



Vorlesung: Europäisches Wirtschaftsrecht (2021/22)

§ 9. Europäisches Wettbewerbsrecht

**Wichtiger Hinweis: Diese Folie wurde im Vergleich zu Veranstaltungen aus früheren Jahren (seit vier Jahren) nicht aktualisiert.
Das Kartellrecht ist nicht Gegenstand der Prüfung!**

Josef Drexl

I. Einführung(1)

1. Zwecke des europäischen Wettbewerbsrechts

- **Wirtschaftliche Effizienz**
 - Allokative Effizienz (wirtschaftliche Nutzung vorhandener Ressourcen)
 - Produktive Effizienz (Wirtschaftlichkeit großer Unternehmen)
 - Dynamische Effizienz (Innovation)
- **Sicherung von wirtschaftlicher Handlungsfreiheit**
 - des gebundenen Wirtschaftsteilnehmers (Wettbewerbers, Abnehmers)
 - sonstiger Wirtschaftsteilnehmer (insbes. Verbraucher, aber auch Lieferanten)
- **Errichtung des Binnenmarktes durch Absicherung offener Märkte**
- **Sonstige Zwecke**
 - Förderung kleinerer und mittlerer Unternehmen?
 - Erzielung von Verteilungsgerechtigkeit (Art. 101 Abs. 3, 102 a) AEUV)?
 - Förderung des technischen Fortschritts (Art. 101 Abs. 3 AEUV)?
 - Förderung des wirtschaftlichen Fortschritts (Art. 101 Abs. 3 AEUV)?

I. Einführung(2)

1. Zwecke des europäischen Wettbewerbsrechts

Moderne Wettbewerbspolitik: Orientierung an der **Verbraucherwohlfahrt** („consumer welfare“) als **Synonym für Effizienz**

Aber:

Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb:

- Garantie eines „**Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes for Verfälschungen schützt**“ (= „System des unverfälschten Wettbewerbs“)
- EuGH: Aus dieser Garantie folgt, dass ein Verstoß **nicht** den **Nachweis eines konkreten Verbraucherschadens** voraussetzt, sondern **schon die Schädigung der „Wettbewerbsstruktur“ genügt** („ontologisches“ Verständnis)

I. Einführung (3)

2. Mittel der europäischen Wettbewerbspolitik

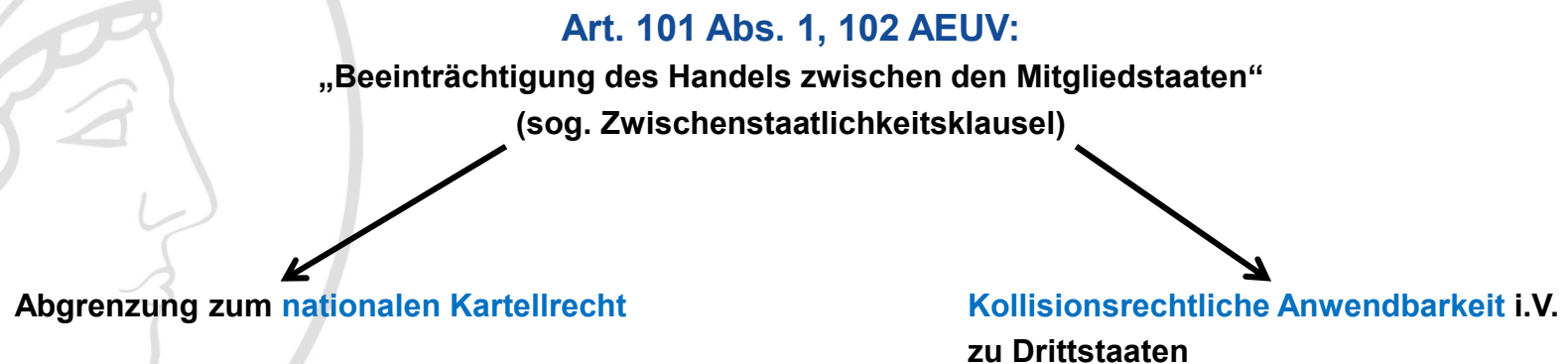
- (1) Verbot von **wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen** (Art. 101 AEUV)
 - (2) Verbot des **Missbrauchs marktbeherrschender Stellung** – durch einseitige Maßnahmen (Art. 102 AEUV)
 - (3) **Zusammenschlusskontrolle** (FKVO 139/2004)
- außerdem
- (4) **Kontrolle öffentlicher und monopolartiger Unternehmen** (Art. 106 AEUV)
 - (5) Kontrolle **mitgliedstaatlicher Beihilfen** (Art. 107-109 AEUV)
 - (6) **Vergaberecht** (Kontrolle öffentliche Aufträge)
 - (7) Unmittelbare **Bindung der Mitgliedstaaten an das Wettbewerbsrecht** (Art. 4 Abs. 3 UAbs. 3 EUV)

I. Einführung (4)

3. Räumlicher Anwendungsbereich

a) Art. 101, 102 AEUV: Auswirkungsprinzip

Fall 64: Die beiden Schweizer Vitaminproduzenten A und B vereinbaren, weltweit gleiche Preise zu verlangen. Kann neben dem Schweizer Kartellamt auch die Europäische Kommission Maßnahmen ergreifen?



I. Einführung (5)

3. Räumlicher Anwendungsbereich

a) Art. 101, 102 AEUV: Auswirkungsprinzip und hoheitliches Handeln

Merke:

- (1) Soweit Kartellrecht durch **hoheitliche Maßnahmen** durchgesetzt wird, gilt der **Territorialitätsgrundsatz**. Danach kann aus völkerrechtlicher Sicht **nur wettbewerbswidriges Verhalten von Unternehmen im jeweiligen nationalen Territorium oder im Gebiet der EU** Gegenstand solcher Maßnahmen sein.
- (2) Bei **grenzüberschreitenden Wettbewerbsverstößen** ist es **völkerrechtlich anerkannt**, dass die einzelnen nationalen Rechtsordnungen **ihr Kartellrecht zur Anwendung bringen dürfen**, wenn sich die jeweilige **Beschränkung auf den nationalen Markt auswirkt** (sog. **Auswirkungsprinzip**). Es ist nicht erforderlich, dass die Handlung auch im Inland vorgenommen wurde.

Kommission: Ausdrückliche Anerkennung des **Auswirkungsprinzips**

EuGH: Formales **Festhalten am Territorialitätsprinzip**: Entscheidend ist aber nicht der Ort der Absprache, sondern der **Ort der Ausführung** (sog. „**implementation doctrine**“; faktische Anerkennung des Auswirkungsprinzips)

I. Einführung (6)

3. Räumlicher Anwendungsbereich

b) Art. 101, 102 AEUV: Privatrechtliche Durchsetzung

Art. 6 Abs. 3 a) Rom II-VO (Nr. 864/2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht):

„Auf außervertragliche Schuldverhältnisse aus einem den Wettbewerb einschränkenden Verhalten ist das Recht des Staates anzuwenden, dessen **Markt beeinträchtigt ist oder wahrscheinlich beeinträchtigt wird.**“

Merke: Art. 6 Abs. 3 a) Rom II-VO implementiert für Schadensersatzansprüche wegen Kartellrechtsverstößen für das Gebiet der EU das sog. **Auswirkungsprinzip**. Danach ist ein innerhalb der EU angerufenes Gericht eventuell **auch verpflichtet, das Kartellrecht eines Drittstaates anzuwenden.**

I. Einführung (7)

3. Räumlicher Anwendungsbereich

c) Zusammenschlusskontrolle im Besonderen

“Aufgreifkriterien”	“Eingreifkriterium”
Art. 1 Abs. 2 FKVO: Die EU-Zusammenschlusskontrolle des europäischen Rechts greift bei Zusammenschlüssen „gemeinschaftsweiter Bedeutung“ → € 5 Mrd. weltweiter + € 250 Mio. EU-Umsatz (Bestimmung nach Umsatzschwellen)	Art. 2 Abs. 3 FKVO: Verbot wesentlicher Behinderung des wirksamen Wettbewerbs (sog. SIEC-Test) „auf dem Gemeinsamen Markt oder eines wesentlichen Teils davon“
Folge: Der Zusammenschluss muss angemeldet werden (Vollzugsverbot)	Folge: Verbot oder Erlaubnis unter Auflagen

Merke: Die Aufgreifkriterien grenzen die Anwendung EU-Zusammenschlusskontrolle **sowohl vom Recht anderer Staaten als auch von der nationalen Zusammenschlusskontrolle ab**. Bei der Berechnung nach Umsatzschwellen besteht die **Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen** sowohl in Verhältnis zu Drittstaaten (z.B. in Verhältnis zu den USA: GE/Honeywell, 2001) als zwischen den nationalen Kartellämtern innerhalb der EU

II. Verhältnis des europäischen zum nationalen Wettbewerbsrecht (1)

1. Anwendbares Recht und Behördenzuständigkeit

Unterscheide:

(1) **Anwendbares Recht**

Welches materielles Recht ist anwendbar? Das europäische und/oder das nationale Kartell-/Wettbewerbsrecht?

(2) **Zuständigkeit**

Welche Behörde ist für die Durchsetzung zuständig? Die nationale und/oder die europäische?

Regelungsgrundlage für beides: „**Durchführungsverordnung 1/2003**“ – in Kraft seit 1.5.2004

II. Verhältnis des europäischen zum nationalen Wettbewerbsrecht (2)

2. Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts

Art. 101 Abs. 1, 102 Abs. 1 AEUV: Ist die „Zwischenstaatlichkeitsklausel“ erfüllt?

EuGH, **Grundig und Consten gegen Kommission**, Rs. 56/65, EU:C:1966:41:

„Der Begriff der ‚Vereinbarung, welche den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind‘, soll auf dem Gebiet des Kartellrechts den **Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts von dem des innerstaatlichen Rechts abgrenzen**. (...) In diesem Zusammenhang kommt es insbesondere darauf an, ob die **Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach geeignet ist, die Freiheit des Handels zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise zu gefährden**, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen Marktes nachteilig sein kann. (...) Da der Vertrag zwischen Grundig und Consten einerseits alle Unternehmen außer Consten daran hindert, Grundig-Erzeugnisse nach Frankreich einzuführen, und **andererseits der Firma Consten untersagt, solche Waren in andere Länder des Gemeinsamen Marktes wiederauszuführen**, beeinträchtigt er unbestreitbar den Handel zwischen den Mitgliedstaaten.

Merke: Die Zwischenstaatlichkeitsklausel ist **weit zu verstehen**. Sie greift immer schon dann, wenn die Beschränkung zur **Errichtung von Handelsschranken** beiträgt oder die **gegenseitige Marktdurchdringung** **zumindest mittelbar erschwert**.

II. Verhältnis des europäischen zum nationalen Wettbewerbsrecht (3)

2. Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts

- Die „Bündeltheorie“ im Besonderen

Fall 65 (Delimitis, C- 234/89, EU:C:1991:91): Der in einer deutschen Stadt angesiedelte Gastwirt Delimitis schließt mit der Henninger Brauerei einen Pachtvertrag über eine Gaststätte in Frankfurt/M. Dabei verpflichtete sich Delimitis, eine Mindestmenge Bier pro Jahr zu beziehen sowie den Bezug von Bier anderer Brauereien zu unterlassen, außer die Brauereien sind in anderen Mitgliedstaaten niedergelassen. Ein Jahr nach Vertragsschluss kündigt Delimitis den Vertrag und weigert sich, die ausstehende Summe von € 3.000 für die Lieferung von Bier zu bezahlen. Er ist der Auffassung, der Vertrag sei nach Art. 101 Abs. 2 AEUV unwirksam.

II. Verhältnis des europäischen zum nationalen Wettbewerbsrecht (4)

2. Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts

Delimitis, C- 234/89, EU:C:1991:91:

(14) In dem Urteil [in der Rechtssache *Haecht I*, Slg. 1967, 543] hat der Gerichtshof entschieden, dass bei der Beurteilung der Wirkungen einer solchen Vereinbarung der wirtschaftliche und rechtliche Gesamtzusammenhang zu berücksichtigen ist, in dem die Vereinbarung steht und **zusammen mit anderen zu einer kumulativen Auswirkung auf den Wettbewerb führen kann**. Aus jenem Urteil geht weiter hervor, dass die **kumulative Wirkung mehrerer gleichartiger Vereinbarungen einer unter mehreren Umständen** ist, die bei der Entscheidung zu berücksichtigen sind, **ob der Wettbewerb gestört und dadurch der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt** werden kann.

II. Verhältnis des europäischen zum nationalen Wettbewerbsrecht (5)

2. Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts

Delimitis, C- 234/89, EU:C:1991:91:

(19) Zur Klärung der Frage, ob das Bestehen mehrerer Bierlieferungsverträge den Zugang zu dem so abgegrenzten Markt [nationaler Markt des Biervertriebs in Gaststätten] beeinträchtigt, sind sodann **Art und Bedeutung des betreffenden Vertragsnetzes zu prüfen**. Hierzu gehören **alle gleichartigen Verträge, die eine bedeutende Zahl von Verkaufsstellen an einige inländische Erzeuger binden**. Der Einfluss dieser Vertragsnetze auf den Marktzugang hängt namentlich ab von der **Zahl der auf diese Weise an die inländischen Erzeuger gebundenen Verkaufsstellen im Verhältnis zu der Zahl der nicht gebundenen Gaststätten**, von der Dauer der eingegangenen Verpflichtungen, von der durch diese Verpflichtungen erfassten Biermenge sowie von dem Verhältnis zwischen dieser Menge und derjenige, die über nicht gebundene Vertriebsstellen abgesetzt wird.

II. Verhältnis des europäischen zum nationalen Wettbewerbsrecht (6)

2. Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts

Delimitis, C- 234/89, EU:C:1991:91:

(20) Das Bestehen eines **Bündels gleichartiger Verträge** kann jedoch, selbst wenn es die Möglichkeiten des Marktzugangs wesentlich beeinflusst, für sich allein noch nicht die Feststellung einer Abschottung des relevanten Marktes rechtfertigen, da es im Hinblick auf die wirtschaftlichen und rechtlichen Begleitumstände, in deren Zusammenhang ein Vertrag bei seiner Beurteilung betrachtet werden muss, nur **einen unter mehreren Faktoren** darstellt.

(21) In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, ob ein neuer Mitbewerber wirkliche und konkrete Möglichkeiten besitzt, sich durch den **Erwerb einer auf dem Markt bereits tätigen Brauerei** zusammen mit ihrer Kette von Verkaufsstellen in das Vertragsnetz einzugliedern oder aber dieses durch die **Eröffnung neuer Gaststätten** zu umgehen.

(24) Ergibt diese Prüfung hingegen, dass der relevante Markt schwer zugänglich ist, so ist zu untersuchen, **inwieweit die Verträge der betroffenen Brauerei zu der kumulativen Wirkung beitragen, die alle auf diesem Markt festgestellten gleichartigen Verträge in dieser Hinsicht entfalten**. Diese Marktabschlusswirkung ist nach den gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften **denjenigen Brauereien zuzurechnen, die dazu in erheblichem Maße beitragen**. Die Bierlieferungsverträge von Brauereien, deren Beitrag zu der kumulativen Wirkung unerheblich ist, fallen deshalb nicht unter das Verbot des [Artikels 101 Absatz 1].

II. Verhältnis des europäischen zum nationalen Wettbewerbsrecht (7)

3. Anwendbarkeit des nationalen Kartellrechts neben dem europäischen?

a) Rechtslage nach dem Primärrecht

Merke:

- (1) Das europäische Primärrecht enthält **weder ein Gebot noch ein Verbot** für die Mitgliedstaaten, ein **nationales Kartellrecht einzuführen**. Heute haben aber alle Mitgliedstaaten ein Kartellrecht und Kartellämter.
- (2) Das europäische Primärrecht bestimmt lediglich den **Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts**. Dagegen enthält es **keine Aussage darüber, ob das europäische Kartellrecht das nationale verdrängt**.

Problem: Welches Recht geht im Kollisionsrecht vor?

II. Verhältnis des europäischen zum nationalen Wettbewerbsrecht (8)

3. Anwendbarkeit des nationalen Kartellrechts neben dem europäischen?

a) Rechtslage nach dem Primärrecht

➤ **Zweischrankentheorie** (ursprünglich)

Koch, BB 1959, 241; *Doherty*, E.C.L.R. 1994, 315.

Merke: Nach der **Zweischrankentheorie** sind das europäische und das nationale Wettbewerbsrecht **jeweils selbstständig nebeneinander anwendbar**. Ist ein bestimmtes Verhalten nur nach einer Wettbewerbsordnung verboten, **setzt sich dieses strengere Recht durch**.

Kritik: Einheitliche Anwendung des europäischen Kartellrechts wird in Frage gestellt, wenn nationales Recht verbieten kann, was nach europäischem Recht bewusst erlaubt sein soll (z.B. im Falle der europäischen Freistellung)

➤ **Theorie vom Vorrang des EU-Rechts** (h.M.)

Grundlegend: EuGH, **Walt Wilhelm**, Rs. 14/68, EU:C:1969:4.

Merke: Was nach europäischem Recht ausdrücklich zulässig sein soll, darf das nationale Recht nicht verbieten.

II. Verhältnis des europäischen zum nationalen Wettbewerbsrecht (9)

3. Anwendbarkeit des nationalen Kartellrechts neben dem europäischen?

b) Geltung nach VO 1/2003

Artikel 3:

Verhältnis zwischen den Artikeln 81 und 82 des Vertrags und dem einzelstaatlichen Wettbewerbsrecht

(1) **Wenden die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten** oder einzelstaatliche Gerichte **das einzelstaatliche Wettbewerbsrecht** auf Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne des Artikels 81 Absatz 1 des Vertrags an, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten im Sinne dieser Bestimmung beeinträchtigen können, so **wenden sie auch Artikel 81** des Vertrags auf diese Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen **an**. Wenden die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten oder einzelstaatliche Gerichte **das einzelstaatliche Wettbewerbsrecht auf nach Artikel 82 des Vertrags verbotene Missbräuche** an, so **wenden sie auch Artikel 82** des Vertrags an.

II. Verhältnis des europäischen zum nationalen Wettbewerbsrecht (10)

3. Anwendbarkeit des nationalen Kartellrechts neben dem europäischen?

b) Geltung nach VO 1/2003

(2) Die Anwendung des einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts darf **nicht zum Verbot von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen führen**, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind, **aber den Wettbewerb im Sinne des Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags nicht einschränken oder die Bedingungen des Artikels 81 Absatz 3 des Vertrags erfüllen oder durch eine Verordnung zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags erfasst sind**. Den Mitgliedstaaten wird durch diese Verordnung **nicht verwehrt, in ihrem Hoheitsgebiet strengere innerstaatliche Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen zu erlassen oder anzuwenden**.

(3) Die **Absätze 1 und 2 gelten** unbeschadet der allgemeinen Grundsätze und sonstigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts nicht, wenn die Wettbewerbsbehörden und Gerichte der Mitgliedstaaten einzelstaatliche Gesetze über die **Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen** anwenden, und stehen auch nicht der Anwendung von Bestimmungen des einzelstaatlichen Rechts entgegen, die überwiegend ein von den Artikeln 81 und 82 des Vertrags abweichendes Ziel verfolgen.

II. Verhältnis des europäischen zum nationalen Wettbewerbsrecht (11)

3. Anwendbarkeit des nationalen Kartellrechts neben dem europäischen?

b) Geltung nach VO 1/2003

Merke:

- (1) Nach Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003 ist die **parallele Anwendung nationalen und europäischen Wettbewerbsrechts** durch nationale Behörden und Gerichte **zulässig**. In Deutschland hat sich der deutsche Gesetzgeber (siehe § 22 Abs. 1 und 3 GWB) für diese parallele Anwendung entschieden.
- (2) Nach Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 besteht im Kollisionsfall **ein Anwendungsvorrang von Art. 101 AEUV (ex-Art. 81 EG)** gegenüber dem nationalen Wettbewerbsrecht, **wenn nur das nationale Recht zum Verbot führen würde**.
- (3) Nach Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 **darf gegenüber einseitigen Maßnahmen im Vergleich zu Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EG) strengeres nationales Kartellrecht angewendet werden**.
- (4) Diese Grundsätze **gelten nicht im Bereich der Zusammenschlusskontrolle** (Art. 3 Abs. 3 VO 1/2003).

II. Verhältnis des europäischen zum nationalen Wettbewerbsrecht (12)

3. Anwendbarkeit des nationalen Kartellrechts neben dem europäischen?

c) Verhältnis im Bereich der Zusammenschlusskontrolle

Grundsatz der Exklusivität nach FKVO:

Art. 21 Abs. 3 FKVO: Ausschluss der Anwendbarkeit nationalen Kartellrechts auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung

Aber: **Art. 22 FKVO: Möglichkeit der Verweisung an die Kommission** durch nationale Behörden für Zusammenschlüsse ohne gemeinschaftsweite Bedeutung, aber den Handel zwischen den Mitgliedstaaten bedrohen

II. Verhältnis des europäischen zum nationalen Wettbewerbsrecht (13)

4. Zuständigkeit für den Vollzug des europäischen Wettbewerbsrechts

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

Artikel 1 VO 1/2003

Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags

(1) Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags, **die nicht die Voraussetzungen des Artikels 81 Absatz 3 des Vertrags erfüllen, sind verboten**, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf.

(2) Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags, die die **Voraussetzungen des Artikels 81 Absatz 3 des Vertrags erfüllen, sind nicht verboten, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf**.

(3) Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von **Artikel 82** des Vertrags ist verboten, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf.

II. Verhältnis des europäischen zum nationalen Wettbewerbsrecht (14)

4. Zuständigkeit für den Vollzug des europäischen Wettbewerbsrechts

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

Merke: Ohne, dass sich dies aus **Art. 101 Abs. 3 AEUV** ergibt, erklärt Art. 1 Abs. 1 und 2 VO 1/2003 die Voraussetzungen der Einzelfreistellung zu **unmittelbar anwendbarem Recht**. Zusammen mit dem **Grundsatz der parallelen Anwendung** ergibt sich somit, dass nationale Behörden und Gerichte Art. 101 und 102 AEUV **umfassend in deren Anwendungsbereich anzuwenden haben**. Art. 101 III AEUV ist unter Geltung der VO 1/2003 als sog. **Legalausnahme** zu lesen.

II. Verhältnis des europäischen zum nationalen Wettbewerbsrecht (15)

4. Zuständigkeit für den Vollzug des europäischen Wettbewerbsrechts

b) Zuständigkeit nationaler Behörden und Gerichte im Einzelnen

Artikel 5 VO 1/2003

Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten

- (1) Die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten sind für die Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags in Einzelfällen zuständig. Sie können hierzu von Amts wegen oder aufgrund einer Beschwerde Entscheidungen erlassen, mit denen
- die Abstellung von Zuwiderhandlungen angeordnet wird,
 - einstweilige Maßnahmen angeordnet werden,
 - Verpflichtungszusagen angenommen werden oder
 - Geldbußen, Zwangsgelder oder sonstige im innerstaatlichen Recht vorgesehene Sanktionen verhängt werden.
- (2) Sind die Voraussetzungen für ein Verbot nach den ihnen vorliegenden Informationen nicht gegeben, so können sie auch entscheiden, dass für sie kein Anlass besteht, tätig zu werden.

Art. 6 VO 1/2003

Zuständigkeit der Gerichte der Mitgliedstaaten

Die einzelstaatlichen Gerichte sind für die Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrages zuständig.

II. Verhältnis des europäischen zum nationalen Wettbewerbsrecht (16)

4. Zuständigkeit für den Vollzug des europäischen Wettbewerbsrechts

c) Verbleibende Zuständigkeit der Kommission

Artikel 7 VO 1/2003

Feststellung und Abstellung von Zuwiderhandlungen

(1) Stellt die Kommission auf eine Beschwerde hin oder von Amts wegen eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 81 oder Artikel 82 des Vertrags fest, so kann sie die beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen. (...)

(2) Zur Einreichung einer Beschwerde im Sinne von Absatz 1 befugt sind natürliche und juristische Personen, die ein berechtigtes Interesse darlegen, sowie die Mitgliedstaaten.

II. Verhältnis des europäischen zum nationalen Wettbewerbsrecht (17)

4. Zuständigkeit für den Vollzug des europäischen Wettbewerbsrechts

c) Verbleibende Zuständigkeit der Kommission

Artikel 10 VO 1/2003

Feststellung der Nichtanwendbarkeit

(1) Ist es aus **Gründen des öffentlichen Interesses der Gemeinschaft** im Bereich der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags erforderlich, so kann die Kommission von Amts wegen durch Entscheidung feststellen, dass **Artikel 81** des Vertrags auf eine Vereinbarung, einen Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder eine abgestimmte Verhaltensweise keine Anwendung findet, weil die Voraussetzungen des Artikels 81 Absatz 1 des Vertrags nicht vorliegen oder weil die Voraussetzungen des Artikels 81 Absatz 3 des Vertrags erfüllt sind.

(2) Die Kommission kann eine solche Feststellung auch in Bezug auf **Artikel 82** des Vertrags treffen.

Merke: Nach der VO 1/2003 wird die Kommission im Grundsatz nur noch als **Verfolgungsbehörde** tätig. Entscheidungen über die **Nichtanwendbarkeit** oder eine **Einzelfreistellung** wird sie nur treffen, soweit es sich um **Verhaltensweisen** handelt, über deren Behandlung bislang **keine ausreichende Rechtssicherheit** besteht.

II. Verhältnis des europäischen zum nationalen Wettbewerbsrecht (18)

4. Zuständigkeit für den Vollzug des europäischen Wettbewerbsrechts

d) Sicherung der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts

Artikel 11 VO 1/2003

Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten

- (1) Die Kommission und die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten arbeiten bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft eng zusammen. (...)
- (3) Werden die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten aufgrund von Artikel 81 oder Artikel 82 des Vertrags tätig, so **unterrichten sie hierüber schriftlich die Kommission** vor Beginn oder unverzüglich nach Einleitung der ersten förmlichen Ermittlungshandlung. Diese Unterrichtung kann auch den Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedstaaten zugänglich gemacht werden.
- (4) **Spätestens 30 Tage vor Erlass einer Entscheidung, mit der die Abstellung einer Zuwiderhandlung angeordnet wird, Verpflichtungszusagen angenommen werden oder der Rechtsvorteil einer Gruppenfreistellungsverordnung entzogen wird, unterrichten die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten die Kommission.** (...)
- (5) Die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten **können die Kommission zu jedem Fall**, in dem es um die Anwendung des Gemeinschaftsrechts geht, **konsultieren**.

II. Verhältnis des europäischen zum nationalen Wettbewerbsrecht (19)

4. Zuständigkeit für den Vollzug des europäischen Wettbewerbsrechts

d) Sicherung der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts

Artikel 13 VO 1/2003

Aussetzung und Einstellung des Verfahrens

(1) Sind die **Wettbewerbsbehörden mehrerer Mitgliedstaaten** aufgrund einer Beschwerde oder von Amts wegen mit einem Verfahren gemäß Artikel 81 oder Artikel 82 des Vertrags **gegen dieselbe Vereinbarung, denselben Beschluss oder dieselbe Verhaltensweise befasst**, so stellt der Umstand, dass eine Behörde den Fall bereits bearbeitet, **für die übrigen Behörden einen hinreichenden Grund dar, ihr Verfahren auszusetzen oder die Beschwerde zurückzuweisen**. Auch die Kommission kann eine Beschwerde mit der Begründung zurückweisen, dass sich bereits eine Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaats mit dieser Beschwerde befasst.

(2) Ist eine einzelstaatliche Wettbewerbsbehörde oder die Kommission mit einer Beschwerde gegen eine Vereinbarung, einen Beschluss oder eine Verhaltensweise befasst, die **bereits von einer anderen Wettbewerbsbehörde behandelt worden** ist, so kann die Beschwerde abgewiesen werden.

II. Verhältnis des europäischen zum nationalen Wettbewerbsrecht (20)

4. Zuständigkeit für den Vollzug des europäischen Wettbewerbsrechts

d) Sicherung der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts

Artikel 14 VO 1/2003

Beratender Ausschuss

(1) Vor jeder Entscheidung, die nach Maßgabe der Artikel 7, 8, 9, 10 und 23, Artikel 24 Absatz 2 und Artikel 29 Absatz 1 ergeht, **hört die Kommission einen Beratenden Ausschuss** für Kartell- und Monopolfragen.

(2) Für die Erörterung von Einzelfällen setzt der Beratende Ausschuss sich aus **Vertretern der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten zusammen**. Für Sitzungen, in denen andere Fragen als Einzelfälle zur Erörterung stehen, kann ein weiterer für Wettbewerbsfragen zuständiger Vertreter des jeweiligen Mitgliedstaats bestimmt werden. Die Vertreter können im Falle der Verhinderung durch andere Vertreter ersetzt werden. (...)

(5) Die **Kommission berücksichtigt soweit wie möglich die Stellungnahme des Ausschusses**. Sie unterrichtet den Ausschuss darüber, inwieweit sie seine Stellungnahme berücksichtigt hat. (...)

(7) Die Kommission setzt auf **Antrag der Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaats** Fälle, die nach Artikel 81 und 82 des Vertrags von einer Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaats behandelt werden, auf die Tagesordnung des **Beratenden Ausschusses**. Die Kommission kann dies auch aus eigener Initiative tun. In beiden Fällen wird die betreffende Wettbewerbsbehörde von ihr vorab unterrichtet.

II. Verhältnis des europäischen zum nationalen Wettbewerbsrecht (21)

4. Zuständigkeit für den Vollzug des europäischen Wettbewerbsrechts

d) Sicherung der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts

Artikel 15 VO 1/2003

Zusammenarbeit mit Gerichten der Mitgliedstaaten

- (1) Im Rahmen von Verfahren, in denen Artikel 81 oder 82 des Vertrags zur Anwendung kommt, können die **Gerichte der Mitgliedstaaten die Kommission um die Übermittlung von Informationen**, die sich in ihrem Besitz befinden, oder um **Stellungnahmen zu Fragen bitten, die die Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft betreffen**.
- (2) Die Mitgliedstaaten **übermitteln der Kommission eine Kopie jedes schriftlichen Urteils eines einzelstaatlichen Gerichts über die Anwendung des Artikels 81 oder 82 des Vertrags**. (...)
- (3) Die **einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden** können von sich aus **den Gerichten ihres Mitgliedstaats schriftliche Stellungnahmen zur Anwendung des Artikels 81 oder 82 des Vertrags übermitteln**. Mit Erlaubnis des betreffenden Gerichts können sie vor den Gerichten ihres Mitgliedstaats auch **mündlich Stellung nehmen**. Sofern es die kohärente Anwendung der Artikel 81 oder 82 des Vertrags erfordert, kann die **Kommission aus eigener Initiative den Gerichten der Mitgliedstaaten schriftliche Stellungnahmen übermitteln**. Sie kann mit Erlaubnis des betreffenden Gerichts auch **mündlich Stellung nehmen**. (...)

II. Verhältnis des europäischen zum nationalen Wettbewerbsrecht (22)

4. Zuständigkeit für den Vollzug des europäischen Wettbewerbsrechts

d) Sicherung der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts

Artikel 16 VO 1/2003

Einheitliche Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts

(1) Wenn **Gerichte der Mitgliedstaaten** nach Artikel 81 oder 82 des Vertrags über Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen zu befinden haben, die bereits **Gegenstand einer Entscheidung der Kommission** sind, **dürfen sie keine Entscheidungen erlassen, die der Entscheidung der Kommission zuwiderlaufen**. Sie müssen es auch vermeiden, Entscheidungen zu erlassen, die einer Entscheidung zuwiderlaufen, die die Kommission in einem von ihr eingeleiteten Verfahren zu erlassen beabsichtigt. Zu diesem Zweck kann das einzelstaatliche Gericht prüfen, ob es notwendig ist, das vor ihm anhängige Verfahren auszusetzen. Diese Verpflichtung gilt **unbeschadet der Rechte und Pflichten nach Artikel 234 des Vertrags**.

(2) Wenn **Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten** nach Artikel 81 oder 82 des Vertrags über Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen zu befinden haben, die bereits Gegenstand einer Entscheidung der Kommission sind, **dürfen sie keine Entscheidungen treffen, die der von der Kommission erlassenen Entscheidung zuwiderlaufen würden**.

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (1)

1. Grundstruktur des Art. 101 AEUV

a) Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt/Legalausnahme

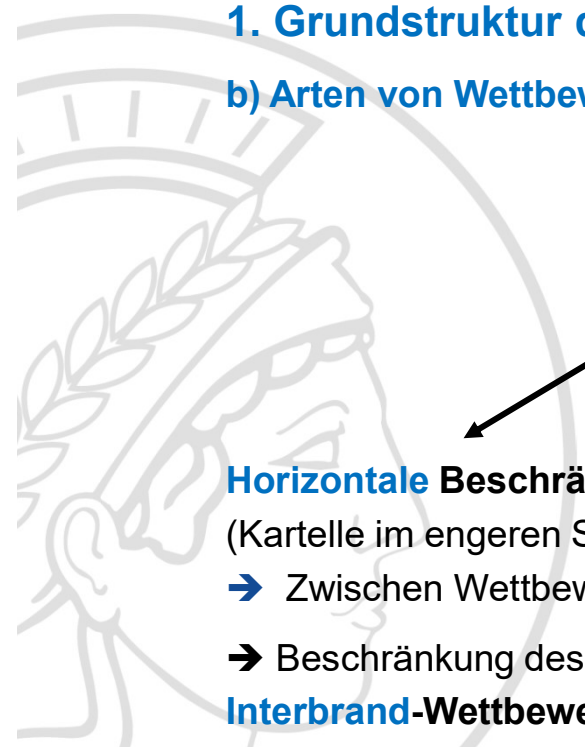
Merke:

- (1) Art. 101 AEUV verbietet grundsätzlich alle Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (Kartelle) und unterstellt sie in **Abs. 3** einem bloßen **Erlaubnisvorbehalt**.
- (2) Bis 1. Mai 2004 konnte allein die Kommission diese Erlaubnis erteilen (sog. Einzelfreistellung). Die **VO 1/2003** führte die **unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 3 AEUV** ein und ersetzte damit den Erlaubnisvorbehalt durch das System der **Legalausnahme**.

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (2)

1. Grundstruktur des Art. 101 AEUV

b) Arten von Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung



Kartelle
(wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen)

Horizontale Beschränkungen
(Kartelle im engeren Sinne)
→ Zwischen Wettbewerbern
→ Beschränkung des **Interbrand-Wettbewerbs**

Vertikale Beschränkungen
(zwischen Unternehmen unterschiedlicher Wirtschaftsstufe)
→ Beschränkung jedenfalls des **Intrabrand-Wettbewerbs**

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (3)

1. Grundstruktur des Art. 101 AEUV

b) Arten von Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung

EuGH, **Grundig und Consten gegen Kommission**, Rs. 56/64, EU:C:1966:41:

(12) [Art. 81] gilt allgemein für alle den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt verfälschenden Vereinbarungen und **unterscheidet** zwischen diesen Vereinbarungen **nicht danach, ob sie von Unternehmen abgeschlossen sind, die auf derselben Wirtschaftsstufe miteinander im Wettbewerb stehen**, oder ob **ihnen nicht miteinander konkurrierende Unternehmen verschiedener Stufen angehören**. Es geht grundsätzlich nicht an, da Unterscheidungen zu treffen, wo der Vertrag es nicht tut.

Merke: Das Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV gilt **für alle horizontalen und vertikalen Vereinbarungen, die den Wettbewerb beschränken**.

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (4)

1. Grundstruktur des Art. 101 AEUV

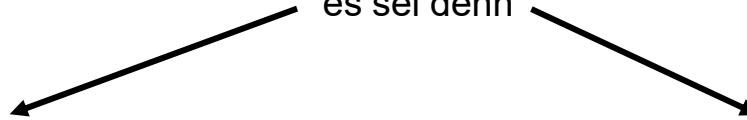
c) Kartellverbot und Freistellung

Verbot jeder horizontalen und vertikalen Beschränkung (Art. 101 Abs. 1 AEUV)



Nichtigkeit der Vereinbarung (Art. 101 Abs. 2 AEUV),

es sei denn



Gruppenfreistellung durch VO

Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (5)

2. Voraussetzungen des Kartellverbots

Überblick

- (1) Unternehmen oder Unternehmensvereinigung (Adressat)
- (2) Vereinbarung, abgestimmte Verhaltensweise oder Beschluss
- (3) Wettbewerbsbeschränkung
- (4) Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (6)

2. Voraussetzungen des Kartellverbots

a) „Unternehmen“ und „Unternehmensvereinigungen“ als Adressaten

EuGH, **Höfner**, C-41/90, EU:C:1991:161: „**funktionaler Unternehmensbegriff**“

Unternehmen = jedwede **selbstständige Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit**.

Folge: Staat als Hoheitsträger, Verbraucher und Arbeitnehmer sind keine Unternehmen

➤ **Staatliches Handeln als Unternehmen**

Merke: Grundsätzlich ist der **Unternehmensbegriff erfüllt**, wenn der Staat eine **wirtschaftliche Tätigkeit** ausübt. **Nicht erforderlich** ist, dass eine **Gewinnerzielungsabsicht** oder eine **privatrechtliche Rechtsform** vorliegen.

z.B.: öffentlich-rechtlicher Rundfunk, Postdienste, Arbeitsvermittlung (s.o. Höfner),
Hafenbetriebsgesellschaften; Energieversorger.

Sonderfall: **Sozialversicherungssysteme** begründen **kein Unternehmen**, soweit sie auf dem **Modell der sozialen Solidarität** aufbauen (**Poucet**, C-159/91, EU:C:1993:63)

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (7)

2. Voraussetzungen des Kartellverbots

a) „Unternehmen“ und „Unternehmensvereinigungen“ als Adressaten

➤ Beschränkung auf die anbietende Tätigkeit

EuGH, [FENIN gegen Kommission](#), C-205/03 P, EU:C:2006:453:

(25) Das [EuG] hat in Randnummer 35 des angefochtenen Urteils zu Recht daran erinnert, dass der Begriff des **Unternehmens** im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft **jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einrichtung unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung umfasst** (Urteile vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90, Höfner und Elser, Slg. 1991, I-1979, Randnr. 21, und vom 16. März 2004 in den Rechtssachen C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, AOK-Bundesverband u. a., Slg. 2004, I-2493, Randnr. 46). Außerdem hat es im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes in Randnummer 36 des angefochtenen Urteils darauf hingewiesen, dass es das **Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt ist, was den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit kennzeichnet** (Urteil vom 18. Juni 1998 in der Rechtssache C-35/96, Kommission/Italien, Slg. 1998, I-3851, Randnr. 36).

Folge: Einkaufstätigkeit von Krankenhäusern des Sozialversicherungsträgers ist nicht unternehmerisch

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (8)

2. Voraussetzungen des Kartellverbots

a) „Unternehmen“ und „Unternehmensvereinigungen“ als Adressaten

➤ Beschränkung auf die anbietende Tätigkeit

Merke: Nach Auffassung des EuGH liegt eine unternehmerische Tätigkeit nur im Anbieten von Waren und Gütern, dagegen nicht in der Nachfragetätigkeit. Deshalb ist der Staat nur Unternehmer, soweit er selbst Waren und Dienstleistungen auf Märkten anbietet. In der **Auslegung des Unternehmensbegriffs nach deutschem Recht** wurde dagegen immer **auch die Nachfragetätigkeit als wirtschaftliche Tätigkeit** angesehen.

Folge: Die enge Auslegung hat nicht zur Folge, dass Art. 101 AEUV nur Anbieterkartelle erfassen würde. **Nachfragerkartelle** sind ebenso **erfasst**, wenn die **Nachfrager auf einer Zwischenstufe der Produktion oder des Absatzes Waren oder Dienstleistungen nachfragen**.

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (9)

2. Voraussetzungen des Kartellverbots

a) „Unternehmen“ und „Unternehmensvereinigungen“ als Adressaten

- **Unternehmensvereinigungen:** z.B. Berufs- und Sportverbände
- **Konzerne**

Siehe EuGH, **Viho Europe gegen Kommission**, C-7/95 P, EU:C:1998:256(Tz. 15 ff.): An einer Wettbewerbsbeschränkung fehlt es, wenn das Tochterunternehmen über keine Entscheidungsautonomie verfügt

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (10)

2. Voraussetzungen des Kartellverbots

b) Vereinbarungen, abgestimmte Verhaltensweisen, Beschlüsse

Vereinbarung: Vertrag im juristischen Sinn; aber auch gentleman's agreement

Abgestimmte Verhaltensweisen: = jede Form der willentlichen Koordinierung des Verhaltens (Nachweis der Vereinbarung nicht notwendig).

Problem: Abgrenzung zum selbstständigen unternehmerischen Verhalten.

Merke: Verboten ist jede Kontaktaufnahme oder Information, die eine Abstimmung ermöglichen könnte.

Problem: **Parallelverhalten von Unternehmen auf oligopolistischen Märkten bei transparenten Preisen und homogenen Gütern** (z.B.: Benzin)

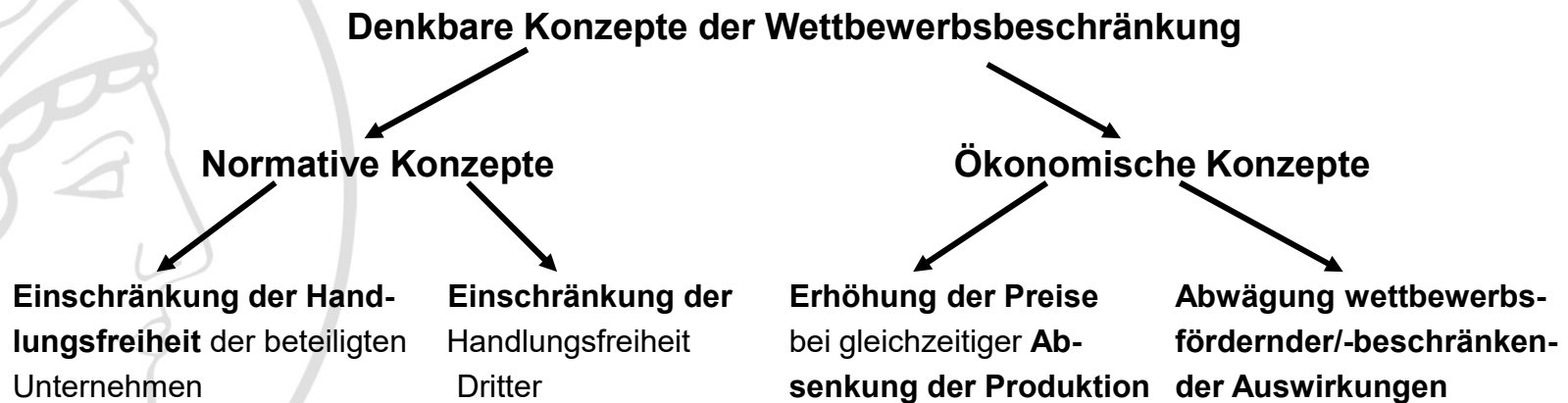
EuGH, **ICI gegen Kommission („Farbstoff“)**, Verb. Rs. 48/69, 49/69, 51/69, 52/69, 53/69, 54/69, 55/69, 56/69, 57/69, EU:C:1972:70: Eine abgestimmte Verhaltensweise kann nur dann angenommen werden, wenn das Parallelverhalten nicht durch die Marktgegebenheiten, etwa im Oligopol, erklärt werden kann.

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (11)

2. Voraussetzungen des Kartellverbots

c) Wettbewerbsbeschränkung

= „**Bezwecken oder Bewirken** einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs“.



III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (12)

2. Voraussetzungen des Kartellverbots

c) Wettbewerbsbeschränkung

(1) Fälle des Bezweckens

Merke: Ausreichend ist das „**Bezwecken**“ im Sinne einer „**objektiven Tendenz**“. Eine **besondere Absicht ist nicht erforderlich**. Danach ist eine Wettbewerbsbeschränkung anzunehmen, wenn die Vereinbarung die Wettbewerbsbeschränkung zum Inhalt hat (z.B. Ausschluss des Preiswettbewerbs durch Festlegung von Mindestpreisen). Die **entsprechende Wirkung muss dann nicht nachgewiesen werden**. Erst wenn ein Fall des Bezweckens verneint ist, müssen die negativen **Auswirkungen auf den Wettbewerb im Einzelfall** geprüft werden (Fall des **Bewirkens**).

Eindeutige Fälle des Bezweckens (sog. Kern- oder Hardcore-Beschränkungen):

- Horizontal: Preiskartelle, Quotenkartelle, Gebiets- oder Kundenaufteilungen, Bieterkartelle
- Vertikal: Vertikale Preisbindung, absoluter Gebietsschutz durch das Verbot des „passiven Verkaufs“ durch Händler

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (13)

2. Voraussetzungen des Kartellverbots

c) Wettbewerbsbeschränkung

(1) Fälle des Bezweckens

Jüngere Rechtsprechung des EuGH:

- **Allianz Hungaria**, C-32/11, EU:C:2013:160:

„(36) Bei der Prüfung der Frage, ob eine Vereinbarung eine „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung enthält, ist auf den **Inhalt ihrer Bestimmungen** und die mit ihr verfolgten **Ziele sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang**, in dem sie steht, abzustellen (vgl. Urteile GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission u. a., Randnr. 58, Football Association Premier League u. a., Randnr. 136, sowie Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, Randnr. 35). Im Rahmen der Beurteilung dieses Zusammenhangs sind auch die Natur der betroffenen Waren und Dienstleistungen, die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden **tatsächlichen Bedingungen** und die **Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte zu berücksichtigen** (vgl. Urteil Expedia, Randnr. 21 und die dort angeführte Rechtsprechung).“

→ Allgemeine Kritik an starker Ausdehnung des Bereichs des Bewirkens.

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (14)

2. Voraussetzungen des Kartellverbots

c) Wettbewerbsbeschränkung

(1) Fälle des Bezweckens

Jüngere Rechtsprechung des EuGH:

- **Groupement des cartes bancaires gegen Kommission**, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, Tz. 57 f.:

Der EuGH konkretisiert die offensichtliche Aufweichung der Kriterien für das Bewirken in Allianz Hungaria. Er betont, dass für ein Bewirken auf jeden Fall, dass die Koordinierung zwischen den Parteien „in sich selbst eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt“, obwohl der EuGH in Allianz Hungaria kurz zuvor auf die Marktgegebenheiten abgestellt hat. Der EuGH betont, dass ein Bezwecken **nur im Falle bestimmte Arten von Koordinierung zwischen Unternehmen angenommen werden kann, „die den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigen, damit davon ausgegangen werden kann, dass die Prüfung ihrer Auswirkungen nicht notwendig ist“**. Ausdrücklich betont der EuGH dabei, dass der Begriff des Bezweckens **eng auszulegen** sei

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (15)

2. Voraussetzungen des Kartellverbots

c) Wettbewerbsbeschränkung

(1) Fälle des Bezweckens

Jüngere Rechtsprechung des EuGH:

- **Maxima Latvija**, C-345/14, EU:C:2015:784, Tz. 19-24.:

Bestätigung des Urteils in Cartes Bancaires. Erforderlich sei die „Feststellung, dass eine solche Vereinbarung **in sich selbst eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt, die die Annahme rechtfertigt, dass eine Prüfung ihrer Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht erforderlich ist.**“ Im Ergebnis verneinte der EuGH ein Bezwecken im Falle eines Verbots zugunsten eines Supermarktbetreibers mit dem Betreiber eines Einkaufszentrum, wonach letzterer nicht ohne Zustimmung des Supermarktes Verkaufsfläche an einen anderen Supermarktbetreiber vermieten dürfe.

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (16)

2. Voraussetzungen des Kartellverbots

c) Wettbewerbsbeschränkung

(1) Fälle des Bezweckens

Merke: Der EuGH hat jüngst in der Entscheidung Allianz Hungaria den Begriff des Bezweckens flexibilisiert, indem er in einem Fall vertikaler Vereinbarungen auch ein Bezwecken mit bloßem Rückgriff auf die konkreten Marktgegebenheiten annahm. Damit verschwommen aber die Grenzen zur Prüfung der konkreten Auswirkungen auf den Wettbewerb in den Fällen des „Bewirkens“. In jüngeren Entscheidungen (Cartes bancaires und Maxima Latvija) scheint der EuGH zur früheren Rechtsprechung zurückzukehren. Der Begriff des Bezweckens ist **eng auszulegen**, die Wettbewerbsbeschränkung muss sich **aus der Vereinbarung selbst ergeben**, so dass **eine Prüfung der konkreten Auswirkungen nicht erforderlich erscheint**.

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (17)

2. Voraussetzungen des Kartellverbots

c) Wettbewerbsbeschränkung

(2) Fälle des Bewirkens

Merke: Der EuGH wendet zwei Kriterien an:

- 1. Kriterium:** Traditionell wurde verlangt, dass die Freiheit der Beteiligten zum Handeln im Wettbewerb durch die Vereinbarung eingeschränkt wird (Verstoß gegen das „**Selbstständigkeitspostulat**“). Entscheidend ist daher die **Einschränkung der Freiheit zum wirtschaftlichen Wettbewerb**.
- 2. Kriterium:** Zunächst wurde in Entscheidungen das Selbstständigkeitspostulat nicht mehr für ausreichend erachtet, bzw. in jüngeren Entscheidungen überhaupt nicht mehr erwähnt. Der EuGH verlangt bei der Prüfung der Auswirkungeneine **Berücksichtigung des „rechtlichen und wirtschaftlichen Kontextes“** der Vereinbarung (so auch **Maxima Latvija**, C-345/14, EU:C:2014:2204, Tz. 26 – mit der Prüfung, ob im konkreten Fall die Vereinbarung den **Marktzutritt** für andere Supermärkte **erheblich erschwert**).

Siehe auch schon früher: **Delimitis**, C-234/89, EU:C:1991:91; **Langnese-Iglo**, C-279/95 P, EU:C:1998:447 (jeweils zu Alleinbezugsverpflichtungen); **Javico**, C-306/96, EU:C:1998:173 (Ausfuhrverbot für Abnehmer in Drittstaaten)

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (18)

2. Voraussetzungen des Kartellverbots

c) Wettbewerbsbeschränkung

(3) Ist der Nachweis eines Verbrauchernachteils zu verlangen?

EuG, GlaxoSmithKline gegen Kommission, T-168/01, EU:T:2006:265, Tz. 171): Das EuG nimmt die Argumente der Ökonomie auf, wonach das Kartellrecht vor allem der **Konsumentenwohlfahrt** zu dienen bestimmt ist und passt entsprechend die Prüfung der Wettbewerbsbeschränkung an. Danach sollte eine **Wettbewerbsbeschränkung nur vorliegen**, wenn zusätzlich zur Einschränkung der Handlungsfreiheit nachgewiesen wird, dass der **Wettbewerb zulasten der Verbraucher eingeschränkt wird**. Entsprechend prüft das EuG konkret die negativen Auswirkungen auf Verbraucher.

Aber: Der EuGH widerspricht dem EuG!!

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (19)

2. Voraussetzungen des Kartellverbots

c) Wettbewerbsbeschränkung

(3) Ist der Nachweis eines Verbrauchernachteils zu verlangen?

EuGH, **GlaxoSmithKline gegen Kommission**, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P. u. C-519/06 P, EU:C:2009:610:

(62) Die Feststellung des [EuG], dass, wenn feststehe, dass bei einer Vereinbarung, die auf eine Begrenzung des Parallelhandels abziele, grundsätzlich davon auszugehen sei, dass sie eine Einschränkung des Wettbewerbs bezwecke, dies insofern gelte, als vermutet werden könne, dass dadurch den Endverbrauchern die Vorteile eines wirksamen Wettbewerbs hinsichtlich der Bezugsquellen oder der Preise vorenthalten würden, wird **weder durch den Wortlaut des [Art. 101 Abs. 1 AEUV] noch durch die Rechtsprechung gestützt.**

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (20)

2. Voraussetzungen des Kartellverbots

c) Wettbewerbsbeschränkung

(3) Ist der Nachweis eines Verbrauchernachteils zu verlangen?

EuGH, **GlaxoSmithKline gegen Kommission**, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P. u. C-519/06 P, EU:C:2009:610:

(63) Zum einen geht aus dieser Vorschrift **nicht** hervor, **dass nur Vereinbarungen, die den Verbrauchern bestimmte Vorteile entziehen, einen wettbewerbswidrigen Zweck haben könnten**. Zum anderen hat der Gerichtshof entschieden, dass [Art. 101 AEUV], wie auch die übrigen Wettbewerbsregeln des Vertrags, **nicht nur dazu bestimmt ist, die unmittelbaren Interessen einzelner Wettbewerber oder Verbraucher zu schützen, sondern die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen**. Daher setzt die Feststellung, dass mit einer Vereinbarung ein wettbewerbswidriger Zweck verfolgt wird, nicht voraus, dass dadurch den Endverbrauchern die Vorteile eines wirksamen Wettbewerbs hinsichtlich der Bezugsquellen oder der Preise vorenthalten werden (vgl. entsprechend Urteil T-Mobile Netherlands u. a., Randnrn. 38 und 39).

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (21)

2. Voraussetzungen des Kartellverbots

c) Wettbewerbsbeschränkung

(3) Ist der Nachweis eines Verbrauchernachteils zu verlangen?

Merke: Für eine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV ist grundsätzlich **nicht der Nachweis eines konkreten Verbraucherschadens zu verlangen**. Dies widerspricht sowohl dem **Wortlaut** als auch der **Systematik** und **Sinn und Zweck der Vorschrift**. Zu schützen ist dagegen die „Struktur“ des Wettbewerbs im Sinne eines Schutzes des Wettbewerbs als Institution. Zusätzlich den Nachweis eines Verbrauchernachteils zu verlangen hieße, den **Schutz des „unverfälschten Wettbewerbs“** (Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb) **zu schwächen**.

Problem: Wie ist dann jedoch eine Schädigung des Wettbewerbs als Institution festzustellen?

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (22)

2. Voraussetzungen des Kartellverbots

c) Wettbewerbsbeschränkung

(4) Prüfung im „more economic approach“ der Kommission

Siehe Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 (2004).

Grundsatz: Für die Feststellung einer Beschränkung kommt es nicht auf den Inhalt einer Vereinbarung (form-based approach), sondern auf die konkreten Auswirkungen auf den relevanten Markt (**effects-based approach**) an. Danach sind die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen vor allem davon ab, ob das bindende Unternehmen über beträchtliche **Marktmacht** verfügt.

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (23)

2. Voraussetzungen des Kartellverbots

c) Wettbewerbsbeschränkung

(4) Prüfung im „more economic approach“ der Kommission

1. Stufe: Prüfung von Art. 101 Abs. 1 AEUV

Bezwecken von wettbewerbswidrigen
Wirkungen

**Tatsächliche oder potenzielle wett-
bewerbswidrige Auswirkungen**

Merke: Das Vorliegen **wettbewerbsfördernder Wirkungen** schließt die Bejahung einer Wettbewerbsbeschränkung nach **Art. 101 Abs. 1 AEUV** nicht aus

2. Stufe: Prüfung von Art. 101 Abs. 3 AEUV

Abwägung zwischen der wettbewerbsfördernden und wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen
(**europäische rule of reason!**)

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (24)

2. Voraussetzungen des Kartellverbots

c) Wettbewerbsbeschränkung

(4) Prüfung im „more economic approach“ der Kommission

Merke: Viele Vereinbarungen, vor allem vertikale Vertriebsvereinbarungen sind **wettbewerbslich ambivalent**. So beschränken insbesondere vertikale Vertriebsvereinbarungen (z.B. Alleinvertriebsvereinbarungen) den Wettbewerb zwischen den Händlern (**Intrabrand-Wettbewerb**). Gleichzeitig kann aber eine solche Vereinbarung den Wettbewerb zwischen den Herstellern (**Interbrand-Wettbewerb**) anspornen, insbesondere dann, wenn das bindende Unternehmen nicht marktmächtig ist. Erforderlich ist danach eine **Abwägung**. Diese erfolgt aber erst im Rahmen des **Art. 101 Abs. 3 AEUV**.

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (25)

2. Voraussetzungen des Kartellverbots

c) Wettbewerbsbeschränkung

(5) Beispiele des Art. 101 Abs. 1 AEUV

Art. 101 Abs. 1 a) AEUV: Verbot der Preisbindungen und Konditionenkartelle.

Art. 101 Abs. 1 b) AEUV: Verbot der Quotenkartelle.

Art. 101 Abs. 1 c) AEUV: Verbot der Marktaufteilung.

Art. 101 Abs. 1 d) AEUV: Benachteiligungsverbot bei Diskriminierung.

Art. 101 Abs. 1 e) AEUV: Verbot der Koppelungsgeschäfte.

Merke: Die Erwähnung dieser Fälle **besagt noch nichts über das Verbot**. Vielmehr sind konkret die **Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV zu prüfen**.

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (26)

2. Voraussetzungen des Kartellverbots

d) Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung (ungeschriebene Voraussetzung)

Merke: Die Spürbarkeit ist **zweimal zu prüfen**, einmal in Bezug auf die Auswirkungen auf den **Handel zwischen den Mitgliedstaaten**, zum anderen in Bezug auf die **Wettbewerbsbeschränkung**. Zweck des Spürbarkeitskriteriums ist es, bloße Bagatellfälle vom Verbot auszunehmen.

Kommission:

- **Leitlinien über die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels (2004)**
 - **„De-minimis“-Bekanntmachung v. 30.8.2014** 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
 - ➔ Danach **Marktanteilsmodell**: Keine Spürbarkeit **horizontaler Vereinbarungen** bei gemeinsamen Marktanteil von bis zu **10 %** sowie **vertikaler Vereinbarungen**, wenn der Marktanteil des bindenden Unternehmers nicht höher liegt als **15 %**
- Aber: EuGH, **Expedia**, C-226/11, EU:C:2012:795:
- ➔ **Keine bindende Wirkung der de-minimis-Bekanntmachung für die nationalen Behörden**; stattdessen Prüfung der Spürbarkeit nach den konkreten Auswirkungen

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (27)

3. Freistellungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV

a) Gruppenfreistellungen (GVOs)

□ Rechtsgrundlage

Art. 103 Abs. 2 b) AEUV: Verordnung des Rates, die die **Kommission** wiederum zum Erlass von **Gruppenfreistellungsverordnungen** ermächtigt

Merke:

- Die Gruppenfreistellungsverordnungen haben immer nur eine **vorab festgelegte Laufzeit** (i.d.R. 10 Jahre). Die Wettbewerbspolitik wird so laufend einer Überprüfung unterzogen
- Als unmittelbar wirkendes Recht schaffen die GVOs **europäisches Vertragsrecht**, soweit sie zur Wirksamkeit von wettbewerbsbeschränkenden Verträgen führen

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (28)

3. Freistellungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV

a) Gruppenfreistellungen (GVOs)

□ Gegenwärtiger Stand

Vertikale Vereinbarungen	
Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen	Laufzeit: 1.6.2010-31.5. 2022
Verordnung (EU) Nr. 461/2010 der Kommission vom 27. Mai 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor	Laufzeit: 1.6.2010-31.5. 2023
Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Kommission vom 21. März 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen	Laufzeit: 1.5.2014-30.4. 2026

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (29)

3. Freistellungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV

a) Gruppenfreistellungen (GVOs)

Gegenwärtiger Stand

Horizontale Vereinbarungen	
Verordnung (EU) Nr. 1218/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen	Laufzeit: 1.1.2011-31.12.2020
Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung	Laufzeit: 1.1.2011-31.5.2020
Sektorale GVOs	
z.B.: Verordnung (EU) Nr. 267/2010 der Kommission vom 24. März 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Vereinbarungen im Versicherungssektor	Laufzeit: 1.4.2010-31.3.2017

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (30)

3. Freistellungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV

a) Gruppenfreistellungen (GVOs)

- Struktur: Beispiel der Vertikal-GVO 330/2010

Artikel 2 Freistellung

(1) Nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV und nach Maßgabe dieser Verordnung **gilt Artikel 101 Absatz 1 AEUV nicht für vertikale Vereinbarungen.**

Diese Freistellung gilt, soweit solche Vereinbarungen vertikale Beschränkungen enthalten. (...)

Artikel 3 Marktanteilsschwelle

(1) Die **Freistellung nach Artikel 2 gilt nur**, wenn der **Anteil des Anbieters an dem relevanten Markt**, auf dem er die Vertragswaren oder -dienstleistungen anbietet, und der **Anteil des Abnehmers an dem relevanten Markt**, auf dem er die Vertragswaren oder -dienstleistungen bezieht, jeweils **nicht mehr als 30 %** beträgt. (...)

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (31)

3. Freistellungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV

a) Gruppenfreistellungen (GVOs)

- **Struktur: Beispiel der Vertikal-GVO 330/2010**

Artikel 4

Beschränkungen, die zum Ausschluss des Rechtsvorteils der Gruppenfreistellung führen – Kernbeschränkungen
Die Freistellung nach **Artikel 2 gilt nicht für vertikale Vereinbarungen**, die unmittelbar oder mittelbar, für sich allein oder in Verbindung mit anderen Umständen unter der Kontrolle der Vertragsparteien **folgendes bezwecken**: (...)

Artikel 5

Nicht freigestellte Beschränkungen

Die Freistellung nach **Artikel 2 gilt nicht** für die folgenden, **in vertikalen Vereinbarungen enthaltenen Verpflichtungen**:
(...)

Frage: Was ist der Unterschied zwischen Art. 4 und Art. 5?

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (32)

3. Freistellungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV

a) Gruppenfreistellungen (GVOs)

- **Struktur: Beispiel der Vertikal-GVO 330/2010**

Merke:

- (1) Für Vereinbarungen, die in den Genuss der Gruppenfreistellung kommen, besteht die **unwiderlegbare Vermutung**, dass sie die **Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen (Legalausnahme)**. Der Vorteil der Gruppenfreistellung kann **nur durch Einzelentscheidung entzogen werden**.
- (2) Die Gruppenfreistellung beruht nach den aktuellen GVOs auf dem **Marktanteilsmodell**. Diesem unterliegt die Überzeugung, dass die Auswirkungen von Vereinbarungen auf den Wettbewerb davon abhängen, ob die betreffenden Unternehmen über **ausreichende Marktmacht** verfügen. Der festgelegte **Marktanteil** fungiert als **Indiz für Marktmacht**
- (3) Liegen Klauseln der sog. „**schwarzen Liste**“ (**Kernbeschränkungen**) vor (z.B. Art. 4 Vertikal-GVO) **scheitert die Freistellung für die gesamte Vereinbarung**. Davon sind Klauseln zu unterscheiden, deren Aufnahme **nicht die Freistellung der Vereinbarung im Übrigen beeinträchtigt** (z.B. Art. 5 Vertikal-GVO)

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (33)

3. Freistellungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV

b) Einzelfreistellung unmittelbar nach Art. 101 Abs. 3 AEUV

Merke: Fehlt es an einer GVO für den fraglichen Bereich oder führt eine GVO nicht zur Freistellung, kann eine Freistellung immer noch nach den unmittelbar anwendbaren Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV gegeben sein.

Kumulative Voraussetzungen der Einzelfreistellung (Art. 101 Abs. 3 AEUV)

Positiv:

Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung/
Beitrag zum technischen oder wirtschaftlichen Fortschritt (**Effizienzen**)

Positiv:

Angemessene **Beteiligung der Verbraucher**

Negativ:

Keine Unerlässlichkeit der Beschränkung zur Zielverwirklichung

Negativ:

Keine Möglichkeit, den Wettbewerb auszuschalten (Schutz des Restwettbewerbs)

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (34)

3. Freistellungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV

b) Einzelfreistellung unmittelbar nach Art. 101 Abs. 3 AEUV

Merke:

- ❑ Die **Rechtfertigung** liegt in den vorgebrachten **Effizienzen**, d.h. den Vorteilen für die Warenerzeugung und –verteilung sowie für den technischen und wirtschaftlichen Fortschritt. Diese sollten an erster Stelle geprüft werden (sog. **Effizienzverteidigung**, **europäische „rule of reason“**)
- ❑ Die **übrigen drei Voraussetzungen schränken die Berufung auf Effizienzen wieder ein**
- ❑ „**Verbraucher**“ i.S. des Art. 101 Abs. 3 AEUV ist **nicht nur der Endabnehmer**, sondern auch der unmittelbare (gewerbliche) Abnehmer auf der anderen Marktseite; manche vertreten sogar, dass der Verbraucher auch der Lieferant sein könne, nämlich dann, wenn die Wettbewerbsbeschränkung von der Nachfragerseite ausgeht

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (35)

3. Rechtsfolgen des Verstoßes gegen Art. 101 AEUV (Art. 101 Abs. 2 AEUV)

Rechtsfolgen des Verstoßes



```
graph TD; A[Rechtsfolgen des Verstoßes] --> B[Nichtigkeit des Vereinbarten; Art. 101 Abs. 2 AEUV]; A --> C[Schadensersatzanspruch des Verletzten; EuGH (Courage); Richtlinie 2014/104];
```

Nichtigkeit des Vereinbarten;
Art. 101 Abs. 2 AEUV

Schadensersatzanspruch des Verletzten;
EuGH (Courage); Richtlinie 2014/104

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (36)

3. Rechtsfolgen des Verstoßes gegen Art. 101 AEUV (Art. 101 Abs. 2 AEUV)

Fall 66 (Courage, C-453/99, EU:C:2001:EU:C:2001:465):

Courage, eine im Vereinigten Königreich niedergelassene Brauerei, verfügt über mehrere Pubs, deren Pächter ihr Bier allein bei Courage zu beziehen haben (Alleinbezugsverpflichtung). Dabei wird eine Mindestbezugsmenge festgelegt. Ein Jahr nach Vertragsschluss verweigerte der Pächter Crehan die Zahlung für die Bierlieferungen, da Courage Bier an ungebundene Schankwirte viel billiger abgab. Courage erhebt schließlich Zahlungsklage. Im Wege der Widerklage begehrt Crehan Schadensersatz wegen der in der Vergangenheit gezahlten überhöhten Preise. Der englische Court of Appeal legt dem Fall dem EuGH vor. Der Court of Appeal hält einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV für gegeben. Nach englischem Recht könne aber eine Partei, die selbst einen rechtswidrigen Vertrag abgeschlossen habe, keinen Schadensersatz beanspruchen.

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (37)

3. Rechtsfolgen des Verstoßes gegen Art. 101 AEUV (Art. 101 Abs. 2 AEUV)

Courage, C-453/99, EU:C:2001:EU:C:2001:465:

(25) Was die Befugnis angeht, Ersatz des Schadens zu verlangen, der durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder ein entsprechendes Verhalten verursacht worden ist, so müssen die **nationalen Gerichte**, die im Rahmen ihrer Zuständigkeit das Gemeinschaftsrecht anzuwenden haben, die **volle Wirkung von dessen Bestimmungen gewährleisten** und die **Rechte schützen, die das Gemeinschaftsrecht dem Einzelnen verleiht** (Rs. 106/77, Simmenthal, Slg. 1978, 629, Rdnr. 16; Rs. C-213/89, Factortame, Slg. 1990, I-2433).

(26) Die **volle Wirksamkeit** des Artikels [101 AEUV] und insbesondere die **praktische Wirksamkeit des in [Artikel 101 Abs. 1 AEUV] ausgesprochenen Verbots wären beeinträchtigt**, wenn **nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte**, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.

(27) Ein solcher Schadensersatzanspruch **erhöht nämlich die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln** und ist geeignet, von – oft verschleierte – Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb beschränken oder verfälschen könnten. (...)

III. Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung (38)

3. Rechtsfolgen des Verstoßes gegen Art. 101 AEUV (Art. 101 Abs. 2 AEUV)

- **Richtlinie 2014/104/EU** vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für **Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union** (umzusetzen bis 27.12.2016)
 - **Zielkonflikt:** Förderung der **Durchsetzung des Kartellrechts** einerseits – **Kompensation aller Geschädigten** (Vermeidung von Überkompensation) andererseits
 - Grundsätzliche Entscheidung zugunsten der sog. „**passing-on defence**“ (Schädiger kann sich auf Weitergabe höherer Preise in der Absatzkette berufen; trägt aber die Beweislast)
 - Im Gegenzug Anerkennung auch von **Ansprüchen der Endverbraucher**; aber RL 2014/104 regelt nicht selbst das Thema der **Gruppenklagen** (nur **Empfehlung der Kommission** aus dem Jahre 2013)
 - Regelung der „**follow-on**“-**Klagen** (Bindung von Entscheidungen der Behörden für Gerichte)
 - Schwierigkeiten der **Schadensberechnung** (vor allem bei mittelbar Verletzten)
 - Abschwächung von Schadensersatzansprüchen durch **Erschwerung des Zugangs zu Kronzeugenunterlagen** („leniency documents“) bei den Ämtern
 - Problem der **Koordination getrennter Verfahren von Klägern verschiedener Absatzstufen**

IV. Missbrauch marktbeherrschender Stellung (1)

1. Marktmachtkonzept des Art. 102 AEUV

Merke:

- Adressat des Verbots nach Art. 102 AEUV sind – anders als bei Art. 101 AEUV – nicht alle Unternehmen, sondern nur solche, die über eine **marktbeherrschende Stellung** auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben verfügen
- Damit setzt die Anwendung von Art. 102 AEUV notwendige die **Bestimmung des „relevanten Marktes“** voraus, auf dem Marktmacht besteht

IV. Missbrauch marktbeherrschender Stellung (2)

1. Marktmachtkonzept des Art. 102 AEUV

a) Relevanter Markt (Bedarfsmarktkonzept, subjektiver Marktbegriff)

Siehe auch: Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes (1997), S. 5

➤ „Sachlich“ relevanter Markt (Produktmarkt)

Kommission: „Der sachlich relevante Produktmarkt umfasst **sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen**, die **von den Verbrauchern** hinsichtlich ihrer **Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks** als **austauschbar oder substituierbar** angesehen werden.“

Problem: Wie lässt sich die Substituierbarkeit feststellen?

Praxis: In der Praxis stellt man prinzipiell auf die **Nachfragesubstituierbarkeit** (Preiserhöhung führt zum Ausweichen von Verbrauchern auf andere Produkte) ab, **ausnahmsweise** auch auf die **Angebotssubstituierbarkeit** (Preiserhöhung führt zum Eintreten neuer Anbieter in den Markt).

IV. Missbrauch marktbeherrschender Stellung (3)

1. Marktmachtkonzept des Art. 102 AEUV

a) Relevanter Markt (Bedarfsmarktkonzept, subjektiver Marktbegriff)

➤ „Sachlich“ relevanter Markt (Produktmarkt)

Siehe Bekanntmachung der Kommission (1997):

15. Die Beurteilung der **Substituierbarkeit der Nachfrage** erfordert eine Bestimmung derjenigen **Produkte, die von den Abnehmern als austauschbar angesehen** werden. Eine Möglichkeit, diese Bestimmung vorzunehmen, lässt sich als ein **gedankliches Experiment** betrachten, bei dem von einer **geringen, nicht vorübergehenden Änderung der relativen Preise** ausgegangen und eine Bewertung der **wahrscheinlichen Reaktion der Kunden** vorgenommen wird. Aus verfahrensmäßigen und praktischen Erwägungen steht bei der Marktabgrenzung der Preis im Mittelpunkt, genauer gesagt die Nachfragesubstitution aufgrund kleiner, dauerhafter Änderungen bei den relativen Preisen. Hieraus lassen sich klare Hinweise in Bezug auf die für die Definition von Märkten relevanten Informationen gewinnen.

IV. Missbrauch marktbeherrschender Stellung (4)

1. Marktmachtkonzept des Art. 102 AEUV

a) Relevanter Markt (Bedarfsmarktkonzept, subjektiver Marktbegriff)

➤ „Sachlich“ relevanter Markt (Produktmarkt)

Siehe Bekanntmachung der Kommission (1997):

20. Der **Substituierbarkeit auf der Angebotsseite** kann bei der Definition der Märkte dann ebenfalls Rechnung getragen werden, wenn sie sich **genauso wirksam und unmittelbar auswirkt wie die Nachfragesubstituierbarkeit**. Dies setzt jedoch voraus, dass die **Anbieter in Reaktion auf kleine, dauerhafte Änderungen bei den relativen Preisen in der Lage sind, ihre Produktion auf die relevanten Erzeugnisse umzustellen und sie kurzfristig auf den Markt zu bringen, ohne spürbare Zusatzkosten oder Risiken zu gewärtigen**. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so üben die zusätzlich auf den Markt gelangenden Produkte auf das Wettbewerbsgebaren der beteiligten Unternehmen eine disziplinierende Wirkung aus. Dieses Ergebnis ist hinsichtlich Wirksamkeit und Unmittelbarkeit dem Nachfrage-Substitutionseffekt gleichwertig.

Merke: Der relevante Markt lässt sich **nie mit Gewissheit eindeutig abgrenzen**. Die **Substituierbarkeit ist ein graduelles Kriterium**. Der sog. **SSNIP-Test** (small but significant and non-transitory increase in price) ist ein Hilfsmittel, dass **nicht in allen Fällen überzeugt**.

IV. Missbrauch marktbeherrschender Stellung (5)

1. Marktmachtkonzept des Art. 102 AEUV

a) Relevanter Markt (Bedarfsmarktkonzept, subjektiver Marktbegriff)

➤ „räumlich“ relevanter Markt (geografischer Markt)

Kommission: „Der geographisch relevante Markt umfasst das **Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten**, in dem die **Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen** sind und das sich von benachbarten Gebieten durch **spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen** unterscheidet.“

Merke: Auch hier entscheidet der subjektive Marktbegriff (Bedarfsmarktkonzept).

Kriterien: Staatliche Handelsschranken, unterschiedliche Verbrauchergewohnheiten, Transportkostenempfindlichkeiten, Haltbarkeit des Produkts, etc.

Beispiel: Eine Flugverbindung (z.B. Frankfurt-Berlin) kann ein geographischer Markt sein.

IV. Missbrauch marktbeherrschender Stellung (6)

1. Marktmachtkonzept des Art. 102 AEUV

a) Relevanter Markt (Bedarfsmarktkonzept, subjektiver Marktbegriff)

➤ „zeitlich“ relevanter Markt

Merke: Auf die Abgrenzung des „zeitlich relevanten Marktes“ kommt es nur ausnahmsweise an, nämlich dann, wenn der konkrete Bedarf zeitlich limitiert ist (z.B. Markt für Weihnachtsbäume)

➤ Wesentlicher Teil des Binnenmarktes

Merke: Die marktbeherrschende Stellung **muss nicht den gesamten Binnenmarkt abdecken**, auch ein kleinerer Teil kann schon genügen. Insbesondere reicht es aus, wenn die marktbeherrschende Stellung das **Gebiet eines Mitgliedstaates umfasst** (insbes. bei staatlich garantierten Monopolen), da in diesem Fall gerade der **Marktzutritt für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten beeinträchtigt** ist

IV. Missbrauch marktbeherrschender Stellung (7)

1. Marktmachtkonzept des Art. 102 AEUV

b) Beherrschende Stellung

EuGH, **United Brands**, Rs. 27/76, EU:C:1978:22:

(63/66) Mit der beherrschenden Stellung im Sinne dieses Artikels ist die **wirtschaftliche Machtstellung** eines Unternehmens gemeint, die dieses in die Lage versetzt, die **Aufrechterhaltung des wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern**, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, **sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten**. Das Vorliegen einer beherrschenden Stellung ergibt sich im Allgemeinen aus dem **Zusammentreffen mehrerer Faktoren**, die jeweils für sich genommen nicht ausschlaggebend sein müssen,

Merke: Ein Monopol ist nicht notwendig. Es genügt, wenn ein Unternehmen durch sein Verhalten die Wettbewerbsbedingungen beeinflussen kann, ohne nennenswert Rücksicht auf den Wettbewerb nehmen zu müssen. **Erforderlich** ist also

- (1.) die **Fähigkeit zur Verhinderung eines wirksamen Wettbewerbs** und
- (2.) die **Möglichkeit zu einer unabhängigen Marktstrategie**.

IV. Missbrauch marktbeherrschender Stellung (8)

1. Marktmachtkonzept des Art. 102 AEUV

b) Beherrschende Stellung

Wesentliches Kriterium der Praxis: **Marktanteil** als Indiz für Marktmacht (ohne gesetzliche Festlegung)

Marktanteil			
Unter 25 %	25-40 %	Über 40 %	100 % (Monopol)
i.d.R. keine Marktbeherrschung	Marktbeherrschung bei Vorliegen weiterer Faktoren	i.d.R. Marktbeherrschung vor allem bei Vorliegen weiterer Faktoren; über 50 % quasi automatisch	Marktbeherrschung liegt automatisch vor

Andere Faktoren: Verfügung über wesentliche Ressourcen; großer Abstand zu Konkurrenten; großes Finanzvolumen; vor allem Bestehen besonderer **Marktzutrittsbarrieren**

IV. Missbrauch marktbeherrschender Stellung (9)

1. Marktmachtkonzept des Art. 102 AEUV

c) Beherrschende Stellung durch mehrere Unternehmen

Art. 102 AEUV: Deckt auch den Fall der „kollektiven“ Marktbeherrschung

Kommission: Gedeckt ist nicht nur das bewusste Zusammenwirken, sondern auch der Fall, dass **mehrere Unternehmen auf Grund struktureller Gegebenheiten im Innenverhältnis keinem Wettbewerb ausgesetzt sind (Oligopolsituation)**.

z.B.: Preiserhöhung werden von anderen nachvollzogen, weil der oligopolitische Markt ausreichend transparent ist, so dass der Außenseiter sofort identifiziert und bestraft werden kann

IV. Missbrauch marktbeherrschender Stellung (10)

2. Missbrauch

Merke:

- (1) Art. 102 AEUV verbietet nur den Missbrauch, nicht die beherrschende Stellung als solche. Die Vorschrift bewirkt damit nur eine **Verhaltenskontrolle**, keine Strukturkontrolle.
- (2) Der **Katalog der Missbrauchsfälle** in Art. 102 Abs. 2 AEUV ist **nicht abschließend**. Grundlegend können neue Fallgruppen anerkannt werden, wenn Verhalten den unverfälschten Wettbewerb beeinträchtigt
- (3) Auch enthalten die Fälle des Art. 102 Abs. 2 AEUV **keine per-se-Verbote** geregelt. Es ist immer im Einzelfall zu prüfen, ob das einseitige Verhalten den Wettbewerb schädigt
- (4) Der Missbrauch bildet ein „**objektives Konzept**“. Es kommt insbes. nicht auf die Absicht an. Der Nachweis der Absicht der Wettbewerbsschädigung kann aber beim Nachweis des Missbrauchs berücksichtigt werden

IV. Missbrauch marktbeherrschender Stellung (11)

2. Missbrauch

a) Behinderungs- und Ausbeutungsmissbrauch

Missbrauchsfälle

```
graph TD; A[Missbrauchsfälle] --> B[Behinderungsmissbrauch]; A --> C[Ausbeutungsmissbrauch (Art. 102 a) AEUV];
```

Behinderungsmissbrauch

(gegen den Wettbewerber gerichtet)

Ausbeutungsmissbrauch (Art. 102 a) AEUV

(gegenüber Abnehmern/Lieferanten)

Merke: Grundsätzlich lassen sich zwei Fallgruppen unterscheiden. In den Fällen des **Behinderungsmissbrauchs** richtet sich der Missbrauch **gegen (potenzielle) Wettbewerber** und soll dem dauerhaften **Ausschluss von Wettbewerbern** dienen (Bsp.: Kampfpreisunterbietung). Beim Ausbeutungsmissbrauch richtet sich der **Missbrauch gegen die Marktgegenseite** (z.B. Preisausbeutung).

Frage: Das EU-Recht verbietet auch den Ausbeutungsmissbrauch. In den USA wird dagegen nur ein Verbot des Behinderungsmissbrauchs anerkannt (exclusionary practices). Was spricht für die US-Position? Was spricht für die europäische Position?

IV. Missbrauch marktbeherrschender Stellung (12)

2. Missbrauch

b) Keine Notwendigkeit des Nachweises einer Verbraucherschädigung

Problem: Die Schädigung des Wettbewerbers gehört zum Wesen des Wettbewerbs. Das **Kartellrecht soll aber nur den Wettbewerb, aber nicht den Wettbewerber gegen das Ausscheiden aus dem Markt schützen**. Wie kann dann aber in den Missbrauchsfällen **zwischen zulässigem Wettbewerb und verbotenen Missbrauch unterschieden** werden?

- (1) **US-Recht; viele Ökonomen:** Ein Wettbewerbsverstoß liegt nur vor, wenn ein **Nachteil für die Verbraucher nachgewiesen** wird (Konsumentenwohlfahrt als Gradmesser für den Wettbewerb sowie Ziel des Kartellrechts).
- (2) **EU-Recht:** Das europäische Recht schützt die Offenheit der Märkte. Entscheidend ist, ob das Verhalten **marktausschließende Wirkungen** entfaltet.

EuGH, **British Airways gegen Kommission**, C-95/04 P, EU:C:2007:166:

(106) Zudem bezieht sich [Art. 102 AEUV], wie der Gerichtshof bereits in Randnr. 26 des Urteils Europemballage und Continental Can/Kommission festgestellt hat, **nicht nur auf Verhaltensweisen, durch die den Verbrauchern ein unmittelbarer Schaden erwachsen kann**, sondern auch auf solche, die ihnen durch einen **Eingriff in die Struktur des tatsächlichen Wettbewerbs, von dem in Art. 3 Abs. 1 Buchst. g EG [alter Fassung] die Rede ist, Schaden zufügen**.

IV. Missbrauch marktbeherrschender Stellung (13)

2. Missbrauch

c) Keine Kausalität zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch erforderlich

EuGH, **Hoffmann-La Roche gegen Kommission**, Rs. 85/76, EU:C:1979:36:

(91) Der Qualifizierung als einer missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung lässt sich **auch nicht** die von der Klägerin vorgeschlagene Auslegung **entgegenhalten**, der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung **setze voraus, dass die durch eine beherrschende Stellung erlangte Wirtschaftskraft als Mittel für die Verwirklichung eingesetzt werde**. Der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung ist vielmehr ein **objektiver Begriff**. Er erfasst der Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur des 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 Leistungen der Marktbürger abweichen.

Merke: Entgegen dem Wortlaut **verlangt** der EuGH in ständiger, aber umstrittener Rspr. **nicht, dass die Fähigkeit zur weiteren Schädigung des Wettbewerbs gerade auf der beherrschenden Stellung beruht**. Vielmehr geht der EuGH von einer besonderen Verantwortung des beherrschenden Unternehmens aus, den Restwettbewerb nicht noch weiter zu schädigen.

IV. Missbrauch marktbeherrschender Stellung (14)

2. Missbrauch

d) Missbrauchsfälle

Merke: Die Praxis bildet eigene **Fallgruppen** des Missbrauchs heraus, für die **eigene Grundsätze der Beurteilung** entwickelt werden können. Neben der Unterscheidung zwischen Behinderungs- und Ausbeutungsmisbräuchen können **preisbezogene und nicht preisbezogene Missbräuche** unterschieden werden. Einige wichtige Fallgruppen sind:

- **Kampreisunterbietung („predatory pricing“):** Ausschluss durch Verkauf zum Verlustpreis
- **Koppelungen („tying“):** (Marktmachtausdehnung durch Koppelung des Verkaufs eines Produkts and den Verkauf eines anderen, für das Marktbeherrschung besteht)
- **Geschäftsverweigerung („refusal to deal“):** Marktmachtausdehnung auf einen nachgelagerten oder benachbarten Markt durch Geschäftsverweigerung
- **Kosten-Preis-Schere („margin squeeze“):** Marktmachtausdehnung durch verlangen überhöhter Preise für ein Produkt für das Marktbeherrschung besteht
- **Treuerabatte („fidelity rebates“):** Marktausschluss von Wettbewerbern durch größere Anziehungskraft von Treuerabatten
- **Diskriminierungen**

IV. Missbrauch marktbeherrschender Stellung (15)

2. Missbrauch

e) Geschäftsverweigerung, Essential Facilities Doctrine, Lizenzverweigerung

Problem: Kann ein Wettbewerber, der über eine wesentliche Einrichtung verfügt, der Zugang zu dieser Einrichtung verlangt werden, damit der Petent überhaupt auf einem nachgelagerten oder benachbarten Markt eintreten kann?

Siehe **§ 19 Abs. 2 Nr. 4 dt. GWB:** Anspruch auf Zugang zu einem Netz oder einer Infrastruktureinrichtung, wenn der Petent die Einrichtung nicht duplizieren kann.

Beispiel: Anspruch auf Zugang zu einem Fährhafen, Flughafen, Telekommunikationsnetz, etc.

Wichtig: Anwendung auf Rechte des **Immaterialgüterrechts** (z.B. Urheberrechte, Patentrechte) im Falle der Lizenzverweigerung

Siehe EuGH, **RTE and ITP gegen Kommission („Magill“)**, C-241/91 P und C-242/91 P, EU:C:1995:98:
Kartellrechtlicher Anspruch auf Lizenzierung des Urheberrechts an Fernsehprogrammlisten zum Zwecke der Herstellung für gedruckte Fernsehprogrammhefte für mehrere Sender

IV. Missbrauch marktbeherrschender Stellung (16)

2. Missbrauch

e) Geschäftsverweigerung, Essential Facilities Doctrine, Lizenzverweigerung

Fall 67 (IMS Health, C-418/01, EU:C:2004:257):

IMS Health hat als Weltmarktführer für das Sammeln von Daten über Verschreibung und Absatz von Arzneimitteln die Struktur "1860 Bausteine" entwickelt. Damit wird das Bundesgebiet in 1860 „Bausteine“ (Sektoren) eingeteilt, um den Bestellverlauf von Arzneimitteln nachzuvollziehen, ohne dass es zu einer Individualisierung der Ärzte und Apotheken kommt. Das System war in Kooperation mit den Arzneimittelherstellern entwickelt worden und hat sich als Standard im Markt durchgesetzt. Im Juni 2001 entscheidet das OLG Frankfurt, dass die von IMS Health verwendete Struktur urheberrechtlich geschützt sei. Am 7.7.2001 erlässt die Kommission eine einstweilige Anordnung, worin festgestellt wird, dass die Weigerung von IMS Health, Lizenzen an Konkurrenten zu erteilen, missbräuchlich nach Art. 102 AEUV sei und IMS den Konkurrenten die Nutzung zu einem angemessenen Entgelt einzuräumen habe. Das EuG und der EuGH gehen von Rechtswidrigkeit dieser Anordnung aus, weil die Entscheidung der Kommission nicht vollständig von früheren Entscheidungen (in Magill sowie Bronner) getragen sei. Schließlich legt aber das LG Frankfurt/M. den Fall zur Vorabentscheidung in einem Verfahren vor, in dem es um die Verletzung des Urheberrechts durch einen Konkurrenten geht und möchte wissen, ob aufgrund von Art. 102 AEUV ein Anspruch auf Lizenzierung besteht.

IV. Missbrauch marktbeherrschender Stellung (17)

2. Missbrauch

e) Geschäftsverweigerung, Essential Facilities Doctrine, Lizenzverweigerung

IMS Health, C-418/01, EU:C:2004:257:

(34) Nach gefestigter Rechtsprechung gehört das ausschließliche Recht der Vervielfältigung zu den Vorrechten des Inhabers eines Immaterialgüterrechts, so dass die **Verweigerung einer Lizenz als solche keinen Missbrauch einer beherrschenden Stellung** darstellen kann, selbst wenn sie von einem Unternehmen in beherrschender Stellung ausgehen sollte (Urteil vom 5. Oktober 1988 in der Rechtssache 238/87, **Volvo**, Slg. 1988, 6211, Randnr. 8, und Urteil Magill, Randnr. 49).

(35) Wie sich aus derselben Rechtsprechung ergibt, kann jedoch die **Ausübung** des ausschließlichen Rechts durch den Inhaber **unter außergewöhnlichen Umständen ein missbräuchliches Verhalten darstellen** (Urteile Volvo, Randnr. 9, und Magill, Randnr. 50).

(38) Wie aus [der] Rechtsprechung hervorgeht, handelt ein Unternehmen, das über ein Recht des geistigen Eigentums verfügt und den Zugang zu Erzeugnissen oder Dienstleistungen verweigert, die **für eine bestimmte Tätigkeit unerlässlich** sind, bereits dann missbräuchlich, wenn **drei Bedingungen kumulativ erfüllt** sind: Die Weigerung muss das **Auftreten eines neuen Erzeugnisses verhindern**, nach dem eine potenzielle Nachfrage der Verbraucher besteht, sie darf **nicht gerechtfertigt** sein, und sie muss **geeignet sein, jeglichen Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt auszuschließen**.

IV. Missbrauch marktbeherrschender Stellung (18)

2. Missbrauch

e) Geschäftsverweigerung, Essential Facilities Doctrine, Lizenzverweigerung

IMS Health, C-418/01, EU:C:2004:257:

*Zur **dritten Bedingung**, der Gefahr, dass **jeglicher Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt ausgeschlossen wird***

(44) Wie der Generalanwalt in den Nummern 56 bis 59 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, genügt es somit für die Anwendung der früheren Rechtsprechung, dass ein **potenzieller oder auch nur hypothetischer Markt bestimmt werden kann**. Dies ist der Fall, sobald die **Erzeugnisse oder Dienstleistungen für eine bestimmte Tätigkeit unerlässlich** sind und nach ihnen eine **tatsächliche Nachfrage seitens der Unternehmen besteht, für deren Tätigkeit sie unerlässlich** sind.

(45) Entscheidend ist folglich, dass **zwei verschiedene Produktionsstufen unterschieden werden können**, die dadurch miteinander verbunden sind, dass das vorgelagerte Erzeugnis ein für die Lieferung des nachgelagerten Erzeugnisses unerlässliches Element ist.

(46) Übertragen auf das **Ausgangsverfahren** ist nach dieser Vorgehensweise zu **untersuchen, ob es sich bei der vorgelagerten 1860er Struktur um ein für die nachgelagerte Lieferung von Daten über den regionalen Absatz von Arzneimitteln in Deutschland unerlässliches Element handelt**.

IV. Missbrauch marktbeherrschender Stellung (19)

2. Missbrauch

e) Geschäftsverweigerung, Essential Facilities Doctrine, Lizenzverweigerung

IMS Health, C-418/01, EU:C:2004:257:

Zur ersten Bedingung, dem Auftreten eines neuen Erzeugnisses

(48) Wie der Generalanwalt in Nummer 62 seiner Schlussanträge festgestellt hat, beruht diese Bedingung auf der Erwägung, dass bei der **Abwägung** zwischen dem **Interesse am Schutz des Rechts des geistigen Eigentums** und der **wirtschaftlichen Handlungsfreiheit seines Inhabers** auf der einen und dem Interesse am **Schutz des freien Wettbewerbs auf der anderen Seite** das zuletzt genannte Interesse nur dann überwiegen kann, wenn die Verweigerung der Lizenz die Entwicklung des Marktes zum Nachteil der Verbraucher verhindert.

(49) Daher kann die Weigerung eines Unternehmens in beherrschender Stellung, Zugang zu einem durch ein Recht des geistigen Eigentums geschützten Erzeugnis zu gewähren, obwohl dieses Erzeugnis für die Tätigkeit auf einem abgeleiteten Markt unerlässlich ist, **nur dann als missbräuchlich eingestuft** werden, wenn sich das **Unternehmen, das um die Lizenz ersucht hat, nicht im Wesentlichen darauf beschränken will, Erzeugnisse oder Dienstleistungen anzubieten**, die vom Inhaber des Rechts des geistigen Eigentums bereits auf dem abgeleiteten Markt angeboten werden, sondern **beabsichtigt, neue Erzeugnisse oder Dienstleistungen anzubieten**, die der Inhaber nicht anbietet und für die eine **potenzielle Nachfrage der Verbraucher besteht**.

IV. Missbrauch marktbeherrschender Stellung (20)

2. Missbrauch

e) Geschäftsverweigerung, Essential Facilities Doctrine, Lizenzverweigerung

Merke: Nach der Entscheidung in *Magill* war zweifelhaft geblieben, ob die **Verhinderung eines neuen Erzeugnisses (new product rule) der einzige Fall** sein sollte, in dem eine Lizenzerteilungspflicht angenommen werden kann. In *IMS Health* scheint der EuGH diese Frage zu bejahen und geht für die Lizenzpflicht von **vier kumulativen Voraussetzungen** (kumulative Theorie) aus:

- (1) Die Lizenz muss **unentbehrlich** sein, damit der Wettbewerber auf den Produktmarkt eintreten kann.
- (2) Die Lizenzverweigerung muss das **Auftreten eines neuen Erzeugnisses verhindern**, nach dem eine potenzielle Nachfrage der Verbraucher besteht.
- (3) Es darf **keine sachliche Rechtfertigung** für die Verweigerung vorliegen.
- (4) Die Verweigerung muss **jeglichen Wettbewerb auf dem abgeleiteten Markt ausschließen**.

IV. Missbrauch marktbeherrschender Stellung (21)

2. Missbrauch

e) Geschäftsverweigerung, Essential Facilities Doctrine, Lizenzverweigerung

Folgeprobleme: Die new-product rule und die kumulative Theorie erschweren die Begründung einer Lizenzpflicht. Vor allem war nach *IMS Health* zweifelhaft, ob die Kommission in der kurz zuvor ergangenen *Microsoft*-Entscheidung tatsächlich Microsoft verpflichten konnte, die Schnittstelleninformationen zu seinem Windows-Betriebssystem gegenüber Wettbewerbern auf dem Markt für Windows-kompatible Software offen zu legen, da Microsoft selbst entsprechende Software anbietet. Im Jahre 2007 bestätigte das EuG die *Kommissionsentscheidung* mit einem weiten Verständnis der *IMS Health*-Formel unter Bezugnahme auf die Vorschrift des Art. 102 lit. b) AEUV, die in *Magill*, aber nicht in *IMS Health* zitiert worden war. Diese Rechtsprechung ist bislang vom EuGH nicht bestätigt worden.

EuG, **Microsoft gegen Kommission**, Rs. T-201/04, EU:T:2007:289:

(647) Das **Auftreten eines neuen Produkts**, auf das somit in den (...) angeführten Urteilen *Magill* und *IMS Health* Bezug genommen wird, **kann nicht der einzige Parameter sein**, anhand dessen geklärt werden kann, ob eine Weigerung, für ein Recht des geistigen Eigentums eine Lizenz zu erteilen, den **Verbrauchern im Sinne von Art. 82 Abs. 2 Buchst. b EG schaden** kann. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift kann ein solcher Schaden nicht nur bei einer **Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes eintreten, sondern auch dann, wenn die technische Entwicklung eingeschränkt wird.**

IV. Missbrauch marktbeherrschender Stellung (22)

2. Missbrauch

e) Geschäftsverweigerung, Essential Facilities Doctrine, Lizenzverweigerung

Sonderfall der Versagung von Unterlassungsansprüchen bei standardessenziellen Patenten:

Fall 68 (Huawei, C-170/13, EU:C:2015:477):

Das chinesische Unternehmen Huawei verfügt über sog. standardessenzielle Patente für die 4. Generation der Mobilfunktechnologie (sog. LTE-Standard) und stellt selbst Telekommunikationsanlagen her. Huawei hat seine SEPs bei der europäischen Standardisierungsorganisation ETSI (European Telecommunications Standards Institute) als standardessenziell notifiziert und habe entsprechend den Regeln von ETSI eine sog. FRAND-Erklärung abgegeben, wonach das Unternehmen bereit sei, seine Patente zu "fairen, angemessenen und nicht diskriminierenden (fair, reasonable and non-discriminatory) Bedingungen an dritte zu lizenzieren. Der chinesische Wettbewerber ZTE bringt in Deutschland LTE-Bodenstationen auf den Markt, in denen SEPs von Huawei implementiert worden waren. Nachdem sich die Parteien nicht auf einen Lizenzvertrag einigen können, erhebt Huawei gegen ZTE Klage auf Unterlassung der Verletzung eines deutschen SEPs. ZTE ist der Auffassung, die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs verstoße gegen Art. 102 AEUV. Zu Recht?

IV. Missbrauch marktbeherrschender Stellung (23)

2. Missbrauch

e) Geschäftsverweigerung, Essential Facilities Doctrine, Lizenzverweigerung

Sonderfall der Versagung von Unterlassungsansprüchen bei standardessenziellen Patenten:

Huawei, C-170/13, EU:C:2015:477:

Die Vorlage durch das LG Düsseldorf konzentrierte sich vor allem die Frage, ob deutsche Patentgerichte ihre bisherige Rechtsprechung gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben und § 242 BGB (dolo facit-Einrede) beibehalten dürfen, wonach der Nutzer gefordert sei, zum Ausschluss des Unterlassungsanspruchs eine FRAND-konformes Vertragsangebot zu unterbreiten und gegebenenfalls eine entsprechende Lizenzgebühr bei Gericht zu hinterlegen. Der EuGH ist hier großzügiger und verpflichtet in erster Linie dem Patentinhaber, angesichts der großen Zahl der SEPs dem Nutzer über die Verletzung eines SEPs zu informieren und ein FRAND-konformes Angebot zu unterbreiten. Fraglich war allerdings auch, **ob die frühere Rechtsprechung zur Lizenzverweigerung eine Rolle** spielt. Der EuGH grenzt die Fälle ab und führt aus, dass der Umstand, dass der Inhaber eines SEPs eine FRAND-Erklärung abgegeben habe, die berechtigte Erwartung geweckt habe, dass er grundsätzlich zur Lizenzierung bereit sei. Er könne daher nicht mehr ohne Benennung der konkreten Rechtsverletzung und Unterbreitung eines konkreten Vertragsangebots einen Unterlassungsanspruch geltend machen, selbst wenn der Beklagte die Nutzung bereits begonnen hat. Da der **EuGH nicht verlangt, dass der Nutzer ein „neues Produkt“ auf den Markt bringt**, aber dennoch von der Grundvoraussetzung **außergewöhnlicher Umstände**, zeigt sich, dass **nicht in allen Fällen des Eingriffs in die Ausschließlichkeit des Rechts die „new product rule“ zur Anwendung kommen soll.**

IV. Missbrauch marktbeherrschender Stellung (24)

3. Wirkung des Art. 102 AEUV

Merke: Art. 102 AEUV **wirkt unmittelbar**. Danach kann Art. 102 AEUV **unmittelbar Ansprüche im Zivilrecht** (etwa einen Anspruch auf Vertragsschluss) oder **als sog. „euro-defence“ Einwendung gegen Ansprüche andere** (etwa gegenüber dem patentrechtlichen Unterlassungsanspruch) begründen.

V. Zusammenschlusskontrolle (1)

1. Rechtsgrundlage

a) Zusammenschlussverbot aus Art. 102 AEUV

EuGH, **Europemballage und Continental Can gegen Kommission**, Rs. 6/72, EU:C:1975:50:

(25) (...) In Ermangelung ausdrücklicher Vorschriften kann dem Vertrag, der in [Art. 101 AEUV] bestimmte den Wettbewerb beeinträchtigende, jedoch nicht beseitigende Beschlüsse gewöhnlicher Unternehmensvereinigungen untersagt, **nicht unterstellt werden**, er habe es in [Art. 102 AEUV] **erlauben wollen, dass Unternehmen durch ihren Zusammenschluss zu einer organischen Einheit eine so beherrschende Stellung erlangen, dass jede ernst zu nehmende Wettbewerbsmöglichkeit praktisch ausgeschlossen ist.** (...)

(26) Im Lichte dieser Erwägungen ist das Tatbestandsmerkmal des [Art. 102 AEUV] **auszulegen**, wonach die Ausnutzung einer beherrschenden Stellung missbräuchlich sein muss, um unter das Verbot zu fallen. (...) Ein **missbräuchliches Verhalten** kann daher vorliegen, **wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung diese dergestalt verstärkt, dass der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindert**, dass also nur noch Unternehmen auf dem Markt bleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen.

Merke: Nach **Continental Can** kann ein Zusammenschluss **gegen Art. 102 AEUV verstoßen**, was aber voraussetzt, dass **eines der Unternehmen schon vor dem Zusammenschluss über eine beherrschende Stellung verfügt.**

V. Zusammenschlusskontrolle (2)

1. Rechtsgrundlage

b) Fusionskontrollverordnung (FKVO)

Zuerst: **Verordnung (EWG) Nr. 4064/89** vom 21. 12. 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; ABl. Nr. 395; berichtigt durch ABl. 1990 Nr. L 257/13; **Änderung durch VO 1310/97** vom 30. 6. 1997; ABl. L 180/1.

Heute: **Verordnung (EG) Nr. 139/2004** vom 20. 1. 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („**EG-Fusionskontrollverordnung**“), ABl. EG Nr. L 24/1.

V. Zusammenschlusskontrolle (3)

2. Anwendungsbereich der FKVO

Art. 1 Abs. 1 FKVO: Geltung für **Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung**

Anwendbarkeit der FKVO

Zusammenschluss (Art. 3 FKVO)

- Fusion
- Kontrollerwerb
- Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens

Gemeinschaftsweite Bedeutung (Art. 1 Abs. 2 und 3 FKVO)

Folgen:

(1) Anmeldepflicht (Art. 4 FKVO)

(2) Vollzugsverbot (Art. 7 FKVO)

V. Zusammenschlusskontrolle (4)

3. Verbotsvoraussetzungen

Artikel 2 Beurteilung von Zusammenschlüssen

(1) Zusammenschlüsse im Sinne dieser Verordnung sind nach Maßgabe der Ziele dieser Verordnung und der folgenden Bestimmungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt zu prüfen.

Bei dieser Prüfung **berücksichtigt die Kommission:**

- a) die Notwendigkeit, im Gemeinsamen Markt **wirksamen Wettbewerb** aufrechtzuerhalten und zu entwickeln, insbesondere im Hinblick auf die **Struktur aller betroffenen Märkte** und den **tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerb** durch innerhalb oder außerhalb der Gemeinschaft ansässige Unternehmen;
- b) die **Marktstellung** sowie die **wirtschaftliche Macht** und die **Finanzkraft der beteiligten Unternehmen**, die **Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer**, ihren **Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten**, rechtliche oder tatsächliche **Marktzutrittsschranken**, die Entwicklung des Angebotes und der Nachfrage bei den jeweiligen Erzeugnissen und Dienstleistungen, die **Interessen der Zwischen- und Endverbraucher** sowie die **Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern diese dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert**.

(2) **Zusammenschlüsse, durch die wirksamer Wettbewerb** im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben **nicht erheblich behindert würde**, insbesondere durch die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, sind **für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu erklären**.

(3) Zusammenschlüsse, **durch die wirksamer Wettbewerb** im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben **erheblich behindert würde**, **insbesondere** durch die **Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung**, sind **für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären**.

V. Zusammenschlusskontrolle (5)

3. Verbotsvoraussetzungen

Änderung des Untersagungskriteriums durch FKVO 139/2004

vor dem 1.5.2004: **Marktbeherrschungstest**

= „Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung“?



Seit dem 1.5.2004:

„wesentliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs“?

„significant impediment to effective competition“ (SIEC)?



Marktbeherrschungstest: -
SIEC-Test: +

→ Erfassung **wettbewerbswidriger**
Auswirkungen nicht koordinierten
Verhaltens im Oligopol (ErwG Nr. 25)



Marktbeherrschungstest: -
SIEC-Test: -

Effizienzvorteile gleichen Wettbewerbsnach-
teile auf (**sog. „efficiency defence“**)
(ErwG Nr. 29)

VI. Durchsetzung (1)

1. Untersagungen und Verpflichtungszusagen

Art. 17 ff. VO 1/2003: Ermittlungsbefugnisse der Kommission

Wichtig: Art. 20 f. VO 1/2003: Durchsuchungsbefugnisse

Entscheidungsalternativen der Kommission

Untersagungsverfügung (Art. 7 VO 1/2003)

(u.U. mit **Bußgeld**)

2 Alternativen:

- **Verhaltensbezogene** Maßnahmen
- **Strukturelle** Maßnahmen (Ausnahme)

Entscheidung mit **Verpflichtungszusagen**

(„**commitment decisions**“) (Art. 9 VO 1/2003)

- Inhalt: **Zusagen** des Unternehmens werden **für verbindlich erklärt** (bei nur vorläufiger Beurteilung)
- aber: jedenfalls **knappe Begründung des Verstoßes**
- Vorteil **schneller Erledigung** (v.a. Art. 102 AEUV)
- aber EuGH, **Alrosa**, C-441/07 P, EU:C:2010:377:
→ Gerichtliche **Kontrolle auf offensichtlich fehlerhafte Entscheidungen beschränkt**

VI. Durchsetzung (2)

2. Geldbußen

Art. 23 VO 1/2003: Geldbußen

- bei Verstößen gegen Art. 101/102 AEUV **bis 10 % des Jahresumsatzes**
- Berechnung nach den **Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (2006)**

Merke:

- (1) Geldbußen sind die **wichtigste Sanktionen gegen Kartelle**; zunehmend haben Geldbußen aber auch Bedeutung bei Verstößen gegen Art. 102 AEUV
- (2) Ein Unternehmen kann aufgrund des sog. „**Leniency Programms**“ der **Geldbuße entgehen**, wenn es die Kommission über die Existenz des Kartells informiert; andere Unternehmen können durch einen **Vergleich** eine **Reduktion von 10 %** erreichen, wenn sie ihre Beteiligung am Kartell einräumen
- (3) Ist einmal geklärt, dass ein Unternehmen sich an einem Kartell beteiligt hat, drehen sich Rechtsstreitigkeiten häufig nur noch um die **Frage, ob die Geldbuße richtig bemessen** wurde. Entsprechend hat sich hierzu eine breite Rechtsprechung entwickelt
- (4) Schwierige Rechtsfragen betreffen Geldbußen in **Konzernen** sowie bei **Rechtsnachfolge**, z.B. wenn das ursprüngliche Kartell nach einer Fusion nicht mehr existiert (siehe Lehrbuchliteratur)

VI. Durchsetzung (3)

3. Das Bonus-Programm der Kommission („Leniency“)

Leniency- (Bonus-, Kronzeugen-)Programme: Mitglieder eines Kartells bekommen den **Vorteil der Verfolgungsfreistellung**, wenn sie dem Kartellamt das Kartell offenbaren. Das Bonusprogramm ist europarechtlich nicht gesetzlich fixiert. Es beruht auf einer bloßen Mitteilung der Kommission:

Siehe: Mitteilung der Kommission vom 8.12.2006 über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen (sog. „**Leniency Notice**“).

Probleme:

- (1) Da Fälle nach europäischem Kartellrecht Fälle als auch von **nationalen Kartellämtern** aufgegriffen werden können, kommt es entscheidend darauf an, dass die **Kartellämter in der EU sich koordinieren**. Inzwischen sind die Leniency-Programme im European Competition Network (ECN) aufeinander abgestimmt.
- (2) Die Nutzung von Leniency **befreit nicht von der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit**. Damit läuft ausgerechnet der „Whistleblower“ Gefahr, von den Opfern des Kartells auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden. Die Opfer begehren daher regelmäßig Zugang zu den Leniency-Akten der Behörden; die Behörden versuchen dies zu verweigern, um den Erfolg der Programme zu schützen.

Dazu: EuGH, **Pfleiderer**, Rs. 360/09, EU:C:2011:389; **Donau-Chemie**, Rs. C-536/11, EU:C:2013:366: Effektiven Durchsetzung des Anspruchs erlaubt keinen generellen Ausschluss des Zugangs zu den Leniency-Akten (**Einzelfallabwägung** erforderlich). Dagegen **Art. 6 Abs. 6 Schadensersatz-RL** 2014/104 (genereller Ausschluss).

VII. Kontrolle staatlicher und monopolartiger Unternehmen (Art. 106 AEUV (1))

Merke: Art. 106 Abs. 1 AEUV ist unmittelbar anwendbar. Von dort wird in andere Vorschriften des AEUV (insbes. die Grundfreiheiten und der Art. 101 ff. AEUV) verwiesen.

Hauptproblem: Anwendung des Art. 106 Abs. 2 AEUV in Bezug auf sog. privilegierte Unternehmen.

Fall 68 (Corbeau, C-320/91, EU:C:1993:198):

Nach belgischem Recht hat die belgische Post das ausschließliche Recht zur Sammlung, Beförderung und Verteilung von Postsendungen. Corbeau führt in Lüttich ein Unternehmen, das Postsendungen beim Absender abholt und spätestens am folgenden Tag beim Adressaten in einem bestimmten Gebiet um Lüttich abgeliefert. C wird wegen Verstoßes gegen das Postmonopol angeklagt. Der belgische Richter möchte wissen, ob das Postmonopol mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

VII. Kontrolle staatlicher und monopolartiger Unternehmen (Art. 106 AEUV (2))

Corbeau, C-320/91, EU:C:1993:198:

Zu Art. 106 Abs. 2 AEUV stellt der EuGH fest:

(15) Was die Dienstleistungen betrifft, die Gegenstand des Ausgangsverfahrens sind, so ist die Régie des postes unbestreitbar mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut, die in der Verpflichtung besteht, die Sammlung, die Beförderung und die Verteilung von **Postsendungen zugunsten sämtlicher Nutzer, im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats, zu einheitlichen Gebühren und in gleichmäßiger Qualität sowie ohne Rücksicht auf Sonderfälle und auf die Wirtschaftlichkeit jedes einzelnen Vorgangs** sicherzustellen.

VII. Kontrolle staatlicher und monopolartiger Unternehmen (Art. 106 AEUV (3))

Corbeau, C-320/91, EU:C:1993:198:

Ist das Monopol zur Verwirklichung dieser Ziele erforderlich?

(18) Wenn es einzelnen Unternehmen gestattet wäre, mit dem Inhaber ausschließlicher Rechte in Bereichen ihrer Wahl in Wettbewerb zu treten, in denen diese Rechte bestehen, würden sie nämlich in die Lage versetzt, sich auf die wirtschaftlich rentablen Tätigkeiten zu konzentrieren und dort günstigere als die von den Inhabern der ausschließlichen Rechte angewandten Tarife anzubieten, da sie im Gegensatz zu diesen nicht wirtschaftlich gezwungen sind, einen Ausgleich zwischen den in den unrentablen Bereichen entstandenen Verlusten und den in den rentableren Bereichen erzielten Gewinnen vorzunehmen.

(19) Der **Ausschluss des Wettbewerbs** ist jedoch dann nicht gerechtfertigt, wenn es sich um **spezifische, von den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse trennbare Dienstleistungen** handelt, die besonderen Bedürfnissen von Wirtschaftsteilnehmern entsprechen und bestimmte zusätzliche Leistungen verlangen, die der herkömmliche Postdienst nicht anbietet – wie die Abholung beim Absender, (...) und sofern diese Dienstleistungen aufgrund ihrer Art und der Umstände, unter denen sie angeboten werden – wie etwa des Gebiets, in dem sie erbracht werden -, das **wirtschaftliche Gleichgewicht der vom Inhaber des ausschließlichen Rechts übernommenen Dienstleistung** von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht in Frage stellen.

VII. Kontrolle staatlicher und monopolartiger Unternehmen (Art. 106 AEUV (4))

Merke:

- (1) Ein **allgemeines wirtschaftliches Interesse** i.S.d. Art. 106 Abs. 2 AEUV liegt vor, wenn ein Unternehmen **identische Leistungen für jedermann in einem bestimmten Gebiet ohne Rücksicht auf die Rentabilität zum identischen Preis** anbieten soll (Bsp.: Post, Bahn, Energie). Man spricht hier auch von „**Universaldienstleistungen**“
- (2) Art. 106 Abs. 2 AEUV kann eine **Beschränkung der Grundfreiheiten (Dienstleistungsfreiheit) sowie insbesondere von Art. 106 Abs. 2 AEUV rechtfertigen**. Diese Vorschriften sind grundsätzlich anwendbar, allerdings nur unter Berücksichtigung des Art. 106 Abs. 2 AEUV

Siehe auch: EuGH, **Deutsche Post AG**, C-147/97, EU:C:2000:74: Erhebung eines Nachportos im Falle des “ABA Remailing” (zur Umgehung höherer Postgebühren in Deutschland) ist im Lichte von Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt.

VIII. Liberalisierungspolitik der EU im Besonderen (Art. 106 Abs. 3 AEUV)

Merke: Art. 106 Abs. 3 AEUV schafft eine eigene **Gesetzgebungszuständigkeit allein der Kommission** (!) zur Liberalisierung der ursprünglich zugunsten von Staatsunternehmen monopolisierten Dienstleistungen der Daseinsvorsorge (z.B. Telekommunikation, Post, Strom, Gas, etc.). Art. 106 Abs. 2 AEUV steht dem nicht entgegen.

Siehe: EuGH, **Frankreich, Italien und Vereinigtes Königreich gegen Kommission** („Transparenz-RL“), Rs. 188/80, EU:C:1982:257; **Frankreich gegen Kommission** („Endgeräte-RL“), C-202/88, EU:C:1991:120:

Die Kommission hat nach Art. 106 Abs. 3 AEUV grundsätzlich die **Kompetenz, die ausschließlichen und besonderen Rechte nach Art. 106 Abs. 1 AEUV zu regeln**

Folge: Neben Art. 114 AEUV ist Art. 106 Abs. 3 AEUV zur wichtigsten Rechtsgrundlage der EU zur Herstellung des Binnenmarktes geworden.

IX. Bindung der Mitgliedstaaten an das Wettbewerbsrecht (Art. 4 Abs. 3 UAbs. 3 EUV) (1)

EuGH, **Leclerc**, Rs. 299/83, EU:C:1982:257: Zur gesetzlich angeordnete Bindung der Buchhändler an die vom Verlag festgesetzten Preise (keine grenzüberschreitende Anwendung)

EuGH, **BNIC gegen Aubert**, Rs. 136/86, EU:C:1987:524: Weinbauern setzten Produktionsquoten fest, deren Einhaltung durch staatliche Bußgelder überwacht wird

Fall 69 (Kommission gegen Italien, C-35/96, EU:C:1998:303):

Die Kommission leitet ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Italien ein, das eine gesetzliche Verpflichtung für den „Nationalen Rat der Zollspediteure“ eingeführt hatte, durch Beschluss eine verbindliche Gebührenordnung festzulegen. Die Kommission sieht hierin einen Verstoß gegen Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 3 EUV (früher Art. 10 EG) i.V. mit Art. 101 Abs. 1 AEUV. Zu Recht?

IX. Bindung der Mitgliedstaaten an das Wettbewerbsrecht (Art. 4 Abs. 3 UAbs. 3 EUV) (2)

EuGH, **Kommission gegen Italien**, C-35/96, EU:C:1998:303:

(53) [Art. 101 AEUV] betrifft an sich nur das Verhalten von Unternehmen, nicht aber durch Gesetz oder Verordnung getroffene Maßnahmen der Mitgliedstaaten; das ändert jedoch nichts daran, dass die **Mitgliedstaaten auf Grund von Artikel [101 AEUV] in Verbindung mit Artikel [4 Abs. 3 Unterabs. 3 EUV] keine Maßnahmen, und zwar auch nicht in Form von Gesetzen oder Verordnungen, treffen oder beibehalten dürfen, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten** (vgl. zu [Art. 81] Urteile vom 21. September 1988 in der Rechtssache 267/86, *Van Eycke*, Slg. 1988, 4769, Randnr. 16, Reiff, Randnr. 14, und *Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft*, Randnr. 14, und zu [Art. 82] Urteil vom 16. November 1977 in der Rechtssache 13/77, *GB-Inno-BM*, Slg. 1977, 2115, Randnr. 31).

(54) Ein solcher Fall ist insbesondere dann gegeben, wenn ein **Mitgliedstaat gegen [Art. 101 AEUV] verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt, erleichtert oder deren Auswirkungen verstärkt** oder wenn er seiner eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die **Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt** (Urteile *Van Eycke*, Randnr. 16, Reiff, Randnr. 14, und *Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft*, Randnr. 14).

IX. Bindung der Mitgliedstaaten an das Wettbewerbsrecht (Art. 4 Abs. 3 UAbs. 3 EUV) (3)

Merke:

- (1) Nach Art. 101 AEUV i.V. mit **Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 3 EUV** ist jede staatliche Maßnahme verboten, die Unternehmen **eine gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßende Vereinbarung vorschreibt, erleichtert oder verstärkt.**
- (2) Da dieses Verbot **unmittelbar** wirkt, können sich auch **Unternehmen, nicht auf die nationale Vorschrift zur Rechtfertigung ihres eigenen wettbewerbswidrigen Verhaltens berufen.** Nach dem Grundsatz des Vorrangs des EU-Rechts darf ein nationales Gericht die nationale Vorschrift nicht anwenden. Entsprechend können die Kartellämter auch unmittelbar **Maßnahmen (einschließlich Bußgeld) gegen die Unternehmen ergreifen.**

X. Kontrolle mitgliedstaatlicher Beihilfen (1)

Art. 107 ff. AEUV: Staatliche Beihilfen sollen nicht den Wettbewerb zwischen Unternehmen aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten verzerren

Fall 70 (Altmark, Rs. C-280/00, EU:C:2003:415):

Dem Unternehmen Altmark wird durch eine staatliche Behörde die Genehmigung von Linien-Omnibusdiensten im Landkreis Stendal (Sachsen-Anhalt) erteilt. Gleichzeitig wurde der Genehmigungsantrag für einen Wettbewerber abgelehnt, da dieser nicht entsprechend leistungsfähig sei. Hiergegen wendet sich der Wettbewerber mit einer Klage und argumentiert, dass Altmark nur deshalb leistungsfähiger sei, weil es öffentliche Subventionen erhalte. In seiner Vorlagefrage an den EuGH stellt das BVerwG u.a. die Frage, ob die an Altmark gewährten Subventionen mit dem europäischen Beihilferecht vereinbar seien. Vom Subventionsgeber werden die gewährten Subventionen mit der Erfüllung „gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen“ durch Altmark gerechtfertigt.

X. Kontrolle mitgliedstaatlicher Beihilfen (2)

Altmark, Rs. C-280/00, EU:C:2003:415:

(75) [Artikel 107 I AEUV] stellt folgende **Voraussetzungen** auf: Erstens muss es sich um eine **staatliche Maßnahme** oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel handeln. Zweitens muss sie **geeignet** sein, den **Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen**. Drittens muss dem **Begünstigten durch sie ein Vorteil gewährt werden**. Viertens muss sie den **Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen**.

Voraussetzung 2: Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

(77) Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass es **keineswegs ausgeschlossen** ist, dass sich ein öffentlicher Zuschuss, der einem Unternehmen gewährt wird, das ausschließlich **örtliche oder regionale Verkehrsdienste** und keine Verkehrsdienste außerhalb seines Heimatstaats leistet, **gleichwohl auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirken kann**.

(78) Gewährt nämlich ein Mitgliedstaat einem Unternehmen einen öffentlichen Zuschuss, so kann dadurch die **Erbringung von Verkehrsdiensten** durch dieses Unternehmen **beibehalten oder ausgeweitet werden**, so dass sich die **Chancen der in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen**, ihre Verkehrsdienste auf dem Markt dieses Staates zu erbringen, **verringern** (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 13. Juli 1988 in der Rechtssache 102/87, Frankreich/Kommission, Slg. 1988, 4067, Randnr. 19, vom 21. März 1991 in der Rechtssache C-305/89, Italien/Kommission, Slg. 1991, I-1603, Randnr. 26, und Spanien/Kommission, Randnr. 40).

X. Kontrolle mitgliedstaatlicher Beihilfen (3)

Altmark, Rs. C-280/00, EU:C:2003:415:

(81) Schließlich gibt es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes **keine Schwelle und keinen Prozentsatz, bis zu der oder dem man davon ausgehen könnte, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt wäre. Weder der verhältnismäßig geringe Umfang einer Beihilfe noch die verhältnismäßig geringe Größe des begünstigten Unternehmens** schließt nämlich von vornherein die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten aus (Urteile Tubemeuse, Randnr. 43, und Spanien/Kommission, Randnr. 42).

Voraussetzung 3: Vorteil für das begünstigte Unternehmen?

(84) Als **Beihilfen** gelten (...) **Maßnahmen gleich welcher Art, die mittelbar oder unmittelbar Unternehmen begünstigen** (Urteil vom 15. Juli 1964 in der Rechtssache 6/64, Costa, Slg. 1964, 1253, 1272) **oder** die als ein **wirtschaftlicher Vorteil anzusehen sind, den das begünstigte Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte** (Urteile vom 11. Juli 1996 in der Rechtssache C-39/94, SFEL u. a., Slg. 1996, I-3547, Randnr. 60, und vom 29. April 1999 in der Rechtssache C-342/96, Spanien/Kommission, Slg. 1999, I-2459, Randnr. 41).

X. Kontrolle mitgliedstaatlicher Beihilfen (4)

Altmark, Rs. C-280/00, EU:C:2003:415:

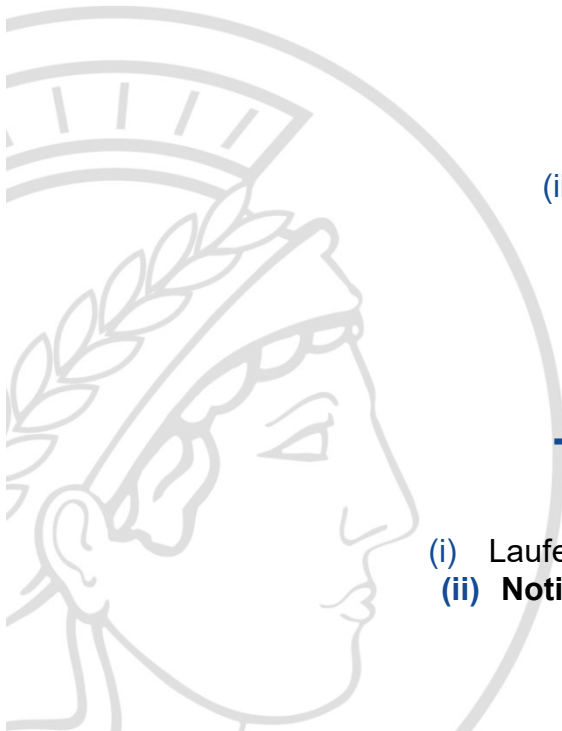
(85) Es ist jedoch auf die Entscheidung des Gerichtshofes im Zusammenhang mit einem in der Richtlinie 75/439/EWG des Rates vom 16. Juni 1975 über die Altölbeseitigung (ABl. L 194, S. 23) vorgesehenen Zuschuss hinzuweisen. Dieser Zuschuss konnte Unternehmen, die Altöle sammelten und/oder beseitigten, als **Ausgleich für die ihnen von dem Mitgliedstaat auferlegte Sammel- und/oder Beseitigungspflicht gewährt werden, sofern** er die ungedeckten, tatsächlich festgestellten jährlichen **Kosten der Unternehmen unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns nicht überstieg**. Der Gerichtshof hat entschieden, dass ein derartiger Zuschuss **keine Beihilfe** im Sinne der [Artikel 107 ff. AEUV] darstellt, sondern eine **Gegenleistung** für die von den Abhol- oder Beseitigungsunternehmen erbrachten Leistungen (vgl. Urteil vom 7. Februar 1985 in der Rechtssache 240/83, ADBHU, Slg. 1985, 531, Randnrn. 3 letzter Satz und 18).

(87) Aus dieser Rechtsprechung folgt, dass eine **staatliche Maßnahme nicht unter [Artikel 107 I AEUV] fällt**, soweit sie als Ausgleich anzusehen ist, der die **Gegenleistung für Leistungen** bildet, die von den Unternehmen, denen sie zugute kommt, **zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden**, so dass diese Unternehmen in Wirklichkeit **keinen finanziellen Vorteil erhalten** und die genannte Maßnahme somit nicht bewirkt, dass sie gegenüber den mit ihnen im Wettbewerb stehenden Unternehmen in eine günstigere Wettbewerbsstellung gelangen.

(88) Ein derartiger Ausgleich ist im konkreten Fall jedoch nur dann nicht als staatliche Beihilfe zu qualifizieren, wenn **eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt** sind. [Wird näher ausgeführt.]

X. Kontrolle mitgliedstaatlicher Beihilfen (5)

System des EU-Beihilferechts

- 
- (1) **Verbot nationaler Beihilfen** (Art. 107 Abs. 1 AEUV)
 - (i) Staatliche Maßnahme
 - (ii) Zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels geeignet
 - (iii) Vorteil für ein einzelnes Unternehmen (keine Gegenleistung)
 - (iv) Wettbewerbsverfälschung
 - (2) **Keine Legalausnahme** (Art. 107 Abs. 2 AEUV)
 - (3) **Ausnahmen nach Ermessen** (Art. 107 Abs. 3 AEUV)
 - Konkretisierung durch Kommission mittels GVOs und Leitlinien
 - (4) **Kontrolle unzulässiger Beihilfen** (Art. 108 AEUV)
 - (i) Laufende **Überprüfung „bestehender“ Beihilfen** (Art. 108 Abs. 1 und 2 AEUV)
 - (ii) **Notifizierung und ex ante-Kontrolle neuer Beihilfen** (Art. 108 Abs. 3 AEUV)
 - Nähere Regelung über Verordnungen

X. Kontrolle mitgliedstaatlicher Beihilfen (6)

Merke:

- **Adressaten** des Beihilferechts sind die **Mitgliedstaaten**, nicht die Unternehmen als Beihilfeempfänger
- Stellt die Kommission die Unzulässigkeit einer bereits gewährten Beihilfe fest, **fordert sie den Mitgliedstaat auf, die Beihilfeempfänger zurückzufordern** („**Rückforderungsentscheidung**“). In solchen Fällen ist der Beihilfeempfänger mittelbar Betroffener und ist als solcher auch im Verfahren vor der Kommission zu beteiligen.
- Die Rückforderungsentscheidung der Kommission führt automatisch zur **Rechtswidrigkeit der nationalen Beihilfegewährung**. Nach EU-Recht kann dann nur ausnahmsweise auf die Rückforderung verzichtet werden, nämlich bei Verstoß gegen allgemeine Rechtsgrundsätze des EU-Rechts. **Vertrauensschutz** kommt **nur ausnahmsweise in Betracht**, u.a. jedenfalls dann nicht, wenn der Mitgliedstaat die Notifizierung gegenüber der Kommission unterlassen hat
- Beim Rechtsschutz ist zwischen dem **Rechtsschutz vor den EU-Gerichten** und den **nationalen Gerichten** zu unterscheiden. Nach **Art. 263 Abs. 4 AEUV** verfügen **auch die Beihilfeempfänger und deren Konkurrenten** als Betroffene über ein Klagerecht, auch wenn die Kommissionsentscheidung nur gegenüber dem Mitgliedstaat ergeht

XI. Europäisches Vergaberecht (Öffentliche Aufträge) (1)

1. Rechtsgrundlage

a) Binnenmarkt-Richtlinien nach Art. 114 AEUV

- Richtlinie 2004/17/EG vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der **Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste**
- Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe **öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit**
- **Neu:** **Richtlinie 2014/24/EU** vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18 (umzusetzen bis 16. April 2016)
 - Ermöglichung eines „**e-procurement**“

Umsetzung in **Deutschland**: §§ 97 ff. **GWB** (als Teil des Kartellrechts)

- Implementierung der sog. „**Kaskadenlösung**“
- Das **GWB** verweist auf die Vergabe-VO, dies auf die VOB/A und die VOL/A (Vergabe- und Vertragsordnung Bau sowie für Leistungen, Teil A)

XI. Europäisches Vergaberecht (Öffentliche Aufträge) (2)

2. Regelungsgehalt

Wesentliche Elemente:

- (1) **Europaweite Ausschreibung** beim Erreichen bestimmter **Schwellenwerte**
- (2) Regelung des **Verfahrens der Auftragsvergabe**
- (3) Subjektiver **Anspruch aller Wettbewerber auf Einhaltung des Verfahrens**

Merke: Das europäische Vergaberecht hat eine mehrfache Zielsetzung

- Haushaltsrechtlich: **Schutz öffentlicher Haushalte** vor Verschwendung und Korruption
- Förderung des **Zugang zu Aufträgen für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten**
- Schutz des **unverfälschten Wettbewerbs zwischen Unternehmen** bei öffentlichen Aufträgen

XI. Europäisches Vergaberecht (Öffentliche Aufträge) (3)

3. Nachprüfverfahren

Fall 71 (Alcatel Austria, Rs. C-81/98, EU:C:1999:534):

Im Mai 1996 wird von der österreichischen Regierung ein elektronisches System zur automatischen Übermittlung von Daten auf österreichischen Autobahnen ausgeschrieben. Das Verfahren erfolgt gemäß der früheren Vergabe-RL 93/36 im sog. offenen Verfahren. Im September 1996 wird der Zuschlag der Kapsch AG erteilt. Vom Zuschlag erfuhren die Mitbieter erst aus der Presse. Sie reichen Nachprüfungsanträge beim Bundesvergabeamt ein. Das Amt sieht sich außerstande, die Entscheidung zu revidieren. Da nicht zwischen einem öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verfahrensteil unterschieden werde, bringe die Mitteilung von der positiven Entscheidung sofort den privatrechtlichen Vertrag zustande (Zuschlag).

XI. Europäisches Vergaberecht (Öffentliche Aufträge) (4)

3. Nachprüfverfahren

Alcatel Austria, Rs. C-81/98, EU:C:1999:534:

(32) Dem Wortlaut von Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b der **Richtlinie 89/665** lässt sich **nicht entnehmen**, dass eine **rechtswidrige Entscheidung über den Zuschlag eines öffentlichen Auftrags nicht zu den rechtswidrigen Entscheidungen gehören soll, die angefochten werden können**.

(33) Wie sich nämlich aus ihrer ersten und zweiten Begründungserwägung ergibt, ist die Richtlinie 89/665 darauf gerichtet, die auf einzelstaatlicher Ebene wie auf Gemeinschaftsebene vorhandenen **Mechanismen zur Durchsetzung der Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zu verstärken**, vor allem dann, wenn Verstöße noch beseitigt werden können.

(34) Insoweit sind nämlich die Mitgliedstaaten nach Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 **verpflichtet, wirksame und möglichst rasche Nachprüfungsverfahren einzuführen**, um sicherzustellen, dass die Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens beachtet werden.

(35) Nach dieser Bestimmung werden in diesen Verfahren die Entscheidungen der Vergabebehörde auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft; sie sieht jedoch **keine Beschränkung in Bezug auf Art und Inhalt dieser Entscheidung** vor.

XI. Europäisches Vergaberecht (Öffentliche Aufträge) (5)

3. Nachprüfverfahren

Alcatel Austria, Rs. C-81/98, EU:C:1999:534:

(43) Nach alledem ist Artikel 2 Absatz 1 Buchstaben a und b in Verbindung mit Absatz 6 Unterabsatz 2 der **Richtlinie 89/665** dahin auszulegen, dass die Mitgliedstaaten **verpflichtet** sind, **die dem Vertragsschluss vorangehende Entscheidung des Auftraggebers darüber, mit welchem Bieter eines Vergabeverfahrens er den Vertrag schließt, in jedem Fall einem Nachprüfungsverfahren zugänglich zu machen**, in dem der Antragsteller **unabhängig von der Möglichkeit, nach dem Vertragsschluss Schadensersatz zu erlangen**, die **Aufhebung der Entscheidung erwirken kann**, wenn die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind.

Frage: Welche Konsequenzen hat das Urteil des EuGH für den Rechtsschutz der betroffenen Wettbewerber der Kapsch AG?