung **Dritte zu seiner Infrastruktureinrichtung zugelassen** hat (Rn. 44 bis 46). Deshalb kommt es für die Anwendung des Art. 102 AEUV darauf an, ob der Marktbeherrscher die Infrastruktureinrichtung der eigenen Tätigkeit vorbehält oder ob er Dritte zu dieser zulässt (Rn. 47). Letzteres ist bei Google Android der Fall (Rn. 48 f.). In einem solchen Fall liegt ein Missbrauch nach Art. 102 AEUV vor, wenn

„die Weigerung des Unternehmens in beherrschender Stellung… tatsächlich oder potenziell den Ausschluss, die Behinderung oder die Verzögerung der Entwicklung einer Ware oder Dienstleistung auf dem Markt bewirkt, die zumindest potenziell mit einer Ware oder Dienstleistung im Wettbewerb steht, die von dem Unternehmen in beherrschender Stellung geliefert bzw. erbracht wird oder werden

kann, und ein Verhalten darstellt, das den **Leistungswettbewerb** beschränkt und somit geeignet ist, den Verbrauchern einen Schaden zuzufügen.“ (Rn. 51).

Probleme ergaben sich auch in Bezug auf den Nachweis der **Kausalität der Verweigerung** durch Google für eine negative Veränderung der Wettbewerbsstruktur auf dem betroffenen Markt. G hatte nämlich eingewendet, Enel hätte seine Stellung auf dem Markt für die Anwendungssoftware „JuicePass“ auch ohne den Zugang zu Google Android ausgebaut. Nach Ansicht des EuGH muss ein Verstoß gegen die Prinzipien des Leistungswettbewerbs nicht anhand dadurch nachgewiesen werden, dass das Verhalten tatsächlich bewiesene negative Marktergebnisse zur Folge hat (Rn. 55). Man wird ergänzen dürfen, dass die Kartellbehörden andernfalls stets gehalten wären, den konkreten Eintritt einer leistungswidrigen Marktschädigung abzuwarten, bevor sie eingreifen dürften. Allerdings verlangt das Gericht, dass der Nachweis einer Verletzung der Prinzipien des Leistungswettbewerbs auf „**greifbare Beweise**“ gestützt wird (Rn. 57). Dies führt zu folgendem Ergebnis: Trifft es zu, dass „JuicePass“ auch ohne den Zugang zu Google Android auf dem Markt erfolgreich gewesen wäre, bedeutet dies nicht zwingend, dass das Prinzip des Leistungswettbewerbs durch Google verletzt wurde; doch liegt darin ein wichtiges Indiz dafür, dass eine solche Verletzung tatsächlich nicht stattgefunden hat (Rn. 59).

Fraglich war abschließend, ob **G zur Entwicklung einer neuen Art von Template verpflichtet werden kann**. Dies ist nicht der Fall, wenn die Entwicklung des Templates die technische Integrität der Plattform insgesamt beeinträchtigen würde (Rn. 73). Ansonsten liefern technische Schwierigkeiten der Entwicklung keinen kartellrechtlichen Einwand, sondern führen allenfalls dazu, dass dem Marktbeherrscher eine entsprechende Entwicklungszeit eingeräumt wird (Rn. 74). Für auftretende technische Herausforderungen und ihre Bewältigung kann der Marktbeherrscher vom Aspiranten zudem **ein kostendeckendes Entgelt** verlangen (Rn. 76). Der Marktbeherrscher trägt dabei die Beweislast für das Vorliegen von Gründen, die die Erstellung eines Templates ausschließen, verzögern oder kostenaufwendig ausfallen lassen (Rn. 78).

Eine weitere Erkenntnis der Entscheidung in Sachen Google Shopping liegt darin, dass **Internetmärkte für Waren** grundsätzlich nur als **mehrseitige Märkte** funktionieren. Denn Angebot und Nachfrage treffen im Internet nicht ohne weiteres aufeinander, sondern nur dann, wenn das Angebot an einer Stelle angeboten wird, an der ein Provider die Aufmerksamkeit eines Massenpublikums auf sich zieht. Für Aufmerksamkeit dieser Art sorgen Anbieter, denen es gelingt, Netzwerkeffekte zu entfalten, also ein Massenpublikum anzuziehen (Amazon, Facebook, Google).

Darin liegt die Bedeutung der von G betriebenen Suchmaschine. Durch die Kostenlosigkeit der Suchdienstleistung wird sie seit Jahren von einem Massenpublikum genutzt und konnte sich als Suchstandard etablieren. Wer im Internet etwas anbieten will, ist daher darauf angewiesen, dass eines der großen Internetunternehmen Aufmerksamkeit auf sein Angebot lenkt.

Denkbeispiel: Eröffnet A einen Buchladen in einer kleinen Stadt, kann er damit rechnen, dass Passanten auf diesen aufmerksam werden, das Geschäft ansprechend finden und dieses im Wege der Mund-zu-Mund-Propaganda bekannt machen. Als Folge kann das Geschäft auf dem Markt erfolgreich sein. Eröffnet A einen Buchladen im Internet, werden potenzielle Kunden darauf nur aufmerksam, wenn der Laden über Suchmaschinenbetreiber wie G, durch die Betreiber sozialer Netzwerke oder auf den Seiten eines bekannten „Marketplaces" Aufmerksamkeit auf sich zieht. Deshalb ist A für die Unterbreitung von Angeboten an die Nachfrageseite von vornherein auf die Unterstützung eines Dritten, eines Intermediärs, angewiesen. Digitale Märkte, auf denen Waren oder Dienstleistungen abgesetzt werden, sind daher regelmäßig mehrseitige Märkte: Auf ihnen begegnen Angebot und Nachfrage einander nur, wenn ein Intermediär (Suchmaschinenbetreiber) Anbieter und Nachfrager auf einer Plattform zusammenführt.

G kommt daher die Stellung eines Intermediärs beim Warenabsatz im Internet zu. Diese benutzt G dazu, die Aufmerksamkeit auf bestimmte Warenangebote zu lenken. Damit greift G in den Wettbewerb auf dem Warenmarkt ein. Dort entscheidet nicht allein die hohe Qualität oder der niedrige Preis der angebotenen Produkte, sondern vor allem auch, ob G die Aufmerksamkeit auf diese Angebote lenkt oder nicht. Bevorzugt G dabei eigene Angebote, zerstört es Wettbewerbsstrukturen in einer Weise die an Koppelungen bzw. an das Sich-Reservieren abgeleiteter Märkte durch Verweigerung von Lieferbeziehung erinnern (S. 248). Verboten ist deshalb die **Selbstbevorzugung durch den Marktbeherrscher.** Ein weiteres Beispiel liefert

EU Kommission Google Real Time Bidding/Programmatic Advertising
(Kommission, 5.9.2025 – AT.40670 – Real Time Bidding) Die Kommission wirft Google (G) in einem neuen Verfahren vor, sich im Rahmen des sog. **Programmatic Advertising** selbst zu bevorzugen. Dabei geht es um folgende Vertriebsform für Internetwerbung: Ruft ein Nutzer eine kommerzielle Website auf, unterhält deren Betreiber (**Publisher**) dort regelmäßige Werbeflächen (**Banner**). Diese haben vor dem Aufruf durch den Nutzer noch keinen festgelegten Inhalt.
Innerhalb von 120 Millisekunden (Zeit, die ein Wimpernschlag benötigt) wird auf der Grundlage eines vollautomatisierten Verfahrens (**Real Time Bidding**) darüber entschieden, die Werbung welches Unternehmers innerhalb des Banners platziert wird.
Zu diesem Zweck bietet der Publisher den Inhalt der Werbefläche über einen „**Publisher Ad Server**" an, sobald der Nutzer seine Website aufgerufen hat. Dabei handelt es sich um eine Software mit einer Schnittstelle zu einer **Auktionsplattform für Online-Werbung**.
Auf diese Auktionsplattform greifen wiederum Werbeinteressenten mit ihren sog. „**Ad Buying Tools"** zu. Dabei handelt es sich ebenfalls um Software mit einer Schnittstelle zur Auktionsplattform. Erkennt das „Ad Buying Tool" des Werbetreibenden das Angebot eines Publishers auf der Online-Plattform, lässt es sich von einem speziellen Dienstleister, einem „**Data Platform Manager**" (DPM), über den Kunden und dessen mögliche Konsumwünsche automatisiert beraten. Der DPM liest zu diesem Zweck die Cookies auf der Seite des Kunden aus, die ihn zu speziellen Dienstleistern führen

(**Consent Manager**). Diese verwalten die vom Kunden im Laufe der Internetnutzung abgegebenen Einverständniserklärungen in das Abspeichern von Informationen über sein Nutzerverhalten. Daraus lässt sich ein Interessenprofil erstellen, aufgrund dessen diversen Werbeinteressenten automatisiert Mitteilung gemacht wird, ob sich die Schaltung von Werbung auf der Seite des Publishers in Bezug auf diesen Kunden lohnt. Abhängig davon gibt der Werbeinteressent über sein „Ad Buying Tool" auf der Auktionsplattform ein Angebot ab.
Bei der Auktion wird dem höchsten Angebot der Zuschlag erteilt. Die Werbung des erfolgreichen Bieters wird darauf im Banner des Publishers freigeschaltet. Der Nutzer der Website bemerkt den Vorgang nicht und nimmt diesen so wahr, als wäre auf der Seite von Anfang an ein ihn interessierende Werbung geschaltet.

Das Problem des Verfahrens besteht darin, dass Google den Markt für „Ad Bying Tools" und „Publisher Ad Server" weitgehend durch eigene Unternehmen beherrscht. Ausschlaggebend für diese Entwicklung war der Erwerb des Unternehmens DoubleClick for Publishers, der es Google erlaubte, seine Kunden aus dem Geschäft mit suchmaschinengebundener Werbung in diesen Bereich mitzunehmen (*Oechsler* NZKart 2024, 541). Jetzt besteht der bereits erwähnte Verdacht der Selbstbevorzugung, weil Google die eigene dominante Position gegenüber den Publishern und den Werbeinteressenten dazu benutzt haben könnte, **die Versteigerung von Werbeplätzen auf die eigene Auktionsplattform zu lenken.** Deshalb hat die ehemalige Wettbewerbskommissarin *Magrethe Vestager* mit der **Entflechtung von Google** durch einen Zwangsverkauf der im Bereich von „Ad Buying Tools" und „Publisher Ad Server" tätigen Subunternehmen gedroht. Denn solange Google auf sämtlichen Stufen des „Programmatic Advertizing" integriert sei, bleibe die Gefahr einer Selbstbevorzugung bestehen.

ee) Spezialinstitute der Missbrauchsaufsicht (§ 19a GWB, Digital Markets Act)

(1) § 19a GWB

Um die Plattformbetreiber auf mehrseitigen Märkten einer dauerhaften und effizienten Kontrolle unterwerfen zu können, sind spezielle Institute der Missbrauchsaufsicht erforderlich. Historisch nahm dabei § 19a GWB eine Vorreiterrolle ein. Die der Norm zugrunde liegende Regelungsidee besteht darin, bei der Missbrauchskontrolle zwei Rechtsfragen voneinander zu entkoppeln:
1. die Frage, ob ein Intermediär Adressat der Missbrauchsaufsicht ist und
2. die Frage, ob das Verhalten eines solchen Intermediär missbräuchlich ist.

Auf der Entkoppelung beider Fragen beruht **§ 19a GWB**:

- Auf einer ersten Stufe stellt das Bundeskartellamt nach § 19a Abs. 1 Satz 1 GWB fest, dass einem Unternehmen eine **überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb** zukommt. Nach BGH, 23.4.2024 − KVB 56/22 – Amazon Rn. 77 setzt diese voraus, dass wenn ein Unternehmen

  - über Größen- und Ressourcenvorteile (vor allem Finanzkraft) sowie eine zentrale strategische Positionierung verfügt;
  - diese müssen es dem Unternehmen erlauben, erheblichen Einfluss auf die Geschäftsfähigkeit Dritter zu nehmen und
  - die eigene Geschäftstätigkeit in immer neue Märkte und Sektoren auszuweiten

  Die Feststellungswirkung muss dabei nach § 19a Abs. 1 Satz 3 GWB auf fünf Jahre befristet werden.
- Auf einer **zweiten Stufe** kann das Bundeskartellamt während des Feststellungszeitraums ein solches Unternehmen wegen Verstößen gegen die **Per-Se-Verbote des § 19a Abs. 2 GWB** in Anspruch nehmen. Dadurch erspart sich die Kartellbehörde die Mühe, im Rahmen jeder Missbrauchsverfügung aufs Neue feststellen zu müssen, dass dem Unternehmen die Adressatenrolle eines Marktbeherrschers zukommt. Entsprechend kann ein missbräuchliches Verhalten iSd. § 19a Abs. 2 GWB zeitnah abgestellt werden. Dazu trägt auch bei, dass die Tatbestände klar typisiert sind und sich meist an bekannte höchstrichterliche Entscheidungen anlehnen.
- Die Missbrauchsaufsicht nach § 19a GWB konkurriert frei mit § 19 und § 20 GWB (vgl. § 19a Abs. 3 GWB; dazu noch unten).

Das Tatbestandsmerkmal der **marktübergreifenden Stellung iSd. § 19a Abs. 1 Satz 1 GWB** trägt der Position eines Plattformbetreibers Rechnung, der sich an verschiedene Nutzergruppen auf unterschiedlichen Märkten wendet (BT-Drucks. 19/23492, S. 73). Dies folgt aus der Bezugnahme auf § 18 Abs. 3a GWB: Es geht also um Unternehmen, die auf mehrseitigen Märkten agieren und dort, weil sie die unterschiedlichen Nutzergruppen zusammenführen, eine **Schlüsselstellung** (Torwächterstellung, Gatekeeper-Position) einnehmen. Der BGH stellt in diesem Zusammenhang auf das Entstehen digitaler Ökosysteme ab.

BGH Überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb, Amazon
(BGH, 23.4.2024 − KVB 56/22 – Überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb, Amazon) Das Unternehmen Amazon verfügt im Zeitpunkt der Entscheidung über eine Marktkapitalisierung iHv. 1,721 Billionen USD und erzielte im Geschäftsjahr 2021 Umsätze iHv. 469,8 Mrd. USD. Auf Deutschland entfielen 31,6 Mrd. Euro; Deutschland war nach den USA der zweitwichtigste Markt für Amazon. Das BKA stellte durch Beschluss vom 5.6.2022 die Voraussetzungen des § 19a Abs. 1 GWB zu Lasten des Unternehmens fest.

Für die dagegen gerichtete Beschwerde ist der BGH nach § 73 Abs. 5 GWB in erster Instanz zuständig.

Für den BGH sind die genannten quantitativen Größen nicht (allein)entscheidend, sondern vielmehr der Umstand, dass Unternehmen durch seine Aktivitäten auf mehreren Märkten **ein digitales Ökosystem** geschaffen hat. Darunter versteht das Gericht ein Unternehmensstruktur, in der Produkte, Daten und Dienstleistungen so miteinander vernetzt sind, dass dadurch eine eigenständige ökonomische Wertschöpfung stattfindet (Rn. 53). Beispielsweise zeigt sich dies daran, dass das Unternehmen sowohl Anbieter auf Einzelhandelsmärkten für Bücher, elektronische Geräte, Hausutensilien ist und andererseits auch einen digitalen Marktplatz (Marketplace) für Händler unterhält, die mit dem Unternehmen um die Kunden konkurrieren. Durch Beobachtung der Aktivitäten dieser Händler gelangt das Unternehmen wiederum an Daten der mit diesen Händlern kontrahierenden Käufer. Diese kann es bei seinen Aktivitäten im Einzelhandel zur Anwendung bringen, um Kundenprofile zu erstellen und damit die Nutzer zielgerichtet zu den für sie passenden Angeboten und damit zum Vertragsschluss zu leiten. Die Tätigkeit auf beiden Märken führt zu der in § 19a Abs. 1 Satz 1 GWB vorausgesetzten markt*übergreifenden* Stellung, weil sich im Zusammenspiel beider Märkte Wertschöpfungsmöglichkeiten ergeben, die auf den beiden Märkten für sich genommen (Markt für Elektronikartikel und Marketplace für Elektronikhändler) nicht bestünden: Für seine Tätigkeit auf den Märkten für den Einzelhandel gewinnt das Unternehmen durch die Aktivität als Marketplace-Anbieter einen zentralen Wettbewerbsvorsprung. Die ungehinderte Verwendung der von den Händlern erzeugten Daten wird dem Unternehmen nach § 19a Abs. 2 Nr. 4 lit. b GWB jedoch verwehrt.

Gleichzeitig muss das Unternehmen in **erheblichem Umfang** auf solchen Märkten tätig werden. Der Gesetzgeber sieht darin ein Abgrenzungskriterium zwischen Unternehmen, deren Haupttätigkeit im Betreiben einer digitalen Plattform besteht, und Unternehmen, die eine solche Plattform nur im Rahmen eines Nebengewerbes betreiben (BT-Drucks. 19/23492, S. 74). Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers stellen **indirekte und direkte Netzwerkeffekte** regelmäßig ein deutliches **Anzeichen für eine überragende marktübergreifende Stellung** dar (BT-Drucks. 19/23492, S. 74). Die Feststellung der marktübergreifenden Stellung steht dabei im **Ermessen des BKA** (BT-Drucks. 19/23492, S. 75).

Aufgrund ähnlicher Überlegungen wurden die Voraussetzungen des § 19a Abs. 1 GWB für das Unternehmen Apple bejaht (BGH, 18.3.2025 − KVB 61/23 – **Apple**). Auch hier stellt das Gericht auf die Bedeutung der Tätigkeit auf mehrseitigen Märkten in einem digitalen Ökosystem ab (Rn. 32). Dabei ergibt sich die marktübergreifende Stellung vor allem daraus, dass Apple in der gesamten Wertschöpfungskette rund um mobile Endgeräte tätig ist: Es stellt diese Geräte selbst ebenso her wie das dazugehörige Betriebssystem und kontrolliert die auf dem Betriebssystem lauffähige Anwendungssoftware über seinen AppStore (Rn. 66). Die Verbindung dieser Dienste lässt ein digitales Ökosystem entstehen (Rn. 67), wobei wiederum eine Rolle spielt, dass dem Unternehmen der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten eröffnet wird (Rn. 75 f.). Vgl. auch die Entscheidung

des BKA vom 30.12.2021 (B7-61/21) über die Voraussetzungen des § 19a Abs. 1 GWB in Sachen **Alphabet (Google)**.

Die in Abs. 2 normierten Verhaltensregeln gelten nicht unmittelbar, sondern stellen **Ermächtigungsgrundlagen für das BKA** dar, die jeweils durch Verfügungen im Einzelfall umgesetzt werden müssen. Dadurch wird verhindert, dass auch Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche privater Dritter auf eine Verletzung des § 19a Abs. 2 GWB gestützt werden können (BT-Drucks. 19/23492, S. 75). Denn andernfalls drohte die Gefahr, dass ein Unternehmen, dessen Adressateneigenschaft nach § 19a Abs. 1 GWB festgestellt worden ist, zur Zielscheibe für Privatklagen würde. Private Kläger können sich also nicht auf § 19a GWB berufen.

Nr. 1 verbietet dem Plattformbetreiber **die Selbstbevorzugung**. Der Gesetzgeber knüpft ausdrücklich an die Entscheidung in Sachen Google Shopping (S. 278) an (BT-Drucks. 19/23492, S. 75 unten). Dabei geht es um einen **Sonderfall der Erzeugung eines Leverage-Effekts**. Ein Suchmaschinenbetreiber darf im Rahmen der Trefferliste eigene Warenangebote nicht gegenüber denjenigen anderer Unternehmen bevorzugen. Beachtung verdient dabei, dass der Katalog des § 19a Abs. 2 GWB kein allgemeines Diskriminierungsverbot vorsieht. Vgl. das parallele Verbot nach Art. 6 Abs. 5 DMA; dazu noch unten.

Nr. 2 zielt auf den **Schutz des Marktzugangs.** Die in lit. a erwähnte Vorinstallation erinnert an den Fall **Microsoft**, wo der Internetexplorer auf Windows-PC als Standard eingestellt war, was dazu führte, dass der Browser von Netscape keine Nachfrager mehr fand (S. 247). Im Grunde geht es hier wie in **Nr. 3** um Koppelungsstrategien, die darauf zielen, die Macht auf dem Ausgangsmarkt auf **vor- und nachgelagerter Märkte** auszudehnen Der Gesetzgeber will ausdrücklich verhindern, dass der Normadressat seine starke Stellung dazu nutzt, **diese Märkte „aufzurollen“**; er nennt dabei Ausschließlichkeits- bzw. Exklusivitätsvereinbarungen (dazu S. 236) und „Bündelungen“, also Koppelungen (S. 243; BT-Drucks. 19/23492, S. 76) als Beispiele.

Nr. 4 soll einem **Behinderungsmissbrauch** auf der **Grundlage der Datennutzung** vorbeugen. Die Norm will der Gefahr begegnen, dass ein Unternehmen die Überlegenheit aus einer lange zurückreichenden Marktpräsenz ausspielt. Denn diese erlaubte es ihm, über längere Zeit Daten zu sammeln, die ihm einen Vorsprung vor Newcomern im Hinblick auf die Einschätzung der Konsumentenpräferenzen sichern. Auf diese Weise droht ein dauerhafter, struktureller

Wettbewerbsnachteil. Aus ähnlichen Gründen will **§ 20 Abs. 1a GWB (datenbedingte Abhängigkeit)** Ansprüche für benachteiligte Konkurrenten vermitteln (S. 317).

Nr. 5: Hier geht es um eine Abschottung des Marktes wie sie von dem vom EuG entschiedenen **Microsoft-Fall** her bekannt ist (S. 264). Das Unternehmen hatte sich vor Wettbewerbern dadurch geschützt, dass fremde Software auf dem von ihm hergestellten Betriebssystem Windows nicht störungsfrei lief und hatte aus derselben Motivation heraus die **Schnittstellendaten** seines Betriebssystems nicht offenbart, so dass die Programmierung kompatibler Software nicht möglich war.

Bei **Nr. 6** geht es um die Vorenthaltung von wirtschaftlich wertvollen Daten aus einem Leistungsauftrag. Art. 6 Abs. 2 Digital Markets Act (DMA) bringt ein ähnliches Verbot. In der Sache geht es darum, dass der Intermediär Daten aus den Aktivitäten der angeschlossenen Firmenkunden sammelt und an diese nicht herausgibt. Vgl. dazu den Gesetzgeber, wobei aus Nr. 5 der Regierungsbegründung mittlerweile Nr. 6 geworden ist:

„… Gerade bei der Erbringung digitaler Leistungen fallen häufig detaillierte Informationen an. Dies kann zum Beispiel Nutzungsdaten, anfallende Kosten, Klickverhalten oder Rankingkriterien betreffen. Mit Hilfe solcher Daten kann der Auftraggeber etwa den Umfang oder Grad der Leistungserbringung oder den Wert der Leistung beurteilen. **Teilweise geben Leistungserbringer wesentliche Informationen jedoch nicht an den Auftraggeber weiter** bzw. ermöglichen dem Auftraggeber die eigene Erfassung dieser Informationen auch dann nicht, wenn hierfür von Seiten der Rechtsordnung kein Hinderungsgrund besteht. Solche Hinderungsgründe können insbesondere der Schutz von Geschäftsgeheimnissen und der Schutz personenbezogener Daten sein. Informationsdefizite, wie vorstehend beschrieben, können abhängig von ihrem Umfang nicht nur die Beurteilung des Wertes der Leistung durch den Auftraggeber deutlich beeinträchtigen, sondern auch den Wechsel des Auftraggebers zu einem anderen Anbieter erschweren. Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung haben wegen vielfältiger Abhängigkeiten der Marktgegenseite nicht nur in besonderer Weise die Möglichkeit, einen solchen unzureichend ausgestalteten Informationsfluss am Markt durchzusetzen. Sie können damit auch ihre überragende marktüber- greifende Bedeutung weiter ausbauen oder verfestigen, indem sie sich gegenüber Wettbewerbern ungerechtfertigte Vorteile verschaffen. “ (BT-Drucks. 19/23492, S. 77)

In Nr. 7 verbietet ein **Aussaugen** wie es aus der Entscheidung des BGH in Sachen Hochzeitsrabatte I (S. 217) bekannt ist: Der Normadressat lässt sich von der Gegenseite unverhältnismäßig hohe Vorteile von der Gegenseite gewähren und beutet diese auf diese Weise aus.

Beachtung verdient in allen sieben Fällen, dass das Unternehmen Gründe für eine **sachliche Rechtfertigung** der jeweiligen Verhaltensweise geltend machen kann (§ 19a Abs. 2 Satz 2 GWB), für die Vorlage der tatsächlichen Sachvoraussetzungen aber die Darlegungs- und Beweislast trägt.

Dadurch erweist sich die Regelung des § 19a GWB insgesamt offener für Einzelfallbetrachtungen, während die Tatbestände des DMA restriktiver, vergleich Per-se-Verboten formuliert sind.

(2) Der Digital Markets Act (DMA)

Eine dem § 19a GWB vergleichbare Regelungsstrategie verfolgt die VO (EU) 2022/1925 vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), auch **Digital Markets Act** genannt.

Der DMA geht nicht auf die Generaldirektion Wettbewerb (**GD Comp**; damalige Leiterin *Margrethe Vestager*) innerhalb der Europäischen Kommission zurück, sondern auf *Thierry Breton,* den damaligen einflussreichen Leiter der Generaldirektion Binnenmarkt, Industrie, Unternehmertum und Kleine und Mittlere Unternehmen (**GD ENTR**). Der DMA beruht deshalb auf **Art. 114 AEUV**, der allgemeinen Ermächtigungsgrundlage zur Harmonisierung des Binnenmarktes, und nicht auf Art. 103 AEUV, der speziellen Ermächtigungsgrundlage für Verordnungen mit Kartellrechtsbezug. Dies hat vorübergehend **Zweifel an der kartellrechtlichen Rechtsnatur des DMA** entstehen lassen. Betrachtet man jedoch den Inhalt der in Art. 5 bis 7 DMA begründeten Per-Se-Verbote, kann **an der kartellrechtlichen Qualifizierung des DMA kein Zweifel** bestehen. Denn dort sind die zentralen Entscheidungen der Europäischen Kommission und der europäischen Gerichte in konkrete Verhaltensgebote umgesetzt worden.

Nach Art. 3 DMA benennt die Europäische Kommission (vgl. Abs. 4 der Norm) ein Unternehmen als **Torwächter** (Synonym für Gatekeeper). Dafür kommt ein Unternehmen nach Art. 3 Abs. 1 DMA in Betracht, wenn es (lit. a) erheblichen Einfluss auf den Binnenmarkt hat, (lit. b) einen zentralen Plattformdienst bereitstellt, der gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dient und (lit. c) hinsichtlich der Tätigkeit eine gefestigte und dauerhafte Position innehat oder absehbar ist, dass es eine solche Position in naher Zukunft erlangen wird. Besondere Bedeutung für die Feststellung der Torwächtereigenschaft kommt dem **Benennungsbeschluss** nach Art. 3 Abs. 4 DMA zu. Darin führt die Kommission die zentralen Plattformdienste auf, die vom Torwächter bereitgestellt werden und die im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. b DMA gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dienen. Der Torwächterstatus eines Unternehmens wird alle drei Jahre von der Kommission überprüft (Art. 4 Abs. 2 DMA).

Die praktische Wirkung des DMA kann kaum überschätzt werden. Am **6.9.2023** hat die Europäische Kommission sechs Unternehmen als Torwächter iSd. Art. 3 DMA benannt: Alphabet (Google), Amazon, Apple, ByteDance (TikTok), Meta (Facebook) und Microsoft. Auf diesen Beschluss hin blieben den benannten Unternehmen gem. Art. 3 Abs. 10 DMA **sechs Monate**, um sich auf die neuen Verhaltensregeln einzustellen. Nach Ablauf dieses Zeitrahmens sind die Regelungen des DMA für diese Unternehmen in Kraft getreten. Bei der Verletzung einer Norm des DMA drohen den Torwächtern im Einzelfall **Geldbußen bis zu 10 % des weltweiten Gesamtumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahres** (Art. 30 Abs. 1 DMA). Eine erste Folge der Geltung des DMA war, dass das Unternehmen **Apple** das Betriebssystem IOS im Binnenmarkt für Apps öffnete, die

nicht aus dem Apple Store bezogen werden, sondern auf alternativen Plattformen erworben werden können. Ferner ist die Zahlung mittels Apple Pay im Apple Store nicht mehr verpflichtend. Auch ist davon die Rede, dass auf iPhones alternative Betriebssysteme eingespielt werden können. Beachte in diesem Zusammenhang folgende Regelungen: Nach **Art. 5 Abs. 7 DMA** darf der Torwächter den Nutzern seiner Plattform nicht die Nutzung eines bestimmten Zahlungsdienstes vorschreiben. Nach **Art. 6 Abs. 4 DMA** muss der Torwächter sein System für Software-Anwendungen Dritter öffnen (Unterabsatz 1). Restriktionen können jedoch in diesem zweiten Fall gerechtfertigt sein, soweit sie objektiv erforderlich sind, um die Sicherheit des eigenen Systems zu gewährleisten (Unterabsatz 2).

Wie das Beispiel zeigt, treffen den Torwächter umfangreiche Pflichten, die in Art. 5 bis Art. 7 DMA geregelt sind und überwiegend **Per-se-Verbotscharakter** aufweisen.

Eine erste Gruppe von Verbotstatbeständen beugt der Gefahr vor, dass der Torwächter die aus seiner Schlüsselstellung erwachsenden **Machtstellung auf vor- oder nachgelagerte Märkte verlagern könnte**.

- Der Torwächter darf deshalb gewerbliche Nutzer (Hoteliers, Marketplace-Händler) nicht exklusiv an die eigene Plattform binden (Art. 5 Abs. 3 DMA).
- Er darf die Kommunikation der Händler, die auf seiner Plattform tätig sind, nicht auf diese beschränken (Art. 5 Abs. 4 DMA).
- Er darf von seinen Nutzern nicht verlangen, dass sie einen bestimmten Identifizierungsdienst, eine bestimmte Webbrowser-Engine oder einen bestimmten Zahlungsdienst benutzen (Art. 5 Abs. 7 DMG). Denn sonst würden die Wettbewerbsverhältnisse auf den entsprechenden Peripheriemärkten durch den Gatekeeper beeinflusst.
- Er darf von seinen Nutzern nicht verlangen, dass sie andere Plattformdienste benutzen, die ihm selbst gehören und die die Europäische Kommission nach Art. 3 Abs. 9 DMA im Beschluss über die Feststellung der Torwächtereigenschaft benannt hat (Art. 5 Abs. 8 DMA). Darin läge ja eine verbotene Koppelung.
- Er muss seinen Kunden ermöglichen, die eigene Software ohne größeren Aufwand vom PC zu deinstallieren (Art. 6 Abs. 2 DMA). Darin liegt eine Reaktion auf den Microsoft-Case, wo durch die Vorinstallation des Internet Explorers im Betriebssystem Windows der Markt für die zugrunde liegende Softwaretechnologie zerstört wurde (S. 247).

Das **LG Mainz** hat als erstes Gericht innerhalb Europas einen Anspruch einer Privatperson gegen einen Totwächter auf der Grundlage des DMA bejaht:

LG Mainz – Google Android
(LG Mainz, 12.8.2025 – 12 HK O 32/24)

Art. 5 Abs. 8 DMA lautet:

Der Torwächter darf von gewerblichen Nutzern oder Endnutzern nicht verlangen, dass sie weitere zentrale Plattformdienste, die im Benennungsbeschluss nach Artikel 3 Absatz 9 aufgeführt sind oder die die in Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b genannten Schwellenwerte erreichen, abonnieren oder sich bei diesen registrieren, um gemäß dem genannten Artikel aufgeführte zentrale Plattformdienste des Torwächters nutzen, darauf zugreifen, sich bei diesen anmelden oder sich bei diesen registrieren zu können.

Zur systematischen Einordnung des Art. 5 Abs. 8 DMA: Nach Art. 3 Abs. 9 DMA führt die Kommission im Benennungsbeschluss die Plattformdienste des Torwächters auf, die von diesem bereitgestellt werden und für sich genommen als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern iSd. Art. 3 Abs. 1 lit. b DMA gelten. Die Voraussetzungen dieser Norm (als Art. 3 Abs. 1 lit. b DMA) werden wiederum nach Art. 3 Abs. 2 lit. b DMA vermutet, wenn ein Unternehmen einen Plattformdienst bereitstellt, der im vergangenen Geschäftsjahr mindestens 45 Millionen in der Union niedergelassene oder aufhältige monatlich aktive Endnutzer und mindestens 10.000 in der Union niedergelassene jährlich aktive gewerbliche Nutzer hatte.

Vorliegend nimmt G die Stellung eines Torwächters auf dem Markt für die Betriebssystemsoftware von Mobilfunkendfunkgeräten ein; dieser stellt einen zentralen Plattformdienst iSd. Art. 3 Abs. 1 lit. b DMA dar. Um diesen nutzen zu können, müssen die Nutzer zugleich den Maildienst von G nutzen, der ebenfalls als Plattformdienst von G iSd. Art. 3 Abs. 1 lit. b DMA gilt. G zwingt die Nutzer also dazu, einen zentralen Plattformdienst (den Maildienst) in Anspruch zu nehmen, um einen anderen zentralen Plattformdienst (das Betriebssystem) nutzen zu können. Art. 5 Abs. 8 DMA, der dies verbietet, deckt besonders schwere Fälle der Koppelungsproblematik ab. Denn die in der Norm vorausgesetzte Koppelung zweier zentraler Plattformdienstleistungen führt vor allem zu einer gegenseitigen Verfestigung der Macht auf den beiden betroffenen Märkten, auf denen der Torwächter ohnehin schon eine starke Stellung einnimmt.
Schwerer wiegt der Fall, dass der Torwächter (Marktbeherrscher) einen zentralen Plattformdienst iSd. Art. 3 Abs. 1 lit. b DMA mit einer Dienstleistung auf meinem Markt anbietet, auf dem noch wirksamer Wettbewerb besteht. In diesem droht die Preisbildung auf diesem Markt erheblich gestört zu werden.

In engem Zusammenhang mit diesen Verboten steht die Verpflichtung des Torwächters zur **Interoperabilität** mit konkurrierenden Diensten. Dadurch wird ein sog. **Multihoming** (vgl. § 18 Abs. 3a Nr. 2 GWB) der eigenen Nutzer möglich. Der Torwächter muss es entsprechend hinnehmen, dass seine Kunden zu anderen Anbietern abwandern und damit Wettbewerbsdruck entsteht.

- An die Microsoft-Entscheidung des EuG (S. 264) erinnert die Verpflichtung, Diensteanbietern und Anbietern von Hardware kostenlos wirksame **Interoperabilität für den Zugang zu seiner Plattform** zu gewähren (Art. 6 Abs. 7 DMA).
- Der Torwächter muss den Betreibern konkurrierender **Suchmaschinen** zu angemessenen und diskriminierungsfreien Bedingungen Zugang zu Ranking-, Anfrage-, Klick- und Ansichtsdaten gewähren (Art. 6 Abs. 11 DMA).
- Art. 7 DMA will die Interoperabilität sog. **nummernunabhängiger interpersoneller Kommunikationsdienste** herstellen. Der Begriff geht auf Art. 2 Nr. 7 Richtlinie über den Kodex für die elektronische Kommunikation (EU) 2018/1972 und bezeichnet **Messenger-Dienste**, die nicht über Telefonie, sondern über das Internet funktionieren (zB. WhatsApp). Diese werden auch als OTT-Kommunikationsdienste (von Over-the-Top-Kommunikationsdienste) bezeichnet. Nach Art. 7 Abs. 1 DMA muss der Torwächter, der einen solchen Dienst betreibt, konkurrierenden Diensten seine Schnittstellen zur Verfügung stellen, so dass sein eigener Dienst im Hinblick auf Grundfunktionen (zB. Textnachrichten gem. Art. 7 Abs. 2 lit. a (i) DMA) zum konkurrierenden Dienst hin durchlässig wird. Den Torwächter trifft dabei ein gestaffeltes Pflichtenprogramm, das abhängig von den Jahren, die auf den Benennungsbeschluss der Europäischen Kommission nach Art. 3 Abs. 9 DMA folgen, sukzessive eintritt.

Andere Verbote richten sich gegen die **missbräuchliche Verwendung von Daten**:

- Bietet der Torwächter ein Marketplace-System an, entstehen durch die von den angeschlossenen Händlern getätigten Geschäfte Daten, die Rückschlüsse auf die Verbrauchsgewohnheiten auf dem Markt erlauben. Diese Daten darf der Torwächter nach Art. 6 Abs. 2 DMA nicht verwenden. Andernfalls würde er ohne Eigenleistung (= ohne dass er selbst die zugrunde liegenden Umsätze getätigt hätte) an einen **Datenschatz** gelangen, **der von den angeschlossenen Händlern erwirtschaftet wurde.** § 19a Abs. Nr. 6 GWB regelt ein parallellaufendes Verbot.
- Im Gegenteil muss der Torwächter daher den angeschlossenen Gewerbetreibenden einen **Echtzeitzugang zu den von ihnen geschaffenen Daten** gewähren (Art. 6 Abs. 10 DMA). Dies ermöglicht es den Unternehmen die von ihnen selbst erzeugten Daten wirtschaftlich auszubeuten.
- Ferner muss der Torwächter mit den **persönlichen Daten seiner Kunden** verantwortungsvoll umgehen (Art. 5 Abs. 2 DMA). An den **Facebook-Fall** (S. 221) erinnert etwa das an den

Torwächter gerichtete Verbot, persönliche Daten, die auf anderen zentralen Plattformdiensten gewonnen wurden, zusammenführen (Art. 5 Abs. 2 lit. b DMA).

Bei der Gestaltung seines Angebots und der eigenen **AGB** ist der Torwächter zu **Fairness**, **Diskriminierungsfreiheit** und **Transparenz** verpflichtet:

- Der Torwächter muss ua. den Werbetreibenden auf Antrag kostenlos Zugang zu seinen **Instrumenten zur Leistungsmessung** gewähren, damit diese den Wert seiner Plattform als Werbeplatz selbstständig einschätzen können (Art. 6 Abs. 8 DMA). Dabei geht es um Informationen über den sog. „**Traffic**“ (Verkehrsaufkommen) auf der Website des Torwächters, der sich in den Klickzahlen der Nutzer ausdrückt und von Spezialunternehmen gemessen wird. Vom Verkehrsaufkommen hängt ab, wieviel Aufmerksamkeit die Seite erregt und wie wertvoll sie daher als Werbeplatz ist.
- Die **AGB** müssen fair, zumutbar und diskriminierungsfrei gestaltet sein (Art. 6 Abs. 11 DMA).
- Die AGB dürfen auch nicht unverhältnismäßig sein. Insbesondere müssen die angeschlossenen Unternehmen ohne übermäßige Schwierigkeiten kündigen können (Art. 6 Abs. 12 DMA)

Erhebliche Bedeutung könnte das **Verbot der Selbstbevorzugung** entfalten. Es ist in § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB und Art. 6 Abs. 5 DMA geregelt. **Art. 6 Abs. 5 DMA** lautet:

Der Torwächter darf von ihm selbst angebotene Dienstleistungen und Produkte beim Ranking sowie bei der damit verbundenen Indexierung und dem damit verbundenen Auffinden gegenüber ähnlichen Dienstleistungen oder Produkten eines Dritten nicht bevorzugen. Der Torwächter muss das Ranking anhand transparenter, fairer und diskriminierungsfreier Bedingungen vornehmen.

Das Verbot der Selbstbevorzugung ist bekanntlich auch Gegenstand der Entscheidung des **EuGH** in Sachen **Google Shopping**; vgl. dazu S. 278. Vgl. dazu folgendes Beispiel:

B nimmt als Internethändler die Stellung eines Torwächters nach Art. 3 DMA ein. Auf seiner Seite verkauft er unter anderem das Parfum der Marke X. B betreibt gleichzeitig einen virtuellen Marktplatz (Market Place). Auf diesem können Drittanbieter ihre Ware anbieten. Diesen nutzt die von B generierte Aufmerksamkeit gegenüber einem interessierten Publikum. Zu den Drittanbietern zählt K, der ebenfalls das Parfum der Marke X vertreibt.
Sucht nun ein Kunde auf der Seite des B nach dem Parfum der Marke X, zeigt B zunächst das eigene Angebot an. Leicht abgesetzt dazu, folgen die Angebote von angeschlossenen Drittanbietern wie K.

Diese Vorgehensweise dürfte mit Art. 6 Abs. 5 Satz 1 DMA nicht mehr vereinbar sein. Denn B bevorzugt das eigene Angebot im Hinblick auf das Auffinden gegenüber dem des K. Dagegen ließe

sich einwenden, dass die betroffene Website im Eigentum des B steht. Dieser Umstand könnte ihm das Recht verleihen, sein eigenes Angebot als erstes zu benennen. Art. 6 Abs. 5 Satz 1 DMA sieht eine solche Ausnahme jedoch nicht vor. Denn B hat sich zunächst durch die Öffnung seiner Website für Drittanbieter selbst gebunden hat: Nimmt er das Zusatzgeschäft gegenüber den Drittanbietern mit, muss er diese nun nach Art. 6 Abs. 5 Satz 2 DMA auch diskriminierungsfrei behandeln. Andernfalls droht ein Leverage-Effekt: Der Torwächter könnte seine dominante Position auszunutzen, um den Wettbewerb auf Warenmärkten zu beeinträchtigen, indem er seinem eigenen Angebot gegenüber dem der Konkurrenten – unabhängig von Preis und Qualität – die größere Aufmerksamkeit einräumt. B darf also unter der Geltung des Art. 6 Abs. 5 DMA nicht in jedem Fall dem eigenen Angebot den Vorzug geben, sondern muss für das Ranking der Angebote Sachkriterien (Verkaufszahlen, Verteilung der Platzierung innerhalb des Rankings durch Zufallsgenerater) einführen.

Bei **Verstößen gegen Art. 5 bis 7 DMA** kann die Kommission nach Art. 8 Abs. 2 iVm. Art. 20 ff. DMA vorgehen. Die Kommission kann eine Verletzung des DMA nach Art. 29 DMA durch Verwaltungsakt feststellen und nach **Art. 30 DMA Geldbußen** iHv. bis zu 10 % des weltweiten Gesamtumsatzes des Unternehmens im vergangenen Geschäftsjahr verhängen. Unterstützend dazu **verbietet** Art. 5 Abs. 6 DMA jede **Behinderung des Whistleblowings** durch die Betroffenen.

Im deutschen Recht führen Verstöße gegen Art. 5, 6 und 7 DMA zu Schadensersatzansprüchen aus **§ 33a Abs. 1 GWB**. Auch entfalten Entscheidungen der Kartellbehörden auf der Grundlage des DMA nach **§ 32b GWB Bindungswirkung**.

(3) Verhältnis zur allgemeinen Missbrauchskontrolle nach § 19 GWB und Art. 102 AEUV

Sowohl § 19a GWB als auch der DMA verdrängen die allgemeine Missbrauchskontrolle nach § 19 GWB und Art. 102 AEUV nicht (vgl. § 19a Abs. 3 GWB). Dies wäre im Fall des Art. 102 AEUV auch gar nicht möglich, weil diese Norm als primäres Europarecht dem DMA als sekundärem Europarecht vorgeht (vgl. dazu Erwägungsgrund 10 und 78 DMA sowie Art. 1 Abs. 6 DMA). Deshalb kommen Untersagungsverfügungen oder Bußgeldbescheide aufgrund § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV iVm. VO Nr. 1/2003 in Betracht,

- wenn ein Unternehmen nicht die Voraussetzungen des § 19a Abs. 1 GWB oder des Art. 3 Abs. 1 DMA erfüllt oder
- wenn ein Unternehmen, das die Voraussetzungen des § 19a Abs. 1 GWB oder des Art. 3 Abs. 1 DMA erfüllt, eine Verhaltensweise an den Tag legt, die nicht unter Art. 5 bis 7 DMA fällt.

Ergeht jedoch ein Bußgeld auf der Grundlage eines nach § 19a Abs. 2 GWB bzw. Art. 5 bis 7 DMA verbotenen Verhaltens, kommt nach dem Grundsatz „**ne bis in idem**“ die Verhängung eines weiteren Bußgelds wegen derselben Verhaltensweise auf der Grundlage von § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV wohl nicht in Betracht. Insoweit gehen die neu geschaffenen Instrumente (§ 19a GWB und der DMA) der allgemeinen Missbrauchskontrolle **praktisch** vor.

f) Abgrenzung der EFD zu den Fällen der missbräuchlichen Lieferverweigerung

Fraglich ist, wie die Essential-Facility-Doktrin (EFD) von Fällen der missbräuchlichen Lieferverweigerung (S. 247) abzugrenzen ist. Für das EuG besteht kein erkennbarer Unterschied zwischen beiden Fallgruppen (EuG 14.9.2017 – T-751/15 – **Contact Software** Rn. 156). Der BGH hingegen unterscheidet für das deutsche Recht sehr wohl zwischen dem Abbruch einer Lieferbeziehung und der Verweigerung des Zugangs zu einer Essential Facility.

Klausurbeispiel BGH Reisestellenkarte
(BGH, 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), die 70 % der deutschen Inlandsflüge erbringt, 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 der Karteninhaber gegenüber dem Finanzamt den sog. umsatzsteuerrechtlichen Vorsteuerabzug unter erleichterten Bedingungen durchführen. Die Lufthansa verweigert jedoch die zur Durchführung dieses Verfahrens nach § 14 Abs. 2 UStG erforderliche Genehmigung. Dazu ist L nur gegenüber der eigenen Tochtergesellschaft bereit, von der sie im Übrigen kein Entgelt für die Genehmigung fordert. Diese Tochter kann deshalb eine eigene Reisestellenkarte ausgeben. K verlangt die Erteilung einer Genehmigung von L nach § 14 Abs. 2 UStG. Muss sie dafür im Zweifel auch ein Entgelt zahlen?

Hinweis: Zum Entscheidungszeitpunkt ist die Lehre vom mehrseitigen Markt noch nicht allgemein bekannt. Deswegen orientiert sich der BGH noch am Magill-Fall (S. 257). Hier wird der Fall aufgrund der neueren Lehre vom mehrseitigen Markt gelöst.

In Betracht kommt ein Anspruch aus Art. 102 AEUV iVm. § 33 Abs. 1 S. 1 GWB von K gegen L gerichtet auf die Erteilung einer Genehmigung nach § 14 Abs. 2 UStG.

1. Zur marktbeherrschenden Stellung

Dies setzt eine marktbeherrschende Stellung der L voraus. Diese könnte auf einer aus § 14 Abs. 2 UStG resultierenden Sperrstellung beruhen.

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 auch andere Fluggesellschaften ein solches unterbreiten. Darauf kommt es jedoch nicht, wenn sich die Machtstellung von L auf einem **mehrseitigen Markt** beruht 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 Intermediär eine Plattform gegenüber mindestens zwei Nutzergruppen betreibt und dass zwischen beiden Nutzergruppen indirekte Netzwerkeffekte bestehen (ausführlich oben ab S. 210). 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 werden dabei indirekte Netzwerkeffekte erzeugt. 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 von L befördert werden, 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 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.

2. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.

Fraglich ist, ob der Missbrauch durch den Umstand begründet sein kann, dass L der K gerade den Zugang zu einer *Essential Facility* (EF) ohne Sachgrund verweigert.

Der BGH ordnet diesen Fall jedoch nicht unter die EFD ein. Denn bei der EFD geht es um die Sozialbindung des Eigentums oder eines Immaterialgüterrechts (Urheberrecht, Patentrecht), 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. 247; Commercial Solvents). L erteilt die Zustimmung nach

§ 14 Abs. 2 UStG offenkundig nicht, um die eigene Tochter vor Wettbewerb zu schützen. Hier greifen 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. Dem Verhalten von L liegt deshalb insoweit ein Widerspruch zugrunde, als L die Genehmigung nach § 14 Abs. 2 UStG der eigenen Tochtergesellschaft erteilt, 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 nicht 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. Dafür kann sie eine Aufwandsentschädigung verlangen; doch darf sie den Zugang von K nicht ganz verhindern (Erforderlichkeitsprinzip). Zu Recht verneint der BGH daher die Möglichkeit, dass K die Gestattung unentgeltlich verlangen kann. Dafür spricht auch, dass die Gestattung nach § 14 Abs. 2 UStG einen ökonomischen Wert hat, 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 Binnenmarktes

Fraglich ist, ob der Missbrauch der L den Binnenmarkt berührt. Dies lässt sich, obwohl nur Inlandflüge betroffen sind, vor allem wegen des großen Marktanteils der L bejahen. Ihre Strategie wird nämlich auch ausländische Kreditkartenanbieter betreffen. Hinzu kommt, dass die Inlandsflüge häufig als Zubringerleistungen zu Flügen dienen, die ins Ausland führen oder aus diesem kommen.

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:

Der BGH bejaht eine Sonderform des **Kontrahierungszwangs** (Zwang zur Abgabe einer Willenserklärung) auf der Grundlage von §§ 33 Abs. 1 Satz 1 GWB und Art. 102 AEUV. Üblicherweise wird der Kontrahierungszwang im GWB aus dem Diskriminierungsverbot nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante GWB iVm. dem Unterlassungsanspruch aus § 33 Abs. 1 GWB hergeleitet. Das **europäische Kartellrecht** kennt allerdings kein § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante GWB vergleichbares allgemeines Diskriminierungsverbot (dazu bereits oben S. 249). Dennoch kommt ein Kontrahierungszwang auch in einigen Anwendungsfällen des **Art. 102 AEUV** in Betracht. Er mündet in die Pflicht des Marktbeherrschers, einen anderen Marktteilnehmer zu beliefern bzw. mit ihm einen Vertrag abzuschließen. Einschlägig sind etwa die vom BGH erwähnten Fälle der missbräuchlichen Verweigerung einer Belieferung bzw. des Abbruchs einer Lieferbeziehung. In beiden Fällen kann der Missbrauch nur abgestellt werden, wenn der von ihm betroffene Marktbeteiligte (weiter) beliefert wird. Dies gilt in anderen Fällen auch, wenn der Marktbeherrscher den Zugang zu einer Essential Facility missbräuchlich verweigert.

5. Sonderform der Essential Facility-Lehre: Die FRAND-Erklärung und der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand im Patentrecht

Patente werden nach deutschem und europäischem Recht von Patentämtern (Deutsches Patentamt, Europäisches Patentamt: Sitz beider in München) für besonders innovative **Erfindungen** vergeben (instruktive Darstellung: EuGH, 16.7.2015 – C-170/13 – **Huawei**, Rn. 12 ff.). Dabei stellt eine Erfindung 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 daher 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 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 ihre Ausschließlichkeitsrechte geltend machen
und
(2) den **Technologieproduzenten**, die für die Herstellung ihrer Geräte auf die Nutzung bestimmter 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, zB. Handys) vorzustoßen. Die Verweigerung einer fairen Nutzung gegenüber Dritten kann daher eine Blockade des Zugangs zum Folgemarkt bedeuten.

Dieser Interessenkonflikt stellt insoweit einen Sonderfall der Lehre von der Essential Facility dar, als ein Ausschließlichkeitsrecht (Patent) in seinen Schutzwirkungen uU. hinter dem Interesse am freien Zugang auf einem nachgelagerten Markt zurücktreten muss. **Dem Anspruch des Patentinhabers auf Unterlassung nach § 139 Abs. 1 Satz 1 PatG kann daher im Einzelfall folgender Einwand entgegengehalten werden:** Wenn der Patentinhaber nach Art. 102 AEUV ohnehin gehalten ist, dem Patentnutzer eine Lizenz gegen angemessenes Entgelt zu erteilen, darf er ihm die Patentnutzung nicht in Widerspruch zu später zu erwartenden Gewährung nach § 139 Abs. 1 GWB untersagen (**kartellrechtlicher Zwangslizenzeinwand**). Zugrunde liegt ein Rechtsgedanke, der an das Verbot des venire contra factum proprium erinnert: Der Patentinhaber kann von der anderen Seite nicht „heute“ herausverlangen, was er ihr „morgen“ wieder gewähren müsste.

Dabei müssen **zwei Fälle** voneinander unterschieden werden. In der ersten Fallgruppe setzt ein Unternehmen seine Basistechnologie faktisch auf dem Markt durch und schafft so aufgrund seiner einseitigen Überlegenheit einen Standard. Das Phänomen dieser **De-facto-Standards** kann immer wieder in der Industriegeschichte beobachtet werden, etwas bei der Durchsetzung des Blu-ray-Formats durch Sony, des Betriebssystems von Microsoft Windows (vgl. S. 264) usw. Ökonomisch beruht die Wirkungsweise eines De-facto-Standards aus **direkten Netzwerkeffekten.** Danach hängt der Wert einer Technologie von der Zahl der Nachfrager ab, die diese im Rahmen des eigenen Nutzungsverhaltens implementieren.
Die Blu-ray-Technologie von Sony setzt sich gegen den alternativen HD-DVD-Standard von Toshiba nicht wegen ihrer technischen Überlegenheit durch, sondern dadurch, dass die Mehrzahl der

Gerätehersteller sich für Blu-ray als Basis für die Produktion von Filmdisketten entschieden. Die große Zahl der Nachfrager erzeugte aus Sicht weiterer Investoren die Sicherheit, die ein Industriestandard verbürgt. Von nun an konnte jeder Unternehmer bei der Diskettenproduktion sicher auf der Basis des Blu-ray-Standards investieren und damit ein Massenpublikum mit seinen Produkten erreichen.

Der BGH hatte zu einem frühen Zeitpunkt über die kartellrechtlichen Grenzen des Anspruchs aus § 139 PatG über den De-facto-Standard der CD-Technik zu entscheiden.

BGH Orange Book
(BGH, 6.5.2009 – KZR 39/06 = BGHU 180, 312 – Orange Book) Dem Unternehmen Philipps war ein Patent auf ein Format zur Herstellung von CD erteilt worden, das sich als De-facto-Standard durchgesetzt hatte. Es stellte sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Patentrechtsverletzer die kartellrechtliche Missbrauchseinrede auf der Grundlage von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB/Art. 102 Satz 2 lit. b AEUV erheben konnte.

Der BGH ging von zwei Voraussetzungen aus (Rn 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 usw.).

Später, also zeitlich nach dieser Entscheidung, haben sich erst die Regeln, im Hinblick auf De-jure-Standards konkretisiert. Danach muss der Patentinhaber die Initiative ergreifen und dem Patentnutzer ein Angebot auf Abschluss eines Lizenzvertrages unterbreiten, bevor er auf der Grundlage des § 139 Abs. 1 Satz 1 PatG vorgehen kann (dazu sogleich). Es könnte daher sein, dass diese Vorgehensweise künftig auch für De-facto-Standards gilt. Überzeugend erscheint dies jedoch nicht. Denn es besteht ein **wesentlicher Unterschied zwischen beiden Arten von Standards**: De-facto-Standards sind weithin bekannt und für jeden Nutzungsinteressenten evident. Dies ist bei De-jure-Standards, wo ein Industriestandards auf hunderten bzw. tausenden Patenten beruhen kann, gerade anders. Deshalb bedarf der Patentnutzer eines De-facto-Standards nicht desselben Schutzes wie ein Nutzer im anderen Fall. Dies spricht möglicherweise dagegen, dass der Inhaber des Standards die Initiative ergreifen muss.

Die **zweite Konstellation** stellen, wie gerade erwähnt, die sog **De-jure-Standards** dar. Bei diesen

versuchen **Standardisierungsorganisationen** dem Interessenkonflikt zwischen Patentrecht und Wettbewerbsfreiheit durch sog. **FRAND-Erklärungen** Rechnung zu tragen. Innerhalb des Europäischen Binnenmarktes und im Bereich der Telekommunikationstechnologie folgt vor allem das von der Europäischen Kommission ins Leben gerufene private European Telecommunications Standards Institute (**ETSI**) dieser Vorgehensweise. Das ETSI kann ein Patent im vorgenannten Sinne **zum standardessentiellen Patent** (SEP) erklären. Ist dies der Fall, muss die patentierte Erfindung 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 auf der Grundlage der FRAND-Erklärung.

Um den Status eines SEP nach den ETSI-Statuten zu erlangen, müssen die Erfinder gegenüber dem ETSI 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. Dadurch wird verhindert, dass ein Patentinhaber die Implementierung des Standards allein durch Verweigerung seiner Zustimmung verhindern kann. 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 nämlich 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.

EuGH Huawei

(EuGH, 16.7.2015 – C-170/13 – **Huawei**) Huawei ist Inhaberin eines Patents über die Errichtung eines Synchronisierungssignals. Es ist ein SEP im Rahmen des sog. Long-Term-Evolution-Standards (LTE), der bei der Handytechnologie Verwendung findet. Die ZTE, ein Unternehmen, das in Deutschland Software herstellt, gerät in Konflikt mit diesem Patent. Es stellt sich die Frage, wie Patentschutz und Wettbewerbsfreiheit zu koordinieren sind.

Der EuGH drängt in dieser Entscheidung den Patentschutz zugunsten der Wettbewerbsfreiheit deutlich zurück. Zu diesem Zweck entwickelt er ein formalisiertes Verfahren, aufgrund dessen der Patentinhaber gegen den Verletzer vorgehen muss und **belastet den Patentinhaber mit der Initiativlast** (ab Rn. 55 ff.):

(a) Danach muss der SEP-Inhaber dem Patentnutzer gegenüber die Klage nach § 139 PatG ankündigen und diesen zuvor **anhören** (Rn. 60).

(b) Ferner muss der SEP-Inhaber dem Nutzer **ein konkretes schriftliches Angebot** auf Abschluss eines Lizenzvertrages unterbreiten (Rn. 63). Dies unterscheidet das Urteil von der BGH-Entscheidung in Sachen Orange Book (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 **Angebot des SEP-Inhabers 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 Sorgfaltsverstoßes abgelehnt hat.

Wie bereits bemerkt trägt der Schutzrechtsinhaber nach der **Huawei-Entscheidung** die **Initiativlast**. Dies erscheint gerechtfertigt, weil einem Mobilfunkstandard wie etwa zurzeit 5G 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!). Auf EU-Ebene hat die Kommission einen **Vorschlag für eine SEP-Verordnung** vorgelegt (COM(2023(224)), die leicht andere Maßgaben – hin in Richtung der Grundsätze der Orangebook-Entscheidung – folgen soll.

Im Übrigen 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 I
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 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 die Inanspruchnahme sämtlicher in den Standard eingehender 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.

BGH FRAND - Einwand II
(BGH, 24.11.2020 − KZR 35/17 = BGHZ 227, 305 – FRAND-Einwand II) Die Klägerin ist Inhaberin eines zum UMTS-Standards zählenden SEP. Die Beklagte vertreibt Tablet Computer und Mobilfunkgeräte, die dieses Patent verwenden. Auf den Hinweis der Klägerin erklärt die Beklagte, den Abschluss eines Lizenzvertrages zu erwägen und gegebenenfalls in Verhandlungen einzutreten. Darauf geht die Klägerin gegen sie nach § 139 Abs. 1 Satz 1 PatG vor.

Noch einmal bekräftigt der EuGH, dass der Inhaber eines SEP eine marktbeherrschende Stellung einnehme (Rn. 49). Bei Anwendung der Grundsätze der Huawei-Entscheidung gelangt er zu dem Ergebnis, dass die Verletzungsklage nach § 139 Abs. 1 Satz 1 PatG dann nicht missbräuchlich ist, **wenn der Patentnutzer keine ernsthafte Bereitschaft zeigt, einen Lizenzvertrag abzuschließen.** Davon geht der BGH aber angesichts der Reaktion der Beklagtenseite aus (Rn. 57 ff.). Die Entscheidung überzeugt, weil das Gericht einer Hinhaltetaktik des Patentnutzers vorbeugt. Unterbreitet ihm nämlich der Patentinhaber ein ernsthaftes Angebot, muss der Nutzer nach den Huawei-Grundsätzen seinerseits ernsthaft zu diesem Stellung nehmen und darf sich nicht durch ein scheinbares Entgegenkommen im Hinblick auf die Verletzungsklage unangreifbar machen.

Im Anschluss an die Huawei-Entscheidung des EuGH stellt sich im Patentrecht eine Reihe von Detailfragen zur Bedeutung des FRAND-Einwandes (sog. **FRAND Wars**). Auf alle Details kann hier nicht eingegangen werden.

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.
In OLG München, 20.3.2025 − 6 U 3824/22 Kart – **Sprachsignalkodierer III** erkennt das befasste Gericht darauf, dass die Einhaltung der durch den EuGH vorgegebenen Verhandlungsschritte nicht zu einer Verkürzung der Rechte des Patentinhabers führen dürfe. Entsprechend sei es dem Nutzer des Patents nach § 242 BGB verwehrt, sich auf rein formale Fehler der anderen Seite zu berufen. Der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand ist danach insbesondere dann nicht begründet, wenn das **erste Angebot des Patentinhabers FRAND-konform** war und vom Nutzer dennoch abgelehnt wurde. Der Patentinhaber muss sich insbesondere nicht auf Verhandlungen mit dem Nutzer über die Einzelheiten dieses Angebots einlassen, da das Verhalten des Nutzers im Ausgangspunkt patentrechtswidrig ist.

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.

Zu den besonderen Rechtsfolgen eines Ausbeutungsmissbrauchs gehört dabei die **Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB**: Nach BGH 4.2.2023 − KVZ 38/20 – Wasserpreise Gießen hat die Kartellbehörde ein Auswahlermessen dahingehend, ob Sie den durch den Kartellverstoß erwirtschafteten Vorteil nach § 34 Abs. 1 GWB abschöpft oder eine Rückerstattung nach § 32 Abs. 2a GWB anordnet. Dabei wird nicht vorausgesetzt, dass die Kartellbehörde zunächst eine Untersagungsverfügung nach § 32 Abs. 1 GWB erlassen hat.

H. Das Diskriminierungsverbot (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante und 20 Abs. 1 GWB) sowie die sonstigen Behinderungsverbote des deutschen Rechts

I. Allgemeines

Nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB ist es dem marktbeherrschenden Unternehmen untersagt, andere Unternehmen zu behindern oder ohne sachlichen Grund zu diskriminieren. Das Behinderungsverbot (erste Variante) bezieht sich auf Verhaltensweisen im Horizontalverhältnis (unter Konkurrenten), während das Diskriminierungsverbot Verhaltensweisen im Vertikalverhältnis (Verkäufer-Käufer) betrifft. In Verbindung mit § 20 Abs. 1 GWB stellt vor allem das Diskriminierungsverbot eine der praktisch bedeutsamsten Vorschriften des GWB dar. 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 weiter gehenden Geltungsanspruch 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 weit.

(c) Die Norm erlaubt eine Kontrolle geschlossener Systeme durch Außenseiter:

-) **Selektive Vertriebssysteme** (S. 158) können daraufhin überprüft werden, ob die Selektionskriterien als solche erlaubt sind und vom Hersteller diskriminierungsfrei gehandhabt werden. So wird ua. verhindert, dass ein Hersteller die angeschlossenen Händler zu stark unter Druck setzen kann und verbotene Inhaltsbindungen faktisch durchsetzt.

-) Auch die **Vergabepraxis 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 ein konkurrierendes 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 grundsätzlich 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**. Berühmtestes Anwendungsbeispiel ist und bleibt der **Rossignol-Ski-Fall:**

BGH Rossignol-Ski
(BGH NJW 1976, 801 – Rossignol) Ein bayerisches Sportfachgeschäft wurde von der Firma Rossignol nicht beliefert. Rossignol stellt zum damaligen Zeitpunkt 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. Rossignol-Ski wurden zum damaligen Zeitpunkt von den führenden Athleten verwendet. Dadurch sei das Ansehen der Rossignol-Ski so groß, dass ein Fachgeschäft Nachteile im Wettbewerb erleide, wenn es diesen Ski nicht führe. Zwecks Abstellung der Diskriminierung verpflichtete der BGH Rossignol zur weiteren Belieferung des bayerischen Sportfachgeschäfts.

Die Rechtsprechung hat in zahlreichen nachfolgenden Entscheidungen den Tatbestand der Abhängigkeit nach § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB konkretisiert.

2. Die Fallgruppen nach § 20 Abs. 1 Satz 1 und 2 bzw. Abs. 1a GWB

a) Sortimentsbedingte Abhängigkeit

Die praktisch bedeutendste Fallgruppe liegt in der so genannten **sortimentsbedingten 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 (Beispiel: der Rossignol-Ski-Fall).
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. 158), 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 den **Außenseiter**, der nicht Teil des selektiven Vertriebssystems ist, mit einem subjektiven Recht auf Aufnahme in das Vertriebssystem ausstattet. Dies führt zu einer Kontrolle der Hersteller bei der Ausgestaltung ihrer Vertriebssysteme durch interessierte Handelsunternehmen auf Willkürpraktiken und Kartellverstöße. In diesem Zusammenhang erscheint § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB als Instrument des Private Enforcement (S. 176). Gegenüber den Ansprüchen von Aspiranten muss die Zentrale des Vertriebssystems ihre Selektionskriterien rechtfertigen und diese folglich auch gerichtlich überprüfen lassen.

Die Machtstellung des Normadressaten resultiert in den Fällen der sortimentsbedingten Abhängigkeit vor allem auf einem **markengestützten Warenimage**: Die Marktgeltung eines Produktes und seiner Marke ist danach so groß, dass die Wettbewerbsstellung des Anspruchsinhabers erheblichen Schaden nimmt, wenn er die Ware nicht in seinem Sortiment führt. In einer neueren Entscheidung zur Spitzenstellungsabhängigkeit will das **OLG Düsseldorf** vor allem auf die Distributionsrate der Ware abstellen (OLG Düsseldorf, 1. Kartellsenat, 14.4.2021 − VI-U (Kart) 14/20 – Verbundunternehmen). Im Rossignol-Ski-Fall wurde die Spitzenstellungsabhängigkeit jedoch gerade bei einem sehr kleinen Marktanteil bejaht. Ausschlaggebend kann also nicht der Grad der Dominanz der Ware auf den Märkten sein – dann kommt ja möglicherweise auch ein Fall des § 18 GWB für die Anspruchsbegründung nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 BGB in Betracht –, sondern allein das markengestützte Image, von dem dann wiederum die Wettbewerbsstellung eines Fachgeschäftes abhängt.

b) Unternehmensbedingte Abhängigkeit

Ein Unternehmen kann aufgrund **langjähriger Zusammenarbeit mit einem anderen Unternehmen** von dessen Angebot oder Nachfrage abhängig werden (BT-Drucks. 7/765, S. 9 f.). Ein Autohändler ist etwa von einem Fahrzeughersteller in diesem Sinne abhängig, „wenn er sich so stark auf den Verkauf von Produkten eines bestimmten Herstellers festgelegt hat, dass nur unter Inkaufnahme erheblicher Wettbewerbsnachteile auf die Vertretung eines anderen Herstellers wechseln kann“ (BGH, 28.3.2025 – KZR 73/23 – Steinbruch Rn. 18). Die Lehre von der unternehmensbedingten Abhängigkeit zielt jedoch nicht auf den individuellen Schutz des abhängigen Unternehmens, sondern allein auf den Schutz des Wettbewerbs am Markt. Dies verdeutlicht die sehr sorgfältig begründete und deshalb lesenswerte folgende Entscheidung:

BGH Steinbruch
(BGH, 28.3.2025 – KZR 73/23 – Steinbruch) K hat von B den Steinbruch 2 im Jahre 1963 gepachtet. Der dort stattfindende Abbau von Steinen und deren erste Verarbeitung stellen den einzigen Unternehmensgegenstand von K dar. B ist auch Eigentümerin des Steinbruchs 1, der an E verpachtet ist. B hat nun den Pachtvertrag mit K über den Steinbruch 2 im Wege der ordentlichen Kündigung beendet, weil er diesen ebenfalls an E verpachten will. Denn E stellt der B eine höhere Pacht in Aussicht. K verlangt hingegen von B die Fortsetzung des Pachtvertrages.

Im Ergebnis gibt der BGH dem Unterlassungsanspruch nach § 33 Abs. 1 iVm. §§ 19 Abs. 2 Nr. 1, 20 Abs. 1 Satz 1 GWB statt.

Das Gericht führt aus, dass die Anwendung des § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB grundsätzlich verhindern soll, dass ein marktmächtiges Unternehmen, seine von Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrollierten Handlungsspielräume zum Nachteil Dritter ausnutzt und dadurch das Marktgeschehen stört (Rn. 16). Deshalb zielt die Norm nicht unmittelbar auf den persönlichen Schutz des abhängigen Unternehmens, sondern um will eine durch das relativ marktmächtige Unternehmen drohende Marktstörung verhindern (Rn. 19). Entsprechend schützt § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB ein einzelnes Unternehmen nicht davor, dass sich die Investition in die Marktbeziehung zum relativ marktmächtigen Partner im Nachhinein als geschäftliche Fehlentscheidung erweist (Rn. 20). Denn Eingriffe in die Vertragsfreiheit des marktmächtigen Unternehmens können **nur durch den wettbewerbspolitischen Zweck** des § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB gerechtfertigt werden (Rn. 20). Dabei kommt folgendes Prinzip zum Tragen: Muss das marktmächtige Unternehmen das von ihn abhängige Unternehmen beliefern, wird idR. der Wettbewerb auf der Händlerebene gestärkt (Rn. 20).
Im vorliegenden Fall bejaht der BGH die **Voraussetzungen einer unternehmensbedingten Abhängigkeit**. Auf die Tatbestandsvoraussetzungen kommt es dabei im Zeitpunkt der Behinderung bzw. Diskriminierung an an (Rn. 22). Für die unternehmensbedingte Abhängigkeit spricht zunächst, dass K ihren Geschäftsbetrieb nicht umstellen und damit B ausweichen kann. Denn der Betrieb des Steinbruchs stellt den einzigen Unternehmensgegenstand von K dar; der Betrieb eines anderen Steinbruchs kommt aus praktischen Gründen nicht in Betracht (Rn. 22). Entscheidend ist jedoch nicht dieser Gesichtspunt, sondern der Umstand, dass mit der Beendigung des Pachtvertrags zwischen K und B über den Steinbruch 2 ein Wettbewerber auf dem Markt für Steine ausscheiden würde (Rn. 25).
Im Rahmen der anschließenden Gesamtbetrachtung zur Konkretisierung der Unbilligkeit der Behinderung bzw. des Fehlens des Sachgrundes (der BGH bejaht beides), stellt das Gericht die wertsetzende Bedeutung der für B sprechenden Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) dem für K sprechenden Grundrecht auf unternehmerische Handlungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG) gegenüber (Rn. 30). Dabei spricht für B als Eigentümerin, dass sie einen Vertrag über dessen

Verpachtung unter Einhaltung einer angemessenen Kündigungsfrist beenden können muss (Rn. 30). Doch gibt das Kartellrecht den Ordnungsrahmen für die Ausübung einer solchen Kündigung vor: Diese ist daher ausgeschlossen, wo sie zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führt (Rn. 30). Aus diesen Gründen ist es B nicht verwehrt, den Vertrag mit K zu beenden und das Grundstück an eine weitere Person zu verpachten; problematisch ist allein, dass die Verpachtung gerade an den Betreiber des Steinbruchs 1 erfolgt (Rn. 33). Denn dies führt zu einem Wegfall des Wettbewerbs gegenüber der nachgelagerten Marktstufe. Deshalb bejaht der BGH die Voraussetzungen einer unbilligen Behinderung und einer sachlich nicht gerechtfertigten Diskriminierung.
In dem Verfahren hatte K ferner den Antrag gestellt, dass B ihr einen neuen Pachtvertrag zu denselben Bedingungen wie E oder einem anderen Interessenten gewährt. Diesen lehnt der BGH ab, weil § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB keine gesetzliche Meistbegünstigungsklausel beinhaltet (Rn. 36). Allerdings hat K einen Anspruch darauf, dass B ihr den Pachtvertrag zu angemessenen und fairen Bedingungen anbietet; denn andernfalls könnte B der K nur zum Schein ein Angebot unterbreiten, dass K aus wirtschaftlichen Gründen gar nicht annehmen könnte.

Beachten Sie bitte noch folgenden Zusammenhang: Wenn das abhängige Unternehmen bei Vertragsbeendigung nicht rasch einen neuen Partner findet, zu dem es eine ähnliche Geschäftsbeziehung aufbauen kann, verwirklicht sich regelmäßig ein normales unternehmerisches Risiko. Dieses rechtfertigt die scharfe Rechtsfolge eines Kontrahierungszwangs nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 iVm. § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB noch nichtt. Deshalb kommt eine unternehmensbedingte Abhängigkeit nur beim Hinzutreten **besonderer Umstände** 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. Denn das geschäftliche Verhalten des Absatzmittlers ist in ein ganzes Geflecht von Vorgaben und Direktiven der Geschäftszentrale eingebettet (vgl. nur das einheitliche Erscheinungsbild des McDonald's-Systems). In solchen Systemen schreibt die Zentrale den Neueintretenden häufig ganz konkrete Investitionen ohne Ermessensspielraum vor (Ladeneinrichtung, Warenbezug, Verpflichtung zu Werbemaßnahmen), deren wirtschaftlicher Wert dem Partner verloren geht, wenn er das System wieder verlassen muss. Allein schon aufgrund der Markenrechte des Herstellers kann der Vertriebspartner die alte Ausstattung dann nicht mehr nutzen. Die Kündigungsfristen des BGB (vgl. etwa § 621 BGB) sind aber häufig zu kurz bemessen, als dass etwa ein in das System neu eintretendes

Unternehmen seine Investitionen überhaupt amortisieren könnte, wenn der Vertrag kurze Zeit nach Beginn der Geschäftsbeziehung schon wieder gekündigt wird (**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. Die zivilrechtliche Kündigung und der kartellrechtliche 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. Auch in diesen Fällen geht es **nicht um den Schutz des einzelnen Franchisenehmers, sondern um den Schutz des Wettbewerbs der Franchisenehmer** untereinander. Denn regelmäßig sind die Gründe für eine vorzeitige Kündigung durch den Franchisegeber nicht bekannt. Dies können etwa darin liegen, dass der Franchisenehmer die eigentlich unverbindlichen Preisempfehlungen des Franchisegeber nach Art. 4 lit. a Vertikal-GVO nicht übernimmt. In dem sich der Franchisegeber nicht rasch und endgültig von einem Franchisenehmer trennen darf, wird auch verhindert, dass sich die Zahl der Franchisenehmer nicht bewusst gering gehalten wird, um das Angebot gegenüber ihren Kunden zu verknappen usw.

Einen Anwendungsfall an der Grenze stellt daher folgende Entscheidung dar:

BGH Porsche-Tuning
(BGH, 6.10.2015 – KZR 87/13 –**Porsche-Tuning**) Das Unternehmen T hatte sich seit 2000 auf die Veredelung (Tuning) von Fahrzeugen des Herstellers Porsche (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 von einer **unternehmensbedingten Abhängigkeit** aus. Dies überrascht, da der Hersteller die Investitionen des Tuning-Unternehmens nicht in seinem Sinne gelenkt hat. Interessant erscheint deshalb folgende Überlegung:

(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 ... 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 (vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 28. Juni 2005 – KZR 26/04 – qualitative Selektion). Das ist jedoch keine zwingende Voraussetzung unternehmensbedingter Abhängigkeit. Vielmehr ist der **Umstand, dass eine solche Abhängigkeit ohne vertragliche Vereinbarung im Wege einer autonomen Bezugskonzentration selbst geschaffen wurde, im Rahmen der Interessenabwägung bei der Billigkeitsprüfung zu berücksichtigen...**“ [Hervorhebungen nur hier]

Im Anschluss bejaht der BGH eine **unbillige Behinderung** (also einen 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. 248, aber auch die Rechtsprechung des BGH in Sachen Reisestellenkarte (S. 299). 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, „wo Wettbewerber daran gehindert werden, ihre eigene wertschöpfende Leistung angemessen am Markt präsentieren zu können“ (Rn. 66). Wieder zeigt sich, dass die Fallgruppe nicht das einzelne Unternehmen, sondern Wettbewerb auf dem betroffenen Markt schützt (vgl. auch OLG Stuttgart 2.4.2020 − 2 U 88/17 – Porsche Tuning).

c) Nachfragebedingte Abhängigkeit

Einen eigenen Problemkreis 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 3 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.

Beispiel: Der Lebensmitteleinzelhandelskonzern fordert von dem mittelständig strukturieren Winzer eine Regalmiete, d.h. ein Engelt dafür, dass die Flaschen überhaupt in den Regalen der Filialen des Konzerns als Ware bereitgestellt werden.

Diese Vermutung ist allerdings bedenklich weit gefasst. Der BGH geht daher davon aus, dass die Norm keine gesetzliche Meistbegünstigungsklausel begründet, die das marktbeherrschende Unternehmen dazu verpflichtet, allen Anbietern dieselben Konditionen einräumt. Entscheidend kommt es auf die Art und Weise der Ungleichbehandlung und deren fehlende Wettbewerbskonformität an. Mit Blick auf den später in § 20 GWB eingefügten Abs. 3a und auf § 18 Abs. 2 Nr. 5 GWB wird man vorsichtig auf die **Leistungsgerechtigkeit** der Forderung des Nachfragers abstellen. Dort wo der Nachfrager gegenüber dem Anbieter keine Leistung erbringt, dürfte eine nachfragebedingte Abhängigkeit daher zu vermuten sein.

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**). Darin lag der historische Ursprung des § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB (BGH, 28.3.2025 – KZR 73/23 – Steinbruch Rn. 17). Das Bundeskartellamt hat diese Spruchpraxis anlässlich späterer Ölkrisen wiederaufleben lassen.

e) Abhängigkeit von einem Intermediär im Rahmen eines Netzwerks (§ 20 Abs. 1 Satz 2 GWB)

§ 20 Abs. 1 Satz 2 GWB wurde durch die 10. GWB-Novelle in das Gesetz eingeführt. Die Norm erweitert den Kreis der Verpflichtungsadressaten auf Intermediäre (Vermittler) auf mehrseitigen Märkten (zum Begriff S. 267 ff.). Charakteristisch für einen mehrseitigen Markt ist, dass ein Plattformbetreiber zwei Nutzergruppen zusammenführt, zwischen denen indirekte Netzwerkeffekte bestehen.

Beispiel: Die Hoteliers in Oberbayern sind an Gästen aus Rheinhessen interessiert. Auch unter den Reiseinteressenten in Rheinhessen besteht großes Interesse an Ferien in Oberbayern. Beide Nutzergruppen können sich jedoch nicht unmittelbar adressieren: Die Hoteliers kennen dafür die Kundenwünsche nicht genau genug, die Gäste haben keinen eigenständigen Überblick über das Angebot vor Ort. Ein Reisevermittlungsportal führt diese beiden Gruppen zusammen.

Aus dieser Verlegenheit erwächst dem Intermediär sog. Intermediationsmacht, da mindestens eine der beteiligten Gruppen die andere nur über den Intermediär und seine Konkurrenten ansprechen kann. Voraussetzung des § 20 Abs. 1 Satz 2 GWB dürfte es sein, dass indirekte Netzwerkeffekte iSd. § 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB zwischen zwei Nutzergruppen bestehen (S. 267) und der Intermediär beide

zusammenführt. Bestehen jedoch konkurrierende Angebote, also andere Intermediäre, die den Zugang der Interessenten zur anderen Nutzergruppe ebenso wirkungsvoll eröffnen können, besteht die Abhängigkeit nicht notwendigerweise. Denn ein sog. Multihoming nach § 18 Abs. 3a Nr. 2 GWB schwächt die Marktstellung des Intermediärs. Denkbar erscheint aber auch in diesen Fällen die Möglichkeit einer **Spitzengruppenabhängigkeit**: Denn die Vertreter einer Nutzergruppe könnten im Einzelfall auf eine Auswahl der wichtigsten Intermediäre angewiesen sein. Diese hafteten ihnen dann als Gesamtschuldner nach § 421 BGB wie im Fall der sortimentsbedingten Abhängigkeit.

f) Datenbedingte Abhängigkeit (§ 20 Abs. 1a GWB)

Durch die 10. GWB-Novelle wurde mit **§ 20 Abs. 1a GWB** die Fallgruppe einer **datenbedingten Abhängigkeit** eingeführt. Die Norm will möglichen Aspiranten einen begrenzen Zugangsanspruch zu den Datenschätzen anderer Unternehmen vermitteln, wenn diese aufgrund ihrer Tätigkeit auf dem Markt über Kundendaten in einem Umfang verfügen, der ihnen im Wettbewerb einen uneinholbaren Vorsprung verschafft. Der Gesetzgeber beabsichtigt mit der Norm vor allem eine Klarstellung, dass die Möglichkeit einer solchen Abhängigkeit grundsätzlich besteht. Gleichzeitig schweben ihm **zwei Fallgruppen** vor (BT-Drucks. 19/23492, S. 81 f.). Die erste betrifft **Techniken im Bereich des Internets der Dinge** (IoT = Internet of Things). Die zugrunde liegende Technologie bezieht sich auf miteinander kommunizierende Geräte, die selbstständig Wertschöpfungsprozesse einleiten.
Beispiel: Ein Kühlschrank erkennt, welche Vorräte der eigene Nutzer bevorzugt und bestellt automatisch Milch, wenn er erkennt, dass der Vorrat zur Neige geht.

Bei der Anwendung dieser Technologie fallen wirtschaftlich wertvolle Nutzerdaten an, die unter den beteiligten Unternehmen gerecht verteilt werden sollen. Allen am Prozess Beteiligten sollen daher Zugangsrechte zu den Daten über § 20 Abs. 1a GWB zustehen. Dies gilt insbesondere für den Auftraggeber, der einen Spezialisten mit der Implementation der zugrunde liegenden Kommunikationstechnologie betraut hat und der die aufgezeichneten Daten erzeugt hat.
Die **zweite Konstellation** betrifft den Datenzugang Dritter, die Dienste auf einem vor- oder nachgelagerten Markt anbieten möchten, ohne bisher mit dem mächtigen Unternehmen in Geschäfts- oder Vertragsverbindung gestanden zu haben. Der Gesetzgeber geht von der grundsätzlichen Möglichkeit aus, dass ein Unternehmen aufgrund des über längere Zeit erworbenen **Datenschatzes** eine **Schlüsselstellung** für die Möglichkeit zukommt, auf bestimmten Märkten ein wettbewerbsfähiges Angebot abzugeben. Denn es kennt die Kundenwünsche exakter als die Konkurrenz, kann daher passgenauere Offerten erstellen und scheint vermeintlich einen

uneinholbaren Vorsprung zu genießen. Es handelt sich bei dieser zweiten Fallgruppe erkennbar um einen **Sonderfall der Essential-Facility-Doktrin** (S. 256 ff.). Der deutsche Gesetzgeber lässt in der Gesetzesbegründung (a.a.O.) allerdings zu Recht deutliche Zurückhaltung im Hinblick auf diese zweite Fallgruppe erkennen. Dies entspricht den sog. **Bronner-Grundsätzen** (S. 259): Der Marktbeherrscher muss im Ausgangspunkt Dritte nicht zu den von ihm geschaffenen Infrastruktureinrichtungen zulassen. Dafür spricht einerseits das Prinzip der negativen Vertragsfreiheit und andererseits die Verhinderung positiver externer Effekte bei Investitionen in Infrastrukturmaßnahmen. Eine Ausnahme besteht nur dort, wo ein nachgelagerter Markt nicht ohne die Inanspruchnahme der Infrastruktureinrichtung zu erreichen ist. Deshalb dürfte die Darlegungslast des Aspiranten für einen Anspruch auf der Grundlage des § 20 Abs. 1a GWB im Einzelfall sehr hoch sein. Die Grenzen zum Tatbestand des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB sind in solchen Fällen nur schwer zu ziehen. Zugunsten des Aspiranten dürfte im Einzelfall sprechen, wenn er nicht als Konkurrent des Marktbeherrschers auf dem Ausgangsmarkt auftritt, sondern nur auf einen nachgelagerten Markt gelangen will und dies ohne Zugang zum Datenschatz nicht möglich ist.

3. Geschützter Personenkreis im Falle des § 20 Abs. 1 GWB

Die Größe des Unternehmens des Verbotsadressaten wird im Rahmen des § 20 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 bzw. Abs. 1a GWB nicht absolut festgestellt wie im Falle des § 18 GWB, sondern stets relativ in Bezug zur Gegenseite, der gegenüber ein diskriminierungsfreies Verhalten eingefordert wird. Daraus erklärt sich der vom Gesetzgeber verwendete Begriff der **relativen Marktmacht** (§ 20 Abs. 1 Satz 1 GWB). Dies schließt die Möglichkeit ein, dass zwischen beiden Seiten überhaupt kein Machtgefälle besteht, weil das diskriminierte Unternehmen selbst so mächtig ist, dass es seine Vorstellungen gegenüber dem diskriminierenden eigenständig durchsetzen kann. Deshalb setzt § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB „ein **deutliches Ungleichgewicht** zur Gegenmacht der anderen Unternehmen“ voraus. Damit scheidet ein Fall der Abhängigkeit aus, wenn der Anspruchssteller selbst über eine ausreichende Gegenmacht (countervailing power) verfügt, um sich der Einflussnahme durch die andere Seite zu widersetzen (BT-Drucks. 19/23492, S. 78). Denn in einem solchen Fall wirkt sich die vermeintliche Machtstellung des Anspruchsadressaten nicht auf ihn aus, und er erscheint nicht ala schutzbedürftig.

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. 227). 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 nur völlig unvergleichbare Fälle vom Anwendungsbereich der Norm ausnehmen. Ansonsten erscheint die Frage der Vergleichbarkeit als einer von vielen Aspekten, der in die Konkretisierung eines möglichen Sachgrundes für die Diskriminierung eingeht. Denn diese erfolgt nach der Theorie der beweglichen Schranken durch umfassende Gesamtbetrachtung aller Fallaspekte. Schon aus diesem Grund wäre es verfehlt, einen einzelnen dieser Aspekte, die Vergleichbarkeit der Unternehmensprofile also, isoliert zu Betrachtungen und vorweg festzustellen.

Die Anwendung des § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante GWB konzentriert sich somit vor allem auf die Frage nach der **Abwesenheit von sachlichen Gründen** für die Diskriminierung. Die **Darlegungs- und Beweislast** für einen die Diskriminierung rechtfertigenden Sachgrund trägt dabei das relativ marktmächtige Unternehmen. Denn aus der ungleichen Behandlung der Marktgegenseite resultiert zunächst der Anschein willkürlicher Behandlung, den das diskriminierende Unternehmen grundsätzlich ausräumen muss. Der die Diskriminierung rechtfertigende Sachgrund muss nach der **Theorie der beweglichen Schranken (**Bezeichnung stammt von *Wernhard Möschel*) 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.

- Andererseits darf ein Hersteller sein **Absatz- und Vertriebssystem selbst frei gestalten**. Er braucht also nicht jeden Aspiranten zu beliefern, sondern kann eine Auswahl treffen (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. g Vertikal-GVO 2022/720). Dabei greifen zu seinen Gunsten gerade die Kriterien, die selektive Vertriebssysteme rechtfertigen (z.B. Verhinderung des Trittbrettfahrereffekts; 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 sollten Sie stets feststellen, **nach welchem Kriterium** der Anspruchsadressat tatsächlich diskriminiert. Denn 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 zwar 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) Zu prüfen ist ein **möglicher Gesetzesverstoß des Diskriminierungskriteriums**. Werden etwa Geschäftspartner belohnt, die sich an eine nach Art. 4 lit. a Vertikal-GVO verbotene Preisbindung halten und andererseits Aspiranten abgelehnt, die sich dagegen sträuben, ist die Diskriminierung bereits aus diesem Grund missbräuchlich. Denn sie dient der Durchsetzung eines gesetzlich verbotenen Ziels. Prinzipien für die Rechtmäßigkeit des Diskriminierungskriterium liefert etwa auch die Coty-Entscheidung des EuGH (vgl. S. 158 ff.).
   (2) Achten Sie ferner auf die **widerspruchsfreie Handhabung des Diskriminierungskriteriums**. Denn gibt das diskriminierende Unternehmen ein Unterscheidungskriterium nur äußerlich vor, hält sich aber nicht konsequent an dieses, steht der Willkürvorwurf im Raum. In Fällen dieser Art besteht der Verdacht, dass das Diskriminierungskriterium nur vorgeschoben ist und andere, verdeckte Strategien verfolgt werden (etwa eine quantitative Beschränkung der eigenen Handelspartner, um eine Hochpreispolitik zu ermöglichen). Denken Sie gerade in diesem Zusammenhang an das dem

Diskriminierungsverbot zugrunde liegende **Prinzip der Selbstbindung**: Durch sein Bekenntnis zu einem bestimmten Diskriminierungskriterium hat sich das Unternehmen gegenüber möglichen Aspiranten selbst festgelegt.

(3) Schließlich sollten Sie auf eine **unverhältnismäßige** Handhabung des Diskriminierungskriteriums achten. Lassen sich nämlich die hinter dem Kriterium stehenden Zielsetzungen für den Anspruchsteller durch weniger einschneidende Maßnahmen erreichen, erscheint das Diskriminierungskriterium abermals nur vorgeschoben: Die andere Seite benötigt es nicht, um ihre Ziele erreichen und engt deshalb die Handlungsspielräume im Wettbewerb ohne Sachgrund ein.

c) Auf einer **dritten Ebene** findet eine Abwägung mit der **Marktöffnungsfunktion** des Diskriminierungsverbots und der widerstreitenden **Freiheit des diskriminierenden Unternehmens** statt, die eigene Produkt-Markt-Strategie selbst festzulegen und daher auch die Handelspartner selbst auszusuchen.

c) Praktische Fälle

Den weiten Anwendungsbereich, aber auch die Wirkungsweise des Diskriminierungsverbots verdeutlichen folgende Fälle:

Folgende Entscheidung dürfte Bedeutung für die **Öffnung von Kanälen in sozialen Netzwerken entfalten**:

OLG Düsseldorf Filmwerkstatt Düsseldorf
(OLG Düsseldorf, 2.4.2025 − VI-U (Kart) 5/24 – Filmwerkstatt Düsseldorf II; LG Düsseldorf, 18.4.2024 − 14d O 1/23 – Filmwerkstatt Düsseldorf) Bei K handelt es sich um einen auf dem Zusammenschluss von Filmschaffenden gründenden eingetragenen Verein „Die Filmwerkstatt Düsseldorf“. Er betrieb seit 2014 eine Seite bei Facebook (B), auf der er über das eigene Schaffen berichtete. 2021 schließt B jedoch diese Seite, weil darauf ein Info-Bild zu dem Film „Der Schamane und die Schlange“ gezeigt wurde, auf dem zwei nackte Kinder zu sehen waren. B begründet dies damit, dass diese Vorgehensweise den Unternehmensgrundsätzen widerspreche. Über diese Entscheidung wurde K nicht durch B vorab informiert.

Das OLG bejaht einen Anspruch aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (juris-Rn. 80 ff.). Adressat ist B vor allem wegen seiner Intermediationsmacht auf einem mehrseitigen Markt nach § 20 Abs. 1 Satz 2 GWB (juris-Rn. 86 und Rn. 88). Räumlich wird der Markt durch die deutsche Spracheinstellung begrenzt (juris-Rn. 87). Soweit es um die Rechtfertigung des Verhaltens von B geht, wird man diesem im Rahmen der Gesamtbetrachtung zugutehalten, dass er Fotos dieser Art zunächst aufgrund eines vollautomatisierten Filterprozesses identifizieren darf. Denn die Grenzen zwischen Kinderpornographie und bildender Kunst sind im Einzelfall schwer zu ziehen. B ist in diesem Zusammenhang nicht zuzumuten, die große Menge der täglich auf seiner Plattform hochgeladenen Bilder individuell danach zu durchmustern, ob im Einzelfall die Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG)

berührt ist oder ein Verbotsfall vorliegt. Allerdings – und dies wendet das OLG zu Recht ein – geht er gegenüber K nicht verhältnismäßig vor. Er hätte K Gelegenheit zur Stellungnahme geben müssen, bevor er dessen Seite schloss (juris-Rn. 97 ff.). Weil dies unterblieben ist, liegt eine Diskriminierung ohne Sachgrund vor.

Vergleiche jetzt zu derselben Fragestellung OLG Nürnberg, 19.8.2025 – 3 W 1224/25 – **Influencerin-Kontosperrung**. Der **Gerichtsstand** für solche Klagen soll der vertragliche Erfüllungsort nach Art. 7 Nr. 1 Brüssel Ia-VO (EU) Nr. 1215/2012 sein. Denn in der Sache gehe es bei der Kontosperrung um die Verletzung vertraglicher Pflichten. Eine Klage am Gerichtsstand der unerlaubten Handlungen Art. 7 Nr. 2 der VO kommr nämlich nach der Rechtsprechung des EuGH nicht in Betracht, wenn sie an das vertragliche Verhältnis zwischen den Parteien anknüpfe (EuGH, 10.9.2025 – C-47/14 – Holterman, Rn. 70).

OLG Düsseldorf Lufthansa/Condor
(OLG Düsseldorf, 20.8.2025 − VI-Kart 7/22 (V) – Lufthansa/Condor) Die Fluggesellschaft Condor (K) und die Lufthansa (B) hatten bisher ein Abkommen über sog. Zubringerflüge. Wenn K den eigenen Kunden einen Flug in die USA verkauft, konnte es aufgrund dieses Abkommens in einem Ticket auch einen Zubringerflug der Lufthansa zum Flughafen Frankfurt usw. mitanbieten. So konnte der Kunde ein einheitliches Flugticket von seinem Regionalflughaften hin zum Zielort erwerben. Dieses Abkommen hat B nun gekündigt. K verlangt hingegen dessen Fortsetzung.

Der **BGH** war bereits zweimal im Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz mit der vorliegenden Sache befasst (zuletzt BGH, 23.10.2024 – KVR 8/24). Der Fall erinnert zunächst an die Konstellation in Sachen „Reisestellenkarte“ (S. 299), weil die Lufthansa sich uU. einen abgeleiteten Markt dadurch vorbehalten will, dass sie den Vertragsschluss über die Nutzung einer von ihr erbrachten Dienstleistung verweigert. Anders als in Sachen „Reisestellenkarte“ bezieht sich diese Weigerung aber nicht auf die bloße Abgabe einer Willenserklärung, sondern auf die Nutzung einer von der Lufthansa vorgehaltenen Infrastruktureinrichtung, ihren Flugzeugen, soweit damit Zubringerflüge erbracht werden. Dies erinnert wiederum an die missbräuchliche Zugangsverweigerung zu einer Essential Facility (dazu S. 256): Nach den **Bronner-Kriterien** käme es darauf an, ob B weiterhin anderen Fluggesellschaften Zubringerflüge anbietet und sich damit auch gegenüber K bindet. Ist dies nicht der Fall, greifen die bekannten Einwände (S. 259): B kann grundsätzlich nicht zum Vertragsschluss mit K gezwungen werden. Denn es drohen positive externe Effekte: Investitionen von B in den Unterhalt des eigenen regionalen Flugverkehrs würden uU. dadurch entmutigt, dass sie von K mitgenutzt werden könnten.

Die Beantwortung der Frage nach einem Verstoß gegen § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB hängt möglicherweise auch davon ab, in welchem Umfang sich K durch die Weigerung von Zubringerflügen den Markt für Fernreisen vorbehält.

Zur Entscheidung in der Sache kam es nicht. Das OLG hob die Verfügung des BKA aus formellen Gründen auf, weil die damit befassten Beamten befangen waren und sich nach § 21 VwVfG einer Entscheidung hätten enthalten müssen.

BGH Radio Cottbus
(BGH, 24.11.2020 − KZR 11/19 – Radio Cottbus) Zwei brandenburgische Lokalsender wollen ihre Werbezeiten über einen Werbezeitenvermittler (W) deutschlandweit vermarkten lassen. W hält auf dem Vermittlungsmarkt für Werbezeiten einen Marktanteil von 60 %. Allerdings lehnt W die beiden Sender als Kunden ab, da sie zu wenig Hörer erreichen und weil ihnen jeweils keine landesweite Rundfunklizenz erteilt ist.

Für den BGH liegt der Ausgangspunkt in der Überlegung, dass der Werbevermarkter in seiner Entscheidung über die Aufnahme der beiden Sender in seinen Kundenstamm **grundsätzlich frei** ist (Rn. 26). Deshalb kommt es im Weiteren darauf an, dass er das eigene Auswahlkriterium **willkürfrei** handhabt. Dies ist der Fall, wenn die Auswahlentscheidung für oder gegen die Aufnahme eines Senders an qualitative Kriterien anknüpft (Rn. 28). Dabei respektiert der BGH das Interesse des Werbezeitenvermittlers, möglichst hohe Einnahmen zu erwirtschaften; dieses Ziel ist wiederum bei der Vermarktung von Lokalsendern nicht möglich, weil Kosten und Ertrag nicht im Verhältnis stehen (Rn. 31 f.). Deshalb darf der Vermarkter auf einer Mindestanzahl von Hörern bestehen, bevor er einen Sender als Kunden aufnimmt (Rn. 35 ff.). Problematisch erscheint jedoch die Unterscheidung danach, ob einem Radiosender eine landesweite Rundfunklizenz erteilt worden ist oder nicht; denn dieses Kriterium hat keinen Sachbezug zum Interesse des Vermittlers an der eigenen Kostensteuerung (Rn. 37 ff.). Insoweit liegt eine Diskriminierung ohne Sachgrund vor.
In diesen Problembereich fällt auch die Entscheidung des **OLG Hamburg**, 12.1.2023 – 15 U 29/21 – **Radio Cottbus II**.

OLG Dresden Wegenutzungsvertrag
(OLG Dresden, 7.10.2020 − U 1/20 Kart – Wegenutzungsvertrag) Gemeinde E verlangt von der Gemeinde V den Abschluss eines Stromkonzessionsvertrages. Der Gemeinderat von V hat dem bereits grundsätzlich positiv zugestimmt. Doch zieht sich das Verfahren in die Länge und E erkennt nicht, nach welchen Kriterien V entscheidet.

Zu einer Diskriminierung iSd. § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweiter Fall GWB kann es nach Auffassung des OLG Dresden auch dann kommen, wenn die Chancen von Bewerbern auf den Abschluss eines Stromkonzessionsvertrages dadurch beeinträchtigt werden, dass das Diskriminierungskriterium nicht **transparent** gemacht wird. Das Gericht leitet aus diesem Gedanken überzeugend ein dem § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB vergleichbares **Transparenzgebot** aus dem kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot ab.

Beachten Sie bitte auch, dass der Anspruchsadressat nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für die sachliche Rechtfertigung der Behinderung oder Diskriminierung

trägt. Denn beide Verhaltensweisen tragen, soweit sie nach außen erkennbar sind, ein Rechtfertigungsbedürfnis in sich. Das behinderte bzw. diskriminierte Unternehmen kann aber zu den Motiven der überlegenen Gegenseite selbst nichts darlegen und erst recht nicht dazu Beweis führen.

III. Rechtsfolge

Gemäß §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 zweiter Fall, 20 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 33 Abs. 1 S. 1 GWB hat das diskriminierte Unternehmen einen Anspruch auf Beseitigung bzw. Unterlassung und iVm. § 33a Abs. 1 Satz 1 GWB auf Schadensersatz. Die Praxis hat daraus einen Anspruch auf Abschluss eines Vertrages gegenüber dem marktstarken Unternehmen abgeleitet (**Kontrahierungszwang**). Zeitweise war umstritten, ob der Anspruch auf einem Schadensersatzanspruch oder auf einem negatorischen Beseitigungs- bzw. auch Unterlassungsanspruch gründet. Heute wird der zweite Weg befürwortet: Dafür spricht, dass das beim Schadensersatzanspruch vorausgesetzte Verschulden nicht in einem schutzzweckbezogenen Zusammenhang zum Kontrahierungszwang steht. Viel eher lässt sich die Belieferung als Anspruch des Diskriminierten konstruieren, die durch die Diskriminierung eingetretene Störung zu beseitigen bzw. die in der Zukunft zu erwartenden Diskriminierungen zu unterlassen. Beides geschieht durch Eingehen einer Lieferbeziehung mit dem Inhaber des negatorischen Anspruchs. 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, wobei davon auszugehen ist, dass ein deutliches Ungleichgewicht der A gegenüber V besteht. 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 ist, ob V als Marktbeherrscherin nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB Adressatin des Diskriminierungsverbots ist. Eine überragende Marktstellung nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB liegt jedoch bei einem Marktanteil von 18 % fern (arg. e § 18 Abs. 4 GWB).

Auch fehlt der V die Adressateneigenschaft nach **§ 19 Abs. 3 GWB**.

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 in einer Spitzengruppe vereinten Produkte erwarten. Zu dieser Gruppe gehören auch die Produkte der V. Denn gerade diese sind durch intensive Werbemaßnahmen prominent in die Kosmetikmärkte eingeführt worden. Von den Mitgliedern dieser Spitzengruppe kann A entsprechend dem Rechtsgedanken des § 421 BGB auch einzelne Vertreter in Anspruch nehmen. A hat zwar keinen Anspruch, mit sämtlichen Mitgliedern zu kontrahieren, kann aber auf einem Vertragsschluss mit einer repräsentativen Anzahl dieser Unternehmen bestehen, so dass es ihm möglich wird, seine Wettbewerbsfähigkeit zu erhalten. V kommt insoweit als Verpflichtungsadressat nach § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB in Betracht.

Im Übrigen besteht ein deutliches Ungleichgewicht zwischen V und A iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB.

B. Sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung

V müsste A gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandelt haben.

Problematisch erscheint, ob A als **gleichartiges Unternehmen** iSd. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB angesehen werden kann. Denn A ist noch nicht auf dem Segment für Luxuskosmetika tätig, sondern strebt dies vorliegend überhaupt erst an. Bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals ist jedoch die Marktöffnungsfunktion der § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante GWB zu beachten. Das kartellrechtliche

Diskriminierungsverbot zielt gerade darauf ab, Vertriebssysteme für Newcomer öffnen. Deshalb entfaltet das Tatbestandsmerkmal „gleichartige Unternehmen“ nur eine grobe Filterfunktion (grobes Raster). Diese Voraussetzung ist vorliegend dadurch gewahrt, dass es sich bei A um ein Unternehmen handelt, das nach seinem äußeren Zuschnitt grundsätzlich als Vertriebspartner der V in Betracht kommt.

Die Voraussetzungen einer sachlichen Rechtfertigung der Diskriminierung bestimmen sich 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.

Fraglich ist zunächst, nach welchem Kriterium V diskriminiert. V lässt in ihrem Vertriebssystem nur solche Vertriebspartner als Internethändler zu, die zugleich ein Ladenlokal betreiben. Sie legt damit ein qualitatives Selektionskriterium an, was ihr als Möglichkeit nach § 2 Abs. 2 GWB iVm. 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, was ihr auch nach § 2 Satz 2 GWB iVm. Art. 4 lit. e Vertikal-GVO verboten wäre, 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 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. Dies spricht für das Recht der V, den eigenen Vertrieb auf die Handelspartner zu beschränken, die das eigene Produkt den Kunden in ihrem Ladenlokal präsentieren können. Schließlich hat ein Unternehmer die Freiheit, die Vermarktung seiner 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 nämlich 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 könnte. Denn erfahrungsgemäß sind Internetangebote für den Kunden besonders preisgünstig, was auf einen Effizienzvorsprung dieser Vertriebsform schließen ließe.

Gegen diese Betrachtungsweise spricht wiederum, dass die Kostenvorteile der A im Internet zu einem großen Teil auf sog. **Trittbrettfahrereffekten** (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 idR. nämlich durch Kostproben, Präsentationen und Vorführungen von den Vorzügen der Produkte und erbringen dafür 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 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 Trittbrettfahrereffekt 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.

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

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. 11). 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 Abs. 1 GWB setzt voraus, dass der Verrufer in der Absicht handelt, den Verrufenen unbillig zu beeinträchtigen. Dies legt 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 gegen den Verrufenen eine bestimmte Liefer- oder Bezugssperre nicht verhängen darf, darf er auch nicht Dritte zu einer solchen Verhaltensweise aufzurufen. Dabei fällt ferner ist Gewicht, dass vom Boykott **wegen der kollektiven Mobilisierung** eine größere Wirkung auf dem Markt ausgeht als von der Liefer- oder Bezugsverweigerung des Einzelnen.

BGH Matratzenpreisbrecher

(BGH, 12.9.2023 – KZR 39/21 – Matratzenpreisbrecher; vereinfacht) B stellt seit Jahren hochwertige Matratzen her und gehört einer Spitzengruppe von Herstellern an, zu denen auch X und Y zählen. B belieferte K, einen Händler, über Jahre mit Bettwaren. Im Jahre 2007 brach B jedoch die Lieferbeziehung zu K ab und forderte auch X und Y zu einem Lieferstopp auf. Ab 2008 beliefert deshalb X den K nicht mehr; Y stellt die Lieferung Mitte 2009 ein. K behauptet, B habe ihr als Begründung mitgeteilt, K fehle es an der erforderlichen „Preisdisziplin“. Ob diese Aussage getätigt wurde, ist jedoch zwischen den Parteien umstritten. Fest steht nur, dass K die von B gelieferten

Matratzen zu besonders günstigen Preisen weiterveräußert. Auch hatte das Bundeskartellamt gegenüber B im Jahre 2001 ein Bußgeld verhängt, weil B andere Händler zur Einhaltung von Mindestpreisen beim Weiterverkauf der eigenen Matratzen zwingen wollte. K fordert Schadensersatz von B, weil ihr mangels Belieferung durch B, X und Y Gewinn entgangen sei.

Der Schadensersatzanspruch aus § 33a Abs. 1 GWB setzt voraus, dass die Lieferverweigerung durch B gegen § 19 Abs. 2 Nr. 1, 20 Abs. 1 Satz 1 GWB verstößt, ihr Aufruf an X und Y hingegen das Boykottverbot des § 21 Abs. 1 GWB verletzt. Beide Male steht derselbe Vorwurf gegenüber B im Raum: Diese könnte K selbst ohne Sachgrund diskriminiert (§§ 19 Abs. 2 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB) bzw. andere zu einer solchen Diskriminierung veranlasst haben (§ 21 Abs. 1 GWB). Fraglich war jedoch gerade, ob die Diskriminierung bzw. der Boykottaufruf ohne (legitimen) Sachgrund erfolgten. Dies wäre der Fall, wenn durch diese Verhaltensweise eine nach Art. 4 lit. a Vertikal-GVO verbotene Preisbindung durchgesetzt werden sollte. Dies behauptet K, kann es aber nicht direkt beweisen. Weil B den K jedoch diskriminiert und andere Unternehmen zum Boykott aufruft, spricht ein **Beweis des ersten Anscheins dafür, dass für beide Maßnahmen kein kartellrechtlich anerkennenswerter Sachgrund besteht.** Die Vorgehensweise des BKA im Bußgeldverfahren gegenüber B liefert darüber hinaus einen weiteren hinreichenden Anhaltspunkt dafür, dass der Vortrag des K zutrifft. Da B das eigene Verhalten nicht weiter erklärt hat, ist im Zweifel von einer Diskriminierung ohne Sachgrund auszugehen.

Die Vereinbarung der Boykotteure untereinander wird als **Hardcore-Kartell** angesehen (S. 86).

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. Problematisch erscheint daran, dass jede Wettbewerbsmaßnahme auf eine Auseinandersetzung mit den Konkurrenten hin angelegt ist; ein Behinderungseffekt ist ihr daher stets immanent. Das Gesetz nennt keine Kriterien, wann ein solches Verhalten gesetzeswidrig sein soll und wann nicht. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Vorschrift vor allem ein Instrument gegen den **Verkauf unter Einstandspreis** (Dumping, S.230) 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 Fall des **Margin Squeezing** (Preis-Kosten-Schere) regelt dabei § 20 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 GWB (dazu S. 241).

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 unbestimmt (lies den Wortlaut!), dass sie in der Praxis kaum eine Rolle spielt.

3. Verbotene Tipping-Praktiken (§ 20 Abs. 3a GWB)

§ 20 Abs. 3a GWB wurde durch die 10. GWB-Novelle eingeführt und verbietet einem Intermediär, dem sog. Tipping-Network-Effekt durch leistungsfremde Handlungen Vorschub zu leisten. Nach der Lehre vom sog. "**Tipping Network Effect**" des Ökonomen *Brian Arthur* kann der Vorsprung eines Unternehmens „kippen", wenn die Konkurrenz technisch aufholt und am Ende sogar überlegene Lösungen entwickelt. Diese Entwicklung kann jedoch auch in eine andere Richtung verlaufen: Durch Einflussnahme eines Unternehmens auf das Marktgeschehen, kann dort eine bestehende Wettbewerbsstruktur „umkippen" und in der teilweisen oder vollständigen Zerstörung der Wettbewerbsstrukturen enden. Diesem zweiten Effekt soll durch § 20 Abs. 3a GWB entgegengewirkt werden. Dabei muss allerdings berücksichtigt werden, dass die Wertschöpfung auf der Grundlage indirekter Netzwerkeffekte iSd. § 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB häufig zu einer Konzentration auf wenige Anbieter führt. Denn hängt der Wert einer angebotenen Dienstleitung (soziales Netzwerk, Suchmaschine, Messenger-Dienst) von der Zahl der angeschlossenen Nutzer ab (= Netzwerkeffekt), droht die Gefahr, dass als Ergebnis des Konkurrenzkampfs nur ein Anbieter übrigbleibt, der im Wesentlichen die kritische Masse von Nutzern auf seiner Plattform vereinigt und damit die entscheidende Wertschöpfung ermöglicht. Dieser Effekt ist typisch für innovative Märkte mit neuartigen Dienstleistungen (Facebook, Twitter/X). Allerdings geht dieser Monopolisierungseffekt

mit der laufenden Marktentwicklung meist wieder zurück, weil Alternativen entstehen und Nutzer zu diesen abwandern. In diese Richtung zielt die Förderung des **Multihoming iSd. § 18 Abs. 3a Nr. 2 GWB.** Die Norm zwingt den Betreiber, die Schnittstellen seines Systems für konkurrierende Anbieter zu öffnen und damit Wettbewerbsdruck zu erzeugen (vgl. Art. 6 Abs. 7 und Abs. 10, Art. 7 DMA). § 20 Abs. 3a GWB soll in diesem Kontext verhindern, dass ein Anbieter dennoch einem Kippen des Marktes hin zu einer nicht wettbewerblichen Struktur durch leistungsfremde Maßnahmen Vorschub leistet bzw. wettbewerbliche Gegenströmungen unterbindet (BT-Drucks. 19/23492, S. 82 f.).
Die Vorschrift verbietet einem Unternehmen mit überlegener Marktmacht auf einem Markt iSd. § 18 Abs. 3a GWB die Behinderung der eigenständigen Erzielung von Netzwerkeffekten durch Wettbewerber, wobei zusätzlich die ernsthafte Gefahr begründet werden muss, dass der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird.

KG Tipping-Gefahr
(KG, 11.2.2022 − U 4/21 Kart – **Tipping-Gefahr**) K und B (das Unternehmen „Immoscout24“) betreiben Internetplattformen, auf denen Immobilienmakler Immobilien gegenüber Miet- und Kaufinteressenten präsentieren. B ist bundesweite Marktführerin. Sie fordert von den gewerblichen Immobilienanbietern jährliche Mitgliedsbeiträge. Diese reduzieren sich im Wege eines sog. „List-First-Rabatts“. Durch diesen sinkt der Mitgliedsbeitrag um jeweils 10 %, wenn der Kunde 95 % der online veröffentlichten Objekte in den ersten sieben Tagen der Veröffentlichung auf ihrer Seite anbietet. B verlangt von K Unterlassung der weiteren Rabattgewährung.

In Betracht ein Unterlassungsanspruch des K gegen B aus § 33 Abs. 1 GWB iVm. § 20 Abs. 3a GWB, wobei K als Konkurrent des B betroffen i.S.d. § 33 Abs. 3 GWB ist.

Die Internetplattform des B ordnet das KG überzeugend als mehrseitigen **Markt iSd. § 18 Abs. 3a GWB** ein (KG juris-Rn. 13 ff.). Der Plattformbetreiber B adressiert nämlich zwei Nutzergruppen: die Immobilienmakler und die Miet- bzw. Kaufinteressenten. Zwischen beiden Gruppen bestehen auch die erforderlichen indirekten Netzwerkeffekte iSd. § 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB, da sowohl die Makler als auch die Nachfrager davon profitieren, wenn die andere Nutzergruppe möglichst mitgliederstark vertreten ist.

Fraglich ist jedoch, ob es sich bei B um ein Unternehmen **mit überlegener Marktmacht** handelt. Das KG verwirft die zunächst systematisch nahe liegende Möglichkeit, an die Konkretisierung des § 20 Abs. 3 GWB anzuknüpfen, wo dieses Tatbestandsmerkmal ebenfalls Verwendung findet (juris-Rn. 49 ff.). Trotz des ausdrücklichen Verweises in Abs. 3a auf Abs. 3 überzeugt dies aus **zwei Gründen**: Erstens bereitet die Konkretisierung dieses Tatbestandsmerkmal in § 20 Abs. 3 GWB seit

jeher Schwierigkeiten bei der praktischen Rechtsanwendung. Denn es muss die relative Überlegenheit eines Unternehmens im Vergleich zu seinen Konkurrenten gemessen werden, wofür es – außerhalb des § 18 GWB – an geeigneten Kriterien fehlt (s. dazu oben). Und zweitens stellen sich im Fall des § 20 Abs. 3a GWB systematisch anders gelagerte Problem: Hier folgt die Machtstellung aus der **Torwächterposition** (Gatekeeper-Funktion), die der Plattformbetreiber beim Zusammenführen beider Nutzergruppen einnimmt. Hier liegt der Vergleich mit dem Tatbestand des § 20 Abs. 1 Satz 2 GWB deutlich näher. Der Normadressat nimmt eine Torwächterfunktion unterhalb der Schwellen der § 19a Abs. 1 GWB und Art. 3 DMA nahe. Seine Machtposition darf dabei insbesondere nicht durch Multihoming i.S.d. § 18 Abs. 3a Nr. 2 GWB, also durch Nutzung konkurrierender Plattformen, zu erschüttern sein.

Das **KG beschreitet** hingegen einen **anderen, mglw. weniger überzeugenden Weg**: Es stellt auf die Strukturelemente des **§ 18 Abs. 3 GWB** ab und prüft, ob das Unternehmen die Möglichkeit besitzt, einseitig die Preise zu erhöhen, Märkte für Wettbewerber zu verschließen sowie eventuelle Kosten, die durch Investitionen in wohlfahrtsmindernde Ziele entstanden sind, zu einem späteren Zeitpunkt wieder einzubringen (juris-Rn. 60). Für die überlegene Marktmacht **soll es hingegen nicht auf die Fähigkeit des Normadressaten zum Tipping** ankommen (juris-Rn. 53). Dagegen spricht jedoch, dass § 20 Abs. 3a GWB einen mehrseitigen Markt voraussetzt, auf dem die Machtstellung des Torwächters darauf gründet, dass er allein die beiden Nutzergruppen zusammenführt. Wenn § 20 Abs. 3a GWB voraussetzt, dass der Torwächter durch sein Verhalten die Erzielung von Netzwerkeffekten durch die Konkurrenten verhindert und damit die „Tipping-Gefahr" heraufbeschwört. Dann muss die Fähigkeit zu einer solchen Vorgehensweise eigentlich konstituierend für seine besondere Marktstellung sein.

Bei der Frage, ob der Verbotsadressat andere Unternehmen **daran hindert, ihrerseits Netzwerkeffekte zu erzielen**, spielt nach dem Wortlaut des § 20 Abs. 3a GWB eine besondere Rolle, ob die Behinderung durch **Maßnahmen des Nichtleistungswettbewerbs** erfolgt (KG Rn. 152). Diese Tendenz erkennt das KG beim List-First-Rabatt (juris-Rn. 157): Denn dieser sei nicht darauf gerichtet, den eigenen Netzwerkeffekt auszubauen, sondern ziele darauf ab, konkurrierende Unternehmen am Aufbau eines positiven Netzwerkeffekts zu hindern. Man wird dabei das Folgende ergänzen dürfen: Für die Unterscheidung zwischen einem **leistungsgerechten** und einem **leistungsfremden Rabatt** kommt es nach der Rechtsprechung des EuGH auf den **AEC-Test** an (dazu ab S. 235). Maßgeblich ist, ob ein Konkurrent, der ebenso effizient, wie das mächtige Unternehmen operiert, seinen Kunden einen ähnlichen Rabatt gewähren würde. Dies ist z.B. bei einem Mengenrabatt der Fall, weil der Verkäufer durch diesen Effizienzvorteile der eigenen Kunden

honoriert (Transportkosten usw.). Auch vorliegend knüpft der Rabatt der B an die Nachfragemenge der eigenen Kunden. Doch muss diese Nachfrage innerhalb eines festen Zeitrahmens erfolgen. Dies wiederum spricht für einen Exklusivitätsrabatt (vgl. dazu die Entscheidung des EuGH in Sachen Hoffmann La Roche; dazu S. 240). In diesem Zusammenhang überzeugt auch die Einschätzung des KG, dass der List-First-Rabatt die ebenfalls in § 20 Abs. 3a GWB vorausgesetzte ernstliche Gefahr mit sich bringt, dass durch ihn der Leistungswettbewerb in erheblicher Weise eingeschränkt wird (KG juris-Rn. 159 ff.).

4. 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 konkretisiert. 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** (Staudinger/Oechsler, BGB, 13. Aufl. 2021, § 826 Rn. 400 ff.).

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

I. DIE ZUSAMMENSCHLUSSKONTROLLE IM 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. Durch die 11. GWB-Novelle trat erstmals auch ein **Entflechtungsverfahren** hinzu (S. 348).

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. Dies gilt auch, wenn das Wachstum zu einer marktbeherrschenden Stellung iSd. § 18 GWB führt. 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 als Akteur 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: Es handelt sich um einen 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 (dazu oben S. 208).

3. Konglomerater Zusammenschluss: Es handelt sich um einen 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. Consolidates 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 einkauften. 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 den Wettbewerb auf einem anderen Markt behindern: Die marktbeherrschende Stellung von Consolidated als Nachfrager gegenüber den Zulieferern von Lebensmitteln wurde zum Ausgangspunkt, 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).

Zentrale Vorschrift der Zusammenschlusskontrolle ist § 36 Abs. 1 GWB: Wird durch einen Zusammenschluss wirksamer 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 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, das nicht an bestimmte Transaktionsformen gebunden ist, sondern funktional ausgelegt wird, 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 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.

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

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 nach §§ 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 UmwG iVm.) § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Darin liegt gerade auch ein Vermögenserwerb nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB. Beachte zu weiteren Einschränkungen den nachfolgenden Übungsfall in Sachen „National Geographic“ (S. 339): Lizenzen an Immaterialgütern (Urheberrecht) zählen danach nicht zum Vermögen!

(2) **Anteilserwerb**, § 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: Beim 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 **Anteilserwerb 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. Der deshalb verbleibende systematische Widerspruch erklärt sich aus der **Entstehungsgeschichte des GWB**: 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. Im Zusammenhang mit einer bloßen Anzeigepflicht war immer schon ein öffentliches Interesse ab einer Beteiligung von 25 % plausibel, da der Anteilsinhaber 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 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 um das zuvor bereits erwähnte **externe Unternehmenswachstum**: Ein Unternehmen wächst dadurch, dass das andere Unternehmen als autonome Entscheidungseinheit auf dem Markt ausscheidet 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, 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 Möglichkeit der Einflussnahme darf allein auf **gesellschaftsrechtlichen Mitteln** (Beteiligungen mit Stimmrechten) gründen, da der Tatbestand sonst zu weit und unübersichtlich wäre. In Betracht kommt vor allem eine 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 iSd. § 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 Nutzungsmöglichkeit an seinem Vermögen ein. Im Umkehrschluss aus § 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. a GWB folgt, dass der Fall der Einräumung solcher Nutzungsrechte dieser Norm unterworfen sein soll und nicht unter § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB fällt. Deshalb dürfte sich der Vermögenserwerb iSd. 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. Dies führt zu der weiteren Frage, 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 so großen Mengen erwirbt, dass es durch den so gebildeten Vorrat eine noch stärkere 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 Entscheidungsgründen*). Beim Vermögenserwerb liegt deshalb ein externer Wachstumsprozess nur dann vor, wenn der Erwerber durch die Transaktion 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 hatte das BKA argumentiert, A sei bereits vor dem Lizenzvertrag **potenzieller Wettbewerber** auf dem deutschen Markt gewesen; denn er hätte jederzeit ein deutschsprachiges Magazin im Format von „National Geographic" 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. 61). 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.** 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

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

Anwendung finden. Denn das GU entfaltet wettbewerbliche Wirkungen auf der Grenze zwischen Kartell (§ 1 GWB) und Zusammenschluss (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB).

In Deutschland herrscht die sog. **Zweischrankentheorie** vor (**BGH**, 25.2.2025 – KVZ 64/21 – **Telekom/EWE** Rn. 33): 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 der Anwendungsbereich des § 1 GWB und Art. 101 AEUV eröffnet ist (kein Kartellprivileg).

Der **BGH** gelangt bei der Anwendung der Zweischrankentheorie teilweise zu sehr scharfen Konsequenzen:

BGH Nord-KS
In der sog. **Nord-KS-Entscheidung** (BGH, 4.3.2008 –KVZ 55/07 WuW/E DE-R 2361 Rn 14 - Nord-KS/Xella) sah er ein bereits seit Jahren vollzogenes Gemeinschaftsunternehmen als nach § 1 GWB iVm. 134 BGB nichtig an, obwohl nach §§ 35 ff. GWB wohl keine Bedenken bestanden. Die **Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft** wurde nicht angewendet, weil diese grundsätzlich 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 Abs. 1 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) Das **Invollzugsetzen** 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 in seiner späteren Rechtsprechung abgeschwächt.

Die Nord-KS-Entscheidung führte zu erheblicher Gestaltungsunsicherheit im Gesellschaftsrecht, da ein jahrelanges Zusammenwirken rückabgewickelt werden musste. In der nachfolgenden Entscheidung (BGH NJW-RR 2010, 615 = WuW/E DE-R 2742 – **Gratiszeitung Hallo**) schränkte der BGH die Nichtigkeitssanktion daher aus gesellschaftsrechtlichen Gründen 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 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, A nach § 75 GmbHG). Man wird 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. Beachten Sie bitte noch folgende Besonderheit: **Art. 11** der **Gesellschaftsrichtlinie (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 Nichtigkeitssanktion 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.

IV. Die Umsatzschwellen

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. Nach § 35 Abs. 1 GWB geht es um weltweite Gesamtumsätze aller Beteiligten von mehr als 500 Millionen

Euro (Nr. 1) und einen Inlandsumsatz eines Unternehmens von mindestens 25 Millionen Euro. Beachten Sie bitte 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). Start-Ups 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. Allerdings muss der **Wert der Gegenleistung mehr als 400 Millionen Euro** betragen. Dieser Transaktionswert wird von der Rechtsprechung zu Recht als **viel zu hoch** angesehen, um die Fälle typischer Start-Ups praktisch erfassen zu können (**BGH**, 12.1.2021 – KVR 34/20 = BGHZ 228, 207 – **Eventim/Four Artists** Rn. 35).

(1) Nach § 35 Abs. 3 GWB besteht ein **Vorrang der Zusammenschlusskontrolle durch die Europäische Kommission** nach der Fusionskontrollverordnung (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. 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 vorhanden sein sollten. Deshalb werden Konzentrationswirkungen besonders kritisch kontrolliert.

V. Die Pflicht zur Anmeldung (§ 39 GWB und § 39a GWB)

Bei einem Zusammenschluss über den Umsatzschwellen besteht eine Anmeldepflicht nach § 39 GWB. Die Formerfordernisse folgen aus § 39 Abs. 3 GWB, die Adressaten der Pflicht sind in § 39 Abs. 2 GWB bestimmt.

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. 352). 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. Stellen Sie dabei 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 unmittelbar auf der Grundlage des § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB 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 dabei stets eine Gesamtschau aller Umstände: Die Parteien tragen dabei häufig Überlegungen zur Effizienz des

Zusammenschlusses vor (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. **Problematisch** ist, ob diese Verstärkung konkret im Wettbewerb **spürbar** sein bzw. sich auswirken muss. Dies hatte der BGH früher weitgehend abgelehnt (BGH, WuW/E BGH 1685, 1691 f. = NJW 1980, 1381 - Springer-Elbe-Wochenblatt; WuW/E BGH 1655, 1659 = NJW 1980, 1389 - Zementmahlanlage II). Begründet wurde dies mit der Überlegung, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen die Wettbewerbsverhältnisse insgesamt bereits sehr stark lähmt und die Folgen seiner weiteren Expansion selten konkret spürbar sind. Deshalb wäre der Tatbestand in den meisten Fällen nicht anwendbar, wenn es auf Spürbarkeit ankomme. In **seiner neueren Rechtsprechung** fordert das Gericht jedoch zu Recht, dass sich die Verstärkung konkret auf dem Markt auswirken müsse:

BGH Eventim
(BGH 12.1.2021 – KVR 34/20 – **CTS Eventim/Four Artists** = BGHZ 228, 207) Eventim (E) ist auf dem Markt für Ticketsystemdienstleistungen tätig. Darauf vertreibt E Eintrittskarten für Events und Konzertveranstaltungen. Bucht ein Besucher eine Eintrittskarte, behält E gegenüber dem Veranstalter eine Pauschale von 15 % des Ticketpreises ein. Damit entlohnt der Veranstalter die Systemdienstleistungen von E. Auf dem zugrunde liegenden Markt für Ticketsystemdienstleitungen hält E einen Marktanteil von 50 %. E will nun das Unternehmen „Four Artists“ erwerben: Dieses veranstaltet Rock- und Popkonzerte. Die Umsatzschwellen des § 35 GWB sind erreicht; die der FKVO hingegen nicht. Das BKA erkannte in diesem Vorhaben die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Das OLG Düsseldorf ist ihm darin im Beschwerdeverfahren gefolgt.

Der BGH geht zunächst von einer **marktbeherrschenden Stellung von Eventim** aus, wofür der hohe Marktanteil aber auch die Schlüsselstellung auf einem mehrseitigen Markt maßgeblich sind (Rn. 12 ff.). Tatsächlich erfüllt der Ticketvertrieb die Voraussetzungen eines **mehrseitigen Marktes** (zum Konzept bereits: S. 267 ff.). Eventim adressiert nämlich zwei Nutzergruppen, die Veranstalter von Events und Konzerten sowie deren Besucher. Es erbringt dabei zugunsten der Veranstalter eine Vermittlungsleistung, die derjenigen der Reisevermittlern vergleichbar ist (dazu S. 166). Denn es fordert für seine Dienstleistung von den Verbrauchern kein gesondertes Entgelt, sondern finanziert sich über einen Einbehalt vom Kaufpreis (Disagio), den der Kunde bei der Buchung zahlt und führt

an den Veranstalter daher nur den verbleibenden Teil der Kaufpreissumme weiter. Typisch für einen mehrseitigen Markt ist auch, dass Eventim einen Wertschöpfungsprozess anschiebt, den beide Nutzergruppen selbst nicht initiieren können: Den privaten Kunden bietet Eventim einen selten breiten Überblick über das Angebot an Veranstaltungen; den Veranstaltern eröffnet es neue Kundenschichten, indem es auf Veranstaltungen aufmerksam macht und die Buchung der Eintrittskarten erleichtert. Dass die Bedeutung der Distributionsleistungen von Eventim aus Sicht der Veranstalter bedeutsam für den Zugang zu den Konzertbesuchern als Nachfragegruppe ist, muss nach § 18 Abs. 3b GWB in die Betrachtung mit eingehen. Der BGH konnte diese Norm vorliegend noch nicht anwenden, verfuhr jedoch nach ähnlichen Kriterien.

Diese **marktbeherrschende Stellung** von Eventim würde wiederum durch den Erwerb von Four Artists **verstärkt** (Rn. 16 ff.). Maßgeblich für das Verständnis des Tatbestandsmerkmals der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ist seine **Zwecksetzung**, eine Schädigung der Wettbewerbsstrukturen durch externes Unternehmenswachstum zu verhindern (Rn. 18). Entsprechend kommt es für den Verstärkungseffekt darauf an, **dass konkrete Auswirkungen auf dem Markt zu erwarten sind**: Ein Zuwachs an Finanzkraft des Marktbeherrschers etwa ist als solcher nicht relevant, wenn er sich nicht auf das Wettbewerbsgeschehen auswirken wird (Rn. 20). Ausgehend davon erkennt der BGH die Gefahr einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (Rn. 22 ff.): Denn der Kauf von „Four Artists“ führt zu einer **vertikalen Integration von Eventim in den Markt für Veranstaltungen**. Daraus resultiert die konkrete Gefahr, dass Eventim die Eintrittskarten des Rock-Pop-Tourneeveranstalters „Four Artists“ ausschließlich selbst vermarkten und deren Vertrieb seinen Konkurrenten vorenthalten wird. Dies wiederum würde zu einer Schwächung der Wettbewerbsstellung der Konkurrenten auf dem Markt für Ticketsystemdienstleistungen führen und den von Wettbewerb nicht kontrollierten Verhaltensspielraum von Eventim vergrößern. Deshalb wurde der Zusammenschluss untersagt. Das Unternehmen „Four Artists“ fiel übrigens darauf in Insolvenz!

c) **Erhebliche Behinderung von wirksamem Wettbewerb** (dazu S. 352).

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.

Pressesanierung 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 Presseunternehmen 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. 336). Zugrunde liegt auch die Problematik des **Sanierungsprivilegs bei folgendem Zusammenschluss**:

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, wenn das Geschäft des sanierungsbedürftigen Wettbewerbers dem verbleibenden Konkurrenten zufallen wird. Dann darf der verbleibende Konkurrent das Vermögen des sanierungsbedürftigen Wettbewerbers gleich selbst erwerben.

Beachte auch die **Zusagepraxis des Bundeskartellamtes**: In der Praxis wenden sich die Unternehmen häufig mit ihren Plänen 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 den 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 dem Umstand, 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.

➔ **Monopolkommission** (§ 44 ff. GWB). Sie begutachtet die Entwicklung der Unternehmenskonzentration in Deutschland und berät die Bundesregierung in wettbewerbspolitischen und wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen.

VII. Die Entflechtung nach § 32f Abs. 4 GWB (sog. „New Competition Tool“)

Im Rahmen der Entflechtung wird ein Unternehmen dazu gezwungen wird, Teile seines Vermögens an Dritte zu veräußern, um die Funktionsfähigkeit des Marktes wiederherzustellen, der durch die Dominanz dieses Unternehmens beeinträchtigt ist. Vom Ausnahmefall des § 41 Abs. 3 GWB abgesehen bestand diese Möglichkeit im deutschen Recht bis zum Jahre 2023 nicht. Sie ist jedoch dem US-amerikanischen Kartellrecht seit langem bekannt. Auf der Grundlage des Sherman Acts (S. 80) ist die Zerschlagung von Unternehmen möglich, die über lange Zeit gewachsen sind. Wirtschaftsgeschichte prägte dabei das Verfahren in Sachen **Standard Oil** Co. of New Jersey et al. v. United States, 221 U.S. 1 (1911). Es führte zur Zerschlagung der 1863 der *Rockefeller* gegründeten Standard Oil Company, die das US-amerikanischen über Jahre dominierte. Aus dem Unternehmensvermögen entstanden Unternehmen wie Exxon, BP und Shell.

Im deutschen Recht wurde durch die **11. GWB-Novelle** in Gestalt von § 32f Abs. 4 GWB eine eigene Entflechtungsmöglichkeit eingeführt. Sie ist Teil des sog. **New Competition Tools nach § 32f GWB**. Dieses räumt dem BKA im Anschluss an eine **Sektoruntersuchung nach § 32e GWB** die Befugnis ein, eine festgestellte **erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs** abzustellen. Der Begriff ist in **§ 32f Abs. 5 GWB** definiert und stellt eine eigene Marktstörung zwischen Kartell und Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dar. Vgl. dazu den Regierungsentwurf, BT-Drucks. 20/6824, S. 27:

„Erhebliche Störungen des Wettbewerbs können aus verschiedenen Gründen **auch ohne missbräuchliches Verhalten oder wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen** gesamtwirtschaftliche Schäden hohen Ausmaßes verursachen. In **engen Märkten mit wenigen Marktteilnehmern** können auch nicht explizit abgestimmte Verhaltensweisen der Marktteilnehmer zu einem hohen Preisniveau führen, wenn die wenigen verbliebenen Wettbewerber wechselseitig Wettbewerbsvorstöße beobachten und antizipieren und ein geringes Interesse an Wettbewerbsvorstößen haben. Ohne den Wettbewerbsdruck ist dann der – auch **legale – Spielraum für hohe Preise größer**. Geringer oder abnehmender Wettbewerb kann also nicht nur zu im missbräuchlichen Sinne überhöhten Preisen oder unbilligen Geschäftsbedingungen und Lieferbeziehungen führen. Negative Folgen drohen auch durch niedrige oder rückläufige Anreize für einen effizienten Ressourceneinsatz und geringen oder abnehmenden Druck zur Entwicklung neuer oder verbesserter Produkte und Dienstleistungen. Die Folgen sind nicht nur unmittelbar beim Verbraucher spürbar; derartige Störungen des Wettbewerbs führen auch dazu, dass natürliche Ressourcen, Arbeitskräfte und Investitionen nicht in die besten Verwendungen fließen und erforderliche wirtschaftliche Transformationsprozesse gestört werden.“

Marktstörungen dieser Art können § 32f Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 GWB etwa auf unilateraler Angebots- und Nachfragemacht beruhen. Vgl. auch dazu BT-Drucks. 20/6824, S. 32:

„Unilaterale Angebots- oder Nachfragemacht zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass der Wettbewerbsdruck auf mindestens einen Anbieter oder Nachfrager derart verringert ist, dass diese bzw. dieser über nicht hinreichend begrenzte Verhaltensspielräume hinsichtlich relevanter Wettbewerbsparameter wie Preise, Mengen, Auswahl oder Qualität der Produkte oder Leistungen verfügen bzw. verfügt. Dies kann mit einer marktbeherrschenden Stellung zusammenfallen, muss jedoch nicht auf diese begrenzt sein. So gibt es auch Fälle unilateraler Angebots- oder Nachfragemacht unterhalb der Marktbeherrschung, oder in einigen Fällen lässt sich eine potentiell marktbeherrschende Stellung nur schwer nachweisen. Die zentrale Rolle der Unternehmenskonzentration findet sich auch in den Prüffaktoren in Satz 2.“

Dem BKA eröffnen sich nach Feststellung einer erheblichen und nachhaltigen Störung des Wettbewerbs zunächst **Abhilfemaßnahmen nach § 32f Abs. 3 GWB**. Diese können etwa in dem auf das Unternehmen ausgeübten Zwang bestsehen, Schnittstelleninformationen zum eigenen Standard offenzulegen. Reichen diese Maßnahmen jedoch nicht aus, die erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs zu beseitigen, kann das BKA als subsidiäres Mittel ein **Unternehmen mit einer**

überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb (§ 19a Abs. 1 GWB) dazu zwingen, Teile seines Unternehmensvermögens zu veräußern.

Stellt man die Frage nach dem **praktischen Anwendungsfall** für eine solche Norm, kommt vor allem das im März 2023 eröffnete **Kartellverfahren gegen Google wegen Selbstbevorzugung beim Real Time Bidding** in den Sinn (dazu S. 287). Der Fall zeigt, dass das Geschäft mit der sog. Banner-Werbung vor allem darunter leidet, dass der Google-Konzern auf sämtlichen, zur Wertschöpfungskette gehörenden Märkten Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung besitzt. Angesichts dieser Ausgangslage scheint es schwierig, die Selbstbevorzugung zwischen diesen Unternehmen durch einzelne Verhaltensgebote iSd. § 32f Abs. 3 GWB abzustellen. Das Problem ist dauerhaft möglicherweise nur dadurch lösbar, dass Google einzelner dieser Unternehmen zwangsweise an Dritte verkaufen muss. Ob die Kartellbehörden diesen politisch weltweit tragenden Schritt wagen, bleibt abzuwarten.

Beachtung verdient schließlich **§ 32f Abs. 2 GWB**. Die Norm soll sog. Killerakquisitionen verhindern (S. 254).

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 (zB. Erhalt von Arbeitsplätzen) gerechtfertigt sein könnte.

Diese Blockade wurde durch **zwei historisch bedeutsame Entscheidungen des EuGH** aufgelöst. In der **Continental Can-Entscheidung** (EuGH, 21.2.1973 – Rs. 6/72 – Continental Can) 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 solche Vorgehensweise grundsätzlich von Art. 102 AEUV erfasst werden kann. Das

zentrale Argument lautete, dass es von der Sache keinen Unterschied mache, ob zwei Konkurrenten ein Kartell iSd. Art. 101 AEUV begründen oder ob ein Konkurrent dauerhaft die Kontrolle über den anderen erwerbe. Diesen letzten Fall fasste der EuGH unter Art. 102 AEUV. Diese Rechtsprechung greift die **Towercast-Entscheidung** des EuGH wieder auf (zu beidem: S. 252): Dient der Aufkauf eines Unternehmens auf einem sich gerade entwickelnden Markt dazu, dass der Marktbeherrscher sich diesen Markt dauerhaft reservieren will, liegt auch darin ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV. In der **Zigarettenentscheidung** aus dem Jahre 1987 wandte der EuGH schließlich Art. 101 AEUV auf einen Fall an, in dem der Zigarettenhersteller Philip Morris eine Beteiligung am Konkurrenten Rothmans Tobacco erwarb (EuGH, 17.11.1987 – Rs. 142 und 156/84 – Britisch-American Tobacco/R.J. Reynolds Industries, Rn. 37 ff.). Der EuGH entschied, dass der Erwerb von Beteiligungen an einem anderen Unternehmen dann gegen Art. 101 AEUV verstößt, wenn er dazu dient, das geschäftliche Verhalten dieses Unternehmens so zu beeinflussen, dass der Wettbewerb auf dem Markt eingeschränkt wird (Rn. 37). Der Zusammenschluss erscheint danach als Surrogat für ein Kartell. Ein Kartellverstoß liegt insbesondere vor, wenn der Anteilserwerber die Kontrolle über die andere Gesellschaft erlangt und diese als Wettbewerber ausschaltet (Rn. 38 f.)

Unter Zugzwang gesetzt, einigten sich die Mitgliedstaaten auf eine Kompromisslösung: In Art. 2 Abs. 1 Unterabs. 2 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“ des französischen Rechts. Geblieben ist allerdings die grundsätzliche Frage, ob neben der FKVO eine Zusammenschlusskontrolle auf der Grundlage der Art. 101, 102 AEUV betrieben werden kann. Diese Möglichkeit hat der EuGH in Sachen **Towercast** erneut bestätigt.

Beachte: Insbesondere Art. 101 AEUV geht der FKVO im Rang vor: Deshalb dürfen kooperative Gemeinschaftsunternehmen, die immer auch Kartelle iSd. 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 Eingreifkriterien

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 Träger; 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). Dieser entspricht im Grunde § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB; in Absatz 2 wird klargestellt, dass es um die Erlangung eines bestimmenden 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. 338) wird hier verwiesen.

b) Eröffnung des Anwendungsbereich nach Art. 1 FKVO

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 (**S**ignificant **I**mpediment to **E**ffective **C**ompetition) 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 inhaltlichem Zusammenhang mit dem sog. **More Economic Approachs (MEA)** des europäischen Kartellrechts. Dieser zielt auf eine Anpassung des Kartellrechts an die ökonomische Realität durch Verbürgung von mehr Einzelfallgerechtigkeit und zugleich mehr Rechtssicherheit durch Erarbeitung von „safe harbours". Dieser Ansatz gebietet es, die die praktischen Wirkungen eines Zusammenschlusses in den Mittelpunkt der Entscheidung zu stellen. Generell entspricht es dem MEA, auf die **Wirkungen einer Verhaltensweise** abzustellen und weniger auf abstrakte Kartellrechtsprinzipien (vgl. oben S. 21). 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 Competion)**, im Rahmen dessen bei der Zusammenschlusskontrolle allein auf Wettbewerbsbeschränkungseffekte abgestellt wird. Dem deutschen Einfluss ist es zu verdanken, dass – abweichend vom US-amerikanischen Recht – die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung als Sonderfall weiterhin maßgeblich bleibt.

b) Verhaltensbezug, unilaterale Effekte und Oligopoly Blindspot

Eine weitere Besonderheit des SIEC-Tests liegt darin, dass die Zusammenschlusskontrolle nicht nur **strukturbezogen**, sondern vor allem auch **verhaltensbezogen** erfolgt. Unter der Wettbewerbsstruktur versteht man zunächst die objektiven Bedingungen für Wettbewerb auf einem Markt (Zahl der Wettbewerber, Intensität des Preiswettbewerbs, Marktzutrittsschranken). Das Kriterium der marktbeherrschenden Stellung – also der Sonderfall des SIEC-Tests – orientiert sich allein an der durch den Zusammenschluss entstehenden objektiven Wettbewerbsbedingungen, also der Struktur. Denn es geht dabei um eine Stellung, die von Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrolliert wird. Daneben stellt der SIEC-Test jedoch auch auf die **erhebliche Behinderung von wirksamem Wettbewerb** ab. Damit ist ein Markverhalten bezeichnet, das künftig und infolge des Zusammenschlusses zu erwarten ist. Als Anwendungsbeispiel wird häufig der Fall eines Zusammenschlusses zwischen dem zweit- und drittgrößten Unternehmen auf dem Markt angeführt, 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, liegt es nahe, dass der Wettbewerb infolge des Zusammenschlusses künftig zurückgehen wird.

Europäische Kommission T-Mobile Austria/tele.ring
(Europäische Kommission, 26.4.2006 – 2007/193/EG – T-Mobile Austria/tele.ring) Das Unternehmen T-Mobile Austria erwarb ein Unternehmen mit kleinem Marktanteil (tele.ring), das in der Vergangenheit häufig allein den österreichischen Markt für Mobilfunktarife durch spektakuläre Preisaktionen belebt hatte. So drohte die Gefahr, dass der Zusammenschluss darauf abzielen könnte, den kleinen Störenfried (**Maverick**) aus dem Spiel zu nehmen. Der Fall steht sinnbildlich für die Zwecksetzungen des SIEC-Tests, Zusammenschlüsse allein deshalb verbieten zu können, weil sich in ihrer Folge ein Zurückgehen des Preiswettbewerbs prognostizieren lässt. Allerdings endete das Verfahren nicht mit einem Verbot des Zusammenschlusses.

Aufgrund solcher Prognosen soll der SIEC-Test vor allem dem Problem des sog. **Oligopoly Blindspot** entgegenwirken (Erwägungsgrund 25 der FKVO). Das Kartellrecht zeigt sich nämlich bislang dem Oligopolproblem nicht gewachsen. Denn durch einen Zusammenschluss kann eine oligopolistische Marktstruktur entstehen: Es bleiben wenige Anbieter zurück, die das Verhalten der jeweils anderen genau im Blick behalten und deshalb untereinander wenig Anreiz verspüren, in einen echten **Preiswettbewerb** einzutreten. So kommt es auch ohne Konzertierung durch **bloßes** (erlaubtes) **Parallelverhalten** zum Erliegen des Wettbewerbs.

Ein Beispiel dafür liefern die **Mineralölmärkte in Deutschland**. Die wenigen, am Markt verbliebenen Unternehmen übernehmen dort ohne Absprache miteinander und daher völlig legal jeweils die Führerschaft bei Preiserhöhungen, denen die jeweils anderen aus ökonomisch nachvollziehbaren Gründen folgen. Regelmäßig erscheint es unter diesen Umständen vorteilhafter, von der Preiserhöhung mit zu profitieren als die Nachteile eines Preiskampfs auf dem Markt in Kauf zu nehmen (vgl. noch einmal den Benrather Tankstellenfall: S. 11).

Zu diesem Phänomen trägt vor allem bei, dass das Marktgeschehen auf einem oligopolistisch strukturierten Markt für alle **transparent** ist. Jeder Beteiligte überblickt zeitnah Änderungen im Wettbewerbsverhalten des jeweils anderen. Profitieren in einer solchen Situation sämtliche Beteiligte davon, wenn kein harter Preiswettbewerb stattfindet, kommt dieser auch ohne Kartellbildung zum Erliegen. Es genügt bereits erlaubtes, einseitiges Parallelverhalten: Ein Unternehmen braucht nur das andere zu imitieren. 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 im Wege einer **Prognoseentscheidung** berücksichtigt werden. Die Untersagung eines Zusammenschlusses nach Art. 2 Abs. 3 FKVO kann daher auf **Verhaltenserwartungen** beruhen, die sich auf der Grundlage der zu erwartenden Marktstruktur voraussagen lassen. Umgekehrt hängt die Erlaubnis des Zusammenschlusses nach Art. 2 Abs. 2 FKVO davon ab, dass keine Lähmung des Preiswettbewerbs durch die Etablierung einer Wettbewerbsstruktur zu erwarten ist, die zu einer Lähmung des Preiswettbewerbs durch unilaterales Verhalten Anlass gibt.

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

In übersichtlichen Fallkonstellationen können Prognosen über das Wettbewerbsverhalten vergleichsweise leicht erstellt werden.

EuG Polwax
(EuG 14.6.2023 − T-585/20 – Polwax) Die beiden Unternehmen Orlen und Lotus sind im Bereich der Raffinerieproduktion tätig. Ihre Tätigkeit erstreckt sich dabei über mehrere Stufen der Wertschöpfungskette von den Rohstoffen bis zu den fertigen Produkten wie etwa Paraffinwachs. Als Vorprodukt zur Herstellung von Paraffinwachs stellen beide das sog. „Gatsch“ her, ein Kohlenwasserstoffgemisch. Lotus nutzt das von ihm hergestellte Gatsch für die eigene Produktion, verkauft es aber auch an Drittunternehmen. Orlen hingegen setzt das von ihm hergestellte Gatsch ausschließlich für die eigene Produktion her und bietet es nicht auf dem Markt an. Die Kommission hat den Zusammenschluss beider Unternehmen nach Art. 8 Abs. 2 FKVO für mit dem Gemeinsamen Markt für vereinbar erklärt. Dagegen klagt K, ein nach Art. 18 Abs. 4 FKVO am Verfahren beteiligter Konkurrent von Orlen und Lotus. Er macht vor allem geltend, dass der Zusammenschluss den Markt für Paraffinwachs gegenüber dem Wettbewerb abschotten würde.

Im Rahmen der Drittanfechtungsklage des K (dazu S. 374) gegen die Freigabeentscheidung der Kommission nach Art. 8 Abs. 2 FKVO musste das EuG auf die Frage eingehen, ob der Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb iSd. Art. 2 Abs. 3 FKVO erheblich behindert. Das Gericht verneint diese Frage zunächst, weil Orlen sein „Gatsch“ bislang nicht auf dem Markt angeboten hat. Deshalb kann die Fusion auf diesem Markt nicht zu einer Angebotsverknappung führen (Rn. 81 ff.). K hatte jedoch auch eine mögliche Abschottungswirkung auf dem Markt für Paraffinwachse geltend gemacht. Dem hält das EuG Ziffer 32 der **Leitlinien der Kommission zur Bewertung nicht horizontaler Zusammenschlüsse** entgegen (2008/C 31/03). Nach dieser muss die Abschottungswirkung in Bezug auf sog. „Einsatzmittel“ (Rohstoffe) einen **Dreistufentest** vor. Dieser lautet im Original:

32. Bei der Ermittlung der Wahrscheinlichkeit einer wettbewerbswidrigen Abschottung bei den Einsatzmitteln untersucht die Kommission zuerst, ob das fusionierte Unternehmen die Möglichkeit hätte, den Zugang zu den Einsatzmitteln abzuschotten, zweitens, ob es den Anreiz dazu hätte und drittens, ob eine Abschottungsstrategie spürbare nachteilige Auswirkungen auf den nachgeordneten Wettbewerb hätte. In der Praxis werden diese Faktoren häufig gemeinsam untersucht, da sie eng miteinander verflochten sind.

Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass der Zusammenschluss die Fähigkeit des infolge der Fusion entstehenden Unternehmens zur Abschottung der Paraffinproduktion durch Kontrolle der Gatsch-Herstellung nicht verbessert (Rn. 93 ff.) und weist daher die Klage ab.

Werden jedoch größere Unternehmen erworben, die auf einer Vielzahl von Märkten tätig sind, tritt **das zentrale Problem des SIEC-Tests** zu Tage: die **inhaltliche Unbestimmtheit seiner Tatbestandsvoraussetzungen**. Die nach Art. 2 Abs. 3 FKVO erforderlich *erhebliche* Beschränkung

von *wirksamem* Wettbewerb lässt der Kommission und den Gerichten einen großen Entscheidungsspielraum im Einzelfall. Gleichzeitig führt sie jedoch auch zu Rechtsunsicherheit. Die in **Bemühungen des EuG zu einer Präzisierung der Tatbestandsvoraussetzungen des SIEC-Tests sind einstweilen vor dem EuGH gescheitert**.

EuGH Hutchison/Telefónica UK
(EuGH, 13.7.2023 − C-376/20 P – Hutchison/Telefónica UK; EuG 28.5.2020 – T-399/16 – **CK Telecoms UK Investments**/Kommission) CK Telecoms UK Investments Ltd (**Three**), ein Tochterunternehmen der chinesischen Investmentgesellschaft CK Hutchison, 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 wichtige Wettbewerbskraft** („**important competitive force**“) verschwinden, weshalb eine erhebliche Beschränkung wirksamen Wettbewerbs iSd. Art. 2 Abs. 3 FKVO zu prognostizieren sei. Das Konzept der wichtige Wettbewerbskraft geht auf Nr. 37 f. der **Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse** zurück (2004/C 31/03):

Beseitigung einer wichtigen Wettbewerbskraft durch den Zusammenschluss

37. Einige Unternehmen haben auf den Wettbewerbsprozess einen größeren Einfluss, als anhand ihrer Marktanteile oder ähnlicher Messgrößen zu vermuten wäre. Ein Zusammenschluss unter Beteiligung eines solchen Unternehmens könnte die Wettbewerbsdynamik in einer spürbar wettbewerbswidrigen Weise verändern, insbesondere, wenn es sich um einen bereits konzentrierten Markt handelt. So kann z. B. ein Unternehmen jüngst in den Markt eingetreten sein, von dem zu erwarten ist, dass es in Zukunft spürbaren Wettbewerbsdruck auf die übrigen im Markt tätigen Unternehmen ausübt.
38. In Märkten, wo Innovation einen wichtigen Wettbewerbsfaktor darstellt, kann ein Zusammenschluss die Fähigkeit und die Anreize für die Unternehmen erhöhen, Innovationen auf den Markt zu bringen, und damit den Wettbewerbsdruck für die Wettbewerber erhöhen, ihrerseits Innovationen auf diesen Markt zu bringen. Wirksamer Wettbewerb kann hingegen erheblich behindert werden, wenn sich zwei wichtige Innovatoren zusammenschließen, zum Beispiel zwei Unternehmen, deren Produkte für einen bestimmten Markt kurz vor der Einführung stehen. Auch ein Unternehmen mit einem relativ kleinen Marktanteil kann eine bedeutende Wettbewerbskraft werden, wenn Erfolg versprechende Produkte kurz vor der Einführung stehen.

Das **EuG** wendete demgegenüber die Unbestimmtheit des Begriffs ein sowie die Überlegung, dass mit einer solchen Argumentation beinahe jede horizontaler Fusion nach Art. 2 Abs. 3 FKVO verboten werden könnte. Denn wenn sich zwei Unternehmen, die sich auf derselben Marktseite befinden, zusammenschließen, fällt stets ein Wettbewerber weg bzw. werden zwei Konkurrenten zu einem einzigen Unternehmen. Unter diesen Voraussetzungen lässt sich daher stets behaupten, dass eine starke wettbewerbliche Kraft auf dem Markt entfallen sei (EuG Rn. 174).

Das EuG leitete deshalb aus **Erwägungsgrund 25** (EuG Rn. 96) einen **zweigliedrigen Tatbestand für den SIEC-Test ab:**

(1) Auf der ersten Stufe muss die Fusion einen zuvor bestehenden **beträchtlichen Wettbewerbsdruck** zwischen den Partnern der Fusion **beseitigen**. Dies ist der Fall, wenn es sich bei den Fusionspartnern um **besonders enge Wettbewerber** („particularly close competitors“) handelt (EuG Rn. 241).
(2) Auf der zweiten Stufe musste die Fusion den **Wettbewerbsdruck unter den verbleibenden Wettbewerbern mindern**. 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:

Der **EuGH ist dem EuG jedoch nicht gefolgt** und bezeichnet dessen Auffassung als rechtsfehlerhaft (EuGH Rn. 88). Aus Erwägungsgrund 25 entlehnt das Gericht keine Maßstäbe für den SIEC-Test und begründet dies vom Ergebnis her. Der Zweistufentest des EuG würde die Kontrolle von Zusammenschlüssen auf die Fälle reduzieren, in denen die Kommission nachweisen kann, dass der Zusammenschluss geeignet ist, sowohl einen erheblichen Wettbewerbsdruck zwischen den Parteien des Zusammenschlusses zu beseitigen als auch den Wettbewerbsdruck auf dem verbleibenden Markt zu mindern (EuGH Rn. 111)

„(112) Eine solche Auslegung würde bedeuten, dass die Beseitigung des beträchtlichen Wettbewerbsdrucks, den die Parteien des Zusammenschlusses aufeinander ausübten, und die einseitige Preiserhöhung, die sich daraus ergeben könnte, für sich allein niemals genügen würden, um eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs darzutun“ (EuGH Rn. 112).

Dies hält der EuGH mit dem **Ziel der FKVO für unvereinbar**, eine wirksame Kontrolle sämtlicher Zusammenschlüsse einzuführen (EuGH Rn. 113). Ferner billigt der EuGH der Kommission einen **Beurteilungsspielraum** zu. Begründet wird dies mit der Aufgabe der Behörde, wirtschaftliche Prognosen vorzunehmen, um die Wahrscheinlichkeit bestimmter Entwicklungen auf dem relevanten Markt binnen absehbarer Zeit zu bestimmen (EuGH Rn. 82). Deshalb dürfe der Kommission beim Nachweis der Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 3 FKVO kein besonders hohes Beweismaß auferlegt werden (EuGH Rn. 86). Entsprechend genüge es,

„(87) … wenn die Kommission anhand hinreichend signifikanter und überzeugender Beweismittel dartut, dass es eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich ist, dass der betreffende Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb im Binnenmarkt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindern würde.“

Die **Ausübung dieses Beurteilungsspielraums** kann jedoch vom EuGH auf Rechtmäßigkeit hin überprüft werden (EuGH Rn. 126). Durch die von der Kommission verwendeten Begriffe „**wichtige Wettbewerbskraft**“ und „nahe Wettbewerber“ sieht der EuGH diesen Spielraum wiederum nicht als überschritten an (EuGH Rn. 128). Auch liege eine wichtige Wettbewerbskraft nicht schon dann vor, wenn sich eine Partei von ihren Wettbewerbern auf dem Markt deutlich abhebe; es muss sich also nicht um ein „besonders aggressives“ Unternehmen handeln (Rn. 162). Vielmehr kommt es allein

darauf an, inwiefern der Zusammenschluss die für den Wettbewerb auf dem Markt maßgebenden Faktoren verändert (Rn. 162). Dabei bildet der **Preis nicht das einzige Parameter**; dies nimmt das Gericht gerade für differenzierte Produktmärkte an, auf denen Qualität und Innovation eine entscheidende Rolle spielen (Rn. 165). Ein Unternehmen stellt dann eine wichtige Wettbewerbskraft dar, **wenn es auf den Wettbewerb einen größeren Einfluss hat, als anhand seiner Marktanteile oder ähnlicher Messgrößen zu vermuten ist** (Rn. 167).

In einer ersten Reaktion auf das Urteil zieht das **EuG** (20.12.2023 − T-53/21 – **E.ON/Innogy** – Klage EVH Halle) weitreichende Schlussfolgerungen. Weil die Kommission im Verfahren den engen Entscheidungsfristen des Art. 10 FKVO unterliegt, aus denen ein allgemeines **Beschleunigungsgebot** resultiert, kann das EuG ihre Entscheidungen **nur auf offensichtliche Verletzungen des Beurteilungsspielraums** überprüfen. Dazu **zählt nicht, dass die Kommission einzelne, ihr zur Verfügung gestellte Informationen nicht verarbeitet hat**. Die Praxis hat die Entscheidung des EuGH als Rückschritt bei der Konkretisierung des SIEC-Tests aufgenommen (*Bach* NZKart 2023, 382). Bedenken begegnet, dass der EuGH systematische Argumente aus Erwägungsgrund 25 ablehnt und infolge seiner Entscheidung der Kommission ein weiter, praktisch nicht überprüfbarer Beurteilungsspielraum verbleit.

Schwierigkeiten dürfte daher künftig auch die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (9.3.2022 − Kart 2/21 (V) – **Fusionskontrolle im Möbeleinzelhandel)** begegnen, nach der der SIEC-Test nur noch auf einem Markt mit oligopolistischer Struktur zur Anwendung kommen soll (OLG juris-Rn. 98).

Einen interessanten Aspekt trägt schließlich EuG, 18.5.2022 − T-251/19 – **Wieland/Schwermetall** bei: Ein Unternehmen wurde zunächst **von zwei anderen Unternehmen kontrolliert**. Im Wege des Zusammenschlussverfahrens **übernahm eines der beiden Unternehmen die alleinige Kontrolle**. Das EuG erkennt darin eine Wettbewerbsbehinderung, weil für wettbewerblich sensible Maßnahmen das Vetorecht des bisherigen Mitgesellschafters wegfällt.

c) Kollektive Marktbeherrschung (Airtours-Kriterien)

EuG Airtours
(EuG 6.6.2002 – T 342/299 – Airtours) Der britische Reiseveranstalter Airtours zeigt der Europäischen Kommission an, dass er seinen Konkurrenten First Choice übernehmen will. Zurück bliebe ein Oligopol von Reiseveranstaltern. Bei der Anwendung des Art. 2 Abs. 3 FKVO bejaht die Kommission die Möglichkeit, dass dieses Oligopol den Binnenmarkt künftig gemeinsam beherrschen werde. Das EuG legt an eine kollektive Marktbeherrschung jedoch strengere Kriterien an und erklärt die Entscheidung der Kommission für nichtig.

Zum Zeitpunkt der Entscheidung kam es darauf an, ob der Erwerb von First Choice durch Airtours eine marktbeherrschende Stellung begründete. Dies ist aufgrund der heutigen Fassung des Art. 2 Abs. 3 FKVO nicht mehr erforderlich. Nach dieser genügt es nämlich, wenn durch die Fusion wirksamer Wettbewerb erheblich beschränkt wird. Die Einführung des SIEC-Tests stellte daher auch eine Reaktion auf die besonders strengen Anforderungen des EuG im Hinblick auf eine **kollektive Beherrschung eines Marktes durch ein Oligopol** dar. Bei dieser geht es nicht darum, dass die wenigen Anbieter den Markt aufgrund einer Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise iSd. Art. 101 Abs. 1 AEUV beherrschen, sondern dass auf dem Markt für alle Unternehmen eine **ökonomische Anreizsituation** entsteht, aufgrund derer möglicher Wettbewerb auf dem Markt von allen Beteiligten durch einheitliches Verhalten ausgeschlossen wird. Im Grunde geht es damit um das Problem der sog. „Oligopoly Blindspots". Das EuG vermutet eine kollektive Marktbeherrschung nur unter folgenden Voraussetzungen, den sog. **Airtours-Kriterien** (Rn. 121 ff.):

(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. An dieser Stelle entsteht eine erhebliche Unsicherheit, weil unklar bleibt, wie konkret der Abschreckungsmechanismus ausgestattet sein muss und welches Drohpotenzial erforderlich ist.

(3) Die Reaktionen von **außenstehenden Unternehmen**, die sich nicht an der Koordinierung und dem Abschreckungsmechanismus beteiligen, dürfen den **voraussichtlichen Effekt der Koordinierung nicht in Frage stellen**.

Geringere Anforderungen in Bezug auf den **Sanktionsmechanismus** stellte hingegen das BKA in einem nach deutschem Recht entschiedenen Fall:

„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 – C-413/06 – **Impala**) stellte der EuGH jedoch strengere Anforderungen auf. Zunächst führt er zur kollektiven Marktbeherrschung aus:

(122) „Eine **kollektive beherrschende Stellung** … kann sich daher aus einem Zusammenschluss ergeben, wenn dieser … 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 [Art. 101 AEUV] 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] 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"

Die Airtours-Kriterien behalten bei der Prüfung des Art. 2 Abs. 3 FKVO nach wie vor Bedeutung. Denn regelmäßig stellt sich zunächst die Frage, ob der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Erst wenn dies beantwortet oder verneint worden ist, stellt sich die Frage, ob wesentlicher wirksamer Wettbewerb erheblich behindert wird.

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 nämlich neben der Mauterfassung dazu, über GPS mit im Verkehr befindlichen Fahrzeugen auch zu anderen Zwecken wie Standortbestimmung, Informationsübermittlung usw. zu kommunizieren. Liegt eine Fehlentscheidung der Kommission 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**

In Betracht kommt ein Zusammenschluss, wenn T ein Vollfunktionsunternehmen iSd. Art. 3 Abs. 4 FKVO darstellt (dazu unten noch ausführlicher). Nimmt das Joint Venture sämtliche Aufgaben eines Unternehmens eigenständig wahr, wirkt seine Gründung nach dieser Norm wie ein Zusammenschluss. Begründen lässt sich dies mit folgender Überlegung: Um die gemeinsamen Investitionen in das Gemeinschaftsunternehmen nicht zu gefährden, werden sich die Mütter dauerhaft zurückziehen, um die selbstständig ausgestaltete Tätigkeit des Unternehmens nicht zu behindern. Deshalb handelt es sich um einen Fall externen Unternehmenswachstums, bei dem das Gemeinschaftsunternehmen auf Kosten der Wettbewerbsstellung seiner Mütter wächst. Für einen Zusammenschluss spricht vorliegend, dass T in seinem Geschäftsbereich allein entscheidet und nicht nur als Plattform für die Zusammenarbeit der Mütter fungiert. Hinzu kommt, dass es sich durch Erwirtschaftung eines Entgelts für das Einziehen der Maut selbstständig finanziert. Ein Zusammenschluss liegt danach vor.

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. 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

In Betracht kommt die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch die Gründung von T.

a) **Betroffener Markt**

Sachlich ist 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 eine marktbeherrschende Stellung dadurch begründet wird, dass T eine Essential Facility (EF) verwalten wird. Durch die Inhaberschaft an der EF muss der Eigentümer den nachgelagerten Markt **fest in seinem Griff** haben und dadurch den Zugang zu einem nachgelagerten Markt kontrollieren. Dies ist der Fall, wenn **wirksamer Wettbewerb** auf dem nachgelagerten Markt verhindert wird. Dort darf also keine marktbeherrschende Stellung entstehen. Dabei muss die Teilhabe an der EF **unerlässlich** sein, damit es auf dem nachgelagerten Markt zu wirksamem Wettbewerb kommt (dazu S. 260).

T könnte den Markt für Telematikleistungen insoweit in seinem Griff haben, als er den Kommunikationsstandard für satellitengestützten Mauterfassungsstellen kontrolliert. Wenn nämlich jeder Lkw, der deutsche Autobahnen befährt, mit einem Terminal von T ausgestattet ist, werden über dieses im Zweifel auch sonstige Kommunikationsleistungen (wie Navigation) 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. Entsprechend ist zu erwarten, dass künftige auch Kommunikationseinrichtungen 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. Zu diesem dürfte es praktisch keine Alternative geben, und es steht zu befürchten, dass T aufgrund seiner Position den Wettbewerb um Navigationsgeräte und Freisprechanlagen

wenigstens im Lkw-Bereich kontrollieren könnte. Mit der faktischen Kontrolle über den Kommunikationsstandard wächst T daher eine EF zu.

Darin aber liegt die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung.

Hinweis: In der Originalentscheidung hatte die Bundesrepublik daher bereits im Ausschreibungstext für eine Öffnung des Standards für alle Marktteilnehmer gesorgt und institutionelle Vorkehrungen getroffen. In der vorliegenden Form bestünden hingegen erhebliche Bedenken.

Für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung spricht ferner mit Blick auf Art. 2 Abs. 1 Unterabs. 2 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 wirkamem Wettbewerb zur Folge haben. In Betracht kommt ein erheblicher Eingriff in die Preisbildungsfunktion auf den Märkten für Telematikgeräte im Lkw-Bereich, wobei vor allem die Fahrzeugnavigation bzw. Freiprechanlagen betroffen sein könnten. Bisher konkurrierten dort mehrere Anbieter in freiem Wettbewerb. Nach Einführung des Mauterfassungssystems werden jedoch 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.

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

Beachten Sie bitte 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. 340. Das zentrale Problem der FKVO liegt darin, dass GU sowohl gegen das Kartellverbot des Art. 101 AEUV verstoßen können als auch uU. den Zusammenschlusstatbestand des Art. 3 FKVO erfüllen. 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). Bei einem Vollfunktions-GU reichen die Ressourcen, um auf Dauer gegenüber den Müttern als eigenes Unternehmen unabhängig zu wirtschaften. Teilfunktions-GU übernehmen hingegen nur partielle Verpflichtungen für die Mütter (Forschung und Entwicklung) und werden durch Subventionen der Mütter am Leben gehalten. Der Zweck der Unterscheidung liegt in folgender Überlegung: Da das Vollfunktions-GU sich finanziell 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 als Vollfunktions-GU verbindet sich deswegen idR die Absicht eines Rückzugs der Mütter von dem Markt, 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, stellt sich nach **Art. 2 Abs. 4 FKVO** die Frage, ob das GU mehr auf eine **Kooperation**, also ein Kartell iSd. 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.

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

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 bearbeiteten Markt, können auf diesen zurückkehren und kontrollieren die Marktverhältnisse auf diesem zumindest potenziell und vom Marktrand aus 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 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, 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. 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. 350). Deshalb müssen **konzentrative Aspekte** wie sie vom EuGH etwa im Zigarettenurteil auf der Grundlage des Art. 101 AEUV geprüft wurden (vgl. noch einmal S. 350), auch im Rahmen des Art. 2 Abs. 4 FKVO bei der Anwendung des Art. 101 AEUV Berücksichtigung

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

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 konzentrative 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 Oligopolsituation, in der der Anreiz für Preiswettbewerb untergeht. Dies zeigt die Sonderregelung des **Art. 2 Abs. 5 Spiegelstrich 2 FKVO**. Die zugrunde liegende Gefahr entsteht vor allem dann, wenn sich die Mütter über die Zusammenarbeit im 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 iVm. 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 erscheint dies bei Ein- und Verkaufsgemeinschaften mit Bezugszwang (S. 73). 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 bei seiner Entscheidung Rn 167 aus den **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 Vertrieb werden idR. wettbewerbskritische Paradigmata (insbesondere der Preis) koordiniert (Rn. 29). Bei rationalen Grundannahmen lässt sich daher ein gemeinsamer Vertrieb durch Konkurrenten im Zweifel nur durch einschlägige Koordinierungsinteresses erklären (Rn. 31). Vorliegend kamen daher eine mögliche interne 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 gestalten sich 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. 1 FKVO 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 iVm. Art. 256 AEUV das Europäische Gericht.
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

Eine Entscheidung nach Art. 8 Abs. 3 FKVO 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 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 zu 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 iSd. 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 vorliegenden Falls erscheint es daher von Bedeutung, dass die HMG den Vertrieb von Fernsehproduktionen selbstständig übernehmen, dh. sich insbesondere selbst finanzieren wird. Dies spricht trotz des weiter bestehenden Engagements der Mütter in benachbarten Märken (Art. 2 Abs. 5 Spiegelstrich 1 FKVO) dafür, dass beide 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 iSd. Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO.

bb) Gemeinschaftsweite Bedeutung

Der Zusammenschluss muss ferner **gemeinschaftsweise 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 von E iSd. Art. 2 Abs. 3 FKVO verstärken und deshalb wesentlichen Wettbewerb behindern.

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

(1) **Sachlich und räumlich relevanter Markt.** Fraglich ist zunächst, auf welchem sachlich relevanten Markt eine beherrschende Stellung begründet sein könnte. Problematisch erscheint, ob ein Markt für die gesamte Fernsehproduktion existiert oder nur ein sachlich relevanter Markt für den Bedarf der Privatrundfunkunternehmen. Geht man vom Bedarf der Privatrundfunkunternehmen aus, 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. Bestünden nämlich 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 nämlich auf einem funktionierenden Markt durch Arbitragegeschäfte geschlossen. Auch aus Sicht des Bedarfs der öffentlich-rechtlichen Unternehmen kommt ein einheitlicher Markt nicht in Betracht: Die öffentlich-rechtlichen 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 FVKO geht es um die Bemessung der tatsächlichen Macht, die durch den Konzentrationsprozess entsteht. Denn diese darf von Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrolliert sein. In der bloßen Anzahl der von E erstellten Produktionen an den insgesamt ausgestrahlten Programmstunden kommt dieser Gesichtspunkt jedoch nicht zum Ausdruck. Denn das Programm der Privatrundfunkunternehmen wird nicht auf einem Markt gegenüber Nachfragern ausgestrahlt. Es existiert vielmehr gerade kein Zuschauermarkt, weil Zuschauer keine Gegenleistung für das Programm der Rundfunkanstalten aufbringen. Auch ein allgemeiner, mglw. aus Gründen des

öffentlichen Rechts zu erbringender pauschaler Rundfunkbeitrag 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 Unterabs. 2 lit. b FKVO genannten Faktoren durch den Zusammenschluss in erheblicher Weise verstärkt wird. In Betracht kommt vorliegend 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, einem Sender, der zumindest einen 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. Die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung liegt danach vor.

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

(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.

IV. Zum Verfahren

Ein Zusammenschluss iSd. Art. 2 FKVO, der gemeinschaftsweite Bedeutung nach Art. 1 FKVO entfaltet, muss nach **Art. 4 Abs. 1 FKVO** nach Vertragsschluss, Veröffentlichung des Übernahmeangebots oder Erwerb einer die Kontrolle begründenden Beteiligung und vor ihrem Vollzug **bei der Kommission angemeldet werden**. Während des daran anschließenden Verwaltungsverfahrens greift das **Vollzugsverbot des Art. 7 FKVO.** Danach darf der Zusammenschluss weder vor der Anmeldung noch solange vollzogen werden, bis ihn die Kommission freigibt. Damit verbinden sich für die Praxis erhebliche Gestaltungsschwierigkeiten:

EuG Canon/Toshiba Medical Systems
(EuG, 18.5.2022 − T-609/19 – Canon/Toshiba Medical Systems) Toshiba muss rasch seine Medizinsparte veräußern, bevor die Geschäftszahlen für 2015 festgestellt werden. Canon ist interessiert. Weil der Kauf keinen Aufschub duldet, parkt Canon die Anteile im Wege des sog. **Warehousing** bei einer Zweckgesellschaft, bis die Kommission über den Zusammenschluss entschieden hat. Die Zweckgesellschaft soll die Anteile an Dritte veräußern, falls die Fusion nicht genehmigt werden sollte. Die Europäische Kommission sieht jedoch im Warehousing einen Verstoß gegen Art. 7 FKVO, den sie mit einem Bußgeld belegt.

Im Fall geht es um die Frage, ob das Warehousing einen Vollzug iSd. Art. 7 Abs. 1 Satz 1 FKVO darstellt. Dagegen könnte zunächst sprechen, dass Canon auf die Anteile höchstens mittelbaren Zugriff hat. Hinzu kommt, dass ein so rascher Erwerb anders rechtlich nicht gestaltet werden kann. Für einen Vollzug spricht hingegen, dass die Zweckgesellschaft, die die Anteile am alten Tochterunternehmen von Toshiba hält, den wirtschaftlichen Interessen von Canon unterworfen ist. Auch das EuG geht von einem Vollzug iSd. Art. 7 Abs. 1 Satz 1 FKVO aus. Seiner Ansicht nach setzt die Norm nicht voraus, dass ein Kontrollerwerb stattgefunden hat, sondern dass die Verhaltensweise lediglich zur Veränderung der Kontrolle über das Unternehmen beigetragen hat (EuG Rn. 73). Der Grund für diese Unterscheidung liege darin, dass die Norm den Beteiligten verbiete, den Zusammenschluss in mehreren hintereinander folgenden Schritten zu vollziehen (Rn. 62), sich also praktisch **an die Kontrolle der Zielgesellschaft „anzuschleichen“**. Deshalb

unterscheidet das Gericht den Begriff des Zusammenschlusses in Art. 3 FKVO von dem des Vollzugs eines Zusammenschlusses in Art. 7 FKVO.
Die **Kritik** wendet demgegenüber eine Überdehnung des Art. 7 FKVO hin zu einer **Vorfeldkontrolle** von Zusammenschlüssen ein, die die FKVO anders das GWB nicht kennt. Praktisch führt dies dazu, dass kurzfristige Erwerbe von Unternehmensbeteiligungen nur schwer möglich sind (dazu *Ricard* NZKart 2021, 230).
Der **EuGH** hat das zugrunde liegende Verständnis des Art. 7 Abs. 1 Satz 1 FKVO jedoch in einem weiteren Fall bestätigt (EuGH, 9.11.2023 – C-746/21 P – Altice/PT Portugal Rn. 50 ff.).

Im nächsten Verfahrensschritt prüft die Kommission den angemeldeten Zusammenschluss nach Art. 6 FKVO und kann entscheiden,

- dass der Zusammenschluss nicht unter die FKVO fällt (Abs. 1 lit. a),
- dass der Zusammenschluss unter die FKVO fällt, jedoch keine ernsthaften Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarung mit dem Binnenmarkt bestehen (Abs. 1 lit. b).
- Liegen die beiden ersten Fälle nicht vor, leitet die Kommission ein Verfahren ein (Abs. 1 lit. c).

Diese Entscheidung trifft die Kommission nach Art. 10 Abs. 1 FKVO innerhalb von **25 Arbeitstagen** nach der Anmeldung des Zusammenschlusses, wobei im Einzelfall (vgl. Art. 10 Abs. 2 FKVO) eine Verlängerung der Frist auf 35 Arbeitstage in Betracht kommt.
Wird das Verfahren eingeleitet, muss die Kommission eine Entscheidung nach Art. 8 FKVO innerhalb einer Frist von 90 Arbeitstagen nach Einleitung des Verfahrens treffen (Art. 10 Abs. 3 Satz 1 FKVO), wobei ebenfalls im Einzelfall eine Verlängerung in Betracht kommt (vgl. Art. 10 Abs. 3 FKVO).
Die Entscheidung nach Art. 8 FKVO besteht entweder darin,

- dass ein Zusammenschluss Art. 2 Abs. 2 bzw. Abs. 4 FKVO entspricht und mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist (Art. 8 Abs. 1 FKVO).
- Eine solche Entscheidung kann auch getroffenen werden, wenn die am Zusammenschluss Beteiligten auf Veranlassung der Kommission **Änderungen** vorgenommen haben, die zu einer Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 2 bzw. Art. 2 Abs. 4 FKVO führen (Art. 8 Abs. 2 FKVO). Die Kommission kann von den Beteiligten Verpflichtungszusagen einfordern, um die Entscheidung nach Art. 8 Abs. 2 FKVO treffen zu können. Nach der Rechtsprechung des **EuGH** (EuGH, 16.3.2023 − C-127/21 P – American Airlines/US Airways) müssen diese nicht so beschaffen sein, dass auf dem Markt funktionierender Wettbewerb entsteht, sondern so,

dass die rechtlichen Bedenken der Europäischen Kommission gegen den Zusammenschluss beseitigt werden.

- Liegen jedoch die Voraussetzungen des **Art. 2 Abs. 3 FKVO** vor, entscheidet die Kommission, dass der Zusammenschluss nicht mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist (Art. 8 Abs. 3 FKVO). Er ist damit untersagt.

Die Kommission kann auf Antrag eines Mitgliedstaats ein Verfahren unter den Voraussetzungen des **Art. 9 FKVO** an einem Mitgliedstaat verweisen.

Gleichzeitig kann ein Mitgliedstaat unter den Voraussetzungen des **Art. 22 FKVO** ein Verfahren an die Kommission abgeben. Die Entscheidung der Kommission, einen solchen Beschluss anzunehmen, kann im Wege der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV angegriffen werden, weil sich dadurch die Rechtsstellung der Beteiligten verändert (EuG, Urteil v. 13.7.2022 − T-227/21 – Illumina)

V. Anfechtung von Freigabeentscheidungen

Erklärt die Kommission den Zusammenschluss nach Art. 8 Abs. 1 bzw Abs. 2 FKVO iSd. Art. 2 Abs. 2 FKVO für vereinbar, stellt sich die Frage, ob ein mit den Fusionspartnern konkurrierendes Unternehmen gegen diese Entscheidung mit der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV vorgehen kann. Praktisch geht es dabei um eine **Konkurrentenklage,** wie sie im öffentlichen Recht zwischen Nachbarn möglich bzw. auch aus dem Beamtenrecht bekannt ist. Wie dort stellt sich die Frage nach der **Klagebefugnis**, die eine Zulässigkeitsvoraussetzung der Nichtigkeitsklage darstellt. Nach der **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). Diese Formel hat das **EuG**, das im Rahmen der Fusionskontrolle eine praktisch bedeutsame Funktion einnimmt, in seiner Rechtsprechung in besonderer Weise konkretisiert. Danach ist eine dritte Person nur dann durch den Freigabebeschluss nach Art. 2 Abs. 2 FKVO individuell betroffen, „wenn dieser Beschluss sie wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, sie aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und sie daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten des Beschlusses“ (**EuG**, 17.5.2023 − T-312/20 – **E.ON/RWE–Klage EVH Halle** Rn. 32). Dies ist der Fall, **wenn der Beschluss die Marktstellung dieser Person unmittelbar betrifft** (EuG Rn. 31). Einen **Indikator** dafür stellt es dar, wenn diese Person am Verfahren nach der FKVO durch die Kommission **beteiligt** war (EuG Rn. 33). Für eine solche Beteiligung reicht es hingegen nicht aus, wenn die Person nur an

einer Besprechung mit der Kommission teilnahm, bei der Stellungnahmen ausgetauscht und Fragen gestellt wurden (EuG, 17.5.2023 − T-321/20 – E.ON/RWE–Klage enercity Rn. 36). Die Beteiligtenstellung am Fusionskontrollverfahren kann aber nicht zwingende Voraussetzung der Drittbetroffenheit sein, weil es die Kommission sonst in der Hand hätte, über das Klagerecht der Konkurrenten zu entscheiden. Deshalb handelt es sich nur um einen Faktor, der in die Gesamtbetrachtung eingestellt werden muss (EuG, 17.5.2023 − T-312/20 – E.ON/ RWE – Klage EVH Halle Rn. 33). Zur Drittanfechtung einer Freigabeentscheidung vgl. auch: EuG, 13.11. 2024 – T-692/20 – INWIT Italia.

Auch **im deutschen Recht** bedarf die kartellrechtliche Anfechtungsbeschwerde einer materiellen Beschwer, die vorliegt, wenn der Beschwerdeführer in seinen wirtschaftlichen Interessen unmittelbar und individuell betroffen ist: Ein Dritter muss daher geltend machen, „durch die Entscheidung der Kartellbehörde in seinen Rechten verletzt oder in seinen wettbewerblichen Interessen unmittelbar und individuell nachteilig betroffen zu sein“ (BGH 12.9.2023 – KZR 72/20 – Glasfaser-Gemeinschaftsunternehmen, Rn. 12). Legt dabei ein Dritter gegen eine Freigabeverfügung nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GWB Beschwerde ein, darf das Beschwerdegericht diese nur insoweit prüfen, als die geschützten Interessen des Beschwerdeführers betroffen sind. Nicht überprüft werden darf die Auswirkungen auf Märkten, auf denen dieser nicht tätig ist (BGH, 28.5.2024 − KVR 81/23 – Rheinlandkooperation Rn. 10).

VI. Haftung wegen der Entscheidung im Rahmen der Fusionskontrolle

Fraglich ist, ob die EU dafür haftet, dass ein Zusammenschluss zu Unrecht untersagt worden ist.

EuG Fusion TNT
(EuG, 23.2.2022 − T-834/17 – Fusion TNT/UPS) Die Kommission untersagt die bei ihr angemeldete Fusion der Transportdienstleister TNT und UPS. Das Vorhaben wurde daraufhin aufgegeben. Auf die Nichtigkeitsklage von UPS hin erklärt das EuG die Entscheidung der Kommission wegen eines Verfahrensverstoßes für nichtig. UPS klagt deshalb entgangenen Gewinn als Schaden ein, der ihr durch die unrichtige Entscheidung der Kommission entstanden ist. Die geltend gemachte Summe beläuft sich auf 1,7 Milliarden Euro.

Das EuG weist die Klage ab. Grundsätzlich kommt eine außervertragliche Haftung der Union nach **Art. 340 Abs. 2 AEUV** in Betracht. Der Anspruch kennt **drei Tatbestandsvoraussetzungen**:

1. Zweck der verletzten Rechtsnorm muss es sein, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, wobei der Verstoß **hinreichend qualifiziert sein** muss. Eine hinreichende Qualifizierung kommt wiederum nur

in Betracht, wenn das betreffende Organ die **Grenzen, die seinem Ermessen gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschritten** hat. Dabei trägt das Gericht der Komplexität des zu regelnden Sachverhalts im Einzelfall Rechnung (EuG Rn. 83). Entsprechend muss eine Abwägung zwischen dem Interesse des Einzelnen am Schutz vor rechtswidrigen Handlungen der Union und dem Entscheidungsspielraum erfolgen, der den Organen der EU verbleibt (EuG Rn. 85). Nicht jeder Verstoß gegen die FKVO führt deshalb zur Schadensersatzhaftung, weil die Kommission sonst ihre Aufgaben nicht mehr uneingeschränkt wahrnehmen könnte (EuG Rn. 86). Deshalb besteht ein Schadensersatzanspruch nur, wenn die Entscheidung der Kommission „**offenkundig der Rechtslage widerspricht**" (EuG Rn. 86). Dies ist der Fall, wenn eine durchschnittlich umsichtige und sorgfältig arbeitende Behörde unter vergleichbaren Umständen den Verstoß nicht begangen hätte (EuG Rn. 88). Dadurch dass die Europäische Kommission UPS nicht das ökonometrische Modell mitteilte, das der Untersuchung der Auswirkungen des Zusammenschlusses zugrunde gelegt wurde, hat sie nach Auffassung des EuG einen hinreichend qualifizierten Verstoß begangen (EuG Rn. 92 ff., Rn. 118 ff.).

2. Es muss ein **Schadens nachgewiesen** werden.
Der geltend gemachte entgangene Gewinn kommt grundsätzlich als Schaden in Betracht.

3. Zwischen dem Verstoß gegen die dem Urheber der Handlung obliegende Verpflichtung und dem den geschädigten Personen entstandenen Schaden muss ein **unmittelbarer Kausalzusammenhang bestehen**. Das EuG geht vorliegend jedoch davon aus, dass der Zusammenschluss auch bei Mitteilung des zugrunde gelegten ökonometrischen Modells für unvereinbar mit dem Binnenmarkt erklärt worden wäre. Deshalb fehlt es an der Kausalität zwischen dem Pflichtverstoß und dem geltend gemachten Schaden (EuG Rn. 355 ff.). Nach den systematischen Kategorien des deutschen Zivilrechts fehlt der Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen der (Amts-)Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schadens.

Vgl. dazu noch EuG, 23.2.2022 − T-540/18 – Fusion TNT/UPS, Schadensersatz ASL, dass im Zusammenhang mit demselben Fusionskontrollverfahren Schadensersatzansprüche eines unbeteiligten Unternehmens verneint.

L. ART. 106 AEUV – ÖFFENTLICHE UNTERNEHMEN

Art. 106 AEUV beugt einer **Normumgehung der Art. 101 und Art. 102 AEUV** vor. Diese kommt in Betracht, wenn ein privates Unternehmen, das nicht Adressat der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 ff. AEUV) ist, von einem Staat mit öffentlich-rechtlichen Befugnissen ausgestattet wird und dabei staatliche Funktionen wahrnimmt. Durch Vorschaltung einer solchen Zweckgesellschaft darf der Staat jedoch die wettbewerbliche Rahmenordnung des AEUV nicht umgehen. Deshalb finden gemäß Art. 106 Abs. 1 AEUV auf solche Unternehmen die Art. 101 und Art. 102 AEUV Anwendung, wobei eine Rechtfertigung des staatlichen Vorgehens nur unter den engen Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 2 AEUV in Betracht kommt. Dazu müssen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (abgekürzt: **DAWI**) bereitgestellt werden (Post, Arbeitsvermittlung, Energieversorgung, Abfallbeseitigung oder Rundfunk). Bei der Anwendung der Norm besteht eine besondere Schwierigkeit darin, dass das Verhalten des privaten Unternehmens und das Wirken des Staates zusammengerechnet werden müssen, um Normumgehungen zu verhindern. Im Einzelfall kann daher Gesetz eines Mitgliedstaates, das dem Unternehmen Monopolrechte verleiht, wegen Verstoßes gegen Art. 102 AEUV nichtig sein.

I. Verbot des Absatzes 1

1. Der Tatbestand

Die Norm setzt ein **öffentliches Unternehmen** voraus. Zunächst gilt dabei der funktionale Unternehmensbegriff von Art. 101 und Art. 102 AEUV. Es muss sich zugleich um eine gegenüber dem Staat verselbstständigte organisatorische Einheit handelt; handelt ein Staat selbst, sind die Art. 34 ff. AEUV anwendbar. Ferner muss der Staat einen **bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Unternehmens** ausüben, wobei es nicht auf die äußere Form der Einflussnahme ankommen kann, weil die Norm gerade Umgehungen der Art. 101 und Art. 102 AEUV durch formale Gestaltungen verhindern will.

Die Einflussnahme besteht in der Verleihung **besonderer oder ausschließlicher Rechte**. Charakteristisch ist die besondere Beziehung dieser Rechte zu den staatlichen Aufgaben.

Beispiel: Einen Privatunternehmen wird der Betrieb eines Seehafens übertragen.

Beide Rechte, die besonderen oder ausschließlichen, zielen

(1) auf eine individuelle Privilegierung des privaten Trägers,

(2) begründen eine besondere 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 diesen gegenüber im Wettbewerb hervor. Beide Male wird das Unternehmen an den Staat gebunden. Denn es verliert seinen besonderen Status, wenn ihm diese Rechte staatlicherseits entzogen werden. Dies begründet die Gefahr, dass der Staat auf das Marktverhalten des Unternehmens Einfluss nehmen kann.

2. Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Schaffung kartellrechtlicher Gefährdungslagen

Eine **erste Rechtsfolge** des Art. 106 Abs. 1 AEUV besteht darin, dass ein Mitgliedstaat Art. 102 AEUV verletzt, wenn er durch Verleihung von Rechten an das öffentliche Unternehmen **die abstrakte Gefahr des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung schafft**.

EuGH DEI

(EuGH, 17.7.2014 – C-553/12 P – DIE) Der griechische Staat verleiht dem marktbeherrschenden Energieversorger DEI durch Gesetz die Abbaurechte für staatliche Braunkohlelager, die zur Herstellung von Elektrizität in Griechenland 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. 247).

In der Entscheidung bejaht der EuGH einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV wegen der **Schaffung einer abstrakten Gefährdungslage** in diesem Sinne (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 gegen die Gefährdung des Wettbewerbs eingeschritten werden kann und nicht etwa der Eintritt einer tatsächlichen Störung des Preisbildungsmechanismus abgewartet werden muss.

(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, können sie entsprechend zur Verantwortung gezogen werden, wenn aufgrund ihrer Gesetze 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

Eine **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 der Zweck des Art. 106 Abs. 1 AEUV: Denn die Norm will verhindern, dass durch die Aufspaltung der Handlungsbefugnisse zwischen dem öffentlichem Unternehmen und dem 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 (etwa der regelmäßigen Fahrt zu einer Dialysestation). Darauf verlängerte das Land die Genehmigung der U nicht weiter. Es berief sich dabei auf § 18 Abs. 3 Rettungsdienstegesetz 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.

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 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. Andes als bei Notfalltransporten muss also kein Notarzt anwesend sein. Die Nachfrage ist ferner für den Anbieter planbar, da der Transport 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 in diesem zweiten Segment 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 Primasens beschränken. Auf dem Notfalltransportmarkt im Raum Pirmasens sind X und Y 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

In Betracht kommt ein Behinderungsmissbrauch nach Art. 101 Satz 2 lit. b AEUV. Dieser kommt nach der Rechtsprechung des EuGH in Betracht, wenn sich der Marktbeherrscher eine Hilfstätigkeit

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2026 – Data-Mining nach § 44b UrhG verboten.

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 (vgl. EuGH **Commercial Solvents**, dazu oben S. 247; ff.; siehe oben S. 248).

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 vielmehr erst 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 auf X und Y sowie auf das Ordnungsamt und den Gesetzgeber darf nicht dazu führen, dass insgesamt dieselben Wirkungen erzielt werden, die einem rein privatrechtlich verfassten marktbeherrschenden Unternehmen 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 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 durch die Möglichkeit, im Bereich des lukrativeren Krankentransportdienstes Gewinne zu erwirtschaften. Beim Notfalldienst müsste es sich dazu zunächst um eine Dienstleistung im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse (**DAWI**) 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 einnahmeträchtigere Krankentransportgeschäft besonders geeignet. Beide Dienstleistungen hängen so eng zusammen, dass der Krankentransport leicht mit den Infrastrukturdiensteinrichtungen 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. Dieser könnte vielmehr auch mit staatlichen Zuschüssen betrieben werden. Deshalb bestehen Zweifel an einer „Verhinderung" iSd. Art. 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. 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 iVm. 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 **D**ienstleistungen von **a**llgemeinem **w**irtschaftlichem **I**nteresse (**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. Schließlich muss die Maßnahme **objektiv erforderlich** sein, um die DAWI erbringen zu können. Wie im Falle des Art. 101 AEUV, muss die Maßnahme einerseits geeignet erscheinen und andererseits den mildesten Eingriff in den Wettbewerb darstellen. Denn andernfalls liefert das Ziel der Erbringung einer DAWI nur einen äußerlichen Vorwand, um den Wettbewerb zu beschränken.

BGH Pressegrosso
(BGH, 6.10.2015 – KZR 17/14 - Pressegrosso) Der Großhandel mit Zeitschriften ist in Deutschland im sog. Grossosystem organisiert. Zugrunde liegt eine Branchenvereinbarung, nach der in einer Region nur ein Großhändler (Grossist) tätig ist und dort für eine optimale Marktversorgung verantwortlich zeichnet. Der Grossist gewährleistet, dass auch speziellere Titel (zB. eine Zeitschrift für Hochseeangler) in einer Bahnhofsbuchhandlung vorgehalten werden kann, weil diese den Titel bei Nichtverkauf an den Grossisten retournieren darf und zugleich 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, weil er darin eine Verletzung des europäischen Kartellrechts erkannte.

Der BGH bejaht die **Voraussetzungen Art. 106 Abs. 2 AEUV**:
(1) Die Gewährleistung einer flächendeckenden publizistischen Vielfalt sieht das Gericht als DAWI im Normsinne an (Rn. 24 ff.).
(2) Problematisch war jedoch, ob eine **Betrauung** iSd. Art. 106 Abs. 2 AEUV vorlag. Denn die mit besonderen Rechten ausgestatteten Unternehmen müssen mit DAWIE betraut sein. § 30 Abs. 2a GWB eröffnet aber nur die *Möglichkeit* einer Branchenvereinbarung, erteilt aber keinen staatlichen Auftrag an Verleger und Händler zur Organisation eines solchen Systems. Doch muss die Betrauung nach Auffassung des BGH nicht zwingend ausgestaltet sein (Rn. 32). Für diese Betrachtungsweise spricht, dass einerseits die Sicherstellung einer pluralistischen Presselandschaft Folge der staatlichen Institutsgarantie aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ist, andererseits aber die Bundesrepublik gerade wegen dieser Garantie daran gehindert ist, den Verlegern gesetzliche Vorgaben für ihr unternehmerisches Handeln zu machen.

(3) Bei der Prüfung, ob die Anwendung des Art. 106 Abs. 1 AEUG zu einer Verhinderung der Aufgabenerfüllung iSd. Art. 106 Abs. 2 AEUV führt, besteht aus Sicht des Gerichts ein **Beurteilungsspielraum des staatlichen Gesetzgebers** (Rn. 44), der nur auf offenkundige Fehleinschätzungen hin überprüft werden kann (Rn. 51 ff.). Der Prüfungsmaßstab liegt in den Gesetzen der Denklogik sowie in der Überprüfung auf offensichtliche Verstöße gegen das Verfassungs- oder europäische Kartellrecht. Die gesetzgeberische 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).
Es hielt daher § 30 Abs. 2a GWB durch Art. 106 Abs. 2 AEUV gedeckt.