

§ 3 Kartellverbot

Mit dem Begriff "Kartellverbot"¹ werden verkürzt jene Regelungen bezeichnet, die Wettbewerbsbeschränkungen durch eine Verhaltenskoordination zwischen selbstständigen Unternehmen untersagen. Das Kartellverbot erfasst gleichermaßen horizontale (z. B. Preisabsprachen zwischen Konkurrenten) wie vertikale (z. B. Preisbindung der zweiten Hand) Formen der Verhaltenskoordination.

Das Kartellverbot ist von unilateralen wettbewerbsbeschränkenden Handlungen marktbeherrschender oder relativ marktstarker Unternehmen abzugrenzen. Letztere unterliegen dem Missbrauchsverbot (Art. 102 AEUV, §§ 18 ff. GWB). Darüber hinaus ist zwischen dem repressiven Kartellverbot und der präventiven Kontrolle von geplanten Unternehmenszusammenschlüssen (FKVO, §§ 35 ff. GWB) zu unterscheiden.

I. Das Kartellverbot des europäischen Kartellrechts (Art. 101 AEUV)

Das unmittelbar anwendbare Kartellverbot des Art. 101 AEUV bildet eine wesentliche Grundlage für die Etablierung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt (Protokoll Nr. 27). Art. 101 AEUV gilt unmittelbar. Seine Wirkungen hängen nicht von einer Abstellungsverfügung der EU-Kommission ab (Art. 1 VO 1/2003).

Prüfungsschema	
1. Unternehmen oder Unternehmensvereinigung 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	Art. 101 Abs. 1 AEUV
9. Legalausnahmen vom Kartellverbot	Art. 101 Abs. 3 AEUV GVOen
10. Rechtsfolgen	Art. 101 Abs. 2 AEUV §§ 134, 139 BGB VO 1/2003 § 33, §§ 33a-h GWB

¹ Die Bezeichnung "Kartell"verbot ist insofern irreführend, als Art. 101 AEUV nicht nur klassische (Horizontal-)Kartelle, sondern auch (vertikale) Absprachen zwischen Nichtwettbewerbern, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen erfasst.



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. 101 AEUV an den Punkten 5 bis 7 zu scheitern, so ist es – entgegen der obigen Reihenfolge – zweckmäßig, diese Punkte vorab zu prüfen.

1. Unternehmen und Unternehmensvereinigungen als Normadressaten

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

a) Unternehmen

Der Unternehmensbegriff des EU-Kartellrechts wird durch den AEU-Vertrag nicht definiert. In der Entscheidungspraxis hat sich jedoch eine Definition herausgebildet, die von der EU-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, bestehend aus einer einheitlichen Organisation personeller, materieller und immaterieller Faktoren, mit denen dauerhaft ein bestimmter wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird und die an einer Zuwiderhandlung im Sinne dieser Vorschrift beteiligt sein können.

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

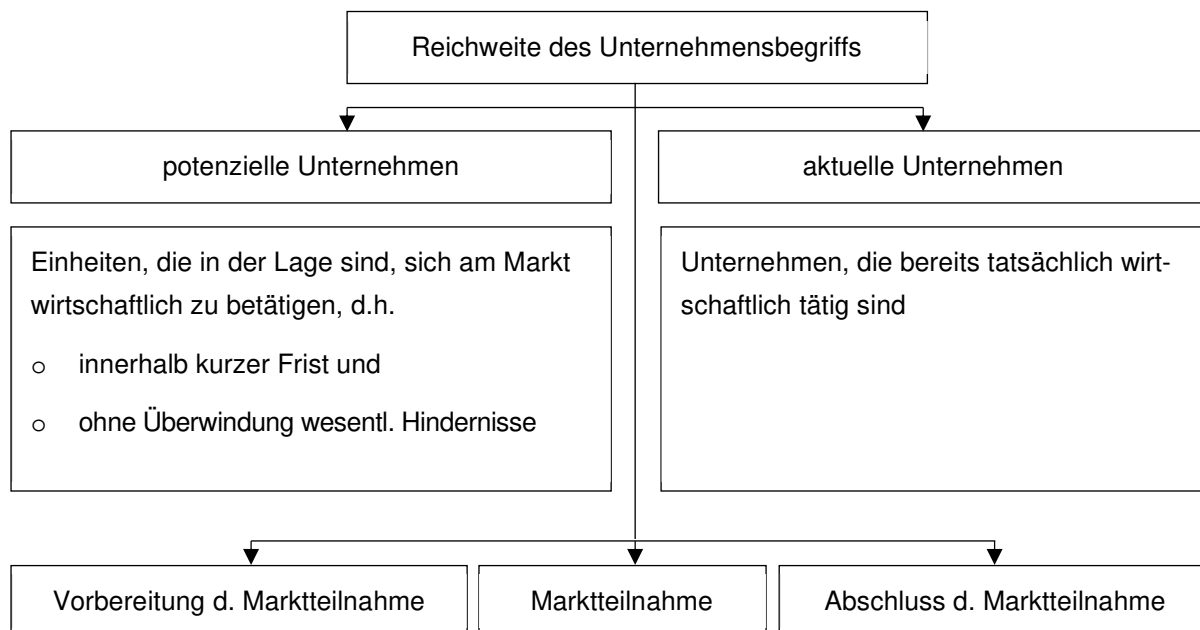
Kriterien:

- Gewinnerzielungsabsicht (str.²)
- Dauerhaftigkeit der wirtschaftlichen Tätigkeit (str.³)
- Rechtsformunabhängigkeit (str., ob Rechtsfähigkeit erforderlich⁴)
- Relativität des Unternehmensbegriffs, d. h. ein- und dieselbe Einheit kann unternehmerisch und nicht unternehmerisch handeln

² Siehe auch EuGH, Urt. v. 11.12.1997, Slg. 1997, I-7119 ff., Rn. 21 m.w.N. – *Job Centre*.

³ Siehe auch EuGH, Urt. v. 13.7.1962, Slg. 1962, 653 ff. (687) – *Klöckner/Hoesch*.

⁴ Verneinend: EuGH, Urt. v. 28.6.2005, Slg. 2005, I-5425 ff., Rn. 113 – *Dansk Rorindustri u.a./Kommission*.



Unternehmerische Tätigkeiten im Sinne des Art. 101 AEUV sind vor allem abzugrenzen:

- vom privaten Verbrauch → z.B. private Vermögensverwaltung⁵
- von rein hoheitlicher Tätigkeit → z.B. Kontrolle und Überwachung des Luftraums⁶
- von soz. Sicherungssystemen → z.B. Pflichtversicherung für Arbeitsunfälle⁷
- von Arbeitnehmern → nicht selbstständig am Wirtschaftsleben Beteiligte
- von Tarifvertragsparteien → Tarifautonomie (ungeschriebener Ausnahmebereich)⁸

Exkurs: Wettbewerbsbeschränkungen durch Konzerngesellschaften

- (1) Werden Preisvorgaben einer Konzernmutter an ihre Vertriebstochtergesellschaften vom Kartellverbot des Artikel 101 Abs. 1 AEUV 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. 101) Absatz 1 des Vertrages ..."

⁵ Vertiefend: *Langen/Bunte*, Art. 81 (Generelle Prinzipien), Rn. 8 m.w.N.

⁶ Die Rechtsprechung des EuGH, Ur. v. 11.07.2006, EuZW 2006, S. 600 f., Rn. 26 - *FENIN* gibt Hinweise darauf, dass die staatliche Nachfrage unter Verweis auf den nichtwirtschaftlichen Charakter der späteren Verwendung der eingekauften Güter möglicherweise vollständig vom Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV ausgenommen werden soll.

⁷ EuGH, Ur. v. 5.3.2009, C-350/07, Slg. 2009, I-1513, Rn. 53 ff. – *Kattner Stahlbau*.

⁸ Vertiefend: EuGH, Ur. v. 21.09.1999, Slg. 1999, S. I-6025 (Ls. 2) – *Brentjens*.

Mangels beschränkbarer Wettbewerbs zwischen den einzelnen 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."

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 + tatsächliche Ausübung von Leitungsmacht) zurechnen lassen.

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."

Ausnahme: Verantwortlichkeit des Erwerbers bei (transaktionsbedingtem) Erlöschen der Rechtspersönlichkeit der zum Zuwiderhandlungszeitpunkt unternehmensleitenden 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."

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

Auch bei Handelsvertretern stellt sich die Frage, ob Wiederverkaufspreisvorgaben des Prinzipals an seinen Handelsvertreter dem Kartellverbot des Artikel 101 Abs. 1 AEUV 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..."

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

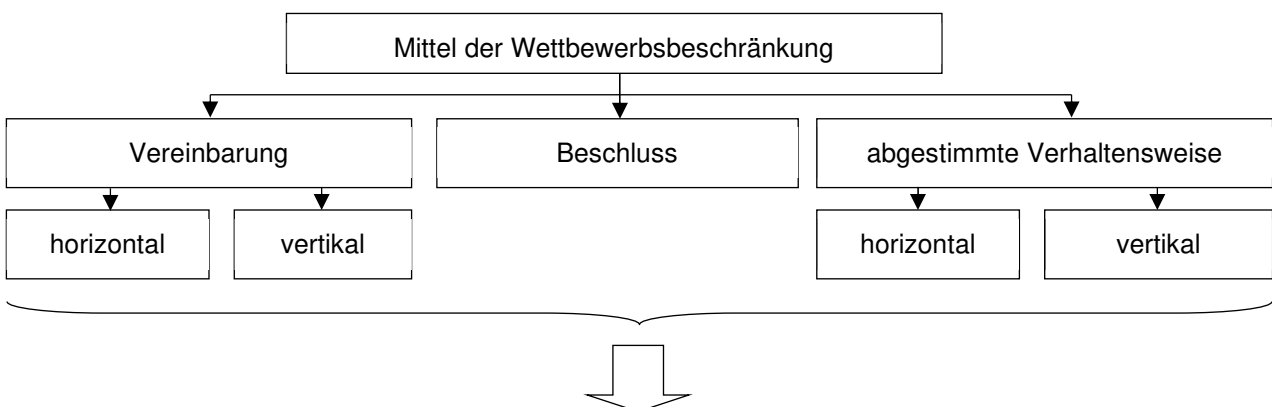
b) Unternehmensvereinigungen

Definition	<p>Zweck von Unternehmensvereinigungen ist es, die wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitgliedsunternehmen zu wahren. Eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit ist nicht erforderlich.</p> <p>Bei eigener wirtschaftlicher Tätigkeit sind Unternehmensvereinigungen zugleich Unternehmen. Über den Wortlaut von Art. 101 Abs. 1 AEUV hinaus werden von der Norm auch Vereinigungen von Unternehmensvereinigungen erfasst.</p>
-------------------	---

Auch öffentlich-rechtliche Unternehmensverbände (z. B. IHK, Rechtsanwaltskammern, Handwerkskammern u.a.) werden vom persönlichen Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst, soweit ihre Tätigkeit nicht ausschließlich auf die – rechtmäßige – Regelung des jeweiligen Berufsrechts beschränkt ist.

2. Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen

Art. 101 Abs. 1 AEUV 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. 101 Abs. 1 AEUV hinsichtlich des erfassten Verhaltens zu eng formuliert ist. Um eine Umgehung der Verbotsnorm zu vermeiden, wird das Kartellverbot 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.⁹)
- ⇒ notwendiges Abgrenzungskriterium zur abgestimmten Verhaltensweise
- ⇒ *gentlemen's agreement* = Vereinbarung (str.)
- ⇒ Abgrenzung der Vereinbarung von einseitigen Maßnahmen¹⁰
- ⇒ 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. 102 AEUV 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.

⁹ Emmerich, Kartellrecht, 12. Aufl. 2012, § 4 Rn. 7 f. (m.w.N.).

¹⁰ EuGH, Urt. v. 6.1.2004, Slg. 2004, I-23 ff., Rn. 100 ff. – *BAI und Kommission/Adalat*.

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 potenziellen 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."*

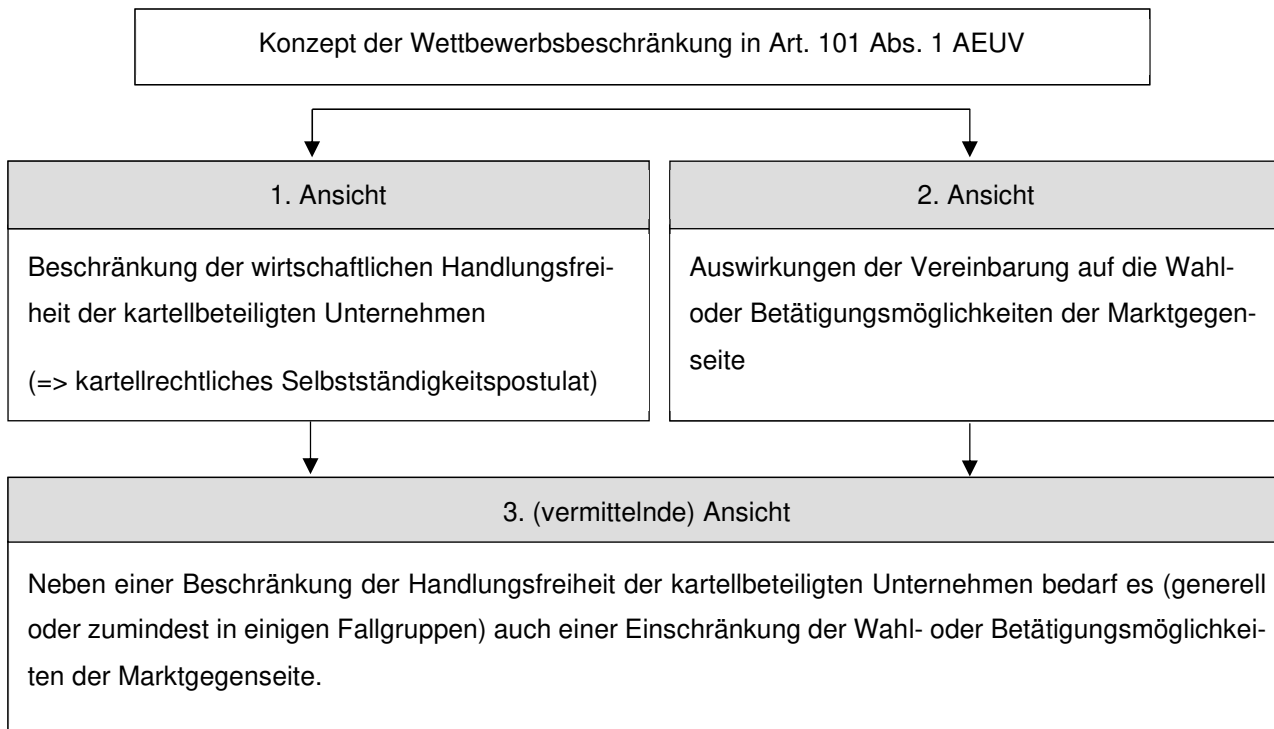
Auffangtatbestand, der eine Verhaltensabstimmung zwischen Unternehmen und ein darauf beruhendes (d.h. kausales) Marktverhalten voraussetzt

- ⇒ Abgrenzung zu kartellrechtlich zulässigem **bewusstem Parallelverhalten**, bei dem sich die Unternehmen autonom am Verhalten anderer Marktbeteiligter orientieren¹¹
- ⇒ z.B. bei homogenen Gütern und natürlicher Reaktionsverbundenheit im engen Oligopol
- ⇒ Indizien für eine Verhaltensabstimmung können demgegenüber sein:
 - eine einheitliche Preispolitik, die über einen längeren Zeitraum andauert
 - Beteiligte, die ihren wirtschaftlichen Eigeninteressen zuwiderhandeln

¹¹ Zur Vertiefung siehe: EuGH, Urt. v. 14.7.1972, Slg. 1972, 619 ff., Rn. 64/67 – *ICI/Kommission*; EuGH, Urt. v. 16.12.1975, Slg. 1975, 1663 ff., Rn. 173/174 – *Suiker Unie*.

3. Wettbewerbsbeschränkung

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 Zahl der beteiligten Unternehmen und den Umfang des in Betracht kommenden Markts nicht Normalbedingungen entsprechen.¹²

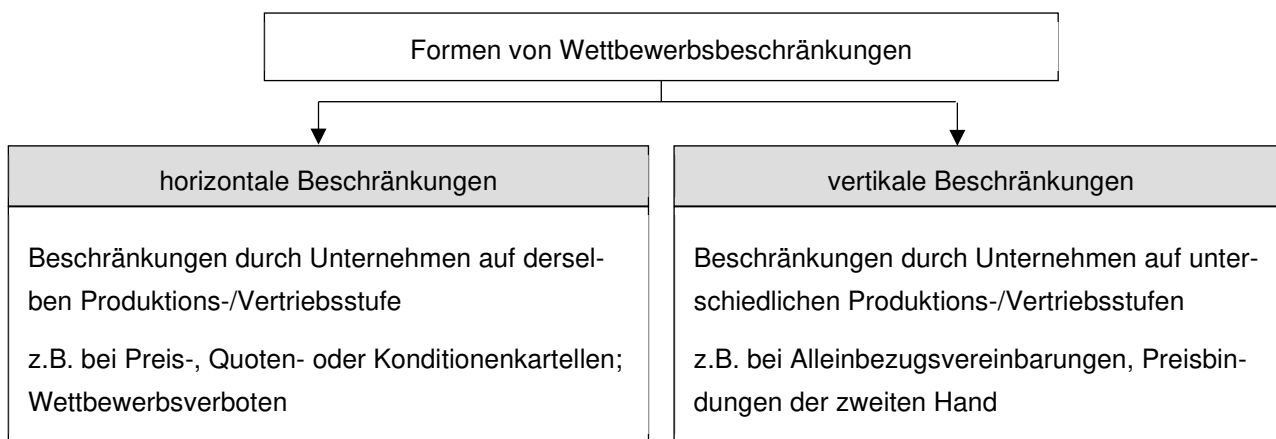


Die Prüfung dieses Tatbestandsmerkmals ist erschwert, da der Wettbewerbstheorie bisher keine positive Definition des Wettbewerbs gelungen ist.¹³ Auch der AEU-Vertrag bekennt sich zu keinem bestimmten Wettbewerbsverständnis.

Es gilt jedoch der **Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit**. Leitbild ist der freie, redliche, unverfälschte und wirksame Wettbewerb. Insofern handelt es sich bei den Wettbewerbsbeschränkungen des Art. 101 AEUV nicht um Beschränkungen des Wettbewerbs, sondern um Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit.

¹² EuGH, Ur. v. 28.5.1998, Slg. 1998, I-3111 ff., Rn. 87 – *Deere*.

¹³ Siehe oben die Erläuterungen zum Wettbewerbsbegriff, den Wettbewerbsfunktionen und Wettbewerbstheorien.



Auch wenn Art. 101 Abs. 1 AEUV 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. 101 Abs. 3 AEUV, aber z. B. auch im Rahmen einer Prüfung der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung.

Der AEU-Vertrag differenziert zwischen verschiedenen (aber gleichwertigen) Formen der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die unter dem Oberbegriff der Wettbewerbsbeschränkung zusammengefasst werden können.¹⁴

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 gewillkürten Beschränkung der Wettbewerbsparameter, durch welche die wirtschaftliche Handlungsfreiheit aller oder einzelner eingeschränkt wird.

c) **Verfälschung 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, wird die Wettbewerbsverfälschung als eine künstliche Veränderung der Wettbewerbsbedingungen definiert, die in einem Widerspruch zum System des unverfälschten Wettbewerbs steht.

d) **Regelbeispiele des Art. 101 Abs. 1 AEUV**

Der AEU-Vertrag enthält in Art. 101 Abs. 1 Hs. 2 AEUV eine – nicht abschließende – Aufzählung von Beispieltatbeständen für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen. Diese Aufzählung soll einerseits die Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV erleichtern und andererseits Hinweise auf die Interpretation der Generalklausel in Art. 101 Abs. 1 Hs. 1 AEUV geben.

¹⁴ Unter Berufung auf – nunmehr – Protokoll 27 („... das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt“) wird 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.

⇒ **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 (z.B. AGB)

⇒ **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

⇒ **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, die Vereinbarung einer rechtlichen oder faktischen Ausschließlichkeit (z.T. unterstützt durch sog. englische Klauseln)

⇒ **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

⇒ Koppelungsgeschäfte (lit. e)

- an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen abnehmen, 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.¹⁵)



Die Beispieltatbestände sind nicht abschließend („insbesondere“). Wird ein Verhalten von ihnen nicht erfasst, kann es gegen die Generalklausel des Art. 101 Abs. 1 Hs. 1 AEUV verstoßen.

Die Regelbeispiele sind nicht *per se* und absolut verboten. Es müssen die (zusätzlichen) Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV 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 oder Wirkung**). Eine trennscharfe Abgrenzung ist häufig schwierig, da die bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zumeist auch 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 Parteien¹⁶

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

¹⁵ Siehe vertiefend hierzu: *Emmerich*, Kartellrecht, 12. Aufl. 2012, § 5 Rn. 13 f.

¹⁶ Die englische Sprachfassung von Art. 101 AEUV 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.

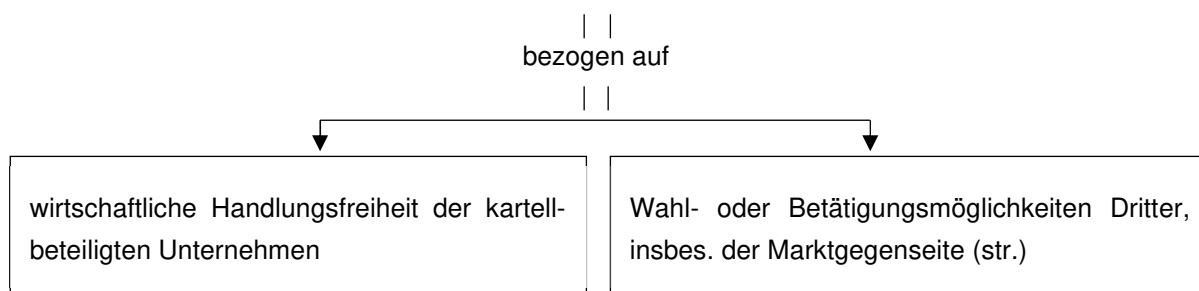
- Vertikalbeschränkungen = Preisbindung der zweiten Hand, Festsetzung von Mindestpreisen, Gewährung eines absoluten Gebietsschutzes



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

b) Bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen

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



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

c) Bündeltheorie

Die Bündeltheorie benennt Grundsätze zur Beurteilung wettbewerbsbeschränkender Wirkungen, die sich nicht aus einer einzelnen Vereinbarung, sondern aus der Gesamtheit gleichartiger Vereinbarungen im relevanten Markt ergeben (Theorie der kumulativen Wirkung).¹⁷

Beispiel: Ausschließlichkeitsbindungen und Wettbewerbsverbote in Bier- oder Erdgaslieferverträgen

⇒ 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

¹⁷ 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).

5. Auswirkungsprinzip, Zwischenstaatlichkeit und Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung

Um vom Kartellverbot des Art. 101 AEUV erfasst zu werden, müssen die bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen sich auf dem Binnenmarkt auswirken, d.h. 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 EU-Kartellrechts).

b) Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung

Beim Erfordernis der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung handelt es sich um ein **ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal** von Art. 101 Abs. 1 AEUV. 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 Handels¹⁸, auch wenn beide Merkmale ähnlich ausgelegt und häufig zusammen geprüft werden.

Siehe hierzu v.a. die *Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung)* (2014/C 291/01).

Die EU-Kommission sieht Vereinbarungen und abgestimmte 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 Marktanteilsgrenze auf **fünf Prozent**, wenn ein kumulativer Marktabschottungseffekt (sog. Bündeltheorie) zu beobachten ist



Die *de-minimis*-Bekanntmachung findet **keine Anwendung auf sog. Kernbeschränkungen** (siehe Rn. 13 der Bekanntmachung)! Dies gilt nicht nur für die Entscheidungspraxis der EU-Kommission, sondern nach der Rechtsprechung des EuGH in der Rs. *Expedia* generell.¹⁹

¹⁸ Zur spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels – siehe oben, Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts, S. - 11 -.

¹⁹ EuGH, Urt. v. 13.12.2012, Rs. C-226/11, Rn. 37 – *Expedia*.

6. Tatbestandsrestriktionen

Unter dem Begriff einer europäischen *Rule of Reason* und dem Immanenzgedanken werden zwei Möglichkeiten der teleologischen Reduktion von Art. 101 Abs. 1 AEUV diskutiert.

a) Rule of Reason?

Die *Rule of Reason* ist eine Rechtsfigur des US-amerikanischen Kartellrechts, die eine Abwägung der wettbewerbschädigenden mit den wettbewerbsfördernden Aspekten einer Maßnahme im Tatbestand der Verbotsnorm ermöglicht. Teile der rechtswissenschaftlichen Literatur²⁰ 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.²¹ Dem steht jedoch die Systematik von Art. 101 AEUV entgegen. Wettbewerbsfördernde Aspekte werden von Art. 101 Abs. 3 AEUV und nicht bereits vom Begriff der Wettbewerbsbeschränkung in Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst.²²

b) Tatbestandsimmanente (notwendige) 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) Genossenschaftsprivileg²³
- (3) Markterschließungsdoktrin²⁴

²⁰ FK-KartR/Roth/Ackermann, Art. 81 Abs. 1 Grundfragen, Rn. 351 ff. m.w.N.

²¹ 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.

²² Das EuG hat eine europäische *Rule of Reason* dementsprechend auch abgelehnt: EuG, Urt. v. 23.10.2003, Slg. 2003, II-4653, Rn. 106 f. – *van den Bergh Foods Ltd./Kommission*.

²³ Siehe hierzu EuGH, Urt. v. 15.12.1994, Slg. 1994, I-5641 ff., Rn. 35 – *Gottrup-Klim u.a.*

²⁴ Die Markterschließungsdoktrin erfasst Konstellationen, in denen Wettbewerbsbeschränkungen in Vertikalverträgen erforderlich sind, um die Erschließung eines neuen Marktes überhaupt zu ermöglichen.

7. Legalausnahmen vom Kartellverbot, Art. 101 Abs. 3 AEUV

Art. 101 Abs. 3 AEUV normiert die Voraussetzungen, unter denen das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV für nicht anwendbar erklärt werden kann. In Betracht kommen sowohl generelle Freistellungen für Gruppen von Vereinbarungen, abgestimmten Verhaltensweisen und Beschlüssen (sog. Gruppenfreistellungsverordnungen, GVOen) als auch Freistellungen im konkreten Einzelfall.



Die Möglichkeit einer Freistellung unterscheidet das Kartellverbot (Art. 101 AEUV) vom Missbrauchsverbot für marktbeherrschende Unternehmen (Art. 102 AEUV).

Es gibt keine *per se* verbotenen Arten von Wettbewerbsbeschränkungen, auf die eine Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV von vornherein ausgeschlossen ist.²⁵

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

a) Unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 3 AEUV

Art. 101 Abs. 3 AEUV gilt seit dem Inkrafttreten des EWG-Vertrags im Jahre 1958 mit nahezu unverändertem Wortlaut. Er wurde ursprünglich als Ermächtigung der Kommission interpretiert, wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen nach Ermessen von der Anwendung der Verbotsnorm des Art. 101 Abs. 1 AEUV zu dispensieren. Den Unternehmen wurde durch Art. 101 Abs. 3 AEUV (bzw. dessen Vorgängernorm 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 (alt) oder durch einen formlosen, nach den Grundsätzen des Vertrauensschutzes jedoch für die EU-Kommission verbindlichen „*comfort letter*.“ Im Zeitraum zwischen Anmeldung und Freistellungsentscheidung waren die beteiligten Unternehmen auch dann vor Geldbußen geschützt, wenn die EU-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.²⁶ Art. 101 Abs. 3 AEUV ist nunmehr gemäß Art. 1 Abs. 1, Abs. 2 VO 1/2003 unmittelbar anwendbar.²⁷ Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen sind *ipso iure* freigestellt, wenn sie die Voraussetzungen einer GVO oder die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen. Unternehmen müssen die kartellrechtliche Zulässigkeit ihres Marktverhaltens heute jedoch im Rahmen einer sog. kartellrechtlichen 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.²⁸

²⁵ Die Unterscheidung zwischen *per-se*-Verboten und der *Rule of Reason* ist dem US-amerikanischen Kartellrecht eigen.

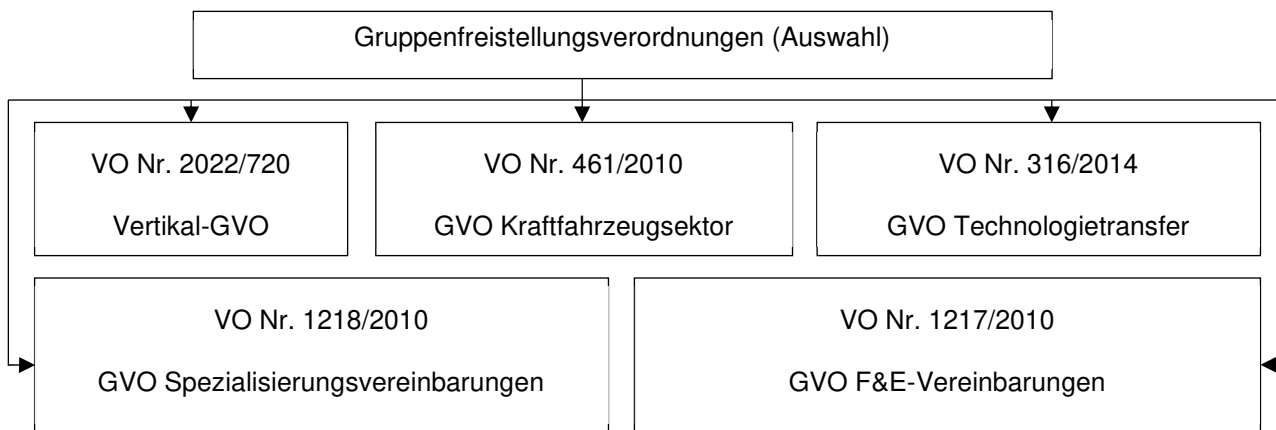
²⁶ Ursache für den Systemwechsel war vor allem eine Flut von Freistellungsanträgen, wodurch die EU-Kommission sich (aufgrund beschränkter Kapazitäten) an der Verfolgung von schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkungen gehindert sah.

²⁷ Diese sekundärrechtliche Interpretation von Art. 101 Abs. 3 AEUV wird – unter dem Stichwort: Vorrang des Primärrechts – in der Rechtswissenschaft teilweise 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. 101 Abs. 3 AEUV.

²⁸ Die EU-Kommission hat dieses Problem gesehen und versucht, ihm – in eingeschränktem Maße – durch die Nichtanwendbarkeitsfeststellung nach Art. 10 VO 1/2003 oder durch sog. Beratungsschreiben entgegenzuwirken.

b) Gruppenfreistellung durch Verordnung (Art. 101 Abs. 3 AEUV)

Gruppenfreistellungsverordnungen (GVOen) sind Verordnungen des Rates oder der EU-Kommission, durch die ganze Gruppen von Vereinbarungen, abgestimmten Verhaltensweisen oder Beschlüssen vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV freigestellt werden, weil bei ihnen grundsätzlich vom Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV ausgegangen werden kann.



- Rechtsnatur:
 - Verordnungen im Sinne von Art. 288 Abs. 2 AEUV, d.h. Verbindlichkeit und unmittelbare Geltung in allen Mitgliedstaaten
- Rechtsgrundlage:
 - Art. 103 Abs. 1 AEUV – Ermächtigung des Rats, der diese Befugnis durch ErmächtigungsVO an die EU-Kommission weitergeben kann
- Zweck:
 - Arbeitsentlastung der EU-Kommission
 - Rechts- und Planungssicherheit für Unternehmen (sog. *safe harbour*)



Wird eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung durch eine GVO (gruppen-)freigestellt, bedarf es keiner zusätzlichen Prüfung der Voraussetzungen einer Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV.

In der Literatur ist umstr., ob GVOen **deklaratorisch** (d.h. sie stellen Maßnahmen nur dann frei, wenn auch die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV vorliegen) **oder konstitutiv** (d.h. sie können Maßnahmen auch freistellen, wenn die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV 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. 101 Abs. 3 AEUV vorsieht.
- (2) Andererseits sieht das Primärrecht in Art. 101 Abs. 3 AEUV selbst das System der GVOen zur Konkretisierung der Freistellungsnorm vor, so dass die materiellrechtlichen Wirkungen der GVOen in Art. 101 Abs. 3 AEUV 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. 101 Abs. 3 AEUV nicht gegeben sind, nur durch eine konstitutive Wirkung der GVOen erklären.

c) Die Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 2022/720 (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.²⁹ Sie ist am 1.6.2022 in Kraft getreten und gilt bis zum 31.5.2034 (Art. 11 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 <ul style="list-style-type: none"> • Grundsatz = Nichtanwendbarkeit der Vertikal-GVO (S. 1) • Ausnahme = Anwendbarkeit bei nichtwechselseitigen Vertikalvereinbarungen und (1.) dualem Vertrieb (lit. a) oder (2.) Lieferant zugleich Dienstleister auf der Ebene des nicht konkurrierenden „Käufers“ (lit. b) • Gegen Ausnahme = nicht erforderlicher Austausch wettbewerblich sensibler Informationen 	Art. 2 Abs. 4-5
4. Sonderregelung für Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten (z.B. Handelsplattform Amazon)	Art. 2 Abs. 6
5. Subsidiaritätsklausel <ul style="list-style-type: none"> • Anwendungsvorrang speziellerer GVOen 	Art. 2 Abs. 7
6. Marktanteilsgrenzen von 30 % (<i>safe harbour</i>) einschl. der Berechnungsnormen in Art. 8	Art. 3
7. Bezweckte (!) Kernbeschränkungen (sog. schwarze Klauseln) <ul style="list-style-type: none"> • Fest- und Mindestpreisbindung zu Lasten des Käufers, lit. a • Gebiets- und Kundenbeschränkungen, differenziert nach Alleinvertrieb (lit. b), Selektivvertrieb (lit. c) und sonstigem Vertrieb (lit. d) • Verhinderung wirksamer Nutzung des Onlinevertriebs (lit. e) • Verkaufsbeschränkungen für Lieferanten von Einbau- und Ersatzteilen <p>! Freistellung für die gesamte Vertikalvereinbarung entfällt³⁰ !</p>	Art. 4

²⁹ Aufgrund ihres umfassenden Ansatzes wird die Vertikal-GVO heute auch als „Schirm-GVO“ bezeichnet. Sie setzt sich damit deutlich von ihren (Vor-)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.

³⁰ Keine geltungserhaltende Reduktion auf ein kartellrechtlich zulässiges Maß.

8. Nicht freigestellte Beschränkungen (sog. graue Klauseln) <ul style="list-style-type: none"> • überlange Wettbewerbsverbote zu Lasten des Abnehmers (Abs. 1 lit. a) • individualisierte (boycottähnliche) Wettbewerbsverbote in selektiven Vertriebssystemen (Abs. 1 lit. c) • plattformübergreifende Einzelhandels-Paritätsverpflichtungen (Abs. 1 lit. d) ! Freistellung für die konkrete Einzelklausel entfällt ³¹ !	Art. 5
9. (<i>ex nunc</i>) Entzug der Freistellung im Einzelfall	Art. 6

Siehe vertiefend hierzu auch die *Leitlinien (der EU-Kommission) für vertikale Beschränkungen*, ABl. 2022 Nr. C 148/1. Die Leitlinien haben zwar keinen Rechtsnormcharakter, führen jedoch zu einer Selbstbindung der EU-Kommission und enthalten wertvolle Auslegungshilfen für die kartellrechtliche Beurteilung von Vertikalvereinbarungen.

d) Freistellung im Einzelfall durch Art. 101 Abs. 3 AEUV

Erfüllt ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten nicht die Voraussetzungen einer GVO, ist es am Maßstab der Generalklausel des Art. 101 Abs. 3 AEUV zu prüfen.

Kumulative Voraussetzungen:
<ol style="list-style-type: none"> 1. Beitrag zur Erhöhung des <u>gesamtwirtschaftlichen</u> Nutzens durch (a) Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder (b) Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts <ul style="list-style-type: none"> • 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 <ul style="list-style-type: none"> • Verhältnismäßigkeitsprüfung, d.h. <ul style="list-style-type: none"> - Zweistufenprüfung: beschränkende Vereinbarung insgesamt erforderlich + Einzelbestandteile der Vereinbarung erforderlich, um Effizienzgewinne zu erreichen - kein milderes Mittel ersichtlich • 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

³¹ Auch Art. 5 Vertikal-GVO kennt grundsätzlich keine geltungserhaltende Reduktion des Wettbewerbsverbots auf ein kartellrechtlich zulässiges Maß (umstr.; Ausnahme: zeitlich überlange Wettbewerbsverbote). Im Gegensatz zu Art. 4 Vertikal-GVO beschränkt sich der Wegfall der Gruppenfreistellung jedoch auf das Wettbewerbsverbot und erfasst nicht die gesamte Vertikalvereinbarung.

4. 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. 101 und 102 AEUV)

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

1. Kartellverbot (§ 1 GWB)

§ 1 GWB verbietet Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Das deutsche „Kartellverbot“³² 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. 101 Abs. 1 AEUV) auf Wettbewerbsbeschränkungen anwendbar, die geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen³³, 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 Beispielkatalogs³⁴ entspricht der Wortlaut des deutschen Kartellverbots nunmehr³⁵ Art. 101 Abs. 1 AEUV. 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	§ 1 GWB
2. Vereinbarung, abgestimmte Verhaltensweise oder Beschluss	
3. Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs	
4. Bezwecken oder Bewirken	
5. Auswirkungsprinzip (§ 185 Abs. 2 GWB)	
6. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung	
7. Tatbestandsrestriktionen	
8. Legalausnahmen vom Kartellverbot	§ 2 GWB (+ GVOen) § 3 GWB
9. Rechtsfolgen	§§ 134, 139 BGB § 33, §§ 33a-h GWB §§ 81-81g GWB OWiG

³² 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.

³³ In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass der räumlich relevante Markt gem. § 18 Abs. 2 GWB nicht auf das deutsche Bundesgebiet beschränkt ist, sondern deutlich über dieses hinausgehen kann.

³⁴ Das der deutsche Gesetzgeber den Katalog der Regelbeispiele des Art. 101 Abs. 1 Hs. 2 AEUV nicht in das GWB übernommen hat, wirkt sich auf die Interpretation des deutschen Kartellverbots nicht aus.

³⁵ Seit der Neufassung des § 1 GWB durch die 7. GWB-Novelle im Jahr 2005.



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.

2. 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. 101 (Abs. 3) AEUV
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 auf 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 • Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 GWB)
6.	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

3. 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. 101 AEUV oder § 1 GWB <ul style="list-style-type: none"> • kein Beurteilungsspielraum des BKartA
5.	Durchführung des Anerkennungsverfahrens gemäß § 24 Abs. 3 und 4 GWB
6.	Rechtsfolgen <ul style="list-style-type: none"> • §§ 32 – 32d GWB sind auf anerkannte Wettbewerbsregeln nicht anwendbar

4. 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.

5. Preisbindung von Zeitungen und Zeitschriften (§ 30 Abs. 1 GWB)

§ 30 Abs. 1 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

6. Privilegierung wettbewerbsbeschränkender Pressekooperationen (§ 30 Abs. 2b GWB)

§ 30 Abs. 2b GWB ist durch die 9. GWB-Novelle 2017 neu ins Gesetz eingefügt worden. Er schafft einen Ausnahmereich von der Anwendung des § 1 GWB für Pressekooperationen unterhalb der redaktionellen Schwelle. Damit sollen die kartellrechtlichen Spielräume von Presseverlagen zur Stabilisierung ihrer wirtschaftlichen Basis auch im Bereich von Kooperationen erweitert werden.

Prüfungsschema

1. Zeitungen- oder Zeitschriftenverlage
 - Zeitungen oder Zeitschriften i.S.v. § 30 Abs. 1 S. 1 GWB
 - Reproduktions-, Substitutions- oder Kombinationsprodukte i.S.v. § 30 Abs. 1 S. 2 GWB
2. Vereinbarung über verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit
 - z. B. Kooperationen im Anzeigen- und Werbegeschäft, beim Vertrieb, bei der Zustellung und der Herstellung von Zeitungen und Zeitschriften
3. keine Privilegierung einer Zusammenarbeit im redaktionellen Bereich (S. 2)
4. keine zwischenstaatliche Dimension des Sachverhalts
 - bei Zwischenstaatlichkeit: Vorrang von Art. 101 AEUV, der eine § 30 Abs. 2b GWB vergleichbare Ausnahme nicht kennt
5. Rechtsfolge: kartellrechtliche Privilegierung durch Unanwendbarkeit von § 1 GWB
6. Anspruch auf kartellbehördliche Entscheidung nach § 32c GWB (S. 3)
7. Missbrauchskontrolle gemäß § 30 Abs. 3 GWB und § 30 Abs. 2b S. 4 i.V.m. §§ 19, 20 GWB