



EUROPÄISCHES UND DEUTSCHES KARTELLRECHT

8. Aufl. 2023
(Rechtsstand: 11. GWB-Novelle)



CHRISTIAN HEINICHEN

Vorwort

Kartellrechtliche Fragestellungen haben in der unternehmerischen Entscheidungspraxis der vergangenen Jahre weiter an Bedeutung gewonnen. Milliardenschwere 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 auch in der jüngsten Vergangenheit mit drastischen Geldbußen sanktioniert – man beachte nur die Rekordgeldbußen von 4,1 Milliarden Euro gegen Google wegen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (2018) und von 1 Milliarde Euro gegen Daimler wegen der Beteiligung des Unternehmens an einem Kartell der LKW-Hersteller (2016). Im Fokus der aktuellen Kartellrechtspraxis stehen derzeit die Digitalisierung der Märkte, das sog. private enforcement mittels kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche und die Kartellrechtsprävention in der Form von Compliance-Maßnahmen. Entsprechend dieser Tendenz steigt die Nachfrage nach kartellrechtlich ausgebildeten Juristen.

Wie kaum ein anderes Rechtsgebiet befindet sich das Kartellrecht an der Schnittstelle zwischen den Rechts- und den Wirtschaftswissenschaften. Wettbewerbsrelevante Fragestellungen müssen nicht nur rechtlich korrekt, sondern auch ökonomisch überzeugend beantwortet 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 weiter zunehmenden Bedeutung im rechtlichen und ökonomischen Sinne gerecht zu werden, wird das europäische dem deutschen Kartellrecht in seiner Darstellung vorangestellt. Hierdurch soll auch der Tatsache Rechnung getragen werden, dass das deutsche Kartellrecht spätestens seit der 7. GWB-Novelle 2005 entscheidend von den Weichenstellungen des europäischen Kartellrechts bestimmt wird.

Das vorliegende Kartellrechtsskript, das den Rechtsstand der 11. GWB-Novelle 2023 berücksichtigt, 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: christian.heinichen@advant-beiten.com.

München, den 17.10.2023

Dr. Christian Heinichen

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	I
Inhaltsverzeichnis.....	II
Literaturverzeichnis.....	III
§ 1 Grundlagen des 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.....	4
V. Entwicklungsgeschichte des Kartellrechts.....	8
VI. Kartellrecht als integraler Bestandteil der Rechtsordnung.....	11
§ 2 Anwendungsbereich und relevanter Markt.....	12
I. Verhältnis des europäischen zum mitgliedstaatlichen Kartellrecht.....	12
II. Räumlicher Anwendungsbereich des Kartellrechts.....	14
III. Sachlicher Anwendungsbereich des Kartellrechts.....	14
IV. Wettbewerbsbehörden und ihre Zuständigkeiten.....	16
V. Abgrenzung des relevanten Marktes.....	17
§ 3 Kartellverbot.....	20
I. Das Kartellverbot des europäischen Kartellrechts (Art. 101 AEUV).....	20
II. Das Kartellverbot des deutschen Kartellrechts (§ 1 GWB).....	39
§ 4 Missbrauch von Marktmacht.....	43
I. Die Missbrauchskontrolle des europäischen Kartellrechts (Art. 102 AEUV).....	43
II. Die Missbrauchskontrolle des deutschen Kartellrechts (§§ 18-21 GWB).....	53
§ 5 Rechtsfolgen von Kartellverstößen.....	67
I. Überblick.....	67
II. Zivilrechtliche Folgen.....	68
III. Ordnungswidrigkeitenrechtliche Folgen.....	78
§ 6 Neuregelungen der 11. GWB-Novelle.....	81
I. Erweiterte kartellbehördliche Eingriffsbefugnisse nach § 32f GWB.....	81
II. Erleichterte Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB.....	83
III. Durchsetzung des Digital Markets Act.....	83
§ 7 Das Verfahren in Kartellsachen.....	84
I. Grundzüge des europäischen Kartellverfahrens.....	84
II. Grundzüge des deutschen Kartellverfahrens.....	88
§ 8 Kartellrechtliche Compliance.....	89
I. Notwendigkeit kartellrechtlicher Compliance.....	89
II. Elemente wirksamer kartellrechtlicher Compliance.....	91
§ 9 Zusammenschlusskontrolle.....	93
I. Zusammenschlusskontrolle des europäischen Kartellrechts.....	93
II. Besonderheiten der deutschen Zusammenschlusskontrolle (§§ 35 ff. GWB).....	116
§ 10 Fusionskontrollverfahren.....	129
I. Ablauf des europäischen Fusionskontrollverfahrens.....	129
II. Ablauf des deutschen Fusionskontrollverfahrens.....	132

Literaturübersicht

Die folgende Übersicht gibt lediglich einen Ausschnitt aus dem gesamten Schrifttum zum Kartellrecht wieder. Sie beschränkt sich vorrangig auf aktuelle Veröffentlichungen. Berücksichtigen Sie bei Ihrer Auswahl die Änderungen durch die 10. GWB-Novelle 2021 und die 11. GWB-Novelle 2023:¹

(1) Lehrbücher

- *Bunte/Stancke*, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016
- *Ekey*, Grundriss des Wettbewerbs- und Kartellrechts, 6. Aufl. 2021
- *Emmerich/Lange*, Kartellrecht, 15. Aufl. 2021
- *Glöckner*, Kartellrecht – Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 3. Aufl. 2021
- *Haberstumpf/Husemann*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Gewerbl. Rechtsschutz, 6. Aufl. 2015
- *Hönn*, Examensrepetitorium Wettbewerbs- und Kartellrecht, 3. Aufl. 2015
- *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016
- *Lettl*, Kartellrecht (Grundrisse des Rechts), 5. Aufl. 2021
- *Mäger*, Europäisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2011
- *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014
- *Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 11. Aufl. 2021
- *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021

(2) Fallsammlungen

- *Alexander*, Fälle zum Kartellrecht, 2. Aufl. 2018
- *Hönn/Karb*, Klausurenkurs im Wettbewerbs- und Kartellrecht, 7. Aufl. 2019
- *Säcker/Wolf*, Kartellrecht in Fällen, 2. Aufl. 2017
- *Schwintowski*, Wettbewerbs- und Kartellrecht (PdW), 5. Aufl. 2012
- *Sosnizza*, Fälle zum Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Aufl. 2011

¹ Lehrbücher zur 11. GWB-Novelle 2023 sind – soweit ersichtlich – noch nicht verfügbar.

§ 1 Grundlagen des Kartellrechts

Seit dem Inkrafttreten des EG-Vertrags im Jahre 1958 – nunmehr: des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) – gehört die Errichtung eines Gemeinsamen Markts in Form eines echten Binnenmarkts mit marktwirtschaftlicher Prägung zu den Aufgaben der Europäischen Union. Innerhalb des Binnenmarkts soll gemäß dem Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb (i.V.m. Art. 3 EUV) ein System etabliert werden, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt. Gefahren drohen dem Wettbewerb vor allem durch staatliche Interventionen und durch das Verhalten der marktteilnehmenden Unternehmen. Diesen letztgenannten Gefahren entgegenzutreten, ist Aufgabe des europäischen Kartellrechts.²

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

I. Wichtige Rechtsgrundlagen des europäischen und deutschen Kartellrechts

- ⇒ AEU-Vertrag
 - Art. 101 AEUV => Kartellverbot
 - Art. 102 AEUV => Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen
 - Art. 106 AEUV => Kartellrecht der öffentlichen und privilegierten Unternehmen
- ⇒ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (DurchführungsVO zu Art. 101, 102 AEUV)³
 - Art. 1 VO 1/2003 => Prinzip der Legalausnahme
 - Art. 3 VO 1/2003 => Verhältnis von europäischem und mitgliedstaatlichem Kartellrecht
 - Art. 23 ff. VO 1/2003 => Sanktionen (insbes. Geldbußen)
- ⇒ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 (FusionskontrollVO, FKVO)⁴
 - Art. 1 VO 139/2004 => Anwendungsbereich der FKVO
 - Art. 2 VO 139/2004 => Maßstab für die Beurteilung von Zusammenschlüssen
 - Art. 3 VO 139/2004 => Zusammenschlussbegriff

² Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABl. EG 2008 Nr. C 115, S. 309. EuGH, Urt. v. 17.11.2011, Rs. C-496/09, Slg. 2011 I-11483, Rn. 60 – *Kommission/Italia*.

³ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikel 101 und 102 AEUV-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG Nr. L 1 v. 04.01.2003, S. 1 ff.

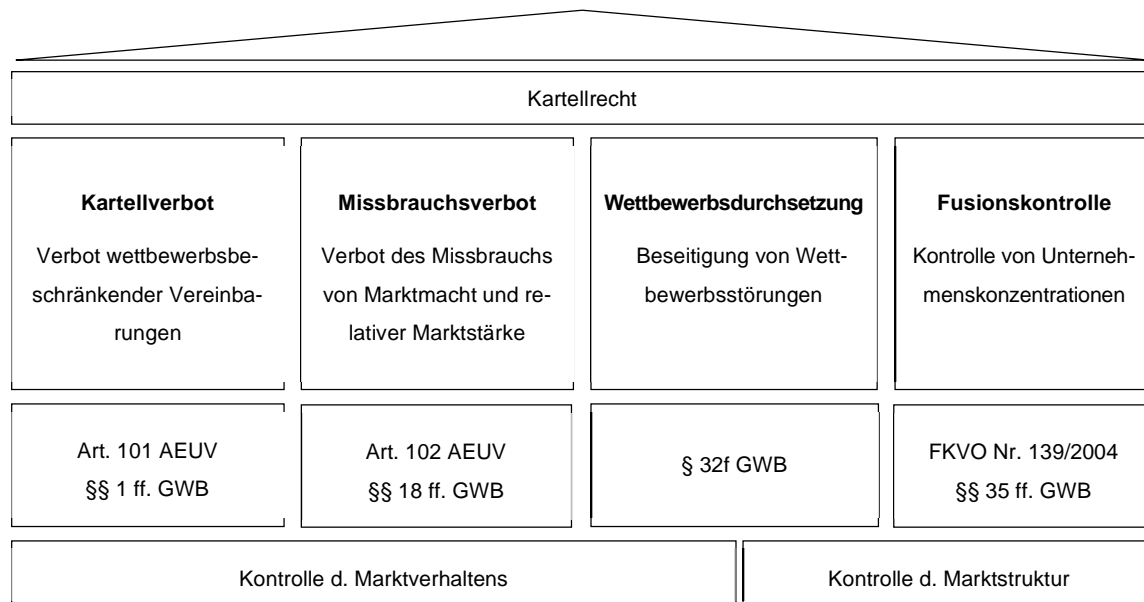
⁴ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. EG Nr. L 24 v. 29.01.2004, S. 1 ff.

⇒ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen⁵

- § 1 GWB => Kartellverbot
- §§ 18 ff. GWB => Missbrauchsaufsicht über marktstarke Unternehmen
- § 32f GWB => Wettbewerbsdurchsetzung bei Wettbewerbsstörung
- §§ 33, 33a-33h GWB => Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche
- §§ 35 ff. GWB => Zusammenschlusskontrolle
- §§ 81-81g GWB => Bußgeldvorschriften (i.V.m. OWiG)

II. Die "drei Säulen" des Kartellrechts

Das europäische und das deutsche Kartellrecht setzen sich materiellrechtlich aus drei unterschiedlichen Regelungskreisen zusammen, die als "drei Säulen" des Kartellrechts bezeichnet werden. Seit der 11. GWB-Novelle 2023 kennt das deutsche Kartellrecht eine vierte Säule:

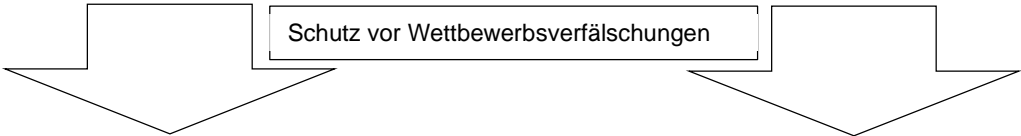


III. Regelungsziele des europäischen und deutschen Kartellrechts

Europäisches Kartellrecht
⇒ Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV: "Die Union errichtet einen Binnenmarkt." ⇒ Art. 32 lit. b AEUV: "Entwicklung der Wettbewerbsbedingungen innerhalb der Union, soweit diese Entwicklung zu einer Zunahme der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen führt."

⁵ BGBl. v. 20.07.2005, Teil I, Nr. 44, S. 2114 ff.

⇒ Art. 119 Abs. 1 AEUV: "Einführung einer Wirtschaftspolitik, die auf einer engen Koordinierung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten, dem **Binnenmarkt** und der Festlegung gemeinsamer Ziele beruht und dem **Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb** verpflichtet ist."



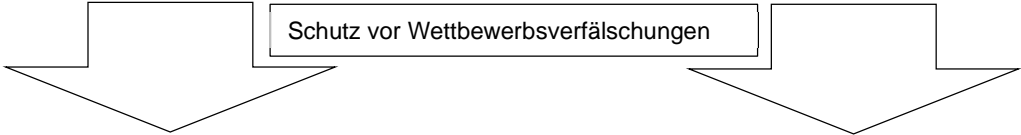
- DURCH DEN STAAT**
- Art. 34 ff. AEUV (Warenverkehrsfreiheit)
 - Umgehungsverbot für öffentliche und privilegierte Unternehmen (Art. 106 AEUV)
 - Überprüfung staatlicher Beihilfen für Unternehmen (Art. 107 ff. AEUV)

- DURCH UNTERNEHMEN**
- Kartellverbot (Art. 102 AEUV)
 - Verbot des Missbrauchs von Marktmacht (Art. 102 AEUV)
 - Zusammenschlusskontrolle (FKVO)

Deutsches Kartellrecht

⇒ Sicherung wirtschaftlicher Handlungs- und Entschließungsfreiheit als Pendant zur parlamentarischen Grundordnung

⇒ Begr. zum RegE: "Wettbewerb als leistungsfähiges und der allgemeinen Wohlförderung am ehesten dienendes Wirtschaftssystem" (Ziel einer effizienten Wirtschaftsordnung)



- DURCH DEN STAAT**
- Vergabe öffentlicher Aufträge (§§ 97 ff. GWB)

- DURCH UNTERNEHMEN**
- Kartellverbot (§§ 1 ff. GWB)
 - Verbot des Missbrauchs von Marktmacht und relativer Marktstärke (§§ 18 ff. GWB)
 - Zusammenschlusskontrolle (§§ 35 ff. GWB)
 - Wettbewerbsdurchsetzung (§ 32f GWB)

IV. Wettbewerbsbegriff und grundlegende Wettbewerbstheorien

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

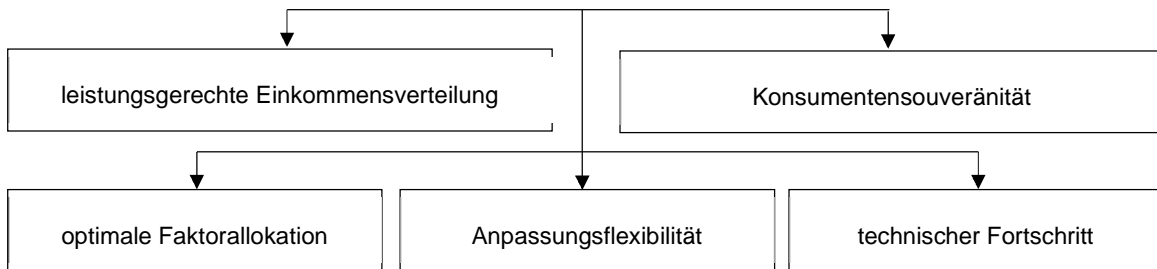
1. Formaler Wettbewerbsbegriff

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 den Einsatz eines oder mehrerer Aktionsparameter ihren Zielerreichungsgrad zu Lasten anderer Marktteilnehmer optimieren wollen.

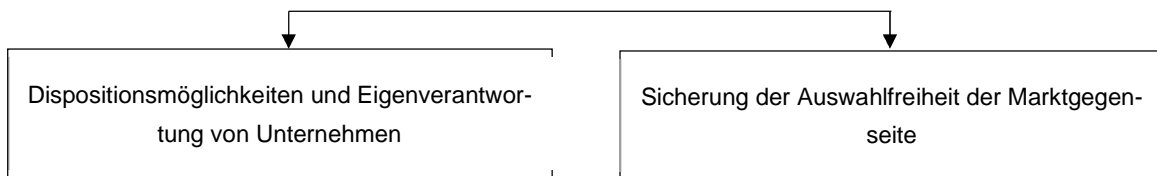
2. Wettbewerbsfunktionen

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

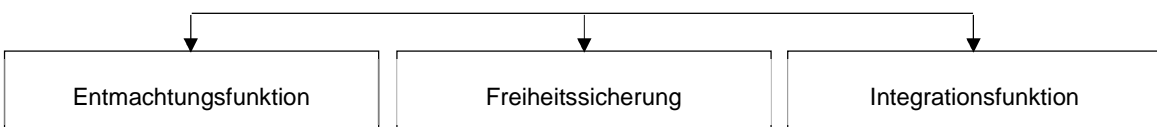
a) Ökonomische Zielfunktionen



b) Freiheitsfunktionen



c) Gesellschaftspolitische Zielfunktionen



"Wir schätzen den Wettbewerb um seiner selbst willen als die ökonomische Entsprechung zur politischen Demokratie und als eine notwendige Hilfe zur Erhaltung dieser Demokratie durch Vermeidung der Gefahren, die von der Ausdehnung der Macht privater Organisationen und der Regierung ausgehen." (Edwards, Big Business and the Policy of Competition, 55 Mich. L. Rev. 736 (1957))

3. Wettbewerbstheorien und deren Berücksichtigung in der heutigen Rechtspraxis

Ausgehend von den Wettbewerbsfunktionen entwickelten sich in den letzten drei Jahrhunderten unterschiedliche Wettbewerbstheorien. Sie versuchten einen Zusammenhang zwischen den wettbewerbspolitischen Zielen und den Instrumenten der Wettbewerbspolitik herzustellen. Weder der AEU-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 Wettbewerbs
- ⇒ Voraussetzungen:
 - unabhängiges Handeln der Wirtschaftssubjekte (keine Kartelle)
 - ausreichende Anzahl tatsächlicher und potenzieller Wettbewerber
 - ausreichendes Wissen über die Marktverhältnisse
 - ausreichend Zeit für allokativen Anpassungsvorgänge
- ⇒ Auswirkungen:⁶
 - Subventionskontrolle (Art. 107 ff. AEUV)
 - Pflicht zur Ausschreibung öffentlicher 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)⁷
- ⇒ Beseitigung von Marktunvollkommenheiten durch staatliche Eingriffe
- ⇒ 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 der Preis (Datum) und die Qualität (Homogenitätsbedingung) als Aktionsparameter ausscheiden

⁶ Unter „Auswirkungen“ werden hier und im Folgenden exemplarische Auswirkungen der jeweiligen Wettbewerbstheorie auf das heute geltende Kartellrecht bezeichnet.

⁷ Sind die Voraussetzungen des Modells der vollständigen Konkurrenz gegeben, resultiert daraus ein Zustand der marktgerechten Einkommensverteilung, optimalen Faktorallokation und Angebotssteuerung gemäß Käuferpräferenzen. Die wirtschaftliche Effizienz i.S.d. Allokation (unter Ausschluss distributiver Aspekte) wird maximiert.

c) Gegengifthythese, 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 von Macht der Marktgegenseite

d) Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs (E. Kantzenbach / Harvard School)

- ⇒ Definition normativer Leitbilder zur positiven/ negativen Beurteilung ökonomischer Zustände
- ⇒ Marktverhalten, Marktstruktur und Marktergebnisse als Untersuchungsgegenstand
- ⇒ Postulation eines Kausalzusammenhangs zw. Marktstruktur und Wettbewerbsintensität, d. h.
 - optimale Wettbewerbsintensität bei weiten Oligopolen mit mäßiger Produktheterogenität und begrenzter Transparenz
 - überoptimale Interdependenz bei engen Oligopolen gekennzeichnet durch funktionslose Machtkämpfe oder spontan-solidarisches Parallelverhalten
 - 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/effects based 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 Näherung an das Leitbild vollständiger Konkurrenz
- ⇒ 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 potenzieller Konkurrenz

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 wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens (*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 (Deregulierung, Privatisierung, Bürokratieabbau) auf die 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 EU-Kommission

i) New Brandeis School of Antitrust (L. Khan, T. Wu)

- ⇒ Abkehr von effizienzorientierter Wettbewerbspolitik + Rückkehr zu strukturorientierter Wettbewerbspolitik (Fokus auf Förderung offener, bestreitbarer Märkte)
- ⇒ Monopolmacht => Missbrauchspotenzial
- ⇒ Auswirkungen:
 - Anwendung des Herfindahl-Hirschman-Index als Konzentrationsmaß in der Fusionskontrolle
 - Verschärfung der Kontrolle von (auch vertikalen/konglomeraten) Unternehmenszusammenschlüssen

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.⁸ Wettbewerb ist danach jenes komplexe System von Marktprozessen, das sich herausbildet, solange Unternehmen frei sind, sich an den Marktprozessen nach eigenen Vorstellungen zu beteiligen.

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

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, Käämme, 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)

*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 Vermögenseinzug 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 die Mitglieder des Medici-"Konzerns"
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 von 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

⁸ Art. 119 Abs. 1 AEUV spricht ausdrücklich von der Verpflichtung zur "offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb."

1776	Adam Smith ⁹ : <i>An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations</i> . Wettbewerbl- ichter 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 in Deutschland 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
1897	Entscheidung des Reichsgerichts zum Sächsischen Holzkartell: Zulässigkeit der Kartellbildung im Rahmen der Vertragsfreiheit, da sich das Recht auf Gewerbefreiheit nur gegen den Staat, nicht jedoch auch gegen private wirtschaftliche Machtbildung richtet
1911	Urteil <i>Standard Oil</i> des US Supreme Courts: Beschränkung wesentlicher Teile des US-Kartellverbots auf „unvernünftige“ Verhaltensweisen (sog. <i>rule of reason</i>)
1923	Kartellverordnung (Deutschland): Schriftformerfordernis für Kartellbildung + (weitgehend wirkungslose) Missbrauchsaufsicht durch das Reichswirtschaftsministerium
1931	Entscheidung des Reichsgerichts im <i>Benrather Tankstellenfall</i> : Sittenwidrigkeit (§ 1 UWG a.F.) von Kartellen, die nicht mit Mitteln des Leistungs-, sondern des Behinderungswettbewerbs handeln

⁹ Von Smith stammt das berühmte – auch 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.*"

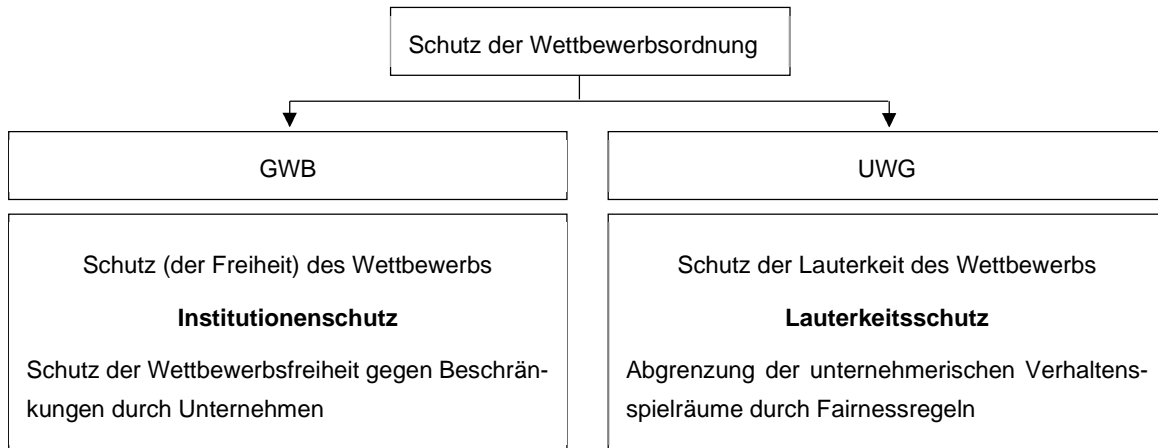
2. Die Entwicklung des europäischen und deutschen Kartellrechts

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.

Wertungen des GWB wirken sich auf das UWG aus (sog. Wechselwirkungen), z. B. § 20 Abs. 3 GWB (keine Unbilligkeit = grundsätzlich keine Unlauterkeit) oder § 24 Abs. 2 GWB.

2. Das Verhältnis zum Immaterialgüterrecht

Immaterialgüterrechte begründen Ausschließlichkeitspositionen. Sie können den Imitationswettbewerb ausschließen und den Innovationswettbewerb behindern. 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. 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 wesentliche zivilrechtliche Folgen einer Zuwiderhandlung gegen kartellrechtliche Verbotsnormen. In § 134 BGB findet sich z.B. eine Nichtigkeitsanordnung für Rechtsgeschäfte, die gegen das deutsche Kartellrecht verstoßen. § 139 BGB beantwortet die Frage, ob ein Vertrag insgesamt nichtig ist, wenn ein Teilbereich desselben gegen das Kartellrecht verstößt.

§ 2 Anwendungsbereich und relevanter Markt

I. Verhältnis des europäischen zum mitgliedstaatlichen Kartellrecht

Das EU- 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, ist zwischen dem Kartellverbot und dem Missbrauchsverbot (1./2. Säule des Kartellrechts) einerseits sowie der Zusammenschlusskontrolle (3. Säule des Kartellrechts) andererseits zu unterscheiden.¹⁰

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

- sog. **Zwischenstaatlichkeitsklausel**¹¹

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."¹²

- 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 muss¹³

Vergleiche auch die *Leitlinien* (der EG-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)¹⁴

¹⁰ Die neue 4. Säule des Kartellrechts (Wettbewerbsdurchsetzung bei Wettbewerbsstörungen; § 32f GWB i.d.F. der 11. GWB-Novelle 2023) kennt keine Parallele im EU-Kartellrecht. Diese 4. Säule kombiniert Elemente der Verhaltens- und der Strukturkontrolle. Im Anwendungsbereich der 1./2. Säule des Kartellrechts hat sie bei Zwischenstaatlichkeit des Sachverhalts den Vorrang des EU-Kartellrechts zu berücksichtigen. Sie darf sich zudem nicht in Widerspruch zur EU-Fusionskontrolle setzen, wenn ein Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung vorliegt.

¹¹ 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*.

¹² EuGH, Urt. v. 06.05.1971, Slg. 1971, S. 351 ff. – *Cadillon/Hoess*.

¹³ Die Spürbarkeit der (Eignung zur) Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist von der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung zu unterscheiden. Siehe zu letzterer S. 32.

¹⁴ Der Begriff der gemeinschaftsweiten Bedeutung eines Zusammenschlusses wird im Zusammenhang mit der europäischen Zusammenschlusskontrolle näher erläutert. Siehe S. 101.

2. Kollisionsnormen und Vorrang des EU-Kartellrechts

Nur wenn der Anwendungsbereich des EU-Kartellrechts eröffnet ist, stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang auch das mitgliedstaatliche (deutsche) Kartellrecht anwendbar ist und von den Regelungen des EU-Kartellrechts abweichen kann.¹⁵

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 EU-Kartellrechts

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

- ⇒ Kartellverbot (Art. 101 AEUV, § 1 GWB)
 - zwingende Ergebnisidentität (im Anwendungsbereich des EU-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 Unionsrechts)
- ⇒ Missbrauchsverbot (Art. 102 AEUV, §§ 18 ff. GWB)
 - zwingende Ergebnisidentität bei europakartellrechtlich unzulässigen einseitigen Verhaltensweisen (im Anwendungsbereich des EU-Kartellrechts), d. h.
 - ein einseitiges Verhalten, das gegen Art. 102 AEUV verstößt, ist auch nach mitgliedstaatlichem Recht kartellrechtswidrig (allgemeiner Vorrang des Unionsrechts)
 - 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, sog. "deutsche Klausel")

¹⁵ 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. 2-3 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 UAbs. 1 FKVO, z. B. öffentliche Sicherheit, Medienvielfalt)
 - Verweisungsregeln der Art. 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 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.

- ⇒ Auswirkungsprinzip¹⁶
- Anwendbarkeit des EU-Kartellrechts, sobald und soweit eine wettbewerbsrelevante Maßnahme spürbare Auswirkungen innerhalb des Binnenmarkts zeitigt
 - Vorteil eines größtmöglichen Anwendungsbereichs des EU- Kartellrechts
 - Nachteil der Kollisionsgefahr mit dem Kartellrecht von Drittstaaten
- ⇒ (erweitertes) Territorialitätsprinzip¹⁷
- Anwendbarkeit des EU-Kartellrechts, sobald und soweit ein Unternehmen durch Handlungen innerhalb der Union ein Tatbestandsmerkmal der (Verbots-)Norm erfüllt

¹⁶ Die Kommission ist schon in ihrer frühen Bußgeldpraxis von der Anwendbarkeit des Auswirkungsprinzips ausgegangen und hat dies bis heute beibehalten, z. B. KOMÉ v. 21.12.1988, ABI. 1989 Nr. L 74, S. 21 – LDPE.

¹⁷ 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 EU- 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 auf den deutschen Markt 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
<ul style="list-style-type: none"> ⇒ Wettbewerbsbehörde der EU mit Sitz in Brüssel ⇒ System der dezentralen Anwendung der Art. 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. <i>one stop shop</i> – Prinzip) und von Art. 106 AEUV gegenüber den Mitgliedstaaten (Art. 106 Abs. 3 AEUV)
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. 101, 102 AEUV (§ 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 ⇒ keine Befugnisse im Bereich der Zusammenschlusskontrolle
European Competition Network (ECN)
<ul style="list-style-type: none"> ⇒ 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"> ⇒ unabhängiges Beratungsgremium auf den Gebieten der Wettbewerbspolitik/Regulierung ⇒ Erstellung von wirtschafts- und wettbewerbspolitischen Gutachten (§ 44 GWB), insbes. dem zweijährlichen "Hauptgutachten" zum Stand der Unternehmenskonzentration

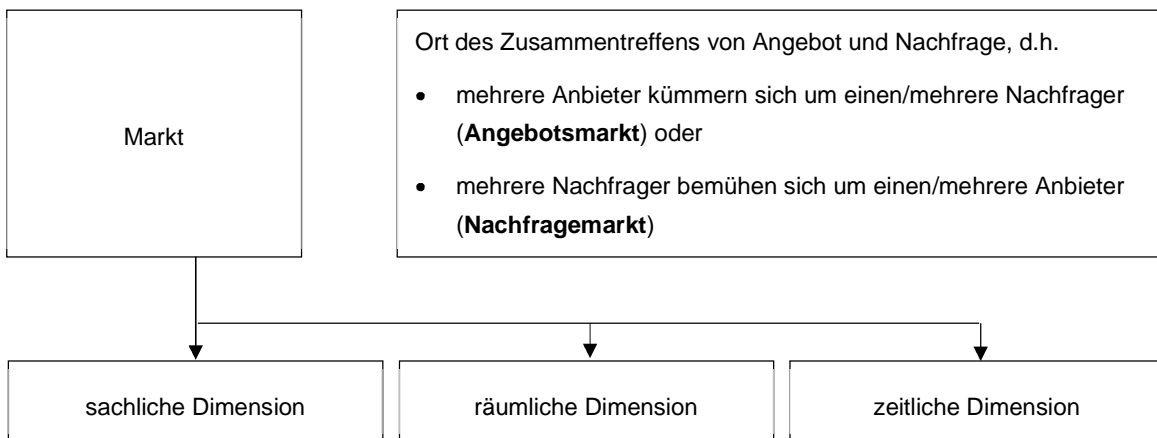
V. Abgrenzung des relevanten Marktes

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 der Missbrauchsaufsicht 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, Missbrauchsaufsicht (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 EU-Kommission in mehreren Fusionskontrollentscheidungen das Vorliegen eines Marktes auch dann angenommen haben, wenn die betreffende Leistung unentgeltlich angeboten wurde.¹⁸ Im Gegensatz dazu war das OLG Düsseldorf in einer

¹⁸ 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 dem Jahr 2015 noch davon ausgegangen, dass nur die entgeltliche Seite von Hotelbuchungsportalen einen Markt bildet.¹⁹

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**.²⁰ 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 Gebieten²¹

¹⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.1.2015, VI Kart 1/14 (V), Rn. 43.

²⁰ So auch EuGH, Urt. v. 26.11.1998, Slg. 1998, I-7791 ff., Rn. 33 – *Bronner*: "ach 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..."

²¹ 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 Marktzutrittschranken, 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 so lange 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.

§ 3 Kartellverbot

Mit dem Begriff "Kartellverbot"²² 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 der Missbrauchsaufsicht (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

²² 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.

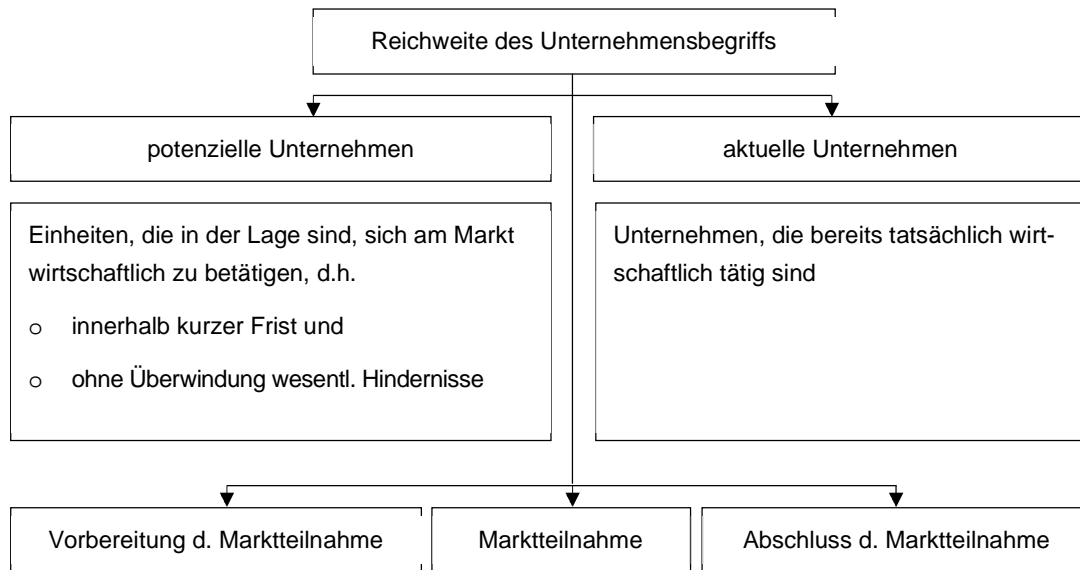
Kriterien:

- Gewinnerzielungsabsicht (str.²³)
- Dauerhaftigkeit der wirtschaftlichen Tätigkeit (str.²⁴)
- Rechtsformunabhängigkeit (str., ob Rechtsfähigkeit erforderlich²⁵)
- Relativität des Unternehmensbegriffs, d. h. ein- und dieselbe Einheit kann unternehmerisch und nicht unternehmerisch handeln

²³ Siehe auch EuGH, Urt. v. 26.3.2009, Rs. C-113/07, Rn. 116 ff. m.w.N. – *SELEX*.

²⁴ Siehe auch EuGH, Urt. v. 13.7.1962, Rs. C-17/61, Slg. 1962, 653 ff. (687) – *Klöckner/Hoesch*.

²⁵ 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 Vermögensverwaltung²⁶
- von rein hoheitlicher Tätigkeit → z.B. Kontrolle und Überwachung des Luftraums²⁷
- von soz. Sicherungssystemen → z.B. Pflichtversicherung für Arbeitsunfälle²⁸
- von Arbeitnehmern → nicht selbstständig am Wirtschaftsleben Beteiligte
- von Tarifvertragsparteien → Tarifautonomie (ungeschriebener Ausnahmebereich)²⁹

Exkurs: Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Konzerngesellschaften

- (1) Werden (z.B.) 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 ..."

²⁶ Vertiefend: *Langen/Bunte/Hengst*, Art. 101 AEUV, Rn. 14 m.w.N.

²⁷ 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.

²⁸ EuGH, Ur. v. 5.3.2009, C-350/07, Slg. 2009, I-1513, Rn. 53 ff. – *Kattner Stahlbau*.

²⁹ 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 oder sonstige enge Verbundenheit + Mangel an unternehmerischer Verhaltensautonomie) zur Freistellung konzerninterner Absprachen vom Kartellverbot 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 oder sonstige enge 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 (z.B.) 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 von jeglichem substanziellen unternehmerischen Risiko betreffend die vom Handelsvertreter vertriebenen Güter oder Dienstleistungen

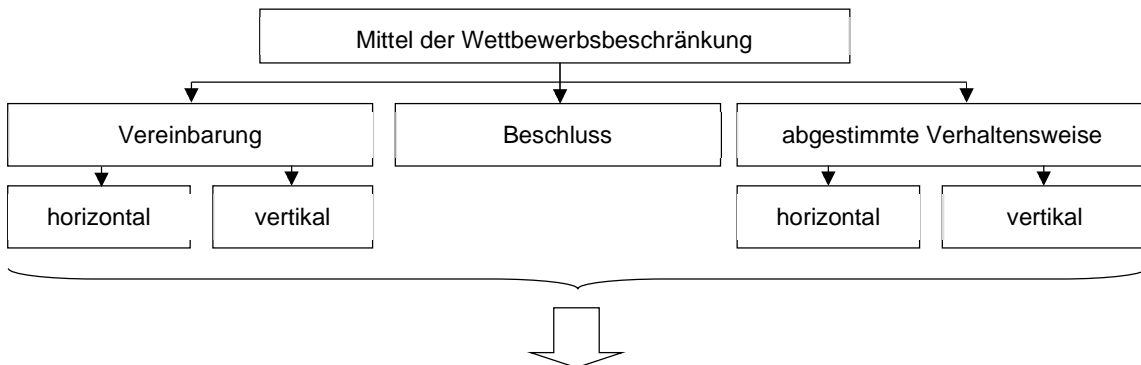
b) Unternehmensvereinigungen

Definition Zweck von Unternehmensvereinigungen ist es, 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. 101 Abs. 1 AEUV hinaus werden von der Norm auch Vereinigungen von Unternehmensvereinigungen erfasst.

Auch öffentlich-rechtliche Unternehmensverbände (z.B. IHKen, 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 aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen

Art. 101 Abs. 1 AEUV erstreckt das Kartellverbot auf Vereinbarungen von Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander 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.³⁰)
- ⇒ notwendiges Abgrenzungskriterium zur abgestimmten Verhaltensweise
- ⇒ *gentlemen's agreement* = Vereinbarung
- ⇒ Abgrenzung der Vereinbarung von einseitigen Maßnahmen³¹
- ⇒ 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.

³⁰ MüKo-WettbR/Paschke, Art. 101 AEUV Rn. 87 ff. m.w.N.

³¹ EuGH, Urt. v. 6.1.2004, Slg. 2004, I-23 ff., Rn. 100 ff. – *BAI und Kommission/Adalat*.

c) Aufeinander abgestimmte Verhaltensweise

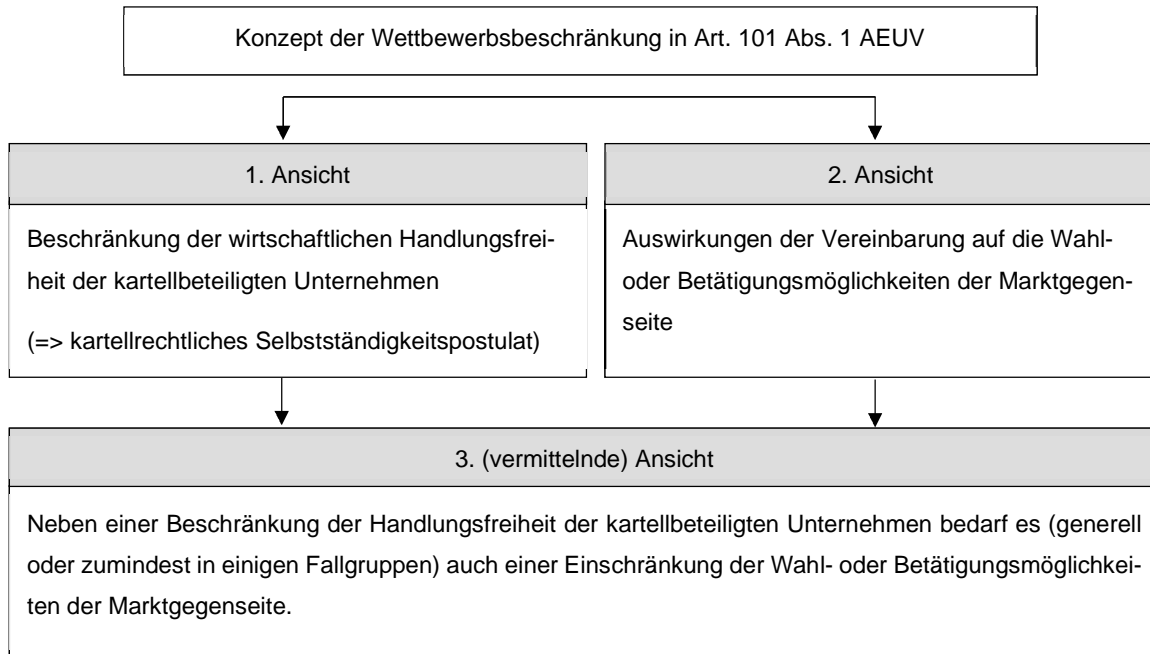
Definition	<p>Jede Form der Koordinierung zwischen Unternehmen, der zwar kein rechtlicher oder faktischer Bindungswille zugrunde liegt, die jedoch willentlich eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt.</p> <p>Handeln entgegen dem kartellrechtlichen Selbständigkeitspostulat, <i>"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."</i></p> <p>Auffangtatbestand, der eine Verhaltensabstimmung zwischen Unternehmen und ein darauf beruhendes (d.h. kausales) Marktverhalten voraussetzt</p>
-------------------	---

- ⇒ Abgrenzung zu kartellrechtlich zulässigem **bewusstem Parallelverhalten**, bei dem sich die Unternehmen autonom am Verhalten anderer Marktbeteiligter orientieren³²
- ⇒ 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

³² 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.³³

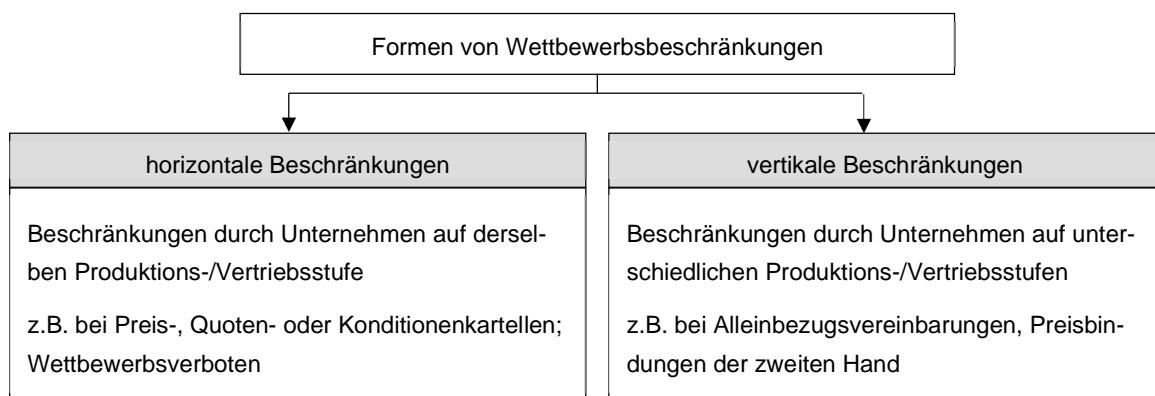


Die Prüfung dieses Tatbestandsmerkmals ist erschwert, da der Wettbewerbstheorie bisher keine positive Definition des Wettbewerbs gelungen ist.³⁴ Auch der AEU-Vertrag bekennt sich zu keinem bestimmten Wettbewerbsverständnis.

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.

³³ EuGH, Urt. v. 28.5.1998, Slg. 1998, I-3111 ff., Rn. 87 – *Deere*.

³⁴ Zu den Erläuterungen zum Wettbewerbsbegriff, den Wettbewerbsfunktionen und Wettbewerbstheorien, vgl. S. 4.



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.³⁵

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.

³⁵ 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. wegen des Wortlauts) gegenüber 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.³⁶)



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 Parteien³⁷

- Beispiele:
- Beispiele für bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen finden sich grundsätzlich³⁸ in den sog. Schwarzen Listen und Kernbeschränkungen der GVOen, Leitlinien und Bekanntmachungen

³⁶ Siehe vertiefend hierzu: *Immenga/Mestmäcker/Zimmer*, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 229 m.w.N.

³⁷ 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.

³⁸ Beachte aber EuGH, Urt. v. 29.6.2023, Rs. C-211/22, Rn. 32 ff. – *Super Bock Bebidas*, dem zufolge Wettbewerbsbeschränkungen, die Kernbeschränkungen einer GVO sein können, nicht *per se* bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen sind.

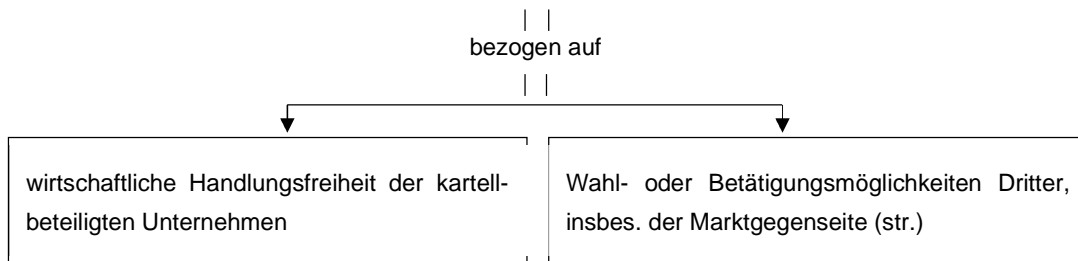
- Horizontalbeschränkungen = Preisabsprachen, Begrenzung der Produktionsmenge, Aufteilung von Märkten oder Kunden, Bieterkartelle
- Vertikalbeschränkungen = Preisbindung der zweiten Hand, Gewährung eines absoluten Gebietsschutzes



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).³⁹

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

³⁹ 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 EU-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 Handels⁴⁰, 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.⁴¹

⁴⁰ Zur spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels – siehe oben, Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts, S. 12.

⁴¹ 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 wettbewerbsschädigenden mit den wettbewerbsfördernden Aspekten einer Maßnahme im Tatbestand der Verbotsnorm ermöglicht. Teile der rechtswissenschaftlichen Literatur⁴² 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.⁴³ 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.⁴⁴

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) Genossenschaftsprivileg⁴⁵
- (3) Markterschließungsdoktrin⁴⁶

⁴² Einen Überblick geben MüKo-WettbR/Säcker/Zorn, 4. Aufl. 2023, Art. 101 AEUV Rn. 206 ff. m.w.N.

⁴³ 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.

⁴⁴ 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*.

⁴⁵ Siehe hierzu EuGH, Urt. v. 15.12.1994, Slg. 1994, I-5641 ff., Rn. 35 – *Gottrup-Klim u.a.*

⁴⁶ 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 nicht anwendbar ist. 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 normativ ausgeschlossen ist.⁴⁷

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 behördlichem Ermessen von der Anwendung der Verbotsnorm des Art. 101 Abs. 1 AEUV auszunehmen. Betroffenen Unternehmen wurde mit Art. 101 Abs. 3 AEUV (bzw. dessen Vorgängernorm Art. 81 Abs. 3 EG) die Möglichkeit eingeräumt, wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen bei der EU-Kommission anzumelden und freistellen zu lassen. Die Freistellung erfolgte entweder mit konstitutiver Wirkung durch förmliche Entscheidung gemäß Art. 249 Abs. 4 EG (a.F.) 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 sog. System der kartellbehördlichen Einzelfreistellung zum sog. **Verbot mit Legalausnahme** statt.⁴⁸ Art. 101 Abs. 3 AEUV ist nunmehr gemäß Art. 1 Abs. 1-2 VO 1/2003 unmittelbar anwendbar.⁴⁹ Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen sind *ipso iure* freigestellt, wenn sie die Voraussetzungen einer Gruppenfreistellungsverordnung oder die Voraussetzungen der Einzelfreistellung nach 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.⁵⁰

⁴⁷ Die Unterscheidung zwischen *per-se*-Verboten und der *Rule of Reason* ist dem US-amerikanischen Kartellrecht eigen.

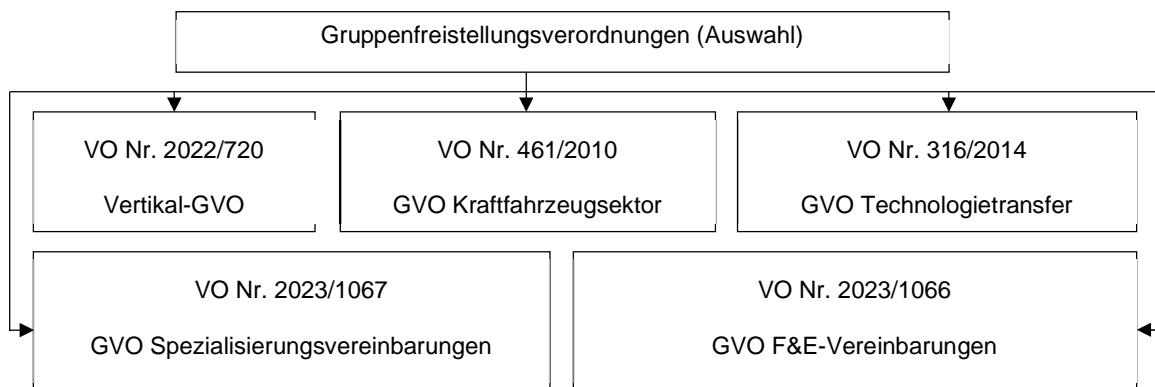
⁴⁸ Ursache für den Systemwechsel war vor allem eine Flut von Freistellungsanträgen, wodurch die EU-Kommission sich (aufgrund beschränkter Kapazitäten) an der Verfolgung von schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkungen gehindert sah.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ Die EU-Kommission hat dieses Problem erkannt 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 mit einer konstitutiven 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.⁵¹ 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 freien Vertrieb (lit. d) • Verhinderung wirksamer Nutzung des Onlinevertriebs (lit. e) • Verkaufsbeschränkungen für Lieferanten von Einbau- und Ersatzteilen <p>! Freistellung für die gesamte Vertikalvereinbarung entfällt⁵² !</p>	Art. 4

⁵¹ 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.

⁵² Auch keine geltungserhaltende Reduktion auf ein kartellrechtlich zulässiges Maß.

<p>8. Nicht freigestellte Beschränkungen (sog. graue Klauseln)</p> <ul style="list-style-type: none"> • überlange Wettbewerbsverbote zu Lasten des Abnehmers (Abs. 1 lit. a) • individualisierte (boykottähnliche) Wettbewerbsverbote in selektiven Vertriebssystemen (Abs. 1 lit. c) • plattformübergreifende Einzelhandels-Paritätsverpflichtungen (Abs. 1 lit. d) <p>! Freistellung für die konkrete Einzelklausel entfällt⁵³ !</p>	Art. 5
<p>9. (ex nunc) Entzug der Freistellung im Einzelfall</p>	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:
<p>1. Beitrag zur Erhöhung des <u>gesamtwirtschaftlichen</u> Nutzens durch (a) Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder (b) Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts</p> <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 <p>2. Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung</p> <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

⁵³ 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“⁵⁴ 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 beeinträchtigen⁵⁵, 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 Beispielkatalogs⁵⁶ entspricht der Wortlaut des deutschen Kartellverbots nunmehr⁵⁷ 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

⁵⁴ 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.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ 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

§ 4 Missbrauch von Marktmacht

Das Missbrauchsverbot bildet die "zweite Säule des Kartellrechts" (neben dem Kartellverbot und der Zusammenschlusskontrolle sowie – seit dem Inkrafttreten der 11. GWB-Novelle 2023 – der Beseitigung von Wettbewerbsstörungen). Es richtet sich nicht gegen den (ersten⁵⁸) Aufbau oder das Innehaben einer marktbeherrschenden Stellung.⁵⁹ 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 Gesetzes-systematik zeigt, dass die Freistellungsnormen der Art. 101 Abs. 3 AEUV, §§ 2 und 3 GWB auf die einzelnen Missbrauchstatbestände nicht anwendbar sind.

I. Die Missbrauchsaufsicht des europäischen Kartellrechts (Art. 102 AEUV)

Das Missbrauchsverbot des europäischen Kartellrechts findet sich in Art. 102 AEUV. Es dient dem Schutz der Handlungsfreiheit der Wettbewerber und Handelspartner des marktbeherrschenden Unternehmens und sichert damit zugleich das Verbraucherwohl. Art. 102 AEUV schützt zudem den Restwettbewerb auf dem beherrschten Markt als Institution (Protokoll Nr. 27).

Prüfungsschema	
1. Unternehmen	Art. 102 AEUV
2. Abgrenzung des relevanten Marktes	
3. Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung	
4. auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben	
5. Missbrauchsverhalten	
6. Kausalität zwischen Marktmacht und Missbrauchsverhalten?	
7. Zwischenstaatlichkeit	
8. Rechtsfolgen	§§ 134, 139 BGB VO 1/2003 § 33, §§ 33a-h GWB

⁵⁸ 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. 102 AEUV erfasst werden können.

⁵⁹ 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. 1-3 GWB auch Sachverhalte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle erfasst.



Dieses Prüfungsschema bildet lediglich eine Gedankenstütze und ist kein Dogma. Insbesondere die Punkte 6 und 7 sind nur dann ausführlicher anzusprechen, wenn der zu beurteilende Sachverhalt hierfür Anhaltspunkte bietet!

Droht eine Anwendung von Art. 102 AEUV an Punkt 7 zu scheitern, so ist es – entgegen der obigen Reihenfolge – zweckmäßig, diesen Punkt vorab zu prüfen.

1. Unternehmen als Normadressaten

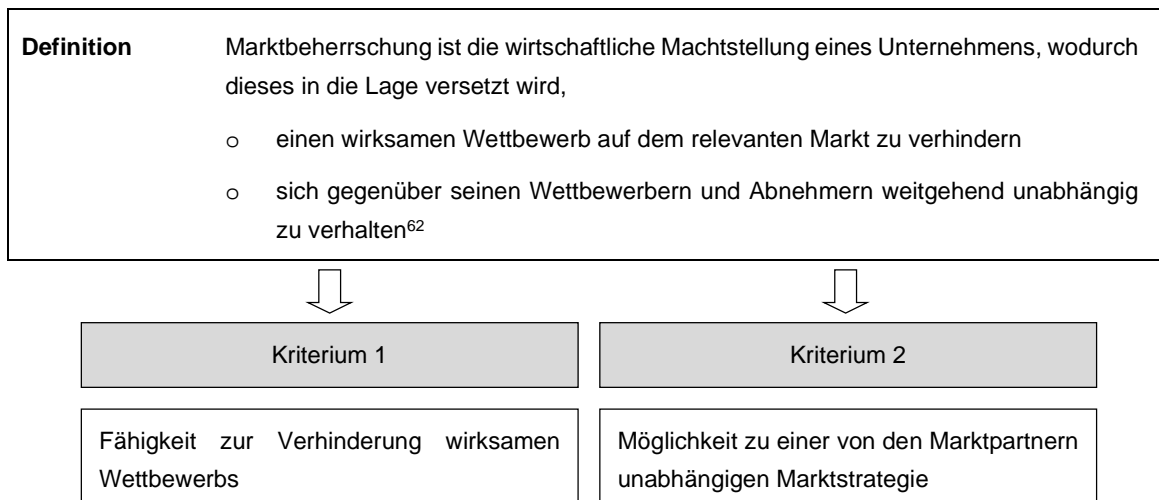
(Marktbeherrschende) Unternehmen sind die Adressaten des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots. Der Unternehmensbegriff des Art. 102 AEUV ist mit dem Unternehmensbegriff des Art. 101 AEUV identisch.⁶⁰

2. Abgrenzung des relevanten Marktes

Das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV ist vom sog. Marktmachtkonzept geprägt. Wirtschaftliche Macht ist immer in Bezug auf einen bestimmten – den relevanten – Markt zu ermitteln. Daher muss dieser relevante Markt sachlich, zeitlich und räumlich abgegrenzt werden.⁶¹

3. Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung

Art. 102 AEUV setzt voraus, dass ein oder mehrere Unternehmen eine beherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben haben. Dabei wird zwischen der Einzelmarktbeherrschung und der Gruppenmarktbeherrschung 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

⁶⁰ Siehe hierzu oben, S. 21.

⁶¹ Siehe hierzu oben, S. 17.

⁶² EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207 (Rn. 63/67) – *United Brands*.

Verfügung stehen.⁶³ 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.

(1) Marktstruktur

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

Marktanteilsanalyse	
o Marktanteil > 50 %	⇒ Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung ⁶⁴
o Marktanteil > 40 %	⇒ Starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung ⁶⁵
o Marktanteil > 25 %	⇒ Marktbeherrschung nur bei Existenz zusätzlicher Indizien, z.B. bei starker Zersplitterung des Marktes und weitem (Marktanteils-) Vorsprung eines Unternehmens ⁶⁶
o 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 potenziellen Wettbewerbs, d.h. die Existenz von Marktzutrittsschranken.⁶⁷

⁶³ Ausführliche Stellungnahmen der Rechtspraxis zum Begriff der marktbeherrschenden Stellung und den Methoden, die zu ihrer Ermittlung angewandt werden können, finden sich in EuGH, Urt. v. 13.2.1979, Slg. 1979, S. 461 ff. – *Hoffmann-LaRoche*, EuGH, Urt. v. 9.11.1983, Slg. 1983, S. 3461 ff. – *Michelin*.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ EuGH, Urt. v. 13.02.1979, Slg. 1979, S. 461 ff., Rn. 50 f. – *Hoffmann-LaRoche*, wobei der relevante Vitaminmarkt bereits oligopolistische Züge aufwies.

⁶⁶ EuGH, Urt. v. 15.12.1994, Slg. 1994, I-5671, Rn. 48 – *Gottrup-Klim*.

⁶⁷ Selbst ein Marktanteil von 100 % verschafft einem Unternehmen nicht zwingend eine marktbeherrschende Stellung, wenn am relevanten Markt keine Zutrittsschranken bestehen, potenzielle Wettbewerber jederzeit eintreten können und somit für den (momentanen) Alleinanbieter keine unkontrollierten Verhaltensspielräume bestehen.

(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

(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. 102 AEUV 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. 102 AEUV mindestens auf einen wesentlichen Teil des Binnenmarktes (Art. 52 EUV) erstrecken. Hierbei kommt es nicht auf dessen räumliche Größe an, so dass auch der Teil eines Mitgliedstaats einen wesentlichen Teilmarkt im Sinne von Art. 102 AEUV 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.⁶⁸

⁶⁸ Siehe vertiefend hierzu: EuGH, Urt. v. 16.12.1975, Slg. 1975, 1663, Rn. 441/442 ff. – *Suiker Unie*.

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 marktbeherrschende 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.

Anwendungsbeispiele:

- o kollektive Marktbeherrschung durch Mitglieder eines Kartells, wenn sie – eng miteinander verbunden – auf dem Markt als Einheit auftreten
- o 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 limitierenden Einflussnahmemöglichkeiten Dritter
- o kollektive Marktbeherrschung durch Konzernunternehmen (str., a.A. Konzernunternehmen = ein Unternehmen i.S.v. Art. 102 AEUV)⁶⁹

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.⁷⁰

4. Missbrauchstatbestände

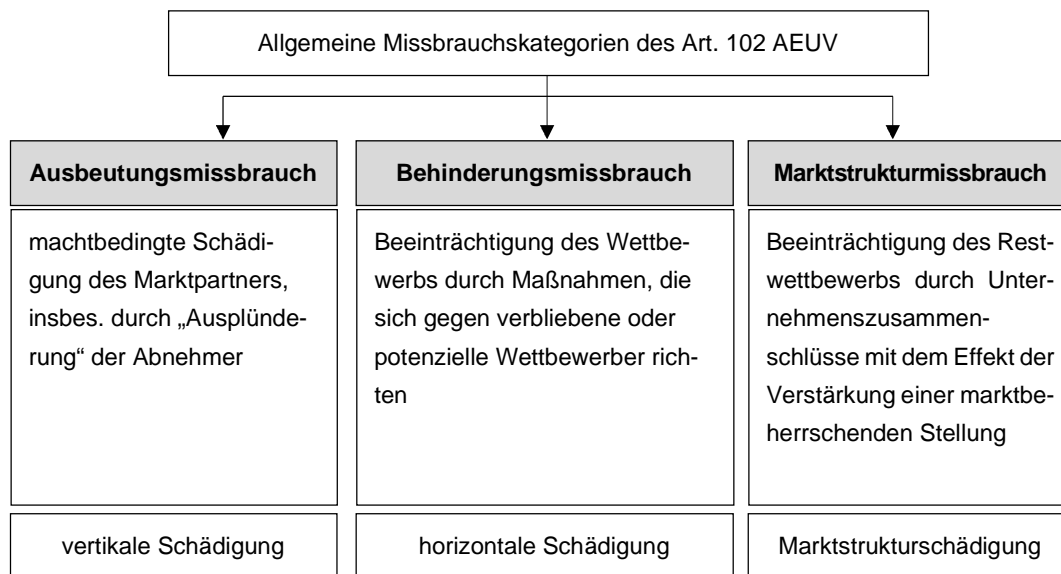
Nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH erfasst der (objektive⁷¹) Missbrauchsbegriff "Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt 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."⁷²

⁶⁹ Siehe zum kartellrechtlichen Unternehmensbegriff oben, S. 21.

⁷⁰ EuGH, Ur. v. 14.11.1996, Slg. 1996, S. I-5951, Rn. 29 – *Tetra Pak/Kommission*.

⁷¹ Eine Missbrauchsabsicht ist nicht erforderlich. Liegt sie dennoch vor, bildet sie ein starkes Indiz für die objektive Missbräuchlichkeit eines Verhaltens.

⁷² EuGH, Ur. v. 13.2.1979, Slg. 1979, 461 ff., 539 ff. – *Hoffmann-LaRoche*.



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. 102 AEUV auch auf Fälle der sog. Marktdivergenz anwendbar ist.⁷³ 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.⁷⁴

a) Die Regelbeispiele des Art. 102 AEUV

(1) Ausbeutungsmissbrauch (Art. 102 S. 2 lit. a AEUV)

Das Regelbeispiel des Art. 102 S. 2 lit. a AEUV unterscheidet zwischen Preis- und Konditionenmissbrauch.

⇒ Preismissbrauch

- Erzwingen
 - weit auszulegen, so dass jeder Einsatz der besonderen Macht des beherrschenden Unternehmens genügt
- unangemessener Verkaufs- oder Einkaufspreise
 - Missverhältnis zwischen Preis und Wert der Leistung
 - Ermittlung durch das Vergleichsmarktkonzept (Vergleich mit Wettbewerbspreisen auf anderen räumlichen, zeitlichen oder sachlichen Märkten)
 - Ermittlung durch das Konzept der Gewinnspannenbegrenzung (Vergleich der Preise mit den Kosten unter Berücksichtigung einer angemessenen Gewinnspanne)

⁷³ 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*.

⁷⁴ EuGH, Urt. v. 14.11.1996, Slg. 1996, S. I-5951, Rn. 27 – *Tetra Pak/Kommission*.

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

(2) Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden des Verbrauchers (Art. 102 S. 2 lit. b AEUV)

- ⇒ 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,⁷⁵ 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

(3) Anwendung unterschiedl. Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen (Art. 102 S. 2 lit. c AEUV)

Art. 102 S. 2 lit. c AEUV enthält ein Diskriminierungsverbot, von dem – im Gegensatz zu Art. 101 Abs. 1 lit. c AEUV – 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

⁷⁵ 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. 102 AEUV, 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 Marktzutrittschranken führt. (2.) *Mengenrabatten*, die ausschließlich an den Umfang der abgenommenen Menge anknüpfen und lediglich die mengenbedingten Kostenersparnisse (Effizienzgewinne) an den Abnehmer weiterreichen.



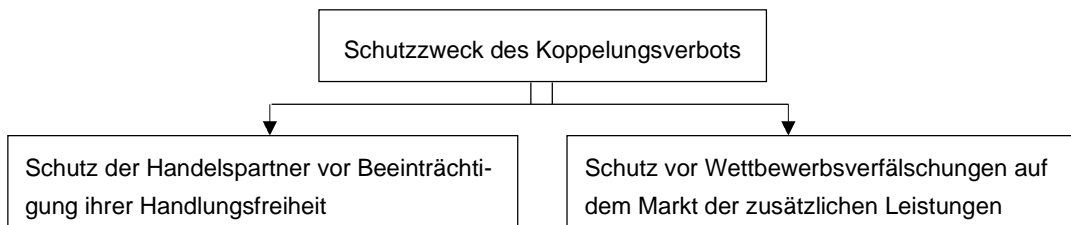
Vom Wortlaut des Art. 102 S. 2 lit. c AEUV wird die Diskriminierung durch Anwendung gleicher Bedingungen bei ungleichen Leistungen nicht erfasst (str.) Gleiches gilt für die mittelbare Diskriminierung, d.h. für die Veranlassung des Handelspartners zur Ungleichbehandlung von Konkurrenten des Marktbeherrschers. Beide Verhaltensweisen fallen jedoch unter die Generalklausel.

Art. 102 S. 2 lit. c AEUV 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. 102 S. 2 lit. c AEUV erfordert, dass die unterschiedlich behandelten Handelspartner im Wettbewerb zueinanderstehen. Nur in diesem Fall können sie "im Wettbewerb benachteiligt werden."

Ungleichbehandlungen sind erlaubt, wenn sie sich sachlich rechtfertigen lassen.

(4) Koppelungsgeschäfte (Art. 102 S. 2 lit. d AEUV)



⇒ Voraussetzungen:

- Abschluss eines Vertrages über eine Hauptleistung (sog. Hauptgeschäft)
- Verpflichtung d. 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. 102 S. 2 lit. d AEUV gilt nach seinem Wortlaut nur für Koppelungsgeschäfte des Marktbeherrschers als Anbieter von Waren und Dienstleistungen, da "die Vertragspartner zusätzliche Leistungen abnehmen" müssen.

b) Generalklausel des Art. 102 AEUV

Lassen sich potenziell missbräuchliche Verhaltensweisen nicht unter ein Regelbeispiel subsumieren, sind sie am Maßstab der Generalklausel des Art. 102 AEUV zu prüfen.

(1) Abbruch und Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen (Art. 102 S. 1 AEUV)

Marktbeherrschende Unternehmen können gegen Art. 102 S. 1 AEUV verstoßen, wenn sie ohne sachliche Rechtfertigung die Geschäftsbeziehungen zu ihren aktuellen Handelspartnern abbrechen oder solche zu potenziellen Handelspartnern nicht aufnehmen.

⇒ Abbruch von Geschäftsbeziehungen:

- missbräuchlich, wenn der Grund für die Lieferverweigerung oder Lieferkürzung mit den Zielen des Protokoll Nr. 27 nicht vereinbar ist (z.B. Lieferverweigerung als repressive 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 erfolgt



Auch marktbeherrschende Unternehmen sind in der Ausgestaltung ihrer Absatz- oder Nachfragepolitik im Ausgangspunkt frei. Es besteht grundsätzlich kein Kontrahierungszwang.⁷⁶

(2) Essential-facilities-Doktrin (Art. 102 S. 1 AEUV)

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

⁷⁶ 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.

- 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 angemessener Gewinnmöglichkeiten des verpflichteten Unternehmens
- ⇒ Kritik an der *essential-facilities*-Doktrin:
- Bestimmung einer angemessenen Gegenleistung unter Berücksichtigung der Investitionskosten und der Gewinnmöglichkeiten kaum möglich
 - Die *essential-facilities*-Doktrin kann zu gravierenden Eingriffen in das Eigentum und in gewerbliche Schutzrechte führen.
 - Das Kartellrecht schützt "nur" die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs – nicht den "Trittbrettfahrer".

(3) Kampfpreisunterbietungen (Art. 102 S. 1 AEUV)

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 Gesamtkosten:
- nur missbräuchlich, wenn der Nachweis einer Verdrängungsabsicht gelingt
- ⇒ 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 kaufmännisch nur mit einer Verdrängungsabsicht erklärbar

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

(4) Kosten-Preis-Scheren (Art. 102 S. 1 AEUV)

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. 102 AEUV verstoßen, wobei eine Einzelfallbeurteilung erforderlich ist.⁷⁷

⁷⁷ EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Slg. 2010 I-9555, Rn. 111 ff. – *Deutsche Telekom*.

II. Die Missbrauchsaufsicht im deutschen Kartellrecht (§§ 18 – 21 GWB)

Die Missbrauchsaufsicht ist im deutschen Kartellrecht über eine Vielzahl von – zum Teil unübersichtlichen – Regelungen in den §§ 18-21 GWB „verstreut“. Anders als das europäische Kartellrecht erfasst sie auch Missbrauchsfälle unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle.

1. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 GWB)

Prüfungsschema:
<ol style="list-style-type: none">1. Unternehmen⁷⁸2. Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung gem. § 18 GWB<ul style="list-style-type: none">○ Abgrenzung des relevanten Marktes<ul style="list-style-type: none">- relevanter Markt kann größer als Deutschland sein (Abs. 2)- (P:) Unentgeltlichkeit der Leistungserbringung (Abs. 2a)○ Einzelunternehmen im Monopol (Abs. 1 Nr. 1) oder○ Einzelunternehmen im Quasimonopol (Abs. 1 Nr. 2) oder○ Einzelunternehmen mit überragender Marktstellung (Abs. 1 Nr. 3) oder○ mehrere Unternehmen im marktbeherrschenden Oligopol (Abs. 5)<ul style="list-style-type: none">- Fehlen wesentlichen Binnenwettbewerbs (Nr. 1) und- Marktbeherrschung im Außenverhältnis (Nr. 2)○ Kriterienkatalog für Marktbeherrschungsprüfung (Abs. 3)○ Berücksichtigung von<ul style="list-style-type: none">- Netzwerkeffekten u.a. bei mehrseitigen Märkten (Abs. 3a)- von Bedeutung der Vermittlungsdienstleistungen für Marktzugang (Abs. 3b)3. Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung<ul style="list-style-type: none">○ Einzelmarktbeherrschungsvermutung (§ 18 Abs. 4)○ Gruppenmarktbeherrschungsvermutung (§ 18 Abs. 6)○ Widerlegung der Einzel- bzw. Gruppenmarktbeherrschungsvermutung (§ 18 Abs. 7)4. Missbrauchsverhalten gem. § 19 Abs. 1 GWB<ul style="list-style-type: none">○ durch Erfüllen eines der Regelbeispiele des § 19 Abs. 2 GWB<ul style="list-style-type: none">- Behinderungsmissbrauch (Nr. 1)

⁷⁸ Der Unternehmensbegriff der Missbrauchskontrolle entspricht dem Unternehmensbegriff des § 1 GWB.

<ul style="list-style-type: none"> - Ausbeutungsmissbrauch (Nr. 2) - Preis- und Konditionenspaltung (Nr. 3) - Essential-Facilities-Doktrin (Nr. 4) - Aufforderung zur Vorteilsgewährung ohne sachlichen Grund (Nr. 5) <ul style="list-style-type: none"> o durch Erfüllen der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB <p>5. Normative Kausalität zwischen Marktbeherrschung und Missbrauchsverhalten, str.?</p> <p>6. Rechtsfolgen</p>

a) Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung gem. § 18 GWB

§ 18 GWB differenziert hinsichtlich der marktbeherrschenden Stellung eines einzelnen Unternehmens zwischen dem Vollmonopol (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB), dem Quasimonopol (§ 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB) und der überragenden Marktstellung (§ 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB). Hinzu kommt das marktbeherrschende Oligopol mehrerer Unternehmen (§ 18 Abs. 5 GWB).

Marktbeherrschungstatbestände
<p>1. Vollmonopol (Abs. 1 Nr. 1)</p> <ul style="list-style-type: none"> o Unternehmen, die als Anbieter/Nachfrager im relevanten Markt ohne Wettbewerber sind o rechtliche (z. B. staatliche Verwaltungsmonopole) oder natürliche (z. B. Unternehmen der Wasserversorgung) Vollmonopole <p>2. Quasimonopol (Abs. 1 Nr. 2)</p> <ul style="list-style-type: none"> o Unternehmen, das sein Marktverhalten weitgehend autonom bestimmt, ohne auf Wettbewerber, Lieferanten oder Abnehmer Rücksicht nehmen zu müssen o funktionale (an der Anreiz-, Auslese- und Entmachtungsfunktion des Wettbewerbs orientierte) Beurteilung anhand umfassender Analyse der absoluten und relativen Marktanteile, des potenziellen und des Substitutionswettbewerbs sowie der Macht der Marktgegenseite <p>3. Überragende Marktstellung (Abs. 1 Nr. 3)</p> <ul style="list-style-type: none"> o Unternehmen, das – im Vergleich mit seinen Wettbewerbern – über einen besonders großen, vom Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrollierten einseitigen Verhaltensspielraum bei der Entwicklung von Marktstrategien oder dem Einsatz einzelner Aktionsparameter verfügt o umfassende Würdigung der Marktverhältnisse (Gesamtbetrachtung) unter Berücksichtigung der in Abs. 3 genannten Marktstrukturkriterien (v. a. Marktanteil, Abstand zu Konkurrenten, Finanzkraft, Zugang zu Absatz- und Beschaffungsmärkten)

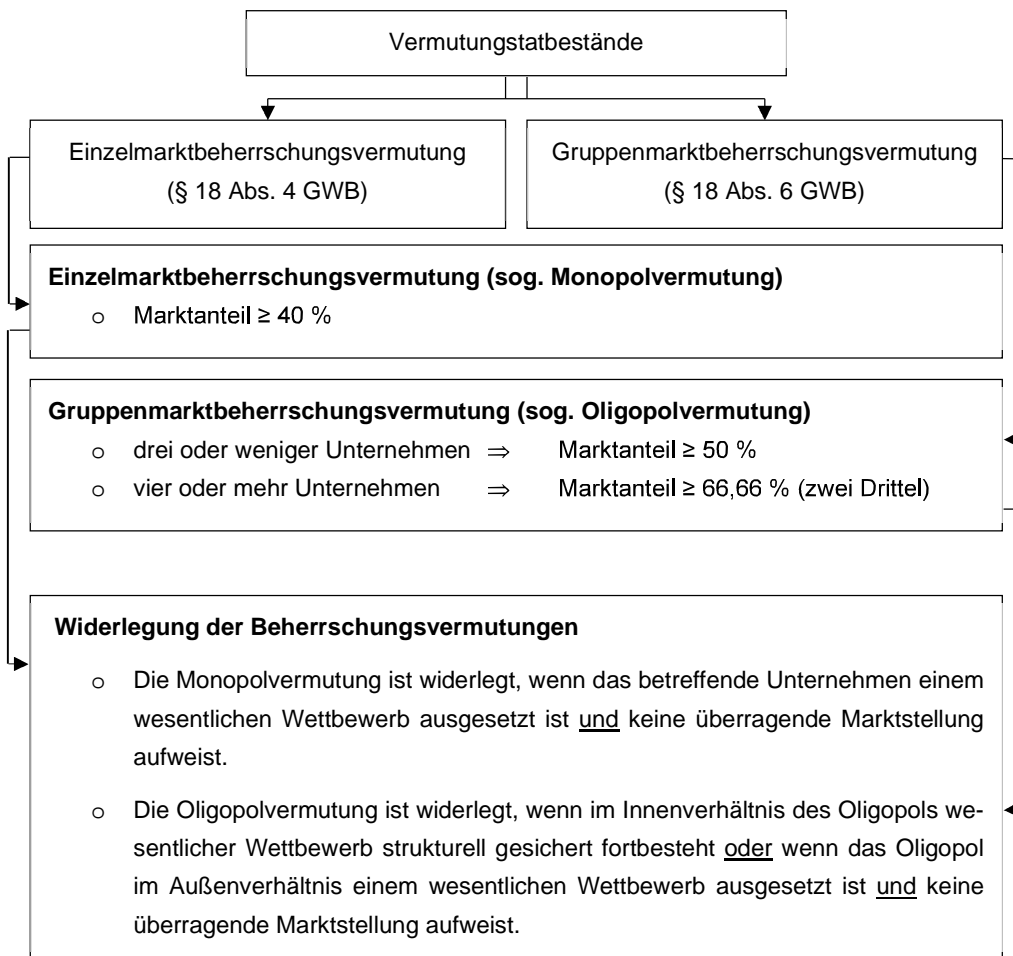
- 4. Oligopolmarktbeherrschung (Abs. 5)**
- Fehlen wesentlichen Binnenwettbewerbs (1. Voraussetzung)
 - Gruppenbewusstsein, d.h. Bewusstsein der Oligopolunternehmen von gleichgerichteten Interessen und wechselseitiger Abhängigkeit
 - Fehlen wesentlichen (Außen-)Wettbewerbs oder überragende Marktstellung des „Gesamtunternehmens“ (2. Voraussetzung)



Jedes Unternehmen, das dem marktbeherrschenden Oligopol angehört, ist auch allein marktbeherrschend im Sinne von § 18 Abs. 1 GWB.

b) Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung gem. § 18 Abs. 4, 6 GWB

Der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung wird durch die zwei Marktbeherrschungsvermutungen des § 18 Abs. 4 und Abs. 6 GWB erleichtert, jedoch nicht ersetzt.



Die Marktbeherrschungsvermutungen des § 18 Abs. 4, Abs. 6 GWB knüpfen ausschließlich an den Marktanteil der betreffenden Unternehmen an, obwohl der Marktanteil nur ein Kriterium darstellt, das für die Beurteilung der Marktbeherrschung i.S.v. § 18 Abs. 1 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.

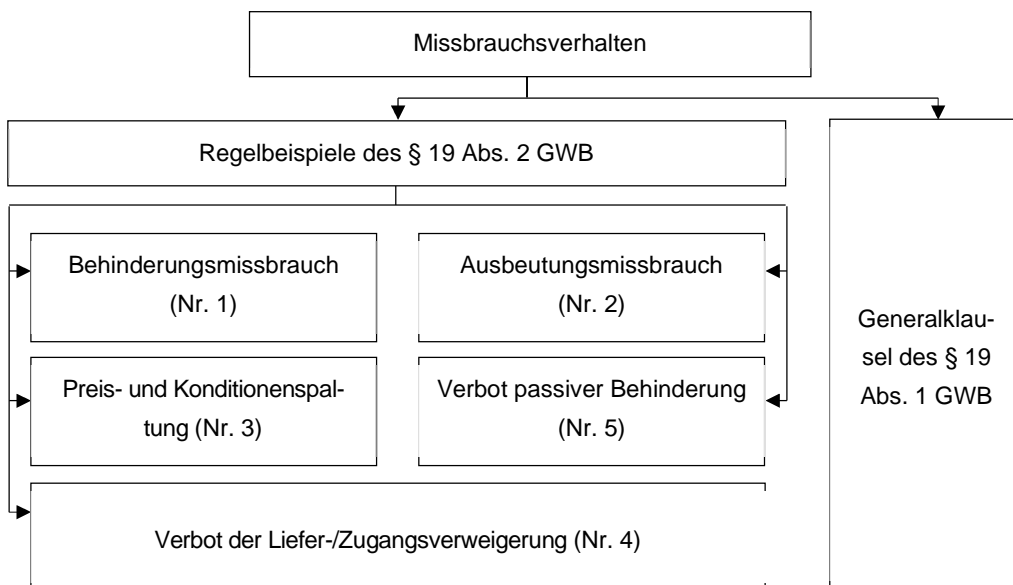


Im Bußgeldverfahren gilt die Unschuldsvermutung (*in dubio pro reo*). § 18 Abs. 4, Abs. 6 GWB findet in dieser Verfahrensart keine Anwendung.

Im Zivilverfahren sind die Auswirkungen von § 18 Abs. 4, Abs. 6 GWB umstritten. Sie reichen von einem bloßen Anscheinsbeweis⁷⁹ bis hin zur Umkehr der formellen Beweislast.⁸⁰

c) Missbrauchsverhalten

§ 19 Abs. 1 GWB untersagt das missbräuchliche Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung sowohl auf Anbieter- als auch auf Nachfragerseite. § 19 Abs. 2 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.

⁷⁹ So für die Einzelmarktbeherrschungsvermutung im Zivilprozess, siehe GK-KartR/Leo, § 19 GWB Rn. 1350.

⁸⁰ So für die Gruppenbeherrschungsvermutung im Zivilprozess, siehe Thomas, WuW 2002, S. 470 ff. (481).

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 (Marktabstottung) 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 Marktabstottung infolge von Ausschließlichkeitsbindungen, Treuerabatten u.ä.
 - kartellrechtliche Bewertung anhand der Bezugsdeckungsquote und der Laufzeit
- ⇒ Behinderungsmissbrauch durch **Preisunterbietungen**⁸¹
 - Kampfpreisunterbietungen mit Vernichtungs- oder Verdrängungsabsicht⁸²
 - z.B. systematischer Verkauf unter Einstandspreis
 - Gefahr der Verfestigung einer marktbeherrschenden Stellung durch Marktabstottung infolge von Ausschließlichkeitsbindungen, Treuerabatten u.ä.
 - kartellrechtliche Bewertung anhand der Bezugsdeckungsquote und der Laufzeit



Ein Behinderungsmissbrauch nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB liegt nur vor, wenn der Wettbewerb in einer "für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise" beeinträchtigt wird.

§ 19 Abs. 2 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.

⁸¹ Preisunterbietungen (insbes. Kampfpreisstrategien, *predatory pricing*) werden auch von § 20 Abs. 3 S. 2 GWB erfasst, so dass beide Normen nebeneinander anzuwenden sind.

⁸² Beachte die Unterschiede zur EU-Rechtspraxis: Während der EuGH bei der Anwendung von Art. 102 AEUV 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*).

§ 19 Abs. 2 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 Preishöhenmissbrauch, d.h. das Fordern von überhöhten Entgelten
- Ausbeutung durch Konditionenmissbrauch

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

- **räumliches Vergleichsmarktkonzept**, d.h. Vergleich mit dem Preis gleicher Waren oder Dienstleistungen auf einem anderen (aber vergleichbaren) räumlichen Wettbewerbsmarkt
- **sachliches Vergleichsmarktkonzept**, d.h. Vergleich mit dem Preis vergleichbarer Waren oder Dienstleistungen auf einem anderen sachlichen Wettbewerbsmarkt
- **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. ergänzend) zu Vergleichsmarktkonzepten wendet das Bundeskartellamt vereinzelt das vom EuGH entwickelte **Konzept der Gewinnspannenbegrenzung** an. Hierbei werden Gewinne des marktbeherrschenden Unternehmens mit 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.

(4) *Essential-Facilities-Doktrin* (Nr. 4)

Nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB ist es missbräuchlich, wenn sich ein marktbeherrschendes Unternehmen ohne rechtfertigenden Grund weigert, ein anderes Unternehmen gegen angemessenes Entgelt mit einer Ware oder Dienstleistung zu beliefern, insbesondere ihm einen Zugang zu Daten, zu Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, soweit dies für das andere Unternehmen objektiv notwendig ist, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein (sog. *essential facility*), und die Weigerung des marktbeherrschenden Unternehmens den Wettbewerb auf diesem vor- oder nachgelagerten Markt auszuschalten droht.

Voraussetzungen:

- Zugangspetent = anderes Unternehmen mit eigenständiger Tätigkeit auf dem vor- oder nachgelagerten Markt
- Wettbewerbsverhältnis auf dem Anschlussmarkt nicht mehr erforderlich, str.?
- Zugangsobjekt, d.h. Ware oder gewerbliche Leistung, insbes. Zugang zu Daten, Immaterialgüterrechten, Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen

- Zugangsverweigerung
- objektive Notwendigkeit der Mitbenutzung, insbes. der Zugangsgewährung, um auf vor- oder nachgelagertem Markt tätig zu sein (Prüfung von Duplizierbarkeit und Substituierbarkeit)
- Angemessenheit von Entgelt und sonstigen Zugangsbedingungen
- Gefahr der Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem vor- oder nachgelagerten Markt
- Lieferverweigerung ohne sachlich rechtfertigenden Grund (Ausschlussklausel des Hs. 2!)

(5) Verbot der passiven Behinderung (Nr. 5)

Das Verbot der passiven Behinderung (auch "Anzapfverbot" genannt) enthält einen verselbstständigten Anstiftungstatbestand. Er soll vor (horizontalen und vertikalen, str.) Wettbewerbsverfälschungen durch Ausübung von Nachfragemacht schützen. Im Rahmen der 9. GWB-Novelle 2017 ist das Verbot der passiven Behinderung – jedenfalls auf dem Papier – nochmals verschärft worden.

Prüfungsschema:

1. Vorteil
 - Besserstellung des Normadressaten gegenüber dem *status quo ante* durch Gewährung von Vergünstigungen (im Vertikalverhältnis)
2. Auffordern
 - Auffordern = bloßes Verlangen des Normadressaten nach Vorteilsgewährung reicht bereits
3. andere Unternehmen
 - Lieferanten des marktbeherrschenden Nachfragers
4. fehlende sachliche Rechtfertigung
 - umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung der wettbewerbl. Zielsetzung des GWB
 - Ausgangspunkt: Suche nach Vorteilen auf der Beschaffungsseite = wesentlicher Bestandteil des Wettbewerbsprozesses (z. B. Ausspielen von *Economies of Scale*)
 - Vergleich mit Ergebnis bei (hypothetischem) Als-Ob-Wettbewerb
 - Kriterien des Nr. 5 S. 2:
 - ob die Aufforderung für das andere Unternehmen nachvollziehbar begründet ist
 - ob der geforderte Vorteil in einem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung steht
 - Fallgruppen:
 - Forderung ohne Gegenleistung/ohne warenwirtschaftliche Begründung
 - Bruch laufender Verträge, Forderung von "Hochzeitsboni"
 - Übertragung von Abnehmeraufgaben/-risiken auf den Lieferanten
5. Rechtsfolgen

2. Missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb (§ 19a GWB)

§ 19a GWB erweitert den Normadressatenkreis der Missbrauchsvorschriften des GWB auf Unternehmen, denen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. Die Norm ist im Rahmen der 10. GWB-Novelle 2022 neu ins Gesetz eingefügt worden. Sie zielt auf die "Gatekeeper digitaler Ökosysteme" und soll eine Missbrauchsaufsicht gerade im Hinblick auf von diesen noch nicht beherrschte Märkte ermöglichen. § 19a GWB soll insbesondere das Marktverhalten der großen Digitalplattformen (GAFA) einer umfassenden besonderen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht zugänglich machen. Im Gegensatz zu § 19 GWB sind die in § 19a GWB normierten Verhaltensweisen nicht *per se*, sondern erst dann verboten, wenn das Bundeskartellamt durch Verfügung die überragende marktübergreifende Bedeutung eines Unternehmens festgestellt und ein konkretes Marktverhalten untersagt hat.

a) Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung (Abs. 1)

Bei der überragenden marktübergreifenden Bedeutung handelt es sich – neben der Marktbeherrschung (§ 18 GWB) und der relativen Marktmacht (§ 21 Abs. 1-3 GWB) – um eine dritte Form von Marktmacht. Die Normadressatenstellung des § 19a Abs. 1 GWB besteht nicht *ex lege*, sondern bedarf einer kartellbehördlichen Feststellung.

Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung (UmüB)
<p>1. Tätigkeit auf (mehreren) Märkten i.S.d. § 18 Abs. 3a GWB in erheblichem Umfang</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ intendierte Beschränkung des Normadressatenkreises auf Unternehmen der Digitalwirtschaft ○ erheblich = Tätigkeitsschwerpunkt im Bereich digitaler Geschäftsmodelle ○ Beispiele: App-Store, Betriebssysteme, Suchmaschinen, soziale Netzwerke, Video-Sharing-Plattformen <p>2. Marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Fähigkeit zu marktübergreifendem Handeln und Synergieziehung <p>3. „Überragende“ Bedeutung</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Unternehmen der Spitzengruppe, insbes. sog. Gatekeeper ○ Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung des Kriterienkatalogs in Abs. 1 S. 2

⇒ Katalog von Kriterien zur Beurteilung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung, § 19a Abs. 1 S. 2 GWB:

- marktbeherrschende Stellung auf einem oder mehreren Märkten
- Finanzkraft und Zugang zu sonstigen Ressourcen
- vertikale Integration und sonstige Tätigkeit auf miteinander verbundenen Märkten
- Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten

- Bedeutung der Tätigkeit für den Zugang Dritter zu Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie damit einhergehender Einfluss auf die Geschäftstätigkeit dieses Dritten („Gatekeeper“)
- Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten

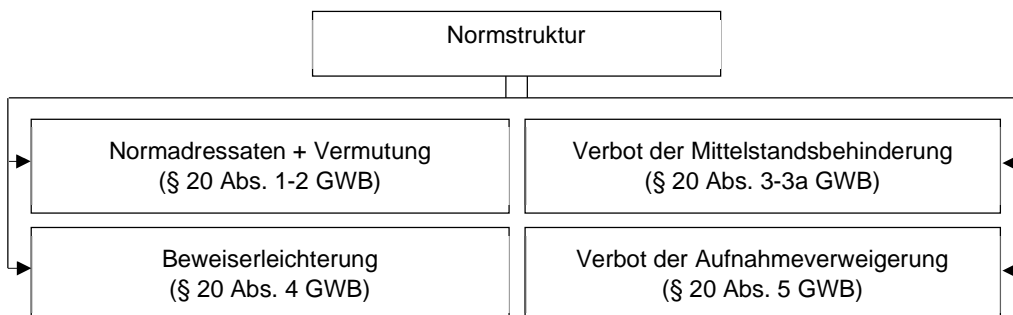
b) Eingriffsbefugnisse (Abs. 2)

§ 19a Abs. 2 GWB gewährt den Kartellbehörden besondere Eingriffsbefugnisse gegenüber Unternehmen, deren überragende marktübergreifende Bedeutung durch kartellbehördliche Verfügung festgestellt wurde. Die in § 19a Abs. 2 GWB normierten Verhaltensweisen sind nicht ex lege verboten, sondern müssen durch kartellbehördliche Verfügung verboten werden.

Untersagungstatbestände:	
1.	<p>Allgemeine Selbstbevorzugung (Nr. 1, Nr. 1a)</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Verbot der Selbstbevorzugung für vertikal oder konglomerat integrierte Unternehmen im Vergleich zu Wettbewerbern beim Vermitteln des Zugangs zu Beschaffungs- und Absatzmärkten ○ Regelbeispiele: <ul style="list-style-type: none"> - Bevorzugung UmüB-eigener Angebote bei der Darstellung (lit. a) - ausschließliche Vorinstallation oder Integration von Angeboten des UmüB (lit. b)
2.	<p>Behinderung auf Beschaffungs- und Absatzmärkten (Nr. 2)</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Behinderungsstrategien des UmüB außerhalb von (Intermediations-)Vermittlungs- und Wettbewerbsverhältnissen ○ Regelbeispiele: <ul style="list-style-type: none"> - behindernde Leistungserweiterung durch ausschließliche Vorinstallation oder Integration von Angeboten des UmüB (lit. a), - Erschwerung des Marktzugangs durch Behinderung der Bewerbung eigener Angebote (lit. b Alt. 1) - Erschwerung des Marktzugangs durch Behinderung des Zugangs zu Abnehmern über andere als die vom UmüB bereitgestellten oder vermittelten Zugänge (lit. b Alt. 2)
3.	<p>Aufrollen von Märkten (Nr. 3)</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Verbot koppelungsähnlicher markt- oder marktstufenübergreifender Leistungserweiterung mit dem Risiko eines raschen "Aufrollens" des Zielmarktes ○ Regelbeispiele: <ul style="list-style-type: none"> - koppelungsähnliche Leistungserweiterung unter Beseitigung/Einschränkung der Wahlmöglichkeiten der Marktgegenseite (lit. a) - Zwangskoppelung (lit. b)

4.	<p>Behinderung durch Datenverarbeitung (Nr. 4)</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Behinderung durch Errichtung/Erhöhung von Marktzutrittsschranken durch Datenverarbeitung, insbes. durch das Zusammenführen von Daten verschiedener Quellen ○ im B2C-Verhältnis (lit. a, sog. "Facebook"-Klausel) und im B2B-Verhältnis (lit. b, betrifft v.a. zwecküberschreitende Datenverarbeitungen)
5.	<p>Behinderung bei der Interoperabilität von Produkten und/oder der Portabilität von Daten (Nr. 5)</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Behinderung durch Errichtung/Erhöhung von Wechselhürden ("lock-in-Effekt") ○ Verpflichtung zur erstmaligen Herstellung von Interoperabilität/Ermöglichung von Portabilität (Alt. 1) oder zur Unterlassung der Beschränkung vorhandener Interoperabilität/Portabilität (Alt. 2)
6.	<p>Unzureichende Information über eigene Leistungen (Nr. 6)</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Verbot der Errichtung und Perpetuierung von Informationsdefiziten zu Lasten des (kommerziellen) Nutzers von (zumeist) Plattformen ○ Informationsdefizite durch Vorenthaltung von Nutzungsdaten, Information über anfallende Kosten, Click-Verhalten oder Ratingkriterien, die für den (kommerziellen) Nutzen von erheblichem Nutzen sind, um beispielsweise sein Angebot den Marktgegebenheiten schneller und besser anpassen zu können ○ Vorenthaltung von Informationen ohne sachliche Rechtfertigung (z.B. aus Datenschutzrecht)
7.	<p>"Anzapfen" durch Intermediäre (Nr. 7)</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Anlehnung an "analoges" Anzapfverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB ○ Regelbeispiele: <ul style="list-style-type: none"> - Forderung nach Übertragung von Daten oder Rechten, die für Darstellung der Angebote des Plattformnutzers nicht zwingend erforderlich sind (Nr. 1) - Verknüpfung der Qualität der Darstellung von Nutzerangeboten mit der nicht erforderlichen Übertragung von Daten oder Rechten (Nr. 2)

3. Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer/überlegener Marktmacht (§ 20 GWB)



a) Erweiterung des Normadressatenkreises durch § 20 Abs. 1-3a GWB

§ 20 Abs. 1-3 GWB erweitert den Normadressatenkreis der deutschen Missbrauchskontrolle auf relativ marktstarke Unternehmen (Abs. 1-2) und Unternehmen mit überlegener Marktmacht (Abs. 3).

Normadressaten
<p>1. Marktstarke Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen (Abs. 1, Abs. 1a)</p> <ul style="list-style-type: none">○ Abhängigkeit, d.h. es bestehen keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten (sog. relative Marktmacht)<ul style="list-style-type: none">- Nachweis <u>sortimentsbedingter Abhängigkeit</u> (Abs. 1), d.h. der Händler ist zur Erhaltung seiner Wettbewerbsfähigkeit auf ein best. Produkt (Spitzenstellungsabhängigkeit) oder eine bestimmte Produktgruppe (Spitzengruppenabhängigkeit) angewiesen- Nachweis <u>unternehmensbedingter Abhängigkeit</u> (Abs. 1), 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 <u>knappheitsbedingter Abhängigkeit</u> (Abs. 1), d.h. bei einem Ausfall von Liefermöglichkeiten kommt es zu einer nicht vorhersehbaren Verknappung des Produktangebots- Nachweis <u>nachfragebedingter Abhängigkeit</u> (Abs. 1), 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. 1 S. 2 GWB, wenn dieser Nachfrager außergewöhnliche Preisnachlässe/Leistungsentgelte erhält, die gleichartigen Nachfragern nicht gewährt werden- Nachweis <u>datenbedingter Abhängigkeit</u> (Abs. 1a), d.h. Abhängigkeit eines Unternehmens vom Zugang zu den von einem anderen Unternehmen kontrollierten Daten○ keine ausreichende Gegenmacht, d.h. deutliches Ungleichgewicht zwischen (potenziell) abhängigem Unternehmen und (potenziell) marktstarkem Unternehmen <p>2. Marktstarke Nachfrager (Abs. 2)</p> <ul style="list-style-type: none">○ Abhängigkeitsmaßstab = Abs. 1○ Fallbeispiele: marktstarke Einkaufsvereinigungen, marktstarke industrielle oder Handels-Abnehmer <p>3. Unternehmen mit überlegener Marktmacht (Abs. 3)</p> <ul style="list-style-type: none">○ Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht (d.h. Überlegenheit in Betriebsgröße, Finanzkraft, Angebotsumfang, Ressourcenzugang, Marktanteil)○ geschützte Unternehmen = kleine und mittlere Wettbewerber

b) Verbotstatbestände für erweiterten Normadressatenkreis

§ 20 GWB untersagt relativ marktstarken Unternehmen bzw. Unternehmen mit horizontal überlegener Marktmacht – teilweise direkt, teilweise durch Verweisung auf § 19 Abs. 2 GWB – bestimmte missbräuchliche Verhaltensweisen.

Normadressaten
<p>1. Marktstarke Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen (Abs. 1)</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Verweis auf das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB ○ eigenständiges Behinderungsverbot des § 20 Abs. 1a S. 2 GWB bei datenbedingter Abhängigkeit <p>2. Marktstarke Nachfrager (Abs. 2)</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Verweis auf das Verbot passiver Diskriminierung ("Anzapfverbot") des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB <p>3. Unternehmen mit überlegener Marktmacht (Abs. 3)</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Verbot unbilliger Behinderung des § 20 Abs. 3 GWB ○ Regelbeispiel: Angebot unter Einstandspreis (§ 20 Abs. 3 S. 2 Nr. 1-2 GWB) <ul style="list-style-type: none"> - Angebot - Einstandspreis = Preis der Ware ./ . proportionale Rabatte, Skonti, umsatzbezogene Vergütungen (§ 20 Abs. 3 S. 3 GWB) - Angebot unter Einstandspreis bei Lebensmitteln (§ 20 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB) - nicht nur gelegentliches (d. h. über längeren Zeitraum andauerndes) Angebot unter Einstandspreis bei anderen Waren oder gewerblichen Leistungen (§ 20 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB) - fehlende sachliche Rechtfertigung aus <ul style="list-style-type: none"> - produktbezogenen Umständen (z.B. Verderb von Lebensmitteln, § 20 Abs. 3 S. 4 GWB) - normadressatenbezogenen Umständen (z. B. Geschäftseröffnung) - lieferantenbezogenen Umständen (z. B. bei nachhaltiger Erhöhung des Einkaufspreises "in überfallartiger Weise" - mitbewerberbezogene Umständen (str.) ○ Regelbeispiel: Preis-Kosten-Schere (§ 20 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GWB) ○ Regelbeispiel: "Tipping" durch nichtleistungsbezogene Behinderungspraktiken (§ 20 Abs. 3a) <ul style="list-style-type: none"> - Tipping = Transformation eines durch starke positive Netzwerkeffekte geprägten Marktes mit mehreren Anbietern zu einem (quasi-)monopolistischen Markt - Behinderung durch Verbot/Erschwerung des Multi-Homing oder des Plattformwechsels ○ Generalklausel: unbillige Behinderung (§ 20 Abs. 3 S. 1 GWB) ○ Beweiserleichterung des § 20 Abs. 4 GWB

4. 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 Unternehmensvereinigungen⁸³ 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 Kartellrechtsnormen vor Umgehung. Er schützt den Wettbewerb, indem er die unternehmerische Entscheidungsfreiheit gegen Einflussnahmen durch andere Unternehmen abschirmt und damit die Verbotsnormen des GWB und des AEUV 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 an sich erlaubtem – 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.

⁸³ Siehe zum kartellrechtlichen Begriff des Unternehmens und der Unternehmensvereinigung oben, S. 21.

§ 29 GWB enthält eine Sonderregelung für Preismisbräuche im Energiebereich. Sie wurde durch die sog. Preismisbrauchsnovelle im Dezember 2007 neu ins GWB eingefügt. Ihre Geltungsdauer war bis zum 31.12.2022 befristet und wurde durch den Gesetzgeber bis zum 31.12.2027 verlängert.

§ 5 Rechtsfolgen von Kartellverstößen

I. Überblick

Verstöße gegen Verbotsnormen des EU- und deutschen Kartellrechts können Rechtsfolgen haben, die sich aus dem Kartellverwaltungsrecht, dem Kartellordnungswidrigkeitenrecht und dem Kartellzivilrecht ergeben:

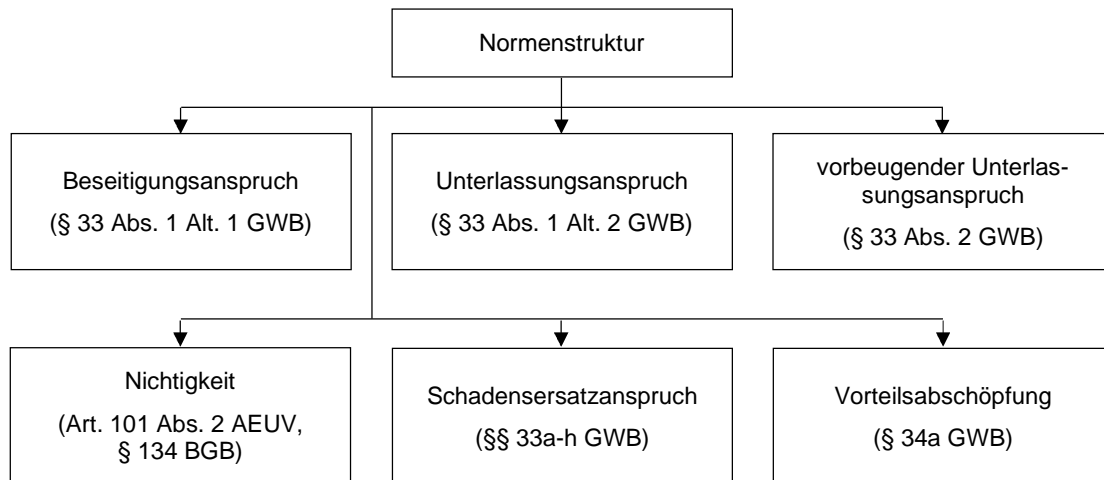
	Public Enforcement		Private Enforcement
	Verwaltungsrecht	Ordnungswidrigkeitenrecht	Zivilrecht
EU	Art. 7 VO 1/2003 Feststellung/Abstellung von Kartellverstoß	Art. 23 VO 1/2003 Geldbußen	Art. 101 Abs. 2 AEUV Nichtigkeit
	Art. 8 VO 1/2003 Einstweilige Maßnahmen	Art. 24 VO 1/2003 Zwangsgelder	
	Art. 9 VO 1/2003 Verpflichtungszusagen		
Zuständigkeit	EU-Kommission	EU-Kommission	
D	§ 32 GWB Feststellung/Abstellung von Kartellverstoß	§§ 81-81d GWB Geldbußen	§ 134 BGB Nichtigkeit
	§§ 32a, 32b GWB Einstweilige Maßnahmen, Verpflichtungszusagen	§ 86a GWB Zwangsgeld	§ 33 GWB Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch
	§ 34 GWB Vorteilsabschöpfung	§ 81e GWB Ausfallhaftung	§§ 33a-e GWB Schadensersatzanspruch
Zuständigkeit	Bundeskartellamt	Bundeskartellamt	



Prüfungshinweis: Rechtsfolgen eines Kartellverstoßes, wie etwa Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche bilden oft den "Aufhänger" für eine inzidente Prüfung der materiellrechtlichen Verbotsnormen des AEU-Vertrags bzw. des GWB.

II. Zivilrechtliche Folgen

Mit Ausnahme der Nichtigkeitsanordnung des Art. 101 Abs. 2 AEUV sind alle zivilrechtlichen Folgen einer Zuwiderhandlung gegen kartellrechtliche Verbotsnormen im mitgliedstaatlichen Recht geregelt.⁸⁴ Für das GWB ergibt sich folgende Systematik:



1. Nichtigkeitsfolge

Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Beschlüsse sind nichtig, soweit nicht eine der gesetzlichen Ausnahmen vom Kartellverbot⁸⁵ eingreift. Das europäische Kartellrecht ordnet die Nichtigkeit in Art. 101 Abs. 2 AEUV 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. 101 AEUV 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.⁸⁶ Die Folgen der Nichtigkeit von wettbewerbsbeschränkenden Gesellschaftsverträgen (d.h. insbesondere die Frage nach der Anwendbarkeit der Grundsätze einer fehlerhaften Gesellschaft bei kartellrechtswidrigen Personengesellschaften) sind umstritten.⁸⁷

⁸⁴ Dies gilt für Zuwiderhandlungen gegen Art. 101, 102 AEUV. 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.

⁸⁵ Art. 101 Abs. 3 AEUV; GVOen; §§ 2, 3, 28 und 30 GWB.

⁸⁶ 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 der Wettbewerbsnormen einer solchen geltungserhaltenden Reduktion entgegensteht.

⁸⁷ Vertiefend hierzu: *Krauß*, in: Langen/Bunte, GWB, 14. Aufl. 2022, § 1 GWB Rn. 370 ff. (ablehnend wegen Gefährdung der Interessen der Allgemeinheit); *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 231 ff. m.w.N. (bejahend unter Verweis auf die Probleme der Rückabwicklung).

Die Nichtigkeit nach Art. 101 Abs. 2 AEUV bzw. § 134 BGB i.V.m. § 1 GWB erfasst neben dem eigentlichen Kartellvertrag auch sog. **Ausführungsverträge**, die der Durchführung, Verstärkung oder Absicherung der Wettbewerbsbeschränkung dienen. Hiervon zu unterscheiden sind sog. **Folgeverträge**, die von 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 (Naturalrestitution) kann grundsätzlich nicht geltend gemacht werden.

2. Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche (§ 33 GWB)

a) Beseitigungsanspruch (§ 33 Abs. 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. 101, 102 AEUV	(oder)
	c) kartellbehördliche Verfügung	
2.	Herbeiführung oder Aufrechterhaltung eines andauernden Störungszustandes	
3.	Aktivlegitimation durch "Betroffenheit" i.S.v. § 33 Abs. 3 GWB oder Verband i.S.v. Abs. 4 GWB	
4.	Bestimmung des Anspruchsumfangs	
	o Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, d.h. Prüfung von Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit der Beseitigungshandlung	
	o Abgrenzung zum verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch, d.h. Abgrenzung von Beseitigung fortwirkender Störungsquelle zur Vermeidung weiterer Störungsfolgen (= Abwehrfunktion) und Ersatz bereits eingetretener Störungsfolgen (= Ausgleichsfunktion)	

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

§ 33 GWB gewährt einen verschuldensunabhängigen Unterlassungsanspruch. Dabei ist zwischen dem Verletzungsunterlassungsanspruch des § 33 Abs. 1 Alt. 2 GWB und dem vorbeugenden Unterlassungsanspruch des § 33 Abs. 2 GWB zu unterscheiden.

Prüfungsschema:		
1. (Drohender) Verstoß gegen	a) Verbotsnorm des GWB	(oder)

b) Art. 101, 102 AEUV	(oder)
c) kartellbehördliche Verfügung	
2. Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr	
<ul style="list-style-type: none"> ○ andauernde Erstbegehungsgefahr (Abs. 2), d.h. ernsthafte und tatsächliche Anhaltspunkte für einen Kartellverstoß in naher Zukunft, z.B. durch <ul style="list-style-type: none"> • Vorbereitungshandlungen • Berühren des Rechts, bestimmte Handlungen vornehmen zu dürfen ○ andauernde Wiederholungsgefahr (Abs. 1 Alt. 2), d.h. gleichartige Verletzungshandlung ist objektiv möglich und droht in naher Zukunft <ul style="list-style-type: none"> - widerlegliche Vermutung der Wiederholungsgefahr, d.h. Beweislast des Verletzers - Wegfall der Wiederholungsgefahr durch strafbewehrte Unterwerfungserklärungen⁸⁸ 	
3. Aktivlegitimation durch "Betroffenheit" i.S.v. § 33 Abs. 3 GWB oder Verband i.S.v. Abs. 4 GWB	
4. Rechtsfolgen	
<ul style="list-style-type: none"> ○ Unterlassen (weiterer) Verletzungshandlungen ○ positives Tun, wenn die (drohende) Verletzung in der Unterlassung einer gebotenen Handlung besteht (z.B. bei Zugangsverweigerungen i.S.d. <i>essential-facilities</i>-Doktrin) 	

c) Aktivlegitimation (§ 33 Abs. 3-4 GWB)

Anspruchsberechtigt im Sinne der Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche des § 33 Abs. 1-2 GWB sind die von der wettbewerbswidrigen Handlung Betroffenen (§ 33 Abs. 3 GWB) und bestimmte Wirtschaftsverbände (§ 33 Abs. 4 GWB).

Betroffener ist, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktteilnehmer durch den Verstoß beeinträchtigt wurde (§ 33 Abs. 3 GWB). Aufgrund der *Courage*-Entscheidung des EuGH⁸⁹ spielt es – im Gegensatz zur Regelung vor der 7. GWB-Novelle 2005 – 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, auf den nachgelagerten Marktstufen (mittelbare Betroffenheit) und auch die privaten Endverbraucher (Vertikalbeziehung).

⁸⁸ 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.

⁸⁹ Nach Auffassung des EuGH in seinem *Courage*-Urteil ist die volle Wirksamkeit (*effet utile*) des Art. 101 AEUV 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.

Wirtschaftsverbände sind Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen (z. B. Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern). Sie sind gem. § 33 Abs. 4 Nr. 1 GWB zur Geltendmachung von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen befugt,

- (1) soweit ihnen eine erhebliche Zahl von betroffenen (i.S.v. Abs. 3) Unternehmen angehört, die Produkte gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben und
- (2) soweit sie nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen.

Qualifizierte Einrichtungen i.S.d. Unterlassungsklagengesetzes oder i.S.d. Verzeichnisses der EU-Kommission über Unterlassungsklagen sind gem. § 33 Abs. 4 Nr. 2 GWB ebenfalls aktivlegitimiert.

3. Schadensersatzansprüche (§§ 33a-h GWB)

a) Überblick

Die Novellierung des deutschen Kartellschadensersatzrechts durch Umsetzung der Kartellschadensersatz-Richtlinie 2014/104/EU stand im Mittelpunkt der 9. GWB-Novelle 2017. § 33a Abs. 1 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 nochmals eine deutlich stärkere Rolle als bisher zukommen (*private enforcement* des Kartellrechts).

Prüfungsschema:		
1. Verstoß gegen	a) Verbotsnorm des GWB	(oder)
	b) Art. 101, 102 AEUV	(oder)
	c) kartellbehördliche Verfügung	
2. Feststellungswirkung des § 33b GWB		
3. Aktivlegitimation		
	o des unmittelbar Geschädigten	
	o des mittelbar Geschädigten auf vor- oder nachgelagerten Marktstufen (<i>Passing-on-Effekt</i>), auch des Endverbrauchers (str.)	
	o des Kartellaußenseiters	
	o (der kartellbeteiligten Unternehmen?)	
4. Passivlegitimation		
	o des am Kartellrechtsverstoß beteiligten Unternehmens	
	o Haftung der wirtschaftlichen Einheit (Tätergesellschaft + konzernverbundene Gesellschaften)	
	o keine Haftung der handelnden Organe/Leitungspersonen (str.)	
5. Verschulden		
6. Schaden		
	o Differenzhypothese (§ 249 Abs. 1 BGB)	
	o Preisüberhöhungsschaden (<i>damnum emergens</i>) + entgangener Gewinn (<i>lucrum cessans</i> , § 33c Abs. 1 S. 3 GWB, § 252 BGB)	
	o Schadensentstehung auch bei Abwälzung überhöhter Kartellpreise (§ 33c Abs. 1 S. 1 GWB)	
	o widerlegliche Vermutung der Entstehung eines kartellbedingten Schadens dem Grunde nach (§ 33a Abs. 2 S. 1 GWB) bei Hardcore-Kartellen und gezielten Wettbewerbsbeschränkungen i.S.d. § 33a Abs. 2 S. 2-3 GWB)	

- Schätzung der Schadenshöhe (§ 33a Abs. 3 S. 1 GWB, § 287 ZPO) + ggf. Berücksichtigung anteiligen Verletzergewinns (§ 33a Abs. 3 S. 2 GWB)
 - *Passing-on-Defence* (§ 33c Abs. 1 S. 2 GWB) i.R.d. Grundsätze der Vorteilsausgleichung + Schätzung der Höhe des *Pass-on*-Effekts (§ 33c Abs. 5 GWB, § 287 ZPO)
7. Haftungsausfüllende Kausalität
8. Gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Kartellbeteiligter
- gesamtschuldnerische Haftung gem. § 33d Abs. 1 GWB (i.V.m. §§ 830, 840 Abs. 1 BGB)
 - Einschränkung der Gesamtschuldnerhaftung bei KMU (§ 33d Abs. 3, Abs. 5 GWB) und bei Kronzeugen (§ 33e Abs. 1 GWB)
 - Gesamtschuldnerinnenausgleich nach § 33d Abs. 2 GWB (i.V.m. §§ 421-426 BGB)
 - Einschränkung des Gesamtschuldnerinnenausgleichs bei KMU (§ 33d Abs. 4 GWB) und bei Kronzeugen (§ 33e Abs. 3 GWB)
9. Verzinsung ab Schadensentstehung gem. § 33a Abs. 4 GWB
10. Verjährung
- Regelverjährung von fünf Jahren; Verjährungsbeginn mit Schluss des Jahres, in dem
 - Anspruch entstanden,
 - Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Geschädigten von Anspruchsentstehung und Identität des Rechtsverletzers und
 - Kartellverstoß beendet
 - kenntnisunabhängige Verjährungsfrist von zehn Jahren ab
 - Anspruchsentstehung und
 - Beendigung des Kartellverstoßes

Die Erleichterung von Schadensersatzansprüchen wegen der Verletzung kartellrechtlicher Vorschriften bildete bereits einen Schwerpunkt der 7. GWB-Novelle 2005. Sie stand im Zentrum der 9. GWB-Novelle 2017. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll mit den neuen §§ 33a-h GWB auch 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 EU-Kommission zu Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts vom 19.12.2005,
- das Weißbuch der EU-Kommission zu Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts vom 2.4.2008,
- das *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules* vom 2.4.2008
- die Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13.6.2013
- den Praktischen Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union von 2013

- o die Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union Text von Bedeutung für den EWR.

b) Aktivlegitimation

Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ist bereits die Bestimmung des Kreises der Anspruchsberechtigten von § 33a Abs. 1 GWB problematisch.⁹⁰

- (1) § 33a Abs. 1 GWB schützt unstreitig die Konkurrenten der Kartellmitglieder (sog. **Außenseiter**) vor der Errichtung künstlicher Markthindernisse.
- (2) § 33a Abs. 1 GWB schützt unstreitig die **unmittelbaren Abnehmer** (bzw. Lieferanten beim Nachfragekartell) der Kartellmitglieder. Dies gilt auch für Abnehmer, die ihren Bedarf bei **Kartellaußenseitern** gedeckt haben.
- (3) § 33a Abs. 1 GWB schützt nach der Kartellschadensersatz-Richtlinie und dem Willen des deutschen Gesetzgebers auch den **mittelbaren Abnehmer**, auf den der Schaden weitergewälzt wurde. Dies gilt auch für den **privaten Endverbraucher**.
- (4) Umstritten ist, inwieweit **Kartellbeteiligte** einen Schadensersatzanspruch nach § 33a Abs. 1 GWB geltend machen können.

- | | |
|---------|--|
| pro: | - Beeinträchtigung des <i>effet utile</i> , „wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte“ (<i>Courage</i> -Urteil des EuGH) |
| | - Abschreckungswirkung kartellinterner Schadensersatzansprüche |
| contra: | - Gefahr der Umgehung der Nichtigkeitsanordnung des Art. 101 Abs. 2 AEUV (bzw. § 134 BGB) durch Möglichkeit einer schadensersatzrechtlichen Naturalrestitution |
| | - Verletzung des Grundsatzes, dass Art. 101 AEUV (bzw. § 1 GWB) die Kartellbeteiligten nicht vor den Folgen ihres eigenen Tuns schützen soll (vergleichbar der Argumentation bei § 817 S. 2 BGB) |

c) Passivlegitimation

Passivlegitimiert ist der Rechtsverletzer. Da sich die Verbotsnormen des Kartellrechts zumeist an Unternehmen richten, sind diese Unternehmen auch schadensersatzrechtlich passivlegitimiert. Das gilt zumindest für die juristische Person oder Personengesellschaften, deren Organe den Kartellverstoß begangen oder durch eine Aufsichtspflichtverletzung nicht verhindert haben. Ein Fehlverhalten muss sich das Unternehmen zurechnen lassen (§ 31 BGB).

⁹⁰ Dem Wortlaut von § 33a Abs. 1 GWB ist keine Einschränkung der Aktivlegitimation zu entnehmen. Gegen eine Beschränkung auf den „Betroffenen“ im Sinne von § 33 Abs. 3 GWB sprechen die Systematik und der Wortlaut von § 33a Abs. 1 GWB, der lediglich hinsichtlich des Verstoßes auf die Regelung in § 33 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 – mit dem EuGH – 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.

Die Passivlegitimation des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs ist europarechtlich determiniert. Nach der – insoweit verbindlichen – Entscheidungspraxis des EuGH in den Rs. *Skanska*⁹¹ und *Suma*⁹² ist passivlegitimiert das Unternehmen i.S.d. primären kartellrechtlichen Verbotsnormen, d.h. die wirtschaftliche Einheit, die sich auch aus mehreren juristischen Personen oder Personengesellschaften zusammensetzen kann. Konzernmuttergesellschaften haften daher regelmäßig auch schadensersatzrechtlich für Kartellverstöße ihrer Tochtergesellschaften. Schwestergesellschaften können nur dann in Anspruch genommen werden, wenn sie der gleichen wirtschaftlichen Einheit angehören, weil ihre Geschäftstätigkeit in einem konkreten Zusammenhang zu den von einer Kartellordnungswidrigkeit betroffenen Marktaktivitäten steht.

d) Feststellungswirkung von Bußgeldentscheidungen (§ 33b GWB)

§ 33b GWB ordnet die Bindung des Zivilgerichts an bestands- bzw. rechtskräftige Kartellbußgeldentscheidungen an. Die Feststellungswirkung erstreckt sich auf den Entscheidungstenor und "alle im vorangegangenen Verfahren getroffenen tatsächlichen Feststellungen, die den Lebenssachverhalt bilden, bezüglich dessen ein Kartellrechtsverstoß festgestellt wurde und die seine rechtliche Einordnung tragen."⁹³ Zivilgerichte sind an die Feststellung des Kartellverstoßes gebunden; dies gilt jedenfalls für den objektiven Tatbestand, nach umstrittener Ansicht auch für das Verschulden. Nicht von der Feststellungswirkung erfasst sind der Kartellschaden und die haftungsausfüllende Kausalität. Hier bleibt es bei der freien Beweiswürdigung durch das Gericht.

e) Schadensabwälzung (§ 33c GWB)

(1) Einwand der Schadensabwälzung (§ 33c Abs. 1 GWB)

§ 33c Abs. 1 GWB regelt den Einwand der Schadensabwälzung (sog. *Passing on Defence*). Satz 1 stellt deklaratorisch klar, dass ein Schaden infolge Waren- oder Dienstleistungsbezugs zu kartellbedingt überhöhten Preisen nicht bereits deshalb ausgeschlossen ist, weil die betreffende Ware oder Dienstleistung weiterveräußert und dabei der überhöhte Einkaufspreis vollständig oder teilweise an die nachgelagerte Marktstufe weitergewälzt wurde. Der Kartellschaden ist – nach dem Maßstab der Differenzhypothese des § 249 Abs. 1 BGB – bereits vollständig mit dem Bezug zum überhöhten Kartellpreis entstanden.

§ 33c Abs. 1 S. 2 GWB anerkennt sodann jedoch den Einwand der Schadensabwälzung. Die Kartellanten können einem Schadensersatzbegehren entgegenhalten, der Schaden des Abnehmers sei ausgeglichen, soweit er den kartellbedingten Preisaufschlag an seine eigenen Abnehmer weitergegeben hat. Dogmatisch gehört die *Passing on Defence* zum Rechtsinstitut der Vorteilsausgleichung. Es gilt das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot: Der Geschädigte darf durch den Schadensersatz nicht bessergestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde.

Eine Schadensabwälzung wird unter folgenden Voraussetzungen anspruchsmindernd berücksichtigt:

- (1) Der kartellbedingte Preisaufschlag muss zumindest teilweise an die nachgelagerte Marktstufe weitergereicht worden sein.

Hierfür ist der Kartellant darlegungs- und beweisbelastet (§ 33c Abs. 2 GWB gilt nicht zugunsten des Kartellanten). Lediglich in engen Grenzen der Zumutbarkeit besteht eine sog. sekundäre Darlegungs-

⁹¹ EuGH, Ur. v. 14.03.2019, Rs. C-724/17 – *Skanska*.

⁹² EuGH, Ur. v. 6.10.2021, Rs. C-882/19 – *Sumal*.

⁹³ BGH, Ur. v. 12.07.2016, KZR 25/14, juris, Rn. 14 – *Lottoblock II*.

und Beweislast des Abnehmers, da die Schadensabwälzung weitgehend Umstände aus seiner unternehmensinternen (dem Kartellanten nicht zugänglichen) Sphäre betrifft. Darüber hinaus steht dem Kartellanten zum Nachweis eines *pass-on*-Effekts nach § 33g Abs. 2 GWB ein Auskunfts- und Herausgabenspruch zu.

- (2) Zwischen dem Kartellverstoß und der eigenen Preiserhöhung des Abnehmers auf dem nachgelagerten Markt muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen.

Daran fehlt es z.B., wenn die Preiserhöhung des Abnehmers nicht oder nicht vollständig auf der kartellbedingten Erhöhung des Einkaufspreises, sondern auf einer eigenen kaufmännischen Leistung des Abnehmers beruht.

- (3) Die *Passing on Defence* darf zu keiner unangemessenen Entlastung des Kartellanten führen.

Zu einer solchen unangemessenen Entlastung kann es kommen, wenn ein Kartellschadensausgleich nicht stattfindet, weil die (ggf. wiederholte) Schadensabwälzung auf nachgelagerte Marktstufen schlussendlich zu Streuschäden führt, für deren Ausgleich aufgrund der Geringfügigkeit des Einzelschadens kein Anreiz besteht.

- (4) Schließlich stellt § 33c Abs. 1 S. 3 GWB klar, dass die *Passing on Defence* nur den Preisüberhöhungsschaden (*damnum emergens*) betrifft.

Davon unberührt bleibt der Anspruch des Geschädigten auf Ersatz seines entgangenen Gewinns (*lucrum cessans*) nach § 252 BGB; z.B. infolge eines Mengenrückgangs, ausgelöst durch die Weitergabe des kartellbedingt überhöhten Einkaufspreises an die nachgelagerte Marktstufe.

(2) Vermutung der Schadensabwälzung (§ 33c Abs. 2-3 GWB)

§ 33c Abs. 2 GWB enthält eine gesetzliche Vermutung der Abwälzung des kartellbedingten Preisaufschlags auf den mittelbaren Abnehmer. Die Vermutung gilt nur zugunsten des mittelbaren Abnehmers, (im Rahmen der *Passing on Defence*) nicht zugunsten des Kartellanten. Sie setzt voraus, dass

- (1) der Rechtsverletzer einen Kartellverstoß begangen hat,
- (2) der Kartellverstoß einen Preisaufschlag für den unmittelbaren Abnehmer des Kartellanten zur Folge hatte (vgl. § 33a Abs. 2 GWB) und
- (3) der mittelbare Abnehmer Waren oder Dienstleistungen erworben hat, die unmittelbar oder mittelbar vom Kartellverstoß betroffen waren.

Die Vermutung der Schadensabwälzung kann nach § 33c Abs. 3 GWB widerlegt werden, indem nachgewiesen ("glaubhaft gemacht" = überwiegende Wahrscheinlichkeit) wird, dass der Preisaufschlag nicht oder nicht vollständig an den mittelbaren Abnehmer weitergegeben wurde.

f) Gesamtschuldnerische Haftung (§ 33d GWB)

Waren mehrere Unternehmen gemeinschaftlich an einem Kartellverstoß beteiligt, haften sie dem Geschädigten gegenüber gem. § 33d Abs. 1 GWB i.V.m. §§ 830, 840 Abs. 1 BGB als Gesamtschuldner. Den Innenausgleich zwischen den Gesamtschuldnern regelt § 33d Abs. 2 GWB. Danach hängt das Verhältnis, in dem die Gesamtschuldner untereinander haften, insbesondere vom Verursachungsbeitrag ab. § 33d Abs. 2 GWB ist

damit eine "andere Regelung" im Sinne des § 426 Abs. 1 S. 1 BGB. Darüber hinaus finden die §§ 421-425 BGB und § 426 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB entsprechende Anwendung.

§ 33d Abs. 1-2 GWB gilt nicht uneingeschränkt:

- (1) § 33d Abs. 3 GWB beschränkt die Ersatzpflicht von **KMU** i.S.d. Norm auf deren unmittelbare und mittelbare Abnehmer. Für Schäden von Abnehmern anderer Kartellanten haften KMU nur subsidiär, falls diese Abnehmer von den anderen Kartellanten keinen Schadensersatz erlangen können (Ausnahme: § 33d Abs. 5 GWB). In entsprechender Weise beschränkt § 33d Abs. 4 GWB den Gesamtschuldnerausgleich gegenüber KMU.
- (2) § 33e Abs. 1 GWB beschränkt die Ersatzpflicht von **Kronzeugen** i.S.d. Norm auf deren unmittelbare und mittelbare Abnehmer. Für Schäden von Abnehmern anderer Kartellanten haften Kronzeugen nur subsidiär, falls diese Abnehmer von den anderen Kartellanten keinen Schadensersatz erlangen können. In entsprechender Weise beschränkt § 33e Abs. 3 GWB den Gesamtschuldnerausgleich gegenüber einem Kronzeugen.

g) Wirkung von Vergleichen (§ 33f GWB)

Nach § 33f Abs. 1 GWB haben Vergleiche über Kartellschadensersatzansprüche – abweichend von § 423 BGB – nach § 33a GWB eine sog. beschränkte Gesamtwirkung, falls nichts anderes vereinbart wurde. Beschränkte Gesamtwirkung heißt:

- (1) Der sich vergleichende Gesamtschuldner haftet nur noch in Höhe des vereinbarten Vergleichsbetrags. Mit Blick auf seine Haftungsquote hat der Vergleich grundsätzlich Erfüllungswirkung.

Ausnahmsweise kann auch der sich vergleichende Gesamtschuldner weitergehend in Anspruch genommen werden. Erlangt der Geschädigte von den anderen Gesamtschuldnern (z.B. infolge deren Insolvenz) keinen vollständigen Schadensausgleich, ordnet § 33f Abs. 1 S. 3-4 GWB eine subsidiäre und zudem dispositive Ausfallhaftung an.
- (2) Die anderen Gesamtschuldner werden im Umfang der Haftungsquote des sich vergleichenden Gesamtschuldners ebenfalls von ihrer Haftung befreit, § 33f Abs. 1 S. 2 GWB.
- (3) Regressansprüche gegen den sich vergleichenden Gesamtschuldner sind grundsätzlich ausgeschlossen, § 33f Abs. 2 GWB.

4. Vorteilsabschöpfung (§ 34a GWB)

§ 34a GWB regelt die subsidiäre 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.⁹⁴

⁹⁴ § 34a GWB ist weitgehend "totes Recht" (*Bornkamm*, in: Langen/Bunte, GWB, 12. Aufl. 2015, § 34a GWB Rn. 1), da er ein vorsätzliches Handeln voraussetzt und die Anreizwirkungen an mögliche Verbände (Abschöpfung an den Bundeshaushalt, Kostenrisiko bei Prozessverlust) gering ist.

III. Ordnungswidrigkeitenrechtliche Folgen

1. Sanktionen

Art. 103 Abs. 2 lit. a) i.V.m. Abs. 1 AEUV verleiht dem Rat die Befugnis, Verordnungen zu erlassen, die die Befolgung der in den Art. 101, 102 AEUV normierten Verbote durch die Einführung von Sanktionsmitteln sicherstellen. Derartige Sanktionsmittel (i.w.S.) finden sich in der VO 1/2003, die zwischen den Geldbußen (Art. 23 VO 1/2003) und den Zwangsgeldern (Art. 24 VO 1/2003) unterscheidet.

Vergleichbare Regelungen finden sich im deutschen Kartellordnungswidrigkeitenrecht. § 81 GWB legitimiert die Festsetzung von Geldbußen. In § 86a GWB sind die Zwangsgelder geregelt.⁹⁵

a) Geldbußen

Geldbußen dienen der Ahndung bereits begangener Zuwiderhandlungen gegen die Art. 101, 102 AEUV und gegen die sanktionsbewehrten Verbotsnormen des GWB. Mit ihnen werden präventive 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, § 81 Abs. 2 GWB) und bei vorsätzlichen oder fahrlässigen materiellrechtlichen Zuwiderhandlungen (Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003, § 81 Abs. 1-3 GWB), insbes. bei Verstößen gegen Art. 101, 102 AEUV und §§ 1, 19-21 GWB, bis zu einer Höhe von jeweils 10 % des konzernweiten Jahresgesamtumsatzes (1 % bei Verfahrensverstößen) verhängt werden.⁹⁶

Siehe hierzu auch die Leitlinien der EU-Kommission 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) und die Leitlinien des Bundeskartellamts für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren vom 25.6.2013.

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

Unternehmen A mit einem jährlichen (konzernweiten) 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 (Hard-core-)Verstoßes gegen Art. 101 AEUV sanktioniert. Durch seine Kooperation mit der Kommission hat es einen Kronzeugenbonus von 25 % erlangt.

Bußgeldbemessung:			
1. Grundbetrag			
	kartellbetroffener Umsatz (€ 30 Mio.) x Schwere der Zuwiderhandlung (Faktor 0,3)	=	€ 9 Mio.
	x Dauer der Zuwiderhandlung (Faktor 10)	=	€ 90 Mio.
	+ Abschreckungszuschlag (+ 20 %)	=	€ 96 Mio.

⁹⁵ Zwangsgelder sind Maßnahmen des Verwaltungszwangs und damit keine ordnungswidrigkeitenrechtlichen Geldbußen, sondern lediglich Sanktionen i.w.S.

⁹⁶ Bußgeldentscheidungen der Kommission sind vollstreckbare Titel im Sinne von Art. 299 Abs. 1 AEUV.

2. Anpassung des Grundbetrags		
+ Wiederholungstäterschaft (+ 100 %)	=	€ 192 Mio.
3. Bußgeldobergrenze des Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003		
(max. 10 % des Gesamtumsatzes = € 200 Mio.)		
4. Anwendung der Kronzeugenregelung		
./i. Kronzeugenabschlag (./i. 25 %)	=	€ 144 Mio.

b) Zwangsgeld

Das Zwangsgeld dient demgegenüber der gegenwärtigen oder künftigen Durchsetzung von Verwaltungsentscheidungen der Kartellbehörden.⁹⁷ Es kann nur dann verhängt werden, wenn die Zuwiderhandlung noch andauert oder eine Erstbegehungs-/Wiederholungsgefahr besteht.⁹⁸ Die durch ein Zwangsgeld erzwingbaren Handlungen sind in Art. 24 Abs. 1 VO 1/2003 und in § 86a GWB i.V.m. VwVG abschließend normiert. Zwangsgeld und Geldbuße können aufgrund des Unterschieds von Verwaltungszwang und Verwaltungssanktion ohne Verletzung des Grundsatzes *ne bis in idem* nebeneinander angewendet werden.

2. Unternehmensgerichtete Sanktionen des deutschen Kartellordnungswidrigkeitenrechts

Seit der 9. GWB-Novelle 2017 kennt das GWB eine sog. unternehmensgerichtete Sanktion. Die Verbands-geldbußen des deutschen Ordnungswidrigkeitenrechts richten sich nicht an Unternehmen (im wirtschaftlichen Sinne), sondern an den Unternehmensträger, d.h. eine juristische Person oder Personenvereinigung (sog. Rechtsträgerprinzip des § 30 Abs. 1 OWiG). Das GWB erweiterte das Rechtsträgerprinzip, indem die bußgeldrechtliche Verantwortung über den Rechtsträger hinaus, dessen Organe oder Leitungspersonen den Kartellrechtsverstoß begangen haben, auf weitere juristische Personen und Personenvereinigungen erstreckt wird. Im Ergebnis soll damit das Unternehmen im wirtschaftlichen Sinne getroffen werden, das zugleich Normadressat der primären kartellrechtlichen Verbotsnormen ist.

(1) Bußgeldrechtliche Verantwortung der **Muttergesellschaft**

§ 81a Abs. 1 GWB legitimiert die bußgeldrechtliche Inanspruchnahme einer (nicht am Kartellverstoß beteiligten) Muttergesellschaft, wenn sie mit ihrer kartellbeteiligten Tochtergesellschaft im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung eine wirtschaftliche Einheit bildete. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Muttergesellschaft im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung unmittelbar oder mittelbar einen bestimmenden Einfluss auf die kartellbeteiligte Tochtergesellschaft ausgeübt hat.

(2) Erstreckung der bußgeldrechtlichen Verantwortung auf den **Gesamtrechtsnachfolger**

§ 30 Abs. 2a OWiG, § 81a Abs. 2 GWB legitimiert eine Erstreckung der bußgeldrechtlichen Verantwortung auf den Gesamtrechtsnachfolger (z. B. bei Verschmelzung) und auf die partiellen Gesamtrechtsnachfolger im Falle einer Aufspaltung.

(3) Erstreckung der bußgeldrechtlichen Verantwortung auf den **wirtschaftlichen Nachfolger**

⁹⁷ Klarstellend: Zwangsgelder sind keine Sanktionen (im weiteren) strafrechtlichen Sinne.

⁹⁸ Spektakulär sind die beiden Zwangsgeldentscheidungen der Kommission gegen das Unternehmen Microsoft (EUR 280,5 Mio. im Juli 2006 und EUR 899 Mio. im Februar 2008).

§ 81a Abs. 3 GWB legitimiert die Erstreckung der bußgeldrechtlichen Verantwortung auf den wirtschaftlichen Nachfolger (z.B. Erwerb des kartellbeteiligten Unternehmens im Wege des *Asset Deals*).

(4) **Gesamtschuldnerische Haftung** mehrerer Bußgeld“schuldner“

§ 81a Abs. 5 GWB ordnet die gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Bußgeld“schuldner“ i.S.d. § 81a Abs. 1-3 GWB an.

(5) **Ausfallhaftung**

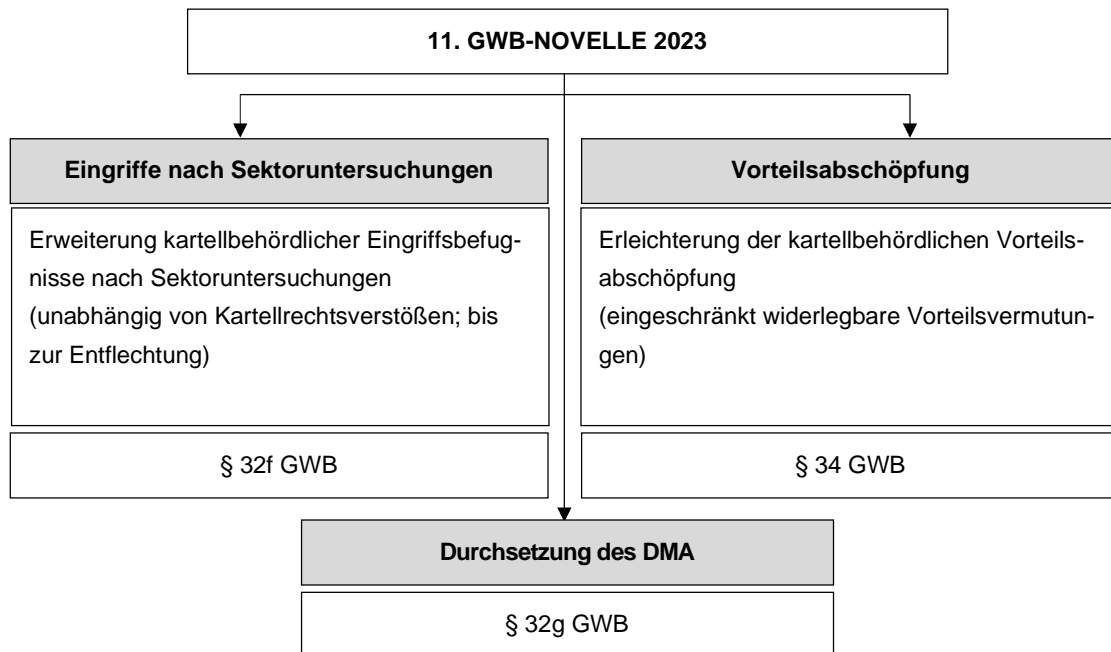
§ 81e GWB statuiert für einen Übergangszeitraum eine "Ausfallhaftung" von Muttergesellschaften und Rechtsnachfolgern.

3. Verjährung

Verfahrensverstöße verjähren in drei Jahren, materiellrechtliche Zuwiderhandlungen in fünf Jahren ab Beendigung der Zuwiderhandlung (**Verfolgungsverjährung**, Art. 25 VO 1/2003, § 81g GWB). Die Befugnis der Kartellbehörden zur Vollstreckung von Entscheidungen, die auf der Grundlage der Art. 23 oder 24 VO 1/2003 bzw. § 81 GWB ergangen sind, verjährt in fünf Jahren beginnend mit der Bestandskraft der Entscheidung (**Vollstreckungsverjährung**, Art. 26 VO 1/2003, § 34 OWiG).

§ 6 Neuregelungen der 11. GWB-Novelle 2023

Die 11. GWB-Novelle 2023 kann zu einem Paradigmenwechsel im deutschen Kartellrecht führen. Die Novelle firmierte als "Gesetz zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen". Sie wird auch "Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz" genannt. In der Sprache der Politik soll sie das deutsche Kartellrecht "mit Zähnen und Klauen" versehen.⁹⁹



I. Erweiterte kartellbehördliche Eingriffsbefugnisse nach § 32f GWB

§ 32f GWB erweitert die kartellbehördlichen Eingriffsbefugnisse nach Sektoruntersuchungen. Derartige Sektoruntersuchungen endeten bislang mit einem Abschlussbericht. Konkrete Abhilfemaßnahmen gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die im Rahmen der Sektoruntersuchung festgestellt wurden, konnten erst in einem sich anschließenden Kartellverfahren und nur dann getroffen werden, wenn der Nachweis eines kartellrechtlichen Verhaltens (Kartellverstoß, Missbrauch von Marktmacht) gelang. Zukünftig kann die Kartellbehörde unabhängig von einem Kartellrechtsverstoß angemessene Abhilfemaßnahmen zur Wiederbelebung eines nachhaltig gestörten Wettbewerbs ergreifen können.

Wettbewerbsdurchsetzung bei Wettbewerbsstörungen	
1. Sektoruntersuchung <ul style="list-style-type: none"> • Untersuchung von Wirtschaftszweigen (z.B. Lebensmitteleinzelhandel) oder Arten von Vereinbarungen • bei tatsächengestützter Vermutung einer Beschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im Inland 	§ 32e GWB

⁹⁹ So Wirtschaftsminister Habeck im Deutschlandfunk.

<p>2. Erweiterung fusionskontrollrechtlicher Anmeldepflichten</p> <ul style="list-style-type: none"> • bei objektiv nachvollziehbaren Anhaltspunkten für erhebliche inländische Wettbewerbsbehinderung im Falle weiterer Unternehmenszusammenschlüsse (§ 37 GWB) • durch kartellbehördliche Verfügung; gerichtet gegen bestimmte Unternehmen • Verpflichtung zur Anmeldung aller Zusammenschlussvorhaben (auch unterhalb der regulären Aufgreifschwelle des § 35 GWB), wenn <ul style="list-style-type: none"> - Inlandsumsätze des Erwerbers > 50 Mio. EUR und - Umsätze des Zielunternehmens > 1 Mio. EUR 	§ 32f Abs. 2 GWB
<p>3. Erweiterung kartellbehördlicher Eingriffsbefugnisse (unabhängig von kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Vorliegen einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs • Katalog von Regelbeispielen des § 32f Abs. 5 S. 1 GWB: <ul style="list-style-type: none"> - unilaterale Angebots- oder Nachfragemacht - Beschränkungen des Marktzutritts, des Marktaustritts oder der Kapazitäten von Unternehmen oder des Wechsels zu einem anderen Anbieter/Nachfrager - gleichförmiges koordiniertes Verhalten (<i>tacit collusion</i>) - Abschottung von Einsatzfaktoren oder Kunden durch vertikale Beziehungen • Kriterienkatalog des § 32f Abs. 5 S. 2 GWB, u.a.: <ul style="list-style-type: none"> - Anzahl, Größe, Finanzkraft, Umsätze, Verflechtungen der markt beteiligten Unternehmen - Marktzu-/austrittsschranken, Kapazitätsgrenzen - Marktergebnisse und -verhaltensweisen, die auf Marktmacht schließen lassen • auf mindestens einem bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend • Beispielkatalog angemessener Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art, u.a. <ul style="list-style-type: none"> - Gewährung des Zugangs zu Daten, Schnittstellen, Netzen - Belieferungspflichten - Vorgaben zu bestimmten Vertragsformen und -gestaltungen 	§ 32f Abs. 3 GWB

<ul style="list-style-type: none"> - Verbot der einseitigen Offenlegung von Informationen - organisatorische Trennung von Unternehmensbereichen 	
<p>4. Befugnis zur eigentumsrechtlichen Entflechtung</p> <ul style="list-style-type: none"> • nur gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen (§ 18 GWB) oder Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb (§ 19a GWB) • <u>nachrangig</u> gegenüber sonstigen Abhilfemaßnahmen nach § 32f Abs. 3 GWB 	§ 32f Abs. 4 GWB

II. Erleichterte Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB

§ 34 GWB ermöglicht die Abschöpfung durch kartellrechtswidriges Verhalten erlangter Vorteile. Hat ein Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig gegen Art. 101, 102 AEUV oder gegen die Verbotsnormen des GWB verstoßen und hierdurch einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt, kann die Kartellbehörde die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils anordnen und dem Unternehmen die Zahlung eines entsprechenden Geldbetrags auferlegen. In der Praxis spielte die separate Vorteilsabschöpfung bislang nur eine untergeordnete Rolle. Im Vordergrund stand die Vorteilsabschöpfung durch Geldbußen und Schadensersatzleistungen.

Mit der 11. GWB-Novelle 2023 sollen die kartellbehördliche Vorteilsabschöpfung erleichtert und ihre praktische Bedeutung gestärkt werden:

Erleichterung der kartellbehördlichen Vorteilsabschöpfung	
1. Vermutung der Entstehung eines durch den Kartellrechtsverstoß verursachten Vorteils	§ 34 Abs. 4 S. 1 GWB
<p>2. Vermutung der Höhe des Vorteils von 1 % des vom Kartellrechtsverstoß betroffenen Inlandsumsatzes</p> <ul style="list-style-type: none"> • Schätzbefugnis analog § 287 ZPO • stark eingeschränkte Widerlegbarkeit der Vermutung: Nachweis, dass gesamte wirtschaftliche Einheit (= Konzern) mit Gewinn < vermuteter Vorteil • Kappungsgrenze bei 10 % des Gesamtumsatzes der wirtschaftlichen Einheit 	§ 32f Abs. 4 S. 2-7 GWB

III. Mitgliedstaatliche Durchsetzung des Digital Markets Act

Die 11. GWB-Novelle stellt darüber hinaus die effektive (mitgliedstaatliche) Durchsetzung des 2022 in Kraft getretenen Digital Markets Act (DMA, VO Nr. 2022/1925) im deutschen Rechtsraum sicher. Hierzu werden dem Bundeskartellamt diejenigen Ermittlungsbefugnisse eingeräumt, die nach dem DMA nationalen Kartellbehörden eingeräumt werden können (*public enforcement*). Zusätzlich wird eine private Rechtsdurchsetzung ermöglicht, indem bestimmte kartellschadensersatzrechtliche Vorschriften entsprechende Anwendung finden (*private enforcement*).

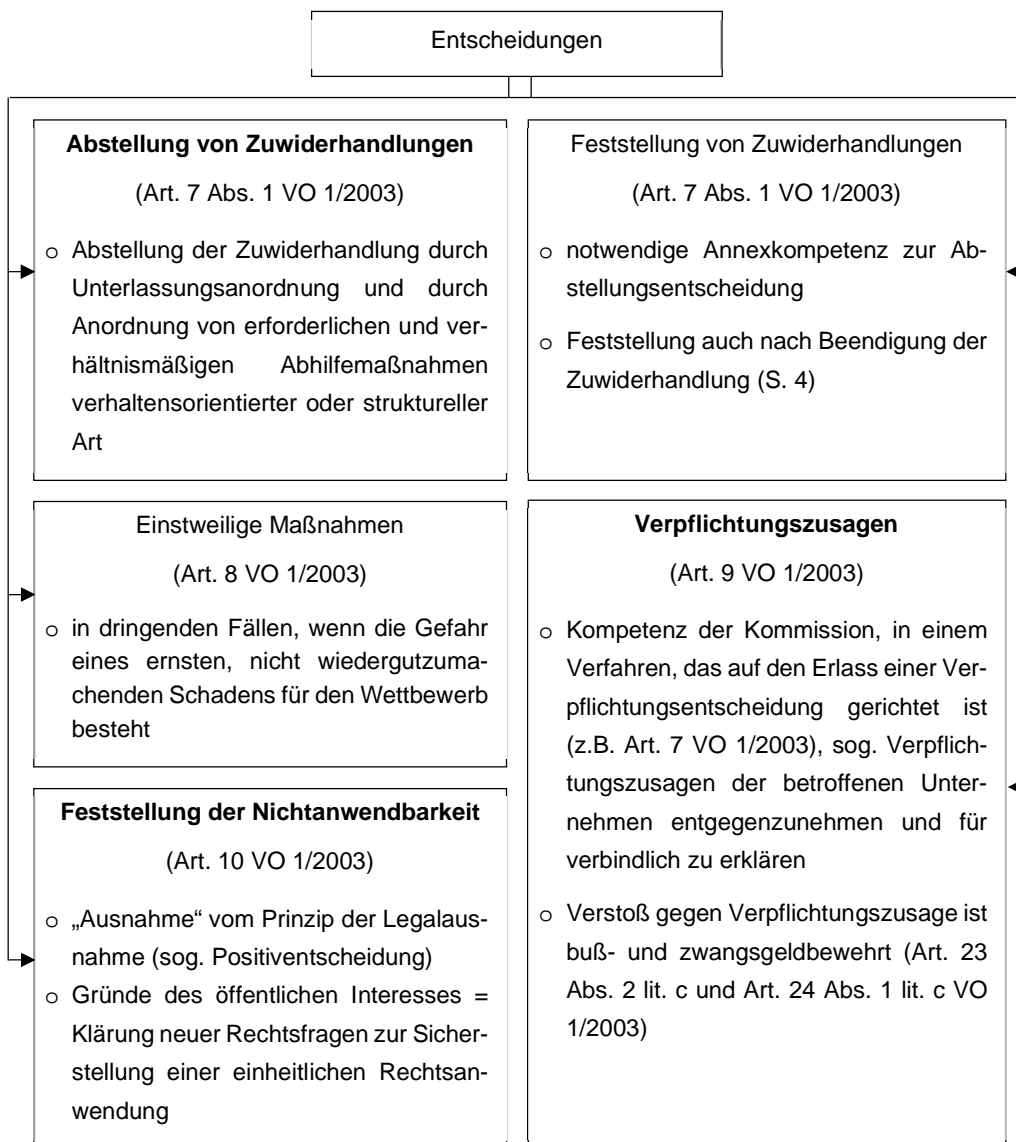
§ 7 Das Verfahren in Kartellsachen

I. Grundzüge des europäischen Kartellverfahrens

Die Verordnung Nr. 1/2003 überträgt der Europäischen Kommission als EU-Wettbewerbsbehörde umfassende Befugnisse zur Anwendung und Durchsetzung der Artikel 101 und 102 AEUV. Alle Verfahren, die von der Kommission auf Grundlage der VO 1/2003 betrieben werden, sind formal Verwaltungsverfahren, selbst wenn sie mit dem Erlass einer Bußgeldentscheidung enden. Die EU-Kommission hat keine strafrechtliche Kompetenz, Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003.

1. Entscheidungen der EU-Kommission

Die Kommission kann zur Anwendung und Durchsetzung der Art. 101 und 102 AEUV auf der Rechtsgrundlage der Art. 7-10 VO 1/2003 verschiedene Entscheidungen erlassen.





Die Verbotswirkung der Art. 101 und 102 AEUV – als unmittelbar wirkendem Recht – ist von einer Entscheidung der EU-Kommission unabhängig, Art. 1 Abs. 1 und 3 VO 1/2003.¹⁰⁰

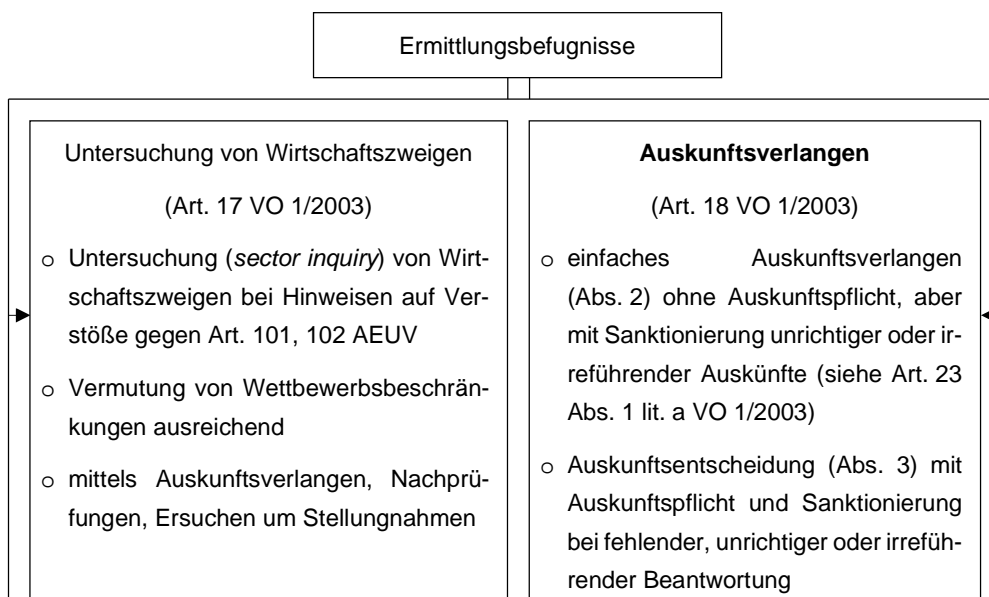
Im Rahmen von Art. 7 VO 1/2003 besteht ein Beschwerderecht Dritter. Beschwerdebefugt sind gem. Art. 7 Abs. 2 VO 1/2003 auch natürliche und juristische Personen, wenn sie ein berechtigtes Interesse darlegen können.¹⁰¹ Sie haben jedoch keinen Anspruch auf eine Sachentscheidung der EU-Kommission. Wird ihre Beschwerde aber abgelehnt, können sie die ablehnende Entscheidung nach Art. 263 Abs. 4 AEUV vor dem EuG anfechten.

2. Ermittlungsbefugnisse der EU-Kommission

Zur Aufklärung von Verstößen gegen die Art. 101 und 102 AEUV stehen der EU-Kommission weitreichende Ermittlungsbefugnisse zu. Sie sind in den Art. 17-22 VO 1/2003 geregelt und ermächtigen die EU-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 darauf ab, die Position der EU-Kommission im Ermittlungsverfahren zu stärken. Hierzu wurden ihr v.a. zwei neue Befugnisse eingeräumt:

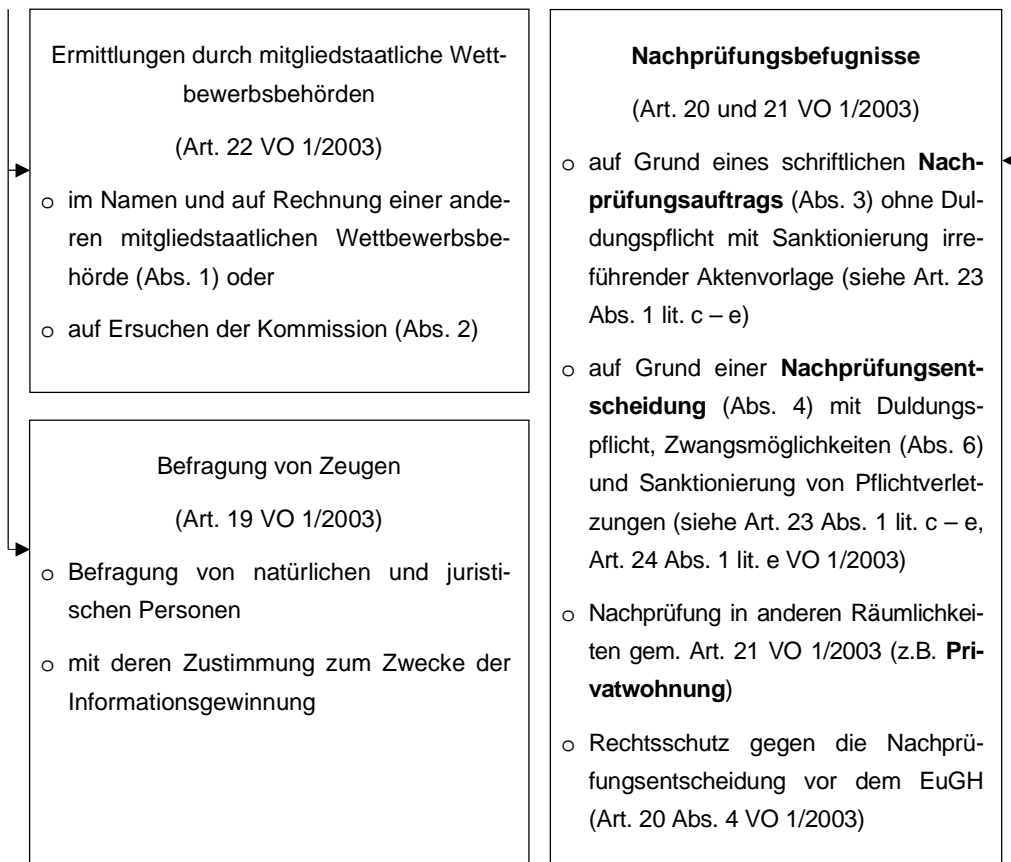
- (1) Befugnis zur Zeugenvernehmung, Art. 19 VO 1/2003
- (2) Befugnis zur Nachprüfung in Privatwohnungen, Art. 21 VO 1/2003¹⁰²



¹⁰⁰ Die Anordnung der unmittelbaren Geltung von Art. 101 und 102 AEUV in Art. 1 Abs. 1, 3 VO 1/2003 ist rein deklaratorischer Natur, denn das EU-Kartellverbot und die EU-Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen wirken bereits kraft europäischen Primärrechts unmittelbar – das gilt auch zwischen Privaten.

¹⁰¹ Das "berechtigte Interesse" im Sinne von Art. 7 Abs. 2 VO 1/2003 weist geringere Anforderungen als die für die Klageberechtigung nach Art. 263 Abs. 4 AEUV erforderliche unmittelbare und individuelle Betroffenheit auf. Es liegt regelmäßig bei Wettbewerbern, Abnehmern und Zulieferern vor.

¹⁰² Mit dieser neuen Befugnis reagierte der Unionsgesetzgeber auf die Tatsache, dass in der Vergangenheit Beweismaterial wiederholt in den Privatwohnungen der kartellbeteiligten Unternehmensmitarbeiter aufbewahrt wurde.



3. Verfahrensrechte der betroffenen Unternehmen

Für alle Verfahren gelten die allgemeinen Verfahrensgrundsätze des Unionsrechts, insbesondere die teilweise grundrechtlich abgesicherten Verteidigungsrechte desjenigen, der von belastenden Maßnahmen der Kommission betroffen ist.¹⁰³



In Kartellverfahren wird zudem das sog. *legal (professional) privilege* anerkannt. Es schützt das Rechtsanwalts-Mandanten-Verhältnis, indem es Schriftstücke dem Zugriff der Kommission entzieht, die mit einem Verfahren

¹⁰³ Insofern haben die Besonderheiten der 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.

im Zusammenhang stehen und von einem unternehmensexternen, unabhängigen Rechtsanwalt verfasst wurden.¹⁰⁴

4. Rechtsschutz

Gegen Maßnahmen und Entscheidungen der EU-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 EU-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. 263 Abs. 4 AEUV 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. 263 Abs. 4 AEUV angefochten werden können. Erinstanzlich ist die Klage an das EuG zu richten. Letztinstanzlich entscheidet der EuGH. Dabei ist – mangels Suspensiveffekts der Klage – gegebenenfalls ein Antrag auf Aussetzung der Vollziehung zu stellen.
- Gleiches gilt für den Rechtsschutz gegen Nachprüfungsmaßnahmen der EU-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. 263 Abs. 4 AEUV anfechtbar.
- Der Adressat einer Bußgeldentscheidung kann gegen diese binnen zwei Monaten mit der Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 Abs. 4 AEUV vorgehen. Erinstanzlich ist hierfür das EuG zuständig, das eine uneingeschränkte Nachprüfungsbefugnis besitzt und eine umfassende Rechts- und Zweckmäßigkeitprüfung vornimmt. Es kann die Geldbuße aufheben, herabsetzen oder erhöhen, Art. 31 VO 1/2003. Letztinstanzlich entscheidet der EuGH, der sich jedoch auf eine Rechtskontrolle beschränkt.

¹⁰⁴ Vgl. hierzu EuG, Urt. v. 17.09.2007 – *Akzo/Akcros*.

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).

1. Befugnisse der Kartellbehörden

Die in den §§ 32-32e, 34 GWB normierten 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. 101 und 102 AEUV) 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 einstweiligen Anordnung 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. Negativtest) ○ Anspruch auf Sachentscheidung durch das Bundeskartellamt i.d. Fällen v. § 32c Abs. 4 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

§ 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 die Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 56 Abs. 1 GWB), wahrt ihre Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse (§ 56 Abs. 4 GWB), kann ermitteln und Beweise 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).

Gegen Verfügungen der Kartellbehörde i.S.d. § 61 Abs. 1 S. 1 GWB ist gem. § 73 Abs. 1, Abs. 4 S. 1 GWB die Beschwerde zum zuständigen OLG statthaft. Die Beschwerde hat nur in den Fällen des § 66 Abs. 1 GWB aufschiebende Wirkung. Form und Frist der Beschwerde sind in § 74 GWB normiert. Das Beschwerdegericht entscheidet durch Beschluss (§ 76 GWB). Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist unter den Voraussetzungen der §§ 77, 79 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. 101 oder 102 AEUV (Abs. 1) und Zuwiderhandlungen gegen die §§ 1, 19 Abs. 2 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 – gegen natürliche Personen (§ 81 GWB, § 9 OWiG). Infolge einer Zurechnung kann unter den Voraussetzungen des § 30 OWiG (i.V.m. § 81a GWB) jedoch auch eine Geldbuße gegen das Unternehmen selbst festgesetzt werden. Sie steht – aufgrund der weitaus höheren Bußgeldbeträge – regelmäßig im Zentrum des Bußgeldverfahrens. § 130 Abs. 1 OWiG sanktioniert zudem Aufsichtspflichtverletzungen des Unternehmensinhabers.

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

§ 8 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.¹⁰⁵

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:

(1) Bußgeldrisiko

Bußgelder können im europäischen und deutschen Kartellrecht bis zu zehn Prozent des weltweiten (Konzern-)Gesamtumsatzes eines Unternehmens erreichen.

Daimler	2016	EUR 1.008 Mio.	LG Electronics	2012	EUR 687 Mio.
DAF	2016	EUR 752 Mio.	Volvo/Renault	2016	EUR 670 Mio.
Saint Gobain	2008	EUR 715 Mio.	Iveco	2016	EUR 494 Mio.
Philips	2012	EUR 705 Mio.	Deutsche Bank	2013	EUR 465 Mio.

Bußgelder sind 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 Abs. 1 OWiG).

(2) Schadensersatzrisiko

Der Umfang von Schadensersatzansprüchen kann das Bußgeldrisiko noch deutlich übertreffen. Schadensersatzansprüche nehmen in Europa weiterhin an Bedeutung zu.

(3) 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.

¹⁰⁵ Vgl. auch *Lampert*, BB 2002, 2237; *Dreher*, ZWeR 2004, 75; *Pampel*, BB 2007, 1636.

(4) **"Black Listing"**

Kartellverstöße stellen die vergaberechtliche Zuverlässigkeit eines Unternehmens in Frage. Ausschlüsse vom Vergabeverfahren können die Folge sein, § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB. Eine "schwarze Liste" betroffener Unternehmen findet sich im Wettbewerbsregister (vgl. das WRegG). Selbstreinigungsmaßnahmen nach § 125 GWB können erforderlich werden.

(5) **Unwirksamkeitsfolge**

Verträge, die gegen das Kartellrecht verstoßen, sind unwirksam und können gerichtlich nicht durchgesetzt werden. Aufwendige Neuverhandlungen sind erforderlich.

(6) **Reputationsverlust**

Kartellverstöße können die Glaubwürdigkeit eines Unternehmens ernsthaft und nachhaltig in Frage stellen.

(7) **Verfahrenskosten**

Kartellrechtliche Bußgeld- und Schadensersatzverfahren können Jahre andauern. Sie binden erhebliche personelle und finanzielle Ressourcen.

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 Unternehmensleitung (im Namen des Unternehmens) zu kartellrechtskonformem Verhalten.

2. Kartellrechtliche Standortbestimmung

Dem Beschluss zur Implementierung eines kartellrechtlichen Compliance-Programms sollte stets 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. Dem kann ein Risk Assessment vorausgehen, das aufgrund ökonomischer Daten eine Risikoexposition der Unternehmensbereiche bestimmt. Alle Maßnahmen der Risikoanalyse 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):

(1) **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). Es ist zwischen Präsenz-Schulungen und E-Learnings zu unterscheiden.

(2) **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.

(3) **Compliance Officer**

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

(4) **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.

§ 9 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.

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 Unternehmen scheidet durch den Zusammenschluss regelmäßig aus dem Markt aus. Der Wettbewerbsdruck 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 einer Anmeldepflicht und 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 Binnenmarkt 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. Aufgreifattbestand)
 - 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)

3. **Gemeinschaftsweite Bedeutung** des Zusammenschlusses gem. Art. 1 FKVO (sog. Aufgreifschwellen)

- 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 Konzerninnerumsatzes, 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 ggf. zeitlich relevanten Markts¹⁰⁶
- Behinderung wirksamen Wettbewerbs (sog. SIEC-Test)
 - Einzelmarktbeherrschung
 - Oligopolmarktbeherrschung
 - unilaterale Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle
- 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. 101, 102 AEUV**

Nach der Rechtsprechung des EuGH in Sachen *BAT & Reynolds* und *Continental Can* sind die Art. 101, 102 AEUV 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. 101, 102 AEUV auf Unternehmenszusammenschlüsse wirksam anzuordnen.

In seiner *BAT-&Reynolds*-Entscheidung hat der Gerichtshof **Art. 101 AEUV** 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.¹⁰⁷ In vergleichbarer Weise entschied der EuGH in seinem *Continental-Can*-Urteil, in dem er den Erwerb einer Unternehmensbeteiligung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen im konkreten Fall als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. **Art. 102 AEUV** in Form des Marktstrukturmissbrauchs ansah.¹⁰⁸

In der Praxis sind Zusammenschlussvorhaben in den vergangenen Jahrzehnten dennoch ausschließlich am Maßstab der *ex ante*-Fusionskontrolle gemessen worden. Art. 21 Abs. 1 FKVO wurde als abschließende Regelung interpretiert, die einer Doppelkontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen entgegensteht. Eine jüngere Entscheidung des EuGH¹⁰⁹ bestätigte indes, dass Zusammenschlüsse auch *ex post*, d.h. auch nach ihrem Vollzug, einer Missbrauchsaufsicht nach Art. 102 AEUV zugänglich sind (sog. Marktstrukturmissbrauch), falls diese Zusammenschlüsse mangels Überschreitens der Umsatzschwellen fusionskontrollrechtlich nicht anmeldepflichtig waren. Im Zentrum einer solchen *ex post*-Missbrauchsaufsicht stehen sog. *killer*

¹⁰⁶ Siehe zur Abgrenzung des relevanten Markts oben, S. 17.

¹⁰⁷ EuGH, Ur. v. 17.11.1987, Slg. 1987, 4487 ff., Tz. 37 f. – *BAT & Reynolds*.

¹⁰⁸ EuGH, Ur. v. 21.02.1973, Slg. 1973, 215 ff., Rn. 25 f. – *Continental Can*. Die Reichweite einer Zusammenschlusskontrolle durch Art. 102 AEUV ist jedoch begrenzt, da die Verbotsnorm das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung voraussetzt.

¹⁰⁹ EuGH, Ur. v. 16.3.2023, Rs. C-449/21 – *Towercast*.

akquisitions, d.h. die Übernahme von jungen (zumeist innovationsfreudigen) Unternehmen durch etablierte (zumeist) Marktführer mit dem Ziel, diese Unternehmen als potenzielle spätere Wettbewerber auszuschalten und so die eigene marktführende Stellung zu festigen.

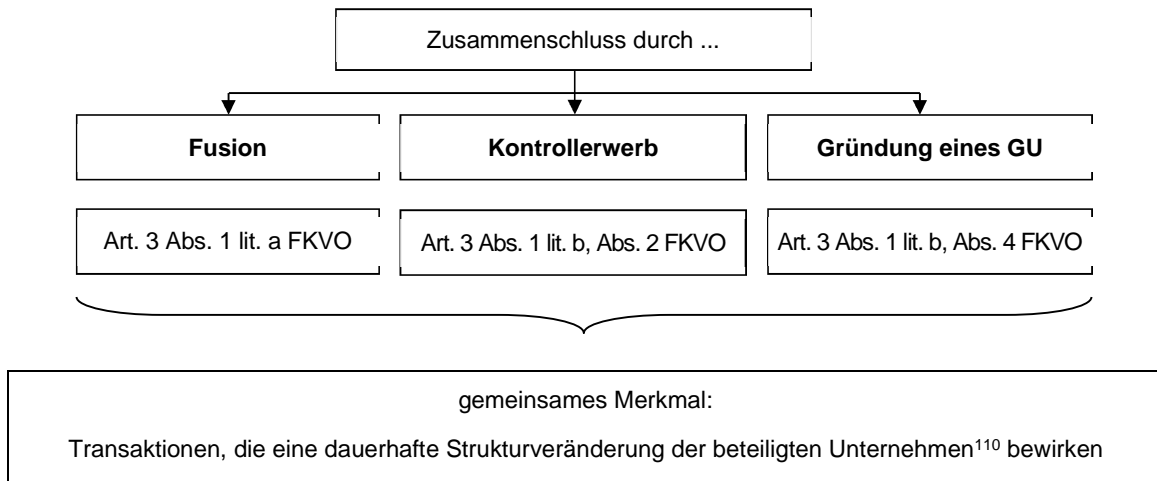
b) Verhältnis der FKVO zu den mitgliedstaatlichen Wettbewerbsregeln

Im Anwendungsbereich der europäischen Zusammenschlusskontrolle, d. h. bei gemeinschaftsweiter Bedeutung des Zusammenschlussvorhabens, gilt grundsätzlich ausschließlich die FKVO bei einer ausschließlichen Zuständigkeit der EU-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.

2. Zusammenschlussbegriff (Art. 3 FKVO)

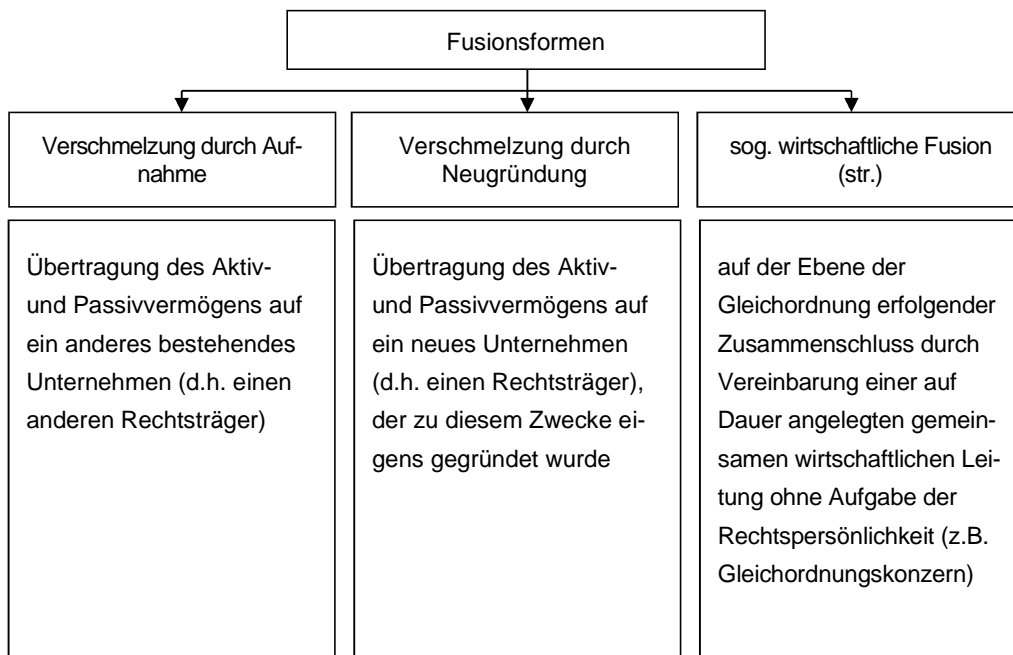
Die europäische Zusammenschlusskontrolle ist gemäß Art. 3 FKVO nur dann anwendbar, wenn es sich um einen Zusammenschluss von Unternehmen handelt, der zu einer dauerhaften Veränderung der Kontrolle zwischen den beteiligten Unternehmen führt. Art. 3 FKVO differenziert dabei zwischen zwei Erscheinungsformen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



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.

¹¹⁰ Der Begriff des Unternehmens wird in der FKVO nicht definiert, sondern auf der Grundlage einer gefestigten Kommissions- und Rechtsprechungspraxis vorausgesetzt. Er ist identisch mit dem Unternehmensbegriff der Artt. 101, 102 AEUV.



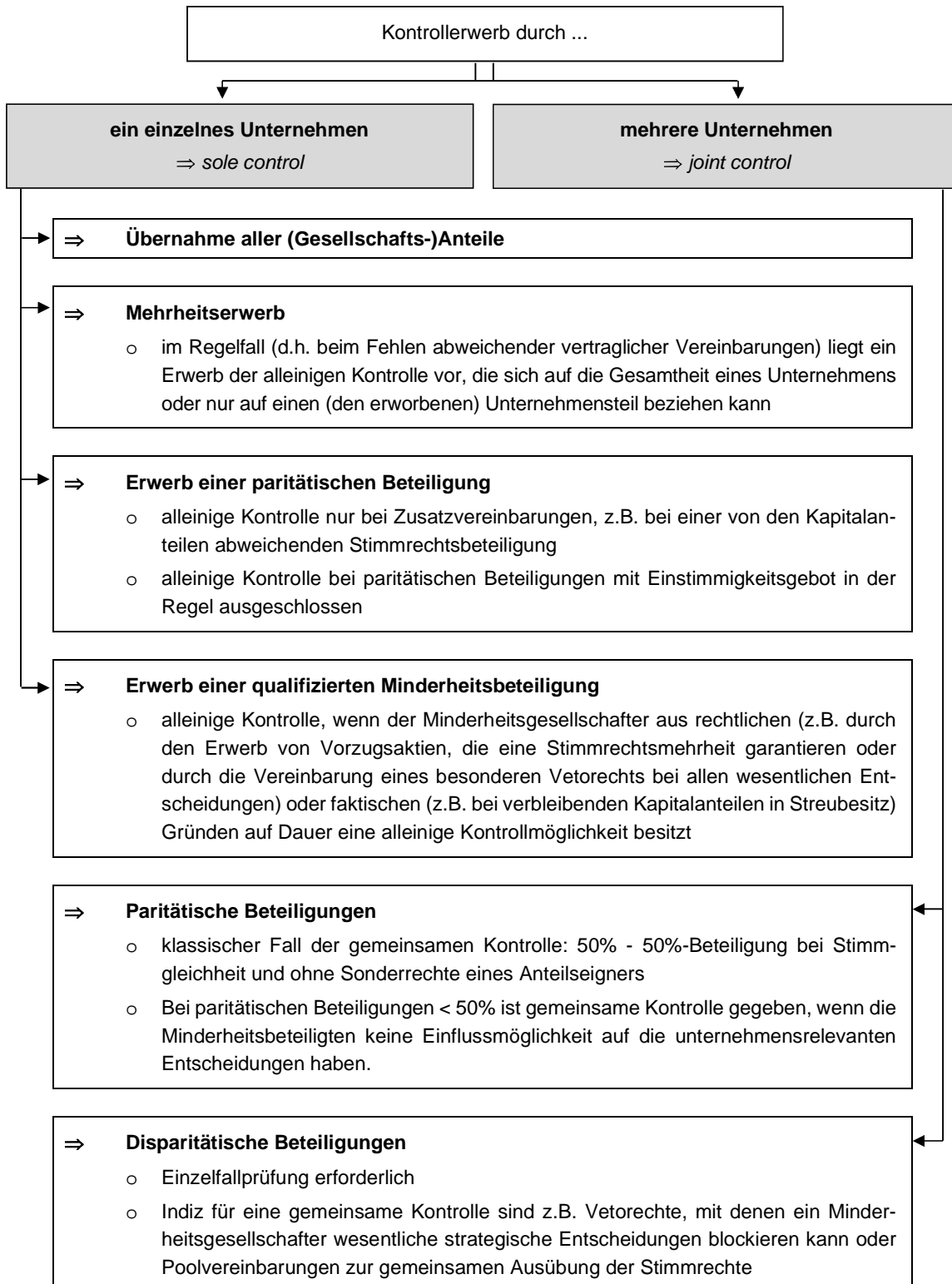
b) Kontrollerwerb (Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO)

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



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.¹¹¹

(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



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.

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)¹¹², 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).

¹¹¹ Siehe hierzu die Konsolidierte Mitteilung der Kommission über Zuständigkeitsfragen, ABl. EG 2009 Nr. C 43/10, Rn. 28 ff.

¹¹² 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.

Erfüllt ein Gemeinschaftsunternehmen nicht alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit, so handelt es sich bei ihm um ein sog. Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen, welches nicht anhand der FKVO, sondern nach den Wettbewerbsregeln der Art. 101, 102 AEUV (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. Bankenklausele)
- Kontrollerwerb zwecks Liquidation (lit. b, sog. Insolvenzklausele)
- Kontrollerwerb durch Beteiligungsgesellschaften (lit. c, sog. Luxemburgische Klausele)

3. Gemeinschaftswide 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 gemeinschaftswide Bedeutung gem. Art. 1 FKVO hat (sog. Umsatzschwellenmodell).

a) Gemeinschaftswide 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 gemeinschaftswiten Gesamtumsatz von jeweils mehr als € 250 Mio. <u>und</u>
(3) Zweidrittelklausel: keine gemeinschaftswide Bedeutung, wenn alle Beteiligten jeweils mehr als zwei Drittel des EU-Umsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen

b) Gemeinschaftswide Bedeutung aufgrund von 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 gemeinschaftswiten Gesamtumsatz von jeweils mehr als € 100 Mio. <u>und</u>
(5) Zweidrittelklausel: keine gemeinschaftswide Bedeutung, wenn alle Beteiligten jeweils mehr als zwei Drittel des EU-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.¹¹³ Dabei ist zu unterscheiden:

- Der oder die Erwerber und das erworbene Unternehmen / der erworbene Unternehmensteil¹¹⁴ 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.

¹¹³ Bei der Umsatzberechnung sind die materiell beteiligten Unternehmen zu ermitteln. Hiervon müssen die formell beteiligten Unternehmen unterschieden werden, die am Zusammenschlussvorhaben verfahrensmäßig beteiligt sind.

¹¹⁴ 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.¹¹⁵
- 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 Zusammenschluss (Art. 5 Abs. 1 S. 1 FKVO)¹¹⁶
- 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 EU-Zusammenschlusskontrolle durch eine „Salamitaktik“, indem er zwei oder mehr Erwerbsvorgänge, die innerhalb von zwei Jahren zwischen den gleichen Parteien stattfinden, als 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.¹¹⁷

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ 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.

¹¹⁷ Siehe zur Abgrenzung des relevanten Markts oben, S. 17.

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

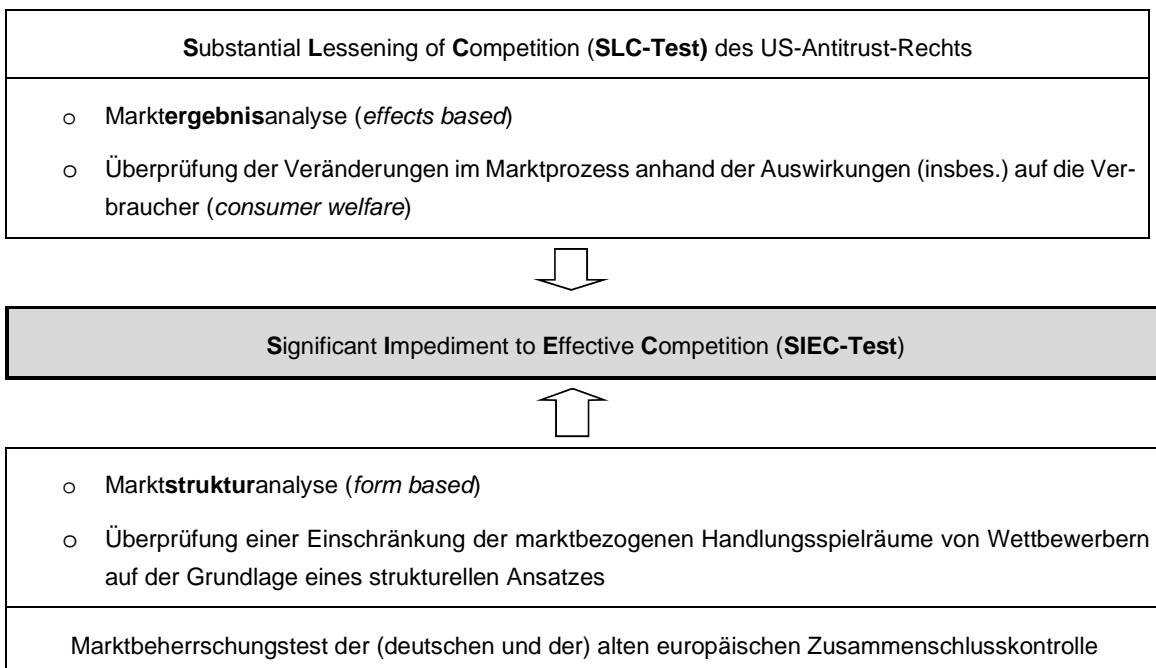
Beurteilungsmaßstab für die Untersagung oder Freigabe eines Zusammenschlusses ist Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO. Geplante Zusammenschlüsse sind mit dem Gemeinsamen Markt für unvereinbar zu erklären, wenn durch sie der **Wettbewerb** im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben **erheblich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



Mit der im Mai 2004 in Kraft getretenen neuen FKVO Nr. 139/2004 wurde der ursprüngliche Marktbeherrschungstest durch den sog. SIEC-Test (*significant impediment to effective competition*) ersetzt. Die Begründung/Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bildet nur noch ein – allerdings wesentliches – Anwendungsbeispiel der erheblichen Behinderung des Wettbewerbs.¹¹⁸

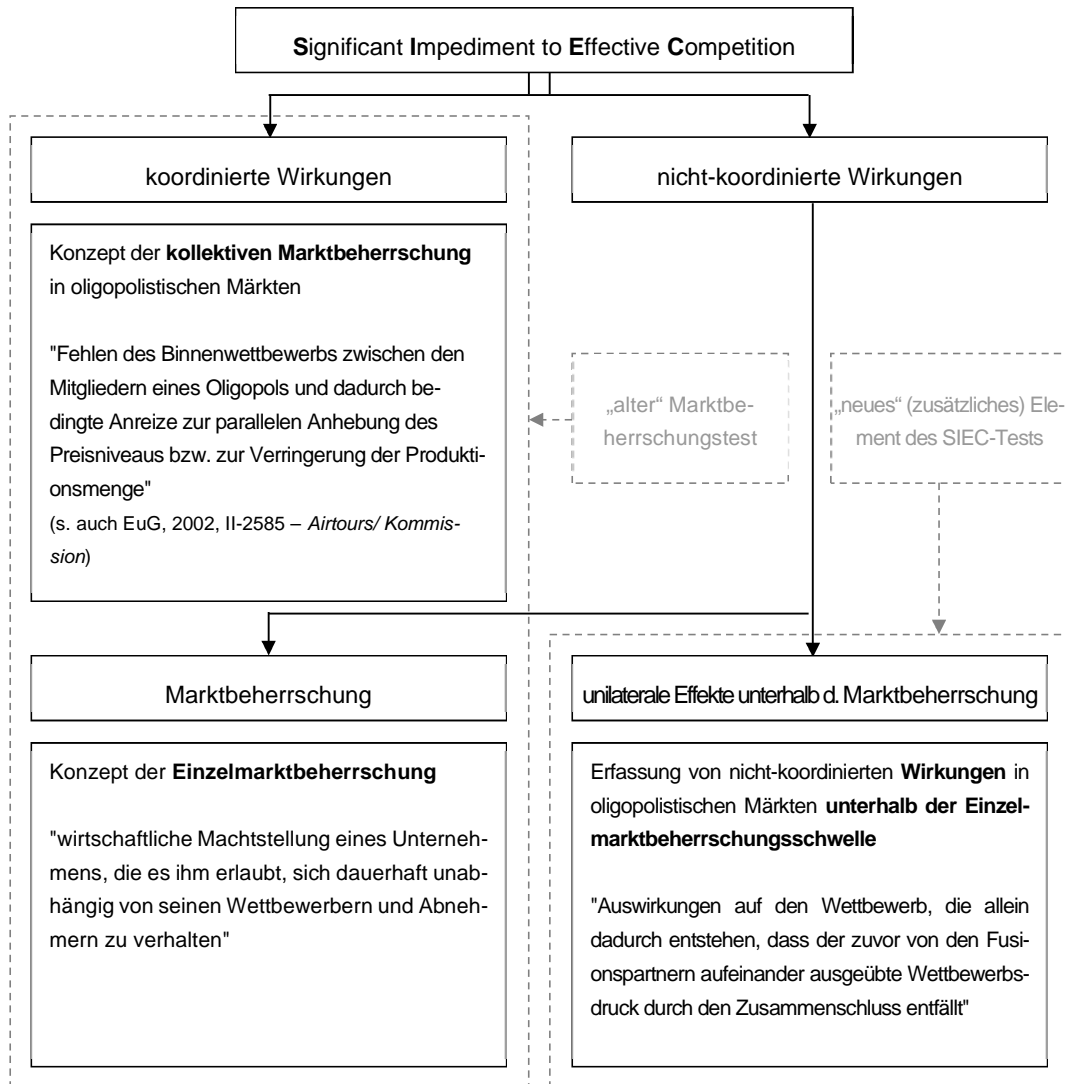
a) Der SIEC-Test als (politischer) Kompromiss zwischen Marktbeherrschungs- und SLC-Test

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.



¹¹⁸ 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

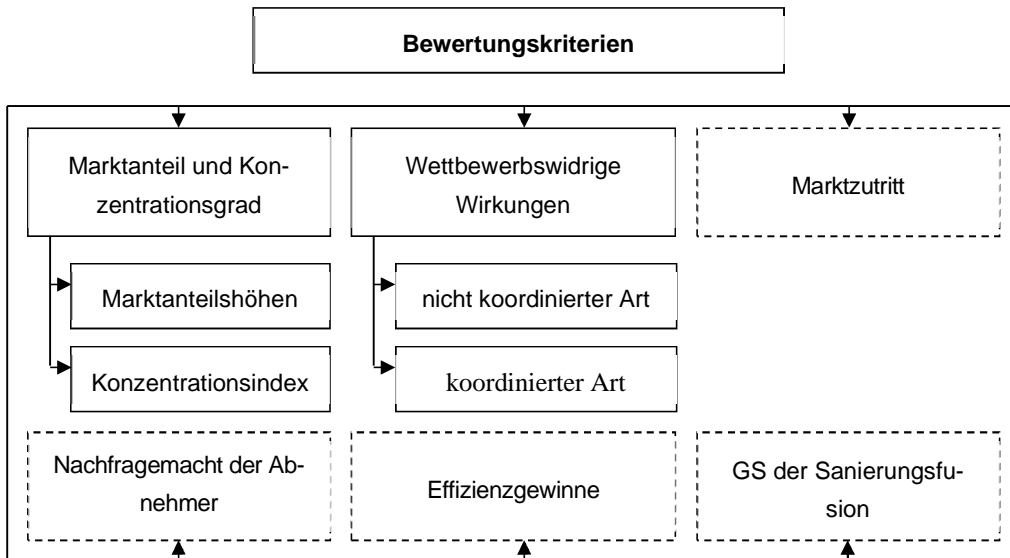
**Leitsätze zum SIEC-Test:**

(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)



Die Ermittlung und Bewertung der Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen steht am Anfang einer jeden materiellen 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 d. Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt, wenn nicht
 - ein potenzieller Wettbewerber oder ein Einzelgänger mit „Störpotential“ oder ein Unternehmen mit hohem Innovationspotential am Zusammenschluss beteiligt ist
 - erhebliche Überkreuzbeteiligungen oder andere Anzeichen für eine Verhaltenskoordination 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.¹¹⁹

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 Absatzverringern 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

¹¹⁹ 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.

- ⇒ Fähigkeit der fusionierenden Unternehmen, Wettbewerber am Wachstum zu hindern
- z.B. durch Kontrolle über den Bezug von Einsatzmitteln oder die Vertriebsmöglichkeiten
 - z.B. durch Kontrolle über Patente oder andere Formen des geistigen Eigentums

b) Koordinierte Effekte

Koordinierte Effekte treten zumeist in (engen) Oligopolen auf. Innerhalb hoch konzentrierter Märkte kann ein Zusammenschluss durch die bloße Verringerung der Anzahl der Marktteilnehmer dazu führen, dass Wettbewerber ihr Verhalten selbstständig, d.h. ohne eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise i.S.d. Art. 101 AEUV, aufeinander ausrichten (sog. *tacit or implicit collusion*) und damit ein gleichförmiges Verhalten im Oligopol herbeiführen (sog. bewusstes – wettbewerbsloses – Parallelverhalten).

Koordinierte Effekte werden vom Konzept der kollektiven (oder Oligopol-)Markbeherrschung erfasst, das nach der grundlegenden *Airtours*-Entscheidung des EuG¹²⁰ die folgenden (kumulativen) Voraussetzungen hat:

- ⇒ Anreiz für koordiniertes Verhalten
- These: Eine Übereinstimmung über Koordinierungsmodalitäten wird wahrscheinlicher, je weniger komplex und je stabiler das wirtschaftliche Umfeld im relevanten Markt ist.*
- 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
- 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.*
- z.B. bei veröffentlichten Preisen (im Gegensatz zu individuell ausgehandelten Preisen)
-
- ⇒ wirksame Sanktions-/Abschreckungsmechanismen
- im Falle eines entdeckten Abweichens muss(t)en wirksame Abschreckungsmechanismen mit hinreichender Sicherheit greifen
 - Abschreckungspotential muss Gewinnvorsprung des Abweichlers verhindern
-
- ⇒ kollektive wettbewerbliche Unabhängigkeit

¹²⁰ EuG, Urt. v. 06.06.2002, Slg. 2002, II-2585 (insbes. Rn. 56 ff.) – *Airtours/Kommission*.

- 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

(3) Marktzutrittsschranken und potenzieller Wettbewerb

Marktzutrittsschranken 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) Marktzutrittsschranken.¹²¹

Potenzieller Wettbewerb – durch den Marktzutritt neuer Wettbewerber, Kapazitätserhöhungen etablierter Wettbewerber, Importe etc. – kann den Wettbewerbsdruck auf die Zusammenschlussparteien erhöhen.¹²² 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 Marktzutrittsschranken, 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 Umfange nach hinreichend sein.



Auch der Zusammenschluss mit einem potenziellen Wettbewerber wird als horizontaler Zusammenschluss von der FKVO erfasst, wenn vom potenziellen Wettbewerber bereits spürbare, den Verhaltensspielraum begrenzende Wirkungen ausgehen oder Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass er sich zu einer wirklichen Wettbewerbskraft entwickeln wird.¹²³

¹²¹ 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.

¹²² Im Extremfall kann der Wettbewerbsdruck, der durch potenziellen 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*, KOME v. 18.03.1998, IV/M.1113, Rn. 25.

¹²³ 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.

(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 fördern¹²⁴

(5) Effizienzgewinne (*efficiency defense*)

Zusammenschlussbedingte Restrukturierungen von Unternehmen können zu Effizienzgewinnen führen, die die potenziell 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.

¹²⁴ 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.

(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 werden¹²⁵

Der Grund für die Genehmigungsfähigkeit der Sanierungsfusion findet sich nach Auffassung der Kommission und des EuGH in der fehlenden Kausalität des Zusammenschlusses für die wettbewerbswidrigen Wirkungen.¹²⁶

¹²⁵ 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, ABI. EG 2002 Nr. L 132, Rn. 136 ff.) weiterentwickelt.

¹²⁶ 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 Zusammenschlussvorhabens. Instrukтив hierzu die KOME v. 20.5.1998, 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).¹²⁷

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.¹²⁸

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. Materieellrechtliche 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,¹²⁹ müssen gem.

¹²⁷ Bloße Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen oder Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen, die nicht die Schwellenwerte des Art. 1 Abs. 2, 3 FKVO erfüllen, werden demnach ausschließlich am Maßstab der Artt. 101 und 102 AEUV (und damit im Rahmen der VO 1/2003) geprüft. Wenn ihre Aufgreifkriterien erfüllt sind, kann auch die mitgliedstaatliche Zusammenschlusskontrolle einschlägig sein.

¹²⁸ Das Gemeinschaftsunternehmen selbst kann nicht beteiligtes Unternehmen sein, da es noch nicht besteht und darüber hinaus auch keinen Umsatz erzielt.

¹²⁹ 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

Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO zusätzlich auf einer zweiten Stufe die koordinativen Auswirkungen eines solchen Zusammenschlussvorhabens untersucht werden. Hierbei ist zu unterscheiden:

- 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. 101 Abs. 1 AEUV orientieren.¹³⁰

- Bezweckt oder bewirkt die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Muttergesellschaften (sog. kooperatives Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen),¹³¹ so ist in einem zweiten Schritt *die Koordinierung nach den Kriterien des Art. 101 AEUV zu beurteilen, um festzustellen, ob das Vorhaben mit dem Binnenmarkt vereinbar ist* (sog. Doppelkontrolle).

Bei der Prüfung von Art. 101 AEUV ist ein besonderes Augenmerk auf die Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV zu richten, da die Gründung eines jeden Gemeinschaftsunternehmens – unabhängig von ihren kooperativen Auswirkungen – auch einen konzentrativen Vorgang darstellt, durch den regelmäßig Effizienzvorteile erzielt werden.

sind, so muss das Zusammenschlussvorhaben zusätzlich auf unilaterale wettbewerbsbeschränkende Effekte unterhalb der Marktbereichsschwelle analysiert werden.

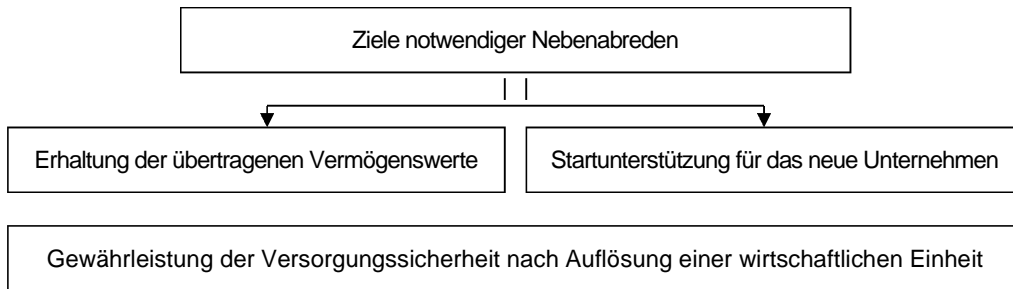
¹³⁰ Siehe zum Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung oben, S.30.

¹³¹ 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. 101 AEUV 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 miterfasst, wenn sie bei objektiver Betrachtung den Erwerber in die Lage versetzen sollen, die übernommenen Vermögenswerte im Wettbewerb selbstständig zu nutzen und wenn mit ihnen kein darüberhinausgehender 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 dementsprechend kritischer beurteilt.

Beschränkungen, die mangels Unmittelbarkeit, Notwendigkeit oder Erforderlichkeit keine Nebenabreden sind, unterliegen in vollem Umfang einer Überprüfung am Maßstab des Art. 101 AEUV.

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:**

1. Anwendbarkeit des deutschen Fusionskontrollrechts
 - Sperrwirkung der europäischen Zusammenschlusskontrolle
(Art. 1, 21 Abs. 3 S. 1 FKVO i.V.m. § 35 Abs. 3 GWB)
 - Sonderzuständigkeiten gem. Art. 4 Abs. 5, 9, 21 Abs. 4, 22 FKVO (Verweisungsfälle)
 - extritoriale Anwendbarkeit (Auswirkungsprinzip gem. § 185 Abs. 2 GWB)
2. Zusammenschluss im Sinne des § 37 GWB (sog. **Aufgreifattbestand**)
 - durch Vermögenserwerb (Abs. 1 Nr. 1)
 - durch Kontrollerwerb (Abs. 1 Nr. 2)
 - Erwerb von Eigentums- und Nutzungsrechten (lit. a)
 - Erwerb von (Mehrheits-)Beteiligungen (lit. b)
 - Kontrollerwerb durch Unternehmensverträge (lit. b)
 - Kontrollerwerb in sonstiger Weise (Generalklausel)
 - durch Anteilerwerb (Abs. 1 Nr. 3)
 - 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: keine wesentliche 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. **Aufgreifschwelle**)
 - Bestimmung der beteiligten Unternehmen i.S.d. § 35 GWB
 - verbundene Unternehmen als ein Unternehmen (§ 36 Abs. 2 GWB)
 - Umsatzschwelle des §§ 35 Abs. 1, 38 GWB
 - weltweiter Umsatzerlös aller beteiligten Unternehmen > € 500 Mio.
 - deutscher Umsatzerlös mind. eines beteiligten Unternehmens > € 50 Mio.
 - deutscher Umsatzerlös mind. eines weiteren beteiligten Unternehmens > € 17,5 Mio.

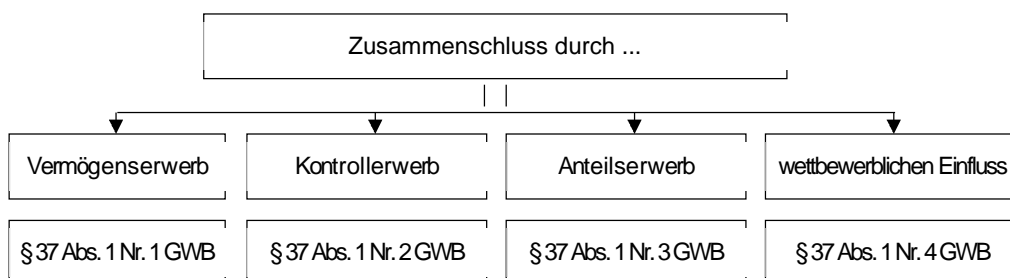
- Transaktionswertschwelle des §§ 35 Abs. 1a, 38 GWB
 - weltweiter Umsatzerlös aller beteiligten Unternehmen > € 500 Mio.
 - deutscher Umsatzerlös mind. eines beteiligten Unternehmens > € 50 Mio.
 - Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss > € 400 Mio.
 - erhebliche Inlandstätigkeiten des Zielunternehmens
4. Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens gem. § 36 GWB (sog. **Eingreifkriterien**)
- Untersagungsmaßstab: erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs (SIEC-Test)
 - Regelbeispiel: Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung
 - Rückgriff auf die Legaldefinitionen des § 18 Abs. 1, 5 GWB
 - (analoge) Anwendung der Vermutungstatbestände des § 18 Abs. 4, 6-7 GWB
 - Prüfung unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle
 - Kausalität des Zusammenschlusses für die Verschlechterung der Marktstruktur
 - Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf den behinderten oder dritten Märkten (§ 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB)
 - Bagatellmarktklausel (§ 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GWB)
 - Grundsätze der Sanierungs- und der Aufholfusion (vgl. § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GWB)
5. 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.

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.



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

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

- ⇒ (Erwerb von) Vermögen
- Vermögen ist die Gesamtheit aller geldwerten Güter und Rechte eines Unternehmens (Aktivvermögen).

- ⇒ Erwerbstatbestand
- Erwerb ist der rechtsgeschäftliche/gesetzliche Wechsel der Vermögensinhaberschaft.¹³²

- ⇒ (Erwerb des) ganzen Vermögens oder eines wesentlichen Teils
- Vermögensteile sind wesentlich, wenn sie
 - im Verhältnis zum Gesamtvermögen wesentlich, d.h. **quantitativ** ausreichend hoch sind (z.B. 80% des Gesamtvermögens) oder
 - eine betriebliche Teileinheit bilden, der im Hinblick auf die Marktstellung des Veräußerers **qualitativ** eine eigenständige Bedeutung zukommt (z.B. räumlich abgrenzbare Betriebsstätten)



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.¹³³ Kontrolle bedeutet die Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines (anderen) Unternehmens auszuüben. Der Kontrollerwerb umfasst die folgenden Fallgruppen:

- ⇒ Erwerb von Eigentums- oder Nutzungsrechten (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. a GWB)
- § 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. a GWB knüpft an den Erwerb von Eigentums- oder Nutzungsrechten (z.B. Betriebsüberlassungsverträge) am gesamten oder einem (wesentlichen, str.) Teil des Vermögens eines Unternehmens an. In weiten Teilen überschneidet sich dieser Zusammenschlusstatbestand mit dem Vermögenserwerb des § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB.

¹³² 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.

¹³³ 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.

⇒ Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. b GWB)

Der Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung führt jedenfalls dann zum Kontrollerwerb, wenn mit ihm auch eine Mehrheit der Stimmrechte verbunden ist. Ansonsten ist eine Einzelfallbeurteilung anhand „aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände“ erforderlich. Die aktienrechtlichen Regelungen des § 16 Abs. 2 bis 4 AktG sind zu berücksichtigen.

⇒ Kontrollerwerb durch Unternehmensverträge (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. b GWB)

Der Kontrollerwerb durch Unternehmensverträge erfasst z.B. Beherrschungsverträge (§ 291 Abs. 1 AktG) und teilweise auch Betriebsführungsverträge, soweit sie einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines anderen Unternehmens ermöglichen.¹³⁴

⇒ Kontrollerwerb in sonstiger Weise (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB)

Die Generalklausel des § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB dient als Auffangtatbestand.

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

Der Anteilserwerb gem. § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB bildet – da formal einfach feststellbar – den wichtigsten Zusammenschlusstatbestand in der Praxis des Bundeskartellamts. 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 Gemeinschaftsunternehmens) erfolgen, solange es sich hierbei nicht um eine 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.

¹³⁴ 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.

⇒ 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 dient v. a. dem Umgehungsschutz.

⇒ 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 Anteilswerb 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. der Erwerb einer Minderheitsbeteiligung und das spätere 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, falls eine 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. Bankenklause).)

3. Geltungsbereich der deutschen Zusammenschlusskontrolle (§ 35 GWB)

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

a) Umsatzbezogene Aufgreifschwelle

- ⇒ Umsatzbezogene Aufgreifschwelle (§§ 35 Abs. 1, 38 GWB)
- weltweiter Umsatzerlös aller beteiligten Unternehmen > € 500 Mio.
 - deutsche Inlandsumsatzerlös mindestens eines beteiligten Unternehmens > € 50 Mio.
 - deutsche Inlandsumsatzerlös mindestens eines weiteren beteiligten Unternehmens > € 17,5 Mio.

b) Umsatz- und transaktionswertbezogene Aufgreifschwelle

Der mit der 9. GWB-Novelle 2017 neu eingeführte § 35 Abs. 1a GWB schließt eine Lücke im System der Fusionskontrolle. Ziel des Gesetzgebers war es, vor dem Hintergrund einer fortschreitenden Digitalisierung und Vernetzung von Wirtschaft und Gesellschaft und immer schnelleren wirtschaftlichen Zyklen Innovationen zu schützen und Märkte vor einer strukturellen Verschließung zu bewahren.

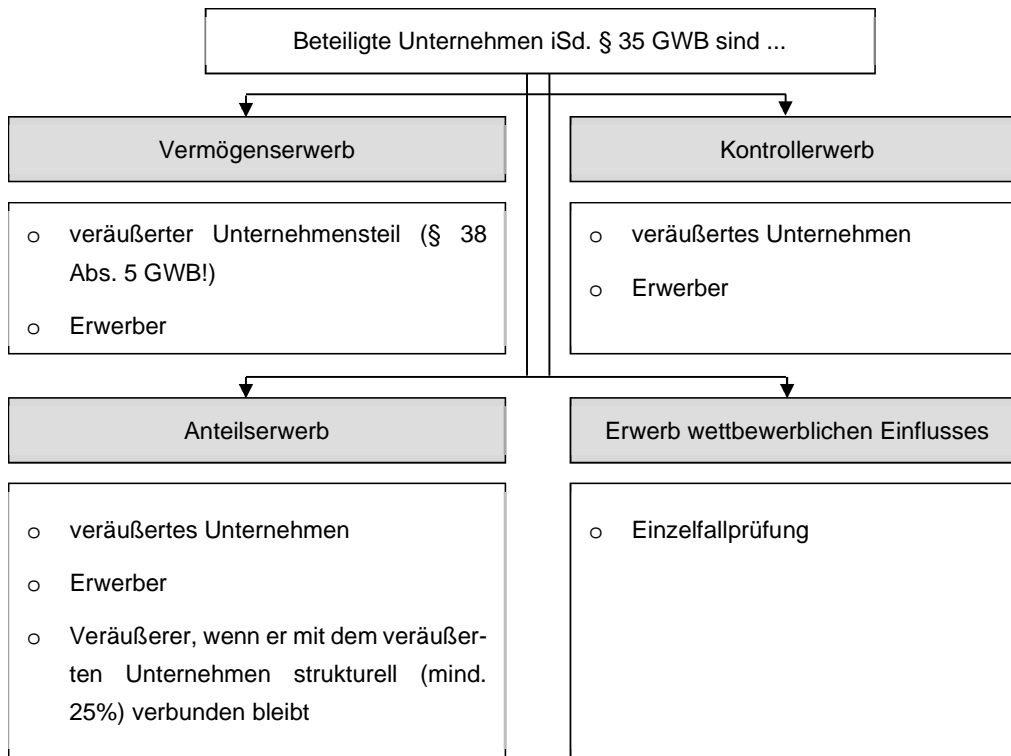
Zu diesem Zweck wurde mit dem Kriterium der Gegenleistung für einen Zusammenschluss eine ergänzende, subsidiäre Aufgreifschwelle eingeführt. Sie erlaubt die wettbewerbliche Prüfung von bestimmten Typen von Zusammenschlüssen, bei denen Unternehmen zu einem hohen Preis gekauft werden, aber nur Umsätze unterhalb der geltenden zweiten Inlandsumsatzschwelle von 17,5 Millionen Euro aufweisen.

- ⇒ Umsatz- und transaktionswertbezogene Aufgreifschwelle (§§ 35 Abs. 1a, 38 GWB)
- weltweiter Umsatzerlös aller beteiligten Unternehmen > € 500 Mio.
 - deutsche Inlandsumsatzerlös mindestens eines beteiligten Unternehmens > € 50 Mio.
 - Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss (§ 38 Abs. 4a GWB) > € 400 Mio.
 - erhebliche Inlandstätigkeit des Zielunternehmens, z.B.
 - wenn Angebote des Zielunternehmens v. Nutzern in Deutschland in Anspruch genommen werden
 - bei Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten in Deutschland

Die transaktionswertbezogene Umsatzschwelle wird u.a. für den Erwerb von hoch bewerteten Start-ups (sog. *Unicorns*) z. B. aus der Digitalwirtschaft oder dem Biotech-Bereich relevant, die bislang noch keine relevanten Umsätze erzielen, aber das Potential aufweisen, die digitalen Märkte bzw. die Biotech-Märkte zukünftig erheblich zu prägen. Ihr Erwerb soll durch die neue transaktionswertbezogene Umsatzschwelle kartellrechtlich kontrollierbar gemacht werden.

c) Presse- und Rundfunkfusionen

Bei **Presse- und Rundfunkfusionen** ist § 38 Abs. 3 GWB zu beachten, der für Umsatzerlöse im Pressebereich einen Multiplikator von 4 und für Umsatzerlöse im Rundfunkbereich einen Multiplikator von 8 vorsieht.

d) Beteiligte Unternehmen

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. Im Zuge der 8. GWB-Novelle 2013 wurde das materielle Untersagungskriterium der deutschen Zusammenschlusskontrolle an das EU-Kartellrecht angepasst. Ein Zusammenschlussvorhaben ist nunmehr durch das Bundeskartellamt zu untersagen, wenn es zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führt (SIEC-Test, *significant impediment to effective competition*). Dies entspricht dem Untersagungskriterium des Art. 2 Abs. 2, 3 FKVO. Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ist "nur" noch Regelbeispiel.

Aufgrund der Angleichung an die europäische Fusionskontrolle gelten nunmehr auch in Deutschland die gleichen Beurteilungsgrundsätze, wie sie bereits im Rahmen der europäischen Zusammenschlusskontrolle darge-

stellt wurden.¹³⁵ Insofern beschränken sich die folgenden Ausführungen auf eine Zusammenfassung und eine kurze Darstellung der Rechtspraxis des Bundeskartellamts 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.¹³⁶

b) Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung

Als Regelbeispiel steht die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auch nach der Rechtsangleichung im Mittelpunkt der materiellen deutschen Fusionskontrolle. Der Gesetzgeber der 8. GWB-Novelle 2013 ging davon aus, dass Untersagungen "auch in Zukunft überwiegend" auf der Grundlage des Marktbeherrschungskriteriums erfolgen werden.

Den Ausgangspunkt des deutschen SIEC-Tests bildet daher der Marktbeherrschungstest. Bei seiner Anwendung kann auf die **Legaldefinitionen** in § 18 Abs. 1, 5 GWB sowie die Marktbeherrschungsvermutung in § 18 Abs. 4, 6-7 GWB zurückgegriffen werden. Insofern ist das Zusammenschlussvorhaben zunächst daraufhin zu untersuchen, ob die neue Unternehmenseinheit auf dem sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt¹³⁷ ohne Wettbewerber (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB) oder keinem wesentlichen Wettbewerbs ausgesetzt ist (§ 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB) oder über eine im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern überragende Marktstellung verfügt (§ 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB). Der Marktbeherrschungstest des § 36 Abs. 1 GWB erfasst ebenso die Begründung oder Verstärkung einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung i.S.d. § 18 Abs. 5 GWB.

Auch die Marktbeherrschungsvermutungen des § 18 Abs. 4, 6-7 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 hat¹³⁸ – so kann auch im Rahmen von § 36 Abs. 1 GWB von der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung ausgegangen werden.¹³⁹

¹³⁵ Siehe hierzu oben, S. 102.

¹³⁶ 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.

¹³⁷ Siehe zur Marktabgrenzung oben, S. 17.

¹³⁸ Insofern enthält § 18 Abs. 4, 6 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. 56.

¹³⁹ Mit Hilfe der Vermutungswirkung des § 18 Abs. 4, 6 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.

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,¹⁴⁰ das Vorhandensein potenzieller 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.

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 potenzielle 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.¹⁴¹

(1) Fusionskontrollrechtliche Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse

Horizontale Zusammenschlüsse, d.h. Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen auf der gleichen Produktions- oder Vertriebsstufe, zeichnen sich primär durch den Wegfall eines bisher unabhängigen Wettbewerbers und den damit unmittelbar verbundenen Marktanteilszuwachs¹⁴² aus.



Umstr. ist, ob auch zusammenschlussbedingte Effizienzgewinne zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung herangezogen werden können (sog. *efficiency offense*).¹⁴³

(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 (§ 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB) und damit

¹⁴⁰ Neben der Finanzkraft kann auch eine sonstige Akkumulation von Ressourcen zur Begründung/Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen.

¹⁴¹ 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.

¹⁴² 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.

¹⁴³ Dies wird von der deutschen Rechtspraxis zum Teil bejaht (OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.5.2005, WuW/E DE-R 1495 ff., 1499 – *ÖPNV Saarland*), von der Monopolkommission eher kritisch verneint (Monopolkommission, XVI. Hauptgutachten 2004/05, Rn. 539).

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. *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 Gemeinschaftsunternehmens¹⁴⁴ 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.) ¹⁴⁵	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

Handelt es sich bei den beiden Muttergesellschaften des Gemeinschaftsunternehmens um tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber, sind ein möglicher Gruppen- und ein *Spillover*-Effekt am Maßstab des § 1 GWB zu messen. Die Analyse des Gruppeneffekts befasst sich mit den Auswirkungen der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens auf das Wettbewerbsverhalten der beiden Muttergesellschaften im Wirkungskreis des

¹⁴⁴ Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens kann die Zusammenschlusstatbestände des gemeinsamen Kontrollerwerbs durch mehrere Unternehmen (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 GWB), des Anteilserwerbs 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 Anteilserwerbs 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).

¹⁴⁵ 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.

Gemeinschaftsunternehmens. *Spillover*-Effekte sind Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhalten der beiden Muttergesellschaften auf Drittmärkten.



Nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB gilt der gemeinsame Erwerb eines Gemeinschaftsunternehmens zugleich als Zusammenschluss der beiden Muttergesellschaften auf den Märkten, auf denen das Gemeinschaftsunternehmen tätig ist.

c) Wettbewerbsbehinderung ohne Marktbeherrschung (SIEC-Test)

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten – entsprechend der Rechtslage in Europa – durch den SIEC-Test auch wettbewerbsbeschränkende Effekte eines Zusammenschlusses unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle erfasst werden. Dies gilt insbesondere für nicht koordinierte (unilaterale) Effekte, die Folge eines Zusammenschlusses sein können, der nicht zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt. Insoweit gelten die Anmerkungen zur EU-Fusionskontrolle entsprechend.¹⁴⁷

d) Die Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB

Ein Zusammenschlussvorhaben ist trotz Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gem. § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB nicht zu untersagen, wenn „die Beteiligten nachweisen, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese Verbesserungen die Behinderung des Wettbewerbs überwiegen.“¹⁴⁶ Hierbei handelt es sich um eine Besonderheit der deutschen Fusionskontrolle, die in der FKVO nicht normiert ist (der Sache nach aber auch dort Anwendung findet). **Voraussetzungen** für die Freigabe – trotz erheblicher Behinderung wirksamen Wettbewerbs – wegen einer Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen sind:

- Verbesserung der *strukturellen* Wettbewerbsbedingungen¹⁴⁷
- Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf beherrschten (Dritt-)Märkten¹⁴⁸
- 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

¹⁴⁶ 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 Bechtold, GWB, 7. Aufl. 2013, § 36 GWB Rn. 40, wonach die beteiligten Unternehmen auch die formelle Beweislast tragen.

¹⁴⁷ 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.

¹⁴⁸ Siehe zur Abgrenzung des relevanten Markts oben, S. 17. 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 Wettbewerbsmärkten werden auch nur selten auftreten, so dass beherrschte Drittmärkte als Hauptanwendungsfall für die Abwägungsklausel verbleiben.

- Abwägung der zusammenschlussbedingten Vor- und Nachteile (Überwiegen der Vorteile erforderlich; str. – a.A.: Aufwiegen ausreichend)



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 Abwägungsklausel¹⁴⁹ kann auch der **Grundsatz der Sanierungsfusion** (*failing company defense*) geprüft werden.¹⁵⁰ 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 Unternehmens dem Erwerber auch ohne den betreffenden Zusammenschluss – aufgrund der Insolvenz – zugefallen wären.

e) Die Bagatellmarktklausel des § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GWB

Nach der sog. Bagatellmarktklausel ist ein Zusammenschluss trotz erheblicher Behinderung wirksamen Wettbewerbs freizugeben, wenn er Märkte betrifft, auf denen seit mindestens fünf Jahren Produkte angeboten werden und auf denen im letzten Kalenderjahr weniger als € 20 Mio. im Inland umgesetzt wurden. Hierdurch soll verhindert werden, dass auch gesamtwirtschaftlich unbedeutende Märkte zu einer Untersagung führen.

5. Ministererlaubnis (§ 42 GWB)

§ 42 Abs. 1 S. 1 GWB ermächtigt den Bundesminister für Wirtschaft und Energie, einen vom Bundeskartellamt 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 oder
 - Interesse der Allgemeinheit (z. B. Erhaltung von Arbeitsplätzen)

¹⁴⁹ Neben der Sanierungsfunktion hat das BKartA im Einzelfall (als Ausfluss der wettbewerbspolitischen Gegengiftthese) auch die sog. Aufholfusion anerkannt. Dies betraf Oligopol-situationen, 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*).

¹⁵⁰ Siehe zum gleichen Grundsatz im Rahmen der europäischen Zusammenschlusskontrolle oben, S. 111. 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.

2. Abwägung im Einzelfall

- (gesamtwirtschaftlicher Vorteil, der) aufwiegt
- (Interesse der Allgemeinheit, das) überragt

3. Schranken der Ministererlaubnis

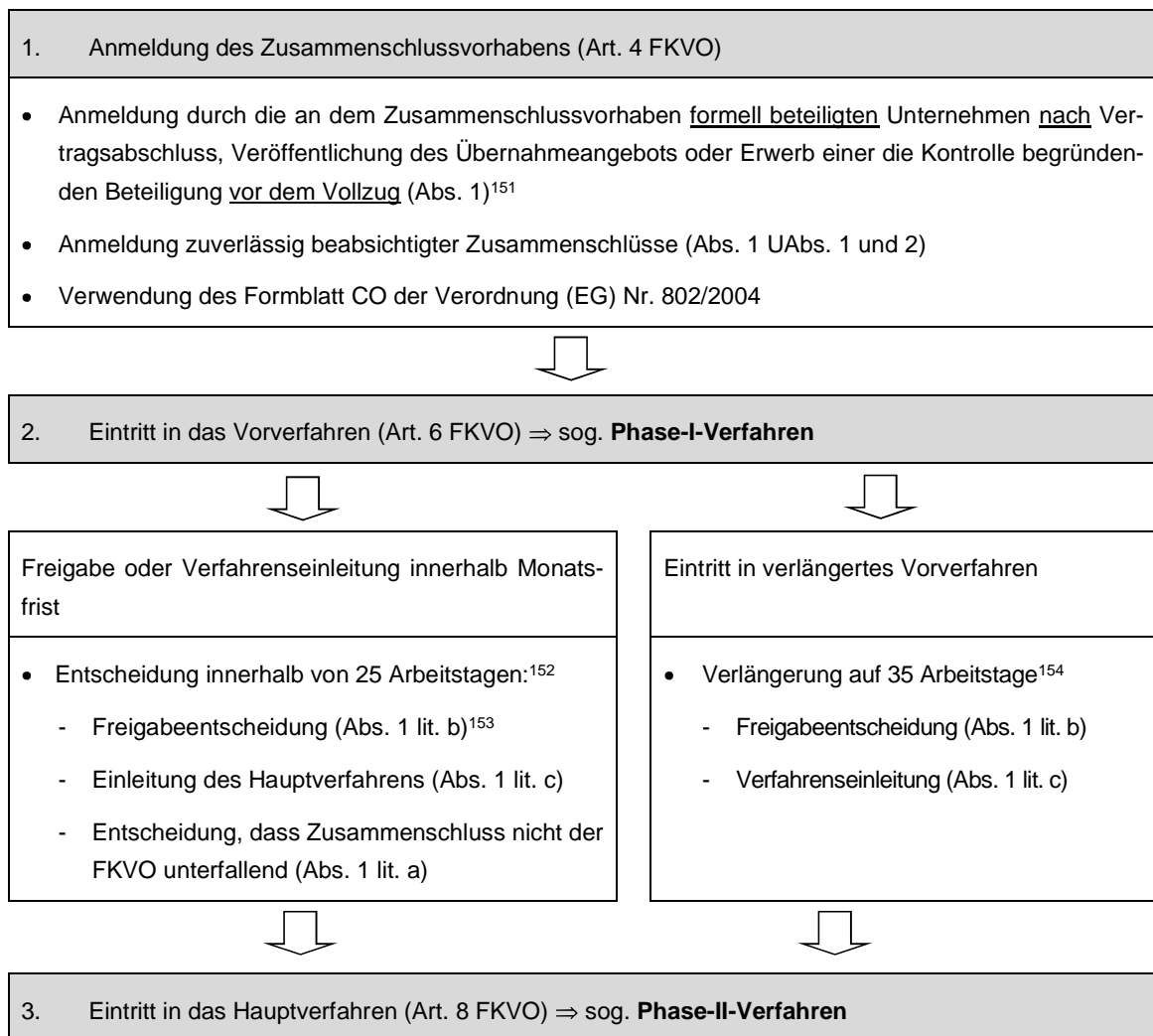
- keine Gefährdung der marktwirtschaftlichen Ordnung, d.h. Aufrechterhaltung eines Mindestmaßes an funktionsfähigem Wettbewerb (§ 42 Abs. 1 S. 3 GWB)

§ 10 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, 6 ff. FKVO geregelt. Es untergliedert sich regelmäßig in die folgenden Abschnitte:



¹⁵¹ Der offiziellen Anmeldung geht in der Rechtspraxis häufig 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.

¹⁵² Siehe Art. 10 Abs. 1 FKVO.

¹⁵³ Sog. **Phase-I-Freigabe**. Sie kann mit Auflagen verbunden werden (Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2, Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO).

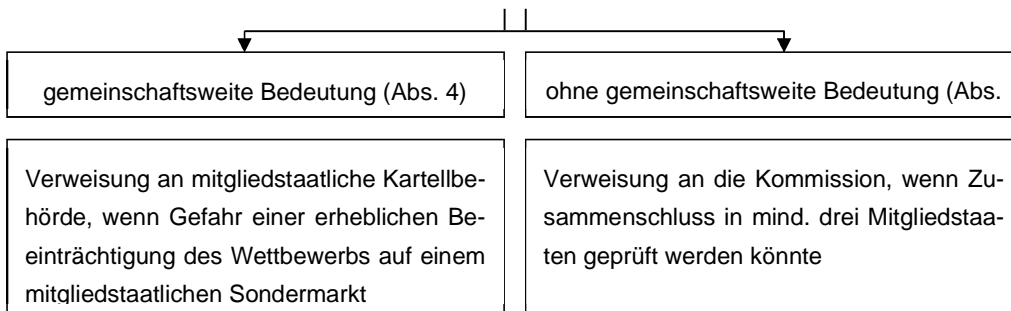
¹⁵⁴ Siehe Art. 10 Abs. 2 FKVO, wonach sich die Frist auf 35 Arbeitstage verlängert, wenn der Kommission der Verweisungsantrag eines Mitgliedstaats zugeht (Art. 9 Abs. 2 FKVO) oder wenn ihr von den Unternehmen Verpflichtungszusagen angeboten werden.

- Entscheidung innerhalb von 90 Arbeitstagen (Art. 10 Abs. 3 FKVO):
 - Freigabeentscheidung gemäß Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 und 4 FKVO
 - 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

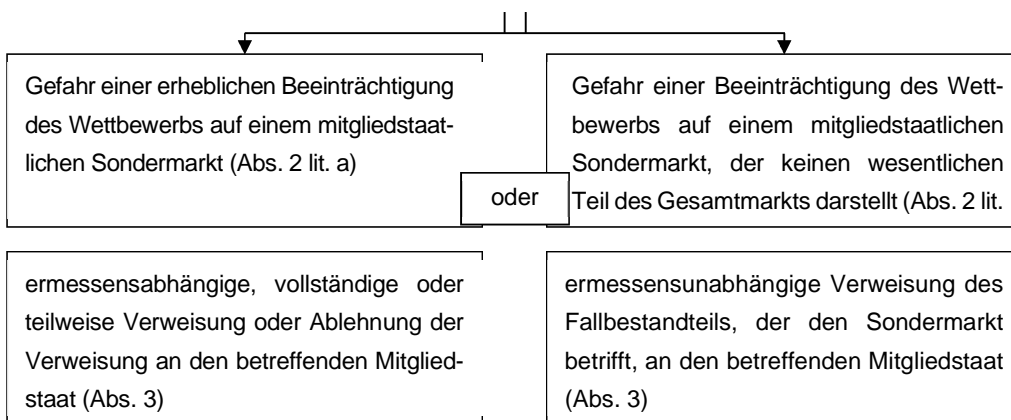
1. Das europäische Verweisungssystem in Fusionssachen

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

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



- **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
- **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

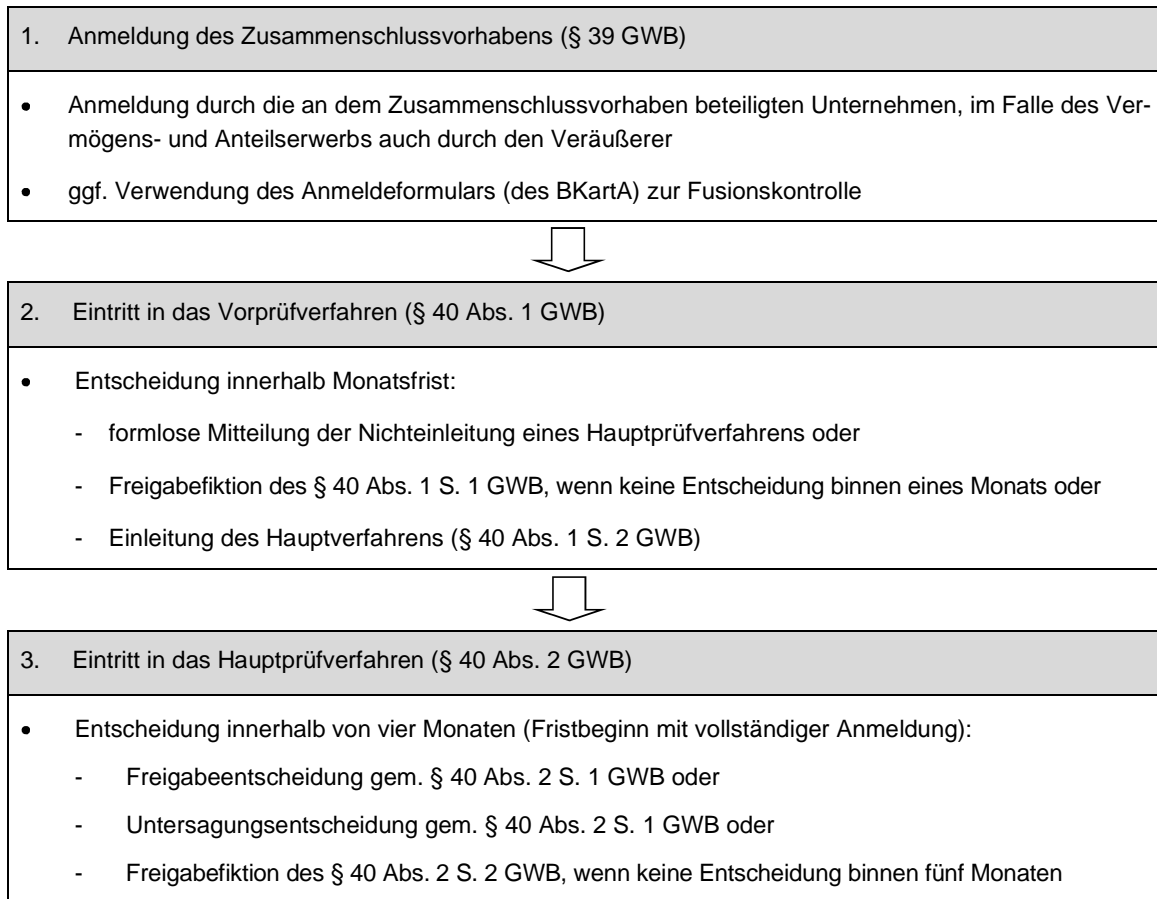
Gegen eine Untersagungsentscheidung der Kommission können die beteiligten Unternehmen Rechtsschutz bei den europäischen Gerichten suchen, Art. 21 Abs. 2 FKVO. Statthafte Klageart ist regelmäßig die Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV, die innerhalb von zwei Monaten nach Erlass der Entscheidung (Art. 263 Abs. 6 AEUV) vor dem sachlich zuständigen EuG 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. 263 Abs. 4 AEUV).

Gegen die Entscheidungen des EuG kann gem. Art. 256 AEUV ein auf die Rechtskontrolle beschränkter Rechtsbehelf 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. § 73 GWB beim OLG Düsseldorf (Anfechtungs-)Beschwerde einlegen, die jedoch gem. § 66 Abs. 1 GWB grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung hat. Dritte können gem. § 73 Abs. 2 GWB auch gegen eine Freigabeentscheidung vorgehen.