

§ 2 Anwendungsbereich und relevanter Markt

I. Verhältnis des europäischen zum mitgliedstaatlichen Kartellrecht

Das europäische und das mitgliedstaatliche (deutsche) Kartellrecht sind durch ein Nebeneinander mehrerer Rechtsordnungen geprägt. Da der Anwendungsbereich des mitgliedstaatlichen (deutschen) Kartellrechts durch das EU-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 Kartellverbot und dem Missbrauchsverbot (1. und 2. Säule des Kartellrechts) einerseits sowie der Zusammenschlusskontrolle (3. Säule des Kartellrechts) andererseits zu unterscheiden.

⇒ Kartellverbot (Art. 101 AEUV) und Missbrauchsverbot (Art. 102 AEUV)

- sog. **Zwischenstaatlichkeitsklausel**¹

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.“²

- 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 muss³

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)⁴

¹ Art. 101 Abs. 1 AEUV: „... welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind...“ und Art. 102 S. 1 AEUV: „... 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 in EuGH, Urt. v. 13.7.2006, EuZW 2006, 529, Rn. 42 ff. – *Manfredi* u.a. sowie in EuGH, Urt. v. 12.12.1967, Slg. 1967, 543, 556 – *Brasserie de Haecht/Wilkin Janssen*.

² EuGH, Urt. v. 06.05.1971, Slg. 1971, S. 351 ff. – *Cadillon/Hoess*.

³ Die Spürbarkeit der (Eignung zur) Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist von der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung zu unterscheiden. Siehe zu letzterer S. - 31 -.

⁴ Der Begriff der gemeinschaftsweiten Bedeutung eines Zusammenschlusses wird im Zusammenhang mit der europäischen Zusammenschlusskontrolle näher erläutert. Siehe S. - 91 -.

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.⁵

a) Kollisionsnormen

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

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

b) Anwendungsvorrang des europäischen Kartellrechts

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

- ⇒ Kartellverbot (Art. 101 AEUV, § 1 GWB)
 - zwingende Ergebnisidentität (im Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts) bei paralleler Anwendbarkeit europäischen und mitgliedstaatlichen Kartellrechts, d. h.
 - ein Verhalten, das von Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht erfasst oder durch Art. 101 Abs. 3 AEUV 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. 101 Abs. 1 AEUV untersagt ist und nicht durch Art. 101 Abs. 3 AEUV oder eine GVO freigestellt wird, ist auch nach mitgliedstaatlichem Recht kartellrechtswidrig (allgemeiner Vorrang des Gemeinschaftsrechts)
- ⇒ Missbrauchsverbot (Art. 102 AEUV, §§ 18 ff. GWB)
 - zwingende Ergebnisidentität bei europakartellrechtlich unzulässigen einseitigen Verhaltensweisen (im Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts), d. h.
 - ein einseitiges Verhalten, das gegen Art. 102 AEUV verstößt, 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. 102 AEUV 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)

⁵ Andernfalls ist ausschließlich mitgliedstaatliches Kartellrecht anzuwenden.

- ⇒ Zusammenschlusskontrolle (FKVO, §§ 35 ff. GWB)
- Grundsatz der ausschließlichen Zuständigkeit der EU-Kommission bei Zusammenschlüssen von gemeinschaftsweiter Bedeutung (**one-stop-shop**), d. h.
 - ausschließliche Anwendung des europäischen Fusionskontrollrechts (Art. 21 Abs. 2 und 3 FKVO, § 35 Abs. 3 GWB)
 - Zusammenschlüsse, die die Kommission genehmigt/untersagt hat, dürfen von den Mitgliedstaaten nicht mehr untersagt/freigegeben werden (Ausnahmen beachten!)
 - 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 Artt. 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 AEU-Vertrags bzw. des GWB Anwendung finden.

1. Räumlicher Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts

Die Wettbewerbsregeln des AEU-Vertrags gelten gemäß Art. 52 EUV für alle Unternehmen, die ihren Sitz in den derzeit 27 Mitgliedstaaten haben. Sachverhalte mit exterritorialem 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.

- ⇒ Auswirkungsprinzip⁶
- Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts, sobald und soweit eine wettbewerbsrelevante Maßnahme spürbare Auswirkungen innerhalb des Binnenmarkts zeitigt
 - Vorteil eines größtmöglichen Anwendungsbereichs des europäischen Kartellrechts
 - Nachteil der Kollisionsgefahr mit dem Kartellrecht von Drittstaaten
- ⇒ (erweitertes) Territorialitätsprinzip⁷
- Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts, sobald und soweit ein Unternehmen durch Handlungen innerhalb der Union ein Tatbestandsmerkmal der (Verbots-)Norm erfüllt

⁶ Die Kommission ist schon in ihrer frühen Bußgeldpraxis von der Anwendbarkeit des Auswirkungsprinzips ausgegangen und hat dies bis heute beibehalten, z. B. KOMe v. 21.12.1988, ABl. 1989 Nr. L 74, S. 21 – LDPE.

⁷ Der EuGH hat sich dem Auswirkungsprinzip zwar 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. 101 AEUV nicht erfasst.

- auch der Handlungserfolg, d. h. die Durchführung der wettbewerbsrelevanten Maßnahme, gilt als Tatbestandserfüllung (dadurch Annäherung an das Auswirkungsprinzip)

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 § 185 Abs. 2 GWB. Er normiert ausdrücklich die Geltung des Auswirkungsprinzips:

- (1) Anwendbarkeit des GWB, sobald und soweit eine wettbewerbsrelevante Maßnahme Auswirkungen innerhalb des deutschen Markts zeitigt
- (2) 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 des Kartellrechts) aus übergeordneten Gründen – z. B. solchen der Versorgungssicherheit – (teilweise) entzogen.

- (1) EU-Kartellrecht: z. B. Landwirtschaft (Art. 42 AEUV), Post, Telekommunikation und Energie (Art. 106 Abs. 1-2 AEUV)
- (2) Deutsches Kartellrecht: z. B. Landwirtschaft (§ 28 GWB), Presse (§ 30 GWB), Wasserversorgung (§ 31 GWB), Forst (§ 40 BWaldG)

IV. Wettbewerbsbehörden und ihre Zuständigkeiten

Europäische Kommission

- ⇒ Wettbewerbsbehörde der EU mit Sitz in Brüssel
- ⇒ System der dezentralen Anwendung der Artt. 101, 102 AEUV in einem Netz von Wettbewerbsbehörden, aber: Selbsteintrittsrecht der Kommission gem. Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003
- ⇒ Alleinzuständigkeit zur Durchsetzung der FKVO (sog. *one stop shop* – Prinzip) und von Art. 106 AEUV gegenüber den Mitgliedstaaten (Art. 106 Abs. 3 AEUV)

Bundeskartellamt

- ⇒ 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 Artt. 101, 102 AEUV (§ 50 GWB)

Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie

- ⇒ Ministererlaubnis (§ 42 GWB)

Landeskartellbehörden

- ⇒ Zuständigkeit, wenn nicht ausschließliche Zuständigkeit des BKartA oder des BMWi
- ⇒ keine Befugnisse im Bereich der Zusammenschlusskontrolle

European Competition Network (ECN)

- ⇒ Regelung der Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden sowie den nationalen Gerichten (Artt. 11 ff. VO 1/2003, ECN-Bekanntmachung)

Monopolkommission

- ⇒ unabhängiges Beratungsgremium auf den Gebieten der Wettbewerbspolitik/Regulierung
- ⇒ Erstellung von wirtschafts- und wettbewerbspolitischen Gutachten (§ 44 GWB), insbes. das zweijährliche "Hauptgutachten" zum Stand der Unternehmenskonzentration

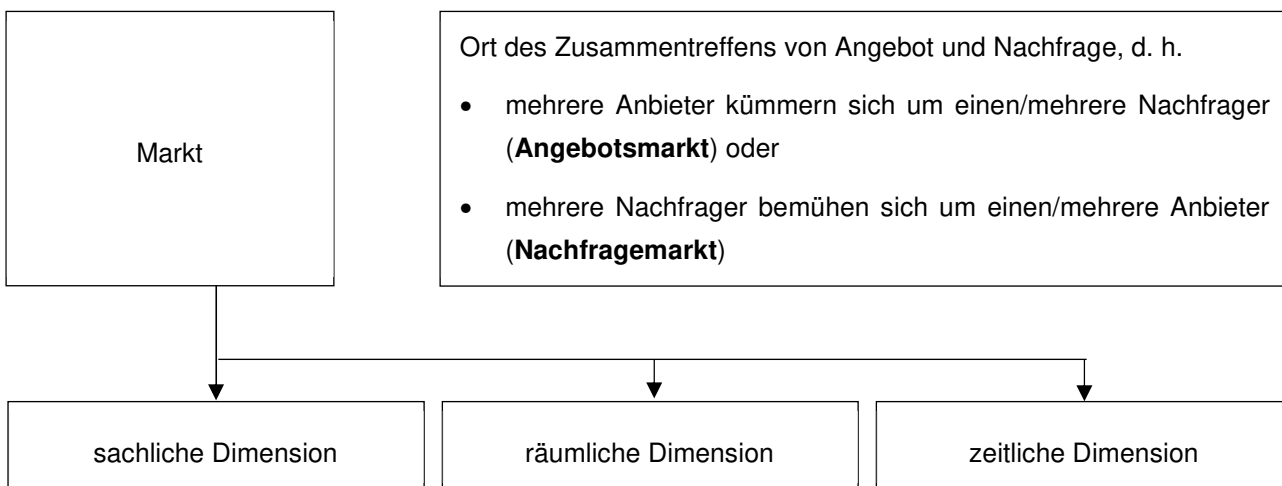
V. Abgrenzung des relevanten Marktes

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

- ⇒ im Rahmen des Kartellverbots bei der Beurteilung der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung, bei der Abgrenzung von aktuellem und potenziellem Wettbewerb, bei Anwendung der Zwischenstaatlichkeitsklausel, bei der Freistellung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen;
- ⇒ im Rahmen des Missbrauchsverbots bei der Ermittlung einer markt(!)beherrschenden Stellung;
- ⇒ 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. Märkte bei unentgeltlicher Leistungserbringung (§ 18 Abs. 2a GWB)

In der kartellbehördlichen und gerichtlichen Praxis wurde die Marktqualität bei unentgeltlicher Leistungserbringung bisher zum Teil verneint. Ein besseres ökonomisches Verständnis der Wirkungsweise insbesondere zweiseitiger Märkte hat jedoch dazu geführt, dass das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission in mehreren aktuellen Fusionskontrollentscheidungen das Vorliegen eines Marktes angenommen haben, obwohl die betreffende Leistung unentgeltlich angeboten wurde.⁸ Im Gegensatz dazu war das OLG Düsseldorf in einer

⁸ EU-Kommission, Entsch. v. 3.10.2014, COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*; Bundeskartellamt, Fallbericht v. 25.6.2015, B6-39/15 – *Online-Immobilienplattformen*; Bundeskartellamt, Beschl. v. 22.10.2015, B6-57/15 – *Online Datingplattformen*.

Entscheidung aus 2015 noch davon ausgegangen, dass nur die entgeltliche Seite von Hotelbuchungs-portalen einen Markt bildet.⁹

Der neu im Rahmen der 9. GWB-Novelle 2017 eingefügte § 18 Abs. 2a GWB stellt nunmehr klar, dass auch im Fall einer unentgeltlichen Leistungsbeziehung ein Markt vorliegen kann. Aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive entsteht ein Markt durch das Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage. Er ist lediglich durch das Vorliegen einer Austauschbeziehung gekennzeichnet. Ein Markt liegt demzufolge nicht nur dann vor, wenn für die angebotene Leistung eine Geldzahlung verlangt wird, sondern kann auch dann gegeben sein, wenn bei der Transaktion kein Entgelt übertragen wird. Die Regelung erfasst damit Geschäftsmodelle, bei denen Leistungen ohne direkte monetäre Gegenleistung angeboten werden. Das betrifft vor allem sog. zwei- oder mehrseitige Märkte – z. B. die ohne monetäres Entgelt nutzbaren Social-Media-Plattformen.

2. Der sachlich relevante Markt

Die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts erfolgt sowohl im europäischen als auch im deutschen Kartellrecht nach dem **Bedarfsmarktkonzept**.¹⁰ 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 jeweiligen 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

3. Der räumlich relevante Markt

Der räumlich relevante Markt umfasst dasjenige Gebiet, in dem die Marktgegenseite die sachlich relevanten Produkte/Dienstleistungen anbietet oder nachfragt.

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

- ⇒ hinreichende Homogenität der Wettbewerbsbedingungen innerhalb des Gebiets
- ⇒ hinreichende Heterogenität der Wettbewerbsbedingungen gegenüber benachbarten Gebieten¹¹

⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.1.2015, VI Kart 1/14 (V), Rn. 43.

¹⁰ So auch EuGH, Urt. v. 26.11.1998, Slg. 1998, I-7791 ff., Rn. 33 – *Bronner*. „Nach gefestigter Rechtsprechung umfasst der relevante Erzeugnis- oder Dienstleistungsmarkt im Rahmen der Anwendung von Artikel 86 EG-Vertrag (heute: Art. 102 AEUV) alle Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die sich aufgrund ihrer Merkmale zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs besonders eignen und mit anderen Erzeugnissen oder Dienstleistungen nur in geringem Maße austauschbar sind...“

¹¹ Siehe hierzu vertiefend EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Slg. 1978, 207, Rn. 10/11 – *United Brands/Kommission*.

- 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 Marktzutrittsschranken, Bedeutung nationaler/regionaler Präferenzen, gegenwärtiges Käuferverhalten, Produkt- und Markendifferenzierung, SSNIP-Test)

4. Der zeitlich relevante Markt

⇒ Eintrittskarten zu einer Fußballweltmeisterschaft; Filmverwertungskette (Kino vs. PayTV)

5. 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 eines hypothetischen Monopolisten simuliert. Anschließend bewertet man das Ausweichverhalten der Marktgegenseite. Ist die Substitution so groß, dass eine Preiserhöhung für den hypothetischen Monopolisten aufgrund des mit ihr verbundenen Absatzrückgangs 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. Die Substitutionsgrenze markiert die Grenze des kartellrechtlich relevanten Markts.