
EUROPÄISCHES UND DEUTSCHES KARTELLRECHT

3., überarbeitete Fassung, 2009

Christian Heinichen

Vorwort

Kartellrechtliche Fragestellungen haben in der unternehmerischen Entscheidungspraxis der vergangenen Jahre zunehmend an Bedeutung gewonnen. Milliarden schwere Zusammenschlussvorhaben können an der Untersagungsverfügung einer einzigen Wettbewerbsbehörde scheitern – so z. B. das Projekt *GE/Honeywell* am Zusammenschlussverbot der Europäischen Kommission. Verstöße gegen kartellrechtliche Verbotsnormen wurden in der jüngsten Vergangenheit mit drakonischen Bußgeldern sanktioniert – man beachte nur das Rekordbußgeld gegen Saint Gobain in Höhe von € 896 Mio. wegen der Beteiligung des Unternehmens an einem Kartell der Autoglaserhersteller. In zunehmendem Maße gewinnt auch das sog. *private enforcement* mittels kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche an Bedeutung. Entsprechend dieser Tendenz steigt die Nachfrage nach kartellrechtlich ausgebildeten Juristen.

Wie kaum ein anderes Rechtsgebiet befindet sich das Kartellrecht an einer Schnittstelle zwischen den Rechts- und den Wirtschaftswissenschaften. Wettbewerbsrelevante Fragestellungen müssen nicht nur juristisch korrekt, sondern auch ökonomisch überzeugend gelöst werden. Hierdurch bietet das Kartellrecht dem wirtschaftsrechtlich geprägten Juristen erhebliche Entwicklungschancen. Das vorliegende Skript soll (s)einen kleinen Teil dazu beitragen, ein grundlegendes Gespür für die Möglichkeiten und Grenzen des Kartellrechts zu entwickeln.

Um seiner zunehmenden Bedeutung im rechtlichen und ökonomischen Sinne gerecht zu werden, wird das europäische dem deutschen Kartellrecht in der Darstellung vorangestellt. Hierdurch kann auch der Tatsache Rechnung getragen werden, dass spätestens seit der 7. GWB-Novelle im Jahr 2005 das deutsche Kartellrecht entscheidend von den Weichenstellungen des europäischen Kartellrechts mitbestimmt wird.

Das vorliegende Skript ist vorlesungsbegleitend konzipiert. Es will die selbstständige Erarbeitung des Kartellrechts unterstützen. Dem Juristen des Schwerpunktbereichs kann und soll es die ergänzende Lektüre eines Lehrbuchs nicht ersetzen. Kritik und Anmerkungen zum Skript sind dem Autor jederzeit willkommen: heinichen.christian@t-online.de.

München, den 15.04.2009

Christian Heinichen

§ 1 Grundlagen des europäischen und deutschen Kartellrechts	1
I. Wichtige Rechtsgrundlagen des europäischen und deutschen Kartellrechts	1
II. Die „drei Säulen“ des Kartellrechts	2
III. Regelungsziele des europäischen und deutschen Kartellrechts	2
IV. Wettbewerbsbegriff und grundlegende Wettbewerbstheorien	3
1. Formaler Wettbewerbsbegriff	3
2. Wettbewerbsfunktionen.....	3
3. Wettbewerbstheorien und deren Berücksichtigung in der heutigen Rechtspraxis	4
4. Kartellrechtlicher Wettbewerbsbegriff	6
V. Entwicklungsgeschichte des Kartellrechts.....	7
1. Die „Vorläufer“ des europäischen und deutschen Kartellrechts.....	7
2. Entwicklung des europäischen und deutschen Kartellrechts	8
VI. Kartellrecht als integraler Bestandteil der Rechtsordnung	9
1. Das Verhältnis zum Lauterkeitsrecht des UWG.....	9
2. Das Verhältnis zum Immaterialgüterrecht.....	9
3. Das Verhältnis zum Bürgerlichen Recht	9
§ 2 Anwendungsbereich und relevanter Markt	10
I. Verhältnis des europäischen zum mitgliedstaatlichen Kartellrechts	10
1. Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts	10
2. Kollisionsnormen und Vorrang des europäischen Kartellrechts	10
II. Räumlicher Anwendungsbereich des Kartellrechts	12
1. Räumlicher Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts	12
2. Räumlicher Anwendungsbereich des deutschen Kartellrechts	12
III. Sachlicher Anwendungsbereich des Kartellrechts.....	12
IV. Wettbewerbsbehörden und ihre Zuständigkeiten	13
V. Abgrenzung des relevanten Marktes.....	14
1. Der sachlich relevante Markt.....	15
2. Der räumlich relevante Markt.....	15
3. Der zeitlich relevante Markt.....	15
4. Exkurs: SSNIP-Test (<i>Small but Significant and Non-Transitory Increase in Price</i>).....	15
§ 3 Das Kartellverbot	16
I. Das Kartellverbot des europäischen Kartellrechts (Art. 81 EG)	16
1. Unternehmen und Unternehmensvereinigungen als Normadressaten	17
2. Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen	20
3. Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs	22
4. Bezwecken oder Bewirken der Wettbewerbsbeschränkung	25
5. Auswirkungsprinzip, Zwischenstaatlichkeit und Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung	26
6. Tatbestandsrestriktionen.....	27
7. Legalausnahmen vom Kartellverbot, Art. 81 Abs. 3 EG.....	28

II. Das Kartellverbot des deutschen Kartellrechts (§ 1 GWB)	32
1. Mittelstandskartelle (§ 3 GWB)	33
2. Wettbewerbsregeln (§§ 24 – 27 GWB)	33
3. Sonderausnahme für landwirtschaftliche Unternehmen (§ 28 GWB)	34
4. Preisbindung von Zeitungen und Zeitschriften (§ 30 GWB).....	34
§ 4 Die Missbrauchsaufsicht	35
I. Die Missbrauchsaufsicht des europäischen Kartellrechts (Art. 82 EG)	35
1. Unternehmen als Normadressaten	36
2. Abgrenzung des relevanten Marktes	36
3. Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung	36
4. Missbrauchstatbestände	39
II. Die Missbrauchsaufsicht im deutschen Kartellrecht (§§ 19 – 21 GWB)	44
1. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 GWB)	44
2. Verbot unbilliger Behinderung und Diskriminierungsverbot (§ 20 GWB)	49
3. Boykottverbot und Verbot sonstiger Wettbewerbsbeschränkungen (§ 21 GWB)	54
§ 5 Zivilrechtliche Rechtsfolgen	55
I. Nichtigkeitsfolge	55
II. Beseitigungsanspruch (§ 33 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GWB)	56
III. Unterlassungsanspruch (§ 33 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, S. 2 GWB).....	56
IV. Aktivlegitimation (§ 33 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GWB).....	57
V. Schadensersatzansprüche (§ 33 Abs. 3 GWB).....	58
1. Aktivlegitimation.....	59
2. Einschränkung der <i>passing-on-defense</i> (§ 33 Abs. 3 S. 2 GWB)	60
3. Tatbestandswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen (§ 33 Abs. 4 GWB).....	61
4. Gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Kartellbeteiligter.....	61
5. Vorteilsabschöpfung (§ 34a GWB)	61
§ 6 Das Verfahren in Kartellsachen	62
I. Grundzüge des europäischen Kartellverfahrens	62
1. Entscheidungen der Kommission	62
2. Ermittlungsbefugnisse der Kommission	63
3. Verfahrensrechte der betroffenen Unternehmen.....	64
4. Sanktionen	65
5. Verjährung.....	66
6. Rechtsschutz	66
II. Grundzüge des deutschen Kartellverfahrens.....	67
1. Befugnisse der Kartellbehörden	67
2. Grundzüge des Kartellverwaltungsverfahrens.....	68
3. Grundzüge des Kartellordnungswidrigkeitenverfahrens	68

§ 7 Kartellrechtliche Compliance	69
I. Notwendigkeit kartellrechtlicher <i>Compliance</i>	69
II. Elemente wirksamer kartellrechtlicher <i>Compliance</i>	70
1. Implementierung eines kartellrechtlichen <i>Compliance</i> -Programms.....	70
2. Kartellrechtliche Standortbestimmung	70
3. Umsetzung eines kartellrechtlichen <i>Compliance</i> -Programms	70
§ 8 Zusammenschlusskontrolle.....	71
I. Zusammenschlusskontrolle des europäischen Kartellrechts	71
1. Grundlagen der europäischen Zusammenschlusskontrolle.....	73
2. Zusammenschlussbegriff (Art. 3 FKVO)	74
3. Gemeinschaftsweite Bedeutung eines Zusammenschlusses (Art. 1 FKVO)	78
4. Abgrenzung des relevanten Markts	79
5. Untersagung und Freigabe von Zusammenschlüssen (Art. 2 FKVO)	80
II. Besonderheiten der deutschen Zusammenschlusskontrolle (§§ 35 ff. GWB).....	92
1. Normadressaten	93
2. Der Zusammenschlussbegriff des § 37 GWB.....	93
3. Geltungsbereich der deutschen Zusammenschlusskontrolle (§ 35 GWB).....	96
4. Grundsätze für die Beurteilung von Zusammenschlüssen (§ 36 GWB).....	97
5. Ministererlaubnis (§ 42 GWB).....	101
§ 9 Fusionskontrollverfahren	103
I. Ablauf des europäischen Fusionskontrollverfahrens.....	103
1. Das europäische Verweisungssystem in Fusionssachen.....	104
2. Vollzugsverbot	104
3. Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Fusionskontrollverfahren.....	105
II. Ablauf des deutschen Fusionskontrollverfahrens	105
1. Vollzugsverbot	106
2. Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Fusionskontrollverfahren.....	106

Die folgende Übersicht gibt lediglich einen Ausschnitt aus dem gesamten Schriftentum zum Kartellrecht wieder und beschränkt sich vorrangig auf aktuelle Veröffentlichungen:

1. Lehrbücher

- **Bunte, Kartellrecht, 2. Aufl. 2008**
- *Commichau/Schwartz*, Grundzüge des Kartellrechts, 2. Aufl. 2007
- *Ekey*, Grundriss des Wettbewerbs- und Kartellrechts, 2006
- *Emmerich*, Kartellrecht, 11. Aufl. 2008
- *Haberstumpf*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Gewerblicher Rechtsschutz, 4. Aufl. 2008
- *Hönn*, Examensrepetitorium Wettbewerbs- und Kartellrecht, 2007 (Neuaufl. angek. für 04/09)
- *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2007
- *Lange*, Europäisches und deutsches Kartellrecht, 2006
- **Lettl, Kartellrecht (Grundrisse des Rechts), 2. Aufl. 2007**
- *Mäger*, Europäisches Kartellrecht, 2005
- *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004
- *Neef*, Kartellrecht, 2008
- *Rademacher/Bronny*, Kartellrecht. Grundriss mit Fragen, Fällen und Lösungen, 2006
- **Rittner/Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 7. Aufl. 2008**
- *Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. Aufl. 2005
- *Wallenberg*, Kartellrecht, 2007

2. Fallsammlungen

- *Emmerich/Sosniza*, Fälle zum Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5. Aufl. 2007
- *Hönn*, Klausurenkurs im Wettbewerbs- und Kartellrecht, 4. Aufl. 2005
- *Schwintowski*, Wettbewerbs- und Kartellrecht (PdW), 4. Aufl. 2007

§ 1 Grundlagen des europäischen und deutschen Kartellrechts

Seit dem Inkrafttreten des EG-Vertrags im Jahre 1958 gehört die Errichtung eines Gemeinsamen Markts in Form eines echten Binnenmarkts mit marktwirtschaftlicher Prägung zu den Aufgaben der Europäischen Gemeinschaft, Art. 2 EG. Innerhalb des Gemeinsamen Markts soll gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. g) EG ein System etabliert werden, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt. Gefahren drohen dem Wettbewerb vor allem durch staatliche Interventionen und durch das Verhalten der marktteiligen Unternehmen. Diesen Gefahren entgegenzutreten, ist (auch) Aufgabe des europäischen Kartellrechts.¹

In vergleichbarer Weise schützt das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) den Wettbewerb am deutschen Markt. Gestützt auf das ordo-liberale Modell der Freiburger Schule soll das GWB vor allem die Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer sichern und damit eine optimale Ressourcenallokation gewährleisten. Seit Mitte der 1990er Jahre wird das deutsche Kartellrecht zunehmend vom europäischen Kartellrecht beeinflusst. Infolge der 7. GWB-Novelle von 2005 kam es zu einer weitgehenden Angleichung des GWB an das europäische Kartellrecht. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass nationale Sachverhalte genauso behandelt werden wie Verhaltensweisen von gemeinschaftsweiter Bedeutung.

I. Wichtige Rechtsgrundlagen des europäischen und deutschen Kartellrechts

⇒ EG-Vertrag

- Art. 81 ⇒ Kartellverbot
- Art. 82 ⇒ Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen
- Art. 86 ⇒ Kartellrecht der öffentlichen und privilegierten Unternehmen

⇒ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (Durchführungsverordnung zu Art. 81 und 82 EG)²

- Art. 1 ⇒ Prinzip der Legalausnahme
- Art. 3 ⇒ Verhältnis von europäischem und mitgliedstaatlichem Kartellrecht
- Art. 17 ff. ⇒ Ermittlungsbefugnisse der Europäischen Kommission
- Art. 23 ff. ⇒ Sanktionen (insbes. Geldbußen)

⇒ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 (Fusionskontrollverordnung, FKVO)³

- Art. 1 ⇒ Anwendungsbereich der FKVO
- Art. 2 ⇒ Maßstab für die Beurteilung von Zusammenschlüssen
- Art. 3 ⇒ Zusammenschlussbegriff

⇒ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen⁴

- § 1 ⇒ Kartellverbot
- §§ 19 ff. ⇒ Missbrauchsaufsicht über marktstarke Unternehmen
- § 33 ⇒ Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche
- §§ 35 ff. ⇒ Zusammenschlusskontrolle
- § 81 ⇒ Bußgeldvorschriften (i.V.m. OWiG)

¹ Zu beachten (und in ihrer Reichweite noch ungeklärt) sind allerdings die Änderungen durch den Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13.12.2007, ABl. 2007/C 306/01. Die Art. 2 ff. EG wurden modifiziert. Die Gewährleistung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs ist „nur noch“ (?) Bestandteil des Protokolls über den Wettbewerb und den Binnenmarkt.

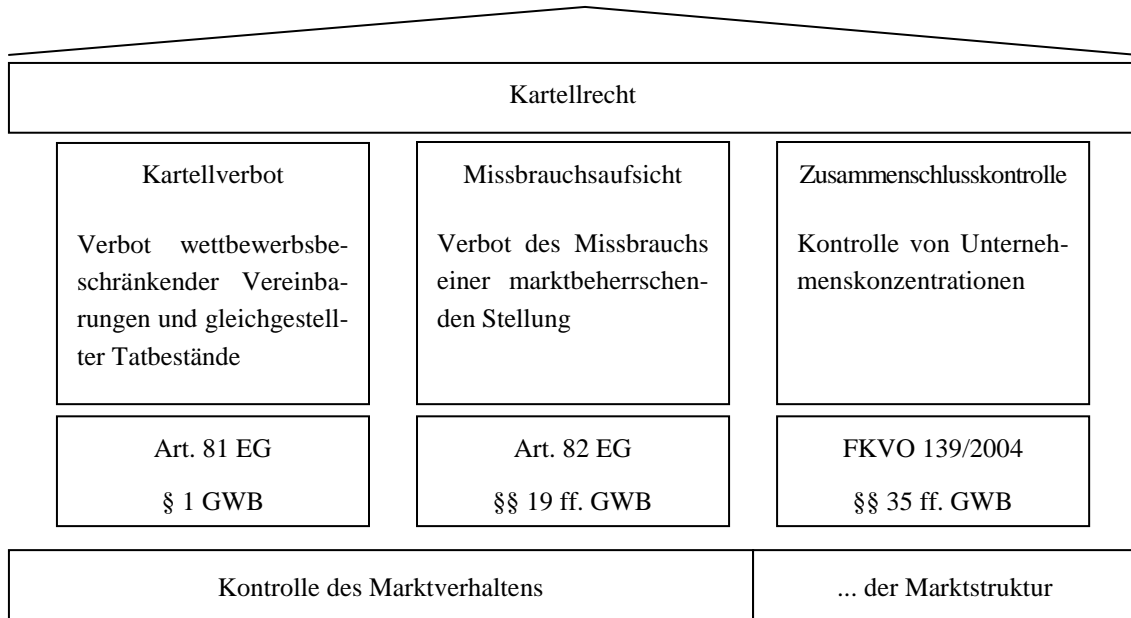
² Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikel 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG Nr. L 1 v. 04.01.2003, S. 1 ff.

³ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. EG Nr. L 24 v. 29.01.2004, S. 1 ff.

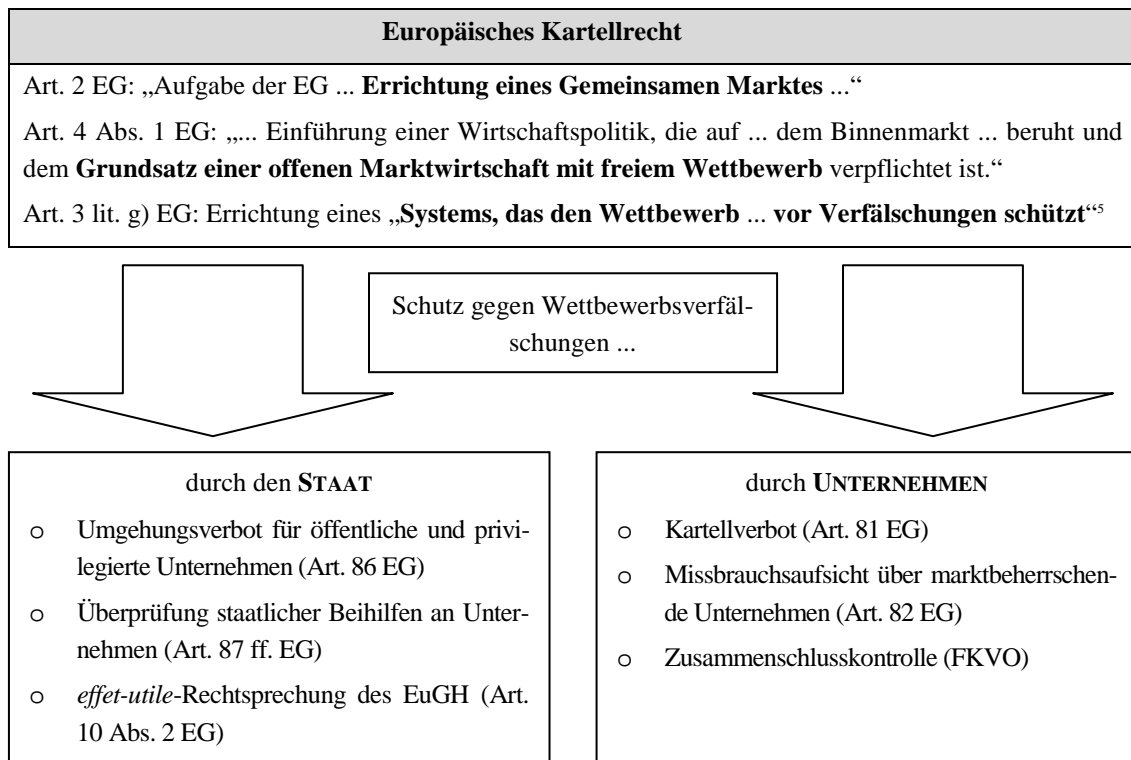
⁴ BGBl. v. 20.07.2005, Teil I, Nr. 44, S. 2114 ff.

II. Die „drei Säulen“ des Kartellrechts

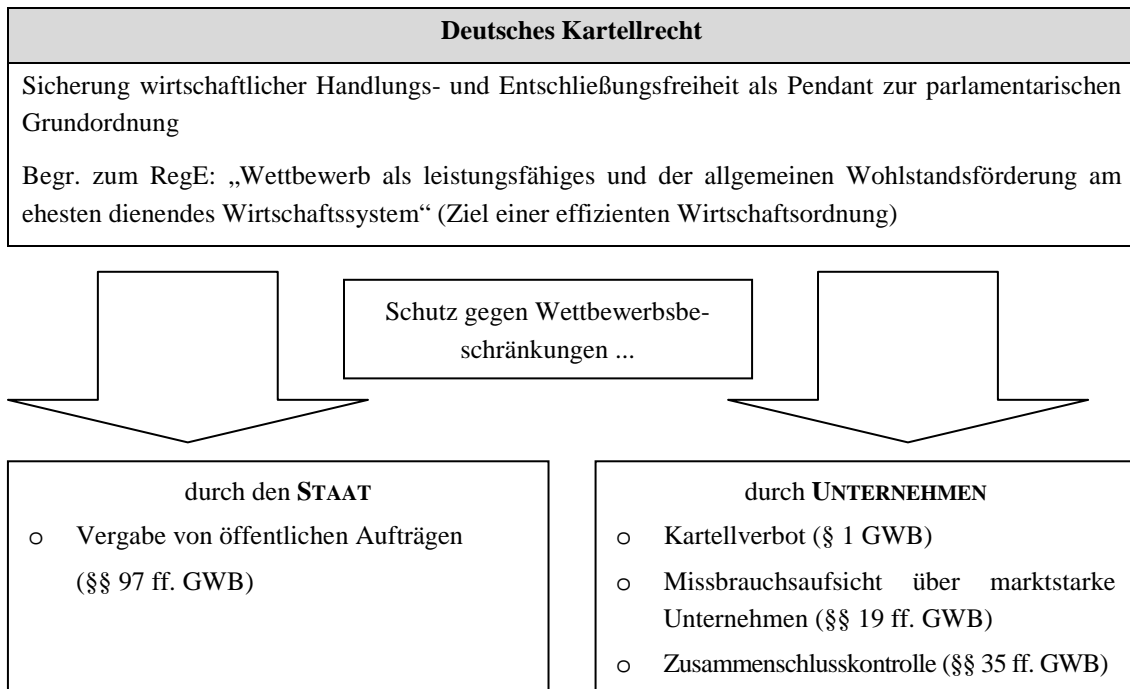
Sowohl das europäische als auch das deutsche Kartellrecht setzen sich materiellrechtlich aus drei unterschiedlichen Regelungskreisen zusammen, die als die „drei Säulen“ des Kartellrechts bezeichnet werden.



III. Regelungsziele des europäischen und deutschen Kartellrechts



⁵ Beachte die Modifizierungen durch den Vertrag von Lissabon, siehe oben Fn. 1.



IV. Wettbewerbsbegriff und grundlegende Wettbewerbstheorien

Der Wettbewerbsbegriff ist für das europäische und deutsche Kartellrecht von zentraler Bedeutung, da es der Wettbewerb ist, den der EG-Vertrag und das GWB schützen wollen. Dennoch lässt sich das Phänomen Wettbewerb nur schwer in einer allgemein gültigen Definition erfassen.

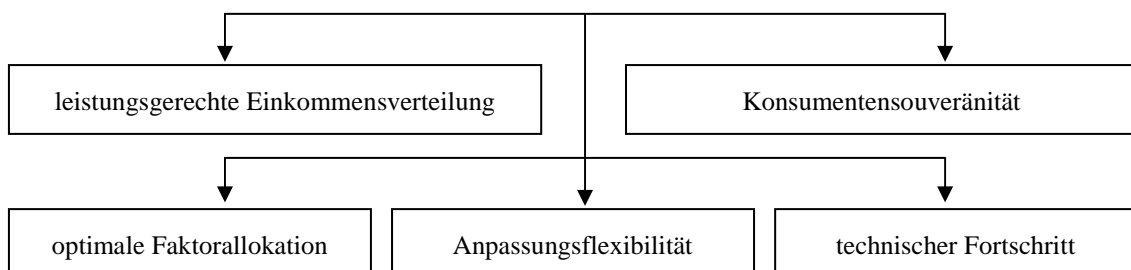
1. Formaler Wettbewerbsbegriff

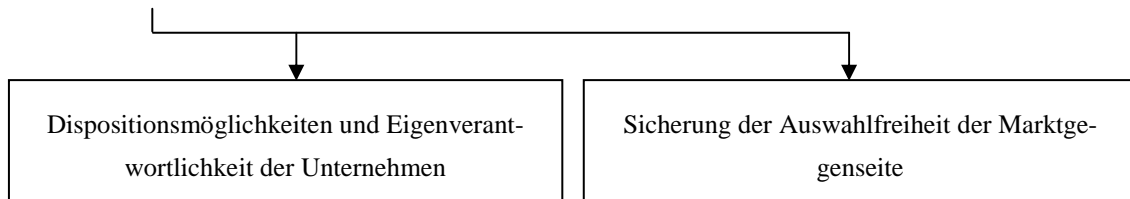
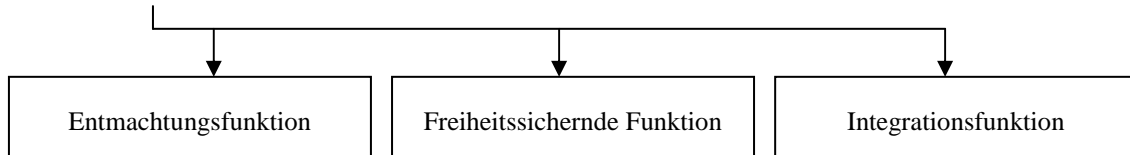
Formal kann von Wettbewerb gesprochen werden, wenn (1.) Märkte existieren, auf denen (2.) ein Minimum von zwei Anbietern oder zwei Nachfragern auftritt, die sich (3.) antagonistisch verhalten, d.h. durch Einsatz eines oder mehrerer Aktionsparameter ihren Zielerreichungsgrad zu Lasten anderer Marktteilnehmer optimieren wollen.

2. Wettbewerbsfunktionen

Um diesen formalen Wettbewerbsbegriff für das Kartellrecht zu operationalisieren, bedarf es einer inhaltlichen Konkretisierung. Hierbei können die erwarteten positiven Wirkungen des Wettbewerbs als Ausgangspunkt dienen.

a) Ökonomische Zielfunktionen



b) Freiheitsfunktionen**c) Gesellschaftspolitische Zielfunktionen****3. Wettbewerbstheorien und deren Berücksichtigung in der heutigen Rechtspraxis**

Ausgehend von den Wettbewerbsfunktionen entwickelten sich in den letzten drei Jahrhunderten unterschiedliche Wettbewerbstheorien, die einen Zusammenhang zwischen den wettbewerbspolitischen Zielen und den Instrumenten der Wettbewerbspolitik herzustellen versuchten. Weder der EG-Vertrag noch das GWB bekennen sich ausdrücklich zu einer dieser Wettbewerbstheorien. Dennoch stützen sich viele kartellrechtliche Regelungen auf eine der folgenden wettbewerbstheoretischen Modellannahmen.

a) Klassische Nationalökonomie (A. Smith, D. Ricardo)

- Wettbewerb als dynamisches Verfahren gesellschaftlicher Koordination („invisible hand“) ohne staatliche Lenkung zur optimalen Synthese von Freiheit, Gleichheit und Wohlstand
- Staat als größter Feind des Wettbewerbs⁶
 - ⇒ Voraussetzungen:
 - unabhängiges Handeln der Wirtschaftssubjekte (keine Kartelle)
 - ausreichende Anzahl tatsächl. und potentieller Wettbewerber
 - ausreichendes Wissen über die Marktverhältnisse
 - ausreichend Zeit für allokativen Anpassungsvorgänge
 - ⇒ Auswirkungen:⁷
 - Subventionskontrolle (Art. 87 ff. EG)
 - Pflicht zur Ausschreibung öffentl. Aufträge (§§ 97 ff. GWB)

b) Gleichgewichtsmodelle der vollständigen Konkurrenz (F.H. Knight, A. Cournot)

- statischer Gleichgewichtsansatz der vollkommenen Konkurrenz (beiderseitiges Polypol bei vollkommener Markttransparenz, Homogenität der Produkte, totaler Faktormobilität und -flexibilität sowie unendlichen Anpassungsgeschwindigkeiten)⁸
- Beseitigung von Marktunvollkommenheiten durch staatliche Eingriffe

⁶ Die von *Smith* untersuchten Wettbewerbsbeschränkungen resultierten aus der merkantilistischen Wirtschaftspolitik des 18. Jhs. Er konzentrierte sich vor allem auf Marktzutrittschranken, die im Zunftwesen der damaligen Zeit begründet sind.

⁷ Unter „Auswirkungen“ werden hier und im Folgenden die Auswirkungen der jeweiligen Wettbewerbstheorie auf das heute geltende Kartellrecht bezeichnet.

⁸ Sind die Voraussetzungen des Modells der vollständigen Konkurrenz gegeben, so resultiert daraus ein Zustand der marktgerechten Einkommensverteilung, optimalen Faktorallokation und Angebotssteuerung gemäß den Käuferpräferenzen. Die wirtschaftliche Effizienz im Sinne der Allokation (d.h. unter Ausschluss distributiver Aspekte) wird maximiert.

- ⇒ Probleme:
- Zielkonflikt zwischen dem Postulat atomistischer Konkurrenz und (Kosten-)Effizienz bei *Economies of Scale*
 - Zielkonflikt zwischen der Homogenitätsbedingung und heterogenen Verbraucherpräferenzen
 - fehlende Anreizwirkung bei vollständiger Konkurrenz, da Preis (Datum) und Qualität (Homogenitätsbedingung) als Aktionsparameter ausscheiden

c) Gegengifthypothese, Theorem des Zweitbesten (*J.M. Clark*)

- Wandel in der (nunmehr positiven) Beurteilung von Marktunvollkommenheiten
- Wohlfahrtsmaximierung durch Schaffung weiterer Unvollkommenheiten als Ausgleich zu bereits bestehenden Marktunvollkommenheiten

- ⇒ Auswirkungen:
- Berücksichtigung der Macht der Marktgegenseite

d) Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs (*E. Kantzenbach*)

- Definition normativer Leitbilder zur positiven oder negativen Beurteilung ökonomischer Zustände
- Marktverhalten, Marktstruktur und Marktergebnisse als Untersuchungsgegenstand
- Postulation eines Kausalzusammenhangs zwischen Marktstruktur und Wettbewerbsintensität, d.h.
 - (1) optimale Wettbewerbsintensität bei weiten Oligopolen mit mäßiger Produktheterogenität und begrenzter Transparenz
 - (2) überoptimale Interdependenz bei engen Oligopolen gekennzeichnet durch funktionslose Machtkämpfe oder spontan-solidarisches Parallelverhalten
 - (3) unteroptimale Interdependenz im Polypol mangels ausreichender Finanzierungsmöglichkeiten und geringer absoluter Unternehmensgröße

- ⇒ Auswirkungen:
- normative Differenzierung zwischen Kontrolle des Marktverhaltens (Kartellverbot, Missbrauchsverbot), der Marktstruktur (Zusammenschlusskontrolle) und der Marktergebnisse (*more economic approach*)
 - anhaltend positive Beurteilung von weiten Oligopolen

e) Ordo-Liberalismus (*W. Eucken, F. Böhm*)

- Definition von konstituierenden Prinzipien zur Schaffung einer freiheitssichernden Wettbewerbs- und Gesellschaftsordnung unter Annäherung an das Leitbild vollständiger Konkurrenz⁹
- Staat als zentrale Instanz zur Sicherung des Ordnungsrahmens: (1) Aufrechterhaltung oder Schaffung vollständiger Konkurrenz, (2) wenn nicht möglich, dann Marktregulierung i.S.v. „Als-ob-Wettbewerb“, (3) Schaffung einer unabhängigen Wettbewerbsbehörde

- ⇒ Auswirkungen:
- Grundlage des GWB von 1958
 - Wirkungsidentität von aktueller und potentieller Konkurrenz

⁹ *Böhm* bezeichnete den Wettbewerb auch als „das großartigste und genialste Entmachtungsinstrument der Geschichte.“

f) Neuklassisches Konzept der Wettbewerbsfreiheit (E. Hoppmann, A. v. Hayek)

- Wettbewerb als Such- und Entdeckungsverfahren
- Ziel staatlicher Maßnahmen = Erschaffung/Aufrechterhaltung von Wettbewerbsfreiheit (Erschaffung von Wettbewerbsregeln, Ausfüllen derselben durch Marktakteure)
- Wettbewerbsfreiheit als Entschließungsfreiheit (Abwesenheit von Zwang durch Dritte) und Handlungsfreiheit (Abwesenheit von Beschränkungen im Tauschverkehr)
- Ablehnung einer inhaltlich *ex-ante* festgelegten Wettbewerbsdefinition (-ergebnisse), Beschränkung auf Definition wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen

⇒ Auswirkungen: - Verbot wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen (*per se rules*)

g) Chicago School (R. A. Posner, M. Friedman)

- Ziel staatlicher Wettbewerbspolitik = Vermehrung allgemeiner Wohlfahrt durch Steigerung der allokativen und produktiven Effizienz der Unternehmen (*Efficiency-Doktrin*)
- Vertrauen auf Selbstregulierungskräfte des Marktes (*survival of the fittest*), d.h. Beschränkung staatlicher Eingriffsmaßnahmen auf Beseitigung künstlicher Marktzutrittsschranken

⇒ Auswirkungen: - positive Bewertung von effizienzsteigernden Vertikalvereinbarungen und Zusammenschlüssen

h) Post-Chicago School

- Übernahme der Effizienzorientierung bei dominierender partialanalytischer, mikroökonomischer Betrachtungsweise
- Einsatz industrieökonomischer und spieltheoretischer Modelle
- verstärkte Berücksichtigung empirischer Daten

⇒ Auswirkungen: - *more economic approach* der Kommission

4. Kartellrechtlicher Wettbewerbsbegriff

Ökonomische Begriffsvorstellungen, wie sie den unterschiedlichen Wettbewerbstheorien zugrunde liegen, können nicht ohne weiteres auf das Kartellrecht übertragen werden. Zu sehr weichen die Anwendungsmethoden und Rahmenbedingungen der Wettbewerbspolitik von jenen des Kartellrechts ab. Das Kartellrecht arbeitet dementsprechend mit einem eigenständigen Wettbewerbsbegriff, dessen Ausgangspunkt das Freiheitspostulat bildet.¹⁰ Wettbewerb ist danach jenes komplexe System von Marktprozessen, das sich herausbildet, solange die Unternehmen frei sind, sich an den Marktprozessen nach ihren eigenen Vorstellungen zu beteiligen.

Wettbewerbsfreiheit bedeutet aber auch, dass Wettbewerb nicht positiv im Sinne bestimmter Marktstrukturen oder -ergebnisse definiert werden kann.¹¹ Eine solche Definition wäre mit der Freiheitsfunktion des Wettbewerbs als Such- und Entdeckungsverfahren nicht zu vereinbaren. Dementsprechend beschränken sich sowohl der EG-Vertrag als auch das GWB auf eine negative Definition durch die Normierung von Sachverhalten, bei deren Vorliegen eine Verfälschung des Wettbewerbs angenommen werden kann.

¹⁰ Art. 4 Abs. 1 EG spricht ausdrücklich von der Verpflichtung zur „offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb.“

¹¹ Marktergebnisse sind aufgrund ihrer Ambivalenz als Beurteilungskriterien nur eingeschränkt tauglich.

V. Entwicklungsgeschichte des Kartellrechts

Das Kartellrecht ist seinem Ursprung nach ein sehr altes Rechtsgebiet. Es steht entwicklungsgeschichtlich in einem engen Zusammenhang mit der Privatautonomie. Schon früh erkannte man, dass es einer kartellrechtlichen Kontrolle der Marktteilnehmer bedarf, um zu verhindern, dass die (Vertrags-)Freiheit gerade durch ihren Gebrauch aufgehoben wird (sog. Freiheitsparadoxon).

„Niemandem ist gestattet, ein Monopol auszuüben. Dies betrifft Monopole für Kleidung, Fische, Kämmen, Seeigel, Lebensmittel und für zu sonstigem Gebrauch bestimmte Waren und für sämtliche Grundstoffe. Dabei ist es gleichgültig, ob ein Monopol durch eigenes Tun begründet oder durch hoheitlichen Akt gleich welcher Art verliehen worden ist oder noch verliehen werden wird. (Monopolisierungsverbot)¹²

Weiter ist verboten, sich in unerlaubten Zusammenkünften dahingehend zu verschwören oder vertraglich zu binden, Handelswaren nicht billiger als untereinander festgesetzt zu verkaufen. (Kartellverbot)

Die Ausübung eines Monopols wird mit Vermögenszug und immerwährender Verbannung bestraft.“ (Sanktion)

(aus der Constitutio des Kaisers Zeno, 433 n. Chr., C.4, 59, 2)

1. Die „Vorläufer“ des europäischen und deutschen Kartellrechts

1470	Erstes (Alaun-)Kartell in Form eines Syndikats, kontrolliert durch den Medici-„Konzern“
ab 16. Jh.	Erste staatliche Zwangskartelle
1602	Urteil <i>Darcy vs. Allin</i> des obersten englischen Gerichtshofs: Schutz des Wettbewerbs durch ein Verbot staatlicher Monopolverleihung; Begründung der Doktrin v. den <i>restraints of trade</i>
18. Jh.	Quesnay: Erste Wirtschaftskreislauftheorie (<i>laissez faire, laissez passer</i>); Forderung nach freiem Eigentum, freiem Gewerbe, freiem Wettbewerb und freiem Handel
1776	Adam Smith ¹³ : <i>An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations</i> . Wettbewerblicher Grundgedanke: Durch staatliche Autorität unbeeinflusstes Streben nach individueller Nutzenmaximierung führt zum größten Nutzen für alle. Voraussetzungen sind (1.) schöpferische Akteure (Egoismus), (2.) Gerechtigkeitsregeln (Fairnessregeln) und (3.) funktionsfähiger Wettbewerb als Koordinator von Angebot und Nachfrage
1808/1816	Stein-/Hardenberg'sche Reformen bewirken die Gewerbefreiheit des dritten Standes
1883	Kleinwächter: „Kartell“ von <i>carta</i> (schriftlich beurkundeter Anspruch), sich gegenseitig keinen Wettbewerb zu machen; Kartelle als Gegenmittel zu ruinösen Wettbewerbspraktiken
1890	Inkrafttreten von Section 1 des US Sherman Act – das erste neuzeitliche Kartellverbot
1911	Urteil <i>Standard Oil</i> des US Supreme Courts: Beschränkung des US-Kartellverbots auf unvernünftige Verhaltensweisen (sog. <i>rule of reason</i>)

¹² Beachte: Das europäische und das deutsche Kartellrecht kennen kein allgemeines Monopolisierungsverbot. Art. 82 EG und die §§ 19 ff. GWB untersagen „nur“ den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.

¹³ Von Smith stammt auch das berühmte – noch heute aktuelle – Zitat: „People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices.“

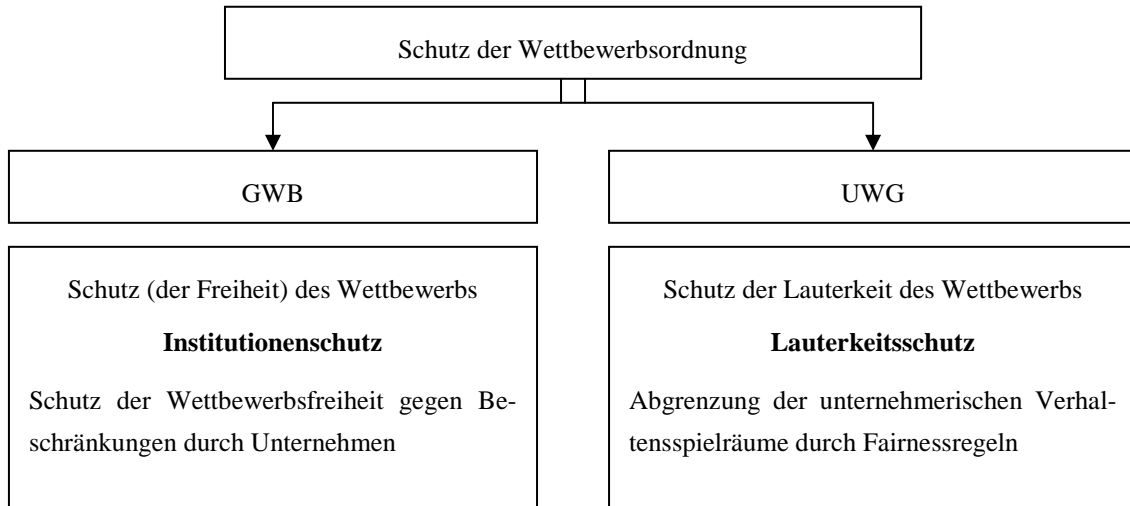
2. Entwicklung des europäischen und deutschen Kartellrechts

Demgegenüber weisen das moderne europäische und deutsche Kartellrecht eine relativ junge Geschichte auf, deren Entwicklungsprozess noch lange nicht abgeschlossen ist.



VI. Kartellrecht als integraler Bestandteil der Rechtsordnung

1. Das Verhältnis zum Lauterkeitsrecht des UWG



! Kartellrecht und Lauterkeitsrecht schließen sich nicht gegenseitig aus. Zwischen beiden Rechtsgebieten besteht ein Funktionszusammenhang.

Wertungen des GWB wirken sich auf das UWG aus (sog. Wechselwirkungen), z.B. § 20 Abs. 2 GWB (keine Unbilligkeit = grundsätzlich keine Unlauterkeit) oder § 24 Abs. 2 GWB (Wettbewerbsregeln).

2. Das Verhältnis zum Immaterialgüterrecht

Immaterialgüterrechte begründen Ausschließlichkeitspositionen, die den Imitationswettbewerb ausschließen und den Innovationswettbewerb behindern können. Andererseits fördern Immaterialgüterrechte den Substitutionswettbewerb, da sie einen (finanziellen) Anreiz zur Entwicklung neuer Produkte schaffen.

Insofern werden Immaterialgüterrechte als Bestandteil der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnung auch durch das Kartellrecht anerkannt (vgl. Art. 295 EG). Immaterialgüterrechte können jedoch in wettbewerbswidriger Weise – insbesondere in Lizenzverträgen – ausgeübt werden. Insofern ist zwar nicht das Immaterialgüterrecht als solches, aber dessen Ausübung an den Grenzen des Kartellrechts zu messen.

3. Das Verhältnis zum Bürgerlichen Recht

Das mitgliedstaatliche Bürgerliche Recht regelt einige zivilrechtliche Folgen einer Zuwiderhandlung gegen kartellrechtliche Verbotsnormen.¹⁴ In § 134 BGB findet sich eine Nichtigkeitsanordnung für Verträge, die gegen das deutsche Kartellrecht verstoßen.¹⁵ § 139 BGB beantwortet die Frage, ob ein Vertrag insgesamt nichtig ist, wenn ein Teilbereich desselben gegen das Kartellrecht verstößt.

¹⁴ Seit der 7. GWB-Novelle 2005 ist ein wesentlicher Teil der zivilrechtlichen Folgeansprüche (Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche) spezialgesetzlich in den §§ 33 f. GWB geregelt.

¹⁵ Zuwiderhandlungen gegen Art. 81 EG sind bereits gemäß Art. 81 Abs. 2 EG nichtig. Eines Rückgriffs auf die mitgliedstaatliche Nichtigkeitsanordnung bedarf es nicht.

§ 2 Anwendungsbereich und relevanter Markt

I. Verhältnis des europäischen zum mitgliedstaatlichen Kartellrechts

Das europäische und das mitgliedstaatliche (deutsche) Kartellrecht sind durch ein Nebeneinander mehrerer Rechtsordnungen geprägt. Da der Anwendungsbereich des mitgliedstaatlichen (deutschen) Kartellrechts durch das EG-Kartellrecht eingeschränkt wird, müssen beide Rechtsordnungen gegeneinander abgegrenzt werden.

1. Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts

Prüft man den Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts, so ist zwischen dem Kartell- und dem Missbrauchsverbot (1. und 2. Säule des Kartellrechts) einerseits sowie der Zusammenschlusskontrolle (3. Säule des Kartellrechts) andererseits zu unterscheiden.

⇒ Kartellverbot (Art. 81 EG) und Missbrauchsverbot (Art. 82 EG)

- sog. Zwischenstaatlichkeitsklausel¹⁶

EuGH - Cadillon/Hoess: „... dass die Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten in einem der Erreichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Markts nachteiligen Sinne beeinflussen kann.“¹⁷

- Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten, d.h. Auswirkungen auf den grenzüberschreitenden Handel erforderlich und ausreichend
- Beeinträchtigung durch den Aufbau von Handelsschranken oder das Erschweren der gegenseitigen Marktdurchdringung
- Eignung zur Beeinträchtigung, d.h. hinreichende Wahrscheinlichkeit, genügt
- Spürbarkeit, die sich gerade auf die grenzüberschreitenden Wirkungen beziehen muss¹⁸

Vergleiche auch die *Leitlinien* (der Kommission von 2004) *über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags*, ABl. Nr. C 101/82.

⇒ Zusammenschlusskontrolle (FKVO)

- Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung (Art. 1 Abs. 1 – 3 FKVO)¹⁹

2. Kollisionsnormen und Vorrang des europäischen Kartellrechts

Nur wenn der Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts eröffnet ist, stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang auch das mitgliedstaatliche (deutsche) Kartellrecht anwendbar ist und von den Regelungen des europäischen Kartellrechts abweichen kann.²⁰

¹⁶ Art. 81 Abs. 1 EG: „... welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind ...“ und Art. 82 S. 1 EG: „... dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.“ Man spricht von der sog. *non appreciable affectation of trade rule* (NAAT-Rule). Vertiefende Anmerkungen zur Zwischenstaatlichkeit finden sich außerdem in EuGH, Urt. v. 13.07.2006, EuZW 2006, S. 529 ff., Rn. 42 ff. – *Manfredi u.a.* sowie in EuGH, Urt. v. 12.12.1967, Slg. 1967, S. 543 ff. (556) – *Brasserie de Haecht / Wilkin Janssen*.

¹⁷ EuGH, Urt. v. 06.05.1971, Slg. 1971, S. 351 ff. – *Cadillon/Hoess*.

¹⁸ Die Spürbarkeit der (Eignung zur) Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist von der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung zu unterscheiden. Siehe zu letzterer S. 27 f.

¹⁹ Der Begriff der gemeinschaftsweiten Bedeutung eines Zusammenschlusses wird im Zusammenhang mit der europäischen Zusammenschlusskontrolle näher erläutert. Siehe S. 81 f.

²⁰ Andernfalls ist **ausschließlich** mitgliedstaatliches (deutsches) Kartellrecht anzuwenden.

a) Kollisionsnormen

Kollisionsnormen sind sowohl in der (vorrangigen) VO 1/2003 als auch im GWB enthalten:

- Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003 ⇒ Grundsatz der **parallelen Anwendbarkeit** des europäischen und des mitgliedstaatlichen Kartellrechts
§ 22 Abs. 1 GWB
- Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 ⇒ Grundsatz des **erweiterten Anwendungsvorrangs** der europäischen Wettbewerbsregeln
§ 22 Abs. 2 S. 1 GWB
- Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 ⇒ Ausnahmen vom Anwendungsvorrang
§ 22 Abs. 3 S. 3 GWB

b) Anwendungsvorrang des europäischen Kartellrechts

Bei der Prüfung des Grundsatzes vom erweiterten Anwendungsvorrang des europäischen Kartellrechts ist zwischen dem Kartell- und dem Missbrauchsverbot sowie der Zusammenschlusskontrolle zu unterscheiden:

- ⇒ Kartellverbot (Art. 81 EG, § 1 GWB)
 - zwingende Ergebnisidentität (im Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts) bei paralleler Anwendbarkeit europäischen und mitgliedstaatlichen Kartellrechts, d.h.
 - ein Verhalten, das von Art. 81 Abs. 1 EG nicht erfasst oder durch Art. 81 Abs. 3 EG oder eine GVO freigestellt wird, kann nach mitgliedstaatlichem Recht nicht kartellrechtswidrig sein (Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003, § 22 Abs. 2 S. 1 GWB)
 - ein Verhalten, das nach Art. 81 Abs. 1 EG untersagt ist und nicht durch Art. 81 Abs. 3 EG oder eine GVO freigestellt wird, ist auch nach mitgliedstaatlichem Recht kartellrechtswidrig (allgemeiner Vorrang des Gemeinschaftsrechts)
- ⇒ Missbrauchsverbot (Art. 82 EG, §§ 19 bis 21 GWB)
 - zwingende Ergebnisidentität bei europakartellrechtlich unzulässigen einseitigen Verhaltensweisen (im Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts), d.h.
 - ein einseitiges Verhalten, das von Art. 82 EG untersagt wird, ist auch nach mitgliedstaatlichem Recht kartellrechtswidrig (allgemeiner Vorrang des Gemeinschaftsrechts)
 - Zulässigkeit strengerer mitgliedstaatlicher Verbote für einseitige Verhaltensweisen, d.h.
 - ein einseitiges Verhalten, das von Art. 82 EG nicht erfasst wird, kann dennoch nach strengem mitgliedstaatlichem Recht kartellrechtswidrig sein (Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003, § 22 Abs. 3 S. 3 GWB)
- ⇒ Zusammenschlusskontrolle (FKVO, §§ 35 bis 43 GWB)
 - Grundsatz der ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission bei Zusammenschlüssen von gemeinschaftsweiter Bedeutung (**one-stop-shop**), d.h.
 - ausschließliche Anwendung des europ. Fusionskontrollrechts (Art. 21 Abs. 2 und 3 FKVO, § 35 Abs. 3 GWB)
 - Zusammenschlüsse, die die Kommission genehmigt hat, dürfen von den Mitgliedstaaten nicht mehr untersagt werden (Ausnahmen beachten!) und *vice versa*
 - Ausnahmen
 - Möglichkeit der Untersagung durch mitgliedstaatliche Kartellbehörden trotz Genehmigung durch die Kommission zum Schutz anderer berechtigter Interessen (Art. 21 Abs. 4 Unterabs. 1 FKVO, z.B. öffentliche Sicherheit, Medienvielfalt)
 - Verweisungsregeln der Artikel 4 Abs. 4 und 5, 9, 21 und 22 FKVO

II. Räumlicher Anwendungsbereich des Kartellrechts

Der räumliche Anwendungsbereich definiert das Territorium, auf welchem die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags bzw. des GWB Anwendung finden.

1. Räumlicher Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts

Die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags gelten gemäß Art. 299 EG für alle Unternehmen, die ihren Sitz in den Mitgliedstaaten haben. Sachverhalte mit extraterritorialem Bezug (z.B. die Vereinbarung von Wettbewerbsbeschränkungen außerhalb des Gemeinschaftsgebiets mit Auswirkungen auf den Binnenmarkt) werden – je nach Auffassung – entweder durch das Auswirkungsprinzip oder durch ein (erweitertes) Territorialitätsprinzip erfasst.

⇒ Auswirkungsprinzip²¹

- Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts, sobald und soweit eine wettbewerbsrelevante Maßnahme Auswirkungen innerhalb des Gemeinsamen Markts zeitigt
- Vorteil eines größtmöglichen Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts
- Nachteil der Kollisionsgefahr mit den Kartellrechten von Drittstaaten

⇒ (erweitertes) Territorialitätsprinzip²²

- Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts, sobald und soweit ein Unternehmen durch Handlungen innerhalb der Gemeinschaft ein Tatbestandsmerkmal der (Verbots-)Norm erfüllt
- auch der Handlungserfolg, d.h. die Durchführung der wettbewerbsrelevanten Maßnahme, gilt als Tatbestandserfüllung

2. Räumlicher Anwendungsbereich des deutschen Kartellrechts

Auch für das deutsche Kartellrecht muss die Frage beantwortet werden, ob das GWB gegenüber ausländischen Unternehmen oder im Ausland getroffenen Maßnahmen angewandt werden kann. Die Antwort findet sich in § 130 Abs. 2 GWB, der ausdrücklich die Geltung des Auswirkungsprinzips normiert:

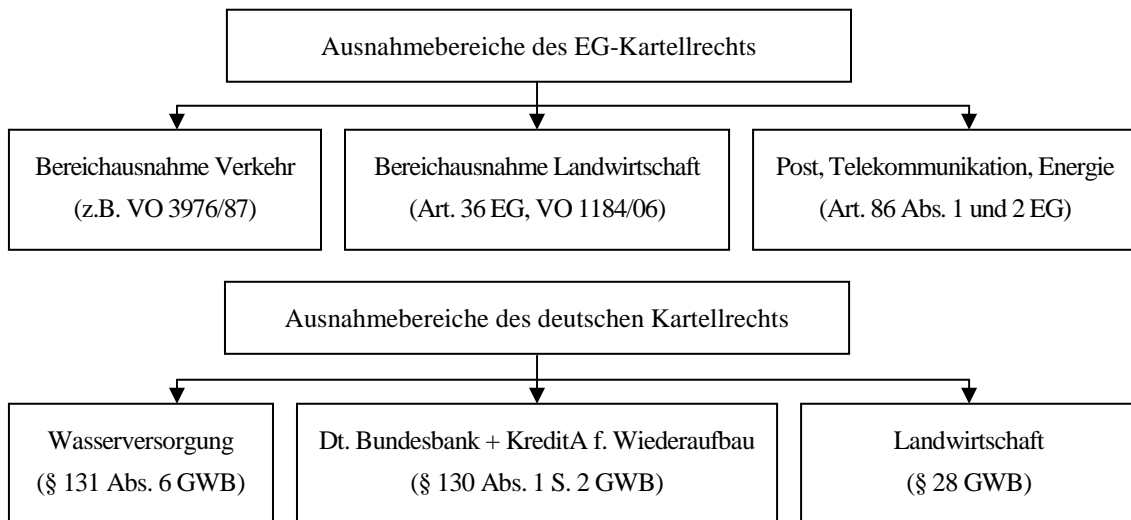
- Anwendbarkeit des GWB, sobald und soweit eine wettbewerbsrelevante Maßnahme Auswirkungen innerhalb des deutschen Markts zeitigt
- Gewährleistung des völkerrechtlichen Territorialitätsprinzips durch Beschränkung auf unmittelbare und spürbare Auswirkungen (unmittelbarer Inlandsbezug)

III. Sachlicher Anwendungsbereich des Kartellrechts

Bestimmte Wirtschaftsbereiche sind dem ansonsten umfassenden sachlichen Anwendungsbereich des Kartellrechts (sog. Universalitätsprinzip) aus übergeordneten Gründen – z. B. solchen der Versorgungssicherheit – (teilweise) entzogen.

²¹ Die Kommission ist schon in ihrer frühen Bußgeldpraxis von der Anwendbarkeit des Auswirkungsprinzips ausgegangen und hat diese Auffassung bis heute beibehalten, z.B. KOMe v. 21.12.1988, ABl. 1989 Nr. L 74, S. 21 – *LDPE*.

²² Der EuGH hat sich dem Auswirkungsprinzip zwar weitgehend angenähert, beharrt aber formal auf dem Maßstab eines (erweiterten) Territorialitätsprinzips. Siehe hierzu EuGH, Urt. v. 14.07.1972, Slg. 1972, S. 619 ff., Rn. 125 ff. – *ICI/Kommission* sowie EuGH, Urt. v. 27.09.1988, Slg. 1988, S. 5193 ff., Rn. 14 ff. – *Ahlström*. Letztgenanntes Urteil ist insofern problematisch, als der EuGH die Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts (z. T.) durch einen Rückgriff auf die Durchführungsverträge begründet hat, die die kartellbeteiligten Unternehmen in Vollzug der Kartellvereinbarung mit Dritten geschlossen hatten. Diese Folgeverträge werden jedoch vom Kartellverbot (und von der Nichtigkeitsfolge) des Art. 81 EG nicht erfasst.



In den Ausnahmebereichen wird der Wettbewerb als Kontroll- und Steuerungsmechanismus zumeist durch die staatliche Regulierung ergänzt oder ersetzt.

IV. Wettbewerbsbehörden und ihre Zuständigkeiten

Europäische Kommission
<ul style="list-style-type: none"> ○ Wettbewerbsbehörde der EG mit Sitz in Brüssel (behördeninterne Zuständigkeit der GD Wettbewerb) ○ System der dezentralen Anwendung der Art. 81 und 82 EG in einem Netz von Wettbewerbsbehörden, aber: Selbsteintrittsrecht der Kommission gem. Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003 ○ Alleinzuständigkeit zur Durchsetzung der FKVO (sog. <i>one stop shop</i> – Prinzip) und von Art. 86 EG gegenüber den Mitgliedstaaten (Art. 86 Abs. 3 EG)
Bundeskartellamt
<ul style="list-style-type: none"> ○ selbstständige Bundesoberbehörde mit Sitz in Bonn (§ 51 Abs. 1 S. 1 GWB) ○ grundsätzliche Zuständigkeit in (deutschen) Kartellsachen, soweit die Wirkungen eines kartellrechtlichen Sachverhalts über das Gebiet eines Bundeslandes hinausreichen, § 48 Abs. 2 GWB ○ ausschließliche Zuständigkeit für die Missbrauchsaufsicht über Preisbindungen (§ 30 Abs. 3 GWB) und die Zusammenschlusskontrolle (§§ 35 ff. GWB) ○ Befugnis zur (dezentralen) Anwendung der Art. 81 und 82 EG (§ 50 GWB)
Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
<ul style="list-style-type: none"> ○ Ministererlaubnis (§ 42 GWB)
Landeskartellbehörden
<ul style="list-style-type: none"> ○ Zuständigkeit, wenn nicht ausschließliche Zuständigkeit des BKartA oder des BMWi ○ Befugnis zur (dezentralen) Anwendung der Art. 81 und 82 EG (§ 50 GWB) ○ keine Befugnisse im Bereich der Zusammenschlusskontrolle

<i>European Competition Network (ECN)</i>
<ul style="list-style-type: none"> o Regelung der Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden sowie den nationalen Gerichten (Art. 11 ff. VO 1/2003, ECN-Bekanntmachung)
Monopolkommission
<ul style="list-style-type: none"> o unabhängiges Beratungsgremium auf den Gebieten der Wettbewerbspolitik und Regulierung o Erstellung von wirtschafts- und wettbewerbspolitischen Gutachten (§ 44 GWB), insbes. das zweijährliche „Hauptgutachten“ zum Stand der Unternehmenskonzentration

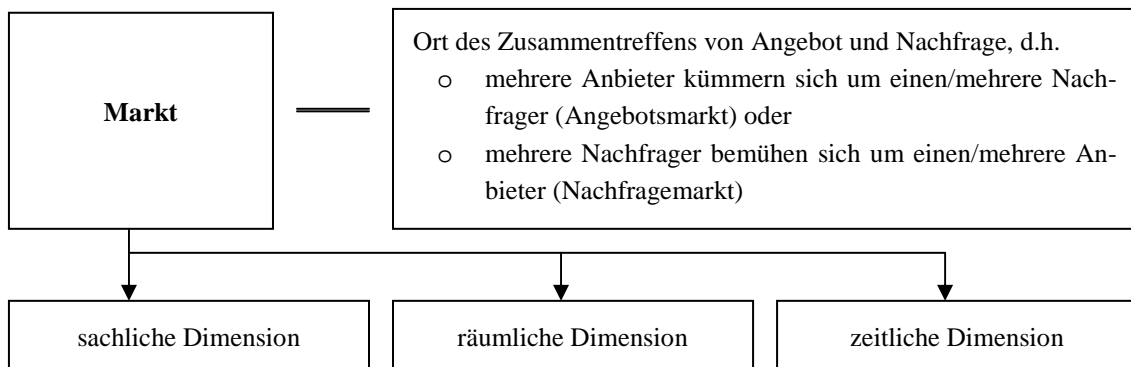
V. Abgrenzung des relevanten Marktes

Die Abgrenzung des relevanten Marktes ist für die Anwendung des europäischen und deutschen Kartellrechts von zentraler Bedeutung, z.B.

- o im Rahmen des Kartellverbots bei der Beurteilung der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung, bei der Abgrenzung von aktuellem und potentiell Wettbewerbs, bei Anwendung der Zwischenstaatlichkeitsklausel, bei der Freistellung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen
- o im Rahmen des Missbrauchsverbots bei der Ermittlung einer markt(!)beherrschenden Stellung
- o im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf den von ihm betroffenen Markt

Die Marktabgrenzung bereitet eine systematische Ermittlung der Wettbewerbskräfte vor, denen sich die am relevanten Markt beteiligten Unternehmen zu stellen haben.

Siehe hierzu auch die *Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Gemeinschaftsrechts* (ABl. Nr. C 372/5) vom 9.12.1997



- ! Aufgrund der unterschiedlichen Regelungszwecke von Kartellverbot, Missbrauchsverbot (ex post-Beurteilung eines vergangenen Verhaltens) und Zusammenschlusskontrolle (ex ante-Prognose einer zukünftigen Marktstruktur) kann die Abgrenzung des relevanten Marktes trotz weitgehend übereinstimmender Kriterien zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

1. Der sachlich relevante Markt

Die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts erfolgt sowohl im europäischen als auch im deutschen Kartellrecht nach dem **Bedarfsmarktkonzept**.²³ Maßgeblich ist die Frage, welche Güter oder Dienstleistungen zu einem Markt gehören, weil zwischen ihnen spürbare Wettbewerbsbeziehungen bestehen, so dass sie sich gegenseitig im Absatz oder in der Nachfrage beeinflussen.

⇒ Kriterien des Bedarfsmarktkonzepts:

- Auswahl- und Ausweichmöglichkeiten aus Sicht der Marktgegenseite (**funktionale Austauschbarkeit der Produkte**)
 - Nachfragesubstituierbarkeit, d.h. Austauschbarkeit der Produkte für die Marktgegenseite (gemessen durch Ermittlung der Kreuzpreiselastizität, SSNIP-Test)
 - Angebotssubstituierbarkeit, d.h. die Möglichkeit anderer Unternehmen, in einen Markt bereits bei geringen Preiserhöhungen kurzfristig und ohne spürbare Zusatzkosten/-risiken einzutreten
- ⇒ Subkriterien: v.a. Produkteigenschaften, Verwendungszwecke, Verbraucherpräferenzen, Kosten des Substitutionsprozesses
- Wettbewerbsstruktur und Wettbewerbsbedingungen

2. Der räumlich relevante Markt

Orientierung (der Kommission und des BKartA) an der partiellen Definition des **Art. 9 Abs. 7 S. 1 FKVO**:

- hinreichende Homogenität der Wettbewerbsbedingungen innerhalb des Gebiets
- hinreichende Heterogenität der Wettbewerbsbedingungen gegenüber benachbarten Gebieten²⁴

⇒ Beurteilung aus Sicht der Marktgegenseite, d.h. Marktzugehörigkeit aller Unternehmen, die tatsächlich als alternative Liefer- oder Bezugsquelle für die Marktgegenseite in Betracht kommen

(Subkriterien: v.a. Existenz von Marktzutrittschranken, Bedeutung nationaler oder regionaler Präferenzen, gegenwärtiges Käuferverhalten, Produkt- und Markendifferenzierung, SSNIP-Test)

3. Der zeitlich relevante Markt

⇒ Bsp.: Eintrittskarten zu einer Fußballweltmeisterschaft

4. Exkurs: SSNIP-Test (*Small but Significant and Non-Transitory Increase in Price*)

Der SSNIP-Test ist ein gedankliches Experiment zur Bestimmung des sachlich und räumlich relevanten Marktes. Es wird eine kleine, nicht nur vorübergehende Erhöhung des Preises (ca. 5% - 10%) für ein Produkt simuliert. Anschließend bewertet man das Ausweichverhalten der Marktgegenseite. Ist die Substitution so groß, dass eine Preiserhöhung durch den mit ihr verbundenen Absatzrückgang nicht mehr einträglich wäre, so werden in den sachlich und räumlich relevanten Markt solange zusätzliche Substitutionsprodukte und Gebiete mit einbezogen, bis die kleine, nicht nur vorübergehende Preiserhöhung einen Gewinn einbringt.

²³ So auch EuGH, Urt. v. 26.11.1998, Slg. 1998 I S. 7791 ff., Rn. 33 – *Bronner*: „Nach gefestigter Rechtsprechung umfasst der relevante Erzeugnis- oder Dienstleistungsmarkt im Rahmen der Anwendung von Artikel 86 (heute: Art. 82) EG-Vertrag alle Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die sich aufgrund ihrer Merkmale zur Befriedigung eines gleich bleibenden Bedarfs besonders eignen und mit anderen Erzeugnissen oder Dienstleistungen nur in geringem Maße austauschbar sind...“

²⁴ Siehe hierzu vertiefend EuGH, Urt. v. 14.02.1978, Slg. 1978, S. 207, Rn. 10/11 – *United Brands/Kommission*.

§ 3 Das Kartellverbot

Mit dem Begriff „Kartellverbot“²⁵ werden verkürzt diejenigen Regelungen bezeichnet, die Wettbewerbsbeschränkungen durch eine Verhaltenskoordination zwischen selbständigen Unternehmen untersagen. Das Kartellverbot erfasst gleichermaßen horizontale (z.B. Preisabsprachen zwischen Konkurrenten) und vertikale (z.B. Preisbindung der zweiten Hand) Formen der Verhaltenskoordination.

Das Kartellverbot ist einerseits von unilateralen wettbewerbsbeschränkenden Handlungen marktbeherrschender Unternehmen abzugrenzen, die dem Missbrauchsverbot (Art. 82 EG, §§ 19 ff. GWB) unterliegen. Andererseits ist zwischen dem repressiven Kartellverbot und der präventiven Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (FKVO, §§ 35 ff. GWB) zu unterscheiden.

I. Das Kartellverbot des europäischen Kartellrechts (Art. 81 EG)

Das unmittelbar anwendbare Kartellverbot des Art. 81 EG bildet eine wesentliche Grundlage für die Etablierung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt (Art. 3 lit. g EG). Seine Wirkungen hängen nicht von einer Abstellungsverfügung der Kommission ab (Art. 1 VO 1/2003).

Prüfungsschema:	
1. Unternehmen oder Unternehmensvereinigung	} Art. 81 Abs. 1 EG
2. Vereinbarung, abgestimmte Verhaltensweise oder Beschluss	
3. Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs	
4. Bezwecken oder Bewirken	
5. Auswirkungsprinzip	
6. Zwischenstaatlichkeit	
7. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung	
8. Tatbestandsrestriktionen	
9. Legalausnahmen vom Kartellverbot	} Art. 81 Abs. 3 EG + GVO
10. Rechtsfolgen	} Art. 81 Abs. 2 EG VO 1/2003 §§ 33 ff. GWB

! Dieses Prüfungsschema bildet lediglich eine Gedankenstütze und ist kein Dogma. Insbesondere die Punkte 5 bis 8 sind nur dann ausführlicher anzusprechen, wenn der zu beurteilende Sachverhalt hierfür Anhaltspunkte bietet!

Droht eine Anwendung von Art. 81 EG an den Punkten 5 bis 7 zu scheitern, so ist es – entgegen der obigen Reihenfolge – zweckmäßig, diese Punkte vorab zu prüfen.

²⁵ Die Bezeichnung „Kartell“verbot ist insofern irreführend, als Art. 81 EG nicht nur die klassischen (Horizontal-) Kartelle, sondern auch (vertikale) Absprachen zwischen Nichtwettbewerbern, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen erfasst.

1. Unternehmen und Unternehmensvereinigungen als Normadressaten

Unternehmen und Unternehmensvereinigungen (nicht die handelnden natürlichen Personen) sind die Normadressaten des europäischen Kartellrechts. Der gemeinschaftsrechtliche Unternehmensbegriff ist autonom, d.h. unabhängig von einem etwaigen mitgliedstaatlichen Begriffsverständnis, auszulegen.

a) Unternehmen

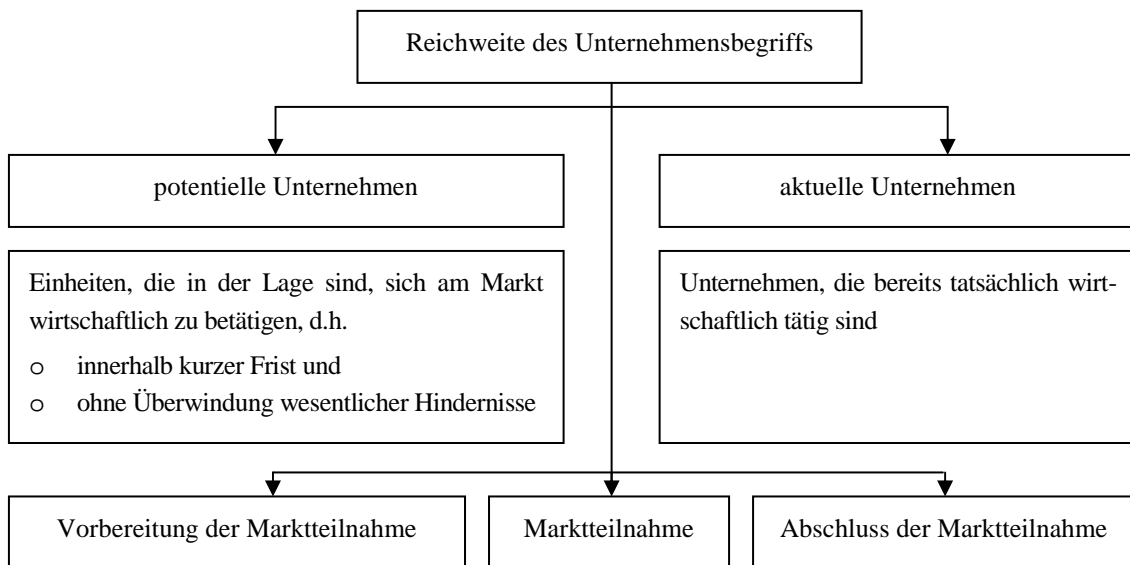
Der Unternehmensbegriff des europäischen Kartellrechts wird durch den EG-Vertrag nicht definiert. In der Rechtspraxis hat sich jedoch eine Definition herausgebildet, die von der Kommission und den europäischen Gerichten regelmäßig angewandt wird.

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

Unternehmen sind wirtschaftliche Einheiten, die aus einer einheitlichen Organisation personeller, materieller und immaterieller Faktoren bestehen, mit denen dauerhaft ein bestimmter wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird und die an einer Zuwiderhandlung im Sinne dieser Vorschrift beteiligt sein können (materiell-institutioneller Unternehmensbegriff).

Wirtschaftliche Tätigkeit ist jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten oder nachzufragen.

- ⇒ Kriterien:
- Gewinnerzielungsabsicht (str.²⁶)
 - Dauerhaftigkeit der wirtschaftlichen Tätigkeit (str.²⁷)
 - Rechtsformunabhängigkeit (str., ob Rechtsfähigkeit überhaupt erforderlich²⁸)
 - Relativität des Unternehmensbegriffs, d.h. ein- und dieselbe Einheit kann unternehmerisch und nicht unternehmerisch handeln



²⁶ Siehe auch EuGH, Urt. v. 11.12.1997, Slg. 1997, S. I-7119 ff., Rn. 21 m.w.N. – *Job Centre*.

²⁷ Siehe auch EuGH, Urt. v. 13.07.1962, Slg. 1962, S. 653 ff. (687) – *Klöckner/Hoesch*.

²⁸ Rechtsfähigkeit verneinend: EuGH, Urt. v. 28.06.2005, Slg. 2005, S. I-5425 ff., Rn. 113 – *Dansk Rorindustri u.a./Kommission*.

Unternehmerische Tätigkeiten im Sinne des Art. 81 EG sind vor allem abzugrenzen:

- vom privaten Verbrauch ⇒ z.B. private Vermögensverwaltung²⁹
- von rein hoheitlicher Tätigkeit ⇒ z.B. Kontrolle und Überwachung des Luftraums³⁰
- von den Arbeitnehmern ⇒ als nicht selbständig am Wirtschaftsleben Beteiligte
- von den Tarifvertragsparteien ⇒ Tarifautonomie als ungeschriebener Ausnahmereich³¹

Exkurs: Wettbewerbsbeschränkungen durch Konzerngesellschaften

Unternehmen beteiligen sich am Marktgeschehen häufig nicht als Einzelgesellschaften, sondern im Konzernverbund. In diesem Fall stellen sich im Zusammenhang mit dem kartellrechtlichen Unternehmensbegriff zwei Fragen:

- (1) Werden Preisabweisungen einer Konzernmutter an ihre Tochtergesellschaften vom Kartellverbot des Artikel 81 Abs. 1 EG erfasst?

„Bilden eine Muttergesellschaft und ihre Tochtergesellschaften eine wirtschaftliche Einheit, in deren Rahmen die Tochtergesellschaften ihr Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen können, sondern die Anweisungen der sie zu 100 % kontrollierenden Muttergesellschaft befolgen, so führt der Umstand, daß die Politik dieser letzteren, die hauptsächlich in einer Aufteilung verschiedener nationaler Märkte auf ihre Tochtergesellschaften besteht, Auswirkungen außerhalb des Bereichs des Konzerns haben kann, die die Wettbewerbsposition Dritter zu beeinträchtigen geeignet sind, nicht zur Anwendbarkeit des Artikels 85 (heute: Art. 81) Absatz 1 des Vertrages ...“³²

Mangels beschränkbarer Wettbewerbs zwischen den Konzerngesellschaften führt das **Konzept der wirtschaftlichen Einheit** (Kriterien im Konzerninnenverhältnis: kapitalmäßige Verbundenheit + Mangel an unternehmerischer Verhaltensautonomie) zur Freistellung konzerninterner Absprachen vom Kartell- und Missbrauchsverbot und damit zu einer Privilegierung des Konzerninnenverhältnisses (sog. **Konzernprivileg**).

- (2) Ist die Konzernmutter für einen Kartellverstoß ihrer Konzerntochter verantwortlich?

„... dass nach ständiger Rechtsprechung das wettbewerbswidrige Verhalten eines Unternehmens, das sein Marktverhalten nicht selbständig bestimmt, sondern vor allem wegen der wirtschaftlichen und rechtlichen Bindungen zu einem anderen Unternehmen im Wesentlichen dessen Weisungen befolgt hat, dem anderen Unternehmen zugerechnet werden kann.“³³

Jedoch muss sich eine Muttergesellschaft im Konzernaußenverhältnis das rechtswidrige Verhalten ihrer Tochtergesellschaft unter den Voraussetzungen der wirtschaftlichen Einheit (Kriterien im Konzernaußenverhältnis: kapitalmäßige Verbundenheit + Mangel an unternehmerischer Verhaltensautonomie + Beteiligung am Kartellverstoß durch unmittelbare Ausführung der Zuwiderhandlung oder Anweisung/Unterstützung der Zuwiderhandlung oder durch das Unterlassen von Aufsichts-/ Kontrollmaßnahmen) zurechnen lassen.

²⁹ Vertiefend: *Langen/Bunte*, Art. 81 (Generelle Prinzipien), Rn. 8 m.w.N.

³⁰ Die neuere Rechtsprechung des EuGH, Urt. v. 11.07.2006, EuZW 2006, S. 600 f., Rn. 26 - *FENIN* zeigt erste Hinweise, dass die staatliche Nachfrage unter Verweis auf den nichtwirtschaftlichen Charakter der späteren Verwendung der eingekauften Güter möglicherweise vollständig vom Anwendungsbereich des Art. 81 EG ausgenommen werden soll.

³¹ Vertiefend: EuGH, Urt. v. 21.09.1999, Slg. 1999, S. I-6025 (Ls. 2) – *Brentjens*.

³² EuGH, Urt. v. 24.10.1996, Slg. 1996 I S. 5457 ff., Leitsatz 1 – *Viho*.

³³ EuGH, Urt. v. 28.06.2005, Slg. 2005, S. I-5425 ff., Rn. 117 – *Dansk Rorindustri u.a./Kommission*.

Exkurs: Haftungsnachfolge bei Unternehmenstransaktionen

Im Falle von Unternehmenstransaktionen (z. B. der Veräußerung einer Tochtergesellschaft oder eines Unternehmensbereichs) stellt sich häufig die Frage, welches Unternehmen für die Zuwiderhandlung des veräußerten Unternehmens kartellrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann. Die Rechtspraxis beantwortet diese Frage mit Hilfe des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs.

Grundsatz: Verantwortlichkeit der zum Zuwiderhandlungszeitpunkt unternehmensleitenden (natürlichen oder) juristischen Person

„... dass grundsätzlich die natürliche oder juristische Person, die das betreffende Unternehmen zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung leitet, für diese Handlung einstehen muss, selbst wenn zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung über die Feststellung der Zuwiderhandlung eine andere Person für den Betrieb des Unternehmens verantwortlich ist.“³⁴

Ausnahme: Verantwortlichkeit des Erwerbers bei (transaktionsbedingtem) Erlöschen der Rechtspersönlichkeit der zum Zuwiderhandlungszeitpunkt unternehmensleitenden (natürlichen oder) juristischen Person

„Hat jedoch zwischen dem Zeitpunkt der Zuwiderhandlung und dem Zeitpunkt, zu dem das betreffende Unternehmen zur Rechenschaft gezogen werden soll, die für den Betrieb dieses Unternehmens verantwortliche Person aufgehört, rechtlich zu existieren, so ist zunächst die Gesamtheit der materiellen und personellen Faktoren festzustellen, die an der Zuwiderhandlung beteiligt waren, um sodann zu ermitteln, wem die Verantwortung für den Betrieb dieser Gesamtheit übertragen worden ist, damit sich das Unternehmen seiner Verantwortlichkeit für die Zuwiderhandlung nicht deshalb entziehen kann, weil die zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung für seinen Betrieb verantwortliche Person nicht mehr besteht.“³⁵

Exkurs: Abgrenzung zwischen Unternehmensorganisation und Markt (sog. **Handelsvertreterprivileg**)³⁶

Auch bei Handelsvertretern stellt sich die Frage, ob Preisanweisungen des Prinzipals an seinen Handelsvertreter dem Kartellverbot des Artikel 81 Abs. 1 EG unterfallen.

„Für die Beurteilung der Frage, ob ein Verhalten in den Anwendungsbereich von Artikel 81 EG fällt, ist nämlich von Bedeutung, ob der Geschäftsherr und sein Mittler oder „Handelsvertreter“ eine wirtschaftliche Einheit bilden, bei der Letzterer ein in das Unternehmen des Ersteren eingegliedertes Hilfsorgan ist. So ist entschieden worden, dass ein Absatzmittler, „[w]ird [er] für seinen Geschäftsherrn tätig, ... grundsätzlich als ein in dessen Unternehmen eingegliedertes Hilfsorgan angesehen werden [kann], das den Weisungen des Geschäftsherrn zu folgen hat und sonach mit dem betroffenen Unternehmen ebenso wie ein Handlungsgehilfe eine wirtschaftliche Einheit bildet...“³⁷

Kriterien:

- Eingliederung in die Absatzorganisation des Geschäftsherrn
- Freistellung vom unternehmerischen Risiko

³⁴ EuGH, Urt. v. 14.07.2005, im Internet veröffentlicht, Rn. 92 – *ThyssenKrupp Stainless*.

³⁵ EuG, Urt. v. 17.12.1991, Slg. 1991 II S. 1623 ff., Rn. 237 – *Enichem Anic*.

³⁶ Grundlegend hierzu: EuGH, Urt. v. 16.12.1975, Slg. 1975, S. 1663 ff., Rn. 478/481 f. – *Suiker Unie*; EuGH, Urt. v. 24.10.1995, Slg. 1995, S. I-3477, Rn. 19 – *Volkswagen und VAG-Leasing*; vertiefend: *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 8 VI (S. 232 ff.)

³⁷ EuG, Urt. v. 15.09.2005, Slg. 2005, S. II-3319 ff., Rn. 86 – *DaimlerChrysler*.

b) Unternehmensvereinigungen

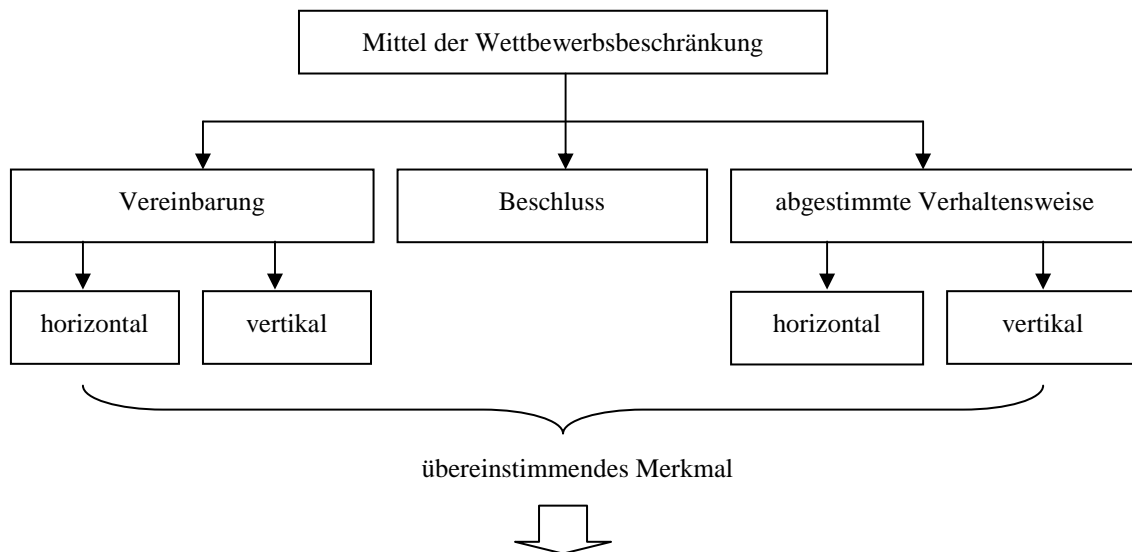
Definition: Zweck von Unternehmensvereinigungen ist es, (auch) die wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitgliedsunternehmen zu wahren. Eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit ist nicht erforderlich.

Bei eigener wirtschaftlicher Tätigkeit sind Unternehmensvereinigungen zugleich Unternehmen. Über den Wortlaut von Art. 81 Abs. 1 EG hinaus werden von ihm auch Vereinigungen von Unternehmensvereinigungen erfasst.

Auch öffentlich-rechtliche Unternehmensverbände (z. B. IHK, Rechtsanwaltskammern, Handwerkskammern u. a.) werden vom persönlichen Anwendungsbereich des Art. 81 EG erfasst, soweit ihre Tätigkeit nicht ausschließlich auf die – rechtmäßige – Regelung des Berufsrechts beschränkt ist.

2. Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen

Art. 81 Abs. 1 EG erstreckt das Kartellverbot auf Vereinbarungen von Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und abgestimmte Verhaltensweisen.



⇒ bewusstes und gewolltes Zusammenwirken mehrerer Unternehmen zur Koordinierung ihres Wettbewerbsverhaltens, um den Risiken des Wettbewerbs zu entgehen

! Rechtspraxis und Rechtswissenschaft sind sich weitgehend einig, dass der Tatbestand des Art. 81 Abs. 1 EG hinsichtlich des von ihm erfassten Verhaltens zu eng formuliert ist. Um eine Umgehung der Verbotsnorm zu vermeiden, wird das Kartellverbot auch auf Vereinbarungen unter der Beteiligung von Unternehmensvereinigungen und auf Zusammenschlüsse derartiger Vereinigungen ausgedehnt.

a) **Vereinbarung**

Definition: Vereinbarung ist jede horizontale, vertikale oder konglomerate, ausdrückliche oder konkludente, schriftliche oder formlose Abrede mit rechtlichem oder faktischem Bindungswillen, durch die das Marktverhalten zumindest eines Partners reguliert wird.

- ⇒ Erforderlichkeit eines zumindest faktischen, d.h. wirtschaftlichen, moralischen oder gesellschaftlichen Bindungswillens (str.³⁸)
 - notwendiges Abgrenzungskriterium zur abgestimmten Verhaltensweise
 - *gentlemen's agreement* = Vereinbarung (str.)
- ⇒ Abgrenzung der Vereinbarung von einseitigen Maßnahmen³⁹
 - Unterscheidung zwischen echtem und nur scheinbar einseitigem Verhalten, das Grundlage einer Absprache durch Billigung des Partnerunternehmens ist
 - echtes einseitiges Verhalten ist ausschließlich am Maßstab des Art. 82 EG messbar

b) **Beschluss**

Definition: Beschluss ist jeder Rechtsakt, durch den eine Unternehmensvereinigung (auch mittels eines unzuständigen Gremiums, str.) ihren Willen bildet, unabhängig von seiner Form, seiner rechtlichen Wirksamkeit und seiner Umsetzung durch die Mitgliedsunternehmen.

- ⇒ Erforderlichkeit der (zumindest) faktischen Verbindlichkeit des Beschlusses als Abgrenzungskriterium zur unverbindlichen Empfehlung (ggf. aber abgestimmte Verhaltensweise)
- ⇒ Im Gegensatz zur Vereinbarung muss nicht jedes Mitglied einer Unternehmensvereinigung an dem Beschluss mitgewirkt haben, soweit sich die Bindungswirkung des Beschlusses, wie häufig, bereits aus der Organisationsstruktur der Unternehmensvereinigung ergibt.

c) **Abgestimmte Verhaltensweise**

Definition: Jede Form der Koordinierung zwischen Unternehmen, der zwar kein rechtlicher oder faktischer Bindungswille zugrunde liegt, die jedoch willentlich eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt.

Handeln entgegen dem **kartellrechtlichen Selbständigkeitspostulat**, "das jeder unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen Unternehmen entgegensteht, die bezweckt oder bewirkt, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potentiellen Mitbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen Mitbewerber über das Marktverhalten ins Bild zu setzen, das man selbst an den Tag zu legen entschlossen ist oder in Erwägung zieht."

Auffangtatbestand, der eine Verhaltensabstimmung zwischen Unternehmen und ein darauf beruhendes (d.h. kausales) Marktverhalten voraussetzt (umstr.)

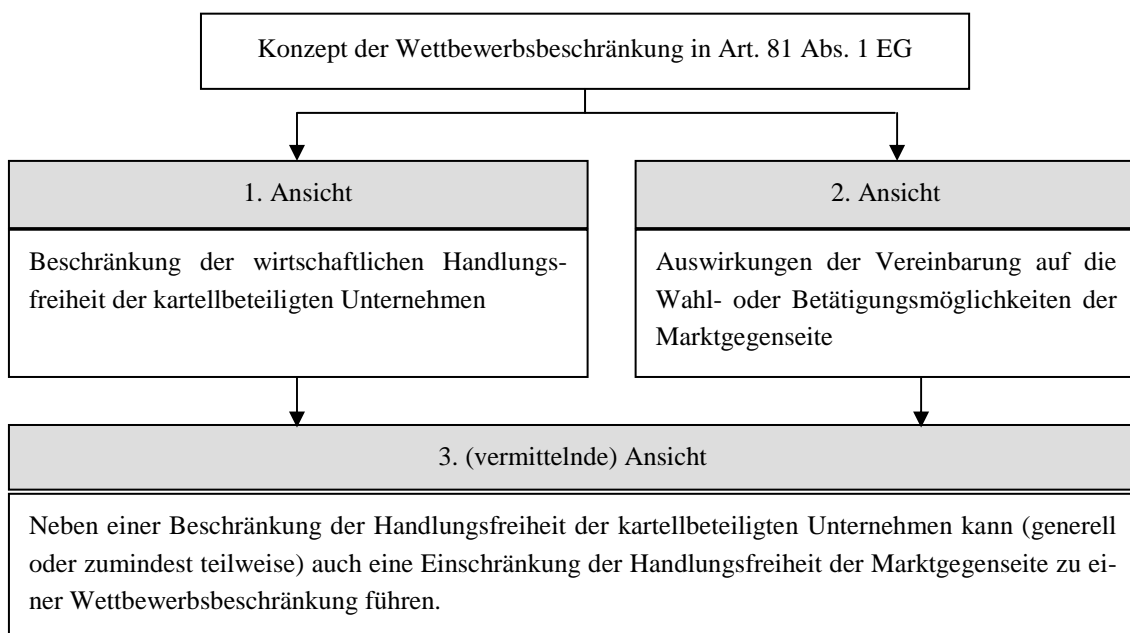
³⁸ Emmerich, Kartellrecht, § 4 Rn. 7 f. (m.w.N.)

³⁹ EuGH, Urt. v. 06.01.2004, Slg. 2004, S. I-23 ff., Rn. 100 ff. – *BAI und Kommission/Adalat*.

- ⇒ Abgrenzung zu kartellrechtlich zulässigem **bewusstem Parallelverhalten**, bei dem sich die Unternehmen autonom am Verhalten anderer Marktbeteiligter orientieren⁴⁰
- z.B. bei homogenen Gütern und natürlicher Reaktionsverbundenheit im engen Oligopol
 - Indizien für eine Verhaltensabstimmungen können demgegenüber sein:
 - eine einheitliche Preispolitik, die über einen längeren Zeitraum andauert
 - Beteiligte, die ihren wirtschaftlichen Eigeninteressen zuwiderhandeln

3. Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs

Vereinbarungen von Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und abgestimmte Verhaltensweisen sind nur dann verboten, wenn sie eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.



Der EuGH definiert den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung als Erschaffung von Marktbedingungen, die im Hinblick auf die Art der Waren oder Dienstleistungen, die Bedeutung und die Zahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang des in Betracht kommenden Markts nicht den Normalbedingungen entsprechen.⁴¹

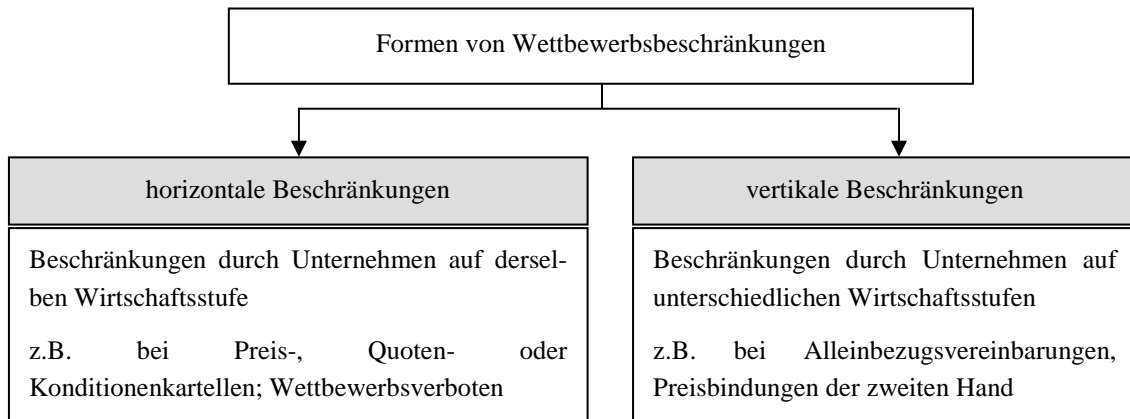
! Die Prüfung dieses Tatbestandsmerkmals ist erschwert, da der Wettbewerbstheorie bisher keine positive Definition des Wettbewerbs gelungen ist.⁴² Auch der EG-Vertrag bekennt sich zu keinem bestimmten Wettbewerbsverständnis.

Es gilt jedoch der **Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit**. Leitbild ist der freie, redliche, unverfälschte und wirksame Wettbewerb (siehe Art. 2, 3 Abs. 1 lit. g EG sowie S. 4 der Präambel des EG). Insofern handelt es sich bei den Wettbewerbsbeschränkungen des Art. 81 EG nicht um Beschränkungen des Wettbewerbs, sondern um Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit.

⁴⁰ Zur Vertiefung siehe: EuGH, Urt. v. 14.07.1972, Slg. 1972, S. 619 ff., Rn. 64/67 – *ICI/Kommission*; EuGH, Urt. v. 16.12.1975, Slg. 1975, S. 1663 ff., Rn. 173/174 – *Suiker Unie*.

⁴¹ EuGH, Urt. v. 28.05.1998, Slg. 1998, S. I-3111 ff., Rn. 87 – *Deere*.

⁴² Siehe oben die Erläuterungen zum Wettbewerbsbegriff, den Wettbewerbsfunktionen und Wettbewerbstheorien.



Auch wenn Art. 81 Abs. 1 EG selbst nicht ausdrücklich zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen differenziert, muss der Rechtsanwender diese Unterscheidung beachten. Dies gilt vor allem für die (teilweise erheblich) voneinander abweichende Beurteilung horizontaler und vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen von Art. 81 Abs. 3 EG, aber z. B. auch im Rahmen einer Prüfung der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung.

Der EG-Vertrag differenziert zwischen drei verschiedenen (aber gleichwertigen) Formen der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die unter dem Oberbegriff der Wettbewerbsbeschränkung zusammengefasst werden können.⁴³

a) **Verhinderung von Wettbewerb**

Verhinderung von Wettbewerb ist das vollständige Ausschalten oder die Beseitigung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt.

b) **Einschränkung des Wettbewerbs**

Eine Einschränkung des Wettbewerbs liegt in jeder willkürten Beschränkung der Wettbewerbsparameter, durch welche die wirtschaftliche Handlungsfreiheit aller oder einzelner eingeschränkt wird.

c) **Verfälschen des Wettbewerbs**

Die Rechtswissenschaft ist sich nicht einig, ob die Tatbestandsalternative der „Verfälschung des Wettbewerbs“ lediglich eine Erscheinungsform der umfassend verstandenen Wettbewerbsbeschränkung ist oder ob ihr eine eigenständige Bedeutung zukommt. Tendiert man zu letzterem, so wird die Wettbewerbsverfälschung als eine künstliche Veränderung der Wettbewerbsbedingungen definiert, die in einem Widerspruch zum System des unverfälschten Wettbewerbs steht.

d) **Die Beispieltatbestände des Art. 81 Abs. 1 EG**

Der EG-Vertrag enthält in Art. 81 Abs. 1 HS. 2 EG eine – nicht abschließende – Aufzählung von Beispieltatbeständen für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen. Diese Aufzählung soll einerseits die Anwendung von Art. 81 EG erleichtern und andererseits Hinweise auf die Interpretation der Generalklausel in Art. 81 Abs. 1 HS. 1 EG geben.

⁴³ Unter Berufung auf Art. 3 lit. g EG („... das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt“) wird teilweise auch die Wettbewerbsverfälschung als Oberbegriff für alle Formen der Beeinträchtigung des Wettbewerbs angesehen.

Die einzelnen Beispieltatbestände stehen nicht trennscharf, aber gleichberechtigt nebeneinander. Es kann zu Überschneidungen kommen.

(1) Festsetzung von Preisen und Geschäftsbedingungen (lit. a)

- Verbot von horizontalen Preisabsprachen
 - jede unmittelbare und mittelbare Einschränkung der Preisfestsetzungsfreiheit von konkurrierenden (auf derselben Wirtschaftsstufe tätigen) Unternehmen
 - z.B. Vereinbarung von Festpreisen, Mindestpreisen, Richtpreisen
- Verbot von vertikalen Preisabsprachen zur Festsetzung der Wiederverkaufspreise
 - jede Einschränkung der Preisfestsetzungsfreiheit des Wiederverkäufers
 - erfasst kollektive (d.h. Vereinbarung der Preisbindung auf der vorgelagerten Wirtschaftsstufe) und autonome (d.h. individuelle Absprache zwischen zwei auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen tätigen Unternehmen) Preisbindungen
- Verbot von Rabattabsprachen
- Verbot der unmittelbaren oder mittelbaren Festsetzung von Geschäftsbedingungen

(2) Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen (lit. b)

- Beschränkung des Leistungsangebots im Horizontal- oder Vertikalverhältnis
- z.B. durch Quotenvereinbarungen, Herstellungsverbote, Absatzeinschränkungen, Spezialisierungsvereinbarungen
- Einzelfallbeurteilung bei selektiven Vertriebssystemen und Franchisevereinbarungen

(3) Aufteilung der Märkte und Versorgungsquellen (lit. c)

- Verbot der horizontalen Markt- und Gebietsaufteilung, z. B. durch Heimatmarktvereinbarungen
- Verbot der vertikalen Markt- und Gebietsaufteilung, z. B. durch Alleinvertriebsverträge, Wettbewerbs- und Exportverbote, kollektive gegenseitige Ausschließlichkeitsbindungen
- Verbot der Aufteilung von Versorgungsquellen, z. B. durch Alleinbezugsverpflichtungen, Vereinbarung rechtlicher oder faktischer Ausschließlichkeit (z. T. unterstützt durch sog. englische Klauseln)

(4) Diskriminierung von Handelspartnern (lit. d)

- Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen (oder gleicher Bedingungen bei unterschiedlichen Leistungen, str. wg. des Wortlauts) ggü. Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden
- beachte: kein allgemeines Diskriminierungsverbot + kein Verbot autonomer Diskriminierungen, d.h. die Diskriminierung (eines Drittunternehmens) muss auf einer Vereinbarung, einem Beschluss oder einer abgestimmten Verhaltensweise beruhen

(5) Koppelungsgeschäfte (lit. e)

- an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen
- beachte: im Gegensatz zu lit. d) werden von lit. e) auch Koppelungsgeschäfte eines Einzelunternehmens erfasst (str.⁴⁴)

⁴⁴ Siehe vertiefend hierzu: *Emmerich*, Kartellrecht, § 5 Rn. 13 ff.

! Die Beispieltatbestände sind nicht abschließend (Wortlaut: „insbesondere“). Wird ein Verhalten von ihnen nicht erfasst, kann es gegen die Generalklausel des Art. 81 Abs. 1 Hs. 1 EG verstoßen.

Die Regelbeispiele sind nicht per se und absolut verboten. Es müssen die (zusätzlichen) Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 1 und 3 EG vorliegen. Ein Verhalten kann auch mehrere Regelbeispiele zugleich erfüllen.

4. Bezwecken oder Bewirken der Wettbewerbsbeschränkung

Koordinierende Maßnahmen von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen sind nur verboten, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Beide Tatbestandsvarianten stehen im Verhältnis der Alternativität zueinander (sog. **Alternativität von Zweck und Wirkung**). Eine trennscharfe Abgrenzung ist häufig schwierig, da die bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zugleich die von den Beteiligten erstrebte Wirkung auf den Wettbewerb erkennen lässt.

a) Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen

Definition: objektiv wettbewerbsbeschränkende Zielsetzung bzw. Tendenz einer Vereinbarung, eines Beschlusses oder einer abgestimmten Verhaltensweise

- ⇒ Maßstab:
- entscheidend ist, ob sich die Maßnahme schon ihrer Art nach auf eine Wettbewerbsbeschränkung richtet
 - maßgeblich ist der objektive Inhalt (die Tendenz) der Absprache, nicht die subjektiven Vorstellungen der Parteien⁴⁵
- ⇒ Beispiele:
- Beispiele für bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen finden sich in den sog. Schwarzen Listen und Kernbeschränkungen der GVOen, Leitlinien und Bekanntmachungen
 - Horizontalbeschränkungen = Preisabsprachen, Begrenzung der Produktionsmenge, Aufteilung von Märkten oder Kunden, Bieterkartelle
 - Vertikalbeschränkungen = Preisbindung der zweiten Hand, Festsetzung von Mindestpreisen, Gewährung eines absoluten Gebietsschutzes

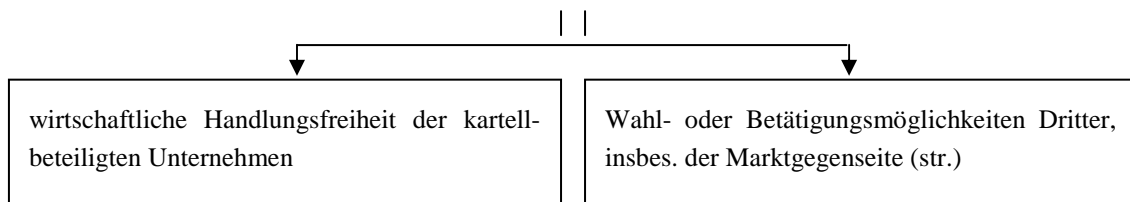
! Der Nachweis einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung ist nicht erforderlich, wenn eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt (**abstraktes Gefährdungsdelikt** – Präventionsgedanke).

b) Bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen

Definition: Wettbewerbsbeschränkung auf dem relevanten Markt als adäquat kausale Folge der Vereinbarung, der abgestimmten Verhaltensweise oder des Beschlusses

| |
bezogen auf

⁴⁵ Die englische Sprachfassung von Art. 81 EG ist diesbezüglich deutlicher. Sie spricht von „*have as their object*“ und kennzeichnet damit den objektiven Maßstab. Die Unmaßgeblichkeit subjektiver Parteivorstellungen führt andererseits auch zur Tatbestandslosigkeit des untauglichen Versuchs.



- ⇒ Maßstab: ○ Vergleichsmarktkonzept, d.h. Vergleich der tatsächlichen mit den hypothetischen, unbeschränkten Marktverhältnissen (sog. Konzept des Als-ob-Wettbewerbs) unter Berücksichtigung langfristiger Folgen

c) Bündeltheorie

Die Bündeltheorie beinhaltet Grundsätze zur Beurteilung von wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen, die sich nicht aus einer einzelnen Vereinbarung, sondern aus der Gesamtheit gleichartiger Vereinbarungen im relevanten Markt ergeben (Theorie der kumulativen Wirkung).⁴⁶

Beispiel: Ausschließlichkeitsbindungen und Wettbewerbsverbote in Bierlieferungsverträgen

⇒ Zweischrittprüfung zur Bewertung kumulativer Effekte

- (1) Beurteilung der Gesamtwirkungen aller einschlägigen, gleichartigen Vereinbarungen auf dem relevanten Markt unter Berücksichtigung der Marktzugangschancen Dritter (Marktabstottungseffekt)
- (2) Ermittlung der Marktbeteiligten, die in erheblichem Maße – gemessen an Vertragslaufzeit und Marktanteil – zur Marktabstottung beitragen; ihre Vereinbarungen unterfallen dem Kartellverbot

5. Auswirkungsprinzip, Zwischenstaatlichkeit und Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung

Um vom Kartellverbot des Art. 81 EG erfasst zu werden, müssen die bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen sich auf dem Gemeinsamen Markt auswirken, geeignet sein, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen und zudem spürbar sein.

a) Auswirkungsprinzip und Zwischenstaatlichkeit

Das Auswirkungsprinzip und die Zwischenstaatlichkeitsklausel wurden bereits im Zusammenhang mit den Grundlagen des Kartellrechts erörtert (siehe dort – Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts).

b) Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung

Beim Erfordernis der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung handelt es sich um ein **ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal** von Art. 81 Abs. 1 EG. Es verhindert die Anwendung des Kartellverbots auf Bagatellfälle, d.h. auf Wettbewerbsbeschränkungen, von denen keine spürbaren Auswirkungen auf den Markt ausgehen. Das Erfordernis der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung ist nicht identisch mit der Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels⁴⁷, auch wenn beide Merkmale gleich ausgelegt und häufig zusammen geprüft werden.

⁴⁶ Grundlegend hierzu: EuGH, Urt. v. 12.12.1967, Slg. 1967, S. 543 ff. (556) – *Brasserie de Haecht/Wilkin Janssen*; EuGH, Urt. v. 28.02.1991, Slg. 1991, S. I-935 ff., Ls. 1 – *Delimitis/Henninger*; EuGH, Urt. v. 07.12.2000, Slg. 2000, S. I-11121 ff., Rn. 27 – *Neste/Yötuuli*. Siehe auch die Marktanteilsschwellen in der *de-minimis-Bekanntmachung* der Kommission, die beim Vorliegen einer Bündelwirkung auf 5% herabgesetzt werden (Tz. 8).

⁴⁷ Zur spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels – siehe oben, Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts, S. 10.

Siehe hierzu v.a. die *Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringerer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis)*, ABl. 2001 Nr. C 368/13.

Die Kommission sieht Vereinbarungen und Verhaltensweisen dann als nicht geeignet an, den Wettbewerb spürbar zu beeinträchtigen, wenn folgende Voraussetzungen alternativ erfüllt sind:

- bei Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, wenn der von den an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen insgesamt gehaltene Marktanteil auf keinem von der Vereinbarung betroffenen relevanten Markt **zehn Prozent** überschreitet
- bei Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern, wenn der von jedem der beteiligten Unternehmen gehaltene Marktanteil auf keinem der von der Vereinbarung betroffenen relevanten Märkte **fünfzehn Prozent** überschreitet
- Herabsetzung der Marktanteilschwelle auf **fünf Prozent**, wenn ein kumulativer Marktabschottungseffekt (sog. Bündeltheorie) zu beobachten ist



Die *de-minimis*-Bekanntmachung findet **keine Anwendung auf Kernbeschränkungen** (siehe Rn. 11 der Bekanntmachung)!⁴⁸

6. Tatbestandsrestriktionen

Unter dem Begriff einer europäischen *Rule of Reason* und dem Immanenzgedanken werden zwei Möglichkeiten der teleologischen Reduktion von Art. 81 Abs. 1 EG diskutiert.

a) *Rule of Reason?*

Die *Rule of Reason* ist eine Rechtsfigur des US-amerikanischen Kartellrechts, die eine Abwägung der wettbewerbsschädigenden mit den wettbewerbsfördernden Aspekten einer Maßnahme im Tatbestand der Verbotsnorm ermöglicht. Teile der rechtswissenschaftlichen Literatur⁴⁹ fordern die Einführung einer solchen *Rule of Reason*, um dem „uferlosen“ Begriff der Wettbewerbsbeschränkung durch die Überprüfung der Außenwirkungen einer wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme schärfere Konturen zu verleihen.⁵⁰ Dem steht jedoch die Systematik von Art. 81 EG entgegen. Wettbewerbsfördernde Aspekte werden von Art. 81 Abs. 3 EG und nicht bereits vom Begriff der Wettbewerbsbeschränkung in Art. 81 Abs. 1 EG erfasst.⁵¹

b) Tatbestandsimmanente Beschränkungen

Der sog. Immanenztheorie liegt der Gedanke zugrunde, dass Wettbewerbsbeschränkungen in Kauf genommen werden müssen, wenn sie zur Aufrechterhaltung anerkannter Rechtsinstitute erforderlich sind. Im Zusammenhang mit der Immanenztheorie werden v.a. drei Fallgruppen diskutiert:

- (1) Nebenabreden (sog. *ancillary restraints*) zu einem schuldrechtlichen Vertrag (z.B. Wettbewerbsverbote in Unternehmensveräußerungsverträgen)
- (2) Genossenschaftsprivileg⁵²
- (3) Markterschließungsdoktrin⁵³

⁴⁸ Abweichend von der Kommission prüft der EuGH die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung auch beim Vorliegen von Kernbeschränkungen. Siehe hierzu: EuGH, Urt. v. 09.07.1969, Slg. 1969, S. 295, Ls. 3 – *Völk/Vervaecke*.

⁴⁹ FK-KartR/*Roth/Ackermann*, Art. 81 Abs. 1 Grundfragen, Rn. 255 ff. m.w.N.

⁵⁰ Die Befürworter einer *Rule of Reason* erfassen mit dieser Rechtsfigur typischerweise vier Sachverhalte: (1) Anwendungsfälle der Immanenztheorie, (2) Exklusivvereinbarungen, (3) Markterschließungsdoktrin und (4) selektive Vertriebssysteme.

⁵¹ Das EuG hat eine europäische *Rule of Reason* dementsprechend auch abgelehnt: EuG, Urt. v. 23.10.2003, Slg. 2003, S. II-4653, Rn. 106 f. – *van den Bergh Foods Ltd./Kommission*.

⁵² Siehe hierzu EuGH, Urt. v. 15.12.1994, Slg. 1994, S. I-5641 ff., Rn. 35 – *Gottrup-Klim u.a.*

7. Legalausnahmen vom Kartellverbot, Art. 81 Abs. 3 EG

Art. 81 Abs. 3 EG normiert die Voraussetzungen, unter denen das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG für nicht anwendbar erklärt werden kann. In Betracht kommen sowohl generelle Freistellungen für Gruppen von Vereinbarungen, abgestimmten Verhaltensweisen und Beschlüssen (sog. Gruppenfreistellungsvereinbarungen, GVO) als auch Freistellungen im konkreten Einzelfall.

! Die Möglichkeit einer Freistellung unterscheidet das Kartellverbot (Art. 81 EG) vom Missbrauchsverbot für marktbeherrschende Unternehmen (Art. 82 EG).

Es gibt keine *per se* verbotenen Arten von Wettbewerbsbeschränkungen, auf die eine Anwendung des Art. 81 Abs. 3 EG von vornherein ausgeschlossen ist.⁵⁴

Siehe auch die näheren Erläuterungen der Kommission in ihren *Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag*, AB1. 2004 Nr. C 101/97.

a) Unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 81 Abs. 3 EG

Art. 81 Abs. 3 EG gilt seit dem Inkrafttreten des EWG-Vertrags im Jahre 1958 mit unverändertem Wortlaut. Er wurde ursprünglich als Ermächtigung der Kommission interpretiert, wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen nach freiem Ermessen von der Anwendung der Verbotsnorm des Art. 81 Abs. 1 EG zu dispensieren. Den Unternehmen wurde durch Art. 81 Abs. 3 EG die Möglichkeit eingeräumt, wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen bei der Kommission anzumelden und freistellen zu lassen. Die Freistellung erfolgte entweder mit konstitutiver Wirkung durch förmliche Entscheidung gemäß Art. 249 Abs. 4 EG oder durch einen formlosen, nach den Grundsätzen des Vertrauensschutzes jedoch für die Kommission verbindlichen „*comfort letter*.“ Im Zeitraum zwischen Anmeldung und Freistellungsentscheidung waren die beteiligten Unternehmen auch dann vor Geldbußen geschützt, wenn die Kommission eine Freistellung im Ergebnis ablehnte.

Mit dem Inkrafttreten der neuen Durchführungsverordnung Nr. 1/2003 am 1.5.2004 fand ein Wechsel vom System der kartellbehördlichen Einzelfreistellung zum **Verbot mit Legalausnahme** statt.⁵⁵ Art. 81 Abs. 3 EG ist nunmehr gemäß Art. 1 Abs. 1, 2 VO 1/2003 unmittelbar anwendbar.⁵⁶ Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen sind *ipso iure* freigestellt, wenn sie die Voraussetzungen einer GVO oder die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG erfüllen. Unternehmen müssen die kartellrechtliche Zulässigkeit ihres Marktverhaltens heute jedoch im Rahmen einer sog. Selbstveranlagung auf eigenes Risiko selbst überprüfen. Angesichts der Komplexität des europäischen Kartellrechts und einer Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe führt das neue System der Legalausnahme zu einem erheblichen Verlust an Rechtssicherheit.⁵⁷

⁵³ Die Markterschließungsdoktrin erfasst Konstellationen, in denen Wettbewerbsbeschränkungen in Vertikalverträgen erforderlich sind, um die Erschließung eines neuen Marktes überhaupt zu ermöglichen.

⁵⁴ Die Unterscheidung zwischen *per-se*-Verboten und der *Rule of Reason* ist dem US-amerikanischen Kartellrecht eigen.

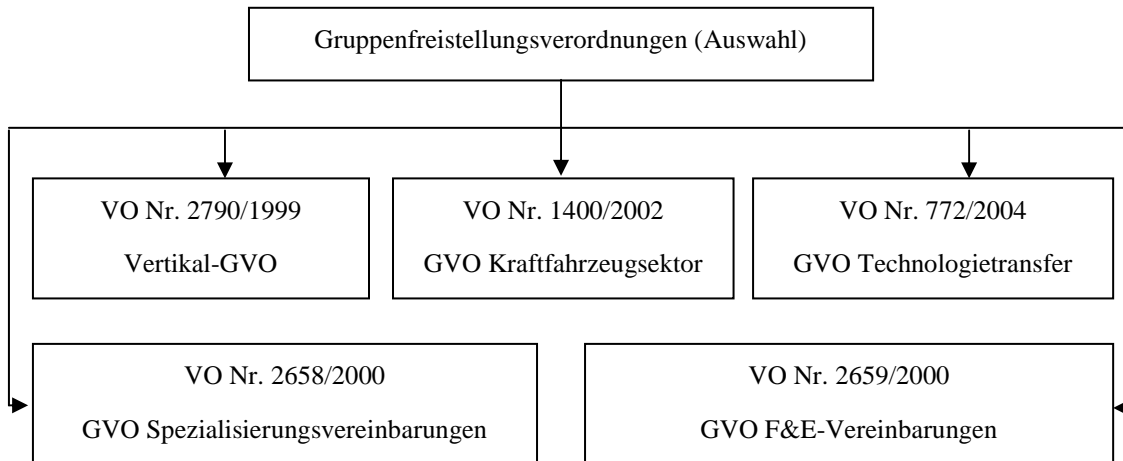
⁵⁵ Ursache für den Systemwechsel war vor allem eine Flut von Freistellungsanträgen, wodurch die Kommission sich (mit ihren beschränkten Kapazitäten) an der Verfolgung von schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkungen gehindert sah.

⁵⁶ Diese sekundärrechtliche Interpretation von Art. 81 Abs. 3 EG wird – unter dem Stichwort: Vorrang des Primärrechts – in der Rechtswissenschaft teilweise heftig kritisiert. Die Kritik konzentriert sich vor allem auf den Wortlaut („... für nicht anwendbar erklärt werden ...“) und auf die fehlenden Voraussetzungen für eine unmittelbare Anwendbarkeit des primärrechtlichen Art. 81 Abs. 3 EG.

⁵⁷ Die Kommission hat dieses Problem gesehen und versucht, ihm durch die Nichtanwendbarkeitsfeststellung nach Art. 10 VO 1/2003 oder durch sog. Beratungsschreiben entgegenzuwirken.

b) Gruppenfreistellung durch Verordnung (Art. 81 Abs. 3 EG)

Gruppenfreistellungsverordnungen (GVOen) sind Verordnungen des Rates oder der Kommission, durch die ganze Gruppen von Vereinbarungen, abgestimmten Verhaltensweisen oder Beschlüssen vom Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG freigestellt werden, weil bei ihnen grundsätzlich vom Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG ausgegangen werden kann.



- ⇒ Rechtsnatur:
 - Verordnungen im Sinne von Art. 249 Abs. 2 EG, d.h. Verbindlichkeit und unmittelbare Geltung in allen Mitgliedstaaten
- ⇒ Rechtsgrundlage:
 - Art. 83 Abs. 1 EG – Ermächtigung des Rats, der diese Befugnis durch ErmächtigungsVO an die Kommission weitergeben kann
- ⇒ Zweck:
 - Arbeitsentlastung der Kommission
 - Rechts- und Planungssicherheit für Unternehmen (sog. *safe harbour*)

! Wird eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung durch eine GVO freigestellt, bedarf es keiner zusätzlichen Prüfung der Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG.

In der Literatur ist umstritten, ob GVOen **deklaratorisch** (d.h. sie stellen Maßnahmen nur dann frei, wenn auch die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG vorliegen) **oder konstitutiv** (d.h. sie können Maßnahmen auch dann freistellen, wenn die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG nicht vorliegen) wirken.

- (1) Für eine rein deklaratorische Wirkung spricht vor allem der Vorrang des Primärrechts, da GVOen keinen größeren Freistellungsspielraum gewähren können, als ihn das Primärrecht in Art. 81 Abs. 3 EG vorsieht.
- (2) Andererseits sieht das Primärrecht in Art. 81 Abs. 3 EG selbst das System der GVOen zur Konkretisierung der Freistellungsnorm vor, so dass die materiellrechtlichen Wirkungen der GVOen in Art. 81 Abs. 3 EG bereits angelegt sind. Zudem lässt sich Art. 29 Abs. 1 VO 1/2003, der einen Entzug der GVO-Freistellung vorsieht, wenn die Voraussetzungen von Art. 81 Abs. 3 EG nicht gegeben sind, nur durch eine konstitutive Wirkung der GVOen erklären.⁵⁸

⁵⁸ Fuchs, ZWeR 2005, S. 1 ff. (12). Diese Auffassung hat auch den (pragmatischen) Vorzug, dass die GVO weiterhin einen *safe harbour* für die betroffenen Unternehmen bilden (Stichwort: Rechtssicherheit).

c) Die Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 2790/1999 (Vertikal-GVO)

Die Vertikal-GVO erfasst einheitlich und branchenübergreifend eine Vielzahl von Wettbewerbsbeschränkungen in (vertikalen) Vereinbarungen über die Lieferung von Waren und Dienstleistungen auf allen Wirtschaftsstufen.⁵⁹ Sie ist am 1.1.2000 mit Wirkung zum 1.6.2000 in Kraft getreten und gilt bis zum 31.5.2010 (Art. 13 Vertikal-GVO).

Aufbau der Vertikal-GVO (Auszug):		
1. Definition der GVO-relevanten Begriffe	⇒	Art. 1
2. Sachlicher Anwendungsbereich und Freistellungstatbestand	⇒	Art. 2 Abs. 1
3. Modifizierung des sachlichen Anwendungsbereichs für Vertikalvereinbarungen zwischen Wettbewerbern	⇒	Art. 2 Abs. 4
<ul style="list-style-type: none"> ○ Grundsatz = Nichtanwendbarkeit der Vertikal-GVO (S. 1 Hs. 1) ○ Ausnahme = Anwendbarkeit bei nichtwechselseitigen Vertikalvereinbarungen und (1.) geringer Umsatzstärke des Käufers (lit. a) oder (2.) zweigleisigem Vertrieb (lit. b) oder (3.) Lieferant zugleich Dienstleister auf der Ebene des diesbezüglich nicht konkurrierenden „Käufers“ 		
4. Subsidiaritätsklausel	⇒	Art. 2 Abs. 5
<ul style="list-style-type: none"> ○ Anwendungsvorrang speziellerer GVOen 		
5. Marktanteilsgrenzen von 30% (<i>safe harbour</i>) einschl. der Berechnungsnormen in den Art. 9-11	⇒	Art. 3
6. Bezweckte (!) Kernbeschränkungen (sog. schwarze Klauseln)	⇒	Art. 4
<ul style="list-style-type: none"> ○ Fest- und Mindestpreisbindung zu Lasten des Käufers, lit. a ○ Gebiets- und Kundenbeschränkungen zu Lasten des Käufers, lit. b <p>! Freistellung für die gesamte Vertikalvereinbarung entfällt⁶⁰ !</p>		
7. Freistellungsgrenzen für Wettbewerbsverbote zu Lasten des Käufers	⇒	Art. 5
<p>! Freistellung für die konkrete Einzelklausel entfällt⁶¹ !</p>		
8. (<i>ex nunc</i>) Entzug der Freistellung im Einzelfall oder durch Verordnung	⇒	Artt. 6-8

Siehe vertiefend hierzu auch die *Leitlinien (der Kommission) für vertikale Beschränkungen*, ABl. 2000 Nr. C 291/1. Die Leitlinien haben zwar keinen Rechtsnormcharakter, führen jedoch zu einer Selbstbindung der Kommission und enthalten wertvolle Auslegungshilfen für die kartellrechtliche Beurteilung von Vertikalvereinbarungen.

Die Kommission schätzt, dass ca. 80% aller wettbewerbsbeschränkenden Vertikalvereinbarungen unterhalb der Marktanteilsschwelle der Vertikal-GVO liegen und dementsprechend freigestellt sind.

⁵⁹ Aufgrund ihres umfassenden Ansatzes wird die Vertikal-GVO heute auch als „Schirm-GVO“ bezeichnet. Sie setzt sich damit deutlich von ihren Vorgänger-GVOen ab, die zu einem „Zwangsjackeneffekt“ geführt hatten, da sie teilweise zwischen den verschiedenen Branchen differenzierten und eine Definition der freigestellten Wettbewerbsbeschränkungen in Form von sog. weißen Klauseln enthielten.

⁶⁰ Keine geltungserhaltende Reduktion auf ein kartellrechtlich zulässiges Maß.

⁶¹ Auch Art. 5 Vertikal-GVO kennt keine geltungserhaltende Reduktion des Wettbewerbsverbots auf ein kartellrechtlich zulässiges Maß. Im Gegensatz zu Art. 4 Vertikal-GVO beschränkt sich die Nichtigkeit jedoch auf das Wettbewerbsverbot und erfasst nicht die gesamte Vertikalvereinbarung.

d) Freistellung im Einzelfall durch Art. 81 Abs. 3 EG

Erfüllt ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten nicht die Voraussetzungen einer GVO, so ist es am Maßstab der Generalklausel des Art. 81 Abs. 3 EG zu prüfen.

(Kumulative) Voraussetzungen:

1. Beitrag zur Erhöhung des gesamtwirtschaftlichen Nutzens durch (a) Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder (b) Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts
 - Verbesserung der Warenerzeugung durch Rationalisierungseffekte, z.B. Kosteneinsparungen, Steigerung des Auslastungsgrades, Erzielung von Größen- und Verbundvorteilen
 - Verbesserung der Warenverteilung, z.B. durch Erhöhung der Anbieterzahl, Ausweitung der räumlichen Verfügbarkeit eines Produkts, Senkung von Transaktions- und Distributionskosten
 - Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, z.B. durch eine Zusammenarbeit im Bereich F&E, wodurch qualitativ hochwertigere Produkte schneller und kostengünstiger angeboten werden
2. Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung
 - Verhältnismäßigkeitsprüfung, d.h.
 - Zweistufenprüfung: beschränkende Vereinbarung insgesamt erforderlich + Einzelbestandteile der Vereinbarung erforderlich, um Effizienzgewinne zu erreichen
 - kein milderes Mittel ersichtlich
3. Keine Möglichkeit zur Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs
 - Aufrechterhaltung eines Mindestmaßes an funktionsfähigem Wettbewerb erforderlich
 - Überprüfung des Außenwettbewerbs, d.h. der Handlungsfreiheit nicht an der Wettbewerbsbeschränkung beteiligter Unternehmen, und des Innenwettbewerbs, d.h. des Restwettbewerbs der an der Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen
 - Kriterien sind
 - Marktanteil der beteiligten (und dritter) Unternehmen
 - Ausmaß des Preis- und Innovationswettbewerbs
 - Existenz von Marktzutrittsschranken
 - Eine Freistellung scheidet grundsätzlich aus bei:
 - Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung
 - Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die beschränkende Vereinbarung (sog. Grundsatz der Kohärenz von Art. 81 und 82 EG)
4. Angemessene Beteiligung der Verbraucher am Gewinn
 - Verbraucher = jeder unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer der wettbewerbsbeschränkenden Unternehmen (bei horizontalen Vereinbarungen – die Marktgegenseite, bei vertikalen Vereinbarungen – die späteren Abnehmer)
 - Gewinn = jeder Vorteil, der aus der freizustellenden Maßnahme resultiert
 - angemessene Beteiligung = Überwiegen der Vorteile, die an Verbraucher weitergegeben werden
d.h. Gewährleistung einer Weitergabe der Effizienzgewinne an den Verbraucher

II. Das Kartellverbot des deutschen Kartellrechts (§ 1 GWB)

§ 1 GWB verbietet Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Das deutsche „Kartellverbot“⁶² erfasst in § 1 GWB sowohl horizontale als auch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen. Sein räumlicher Anwendungsbereich reicht weiter als jener des europäischen Kartellrechts. § 1 GWB ist nicht nur (neben Art. 81 Abs. 1 EG) auf Wettbewerbsbeschränkungen anwendbar, die geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen⁶³, sondern auch auf solche (zumeist regionalen oder lokalen) Sachverhalte, die keine Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel haben.

Mit Ausnahme der Zwischenstaatlichkeitsklausel und des nicht übernommenen Beispielkatalogs⁶⁴ entspricht der Wortlaut des deutschen Kartellverbots nunmehr⁶⁵ Art. 81 Abs. 1 EG. Durch diese Anpassung soll eine Anwendungsparallelität auch außerhalb der Zwischenstaatlichkeitsklausel erreicht werden, um eine Ungleichbehandlung kleiner und mittelständischer Unternehmen zu unterbinden.

Prüfungsschema:	
1. Unternehmen oder Unternehmensvereinigung 2. Vereinbarung, abgestimmte Verhaltensweise oder Beschluss 3. Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs 4. Bezwecken oder Bewirken 5. Auswirkungsprinzip (§ 130 Abs. 2 GWB) 6. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung 7. Tatbestandsrestriktionen	} § 1 GWB
8. Legalausnahmen vom Kartellverbot	} § 2 GWB iVm. Art. 81 Abs. 3 EG + GVO § 3 GWB
10. Rechtsfolgen	} § 134 BGB § 81 GWB iVm. OWiG §§ 33 ff. GWB

! Auch dieses Prüfungsschema bildet lediglich eine Gedankenstütze und ist kein Dogma. Insbesondere die Punkte 5 bis 7 sind nur ausführlicher anzusprechen, wenn der zu beurteilende Sachverhalt hierfür Anhaltspunkte bietet!

Droht eine Anwendung von § 1 GWB an den Punkten 5 oder 6 zu scheitern, so ist es – entgegen der obigen Reihenfolge – zweckmäßig, diese Punkte vorab zu prüfen.

⁶² Die Bezeichnung „Kartellverbot“ ist insofern irreführend, als § 1 GWB nicht nur die klassischen (Horizontal-)Kartelle, sondern auch (vertikale) Absprachen zwischen Nichtwettbewerbern, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen erfasst.

⁶³ In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass der räumlich relevante Markt gem. § 19 Abs. 2 S. 3 GWB nicht auf das deutsche Bundesgebiet beschränkt ist, sondern deutlich über dieses hinausgehen kann.

⁶⁴ Das der deutsche Gesetzgeber den Katalog der Regelbeispiele des Art. 81 Abs. 1 Hs. 2 EG nicht in das GWB übernommen hat, wirkt sich auf die Interpretation des deutschen Kartellverbots nicht aus.

⁶⁵ Seit der Neufassung des § 1 GWB durch die 7. GWB-Novelle im Jahr 2005.

1. Mittelstandskartelle (§ 3 GWB)

Regelungszweck von § 3 GWB ist es, kleinen und mittelständischen Unternehmen einen Ausgleich für ihre größenbedingten Nachteile im Wettbewerb mit Großunternehmen zu gewähren. § 3 GWB enthält eine gesetzliche Fiktion. Bei Vorliegen ihrer tatbestandlichen Voraussetzungen ist das Mittelstandskartell gem. § 2 GWB freigestellt.

Prüfungsschema:	
1.	Horizontalvereinbarung oder gleichartiger Beschluss einer Unternehmensvereinigung
2.	Sachverhalt ohne zwischenstaatlichen Bezug <ul style="list-style-type: none"> ○ sonst Vorrang des ggf. strengeren Art. 81 EG
3.	Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit <ul style="list-style-type: none"> ○ in jeglicher Form, z.B. bei Verkauf, Einkauf, Forschung, Produktion etc.
4.	Beteiligung von kleinen oder mittelständischen Unternehmen <ul style="list-style-type: none"> ○ Grenzziehung zwischen mittelständischen und Großunternehmen anhand der relativen Größenverhältnisse am dem relevanten Markt ○ Auffassung der Kommission: < 250 Beschäftigte, < €50 Mio. Jahresumsatz, < € 43 Mio. Jahresbilanzsumme ○ (P) Beteiligung von Großunternehmen an Mittelstandskartellen (str.)
5.	Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge bei den beteiligten Unternehmen <ul style="list-style-type: none"> ○ Verbesserung des Verhältnisses zwischen Aufwand und betrieblichem Ertrag
6.	Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 GWB)
7.	Keine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 GWB) <ul style="list-style-type: none"> ○ Zulässigkeitsgrenze bei ca. 10% bis 20% Marktanteil unter Berücksichtigung der Schwere der Wettbewerbsbeschränkung ○ Berücksichtigung weiterer Mittelstandskartelle auf dem gleichen Markt

2. Wettbewerbsregeln (§§ 24 – 27 GWB)

Wettbewerbsregeln i.S.d. §§ 24 ff. GWB sind Bestimmungen, die von Wirtschafts- und Berufsvereinigungen aufgestellt wurden, um das Verhalten von Unternehmen im Wettbewerb zu regeln. Sie befinden sich an der Schnittstelle zwischen Kartell- und Lauterkeitsrecht. Vorbild der Wettbewerbsregeln waren die amerikanischen *Fair Trade Practices Rules*.

Prüfungsschema:	
1.	Wettbewerbsregeln, d.h. Bestimmungen, die das Verhalten von Unternehmen im Wettbewerb regeln
2.	Aufsteller = Berufs- oder Wirtschaftsvereinigungen
3.	Regeln zum Schutz oder zur Förderung des lautereren oder leistungsgerechten Wettbewerbs <ul style="list-style-type: none"> ○ unmittelbarer, konkreter Lauterkeitsbezug erforderlich, d.h. die Wettbewerbsregeln müssen sich gegen ein Verhalten mit eindeutiger Tendenz zur Unlauterkeit wenden

4. Kein Verstoß gegen die vorrangigen Art. 81 EG oder § 1 GWB
 - kein Beurteilungsspielraum des BKartA
5. Durchführung des Anerkennungsverfahrens gemäß § 23 Abs. 3 und 4 GWB
6. Rechtsfolgen
 - §§ 32 – 32d GWB sind auf anerkannte Wettbewerbsregeln nicht anwendbar

3. Sonderausnahme für landwirtschaftliche Unternehmen (§ 28 GWB)

Die Bereichsausnahme für die Landwirtschaft gemäß § 28 GWB entspricht im Wesentlichen der vergleichbaren europäischen Regelung in der VO Nr. 26/1962.

4. Preisbindung von Zeitungen und Zeitschriften (§ 30 GWB)

§ 30 GWB ergänzt das Buchpreisbindungsgesetz von 2002 und gestattet eine vertikale Preisbindung für Zeitungen und Zeitschriften. Seine Rechtfertigung findet dieses an sich wettbewerbsbeschränkende Verhalten in drei „kulturpolitischen“ Gründen:

- Schutz eines „leistungsfähigen“ Sortimenterstandes durch „angemessene“ Gewinnspannen
- Quersubventionierung von „Klassikerausgaben“ (v.a. Buchpreisbindung)
- „Überallerhältlichkeit“ von Zeitungen und Zeitschriften

Prüfungsschema:

1. Zeitungen oder Zeitschriften iSv. § 30 Abs. 1 S. 1 GWB und Reproduktions-, Substitutions- oder Kombinationsprodukte iSv. § 30 Abs. 1 S. 2 GWB
2. Preis(!)bindung
 - vertikale Preisbindung einschl. der sog. Preisbindung der zweiten Hand
 - nur autonome vertikale Preisbindungen, d.h. keine Absprachen mehrerer Verlage
 - sonstige Geschäftsbedingungen (z.B. Skonti) sind nicht bindungsfähig
3. Preisbindung durch Hersteller
 - Verlage, die verlegerische, redaktionelle und fertigungstechnische Arbeiten durchführen (lassen)
4. Preisbindung der „weiterveräußernden“ Abnehmer
5. Schriftformerfordernis gemäß § 30 Abs. 2 GWB
6. Missbrauchskontrolle gemäß § 30 Abs. 3 GWB

§ 4 Die Missbrauchsaufsicht

Das Missbrauchsverbot bildet neben dem Kartellverbot (und der Zusammenschlusskontrolle) eine der „drei Säulen des Kartellrechts“ zur Kontrolle des wettbewerbsrelevanten Verhaltens von Unternehmen. Es richtet sich allerdings nicht gegen den (ersten⁶⁶) Aufbau oder das Innehaben einer marktbeherrschenden Stellung.⁶⁷ Weder das europäische noch das deutsche Kartellrecht kennen ein allgemeines Monopolisierungsverbot. Untersagt ist „nur“ das missbräuchliche Ausnutzen der marktbeherrschenden Stellung. Marktbeherrschende Unternehmen trifft demnach eine besondere Verantwortung für den (Rest-) Wettbewerb auf dem beherrschten Markt.

Abweichend von der Regelung des Kartellverbots lassen sich missbräuchliche Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens weder im Einzelfall noch durch eine GVO freistellen. Bereits die Gesetzessystematik zeigt, dass die Freistellungsnormen der Art. 81 Abs. 3 EG, §§ 2 und 3 GWB auf die einzelnen Missbrauchstatbestände nicht anwendbar sind.

I. Die Missbrauchsaufsicht des europäischen Kartellrechts (Art. 82 EG)

Das Missbrauchsverbot des europäischen Kartellrechts findet sich in Art. 82 EG. Es dient dem Schutz der Handlungsfreiheit der Wettbewerber und Handelspartner des marktbeherrschenden Unternehmens und sichert damit zugleich das Verbraucherwohl. Art. 82 EG schützt zudem den Restwettbewerb auf dem beherrschten Markt als Institution (Art. 3 Abs. 1 lit. g EG),⁶⁸

Prüfungsschema:	
1. Unternehmen	} Art. 82 EG
2. Abgrenzung des relevanten Markts	
3. Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung	
4. Missbrauchsverhalten	
5. Kausalität zwischen Marktmacht und Missbrauchsverhalten?	
6. Zwischenstaatlichkeit	
7. Rechtsfolgen	} VO 1/2003 §§ 33 ff. GWB

! Auch dieses Prüfungsschema ist lediglich Gedankenstütze. Insbesondere die Punkte 5 und 6 sind nur dann ausführlicher anzusprechen, wenn der zu beurteilende Sachverhalt hierfür Anhaltspunkte bietet!

⁶⁶ Die Beschränkung auf den „ersten“ Aufbau einer marktbeherrschenden Stellung ist erforderlich, da der weitere Ausbau und die Übertragung von Marktmacht auf dritte Märkte zur Errichtung einer weiteren marktbeherrschenden Stellung vom Tatbestand des Art. 82 EG erfasst werden können.

⁶⁷ Entsteht die marktbeherrschende Stellung durch sog. externes Wachstum (z. B. durch eine Fusion mehrerer Unternehmen), so wird der Entstehungsprozess von der präventiven Zusammenschlusskontrolle (FKVO, §§ 35 ff. GWB) erfasst. Zudem soll bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass die deutsche Missbrauchsvorschrift des § 20 Abs. 2 GWB auch Sachverhalte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle erfasst.

⁶⁸ Die Kommission überprüft momentan ihre Grundsätze für die Anwendung von Art. 82 EG. Sie hat ein Diskussionspapier veröffentlicht, dass auch die Missbrauchsaufsicht einem „*more economic approach*“ öffnen soll und wertet momentan die Stellungnahmen Dritter aus.

1. Unternehmen als Normadressaten

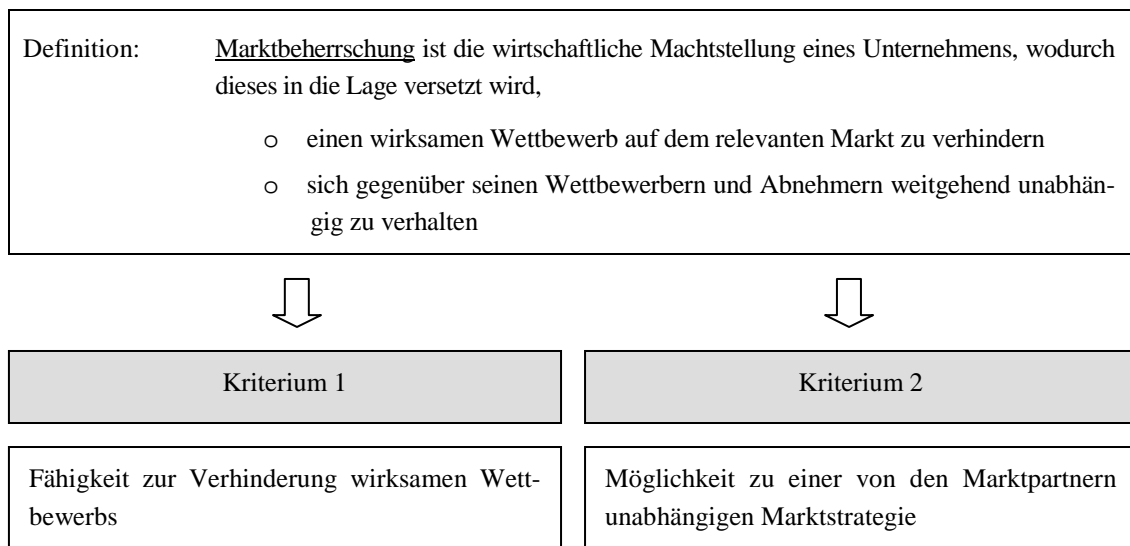
(Marktbeherrschende) Unternehmen sind die Adressaten des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots. Der Unternehmensbegriff des Art. 82 EG ist identisch mit dem Unternehmensbegriff des Art. 81 EG.⁶⁹

2. Abgrenzung des relevanten Marktes

Das Missbrauchsverbot des Art. 82 EG ist vom sog. Marktmachtkonzept geprägt. Wirtschaftliche Macht ist immer in Bezug auf einen bestimmten – den relevanten – Markt zu ermitteln. Daher muss dieser sachlich, zeitlich und räumlich abgegrenzt werden.⁷⁰

3. Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung

Art. 82 EG setzt voraus, dass ein oder mehrere Unternehmen eine beherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben haben. Dabei wird zwischen der Einzelmarktbeherrschung und der Oligopolmarktbeherrschung unterschieden.



Die marktbeherrschende Stellung ergibt sich im europäischen Kartellrecht aus einer Analyse der nicht oder nur unzureichend kontrollierten Verhaltensspielräume, die einem Unternehmen auf dem relevanten Markt zur Verfügung stehen.⁷¹ Eine solche marktbezogene Unabhängigkeit liegt regelmäßig dann vor, wenn das betreffende Unternehmen ein sog. *unumgänglicher Handelspartner* ist.

a) Marktbeherrschungskriterien

Die Marktbeherrschungsanalyse setzt immer eine Gesamtbetrachtung voraus, die sich auf strukturelle und verhaltensbezogene Kriterien stützt. Ergänzend, d. h. zur Unterstützung des gefundenen Ergebnisses, können auch die erzielten Marktergebnisse herangezogen werden.

⁶⁹ Siehe hierzu oben, S. 17 ff.

⁷⁰ Siehe hierzu oben, S. 14 f.

⁷¹ Ausführliche Stellungnahmen der Rechtspraxis zum Begriff der marktbeherrschenden Stellung und den Methoden, die zu ihrer Ermittlung angewandt werden können, finden sich u.a. in EuGH, Urt. v. 13.02.1979, Slg. 1979, S. 461 ff. – *Hoffmann-LaRoche*, EuGH, Urt. v. 09.11.1983, Slg. 1983, S. 3461 ff. – *Michelin* und in der neueren Rechtspraxis EuG, Urt. v. 26.01.2005, Slg. 2005, S. II-209 ff. – *Piau/Kommission*.

(1) Marktstruktur

Struktur des Marktes meint die im Markt bestehende Wettbewerbssituation, maßgeblich bestimmt von der Anzahl der (auch potentiellen) Wettbewerber, der Höhe und Dauerhaftigkeit ihrer Marktanteile und den Marktzutrittsschranken.

Marktanteilsanalyse		
○ Marktanteil > 50%	⇒	Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung ⁷²
○ Marktanteil > 40%	⇒	Starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung ⁷³
○ Marktanteil > 25%	⇒	Marktbeherrschung nur bei Existenz zusätzlicher Indizien, z. B. bei starker Zersplitterung des Marktes und weitem (Marktanteils-) Vorsprung eines Unternehmens ⁷⁴
○ Marktanteil < 25%	⇒	Indiz gegen eine marktbeherrschende Stellung

Absolute Marktanteile sind nur ein (!) Indikator bei der Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung. Andere Wettbewerbsparameter müssen immer (ergänzend und) kontrollierend herangezogen werden. Im Bereich der Marktanteilsbetrachtung sind dies z. B. die relativen Marktanteile, d. h. die Abstände zwischen den Marktanteilen der einzelnen Marktbeteiligten, und die Analyse des potentiellen Wettbewerbs, d. h. die Existenz von Marktzutrittsschranken.⁷⁵

(2) Unternehmensstruktur

Die Unternehmensstrukturanalyse befasst sich mit der Frage, wie das möglicherweise marktbeherrschende Unternehmen seine Unabhängigkeit gegenüber den anderen Marktteilnehmern behauptet. Wesentlich sind hierbei die Mittel und Methoden eines Unternehmens für den Einkauf, die Produktion, die Verpackung, den Transport und den Verkauf seiner Produkte.

Für eine Unabhängigkeit vom Wettbewerb sprechen z.B.:

- ein hoher vertikaler Integrationsgrad des Unternehmens, d. h. die Möglichkeit, bevorzugt an Rohstoffquellen und Absatzmärkte zu gelangen
- ein technologischer Vorsprung vor den Konkurrenten
- die Breite des Produktsortiments im Verhältnis zu anderen Wettbewerbern
- die Wirtschafts- und Finanzkraft eines Unternehmens, gemessen an den verfügbaren Eigenmitteln und dem Zugang zum Finanzmarkt
- Verflechtungen mit anderen Unternehmen, insbesondere die Zugehörigkeit zu einem Konzern und der damit verbundene Zugang zu den Konzernressourcen

⁷² So hat sich der EuGH, Urt. v. 03.07.1991, Slg. 1991, S. I-3359, Ls. 5, Rn. 60 – *Akzo* dahingehend geäußert, dass „besonders hohe Marktanteile [...] – von außergewöhnlichen Umständen abgesehen - ohne weiteres den Beweis für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung“ liefern und dass dies „bei einem Marktanteil von 50% der Fall“ ist.

⁷³ EuGH, Urt. v. 13.02.1979, Slg. 1979, S. 461 ff., Rn. 50 f. – *Hoffmann-LaRoche*, wobei der relevante Vitaminmarkt bereits oligopolistische Züge aufwies.

⁷⁴ EuGH, Urt. v. 15.12.1994, Slg. 1994, I-5671, Rn. 48 – *Gottrup-Klim*.

⁷⁵ Selbst ein Marktanteil von 100% verschafft einem Unternehmen keine marktbeherrschende Stellung, wenn am Markt keine Zutrittsschranken bestehen, potentielle Wettbewerber jederzeit eintreten können und somit für den (momentanen) Alleinanbieter keine unkontrollierten Verhaltensspielräume entstehen.

(3) Marktverhalten und Marktergebnisse

Marktverhaltens- und Marktergebnistests fügen der Marktbeherrschungsanalyse ein dynamisches Element hinzu. Das Marktverhalten eines Unternehmens indiziert Marktmacht, wenn es Ausdruck eines gegenüber den Wettbewerbern oder Abnehmern unabhängigen Verhaltens ist, das geeignet ist, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs zu verhindern. So deutet z. B. die Fähigkeit eines Unternehmens, über einen langen Zeitraum den Marktpreis zu bestimmen oder zu kontrollieren, auf dessen Marktmacht hin. Vergleichbares gilt für einige Marktergebnisse, z. B. andauernde Gewinnsteigerungen trotz rückläufiger Konjunktur.

! Marktverhalten und Marktergebnisse sind in vielen Fällen ambivalent! Es wird selten zulässig sein, allein vom Marktverhalten oder -ergebnis auf eine marktbeherrschende Stellung zu schließen. Ein Rückgriff auf die Regelbeispiele des Art. 82 EG zur Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung birgt zudem die Gefahr eines Zirkelschlusses in sich.

b) Räumliche Reichweite der marktbeherrschenden Stellung

Die marktbeherrschende Stellung muss sich gemäß Art. 82 EG mindestens auf einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes (Art. 299 EG) erstrecken. Hierbei kommt es nicht auf dessen räumliche Größe an, so dass auch der Teil eines Mitgliedstaats einen wesentlichen Teilmarkt im Sinne von Art. 82 EG bilden kann. Entscheidend ist die wirtschaftliche Bedeutung des relevanten Marktes für den Gesamtmarkt. Kriterien sind die Struktur des betreffenden Marktes sowie der Umfang von Produktion und Konsum.⁷⁶

c) Marktbeherrschende Stellung mehrerer Unternehmen

Mehrere Unternehmen können marktbeherrschend sein, wenn zwischen ihnen aus strukturellen Gründen (finanzieller, gesellschaftsrechtlicher, organisatorischer oder wirtschaftlicher Art) kein Wettbewerb mehr besteht und sie Dritten gegenüber als Einheit auftreten. Jedes Unternehmen, das dieser Einheit angehört, ist dann marktbeherrschend, wobei jedoch aus der gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung nicht automatisch auf einen gemeinsam begangenen Missbrauch geschlossen werden kann.⁷⁷

Anwendungsbeispiele:

- kollektive Marktbeherrschung durch die Mitglieder eines Kartells, wenn sie – eng miteinander verbunden – auf dem Markt als Einheit auftreten
- kollektive Marktbeherrschung infolge der Reaktionsverbundenheit eines engen Oligopols, wenn
 - die einzelnen Unternehmen nach außen (objektiv) als Einheit auftreten
 - Markttransparenz, d.h. der Markt muss hinreichend durchschaubar sein, so dass jedes Oligopolmitglied das Marktverhalten der anderen Beteiligten rasch in Erfahrung bringen kann
 - Koordinierungsdisziplin, d.h. Existenz von Überwachungs- und Durchsetzungsmechanismen, durch die gewährleistet wird, dass sich ein Abweichen von der einheitlichen „Strategie“ nicht lohnt
 - wettbewerbliche Unabhängigkeit, d.h. keine Einflussnahmemöglichkeiten Dritter
- kollektive Marktbeherrschung durch Konzernunternehmen (str., a. A. Konzernunternehmen = ein Unternehmen i.S.v. Art. 82 EG)⁷⁸

⁷⁶ Siehe vertiefend hierzu: EuGH, Urte. v. 16.12.1975, Slg. 1975, S. 1663 ff., Rn. 441/442 ff. – *Suiker Unie*.

⁷⁷ Der EuGH unterscheidet deutlich zwischen der gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung und dem Missbrauch derselben, Urte. v. 16.03.2000, Slg. 2000, S. I-1365 ff., Rn. 39 f. – *Compagnie maritime belge/Kommission*.

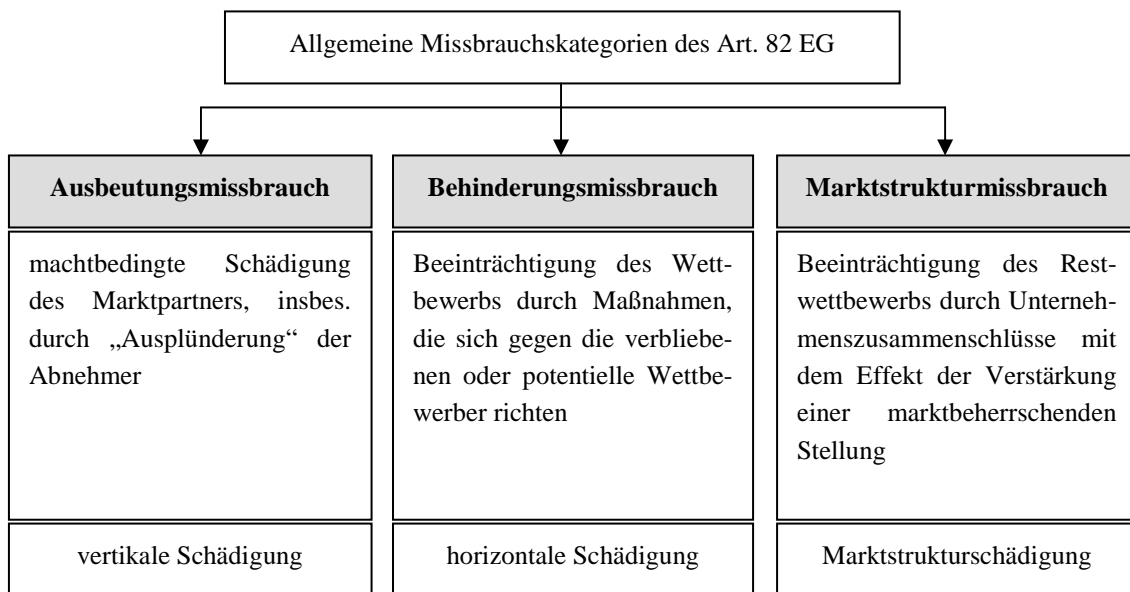
⁷⁸ Siehe zum kartellrechtlichen Unternehmensbegriff oben, S. 17 ff.

d) Transfer von Marktmacht

Eine beherrschende Stellung auf einem Markt kann zur Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung auf einem zweiten Markt führen, wenn beide Märkte eng miteinander verbunden sind.⁷⁹

4. Missbrauchstatbestände

Nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH erfasst der (objektive⁸⁰) Missbrauchs begriff „*Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistung der Marktbürger abweichen.*“⁸¹



Im Schrifttum ist umstritten, ob es eines echten Kausalzusammenhangs zwischen dem Missbrauchsverhalten und der marktbeherrschenden Stellung bedarf. Die h. M. verneint dies, so dass Art. 82 EG auch auf Fälle der sog. Marktdivergenz anwendbar ist.⁸² Tendenziell anders hat jedoch der EuGH in einem neueren Urteil entschieden, in dem er einen Zusammenhang zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem missbräuchlichen Verhalten forderte. Dieser Zusammenhang sei regelmäßig nicht gegeben, wenn sich das missbräuchliche Verhalten auf einem anderen als dem beherrschten Markt auswirke.⁸³

⁷⁹ EuGH, Urt. v. 14.11.1996, Slg. 1996, S. I-5951, Rn. 29 – *Tetra Pak/Kommission*.

⁸⁰ Eine Missbrauchsabsicht ist nicht erforderlich. Liegt sie dennoch vor, bildet sie ein starkes Indiz für die objektive Missbräuchlichkeit eines Verhaltens.

⁸¹ EuGH, Urt. v. 13.02.1979, Slg. 1979, S. 461 ff. (539 ff.) – *Hoffmann-LaRoche*.

⁸² EuGH, 21.03.1973, Slg. 1973, S. 215, Rn. 27 – *Continental Can/Kommission*; EuGH, Urt. v. 13.02.1979, Slg. 1979, S. 461 ff., Rn. 91 und 120 – *Hoffmann-LaRoche*.

⁸³ EuGH, Urt. v. 14.11.1996, Slg. 1996, S. I-5951, Rn. 27 – *Tetra Pak/Kommission*.

a) Die Regelbeispiele des Art. 82 EG**(1) Ausbeutungsmisbrauch (Art. 82 S. 2 lit. a EG)**

Das Regelbeispiel des Art. 82 S. 2 lit. a EG unterscheidet zwischen Preis- und Konditionenmissbrauch.

⇒ Preismissbrauch

- Erzwingen
 - weit auszulegen, so dass jeder Einsatz der besonderen Macht des beherrschenden Unternehmens genügt
 - z. B. wenn für die Marktgegenseite keine Ausweichmöglichkeiten bestehen
- unangemessener Verkaufs- oder Einkaufspreise
 - Missverhältnis zwischen Preis und Wert der Leistung
 - Ermittlung durch das Vergleichsmarktkonzept (Vergleich mit Preisen desselben Unternehmens auf anderen räumlichen Märkten u.ä.)
 - Ermittlung durch das Konzept der Gewinnspannenbegrenzung (Vergleich der Preise mit den Kosten unter Berücksichtigung einer angemessenen Gewinnspanne)

⇒ Konditionenmissbrauch

- Erzwingen (siehe oben)
- unangemessener Geschäftsbedingungen
 - umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Vertragsziele, des Diskriminierungsgrundsatzes und des Verhältnismäßigkeitsprinzips

(2) Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden des Verbrauchers (Art. 82 S. 2 lit. b EG)

⇒ Einschränkung der Produktion oder des Absatzes

- Einschränkung der eigenen Produktion / des eigenen Absatzes
 - missbräuchlich bei Verknappung trotz bestehender Nachfrage, z. B. um das Preisniveau hochzuhalten (grundlose Lieferverweigerung)
 - zulässig bei wirtschaftlich notwendigen Rationalisierungsmaßnahmen, z. B. zur Erzielung von Synergieeffekten
- Einschränkung der Produktion / des Absatzes anderer Unternehmen
 - z. B. durch Ausschließlichkeitsvereinbarungen,⁸⁴ Investitionsabsprachen, Spezialisierungsabkommen oder Wettbewerbsverbote mit wettbewerbswidriger Zielsetzung

⇒ Einschränkung der technischen Entwicklung

- indem der Zugang zu einem erreichten Forschungs- und Entwicklungsstand oder dessen Nutzung und Weiterentwicklung ohne sachliche Rechtfertigung verhindert werden

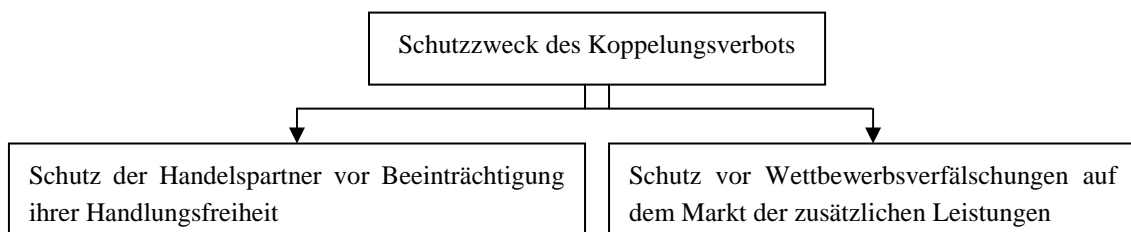
⁸⁴ Die Rabattpolitik eines marktbeherrschenden Unternehmens kann wettbewerbliche Wirkungen haben, die denen einer Ausschließlichkeitsvereinbarung ähneln. Die Rechtspraxis differenziert dabei v.a. zwischen: (1.) *Treuerabatten*, die unabhängig vom jeweiligen Umfang der abgenommenen Liefermengen einen Rabatt gewähren, wenn der Abnehmer den gesamten oder einen wesentlichen Teil seines Bedarfs beim Lieferanten deckt. Treuerabatte verstoßen gegen Art. 82 EG, da sie dem Abnehmer einen Vorteil ohne adäquate Gegenleistung gewähren, diesem damit den Wechsel zu einer anderen Bezugsquelle (wirtschaftlich) unmöglich machen, was zur Errichtung von Marktzutrittsschranken führt. (2.) *Mengenrabatten*, die ausschließlich an den Umfang der abgenommenen Menge anknüpfen und lediglich die mengenbedingten Kostenersparnisse (Effizienzgewinne) an den Abnehmer weiterreichen.

(3) Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen (Art. 82 S. 2 lit. c EG)

Art. 82 S. 2 lit. c EG enthält ein Diskriminierungsverbot, von dem – im Gegensatz zu Art. 81 Abs. 1 lit. c EG – die einseitige Diskriminierung von Handelspartnern durch ein (oder mehrere) marktbeherrschende(s) Unternehmen erfasst wird. Schutzzweck der Norm ist es, Wettbewerbsverfälschungen auf vor- oder nachgelagerten Märkten zu verhindern, die ihren Ursprung in der Ungleichbehandlung von Abnehmern oder Lieferanten haben.

⇒ Anwendungsbeispiele:

- Preisdiskriminierungen
 - Treuerabatte
- ! ○ Vom Wortlaut des Art. 82 S. 2 lit. c EG wird die Diskriminierung durch Anwendung gleicher Bedingungen bei ungleichen Leistungen nicht erfasst (str.) Gleiches gilt für die mittelbare Diskriminierung, d. h. für die Veranlassung des Handelspartners zur Ungleichbehandlung von Konkurrenten des Marktbeherrschers. Beide Verhaltensweisen fallen jedoch unter die Generalklausel.
- Art. 82 S. 2 lit. c EG erfasst ausschließlich Diskriminierungen auf dem beherrschten relevanten Markt (str.) Deshalb kann der Marktbeherrscher auf unterschiedlichen räumlichen Märkten für gleichwertige Leistungen unterschiedliche Preise fordern, wenn er nur einen dieser Märkte beherrscht.
 - Art. 82 S. 2 lit. c EG erfordert, dass die unterschiedlich behandelten Handelspartner im Wettbewerb zueinander stehen. Nur in diesem Fall können sie „im Wettbewerb benachteiligt werden.“
 - Ungleichbehandlungen sind erlaubt, wenn sie sich sachlich rechtfertigen lassen.

(4) Koppelungsgeschäfte (Art. 82 S. 2 lit. d EG)

⇒ Voraussetzungen:

- Abschluss eines Vertrages über eine Hauptleistung (sog. Hauptgeschäft)
 - Verpflichtung des Handelspartners zur Abnahme einer Zusatzleistung (sog. Zusatzgeschäft)
 - Zusatzleistung = hinreichend abgrenzbare und eigenständig nachgefragte Leistung, die mit der Leistung des Hauptgeschäfts weder in einem sachlichen Zusammenhang steht noch durch einen Handelsbrauch verbunden ist
- ! Art. 82 S. 2 lit. d EG gilt seinem Wortlaut nach nur für Koppelungsgeschäfte des Marktbeherrschers als Anbieter von Waren und Dienstleistungen, da „die Vertragspartner zusätzliche Leistungen abnehmen“ müssen.

(5) Abbruch und Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen (Art. 82 S. 1 EG)

Marktbeherrschende Unternehmen können gegen Art. 82 S. 1 EG verstoßen, wenn sie ohne sachliche Rechtfertigung die Geschäftsbeziehungen zu ihren aktuellen Handelspartnern abbrechen oder solche zu potentiellen Handelspartnern nicht aufnehmen.

⇒ Abbruch von Geschäftsbeziehungen

- missbräuchlich, wenn der Grund für die Lieferverweigerung oder Lieferkürzung mit den Vertragszielen des Art. 3 lit. g EG nicht vereinbar ist (z.B. Lieferverweigerung als repräsentative Maßnahme oder zur Beeinflussung der Wiederverkaufspolitik des Abnehmers)
- ggf. Pflicht zur Repartierung von knappen Ressourcen mit den Stammkunden

⇒ Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen

- missbräuchlich, wenn das marktbeherrschende Unternehmen aufgrund seiner besonderen Marktstellung kontrahierungspflichtig ist und seine Weigerung ohne sachlichen Grund erfolgte

! Auch marktbeherrschende Unternehmen sind in der Ausgestaltung ihrer Absatz- oder Nachfragepolitik grundsätzlich frei. Es besteht grundsätzlich kein Kontrahierungszwang.⁸⁵

(6) Essential-facilities-Doktrin (Art. 82 S. 1 EG)

Unter dem Stichwort der „essential-facilities-Doktrin“ wird die Frage diskutiert, ob und unter welchen Voraussetzungen die Inhaber von Infrastruktureinrichtungen, die über diese den Zugang zu vor- oder nachgelagerten Märkten beherrschen, anderen Unternehmen die Mitbenutzung ermöglichen müssen, selbst wenn ihnen hierdurch Konkurrenz auf dem vor- oder nachgelagerten Markt droht.

⇒ Voraussetzungen:

- wesentliche Einrichtung, d.h. die Einrichtung muss für den Marktzugang des Interessenten unentbehrlich sein
- Inhaber der Einrichtung ist (diesbezüglich!) marktbeherrschend
- Einrichtung ist nicht duplizierbar, d.h. dem Interessenten ist es nicht möglich oder unzumutbar, sich eigene Einrichtungen zu verschaffen
- Zugangsverweigerung ohne sachlich rechtfertigenden Grund
- Eignung zum Ausschluss von Wettbewerb auf dem vor- oder nachgelagerten Markt
- Bestimmung einer angemessenen Gegenleistung unter Berücksichtigung der Investitionskosten und der Gewinnmöglichkeiten des verpflichteten Unternehmens

⇒ Kritik an der essential-facilities-Doktrin:

- Bestimmung einer angemessenen Gegenleistung unter Berücksichtigung der Investitionskosten und der Gewinnmöglichkeiten

⁸⁵ In ihrem Diskussionspapier zu Art. 82 EG (Rn. 217) argumentiert die Kommission im Hinblick auf den Abbruch von Geschäftsbeziehungen restriktiver, indem sie eine Vermutung ausspricht, dass die Fortsetzung bestehender Lieferbeziehungen wettbewerbsfördernd und ein grundloser Abbruch derselben grundsätzlich missbräuchlich sei.

- Die *essential-facilities*-Doktrin führt zu gravierenden Eingriffen in das Eigentum und in gewerbliche Schutzrechte.
- Das Kartellrecht schützt „nur“ die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs – nicht den „Schmarotzer“.

(7) **Kampfpreisunterbietungen (Art. 82 S. 1 EG)**

Gezielte Kampfpreisunterbietungen (sog. *predatory pricing*) sind eine Form des missbräuchlichen Behinderungswettbewerbs mit dem Ziel der Verdrängung von verbleibenden Konkurrenten auf dem beherrschten Markt oder auf dritten Märkten.

- ⇒ Angebote unter den eigenen variablen Kosten
 - d. h. (temporäre) Verluste in Höhe der gesamten Fixkosten und eines Teils der variablen Kosten
 - sind grundsätzlich missbräuchlich, da nur mit einer Verdrängungsabsicht erklärbar
- ⇒ Angebote unter den eigenen Gesamtkosten
 - nur missbräuchlich, wenn der Nachweis einer Verdrängungsabsicht gelingt

Die kartellrechtliche Beurteilung von Kampfpreisstrategien findet in einem Spannungsfeld zwischen dem wettbewerblich erwünschten Preiswettbewerb und dem verbotenen Vernichtungswettbewerb unter Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung statt.

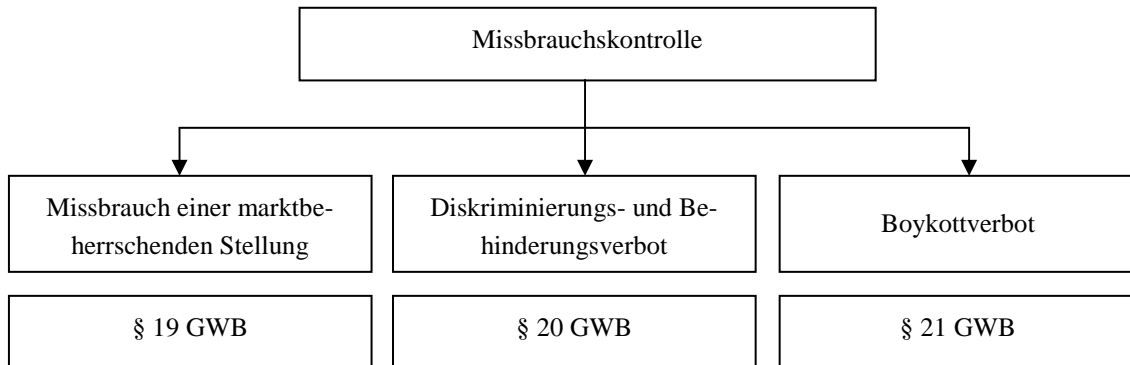
(8) **Kosten-Preis-Scheren (Art. 82 S. 1 EG)**

Kosten-Preis-Scheren liegen vor, wenn ein vertikal integriertes Unternehmen die Spanne zwischen dem Preis für ein Vorprodukt und dem Preis des Endprodukts derart verringert, dass Wettbewerber auf der Stufe des Endprodukts nicht mehr kostendeckend am Markt anbieten können. Derartige Vertriebsstrategien können gegen Art. 82 EG verstoßen, wobei eine Einzelfallbeurteilung erforderlich ist.⁸⁶

⁸⁶ EuG, Urt. v. 10.04.2008, noch nicht in der amtl. Slg., Tz. 69 ff. – *Deutsche Telekom*.

II. Die Missbrauchsaufsicht im deutschen Kartellrecht (§§ 19 – 21 GWB)

Die Missbrauchsaufsicht ist im deutschen Kartellrecht über eine Vielzahl von – zum Teil unübersichtlichen – Regelungen in den §§ 19 – 21 GWB verstreut. Anders als das europäische Kartellrecht erfasst sie auch Missbrauchsfälle unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle.⁸⁷



1. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 GWB)

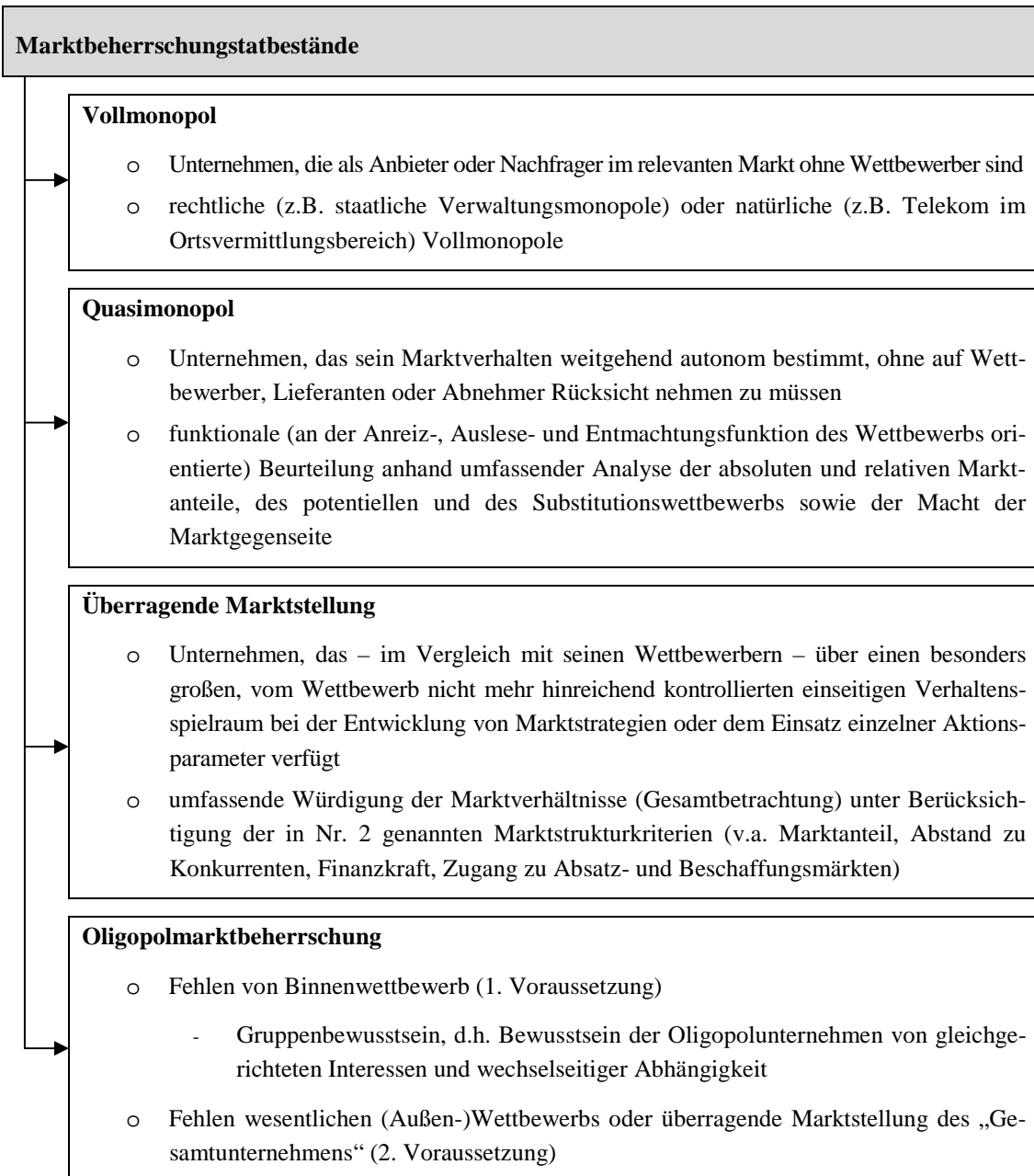
Prüfungsschema:
<ol style="list-style-type: none"> 1. Unternehmen⁸⁸ 2. Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung gem. § 19 Abs. 2 GWB <ul style="list-style-type: none"> ○ Abgrenzung des relevanten Marktes ○ Einzelunternehmen (S. 1 Nr. 1) im Monopol (Alt. 1) oder Quasimonopol (Alt. 2) ○ Einzelunternehmen (S. 1 Nr. 2) mit überragender Marktstellung ○ mehrere Unternehmen (S. 2) im marktbeherrschenden Oligopol 3. Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung gem. § 19 Abs. 3 GWB <ul style="list-style-type: none"> ○ Abgrenzung des relevanten Marktes ○ Einzelmarktbeherrschungsvermutung (S. 1) ○ Gruppenmarktbeherrschungsvermutung (S. 2) 4. Missbrauchsverhalten <ul style="list-style-type: none"> ○ durch Erfüllen eines der Regelbeispiele des § 19 Abs. 4 GWB <ul style="list-style-type: none"> - Behinderungsmissbrauch (Nr. 1) - Ausbeutungsmissbrauch (Nr. 2) - Preis- und Konditionenspaltung (Nr. 3) - Verweigerung des Zugangs zu Infrastruktureinrichtungen (Nr. 4) ○ durch Erfüllen der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB 5. Kausalität zwischen Marktbeherrschung und Missbrauchsverhalten? 6. Rechtsfolgen

⁸⁷ Hierin liegt kein Verstoß gegen höherrangiges europäisches (Kartell-)Recht, da Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 im Bereich der einseitigen Maßnahmen strengere mitgliedstaatliche Regelungen zulässt.

⁸⁸ Der Unternehmensbegriff der Missbrauchskontrolle entspricht dem Unternehmensbegriff des § 1 GWB.

a) Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung gem. § 19 Abs. 2 GWB

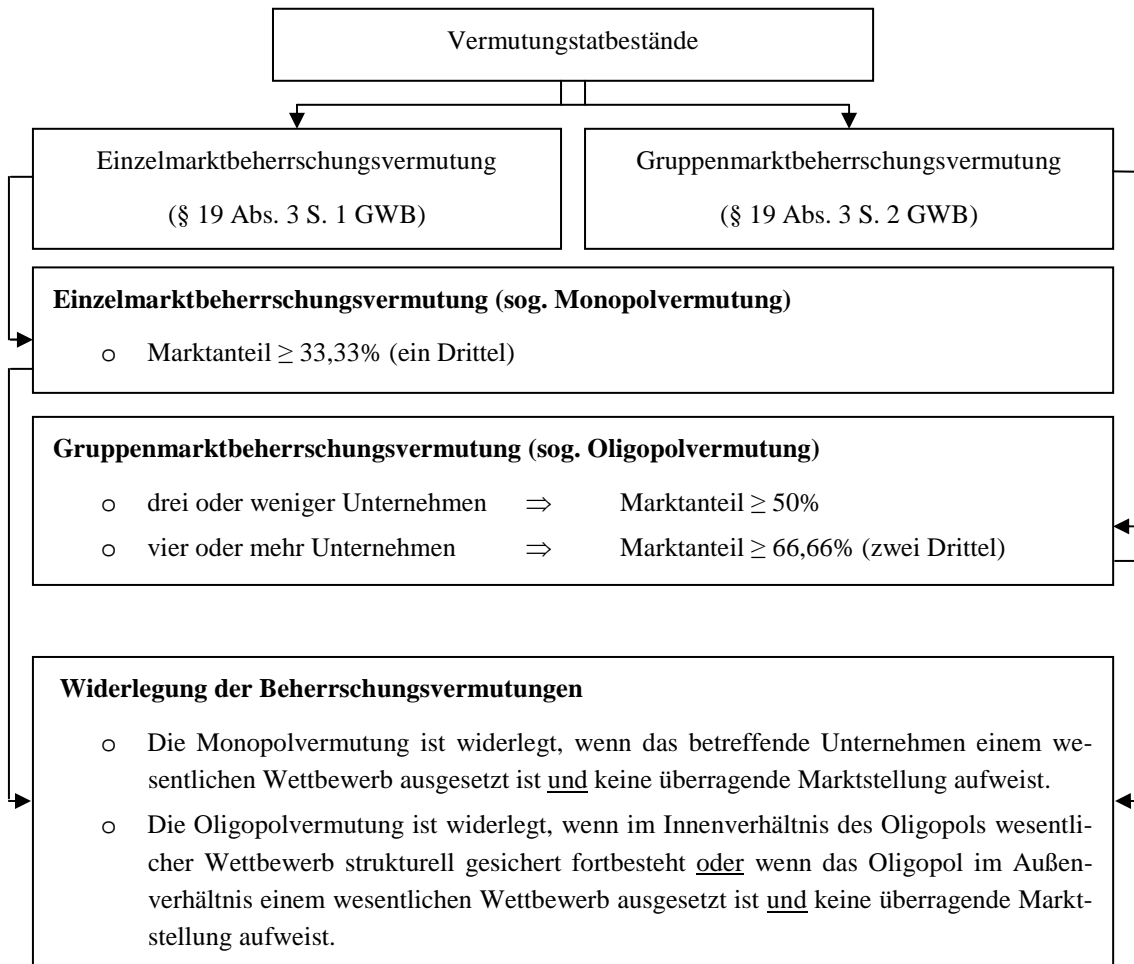
§ 19 Abs. 2 S. 1 GWB differenziert hinsichtlich der marktbeherrschenden Stellung eines einzelnen Unternehmens zwischen dem *Vollmonopol* (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 1 GWB), dem *Quasimonopol* (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 GWB) und der *überragenden Marktstellung* (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB). Hinzu kommt das *marktbeherrschende Oligopol* mehrerer Unternehmen (§ 19 Abs. 2 S. 2 GWB).



! Jedes Unternehmen, das dem marktbeherrschenden Oligopol angehört, ist auch allein marktbeherrschend im Sinne von § 19 Abs. 2 GWB.

b) Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung gem. § 19 Abs. 3 GWB

Der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung wird durch die zwei Marktbeherrschungsvermutungen des § 19 Abs. 3 GWB erleichtert, jedoch nicht ersetzt.



Die Marktbeherrschungsvermutungen des § 19 Abs. 3 GWB knüpfen ausschließlich an den Marktanteil der betreffenden Unternehmen an, obwohl der Marktanteil nur ein Kriterium darstellt, das für die Beurteilung der Marktbeherrschung iSv. § 19 Abs. 2 GWB maßgeblich ist. Dementsprechend enthalten die Vermutungstatbestände „nur“ eine materielle Beweislastregel. Die Kartellbehörde hat grundsätzlich alle für und gegen die Marktbeherrschung sprechenden Faktoren im Rahmen einer umfassenden Bewertung zu würdigen. Nur wenn diese Würdigung kein eindeutiges Ergebnis zeigt, kann sie auf die Vermutungstatbestände zurückgreifen.

! Im Bußgeldverfahren gilt die Unschuldsvermutung (*in dubio pro reo*). § 19 Abs. 3 GWB findet in dieser Verfahrensart keine Anwendung.

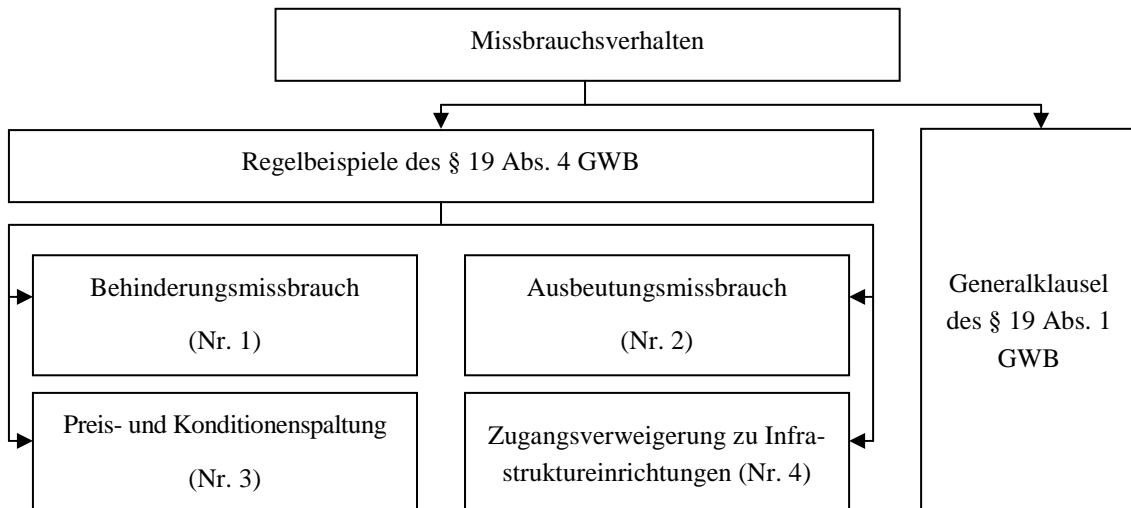
Im Zivilverfahren sind die Auswirkungen von § 19 Abs. 3 GWB umstritten. Sie reichen von einem bloßen Anscheinsbeweis⁸⁹ bis hin zur Umkehr der formellen Beweislast.⁹⁰

⁸⁹ So für die Einzelmarktbeherrschungsvermutung im Zivilprozess, siehe *GK-KartR/Leo*, § 19 GWB Rn. 1350.

⁹⁰ So für die Gruppenbeherrschungsvermutung im Zivilprozess, siehe *Thomas*, WuW 2002, S. 470 ff. (481).

c) Missbrauchsverhalten

§ 19 Abs. 1 GWB untersagt das missbräuchliche Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung sowohl auf Anbieter- als auch auf Nachfragerseite. § 19 Abs. 4 GWB enthält einen Katalog von Regelbeispielen, die das Missbrauchsverbot (nicht abschließend) legal definieren. Beide Absätze bilden einen einheitlichen Verbotstatbestand.



(1) Behinderungsmissbrauch (Nr. 1)

Ein Behinderungsmissbrauch liegt vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf dem beherrschten oder dritten Märkten in einer für den Wettbewerb erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt.

Durch das Verbot des Behinderungsmissbrauchs will das GWB vor allem solche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen unterbinden, die geeignet sind, den beherrschten Markt durch Eingriffe in die Handlungsfreiheit Dritter endgültig zu verschließen (Marktabschottung) oder den beherrschenden Einfluss auf dritte Märkte auszudehnen (Transfer von Marktmacht).

Anwendungsfälle eines Behinderungsmissbrauchs können u.a. sein:

⇒ Behinderungsmissbrauch durch Koppelungspraktiken

- Koppelung von Leistungen, die weder sachlich noch dem Handelsbrauch nach zusammengehören
- Koppelung durch zwingende Verknüpfung zweier Leistungen (Zwangskoppelung) oder durch das Setzen von Preis- und sonstigen Anreizen bei Gesamtabnahmen
- Gefahr des Marktmachttransfers auf dritte Märkte

⇒ Behinderungsmissbrauch durch Ausschließlichkeitsbindungen

- Gefahr der Verfestigung einer marktbeherrschenden Stellung durch Marktabschottung infolge von Ausschließlichkeitsbindungen, Treuerabatten u.ä.
- kartellrechtliche Bewertung anhand der Bezugsdeckung und der Laufzeit

⇒ **Behinderungsmissbrauch durch Preisunterbietungen**⁹¹

- Kampfpreisunterbietungen mit Vernichtungs- oder Verdrängungsabsicht⁹²
- z. B. systematischer Verkauf unter Einstandspreis



Ein Behinderungsmissbrauch nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB liegt nur dann vor, wenn der Wettbewerb in einer „für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise“ beeinträchtigt wird.

§ 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB erfasst auch den Fall der sog. Drittmarktbehinderung, d.h. der Markt, auf dem sich der Missbrauch auswirkt, muss mit dem beherrschten Markt nicht identisch sein.

(2) Ausbeutungsmissbrauch (Nr. 2)

Ein Ausbeutungsmissbrauch liegt vor, wenn marktbeherrschende Unternehmen von der Marktgegenseite Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordern, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden.

§ 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB bezweckt den Schutz der Marktgegenseite vor einer Ausbeutung durch marktbeherrschende Unternehmen. Er verhindert missbräuchliche Marktergebnisse allein wegen der mit ihnen verbundenen unmittelbaren negativen Wirkungen für die Marktgegenseite.

Anwendungsfälle für den Ausbeutungsmissbrauch können u. a. sein:

- Ausbeutung durch Preismissbrauch, d. h. das Fordern von überhöhten Entgelten
- Ausbeutung durch Konditionenmissbrauch

Vergleichsmarktkonzepte (§ 19 Abs. 4 Nr. 2 Hs. 2 GWB)

- räumliches Vergleichsmarktkonzept, d.h. Vergleich mit dem Preis gleicher Waren oder Dienstleistungen auf einem anderen (aber vergleichbaren) räumlichen Markt
- zeitliches Vergleichsmarktkonzept (sog. Sockeltheorie), d. h. Vergleich mit dem Preis der gleichen Ware oder Dienstleistung auf demselben räumlichen Markt zu einem früheren Zeitpunkt
- Als Alternative (z. T. auch ergänzend) zu den Vergleichsmarktkonzepten wendet das Bkarta vereinzelt das vom EuGH entwickelte Konzept der Gewinnspannenbegrenzung an. Hierbei werden die Gewinne des marktbeherrschenden Unternehmens mit den tatsächlichen Kosten des Produkts verglichen.

(3) Preis- und Konditionenspaltung (Nr. 3)

Eine Preis- oder Konditionenspaltung (auch als Strukturmissbrauch bezeichnet) liegt vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen ungünstigere Entgelte oder Geschäftsbedingungen fordert, als es selbst auf vergleichbaren Märkten von vergleichbaren Abnehmern verlangt.

⁹¹ Preisunterbietungen (insbes. Kampfpreisstrategien, *predatory pricing*) werden auch von § 20 Abs. 4 S. 2 GWB erfasst, so dass beide Normen nebeneinander anzuwenden sind.

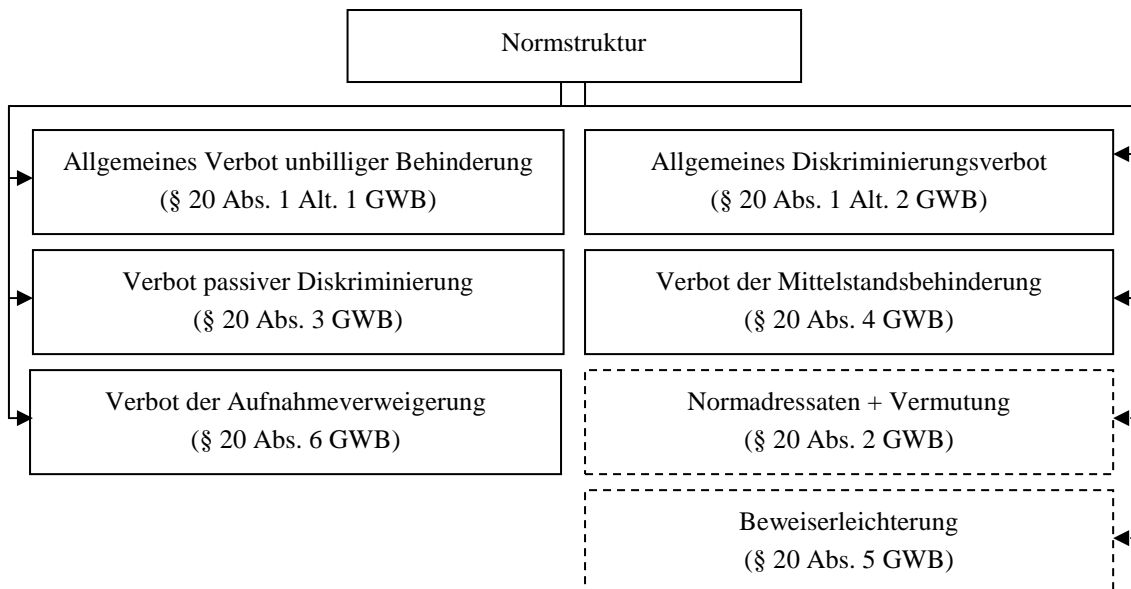
⁹² Beachte die Unterschiede zur europäischen Rechtspraxis: Während der EuGH bei der Anwendung von Art. 82 EG auf Kampfpreisstrategien eine Beurteilung anhand ökonomischer Begriffe (variable und Gesamtkosten) vornimmt, beruht der Prüfungsansatz der deutschen Kartellbehörden und -gerichte auf einer umfassenden Abwägung der Gesamtumstände (Verdrängungsabsicht und Möglichkeit des sog. *loss recoupment*).

(4) Verweigerung des Zugangs zu Infrastruktureinrichtungen (Nr. 4)

Nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ist es missbräuchlich, wenn sich ein marktbeherrschendes Unternehmen weigert, gegen ein angemessenes Entgelt einem anderen Unternehmen den Zugang zu seinen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, soweit es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne den Zugang nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden (*essential-facilities*-Doktrin).

Voraussetzungen:
<ul style="list-style-type: none"> ○ Netz- oder andere Infrastruktureinrichtung, d.h. technische oder sonstige Einrichtungen, die dem Produktabsatz dienen⁹³ ○ marktbeherrschende Stellung auf dem Markt des Netzes oder der anderen Infrastruktureinrichtung ○ Zugangsverweigerung gegenüber Unternehmen, die auf dem vor- oder nachgelagerten Markt Wettbewerber des Inhabers der Netz- oder Infrastruktureinrichtung sind ○ objektive Notwendigkeit der Zugangsgewährung, um Wettbewerb auf dem vor- oder nachgelagerten Markt sicherzustellen ○ Netz- oder Infrastruktureinrichtung ist nicht duplizierbar ○ Zugangsverweigerung ohne sachlich rechtfertigenden Grund (Ausschlussklausel des Hs. 2!) ○ Klärung der Frage nach dem angemessenen Entgelt für die Zugangsgewährung in einem zweiten (zivilrechtlichen) Verfahren⁹⁴

2. Verbot unbilliger Behinderung und Diskriminierungsverbot (§ 20 GWB)



⁹³ Abweichend von der gemeinschaftsrechtlichen Regelung stellen gewerbliche Schutzrechte keine wesentliche Einrichtung im Sinne des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB dar, da sie mit „Netzen und anderen Infrastruktureinrichtungen“ nicht vergleichbar sind.

⁹⁴ BGH, Urt. v. 24.09.2002, WuW/E DE-R, S. 977 ff. (979) – *Fährhafen Puttgarden*.

a) Allgemeines Verbot unbilliger Behinderung und Diskriminierung (§ 20 Abs. 1 und 2 GWB)

§ 20 Abs. 1 und 2 GWB untersagt es marktbeherrschenden und marktstarken Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, andere Unternehmen unbillig zu behindern oder zu diskriminieren.

Prüfungsschema:	
1.	Normadressaten des § 20 Abs. 1 GWB <ul style="list-style-type: none"> ○ marktbeherrschende Unternehmen ○ Vereinigungen von miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen iSd. §§ 2, 3 oder 28 Abs. 1 GWB ○ preisbindende Unternehmen iSd. §§ 28 Abs. 2 oder 30 Abs. 1 S. 1 GWB ○ Unternehmen/Unternehmensvereinigungen, von denen kleine oder mittlere Unternehmen (KMU) mangels ausreichender und zumutbarer Ausweichmöglichkeiten abhängig sind
2.	geschützter, da gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr
3.	unbillige Behinderung (§ 20 Abs. 1 Alt. 1 GWB) (oder) <ul style="list-style-type: none"> ○ Behinderung ○ Unbilligkeit
4.	Diskriminierung (§ 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB) <ul style="list-style-type: none"> ○ Ungleichbehandlung ○ fehlende sachliche Rechtfertigung
5.	Rechtsfolgen

(1) Normadressaten des § 20 Abs. 1 GWB

Normadressaten	
→	⇒ Marktbeherrschende Unternehmen (Abs. 1) <ul style="list-style-type: none"> ○ Ermittlung der Marktbeherrschung am Maßstab des § 19 Abs. 2 GWB
→	⇒ Vereinigungen von miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen (Abs. 1) <ul style="list-style-type: none"> ○ Unternehmen, die an einer (gem. §§ 2, 3 oder 28 Abs. 1 GWB) freigestellten Horizontalvereinbarung beteiligt sind
→	⇒ Preisbindende Unternehmen (Abs. 1) <ul style="list-style-type: none"> ○ Unternehmen, die gem. §§ 28 Abs. 2, 30 Abs. 1 S. 1 GWB zur Preisbindung befugt sind
→	⇒ Marktstarke Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen (Abs. 2) <ul style="list-style-type: none"> ○ kleines oder mittleres Unternehmen (siehe Parallelregelung in § 3 GWB)

- Abhängigkeit, d.h. es bestehen keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten (sog. **relative Marktmacht**)
 - Nachweis sortimentsbedingter Abhängigkeit, d.h. der Händler ist zur Erhaltung seiner Wettbewerbsfähigkeit auf ein bestimmtes Produkt (Spitzenstellungsabhängigkeit) oder eine bestimmte Produktgruppe (Spitzengruppenabhängigkeit) angewiesen
 - Nachweis unternehmensbedingter Abhängigkeit, d.h. ein Unternehmen hat seinen Geschäftsbetrieb aufgrund langjähriger Geschäftsbeziehungen auf ein bestimmtes Produkt eingerichtet, so dass ein Produktwechsel mit hohen Risiken verbunden ist
 - Nachweis knappheitsbedingter Abhängigkeit, d.h. bei einem Ausfall von Liefermöglichkeiten kommt es zu einer nicht vorhersehbaren Verknappung des Produktangebots
 - Nachweis nachfragebedingter Abhängigkeit, d.h. ein Unternehmen hat seinen Geschäftsbetrieb aufgrund einer langjährigen Geschäftsbeziehung auf die Nachfrage dieses Produkts durch ein Unternehmen eingerichtet, so dass der Wechsel – soweit ein anderweitiger Bedarf überhaupt besteht – mit hohen Risiken verbunden ist
 - Vermutung der Abhängigkeit von einem Nachfrager nach § 20 Abs. 2 S. 2 GWB, wenn dieser Nachfrager außergewöhnliche Preisnachlässe/Leistungsentgelte erhält

(2) Geschützter Geschäftsverkehr

Geschäftsverkehr ist iSd. § 20 Abs. 1 GWB „gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich“, wenn die zu vergleichenden Unternehmen nach ihrer wirtschaftlichen Funktion im Verhältnis zum marktbeherrschenden oder marktmächtigen Unternehmen die gleichen Aufgaben erfüllen.⁹⁵

(3) Unbillige Behinderung (Abs. 1 Alt. 1)

Behinderung ist jedes Marktverhalten, das objektiv nachteilige Auswirkungen auf die wettbewerbliche Entfaltungsfreiheit der von ihm Betroffenen hat.

Umstritten ist, ob auch die sog. *Drittmarktbehinderung*, d. h. die Behinderung eines Unternehmens auf dritten, noch nicht beherrschten Märkten, von § 20 Abs. 1 Alt. 1 GWB erfasst wird. Dafür spricht die Parallele zum Behinderungsverbot des § 19 Abs. 1 und 4 Nr. 1 GWB, bei dem die Einbeziehung von Drittmarktbehinderungen in den Tatbestand unstreitig ist, wenn zwischen der Marktbeherrschung und der Drittmarktbehinderung ein Kausalzusammenhang besteht (sog. Missbrauchstransfer).

Die Unbilligkeit der Behinderung wird durch eine „umfassende Abwägung der Interessen aller Beteiligten unter der Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB“ ermittelt. Je stärker die Marktstellung eines Unternehmens ist, desto umfassender ist seine Verantwortung für den Wettbewerb, insbesondere für die von ihm abhängigen kleinen und mittleren Unternehmen.

⁹⁵ Die Tatbestandsprüfung scheidet in der Regel nicht schon am Tatbestandsmerkmal des „gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglichen“ Geschäftsverkehrs, da eine umfassende Interessenabwägung erst im Rahmen der Unbilligkeit oder der sachlichen Grundlosigkeit erfolgt (BGH, Urt. v. 22.09.1981, WuW/E BGH, S. 1829 ff., 1833 – Original-VW-Ersatzteile II).

(4) Diskriminierung (Abs. 1 Alt. 2)

Eine Ungleichbehandlung kann durch die Benachteiligung oder die Bevorzugung eines Einzelnen gegenüber anderen Unternehmen erfolgen.

Diskriminierend wirkt die Ungleichbehandlung nur dann, wenn es ihr an einer sachlichen Rechtfertigung fehlt. Die sachliche Rechtfertigung wird ebenfalls durch eine „umfassende Abwägung der Interessen aller Beteiligten unter der Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB“ ermittelt.

(5) Fallgruppen unbilliger Behinderung oder Diskriminierung

- Liefersperren – wenn sie sich nicht durch legitime Interessen des Lieferanten rechtfertigen lassen
- Selektive Vertriebssysteme – nur wenn Selektionsmaßstab nicht produktangemessen oder nicht diskriminierungsfrei angewandt
- Bezugssperren – nur in Ausnahmefällen, wenn sich in den Marktverhältnissen keine sachliche Rechtfertigung findet
- Preis- und Konditionenspreizung – nur in Ausnahmefällen, wenn sich in den Marktverhältnissen keine sachliche Rechtfertigung findet

b) Verbot passiver Behinderung (§ 20 Abs. 3 GWB)

Das Verbot der passiven Behinderung enthält einen verselbstständigten Anstiftungstatbestand. Er soll vor (horizontalen und vertikalen, str.) Wettbewerbsverfälschungen durch Ausübung von Nachfragemacht aufgrund einer Anstiftung der geschützten Unternehmen schützen.

Prüfungsschema:

1. Normadressaten des § 20 Abs. 3 GWB
 - Identität mit den Normadressaten des § 20 Abs. 1 und 2 GWB (siehe dort)
2. Vorteil
 - Besserstellung des Normadressaten durch Gewährung von Vergünstigungen (im Vertikalverhältnis), die anderen (tatsächlichen oder potentiellen) Nachfragern nicht eingeräumt werden
3. Auffordern und/oder Veranlassen
 - Auffordern = bloßes Verlangen des Normadressaten nach Vorteilsgewährung
 - Veranlassen = erfolgreiche (d.h. umgesetzte) Aufforderung des Normadressaten zur Vorteilsgewährung
4. fehlende sachliche Rechtfertigung
 - Identität mit der fehlenden sachlichen Rechtfertigung bei § 20 Abs. 1 Alt. 1 GWB (siehe dort)
5. Rechtsfolgen

c) Verbot der Mittelstandsbehinderung (§ 20 Abs. 4 GWB)

§ 20 Abs. 4 GWB verbessert den Schutz kleiner und mittelständischer Unternehmen vor einer Beeinträchtigung ihrer Wettbewerbschancen, insbesondere durch den gezielten Einsatz einer aggressiven Preispolitik durch marktmächtige Mitbewerber.

Prüfungsschema:

1. Normadressaten des § 20 Abs. 4 GWB
 - Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht (d.h. Überlegenheit in Betriebsgröße, Finanzkraft, Angebotsumfang, Ressourcenzugang, Marktanteil)
2. geschützte Unternehmen
 - kleine und mittlere Wettbewerber
(zum Begriff des KMU – siehe § 20 Abs. 1 und 2 GWB)
3. Regelbeispiel: „Angebot unter Einstandspreis“ (§ 20 Abs. 4 S. 2 Nr. 1, 2 GWB)
 - Angebot
 - Einstandspreis = Preis der Ware ./. Rabatte, Skonti, umsatzbezogene Vergütungen
 - Angebot unter Einstandspreis
 - Angebot unter Einstandspreis bei Lebensmitteln
 - nicht nur gelegentliches (d.h. über einen längeren Zeitraum) Angebot unter Einstandspreis bei anderen Waren oder gewerblichen Leistungen
 - fehlende sachliche Rechtfertigung aus
 - produktbezogenen Umständen (z.B. drohender Verderb von Lebensmitteln, § 20 Abs. 4 S. 3 GWB)
 - normadressatenbezogenen Umständen (z.B. Geschäftseröffnung)
 - lieferantenbezogenen Umständen (z.B. bei nachhaltiger Erhöhung des Einkaufspreises „in überfallartiger Weise“)
 - mitbewerberbezogene Umstände (str.)
4. Regelbeispiel: Preis-Kosten-Schere (§ 20 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 GWB)
5. Generalklausel: „unbillige Behinderung“ (§ 20 Abs. 4 S. 1 GWB)
6. Beweiserleichterung des § 20 Abs. 5 GWB
7. Rechtsfolgen

3. Boykottverbot und Verbot sonstiger Wettbewerbsbeschränkungen (§ 21 GWB)

§ 21 GWB enthält in Abs. 1 ein Boykottverbot und in Abs. 2 ein Verbot des Veranlassens von Wettbewerbsbeschränkungen.

Prüfungsschema zu § 21 Abs. 1 GWB:

1. Normadressaten des § 21 Abs. 1 GWB
 - Unternehmen und Unternehmensvereinigungen⁹⁶ als sog. Verrufer
2. „andere“ Unternehmen/Unternehmensvereinigungen als Adressaten des Boykottaufrufs (sog. Sperrer)
3. Aufforderung zu Liefersperren oder Bezugssperren
 - jede negative Einflussnahme auf die freie Willensbildung eines Adressaten, mit Dritten Lieferbeziehungen aufzunehmen oder aufrechtzuerhalten
 - Abgrenzung zu bloßen Meinungsäußerungen
4. Absicht, „bestimmte“ Unternehmen (sog. Verrufene) unbillig zu beeinträchtigen
 - bestimmt = konkret individualisierbare Unternehmen
 - objektiv unbillige Beeinträchtigung, d.h. umfassende Interessenabwägung zwischen Veranlasser (Verrufer) und Boykottiertem (Verrufenem)
5. Rechtsfolgen

! Ein Boykott im Sinne von § 21 Abs. 1 GWB ist bereits als sittenwidrige Wettbewerbshandlung gemäß §§ 4 Nr. 10 i.V.m. 3 UWG unzulässig.

§ 21 Abs. 2 GWB enthält einen sekundären Verbotstatbestand zum Schutz der primären Kartellrechtornen vor Umgehung. Er schützt den Wettbewerb, indem er die unternehmerische Entscheidungsfreiheit gegen Einflussnahmen durch andere Unternehmen abschirmt und damit die Verbotsnormen des GWB vor einer Umgehung ihres Regelungsgehalts durch den Einsatz von Druck- oder Lockmitteln bewahrt.

§ 21 Abs. 3 GWB untersagt es Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, andere Unternehmen zu einem kartellrechtswidrigen – im Einzelnen in Nr. 1 bis 3 aufgezählten – Verhalten zu zwingen.

§ 21 Abs. 4 GWB verbietet es, einem „anderen“ einen wirtschaftlichen Nachteil zuzufügen, weil dieser ein Einschreiten der Kartellbehörde beantragt oder angeregt hat.

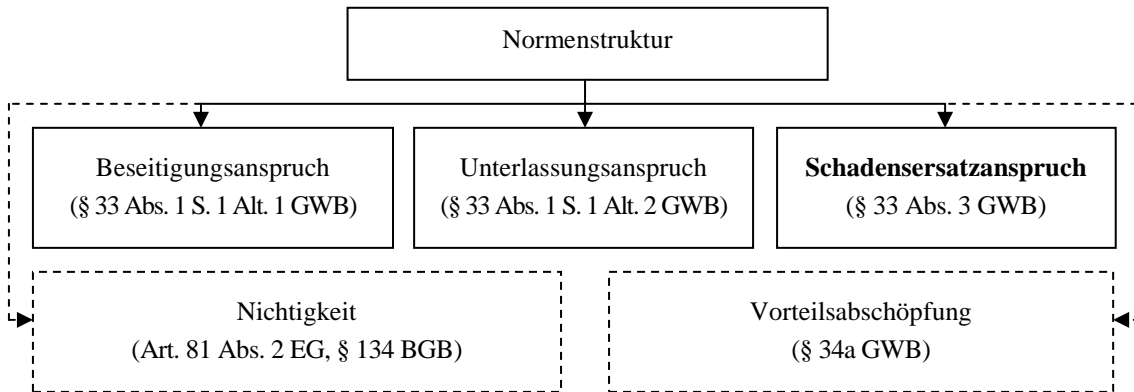
§ 29 GWB enthält eine Sonderregelung für Preismissbräuche im Energiebereich. Sie wurde durch die sog. Preismissbrauchsnovelle im Dezember 2007 neu ins GWB eingefügt. Ihre Geltungsdauer ist bis zum 31.12.2012 befristet.

⁹⁶ Siehe zum kartellrechtlichen Begriff des Unternehmens und der Unternehmensvereinigung oben, S. 17 ff.

§ 5 Zivilrechtliche Rechtsfolgen

Mit Ausnahme der Nichtigkeitsanordnung des Art. 81 Abs. 2 EG sind alle zivilrechtlichen Folgen einer Zuwiderhandlung gegen die kartellrechtlichen Verbotsnormen im mitgliedstaatlichen Recht geregelt.⁹⁷

Für das GWB ergibt sich folgende Systematik:



! Prüfungshinweis: Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche bilden oft den „Aufhänger“ für eine Prüfung der materiellrechtlichen Verbotsnormen des EG-Vertrags bzw. des GWB.

I. Nichtigkeitsfolge

Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Beschlüsse sind nichtig, soweit nicht eine der gesetzlichen Ausnahmen vom Kartellverbot⁹⁸ eingreift. Das europäische Kartellrecht ordnet die Nichtigkeit in Art. 81 Abs. 2 EG an. Die Nichtigkeit ist absolut, d. h. sie wirkt für und gegen jedermann. Mitgliedstaatliche Behörden und Gerichte haben sie von Amts wegen zu beachten. Im Anwendungsbereich des deutschen Kartellrechts ergibt sie sich aus § 134 BGB i.V.m. § 1 GWB.

Die Nichtigkeit beschränkt sich grundsätzlich auf die gegen Art. 81 EG oder § 1 GWB verstoßenden Vertragsteile. Ob auch der verbleibende Vertragsrest von der Nichtigkeit erfasst wird, beurteilt sich nach den allgemeinen Regeln, insbesondere nach den §§ 139, 140 BGB.⁹⁹ Die Folgen der Nichtigkeit von wettbewerbsbeschränkenden Gesellschaftsverträgen (d.h. die Frage nach der Anwendbarkeit der Grundsätze einer fehlerhaften Gesellschaft) sind umstritten.¹⁰⁰

Die Nichtigkeit nach Art. 81 Abs. 2 EG bzw. § 134 BGB iVm. § 1 GWB erfasst neben dem eigentlichen Kartellvertrag auch die sog. **Ausführungsverträge**, die der Durchführung, Verstärkung oder Absicherung der Wettbewerbsbeschränkung dienen. Hiervon zu unterscheiden sind die sog. **Folgeverträge**, die von

⁹⁷ Dies gilt für Zuwiderhandlungen gegen Art. 81 und 82 EG. In diesem Rahmen kann es zunächst erforderlich sein, nach dem internationalen Privatrecht des Gerichtsstaats das anwendbare nationale Recht der unerlaubten Handlung festzustellen. Bei Verstößen gegen das deutsche GWB kommt von vornherein nur deutsches Zivilrecht als Anknüpfungspunkt für Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche in Betracht.

⁹⁸ Art. 81 Abs. 3 EG; GVO; §§ 2, 3, 28 und 30 GWB.

⁹⁹ Im Rahmen von § 139 BGB wird auch die Frage diskutiert, ob kartellrechtswidrige Vertragsbestandteile im Wege der geltungserhaltenden Reduktion auf ein kartellrechtlich zulässiges Maß begrenzt werden können. Bei überlangen Wettbewerbsverboten oder Bezugsbindungen wurde dies durch den BGH wiederholt bejaht. Kritische Stimmen weisen allerdings darauf hin, dass der Präventionsgedanke des GWB einer geltungserhaltenden Reduktion entgegensteht.

¹⁰⁰ Vertiefend hierzu: Langen/Bunte, GWB, § 1 Rn. 293 (ablehnend wegen Gefährdung der Interessen der Allgemeinheit); Kling/Thomas, Kartellrecht, § 17 Rn. 219 m.w.N. (bejahend unter Verweis auf die Probleme der Rückabwicklung).

den Kartellmitgliedern in Vollzug des Kartells mit unbeteiligten Dritten abgeschlossen werden. Zum Schutz der nicht am Kartell beteiligten Dritten und aus Gründen der Rechtssicherheit werden diese Folgeverträge – unbeschadet eines möglichen Schadensersatzanspruchs – von der Nichtigkeitsanordnung nicht erfasst.

- ! Die Nichtigkeit einer kartellrechtswidrigen Vereinbarung führt nicht nur zum Fortfall des Erfüllungsanspruchs. Auch ein an die Stelle der Erfüllung tretender Schadensersatzanspruch kann grundsätzlich nicht geltend gemacht werden.

II. Beseitigungsanspruch (§ 33 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GWB)

Der bis zur 7. GWB-Novelle im Jahr 2005 nur gewohnheitsrechtlich anerkannte Beseitigungsanspruch dient der (verschuldensunabhängigen) Beseitigung eines fortdauernden Störungszustands.

Prüfungsschema:		
1. Verstoß gegen	a) Verbotsnorm des GWB	(oder)
	b) Art. 81 oder 82 EG	(oder)
	c) kartellbehördliche Verfügung	
2. Herbeiführung oder Aufrechterhaltung eines andauernden Störungszustandes		
3. Aktivlegitimation durch „Betroffenheit“ iSv. § 33 Abs. 1 S. 3 oder Abs. 2 GWB		
4. Bestimmung des Haftungsumfangs		
	○ Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, d. h. Prüfung von Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit der Beseitigungshandlung	
	○ Abgrenzung zum verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch, d.h. Abgrenzung von Beseitigung einer fortwirkenden Störungsquelle zur Vermeidung weiterer Störungsfolgen (= Abwehrfunktion) und Ersatz bereits eingetretener Störungsfolgen (= Ausgleichsfunktion)	

III. Unterlassungsanspruch (§ 33 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, S. 2 GWB)

§ 33 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, S. 2 GWB enthält einen verschuldensunabhängigen Unterlassungsanspruch. Dabei kann zwischen dem vorbeugenden und dem Verletzungsunterlassungsanspruch unterschieden werden.

Prüfungsschema:		
1. (Drohender) Verstoß gegen	a) Verbotsnorm des GWB	(oder)
	b) Art. 81 oder 82 EG	(oder)
	c) kartellbehördliche Verfügung	
2. Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr		
	○ andauernde Erstbegehungsgefahr (Abs. 1 S. 2), d. h. ernsthafte und tatsächliche Anhaltspunkte für einen Kartellverstoß in naher Zukunft, z. B. durch	

- Vorbereitungshandlungen
 - Berühren des Rechts, bestimmte Handlungen vornehmen zu dürfen
 - o andauernde Wiederholungsgefahr (Abs. 1 S. 1), d. h. gleichartige Verletzungshandlung ist objektiv möglich und droht in naher Zukunft
 - widerlegliche Vermutung der Wiederholungsgefahr, d. h. Beweislast des Verletzers
 - Wegfall der Wiederholungsgefahr durch strafbewehrte Unterwerfungserklärungen¹⁰¹
3. Aktivlegitimation durch „Betroffenheit“ iSv. § 33 Abs. 1 S. 3 oder Abs. 2 GWB
4. Rechtsfolgen
- o Unterlassen (weiterer) Verletzungshandlungen
 - o positives Tun, wenn die (drohende) Verletzung in der Unterlassung einer gebotenen Handlung besteht (z.B. bei Zugangsverweigerungen iSd. *essential-facilities*-Doktrin)

IV. Aktivlegitimation (§ 33 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GWB)

Anspruchsberechtigt im Sinne der Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche des § 33 Abs. 1 GWB sind die von der wettbewerbswidrigen Handlung Betroffenen (§ 33 Abs. 1 S. 1 GWB) und Wirtschaftsverbände (§ 33 Abs. 2 GWB).

Betroffener ist, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktteilnehmer durch den Verstoß beeinträchtigt wurde (§ 33 Abs. 1 S. 3 GWB). Aufgrund der *Courage*-Entscheidung des EuGH¹⁰² spielt es – im Gegensatz zur Regelung vor der 7. GWB-Novelle – keine Rolle, ob die verletzte Norm ein Schutzgesetz zugunsten des Anspruchstellers ist. Mitbewerber sind Unternehmen, die mit dem Verletzer in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis stehen (Horizontalbeziehung). Sonstige Marktteilnehmer sind Unternehmen auf der Marktgegenseite und die privaten Endverbraucher (Vertikalbeziehung).

Wirtschaftsverbände sind rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen (z. B. Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern). Sie sind gem. § 33 Abs. 2 GWB zur Geltendmachung von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen befugt,

- o soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmen angehört, die Produkte gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben und
- o soweit sie nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen und
- o soweit die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt.

In Abweichung von der Regelungsanordnung im UWG (§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG) kennt das GWB keine Aktivlegitimation von Verbraucherverbänden.

¹⁰¹ Beachte die sog. Drittwirkung der Unterwerfungserklärung (oder Unteilbarkeit der Wiederholungsgefahr), d. h. wirksame Unterwerfungserklärungen beseitigen die Wiederholungsgefahr gegenüber allen Unterlassungsgläubigern. Die Wiederholungsgefahr entfällt auch dann, wenn gegen den Verletzer in einem Hauptsachverfahren ein rechtskräftiges Unterlassungsurteil ergangen ist, denn dieses begründet die Vermutung, dass der Verletzer das Urteil ernst nehmen wird. Vergleichbares gilt für eine einstweilige Verfügung, soweit sie durch eine Abschlusserklärung endgültig geworden ist.

¹⁰² Nach der Auffassung des EuGH in seinem *Courage*-Urteil ist die volle Wirksamkeit (*effet utile*) des Art. 81 EG beeinträchtigt, wenn nicht **jedermann** Ersatz des Schadens verlangen kann, der ihm durch eine wettbewerbswidrige Handlung entstanden ist. Dies muss erst recht für den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch gelten.

V. Schadensersatzansprüche (§ 33 Abs. 3 GWB)

§ 33 Abs. 3 GWB gewährt demjenigen, der aufgrund eines schuldhaften Verstoßes gegen eine kartellrechtliche Verbotsnorm oder eine kartellbehördliche Verfügung einen Schaden erlitten hat, einen Ersatzanspruch gegen den Schädiger. Diesem kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch wird in der Rechtspraxis zukünftig eine deutlich stärkere Rolle als bisher zukommen.

Prüfungsschema:		
1. Verstoß gegen	a) Verbotsnorm des GWB	(oder)
	b) Art. 81 oder 82 EG	(oder)
	c) kartellbehördliche Verfügung	
	(evt. Tatbestandswirkung des § 33 Abs. 4 GWB)	
2. Aktivlegitimation		
	o des unmittelbar Geschädigten	
	o des „nur“ mittelbar Geschädigten (sog. aktive <i>passing on</i>)	
	o des Außenseiters	
	o (der kartellbeteiligten Unternehmen?)	
3. Verschulden		
4. Schaden		
	o Differenzhypothese + Berücksichtigung des Verletzergewinns	
	o Schadensentstehung bei Abwälzung überhöhter Kartellpreise (sog. passive <i>passing on</i>)	
	o Grundsätze der Vorteilsausgleichung	
5. Haftungsausfüllende Kausalität		
6. Gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Kartellbeteiligter		
	o gesamtschuldnerische Haftung gem. § 421 ff. (i.V.m. § 840 Abs. 1) BGB	
	o Zulässigkeit des Gesamtschuldnerausgleichs gem. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB?	
7. Verzinsung ab Schadensentstehung gem. § 33 Abs. 3 S. 4 und 5 GWB		
8. Verjährung in drei Jahren gem. §§ 195, 199 BGB (Hemmung gem. § 33 Abs. 5 GWB)		

Die Erleichterung von Schadensersatzansprüchen wegen der Verletzung kartellrechtlicher Vorschriften bildete einen Schwerpunkt der 7. GWB-Novelle im Jahr 2005. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll mit dem neuen § 33 GWB ein Ausgleich für die tendenzielle Verminderung der kartellbehördlichen Kontrolldichte durch den Übergang vom bisher geltenden System der Administrativfreistellung zu einem System der Legalausnahme geschaffen werden.

Vergleiche hierzu auch das Grünbuch der Europäischen Kommission zu Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts vom 19.12.2005, das Weißbuch der Europäischen Kommission zu Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts vom 02.04.2008 und das sehr umfangreiche *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules* vom 02.04.2008.

Folgende Änderungen sind für das Geltendmachen von Schadensersatzansprüchen bedeutsam:

- Aufgabe der Schutzgesetzkonzeption. Aktivlegitimiert ist (spätestens) seit der 7. GWB-Novelle jeder vom Kartellverstoß Betroffene.
- Aufgabe des Kriteriums der „zielgerichteten Beeinträchtigung“. Entgegen der bisherigen Rechtspraxis ist es nicht mehr erforderlich, dass sich der Kartellverstoß gezielt gegen den Anspruchssteller richtete.¹⁰³
- Einschränkung der sog. *passing-on-defense*. Die Schadensentstehung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Anspruchssteller die überhöhten Preise an seine eigenen Abnehmer weitergegeben hat (§ 33 Abs. 3 S. 2 GWB).
- § 33 Abs. 4 GWB statuiert eine Tatbestandswirkung von Bußgeldentscheidungen, wodurch der insoweit beweispflichtige Anspruchssteller entlastet wird.

1. Aktivlegitimation

Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ist bereits die Bestimmung des Kreises der Anspruchsberechtigten von § 33 Abs. 3 GWB problematisch.¹⁰⁴

- § 33 Abs. 3 GWB schützt unstreitig die Konkurrenten der Kartellmitglieder (sog. **Außenseiter**) vor der Errichtung künstlicher Markthindernisse.
- § 33 Abs. 3 GWB schützt unstreitig die **unmittelbaren Abnehmer** (bzw. Lieferanten beim Nachfragekartell) der Kartellmitglieder.
- Umstritten ist, ob § 33 Abs. 3 GWB auch dem **mittelbaren Abnehmer** und damit auch dem **privaten Endverbraucher** einen Ersatzanspruch zugesteht, wenn der kartellbedingte Schaden an ihn weitergereicht wurde (sog. aktiver *passing-on*-Einwand).

pro: - Beeinträchtigung des *effet utile*, „wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte“ (*Courage*-Urteil des EuGH)

contra: - Gefahr einer mehrfachen Inanspruchnahme der Kartellmitglieder (abhängig von der Anwendung des passiven *passing-on*-Einwands)

- Umstritten ist auch, inwieweit **Kartellbeteiligte** einen Schadensersatzanspruch nach § 33 Abs. 3 GWB geltend machen können.

pro: - Beeinträchtigung des *effet utile*, „wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte“ (*Courage*-Urteil des EuGH)
- Abschreckungswirkung kartellinterner Schadensersatzansprüche

¹⁰³ Das Kriterium der „zielgerichteten Beeinträchtigung“ hatte zur Folge, dass schwerwiegende Kartellverstöße – z.B. flächendeckende Preiskartelle – nicht zum Schadensersatz berechtigten, da sie sich nicht gegen einen bestimmten Abnehmer richteten.

¹⁰⁴ Dem Wortlaut von § 33 Abs. 3 GWB ist keine Einschränkung der Aktivlegitimation zu entnehmen. Gegen eine Beschränkung auf den „Betroffenen“ im Sinne von § 33 Abs. 1 S. 1 und S. 3 GWB sprechen die Systematik und der Wortlaut von Abs. 3, der lediglich hinsichtlich des Verstoßes auf die Regelung in Abs. 1 verweist. Dogmatisch liegt dem Streit die Frage zugrunde, ob das Kartellrecht nur den Wettbewerb als Institution (sog. Institutionenschutz) oder auch die am Wettbewerb beteiligten Individuen (sog. Individualschutz) schützt. Beantwortet man die Frage im letztgenannten Sinne, muss man zum persönlichen Schutzbereich des Kartellrechts Stellung nehmen. Er kann sich auf die Kartellbeteiligten, die (Kartell-)Außenseiter, die Marktgegenseite und/oder die Verbraucher erstrecken.

- contra:
- Gefahr der Umgehung der Nichtigkeitsanordnung des Art. 81 Abs. 2 EG (bzw. § 134 BGB) durch die Möglichkeit einer schadensersatzrechtlichen Naturalrestitution
 - Verletzung des Grundsatzes, dass Art. 81 EG (bzw. § 1 GWB) die Kartellbeteiligten nicht vor den Folgen ihres eigenen Tuns schützt (vergleichbar der Argumentation bei § 817 S. 2 BGB)

Schadensersatzansprüche kartellbeteiligter Unternehmen werden demnach wohl eine Ausnahme bleiben. Sie kommen bei gestörten Vertragsparitäten im Vertikalverhältnis und dann in Betracht, wenn sie sich auf den Ersatz des negativen Interesses beschränken.

2. Einschränkung der *passing-on-defense* (§ 33 Abs. 3 S. 2 GWB)

Den Ausgangspunkt der Schadensberechnung bildet die **Differenzhypothese**, die einen Vergleich der hypothetischen, ohne die wettbewerbsbeschränkende Handlung bestehenden Vermögenslage mit der real eingetretenen Vermögenslage erfordert. Im Falle eines Preiskartells können – ggf. nach § 287 ZPO – als Anhaltspunkte für den hypothetischen Wettbewerbspreis die vor der Kartellbildung geforderten Preise oder die Preise auf sachlich und räumlich vergleichbaren Märkten herangezogen werden. Die sich zu Lasten des Anspruchsstellers ergebende Vermögensdifferenz bildet den Schaden.

Ersatzfähige Vermögenspositionen sind:

- o der unmittelbare Vermögensschaden durch zu hohe Einkaufspreise einschließlich des entgangenen Gewinns
- o Umsatzeinbußen
- o Kosten der Suche nach Substitutionsmöglichkeiten

Gem. § 33 Abs. 3 S. 2 GWB ist ein Schaden nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil eine zu überhöhten Preisen bezogene Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde (sog. passiver *passing-on*-Einwand).¹⁰⁵ Die Regelung stellt klar, dass die Abwälzung der überhöhten Einkaufspreise eine Entstehung des Schadens nicht verhindert, da ein ersatzfähiger Vermögensschaden bereits mit dem Vertragsabschluss zu überhöhten Preisen eintritt.

Die *passing-on-defense* wird durch § 33 Abs. 3 S. 2 GWB jedoch nicht vollständig ausgeschlossen (umstr.) Der in Anspruch genommene Kartell Täter wird vielmehr auf die **Grundsätze der Vorteilsausgleichung** verwiesen, für deren Vorliegen er darlegungs- und beweisbelastet ist. Eine Vorteilsausgleichung kommt nur unter den folgenden kumulativen Voraussetzungen in Betracht:

- o adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und dem erlangten Vorteil¹⁰⁶
- o Vorteilsanrechnung entspricht dem Zweck des Schadensersatzanspruchs¹⁰⁷
- o keine unbillige Entlastung des Schädigers

¹⁰⁵ Als *passing-on-defense* wird die Einrede einer kartellrechtswidrig handelnden Partei bezeichnet, ihr Abnehmer habe den aus dem Kartellverstoß resultierenden Schaden ganz oder weitestgehend abgewälzt. Dieser Einwand gilt zumeist für alle Marktstufen, so dass der eigentliche Schaden letztendlich beim Endverbraucher hängen bleibt. So zumindest die theoretische Überlegung. In der Praxis ist es jedoch häufig zweifelhaft, ob es den nachgelagerten Marktstufen tatsächlich gelingt, ihre kartellbedingt überhöhten Einkaufspreise weiterzugeben.

¹⁰⁶ Teile der Rechtswissenschaft lehnen eine Vorteilsausgleichung ab, die es ihrer Auffassung nach bereits an dem adäquaten Zusammenhang zwischen schädigendem Ereignis und erlangtem Vorteil fehlt. Die Weiterveräußerung der Ware beruhe auf einer selbständigen Handlung des Geschädigten.

¹⁰⁷ Zum Teil (*Lettl*, Kartellrecht, § 11 Rn. 102) wird auch vertreten, dass eine Vorteilsausgleichung dem Zweck der kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs widerspricht, da sie seine abschreckende Wirkung abschwächt.

Bei der Beurteilung einer Vorteilsausgleichung ist zudem das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot zu beachten, wonach der (ausgleichende) Ersatzanspruch nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Anspruchsstellers führen darf. Die Vereinbarkeit des schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbots mit dem Gemeinschaftsrecht wurde durch den EuGH in seinem *Manfredi*-Urteil¹⁰⁸ ausdrücklich bestätigt.

! Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des Schadensersatzanspruchs im mitgliedstaatlichen Recht muss dieser den Anforderungen des **Äquivalenzprinzips**¹⁰⁹ und des **Effektivitätsgrundsatzes**¹¹⁰ entsprechen. Beide Regelungen begrenzen den Spielraum des nationalen Gesetzgebers.

3. Tatbestandswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen (§ 33 Abs. 4 GWB)

Zur Erleichterung von Schadensersatzansprüchen enthält das GWB in § 33 Abs. 4 eine weitgehende Regelung über die Tatbestandswirkung von bestandskräftigen kartellbehördlichen Entscheidungen und die sich anschließenden Gerichtsurteile. Im Rahmen von sog. *follow-on*-Klagen ist das erkennende Gericht insofern an die „Feststellung des Verstoßes“ gebunden. Eine weitergehende Bindung, insbesondere hinsichtlich der haftungsausfüllenden Kausalität und des Schadensumfangs, ordnet § 33 Abs. 4 GWB nicht an. Hier bleibt es bei der freien Beweiswürdigung durch das Gericht. Im Straf- und Bußgeldverfahren gilt die Bindungswirkung aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes und der Unschuldsvermutung gar nicht. Zu beachten ist auch die Regelung in Art. 16 VO 1/2003 und ihr (umstr.) Verhältnis zu § 33 Abs. 4 GWB.¹¹¹

4. Gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Kartellbeteiligter

Waren mehrere Unternehmen an einem Kartellverstoß beteiligt, so haften sie dem Geschädigten gegenüber gem. §§ 830, 840 Abs. 1 BGB als Gesamtschuldner. Umstritten ist jedoch, ob der in voller Höhe in Anspruch genommene Gesamtschuldner einen Regressanspruch hat oder ob der gesamtschuldnerische Innenausgleich zwischen Kartelltätern ausgeschlossen ist, da gem. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB insofern „ein anderes bestimmt ist.“ Für letzteres spricht auf den ersten Blick, dass ein Ausschluss des Gesamtschuldnerausgleichs die Abschreckungsfunktion des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs verstärken würde. Ein vollständiger Regressausschluss würde jedoch wohl gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen.

5. Vorteilsabschöpfung (§ 34a GWB)

§ 34a GWB regelt die subsidiäre¹¹² Vorteilsabschöpfung durch Verbände, die bei vorsätzlich begangenen Kartellverstößen möglich ist, wenn diese Zuwiderhandlungen zur Erlangung eines wirtschaftlichen Vorteils zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern oder Anbietern (sog. Streuschäden) geführt haben. Der wirtschaftliche Vorteil ist an den Bundeshaushalt herauszugeben.¹¹³

¹⁰⁸ EuGH, Urteil v. 13.07.2006, EuZW 2006, S. 529 ff. – *Manfredi* u.a.

¹⁰⁹ Das Äquivalenzprinzip verbietet es, Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht nachlässiger zu sanktionieren, als nach Art und Schwere gleichartige Verstöße gegen das nationale Recht.

¹¹⁰ Der Effektivitätsgrundsatz stellt inhaltliche Mindestanforderungen an die Sanktionen des nationalen Rechts, die wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen.

¹¹¹ Vgl. hierzu *Roth*, in: FS für Huber, S. 1153.

¹¹² § 34a Abs. 2 GWB ordnet die Subsidiarität der Vorteilsabschöpfung gegenüber dem kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch gem. § 33 Abs. 3 GWB an.

¹¹³ § 34a GWB ist weitgehend „totes Recht“ (Langen/Bunte, GWB, § 34a Rn. 3), da er ein vorsätzliches Handeln voraussetzt und die Anreizwirkungen an mögliche Verbände (Abschöpfung an den Bundeshaushalt, Kostenrisiko bei Prozessverlust) gering ist.

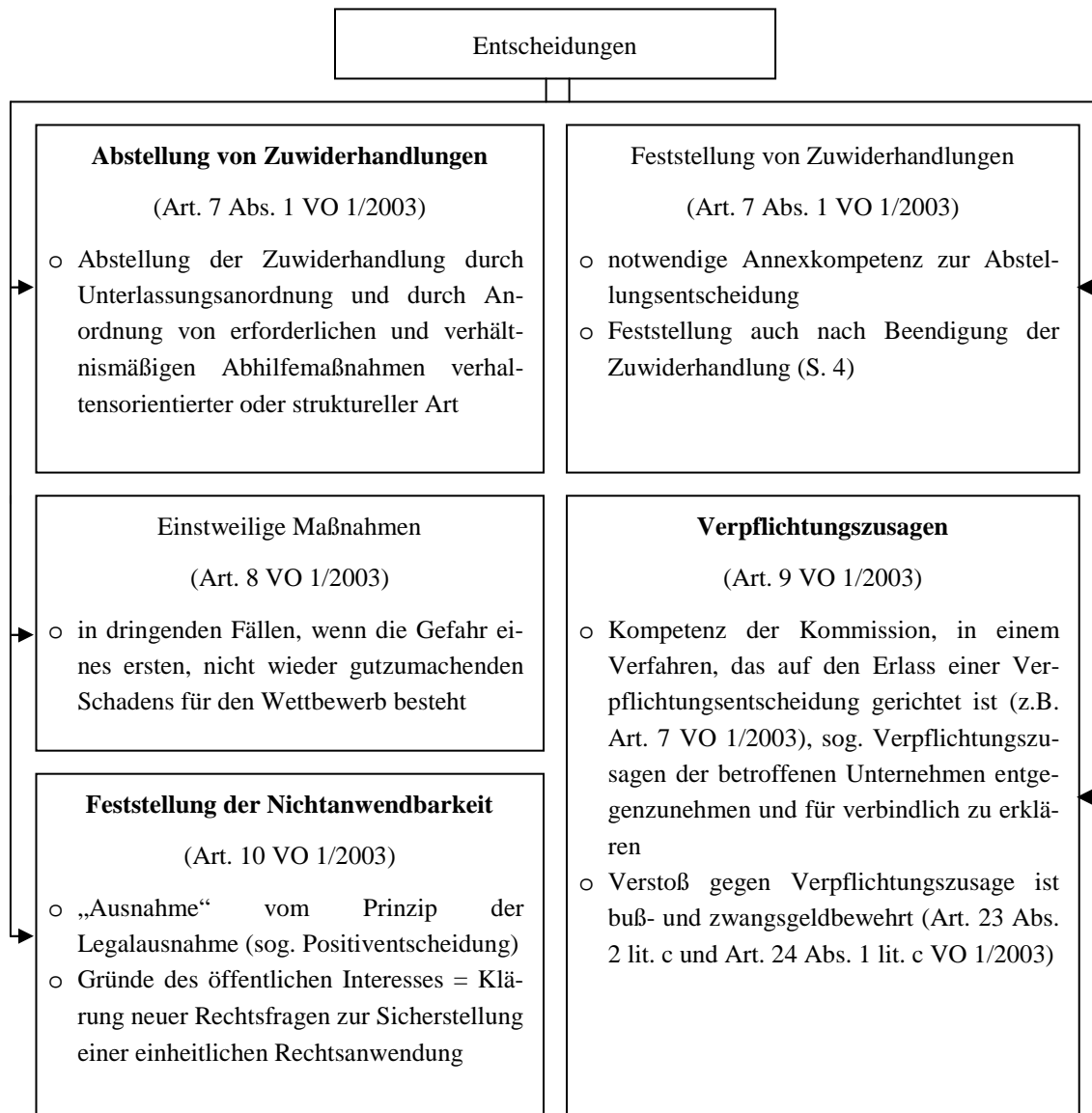
§ 6 Das Verfahren in Kartellsachen

I. Grundzüge des europäischen Kartellverfahrens

Die Verordnung Nr. 1/2003 überträgt der Europäischen Kommission als EG-Wettbewerbsbehörde umfassende Befugnisse zur Anwendung und Durchsetzung der Artikel 81 und 82 EG. Alle Verfahren, die von der Kommission auf Grundlage der VO 1/2003 betrieben werden, sind **Verwaltungsverfahren**, selbst wenn sie mit dem Erlass einer Bußgeldentscheidung nach Art. 23 VO 1/2003 enden. Die Kommission hat keine strafrechtliche Kompetenz, Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003.

1. Entscheidungen der Kommission

Die Kommission kann zur Anwendung und Durchsetzung der Art. 81 und 82 EG auf der Rechtsgrundlage der Art. 7 – 10 VO 1/2003 verschiedene Entscheidungen erlassen.



! Die Verbotswirkung der Art. 81 und 82 EG – als unmittelbar wirkendem Recht – ist von einer Entscheidung der Kommission unabhängig, Art. 1 Abs. 1 und 3 VO 1/2003.¹¹⁴

Im Rahmen von Art. 7 VO 1/2003 besteht ein **Beschwerderecht Dritter**. Beschwerdebefugt sind gem. Art. 7 Abs. 2 VO 1/2003 auch natürliche und juristische Personen, wenn sie ein berechtigtes Interesse darlegen können.¹¹⁵ Sie haben jedoch keinen Anspruch auf eine Sachentscheidung der Kommission. Wird ihre Beschwerde aber abgelehnt, so können sie die ablehnende Entscheidung nach Art. 230 Abs. 4 EG vor dem EuG anfechten.

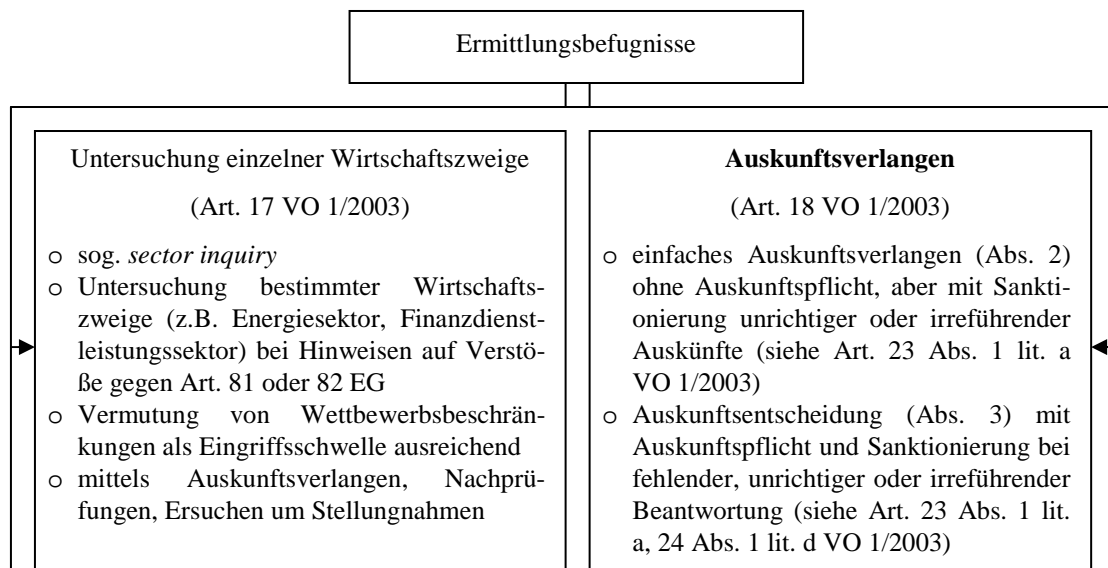
2. Ermittlungsbefugnisse der Kommission

Zur Aufklärung von Verstößen gegen die Art. 81 und 82 EG stehen der Kommission weit reichende Ermittlungsbefugnisse zu. Sie sind in den Art. 17 – 22 VO 1/2003 geregelt und ermächtigen die Kommission zu einem Eingreifen, wenn hinreichende Anhaltspunkte für einen Kartellverstoß bestehen (sog. konkreter Anfangsverdacht).

Die seit Mai 2004 geltende VO 1/2003 – sie ersetzt die alte Durchführungsverordnung Nr. 17/62 – zielt u.a. darauf ab, die Position der Kommission im Ermittlungsverfahren zu stärken. Hierzu wurden ihr zwei neue Befugnisse eingeräumt:

- Befugnis zur Zeugenvernehmung, Art. 19 VO 1/2003
- Befugnis zur Nachprüfung in Privatwohnungen, Art. 21 VO 1/2003¹¹⁶

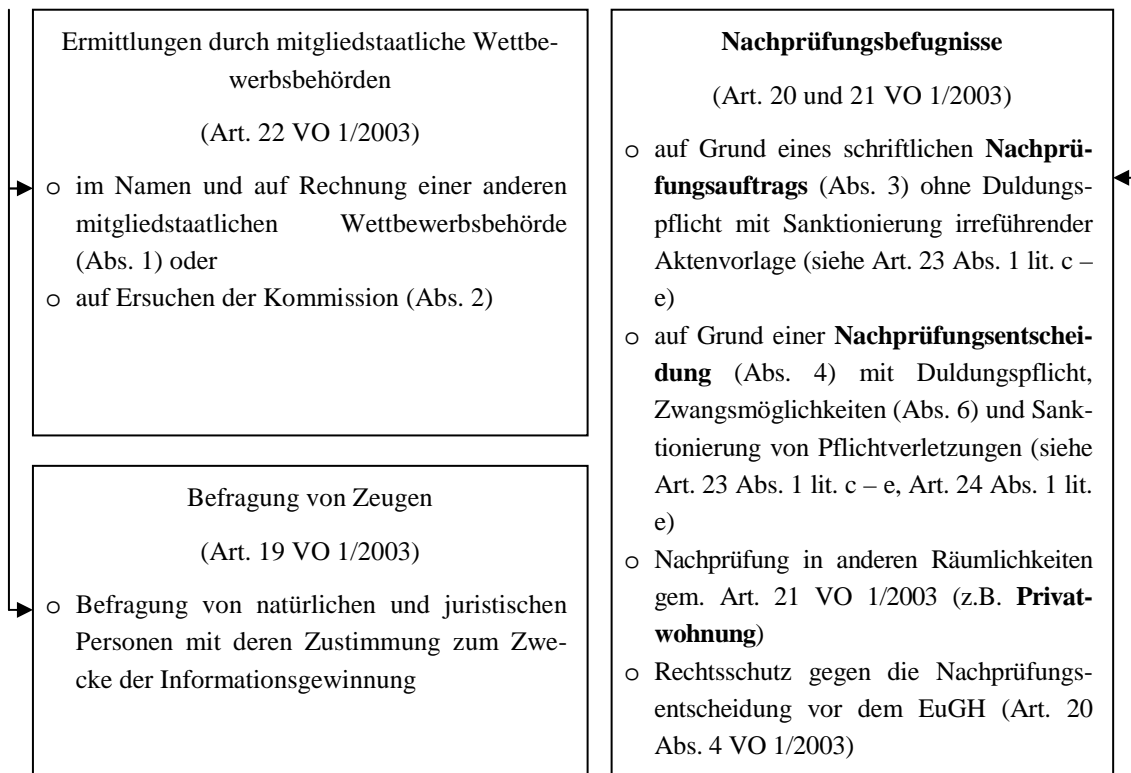
Zu den Ermittlungsbefugnisse im Einzelnen:



¹¹⁴ Die Anordnung der unmittelbaren Geltung von Art. 81 und 82 EG in Art. 1 Abs. 1 und 3 VO 1/2003 ist rein deklaratorischer Natur, denn das EG-Kartellverbot und die EG-Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen wirken bereits kraft europäischen Primärrechts unmittelbar – das gilt auch zwischen Privaten.

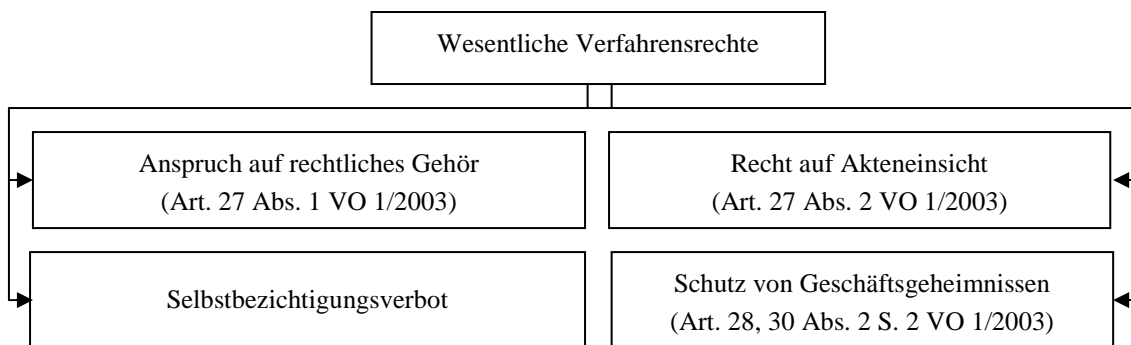
¹¹⁵ Das „berechtigtes Interesse“ im Sinne von Art. 7 Abs. 2 VO 1/2003 weist geringere Anforderungen als die für die Klageberechtigung nach Art. 230 Abs. 4 EG erforderliche unmittelbare und individuelle Betroffenheit auf. Es liegt regelmäßig bei Wettbewerbern, Abnehmern und Zulieferern vor.

¹¹⁶ Mit dieser neuen Befugnis reagierte der Gemeinschaftsgesetzgeber auf die Tatsache, dass in der Vergangenheit Beweismaterial häufig in den Privatwohnungen der kartellbeteiligten Unternehmensmitarbeiter aufbewahrt wurde.



3. Verfahrensrechte der betroffenen Unternehmen

Für alle Verfahren gelten die allgemeinen Verfahrensgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere die teilweise grundrechtlich abgesicherten Verteidigungsrechte desjenigen, der von belastenden Maßnahmen der Kommission betroffen ist.¹¹⁷



In Kartellverfahren wird zudem das sog. *legal (professional) privilege* anerkannt. Es schützt das Rechtsanwalt-Mandanten-Verhältnis, indem es Schriftstücke dem Zugriff der Kommission entzieht, die mit einem Verfahren im Zusammenhang stehen und von einem unternehmensexternen, unabhängigen Rechtsanwalt verfasst wurden.¹¹⁸

¹¹⁷ Insofern haben die Besonderheiten der einzelnen Verfahrensarten doch Auswirkungen auf die Rechtsschutzgarantien. So bestehen erhebliche Bedenken, ob die Beweislastregelung in Art. 2 VO 1/2003 mit der Unschuldsvermutung (Art. 48 Abs. 1 Grundrechte-Charta, Art. 6 Abs. 2 EMRK) vereinbar ist, die im Bußgeldverfahren gilt.

¹¹⁸ Vgl. hierzu EuG, Urt. v. 17.09.2007, noch nicht in der amtl. Sammlung – *Akzo/Akcros*.

4. Sanktionen

Art. 83 Abs. 2 lit. a) i.V.m. Abs. 1 EG verleiht dem Rat die Befugnis, Verordnungen zu erlassen, die die Befolgung der in den Art. 81 und 82 EG normierten Verbote durch die Einführung von Sanktionsmitteln sicherstellen. Derartige Sanktionsmittel finden sich in der VO 1/2003, die zwischen Geldbußen (Art. 23 VO 1/2003) und Zwangsgeldern (Art. 24 VO 1/2003) unterscheidet.

a) Geldbußen

Geldbußen dienen der Ahndung bereits begangener Zuwiderhandlungen gegen Art. 81 oder 82 EG. Mit ihnen werden präventive (z.B. Abschreckung, Stabilisierung der Rechtsordnung) und repressive Zwecke verfolgt. Zudem soll der durch den Rechtsverstoß erzielte Gewinn abgeschöpft werden. Geldbußen können gegen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen bei vorsätzlichen oder fahrlässigen Verfahrensverstößen (Art. 23 Abs. 1 VO 1/2003) und bei vorsätzlichen oder fahrlässigen materiellrechtlichen Zuwiderhandlungen (Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003), insbes. bei Verstößen gegen Art. 81 oder 82 EG, bis zu einer Höhe von jeweils 10% des Jahresgesamtumsatzes (1% bei Verfahrensverstößen) verhängt werden.¹¹⁹

Siehe hierzu auch die *Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003* (ABl. Nr. C 210/2) vom 1.9.2006.

Beispiel für eine (mögliche) Bußgeldbemessung nach Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003:

Unternehmen A mit einem jährlichen Gesamtumsatz von € 2 Mrd. war an einem europaweiten zehnjährigen Preis- und Quotenkartell beteiligt. Sein Umsatz mit dem kartellbetroffenen Produkt betrug im letzten Jahr der Zuwiderhandlung € 30 Mio. A wurde in der Vergangenheit bereits zweimal wegen eines (Hardcore-)Verstoßes gegen Art. 81 EG bebußt. Durch seine Kooperation mit der Kommission hat es einen Kronzeugenbonus von 25% erlangt.

(1) Grundbetrag		
Kartellbetroffener Umsatz (€ 30 Mio.) x Schwere der Zuwiderhandlung (Faktor 0,3)	=	€ 9 Mio.
x Dauer der Zuwiderhandlung (Faktor 10)	=	€ 90 Mio.
+ Abschreckungsfaktor (+ 20%)	=	€ 96 Mio.
(2) Anpassung des Grundbetrags		
+ Wiederholungstäterschaft (+ 200%)	=	€ 288 Mio.
(3) Anwendung der Kronzeugenregelung		
./. Kronzeugenbonus (./. 25%)	=	€ 216 Mio.
(4) Bußgeldobergrenze des Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003		
max. 10% des Gesamtumsatzes	=	€ 200 Mio.

b) Zwangsgeld

Das Zwangsgeld dient demgegenüber der gegenwärtigen oder künftigen Durchsetzung von Verwaltungsentscheidungen der Kommission. Es kann nur dann verhängt werden, wenn die Zuwiderhandlung noch andauert oder eine Erstbegehungs-/Wiederholungsfahr besteht.¹²⁰ Die durch ein Zwangsgeld erzwingbaren Entscheidungen sind in Art. 24 Abs. 1 VO 1/2003 abschließend normiert. Zwangsgeld und Geldbuße können aufgrund des Unterschieds von Verwaltungszwang und Verwaltungssanktion ohne Verletzung des Grundsatzes *ne bis in idem* nebeneinander angewendet werden.

¹¹⁹ Bußgeldentscheidungen der Kommission sind vollstreckbare Titel im Sinne von Art. 256 Abs. 1 EG.

¹²⁰ Spektakulär sind die beiden Zwangsgeldentscheidungen der Kommission gegen Microsoft (€ 280,5 Mio. im Juli 2006 und € 899 Mio. im Februar 2008).

5. Verjährung

Verfahrensverstöße verjähren in drei Jahren, materiellrechtliche Zuwiderhandlungen in fünf Jahren ab Beendigung der Zuwiderhandlung (**Verfolgungsverjährung**, Art. 25 VO 1/2003). Die Befugnis der Kommission zur Vollstreckung von Entscheidungen, die auf der Grundlage der Art. 23 oder 24 VO 1/2003 ergangen sind, verjährt in fünf Jahren beginnend mit Bestandskraft der Entscheidung (**Vollstreckungsverjährung**, Art. 26 VO 1/2003).

6. Rechtsschutz

Gegen Maßnahmen und Entscheidungen der Kommission auf Grundlage der VO 1/2003 wird den davon betroffenen Unternehmen Rechtsschutz vor den europäischen Gerichten gewährt. Dabei ist zu unterscheiden:

- Beim Rechtsschutz gegen Auskunftsverlangen der Kommission: Handelt es sich um ein einfaches Auskunftsverlangen i.S.d. Art. 18 Abs. 2 VO 1/2003, so kann dieses nach bisheriger Rechtspraxis nicht isoliert angefochten werden. Eine Nichtigkeitsklage gem. Art. 230 Abs. 4 EG ist erst gegen die verfahrensabschließende Entscheidung der Kommission möglich. Etwas anderes gilt für die verbindliche Auskunftsentcheidung der Kommission gem. Art. 18 Abs. 3 VO 1/2003, die vom Adressaten binnen Zweimonatsfrist selbständig mit der Nichtigkeitsklage nach Art. 230 Abs. 4 EG angefochten werden können. Erstinstanzlich ist die Klage an das EuG zu richten. Revisionsinstanzlich entscheidet der EuGH. Dabei ist – mangels Suspensiveffekts der Klage – gegebenenfalls ein Antrag auf Aussetzung der Vollziehung gem. Art 242 EG zu stellen.
- Gleiches gilt für den Rechtsschutz gegen Nachprüfungsmaßnahmen der Kommission gem. Art. 20 und 21 VO 1/2003. Auch hier ist nur die formelle Nachprüfungsentscheidung der Kommission vom Adressaten gem. Art. 20 Abs. 4 VO 1/2003 binnen Zweimonatsfrist selbständig mit der Nichtigkeitsklage nach Art. 230 Abs. 4 EG anfechtbar.
- Der Adressat einer Bußgeldentscheidung kann gegen diese binnen zwei Monaten mit der Nichtigkeitsklage gemäß Art. 230 Abs. 4 EG vorgehen. Erstinstanzlich ist hierfür das EuG zuständig, das eine uneingeschränkte Nachprüfungsbefugnis besitzt und eine umfassende Recht- und Zweckmäßigkeitprüfung vornimmt. Es kann die Geldbuße aufheben, herabsetzen oder erhöhen, Art. 229 EG, Art. 31 VO 1/2003. Revisionsinstanzlich entscheidet der EuGH, der sich jedoch auf eine Rechtskontrolle beschränkt.

II. Grundzüge des deutschen Kartellverfahrens

Das deutsche Kartellverfahrensrecht unterscheidet zwischen dem Kartellverwaltungsverfahren (§§ 54 ff. GWB), dem Kartellordnungswidrigkeitenverfahren (§§ 81 ff. GWB iVm. OWiG) und dem Kartellzivilverfahren (§ 33 GWB).¹²¹

1. Befugnisse der Kartellbehörden

Die in den §§ 32 – 32e, 34 GWB geregelten Befugnisse der deutschen Kartellbehörden sind aufgrund der Regelung in Art. 5 S. 1 VO 1/2003 (Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden für die Anwendung von Art. 81 und 82 EG) eng an die entsprechenden Befugnisnormen der VO 1/2003 angelehnt. Insofern kann auf die dort angestellten Überlegungen verwiesen werden.

▶	Abstellung und nachträgliche Feststellung von Zuwiderhandlungen (§ 32 GWB)
	<ul style="list-style-type: none"> ○ entspricht weitgehend Art. 7 VO 1/2003 ○ umfasst – trotz nicht eindeutigen Wortlauts von Abs. 2 – auch Maßnahmen struktureller Art
▶	Einstweilige Maßnahmen (§ 32a GWB)
	<ul style="list-style-type: none"> ○ entspricht weitgehend Art. 8 VO 1/2003 ○ weitere einstweilige Maßnahmen in Form einer einstweiliger Anordnungen nach § 60 GWB
▶	Verpflichtungszusagen (§ 32b GWB)
	<ul style="list-style-type: none"> ○ entspricht weitgehend Art. 9 VO 1/2003
▶	Kein Anlass zum Tätigwerden (§ 32c GWB)
	<ul style="list-style-type: none"> ○ entspricht weitgehend Art. 10 VO 1/2003 (sog. Negativattest) ○ kein Anspruch auf Sachentscheidung durch das Kartellamt (Ausn.: § 3 Abs. 2 S. 1 GWB)
▶	Entzug der Freistellung (§ 32d GWB)
	<ul style="list-style-type: none"> ○ entspricht weitgehend Art. 29 VO 1/2003
▶	Untersuchung einzelner Wirtschaftszweige (§ 32e GWB)
	<ul style="list-style-type: none"> ○ entspricht weitgehend Art. 17 VO 1/2003 ○ Enquetebefugnis zur Untersuchung bestimmter Wirtschaftszweige

¹²¹ Die materiellrechtlichen Grundlagen des Kartellzivilverfahrens werden im Kapitel „Zivilrechtliche Rechtsfolgen“ behandelt, siehe oben S. 55 ff.

§ 34 GWB ermöglicht es den Kartellbehörden zudem, den durch einen Kartellverstoß erlangten wirtschaftlichen Vorteil wieder abzuschöpfen. Hierbei handelt es sich um eine rein verwaltungsrechtliche Maßnahme, durch die sichergestellt werden soll, dass der wirtschaftliche Vorteil des Kartellverstoßes nicht beim Täter verbleibt. Die **Vorteilsabschöpfung** unterliegt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 34 Abs. 3 GWB) und ist gegenüber den individuellen Schadensersatzansprüchen Dritter subsidiär (§ 34 Abs. 2 GWB).

2. Grundzüge des Kartellverwaltungsverfahrens

Kartellbehörden werden gem. § 54 Abs. 1 S. 1 GWB auf Antrag oder von Amts wegen tätig. Um die Anonymität des Beschwerdeführers zu schützen (sog. Ross-und-Reiter-Problematik), kann ein Verfahren auch auf ein entsprechendes Ersuchen von Amts wegen eingeleitet werden. Es gilt das **Opportunitätsprinzip**, d. h. die Kartellbehörde entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen, ob sie ein Verfahren eröffnet. Kartellverwaltungsverfahren i.S.d. § 54 Abs. 1 GWB sind auf den Erlass einer auf die §§ 32-32e, 34 GWB gestützten Verfügung gerichtet.

Das Kartellverwaltungsverfahren ist weitgehend justizförmig ausgestaltet. Seine Beteiligten ergeben sich aus § 54 Abs. 2 GWB. Die Kartellbehörde gibt den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 56 Abs. 1 GWB), wahrt ihre Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse (§ 56 Abs. 3 S. 2 GWB), kann ermitteln und Beweis erheben (§ 57 GWB), beschlagnahmen (§ 58 GWB) und Auskünfte verlangen (§ 59 GWB). Entscheidungen der Kartellbehörde ergehen als Verfügungen mit Begründung und Rechtsmittelbelehrung (§ 61 Abs. 1 S. 1 GWB). Sie sind im Rahmen des § 62 GWB bekannt zu machen.

Gegen Verfügungen der Kartellbehörde i.S.d. § 61 Abs. 1 S. 1 GWB ist gem. § 63 Abs. 1, 4 S. 1 GWB die **Beschwerde** zum zuständigen OLG statthaft. Die Beschwerde hat nur in den Fällen des § 64 Abs. 1 GWB aufschiebende Wirkung. Form und Frist der Beschwerde sind in § 66 GWB normiert. Das Beschwerdegericht entscheidet durch Beschluss (§ 71 GWB). Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist unter den Voraussetzungen der §§ 74, 76 GWB die **Rechtsbeschwerde** zum BGH statthaft.

3. Grundzüge des Kartellordnungswidrigkeitenverfahrens

§ 81 GWB enthält eine Auflistung von Verstößen gegen kartellrechtliche Vorschriften oder behördliche Anordnungen, deren vorsätzliches oder fahrlässiges Begehen eine **Ordnungswidrigkeit** darstellt. Hervorzuheben sind der Verstoß gegen Art. 81 oder 82 EG (Abs. 1) und Zuwiderhandlungen gegen die §§ 1, 19 Abs. 1 und 20 Abs. 1 GWB (Abs. 2 Nr. 1).

Das **Bußgeldverfahren** richtet sich weitgehend nach dem OWiG. Die §§ 83 ff. GWB enthalten lediglich vorrangige Vorschriften zur Zuständigkeit und zum Instanzenzug. Zentrales Prinzip des Kartellordnungswidrigkeitenverfahrens ist die Unschuldsvermutung. Kartellrechtliche Bußgeldverfahren richten sich – abweichend vom europäischen Recht – vorrangig gegen natürliche Personen (§ 81 GWB, § 9 OWiG). Infolge einer Zurechnung kann unter den Voraussetzungen des § 30 OWiG jedoch auch eine Geldbuße gegen das Unternehmen selbst festgesetzt werden. § 130 OWiG sanktioniert zudem Aufsichtspflichtverletzungen des Unternehmensinhabers gegenüber seinen Mitarbeitern.

Rechtsbehelfe gegen Bußgeldentscheidungen sind der Einspruch (§§ 67 ff. OWiG) und die Rechtsbeschwerde (§ 79 OWiG). Abweichend vom OWiG sind für diese Rechtsbehelfe das OLG (§ 83 GWB) und der BGH (§ 84 GWB) zuständig.

§ 7 Kartellrechtliche Compliance

Compliance (Regelerfüllung) bezeichnet die Gesamtheit aller zumutbaren Maßnahmen, die das regelkonforme Verhalten eines Unternehmens, seiner Organisationsmitglieder und Mitarbeiter hinsichtlich der relevanten gesetzlichen Ge- und Verbote gewährleisten. *Compliance* kann sich auch auf gesellschaftliche, moralische und ethische Richtlinien erstrecken.

Kartellrechtliche *Compliance* kennzeichnet den Teilbereich der *Compliance*, der sich mit der Einhaltung kartellrechtlicher Regelungen befasst.¹²²

I. Notwendigkeit kartellrechtlicher Compliance

Kartellrechtliche *Compliance*-Maßnahmen dienen dem Aufbau und der Aufrechterhaltung einer Unternehmenskultur, die eine Tätigkeit des Unternehmens auf der Grundlage wirtschaftlicher Freiheit und Gleichheit gewährleistet. Sie helfen zudem, das Risiko von Kartellverstößen zu reduzieren, die für das betroffene Unternehmen und seine Mitarbeiter erhebliche negative Folgen haben können:

- **Bußgeldrisiko.** Bußgelder können im europäischen und deutschen Kartellrecht bis zu zehn Prozent des weltweiten Gesamtumsatzes eines Unternehmens erreichen.

Saint Gobain	2008	€ 896 Mio.	Pilkington	2008	€ 370 Mio.
Microsoft	2004	€ 497 Mio.	Sasol	2008	€ 318 Mio.
ThyssenKrupp	2007	€ 479 Mio.	ENI	2001	€ 272 Mio.
Hofmann-La Roche	2001	€ 462 Mio.	Lafarge	2002	€ 249 Mio.
Siemens	2007	€ 418 Mio.	BASF	2001	€ 236 Mio.

Bußgelder sind (zumindest in Höhe ihrer Ahndungsfunktion) nicht als Betriebsausgaben steuerlich abzugsfähig (§ 4 Abs. 5 Nr. 8 EStG).

Das mitgliedstaatliche Kartellrecht kennt auch die individuelle Sanktionierung von Organen und Angestellten eines Unternehmens aufgrund deren Beteiligung am Kartellverstoß oder der Verletzung einer Aufsichtspflicht (z. B. § 81 GWB i.V.m. §§ 9, 14, 130 OWiG). Bisher keine Möglichkeit der D&O-Versicherung.

- **Schadensersatzrisiko.** Der Umfang von Schadensersatzansprüchen kann das Bußgeldrisiko noch deutlich übertreffen. Schadensersatzansprüche nehmen auch in Europa an Bedeutung zu.
- **Strafrechtliches Risiko.** Kartellverstöße sind in einigen Staaten ein Bestandteil der Wirtschaftskriminalität. Deutschland kennt z. B. die Strafbarkeit wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen, § 298 StGB. Nach Auffassung des BGH können Preisabsprachen auch den Betrugstatbestand, § 263 StGB, erfüllen.
- **Unwirksamkeitsfolge.** Verträge, die gegen das Kartellrecht verstoßen, sind unwirksam und können gerichtlich nicht durchgesetzt werden. Aufwendige Neuverhandlungen sind erforderlich.
- **Reputationsverlust.** (Wiederholte) Kartellverstöße können die Glaubwürdigkeit eines Unternehmens ernsthaft in Frage stellen.
- **Verfahrenskosten.** Kartellrechtliche Bußgeld- und Schadensersatzverfahren können Jahre andauern. Sie binden erhebliche personelle und finanzielle Ressourcen.

¹²² Vgl. auch Lampert, BB 2002, 2237; Dreher, ZWeR 2004, 75; Pampel, BB 2007, 1636.

II. Elemente wirksamer kartellrechtlicher *Compliance*

1. Implementierung eines kartellrechtlichen *Compliance*-Programms

Die Initiative zur Implementierung eines kartellrechtlichen *Compliance*-Programms sollte unmittelbar von der Unternehmensleitung ausgehen. Den Auftakt bildet zumeist ein sog. *Mission Statement*, d. h. ein Bekenntnis der Geschäftsführung (im Namen des Unternehmens) zu kartellrechtskonformem Verhalten.

2. Kartellrechtliche Standortbestimmung

Dem Beschluss zur Implementierung eines kartellrechtlichen *Compliance*-Programms sollte eine Standortbestimmung folgen. Sie dient der Ermittlung des kartellrechtlichen *Status quo*. Nur wer die kartellrechtliche Gefährdungslage seines Unternehmens kennt, kann geeignete *Compliance*-Maßnahmen ergreifen, um die Risiken eines (erneuten) Kartellverstoßes zu reduzieren.

Die kartellrechtliche Standortbestimmung setzt eine systematische Überprüfung aller Unternehmensbereiche voraus. Dazu sind regelmäßig Gespräche mit den einzelnen Bereichsleitern zu führen. Diese Gespräche sollten dokumentiert werden, um den Beurteilungsprozess transparent zu gestalten.

3. Umsetzung eines kartellrechtlichen *Compliance*-Programms

Aus den Ergebnissen der kartellrechtlichen Standortbestimmung ergeben sich die weiteren Elemente, die ein wirksames kartellrechtliches *Compliance*-Programm für das betreffende Unternehmen enthalten sollte. Hierzu gehören unter anderem (nicht abschließend):

- Schulungen

Schulungen dienen vordergründig der Wissensvermittlung. So kann das Bewusstsein der Mitarbeiter eines Unternehmens für kartellrechtliche Risikosituationen geschärft werden. Sie können außerdem dazu genutzt werden, um Verhaltensregeln für kartellrechtliche Standardsituationen einzuführen (z. B. Einbindung der Rechtsabteilung in bestimmte Wettbewerbskontakte).

- *Compliance Manual*

In den meisten Fällen lohnt es sich, über die Erstellung eines *Compliance*-Handbuchs nachzudenken. In ihm können die unternehmensspezifischen kartellrechtlichen Gefahrenbereiche noch einmal anhand von konkreten Beispielen erläutert werden. Das Handbuch dient vor allem der Verfestigung des in den Schulungen vermittelten Wissens.

- *Compliance Officer*

Der *Compliance Officer* ist eine grundsätzlich unabhängige, objektive und weisungsfreie Institution in einem Unternehmen, der sich (unter Rückgriff auf die Rechtsabteilung und externe Anwälte) mit der Vorbereitung, Durchführung und Kontrolle sämtlicher Maßnahmen der (kartellrechtlichen) *Compliance* befasst.

- *Compliance Audit*

Jedes *Compliance*-Programm ist nur so gut, wie die Kontrollen, mit deren Hilfe es überwacht wird. Als Audit (lat. „Anhörung“) werden Gespräche bezeichnet, die kontinuierlich, in regelmäßigen oder unregelmäßigen Abständen stattfinden, um die Umsetzung der *Compliance*-Vorgaben im Unternehmen zu kontrollieren.

§ 8 Zusammenschlusskontrolle

Neben dem Kartellverbot und der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen handelt es sich bei der Zusammenschlusskontrolle um den dritten großen Teilbereich des europäischen und deutschen Kartellrechts. Er überwacht den Prozess des Zusammenschlusses von Unternehmen zu einer neuen wirtschaftlichen Einheit unter Aufgabe ihrer ursprünglichen wettbewerblichen Selbstständigkeit. Zweck der Zusammenschlusskontrolle ist es, dem Entstehen von Marktstrukturen entgegenzutreten, durch welche der Wettbewerb auf dem vom Zusammenschluss betroffenen Markt (erheblich) geschwächt wird.¹²³

Die Zusammenschlusskontrolle richtet sich jedoch nicht gegen jegliches Unternehmenswachstum. Vergrößert sich ein Unternehmen aus eigener Kraft heraus (**internes Wachstum**) und erlangt oder verstärkt es hierdurch (s)eine marktbeherrschende Stellung, so ist dieses Unternehmen „nur“ der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen unterworfen. Anders jedoch bei einem **externen Wachstum** durch den Zusammenschluss mehrerer ursprünglich selbstständiger Unternehmen. Externes Unternehmenswachstum führt zu einer Bündelung von Wettbewerbskräften. Zumindest ein Wettbewerber scheidet durch den Zusammenschluss regelmäßig aus dem Markt aus. Der Wettbewerbsdruck auf die neue wirtschaftliche Einheit sinkt. Um die mit externem Unternehmenswachstum einhergehenden Gefahren für den Wettbewerb zu kontrollieren, unterliegen Unternehmenszusammenschlüsse sowohl im europäischen als auch im deutschen Kartellrecht einer präventiven (Fusions-)Kontrolle in Form eines (Vollzugs-)Verbots mit Erlaubnisvorbehalt.

I. Zusammenschlusskontrolle des europäischen Kartellrechts

Die Zusammenschlusskontrolle des europäischen Kartellrechts ist in der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (FKVO) geregelt. Sie soll vor allem gewährleisten, dass Umstrukturierungsprozesse nicht zu einer dauerhaften Schädigung der Wettbewerbsstruktur im Gemeinsamen Markt führen (ErwG 5 zur FKVO).

Prüfungsschema:

1. Anwendbarkeit des europäischen Fusionskontrollrechts
 - Abgrenzung zur mitgliedstaatlichen Fusionskontrolle (Art. 1 u. 21 Abs. 3 S. 1 FKVO iVm. § 35 Abs. 3 GWB)
 - extritoriale Anwendbarkeit (Auswirkungsprinzip)
2. **Zusammenschluss** im Sinne des Art. 3 FKVO (sog. Aufgreifstatbestand)
 - durch Fusion im engeren Sinne (Abs. 1 lit. a)
 - durch Kontrollerwerb (Abs. 1 lit. b, Abs. 2)
 - Gegenstand des Kontrollerwerbs
 - Adressaten des Kontrollerwerbs
 - Mittel des Kontrollerwerbs
 - durch Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens (Abs. 1 lit. b, Abs. 4)
 - Ausnahmen vom Zusammenschlussbegriff (Abs. 5)

¹²³ Siehe ausführlicher zur Rolle der Zusammenschlusskontrolle in einer (Kartell-)Rechtsordnung die Ausführungen bei Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, S. 528 ff.

3. **Gemeinschaftsweite Bedeutung** des Zusammenschlusses gem. Art. 1 FKVO (sog. Aufgreifschwelle(n))
- Bestimmung der beteiligten Unternehmen iSv. Art. 1 u. Art. 5 FKVO
 - Umsatzberechnung gem. Art. 5 FKVO
 - Relevanz des letzten Geschäftsjahrs vor Antrag (Art. 5 Abs. 1 S. 1 FKVO)
 - Abzug umsatzbezogener Steuern (Art. 5 Abs. 1 S. 1 FKVO)
 - Zurechnung der Konzernumsätze (Art. 5 Abs. 4 FKVO)
 - Abzug des Konzerninnenumsatzes, sog. *captive use* (Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 FKVO)
 - primäre gemeinschaftsweite Bedeutung gem. Art. 1 Abs. 2 FKVO (Test 1)
 - weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen größer als € 5 Mrd. und
 - mind. zwei der beteiligten Unternehmen mit einem gemeinschaftsweiten Gesamtumsatz von jeweils mehr als € 250 Mio. und
 - Zweidrittelklausel
 - sekundäre gemeinschaftsweite Bedeutung gem. Art. 1 Abs. 3 FKVO (Test 2)
 - weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen größer als € 2,5 Mrd. und
 - Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in mind. drei Mitgliedstaaten jeweils größer als € 100 Mio. und
 - mind. zwei der beteiligten Unternehmen mit einem gemeinschaftsweiten Gesamtumsatz von jeweils mehr als € 100 Mio. und
 - mind. zwei der beteiligten Unternehmen mit einem Gesamtumsatz von jeweils mehr als € 25 Mio. in jedem von mind. drei der nach Ziffer (2) ermittelten Mitgliedstaaten und
 - Zweidrittelklausel
4. Berücksichtigung besonderer Verweisungsregeln
- Zuständigkeit der Kommission + Anwendbarkeit der FKVO auch ohne gemeinschaftsweite Bedeutung auf Antrag der beteiligten Unternehmen (Art. 4 Abs. 5 FKVO)
 - Zuständigkeit der Kommission + Anwendbarkeit der FKVO auch ohne gemeinschaftsweite Bedeutung auf Antrag eines Mitgliedstaats (Art. 22 Abs. 1 FKVO)
 - Verweisung an mitgliedstaatliche Kartellbehörde trotz gemeinschaftsweiter Bedeutung bei hauptsächlichlichen Auswirkungen auf einen Mitgliedstaat (Art. 4 Abs. 4 FKVO)
 - Verweisung an mitgliedstaatliche Kartellbehörde bei nationalem Sondermarkt auf Antrag eines Mitgliedstaats (Art. 9 FKVO)
 - zusätzliche mitgliedstaatliche Zusammenschlusskontrolle bei berechtigten Sonderinteressen (Art. 21 Abs. 4 FKVO)
5. **Vereinbarkeit des Zusammenschlusses** mit dem Gemeinsamen Markt gem. Art. 2 FKVO (sog. Eingreiftatbestand)
- Abgrenzung des sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markts¹²⁴
 - Behinderung wirksamen Wettbewerbs (sog. SIEC-Test)
 - Einzelmarktbeherrschung
 - Oligopolmarktbeherrschung
 - unilaterale Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle

¹²⁴ Siehe zur Abgrenzung des relevanten Markts oben, S. 14 f.

- Erheblichkeit der Wettbewerbsbehinderung
 - auf dem Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben
6. Rechtsfolgen

1. Grundlagen der europäischen Zusammenschlusskontrolle

a) Verhältnis der FKVO zu den Wettbewerbsregeln der Art. 81 und 82 EG

Nach der Rechtsprechung des EuGH in Sachen *BAT & Reynolds* und *Continental Can* sind die Art. 81 und 82 EG auch auf bestimmte Arten von Unternehmenszusammenschlüssen anwendbar. Dies ergibt sich bereits aus normhierarchischen Gründen, da die sekundärrechtliche FKVO nicht in der Lage ist, die Unanwendbarkeit der primärrechtlichen Art. 81 und 82 EG auf Unternehmenszusammenschlüsse wirksam anzuordnen.

In seinem *BAT- & Reynolds*-Entscheidung hat der Gerichtshof **Art. 81 EG** auf einen Unternehmenszusammenschluss mit der Begründung angewandt, dass auch der Erwerb einer Kapitalbeteiligung an einem Konkurrenten wettbewerbsbeschränkend sein könne, wenn er dazu geeignet ist, das geschäftliche Verhalten des Konkurrenten in einer für den Wettbewerb negativen Art und Weise zu beeinflussen.¹²⁵ In vergleichbarer Weise entschied der EuGH in seinem *Continental-Can*-Urteil, indem er den Erwerb einer Unternehmensbeteiligung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen im konkreten Fall als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. **Art. 82 EG** in Form des Marktstrukturmissbrauchs ansah.¹²⁶

Ob der EuGH diese Rechtsprechung, die vor Inkrafttreten der (ersten) FKVO ergangen ist, auch zum heutigen Zeitpunkt aufrecht erhalten würde, ist ungeklärt.¹²⁷ Art. 21 Abs. 1 Hs. 2 FKVO verhindert jedoch faktisch – im Interesse der Rechtsicherheit – eine Doppelkontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, indem er die VO 1/2003 auf Zusammenschlüsse im Sinne des Art. 3 FKVO für unanwendbar erklärt.¹²⁸

b) Verhältnis der FKVO zu den Wettbewerbsregeln der Art. 81 und 82 EG

Im Anwendungsbereich der europäischen Zusammenschlusskontrolle, d.h. bei gemeinschaftsweiter Bedeutung des Zusammenschlussvorhabens, gilt grundsätzlich ausschließlich die FKVO bei einer ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission (Art. 21 Abs. 2 und Abs. 3 UAbs. 1 FKVO). Das mitgliedstaatliche Kartellrecht ist insofern nicht anwendbar (§ 35 Abs. 3 GWB).

Den Mitgliedstaaten ist es jedoch gem. Art. 21 Abs. 4 UAbs. 1 FKVO erlaubt, geeignete Maßnahmen zum Schutz anderer berechtigter Interessen zu treffen, soweit diese mit den allgemeinen Grundsätzen und den übrigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts vereinbar sind. Außerdem sei bereits an dieser Stelle auf die verfahrensrechtlichen Verweisungsmöglichkeiten in Fusionssachen hingewiesen.¹²⁹

¹²⁵ EuGH, Urt. v. 17.11.1987, Slg. 1987, S. 4487 ff., Tz. 37 f. – *BAT & Reynolds*.

¹²⁶ EuGH, Urt. v. 21.02.1973, Slg. 1973, S. 215 ff., Rn. 25 f. – *Continental Can*. Die Reichweite einer Zusammenschlusskontrolle durch Art. 82 EG ist jedoch begrenzt, da die Verbotsnorm das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung voraussetzt.

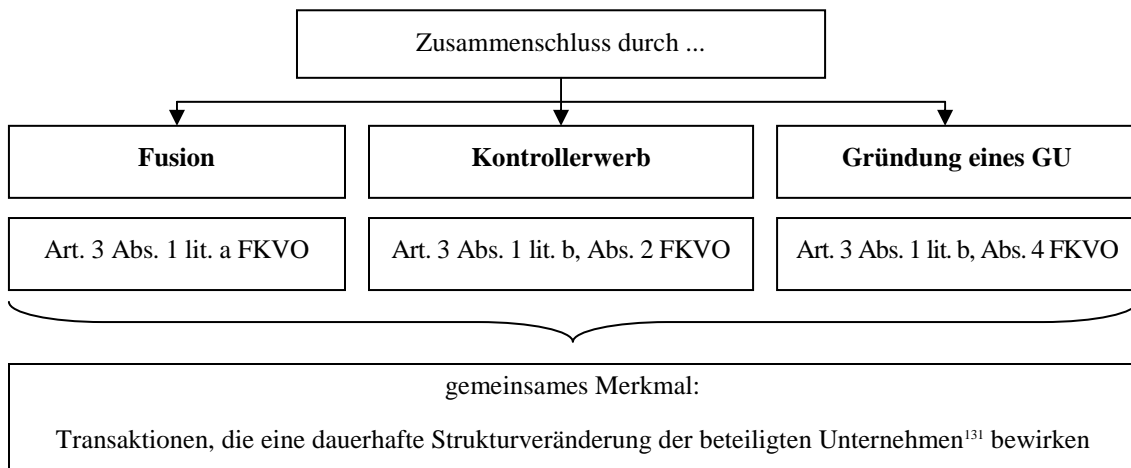
¹²⁷ Ausführlich hierzu: *Immenga/Mestmäcker/Körber*, Wettbewerbsrecht EG, Teil 2, Einleitung FKVO, Rn. 9 ff. und 45 ff.

¹²⁸ Umstritten ist in diesem Zusammenhang vor allem, ob die Wettbewerbsregeln der Art. 81 und 82 EG über die Befugnisnorm des Art. 85 EG anwendbar sind. Da diese Vorschrift der Kommission jedoch im Vergleich zur VO 1/2003 nur eingeschränkte Rechte einräumt, spielt die Streitfrage in der Rechtspraxis eine nur untergeordnete Rolle.

¹²⁹ Siehe hierzu oben, S. 11 und näher unten.

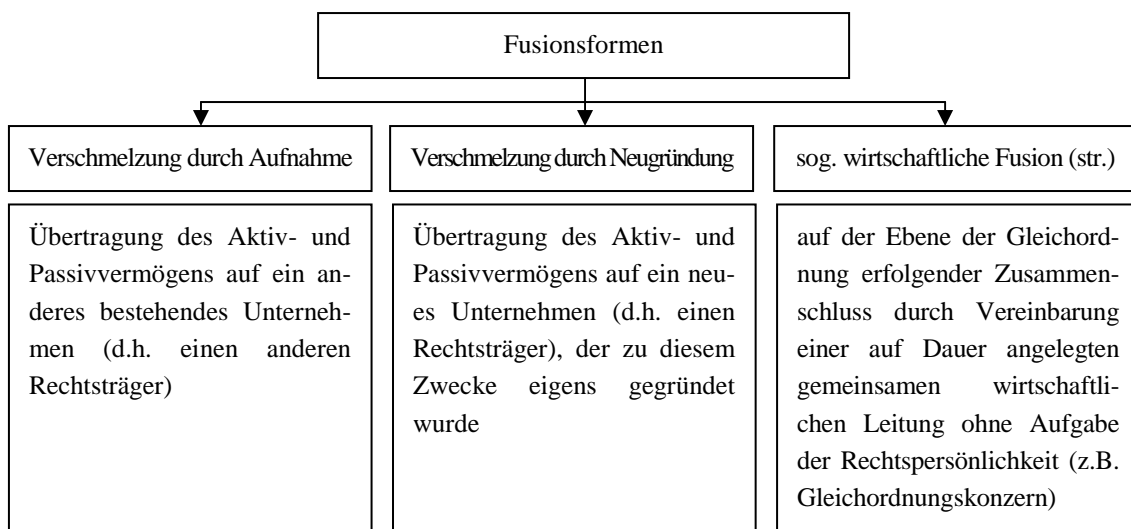
2. Zusammenschlussbegriff (Art. 3 FKVO)

Die europäische Zusammenschlusskontrolle ist gemäß Art. 3 FKVO nur dann anwendbar, wenn es sich um einen Zusammenschluss von Unternehmen handelt, der zu einer dauerhaften Veränderung der Kontrolle zwischen den beteiligten Unternehmen führt. Art. 3 FKVO differenziert dabei zwischen zwei Erscheinungsformen des Zusammenschlusses, der Fusion und dem Kontrollerwerb (einschließlich seiner Sonderform: der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens).¹³⁰



a) Fusion (Art. 3 Abs. 1 lit. a FKVO)

Eine Fusion im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. a FKVO ist dann gegeben, wenn zwei oder mehrere bisher voneinander unabhängige Unternehmen unter zumindest teilweiser Aufgabe ihrer ursprünglichen Rechtspersönlichkeit zu einem neuen Unternehmen verschmelzen.



¹³⁰ Insofern spiegelt der Begriff der „Fusionskontrolle“, der häufig – so z.B. in der Fusionskontrollverordnung – als Synonym für die Zusammenschlusskontrolle verwendet wird, nur einen Teilbereich der von der FKVO erfassten Zusammenschlussvorhaben wieder.

¹³¹ Der Begriff des Unternehmens wird in der FKVO nicht definiert, sondern auf der Grundlage einer gefestigten Kommissions- und Rechtsprechungspraxis vorausgesetzt. Er ist weitgehend identisch mit dem Unternehmensbegriff der Art. 81 und 82 EG.

b) **Kontrollerwerb (Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO)**

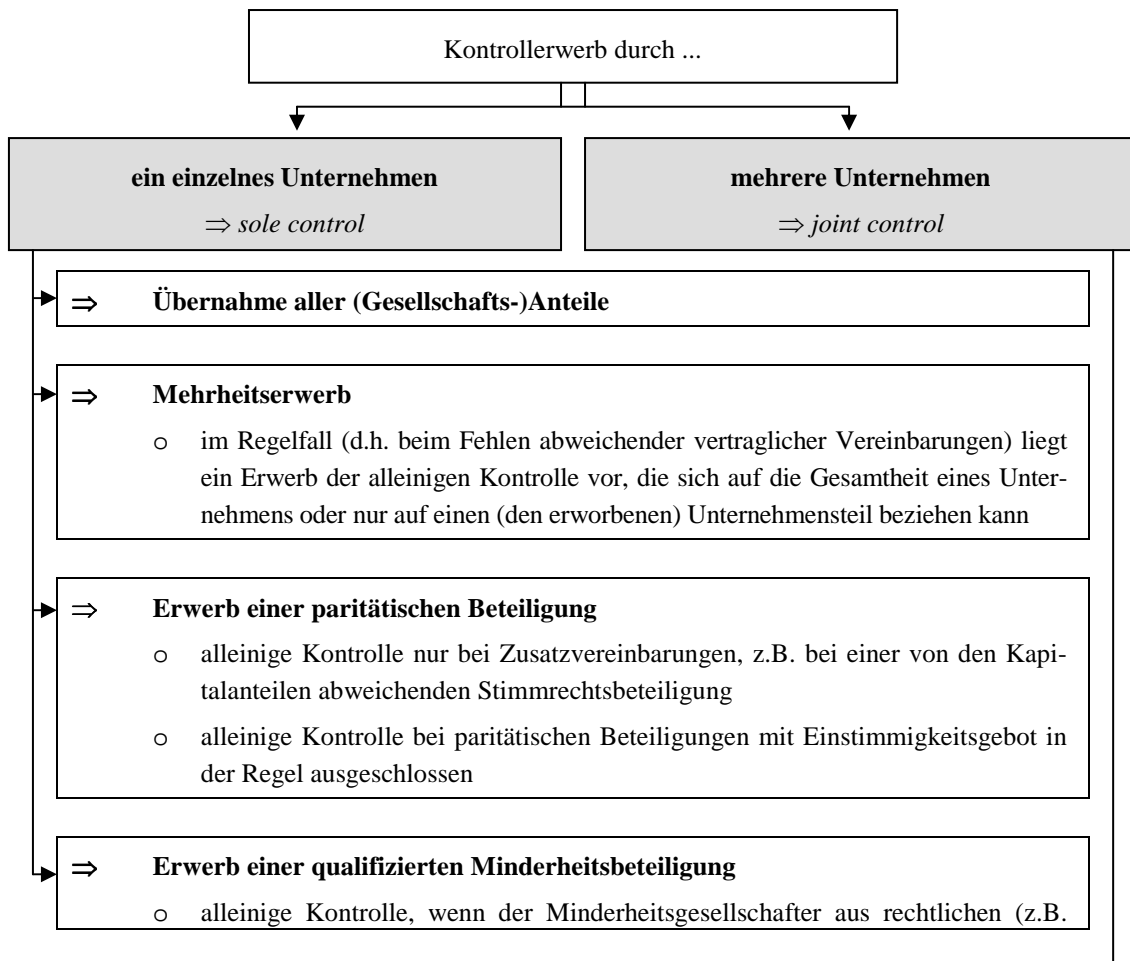
Kontrolle ist gem. Art. 3 Abs. 2 FKVO die **Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben**. Dieser bestimmende Einfluss rechtfertigt es, bisher getrennt genutzte Ressourcen zu einer neuen unternehmerischen Einheit zusammenzufassen und deren Auswirkungen auf den Wettbewerb zu untersuchen.

Umfangreiche Ausführungen zum Zusammenschlussbegriff finden sich in der *Konsolidierten Mitteilung der Kommission über Zuständigkeitsfragen* (veröffentlicht auf den Webseiten der Kommission). Die konsolidierte Mitteilung ersetzt die bisherige *Mitteilung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses der FKVO* (ABl. Nr. C 66/5) vom 02.03.1998, die *Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens nach der FKVO* (ABl. Nr. C 66/1) vom 02.03.1998, die *Mitteilung der Kommission über den Begriff der beteiligten Unternehmen in der FKVO* (ABl. Nr. C 66/14) vom 02.03.1998 und die *Mitteilung der Kommission über die Berechnung des Umsatzes im Sinne der FKVO* (ABl. Nr. C 66/25) vom 02.03.1998.

(1) **Gegenstand des Kontrollerwerbs**

Gegenstand des Kontrollerwerbs ist unternehmerisch genutztes Vermögen. Dieses Vermögen kann aus einem Unternehmen im Ganzen oder aus Unternehmensteilen bestehen. Der Begriff „Teil eines Unternehmens“ umfasst eine oder mehrere getrennte Rechtspersonen (z.B. Tochtergesellschaften) oder Geschäftsbereiche des Veräußerers; im Einzelfall auch besondere Vermögenswerte (z.B. Patente oder Lizenzen), die als solche ein Geschäft darstellen, dem ein bestimmter Umsatz auf dem Markt eindeutig zugeordnet werden kann.

(2) **Adressaten des Kontrollerwerbs**



durch den Erwerb von Vorzugsaktien, die eine Stimmrechtsmehrheit garantieren oder durch die Vereinbarung eines besonderen Vetorechts bei allen wesentlichen Entscheidungen) oder faktischen (z.B. bei verbleibenden Kapitalanteilen in Streubesitz) Gründen auf Dauer eine alleinige Kontrollmöglichkeit besitzt

⇒ **Paritätische Beteiligungen**

- klassischer Fall der gemeinsamen Kontrolle: 50% - 50%-Beteiligung bei Stimmgleichheit und ohne Sonderrechte eines Anteilseigners
- Bei paritätischen Beteiligungen < 50% ist gemeinsame Kontrolle gegeben, wenn die Minderheitsbeteiligten keine Einflussmöglichkeit auf die unternehmensrelevanten Entscheidungen haben.

⇒ **Disparitätische Beteiligungen**

- Einzelfallprüfung erforderlich
- Indiz für eine gemeinsame Kontrolle sind z.B. Vetorechte, mit denen ein Minderheitsgesellschafter wesentliche strategische Entscheidungen blockieren kann oder Poolvereinbarungen zur gemeinsamen Ausübung der Stimmrechte



Kontrolle kann gem. Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO durch Unternehmen oder durch (natürliche) Personen, die bereits mindestens ein Unternehmen kontrollieren, begründet werden. Mittelbarer Kontrollerwerb, d. h. Kontrollerwerb durch einen Treuhänder oder Strohmann, genügt gem. Art. 3 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 lit. b FKVO.

Die Kontrolle muss gem. Art. 3 Abs. 1 FKVO auf Dauer angelegt sein.¹³²

(3) Mittel des Kontrollerwerbs

Bestimmender Einfluss kann begründet werden:

- durch Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des erworbenen Unternehmens (Art. 3 Abs. 2 lit. a FKVO) → z.B. durch den Erwerb von Unternehmensbeteiligungen (Gesellschaftsanteilen) oder durch den Erwerb der *assets* eines Unternehmens
- durch Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren (Art. 3 Abs. 2 lit. b FKVO) → z.B. durch Betriebsüberlassungs-, Betriebsführungs- oder Beherrschungsverträge
- in sonstiger Weise (Generalklausel des Art. 3 Abs. 2 FKVO) → z.B. bei wirtschaftlicher Abhängigkeit aufgrund langfristiger Lieferbeziehungen, bei personellen Überschneidungen zwischen den Leitungsorganen des kontrollierenden und des kontrollierten Unternehmens

¹³² Siehe hierzu die *Konsolidierte Mitteilung der Kommission über Zuständigkeitsfragen* (veröffentlicht auf den Webseiten der Kommission), Rn. 28 ff.



Die Aufstockung einer Minderheits- auf eine Mehrheitsbeteiligung ist Kontrollerwerb, wenn der Minderheitsgesellschafter nicht bereits vorher (faktische) Kontrollmöglichkeiten besaß.

Der Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle (und *vice versa*) ist Kontrollerwerb, da sich die Qualität des Einflusses auf das beherrschte Unternehmen ändert. Dies gilt auch für sonstige Veränderungen der Kontrollbeschaffenheit.

Interne Reorganisationen eines Konzerns bilden keinen Zusammenschluss.

Mehraktige Zusammenschlussvorhaben werden zu einem (einzigem) einheitlichen Zusammenschluss i.S.d. FKVO zusammengefasst, wenn sie rechtlich oder wirtschaftlich eng miteinander verknüpft sind.

c) Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (Art. 3 Abs. 1 lit. b, Abs. 4 FKVO)

Auch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (sog. Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen)¹³³, stellt gem. Art. 3 Abs. 1 lit. b, Abs. 4 FKVO einen Zusammenschluss dar.

Näheres zum Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens findet sich in der *Konsolidierten Mitteilung der Kommission über Zuständigkeitsfragen*, Rn. 91 ff. (veröffentlicht auf den Webseiten der Kommission).

Erfüllt ein Gemeinschaftsunternehmen nicht alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit, so handelt es sich bei ihm um ein sog. Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen, welches nicht anhand der FKVO, sondern nach den Wettbewerbsregeln der Art. 81 und 82 EG (und ggf. nach dem mitgliedstaatlichen Fusionskontrollrecht) zu beurteilen ist.

d) Nicht erfasste Zusammenschlusstatbestände (Art. 3 Abs. 5 FKVO)

Art. 3 Abs. 5 FKVO kennt drei Zusammenschlusstatbestände, die nicht als Zusammenschluss im Sinne der FKVO gelten:

- Anteilserwerb durch Finanzinstitute (lit. a, sog. Bankenklausel)
- Kontrollerwerb zwecks Liquidation (lit. b, sog. Insolvenzklausele)
- Kontrollerwerb durch Beteiligungsgesellschaften (lit. c, sog. Luxemburgische Klausel)

¹³³ Ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen übt auf dem Markt alle **Funktionen** aus, **die auch von anderen, vergleichbaren Unternehmen auf diesem Markt wahrgenommen werden**. Es muss grundsätzlich über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und über ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen, um langfristig seine Tätigkeit ausüben zu können. (Mit-)Entscheidend für die Beurteilung ist auch, ob die Muttergesellschaften auch auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens tätig sind oder nicht und in welchem Umfang das Gemeinschaftsunternehmen Waren an die Muttergesellschaften verkauft oder von ihnen bezieht.

3. Gemeinschaftswerte Bedeutung eines Zusammenschlusses (Art. 1 FKVO)

Ein Zusammenschluss im Sinne des Art. 3 FKVO fällt nur dann in den Anwendungsbereich der europäischen Zusammenschlusskontrolle, wenn er gemeinschaftswerte Bedeutung gem. Art. 1 FKVO hat (sog. Umsatzschwellenmodell).

a) Gemeinschaftswerte Bedeutung aufgrund absoluter Größe (Art. 1 Abs. 2 FKVO)

Dreischrittprüfung:
(1) weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen größer als € 5 Mrd. <u>und</u>
(2) mind. zwei der beteiligten Unternehmen mit einem gemeinschaftswerten Gesamtumsatz von jeweils mehr als € 250 Mio. <u>und</u>
(3) Zweidrittelklausel: keine gemeinschaftswerte Bedeutung, wenn alle Beteiligten jeweils mehr als zwei Drittel des EG-Umsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen

b) Gemeinschaftswerte Bedeutung aufgrund Auswirkungen in mehreren Mitgliedstaaten (Art. 1 Abs. 3 FKVO)

Fünfschrittprüfung:
(1) weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen größer als € 2,5 Mrd. <u>und</u>
(2) Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in mind. drei Mitgliedstaaten jeweils größer als € 100 Mio. <u>und</u>
(3) mind. zwei der beteiligten Unternehmen mit einem Gesamtumsatz von jeweils mehr als € 25 Mio. in jedem von mind. drei der nach Ziffer (2) ermittelten Mitgliedstaaten <u>und</u>
(4) mind. zwei der beteiligten Unternehmen mit einem gemeinschaftswerten Gesamtumsatz von jeweils mehr als € 100 Mio. <u>und</u>
(5) Zweidrittelklausel: keine gemeinschaftswerte Bedeutung, wenn alle Beteiligten jeweils mehr als zwei Drittel des EG-Umsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen

c) „Beteiligte Unternehmen“ im Sinne des Art. 1 FKVO

Die Prüfung der Umsatzschwellen von Art. 1 FKVO kann erst dann erfolgen, wenn feststeht, welche Unternehmen an dem Zusammenschluss materiell beteiligt sind.¹³⁴ Dabei ist zu unterscheiden:

- Der oder die Erwerber und das erworbene Unternehmen / der erworbener Unternehmensteil¹³⁵ sind immer „beteiligte Unternehmen“ im Sinne des Art. 1 FKVO. Gleiches gilt für die fusionierenden Unternehmen in der Zusammenschlussform des Art. 3 Abs. 1 lit. a FKVO.

¹³⁴ Bei der Umsatzberechnung sind die *materiell beteiligten* Unternehmen zu ermitteln. Hiervon müssen die *formell beteiligten* Unternehmen unterschieden werden, die am Zusammenschlussvorhaben verfahrensmäßig beteiligt sind.

¹³⁵ Wird nur ein Unternehmensteil erworben, so ist Art. 5 Abs. 2 FKVO zu beachten: Nur der Unternehmensteil ist (materiell) beteiligtes Unternehmen, nur der auf ihn entfallende Umsatz ist im Rahmen von Art. 1 FKVO zu berücksichtigen.

- Der Veräußerer ist regelmäßig nicht „beteiligtes Unternehmen“ i.S.d. Art. 1 FKVO, da er die Kontrollmöglichkeit über das Transaktionsobjekt aufgegeben hat. Daraus folgt zugleich, dass der Veräußerer „beteiligtes Unternehmen“ ist, wenn er nach der Veräußerung weiterhin strukturell (mit-)beteiligt ist.¹³⁶
- Das künftig gemeinsam kontrollierte Unternehmen ist nur dann „beteiligtes Unternehmen“ im Sinne des Art. 1 FKVO, wenn es zum Zeitpunkt des Kontrollerwerbs bereits existiert.
- Bei Muttergesellschaften stellt sich die Frage eines Durchgriffs auf den Umsatz der Muttergesellschaften.

Siehe zum Begriff der beteiligten Unternehmen auch die *Konsolidierte Mitteilung der Kommission über Zuständigkeitsfragen* (veröffentlicht auf den Webseiten der Kommission), Rn. 129 ff.

d) Umsatzberechnung (Art. 5 FKVO)

Der Maßstab für die Berechnung des relevanten Umsatzes der an dem Zusammenschluss materiell beteiligten Unternehmen richtet sich nach Art. 5 FKVO:

- Relevanz des gesamten Umsatzes im letzten Geschäftsjahr vor dem Tag der Transaktion (Art. 5 Abs. 1 S. 1 FKVO)¹³⁷
- Abzug von Erlösschmälerungen und umsatzbezogenen Steuern (Art. 5 Abs. 1 S. 1 FKVO)
- Berücksichtigung der Umsätze aller verbundenen Unternehmen (Art. 5 Abs. 4 FKVO)
- keine Berücksichtigung des Konzerninnerumsatzes (Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 5 lit. a FKVO)
- Zurechnung des Umsatzes eines Gemeinschaftsunternehmens zu gleichen Teilen zu den Muttergesellschaften (Art. 5 Abs. 5 lit. b FKVO)

Weitere Einzelheiten zur Umsatzberechnung finden sich in der *Konsolidierten Mitteilung der Kommission über Zuständigkeitsfragen* (veröffentlicht auf den Webseiten der Kommission), Rn. 157 ff.

! Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO verhindert eine Umgehung der europäischen Zusammenschlusskontrolle durch eine „Salamitaktik“, indem er zwei oder mehr Erwerbsvorgänge, die innerhalb von zwei Jahren zwischen den gleichen Parteien stattfinden, als einen einheitlichen Zusammenschluss fingiert.

4. Abgrenzung des relevanten Markts

Bevor die Auswirkungen eines Zusammenschlussvorhabens auf den Wettbewerb überprüft werden können, ist es erforderlich, den relevanten Markt sachlich, räumlich und ggf. zeitlich abzugrenzen. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Zusammenschlusskontrolle eine präventive Funktion erfüllt, können weitgehend die allgemeinen Kriterien zur Marktabgrenzung herangezogen werden.¹³⁸

¹³⁶ Erforderlich ist, dass der Veräußerer die (Mit-)Kontrolle behält. Dies ist z. B. der Fall, wenn der (bisherige) Alleingesellschafter 50% der Gesellschaftsanteile seiner (bisherigen) Tochtergesellschaft an einen Drittwerber veräußert und die (bisherige) Tochtergesellschaft somit zu einem Gemeinschaftsunternehmen wird.

¹³⁷ Abweichend vom Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 S. 1 FKVO zieht die Kommission den aktuellen Umsatz eines Unternehmens heran, wenn dieser sich gegenüber dem Umsatz des letzten Geschäftsjahrs durch Ver- oder Zukäufe erheblich geändert hat. Art. 5 Abs. 3 FKVO enthält zudem Sonderregeln für die Umsatzberechnung bei Kredit- und Finanzinstituten sowie Versicherungsunternehmen.

¹³⁸ Siehe zur Abgrenzung des relevanten Markts oben, S. 14 f.

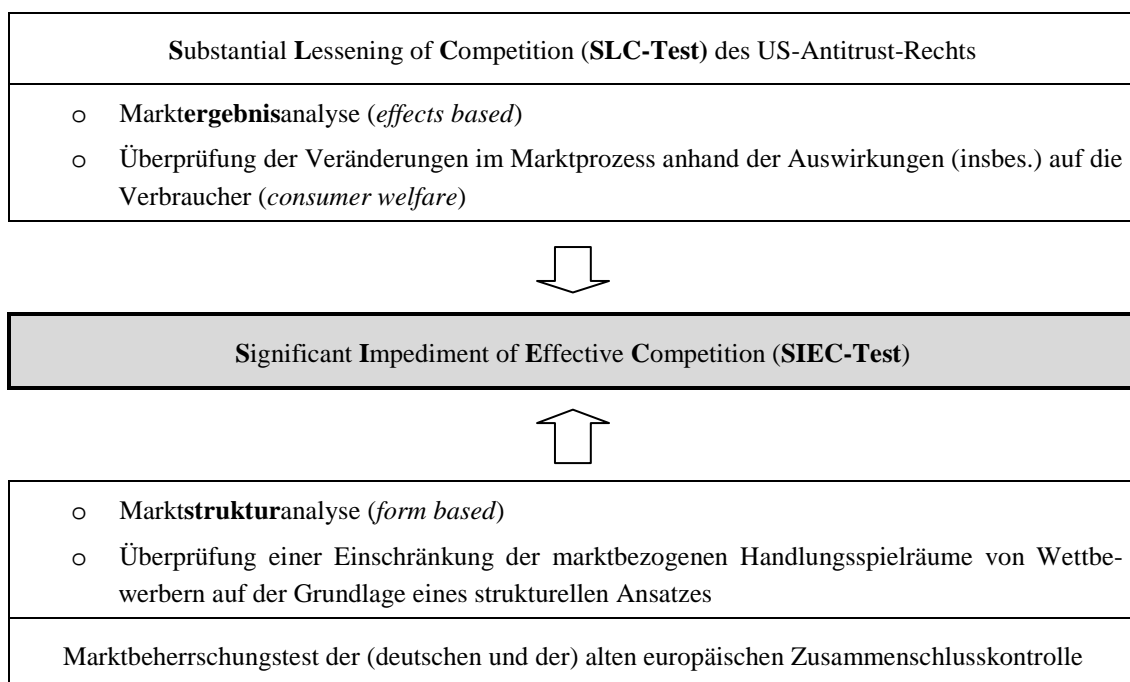
5. Untersagung und Freigabe von Zusammenschlüssen (Art. 2 FKVO)

Beurteilungsmaßstab für die Untersagung oder Freigabe eines Zusammenschlusses ist Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO.¹³⁹ Geplante Zusammenschlüsse sind mit dem Gemeinsamen Markt für unvereinbar zu erklären, wenn durch sie der **Wettbewerb** im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben **erheblich behindert würde, insbesondere durch die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.**

! Durch die im Mai 2004 in Kraft getretene „neue“ FKVO Nr. 139/2004 wurde der ursprüngliche Marktbeherrschungstest durch den sog. SIEC-Test (*significant impediment of effective competition*) ersetzt. Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bildet nur noch ein – wenn auch wesentliches – Anwendungsbeispiel der erheblichen Behinderung des Wettbewerbs.¹⁴⁰

a) Der SIEC-Test als (politischer) Kompromiss zwischen Marktbeherrschungs- und SLC-Test

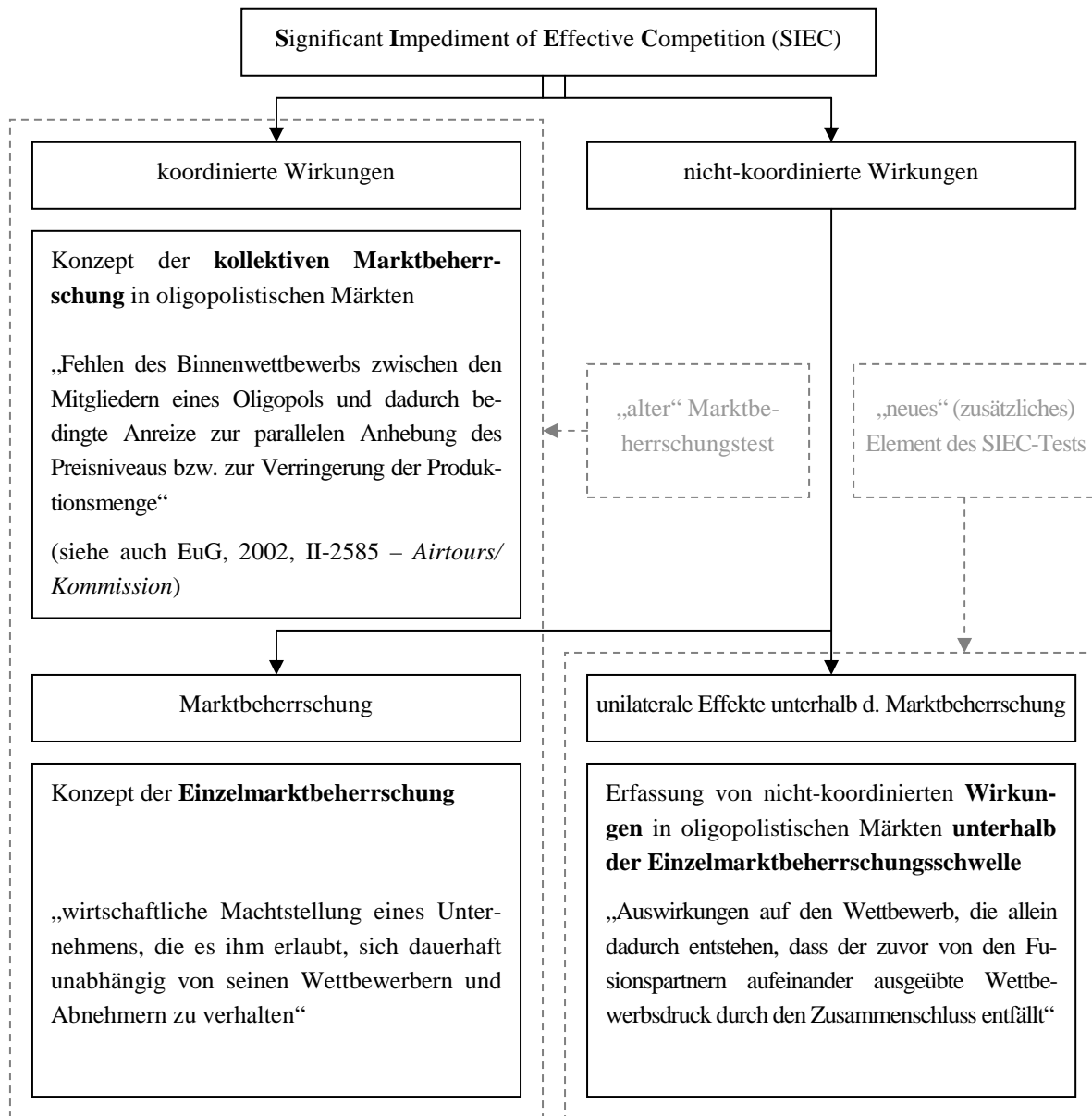
Durch die Neufassung der FKVO im Jahr 2004 sollte (auch) eine umstrittene Lücke des Marktbeherrschungstests bei der Erfassung von nicht-koordinierten Effekten im Oligopol unterhalb der Schwelle der Einzelmarktbeherrschung geschlossen werden. Einige der europäischen Staaten (Großbritannien, Irland) traten für die Einführung des US-amerikanischen SLC-Tests ein, während andere Mitgliedsstaaten (Deutschland, Italien) am Marktbeherrschungstest mangels Änderungsbedarfs festhalten wollten. Im Ergebnis einigte man sich auf den SIEC-Test, der einen Kompromiss zwischen SLC- und Marktbeherrschungstest darstellt.



¹³⁹ Ein weiteres Beurteilungskriterium findet sich für die Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens in Art. 2 Abs. 4 FKVO. Siehe hierzu unten, S. 88 f.

¹⁴⁰ Die Kommission weist jedoch in Erwägungsgrund 25 zur FKVO darauf hin, dass der Marktbeherrschungstest weiterhin den Regelfall bildet und der SIEC-Test nur dann zur Anwendung kommen soll, wenn es um die Beurteilung nicht-koordinierter Effekte unterhalb der Einzelmarktbeherrschung in oligopolistischen Märkten geht.

b) Bestandteile des SIEC-Tests



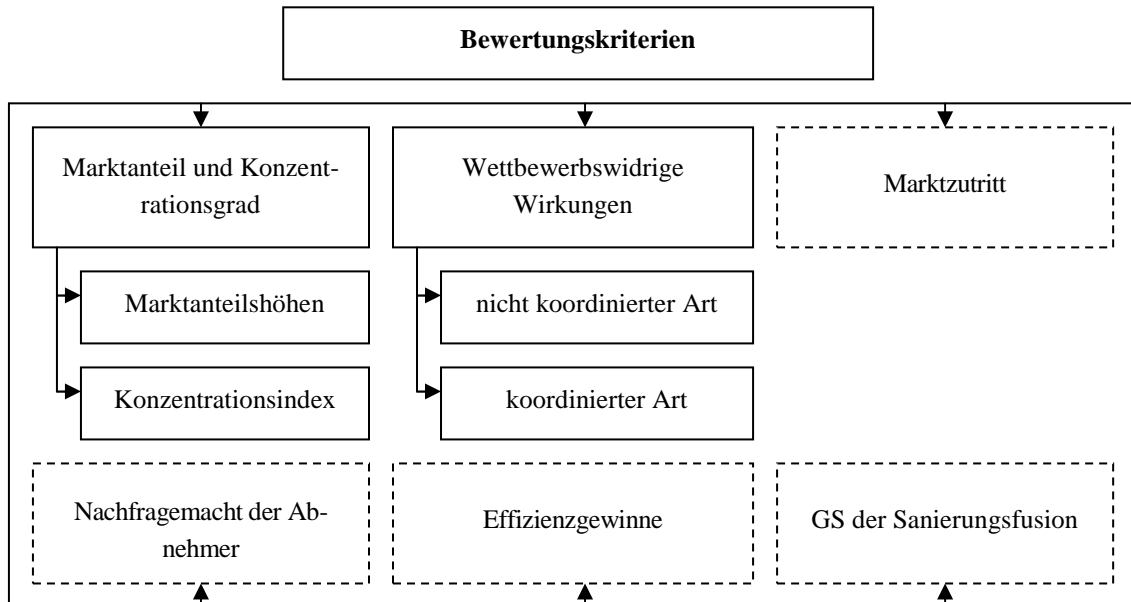
Leitsätze zum SIEC-Test:

(entspr. ErwG. 25, Gemeinsamer Erklärung von Rat und Kommission, Leitlinien für Horizontalzusammenschlüsse und *Airtours*)

- (1) Die materiellrechtliche Analyse eines Zusammenschlussvorhabens sollte mit dem **Regelbeispiel** der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung beginnen. Nur wenn das Regelbeispiel nicht erfüllt ist, wird die Generalklausel der erheblichen Wettbewerbsbehinderung geprüft.
- (2) Eine Untersagung kann außer auf (Einzel- und kollektive) Marktbeherrschung nur auf einseitige Effekte in oligopolistischen Märkten gestützt werden (ErwG 25 zur FKVO).
- (3) Das SIEC-Kriterium ist immer (umstr.) erfüllt, wenn die Voraussetzungen der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen. Effizienzgewinne werden berücksichtigt.

c) Kriterien zur Bewertung von Zusammenschlüssen

Eine – nicht abschließende – Aufzählung von Bewertungskriterien findet sich in Art. 2 Abs. 1 FKVO.



! Die einzelnen Bewertungskriterien gelten für den gesamten SIEC-Test, d.h. sowohl für den Marktbeherrschungstest als auch für die Überprüfung von oligopolistischen Märkten auf unilaterale Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsgrenze.

Näheres zur kartellrechtlichen Bewertung von Zusammenschlüssen findet sich in den *Leitlinien der Kommission zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen* (ABl. Nr. C 31/5) vom 05.02.2004 und in den *Leitlinien der Kommission zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen* (ABl. Nr. C 265/6) vom 18.10.2008.

(1) Marktanteil und Konzentrationsgrad

Die Marktanteile und der Konzentrationsgrad eines Marktes sind wesentliche und einfach zu ermittelnde Faktoren für die Marktstruktur und die wettbewerbliche Bedeutung der an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen und ihrer Wettbewerber.

(a) Marktanteilshöhen

- Marktanteil des „neuen“ Unternehmens $\leq 25\%$
 - Zusammenschluss im Regelfall – von außergewöhnlichen Umständen abgesehen – nicht geeignet, den Wettbewerb wirksam zu beeinträchtigen (*safe harbour*)
- Marktanteil des „neuen“ Unternehmens zwischen $> 25\%$ und $< 50\%$
 - Überprüfung zusätzlicher Kriterien erforderlich, z.B. Abstand zum nächstgrößten Wettbewerber, Existenz von Marktzutrittsschranken
- Marktanteil des „neuen“ Unternehmens $\geq 50\%$
 - Vermutung für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung (Regelfall)

Neben den Marktanteilen bewertet die Kommission regelmäßig den (Marktanteils-)Abstand zum nächsten Wettbewerber und die Veränderung der Marktanteile im Laufe der Zeit.

! Die Ermittlung und Bewertung der Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen steht am Anfang einer jeden Fusionskontrolle.

(b) Konzentrationsgrad

Der Konzentrationsgrad eines Marktes wird von der Kommission regelmäßig mittels des **Herfindahl-Hirschman-Indexes** (sog. HHI) bestimmt. Der HHI errechnet sich aus der Summe der Quadrate der Marktanteile sämtlicher Unternehmen des relevanten Marktes. Die absolute Höhe des HHI gibt einen ersten Anhaltspunkt für den Wettbewerbsdruck, der auf dem betreffenden Markt herrscht.

Bsp.: Im relevanten Markt sind die Wettbewerber A (50% Marktanteil), B (30% Marktanteil) und C (20% Marktanteil) tätig. Der HHI beträgt demnach 3.800 ($50^2 \times 30^2 \times 20^2$).

Der absolute HHI bewegt sich immer zwischen 0 (atomistischer Markt) und 10.000 (Monopol).

Die infolge eines Zusammenschlusses verursachte Änderung des HHI (sog. Delta) ist zudem ein Hinweis auf die durch den Zusammenschluss unmittelbar herbeigeführte Konzentrationsänderung.

Bsp.: Wettbewerber B und C fusionieren zum „neuen“ Unternehmen D. Der „neue“ HHI beträgt demnach 5.000 ($50^2 \times 50^2$). Die zusammenschlussbedingte Änderung des HHI beträgt 1.200. Sie ergibt sich aus der Differenz zwischen neuem HHI (5.000) und altem HHI (3.800). Sie kann auch durch die Verdoppelung des Produkts der Marktanteile der an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen errechnet werden ($2 \times 30 \times 20 = 1.200$).

Bewertung des Konzentrationsgrades im relevanten Markt

- Konzentrationsgrad nach dem Zusammenschluss < 1.000
 - Vermutung der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt (*safe harbour*)
- Konzentrationsgrad nach dem Zusammenschluss ≥ 1.000 und ≤ 2.000 und $\Delta < 250$ oder
- Konzentrationsgrad nach dem Zusammenschluss > 2.000 und $\Delta < 150$
 - Vermutung der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt, wenn nicht
 - ein potentieller Wettbewerber oder ein Einzelgänger mit „Störpotential“ oder ein Unternehmen mit hohem Innovationspotential am Zusammenschluss beteiligt ist
 - erhebliche Überkreuzbeteiligungen oder andere Anzeichen für eine Verhaltenskoordinierung bestehen
 - Marktanteil eines der beteiligten Unternehmen $\geq 50\%$ ist
- Konzentrationsgrad nach dem Zusammenschluss > 2.000 und $\Delta > 150$
 - Einzelfallprüfung erforderlich

(2) Wettbewerbswidrige Wirkungen

In Bezug auf die wettbewerbswidrigen Wirkungen eines Zusammenschlusses unterscheidet die Rechtspraxis zwischen nicht-koordinierten und koordinierten Effekten.

(a) Nicht-koordinierte Effekte

Nicht-koordinierte Effekte sind bei der Prüfung einer Einzelmarktbeherrschung und bei der Überprüfung von Oligopolmärkten auf unilaterale Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsgrenze relevant.

Letztgenannte unilaterale Effekte liegen vor, wenn die Fusionspartner nach dem Zusammenschluss, obwohl durch ihn keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wurde, trotzdem die Möglichkeit haben, Preise zu erhöhen oder den Output zu verringern, ohne dass Wettbewerber die Möglichkeit oder den Anreiz haben, die Lücke zu schließen und die nachteiligen Wirkungen für die Verbraucher auszugleichen.¹⁴¹

Indizien für das Vorliegen nicht-koordinierter Effekte:	
⇒	<p>hoher Marktanteil der fusionierenden Unternehmen</p> <p><i>These: Mit zunehmender Größe der Absatzbasis (= Marktanteil), auf der höhere Gewinnspannen nach der Preiserhöhung erzielt werden können, wird es auch wahrscheinlicher, dass die fusionierenden Unternehmen eine Preiserhöhung trotz der damit einhergehenden Absatzverringering als gewinnbringend ansehen.</i></p>
⇒	<p>fusionierende Unternehmen sind nahe Wettbewerber</p> <p><i>These: Mit zunehmender Substituierbarkeit zwischen den Produkten der fusionierenden Unternehmen wird es wahrscheinlicher, dass diese ihre Preise nach dem Zusammenschluss spürbar erhöhen. Gleiches gilt für hohe Gewinnspannen vor dem Zusammenschluss.</i></p>
⇒	<p>begrenzte Möglichkeiten der Abnehmer, zu anderen Anbietern überzuwechseln</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ geringe Anzahl alternativer Anbieter ○ hohe Umstellungskosten
⇒	<p>Beseitigung einer wichtigen Wettbewerbskraft (sog. <i>Maverick</i>) durch den Zusammenschluss</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ z.B. beim Zusammenschluss zweier Innovatoren auf innovationsgeprägten Märkten
⇒	<p>Erhöhung des Angebots durch die Wettbewerber bei Preiserhöhungen unwahrscheinlich</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ z.B. durch bestehende Kapazitätsengpässe bei Wettbewerbern ○ z.B. durch hohe Kosten für Kapazitätserweiterungen
⇒	<p>Fähigkeit der fusionierenden Unternehmen, Wettbewerber am Wachstum zu hindern</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ z.B. durch Kontrolle über den Bezug von Einsatzmitteln oder die Vertriebsmöglichkeiten ○ z.B. durch Kontrolle über Patente oder andere Formen des geistigen Eigentums

¹⁴¹ Hierbei kann es sich um eine Konstellation handeln, in der sich der Zweite und der Dritte in einem (engen) Oligopol zusammenschließen, die beide nach dem Zusammenschluss immer noch kleiner als der Marktführer sind. In einer solchen Situation ist die Koordinierungsgefahr aufgrund des bestehenden Marktanteilsgefälles häufig nicht nachweisbar. Wird das neue Unternehmen nach dem Zusammenschluss Marktführer, kann der Abstand zum nächsten Wettbewerber zu gering sein, um von einer Einzelmarktbeherrschung ausgehen zu können. Hier findet sich die (umstr.) Lücke im bisherigen Marktbeherrschungstest.

(b) Koordinierte Effekte

Koordinierte Effekte treten zumeist in (engen) Oligopolen auf.¹⁴² Innerhalb hoch konzentrierter Märkte kann ein Zusammenschluss durch die bloße Verringerung der Anzahl der Marktteilnehmer dazu führen, dass Wettbewerber ihr Verhalten selbständig, d.h. ohne eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise iSd. Art. 81 EG, aufeinander ausrichten (sog. *tacit or implicit collusion*) und damit ein gleichförmiges Verhalten im Oligopol herbeiführen (sog. bewusstes – wettbewerbsloses – Parallelverhalten).¹⁴³

Koordinierte Effekte werden vom Konzept der kollektiven Marktbeherrschung erfasst, das nach der *Airtours*-Entscheidung des EuG¹⁴⁴ die folgenden (kumulativen) Voraussetzungen hat:

⇒	Anreiz für koordiniertes Verhalten <i>These: Eine Übereinstimmung über Koordinierungsmodalitäten wird wahrscheinlicher, je weniger komplex und je stabiler das wirtschaftliche Umfeld im relevanten Markt ist.</i> <ul style="list-style-type: none"> ○ z.B. bei einem einzigen homogenen Produkt oder in einem Markt mit stabilen Angebots- und Nachfragebedingungen ○ z.B. bei einem relativ symmetrischen Aufbau der Wettbewerber hinsichtlich der Kostenstrukturen, Marktanteile, Kapazitäten oder des Ausmaßes der vertikalen Integration ○ z.B. bei strukturellen Verbindungen wie Überkreuzbeteiligungen oder personellen Verflechtungen in den Leitungs- und Aufsichtsorganen
⇒	Möglichkeit zur „Überwachung“ von Abweichungen <i>These: Märkte müssen hinreichend transparent sein, damit die koordinierenden Unternehmen rechtzeitig erkennen, wenn andere Unternehmen von den Modalitäten abweichen und ihr eigenes Verhalten daran ausrichten können.</i> <ul style="list-style-type: none"> ○ z.B. bei veröffentlichten Preisen (im Gegensatz zu individuell ausgehandelten Preisen)
⇒	wirksame Sanktions-/Abschreckungsmechanismen <ul style="list-style-type: none"> ○ im Falle eines entdeckten Abweichens muss(t)en wirksame Abschreckungsmechanismen mit hinreichender Sicherheit greifen ○ Abschreckungspotential muss Gewinnvorsprung des Abweichlers verhindern
⇒	kollektive wettbewerbliche Unabhängigkeit <ul style="list-style-type: none"> ○ d.h. das von der Koordinierung erwartete Ergebnis darf durch das Vorgehen aktueller und potentieller Wettbewerber oder durch die Nachfragemacht und die Ausweichmöglichkeiten von Abnehmern nicht gefährdet werden

¹⁴² Das Oligopol kann in diesem Zusammenhang sowohl auf der Angebots- als auch auf der Nachfrageseite bestehen. (Im zweiten Fall wird es auch als Oligopson bezeichnet.) Das Konzept der kollektiven Marktbeherrschung findet somit auf Zusammenschlüsse von Anbietern und auf solche von Nachfragern Anwendung.

¹⁴³ Im Gegensatz zu Art. 82 EG werden kollektive marktbeherrschende Stellungen in Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO nicht ausdrücklich aufgezählt. Basierend auf Art. 3 Abs. 1 lit. g EG und dem Grundsatz des *effet utile* berücksichtigt die FKVO auch die Begründung oder Verstärkung einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung, die im Regelfall zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führt.

¹⁴⁴ EuG, Urt. v. 06.06.2002, Slg. 2002, S. II-2585 (insbes. Rn. 56 ff.) – *Airtours/Kommission*.

(3) Marktzutrittschranken und potentieller Wettbewerb

Marktzutrittschranken können durch einen Zusammenschluss entstehen oder verstärkt werden. Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO unterscheidet zwischen rechtlichen (z.B. staatlichen Monopolen, Zulassungsbeschränkungen) und tatsächlichen (z.B. Verbund- und Größenvorteile, technologischer Vorsprung etablierter Unternehmen) Marktzutrittschranken.¹⁴⁵

Potentieller Wettbewerb – durch den Marktzutritt neuer Wettbewerber, Kapazitätserhöhungen etablierter Wettbewerber, Importe etc. – kann den Wettbewerbsdruck auf die Zusammenschlussparteien erhöhen.¹⁴⁶ Unter den folgenden Voraussetzungen wird er als Ausgleich zur Entstehung oder Verstärkung von Marktmacht anerkannt:

⇒	Der Marktzutritt muss hinreichend wahrscheinlich sein. <ul style="list-style-type: none"> ○ Ermittlung von Marktzutrittschranken, d.h. von spezifischen Marktmerkmalen, die im Markt den etablierten Unternehmen Vorteile gegenüber potentiellen Wettbewerbern verleihen (z.B. erleichterter Zugang zu wesentlichen Einrichtungen, natürlichen Ressourcen oder geistigen Eigentumsrechten; Größen- und Umfangsvorteile; Existenz von Absatznetzen) ○ Berücksichtigung der mit dem Markteintritt verbundenen verlorenen Kosten (sunk costs)
⇒	Der Marktzutritt muss ausreichend zügig und anhaltend möglich sein. <ul style="list-style-type: none"> ○ d.h. Wahrscheinlichkeit des Marktzutritts innerhalb von zwei bis drei Jahren
⇒	Der Marktzutritt muss seinem Umfang nach hinreichend sein.

! Auch der **Zusammenschluss mit einem potentiellen Wettbewerber** wird als horizontaler Zusammenschluss von der FKVO erfasst, wenn vom potentiellen Wettbewerber bereits spürbare, den Verhaltensspielraum begrenzende Wirkungen ausgehen oder Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass er sich zu einer wirklichen Wettbewerbskraft entwickeln wird.¹⁴⁷

(4) Nachfragemacht der Abnehmer

Die Nachfragemacht der Abnehmer kann den wettbewerbswidrigen Wirkungen eines Zusammenschlusses entgegenstehen. Nachfragemacht ist die Verhandlungsmacht, die ein Abnehmer gegenüber seinem Lieferanten aufgrund seiner Größe, seiner wirtschaftlichen Bedeutung für den Lieferanten und seiner Fähigkeit, zu anderen Lieferanten überzuwechseln, ausspielen kann. Sie besteht z. B. wenn der Abnehmer

- unverzüglich und ohne größeren Aufwand zu anderen Anbietern überwechseln kann
- glaubwürdig androhen kann, sich in den vorgelagerten Markt vertikal zu integrieren
- glaubwürdig androhen kann, Wachstum bzw. einen Marktzutritt im vorgelagerten Markt zu fördern¹⁴⁸

¹⁴⁵ Siehe hierzu die *Leitlinien der Kommission zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen* (ABl. Nr. C 31/5) vom 05.02.2004, Rn. 68 ff.

¹⁴⁶ Im Extremfall kann der Wettbewerbsdruck, der durch potentiellen Wettbewerb verursacht wird, so stark sein, dass selbst ein Unternehmen mit einem Marktanteil von 100% keine marktbeherrschende Stellung hat, so z.B. im Zusammenschlussfall *Nortel/NORWEB*, KOM E v. 18.03.1998, IV/M.1113, Rn. 25.

¹⁴⁷ Siehe hierzu die *Leitlinien der Kommission zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen* (ABl. Nr. C 31/5) vom 05.02.2004, Rn. 58 ff.

¹⁴⁸ Siehe hierzu die *Leitlinien der Kommission zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen* (ABl. Nr. C 31/5) vom 05.02.2004, Rn. 64 ff.

(5) Effizienzgewinne (*efficiency defense*)

Zusammenschlussbedingte Restrukturierungen von Unternehmen können zu Effizienzgewinnen führen, die die potentiell wettbewerbswidrigen Wirkungen eines Zusammenschlusses übertreffen. Man unterscheidet zwischen produktiven (optimale Allokation der Produktionsfaktoren im Unternehmen), allokativen (gesamtwirtschaftlich optimale Allokation der Ressourcen) und dynamischen (Einbeziehung des technischen Fortschritts) Effizienzen (siehe auch ErwG 29 zur FKVO).

Effizienzgewinne werden (gem. Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO und Rn. 76 ff. der Kommissions-Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse) unter den folgenden (kumulativen) Voraussetzungen berücksichtigt:

⇒	Effizienzgewinne müssen erheblich sein, sich rechtzeitig einstellen und mit hoher Wahrscheinlichkeit an die Verbraucher weitergegeben werden. <ul style="list-style-type: none"> ○ z.B. in Form von niedrigeren Preisen durch Einsparungen bei den variablen und den Grenzkosten eines Produkts ○ z.B. in Form von neuen verbesserten Produkten bei Effizienzgewinnen im Bereich F&E
⇒	Effizienzgewinne müssen zusammenschlusspezifisch sein. <ul style="list-style-type: none"> ○ d.h. sie müssen eine unmittelbare Folge des Zusammenschlusses sein und nicht auch durch weniger wettbewerbswidrige Alternativen erzielt werden können
⇒	Effizienzgewinne müssen nachprüfbar sein.

! Umstritten (und durch die Rechtsprechung bisher nicht geklärt) ist, ob und in welchem Umfang Effizienzgewinne die wettbewerbswidrigen Wirkungen eines Zusammenschlusses ausgleichen können, durch den eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

(6) Grundsätze der Sanierungsfusion (*failing company defense*)

Ein Zusammenschlussvorhaben, das an sich mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, kann dennoch genehmigt werden, wenn die Voraussetzungen einer sog. Sanierungsfusion vorliegen:

- Das Unternehmen, welches einen Sanierungsfall darstellen soll, wäre aufgrund seiner finanziellen Schwierigkeiten gezwungen gewesen, in naher Zukunft aus dem Markt auszuscheiden und
- zu dem angemeldeten Zusammenschluss gibt es keine weniger wettbewerbswidrige Alternative und
- die Vermögenswerte des gescheiterten Unternehmens würden ohne den Zusammenschluss zwangsläufig vom Markt genommen werden¹⁴⁹

Der Grund für die Genehmigungsfähigkeit der Sanierungsfunktion findet sich nach Auffassung der Kommission und des EuGH in der fehlenden Kausalität des Zusammenschlusses für die wettbewerbswidrigen Wirkungen.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Die Rechtsfigur der *failing company defense* ist dem US-amerikanischen Kartellrecht entlehnt. Sie wurde erstmals im europäischen Kartellrecht im Fall *Kali + Salz* (EuGH, Urt. v. 31.03.1998, Slg. 1998, S. I-1375 ff., Rn. 113 ff.) angewendet und anschließend im Fall *BASF/Eurodiol/Pantochim* (KOME v. 11.07.2001, ABl. EG 2002 Nr. L 132, Rn. 136 ff.) weiterentwickelt.

¹⁵⁰ Kausalitätsprobleme ergeben sich auch dann, wenn mehrere Zusammenschlussvorhaben für den gleichen relevanten Markt angemeldet werden und jedes dieser Zusammenschlussvorhaben bei isolierter Betrachtung wettbewerbslich unbedenklich wäre, ihre kumulierten Wirkungen jedoch zu einer erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs führen. Die Kommission prüft in einem solchen Fall beide Zusammenschlussvorhaben im Rahmen einer Gesamtbetrachtung und beurteilt ihre wettbewerbslichen Auswirkungen jeweils vor dem Hintergrund des anderen Zusammenschlussvorhaben. Instruktiv hierzu die KOME v. 20.05.1998, Fall IV/M.1016, Rn. 124 ff. – *Price Waterhouse Coopers & Lybrand*.

Exkurs: Die fusionskontrollrechtliche Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen

Gemeinschaftsunternehmen sind ein Mittel der Kooperation von Unternehmen, das sich an der Grenze zwischen Kartellen und Unternehmenszusammenschlüssen befindet. Dementsprechend gestaltet sich auch die fusionskontrollrechtliche Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen zweistufig. Zunächst ist zu prüfen, ob die Gründung des (Vollfunktions-)Gemeinschaftsunternehmens zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, führt (Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO; **1. Stufe**). Im Anschluss daran muss zusätzlich untersucht werden, ob die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens eine Verhaltenskoordination zwischen den Muttergesellschaften bezweckt oder bewirkt (Art. 2 Abs. 4 FKVO; **2. Stufe**).

Näheres zur fusionskontrollrechtlichen Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen findet sich in der *Konsolidierten Mitteilung der Kommission über Zuständigkeitsfragen* (veröffentlicht auf den Webseiten der Kommission), Rn. 91 ff. und in der *Mitteilung der Kommission über die Beurteilung von Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen nach den Wettbewerbsregeln der Europäischen Gemeinschaft* (ABl. Nr. C 66/38) vom 02.03.1998.

1. Zusammenschlussbegriff

Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens erfüllt gem. Art. 3 Abs. 4 FKVO den Zusammenschlussbegriff der FKVO, wenn es auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (sog. Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen).¹⁵¹

2. Umsatzberechnung und beteiligte Unternehmen

Im Falle des Erwerbs gemeinsamer Kontrolle über ein neu zu gründendes Gemeinschaftsunternehmen sind die Muttergesellschaften, die die Kontrolle über das Gemeinschaftsunternehmen erwerben, beteiligte Unternehmen im Sinne von Art. 1 FKVO.¹⁵²

Im Falle des Erwerbs gemeinsamer Kontrolle über ein bereits bestehendes Unternehmen sind die Muttergesellschaften, die die Kontrolle über das Gemeinschaftsunternehmen erwerben, und das zu übernehmende Unternehmen beteiligte Unternehmen im Sinne von Art. 1 FKVO.

Die Umsätze eines (bestehenden) Gemeinschaftsunternehmens sind den Muttergesellschaften gem. Art. 5 Abs. 5 lit. b FKVO zu gleichen Teilen zuzurechnen. Die Umsätze zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und den Muttergesellschaften (*captive use*) werden gem. Art. 5 Abs. 5 lit. a FKVO nicht berücksichtigt.

3. Materiellrechtliche Beurteilung von Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen

Nachdem zunächst geprüft wurde, ob die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens oder der Erwerb von Anteilen an einem solchen zu einer wesentlichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führt,¹⁵³ müssen gem. Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO zusätzlich auf einer zweiten Stufe die koordinativen Auswirkungen eines solchen Zusammenschlussvorhabens untersucht werden. Hierbei ist zu unterscheiden:

¹⁵¹ Bloße Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen oder Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen, die nicht die Schwellenwerte des Art. 1 Abs. 2 oder 3 FKVO erfüllen, werden demnach ausschließlich am Maßstab der Art. 81 und 82 EG (und damit im Rahmen der VO 1/2003) geprüft. Wenn ihre Aufgreifkriterien erfüllt sind, kann auch die mitgliedstaatliche Zusammenschlusskontrolle einschlägig sein.

¹⁵² Das Gemeinschaftsunternehmen selbst kann nicht beteiligtes Unternehmen sein, da es noch nicht besteht und darüber hinaus auch keinen Umsatz erzielt.

¹⁵³ Diese Prüfung unterscheidet sich nicht von der fusionskontrollrechtlichen Prüfung aller sonstigen Zusammenschlussvorhaben. Zu untersuchen ist zunächst die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung – entweder in Form der Einzelmarktbeherrschung oder in Form der kollektiv marktbeherrschenden Stellung. Wenn beide Formen der Marktbeherrschung nicht gegeben sind, so muss das Zusammenschlussvorhaben zusätzlich auf unilaterale wettbewerbsbeschränkende Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle analysiert werden.

- a) In einem ersten Schritt ist zu analysieren, ob die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens die *Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen bezweckt oder bewirkt*.

Art. 2 Abs. 5 FKVO zeigt, dass es sich bei den „unabhängig bleibenden Unternehmen“ in erster Linie um die beiden Muttergesellschaften des Gemeinschaftsunternehmens handelt. Ein Koordinierungsrisiko besteht nach Art. 2 Abs. 5 Fall 1 insbesondere dann, wenn zwei oder mehrere Gründerunternehmen auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens oder einem diesem vor- oder nachgelagerten Markt (*Spillover-* oder *Gruppeneffekt*) oder auf einem benachbarten oder eng mit ihm verknüpften Markt (sog. *candidate markets*) eine nennenswerte und gleichzeitige Präsenz zeigen.

Die Koordinierung muss bezweckt oder bewirkt sein, wobei sich beide Begriffe an den bereits bekannten Tatbestandsmerkmalen des Art. 81 Abs. 1 EG orientieren.¹⁵⁴

- b) Bezweckt oder bewirkt die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Muttergesellschaften (sog. kooperatives Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen),¹⁵⁵ so ist in einem zweiten Schritt *die Koordinierung nach den Kriterien des Art. 81 EG zu beurteilen, um festzustellen, ob das Vorhaben mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist* (sog. Doppelkontrolle).

Bei der Prüfung von Art. 81 EG ist ein besonderer Augenmerk auf die Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG zu richten, da die Gründung eines jeden Gemeinschaftsunternehmens – unabhängig von ihren kooperativen Auswirkungen – auch einen konzentrativen Vorgang darstellt, durch den regelmäßig Effizienzvorteile erzielt werden.

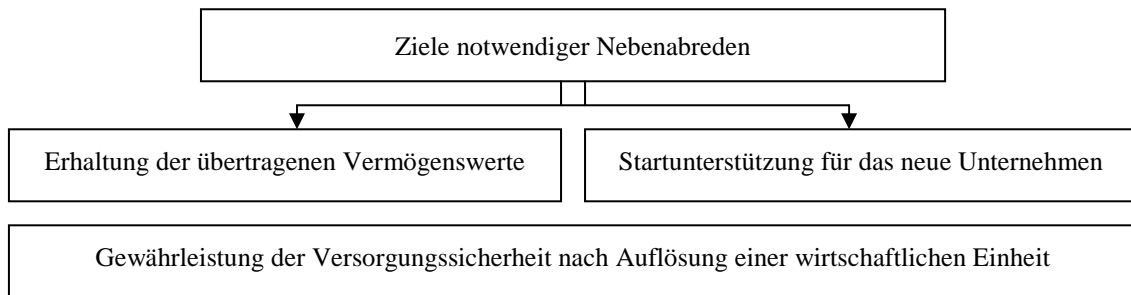
¹⁵⁴ Siehe zum Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung oben, S. 25 f.

¹⁵⁵ Den Gegensatz bildet das sog. konzentrierte Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen, das keine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Muttergesellschaften bezweckt oder bewirkt. Bei ihm beschränkt sich die fusionskontrollrechtliche Prüfung auf die wesentliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs gem. Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO.

Exkurs: Nebenabreden (*ancillary restraints*) in der Zusammenschlusskontrolle

Die Freigabeentscheidung der Kommission erstreckt sich gem. Art. 6 Abs. 1 lit. b UAbs. 2 und Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2, Abs. 2 UAbs. 3 FKVO auch auf die „mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbundenen und für diese notwendigen Einschränkungen.“ Derartige notwendige Nebenabreden sind Bestandteil des Zusammenschlusstatbestands. Auf sie ist Art. 81 EG nicht anwendbar (*safe harbour*).

Siehe hierzu auch die *Bekanntmachung der Kommission über die Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind* (ABl. 2005 Nr. C 56/24).

**Voraussetzungen notwendiger Nebenabreden**

Nebenabreden werden von der Freigabeentscheidung mit erfasst, wenn sie bei objektiver Betrachtung den Erwerber in die Lage versetzen sollen, die übernommenen Vermögenswerte im Wettbewerb selbständig zu nutzen und wenn mit ihnen kein darüber hinausgehender eigenständiger Zweck verfolgt wird.

- unmittelbare Verbundenheit mit dem Zusammenschluss
 - d.h. wirtschaftliche Verbundenheit mit dem Zusammenschlusstatbestand, wodurch ein reibungsloser Übergang zur neuen Unternehmensstruktur gewährleistet werden soll
- Notwendigkeit der Nebenabrede
 - d.h. der Zusammenschluss kann ohne die Nebenabrede (a) gar nicht oder nur unter ungewissen Voraussetzungen oder (b) nur zu wesentlich höheren Kosten oder (c) nur über einen spürbar längeren Zeitraum oder (d) nur mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden
- Erforderlichkeit der Nebenabrede
 - d.h. die Einschränkung geht nicht über das Maß hinaus, was in sachl., räuml. und zeitlicher Hinsicht für die Durchführung des Zusammenschlusses tatsächlich erforderlich ist

! Nebenabreden sollen vorrangig den Erwerber des Unternehmens schützen, da regelmäßig (nur) dieser die Sicherheit braucht, dass er den vollen Wert des übernommenen Geschäfts erwirbt. Nebenabreden zugunsten des Veräußerers werden von der Kommission dementsprechend kritischer beurteilt.

Beschränkungen, die mangels Unmittelbarkeit, Notwendigkeit oder Erforderlichkeit keine Nebenabreden sind, unterliegen in vollem Umfang einer Überprüfung am Maßstab des Art. 81 EG.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Die Nebenabredenbekanntmachung enthält ein (kleines) Legalausnahmesystem. Nebenabreden sind *ipso iure* freigestellt, wenn sie die Voraussetzungen einer notwendigen Nebenabrede erfüllen. Ob dies der Fall ist, müssen die betroffenen Unternehmen grundsätzlich selbst beurteilen.

Anwendungsbeispiele für Nebenabreden in Übernahmesachverhalten

- Wettbewerbsverbote
 - zeitlicher Rahmen: (a) bis zu 3 Jahren bei der Übertragung des Unternehmens (assets) und des Geschäftswerts und des Know-hows; (b) bis zu 2 Jahren bei ausschließlicher Übertragung des Geschäftswerts
 - sachlicher Rahmen beschränkt auf die Waren oder Dienstleistungen, die den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens bildeten (oder sich zumindest in einem fortgeschrittenen Entwicklungsstadium befanden)
 - räumlicher Rahmen beschränkt auf die Gebiete, in denen der Veräußerer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen bereits vor dem Zusammenschluss angeboten hat (oder zumindest nachweislich ernsthaft anzubieten plante)
- Lizenzen für gewerbliche und kommerzielle Schutzrechte
 - befristete oder unbefristete, einfache und z.T. auch ausschließliche Lizenzen
- Liefer- und Bezugsvereinbarungen
 - sollen die Versorgung mit Waren sicherstellen, die zur Ausübung der beim Veräußerer verbliebenen oder vom Erwerber übernommenen Geschäftstätigkeiten benötigt werden
 - zeitlicher Rahmen von bis zu 5 Jahren

II. Besonderheiten der deutschen Zusammenschlusskontrolle (§§ 35 ff. GWB)

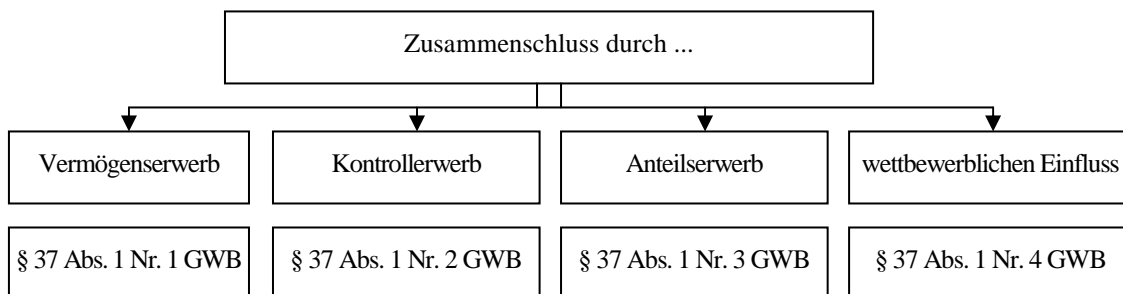
Prüfungsschema:
<ol style="list-style-type: none"> 1. Anwendbarkeit des deutschen Fusionskontrollrechts <ul style="list-style-type: none"> ○ Sperrwirkung der europäischen Zusammenschlusskontrolle (Art. 1 u. 21 Abs. 3 S. 1 FKVO iVm. § 35 Abs. 3 GWB) ○ Sonderzuständigkeiten gem. Art. 4 Abs. 5, 9, 21 Abs. 4, 22 FKVO (Verweisungsfälle) ○ exterritoriale Anwendbarkeit (Auswirkungsprinzip gem. § 130 Abs. 2 GWB) 2. Zusammenschluss im Sinne des § 37 GWB (sog. Aufgreifattbestand) <ul style="list-style-type: none"> ○ durch Vermögenserwerb (Abs. 1 Nr. 1) ○ durch Kontrollerwerb (Abs. 1 Nr. 2) <ul style="list-style-type: none"> - Erwerb von Eigentums- und Nutzungsrechten (lit. a) - Erwerb von Mehrheitsbeteiligungen (lit. b) - Kontrollerwerb durch Unternehmensverträge (lit. b) - Kontrollerwerb in sonstiger Weise (Generalklausel) ○ durch Anteilerwerb (Abs. 1 Nr. 3) <ul style="list-style-type: none"> - Anteilsschwellen (S. 1 lit. a und b) - Zurechnung von Anteilen (§§ 36 Abs. 2, 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 GWB) - Zusammenschlussfiktion des § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB ○ durch Erwerb wettbewerblich erheblichen Einflusses (Abs. 1 Nr. 4) ○ Ausnahmetatbestand 1: Verstärkung einer bereits bestehenden Unternehmensverbindung (§ 37 Abs. 2 GWB) ○ Ausnahmetatbestand 2: Bankenklausel des § 37 Abs. 3 GWB 3. Geltungsbereich der deutschen Zusammenschlusskontrolle gem. § 35 GWB (sog. Aufgreifschwelen) <ul style="list-style-type: none"> ○ Bestimmung der beteiligten Unternehmen iSd. § 35 GWB <ul style="list-style-type: none"> - verbundene Unternehmen als ein Unternehmen (§ 36 Abs. 2 GWB) ○ Umsatzberechnung gem. §§ 35, 38 GWB <ul style="list-style-type: none"> - weltweiter Umsatzerlös aller beteiligten Unternehmen > € 500 Mio. - deutscher Umsatzerlös mind. eines beteiligten Unternehmen > € 25 Mio. - Anschlussklausel (§ 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB) - Bagatellklausel (§ 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB) 4. Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens gem. § 36 GWB (sog. Eingreifkriterien) <ul style="list-style-type: none"> ○ Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (Marktbeherrschungstest) ○ Rückgriff auf die Legaldefinitionen des § 19 Abs. 2 GWB ○ (analoge) Anwendung der Vermutungstatbestände des § 19 Abs. 3 GWB ○ Kausalität des Zusammenschlusses für die Verschlechterung der Marktstruktur ○ Grundsätze der Sanierungs- und der Aufholfusion 5. Abwägung mit (Struktur-)Verbesserungen auf anderen Märkten (§ 36 Abs. 2 GWB) 6. Ministererlaubnis (§ 42 GWB)

1. Normadressaten

Normadressaten der deutschen Zusammenschlusskontrolle sind Unternehmen. Konzernverbundene Unternehmen werden gem. § 36 Abs. 2 S. 1 GWB als ein einheitliches Unternehmen angesehen. Personen oder Personenvereinigungen gelten gem. § 36 Abs. 3 GWB (sog. „Flick-Klausel“) als Unternehmen, wenn ihnen die Mehrheitsbeteiligung an einem Unternehmen zusteht. § 130 Abs. 1 GWB ist zu beachten.

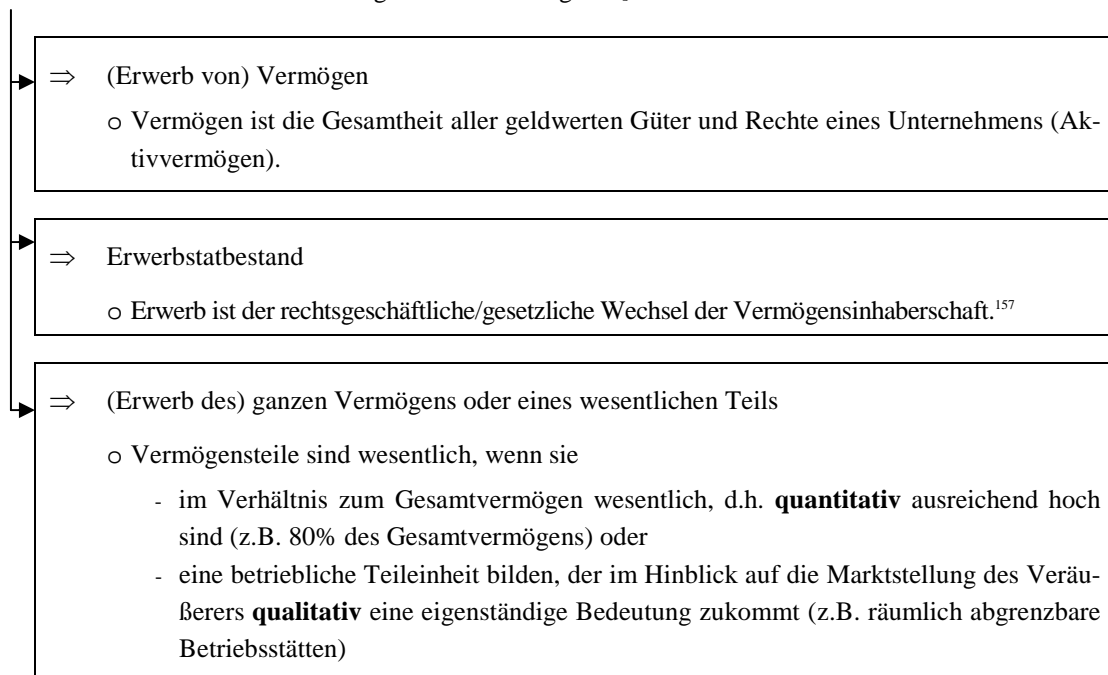
2. Der Zusammenschlussbegriff des § 37 GWB

Der Begriff des Zusammenschlusses in § 37 GWB bildet den Aufgreifstatbestand für die materielle Zusammenschlusskontrolle. Der deutsche Gesetzgeber sah die Notwendigkeit, Zusammenschlusstatbestände auch unterhalb der Beherrschungsschwelle zu erfassen, und hat deshalb auf eine vollständige Anpassung des deutschen an das europäische Fusionskontrollrecht verzichtet. Lediglich der Kontrollerwerb gem. § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB wurde aus der europäischen Zusammenschlusskontrolle entnommen.



a) Vermögenserwerb gem. § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB

Ein Zusammenschluss durch Vermögenserwerb setzt gem. § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB voraus:

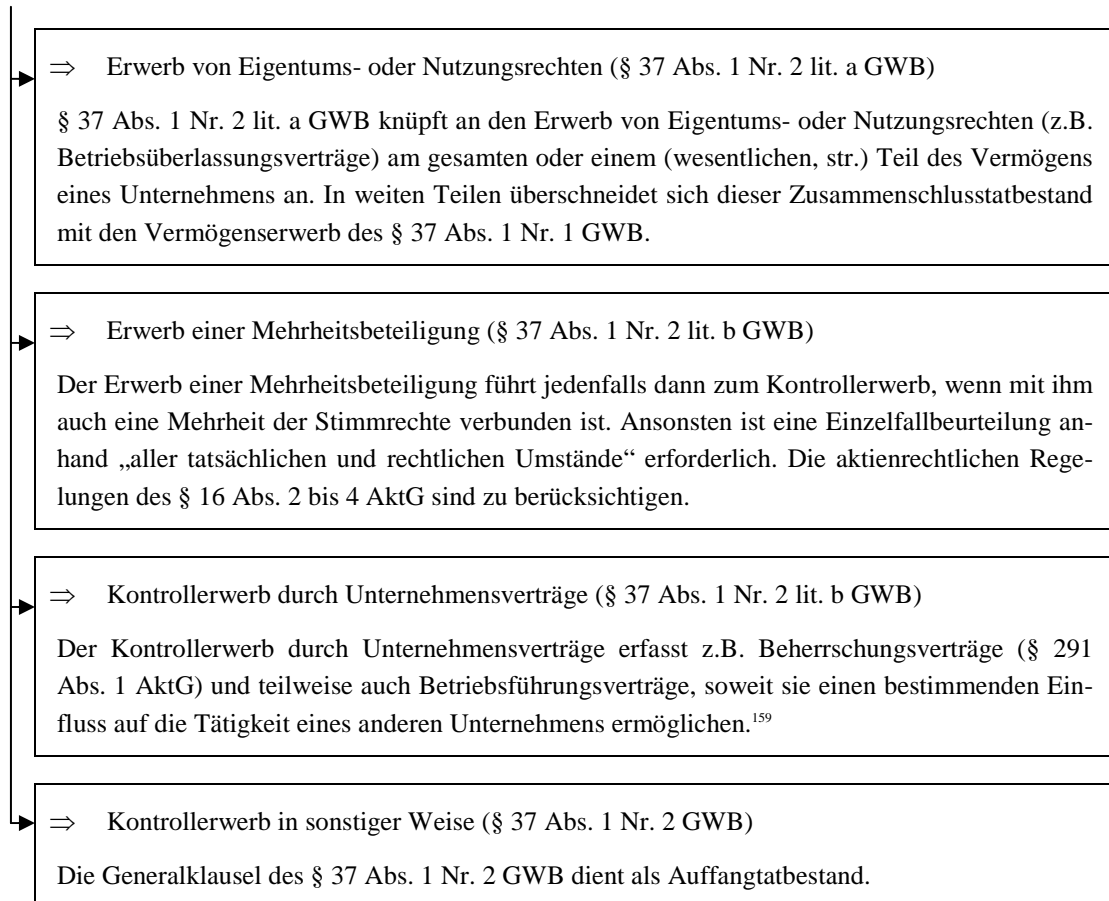


¹⁵⁷ Der Vermögenserwerb kann z. B. auch im Wege der Verschmelzung nach dem UmwG vorgenommen werden. Hierbei ist zu beachten, dass neben dem Vermögenserwerb gleichzeitig ein Anteilserwerb im Sinne von Nr. 2 vorliegt, wenn die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers eine Beteiligung an dem aufnehmenden Rechtsträger erlangen.

- ! Der Erwerb des Vermögens zu einem wesentlichen Teil als kontrollpflichtiger Zusammenschluss ist von den Erwerbstatbeständen des unternehmensinternen Wachstums abzugrenzen. Letztere unterliegen nicht der Zusammenschlusskontrolle.

b) Kontrollerwerb gem. § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB

Der Zusammenschlusstatbestand des Kontrollerwerbs wurde Art. 3 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 FKVO entlehnt.¹⁵⁸ Kontrolle bedeutet die Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines (anderen) Unternehmens auszuüben. Der Kontrollerwerb umfasst die folgenden Fallgruppen:



¹⁵⁸ Die europäische Rechts- und Verwaltungspraxis soll nach dem ausdrücklichen Willen des deutschen Gesetzgebers durch den Rechtsanwender berücksichtigt werden. Insofern wird auf die Darstellung des Kontrollerwerbs im Rahmen der europäischen Zusammenschlusskontrolle verwiesen.

¹⁵⁹ Gewinnabführungsverträge begründen regelmäßig als solche keine Kontrolle über ein anderes Unternehmen: Ihr Abschluss erfüllt demnach nicht den Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 lit. b GWB. Werden sie jedoch mit einem Beherrschungsvertrag zu einem sog. Organschaftsvertrag verbunden, so wirken sie kontrollbegründend.

c) Anteilserwerb gem. § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB

Der Anteilserwerb gem. § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB bildet den wichtigsten Zusammenschlusstatbestand in der Praxis des BKartA. Er hat die folgenden Voraussetzungen:

⇒ Erwerbstatbestand (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GWB)

Erwerb meint den rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Erwerb des Vollrechts. Anteilserwerb kann auch bei der Neugründung einer Gesellschaft (z.B. Gründung eines GU) erfolgen, solange es sich hierbei nicht um einen unternehmensinterne Maßnahme handelt (z.B. Gründung einer 100%-igen Tochtergesellschaft).

⇒ Erreichen der Anteilsschwellen (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GWB)

Die beiden Anteilstufen von 25% und 50% stellen selbständige Zusammenschlusstatbestände dar. Jeder Erwerb, der einen der beiden Schwellenwerte erreicht, ist anzuzeigen und führt zu einem eigenständigen Fusionskontrollverfahren. Die Anteilstufen müssen nur „erreicht“, nicht überschritten werden.

! Die Beteiligungsformen des § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB erfassen sowohl den Erwerb von Kapitalanteilen als auch den Erwerb von Stimmrechtsanteilen.

⇒ Zurechnung von Anteilen (§§ 36 Abs. 2, 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 GWB)

Bei der Berechnung der Anteile des erwerbenden Unternehmens sind gem. §§ 36 Abs. 2, 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 und 3 GWB mitzuzählen:

- die Anteile eines Unternehmens, das mit dem Erwerber im Sinne von § 36 Abs. 2 GWB verbunden ist
- die Anteile, die einem Dritten für Rechnung des erwerbenden Unternehmens gehören (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 Alt. 1 GWB)
- die vom Inhaber des erwerbenden Unternehmens als sonstiges (Privat-)Vermögen gehaltenen Anteile, sofern dieser Einzelkaufmann ist (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 Alt. 2 GWB)

! Die Zurechnung von Kapital- und Stimmrechtsanteilen nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 GWB soll v.a. dem Umgehungsschutz dienen.

⇒ Zusammenschlussfiktion des § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB

Um die Auswirkungen eines gemeinsamen Anteilserwerbs mehrerer Unternehmen auf den Wettbewerb zwischen diesen Unternehmen zu berücksichtigen, fingiert § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB einen zusätzlichen (!) Zusammenschlusstatbestand – den partiellen (Horizontal-) Zusammenschluss der Muttergesellschaften auf dem Markt des „erworbenen“ Unternehmens.

d) Wettbewerblich erheblicher Einfluss gem. § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB

§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB enthält einen Auffangtatbestand, der alle sonstigen Verbindungen von Unternehmen erfasst, aufgrund derer unmittelbar oder mittelbar ein wettbewerblich erheblicher Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausgeübt werden kann. Es genügt dabei eine faktische – gesellschaftsrechtlich vermittelte – Einflussnahmemöglichkeit.

Nr. 4 erfasst z.B. den Anteilserwerb unterhalb der 25%-Schwelle, wenn er (trotzdem) die Rechtsstellung einer aktienrechtlichen Sperrminorität vermittelt.

e) Verstärkung einer bereits bestehenden Unternehmensverbindung gem. § 37 Abs. 2 GWB

Zwischen den gleichen Unternehmen können im Laufe der Zeit mehrere Zusammenschlüsse stattfinden (z.B. Erwerb einer Minderheitsbeteiligung und späteres Erhöhen auf eine Mehrheitsbeteiligung). § 37 Abs. 2 Hs. 2 GWB enthält insofern einen **Ausnahmetatbestand**, als kein Zusammenschluss im Sinne des § 37 Abs. 1 GWB vorliegt, wenn die bereits bestehende Unternehmensverbindung nicht wesentlich verstärkt wird.

Gem. § 37 Abs. 3 GWB liegt kein Zusammenschluss vor, wenn Kredit- oder Finanzinstitute sowie Versicherungsunternehmen Unternehmensanteile zum Zwecke der Weiterveräußerung erwerben, solange die Beteiligungen innerhalb eines Jahres veräußert und zwischenzeitlich keine Stimmrechte ausgeübt werden (sog. Bankenklausel).

3. Geltungsbereich der deutschen Zusammenschlusskontrolle (§ 35 GWB)

Der Geltungsbereich der deutschen Zusammenschlusskontrolle ist in den §§ 35 und 38 GWB geregelt. Er ist unter den folgenden kumulativen Voraussetzungen (sog. Aufgreifkriterien) eröffnet:

- (1) weltweiter Umsatzerlös aller beteiligten Unternehmen > € 500 Mio. (§ 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB)
- (2) dt. Umsatzerlös mind. eines beteiligten Unternehmens > € 25 Mio.

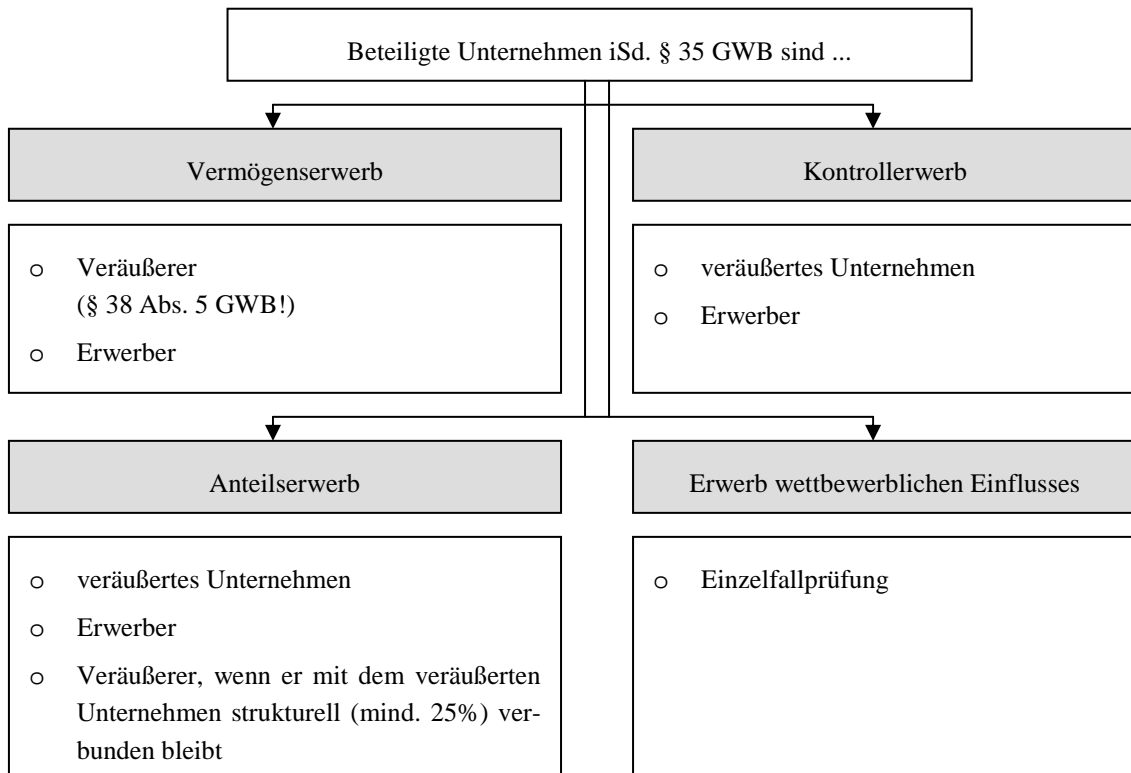
Liegen beide Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 GWB vor, so ist der Geltungsbereich der deutschen Zusammenschlusskontrolle dennoch nicht eröffnet, wenn eine der beiden alternativen Ausnahmen des § 35 Abs. 2 GWB (sog. Toleranzklauseln) besteht:

- (3) Verneinung der sog. Anschlussklausel (§ 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB)

Nach der sog. Anschlussklausel gilt § 35 Abs. 1 GWB nicht für Unternehmen, die nicht im Sinne des § 36 Abs. 2 GWB (iVm. §§ 17,18 AktG) abhängig sind und im letzten Geschäftsjahr weltweite Umsatzerlöse von weniger als € 10 Mio. erzielt haben. Dies erleichtert den Zusammenschluss (und damit die Sanierung) von kleineren Unternehmen, die keinem Konzern angehören.

- (4) Verneinung der sog. Bagatellklausel (§ 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB)

Nach der sog. Bagatell- oder Kleinmarktklausel gilt § 35 Abs. 1 GWB auch nicht für Zusammenschlüsse auf Märkten, auf denen seit mind. fünf Jahren Produkte angeboten werden und auf denen im letzten Kalenderjahr weniger als € 15 Mio. umgesetzt wurden. Hierdurch soll verhindert werden, dass auch gesamtwirtschaftlich unbedeutende Märkte einer Zusammenschlusskontrolle unterzogen werden müssen.



Erweiterung des Kreises der beteiligten Unternehmen durch § 36 Abs. 2 GWB auf die nur **mittelbar beteiligten Unternehmen**:

- Mehrere rechtlich selbständige Gesellschaften sind gem. § 36 Abs. 2 S. 1 GWB ein Unternehmen im Sinne der Zusammenschlusskontrolle, wenn zwischen ihnen ein Abhängigkeits- oder ein Konzernverhältnis iSv. §§ 17 und 18 AktG besteht (sog. Verbundklausel).
- Wirken mehrere Unternehmen derart zusammen, dass sie gemeinsam einen beherrschenden Einfluss auf ein drittes Unternehmen ausüben können, so gilt jedes von ihnen gem. § 36 Abs. 2 S. 2 GWB als herrschendes Unternehmen (sog. Mehrmütterklausel).

4. Grundsätze für die Beurteilung von Zusammenschlüssen (§ 36 GWB)

Die materiellrechtliche Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens richtet sich im Anwendungsbereich der deutschen Fusionskontrolle nach § 36 GWB. Ein Zusammenschluss wird durch das BKartA untersagt, wenn er zur **Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung** führt. Insofern ist der Untersagungstatbestand der deutschen Zusammenschlusskontrolle enger als jener der FKVO, die im Rahmen ihres Kriteriums der „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ (sog. SIEC-Test, Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO) nicht nur den Marktbeherrschungstest durchführt, sondern auch sonstige unilaterale Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle prüft.

Abgesehen davon gelten jedoch zum deutschen Marktbeherrschungstest die gleichen Beurteilungsgrundsätze, wie sie bereits im Rahmen der europäischen Zusammenschlusskontrolle dargestellt wurden.¹⁶⁰ Inso-

¹⁶⁰ Siehe hierzu oben, S. 82 ff.

fern beschränken sich die folgenden Ausführungen auf eine Zusammenfassung und eine kurze Darstellung der Rechtspraxis des BKartA und der deutschen Gerichte.

a) Zusammenschlusskontrolle als Prognoseentscheidung

Auch die deutsche Zusammenschlusskontrolle soll den Markt vor einer Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur schützen, die Folge eines Unternehmenszusammenschlusses sein kann. Im Interesse größtmöglicher Wirksamkeit greifen die §§ 35 ff. GWB als präventive Zusammenschlusskontrolle grundsätzlich bereits vor dem Vollzug eines Zusammenschlussvorhabens ein. Insofern setzt die materiellrechtliche Beurteilung eine (auf empirischen Daten basierende) Prognose über die vermutliche zukünftige Entwicklung der Marktstruktur infolge des Zusammenschlusses voraus. Hierbei wird in der Rechtspraxis auf der Grundlage von Erfahrungssätzen über typische wirtschaftliche Geschehensabläufe zwischen den kurzfristigen, d.h. den sofort eintretenden Auswirkungen und den langfristigen Effekten unterschieden.¹⁶¹

b) Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung

Den Ausgangspunkt des deutschen Marktbeherrschungstests bilden die **Legaldefinitionen** in § 19 Abs. 2 GWB sowie die Marktbeherrschungsvermutung in § 19 Abs. 3 GWB. Insofern ist das Zusammenschlussvorhaben zunächst daraufhin zu untersuchen, ob die neue Unternehmenseinheit auf dem sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt¹⁶² ohne Wettbewerber oder keinem wesentlichen Wettbewerbs ausgesetzt ist (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB) oder ob ihr ein übermäßiger, vom Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrollierter Verhaltensspielraum eingeräumt wird (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB). Der Marktbeherrschungstest des § 36 Abs. 1 GWB erfasst ebenso die Begründung oder Verstärkung einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung iSd. § 19 Abs. 2 S. 2 GWB.

Auch die **Marktbeherrschungsvermutungen** des § 19 Abs. 3 GWB finden im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle Anwendung. Liegen ihre Voraussetzungen vor und sind keine strukturellen Besonderheiten des relevanten Markts erkennbar – was das BKartA aufgrund des geltenden Amtsermittlungsgrundsatzes zu prüfen hat¹⁶³ – so kann auch im Rahmen von § 36 Abs. 1 GWB von der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung ausgegangen werden.¹⁶⁴

Im Zentrum des Marktbeherrschungstests stehen nach Auffassung der deutschen Rechtspraxis vor allem **marktstrukturelle Kriterien**, wie z.B. der (absolute und relative) Marktanteil, die Finanzkraft der verbundenen Unternehmen,¹⁶⁵ das Vorhandensein potentieller Wettbewerber am Marktrand etc. Der Vorrang marktstruktureller Kriterien ergibt sich aus dem Zweck der Fusionskontrolle, die im Gegensatz zur Missbrauchsaufsicht nicht das bisherige Verhalten der markt beteiligten Unternehmen beurteilt, sondern eine Prognoseentscheidung über die zu erwartende Stellung der neuen Unternehmenseinheit im relevanten Markt trifft.

¹⁶¹ Im Mittelpunkt der fusionskontrollrechtlichen Beurteilung stehen zunächst die (voraussichtlichen) kurzfristigen Auswirkungen eines Zusammenschlussvorhabens, da nur diese mit hinreichender Sicherheit ermittelt werden können. Aufgrund der weitgehenden Unumkehrbarkeit von Strukturveränderungen müssen jedoch auch langfristige Effekte berücksichtigt werden. Dies gilt in jedem Fall dann, wenn für ihr Eintreten eine hohe Wahrscheinlichkeit aufgrund konkret nachweisbarer Umstände besteht.

¹⁶² Siehe zur Markt abgrenzung oben, S. 14 f.

¹⁶³ Insofern enthält § 19 Abs. 3 GWB auch im Bereich der Fusionskontrolle „nur“ eine Regelung der materiellen Beweislast, die den beteiligten Unternehmen das Risiko eines *non liquet* aufbürdet. Siehe zu dieser Problematik bereits oben, S. 50.

¹⁶⁴ Mit Hilfe der Vermutungswirkung des § 19 Abs. 3 GWB kann nur die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung nachgewiesen werden. Sie erleichtert nicht den Nachweis der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung und den Nachweis der Kausalität zwischen Zusammenschluss und Marktbeherrschung.

¹⁶⁵ Neben der Finanzkraft kann auch eine sonstige Akkumulation von Ressourcen zur Begründung/Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen.

Eine „bloße“ Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung liegt dann vor, wenn das Zusammenschlussvorhaben durch eine Veränderung von (vorrangig) Marktstrukturdaten den Verhaltensspielraum zumindest eines bereits marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber der Situation vor dem Zusammenschluss vergrößert. Derartige Zusammenschlussvorhaben dienen häufig der Erhaltung und Absicherung der bestehenden marktbeherrschenden Stellung und sollen aktuelle oder potentielle Konkurrenten vor einem Angriff abschrecken. Je geringer der Restwettbewerb auf dem relevanten Markt vor dem Zusammenschluss ist, desto eher führt eine (voraussichtliche) Ausdehnung von Verhaltensspielräumen zur Untersagung des Zusammenschlussvorhabens.

! Die Verschlechterung der Marktstruktur muss kein bestimmtes Ausmaß erreichen. Die Spürbarkeit ist – im Gegensatz zu § 1 GWB – kein Tatbestandsmerkmal der deutschen Zusammenschlusskontrolle.¹⁶⁶

(1) Fusionskontrollrechtliche Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse

Horizontale Zusammenschlüsse, d.h. Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen auf der gleichen Produktions- oder Vertriebsstufe, zeichnen sich primär durch den Wegfalls eines bisher unabhängigen Wettbewerbers und den damit unmittelbar verbundenen Marktanteilszuwachs¹⁶⁷ aus.

! Umstr. ist, ob auch zusammenschlussbedingte Effizienzgewinne zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung herangezogen werden können (sog. *efficiency offense*).¹⁶⁸

(2) Fusionskontrollrechtliche Beurteilung vertikaler Zusammenschlüsse

Vertikalen Zusammenschlüssen, d.h. Zusammenschlüsse zwischen einem Lieferanten und einem Abnehmer, führen grundsätzlich nicht zum Fortfall eines Wettbewerbers und zur unmittelbaren Marktanteilsaddition. Sie können eine marktbeherrschende Stellung jedoch dann begründen, wenn die neue Unternehmenseinheit einen verbesserten Zugang zu Absatz- oder Beschaffungsmärkten erhält (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 3 GWB) und damit ihre Verhaltensspielräume auf den vor- oder nachgelagerten Märkten oder im Verhältnis zu Wettbewerbern ausdehnt.

(3) Fusionskontrollrechtliche Beurteilung konglomerater Zusammenschlüsse

Konglomerate Zusammenschlüsse, d.h. Zusammenschlüsse von Unternehmen, die auf unterschiedlichen, einander nicht vor- oder nachgelagerten Märkten tätig sind, können z.B. zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen, wenn durch sie der Substitutionswettbewerb ausgeschaltet wird (sog. Produkt- oder Markterweiterungszusammenschlüsse), wenn die neue Unternehmenseinheit ihre Verhaltensspielräume durch den Zuwachs an Ressourcen oder Finanzkraft ausdehnt (sog.

¹⁶⁶ KG, Urt. v. 22.03.1990, WuW/E OLG 4537, 4545 – *Linde/Lansing*. Allerdings ist zu beachten, dass vom Marktbeherrschungstest nur wirklich marktrelevante Strukturänderungen erfasst werden, so dass die strukturelle Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen nicht nur theoretisch denkbar, sondern konkret vorhersehbar sein muss.

¹⁶⁷ Bei der Prognose des Marktanteilszuwachses ist der Abschmelzungseffekt zu beachten (BKartA, Entsch. v. 04.06.2004, WuW/E DE-V 1065 ff., 1070 – *Siemens/Möller*). Erfahrungssätze zeigen, dass der Marktanteil der neuen Unternehmenseinheit regelmäßig kleiner ist als die Summe der Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten. Ursache hierfür kann eine *second-supplier*-Strategie der Abnehmer sein, die ihren Einkauf nicht bei der neuen Unternehmenseinheit konzentrieren, sondern alternative Lieferquellen suchen. A.A. *Langen/Bunte/Ruppelt*, GWB, § 36 Rn. 15.

¹⁶⁸ Dies wird von der deutschen Rechtspraxis zum Teil bejaht (OLG Düsseldorf, Urt. v. 04.05.2005, WuW/E DE-R 1495 ff., 1499 – *ÖPNV Saarland*), von der Monopolkommission eher kritisch verneint (Monopolkommission, XVI. Hauptgutachten 2004/05, Rn. 539).

entrenchment-Doktrin, Abschreckungs- und Entmutigungseffekt) oder wenn der Zusammenschluss zur Erweiterung des Produkt- und Markenportfolios führt (sog. Portfolioeffekt).

Siehe hierzu näher das Diskussionspapier des Arbeitskreises Kartellrecht des BKartA vom 21.09.2006: „Konglomerate Zusammenschlüsse in der Fusionskontrolle – Bestandsaufnahme und Ausblick“ (veröffentlicht im Internet auf den Webseiten des BKartA).

(4) Fusionskontrollrechtliche Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen

Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens¹⁶⁹ kann zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung des Gemeinschaftsunternehmens oder der Muttergesellschaften führen. Insoweit ist der Marktbeherrschungstest – wie bei jedem anderen Zusammenschluss auch – ganz normal am Maßstab des § 36 Abs. 1 GWB durchzuführen.

Zusätzlich kann die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens jedoch auch eine Koordinierung des Verhaltens der Muttergesellschaften bezwecken oder bewirken. In diesem Zusammenhang war lange Zeit umstritten, in welchem Verhältnis die Regeln der Zusammenschlusskontrolle zum Kartellverbot des § 1 GWB stehen. Zur Lösung dieser Frage wurden zwei Theorien entwickelt:

Zweischrankentheorie (h.M.) ¹⁷⁰	Trennungstheorie
<ul style="list-style-type: none"> ○ Doppelkontrolle am Maßstab der §§ 35 ff. GWB und des § 1 GWB 	<ul style="list-style-type: none"> ○ Doppelkontrolle nur bei sog. kooperativen Gemeinschaftsunternehmen, die für ihre Muttergesellschaften nur Hilfsfunktionen wahrnehmen

c) Die Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1 Hs. 2 GWB

Ein Zusammenschlussvorhaben ist trotz Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gem. § 36 Abs. 1 Hs. 2 GWB nicht zu untersagen, wenn „durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen.“¹⁷¹ **Voraussetzungen** hierfür sind:

- Verbesserung der *strukturellen* Wettbewerbsbedingungen¹⁷²
- Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf beherrschten (Dritt-)Märkten¹⁷³

¹⁶⁹ Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens kann die Zusammenschlusstatbestände des gemeinsamen Kontrollerwerbs durch mehrere Unternehmen (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 GWB), des Anteilerwerbs durch mehrere Unternehmen (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB) und des Erwerbs wettbewerblich erheblichen Einflusses durch mehrere Unternehmen (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB) erfüllen. Es liegen dann vertikale Zusammenschlüsse zwischen jeder Muttergesellschaft und dem Gemeinschaftsunternehmen vor. § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB ordnet an, dass (nur, umstr.) im Falle des Anteilerwerbs durch mehrere Unternehmen zusätzlich auch ein horizontaler Zusammenschluss der Muttergesellschaften für den Markt des Gemeinschaftsunternehmens fingiert wird (sog. Fiktion der Teilfusion der Muttergesellschaften für den Markt des Gemeinschaftsunternehmens).

¹⁷⁰ Die Zweischrankentheorie hat sich seit dem *OAM*-Beschluss (BGHZ 96, S. 69 ff., S. 77 ff.) und dem *Ostfleisch*-Beschluss des BGH (BGHZ 147, S. 325 ff., S. 331, 333) auch in der Rechtsprechung durchgesetzt.

¹⁷¹ Der Wortlaut von § 36 Abs. 1 Hs. 2 GWB spricht zwar davon, dass es den beteiligten Unternehmen obliegt, den Nachweis einer überwiegenden Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen zu erbringen. Auch insofern gilt jedoch der Amtsermittlungsgrundsatz, so dass die Zusammenschlussbeteiligten lediglich das Risiko der Nichtaufklärbarkeit (*non liquet*) tragen. A.A. ist *Bechold*, GWB, § 36 Rn. 29, wonach die beteiligten Unternehmen auch die formelle Beweislast tragen.

¹⁷² Nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob und in welchem Umfang auch Veränderungen des Marktverhaltens berücksichtigt werden können. Siehe hierzu ausführlicher *Langen/Bunte/Ruppelt*, GWB, § 36 Rn. 20 f. m.w.N. Sonstige öffentliche Interessen werden im Rahmen der Ministererlaubnis nach § 42 GWB geprüft.

¹⁷³ Siehe zur Abgrenzung des relevanten Markts oben, S. 14 f. Eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf dem vom Zusammenschluss betroffenen Markt ist nur schwer vorstellbar, da sie voraussetzt, dass es einen Unterschied zwischen der Begründung/Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung und der Strukturverschlechterung gibt. Strukturverbesserungen auf

- Kausalzusammenhang zwischen Zusammenschluss und Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen, wobei Mitursächlichkeit genügt
- Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, d.h. Beantwortung der Frage, ob sich vergleichbare Verbesserungen auch durch einen weniger wettbewerbsbeschränkenden Weg als einen Zusammenschluss erzielen lassen
- Abwägung der zusammenschlussbedingten Vor- und Nachteile (Überwiegen der Vorteile erforderlich)



Effizienzgewinne werden in der deutschen Zusammenschlusskontrolle – im Gegensatz zur FKVO (sog. *efficiency defense*) – de facto kaum berücksichtigt. Ursache hierfür ist der marktstrukturelle Ansatz der §§ 35 ff. GWB. Nach Auffassung des BKartA sind Effizienzgewinne nicht geeignet, eine Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur auszugleichen.

Im Zusammenhang mit der Abwägungsklausel¹⁷⁴ kann auch der **Grundsatz der Sanierungsfusion** (*failing company defense*) geprüft werden.¹⁷⁵ Dieser durch die Rechtspraxis restriktiv gehandhabte Grundsatz setzt kumulativ voraus, dass

- (1.) das übernommene Unternehmen mit hoher Wahrscheinlichkeit ohne den Zusammenschluss nicht überlebensfähig ist und
- (2.) keine weniger wettbewerbsbeschränkende Alternative als gerade der betreffende Zusammenschluss in Betracht kommt und
- (3.) die Marktanteile des übernommenen Unternehmen dem Erwerber auch ohne den Zusammenschluss – aufgrund der Insolvenz – zugefallen wären.

5. Ministererlaubnis (§ 42 GWB)

§ 42 Abs. 1 S. 1 GWB ermächtigt den Bundesminister für Wirtschaft und Technologie, einen vom BKartA bereits untersagten Zusammenschluss auf Antrag der beteiligten Unternehmen zu erlauben, wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist.

Prüfungsschema:

1. Gemeinwohlerwägungen
 - gesamtwirtschaftlicher Vorteil
 - Interesse der Allgemeinheit (z.B. Erhaltung von Arbeitsplätzen)
2. Abwägung im Einzelfall
 - (gesamtwirtschaftlicher Vorteil, der) aufwiegt

Wettbewerbsmärkten werden auch nur selten auftreten, so dass beherrschte Drittmärkte als Hauptanwendungsfall für die Abwägungsklausel verbleiben.

¹⁷⁴ Neben der Sanierungsfunktion hat das BKartA im Einzelfall (als Ausfluss der wettbewerbspolitischen Gegengiftthese) auch die sog. *Aufholfusion* anerkannt. Dies betraf Oligopolpositionen, in denen sich kleinere Unternehmen zusammengeschlossen haben, um ihre Wettbewerbsposition gegenüber den starken Oligopolunternehmen zu verstärken und den Wettbewerb so zu intensivieren (BKartA, TB des BKartA 1979/1980, S. 88 f. – *Tchibo/Reemtsma*).

¹⁷⁵ Siehe zum gleichen Grundsatz im Rahmen der europäischen Zusammenschlusskontrolle oben, S. 87. Zum Teil wird die Sanierungsfusion nicht im Rahmen der Abwägungsklausel, sondern als separater Prüfungspunkt im Rahmen der Kausalität des Zusammenschlusses für die Begründung oder Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung diskutiert.

- (Interesse der Allgemeinheit, das) überragt

3. Schranken der Ministererlaubnis

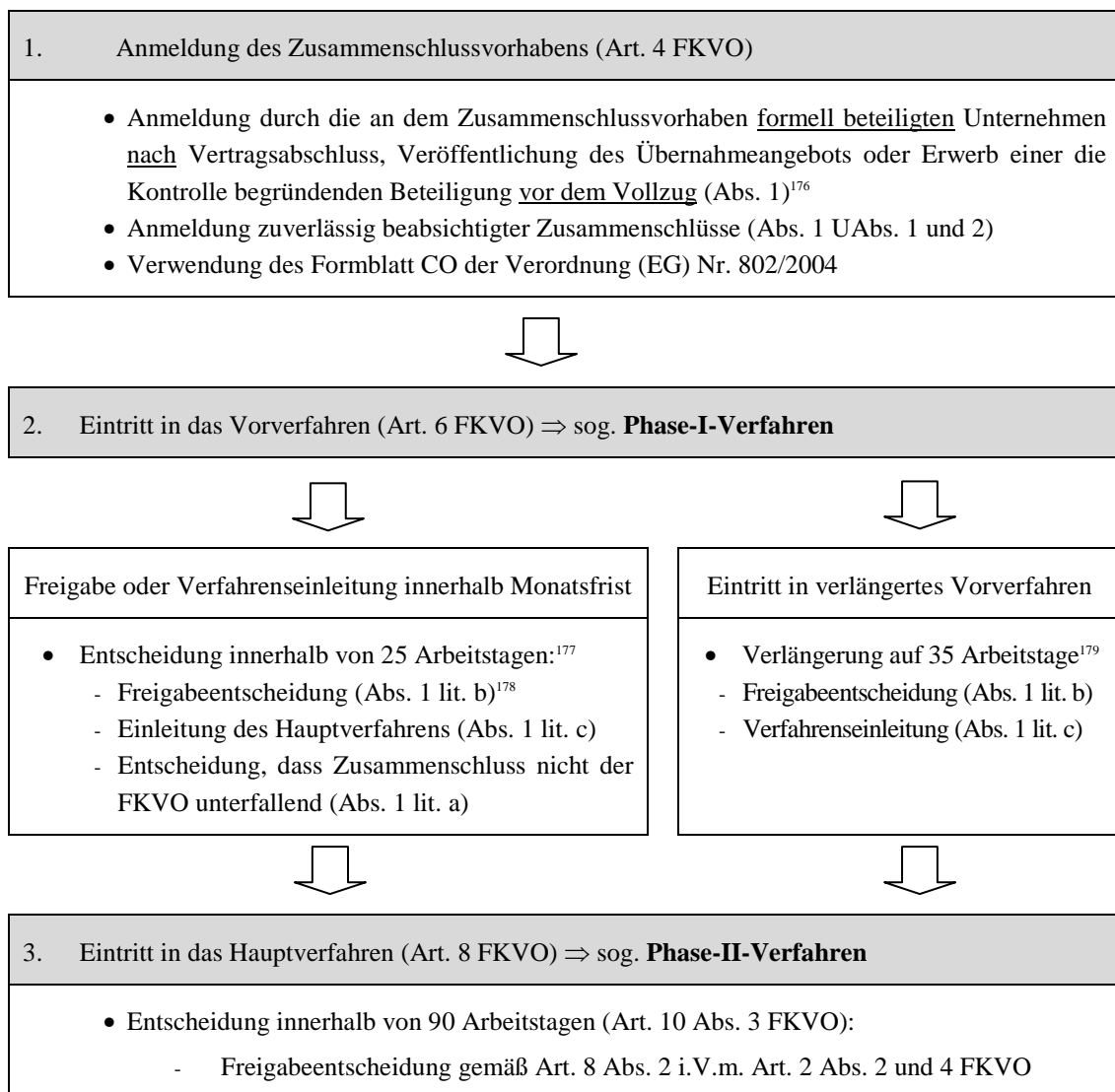
- keine Gefährdung der marktwirtschaftlichen Ordnung, d.h. Aufrechterhaltung eines Mindestmaßes an funktionsfähigem Wettbewerb (§ 42 Abs. 1 S. 3 GWB)

§ 9 Fusionskontrollverfahren

Sowohl das europäische als auch das deutsche Fusionskontrollverfahren basieren auf dem Grundsatz einer **präventiven** Zusammenschlusskontrolle mit der **Pflicht zur Anmeldung** des Zusammenschlussvorhabens vor dessen Vollzug und einer **Vollzugssperre** während der Dauer des Prüfungsverfahrens.

I. Ablauf des europäischen Fusionskontrollverfahrens

Das europäische Fusionskontrollverfahren ist in den Art. 4 und 6 ff. FKVO geregelt. Es untergliedert sich regelmäßig in die folgenden Abschnitte:



¹⁷⁶ Der offiziellen Anmeldung geht in der Rechtspraxis regelmäßig eine formlose und vertrauliche Erörterung des Zusammenschlussvorhabens mit Beamten der GD Wettbewerb der Kommission voraus (sog. *informal guidance*). Sie dient einer vorläufigen Darstellung des Zusammenschlussvorhabens und einer Erörterung des offiziellen Anmeldeverfahrens.

¹⁷⁷ Siehe Art. 10 Abs. 1 FKVO.

¹⁷⁸ Sog. **Phase-I-Freigabe**. Sie kann mit Auflagen verbunden werden (Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2, Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO).

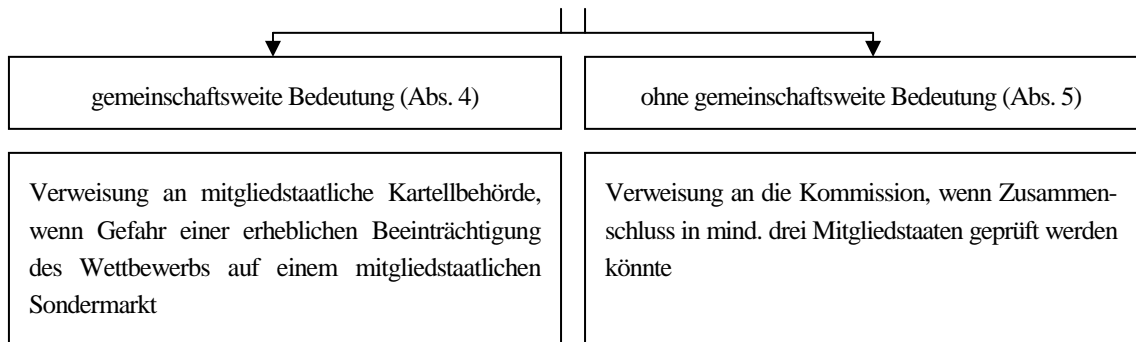
¹⁷⁹ Siehe Art. 10 Abs. 2 FKVO, wonach sich die Frist auf 35 Arbeitstage verlängert, wenn der Kommission der Verweisungsantrag eines Mitgliedstaats zugeht (Art. 9 Abs. 2 FKVO) oder wenn ihr von den Unternehmen Verpflichtungszusagen angeboten werden.

- Untersagungsentscheidung gemäß Art. 8 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 3 und 4 FKVO
- Auflösung eines vollzogenen Zusammenschlusses gemäß Art. 8 Abs. 4 FKVO
- Verweisung an eine nationale Kartellbehörde gemäß Art. 9 FKVO

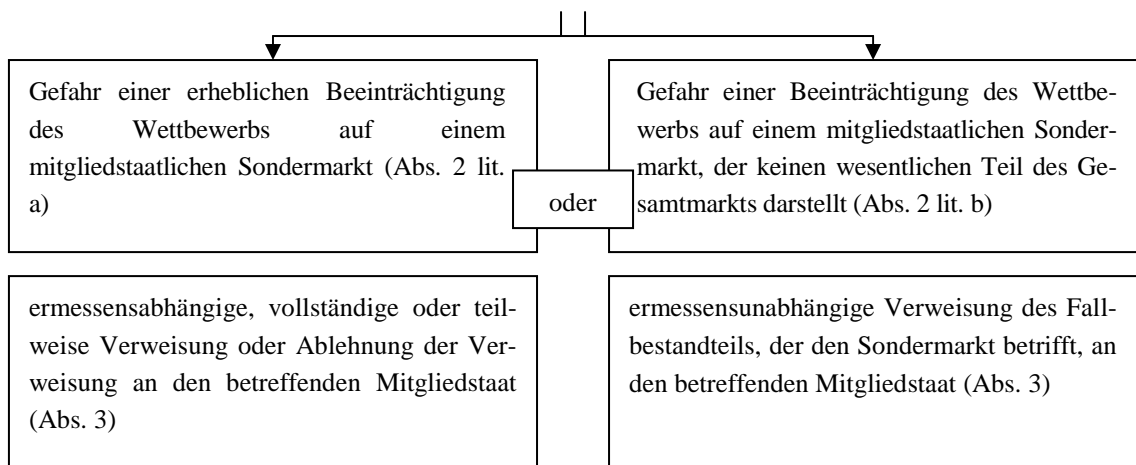
1. Das europäische Verweisungssystem in Fusions-sachen

Die Einzelheiten des Verweisungssystems sind in der *Mitteilung der Kommission über die Verweisung in Fusions-sachen* (ABl. Nr. C 56/2) vom 05.03.2005 enthalten.

- o **Art. 4 Abs. 4 und 5 FKVO** : Verweisungsverfahren auf Antrag der beteiligten Unternehmen



- o **Art. 22 FKVO**: Gemeinschaftsrechtliche Fusionskontrolle für Zusammenschlüsse ohne gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn (1) Antrag eines oder mehrerer Mitgliedstaaten und (2) zwischenstaatlicher Handel durch Zusammenschluss beeinträchtigt und (3) Gefahr einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs in den betreffenden Staaten
- o **Art. 9 FKVO, „deutsche Klausel“**: Mitgliedstaatliche Fusionskontrolle für Zusammenschlüsse mit gemeinschaftsweiter Bedeutung, wenn (1) Antrag eines Mitgliedstaates und (2)



2. Vollzugsverbot

Art. 7 Abs. 1 FKVO untersagt den an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, diesen Zusammenschluss vor einer Freigabeentscheidung durch die Kommission zu vollziehen. (Enge) Ausnahmen sind in Art. 7 Abs. 2 und 3 FKVO enthalten.

Rechtsgeschäfte, die gegen das Vollzugsverbot verstoßen, sind gem. Art. 7 Abs. 4 UAbs. 1 FKVO bis zu einer späteren Entscheidung der Kommission schwebend unwirksam. Der Verstoß gegen das Vollzugsverbot ist gem. Art. 14 Abs. 2 lit. b) FKVO bußgeldbewehrt.

3. Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Fusionskontrollverfahren

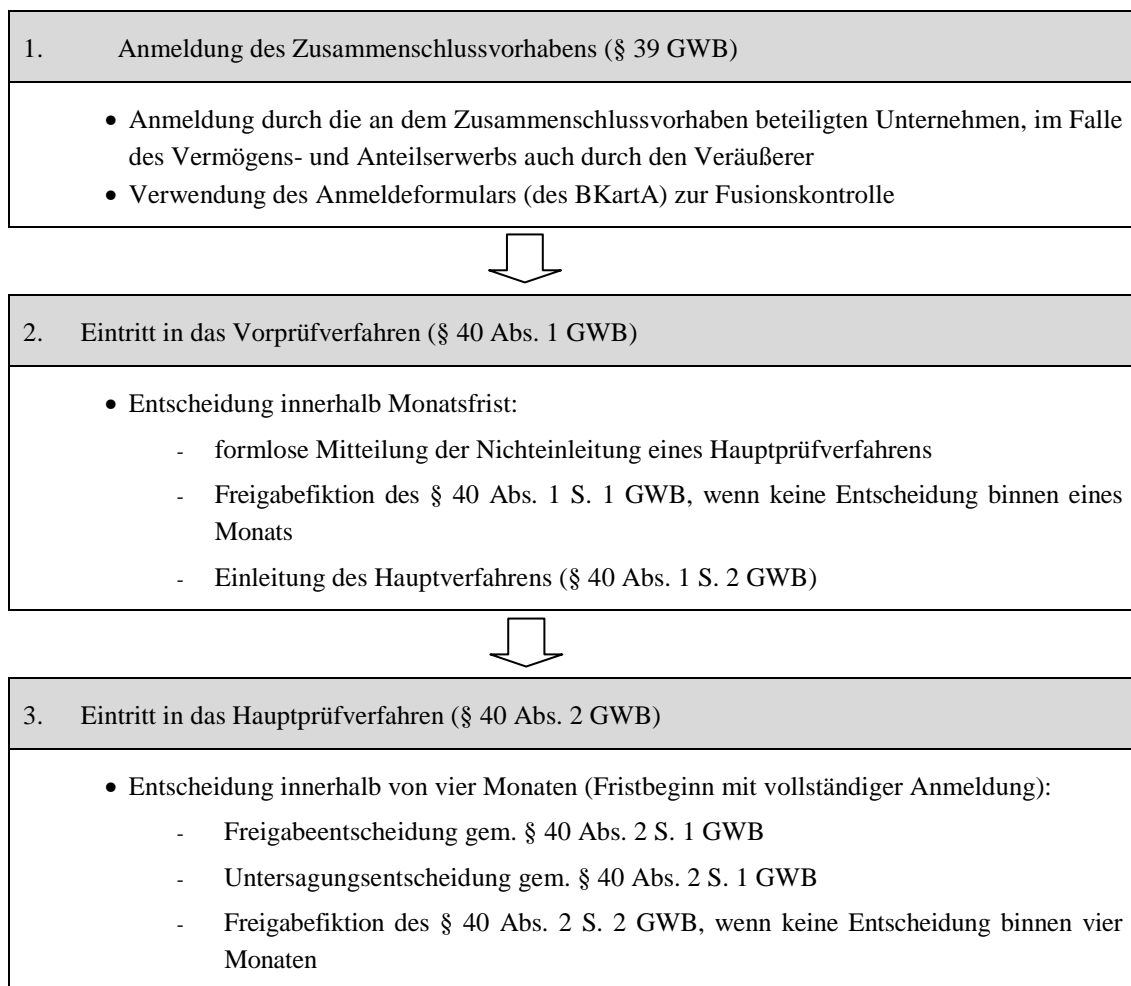
Gegen eine Untersagungsentscheidung der Kommission können die beteiligten Unternehmen Rechtsschutz bei den europäischen Gerichten suchen, Art. 21 Abs. 2 FKVO, Art. 220 ff. EG. Statthafte Klageart ist regelmäßig die Nichtigkeitsklage gem. Art. 230 EG, die innerhalb von zwei Monaten nach Erlass der Entscheidung (Art. 230 Abs. 5 EG) vor dem sachlich zuständigen EuG (Art. 225 EG) erhoben werden muss.

Klagebefugt sind neben den am Zusammenschluss beteiligten Parteien auch Dritte, z.B. Wettbewerber der Zusammenschlussbeteiligten, wenn sie durch die Freigabe des Zusammenschlusses unmittelbar und individuell in ihren berechtigten Interessen betroffen werden (Art. 230 Abs. 4 EG).

Gegen die Entscheidungen des EuG kann gem. Art. 225 EG eine auf die Rechtskontrolle beschränkte Revision beim EuGH eingelegt werden.

II. Ablauf des deutschen Fusionskontrollverfahrens

Das deutsche Fusionskontrollverfahren ist in den §§ 39 ff. GWB geregelt. Es untergliedert sich regelmäßig in die folgenden Abschnitte:



1. Vollzugsverbot

Auch das deutsche Fusionskontrollrecht untersagt einen Vollzug des Zusammenschlusses vor Freigabe durch das BKartA oder gleichgestellter Freigabefiktion. Rechtsgeschäfte, die gegen das Vollzugsverbot verstoßen, sind gem. § 41 Abs. 1 S. 2 GWB schwebend unwirksam. Ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot ist gem. § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB bußgeldbewehrt.

2. Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Fusionskontrollverfahren

Gegen eine Untersagungsentscheidung können die beteiligten Unternehmen gem. § 63 GWB beim OLG Düsseldorf (Anfechtungs-)Beschwerde einlegen, die jedoch gem. § 64 Abs. 1 GWB grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung hat. Dritte können gem. § 63 Abs. 2 GWB auch gegen eine Freigabeentscheidung vorgehen.