

Vorschriften für Unternehmen (Kartellrecht)¹

Inhaltsübersicht

	Seite
I Einführung	3
A Aufgabe der Vorschriften im System des EG-Vertrages	3
B Wirtschaftspolitischer Hintergrund	4
II Anwendungsbereich des EG-Kartellrechts; Verhältnis zum nationalen Recht	5
A Verhältnis EG-Recht - nationales Recht	5
B Räumlicher Anwendungsbereich des EG-Kartellrechts	7
C Sachlicher Anwendungsbereich des EG-Kartellrechts	9
D Zeitlicher Anwendungsbereich des EG-Kartellrechts	11
III Übersicht über das EG-Kartellrecht	11
A Leitnormen	11
B Sachlicher Anwendungsbereich	12
1. Anwendungsbereich der Art. 81, 82 (85, 86)	12
2. Anwendungsbereich der Zusammenschlusskontrolle	14
C Durchführungsvorschriften	14
1. Durchführungsvorschriften aufgrund Art. 83 (87)	14
2. Durchführungsvorschriften aufgrund Art. 23 VO Nr. 139/2004 (Zusammenschlusskontrolle)	14
D Gruppenfreistellungen	15
IV Zu Art. 81 (85) EGV	18
A Art. 81 (85) Abs. 1 - Das Verbot	18
B Art. 81 (85) Abs. 3 – Einschränkungen des Verbots	19
C Art. 81 (85) Abs. 2 - Rechtsfolgen eines Verstosses gegen das Verbot	20
1. Vor dem 1.5.2004 abgeschlossene Vereinbarungen	20
a) Übersicht	20
b) Anmeldebedürftige Vereinbarungen	21
c) Nicht anmeldebedürftige Vereinbarungen	23
2. Nach dem 1.5.2004 abgeschlossene Vereinbarungen	23
V Zu Art. 82 (86) EGV	24
A Marktbeherrschende Stellung	24
B Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	25

LE Hinweis auf Umdruck Sachverhalt Leitentscheidung

Hinweis für Studenten, insbesondere Nichtjuristen

Als Allgemeinwissen von TU-Studenten zu erwarten bzw. für die Praxis unmittelbar wichtig und daher als Wissen erwartet

I B; II; III A, B (nur die Wirtschaftsbereiche ohne die Rechtsvorschriften); III D Abs. 1 und 2, III D letzter Abs.; IV A - C; V; VI A - C; VI D - Abs. 4; VII A; VII B 1, 6 - 6 d; IX

¹ Jeweils in Klammern die Artikel des EG-Vertrages in der Fassung des Vertrages von Maastricht

	Seite	
VI	Zusammenschlusskontrolle	27
	A Einführung	27
	B Anwendungsbereich	27
	C Beurteilung von Zusammenschlüssen	28
	D Verfahren	30
	E Verhältnis zum nationalen Recht	31
	F Verhältnis VO Nr. 139/2004 - Art. 81, 82 (85, 86)	32
VII	Die Entscheidungspraxis des Gerichtshofes und der Kommission	33
	A Leitlinien	33
	1. Sicherung der Einheit des Gemeinsamen Marktes	33
	2. Schutz des wirksamen Wettbewerbs	34
	3. Schutz der Marktteilnehmer vor Missbrauch wirtschaftlicher Macht	35
	B Ausgewählte einzelne Wettbewerbsbeschränkungen	36
	1. Absprachen über Preise, Quoten, Absatzgebiete, Kunden	36
	2. Gemeinschaftsunternehmen	36
	3. Zusammenarbeit in Forschung und Entwicklung	38
	4. Vereinbarungen über Spezialisierung	38
	5. Gemeinsamer Einkauf/Verkauf	39
	6. Gruppen von vertikalen Vereinbarungen	39
	a. Alleinvertriebsverträge	40
	b. Selektiver Vertrieb	40
	c. Alleinbezugsverträge	41
	d. Franchise-Verträge	41
	7. Kraftfahrzeug-Vertragshändlerverträge	42
	8. Handelsvertreterverträge	42
	9. Technologietransfer-Vereinbarungen	42
	10. Öffentliche und monopolartige Unternehmen Art. 86 (90)	43
	11. Wettbewerbsbeschränkungen mit Unterstützung durch öffentlich-rechtliche Vorschriften	44
	12. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	44
VIII	Verfahrensfragen	44
	A Verstoßverfahren	44
	B Sonderformen der Entscheidung	45
	C Ermittlungsbefugnisse der Kommission	45
IX	Folgerungen für die Praxis der Unternehmen	45
	A Unternehmen, die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen oder Zusammenschlüsse beabsichtigen	45
	B Unternehmen, die von Wettbewerbsbeschränkungen oder Zusammenschlüssen betroffen sind	46
	Zusammenfassung	47

I Einführung

A Aufgabe der Vorschriften im System des EG-Vertrages

Vorschriften für Unternehmen (Kartellrecht) Art. 81 (85) bis 86 (90) Erster Abschnitt des Kapitels Wettbewerbsregeln; weiterer Abschnitt Staatliche Beihilfen

Kontrolle privater Wettbewerbsbeschränkungen und marktbeherrschender Stellungen durch Vorschriften für Unternehmen notwendig, um die Grundsatzentscheidung des EG-Vertrages über die Wirtschaftsordnung der Gemeinschaft, eine über den Preis gesteuerte Marktwirtschaft, zu verwirklichen - so jetzt ausdrücklich in Art. 4 (3 a) Abs. 1, 98 (102 a), 154 (129 b) Abs. 2 „eine offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ - und dafür gemäss Art. 3 Buchst. g (früher Art. 3 Buchst. f) ein System unverfälschten Wettbewerbs zu schaffen. Die Vorschriften für Unternehmen Art. 81 - 86 (85 - 90) sind weiter notwendig, um die vier Freiheiten des Gemeinsamen Marktes tatsächlich und vollständig herzustellen und zu verhindern, dass die beseitigten staatlichen Handelsschranken durch private Vereinbarungen oder Verhaltensweisen ersetzt werden.

Ebenso notwendig Kontrolle der staatlichen Beihilfen durch Bestimmungen im EGV. Anderenfalls Gefahr schwerer Wettbewerbsverzerrungen, weil die von einem MS seinen Unternehmen gewährten Beihilfen nach Beseitigung der staatlichen Handelsschranken sich voll auch auf den Märkten der anderen MS zu Lasten der dortigen Unternehmer auswirken.

Technik des EGV zur Kontrolle der privaten Wettbewerbsbeschränkungen bis 1.5.2004 ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen Art. 81 (85) und das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben Art. 82 (86).

Durch Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen möglich einerseits wirksame Kontrolle, andererseits grosse Elastizität. Durch nur Missbrauchsaufsicht wie in Deutschland vor dem zweiten Weltkrieg und in verschiedenen MS erfahrungsgemäss Kontrolle nicht wirksam genug, weil die Kartellbehörden von missbräuchlichen Praktiken oft nicht oder zu spät erfahren, das Missbrauchsverfahren mit meist anschliessenden Verfahren vor den Gerichten mehrere Jahre dauert und die Kartellbehörde die Beweislast für den Missbrauch hat. Diese Nachteile vermied nur die englische Lösung einer Anmeldepflicht für Wettbewerbsbeschränkungen, Entscheidung durch nur eine Instanz und Pflicht der Unternehmen, ihrerseits zu beweisen, dass die Wettbewerbsbeschränkungen mit dem öffentlichen Interesse vereinbar ist. Inzwischen aber in England und fast allen MS ebenfalls Übergang zum Verbot mit Erlaubnisvorbehalt in Angleichung an EG-Recht

Nach mehr als 40 Jahren bringt die Verordnung Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002, die ab 1.5.2004 an die Stelle der bisherigen Durchführungsverordnung Nr. 17 tritt, eine Wende in der Kartellpolitik, den Übergang vom Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen mit Erlaubnisvorbehalt zur Legalausnahme vom Verbot für alle Wettbewerbsbeschränkungen, die die Voraussetzungen des Art. 81 (85) Abs. 3 erfüllen. An Stelle einer Kontrolle der Wettbewerbsbeschränkungen ex ante allein durch die Kommission tritt eine Kontrolle ex post. Die Unternehmen müssen jetzt zunächst selbst prüfen, ob ihre wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen unter die Legalausnahme des Art. 81 Abs. 3 fallen. Erst wenn die Unternehmen dieser Ansicht sind und die Vereinbarungen praktizieren, findet eine ex post Kontrolle jetzt nicht mehr allein durch die Kommission, sondern auch durch die nationalen Kartellbehörden und Gerichte statt. Eine Pflicht zur Meldung der Wettbewerbsbeschränkungen an die Kommission oder die nationalen Kartellbehörden ist entgegen dem dringenden deutschen Wunsch nicht vorgesehen.

Die Kommission will mit dieser gegen den Widerstand insbesondere Deutschlands durch

gesetzten Wende im EG-Kartellrecht mehr Zeit für die Verfolgung schwerwiegender Wettbewerbsbeschränkungen gewinnen. Ob dieses Ziel erreicht wird, bleibt wegen der vielfachen Informationspflichten der nationalen Kartellbehörden und Gerichte gegenüber der Kommission, der notwendigen Auswertung dieser Informationen durch die Kommission und des hohen Koordinierungsbedarfs als Folge der dezentralen Anwendung der Art. 81 und 82 abzuwarten, ebenso die Folgen für die Effizienz der Durchsetzung der Verbote Art. 81 und 82. (Übersicht über die Verordnung Nr. 1/2003 Koenigs Der Betrieb 2003, 755; Würdigung der Verordnung Bueren Wettbewerb in Recht und Praxis 2004, 567 mit eingehenden Nachweisen weiteren Schrifttums)

Eine Zusammenschlusskontrolle - die notwendige Ergänzung der Art. 81 (85) und 82 (86) - war bei den Verhandlungen über den EG-Vertrag politisch nicht durchzusetzen. Eine Zusammenschlusskontrolle für Grossfusionen ist nach langem Streit erst 1990 durch die VO Nr. 4064/89 des Rates (ABl. 1989 L 395 S. 1 = WuW 1990, 226; berichtigte Fassung ABl. 1990 L 257 S. 14), geändert durch VO Nr. 1310/97 (ABl. 1997 L 180 S. 1) als sekundäres Gemeinschaftsrecht eingeführt worden, ersetzt durch VO Nr. 139/2004 (ABl. 2004 L 24 S. 1)

B Wirtschaftspolitischer Hintergrund

Anders als der EGKS-Vertrag, der ausdrücklich zahlreiche Möglichkeiten staatlicher Planung und Lenkung sowie staatlicher Eingriffe in den Marktmechanismus vorsieht, geht der EG-Vertrag als wirtschaftspolitische Grundsatzentscheidung von einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb aus; Art. 4 (3 a) Abs. 1, 98 (102 a), 154 (129 b) Abs. 2. Diese wirtschaftspolitische Grundsatzentscheidung ist seinerzeit von Deutschland gegen Skepsis und Widerstand insbesondere Frankreichs und Italiens durchgesetzt worden; ihre Richtigkeit wird inzwischen von allen MS anerkannt. Die Kommission hat ihre Politik ausser im Bereich Landwirtschaft seit Beginn an diesem Leitbild orientiert

Die Wirtschaftsordnung Marktwirtschaft ist nicht nur in ihren ökonomischen Ergebnissen der staatlich gelenkten Planwirtschaft hoch überlegen, wie der Grossversuch von 70 Jahren Planwirtschaft im ehemaligen Ostblock drastisch bewiesen hat, sondern der Planwirtschaft auch gesellschaftspolitisch weit überlegen; denn sie gewährt jedem einzelnen Bürger volle Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung, freie Wahl des Arbeitsplatzes und volle Freiheit der Konsumwahl.

Ausser diesem Maximum an Freiheit für den Einzelnen löst die Marktwirtschaft aber auch optimal das in jedem Staat bestehende Verteilungsproblem, die Notwendigkeit, die stets grössere Nachfrage nach Gütern und Leistungen an das geringere Angebot anzupassen. In der Marktwirtschaft geschieht die Verteilung der Güter und Leistungen nicht nach staatlicher Willkür, sondern entsprechend der von jedem für die Gesamtheit der anderen Wirtschaftsteilnehmer erbrachten Leistung. Was als eine solche Leistung anzusehen ist, entscheiden wieder nicht eine staatliche Bürokratie, sondern die Empfänger der Leistung. Damit hängt der Anteil an Waren und Leistungen, die der Einzelne erhält, allein von ihm selbst ab; es entsteht eine durchlässige offene Gesellschaft ohne Standesprivilegien. Entscheidungen über die unvermeidlichen Verteilungskonflikte werden vom Staat auf den Markt verlagert. Damit wird der Staat von einer nie befriedigend zu lösenden Aufgabe entlastet, die Konflikte organisierter Interessen werden verringert und die Staatsverdrossenheit derjenigen vermieden, die mit der Verteilung durch den Staat unzufrieden sind.

In einer durch Angebot und Nachfrage über den Preis gesteuerten Marktwirtschaft gelingt die wirtschaftlich optimale Steuerung aber nur, wenn der Preis seine Funktion als Knappheitsbarometer zutreffend erfüllt. Den Grad der Knappheit kann der Preis aber nur dann zutreffend ausdrücken, wenn die Preise nicht durch Wettbewerbsbeschränkungen oder Einsatz wirtschaftlicher Macht verzerrt werden; erforderlich ist also das Bestehen wirksamen Wettbewerbs.

Daher Aufgabe des EG-Kartellrechts, den wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten und gegen

wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen oder Verhaltensweisen privater und öffentlicher Unternehmen zu schützen - sog. Institutionsschutz.

Der Wettbewerb ist auch ein besonders wirksames Instrument, ohne staatliches Handeln Macht zu beschränken und zu kontrollieren. Der Wettbewerb erfüllt damit zugleich eine wichtige gesellschaftspolitische Funktion

Schutz des wirksamen Wettbewerbs als Institution auch das eine Ziel des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Daneben im GWB aber als gleichberechtigtes Schutzgut der Schutz der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer - sog. Individualschutz - als Vollzug des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit Art. 2 GG und als Korrelat der unser Zivilrecht beherrschenden Grundsätze der Vertragsfreiheit und Privatautonomie, die in etwa gleich starke Vertragspartner voraussetzen.

Die Frage nach dem Schutzgut hat unmittelbare praktische Bedeutung. Das GWB ist also nicht allein Ausdruck einer bestimmten wirtschaftspolitischen Zweckmässigkeitsentscheidung und könnte deshalb geändert oder aufgehoben werden, wenn sich diese wirtschaftspolitische Meinung ändert. Bei Auslegung und Anwendung des GWB, insbesondere bei Gewährung von Erlaubnissen sind also nicht nur die Folgen für einen wirksamen Wettbewerb und mögliche gesamtwirtschaftliche Vorteile zu berücksichtigen, sondern auch die Folgen für die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der anderen Marktteilnehmer, insbesondere der Marktgegenseite.

Die Frage nach dem Schutzgut hat aber auch unmittelbare praktische Bedeutung für Auslegung und Anwendung der Art. 81 (85) ff., insbesondere bei Freistellungen, jetzt für die Legalausnahme Art. 81 Abs. 3 und bei der Zusammenschlusskontrolle. Bei Abschluss des EGV wurde der Schutz der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer nicht als gleichberechtigtes Ziel gesehen, sondern nur als Mittel und Reflex wirksamen Wettbewerbs. Der Schutz der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit als Ziel und Entscheidungskriterium gewinnt aber langsam an Bedeutung und wird rechtlich zwingend geboten, wenn man den Schutz der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer als Grundrecht ansieht, das sich aus der gemeinsamen Verfassungstradition der MS ergibt, jetzt ausdrücklich auch in Art. 16 der in Nizza feierlich verkündeten Charta der Grundrechte und in Art. II 75 und 76 der Verfassung für Europa (Rom-Vertrag; noch nicht in Kraft), und das daher nach Art. 6 Abs. 2 EU-Vertrag zu achten ist.

II Anwendungsbereich des EG-Kartellrechts; Verhältnis zum nationalen Recht

A Verhältnis EG-Recht - nationales Recht

Art. 81 (85) ff. nur anwendbar, wenn und soweit die wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen oder der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Entsprechende Regelung für den Anwendungsbereich der Vorschriften über staatliche Beihilfen in Art. 87 (92). Grund: Die MS wollten auf ihre Souveränität und Entscheidungsgewalt über Wettbewerbsbeschränkungen bzw. Beihilfen zu Gunsten der Organe der EG nur so weit verzichten wie zwingend notwendig, um das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes zu sichern.

Häufig wirken sich aber wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen bzw. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zugleich auf dem nationalen Markt und auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten nachteilig aus. Der Gerichtshof hat aber das Tatbestandsmerkmal Eignung, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, die Voraussetzung für die Anwendung der Art. 81 und 82, sehr weit ausgelegt. Daher war die Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen und Verhalten in der weit überwiegenden Zahl der Fälle sowohl nach EG-Recht, als auch nach nationalem Recht zu beurteilen; wegen des Vorrangs des EG-Rechts zuerst nach EG-Recht – sog. Zwei-Schranken-Theorie.

Bis zur Wende in der Kartellpolitik durch die Verordnung Nr. 1/2003 galt:

Wenn Auswirkung der Wettbewerbsbeschränkung zugleich auf dem nationalen Markt und auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten, war die Zulässigkeit nicht nur nach nationalem Recht, sondern auch nach EG-Recht zu prüfen. Fiel die Vereinbarung in den Verbotsbereich des Art. 81 (85) Abs. 1, so musste sie unterbleiben oder eine Freistellung vom Verbot nach Art. 81 (85) Abs. 3 erteilt werden, für die allein die Kommission zuständig war. Diese Freistellung galt wegen des begrenzten Anwendungsbereichs des EG-Kartellrechts - nur Wirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten - nicht für die Wirkungen der Vereinbarungen auf dem nationalen Markt. Wenn die Vereinbarungen wie häufig auch in den Bereich des nationalen Verbots mit Erlaubnisvorbehalt fielen, musste auch die Freistellung vom Verbot nach nationalem Recht erwirkt werden.

Das EG-Recht hat grundsätzlich Vorrang vor dem nationalen Recht; denn sonst wäre die einheitliche Geltung und Anwendung des EG-Rechts in allen MS gefährdet; EuGH 13.7.1964 Slg. 1964, 1260 (Costa/ENEL) st. Rspr.. Dieser Vorrang gilt auch im Bereich des Kartellrechts, wenn die Kommission durch Einzelentscheidung oder GruppenfreistellungsVO eine Freistellung vom Verbot des Art. 81 (85) Abs. 1 gewährt; EuGH 13.2.1969 Slg. 1969, 1 (Walt Wilhelm). Zum Verhältnis EG-Zusammenschlusskontrolle - nationales Recht siehe unten VI.

Wegen dieses grundsätzlichen Vorrangs des EG-Rechts hätten allerdings Schwierigkeiten auftreten können, wenn die Kommission erlaubt, die nationale Behörde aber die Erlaubnis verweigern würde oder umgekehrt. Wegen der engen Zusammenarbeit der Kommission mit den nationalen Behörden und der Praxis der Kommission, die Verfolgung von Wettbewerbsbeschränkungen mit Schwerpunkt in nur einem MS und geringen Wirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten den nationalen Kartellbehörden zu überlassen, sind derartige Konflikte in Einzelfällen nicht aufgetreten. Dagegen enthalten einige GruppenfreistellungsVO, insbesondere die VO für Technologietransfervereinbarungen und für Franchise-Vereinbarungen vom deutschen Recht abweichende Bestimmungen. Wenn, wie meist diese Vereinbarungen geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, bestimmte sich ihr zulässiger Inhalt nach EG-Recht.

In einigen Fällen schwerwiegender Wirkungen sowohl auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten als auch auf den Wettbewerb innerhalb des MS sind aber Unternehmen mit Geldbussen sowohl nach EG-Recht als auch nach nationalem Recht bestraft worden, weil ihre Vereinbarungen sowohl gegen das Verbot des Art. 81 (85) Abs. 1 als auch gegen nationale Verbote verstossen hatten. Dabei wurde eine bereits von der anderen Kartellbehörde verhängte Geldbusse berücksichtigt. Anders im Verhältnis zu Drittstaaten; siehe nachstehend B

Nach der Wende in der Kartellpolitik durch die VO Nr. 1/2003

Durch den Übergang vom Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu Art. 81 Abs. 3 als Legalausnahme vom Verbot und die dezentrale Anwendung der Art. 81 und 82 auch durch die nationalen Kartellbehörden und Gerichte hat sich diese Rechtslage geändert.

Nach Art 5 und 6 VO Nr. 1/2003 sind jetzt die Kartellbehörden und die Gerichte der Mitgliedstaaten für die Anwendung der Art. 81 und 82 in all denen Einzelfällen zuständig, in denen die Kommission kein Verfahren eingeleitet hat.

Wenden die nationalen Kartellbehörden oder Gerichte ihr nationales Kartellrecht auf wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen i.S. Art. 81 oder nach Art. 82 verbotenes Verhalten an, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen können, haben sie nach Art. 3 Abs. 1 Verordnung Nr. 1/2003 zugleich auch Art. 81 und 82 anzuwenden, also nicht nur die Verbote, sondern auch die Legalausnahme des Art. 81 Abs. 3. Nach Art. 3 Abs. 2 VO darf die Anwendung des nationalen Kartellrechts nicht zum Verbot von Vereinbarungen führen, die wegen ihrer geringen Bedeutung den Wettbewerb i. S. Art. 81 Abs. 1 nicht einschränken, die Bedingungen der

Legalausnahme Art. 81 Abs. 3 erfüllen oder durch eine Verordnung zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 (Gruppenfreistellung) erfasst sind, also nach EG-Recht zulässig. Auf diese Weise soll eine unterschiedliche Beurteilung nach EG-Recht und nationalem Recht vermieden werden.

Nationale Kartellbehörden und Gerichte, aber auch die Unternehmen müssen daher in jedem Fall zuerst prüfen, ob die betreffende Vereinbarung oder Verhalten geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, und daher das EG-Recht anzuwenden ist. Entscheidend für die Abgrenzung zwischen EG-Recht und nationalem Recht ist die Auslegung dieser Voraussetzung für die Anwendung der Art. 81 und 82 durch den Gerichtshof und die Kommission, in welchen Fällen diese Voraussetzung wegen fehlender Spürbarkeit nicht gegeben ist. Anders als der Gerichtshof in älteren Entscheidungen nimmt die Kommission für einen grösseren Bereich von Vereinbarungen und Verhalten fehlende Spürbarkeit und daher keine Anwendbarkeit von Art. 81 und 82 an – siehe unten II C. Damit wird der Weg frei für die Anwendung des nationalen Kartellrechts in diesen Fällen; bei dessen Anwendung aber zu beachten das Verbot des Art. 3 Abs. 2 VO Nr. 1/2003.

Die Zwei-Schranken-Theorie für das Verhältnis EG-Recht – nationales Recht gilt zwar grundsätzlich weiter. Unter diesen Umständen besteht aber für ihre Anwendung kein Bedürfnis mehr. Die Kommission oder die nationalen Kartellbehörden und Gerichte können bei der Anwendung der Art. 81 und 82 die Wirkungen der Wettbewerbsbeschränkungen oder des Verhaltens auf dem nationalen Markt, wie schon bisher überwiegend geschehen, ausreichend berücksichtigen. In den Fällen, in denen Art 81 und 82 wegen fehlender Spürbarkeit nicht anzuwenden sind, können die nationalen Kartellbehörden und Gerichte den Schutz wirksamen Wettbewerbs und den Schutz vor Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach nationalem Kartellrecht gewährleisten. In der Regel wird in diesen Fällen aber auch keine Spürbarkeit i.S. des nationalen Kartellrechts vorliegen.

Kurzformel für die Praxis:

Wenn eine spürbare Eignung vorliegt, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, genügt in der Regel eine Prüfung nach Art. 81 (85) und Art. 82 (86) zunächst durch die Unternehmen, dann durch die Kommission oder die nationalen Gerichte

B Räumlicher Anwendungsbereich des EG-Kartellrechts

Staaten

Durch den Vertrag über den Europäischen Wirtschaftsraum (BGBl. 1993 II S. 167), in Kraft getreten 1.1.1994, ist der Anwendungsbereich des EG-Kartellrechts auf Norwegen, Schweden, Finnland, Island und Österreich erweitert worden (überholt durch Beitritt von Schweden, Finnland und Österreich 1.1.1995), für Liechtenstein EWR-Vertrag ab 1.5.1995. Den Art. 81 (85) und 82 (86) entsprechende Vereinbarungen und Verhaltensweisen sind nach Art. 53, 54 EWR-Abkommen mit dem Abkommen unvereinbar, ebenso nach Art. 57 Zusammenschlüsse, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wesentlicher Wettbewerb im Geltungsbereich des Abkommens oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert wird. Die Grundsätze des Art. 86 (90) Abs. 1 und 2 werden durch Art. 59 übernommen. Das geltende sekundäre EG-Kartellrecht einschliesslich Zusammenschlusskontrolle wird nach Art. 7 als innerstaatliches Recht der Vertragsparteien übernommen.

Für die Entscheidung von Einzelfällen nach Art. 81 (85) und 82 (86) ist nach Art. 56, 57 Abkommen die EFTA-Überwachungsbehörde zuständig bei reinen EFTA-Fällen oder wenn der Gesamtumsatz der beteiligten Unternehmen im EFTA-Raum 33 % nicht überschreitet, in den anderen Fällen und für Entscheidungen der Zusammenschlusskontrolle ist die Kommission zuständig.

Der Anwendungsbereich der Art. 81 (85) und 82 (86) wurde ausgedehnt auf Polen, Ungarn, Tschechien, Slowakei, Bulgarien, Rumänien, Estland, Lettland, Litauen und Slowenien, mit denen

Assoziierungsabkommen (sog. Europaverträge) geschlossen worden sind. Innerhalb von drei Jahren erlässt der Gemischte Ausschuss die erforderlichen Durchführungsbestimmungen; ausser für Rumänien und Bulgarien durch Beitritt zur EG am 1.5.2004 überholt; ausgedehnt auf Malta und Zypern durch Beitritt; für Bulgarien und Rumänien überholt durch Beitritt 1.1.2007

Durch Europa-Mittelmeer-Abkommen über Gründung einer Assoziation Anwendungsbereich der Art. 81 (85) und 82 (86) ausgedehnt auf Algerien, Tunesien, Marokko, Israel und Westjordanland/Gaza-Streifen. Der Assoziationsrat erlässt binnen drei Jahren (Israel), sonst fünf Jahre nach Inkrafttreten des Abkommens die erforderlichen Durchführungsbestimmungen

Nach den Abkommen über Partnerschaft und Zusammenarbeit mit der Russischen Föderation, der Ukraine und Weissrußland stellen die Vertragsparteien sicher, dass in ihrem Zuständigkeitsbereich Vorschriften bestehen und durchgesetzt werden, um durch Unternehmen oder staatlich verursachte Wettbewerbsbeschränkungen zu beseitigen, soweit sie geeignet sind, den Handel zwischen den Vertragspartnern zu beeinträchtigen

Nach den Abkommen über wirtschaftliche Partnerschaft und Zusammenarbeit mit Mexico, Südafrika und Chile treffen die Vertragspartner geeignete Massnahmen gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die geeignet sind, den Handel zwischen den Vertragspartnern massgebend zu beeinträchtigen. Dazu Zusammenarbeit und Koordinierung der zuständigen Behörden und Beschlüsse des Gemischten Rates.

Territorialitätsgrundsatz

LE Art. 81, 82 (85, 86) anwendbar auf alle Wettbewerbsbeschränkungen, die sich innerhalb der Gemeinschaft auswirken, also sowohl auf Vereinbarungen, an denen EG-Unternehmen und Drittlandunternehmen beteiligt sind, z.B. Preis-, Gebiets-, Quotenkartelle allein für Drittstaaten oder auch für MS, als auch für Vereinbarungen nur von Drittlandunternehmen, z.B. Kartelle für den Export in die Gemeinschaft (EuGH 27.9.1988 Slg. 1988, 5233 = WuW/E 829 – **Zellstoffhersteller**). Territorialitätsgrundsatz; so im Kartellrecht aller Staaten

Daher kein Verstoß gegen den Grundsatz des ne bis in idem (keine mehrfache Bestrafung der selben Tat) durch Festsetzung von Busse wegen identischer Zuwiderhandlung gegen das Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen durch die EG-Kommission einerseits, Kartellbehörden der USA andererseits, da die Rechtsordnungen der EG und von Drittstaaten sich in ihren Gründen und Zielsetzungen sowie in den Rechtsfolgen und Verfahren unterscheiden; EuGH 29.6.2006 Slg. 2006, 5859 (Showa Denko) Rn. 11 ff.; 29.6.2006 Slg. 2006, 5977 Rn. 26 ff. (Carbon); 10.5.2007 – C 328/05P Rn. 24 ff. (SGL Carbon)

Vereinbarungen, die den Export nach Drittstaaten betreffen, fallen nur dann unter Art. 81 (85), wenn sie spürbare Rückwirkungen im Gemeinsamen Markt durch Einfluss auf Struktur und Intensität des Wettbewerbs haben, z.B. Pflicht zum Export (EuGH 28.3.1984 Slg. 1984, 1679 - Zinkbleche); Exportverbote, wenn Reimporte wirtschaftlich lohnend. Beschränkungen, die den Import in die Gemeinschaft betreffen, fallen mit grösserer Wahrscheinlichkeit unter Art. 81 (85). Das gilt insbesondere für horizontale Vereinbarungen. Bei Drittlandunternehmen in Alleinvertriebsverträgen oder Lizenzverträgen auferlegten Exportverboten für den Gemeinsamen Markt ist eine "spürbare" Wirkung weniger wahrscheinlich; es kommt auf die gesamten Marktdaten an (EuGH 25.11.1971 Slg. 1971, 949 - Béguelin; 20.6.1978 Slg. 1978, 1391 - Theal/Watts); unrichtig OLG Düsseldorf 27.7.1995 WuW/E 5525, 5542 (Metro/Cartier)

Zusammenschlüsse von Unternehmen in Drittstaaten unterliegen der Zusammenschlusskontrolle nach VO Nr. 4064/89, jetzt VO Nr. 139/2004, wenn die Schwellenwerte des Art. 1 VO erreicht werden und sich der Zusammenschluss damit innerhalb der Gemeinschaft auswirkt; Kommission 24.4.1996 ABI. 1997 L 13 S. 30 = WuW 1996, 579, bestätigt durch EuG 25.3.1999 Slg. 1999, 753 = WuW/E EU-R 213 (Gencor/Lonrho); 30.7.1997 WuW/E EV 7 (Boeing/McDonnell Douglas); ständige Praxis, zuletzt Untersagung WuW 2001, 846 (General Electric/Honeywell), bestätigt

durch EuG 15.12.2004 – T 209/02. Erreichen des Schwellenwertes Art. 1 Abs. 2 b) möglich durch Tochtergesellschaften aufgrund Art. 5 Abs. 4, z.B. Entscheidung der Kommission 16.1.1996 ABI. 1996 L 183 S. 1 (Kimberly-Clark/Scott)

C Sachlicher Anwendungsbereich des EG-Kartellrechts

Abgrenzungskriterium Eignung, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen

Das Abgrenzungskriterium für die Anwendbarkeit des EG-Rechts Art. 81 (85) Abs. 1 Eignung, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, wird vom Gerichtshof im Interesse des Funktionierens des Gemeinsamen Marktes sehr weit ausgelegt. Zu prüfen, ob sich nach allen objektiven rechtlichen oder tatsächlichen Umständen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach beeinflusst werden kann, ob die vom Vertrag gewollte wirtschaftliche Durchdringung erschwert oder die Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes gefährdet wird; EuGH 30.6.1966 Slg. 1966, 281 (Maschinenbau Ulm); 13.7.1966 Slg. 1966, 321 (Grundig/Consten); 9.7.1969 Slg. 1969, 295 (Völk); zuletzt Gebührenordnung freier Berufe, die sich auf das gesamte Hoheitsgebiet eines MS erstreckt; EuGH 5.12.2006 – C 94/04 (Cipolla); st. Rspr.

Als Folge der inzwischen weit fortgeschrittenen Integration der nationalen Märkte diese Eignung jetzt fast immer gegeben

Ausreichend Eignung, Handel zwischen MS spürbar zu beeinträchtigen; nicht erforderlich Nachweis, dass Handel tatsächlich spürbar beeinträchtigt; EuGH 1.2.1978 Slg. 1978, 131 (Miller International); EuGH 17.7.1997 Slg. 1997, 4911 (Betonstahlmatten; Ferriere Nord)

Eignung, Handel zwischen Mitgliedstaaten (MS) zu beeinträchtigen, nicht nur bei Vereinbarungen zwischen Unternehmen aus verschiedenen MS, sondern auch bei rein nationalen Vereinbarungen, die wegen ihres Umfangs oder Art den Marktzutritt für Unternehmen aus anderen MS erschweren, z.B. Verkaufssyndikat für das Gebiet eines MS (EuGH 17.10.1972 Slg. 1972, 977 - VCH), gleichartige Vertragssysteme mehrerer Unternehmen - sog. Bündeltheorie (EuGH 12.12.1967 Slg. 1967, 544 - Haecht I; 1.2.1977 Slg. 1977, 65 - Concordia; 28.2.1991 Slg. 1991, 935 - Delimitis; 7.12.2000 Slg. 2000, 11121 - Neste Markinointi), Ausschliesslichkeitsbindung aller Vertragshändler hinsichtlich Leasingverträgen EuGH 24.10.1995 Slg. 1995, 3477 (VolkswagenLeasing); Prämienkartell aller in einem MS tätigen Kfz-Haftpflichtversicherungen EuGH 13.7.2006 – C 295/04 bis C 298/04 - Rn. 33 ff. (Lloyd Adriatico Assicurazioni); zuletzt EuGH 23.11.2006 – C 238/05 Rn. 33 ff. m. Nachw. (Kreditauskunftsregister Spanien – Asnef-Egafax)

Eignung, Handel zwischen MS zu beeinträchtigen, wegen ihrer Rückwirkung auf die innergemeinschaftlichen Märkte auch bei Vereinbarungen von Unternehmen verschiedener MS, die unmittelbar nur den Wettbewerb dieser Unternehmen bei Angebot von Waren oder Dienstleistungen auf Drittmärkten betreffen; EuG 15.3.2000 Slg. 2000, 491 = Rn. 3668, 3669 (Zementhersteller); Kommission 30.4.1999 WuW/E EU-V 315 (Europe Asia Trades Agreement)

Spürbarkeit

Erforderlich aber stets "Spürbarkeit" (EuGH 9.7.1969 Slg. 1969, 295 - Völk; 25.11.1971 Slg. 1971, 949 - Béguelin). Zu verneinen, wenn die Vereinbarung den Markt mit Rücksicht auf die schwache Stellung der Beteiligten nur geringfügig beeinträchtigt; st. Rspr., zuletzt EuGH 21.1.1999 Slg. 1999, 135 (ital. Bankbedingungen).

Abweichend von der Rechtsprechung des EuGH nimmt die Kommission für einen zunehmend grösseren Bereich von Vereinbarungen fehlende Spürbarkeit und damit keine Anwendung des Art. 81 an, wohl um mehr Zeit für die Verfolgung schwerwiegender Wettbewerbsbeschränkungen zu gewinnen und Wettbewerbsbeschränkungen, deren Wirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten unterhalb dieser Spürbarkeitsgrenze liegt, den nationalen Kartellbehörden und

Gerichten zur Verfolgung nach nationalem Kartellrecht wegen ihrer gleichzeitigen Wirkung auf den Markt innerhalb des MS zu überlassen; denn durch das Einschreiten der nationalen Kartellbehörden und Gerichte gegen die Wettbewerbsbeschränkungen mit innerstaatlicher Wirkung werden in der Regel zugleich die Wirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten beseitigt.

Kriterien für Spürbarkeit nach Auffassung der Kommission in der Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung ABl. 2001 C 368 S. 13 = WuW 2002, 146 - de minimis-Bekanntmachung (vorher ABl. 1987 C 372 S. 13 = WuW 1988, 159; übernommen durch EFTA-Überwachungsbehörde ABl. 1988 C 200 S. 46, 55). In Entscheidungen des EuGH und des EuG werden diese Bekanntmachungen niemals erwähnt, sondern stets Würdigung im Einzelfalle.

Kriterien für fehlende Spürbarkeit nach der de minimis-Bekanntmachung: Im allgemeinen keine Spürbarkeit, wenn die Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf keinem der betroffenen Märkte bei Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern 15 %, bei Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern 10 % nicht überschreiten. Wird in einem relevanten Markt der Wettbewerb durch die kumulative Wirkung nebeneinander bestehender Netze von Vereinbarungen mit ähnlicher Wirkung beschränkt, werden die Marktanteilsschwellen sowohl für Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern als auch für Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern auf 5 % herabgesetzt. Bei einzelnen Lieferanten oder Händlern mit einem Marktanteil, der 5 % nicht überschreitet, ist von einem wesentlichen Beitrag zu dem kumulativen Abschottungseffekt nicht auszugehen. Das Vorliegen eines kumulativen Abschottungseffekts höchst unwahrscheinlich, wenn weniger als 30 % des relevanten Marktes von nebeneinander bestehenden Netzen von Vereinbarungen abgedeckt werden. Die Marktanteilsschwellen gelten einheitlich für horizontale und vertikale Vereinbarungen. Die Bekanntmachung gilt nicht für sog. hard core-Vereinbarungen – Absprachen zwischen Mitbewerbern über Preise, Quoten und Aufteilung von Märkten; Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern zwecks Festsetzung der Wiederverkaufspreise oder Beschränkung des Absatzgebietes oder Kundenkreises, soweit sie nicht nach der GruppenfreistellungsVO für vertikale Vereinbarungen (siehe unten VII B 6) zulässig sind

Vereinbarungen zwischen kleinen und mittleren Unternehmen sind nach der Bekanntmachung selten geeignet, den Handel zwischen MS und den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes spürbar zu beeinträchtigen. Sie fallen somit in aller Regel nicht unter das Verbot des Artikels 81 (85) Abs. 1. Falls diese Vereinbarungen ausnahmsweise doch die Voraussetzungen des Art. 81 (85) Abs. 1 erfüllen sollten, besteht kein ausreichendes Gemeinschaftsinteresse am Einschreiten der Kommission. Die Kommission wird daher weder auf Antrag noch von Amts wegen ein Verfahren zur Anwendung von Art. 81 (85) Abs. 1 auf derartige Vereinbarungen einleiten, selbst wenn die oben genannten Schwellenwerte überschritten sind, es sei denn, dass derartige Vereinbarungen den Wettbewerb auf einem wesentlichen Teil des massgebenden Marktes behindern oder der Wettbewerb auf dem massgebenden Markt durch die kumulativen Auswirkungen paralleler Netze gleichartiger Vereinbarungen beschränkt wird

Kleine und mittlere Unternehmen gemäss Anhang zur Empfehlung der Kommission vom 3.4.1996 ABl. 1996 L 107 S. 4 Unternehmen mit weniger als 250 Beschäftigten und weniger als 40 Mio. Euro Umsatz oder Jahresbilanzsumme unter 27 Mio. Euro, die unabhängig, d.h. nicht zu 25 % oder mehr im Besitz eines Unternehmen, das diese Definition nicht erfüllt. Durch Empfehlung der Kommission vom 6.5.2003 (ABl. 2003 L 124 S. 36) sind die Schwellenwerte auf höchstens 50 Mio Euro Jahresumsatz oder höchstens 43 Mio Jahresbilanzsumme erhöht worden.

Die Kriterien für die Spürbarkeit nach der de minimis-Bekanntmachung hat die Kommission verändert in ihren Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikels 81 und 82 des Vertrages (ABl. 2004 C 101 S. 81 Rn. 50 ff.) durch eine Standard-Definition Fehlen der Spürbarkeit – NAAT-Regel (not appreciable affection of trade). Bei Anwendung des Art. 81 wird die Kommission diese Standard-Definition im Sinne einer widerlegbaren Negativvermutung auf alle Vereinbarungen im Sinne von Art. 81 Abs. 1 anwenden, unabhängig von der Art der darin enthaltenen Beschränkungen einschliesslich solcher, die in GruppenfreistellungsVO und Leitlinien der Kommission als Kernbeschränkungen identifiziert

werden. In Fällen, in denen diese Negativvermutung anwendbar ist, wird die Kommission in der Regel weder auf Antrag noch von Amts wegen ein Verfahren einleiten. Gehen Unternehmen im guten Glauben davon aus, dass ihre Vereinbarung unter diese Negativvermutung fällt, wird die Kommission keine Geldbusse festsetzen.

Unter diese widerlegbaren Negativvermutung fallen Vereinbarungen, wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

1. Gemeinsamer Marktanteil der Parteien auf keinem von der Vereinbarung betroffenen Markt höher als 5 %
2. Im Falle horizontaler Vereinbarungen gesamter Jahresumsatz der beteiligten Unternehmen mit den von der Vereinbarung erfassten Waren nicht höher als 40 Mio Euro
3. Im Falle vertikaler Vereinbarungen der Jahresumsatz des Lieferanten mit den von der Vereinbarung erfassten Waren nicht höher als 40 Mio Euro

Die Leitlinien der Kommission sollen auch den nationalen Kartellbehörden und Gerichten bei der Anwendung von Art. 81 (85) als Leitfaden dienen, auch wenn sie für diese nicht verbindlich sind. Sie sind daher nicht daran gehindert, in den Fällen, die unter die NAAT-Regel fallen, der Vermutung fehlender Spürbarkeit und damit der Nichtanwendbarkeit der Art. 81, 82 zu folgen und die Vereinbarung bzw. das Verhalten nach nationalem Recht zu beurteilen.

Um das Erreichen der Ziele gemäss Art. 3 i, 136 – 143 (118) und des Abkommens über die Sozialpolitik (Protokoll zum Maastricht-Vertrag) nicht zu gefährden, fallen Tarifverträge der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände nicht unter Art. 81 (85); EuGH 21.9.1999 Slg. 1999, 6121 (Bokken); 21.9.2000 WuW/E EU-R 364 (van der Woude)

D Zeitlicher Anwendungsbereich des EG-Kartellrechts

Art. 81 (85) auch anwendbar auf ausser Kraft getretene Kartelle, deren Wirkungen fortbestehen; EuGH 10.3.1992 Slg. 1992, 499, 629, 1155 (Polypropylen-Hersteller Hüls, Hoechst, Montedipe)

III Übersicht über das EG-Kartellrecht

A Leitnormen

Aufgabe des Kartellrechts

1. Vollzug der Grundsatzentscheidung der Art. 3 Buchst. g, Art. 4 (3 a) Abs. 1
2. Herstellung der vier Freiheiten; Verhindern des Ersatzes der beseitigten staatlichen Handelsschranken durch private Vereinbarungen und Verhaltensweisen.

Siehe oben I A

Daher als Leitnormen

1. Art. 81 (85) - Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen oder abgestimmter Verhaltensweisen mit Erlaubnisvorbehalt, jetzt mit Legalausnahme statt Missbrauchsaufsicht, siehe oben I A
2. Art. 82 (86) - Verbot des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung.
Ein solches Verbot war bei den Beratungen des GWB im Bundestag nicht durchzusetzen, sondern nur die Möglichkeit einer Missbrauchsverfügung der Kartellbehörde in solchen Fällen - § 19. Erst durch die Novelle 1998 wurde das Verbot des Missbrauchs eines marktbeherrschenden Stellung in das GWB eingefügt - § 19

Mit diesen Leitnormen aber nur erfasst Wettbewerbsbeschränkungen durch Verträge, abgestimmte Verhaltensweisen oder tatsächliches Verhalten, jedoch nicht erfasst die Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch Zusammenschlüsse. Eine Zusammenschlusskontrolle war in den

Verhandlungen über den EG-Vertrag nicht durchsetzbar. Eine Zusammenschlusskontrolle für Grossfusionen wurde nach langem Streit erst 1990 unter Inanspruchnahme von Art. 235, jetzt 308 durch die VO Nr. 4064/89 des Rates eingeführt, jetzt VO Nr. 139/2004 (ABl. 2004 L 24 S. 1)

Erlass der zur Durchführung von Art. 81 (85) und 82 (86) erforderlichen Vorschriften gemäss Art. 83 (87); Vorschriften für die Übergangszeit Art. 84, 85 (88, 89)

B Sachlicher Anwendungsbereich

1. Anwendungsbereich der Art. 81, 82 (85, 86)

1. Öffentliche Unternehmen, Monopole

Art. 81, 82 (85, 86) anwendbar; Art. 86 (90) Abs. 1

2. Unternehmen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, Finanzmonopole

Art. 81, 82 (85, 86) anwendbar, soweit nicht dadurch die Erfüllung ihrer Aufgaben verhindert wird; Art. 86 (90) Abs. 2

3. Landwirtschaft

Sonderregelung durch VO Nr. 26 (ABl. 1962 S. 993). Freistellung auf Antrag für Wettbewerbsbeschränkungen, die wesentlicher Bestandteil einzelstaatlicher Marktordnungen oder zur Verwirklichung der Ziele des Art. 33 (39) notwendig, sowie für Vereinbarungen landwirtschaftlicher Genossenschaften ausser Preisbindung, soweit sie nicht den Wettbewerb ausschliessen oder die Ziele des Art. 33 (39) gefährden.

Ersetzt durch VO Nr. 1184/2006 ABl. 2006 L 214 S. 7

Zur Rechtslage siehe EuGH 12.12.1995 Slg. 1995, 4471 (Dijkstra u.a.)

4. Verkehr

Anwendung der Art. 81, 82 (85, 86) wegen Nichtgeltung der erforderlichen DurchführungsVO Nr. 17 gemäss VO Nr. 141/62 (ABl. 1962 S. 2751) zunächst faktisch ausgesetzt. Inzwischen Sonderregelungen für

a) Eisenbahn-, Strassen- und Binnenschiffsverkehr

durch VO Nr. 1017/68 (ABl. 1968 L 175 S. 1 = WuW 1968, 761). Gesetzliche Freistellung für technische Vereinbarungen und Gemeinschaften kleiner und mittlerer Unternehmen; im übrigen Möglichkeit der Freistellung in einem vereinfachten Widerspruchsverfahren; Missbrauchsaufsicht; Vorschriften über das Verfahren; Auskunfts- und Prüfungsrechte der Kommission; Geldbussen

b) Seeverkehr

durch VO Nr. 4056/86 (ABl. 1986 L 378 S. 4 = WuW 1987, 810).

Gesetzliche Freistellung für technische Vereinbarungen, Absprachen (Konferenzen) der Linienschiffahrt und Absprachen der Konferenzen mit den Verkehrsnutzern; im übrigen Möglichkeit der Freistellung in einem vereinfachten Widerspruchsverfahren; Missbrauchsaufsicht; Vorschriften über das Verfahren; Auskunfts- und Prüfungsrechte der Kommission; Geldbussen

c) Luftverkehr

durch VO Nr. 3975/87 (ABl. 1987 L 374 S. 1 = WuW 1988, 621); Freistellung für bestimmte technische Vereinbarungen, im übrigen Möglichkeit der Freistellung in einem vereinfachten Widerspruchsverfahren; Missbrauchsaufsicht; Auskunfts- und Prüfungsrechte der Kommission; Vorschriften für das Verfahren; Geldbussen; Änderungen ABl. 1991 L 122 S. 2; 1992 L 240 S. 18 (Anwendung erweitert auf innergemeinschaftlichen Luftverkehr)

VO Nr. 3976/87 (ABl. 1987 L 374 S. 9 = WuW 1988, 628); Ermächtigung der Kommission zu Gruppenfreistellungen von Luftverkehrsunternehmen; verlängert durch VO Nr. 2344/90 ABl. 1990 L 217 S. 15; Änderung durch VO Nr. 241/92 ABl. 1992 L 240 S. 19

Verordnung Nr. 2342/90 über Tarife im Linienflugverkehr (ABl. 1990 L 217 S. 1); aufgehoben durch VO Nr. 2409/92

Verordnung Nr. 2343/90 über den Zugang von Luftverkehrsunternehmen zu Strecken des innergemeinschaftlichen Linienflugverkehrs und über die Aufteilung der Kapazitäten für die Personenbeförderung zwischen Luftverkehrsunternehmen im Linienflugverkehr zwischen Mitgliedstaaten (ABl. 1990 L 217 S. 8); überwiegend aufgehoben durch VO Nr. 2409/92

VO Nr. 2299/89 über einen Verhaltenskodex im Zusammenhang mit computergesteuerten Buchungssystemen (ABl. 1989 L 220 S. 1), geändert durch VO Nr. 3089/93 (ABl. 1993 L 278 S. 1); VO Nr. 323/1999 (ABl. 1999 L 40 S. 1)

Verordnung Nr. 294/91 über den Betrieb von Luftfrachtdiensten zwischen Mitgliedstaaten (ABl. 1991 L 36 S. 1); überwiegend aufgehoben durch VO Nr. 2408/92 und Nr. 2409/92

Verordnung Nr. 2408/92 des Rates vom 23. Juli 1992 über den Zugang von Luftverkehrsunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs (ABl. 1992 L 240 S. 8)

Verordnung Nr. 2409/92 des Rates vom 23. Juli 1992 über Flugpreise und Luftfrachtraten (ABl. 1992 L 240 S. 15)

Verordnung Nr. 95/93 des Rates vom 18. Januar 1993 über gemeinsame Regeln über die Zuweisung von Zeitnischen auf Flughäfen in der Gemeinschaft (ABl. 1993 L 14 S. 1)

5. Telekommunikation

Richtlinie 88/301 der Kommission über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikations-Endgeräte (ABl. 1988 L 131 S. 73), teilweise für nichtig erklärt durch EuGH 19.3.1991 Slg. 1991, 1223; Änderung ABl. 1994 L 268 S. 15 (Anpassung an EuGH und Ausdehnung auf Satellitenkommunikation)

Richtlinie 90/388 der Kommission über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste (ABl. 1990 L 192 S. 10), teilweise für nichtig erklärt durch EuGH 17.11.1992 Slg. 1992, 5833; Änderungen ABl. 1994 L 268 S. 15 (Anpassung an EuGH und Ausdehnung auf Satellitenkommunikation); ABl. 1995 L 256 S. 51 (Ausdehnung auf Kabelfernsehtetze; dagegen Nichtigkeitsklage Spanien, Portugal ABl. 1996 C 95 S. 5); ABl. 1996 L 20 S. 59 (Ausdehnung auf mobile Kommunikation und Personal Communications); ABl. 1996 L 74 S. 13 (Abbau der Beschränkungen für den Zugang zum Sprachtelefondienst, u.a. Zusammenschaltung der Netze, Vergabe von Nummern, Benutzung von Wegen); ABl. 1999 L 175 S 39 (Organisation demselben Betreiber gehörende Telekommunikations- und Kabelfernsehtetze in rechtlich getrennte Einheiten)

Ersetzt ab 25.7.2003 durch

Richtlinie 2002/77 des Kommission vom 16. September 2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste (ABl. 2002 L 249 S. 21)

Richtlinie 90/387 des Rates vom 28. Juni 1990 zur Einführung eines offenen Netzzuganges für Telekommunikationsdienste (Open Network Provision - ONP); ABl. 1990 L 192 S. 1, geändert durch Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 zwecks

Anpassung an ein wettbewerbsorientiertes Telekommunikationsumfeld (ABl. 1997 L 295 S. 23)

Richtlinie 92/44 des Rates vom 5. Juni 1992 zur Einführung des offenen Netzzuganges bei Mietleitungen (ABl. 1992 L 165 S. 27), aktualisiert ABl. 1997 C 238 S. 5; Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten ABl. 1994 C 214 S. 4

Richtlinie 98/10 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Anwendung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst und den Universaldiensten im Telekommunikationsbereich in einem wettbewerbsorientierten Umfeld (ABl. 1998 L 101 S. 24).

Früheres Recht Richtlinie 95/62 ABl. 1995 L 321 S. 6, Änderung ABl. 1997 L 295 S. 23

Richtlinie 2002/19 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie) ABl. 2002 L 108 S. 7

Richtlinie 2002/22 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kabelnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie) ABl. 2002 L 108 S. 51

2. Anwendungsbereich der Zusammenschlusskontrolle

Die VO Nr. 139/2004 über die Zusammenschlusskontrolle gilt für Zusammenschlüsse in allen Bereichen.

C Durchführungsvorschriften

1. Durchführungsvorschriften aufgrund Art. 83 (87)

VO Nr. 17 des Rates (ABl. 1962 S. 204), geändert durch VO Nr. 59 (ABl. 1962 S. 1655), VO Nr. 118/63 (ABl. 1963 S. 2696), VO Nr. 2822/71 (ABl. 1971 L 285 S. 48); Abstellung von Zuwiderhandlungen, Antragsrecht Betroffener; Regelung des Freistellungsverfahrens; Entscheidungsmonopol der Kommission für Freistellungen; Zusammenarbeit Kommission - nationale Behörden; Auskunfts- und Nachprüfungsrecht; Geldbussen und Zwangsgelder; Anhörung Beteiligten und Dritter; zuletzt geändert durch VO Nr. 1216/1999 ABl. 1999 L 148 S. 5 = WuW 1999, 719 (keine Anmeldepflicht für Vertikalverträge und Verträge über gewerbliche Schutzrechte)
Ersetzt ab 1.5.2004 durch

Verordnung Nr. 1/2003 des Rates (ABl. 2003 L 1 S. 1)

Zur Ausführung der VO Nr. 17 des Rates

VO Nr. 3385/94 der Kommission (ABl. 1994 L 377 S. 28) Form und Inhalt der Anträge und Anmeldungen

Ersetzt durch

Verordnung Nr. 773/2004 des Rates vom 7. April 2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission (ABl. 2004 L 123 S. 18)

VO Nr. 99/63 der Kommission (ABl. 1963, 2268), ab 1.2.1999 ersetzt durch VO Nr. 2842/98 (ABl. 1998 L 354 S. 18); Rechte der Unternehmen, gegen die ein Verstossverfahren der Kommission anhängig - Mitteilung der Beschwerdepunkte, Anhörung; Anhörung Dritter, insbes. der Antragsteller auf Feststellung einer Zuwiderhandlung

Ersetzt durch

Verordnung Nr. 773/2004 vorstehend

2. Durchführungsvorschriften aufgrund Art. 21 VO Nr. 4064/89 (Zusammenschlusskontrolle)

VO Nr. 447/98 der Kommission vom 1. März 1998 über die Anmeldungen, über die Fristen sowie

über die Anhörung nach der Verordnung Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. 1998 L 61 S. 1 = WuW 1998, 358)

Ersetzt durch

Verordnung Nr. 802/2004 der Kommission vom 7. April 2004 zur Durchführung der Verordnung Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. 2004 L 133 S. 1)

D Gruppenfreistellungen

Der weite Verbotsbereich des Art. 81 (85) Abs. 1 führte zu einem Massenproblem. Durch das Verbot des Art. 81 (85) Abs. 1 werden u.a. erfasst die weit verbreiteten Vertragstypen Alleinvertriebsverträge, Alleinbezugsvereinbarungen (u.a. Brauereien - Gastwirte; Tankstellen), Kraftfahrzeug-Vertragshändler-Verträge, Lizenzverträge über Patente und Know how, Franchiseverträge, bestimmte Vereinbarungen der Luftverkehrsunternehmen. Ebenso fallen, soweit nicht unter der Spürbarkeitsgrenze, stets unter das Verbot des Art. 81 (85) Abs. 1 Vereinbarungen der Unternehmen über Spezialisierung und oft auch über eine Zusammenarbeit in Forschung und Entwicklung. Alle diese Vereinbarungen enthalten zwar Wettbewerbsbeschränkungen, in der Regel führen sie aber zu grösserer Leistungsfähigkeit der beteiligten Unternehmen, besserer Warenverteilung, stärkerem Wettbewerb und damit besseren Bedingungen für die andere Marktseite; sie erfüllten also die Voraussetzungen für eine Freistellung vom Verbot gemäss Art. 81 (85) Abs. 3. Eine Freistellung im Einzelfall erforderte aber jeweils eine Anmeldung, deren Veröffentlichung, u.U. eine Anhörung der Antragsteller und Dritter, eine Beratung im Beratenden Ausschuss mit den MS und eine förmliche Entscheidung der Kommission. Ein so grosser Zeit- und Arbeitsaufwand für die Unternehmen, die Kommission und die MS war in diesen Fällen weder sinnvoll noch möglich.

Zur Bewältigung des durch den weiten Verbotsbereich des Art. 81 (85) Abs. 1 entstandenen Massenproblems wurde das Instrument der Gruppenfreistellung entwickelt. Der Rat ermächtigte jeweils die Kommission, für bestimmte Arten von Vereinbarungen eine Gruppenfreistellung zu erlassen. Auf Grund dieser Ermächtigung erliess die Kommission eine Gruppenfreistellungsverordnung für bestimmte Arten von Vereinbarungen, in der jeweils die zulässigen (weisse Liste) und unzulässigen (schwarze Liste) Wettbewerbsbeschränkungen, teilweise auch ein vereinfachtes Freistellungsverfahren durch Anmeldung und Nichtwiderspruch für bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen (graue Liste) und eine Missbrauchsaufsicht enthalten sind.

Vereinbarungen kommen aber nur dann in den Genuss einer Gruppenfreistellung, wenn sie ausschliesslich zulässige oder freistellungsfähige Bestimmungen enthalten. Anderenfalls gilt für die ganze Vereinbarung wieder Art. 81 (85) Abs. 1; (EuGH 28.2.1991 Slg. 1991, 935 - Delimitis); EuG 8.6.1995 Slg. 1995, 1533 (Langnese-Iglo); Einschränkung auf Unwirksamkeit bestimmter Klauseln durch Art. 6 Abs. 2 und 3 VO Nr. 1475/95 (Kfz.-Vertragshändlerverträge); wohl auch durch die neue Gesetzestechnik der Verordnung Nr. 2658/2000 (Spezialisierungsvereinbarungen), Verordnung Nr. 2659/2000 (Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung), Verordnung Nr. 1400/2002 (Kfz.-Vertragshändlerverträge) und Verordnung Nr. 772/2004 (Technologietransfer-Vereinbarungen)

Um der Kommission zu ermöglichen, sich auf die schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkungen zu konzentrieren und den Unternehmen mehr Gestaltungsfreiheit bei ihren Vereinbarungen zu geben, wurden jetzt durch die VO Nr. 2790/1999 (ABl. 1999 L 336 S. 21 = WuW 2000, 151 = GRUR Int. 2000, 425) als "Schirm-Gruppenfreistellung" bestimmte vertikale Vereinbarungen in allen Arten von Verträgen nach übergreifenden Kriterien freigestellt.

Eine Gruppenfreistellung führt aber nicht zur Unanwendbarkeit von Art. 82 (86) auf eine unter die Gruppenfreistellung fallende Vereinbarung. Die Anwendung des Art. 82 (86) erfordert auch nicht vorab den Widerruf der Freistellung für diese Vereinbarung; denn Art. 81 (85) Abs. 3 und Art. 82 (86) sind eigenständige und sich ergänzende Vorschriften zur Regelung unterschiedlicher

Sachverhalte; EuG 10.7.1990 Slg. 1990, 3347 (Tetra Pak)

Zunächst wurden Gruppenfreistellungen für bestimmte einzelne Arten von Verträgen mit eingehender Regelung der zulässigen, freistellungsfähigen und unzulässigen Klauseln erlassen.

Ermächtigungsverordnungen des Rates

VO Nr. 19/65 (ABl. 1965 S. 533), geändert durch VO Nr. 1215/1999 (ABl. 1999 L 148 S. 1 = WuW 1999, 720; VO Nr. 2821/71 (ABl. 1971 L 285 S. 46); VO Nr. 3976/87 (ABl. 1987 L 374 S. 9), geändert durch VO Nr. 2411/92 (ABl. 1992 L 240 S. 19); VO Nr. 1534/91 (ABl. 1991 L 143 S. 1); VO Nr. 1215/1999 (ABl. 1999 L 148 S. 1 = WuW 1999, 720)

Gruppenfreistellungsverordnungen der Kommission

Alleinvertriebsvereinbarungen

VO Nr. 1983/83 (ABl. 1983 L 173 S. 1 = WuW 1983, 695 = GRUR Int. 1983, 797); vorher VO Nr. 67/67 (ABl. 1967 S. 849), bis 31.12.1999 verlängert durch VO Nr. 1582/97 (ABl. 1997 L 214 S. 27 = GRUR Int. 1997, 892); bis 31.5.2000 verlängert durch Art. 12 VO Nr. 2790/1999 (nachstehend) Ersetzt ab 1.6.2000 durch VO Nr. 2790/1999 (nachstehend letzte VO)

Alleinbezugsvereinbarungen

VO Nr. 1984/83 (ABl. 1983 L 173 S. 5 = WuW 1983, 698 = GRUR Int. 1983, 799); vorher VO Nr. 67/67, bis 31.12.1999 verlängert durch VO Nr. 1582/97 (ABl. 1997 L 214 S. 27 = GRUR Int. 1997, 892), bis 31.5.2000 verlängert durch Art. 12 VO Nr. 2790/1999 (nachstehend) Ersetzt durch VO Nr. 2790/1999 (nachstehend letzte VO)

Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge

VO Nr. 1400/2002 (ABl. 2002 L 203 S. 30 = EuZW 2002, 563). Früheres Recht VO Nr. 1475/95 (ABl. 1995 L 145 S. 25 = WuW 1995, 721 = EuZW 1995, 732)

Spezialisierungsvereinbarungen

VO Nr. 417/85 (ABl. 1985 L 53 S. 1 = WuW 1985, 384 = GRUR Int. 1985, 327); geändert durch VO Nr. 151/93 (ABl. 1993 L 21 S. 8), verlängert bis 31.12.2000 durch VO Nr. 2236/97 (ABl. 1997 L 306 S. 12 = GRUR Int. 1997, 892) Ersetzt ab 1.1.2001 durch VO Nr. 2658/2000 (ABl. 2000 L 304 S. 3)

Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung

VO Nr. 418/85 (ABl. 1985 L 53 S. 5 = WuW 1985, 387 = GRUR Int. 1985, 322. Bericht DB 1985, 115), geändert durch VO Nr. 151/93 (ABl. 1993 L 28 S. 1), verlängert bis 31.12.2000 durch VO Nr. 2236/97 (ABl. 1997 L 306 S. 12 = GRUR Int. 1997, 892) Ersetzt durch VO Nr. 2659/2000 (ABl. 2000 L 304 S. 7)

Patentlizenzenvereinbarungen

VO Nr. 2349/84 (ABl. 1984 L 219 S. 15 = WuW 1984, 878 = GRUR Int. 1984, 606; berichtet ABl. 1985 L 113 S. 35 = GRUR Int. 1985, 746; geändert durch VO Nr. 151/93 (ABl. 1993 L 21 S. 8); zweimal verlängert bis 31.12.1996 durch VO Nr. 70/95 (ABl. 1995 L 12 S. 13), VO Nr. 2131/95 (ABl. 1995 L 214 S. 6). Bericht DB 1984, 2442; GRUR Int. 1984, 565. Ersetzt ab 1.4.1996 durch VO Nr. 240/96 Technologietransfer-Vereinbarungen (nachstehend)

Know how Vereinbarungen

VO Nr. 556/89 (ABl. 1989 L 61 S. 1 = WuW 1989, 393. Bericht DB 1989, 915); geändert durch VO Nr. 151/93 (ABl. 1993 L 21 S. 8). Ersetzt ab 1.4.1996 durch

Technologietransfer-Vereinbarungen

VO Nr. 240/96 (ABl. 1996 L 31 S. 2 = WuW 1996, 392 = GRUR Int. 1996, 642). Bericht DB 1996,

925; Lutz RIW/AWD 1996, 269; Ebel WuW 1996, 779

Für vertikale Nebenabreden VO Nr. 2790/1999 (nachstehend letzte VO)

Ersetzt durch

Verordnung Nr. 772/2004 (ABl. 2004 L 123 S. 11). Bericht Drexl GRUR Int. 2004, 716; Lubitz EuZW 2004, 652; Zöttl WRP 2005, 33; Schumacher-Schmid GRUR 2006, 1

Franchise-Vereinbarungen

VO Nr. 4087/88 (ABl. 1988 L 359 S. 46 = WuW 1989, 306 = GRUR Int. 1989, 196. Bericht RIW/AWD 1989, 90; GRUR Int. 1989, 515)

Ersetzt ab 1.6.2000 durch VO Nr. 2790/1999 (nachstehend letzte VO)

Versicherungswirtschaft

VO Nr. 3932/92 (ABl. 1992 L 398 S. 7)

Ersetzt durch

Verordnung Nr. 348/2003 (ABl. 2003 L 53 S. 8)

Bestimmte Vereinbarungen der Luftverkehrsunternehmen - Koordinierung von Kapazität, Aufteilung der Einnahmen, Tarifkonsultation, Zuweisung von Zeitnischen

VO Nr. 1617/93 (ABl. 1993 L 155 S. 18); Änderung VO Nr. 1523/96 (ABl. 1996 L 190 S. 11). Früheres Recht VO Nr. 2671/88 (ABl. 1988 L 239 S. 8); VO Nr. 84/91 (ABl. 1991 L 10 S. 14)

Vereinbarungen über computergestützte Buchungssysteme

VO Nr. 13/91 (ABl. 1991 L 10 S. 9) geändert durch VO Nr. 1618/93 (ABl. 1993 L 155 S. 23). Früheres Recht VO Nr. 2672/88 (ABl. 1988 L 239 S. 18)

Vereinbarungen über Versorgungsleistungen auf Flughäfen

VO Nr. 82/91 (ABl. 1991 L 10 S. 7). Früheres Recht VO Nr. 2673/88 (ABl. 1988 L 239 S. 17)

Konsortien der Seeschiffahrtsunternehmen

VO Nr. 479/92 (ABl. 1992 L 55 S. 3)

Versicherungssektor

VO Nr. 358/2003 (ABl. 2003 L 53 S. 8)

Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen („Schirm-VO“)

VO Nr. 2790/1999 (ABl. 1999 L 336 S. 21 = WuW 2000, 151 = GRUR Int. 2000, 425)

Bestimmte Vereinbarungen der Unternehmen des Eisenbahn-, Strassen- und Binnenschiffsverkehrs, des Seeverkehrs und Luftverkehrs sind bereits in den Verordnungen zur Anwendung der Wettbewerbsregeln auf diese Bereiche freigestellt worden (siehe oben). Im Bereich der Landwirtschaft gemäss Art. 2 VO Nr. 26 erst nach entsprechender Feststellung durch die Kommission; EuGH 12.12.1995 - C 319/93 etc. - Slg. 1995, 4471 (Dijkstra)

Durch den Übergang vom Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu Art. 81 Abs. 3 als Legalausnahme haben die Gruppenfreistellungsverordnungen ihre ursprüngliche Funktion verloren. Vor dem 1.5.2004 erlassene Gruppenfreistellungen gelten jedoch in veränderter Funktion weiter. Die Kommission kann auch neue Gruppenfreistellungsverordnungen erlassen, ersichtlich aus der Befugnis der Kommission nach Art. 29 Verordnung 1/2003, einzelnen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen die Rechtsvorteile einer Gruppenfreistellung zu entziehen. Die Gruppenfreistellungsverordnungen dienen jetzt der Information der Unternehmen über die nach Art. 81 Abs. 3 zulässigen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und sind für die nationalen Kartellbehörden und Gerichte nach Art. 16 VO verbindliche Leitlinien für die Auslegung des Art. 81 Abs. 3.

IV Zu Art. 81 (85)

Art. 81 (85) für die Praxis wichtigste Bestimmung; aus den oben I A dargelegten Gründen keine Missbrauchsvorschrift, sondern Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, jetzt Verbot mit Legalausnahme

A Art. 81 (85) Abs. 1 - das Verbot

Tatbestandselemente des Verbotes in Art. 81 (85) Abs. 1

1. Vereinbarung zwischen Unternehmen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen
2. Wettbewerbsbeschränkung
3. Eignung, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.
Tatbestandselement zu 3. Voraussetzung dafür, dass Art. 81 (85) überhaupt anzuwenden. Daher in Praxis stets zuerst zu prüfen, ferner stets Spürbarkeit. Zu diesen Tatbestandselementen siehe die Ausführungen unter II B.
Die Kommission begründet das Tatbestandselement Eignung, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, aus Zweckmässigkeit erst nach dem Tatbestandselement Wettbewerbsbeschränkung

Unternehmen i.S. der Wettbewerbsregeln jede Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform und Art ihrer Finanzierung; st. Rspr., zuletzt EuGH 22.10.2002 Slg. 2002, 9297 = WuW/E EU-R 597 (Aéroports de Paris)

Grundsätzlich keine Unternehmen i.S. Art. 81 aber gesetzliche Krankenkassen; denn sie erfüllen eine soziale Aufgabe, erbringen gesetzlich vorgeschriebene Leistungen und stehen untereinander und mit privaten Krankenversicherungen nicht im Wettbewerb; sie sind nur Unternehmen, wenn sie ausserhalb ihrer Aufgaben sozialer Art auch Tätigkeiten wirtschaftlicher Art ausüben, die sie individuell im Wettbewerb gestalten können. Eigenschaft eines Unternehmen daher verneint bei Vereinbarungen der Spitzenverbände der Krankenversicherung über Festbeträge; EuGH 16.3.2004 Slg. 2004, 2493 (AOK Bundesverband); bei Einkauf des Bedarfs für ihnen angeschlossene Einrichtungen durch entsprechende Einrichtungen der Sozialversicherungen; EuG 4.3.2003 Slg. 2003, 357 (FENIN); bestätigt durch EuGH 11.7.2006 – C 205/03P

Vereinbarungen zwischen Unternehmen nicht nur rechtlich verbindliche Verträge, sondern auch sog. gentlemen's agreements.

Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen Verhaltenskoordinierung von Unternehmen, die noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrages gediehen, jedoch bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt (EuGH 14.7.1972 Slg. 1972, 619 - **Farbstoffe**; 16.12.1975 Slg. 1975, 1663 - Europ. Zuckerindustrie). Hauptfall Unterrichtung von Mitbewerbern über das eigene künftige Marktverhalten in der den Empfängern der Mitteilung erkennbaren Absicht und Erwartung, dass sie sich gleichförmig verhalten oder ihre fehlende Bereitschaft dazu unverzüglich mitteilen; Schweigen der Empfänger der Mitteilung in richtiger Würdigung der Absicht des Erklärenden; anschliessend gleichförmiges Verhalten aller Beteiligten. Zusammenfassung EuGH 8.7.1999 Slg. 1999, 4125 Rn. 102 ff. (Polypropylenhersteller; Enichem Anic); EuG 12.7.2001 Slg. 2001, 2035 (British Sugar)
Die Abgrenzung zwischen gentlemen's agreements und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen schwierig; für Anwendung des Art. 81 (85) auch nicht erforderlich

Zulässig dagegen das bewusste Parallelverhalten. Jedes Unternehmen hat das Recht, sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten seiner Mitbewerber mit wachem Sinn anzupassen (EuGH 16.12.1975 Slg. 1975, 1663 - Europ. Zuckerindustrie.)

Wettbewerbsbeschränkung jede Beeinträchtigung des freien Spiels des Wettbewerbs in allen seinen Formen, insbes. Preis, Qualität, Konditionen, Forschung und Entwicklung, Werbung, Wahl der Absatzgebiete oder Kunden.

Geschützt nicht nur der aktuelle, sondern auch der potentielle Wettbewerb.

Unerheblich, ob Vereinbarung trotz Wettbewerbsbeschränkung der beteiligten Unternehmen insgesamt Wettbewerb fördert (Beispiel Spezialisierungskartell oder gemeinsamer Einkauf/-Verkauf kleiner Unternehmen) oder für Volkswirtschaft insgesamt nützlich ist; keine Einschränkung des Verbotes durch rule of reason oder ökonomische Bilanz im Zuge von more economic approach; qualitative Würdigung der Vereinbarung grundsätzlich erst im Freistellungsverfahren nach Art. 81 (85) Abs. 3, jetzt in der Prüfung, ob die Voraussetzungen der Legalausnahme vorliegen.

Bereits sehr früh hat der EuGH entschieden, dass die nachstehenden Vereinbarungen nicht in den Verbotsbereich des Art. 81 (85) Abs. 1 fallen: Ausschliessliche Lizenz; selektiver Vertrieb nach objektiven qualitativen sachlich gerechtfertigten und einheitlich angewandten Auswahlkriterien; für das Ansehen des Systems unerlässliche Bindungen in Franchise-Verträgen; zum Erreichen des Vertragszwecks unerlässliche Wettbewerbsverbote nicht im Verbotsbereich des Art. 81 (85) Abs. 1. Selektiver Vertrieb in erweitertem Umfang jetzt durch VO Nr. 2790/1999 förmlich freigestellt; siehe unten VII 6 b

Jedoch Beschränkung des Verbotsbereichs des Art. 81 (85) Abs. 1 durch Erfordernis der "Spürbarkeit". Kriterien wie beim Tatbestandselement Eignung, Handel zwischen MS zu beeinträchtigen; siehe oben II B.

Massgebend die Wirkung der Vereinbarung insgesamt; daher unerheblich, dass Wirkung der individuellen Beteiligung des Unternehmens nur gering; diese Tatsache erst bei Bemessung des Bussgeldes zu berücksichtigen; EuG 17.12.1991 Slg. 1991, 1623 (Enichem); 6.4.1995 Slg. 1995, 1165 (Betonstahlmatten; Martinelli)

Wettbewerbsbeschränkungen innerhalb eines Konzerns fallen nicht unter Art. 81 (85) Abs. 1; denn diese Vorschrift setzt selbständige Unternehmen voraus; EuGH 4.5.1988 Slg. 1988, 2507 (Bodson); EuG 12.1.1995 Slg. 1995, 17 (Viho/Kommission)

Verboten Vereinbarungen, die eine Wettbewerbsbeschränkung "bezwecken oder bewirken". Ausreichend die Feststellung, dass die Vereinbarung ersichtlich eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt; ob die Wirkungen tatsächlich eingetreten sind, braucht dann nicht mehr geprüft zu werden (EuGH 13.7.1966 Slg. 1966, 321 - Grundig/Consten; 27.1.1987 Slg. 1987, 447 - Feuerversicherung; 11.1.1990 Slg. 1990, 45 - Sandoz Italia); 17.7.1997 Slg. 1997, 4911 (Ferriere Nord); st. Rspr.

Der Tatbestand einer vorsätzlich begangenen Zuwiderhandlung gegen das Verbot des Art. 81 (85) Abs. 1 erfordert nicht, dass sich das Unternehmen des Verstosses gegen die Wettbewerbsregeln bewusst war, sondern es genügt, dass das Unternehmen sich nicht in Unkenntnis darüber befinden konnte, dass sein Verhalten eine Einschränkung des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt bezweckt; EuG 14.12.2006 – T 259/02 etc. Rn. 205 m.Nachw. (österreichische Banken)

Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit ABl. 2001 C 3 S. 12; Leitlinien der EFTA-Überwachungsbehörde ABl. 2002 C 266 S. 1

B Art. 81 (85) Abs. 3 – Einschränkungen des Verbots

Vor VO Nr. 1/2003 möglich Freistellung vom umfassenden Verbot des Art. 81 (85) Abs. 1 nach Art. 81 (85) Abs. 3 durch Entscheidung der Kommission. Einzelheiten des Verfahrens der Freistellung durch VO Nr. 17 des Rates (ABl. 1962 S. 204) und weitere Ausführungsvorschriften der Kommission.

Jetzt bereits kraft Gesetzes Ausnahme vom Verbot für diejenigen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, die die Tatbestandselemente des Art. 81 (85) Abs. 3 erfüllen. Ob dies der Fall ist,

müssen zunächst die Unternehmen in eigener Verantwortung entscheiden, dann die Kommission oder die nationalen Kartellbehörden im Bussgeldverfahren wegen eines Verstosses gegen Art. 81 Abs. 1 oder die nationalen Gerichte als entscheidungserhebliche Frage in einem Zivilprozess.

Tatbestandselemente der Legalausnahme nach Art. 81 (85) Abs. 3

Positiv

- a) Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts
- b) Angemessene Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn (d.h. der anderen Marktseite)

Negativ

- a) Keine weiteren Beschränkungen als für die Verwirklichung der förderungswürdigen Ziele unerlässlich
- b) Keine Möglichkeit, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten

Tatbestandselemente, die dem Kartellrecht aller Staaten gemeinsam sind

In der EG Prüfung mit SIEC-Test (substantial impediment to effective competition)

Diese Tatbestandselemente geben der Kommission und den nationalen Kartellbehörden und Gerichten einen weiten Ermessensspielraum und ermöglichen durch Gewähren von Freistellungen, jetzt Anwendung der Legalausnahme Art. 81 (85) Abs. 3), eine flexible Handhabung des umfassenden Verbotes des Art. 81 (85) Abs. 1 in Anpassung an die jeweiligen wirtschaftlichen Verhältnisse. Ganz überwiegend wird dieser Ermessensspielraum für die nationalen Kartellbehörden und Gerichte verbindlich ausgefüllt durch die Gruppenfreistellungen und Leitlinien der Kommission; Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 ABL. 2004 C 101 S. 97
Damit zugleich Hilfe für die Unternehmen bei der eigenen Prüfung nach Art. 81 (85) Abs. 3

C Art. 81 (85) Abs. 2 - Rechtsfolgen eines Verstosses gegen das Verbot des Art. 81 (85) Abs. 1

Die Rechtsfolgen eines Verstosses gegen das Verbot des Art. 81 (85) Abs. 1 hängen davon ab, ob die Parteien die betreffenden Vereinbarungen vor oder nach dem Inkrafttreten der Verordnung Nr. 1/2003 am 1.5.2004 abgeschlossen haben. Wegen der Vielzahl der vor dem 1.5.2004 abgeschlossenen Vereinbarungen werden die Ausführungen zur Rechtslage vor dem 1.5.2004 noch aufgenommen.

1. Vor dem 1.5.2004 abgeschlossenen Vereinbarungen

a) Übersicht

Art. 81 (85) Abs. 2: "Die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse sind nichtig". Die Nichtigkeit erfasst aber nur die nach Art. 81 (85) Abs. 1 verbotenen Teile des Vertrages; ob diese Nichtigkeit zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages führt, ist nach nationalem Recht zu beurteilen; EuGH 14.12.1983 Slg. 1983, 4173 - Soc. de Vente de Ciments/Kerpen; 18.12.1986 Slg. 1986, 4084 - VAG France/Magne.

Wegen der Möglichkeit einer Freistellung von Vereinbarungen, die unter das umfassende Verbot des Art. 81 (85) Abs. 1 fallen, nach Art. 81 (85) Abs. 3 durch die Kommission war es notwendig, die Nichtigkeitsfolge des Art. 81 (85) Abs. 2 nur differenziert eintreten zu lassen. So geschehen durch die VO Nr. 17, die Gruppenfreistellungen und die Rechtsprechung des Gerichtshofes.

Die Unterscheidung zwischen den sog. Altkartellen (wettbewerbsbeschränkenden Verein-

barungen, die vor dem 13.3.1962 bzw. zur Zeit des Beitritts neuer MS 1973, 1981, 1986 bzw. 1995 bestanden), für die aus Gründen des Vertrauensschutzes abweichende Grundsätze gelten, und den später geschlossenen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen (Kurzbezeichnung Neukartelle) ist wegen Erledigung der Altfälle bedeutungslos geworden.

Bei den sog. Neukartellen sind zu unterscheiden

1. anmeldebedürftige Vereinbarungen
2. nicht anmeldebedürftige Vereinbarungen.

b) Anmeldebedürftige Vereinbarungen

Anmeldebedürftig alle wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, soweit nicht in Art. 4 Abs. 2 VO Nr. 17 aufgeführt (siehe unten). Wegen ihrer im Regelfall grösseren Gefährlichkeit für den Wettbewerb Rechtsfolge der Nichtigkeit nach Art. 81 (85) Abs. 2 nur zu vermeiden durch Anmeldung bei der Kommission zwecks Freistellung, soweit sie nicht unter eine Gruppenfreistellung fallen.

Nicht angemeldete anmeldebedürftige Vereinbarungen nach Art. 81 (85) Abs. 2 zivilrechtlich nichtig.

Die Kommission kann gegen die beteiligten Unternehmen eine Geldbusse von 1.000 bis 1 Mio. ECU oder über diesen Betrag hinaus bis zu 10 Prozent des im letzten Geschäftsjahr erzielten Umsatzes festsetzen (Art. 15 Abs. 2 VO Nr. 17). Leitlinien für die Festsetzung von Geldbussen ABI. 1998 C 9 S. 3, ersetzt durch neue Leitlinien ABI. 2006 C 210 S. 1

Nichtfestsetzung oder niedrigere Festsetzung von Geldbussen für "Kronzeugen" ABI. 1996 C 207 S. 4 = WuW 1996, 717; ersetzt durch neue Leitlinien ab 14.2.2002 ABI. 2002 C 45 S. 3, ab 8.12.2006 ABI. 2006 C 298 S. 17

Ferner, zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch der durch die Vereinbarungen geschädigten Dritten; denn Verbote der Art. 81 (85) Abs. 1 und 82 (86) erzeugen zwischen den Einzelnen unmittelbare Wirkungen und Rechte; EuGH 30.1.1974 Slg. 1974, 51, 62 - SABAM I; 10.7.1980 Slg. 1980, 2481, 2500 - Estée Lauder; 28.1.1991 Slg. 1991, 935 - Delimitis; 10.12.1991 Slg. 1991, 5889 - Porto di Genova; 20. 9.2001 Slg. 2001, 6297 – (Courage Ltd./Crehan)
Zuletzt Grundsatzentscheidung EuGH 13.7.2006 – C 295/04 bis C 298/04 Rn. 89 ff. EuZW 2006, 529 (Lloyd Adriatico Assicurazioni)

Nach diesem Grundsatzurteil kann jeder die Nichtigkeit eines nach Art. 81 (85) verbotenen Kartells oder Verhaltens geltend machen und Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen, wenn zwischen dem Schaden und dem Kartell oder Verhalten ein ursächlicher Zusammenhang besteht. In Ermangelung einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung ist die Bestimmung der Einzelheiten für die Ausübung dieses Rechts einschliesslich derjenigen für die Anwendung des Begriffs „ursächlicher Zusammenhang“ Aufgabe des innerstaatlichen Rechts des einzelnen MS, wobei der Äquivalenz- und der Effektivitätsgrundsatz zu beachten sind. Die Bestimmung der Kriterien für die Ermittlung des Umfangs des Schadensersatzes ist in Ermangelung einschlägiger gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften Aufgabe des innerstaatlichen Rechts des einzelnen MS, wobei der Äquivalenz- und der Effektivitätsgrundsatz zu beachten sind. Infolge dessen muss nach dem Äquivalenzgrundsatz ein besonderer Schadensersatz wie der exemplarische oder Strafschadensersatz, wenn er im Rahmen von Klagen aufgrund des innerstaatlichen Rechts gewährt werden kann, die mit Klagen aufgrund des Gemeinschaftsrechts vergleichbar sind, auch mit Klagen aufgrund des Gemeinschaftsrechts gewährt werden können. Das Gemeinschaftsrecht hindert die innerstaatlichen Gerichte jedoch nicht daran, dafür Sorge zu tragen, dass der Schutz der gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Rechte nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Anspruchsberechtigten führt. Aus dem Effektivitätsgrundsatz und dem Recht des Einzelnen auf Ersatz des ihm entstandenen Schadens folgt, dass ein Geschädigter nicht nur Ersatz des Vermögensschadens, sondern auch des entgangenen Gewinns sowie die Zahlung von Zinsen verlangen können muss.

Aufgabe des innerstaatlichen Rechts eines jeden MS ist es, die zuständigen Gerichte zu

bestimmen und die Einzelheiten der entsprechenden Verfahren festzulegen, wobei die betreffenden Vorschriften nicht weniger günstig ausgestaltet sein dürfen als die für Schadensersatzklage wegen Verstosses gegen nationale Wettbewerbsvorschriften und das Geltendmachen eines Schadensersatzanspruches wegen Verstosses gegen Art. 81 nicht praktisch unmöglich machen oder übermässig erschweren dürfen. Aufgabe des innerstaatlichen Rechts ist auch die Bestimmung der Verjährungsfrist, wobei der Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz zu beachten sind. Dabei hat das nationale Gericht zu prüfen, ob eine nationale Vorschrift, nach der die Verjährungsfrist für das Geltendmachen des Schadensersatzanspruches von dem Tag an zu laufen beginnt, an dem das Kartell oder Verhalten verwirklicht worden ist, das Geltendmachen des Schadensersatzanspruches praktisch unmöglich macht oder übermässig erschwert, insbesondere wenn die nationale Vorschrift auch noch eine kurze Verjährungsfrist vorsieht, die nicht unterbrochen werden kann.

Daher Art. 81 (85) Abs. 1 Schutzgesetz i.S. § 823 Abs. 2 BGB; BGH WuW/E 1643 - BMW-Importe; WuW/E DE-R 206 (Depotkosmetik); OLG Düsseldorf 27.7.1995 WuW/E 5525, 5535 (Metro/Cartier); OLG Dresden 16.6.1998 GRUR Int. 1999, 98; OLG Düsseldorf 28.8.1998 EuZW 1999, 188 (Festbeträge Krankenversicherung); OLG Hamburg 19.10.2000 WuW/E DE-R 600 (Liste nichterstattungsfähiger Arzneimittel)

Jetzt bei Verstoss gegen Art. 81 auch Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz nach § 33 GWB; Erfordernis Schutzgesetz entfallen

Von EuGH noch nicht entschieden, ob der Schadensersatzanspruch eines durch einen überhöhten Preis mittels Preiskartell geschädigten Abnehmers entfällt, wenn und soweit er den überhöhten Preis an seine Abnehmer weitergegeben hat (passing on defense).

So für § 1 GWB OLG Karlsruhe WuW/E DE-R 1229. Dazu Beninca WuW 2004, 604; Kessler BB 2005, 1125; Berrisch WuW 2005, 878 m. Nachw.; Glöckner WRP 2007, 490 m. Nachw. Berufung auf passing on defense jetzt ausgeschlossen durch § 33 Abs. 3 Satz 2 eingefügt durch 7. GWB-Novelle

Zu dieser Rechtsfrage nach EG-Recht, deutschem und USA-Recht Bulst (MPI für ausländisches und internationales Privatrecht): Schadensersatzanspruch der Marktgegenseite im Kartellrecht Nomos 2006

Ordnungsgemäss angemeldete neue Vereinbarungen können zunächst auf eigenes Risiko befolgt werden; Möglichkeit eines Bussgeldes erst nach besonderer formeller Abmahnung durch die Kommission (Art. 15 Abs. 5 und 6 VO Nr. 17). Angemeldete neue Vereinbarungen sind aber hinsichtlich der vereinbarten Wettbewerbsbeschränkungen nicht zivilrechtlich verbindlich; jedes beteiligte Unternehmen oder Dritte können sich vor dem nationalen Richter auf die Nichtigkeit der vereinbarten Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 81 (85) Abs. 2 wegen Verstosses gegen Art. 81 (85) Abs. 1 berufen. Der nationale Richter hat auf der Grundlage der Nichtigkeit zu entscheiden, wenn die Nichtigkeit ausser Zweifel steht und keine Chance einer Freistellung; anderenfalls hat er das Verfahren bis zur Entscheidung der Kommission über den Antrag auf Freistellung auszusetzen; EuGH 6.2.1973 Slg. 1973, 77 - Haecht II -; 30.1.1974 Slg. 1974, 51 - SABAM -; 28.1.1991 Slg. 1991, 935 - Delimitis; 15.12.1994 - Slg. 1994, 5641 - Gøttrup-Klim

Die Kommission kann die Freistellung mit Rückwirkung auf den Tag der Anmeldung gewähren, so dass die Vereinbarung ab diesem Tage zivilrechtlich voll wirksam ist (Art. 6 Abs. 1 VO Nr. 17).

Kurzformel für angemeldete neue Vereinbarungen:

Vereinbarte Wettbewerbsbeschränkungen zunächst nur schwebend wirksam; bei Freistellung in der Regel rückwirkend voll wirksam ab Tag der Anmeldung; kein Bussgeldrisiko; in klaren Fällen Feststellung der Nichtigkeit durch nationalen Richter, sonst Aussetzung bis zur Entscheidung der Kommission über Freistellung.

Daher war stets Anmeldung zweckmässig, wenn zweifelhaft, ob Vereinbarung in Verbotsbereich

des Art. 81 (85) Abs. 1 fällt.

c) Nicht anmeldebedürftige Vereinbarungen

Nicht anmeldebedürftig die in Art. 4 Abs. 2 VO Nr. 17 aufgeführten Vereinbarungen

1. Vereinbarungen, an denen nur Unternehmen aus einem MS beteiligt und die nicht die Ein- oder Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten betreffen
2. ab 18.6.1999 (Neufassung durch VO Nr. 1216/1999 (ABl. 1999 L 148 S. 5) bestimmte vertikale Vereinbarungen
 - a) Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweise von zwei oder mehr Unternehmen, von denen jedes im Rahmen der Vereinbarung auf einer unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufe tätig ist, und sie die Bedingungen betreffen, zu denen die Parteien bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können
 - b) Vereinbarungen, an denen nur zwei Unternehmen beteiligt sind und lediglich dem Erwerber oder Benutzer von gewerblichen Schutzrechten - insbesondere von Patenten, Gebrauchsmustern, Geschmacksmustern oder Warenzeichen - oder dem Berechtigten aus einem Vertrag zur Übertragung oder Gebrauchsüberlassung von Herstellungsverfahren oder von Know how Beschränkungen hinsichtlich der Ausübung dieser Rechte auferlegen
3. Vereinbarungen, die lediglich zum Gegenstand haben
 - a) die Entwicklung oder einheitliche Anwendung von Normen und Typen,
 - b) die gemeinsame Forschung und Entwicklung oder
 - c) die Spezialisierung bei der Herstellung von Erzeugnissen einschliesslich der erforderlichen Durchführungsabreden mit einem Marktanteil in einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes von nicht mehr als 15 Prozent und einem Jahresumsatz der beteiligten Unternehmen von nicht mehr als 200 Mio. ECU.

Diese Vereinbarungen sind wegen ihrer regelmässig geringeren Gefährlichkeit für den Wettbewerb von der Anmeldepflicht freigestellt.

Hinsichtlich zivilrechtlicher Wirksamkeit und Bussgeldrisiko werden sie ebenso behandelt wie anmeldebedürftige und ordnungsgemäss angemeldete Vereinbarungen. Sie können freiwillig bei der Kommission angemeldet werden, um zu klären, ob sie unter Art. 81 (85) Abs. 1 fallen, und um ggf. durch Freistellung ihre volle zivilrechtliche Wirksamkeit zu erlangen. Eine rückwirkende Freistellung ist aber frühestens auf den Tag der Anmeldung möglich.

2. Nach dem 1.5.2004 abgeschlossene Vereinbarungen

Alle vom Tatbestand des Art. 81 (85) Abs. 1 erfassten Vereinbarungen sind nichtig, sofern sie nicht die Voraussetzungen der Legalausnahme Art. 81 (85) Abs. 3 erfüllen. Die Nichtigkeit erfasst aber nur die nach Art. 81 (85) Abs. 1 verbotenen Teile der Vereinbarungen; ob diese Nichtigkeit zur Nichtigkeit der gesamten Vereinbarung führt, ist nach nationalem Recht zu beurteilen; EuGH 14.12.1983 Slg. 1983, 4173 – Soc. de Vente de Ciments/Kerpen; 18.12.1986 Slg. 1986, 4084 – VAG France/Magne

Geldbusse bis zu 10 % des Gesamtumsatzes im vorausgegangenen Geschäftsjahr; Art. 23 Abs. 2 Verordnung Nr. 1/2003. Leitlinien für die Geldbussen; Leitlinien für deren Nichtfestsetzung oder Ermässigung. Dazu vorstehend C 1 b

Ferner Schadensersatzanspruch. Dazu vorstehend C 1 b Abs. 3 ff.

V Zu Art. 82 (86)

A Marktbeherrschende Stellung

Als Ergänzung zu Art. 81 (85) durch Art. 82 (86) verboten die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung.

Durch Tatbestandselement "dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen" Anwendungsbereich des Verbotes Art. 82 (86) beschränkt entsprechend der Regelung in Art. 81 (85) und 87 (92) aus Rücksicht auf Souveränität der MS. Zur Auslegung dieses Tatbestandselements siehe II B. Eignung, den Handel zwischen MS zu beeinträchtigen, wird aber bei Marktbeherrschung regelmässig vorliegen

Eine wichtige Ergänzung zu Art. 82 sind Art. 20 Abs. 2 und 4 GWB. Unternehmen mit überlegener Marktmacht dürfen kleine und mittlere Unternehmen, die von ihnen als Anbieter oder Nachfrager abhängig sind, nicht unbillig behindern oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandeln, u.a. durch Angebote unter Einstandspreis

Verbotsadressaten

Marktbeherrschende Unternehmen oder marktbeherrschendes Oligopol.

Nicht erforderlich marktbeherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen Markt insgesamt, ausreichend auf einem wesentlichen Teil desselben. Das kann nicht nur ein einzelner MS sein, sondern auch nur ein Teil eines MS (EuGH 27.3.1974 Slg. 1974, 313 - SABAM II; 16.12.1975 Slg. 1975, 1996, 2011 - Europ. Zuckerindustrie), sogar der führende Mittelmeerhafen für den Containerverkehr (EuGH 12.2.1998 Slg. 1998, 533 - Hafenmonopol La Spezia), der stadtnahe Flughafen von Mailand (EuGH 18.1.2001 Slg. 2001, 385)

Ein Unternehmen hat eine beherrschende Stellung i.S. Art. 82 (86), wenn es einen erheblichen vom Wettbewerb nicht kontrollierten Verhaltensspielraum hat, also sich seinen Wettbewerbern, Abnehmern und schliesslich den Verbrauchern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig verhalten kann; EuGH 14.2.1978 Slg. 1978, 207, 286 - United Brands; 13.2.1979 Slg. 1979, 461, 520 - Hoffmann-LaRoche; 3.7.1992 Slg. 1992, 3359 - AKZO); 16.3.2000 Slg. 2000, 1365 (Westafrikalinienkonferenz; Cewal)

Mehrere Unternehmen haben gemeinsam eine beherrschende Stellung i.S. Art. 82 (86), wenn zwischen ihnen aus tatsächlichen Gründen wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und sie in ihrer Gesamtheit wegen fehlenden Wettbewerbs dritter Unternehmen einen erheblichen vom Wettbewerb nicht kontrollierten Verhaltensspielraum haben (marktbeherrschendes Oligopol); EuGH 16.3.2000 vorstehend; EuG 7.10.1999 Slg. 1999, 2969 (Irish Sugar)

Prüfungskriterien für die Annahme fehlenden Binnenwettbewerbs 1. Jedes Unternehmen muss eine ausreichende Möglichkeit haben, das Marktverhalten der anderen Unternehmen ausreichend schnell in Erfahrung zu bringen 2. Es muss von einem Parallelverhalten dauerhaft profitieren und über ausreichende Abschreckungsmittel verfügen, um die anderen Unternehmen von einem abweichenden Verhalten abzuhalten; EuG 6.6.2003 Slg. 2002, 2585 Rn. 62 (Airtours/First Choice) Fehlender Binnenwettbewerb sehr schwierig nachzuweisen bei einem Oligopol auf einem Markt homogener Güter z.B. Benzin

Ermittlung des massgebenden Marktes

Um eine marktbeherrschende Stellung festzustellen, ist zunächst der massgebende Markt abzugrenzen. Die Abgrenzung des massgebenden Marktes ist eine immer wiederkehrende Aufgabe bei Anwendung des EG-Kartellrechts, nicht nur bei Anwendung des Art. 82 (86), sondern auch für die Prüfung im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird (siehe VI C), und im Bereich des Art. 81 (85) z.B. für die "Spürbarkeit" der Wettbewerbsbeschränkung und das

Fortbestehen oder die Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs (siehe II B, VII A 2). Die zutreffende Abgrenzung des massgebenden Marktes ist zwischen den Kartellbehörden und den Unternehmen besonders häufig streitig und insbesondere für den Ausgang der Verfahren nach Art. 82 (86) und der Zusammenschlusskontrolle oft entscheidend.

Der massgebende Markt ist zu ermitteln durch

1. sachliche Abgrenzung

Das massgebende Kriterium ist: Sind die betreffenden Waren oder gewerblichen Leistungen aus der Sicht der Nachfrager nach Preis, Eigenschaften und Verwendungsmöglichkeiten einander so nahe, dass die Nachfrager sie alle als zur Deckung ihres Bedarfs geeignet ansehen; EuGH 21.2.1973 Slg. 1973, 215, 248 - Continental Can; 14.2.1978 Slg. 1978, 207, 282 - United Brands. Massgebend für Verwendungsmöglichkeiten die subjektiven Vorstellungen der anderen Marktseite. Daher trotz gleicher Verwendungsmöglichkeiten u.U. verschiedene Märkte z.B. Jeans bekannter Marken – namenlose Jeans aus Fernost.

U.U. ist noch zusätzlich erforderlich eine Abgrenzung des sachlichen Marktes nach Wirtschaftsstufen, z.B. Markt Hersteller - Grosshandel und Grossabnehmer, Einzelhandel - Verbraucher.

Bei der Prüfung von Marktmacht oder Wettbewerbsbeschränkungen auf der Nachfragerseite ist zu fragen:

Welche Absatzmöglichkeiten einschliesslich wirtschaftlich zumutbarer Änderungen von Produkten und Absatzwegen haben die betreffenden Anbieter? Diese Möglichkeiten bilden den massgebenden sachlichen Markt.

2. örtliche Abgrenzung

Der massgebende örtliche Markt ist der Bereich, in dem sich Angebot und Nachfrage treffen, d.h. der regelmässige Tätigkeitsbereich der Anbieter der betreffenden Waren oder Dienstleistungen einerseits, der regelmässige Einkaufsbereich der Nachfrager andererseits. Der massgebende örtliche Markt kann je nach Art der Ware oder gewerblichen Leistungen und dem Verhalten der Anbieter und Nachfrager von der Nachbarschaft bis zum Weltmarkt reichen.

Für die Frage, ob massgebender örtlicher Markt nur ein Mitgliedstaat oder die gesamte Gemeinschaft, ist ergänzend heranzuziehen die Gleichartigkeit der objektiven Wettbewerbsbedingungen, insbesondere Bestehen oder Fehlen staatliche Eingriffe in den Markt; EuGH 14.2.1978 Slg. 1978, 207, 284 - United Brands; 9.11.1983 Slg. 1983, 3461, 3463, 3502 - Michelin; EuG 6.10.1994 - Slg. 1994, 755, 805 - Tetra Pak

Siehe zu 1. und 2. Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (ABl. 1997 C 372 S. 5)

3. zeitliche Abgrenzung

Regelmässig ist der massgebende Markt zeitlich unbegrenzt; in wenigen Fällen begrenzt, z.B. bei Saisonartikeln.

B Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Katalog von Missbrauchspraktiken in Art. 82 (86) Abs. 2

Üblich, als Fallgruppen zu unterscheiden

1. Ausbeutungsmissbrauch, d.h. Durchsetzen überhöhter Preise oder unangemessener Bedingungen.

Einschreiten gegen überhöhte Preise in der Praxis nur in besonders eklatanten Fällen möglich, weil angemessener Preis = als - ob - Wettbewerbspreis nur schwer zu ermitteln; Vergleichsmarkt fehlt oft oder ist nur begrenzt vergleichbar. Einschreiten von Kommission bisher nur in einem Falle versucht, aber vom EuGH aufgehoben; Kommission 17.12.1975 ABI. 1976 L 95 S. 1 = WuW/E 651; EuGH 14.2.1978 Slg. 1978, 207, 303 - United Brands.

Aus denselben Gründen auch Bundeskartellamt bisher nur in wenigen Fällen erfolgreich.

Erstmals Preiskartell zugleich als kollektiver Missbrauch marktbeherrschender Stellung angesehen, Bussgeld aber nur nach Art. 81 (85); Kommission 7.12.1988 ABI. 11989 L 33 S. 44 = WuW/E 1410 (ital. Flachglashersteller); aufgehoben durch EuG 10.3.1992 Slg. 1992, 1403

2. Behinderungsmissbrauch,

d.h. Verhaltensweisen, um Mitbewerber vom Markt zu verdrängen oder ihnen den Zugang zum Markt zu erschweren,

z.B. gezielte Preisunterbietung; Weigerung, Vorprodukte zu liefern; Alleinbezugsvereinbarungen mit Abnehmern; entsprechend ausgestaltete Rabattsysteme; Koppelung marktführender Erzeugnisse mit anderen; Bezugs- und Verwendungsbindungen der Abnehmer patentgeschützter Maschinen; unzulässige Ausweitung des Postmonopols; unbillige Behinderung von Abnehmern, z.B. durch Verweigerung des Geschäftsverkehrs oder Belieferung nur zu schlechteren Bedingungen, durch Bezugs- oder Absatzbindungen oder Verwendungsbeschränkungen; Unternehmen, das über wesentliche Einrichtungen wie Leitungsnetze, Häfen u.ä. verfügt, die für den Zugang zu diesem Markt erforderlich sind, verweigert anderen Unternehmen die Mitbenutzung dieser Einrichtungen (essential facilities-Fälle)

Von den essential facilities-Fällen zu unterscheiden ist die Verweigerung einer Lizenz an Rechten des geistigen Eigentums - Urheberrecht, Patentrecht. Sie ist Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nur bei Vorliegen aussergewöhnlicher Umstände; d.h. wenn die Lizenz für den Zugang zu einem Markt unerlässlich ist; das betreffende Unternehmen beabsichtigt, ein neues Erzeugnis oder Dienstleistung anzubieten, die der Schutzrechtsinhaber nicht anbietet; die Weigerung sachlich nicht gerechtfertigt ist und die Weigerung geeignet ist, auf dem betreffenden Markt jeglichen Wettbewerb auszuschliessen und die Weigerung daher sachlich nicht gerechtfertigt ist.; EuGH 6.4.1995 Slg. 1995, 743 (Magill); 29.4.2004 Slg. 2004, 5039 (IMS Health)

Z.Zt. anhängig der Microsoft-Fall – Entscheidung der Kommission 24.3.2004; Bussgeld von 497 Mio Euro und Auflagen zur Erleichterung des Marktzuganges für Mitbewerber (WuW/E EU-V 931); Beschluss Präsident EuG 22.12.2004 – T 201/04 R Ablehnung des Antrages auf Aussetzung der Vollziehung (WuW/E EU-R 863). Dazu Bartosch RIW 2005, 241; Heinemann GRUR 2006, 705 je m. Nachw.

In solchen Fällen wegen der weit höheren Voraussetzungen für eine Verfügung nach Art. 82 stets zu prüfen, ob geistiges Eigentum vorliegt. Im Microsoft-Fall lässt die Kommission diese Frage offen, da ihre Missbrauchsverfügung auch gerechtfertigt, falls geschütztes geistiges Eigentum von Microsoft vorliegt

Ein Missbrauch i. S. Art. 82 (86) kann auch dann vorliegen, wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung sich ohne objektives Bedürfnis eine Hilfstätigkeit auf einem benachbarten, aber getrennten Markt vorbehält und damit den Wettbewerb auf diesem Markt ausschliesst; EuGH 25.10.2001 Slg. 2001, 8099 (Rettungsdienste Landkreis Südwestpfalz; Glöckner); wenn der Missbrauch der beherrschenden Stellung auf einem bestimmten Markt sich auf einem anderen Markt auswirkt; EuG 12.12.2000 Slg. 2000, 3929 (Aéroports de Paris), bestätigt durch EuGH 24.10.2002 Slg. 2002, 9297

Bei Verstoss gegen Art. 82 (86) kann die Kommission das Beenden des Missbrauchs anordnen und Geldbussen bis zu 10 % des im letzten Geschäftsjahr erzielten Umsatzes festsetzen; Art. 23 Abs. 2 Verordnung Nr. 1/2003. Ferner zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch der durch das missbräuchliche Verhalten geschädigten Dritten; siehe oben IV C 2.

VI Zusammenschlusskontrolle

A Einführung

Eine Zusammenschlusskontrolle - notwendiges "zweites Bein" eines jeden Kartellgesetzes - war bei den Verhandlungen über den EG-Vertrag politisch nicht durchzusetzen; sie war auch in der Beratung des GWB abgelehnt worden und in den anderen MS gab es meist noch nicht einmal ein Kartellgesetz. Nach Einführung einer Zusammenschlusskontrolle in Deutschland und England im Jahre 1973 erster Vorschlag der Kommission für eine entsprechende Verordnung; im Rat wegen tiefgreifender Meinungsverschiedenheiten der MS über Notwendigkeit einer Zusammenschlusskontrolle und ihre Kriterien, insbes. strikte Wettbewerbsorientierung oder Zusammenschlüsse auch als Mittel der Industriepolitik, intensive Beratungen erst 1988 aufgenommen wegen der vorgesehenen Vollendung des Binnenmarktes bis 1992 und der Sorge vor einer Zusammenschlusskontrolle durch die Kommission aufgrund Art. 81 (85) nach dem "Zigaretten"-Urteil des EuGH (17.11.1987 Slg. 1987, 4566).

Als Ergebnis intensiver schwieriger Beratungen die Verordnung Nr. 4064/89 des Rates vom 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. 1989 L 395 S. 1 = WuW 1990, 226 = GRUR Int. 1990, 301 = EuZW 1990, 22); ersetzt durch berichtigte Fassung ABl. 1990 L 257 S. 14; geändert durch Verordnung Nr. 1310/97 (ABl. 1997 L 180 S. 1).

Ersetzt durch

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

Dazu

Verordnung Nr. 802/2004 der Kommission vom 7. April 2004 zur Durchführung der Verordnung Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. 2004 L 133 S. 1

Inzwischen in fast allen MS der EG auch eine nationale Zusammenschlusskontrolle eingeführt

Leitgedanken: Zusammenschlusskontrolle zunächst nur für Grossfusionen von gemeinschaftsweiter Bedeutung; Vorabkontrolle; abgesehen von eng begrenzten Ausnahmetatbeständen ausschliessliche Zuständigkeit der Kommission mit Sperre für Anwendung nationalen Rechts; Entscheidung nur nach wettbewerbsorientierten Kriterien; Untersagung bei Entstehen oder Verstärkung beherrschender Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert wird.

B Anwendungsbereich

1. Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung; Art. 1 Abs. 1 und 2

Dazu erforderlich

1. weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen von mehr als 5 Mrd. Euro und
2. gemeinschaftsweiter Umsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von jeweils mehr als 250 Mio Euro

Dies gilt nicht, wenn die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in einem und demselben MS erzielen Für die Errechnung des Umsatzes gilt Art. 5, insbes. die Konzernklausel des Art. 5 Abs. 4.

Diese Schwellenwerte kann der Rat aufgrund eines Berichtes, den die Kommission vor dem 1.7.2009 zu erstatten hat, mit qualifizierter Mehrheit ändern; Art. 1 Abs. 4

2. Zusammenschlüsse mit Wirkung in mindestens drei Mitgliedstaaten.

Kommission jetzt auch zuständig, wenn

- a) der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen mehr als 2,5 Mrd. Euro beträgt
- b) der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in mindestens drei Mitgliedstaaten jeweils 100 Mio. Euro übersteigt
- c) in jedem von mindestens drei dieser Mitgliedstaaten der Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 25 Mio. Euro beträgt und

- d) der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils 100 Mio. Euro übersteigt; dies gilt nicht, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen; Art. 1 Abs. 3

Das bedeutet für den in der Praxis wohl häufigsten Fall eines Zusammenschlusses von nur zwei Unternehmen Zuständigkeit der Kommission bei einem weltweiten Umsatz von 2,5 Mrd. Euro und einem Umsatz von jeweils 100 Mio. Euro in mindestens drei Mitgliedstaaten

Damit soll die mehrfache Anmeldung desselben Vorhabens aufgrund der Zuständigkeit mehrerer nationaler Fusionskontrollbehörden und die damit verbundene Rechtsunsicherheit, Arbeitsbelastung und Kosten der betroffenen Unternehmen sowie die Gefahr gegensätzlicher Beurteilung vermieden werden

Zum Begriff der beteiligten Unternehmen Bekanntmachung der Kommission ABI. 1998 C 66 S. 14.
Zur Berechnung des Umsatzes Bekanntmachung der Kommission ABI. 1998 C 66 S. 25

Definition des Zusammenschlusses in Art. 3. Fusion bisher von einander unabhängiger Unternehmen oder Erwerb der unmittelbaren oder mittelbaren Kontrolle über anderes Unternehmen, d.h. durch Rechte, Verträge oder andere Mittel, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben.

Die Definition des Zusammenschlusses durch Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 folgt Art. 66 § 1 EGKSV und der ergänzenden Entscheidung der Hohen Behörde Nr. 24/54 (ABI. 1954 S. 345). "Bestimmender Einfluss" i.S. Art. 3 Abs. 2 ist daher wie Art. 1 Entscheidung Nr. 24/54 auszulegen, d.h. die Möglichkeit, die Tätigkeit eines Unternehmens auf dem Gebiete der Erzeugung, Preise, Investitionen, Versorgung, Absatzes oder Verwendung des Gewinns zu bestimmen.

Nach Art. 3 Abs. 2 i.d.F. VO Nr. 1310/97, jetzt Art. 3 Abs. 4 ist ein Zusammenschluss i.S. Art. 3 Abs. 1 Buchst. b) jetzt auch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt; die Worte "und keine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründerunternehmen im Verhältnis zu einander oder im Verhältnis zu dem Gemeinschaftsunternehmen mit sich bringt" wurden gestrichen, um die bisher bestehenden erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten - Fusionskontrolle oder Prüfung nach Art. 81 (85) - zu vermeiden und alle Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen in den Anwendungsbereich der Fusionskontrolle einzubeziehen und deren Verfahrensvorschriften zu unterwerfen

Zum Begriff des Zusammenschlusses daher jetzt Bekanntmachung der Kommission ABI. 1998 C 66 S. 5

Nach dem Territorialitätsgrundsatz unterliegen der EG-Fusionskontrolle auch Zusammenschlüsse in Drittstaaten (siehe oben II B)

Zum Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen Bekanntmachung der Kommission ABI. 1998 C 66 S. 1

C Beurteilung von Zusammenschlüssen (Art. 2)

Zusammenschlüsse sind auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt zu prüfen. Prüfungskriterien die Notwendigkeit, wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten, Marktstellung sowie wirtschaftliche Macht und Finanzkraft der beteiligten Unternehmen, die Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer, ihr Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, rechtliche oder tatsächliche Marktzutrittsschranken, die Entwicklung von Angebot und Nachfrage auf dem massgebenden Markt, die Interessen der Verbraucher sowie die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern diese dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert; Art. 2 Abs. 1.

Dazu Leitlinien für die Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung

über die Kontrolle von Zusammenschlüssen (ABl. 2004 C 31 S. 5)
Zur Berücksichtigung von Effizienzgewinnen (ökonomische Bilanz) Jakobs BB 2005, 113

Zusammenschlüsse, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, sind für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären (SIEC-Test – substantial impediment to effective competition); Art. 2 Abs. 3.

Untersagungsgrund Art. 2 Abs. 3 auch anwendbar, wenn durch Zusammenschluss beherrschendes Oligopol entsteht; Kommission 22.7.1992 WuW/E 1903 (Nestlé - Perrier); 18.10.1995 ABl. 1997 L 11 S. 1 (ABB/DB Bahntechnik); 24.4.1996 ABl. 1997, L 13 S. 30 = WuW 1996, 579 (Gencor-Lonrho-Platinmarkt), bestätigt durch EuG 25.3.1999 Slg. 1999, 753; 22.9.1999 WuW/E EU-V 437 (Airtours/First Choice; Oligopol aus 3 Unternehmen), aufgehoben durch EuG 6.6.2002 Slg. 2002, 2585

Für Annahme einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung erforderlich 1.) Möglichkeit jedes Oligopolunternehmens, vom Marktverhalten der anderen Oligopolunternehmen mit ausreichender Genauigkeit und Schnelligkeit Kenntnis zu erhalten 2.) Anreiz für jedes Unternehmen, von einem gemeinsamen Vorgehen auf Dauer nicht abzuweichen, weil die anderen Unternehmen bei Abweichung über wirksame Sanktionen verfügen 3.) kein mögliches In-Frage-Stellen der Ergebnisse des gemeinsamen Verhaltens durch Mitbewerber und Verbraucher; EuGH 22.9.1999 vorstehend; EuG 15.7.2006 – T 464/04 (impala/Kommission)

Das gilt auch für Fälle, dass kollektive marktbeherrschende Stellung auf Vorhandensein eines am Zusammenschluss unbeteiligten Unternehmens beruht; Kommission 14.12.1993 ABl. 1994 L 186 S. 38, bestätigt durch EuGH 31.3.1998 Slg. 1998, 1375 (Kali & Salz/MdK)

Zusammenschlüsse ohne diese Wirkung sind für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären; Art. 2 Abs. 2.

Zur Beurteilung von mit dem Zusammenschluss verbundenen und notwendigen Nebenabreden Mitteilung der Kommission ABl. 2005 C 56 S. 24

Für die Frage einer marktbeherrschenden Stellung oft entscheidend Abgrenzung des massgebenden örtlichen Marktes - nur ein MS oder die gesamte Gemeinschaft. Die Kommission zieht daher ergänzend zur allgemeinen Abgrenzung (oben V. A) die Gleichartigkeit der Wettbewerbsbedingungen heran. Indiz für unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen und damit für Vorliegen nationaler Märkte sind grosse Unterschiede in den Marktanteilen der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in den einzelnen MS und erhebliche Preisunterschiede zwischen den MS

Insoweit die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das einen Zusammenschluss gemäss Art. 3 darstellt, die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen bezweckt oder bewirkt, ist eine solche Koordinierung nach den Kriterien des Art. 81 (85) Abs. 1 und 3 zu beurteilen, um festzustellen, ob das Vorhaben mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist. Bei dieser Beurteilung ist insbesondere zu berücksichtigen, ob es auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens oder auf einem diesem vor- oder nachgelagerten Markt oder auf einem benachbarten oder eng mit ihm verknüpften Markt eine nennenswerte und gleichzeitige Präsenz von zwei oder mehr Gründerunternehmen gibt, und ob die unmittelbar aus der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens erwachsene Koordinierung den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren und Dienstleistungen den Wettbewerb auszuschalten

So Mitteilung der Kommission über die Beurteilung von Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen nach den Wettbewerbsregeln der Europäischen Gemeinschaft (ABl. 1998 C 66 S. 38 = WuW 1998, 467)

Berichte über die Praxis der Kommission bei der Zusammenschlusskontrolle im vergangenen Jahr in EuZW, zuletzt EuZW 2005, 519 für 2004; 2006, 711 für 2005

D Verfahren

Wegen der Schwierigkeit, vollzogene Zusammenschlüsse wieder zu entflechten, findet eine Vorabkontrolle statt. Pflicht zur Anmeldung des Zusammenschlusses innerhalb einer Woche nach Vertragsabschluss, Veröffentlichung des Übernahmeangebots oder Erwerb der Beteiligung; Art. 4 Abs. 1. Zusammenschluss darf weder vor Anmeldung noch bis er durch Entscheidung der Kommission für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt worden ist vollzogen werden; Art. 7 Abs. 1. Die Kommission kann aus wichtigen Gründen Befreiung vom Vollzugsverbot erteilen; Art. 7 Abs. 3. Bei Verstoss gegen Anmeldung oder Vollzugsverbot Geldbusse; Art. 14 Abs. 2a), Abs. 2 b). Wirksamkeit der unter Missachtung des Vollzugsverbotes abgeschlossenen Rechtsgeschäfte abhängig von Abschlussentscheidung der Kommission; Art. 7 Abs. 5.

Um die Zulässigkeit eines Zusammenschlusses bereits vor Vertragsschluss oder einem Übernahmeangebot zu klären, ist nach Art. 4 Abs. 1 Unterabs. 1 eine Anmeldung bereits dann möglich, wenn die beteiligten Unternehmen der Kommission ihre entsprechende Absicht glaubhaft machen

Entscheidung innerhalb 25 bzw. 35 Arbeitstagen, ob Zusammenschluss unter die VO fällt und ob Anlass zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt. Wenn Zusammenschluss nicht unter die VO fällt, stellt Kommission dies - ggf. nach Änderungen durch die beteiligten Unternehmen - durch Entscheidung fest. Wenn kein Anlass zu ernsthaften Bedenken, erklärt sie den Zusammenschluss für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt, ggf. verbunden mit Bedingungen und Auflagen; Art. 6 Abs. 1b, Abs. 2, Art. 10 Abs. 1.

Wenn Zusammenschluss unter die VO fällt und Anlass zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt, eröffnet die Kommission durch Entscheidung das Hauptprüfungsverfahren; Art. 6 Abs. 1 c); Art. 10. In diesem Falle Entscheidung, ob Zusammenschluss mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar oder unvereinbar einschliesslich der Prüfung nach Art. 81 (85) Abs. 1 und 3 bei Gemeinschaftsunternehmen, innerhalb von höchstens 90 bzw. 105 Arbeitstagen nach Einleitung des Verfahrens, ggf. verbunden mit Bedingungen und Auflagen; Art. 8 Abs. 2, 3; Art. 10 Abs. 3. Vor einer Entscheidung zu ihrem Nachteil Anhörung der Betroffenen gemäss Art. 18 Abs. 1.

Vielfach werden Zusammenschlüsse, gegen die die Kommission Einwendungen erhoben hatte, aufgrund von Zusagen der Unternehmen freigegeben, durch bestimmte Rechtsgeschäfte z.B. Veräusserung von Tochtergesellschaften, Erteilung von Lizenzen o.ä. die durch den Zusammenschluss entstehende Schwächung des Wettbewerbs auszugleichen. Diese Zusagen werden dann als Bedingungen oder Auflagen in die Entscheidung der Kommission aufgenommen. Dazu Mitteilung der Kommission über zulässige Abhilfemassnahmen ABl. 2001 C 86 S. 3 = WuW 2001, 365 Daher von der Kommission gewünscht und zweckmässig eine Erörterung des beabsichtigten Zusammenschlusses vor der förmlichen Anmeldung

Hat die Kommission innerhalb der Fristen keine Entscheidung über die Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt getroffen, so gilt der Zusammenschluss als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt; Art. 10 Abs. 6.

Auskunfts- und Nachprüfungsrechte der Kommission gemäss Art. 11, 13; auf Ersuchen der Kommission auch Nachprüfungen durch Behörden der Mitgliedstaaten gemäss Art. 12.

Kommission führt Verfahren in enger und stetiger Verbindung mit den zuständigen Behörden der MS durch; Anhörung eines Beratenden Ausschusses vor den Abschlussentscheidungen in eröffneten Verfahren sowie über Geldbussen und Zwangsgelder; Art. 19.

Einzelheiten über die Form der Anmeldungen, die Fristen und die Anhörung siehe VO Nr. 802/2004 der Kommission ABl. 2004 L 133 S. 1

Durch eine Entscheidung, mit der ein Zusammenschluss für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbart erklärt wird, gelten auch die mit seiner Durchführung unmittelbar verbundenen und für sie notwendigen Einschränkungen als genehmigt; Art. 8 Abs. 1 Unterabs. 2. Siehe dazu Bekanntmachung der Kommission ABl. 1990 C 203 S. 5 = WuW 1990, 1020

Offensichtlich unbedenkliche Zusammenschlüsse kann die Kommission in einem vereinfachten Verfahren freigeben (Bekanntmachung ABl. 2005 C 56 S. 32)

Beteiligte Unternehmen können gegen Entscheidungen der Kommission – Ablehnung des Zusammenschlusses, Bedingungen, Auflagen – Nichtigkeitsklage erheben

Mitbewerber können gegen Entscheidungen der Kommission nach Art. 6 Abs. 1a, Art. 6 Abs. 1b und Art. 8 Nichtigkeitsklage erheben; EuG 24.3.1994 Slg. 1994, 121 (Air France/Zusammenschluss Dan Air/British Airways); 19.5.1994 Slg. 1994, 323 (Air France/Zusammenschluss British Airways/TAT); st. Rspr., zuletzt EuG 3.4.2003 Slg. 2003, 1279 (Babyliiss/Kommission)

E Verhältnis zum nationalen Recht

Für Entscheidungen über Zusammenschlüsse von gemeinschaftswweiter Bedeutung ausschliesslich zuständig die Kommission; keine Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts der MS; Art. 21 Abs. 2 und 3. Ausnahmen

a) Massnahmen zum Schutz anderer berechtigter Interessen, sofern diese Interessen mit den allgemeinen Grundsätzen und den übrigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts vereinbar. Als solche berechnete Interessen gelten die öffentliche Sicherheit, die Medienvielfalt und die Aufsichtsregeln; jedes andere öffentliche Interesse muss der betreffende MS der Kommission mitteilen und diese muss es anerkennen; Art. 21 Abs. 4. Zur Auslegung Protokollerklärung der Kommission Ziff. 10 (WuW 1990, 242).

b) "deutsche Klausel" Art. 9 Abs. 2. MS kann Kommission binnen drei Wochen nach Erhalt der Abschrift der Anmeldung mitteilen, dass der Zusammenschluss eine beherrschende Stellung zu begründen oder zu verstärken droht, durch die wirksamer Wettbewerb auf einem Markt in diesem Mitgliedstaat, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist, erheblich behindert würde, oder dass der Zusammenschluss den Wettbewerb in diesem Mitgliedstaat auf einem gesonderten Markt beeinträchtigt, der keinen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellt.

Teilt die Kommission die Auffassung des MS, so behandelt sie entweder selbst den Fall, um auf dem betreffenden Markt wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten oder wiederherzustellen, oder verweist den Fall an die zuständige Behörde des MS zwecks Anwendung des nationalen Rechts. Teilt die Kommission die Auffassung des MS nicht, stellt sie dies durch Entscheidung fest.

Kurzformel für Abgrenzung der Zuständigkeit Kommission/MS

Kommission zuständig, wenn

1. Zusammenschluss i.S. des Art. 3 Abs. 1, d.h. Fusion oder Erwerb der Kontrolle, d.h. Möglichkeit bestimmenden Einflusses i.S. Art. 3 Abs. 3, oder Gemeinschaftsunternehmen, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (GU mit Vollfunktion), Art. 3 Abs. 2, und
2. Schwellenwerte des Art. 1 erreicht

Weiterhin MS zuständig, wenn

1. zwar Zusammenschluss i.S. Art. 3 Abs. 1, aber Schwellenwerte des Art. 1 nicht erreicht
2. zwar Zusammenschlusstatbestand des nationalen Kartellrechts erfüllt, aber nicht des Art. 3

Abs. 1, weil keine Kontrolle (Möglichkeit bestimmenden Einflusses) erreicht oder ein Gemeinschaftsunternehmen vorliegt, das nicht auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (GU mit Teilfunktion) und daher nicht unter Art. 3 Abs. 3 fällt

In diesen Fällen aber möglich, dass auch die Kommission den Fall nach Art. 81, 82 (85, 86) aufgreift (siehe folgender Abschnitt).

F Verhältnis VO Nr. 139/2004 - Art. 81, 82 (85, 86)

Die VO Nr. 4064/89, jetzt VO Nr. 139/2004 als sekundäres Gemeinschaftsrecht kann trotz ihres Art. 21 Abs. 1 die Anwendbarkeit der Art. 81, 82 (85, 86) als primäres Gemeinschaftsrecht nicht grundsätzlich ausschliessen. Das Verhältnis der VO Nr. 139/2004 zu Art. 81 (85) ergibt sich aus der unterschiedlichen Funktion des Art. 81 (85) und der Zusammenschlusskontrolle. Art. 81 (85) soll die Koordinierung des künftigen Marktverhaltens selbständig bleibender Unternehmen verhindern. Durch die Zusammenschlusskontrolle soll die Verschlechterung der Marktstruktur - Entstehen oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung mit erheblicher Behinderung des wirksamen Wettbewerbs - verhindert werden.

Im EG-Recht wird als Zusammenschluss angesehen die Fusion von Unternehmen oder der Erwerb der Kontrolle über ein anderes Unternehmen, d.h. das Entstehen einer neuen selbständigen unternehmerischen Einheit. Damit unterscheidet sich der Zusammenschlussbegriff des EG-Rechts vom deutschen Kartellrecht. Der viel weitere Zusammenschlussbegriff des deutschen Rechts macht es möglich, dass auch im Falle des Zusammenschlusses die Muttergesellschaften bzw. die beteiligten Unternehmen als selbständige Unternehmen fortbestehen. Daher müssen im deutschen Recht nicht nur die Folgen des Zusammenschlusses für die Marktstruktur, sondern im Wege der Doppelkontrolle auch eine mögliche Koordinierung des künftigen Marktverhaltens der selbständig fortbestehenden beteiligten Unternehmen geprüft und u.U. durch Anwendung des § 1 GWB verhindert werden. Wegen des engeren Zusammenschlussbegriffes entfiel vor Änderung der VO Nr. 4064/89 durch die VO Nr. 1310/97 dieses Problem im EG-Recht bei Gemeinschaftsunternehmen dadurch, dass im EG-Recht nur Gemeinschaftsunternehmen ohne Koordinierungswirkung als Zusammenschluss angesehen wurden. Nachdem durch die Neufassung des Art. 3 auch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt, als Zusammenschluss i.S. der Fusionskontrolle angesehen wird, ist nach Art. 2 Abs. 4 jetzt auch die mögliche Koordinierung des künftigen Marktverhaltens der selbständig fortbestehenden beteiligten Unternehmen im Rahmen der Fusionskontrolle nach den Kriterien des Art. 81 (85) Abs. 1 und 3 zu prüfen.

Zu unterscheiden sind die Fallgruppen

1. Zusammenschluss i.S. des Art. 3; Schwellenwerte des Art. 1 erreicht
2. Zusammenschluss i.S. des Art. 3; Schwellenwerte des Art. 1 nicht erreicht
3. kein Zusammenschluss i.S. des Art. 3

1. Zusammenschluss i.S. Art. 3; Schwellenwerte des Art. 1 erreicht

Prüfung des Zusammenschlusses allein nach VO Nr. 139/2004; Art. 21 Abs. 1

Wenn ein Gemeinschaftsunternehmen, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt, auch eine Koordinierung der unabhängig bleibenden beteiligten Unternehmen bezweckt oder bewirkt, wird diese Koordinierungswirkung wie im deutschen Recht als Doppelprüfung im Rahmen der Fusionskontrolle nach Art. 81 (85) Abs. 1 und 3 geprüft

2. Zusammenschluss i.S. des Art. 3; Schwellenwerte des Art. 1 nicht erreicht

Nach Art. 21 Abs. 1 gilt auch für diese Zusammenschlüsse allein die VO Nr. 139/2004. Eine Prüfung des Zusammenschlusses auf seine Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt ist jedoch

nicht möglich; Art. 1 Abs. 1. Der Zusammenschluss unterliegt damit der nationalen Zusammenschlusskontrolle.

Nachdem aber auch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen Einheit erfüllt, als Zusammenschluss i.S. der VO Nr. 139/2004 angesehen wird, erhält die Kommission durch die Neufassung des Art. 21 Abs. 1 die Möglichkeit einer Prüfung nach Art. 81 (85) Abs. 1 und 3, wenn das Gemeinschaftsunternehmen die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der selbständig fortbestehenden beteiligten Unternehmen bezweckt oder bewirkt.

3. Kein Zusammenschluss i.S. Art. 3

Vielfach wird ein Zusammenschluss i.S. des nationalen Kartellrechts vorliegen, aber wegen des engeren Zusammenschlussbegriffes der VO Nr. 139/2004 kein Zusammenschluss i.S. Art. 3.

Zusammenschlüsse i.S. des nationalen Kartellrechts, jedoch nicht i.S. des Art. 3 VO Nr. 139/2004, an denen Unternehmen in beherrschender Stellung beteiligt sind, können auch den Tatbestand des Art. 82 (86) erfüllen, wie er vom Gerichtshof im Fall Continental Can ausgelegt wurde (21.12.1973 Slg. 1973, 215). So erstmals seit 1973 die Kommission mit Erlass einer Entflechtungsverfügung; 10.11.1992 WuW 1993, 38 (Gillette/Wilkinson).

Kurzformel für die Anwendbarkeit Art. 81, 82 (85, 86) auf Zusammenschlüsse

1. Zusammenschluss i.S. des Art. 3 Abs. 1; Schwellenwerte des Art. 1 erreicht.
Koordinierungswirkung eines Gemeinschaftsunternehmens mit Vollfunktion wird im Rahmen der Fusionskontrolle nach Art. 81 (85) geprüft
2. Zusammenschluss i.S. des Art. 3 Abs. 1; Schwellenwerte nicht erreicht.
Art. 81 (85) anwendbar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen Koordinierungswirkung hat.
3. Kein Zusammenschluss i.S. Art. 3 Abs. 1
Art. 81, 82 (85, 86) anwendbar

VII Die Entscheidungspraxis des Gerichtshofes und der Kommission

A Leitlinien

Leitlinien der Entscheidungspraxis des EuGH und der Kommission sind

1. Sicherung der Einheit des Gemeinsamen Marktes
2. Schutz des wirksamen Wettbewerbs gegen Beschränkungen, aber Freistellung leistungssteigernder Vereinbarungen
3. Schutz der Marktteilnehmer vor Missbrauch wirtschaftlicher Macht

1. Sicherung der Einheit des Gemeinsamen Marktes

Ziel des EG-Vertrages einheitlicher Gemeinsamer Markt; denn Gemeinsamer Markt von jetzt etwa 465 Mio Menschen statt kleiner gegeneinander abgeschotteter nationaler Märkte eine wesentliche Voraussetzung für das Entstehen leistungsfähiger Unternehmen und die optimale Deckung des Bedarfs. Mit der Einheit des Gemeinsamen Marktes unvereinbar sind alle Absprachen oder Praktiken zur Abschottung einzelner Teile des Gemeinsamen Marktes gegeneinander, meist einzelner Mitgliedstaaten. Daher greifen Gerichtshof und Kommission in ständiger Praxis hart durch mit hohen Bussgeldern gegen alle Absprachen/Praktiken der Unternehmen zur Abschottung einzelner Märkte

1. durch Vereinbarungen oder Praktiken der Unternehmen über Absatzgebiete, Quoten, unmittelbare oder mittelbare Exportverbote, Nichtbelieferung exportwilliger Abnehmer oder durch vertragliche Vereinbarungen über gewerbliche Schutzrechte mit Zweck oder Wirkung

der Marktaufteilung (Ausnahmen in den Gruppenfreistellungen für Patent- und Know-how-Lizenzverträge und für Forschungs- und Entwicklungsgemeinschaften) – sog. hard core-Vereinbarungen

Gegen derartige Vereinbarungen Anwendung der Verbote der Art. 81 (85) und 82 (86). Sie sind in der de minimis-Bekanntmachung ausgenommen; ihre Spürbarkeit wird aber verneint nach der widerlegbaren Vermutung der NATT-Regel aufgrund ihrer geringen Marktwirkung

2. durch Ausüben nationaler gewerblicher Schutzrechte unter Ausnutzung des Territorialitätsgrundsatzes zum Verhindern von Einfuhren aus anderen MS; Einschreiten nach Art. 28 (30) als Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Beschränkungen

Ferner gegen staatliche Vorschriften oder Praktiken, die die Marktbürger hindern oder es ihnen erschweren, die vier Grundfreiheiten in Anspruch zu nehmen – insbesondere Erschwerung von Einfuhren oder Dienstleistungen durch Gewerbe-, Lebensmittel-, Arzneimittelrecht, Preisvorschriften, technische Normen, Vergabepaxis öffentlicher Aufträge; Bestimmungen des Steuerrechts. Vorgehen durch Richtlinien nach Art. 95 (100 a), daneben unmittelbar durch Anwendung der Art. 28, 31 (30, 37); 39 (48); 43 (48); 49 (59) und 56 (73 b)

2. Schutz des wirksamen Wettbewerbs

Zweiter übergreifender Leitgedanke für die Anwendung des EG-Kartellrechts ist der Schutz des wirksamen Wettbewerbs gegen Beschränkungen, aber Freistellung leistungssteigernder Vereinbarungen.

Gerichtshof und Kommission verstehen mit Recht den Schutz des Wettbewerbs nach Art. 3 Buchst. g, Art. 4 (3 a) Abs. 1, 81, 82 (85, 86) nicht als Selbstzweck, sondern als Mittel zum Zweck - neben der Sicherung der Einheit des Gemeinsamen Marktes gegen private Handelsschranken Schutz des Wettbewerbs als optimales Instrument, um die Leistungsfähigkeit und Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft zu steigern, den notwendigen Strukturwandel zu bewältigen und die Interessen der Verbraucher zu sichern. Deshalb ist der Wettbewerb nicht gegen jede mögliche Beschränkung zu schützen, sondern das Mass des Schutzes ist nach Art und Intensität flexibel anzupassen dem Ziel optimaler Steuerung der Wirtschaft unter Berücksichtigung der ständig wechselnden Marktbedingungen und unter Vermeidung sozial nicht tragbarer zu rascher Anpassungsprozesse.

Abgrenzung des Bereichs schützenswerter Wettbewerb aber sehr schwierig und streitig. Von den Nationalökonomern insoweit leider kaum eine Hilfe zu erwarten; sie sind weitgehend uneinig. Beste Leitlinie der Vorschlag von Rittner in der Festschrift für Arno Sölter (Wettbewerbsordnung und Wettbewerbsrealität. Festschrift für Arno Sölter, S. 27, 37 ff.), von der Vertragsfreiheit auszugehen. Durch Sicherung der Vertragsfreiheit in der Form des freien Zugangs zum Markt, ausreichender Alternativen für die andere Marktseite und Aushandeln der Vertragsbedingungen frei vom Einsatz wirtschaftlicher Macht einer Seite wird sich zugleich als Folge ein hohes Mass von Wettbewerb auf dem Markt ergeben. Die Folgen für die Vertragsfreiheit in dieser Form sind ein klares Prüfungskriterium, das von Kartellbehörden und Gerichten relativ einfach zu handhaben ist. Damit werden Kartellbehörden und Gerichte unabhängig von den wechselnden und sich widersprechenden Lehrmeinungen der Nationalökonomern. Im Bundeskartellamt folgt man zunehmend dieser Leitlinie.

Gerichtshof und Kommission sind bei Ermittlung des schützenswerten Wettbewerbs im Einklang insbesondere mit der Praxis in den USA und Deutschland einen anderen Weg gegangen. Bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen werden als so schädlich für die Volkswirtschaft und die Verbraucher angesehen, dass solche Absprachen nicht freistellungsfähig sind und gegen sie mit aller Härte einzuschreiten ist - ein per se Verbotsbereich; ausserhalb dieses Bereichs wird das Verbot des Art. 81 (85) Abs. 1 flexibel gehandhabt durch quantitative Begrenzung des Verbotes

selbst – Erfordernis der Spürbarkeit (siehe oben II C) – sowie durch Gruppen- und Einzelfreistellungen, seit der Verordnung 1/2003 durch Anwendung von Art. 81 (85) Abs. 3 als Legalausnahme

In ständiger Praxis werden als per se unzulässig angesehen Preisabsprachen und deren Surrogate wie Meldeverfahren und Rabattkartelle, Absprachen über Absatzgebiete und Quoten, sowie Exportverbote (hard core-Wettbewerbsbeschränkungen) ferner Lieferverweigerung gegenüber preisaktiven Händlern, obwohl sie die Kriterien des selektiven Vertriebssystems des Herstellers erfüllen.

Zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs gehört ferner das Offen-Halten des Zugangs zum Markt. Gerichtshof und Kommission sehen daher in ständiger Praxis alle Absprachen oder Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen als unzulässig an, die den Zugang weiterer Unternehmen zum Markt verhindern oder unbillig erschweren wie Alleinbezugsvereinbarungen mit Abnehmern, Treuerabatte oder Rabattsysteme gleicher Wirkung, ausschliesslicher Verbandsverkehr, Ausschluss bestimmter Handelsformen durch Vertriebsbindung, Einsatz gewerblicher Schutzrechte mit dieser Wirkung, (In diesen Fällen meist nicht Verstoss gegen Art. 81, 82 (85, 86), sondern gegen Art. 28 (30) - siehe VII A 1), Koppelung marktführender Waren mit anderen Waren, Verweigerung von Informationen.

Im Einklang mit der deutschen Praxis, aber abweichend von der USA-Praxis unter Präsident Reagan, sieht die Kommission auch Zusammenschlüsse und Gemeinschaftsunternehmen, die zum Entstehen oder zur Verstärkung marktbeherrschender Stellung führen, als so schädlich an, dass sie zu verhindern sind. Art. 81 (85) und 82 (86) boten dazu aber nur begrenzte Möglichkeiten. Diese Lücke wurde durch die VO Nr. 4064/89; jetzt VO Nr. 139/2004 geschlossen.

Ausser dem per se Verbotsbereich wegen Verstosses gegen die Einheit des Gemeinsamen Marktes gibt es also einen weiteren per se Verbotsbereich wegen Beeinträchtigung des schützenswerten Wettbewerbs. Zum Teil überschneiden sich diese beiden Bereiche.

Ausserhalb dieses per se Verbotsbereichs handhaben der Gerichtshof und die Kommission das Verbot des Art. 81 (85) Abs. 1 sehr flexibel durch quantitative und qualitative Begrenzung des Verbotsbereichs durch das Erfordernis der Spürbarkeit in Art. 81 (85) Abs. 1, durch Gruppenfreistellungen (siehe oben III D) und Anwendung der Legalausnahme Art. 81 (85) Abs. 3 (siehe oben IV B).

3. Schutz der Marktteilnehmer vor Missbrauch wirtschaftlicher Macht

Dritter übergreifender Leitgedanke für die Anwendung des EG-Kartellrechts der Schutz der Marktteilnehmer vor Missbrauch wirtschaftlicher Macht mit Hilfe des Art. 82 (86).

Einschreiten gegen Ausbeutungsmissbrauch - Durchsetzen überhöhter Preise oder unangemessener Bedingungen - hat sich als sehr schwierig erwiesen, weil der angemessene Preis = als-ob-Wettbewerbspreis nur schwer zu ermitteln ist; siehe oben V B.

Gerichtshof und Kommission sind aber in zahlreichen Fällen erfolgreich gegen Behinderungsmisbrauch eingeschritten, sei es, dass Unternehmen versuchten, ihre Mitbewerber vom Markt zu verdrängen oder ihnen den Zugang zum Markt zu erschweren, sei es, dass sie ihre Abnehmer durch Verweigerung des Geschäftsverkehrs oder nur zu schlechteren Bedingungen unbillig behinderten; siehe oben V B

B Ausgewählte einzelne Wettbewerbsbeschränkungen

1. Absprachen über Preise, Quoten, Absatzgebiete, Kunden

Sie fallen stets unter das Verbot des Art. 81 (85) Abs. 1, wenn sie „spürbar“ (II D) sind – so stets ausser rein lokale Absprachen; keine Aussicht auf Anwendung der Legalausnahme Art. 81 (85) Abs. 3

2. Gemeinschaftsunternehmen

Zweckmässig, entsprechend den unterschiedlichen Funktionen des Art. 81 (85) und der Zusammenschlusskontrolle nach VO Nr. 139/2004 (siehe oben VI F) nach ihrer Wirkung auf das Marktverhalten der Muttergesellschaften zu unterscheiden

- A. Gemeinschaftsunternehmen mit Koordinierungswirkung = kooperative Gemeinschaftsunternehmen
- B. Gemeinschaftsunternehmen ohne Koordinierungswirkung = konzentrierte Gemeinschaftsunternehmen

Diese Unterscheidung machte auch die VO Nr. 4064/89 in Art. 3 Abs. 2 alter Fassung, die Bekanntmachung der Kommission über Konzentrations- und Kooperationsstatbestände nach der VO Nr. 4064/89 (ABl. 1990 C 203 S. 10 = WuW 1990, 930), ersetzt durch die Bekanntmachung ABl. 1994 C 385 S. 1 und die Bekanntmachung der Kommission über die Beurteilung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen nach Artikel 85 des EG-Vertrages (ABl. 1993 C 43 S. 2 = WuW 1993, 294)

Damit abweichender Sprachgebrauch gegenüber dem älteren Schrifttum, das zwischen Gemeinschaftsunternehmen unterschied, die für ihre Muttergesellschaften nur einzelne Funktionen wie Einkauf, Verkauf, Produktion, Forschung erfüllen (Unternehmen mit Teilfunktion) - kooperative Gemeinschaftsunternehmen, und Gemeinschaftsunternehmen, die auf Dauer alle unternehmerischen Funktionen erfüllen (Unternehmen mit Vollfunktion) - konzentrierte Gemeinschaftsunternehmen. Für die Bildung von Fallgruppen ist es aber zweckmässig, die Unterscheidung zwischen Unternehmen mit Teilfunktion und Unternehmen mit Vollfunktion beizubehalten

Obwohl Art. 3 Abs. 2 VO Nr. 139/2004 jetzt nicht mehr nach der Koordinierungswirkung unterscheidet, sondern auch ein Gemeinschaftsunternehmen, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt, aber eine Koordinierungswirkung hat, jetzt einen Zusammenschluss darstellt, ist es zweckmässig, die Unterscheidung zwischen Gemeinschaftsunternehmen mit Koordinierungswirkung und ohne Koordinierungswirkung beizubehalten, da es darauf bei der Frage ankommt, ob im Rahmen der Fusionskontrolle zugleich eine Doppelprüfung nach Art. 81 (85) vorzunehmen ist

Zu A. Gemeinschaftsunternehmen mit Koordinierungswirkung = kooperative Gemeinschaftsunternehmen sind

1. die Unternehmen mit Teilfunktion, die für ihre Muttergesellschaften nur einzelne Funktionen (Einkauf, Verkauf, Produktion, Forschung) erfüllen.
2. die Unternehmen mit Vollfunktion, die auf Dauer alle unternehmerischen Funktionen erfüllen
 - a) wenn sie zum sog. Gruppeneffekt führen, d.h. eine Koordinierung des künftigen Wettbewerbsverhaltens der als selbständige Unternehmen fortbestehenden Muttergesellschaften untereinander bezwecken oder bewirken
 - b) wenn die Unternehmen mit Vollfunktion keine neue selbständige unternehmerische

Einheit bilden, die ihre Entscheidungen autonom allein nach den eigenen wirtschaftlichen Interessen trifft,

Zu a) Gruppeneffekt

Ein Gruppeneffekt ist insbesondere anzunehmen, wenn die Muttergesellschaften auf demselben sachlichen und örtlichen Markt weiterhin tätig bleiben oder hochgradig potentielle Mitbewerber sind, d.h. ein Eintritt in den Markt möglich und wirtschaftlich sinnvoll ist,

wenn die Muttergesellschaften auf sachlich oder räumlich benachbarten Märkten tätig sind und auf diesen Märkten durch das Gemeinschaftsunternehmen wettbewerblich erhebliche Wirkungen eintreten oder

wenn das Gemeinschaftsunternehmen als Zulieferant der Muttergesellschaften tätig sein soll und die Zulieferungen nach Wert oder Eigenschaften einen wesentlichen Teil des Angebots der Muttergesellschaften ausmachen.

Ein Gruppeneffekt wird dagegen in der Regel nicht vorliegen, wenn die Muttergesellschaften bisher auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens nicht tätig waren und ihr Eintritt in diesen Markt in absehbarer Zeit auch nicht zu erwarten ist, weil sie zu einem individuellen Markteintritt nicht in der Lage sind oder dies keine wirtschaftlich sinnvolle Alternative zum Gemeinschaftsunternehmen ist oder

wenn die Muttergesellschaften zwar bisher auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens tätig waren, aber ihre bisherige wirtschaftliche Tätigkeit auf das Gemeinschaftsunternehmen übertragen und auf Dauer aus diesem Markt ausscheiden wollen, es sei denn, dass unter Fortbestand der Muttergesellschaften wesentlicher Zweck der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens ist, den bisher unter den Muttergesellschaften auf diesem Markt bestehenden Wettbewerb zu beseitigen.

Kein für Art. 81 (85) zu berücksichtigender Gruppeneffekt ist die Folge des Gemeinschaftsunternehmens, dass Muttergesellschaften künftig auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens nicht mehr tätig werden; denn es steht grundsätzlich jedem Unternehmen frei, seine selbständige Tätigkeit zu beenden und künftig im Rahmen eines Gemeinschaftsunternehmens tätig zu werden.

Die damit eintretende Veränderung der Marktstruktur ist nur im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle zu prüfen.

Abweichend von der Bekanntmachung 1990, nach der auch eine Koordinierungswirkung zwischen den Muttergesellschaften und dem Gemeinschaftsunternehmen zu prüfen war, ist nach der Bekanntmachung 1994 nur noch massgebend, ob eine Koordinierungswirkung der Muttergesellschaften untereinander eintritt. Eine Koordinierungswirkung zwischen den Muttergesellschaften und dem Gemeinschaftsunternehmen ist nur noch in dem Masse von Bedeutung, wie sie ein Instrument für die Herbeiführung oder Stärkung der Koordinierung zwischen den Muttergesellschaften darstellt. So mit Recht; denn eine Koordinierungswirkung zwischen den Muttergesellschaften und deren Gemeinschaftsunternehmen ist eine zwangsläufige Folge eines jeden Gemeinschaftsunternehmens

Zu b) Keine neue selbständige unternehmerische Einheit

Unternehmen mit Vollfunktion bilden keine neue selbständige unternehmerische Einheit und sind deshalb Gemeinschaftsunternehmen mit Koordinierungswirkung, wenn sie ihre Entscheidungen nicht autonom allein nach den eigenen wirtschaftlichen Interessen treffen, sondern für die Geschäftspolitik des Gemeinschaftsunternehmens massgebend ist die Koordinierung und der Ausgleich der wirtschaftlichen Interessen der Muttergesellschaften (so offenbar Kommission im Falle Montedison/Hercules Bulletin Nr. 3/87 S. 37, 17. Bericht über die Wettbewerbspolitik S. 67; Bekanntmachung 1990 Ziff. 18; im deutschen Recht BGH 96, 69 - Mischwerke).

Zu B Gemeinschaftsunternehmen ohne Koordinierungswirkung = konzentrierte Gemeinschaftsunternehmen sind

Unternehmen mit Vollfunktion mit ausschliesslich an den eigenen Interessen ausgerichteter Geschäftspolitik und ohne einen Gruppeneffekt

Rechtliche Beurteilung

Gemeinschaftsunternehmen ohne Koordinierungswirkung = konzentrierte Gemeinschaftsunternehmen sind nach der VO Nr. 139/2004, bei Nichterreichen der Schwellenwerte nach Art. 82 (86) zu prüfen. Art. 81 (85) ist auf sie nicht anwendbar; denn es fehlt die für Art. 81 (85) erforderliche Möglichkeit einer Koordinierung des künftigen Marktverhaltens selbständiger Unternehmen; siehe oben VI F.

Gemeinschaftsunternehmen mit Koordinierungswirkung, d.h. alle Unternehmen mit Teilfunktion und die oben Ziff. A 2 beschriebenen Unternehmen mit Vollfunktion, die die Schwellenwerte des Art. 1 VO Nr. 139/2004 nicht erreichen, wurden nach ständiger Praxis von der Kommission nach Art. 81 (85) beurteilt und relativ grosszügig nach Art. 81 (85) Abs. 3 freigestellt. Die oben Ziff. A 2 beschriebene Unternehmen mit Vollfunktion, die diese Schwellenwerte erreichen, werden aus Zweckmässigkeitsgründen im Verfahren der Zusammenschlusskontrolle zugleich nach den Kriterien des Art. 81 (85) geprüft. Kooperative Gemeinschaftsunternehmen allein für die Herstellung oder zugleich für den Vertrieb bis zu 10 % Marktanteil im Rahmen einer Spezialisierungsvereinbarung oder einer Forschungs- und Entwicklungsgemeinschaft sind durch die jeweiligen Gruppenfreistellungen VO Nr. 2658/2000 und VO Nr. 2659/2000 (siehe oben III D) freigestellt.

3. Zusammenarbeit in Forschung und Entwicklung

Vereinbarungen über die gemeinsame Forschung und Entwicklung von Produkten (Waren oder Dienstleistungen) ohne die gemeinsame Verwertung der Ergebnisse werden durch GruppenfreistellungsVO Nr. 2659/2000 (siehe III D) für die Dauer der Forschungs- und Entwicklungsarbeiten freigestellt, sofern die Vertragspartner keine konkurrierenden Unternehmen sind. Die gemeinsame Verwertung der Ergebnisse durch Herstellung, Vertrieb oder Vergabe von Lizenzen wird für 7 Jahre ab erstem Inverkehrbringen der Vertragsprodukte im Gemeinsamen Markt freigestellt. Sind die Vertragspartner konkurrierende Unternehmen, so gilt diese Freistellung nur bei einem Marktanteil der beteiligten Unternehmen bis zu 25 %. Nach Ablauf des Siebenjahreszeitraums gilt die Freistellung für alle Unternehmen nur so lange, wie ihr Marktanteil 25 % nicht überschreitet. Ein Verbot aktiven Wettbewerbs und Beschränkungen hinsichtlich Wahl der zu beliefernden Kunden sind nur während des Siebenjahreszeitraums zulässig; unzulässig ein Verbot passiven Wettbewerbs und die „Kernbeschränkungen“ Festsetzung der Preise für den Verkauf an dritte Abnehmer sowie Beschränkung der Produktion oder des Absatzes.

Leitlinien der Kommission für horizontale Vereinbarungen ABl. 2001 C 3 S. 2 Nr. 39 ff.

4. Vereinbarungen über Spezialisierung

Vereinbarungen über eine Spezialisierung in der Produktion, oft mit ergänzenden Vereinbarungen über gegenseitige Belieferung oder Alleinvertrieb, fallen stets unter Art. 81 (85) Abs. 1. Für solche Vereinbarungen aber Gruppenfreistellung durch VO Nr. 417/85, jetzt ersetzt durch VO Nr. 2658/2000 (siehe III D), wenn der Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf dem betreffenden sachlichen Markt 20 % nicht überschreitet. Die Freistellung gilt jetzt auch für Vereinbarungen über die Spezialisierung bei Dienstleistungen mit Ausnahme von Vertriebs- und Mietleistungen. Unzulässig sind die „Kernbeschränkungen“ Festsetzung von Preisen, Beschränkungen von Produktion oder Absatz und Aufteilung von Märkten oder Abnehmerkreisen.

Leitlinien vorstehend Nr. 78 ff.

5. Gemeinsamer Einkauf/Verkauf

Vereinbarungen über gemeinsamen Einkauf oder Verkauf von Unternehmen, die als Nachfrager bzw. Anbieter aktuelle oder potentielle Mitbewerber sind, fallen stets unter Art. 81 (85) Abs. 1; zulässig, wenn Voraussetzungen des Art. 81 (85) Abs. 3 erfüllt, z.B. gemeinsamer Verkauf kleiner Unternehmen oder als Ergänzung anderer Kooperationsformen wie Forschungs- und Entwicklungsgemeinschaft, Vereinbarungen über Spezialisierung, oder gemeinsamer Einkauf kleiner und mittlerer Handelsunternehmen als Nachteilsausgleich gegenüber Grossformen des Handels. Keine Aussicht auf Freistellung haben marktweite Verkaufssyndikate.

6. Gruppen von vertikalen Vereinbarungen

Um der Kommission zu ermöglichen, sich auf die schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkungen zu konzentrieren und den Unternehmen mehr Gestaltungsfreiheit bei ihren Vereinbarungen zu geben, werden jetzt durch die VO Nr. 2790/1999 (siehe III D) bestimmte vertikale Vereinbarungen statt durch Einzel-Freistellung für bestimmte Arten von Verträgen durch eine „Schirm-GruppenfreistellungsVO“ nach übergreifenden Kriterien freigestellt. Die VO Nr. 2790/1999 gilt allerdings nicht für vertikale Vereinbarungen, deren Gegenstand in den Geltungsbereich einer anderen Gruppen-Freistellungsvereinbarung fällt, insbesondere also nicht für die Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge oder Technologietransfer-Vereinbarungen. Da ein höherer Anteil des Lieferanten oder Käufers am relevanten Markt als 30 % relativ selten ist, ersetzt die VO Nr. 2790/1999 faktisch die bisherigen Gruppen-Freistellungen für Alleinvertriebsverträge, Alleinbezugsverträge und Franchise-Vereinbarungen.

Freigestellt werden vertikale Vereinbarungen zwischen zwei oder mehr Unternehmen, von denen jedes auf einer unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufe tätig ist, über den Bezug, Verkauf oder Weiterverkauf bestimmter Waren oder Dienstleistungen - vertikale Beschränkungen, d.h. in diesen Vereinbarungen enthaltene Wettbewerbsbeschränkungen, die unter das Verbot des Art. 81 Abs. 1 fallen. Für vertikale Vereinbarungen zwischen einer Unternehmensvereinigung und ihren Mitgliedern oder zwischen einer solchen Vereinigung und ihren Lieferanten gilt die Freistellung aber nur, wenn alle Mitglieder der Vereinigung Wareneinzelhändler sind und wenn kein Mitglied einen jährlichen Gesamtumsatz von mehr als 50 Mio Euro erzielt, also kleine und mittlere Unternehmen sind.

Die Freistellung gilt ferner für vertikale Vereinbarungen in Verträgen über die Übertragung oder Nutzung geistiger Eigentumsrechte, die als Nebenabreden Beschränkungen des Erwerbers oder seiner Kunden hinsichtlich Nutzung, Verkauf oder Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen enthalten.

Die Freistellung gilt nicht für vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern mit Ausnahme der in Art. 2 Abs. 4 genannten Fälle.

Die Freistellung gilt nur, wenn der Anteil des Lieferanten oder Käufers am relevanten Markt 30 % nicht überschreitet; denn nur in diesen Fällen ist zu vermuten, dass die Vereinbarungen die Voraussetzungen des Art. 81 (85) Abs. 3 erfüllen.

Um den Unternehmen mehr Gestaltungsfreiheit bei ihren Vereinbarungen zu geben, enthält die VO nicht mehr eine Aufzählung der zulässigen oder freistellungsfähigen Klauseln, sondern nur die unzulässigen Verpflichtungen, um insbesondere eine Abschottung der nationalen Märkte und Beschränkungen des Wettbewerbs auf der Handelsstufe oder Vereinbarungen zu verhindern, die den Zugang von Mitbewerbern zu den Absatzwegen erschweren.

Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen ABI. 2000 C 291 S. 1

Zu den sich daraus ergebenden unzulässigen Klauseln siehe die folgenden Ausführungen zu den einzelnen vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen.

Aus der VO Nr. 2790/1999 ergeben sich für die wichtigsten Arten vertikaler Vereinbarungen

nachstehende Folgerungen

6a. Alleinvertriebsverträge

Alleinvertriebsverträge fallen stets unter Art. 81 (85) Abs. 1 (EuGH 30.6.1966 Slg. 1966, 281 - Maschinenbau Ulm; 13.7.1966 Slg. 1966, 321 - Grundig/Consten), sind aber eine besonders weit verbreitete und regelmässig den Wettbewerb eher fördernde Vertriebsform. Daher bereits 1967 erste Gruppen-Freistellung für Alleinvertriebsverträge durch VO Nr. 67/67, ersetzt durch VO Nr. 1983/83, die in Form einer "weissen Liste" für zulässige Klauseln und einer "grauen Liste" für vereinfacht freistellungsfähige Klauseln die üblichen und notwendigen Vereinbarungen deckten; jetzt Gestaltungsfreiheit der Unternehmen nur noch begrenzt durch die "schwarze Liste" unzulässiger Klauseln.

Zulässig sind insbesondere Wettbewerbsverbote für den Vertragshändler für eine bestimmte Dauer, höchstens fünf Jahre, sowie das Verbot aktiven Wettbewerbs ausserhalb seines Vertragsgebietes; zulässig ferner das Festsetzen von Höchstverkaufspreisen oder Aussprechen von Preisempfehlungen, sofern sich diese nicht infolge Ausübung von Druck oder Gewährung von Anreizen durch eine der Vertragsparteien tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken.

Entscheidend, dass keine Abschottung der nationalen Märkte bewirkt wird. Nach der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 28 (30) ferner unzulässig unmittelbare oder mittelbare Exportverbote bzw. Reimportverbote sowie Verbot des sog. passiven Wettbewerbs für die Vertragshändler. Verkauf an Abnehmer ausserhalb des eigenen Verkaufsgebietes, insbesondere aus anderen MS muss zulässig sein, wenn die Abnehmer sich aus eigener Initiative an den Vertragshändler wenden. Ebenso dürfen Hersteller und Vertragshändler sog. Parallelimporte der Vertragswaren aus anderen MS nicht durch Ausüben gewerblicher Schutzrechte, sonstiger Rechte oder andere Massnahmen erschweren oder verhindern. Die Einheit des Gemeinsamen Marktes muss gewahrt bleiben. Zulässig aber, Garantieleistungen auf Kunden der Alleinvertriebshändler zu beschränken. Jetzt vereinfachte Freistellung durch VO Nr. 2790/1999 (siehe III D), wenn der Anteil des Lieferanten oder Käufers am relevanten Markt 30 % nicht überschreitet.

6b. Selektiver Vertrieb

Selektiver Vertrieb häufig gewählt von Herstellern von Waren des gehobenen Bedarfs, Luxuswaren oder Waren mit erheblichem Erklärungsbedarf für die Nutzung, Bedarf für Service- und Wartungsdienste. Diese Vertriebsform fiel aufgrund der weiten Auslegung des Verbots des Art. 85 (jetzt 81) Abs. 1 unter das Verbot, erfüllte aber in der Regel die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Art. 85 (jetzt 81) Abs. 3. Wegen der geringen Wettbewerbsbeschränkung und überwiegenden Vorteile sowie hoher Arbeitsbelastung der Kommission unterblieb aber zunächst eine Gruppenfreistellung; selektive Vertriebssysteme wurden von der Kommission nicht beanstandet, entsprechende Anträge auf Freistellung zurückgestellt. Ihre rechtliche Zulässigkeit wurde jedoch zunehmend angegriffen. Um das so entstandene Massenproblem zu bewältigen, schränkte der EuGH den Verbotsbereich des Art. 85 (jetzt 81) Abs. 1 ein.

Nach der Rechtsprechung des EuGH (25.10.1977 Slg. 1977, 1875 - SABA/Metro I; 11.12.1980 Slg. 1980, 3775 - L'Oréal; 22.10.1986 Slg. 1986, 3048 - SABA/Metro II) fällt Auswahl der Händler allein nach objektiven, qualitativen, sachlich gerechtfertigten und einheitlich angewandten Kriterien grundsätzlich nicht unter Art. 81 (85) Abs. 1, es sei denn, dass wegen Bestehens einer grösseren Anzahl derartiger Systeme kein Platz mehr für sonstige Vertriebsformen mit anderer Marktpolitik oder Erstarrung der Preisstruktur eintritt, die auch durch andere Formen des Wettbewerbs zwischen Erzeugnissen derselben Marke (Intrabrand - Wettbewerb) oder wirksamen Wettbewerb zwischen verschiedenen Marken (Interbrand - Wettbewerb) nicht aufgehoben wird; eingehend zu den Kriterien beim Vertrieb von Luxusartikeln EuG 12.12.1996 Slg. 1996, 1851 (Leclerc/Yves Saint Laurent)

Vereinbarungen über selektiven Vertrieb sind jetzt in die Freistellung durch VO Nr. 2790/1999

(siehe III D) mit geringen Abweichungen von der bisherigen Rechtslage förmlich einbezogen worden.

Statt der bisherigen Einschränkung der Zulässigkeit durch den EuGH sind jetzt auch nebeneinander bestehende Netze gleichartiger selektiver Vertriebssysteme mit kumulativer Wirkung freigestellt; erst die Kommission kann die Freistellung im Einzelfall gemäss Art. 29 VO Nr. 1/2003 entziehen, wenn der Zugang zu dem betroffenen Markt oder der Wettbewerb auf diesem Markt in erheblichem Masse beschränkt wird.

Zulässig sind auch das Festsetzen von Höchstverkaufspreisen oder Aussprechen von Preisempfehlungen, sofern sich diese nicht infolge Ausübung von Druck oder Gewährung von Anreizen durch eine der Vertragsparteien tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken; ferner die Pflicht zur Abnahme von Mindestmengen, Verpflichtungen betr. Verkaufsförderung, Werbung, Führen des vollständigen Sortiments.

Unzulässig jetzt alle unmittelbaren oder mittelbaren Verpflichtungen, Marken bestimmter konkurrierender Lieferanten nicht zu verkaufen. Weiterhin unzulässig Auswahl der Händler nach quantitativen Kriterien oder Lieferverweigerung gegenüber Händlern, die die qualitativen Kriterien erfüllen, wegen ihrer Unternehmensform (Warenhaus, SB-Markt) oder ihrer Niedrigpreisstrategie. Zulassung zum Vertriebssystem aufgrund der objektiven Kriterien in der Regel dezentral durch Generalimporteure bzw. Grosshändler, allein durch Hersteller nur, wenn sachlich gerechtfertigt.

Entscheidend, dass keine Abschottung der nationalen Märkte bewirkt wird. Daher unzulässig Beschränkungen des passiven Verkaufs an Endverbraucher für Mitglieder des selektiven Systems auf der Einzelhandelsstufe, unmittelbare Exportverbote bzw. Reimportverbote für die Händler oder Massnahmen gleicher Wirkung wie Nichtbelieferung exportierender Händler, Verweigerung von Garantie- und Kundendienstleistungen bei Erwerb in anderem MS. Zulässig aber, Kundendienst- und Garantieleistungen vom Erwerb bei einem autorisierten Händler abhängig zu machen; EuGH 13.1.1994 Slg. 1994, 15 (Metro/Cartier). Zulässig Verbot, die Waren an nicht-autorisierte Händler zu liefern.

6c. Alleinbezugsverträge

Alleinbezugsverträge fallen stets unter Art. 81 (85) Abs. 1. Bei einer Vielzahl gleichartiger Verträge mit jeweils nur sehr geringem Marktanteil wie Bierlieferungsverträgen oder Tankstellenverträgen hängt aber die Nichtigkeit des einzelnen Vertrages von seiner "Spürbarkeit" ab. Unter Würdigung aller Marktdaten ist zu prüfen, ob der massgebende örtliche Markt für neue Mitbewerber nur sehr schwer zugänglich ist und ob die gleichartigen Verträge des betreffenden Unternehmens in erheblichem Umfange zur Abschottung des Marktes beitragen; EuGH 28.2.1991 Slg. 1991, 935 (Bierlieferungsverträge; Delimitis); 7.12.2000 Slg. 2000, 11121 (Tankstellenverträge, Neste Markinoitti/Yötuuli Ky)

Alleinbezugsvereinbarungen aber weit verbreitete und mit wirksamem Wettbewerb vereinbare Vertragsform, wenn sie nach Inhalt und Marktanteil bestimmte Grenzen nicht überschreitet. Daher für sie zunächst Gruppenfreistellung VO Nr. 67/67, ersetzt durch VO Nr. 1984/83 (siehe III D) mit speziellen Regeln für Bierlieferungs- und Tankstellenverträge, insbesondere Begrenzung ihrer Dauer und dem Verbot, die Bezugspflicht auf andere Waren oder Dienstleistungen auszudehnen.

Jetzt vereinfachte Freistellung durch VO Nr. 2790/1999 (siehe III D), wenn der Anteil des Lieferanten oder Käufers am relevanten Markt 30 % nicht überschreitet.

6d. Franchise-Verträge

Franchise-Verträge im Bereich des Warenvertriebs und der Dienstleistungen fördern in der Regel den Wettbewerb, die Versorgung der Verbraucher und den Marktzutritt unabhängiger Händler mit Unterstützung des Franchisegebers; daher erwünscht.

Beschränkungen des Franchisenehmers, die unerlässlich, um Identität und good will des

Franchisesystems zu wahren und zu verhindern, dass das überlassene Know how Mitbewerbern zugute kommt, fallen nicht unter Art. 81 (85) Abs. 1; EuGH 28.1.1986 Slg. 1986, 374 - Pronuptia. Weitere dem Aufbau eines Franchisenetzes dienliche Vereinbarungen durch Gruppenfreistellung VO Nr. 4087/88 (siehe III D) freigestellt, insbesondere Gebietsschutz des Franchisegebers für den Franchisenehmer, Wettbewerbsverbot für Franchisenehmer, Gebietsschutz für andere Franchisenehmer durch Verbot aktiven Wettbewerbs. Zulässig auch Empfehlungen des Franchisegebers hinsichtlich der Verkaufspreise, unzulässig aber Preisbindung des Franchisenehmers oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen hinsichtlich der Preise innerhalb des Franchisenetzes.

Jetzt Freistellung durch VO Nr. 2790/1999; (siehe III D)

Zulässig sein müssen aber Bezug der Franchisewaren von anderen Franchisenehmern sowie sog. passiver Wettbewerb, Verkauf an Kunden aus anderen Vertragsgebieten, um so möglichen zu grossen Preisunterschieden zwischen MS entgegenzuwirken.

7. Kraftfahrzeug-Vertragshändlerverträge

Keine Ausführungen; nur Verträge in einem Wirtschaftszweig, kurze Darstellung nicht möglich. Deshalb nur Vorschrift und Hinweis auf Schrifttum
Verordnung Nr. 1400/2002 vom 31. Juli 2002 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor (ABl. 2002 L 203 S. 30 = EuZW 2002, 563). Dazu Creutzig EuZW 2002, 560; Wendel WRP 2002, 1395; Ensthaler-Funk-Stopper: Handbuch des Automobilvertriebs Beck 2003 Leitfaden der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission dazu ABl. 2002 L 203 S. 30

8. Handelsvertreterverträge

Handelsvertreter zwar rechtlich selbständige Unternehmen, üben aber nur Hilfsfunktion für das Unternehmen aus, für das sie tätig sind, und unterliegen dessen Weisungen. Das häufig vereinbarte Wettbewerbsverbot für den Handelsvertreter entspricht seiner Pflicht, die Interessen des Unternehmers zu wahren. Handelsvertreterverträge fallen daher regelmässig nicht unter Art. 81 (85) Abs. 1 (siehe Bekanntmachung der Kommission vom 24.12.1962 ABl. 1962 S. 2921 = WuW 1963, 121, ersetzt durch Mitteilung der Kommission – Leitlinien für vertikale Beschränkungen Rn. 12 ff. ABl. 2000 C 291 S. 1).

Für Abgrenzung zwischen Handelsvertreter und Eigenhändler entscheidend, dass nicht Handelsvertreter, sondern Unternehmer das Geschäftsrisiko trägt; zur Abgrenzung EuGH 14.12.2006 – C 217/05 EuZW 2007, 151 (CEPSA) Leitlinien Rn. 15, 16. Art. 81 (85). Auch auf Handelsvertreterverträge anzuwenden, wenn Handelsvertreter nicht wie meist integriertes Hilfsorgan des Unternehmens, sondern für eine grössere Zahl von Unternehmen tätig und als unabhängige Zwischenperson selbständige Dienstleistungstätigkeit ausübt (EuGH 1.10.1987 Slg. 1987, 3821, 3828 - Vlaamse Reisbureaus; ebenso zum deutschen Kartellrecht BGH 25.9.1990 WuW/E 2668 - Touristik-Union). Zur Abgrenzung der Risiken Unternehmen – Handelsvertreter EuGH 14.12.2006 – C 217/05 EuZW 2007, 151 (CEPSA)

9. Technologietransfer-Vereinbarungen

Kurze Darstellung nicht möglich. Daher nur Vorschrift und Hinweis auf Schrifttum. Wegen der in der Regel sehr erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung und des Risikos der Nichtigkeit des Vertrages bei Verstoss gegen das EG-Kartellrecht dringende Empfehlung, jeweils den Rat eines im Kartellrecht erfahrenen Anwalts einzuholen

Verordnung Nr. 772/2004 der Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen (ABl. 2004 L 123 S. 11). Dazu Drexl GRUR Int. 2004, 716; Lubitz EuZW 2004, 652; Zöttl WRP 2005, 33

Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfervereinbarungen ABl. 2004 C 101 S. 2

10. Öffentliche und monopolartige Unternehmen Art. 86 (90)

Nach Art. 86 (90) Abs. 1 unterliegen auch öffentliche und monopolartige Unternehmen den Vorschriften des EG-Vertrages, insbesondere Art. 12 (6) und 81 (85) bis 89 (94). Art. 86 (90) Abs. 1 soll einmal verhindern, dass die MS die dort genannten Unternehmen als Instrumente zur Umgehung der an die MS gerichteten Verbote einsetzen, indem sie diese Unternehmen zu einem Verhalten veranlassen, das den MS selbst verboten ist, z.B. zu Verstößen gegen Art. 12 (6), 28 (30) oder 87 (92). Ferner soll Art. 86 (90) Abs. 1 gewährleisten, dass auch die dort genannten Unternehmen die Verbote der Art. 81, 82 (85, 86) einhalten und nicht auf Grund staatlicher Massnahmen gegen diese Verbote verstossen.

Art. 86 (90) Abs. 1 bringt aber keine neue materielle Verpflichtung der MS, sondern ist nur eine Konkretisierung der bereits bestehenden allgemeinen Verpflichtungen der MS aus den Verböten des Vertrages i.V. mit Art. 10 (5) hinsichtlich der Unternehmen, die zur öffentlichen Hand in einem besonderen Verhältnis stehen. Neben dieser ausdrücklichen Klarstellung der Pflichten der MS liegt die weitere Bedeutung des Art. 86 (90) Abs. 1 darin, in Verbindung mit Art. 86 (90) Abs. 3 der Kommission einen zusätzlichen Weg zur Abwehr vertragswidrigen Verhaltens der MS durch Erlass entsprechender Richtlinien zu eröffnen, der wirksamer ist als das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 (169).

Soweit die in Art. 86 (90) Abs. 1 genannten Unternehmen zugleich mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, schränkt Art. 86 (90) Abs. 2 die Pflichten der MS aus Art. 86 (90) Abs. 1 und der Unternehmen aus Art. 81, 82 (85, 86) ein.

Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind - diese Unternehmen sind mit den in Art. 86 (90) Abs. 1 genannten Unternehmen nur teilweise identisch - oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften des EG-Vertrages, insbesondere Kartellrecht und Vorschriften über Beihilfen, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert; Art. 86 (90) Abs. 2.

Ob und in welchem Masse der auf Wunsch Frankreichs durch den Amsterdam-Vertrag eingefügte Art. 16 die nach Art. 86 (90) Abs. 2 erforderliche Abwägung beeinflussen wird, bleibt abzuwarten. Dazu Mitteilung der Kommission über Leistungen der Daseinsvorsorge ABl. 2001 C 17 S. 4

Ein Unternehmen kann nur dann mit Dienstleistungen von allgemeinem öffentlichen Interesse betraut sein, wenn die Betrauung durch hoheitlichen Akt erfolgte (EuGH 27.3.1974 Slg. 1974, 313 Rn. 22 - BRT II; 11.4.1989 Slg. 1989, 2192 Rn. 55 - Saeed Flugreisen; 23.10.1997 Slg. 1997, 5815 Rn. 65 - Einfuhr-/Ausfuhrmonopol Strom und Gas Frankreich); nicht erforderlich durch Rechtsvorschrift, sondern auch durch öffentlichrechtliche Konzession (EuGH 27.4.1994 Slg. 1994, 1477 Rn. 47 - Almelo; 23.10.1997 vorstehend)

Ein MS verstösst durch Gewährung von Ausschliesslichkeitsrechten gegen Art. 86 (90) Abs. 1 und Art. 82 (86), wenn das betreffende Unternehmen durch die blosse Ausübung der ihm übertragenen Ausschliesslichkeitsrechte seine beherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt oder wenn durch dieses Recht eine Lage geschaffen werden konnte, in der dieses Unternehmen einen solchen Missbrauch begeht; EuGH 23.4.1991 Slg. 1991, 1979 Rn. 29 (Höfner); 18.6.1991 Slg. 1991, 2925 Rn. 37 (ERT); 10.12.1991 Slg. 1991, 5889 Rn. 17 (Porto di Genova); st.Rspr.

Auf Grund Art. 86 (90) Kommission u.a. erfolgreich eingeschritten gegen Behinderung privater Übermittlungsdienste durch die öffentlich-rechtliche Körperschaft British Telecommunications (WuW/E 973, bestätigt durch EuGH 20.3.1985 Slg. 1985, 880), gegen Behinderung privater Kurierdienste durch die Postverwaltung mehrerer MS (WuW/E EV 1524; ABl. 1990 L 233 S. 19),

die Ausdehnung des Postmonopols mehrerer MS auf bestimmte Endgeräte und das Grossabnehmern durch die niederländischen Stromerzeugungsunternehmen auferlegte Verbot der Einfuhr von Strom (16.1.1991 WuW/E EV 1596 - IJsselcentrale, bestätigt durch EuG 18.11.1992 Slg. 1992, 2417); die Verweigerung des Baus eines Fährschiffterminals für einen Mitbewerber des staatseigenen Unternehmens (ABl. 1994 L 55 S. 52); siehe auch EuGH 23.4.1991 Slg. 1991, 1979 (Bundesanstalt für Arbeit/Höfner); 10.12.1991 Slg. 1991, 5889 (Porto di Genova); 13.12.1991 Slg. 1991, 5941 (RTT/GB-INNO BM); 19.5.1993 Slg. 1993, 2533 (Eilkurierdienst Lüttich); 17.7.1997 Slg. 1997, 4449 (Hafenabgaben Danske Statsbaner); 11.12.1997 Slg. 1997, 7119 (Arbeitsvermittlung Italien; Job Centre); 12.2.1998 Slg. 1998, 533 (Hafen La Spezia; Raso)

Aufgrund Art. 86 (90) Abs. 3 hat die Kommission den Telekommunikationssektor durch Richtlinien für den Wettbewerb geöffnet; siehe oben III B 1

11. Wettbewerbsbeschränkungen mit Unterstützung durch öffentlich-rechtliche Vorschriften

MS dürfen aufgrund von Art. 81 (85) i.V. mit Art. 10 (5) keine Massnahmen, auch nicht in Form von Gesetzen oder Verordnungen, treffen oder beibehalten, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten. Ein solcher Fall dann gegeben, wenn ein MS gegen Art. 81 (85) verstossende Kartellabsprachen vorschreibt, erleichtert oder deren Auswirkungen verstärkt oder wenn er der eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt (EuGH 21.9.1988 Slg. 1988, 4769, 4786 - Van Eycke; 17.11.1993 Slg. 1993, 5801 Gebr. Reiff.); st. Rspr. zuletzt EuGH 19.2.2002 Slg. 2002, 1529 (Gebührenordnung Rechtsanwälte Italien)

Daher Wettbewerbsbeschränkungen auch dann nach Art. 81 (85) Abs. 1 unzulässig, wenn von Unternehmen aufgrund oder mit Unterstützung durch öffentlich-rechtliche Vorschriften vereinbart, z.B. Vereinbarungen zwischen Winzer- und Händlerverbänden über Mindestpreise und eine Abgabe bei Überschreiten einer Produktionsquote im Rahmen einer durch öffentliches Recht geschaffenen Marktorganisation für Cognac (EuGH 30.1.1985 Slg. 1985, 402 BNIC; 3.12.1987 Slg. 1987, 4808 - BNIC II.);

weitere Fälle eines Verstosses gegen Art. 81 (85) i.V. mit Art. 10 (5) Genehmigung oder Verbindlich-Erklärung von nach Art. 81 (85) unzulässigen Flugtarifen (EuGH 30.4.1986 Slg. 1986, 1457 - Asjes), Einstufung zulässiger Preisnachlässe durch Reisebüros als unlauterer Wettbewerb (EuGH 1.10.1987 Slg. 1987, 3821 - Vlaamse Reisbureaus); 25.6.1998 Slg. 1998, 4975 (Chemische Abfallstoffen); 18.6.1998 Slg. 1998, 3851 (Tarife Zollspediteure Italien); 9.9.2003 Slg. 2003, 8055 (Zündholzmonopol Italien); diskriminierende Festsetzung von Flughafengebühren durch Gesetz (EG-Kommission 28.6.1995 ABl. 1995 L 216 S. 8 - Flughafengebühren Brüssel); EuG 16.9.1998 Slg. 1998, 3645 (Remailing; IECC); siehe aber EUGH 10.2.2000 Slg. 2000, 825 = WuW/E EUR-R 275

12. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Siehe dazu oben V B

VIII Verfahrensfragen

Durch den Übergang vom Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu Art. 81 (85) Abs. 3 als Legalausnahme sind das bisherige Freistellungsverfahren und die Sonderformen der Entscheidung Freistellung durch Nichtwiderspruch und durch Verwaltungsschreiben (comfort letter) ganz entfallen, das Negativattest weitgehend. Ausführungen zu diesen Verfahrensarten unterbleiben daher.

A Verstossverfahren

Die Verstossverfahren werden wahrscheinlich zunehmen, denn die Unternehmen müssen jetzt

selbst entscheiden, ob ihre Vereinbarungen unter die Legalausnahme des Art. 81 (85) Abs. 3 fallen. In Zweifelsfällen werden die Unternehmen es daher auf ein Verstossverfahren ankommen lassen, um die Zulässigkeit ihrer Vereinbarungen zu klären. Die Kommission und die nationalen Kartellbehörden werden in der Regel in solchen Fällen nur das Beenden der Zuwiderhandlung anordnen, aber kein Bussgeld verhängen.

Damit die Kommission sich auf die Verfolgung schwerwiegender Wettbewerbsbeschränkungen und auf die Zusammenschlusskontrolle konzentrieren kann, soll die Verfolgung von weniger schwerwiegenden Verstössen gegen die Verbote des Art. 81 (85) und 82 (86) künftig von den nationalen Kartellbehörden übernommen werden. Sie haben dazu durch Art. 5 VO Nr. 1/2003 die Zuständigkeit und die Befugnis zu Entscheidungen wie die Kommission erhalten, insbesondere die Abstellung von Zuwiderhandlungen anzuordnen und Geldbussen und Zwangsgelder zu verhängen. Die MS haben nach Art. 35 VO Nr. 1/2003 die zuständigen Wettbewerbsbehörden zu bestimmen und die weiteren notwendigen Vorschriften über das Verfahren und die Ermittlungsbefugnisse der nationalen Wettbewerbsbehörden zu erlassen.

In Deutschland ist nach § 50 GWB Abs. 5 die zuständige Behörde das Bundeskartellamt. Zur Erfüllung dieser Aufgaben hat es die Befugnisse, die ihm bei der Anwendung des GWB zustehen. Für das Verfahren gelten die Vorschriften des GWB.

Wegen nur geringer Bedeutung für TU-Studenten nur Hinweis auf die entsprechende Verordnung der Kommission; keine weiteren Ausführungen

Verordnung Nr. 773/2004 der Kommission vom 7.4.2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission (ABl. 2004 L 123 S. 18)

B Sonderformen der Entscheidung

Keine Ausführungen, da für TU-Studenten nicht wichtig

C Ermittlungsbefugnisse der Kommission

Zur Erfüllung ihrer Aufgabe hat die Kommission weitgehende Auskunfts- und Nachprüfungsrechte. Für TU-Studenten keine Ausführungen, sondern nur Hinweis auf die Vorschriften

Auskunftsrecht nach Art. 18 VO Nr. 1/2003; Sanktionen: Bei Verstoss Geldbussen Art. 23 Abs. 1 a) und b); Zwangsgeld Art. 24 VO

Im Bereich der Fusionskontrolle Auskunftsrecht nach Art. 11 VO Nr. 139/2004; Sanktionen: Bei Verstoss Geldbussen Art. 14 Abs. 1 b) und c); Zwangsgeld Art. 15 Abs. 1 VO

Nachprüfungen nach Art. 20, 21 VO Nr. 1/2003; Sanktionen: Geldbussen Art. 23 Abs. 1 c); Zwangsgeld Art. 24 Abs. 1 c) VO

Im Bereich der Zusammenschlusskontrolle Nachprüfungsrecht nach Art. 13 VO Nr. 139/2004; Sanktionen: Geldbussen Art. 14 Abs. 1 d); Zwangsgeld Art. 15 Abs. 1 b) VO

IX Folgerungen für die Praxis der Unternehmen

A Unternehmen, die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen oder Zusammenschlüsse beabsichtigen

Unternehmen, die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen bzw. Verhaltensweisen oder Zusammenschlüsse beabsichtigen, müssen die Verbote der Art. 81 (85) und 82 (86) sowie die VO Nr. 139/2004 beachten. Anderenfalls gehen sie sehr hohe Risiken ein. Jetzt noch erheblich höheres Risiko dadurch, dass ein Kartellmitglied, das „aussteigen“ möchte, die Kommission über das Kartell informiert, um in den Genuss der Kronzeugenregelung zu kommen.

Bei Verstoss gegen Art. 81 (85) und 82 (86) drohen hohe Geldbussen und zivilrechtliche Schadensersatzansprüche der durch die wettbewerbsbeschränkenden Absprachen oder das

missbräuchliche Verhalten geschädigten Dritten (siehe IV C 2).

Vereinbarungen, die unter das Verbot des Art. 81 (85) Abs. 1 fallen und nicht durch die Legalausnahme des Art. 81 (85) Abs. 3 gedeckt sind, sind nichtig und zivilrechtlich nicht durchsetzbar (siehe IV C 2). Dieses Risiko besonders hoch bei Lizenzverträgen. Daher zweckmässig, in Zweifelsfällen den Rat eines im Kartellrecht erfahrenen Anwalts einzuholen

Beabsichtigte Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung (siehe VI B) unterliegen der Anmeldepflicht und einem Vollzugsverbot bis zur Entscheidung der Kommission; bei Verstoß Geldbusse. Die Wirksamkeit der unter Missachtung des Vollzugsverbotes abgeschlossenen Rechtsgeschäfte hängt ab von der Abschlussentscheidung der Kommission (siehe VI D).

B Unternehmen, die von Wettbewerbsbeschränkungen oder Zusammenschlüssen betroffen sind

Art. 81, 82 (85, 86) und die VO Nr. 139/2004 sind ein wirksames Instrument für Unternehmen, um sich gegen Nachteile durch Wettbewerbsbeschränkungen der anderen Marktseite, gegen den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Lieferanten oder Abnehmer, Behinderungswettbewerb eines marktbeherrschenden Mitbewerbers oder Verweigerung der Mitbenutzung von essential facilities sowie gegen Zusammenschlüsse zu wehren, die zu einer beherrschenden Stellung führen oder sie verstärken.

Betroffene Unternehmen können

- a) bei der Kommission oder der nationalen Wettbewerbsbehörde eine Beschwerde einreichen.
Die Kommission wird aber nur in Fällen von erheblicher politischer, wirtschaftlicher oder rechtlicher Bedeutung ein Verfahren einleiten, in anderen Fällen den Beschwerdeführer an die nationale Wettbewerbsbehörde oder auf den Rechtsschutz durch die nationalen Gerichte verweisen
Beschwerden werden auf Wunsch vertraulich behandelt
Gegen den Einstellungsbescheid ist Nichtigkeitsklage möglich
- b) im Verfahren der Prüfung von Zusammenschlüssen nach VO Nr. 139/2004 nach Bekanntmachung der Anmeldung gem. Art. 4 Abs. 3 Einwendungen erheben und ihre Anhörung verlangen. Gegen Entscheidungen der Kommission nach Art. 6 Abs. 1a und b sowie nach Art. 8 Abs. 2 (Zusammenschluss fällt nicht unter VO Nr. 1/2003 oder ist mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar) können durch den Zusammenschluss betroffene Mitbewerber Nichtigkeitsklage erheben
- c) für die ihnen durch die Wettbewerbsbeschränkung oder das missbräuchliche Verhalten entstandenen und noch entstehenden Nachteile Schadensersatz und Unterlassung verlangen
- d) soweit sie Vertragspartner eines unter Art. 81 (85) Abs. 1, aber nicht unter die Legalausnahme des Art. 81 (85) Abs. 3 fallenden Vertrages sind, die weitere Erfüllung des Vertrages verweigern und die Nichtigkeit des Vertrages vor den nationalen Gerichten geltend machen

Nach Art. 15 Abs. 1 VO Nr. 1/2003 können die nationalen Gerichte im Rahmen von Verfahren, in denen Art. 81 (85) oder 82 (86) zur Anwendung kommen, die Kommission um die Übermittlung von Informationen in ihrem Besitz oder um Stellungnahmen zu Fragen bitte, die die Anwendung der Wettbewerbsregeln betreffen

Zusammenfassung

I. Einführung

Im EG-Vertrag als Grundsatzentscheidung für die Wirtschaftspolitik eine offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb (Art. 4 Abs. 2), gesteuert über den Preis. Damit Preis seine Funktion als Knappheitsbarometer erfüllen kann, Errichtung eines Systems, das Wettbewerb gegen Verfälschung schützt (Art. 3 g)

Art. 81, 82 zugleich Sicherung der vier Grundfreiheiten; kein Ersatz der abgebauten staatlichen durch private Vereinbarungen

Marktwirtschaft der staatlichen Planwirtschaft nicht nur ökonomisch, sondern auch gesellschaftlich überlegen; volle Freiheit der Bürger bei wirtschaftlicher Betätigung, Wahl des Arbeitsplatzes und der Konsumwahl; Lösung des Verteilungsproblems für Waren und Dienstleistungen nicht durch die Bürokratie, sondern über den Markt; Anteil des Einzelnen daran entsprechend seinem Beitrag dazu, über dessen Wert nicht ein Bürokrat, sondern die anderen Bürger entscheiden; Grösse des Anteils zu beeinflussen durch eigene Leistungen

Schutzgut des EG-Kartellrechts der wirksame Wettbewerb zur Sicherung der Funktion des Preises als Knappheitsbarometer. Im deutschen GWB gleichberechtigtes Schutzgut die Handlungsfreiheit der Einzelnen. Frage des Schutzgutes wichtig für Auslegung der Vorschriften, Anwendung der Verbote oder Freistellung

II. Anwendungsbereich des EG-Kartellrechts; Verhältnis zum nationalen Recht

Voraussetzung für Anwendung der Art. 81, 82 Eignung, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen

Wegen Vorrangs des EG-Kartellrechts vor dem nationalen Recht und Pflicht der nationalen Wettbewerbsbehörden, bei Anwendung des nationalen Rechts zugleich Art. 81, 82 anzuwenden, verbleibt als Anwendungsbereich für das nationale Recht nur der durch Art. 81, 82 nicht erfasste Bereich. Daher stets zuerst prüfen Eignung, den Handel zwischen MS zu beeinträchtigen

Sehr weite Auslegung der Voraussetzung durch EuGH; zu verneinen und damit keine Anwendung des EG-Rechts bei fehlender Spürbarkeit. Keine volle Übereinstimmung zwischen Gerichtshof und Kommission hinsichtlich Kriterien für fehlende Spürbarkeit; siehe II C

Kurzformel für die Praxis:

Wenn eine spürbare Eignung vorliegt, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, genügt in der Regel eine Prüfung nach Art. 81 und 82 zunächst durch die Unternehmen, dann durch die Kommission bzw. die nationalen Kartellbehörden oder die nationalen Gerichte

Räumlicher Anwendungsbereich des EG-Kartellrechts durch EWR-Vertrag erweitert auf Norwegen, Island, Liechtenstein.

EG-Recht auch anwendbar auf von Unternehmen in dritten Ländern vereinbarte Wettbewerbsbeschränkungen und Zusammenschlüsse, die sich innerhalb der EG auswirken; Territorialitätsprinzip, so im Kartellrecht aller Länder

III. Übersicht über das EG-Kartellrecht; sachlicher Anwendungsbereich

Leitnormen:

Art. 81 – Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen; zunächst Verbot mit Erlaubnisvorbehalt durch Kommission, seit 1.5.2004 Art. 81 Abs. 3 als Legalausnahme

Art. 82 – Verbot des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung

Seit 1989 auch als „zweites Bein“ Zusammenschlusskontrolle

Sachlicher Anwendungsbereich inzwischen auf alle Bereiche der Wirtschaft erstreckt

Der weite Verbotsbereich des Art. 81 Abs. 1 führte zu einem Massenproblem. Zunächst gelöst durch Gruppenfreistellung vom Verbot. Nach Übergang vom Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu Art. 81 Abs. 3 als Legalausnahme als neue Funktion der Gruppenfreistellungen verbindliche Leitlinie für die Anwendung der Legalausnahme durch nationale Wettbewerbsbehörden und Gerichte, Orientierung für die Unternehmen

Zu Art. 81

Zu den Tatbestandselementen des Verbotes Art. 81 Abs. 1, der Legalausnahme durch Art. 81 Abs. 3 und zu den Rechtsfolgen eines Verstosses siehe Skript IV A, B, C 2

Zu Art. 82

Siehe Skript V. Besonders wichtig Ermittlung des massgebenden Marktes, da in allen Bereichen des Art. 81, 82 und für die Zusammenschlusskontrolle erforderlich. Abgrenzung des massgebenden Marktes sehr häufiger Streitpunkt zwischen Wettbewerbsbehörden und Unternehmen

IV. Zusammenschlusskontrolle

Aufgabe der Zusammenschlusskontrolle Schutz des wirksamen Wettbewerbs gegen dessen Beeinträchtigung durch Zusammenschlüsse

Nur für Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung, d.h. weltweiter Gesamtumsatz der beteiligten Unternehmen von mehr als 5 Milliarden Euro und gemeinschaftsweiter Umsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von jeweils mehr als 250 Euro

Zusammenschluss i.S. Art. 3 VO Nr. 139/2004 Fusion bisher von einander unabhängiger Unternehmen, Erwerb der Kontrolle über anderes Unternehmen oder Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt

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

Wegen Schwierigkeit, vollzogene Zusammenschlüsse wieder zu entflechten, Vorabkontrolle durch Pflicht zur Anmeldung. Zunächst Vorprüfungsverfahren innerhalb 25 bzw. 35 Arbeitstagen; wenn keine ernsthaften Bedenken, Freigabe; anderenfalls Eröffnung des Hauptprüfverfahrens; Entscheidung innerhalb 90 bzw. 105 Arbeitstagen

Zu den Möglichkeiten von Mitbewerbern und der beteiligten Unternehmen bei Ablehnung siehe Skript V D letzter Abs.

V. Entscheidungspraxis des Gerichtshofs und der Kommission

A Leitlinien

1. Sicherung der Einheit des Gemeinsamen Marktes
2. Schutz des wirksamen Wettbewerbs gegen Beschränkungen, aber Freistellung leistungssteigerender Vereinbarungen, wenn und soweit sie mit dem Schutz des wirksamen Wettbewerbs vereinbar sind

Zur Leitlinie Sicherung der Einheit des Gemeinsamen Marktes siehe Skript VII A 1

Zu den Schwierigkeiten und Lösungswegen zur Abgrenzung des Bereichs schützenswerten Wettbewerbs siehe Skript VII A 2

Zum Schutz der Marktteilnehmer vor Missbrauch wirtschaftlicher Macht siehe Skript VII A 3

B Ausgewählte einzelne Wettbewerbsbeschränkungen

Absprachen über Preise, Quoten, Absatzgebiete, Kunden fallen unter Verbot Art. 81 Abs. 1, wenn „spürbar“ (siehe II C); keine Aussicht auf Freistellung

Gruppen von vertikalen Vereinbarungen

Die Gruppenfreistellungen für Alleinvertriebsverträge, Alleinbezugsverträge und Franchisevereinbarungen sowie die Entscheidungspraxis zum selektiven Vertrieb jetzt weitgehend umfassend geregelt durch VO Nr. 2790/1999 (siehe III D) – sog. Schirm-VO

Freistellung durch Schirm-VO nur, wenn Anteil des Lieferanten oder Käufers am relevanten Markt 30 % nicht überschreitet

Unzulässige Klauseln in diesen Verträgen, deren Kenntnis von den Studenten zu erwarten:

Klauseln zur Abschottung der nationalen Märkte durch Exportverbote, Verbot der Quertlieferung an autorisierte Händler in anderen MS, Verbot des passiven Wettbewerbs (Abnehmer aus anderem MS wendet sich von sich aus an Händler), verbindliche Festsetzung der Abgabepreise; zulässig Verbot des sog. aktiven Wettbewerbs in Verkaufsgebieten anderer Händler in Alleinvertriebs- und Franchiseverträgen

Bei selektivem Vertrieb unzulässig ferner Auswahl der Händler nach quantitativen Kriterien oder Lieferverweigerung gegenüber Händlern, die die qualitativen Kriterien erfüllen, wegen ihrer Unternehmensform (Warenhaus, SB-Markt) oder ihrer Niedrigpreisstrategie, Beschränkung des Vertriebs der Erzeugnisse von Mitbewerbern. Hersteller kann aber durch Erfordernis sachlich gerechtfertigter qualitativer Kriterien in begrenztem Umfang Einfluss auf Zahl und Art der Händler nehmen

Weitere Kenntnisse zu den vertikalen Vereinbarungen und den anderen Vertragstypen werden von TU-Studenten nicht erwartet; Skript dient nur der Information im Bedarfsfalle

Ebenso für die Verfahrensfragen ausser Kenntnis, dass der Kommission und den nationalen Kartellbehörden weitgehende Auskunfts- und Nachprüfungsrechte zustehen, die gegebenenfalls mit Geldbussen und Zwangsgeldern durchsetzbar sind

VI. Folgerungen für die Praxis der Unternehmen

Siehe Skript; Kenntnis wird erwartet