

Europäisches und deutsches Kartellrecht II (Missbrauchsverbot und Fusionskontrolle)

(Stand: September 2025)

Sommersemester 2024

Donnerstags, 14 - 16 Uhr, Hörsaal IV der Alten Universität (Domerschulstraße 16)

Inhalt

A. Einführung und Überblick in das Missbrauchsverbot	5
I. Überblick	7
1. Schutzzweck.....	8
2. Drei Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 102 AEUV	8
3. Marktabgrenzung und Marktbeherrschung als Zentralbegriffe des Kartellrechts..	8
4. Kein allgemeines Monopolisierungsverbot	9
5. Generalklauselartiger Charakter des Missbrauchsverbots.....	10
6. Normadressaten	10
7. Verhältnis zwischen Unions- und mitgliedersstaatlichem Missbrauchsverbot.....	10
8. Prüfungsschema zu Art. 102 AEUV und § 19 GWB (Missbrauchsverbot) im Überblick	10
9. Kausalverhältnis zwischen Marktmacht und Missbrauch	12
II. Abgrenzung des relevanten Marktes.....	13
1. Sachlich relevanter Markt.....	14
2. Räumlich relevanter Markt	18
3. Sekundärmärkte im Besonderen	19
III. Marktbeherrschende Stellung.....	24
1. Bedeutung der Marktanteile.....	25
2. Sonstige Faktoren.....	25
3. Kollektive Marktbeherrschung im Oligopol.....	27
4. § 19a GWB (präventive Missbrauchskontrolle).....	28
5. Digital Markets Act (Gesetz über digitale Märkte).....	28
6. Marktbeherrschende Stellung digitaler Plattformen insbesondere.....	28
B. Das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen, Art. 102 AEUV und §§ 18 - 21 GWB	33
IV. Missbräuchliche Verhaltensweise	33
1. Ausbeutungsmissbrauch und weitere Regelbeispiele des Art. 102 Abs. 2 AEUV .	33

2. Nichtpreisbezogener Behinderungsmissbrauch.....	39
3. Preisbezogene Behinderungsmissbräuche	54
4. Strukturmissbrauch	81
V. Missbrauchsaufsicht über Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht (§ 20 GWB)	87
1. Verbot der Behinderung und Diskriminierung durch marktstarke Unternehmen (syn.: „Unternehmen mit relativer Marktmacht“), § 20 Abs. 1 GWB	87
2. Veranlassung zur Gewährung von Vorzugsbedingungen, sog. Anzapfverbot (§ 20 Abs. 2 i.V.m. § 19 II Nr. 5 GWB).....	89
3. Mittelstandsbehinderung (§ 20 Abs. 3 und 4 GWB)	90
4. Verweigerung der Aufnahme in Wirtschafts- und Berufsvereinigungen (§ 20 Abs. 5 GWB)	91
5. Boykottverbot, Verbot sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens (§ 21 GWB).....	91
VI. Kartellrechtsnahe Regulierung von digitalen Gatekeepern.....	92
1. Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung (§ 19a GWB) 92	
2. Digital Markets Act (In Kraft getreten am: 1. November 2022).....	96
C. Die Zusammenschlusskontrolle.....	97
I. Überblick	97
II. Zusammenschluss (Art. 3 FKVO)	98
1. „Fusion“ (Verschmelzung), Art. 3 I lit. a FKVO	98
2. Kontrollerwerb, Art. 3 I lit. b FKVO	99
3. Wettbewerblich erheblicher Einfluss, § 37 I Nr. 4 GWB	101
4. Interlocking directorships (Personelle Verflechtungen).....	102
III. Wettbewerblich bedeutsame Zusammenschlüsse – Schwellenwerte	102
1. Gemeinschaftsweite Bedeutung (Art. 1 Abs. 2, Abs. 3 FKVO).....	103
2. Schwellenwerte der deutschen Fusionskontrolle	107

IV. Verbotsvoraussetzungen (Art. 2 Abs. 3 FKVO) - Marktbeherrschungstest versus SLC-Test.....	109
1. Überblick: Theoretische Konzeption.....	109
2. Marktbeherrschungstest (§ 36 Abs. 1 GWB 2005).....	110
3. SLC - Substantial Lessening of Competition (USA, Sec. 7 Clayton Act).....	110
4. SIEC - Significant Impediment to Effective Competition (Art. 2 Abs. 3 FKVO 139/2004)	111
5. Schadenstheorien.....	112
6. Der Babyfood-Fall als Beispiel	112
7. Unilaterale versus koordinierte Effekte	112
8. Wettbewerbliche Auswirkungen von Fusionen nach Fallgruppen	114
V. Verfahren der Fusionskontrolle	117
1. Anmeldeerfordernis und Vollzugsverbot	117
2. Vor- und Hauptprüfverfahren	118
3. Abhilfemaßnahmen	120
4. Rechtsschutz im Verfahren vor der Kartellbehörde.....	122
5. Gerichtlicher Rechtsschutz.....	122
VI. Besonderheiten der deutschen formellen und materiellen Fusionskontrolle	122
1. Abwägungsklausel (§ 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB)	122
2. Bagatellmarktklausel (§ 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GWB)	124
3. Pressesanktionsklausel, § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GWB.....	125
4. Ministererlaubnis (§ 42 GWB)	125

A. Einführung und Überblick in das Missbrauchsverbot

(Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Auflage 2016, S. 197 ff.; 637 ff.; Pries, in Lange/Pries, Einführung in das europäische und deutsche Kartellrecht, 2011, S. 98ff.; Fuchs/Möschel, in Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV; Eilmansberger/Bien, in MünchKomm, EuWettbR, Art. 102 AEUV; Fuchs, in Immenga/Mestmäcker, § 19 GWB; Bulst, in Langen/Bunte, Art. 102 AEUV)

Rechtsquellen – Wichtige wettbewerbsrechtliche Vorschriften

	Kartellverbot	Missbrauchsverbot	Fusionskontrolle
Materielles Recht	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 101 AEUV • Gruppenfreistellungsverordnungen: <ul style="list-style-type: none"> - Vertikal-GVO - Spezialisierungs-GVO - F&E-GVO - Technologietransfer-GVO • Leitlinien vertikale Beschränkungen • Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EGV • §§ 1, 2 GWB 	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 102 AEUV • Prioritätenmitteilung • Gesetz über digitale Märkte (DMA – Digital Markets Act) • Bekanntmachung relevanter Markt • §§ 18 – 21 GWB 	<ul style="list-style-type: none"> • FKVO (VO 139/2004) • LL horizontale und nicht-horizontale Zusammenschlüsse • Bekanntmachung Nebenabreden • §§ 35 – 43a GWB
Verfahrensrecht	<ul style="list-style-type: none"> • KartellverfahrensVO (VO 1/2003) • ECN+-Richtlinie (RiLi 2019/1/EU) • §§ 32 ff., 48 ff., 54 ff., 63 ff. GWB 		<ul style="list-style-type: none"> • FKVO • Mitteilung Abhilfemaßnahmen • §§ 39 - 42 GWB, §§ 54 ff. GWB
Bußgeldrecht	<ul style="list-style-type: none"> • insb. Art. 23 VO 1/2003 • Bußgeldleitlinien • Grundrechtecharta • §§ 81 – 86a GWB • Bußgeldleitlinien • Bekanntmachung Bonusregelung • OWiG, StPO 		<ul style="list-style-type: none"> • insb. Art. 14 FKVO • §§ 81 – 86a GWB
Privatrecht	<ul style="list-style-type: none"> • Kartellschadensersatz-RiLi 2014/104 • Mitteilung Schadensschätzung • §§ 33 – 34a, 87 ff. GWB 		

Die drei Säulen des Kartellrechts

1. Kartellverbot: Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB)

2. Missbrauchsverbot: Verbot missbräuchlicher einseitiger Verhaltensweisen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen (Art. 102 AEUV bzw. §§ 19-21 GWB)

3. Präventive Strukturkontrolle: Fusionskontrolle, VO Nr. 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („FKVO“ - „Fusionskontrollverordnung“ bzw. §§ 35 ff. GWB)

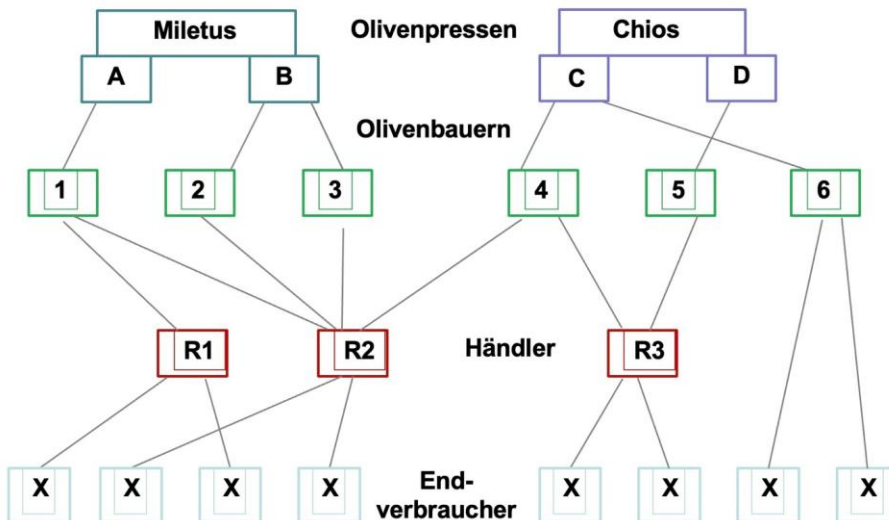
Seit 2023 vierte Säule: Verstoßunabhängige Abhilfemaßnahmen (§ 32f GWB 2023)

Beispiel

Aristoteles über Thales von Milet (6./7. Jh. V. Chr.)

„Man hielt ihm [...] aufgrund seiner Armut vor, dass die Philosophie eine nutzlose Beschäftigung sei. Da er nun infolge seiner Sternbeobachtung erkannt hatte, dass es eine reiche Olivenernte geben werde, soll er noch im Winter [...] für alle Ölpresen in Milet und Chios Anzahlungen hinterlegt und sie, da niemand dagegenhielt, für einen geringen Betrag gemietet haben. Als aber der rechte Augenblick gekommen war, und gleichzeitig und plötzlich ein hoher Bedarf an Ölpresen entstand, habe er sie zu seinen Bedingungen vermietet und viel Geld dabei gemacht. Er habe damit bewiesen, dass es für Philosophen leicht sei, reich zu werden, wenn sie nur wollten, es jedoch dies nicht sei, wonach sie strebten.“

Aristoteles: Politik 1259a



Marktstufen:

- Vorgelagerter Markt: Olivenpressen
- Nachgelagerter Markt: Händler, Endverbraucher

Vertriebsmodelle:

- Direktvertrieb: Olivenbauer Nr. 6
- Selbstständiger Händler: R1-3

Marktabgrenzung:

- Sachlich: Markt für Olivenpressen; Markt für Getreidemühlen
- Räumlich: Miletus; Chios

Vertikale Integration: Olivenbauer Nr. 6 ist sowohl als Olivenbauer als auch als Händler tätig (auf verschiedenen Marktstufen der Wertschöpfungskette)

Kartellverbot: Verbot von Vereinbarungen, Beschlüssen und abgestimmten Verhaltensweisen zwischen A und B bzw. C und D

Missbrauchsverbot: Verbot des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung von A, B (Miletus), C oder D (Chios)

Fusionskontrolle: Kontrolle einer Fusion zwischen A und B bzw. C und D (hier: horizontale Fusion)

- **Horizontale Fusion:** Zusammenschluss von Unternehmen, die auf derselben Wertschöpfungsstufe tätig sind (hier: z.B. A und B)
- **Vertikale Fusion:** Zusammenschluss von Unternehmen, die auf verschiedenen Wertschöpfungsstufen tätig sind (hier z.B. A/B und 1)
- **Konglomerate Fusion:** Zusammenschluss von Unternehmen, der weder vertikal noch horizontal ist

1. Überblick

1. Schutzzweck

Referenzsystem ist der freie Wettbewerb:

a) Angehörige der vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen

Schutz ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit vor der Machtausübung der marktbeherrschenden Unternehmen (Ausbeutungsmisbrauch).

b) Tatsächliche Angehörige der gleichen Wirtschaftsstufe

Schutz ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit vor Behinderungen im Wettbewerb (Behinderungsmisbrauch).

c) Potentielle Angehörige der gleichen Wirtschaftsstufe

Schutz vor Zugangsbeschränkungen zum Markt (Behinderungsmisbrauch).

d) Marktbeteiligte auf Drittmärkten

Schutz vor dem missbräuchlichen Einsatz wirtschaftlicher Macht seitens marktbeherrschender Unternehmen auf Drittmärkten (Behinderungsmisbrauch).

2. Drei Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 102 AEUV

- Marktbeherrschende Stellung („beherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben“),
- Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung und
- Eignung dieses Missbrauchs, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen (nur im Unionsrecht von Bedeutung).

3. Marktabgrenzung und Marktbeherrschung als Zentralbegriffe des Kartellrechts

a) Marktbeherrschung als Tatbestandsmerkmal

Die Marktbeherrschung ist Tatbestandsmerkmal sowohl des Missbrauchsverbots (Art. 102 AEUV bzw. §§ 19, 20 GWB) als auch zentrales materielles Untersagungskriterium in der Fusionskontrolle (Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO Nr. 139/2004 bzw. § 36 Abs. 1 GWB¹).

¹ Dazu näher unten B.

b) Feststellung der Marktbeherrschung in zwei Schritten:

- (1) Abgrenzung des relevanten Marktes.²
- (2) Feststellung der beherrschenden Stellung, insbesondere durch Messung des Monopolgrades (in erster Linie Marktanteil sowie weitere Faktoren, siehe Katalog in § 18 Abs. 3 und 3a GWB).³

c) Weitergehende Bedeutung der Marktabgrenzung

Die Marktabgrenzung ist darüber hinaus auch im Rahmen von Art. 101 AEUV (→ Kartellrecht I) von Bedeutung, z. B.

- für Unterscheidung zwischen vertikalen und horizontalen Vereinbarungen
→ Anwendung der Vertikal-GVO
- Prüfung der Marktanteilsschwellen in Art. 3 der Vertikal-GVO
- Marktanteilsschwellen der de minimis-Bekanntmachung der Kommission („Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung“)
- Marktanteilsschwellen gemäß den Leitlinien der Kommission zum Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels⁴ (sog. NAAT-Regel, Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels)

4. Kein allgemeines Monopolisierungsverbot

Während Sec. 2 Sherman Act von 1890 ein allgemeines Verbot der (auch nur versuchten) Monopolisierung⁵ enthält (zurückhaltende Anwendung in der Praxis), richtet sich das EU-Wettbewerbsrecht nicht gegen die marktbeherrschende Stellung als solche. Das gilt selbst dann, wenn sie mit wettbewerbswidrigen Mitteln erlangt wurde. Art. 102 AEUV und §§ 19, 20, 21 GWB verbietet allerdings bestimmte wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen. Seit November 2023 enthält das deutsche Kartellrecht mit § 32f GWB ein neues Entflechtungsinstrument, das keinen Missbrauch voraussetzt.

„DIE FESTSTELLUNG, DASS EINE MARKTBEHERRSCHENDE STELLUNG GEGEBEN IST, BEINHALTET FÜR SICH ALLEIN KEINEN VORWURF GEGENÜBER DEM BETREFFENDEN UNTERNEHMEN, SONDERN BEDEU-

² Näher unten II.

³ Näher unten III.

⁴ Amtsblatt C 101 vom 27.4.2004.

⁵ Dazu ausf. *Wurmnest*, *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch*, 2. Auflage 2012, S. 21 ff.

*TET NUR, DASS DIESES UNABHÄNGIG VON DEN URSACHEN DIESER STELLUNG EINE BESONDERE VERANTWORTUNG DAFÜR TRÄGT, DASS ES DURCH SEIN VERHALTEN EINEN WIRKSAMEN UND UNVERFÄLSCHTEN WETTBEWERB AUF DEM GEMEINSAMEN MARKT NICHT BEEINTRÄCHTIGT.*⁶

5. Generalklauselartiger Charakter des Missbrauchsverbots

Art. 102 AEUV sowie § 19 GWB sind Generalklauseln mit nicht abschließendem Katalog denkbarer missbräuchlicher Verhaltensweisen.

6. Normadressaten

Unternehmen (→ näher Kartellrecht I), die alleine oder zusammen mit anderen marktbeherrschend sind (Einzelmarktbeherrschung bzw. kollektive Marktbeherrschung).

7. Verhältnis zwischen Unions- und mitgliedstaatlichem Missbrauchsverbot

Was gilt, wenn die Verhaltensweise auch den zwischenstaatlichen Handel berührt? (Beachte: weites Verständnis durch EuGH)

Mitgliedstaaten sind befugt, in ihrem Hoheitsgebiet strengere Missbrauchsverbote zu erlassen (Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003, vgl. auch § 22 Abs. 3 S. 3 GWB). Das deutsche GWB enthält in §§ 19, 19a, 20 (insbesondere Abs. 2 und 4) und 21 GWB strengere Vorschriften betreffend einseitige missbräuchliche Verhaltensweisen. Daher sind in der Praxis und der Klausur neben Art. 102 AEUV stets parallel §§ 19, 20 GWB zu prüfen, soweit sich die zu beurteilende Verhaltensweise in Deutschland auswirkt.

8. Prüfungsschema zu Art. 102 AEUV und § 19 GWB (Missbrauchsverbot) im Überblick

a) Tatbestand

(1) Unternehmen (funktionaler Unternehmensbegriff, vgl. Art. 101 AEUV)

(2) Marktbeherrschung (näher erläutert in § 18 Abs. 1, außerdem Abs. 3 und 3a GWB)

(a) Marktabgrenzung

⁶ EuGH, Urt. v. 9.11.1983 – Rs. 322/81 - *Michelin I*, Rn. 57.

(b) Beherrschende Stellung (Vermutungstatbestände in § 18 Abs. 4 und 6 GWB; beachte § 18 Abs. 7 GWB)

(3) Missbrauch, v. a. Regelbeispiele des Art. 102 Abs. 2 AEUV:

(a) Ausbeutungsmissbrauch (Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV bzw. § 19 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 5):

- § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB: „Ausplünderung“ der Marktgegenseite, insbesondere durch überhöhte Preise

- § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB: Ausbeutungsmissbrauch durch marktmächtige Nachfrager, insbes. große Handels-Abnehmer („Anzapfverbot“ oder „Verbot der passiven Diskriminierung“, erzwungen vom Nachfrager), Einordnung als Variante des Ausbeutungsmissbrauchs streitig (so BGH im Verfahren „Hochzeitsrabatte“; anders *Bechtold*: Schutz der Wettbewerber des marktstarken Nachfragers vor Benachteiligung, nicht der Marktgegenseite)

(b) Einschränkung der Erzeugung und des Absatzes (Art. 102 S. 2 lit. b AEUV, vgl. § 19 Abs. 2 Nr. 1: Behinderungsmissbrauch, außerdem § 20 GWB):

- Ausschließlichkeitsbindungen

- Lieferverweigerung

- essential-facilities-Doktrin (ausdrücklich in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB normiert)

(c) Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV bzw. § 19 Abs. 2 Nr. 3: Preis- und Konditionenspaltung; außerdem § 20 GWB)

(d) Koppelungsgeschäfte (Art. 102 Abs. 2 lit. d AEUV)

(e) Generalklausel des Art. 102 Abs. 1 AEUV, bzw. § 19 Abs. 1 GWB, z. B.

- Kampfpreismissbrauch

- Strukturmissbrauch

- (4) Zwischenstaatlichkeitsklausel (Binnenmarktrelevanz) – **relevant nur i.R.v. Art. 102 AEUV**

9. Kausalverhältnis zwischen Marktmacht und Missbrauch

Umstritten ist das Verhältnis zwischen Marktmacht und Missbrauch. In Betracht kommen eine **Verhaltens-** und eine **Ergebniskausalität**. Bei Fällen des Behinderungsmissbrauchs genügt es, wenn zwischen der Marktmacht des Normadressaten und den negativen Wirkungen auf den Wettbewerb ein Kausalverhältnis besteht (sog. Ergebnis-kausalität oder normative Kausalität). Beim (reinen) Ausbeutungsmissbrauch (insbeson. Preishöhenmissbrauch) wird überwiegend Verhaltenskausalität (instrumentelle Kausalität) verlangt: Erst die Marktmacht des Normadressaten muss es ihm ermöglichen, sich missbräuchlich zu verhalten. Umstritten ist die Behandlung des Konditionenmissbrauchs (Facebook).⁷

Der Gesetzgeber der 10. GWB-Novelle hat § 19 I GWB insofern vom Wortlaut des Art. 102 AEUV entfernt, als künftig bereits der „Missbrauch“ (statt: die „missbräuchliche Ausnutzung“) einer marktbeherrschenden Stellung verboten ist. Damit soll augenscheinlich das vom OLG Düsseldorf im Fall Facebook betonte Erfordernis der Kausalbeziehung zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch entschärft werden.

a) Rechtsfolgen

- (1) Feststellung eines Missbrauchs und Abstellungsanordnung gem. Art. 7 VO 1/2003, durchsetzbar ggf. mit Zwangsgeld gem. Art. 24 VO 1/2003.

→ Deutsches Recht: § 32 GWB und § 86a GWB.

Beachte außerdem Art. 8 (einstweilige Maßnahmen) und Art. 9 (Verpflichtungszusagen) VO 1/2003.

→ Deutsches Recht: §§ 32a und 32b GWB

- (2) Bußgelder gem. Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003.

→ Deutsches Recht: § 81 GWB.

⁷ Näher *Bueren*, in *Bien u. a.* (Hrsg.), *Die 10. GWB-Novelle*, 2021.

- (3) Zivilrechtlicher Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzanspruch nach nationalem Recht (§§ 33, 33a GWB).
- (4) Nichtigkeit des missbräuchlichen Rechtsgeschäfts gem. § 134 BGB⁸ i. V. m. Art. 102 AEUV bzw. §§ 19, 20 GWB möglich. Es ist im Einzelnen zu prüfen, welche Reichweite die Unwirksamkeit hat. Nach a. A. leitet sich die Nichtigkeitsfolge aus § 138 BGB ab. Beispiele:
- Zu missbräuchlich niedrigen (Kampf-)Preisen abgeschlossene Rechtsgeschäfte mit Unternehmen der Marktgegenseite sind nicht unwirksam.
 - Bei den Handelspartnern vertraglich aufgezwungenen Ausschließlichkeitsbindungen und in ähnlich gelagerten Fällen greift häufig bereits § 101 Abs. 2 AEUV ein.
 - In Fällen der Preisüberhöhung ist die Vertragsanpassung die gebotene Rechtsfolge.

II. *Abgrenzung des relevanten Marktes*

(Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 vom 3.12.1997, S. 5; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2016, § 6 Rn. 19 ff.; § 20 Rn. 17 ff.)

Ziel der Marktabgrenzung: Ermittlung derjenigen Wettbewerbskräfte, denen die beteiligten Unternehmen ausgesetzt sind.

Es handelt sich im Zusammenhang mit der Missbrauchsaufsicht und der Fusionskontrolle um einen Zwischenschritt, um indirekt (über seine Marktanteile) auf die Marktmacht eines Unternehmens zu schließen. Marktmacht ist in den Wirtschaftswissenschaften definiert als die Fähigkeit, eines oder mehrerer Unternehmen, einen Preis für ein Gut zu verlangen, der über den Grenzkosten liegt. (Grenzkosten sind die Kosten einer weiteren produzierten Einheit eines bestimmten Gutes.) In diesem Sinne verfügen in der Realität fast alle Unternehmen über einen gewissen Grad von Marktmacht.

⁸ Nach a. A. leitet sich die Nichtigkeitsfolge aus § 138 BGB ab.

1. Sachlich relevanter Markt

a) Bedarfsmarktkonzept

(1) In der Praxis durchgesetzt hat sich das sog. Bedarfsmarktkonzept bzw. das Konzept der funktionellen Austauschbarkeit aus der Sicht der Abnehmer.

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

Ähnlich KG, Beschl. v. 18.1.1969, WuW/E 995, 996 – Handpreisauszeichner (st. Rspr.): „Sämtliche Erzeugnisse, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass der verständige Verbraucher sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet in berechtigter Weise abwägend miteinander vergleicht und als gegeneinander austauschbar ansieht, sind marktgleichwertig.“

Entscheidend ist der Bedarf der jeweiligen Marktgegenseite. Dieser kann „je nach der Wirtschaftsstufe, der die Nachfrageseite angehört, verschieden sein [...]. So ist die Nachfrage der Verbraucher nicht etwa gleichzusetzen mit derjenigen der Zwischenhändler oder der Unternehmen, die Wartungs- und Reparaturleistungen an der Hauptware gewerbsmäßig ausführen, mag auch diese von jener abhängig sein.“ (BGH, Urt. v. 26.10.1972, KZR 54/71, GRUR 1973, 277, 278 – *Registrierkassen*)

(2) Anwendungsbeispiele aus der deutschen Praxis (Überblick bei *Fuchs/Möschel*, in *Immenga/Mestmäcker*, *GWB*, 5. Auflage 2014, § 18 Rn. 73 m. Nachweisen):

- Bücher (andere Medien, Kinderbücher, Taschenbücher, Sprache)
- Besteck (Edelstahl-, Silber-, Billigbesteck)
- Kaffee (Rohkaffee, Röstkaffee, Instantkaffee)
- Fernsehen (Pay-TV, Free-TV: werbe- und gebührenfinanzierte frei zugängliche Programme)
- Reise (Flug- und Bahnverbindung; Pauschalflugreisen, Individualreisen, übrige Veranstaltungsreisen)
- Theater, Oper

- Uhren (hochwertige und Luxusuhren)
- Werbung (Fußballschuhe, sonstige Medien; Radio, Zeitung, Fernsehen)
- Getränke (Fass- und Flaschenbier; Heil- und Mineralwasser; Fruchtsäfte und Limonaden; Besprudelungsmaschinen, verkaufsfertiges Mineralwasser)

(3) Grenzen des Bedarfsmarktkonzepts (*Kerber/Schwalbe*, in MünchKommEuWettbR, 2. Auflage, Einl. Rn. 230)

Das Bedarfsmarktkonzept legt nicht selten Fehlschlüsse (zu kleine Marktabgrenzung) nahe:

- funktionelle Austauschbarkeit: es kann genügen, dass eine relativ kleine Menge an Verbrauchern im Fall einer Preiserhöhung auf andere Produkte ausweicht, um die Marktmacht eines Unternehmens wirksam zu beschränken.
- Preisunterschiede: indizieren nicht immer die Zugehörigkeit zu verschiedenen Märkten. So sind u. a. ein sehr billiges und kurzlebiges Produkt und eines, das wesentlich teurer, dafür aber auch entsprechend langlebiger ist, enge Substitute.

b) Preiselastizität

Die Preiselastizität bezeichnet die Veränderungen der Nachfrage nach einem bestimmten Produkt im Fall der Preisänderung. Eine hohe Elastizität der Nachfrage bedeutet, dass die Nachfrage nach dem Produkt bei Preisanstieg deutlich zurückgeht, eine geringe Elastizität der Nachfrage ist gegeben, wenn die Nachfrage trotz Preisanstiegs mehr oder weniger konstant bleibt.

Bsp. 1: geringe bis keine Nachfrageelastizität nach einem lebenswichtigen Medikament wie Insulin.

Bsp. 2: hohe Nachfrageelastizität bei vielen Luxusgütern.

Die Kreuzpreiselastizität gibt Auskunft darüber, wie die Nachfrage nach einem Produkt auf Änderungen des Preises *anderer* Produkte reagiert. Je stärker die Marktgegenseite bei Erhöhung des Preises des einen Produkts auf das andere ausweichen (hoher Elastizitätsgrad), desto wahrscheinlicher ist es, dass beide Produkte demselben Markt angehören.

c) SSNIP-Test

Hypothetischer Monopolistentest als gedankliche Hilfe zur Bestimmung substituierbarer Produkte und Dienstleistungen (sog. SSNIP-Test - small but significant nontransitory increase in price).

Dahinter steht folgender Gedanke: Wenn schon ein hypothetischer Monopolist (100 Prozent Marktanteil) die Preise nicht über den Wettbewerbspreis anheben kann, verfügt auch ein anderes Unternehmen mit geringerem Marktanteil nicht über Marktmacht. Es gilt daher all diejenigen Produkte (und Gebiete) in die Marktabgrenzung mit einzubeziehen, die der Marktmacht eines hypothetischen Monopolisten Grenzen setzen. Das sind die Produkte (oder Gebiete), auf die ein Abnehmer im Fall einer Preiserhöhung ausweichen würde.

Kommission, Bekanntmachung Marktabgrenzung, aaO, Tz. 15: „Die Beurteilung der Substituierbarkeit der Nachfrage erfordert eine Bestimmung derjenigen Produkte, die von den Abnehmern als austauschbar angesehen werden. Eine Möglichkeit, diese Bestimmung vorzunehmen, lässt sich als gedankliches Experiment betrachten, bei dem von einer geringen, nicht vorübergehenden Änderung der relativen Preise (small but significant nontransitory increase in price) ausgegangen und eine Bewertung der wahrscheinlichen Reaktion der Kunden vorgenommen wird. Aus verfahrensmäßigen und praktischen Erwägungen steht bei einer Marktabgrenzung der Preis im Mittelpunkt, genauer gesagt die Nachfragesubstitution aufgrund kleiner dauerhafter Änderungen bei den relativen Preisen.“

Ausgehend von einer engen Marktabgrenzung wird gefragt, ob die Abnehmer bei einer kleinen (5–10%), nicht nur vorübergehenden Erhöhung der Preise durch einen hypothetischen Monopolisten auf Substitute bzw. andere räumliche Märkte in solchem Maße ausweichen würde, dass die Preiserhöhung nicht rentabel wäre. Wäre die hypothetische Preiserhöhung trotz Kundenabwanderung **rentabel** für den hypothetischen Monopolisten, bildet das untersuchte Produkt einen eigenen Produktmarkt. Wäre die Preiserhöhung **nicht rentabel**, werden so lange weitere Produkte mit in den relevanten Markt einbezogen, bis die Erhöhung des Preises aller betrachteten Produkte endlich rentabel wird.

Aus der Entscheidungspraxis sind keine Fusionsfälle zu finden, in denen die Europäische Kommission den SSNIP-Test vollständig angewandt hat. In der Entscheidung COMP/M.2187- CVC/Lenzing vom 17.10.2001 hat die Kommission in der Sache nur die Kreuzpreiselastizität gemessen und – wegen des geringen Elastizitätsgrades – schon an dieser Stelle das als SSNIP-Test bezeichnete Testverfahren abgebrochen.

d) Cellophan fallacy⁹

Der SSNIP-Test ist gerade auf Märkten, auf denen Marktbeherrscher tätig sind, mit Vorsicht zu genießen: Liegt der Preis bereits deutlich über dem hypothetischen Wettbewerbspreis, neigen die Abnehmer bei einer weiteren Preissteigerung dazu zu wechseln. Das könnte fälschlicherweise als Hinweis auf einen großen Markt hindeuten. In der Praxis eignet sich der Test daher weniger zur (retrospektiven) Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung im Rahmen von Missbrauchsverfahren gemäß Art. 102 AEUV¹⁰ als vielmehr für Fusionsverfahren, bei denen prospektiv geklärt werden soll, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht.

Beim Kampfpreismissbrauch stellt sich das Problem unter umgekehrten Vorzeichen.

e) Angebotssubstituierbarkeit

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

Ähnlich BGH, Beschl. v. 16.1.2007, KVR 12/06, WuW/E DE-R 1925 – *National Geographic II*, mit Anm. *Bien*, WuB (Wirtschafts- und Bankrecht) 8/2007, 545 – 546: „Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes sind auch Produkte einzubeziehen, die zwar mit anderen auf dem ins Auge gefassten Markt angebotenen Produkten nicht funktionell austauschbar sind, die aber die Grundlage dafür bieten, dass ihr Hersteller bei Vorliegen günstiger Wettbewerbsbedingungen jederzeit sein Sortiment umstellen und ein Konkurrenzprodukt anbieten könnte. Eine solche Angebotsumstellungsflexibilität kann jedoch nur angenommen werden, wenn die Umstellung kurzfristig und mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand erfolgen kann.“

⁹ Nach dem Urteil des Supreme Court im Fall U.S. v. E. I. Du Pont (351 U.S. 377, 76 S.Ct. 994, 100 L.Ed.1264), in dem Du Pont, einziger Anbieter von Zellophan, die Ansicht vertrat, es kämen andere flexible Verpackungsmaterialien wie Aluminiumfolie und Wachspapier als enge Substitute in Betracht. Zellophan stelle daher keinen eigenen relevanten Markt dar. Ausführlich dazu *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2. Aufl., 2011, S. 97ff.

¹⁰ Siehe auch BGH, Beschluss vom 4.3.2008, KVR 21/07 - Soda-Club II, WuW/E DE-R 2268: „Der [SSNIP-]Test ist wenig aussagekräftig, wenn - wie häufig bei der Prüfung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung - nicht gewährleistet ist, dass der Ausgangspreis unter Wettbewerbsbedingungen zustande gekommen ist.“ (aus dem zweiten Leitsatz).

Bsp.: Sachlich relevanter Produktmarkt: Lesermarkt der populären Wissensmagazine wie Geo, PM, National Geographic. Frage: Sind die großen Tages- und Wochenzeitungen in die Marktabgrenzung einzubeziehen, weil sie theoretisch in der Lage wären, ebenfalls ein populäres Wissensmagazin zu produzieren? Lautet die Antwort nein (so der BGH in seinem Beschluss National Geographic II), kommt immer noch eine Berücksichtigung der potentiellen Wettbewerber (hier: Tageszeitungen) im Rahmen der Feststellung der Marktherrschaft in Betracht. Auf diese Weise kommt es letztlich ebenfalls zu einer günstigeren Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse für die interessierten Unternehmen.

2. Räumlich relevanter Markt

Eine Legaldefinition des räumlich relevanten Marktes findet sich in Art. 9 Abs. 7 FKVO:

„Der räumliche Referenzmarkt besteht aus einem Gebiet, auf dem die beteiligten Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen auftreten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von den benachbarten Gebieten unterscheidet; dies trifft insbesondere dann zu, wenn die in ihm herrschenden Wettbewerbsbedingungen sich von denen in den letztgenannten Gebieten deutlich unterscheiden. Bei dieser Beurteilung ist insbesondere auf die Art und die Eigenschaften der betreffenden Waren oder Dienstleistungen abzustellen, ferner auf das Vorhandensein von Zutrittsschranken, auf Verbrauchergewohnheiten sowie auf das Bestehen erheblicher Unterschiede bei den Marktanteilen der Unternehmen oder auf nennenswerte Preisunterschiede zwischen dem betreffenden Gebiet und den benachbarten Gebieten.“

In Betracht kommen u. a. regionale Märkte; Märkte, die das Territorium eines Mitgliedsstaats umfassen; Märkte, die eine Gruppe von Mitgliedstaaten umfassen (z. B. Benelux, Deutschland/Österreich); die Europäische Union; der Weltmarkt.

Zwei Arten von Kennzeichen für die Abgrenzung des geographischen Referenzmarktes:

a) Indikatoren für das Bestehen getrennter Märkte:

Erhebliche Unterschiede bei den Marktanteilen, Verkaufs- und Produktionspreisen, dem Markenangebot zwischen verschiedenen Gebieten sowie die Existenz unterschiedlicher Vertriebsnetze und Produktionsstätten in einer Vielzahl von Mitgliedsstaaten oder Regionen.

b) Mögliche Ursachen für die räumliche Fragmentierung von Märkten

(*Bien*, EWS 2005, 9 – 15)

Verbrauchergewohnheiten (unterschiedliche Qualitäten von Toilettenpapier auf den britischen Inseln einerseits und dem Kontinent andererseits), topographisch-klimatische

Bedingungen (*Volvo/Scania*: unterschiedliche Lkw-Präferenzen in skandinavischen Ländern einerseits, in Mitteleuropa andererseits; *K+S/Solvay/JV*: geringe wirtschaftliche Bedeutung von Auftausalzen in Griechenland); sprachliche Barrieren (Bücher), unterschiedlich hohe Transportkosten (*K+S/Solvay/JV*: Salzlieferungen per Schiff anstatt per Lkw nach Skandinavien) und Marktzutrittsschranken. Unter letztere fallen u. a.

- regulatorische Schranken beim öffentlichen Auftragswesen,
- Preisvorschriften,
- den Handel oder die Produktion einschränkende Kontingente und Zölle,
- technische Normen,
- staatliche Monopole,
- Regelungen über die Niederlassungsfreiheit,
- Erfordernisse hinsichtlich behördlicher Genehmigungen,
- Verpackungsvorschriften,
- Zugangsbedingungen zu den Vertriebswegen und Kosten der Errichtung eines Vertriebsnetzes.

3. Sekundärmärkte im Besonderen

Viele Produkte setzen sich aus verschiedenen Komponenten zusammen, die auch einzeln verkauft werden. Teilweise mag es hier angemessen sein, zwischen dem primären Markt für die Erstausrüstung (Primärmarkt) und dem für Ersatzteile (Sekundärmarkt) zu unterscheiden. Nicht selten beherrscht der Produzent des Primärproduktes auch den Markt für das Sekundärprodukt (Immaterialgüterrechte).

Bsp.: Drucker/Toner; Rasierapparat/Rasierklinge; Pkw/Ersatzteile; Bolzenschussgeräte/Bolzen; Betriebssystem (PC, Smartphone)/Applikation; Besprudelungsmaschine/Kartuschen

Kontrolle des Sekundärmarktes (abgeleiteten Marktes) häufig durch Immaterialgüterrechte (Patente, Designschutz)

Mögliche Perspektiven auf das Phänomen:

- Monopolthese: Abgrenzung zweier getrennter Märkte
→ Wettbewerb zwischen den Anbietern konkurrierenden Systeme
- Systemmarktthese: Abgrenzung eines einheitlichen Systemmarktes
→ Wettbewerb zwischen den Anbietern konkurrierenden Systeme

- Vermittelnde Ansicht: Abgrenzung zweier getrennter Märkte, aber Berücksichtigung des Wettbewerbs auf dem Primärmarkt bei der Beurteilung der Marktbherrschung auf dem – gesondert abgegrenzten – Sekundärmarkt.

BGH, Urt. v. 26.10.1972, KZR 54/71, GRUR 1973, 277, *Registrierkassen*

BGH, Beschl. v. 04.03.2008, KVR 21/07, WuW/E DE-R 2268 – *Soda Club II*

EuG, Urt. v. 15.12.2010 – Rs. T-427/08, Slg. 2010, II – 05865 – *CEAHR/Kommission*

Eastman Kodak Co. / Image Technical Services, Inc., et al.

504 U.S. 451 (1992) – US Supreme Court vom 8.6.1992

Eastman Kodak Co. produziert, vertreibt und wartet Kopier- und mikrografische Geräte. Nachdem die Independent Service Organizations (ISOs) mit der Wartung von Kodak-Geräten begonnen hatte, ergriff Kodak Maßnahmen, um die Verfügbarkeit von Ersatzteilen für seine Geräte für ISOs einzuschränken und es ISOs zu erschweren, bei der Wartung solcher Geräte mit dem Unternehmen zu konkurrieren. ISOs reichte daraufhin Klage ein mit der Begründung, Kodak binde Serviceleistungen für seine Maschinen unrechtmäßig an den Verkauf von Ersatzteilen (vgl. § 1 Sherman Act) und monopolisiere den Markt für Serviceleistungen und Ersatzteile (vgl. § 2 Sherman Act). Kodak bestreitet das Bestehen von Marktmacht auf dem Ersatzteilmarkt unter Berufung auf den Wettbewerb auf dem Gerätemarkt.

„The principal issue here is whether a defendant’s lack of market power in the primary equipment market precludes – as a matter of law – the possibility of market power in derivative aftermarket.“ (S. 454 f.)

Hauptargument der Eastman Kodak Co.:

- Wenn sie ihre Preise für Ersatzteile oder Serviceleistungen über das Wettbewerbsniveau anheben würde, würden potenzielle Kunden ihre Geräte auf dem Primärmarkt nicht mehr kaufen.
- „[O]ccasional irrational consumers“, die lediglich die Gerätekosten zum Zeitpunkt des Kaufs berücksichtigten, seien bei kartellrechtlicher Bewertung nicht zu berücksichtigen (so auch Dissenting opinion, Justice Scalia).

Entscheidung des US Supreme Court: Marktbeherrschende Stellung auch auf dem Sekundärmarkt

- Keine ausreichend reaktive Verbindung zw. Preisen auf dem Ersatzteil-/Reparaturmarkt und der Kaufentscheidung auf dem vorgelagerten Gerätemarkt
 - Prädisposition bei bereits erfolgtem Gerätekauf, insbesondere bei noch langer Haltbarkeit des Geräts (locked-in customers)
 - Informationsdefizit bei potentiellen/zukünftigen Kunden hinsichtlich der Folgekosten durch Ersatzteile und Reparaturen (information costs)
- Kodaks Argument langfristiger Verluste durch überhöhte Preise auf dem Sekundärmarkt wird durch die Möglichkeit kurzfristiger Gewinne relativiert

Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03)

(56) In einigen Bereichen hat die Anwendung der erläuterten Grundsätze besonders sorgsam zu erfolgen, zum Beispiel bei primären und sekundären Märkten, insbesondere wenn das Verhalten von Unternehmen zu einem bestimmten Zeitpunkt gemäß Artikel 86 untersucht werden muß. Die Methode zur Abgrenzung der Märkte in diesen Fällen ist im Wesentlichen dieselbe, d. h., es geht darum, zu beurteilen, wie sich Änderungen bei den relativen Preisen auf die Kaufentscheidungen der Kunden auswirken, allerdings auch unter Berücksichtigung von Substitutionsbeschränkungen, die von Gegebenheiten auf den verbundenen Märkten bewirkt werden. So kann es zu einer engen Abgrenzung des Marktes für sekundäre Produkte wie Ersatzteile kommen, wenn die Kompatibilität mit dem Primärprodukt wichtig ist. Ist es schwierig, kompatible Sekundärprodukte zu finden, und sind die Primärprodukte teuer und lange haltbar, so kann es gewinnträchtig sein, die relativen Preise der Sekundärprodukte zu erhöhen. Sind die Sekundärprodukte dagegen leicht substituierbar oder sind die Primärprodukte so geartet, daß die Verbraucher rasch und direkt auf steigende relative Preise bei den Sekundärprodukten reagieren können, so ist der Markt unter Umständen anders abzugrenzen.

Bsp.: Besprudelungsgeräte¹¹

Das Unternehmen S-C produziert und vertreibt in Deutschland Besprudelungsgeräte. Mit diesen Geräten kann Sprudelwasser selbst hergestellt werden, indem Leitungswasser mit Kohlensäure versetzt wird. Während das Besprudelungsgerät, das in der Anschaffung etwa 100 EUR kostet, über viele Jahre nutzbar ist, handelt es sich bei dem Zylinder um ein Verbrauchsgut. Er muss ausgetauscht werden, sobald er leer ist. S-C erzielt den größten Teil seines Umsatzes mit der Befüllung dieser Zylinder. S-C unterhält ein bundesweites Vertriebsnetz mit Annahmestellen, bei denen der Kunde leere Kohlensäurezylinder gegen gefüllte umtauschen kann. Die Zylinder überlässt Soda-Club jedoch nur mietweise.

¹¹ Originalaufgabe aus der Abschlussklausur Kartellrecht II im SoSe 2016.

Der Verbraucher V ärgert sich, dass die Preise für das Nachfüllen der Zylinder innerhalb der letzten fünf Jahre, in denen er den Besprudler verwendet, von 5 auf 15 EUR für jeweils etwa 60 Liter Sprudelwasser gestiegen sind.

Das Unternehmen D wurde von S-C im Hinblick auf sein Eigentumsrecht abgemahnt, weil es, ohne autorisierter Vertriebspartner zu sein, S-C-Zylinder für 8 EUR befüllt hatte.

Es ist davon auszugehen,

- dass über 80 Prozent aller Besprudelungsmaschinen von dem Unternehmen S-C stammen,
- dass Eigentümer einer Besprudelungsmaschine des Unternehmens S-C in über 90 Prozent der Fälle auch Zylinder desselben Unternehmens verwenden und
- dass sämtliche Deutschen Wasser trinken. Etwa 20 Prozent der Bevölkerung trinkt überwiegend Leitungswasser. Von Ihnen nutzt die Hälfte eine Besprudelungsmaschine. Die übrigen 90 Prozent konsumieren überwiegend trinkfertiges Mineralwasser.

Das Bundeskartellamt überlegt, ob S-C marktbeherrschend ist und ob das Verhalten von S-C einen Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung darstellt.

Bsp.: Schweizer Luxusuhren¹²

Unabhängige Uhrmacher aus verschiedenen EU-Mitgliedsstaaten, die Uhren an Endverbraucher verkaufen und Reparaturen durchführen, beklagen sich bei der Europäischen Kommission, dass verschiedene Schweizer Uhrenmacher, u. a. The Swatch Group SA, die Richemont International SA, die Rolex, SA und die Patek Philippe SA sich weigern, sie mit Ersatzteilen für die Reparatur von Luxus- und Prestigeuhren zu beliefern. Damit würden sie gezwungen, die verkauften Uhren im Falle eines Defekts an die Hersteller einzuschicken, die die teuren Reparaturen dann selbst vornehmen. Die Schweizer Uhrmacher vertreiben ihre Uhren über autorisierte Fachhändler, darunter die beschwerdeführenden Uhrmacher.

Die Kommission hat folgende Feststellungen getroffen:

- Die wesentliche Funktion einer Uhr, d. h. die Zeitmessung, wird von Uhren zu einem Preis von etwa 25 Euro völlig und mit Genauigkeit erfüllt.
- Gehen günstige Uhren kaputt, werden sie einfach durch eine andere Uhr ersetzt. Demgegenüber wird die Reparatur von Uhren in dem von der Beschwerde der Uhrmacher betroffenen Preissegment (Neupreis: 1.500 bis 4.000 EUR) von den Verbrauchern ganz überwiegend als lohnend angesehen.

¹² Der Fall ist angelehnt an das Urteil des EuG v. 15.12.2010 – Rs. T-427/08. Es handelt sich um eine Originalausgabe aus der studienabschließenden Klausur im SPB 8 im SoSe 2021.

- Viele Ersatzteile unterscheiden sich bei jedem Hersteller von Schweizer Uhren im Hinblick auf Größe und Design sowie auf weitere Faktoren erheblich und können nicht durch die für die Uhren eines anderen Herstellers entwickelten Teile ersetzt werden.
- Die Gesamtkosten für Reparatur und Wartung von Luxus- und Prestigeuhren liegen auf einen Zeitraum von zehn Jahren gerechnet für die meisten Modelle bei unter 5 % des Kaufpreises für die neue Uhr. Außerdem ist der Preis für die Ersatzteile normalerweise in diesen Kosten enthalten, so dass er einen noch geringeren Prozentsatz des Kaufpreises für die neue Uhr ausmacht. Daraus schließt die Kommission, dass eine gemäßigte Erhöhung des Ersatzteilpreises ein Betrag bleibt, der im Vergleich zu dem Preis einer neuen Luxus- oder Prestigeuhr zu vernachlässigen ist. Die Käufer einer Uhr machen sich um die Kundendienst- und Reparaturkosten keine unmittelbaren und erstrangigen Gedanken.
- Es herrscht intensiver Wettbewerb zwischen den Herstellern sowohl von günstigen als auch von Luxus- und Prestigeuhren.

Die Schweizer Uhrenhersteller argumentieren demgegenüber, dass Erhöhungen der Preise für Reparaturen nicht gewinnträchtig seien, sofern sie nicht gleichzeitig die Preise für die Uhren selbst herabsetzen. Die Kunden, die bereits eine Luxusuhr besitzen, könnten nämlich einfach zu einer anderen Uhr wechseln, weil viele Luxus- und Prestigeuhren einen hohen Gebrauchtwert auf zahlreichen Second-Hand-Märkten hätten. Es fielen auch nur geringe Wechselkosten an, weil mit dem Wechsel des Uhrenfabrikats kein Aufwand wie Einarbeitung, Umstellung von Gewohnheiten, Installationen, Software usw. verbunden seien.

Die beschwerdeführenden Uhrmacher weisen demgegenüber darauf hin, dass Endverbraucher im Falle des Verkaufs der Uhr auf dem Second-Hand-Markt einen erheblichen Abschlag auf den Neupreis hinnehmen müssen. Die Differenz zwischen dem beim Verkauf erzielten und dem zur Anschaffung einer neuen Uhr gezahlten Preis übersteige den Betrag, der sich durch günstigere Reparatur- und Wartungskosten sparen lässt, erheblich. Hinzu komme, dass eine Uhr nur dann zu einem vernünftigen Preis weiterverkauft werden könne, wenn sie sich in gutem Zustand befindet. Deshalb müsse der Verbraucher eine Uhr vor einem Verkauf grundsätzlich reparieren lassen.

1. Fertigen Sie eine Skizze der Marktstruktur!
2. Grenzen Sie die in Betracht kommenden Produktmärkte voneinander ab und benennen Sie die jeweils auf diesen Märkten tätigen Unternehmen! Begründen Sie Ihre Entscheidung!

3. Wie müsste der SSNIP-Test durchgeführt werden, um eine Antwort auf die Frage zu ergeben, ob (a) Ersatzteile für Uhren der Marke Rolex einen eigenen Produktmarkt oder ob vielmehr (b) Luxus- und Prestigeuhren den relevanten sachlichen Markt bilden?
4. Unterstellt, Hypothese (a) träfe zu: Welche Konsequenzen ergäben sich für die Frage, ob die Schweizer Uhrmacher gegen Art. 102 AEUV verstoßen? Eine gutachtliche Prüfung ist nicht erforderlich.

III. Marktbeherrschende Stellung

Definition nach EuGH, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Slg. 1949, 461 – Hoffmann-La Roche

„4. Mit der beherrschenden Stellung im Sinne des Artikels 86 EWG-Vertrag [jetzt Art. 102 AEUV] ist die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens gemeint, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber unabhängig zu verhalten. Eine solche Stellung schließt im Gegensatz zu einem Monopol oder einem Quasi-Monopol einen gewissen Wettbewerb nicht aus, versetzt aber die begünstigte Firma in die Lage, die Bedingungen, unter denen sich dieser Wettbewerb entwickeln kann, zu bestimmen oder merklich zu beeinflussen, jedenfalls aber weitgehend in ihrem Verhalten hierauf keine Rücksicht nehmen zu müssen, ohne dass es ihr zum Schaden gereichte.“

Definition in § 19 I GWB

„1) Ein Unternehmen ist marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt

1. ohne Wettbewerber ist,
2. keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder
3. eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat.“

Erinnerung: Zwingend ist eine zweistufige Prüfung:

- ➔ Festlegung des relevanten sachlichen und räumlichen Marktes
- ➔ Vorliegen einer beherrschenden Stellung auf diesem Markt?

Merke: Die Ausdehnung des relevanten Marktes hat damit wesentlichen Einfluss auf die Frage, ob eine marktbeherrschende Stellung gegeben ist!

1. Bedeutung der Marktanteile

Das europäische Kartellrecht arbeitet mit Richtwerten, die der Entscheidungspraxis der Gemeinschaftsgerichte und der Kommission entstammen. Sie werden flexibel gehandhabt. Der deutsche Gesetzgeber hat in § 18 Abs. 4 und 6 GWB Vermutungsregeln aufgestellt, die sich seit der 8. GWB-Novelle zum Teil an den Richtwerten des europäischen Kartellrechts orientieren.

- Vermutung der beherrschenden Stellung bei Marktanteil von *deutlich über 40 %* (s. a. § 18 Abs. 4 GWB)
- Zwischen *25 % und 40 %* bedarf es für die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung im Grundsatz zusätzlich eines entsprechenden Abstandes zum nächstliegenden Wettbewerber, wobei an dieses Erfordernis umso höhere Anforderungen zu stellen sind, je niedriger der Marktanteil ist.
- *Unterhalb von 25 %* Marktanteil ist die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung regelmäßig sehr fernliegend; bei Marktanteilen *unter 10 %* ist diese Annahme praktisch ausgeschlossen.

2. Sonstige Faktoren

Insbesondere dann, wenn sich anhand des bloßen Marktanteils noch keine marktbeherrschende Stellung feststellen lässt, ist neben diesem (vgl. für das dt. Recht § 18 III Nr. 1 GWB) noch eine Reihe weiterer Faktoren zu berücksichtigen und die Marktbeherrschung im Wege einer Gesamtbetrachtung festzustellen. Relevant können sein:

- *Abstand zum nächsten Wettbewerber*: je größer der Abstand, je eher ist – auch bei vergleichsweise geringem Marktanteil – von einer beherrschenden Stellung auszugehen (siehe schon oben),
- *große Finanzkraft* (vgl. für das dt. Recht § 18 III Nr. 2 GWB): mag Quersubventionierungen und Verkauf zu Dumpingpreisen über längere Zeit erlauben und (potentielle) Wettbewerber daher einschüchtern, in einen Preiswettbewerb zu treten (sog. Entrenchment Doctrine).
- *hohe Marktzutrittsschranken* (vgl. für das dt. Recht § 18 III Nr. 6 GWB): Sie verringern für das Unternehmen die Gefahr potentiellen Wettbewerbs. Marktzutrittsschranken

können die beherrschende Stellung daher verstärken. Bsp.: Skalen- und Verbundeffekte bei hohen Fixkosten, Marken- und Patentrechte, Lizenzen.

- *Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten bzw. Verflechtungen mit anderen Unternehmen (vgl. für das dt. Recht § 18 III Nr. 4, 5 GWB)*: Insbesondere vertikal integrierte Unternehmen, die auf unterschiedlichen Ebenen der Wertschöpfungskette tätig sind, sind weniger abhängig von Zulieferern bzw. Abnehmern.

- *Substitutionswettbewerb (vgl. für das dt. Recht § 18 III Nr. 8 GWB)*: Bei extremem Preisanstieg kann es unter Umständen zu Ausweichstrategien der Marktgegenseite hin zu Produkten oder Dienstleistungen kommen, die verschiedenen, jedoch verwandten Märkten zuzuordnen sind (Wechsel). Je schwieriger die Umstellung für die Gegenseite ist, desto mehr spricht dies für Marktmacht.

- *Marktgegenmacht* (z. B. großer Einzelhandelsketten als Nachfrager) verringert die Verhandlungsposition des Marktbeherrschers. (z.B. große Einzelhandelsketten als Nachfrager)

- *Netzwerkeffekte und innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck*: insb. bei digitalen Plattformen, s.u.

Fallbeispiel: EuG Rs. T-286/09 – Intel

Der Chiphersteller Intel stellt unter anderem Computerprozessoren (CPUs) des Typs x86 her. Sie werden weltweit zu annähernd homogenen Wirtschaftsbedingungen gehandelt, wobei insbesondere die Preisgestaltung weitgehend einheitlich ist, und lassen sich in ihrem Einsatzzweck in Desktop- und Laptop-Computern nicht durch andere Prozessortypen ersetzen. Intel hielt weltweit durchwegs einen Marktanteil von mehr als 70 %. Einziger verbleibender Wettbewerber von Intel ist der Chiphersteller AMD. Forschung und Entwicklung im Bereich von CPUs sind sehr kostenintensiv. Von einem ernstzunehmenden Computerhersteller wird auf dem Markt weiterhin erwartet, mehrere Computermodelle mit CPUs der Marke Intel anzubieten.

AMD beklagt sich bei der EU-Kommission über missbräuchliche Rabatte Intels gegenüber Computerherstellern.

Liegt eine marktbeherrschende Stellung vor?

(1) Marktabgrenzung

Sachlich relevanter Markt:

CPUs des Typs x86 lassen sich in ihrem Einsatzzweck in Desktop- und Laptop- Computern nicht durch andere Prozessortypen ersetzen (Bedarfsmarktkonzept); daher auf x86-CPUs begrenzter Markt

Räumlich relevanter Markt:

- Handelsbedingungen für x86-CPUs weltweit annähernd homogen;
- global weitgehend einheitliche Verkaufspreise;
- weltweit gleichmäßiger Marktanteil von 70 %;
- kostengünstiger weltw. Transport der kl. u. leichten Prozessoren;

→ daher weltweiter Markt

(2) Beherrschende Stellung

- Marktanteil von über 70 %
- Abstand zu Wettbewerber AMD von mindestens 40 %
- hohe Investitionsschwellen für Forschung und Entwicklung
- Intel als „unvermeidlicher Handelspartner“ (Markenimage)
- keine gegenläufigen Faktoren wie Marktgegenmacht

Eine marktbeherrschende Stellung ist damit gegeben.

3. Kollektive Marktbeherrschung im Oligopol

Im GWB ausdrücklich geregelt in § 18 Abs. 6 GWB.

Art. 102 Abs. 1 S. 1 AEUV: „ein oder mehrere Unternehmen“. Dazu EuG, Urt. v. 26.1.2005, Rs. T-193/02, Slg. 2005, II-209 Tz. 110 f. – *Piau/Kommission*:

„Der Begriff «mehrere Unternehmen» in Artikel 82 EG [jetzt Art. 102 AEUV] bedeutet, dass eine beherrschende Stellung von zwei oder mehreren rechtlich voneinander unabhängigen wirtschaftlichen Einheiten eingenommen werden kann, sofern sie in wirtschaftlicher Hinsicht auf einem bestimmten Markt gemeinsam als kollektive Einheit auftreten oder handeln (...).

Für eine kollektive beherrschende Stellung müssen drei Voraussetzungen zusammen erfüllt sein: Erstens muss jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols das Verhalten der anderen Mitglieder in Erfahrung bringen können, um festzustellen, ob sie einheitlich vorgehen oder nicht; zweitens muss der Zustand der stillschweigenden Koordinierung auf Dauer aufrechterhalten werden können, d. h., es muss einen Anreiz geben, nicht vom gemeinsamen Vorgehen auf dem Markt abzuweichen; drittens darf die voraussichtliche Reaktion der tatsächlichen und potenziellen Konkurrenten sowie der Verbraucher nicht die erwarteten Ergebnisse des gemeinsamen Vorgehens in Frage stellen.“

Geringe praktische Bedeutung, da Missbrauch (Ausbeutungsmissbrauch oder Behinderungsmissbrauch wie Kampfpreise mit Erfordernis des internen Verlustausgleichs) häufig auf vertraglicher oder tatsächlicher Abstimmung der Oligopolmitglieder beruhen wird und dann auch das Kartellverbot (Art. 101 AEUV) eingreift.

4. § 19a GWB (präventive Missbrauchskontrolle)

Beachte hier die neue Kategorie des „Unternehmens mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“! Die Adressatenstellung wird gemäß § 19a Abs. 1 GWB durch eine Benennungsverfügung herbeigeführt. Zu den Details: später.

5. Digital Markets Act (Gesetz über digitale Märkte)

Beachte hier die neue Kategorie des Gatekeepers (Torwächters). Er ist Adressat der Verb- und Gebote gemäß Art. 5, 6, 7 DMA.

Der persönliche Anwendungsbereich beschränkt sich auf Betreiber zentraler Plattformdienste, z. B. Suchmaschinenbetreiber (Google), Video-Sharing Dienste (Youtube), Messaging-Dienste (WhatsApp), etc.

Die Gatekeeper-Eigenschaft wird in Art. 3 DMA definiert anhand qualitativer Kriterien:

- erheblicher Einfluss auf Binnenmarkt;
- wichtige Vermittlerposition;

stabile Marktposition

(Quantitative) Schwellenwerte lösen eine Vermutung aus.

6. Marktbeherrschende Stellung digitaler Plattformen insbesondere

a) Digitale Plattformen - Definition

„Intermediäre, die die unmittelbare Interaktion von zwei oder mehr Nutzerseiten ermöglichen.“ (Bundeskartellamt, 2016)

b) Variationen von Plattformen

- Transaktionsplattform
- Nicht-Transaktionsplattform
- Aufmerksamkeitsplattformen (Werbepattformen)

c) *Ökonomische Besonderheiten digitaler Plattformen und Marktbeherrschung*

- Große Dynamik digitaler Geschäftsmodelle
- Skaleneffekte
- Direkte und indirekte Netzwerkeffekte
 - *Direkte Netzwerkeffekte*: Je mehr Nutzer eines Dienstes, desto größer der Nutzen für den einzelnen Nutzer
 - *Indirekte Netzwerkeffekte*: Je mehr Nutzer auf der einen Marktseite, desto größer der Nutzen für die andere Seite.
- Asymmetrische Preisgestaltung
- Wechselkosten
- Zugang zu Daten
- Eco systems
- Höhere Markttransparenz aufgrund von Preisvergleichen
- Flexiblere und dynamischere Verkaufs- und Preisfindungsmechanismen

§ 18 IIIa GWB:

„Insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken sind bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens auch zu berücksichtigen:

- 1. direkte und indirekte Netzwerkeffekte,*
- 2. die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechsellaufwand für die Nutzer,*
- 3. seine Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten,*
- 4. sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten,*
- 5. innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck.“*

(1) Große Dynamik digitaler Geschäftsmodelle

Beispiele: StudiVZ → Facebook → Instagram; Yahoo → Google; Facebook Messenger → WhatsApp

- Marktbeherrschung selten von Dauer.
- Behördliches Einschreiten weniger dringlich, ggf. aber eilig.
- Marktabgrenzung muss stets den aktuellen Verhältnissen Rechnung tragen.

Aber: keine generelle „Internet-Defence“ (disruptive Innovation).

(2) Skaleneffekte (Größenvorteile) (§ 18 IIIa Nr. 3 GWB)

Relativ hohe Fixkosten

bei niedrigen variablen Kosten.

- Tendenz zur Konzentration.

- Risiko der Erhöhung von Marktzutrittschranken, insbesondere in Kombination mit Exklusivverträgen.

In der kartellbehördlichen Praxis bislang wenig bedeutsam, allenfalls als Rechtfertigung für die Genehmigung von Aufholfusionen (Immowelt/Immoscout, Microsoft/Yahoo).

(3) Direkte und indirekte Netzwerkeffekte (§ 18 IIIa Nr. 1 GWB)

1. Direkte Netzwerkeffekte:

Je mehr Nutzer eines Dienstes, desto größer der Nutzen für den einzelnen Nutzer

Bsp.: Telefon, Google Navigation

2. Indirekte Netzwerkeffekte:

Je mehr Nutzer auf der einen Marktseite, desto größer der Nutzen für die andere Seite.

Bsp.: Dating-Plattformen.

- Marktmachtfaktor, im Einzelnen:
 - Henne-Ei-Problem für Neulinge im Markt
 - Selbstverstärkungseffekt
 - Tendenz zur Konzentration
 - Risiko des Markt-Tippings (Kippen d. Marktes)

Gegenfaktoren:

- Heterogenität der Nutzer → Erforderlichkeit einer Beschränkung der Zahl der Nutzer;
- Multihoming (Immobilien- und Reiseportale)

(4) Asymmetrische Preisgestaltung:

Subventionierung einer Marktseite durch die andere.

Beispiele: Google, Booking.com, Immoscout

- Beschränkte Aussagekraft von Preis-Kosten-Tests (Ausbeutungsmisbrauch, Kampfpreise, SSNIP-Test)
- Nichterreichen der Aufgreifschwelle in der Fusionskontrolle (Facebook/WhatsApp)
- Marktbeherrschung auf Markt für kostenlose Dienstleistungen? (Google Search)
- Marktqualität kostenloser Dienste? (Dating-Plattformen) (§ 18 IIa GWB: „Der Annahme eines Marktes steht nicht entgegen, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird.“)

(5) (Hohe) Wechselkosten (§ 18 IIIa Nr. 2 GWB)

Der Wechsel von einem Dienst zu einem anderen Dienst mag schwierig sein, z. B. aufgrund von Netzwerkeffekten, Austrittsgebühren (Cloud-Dienste), Rabatten (Booking.com: Genius) oder Jahresgebühren (Amazon Prime).

- Lock-in-Effekt.

→ Hohe Marktzutrittsschranken

In anderen Fällen hingegen lässt sich **Multihoming** beobachten, z. B. Immobilienplattformen, Internetsuche.

(6) Zugang zu Daten (§ 18 IIIa Nr. 4 GWB)

Das Geschäftsmodell von Plattformen wie Google und Facebook basiert im Wesentlichen auf dem Verkauf der Aufmerksamkeit von Verbrauchern an Werbetreibende. Dafür bedarf es exakter Daten über die Verbraucherinteressen.

- Großen Datenbestände erlauben es den Plattformen, sehr zielgerichtete und personalisierte Werbung anzubieten
- Verstärkungseffekte: Mehr Nutzer → mehr Daten → größere Zielgenauigkeit der Werbung → höhere Einnahmen aus dem Verkauf von Werbeplätzen → Größere Investitionen in Dienstleistungen für Nutzer → mehr Nutzer etc.)

Dienstübergreifende Datenerhebung

Beispiel: Alphabet:

Google Search, YouTube, Shopping, Gmail, Maps außerdem Daten von dritten Betreibern von Webseiten, falls der Nutzer Chrome als Browser nutzt und der Webseitenbetreiber Google Ads nutzt.

Beispiel 2: Meta

Facebook, Instagram, WhatsApp, Oculus (VR Brillen)

(7) Multi-product ecosystems

Zusammenfassung mehrerer Produkte und Dienstleistungen, die von einem einzigen Konzern angeboten werden.

Beispiel: Das Alphabet (Google) ecosystem umfasst: Android, Google Search, Chrome, Google Docs, Google Play, Google Drive, Google Translate, Gmail, Google Maps, Google Shopping, Google Home, YouTube, etc.

Risiko von Markteintrittsschranken, Ausweitung der Einflussphären, Verhinderung zukünftiger disruptiver Innovationen, Reduktion von Innovationsanreizen (auch für Marktbeherrscher selbst)

d) Berücksichtigung ökonomischer Besonderheiten von Plattformmärkten im Rahmen der Beurteilung ihrer Marktstellung

(1) Marktabgrenzung

Der Gesetzgeber der 9. GWB-Novelle 2017 hat klargestellt, dass die Unentgeltlichkeit einer Leistung der Annahme eines Marktes im Sinne des Kartellrechts nicht entgegensteht, § 18 Abs. 2a GWB. Zu denken ist an kostenlose Dienstleistungen von Plattformen wie Google Search (vgl. Entscheidung der Kommission vom 27.06.2017- Case AT.39740 — Google Search (Shopping)) oder das Buchen eines Hotels über eine Hotelbuchungsplattform. Das OLG Düsseldorf hatte bislang das Vorliegen eines kartellrechtlich relevanten Markts verneint, allerdings erklärt, dass Rückwirkungen Berücksichtigung bei der Beurteilung der Marktverhältnisse auf einer anderen Marktseite (z. B. Werbekunden oder Hotelunternehmen, die eine Provision pro Buchung bezahlen müssen) finden können (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.1.2015 - VI Kart 1/14 (V) - HRS, Rn. 43).

(2) Bestimmung von Marktmacht

Der mit der 9. GWB-Novelle 2017 neu eingefügte **§ 18 Abs. 3a** führt zusätzliche Marktbeherrschungsindikatoren bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken auf, die neben den herkömmlichen Indikatoren berücksichtigt werden können:

- *direkte und indirekte Netzwerkeffekte:*

- Netzwerkeffekte: Effekte, bei denen der Nutzen eines Gutes von der Nutzerzahl abhängt
- Direkte Netzwerkeffekte: Effekte innerhalb eines Marktes oder einer Marktseite. Je mehr Nutzer eines Dienstes, desto größer der Nutzen für den einzelnen Nutzer (z. B. Telefon, Google Navigation)
- Indirekte Netzwerkeffekte: Effekte zwischen unterschiedlichen Marktseiten. Je mehr Nutzer auf der einen Marktseite, desto größer der Nutzen auf der anderen Seite.
z. B. Dating-Plattformen: Nutzen für die männlichen Nutzer ist abhängig von Zahl der weiblichen Nutzer

- *parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer:* Hoher Wechselaufwand verringert die Attraktivität, auch andere Plattformen zu nutzen und kann eine marktbeherrschende Stellung daher verstärken. Umgekehrt kann das Phänomen des Multihoming die Marktmacht einzelner Anbieter begrenzen.

- *Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten*: Ob der Vorsprung einer Plattform aufgeholt werden kann, ist auch anhand von Größenvorteilen im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten zu beurteilen.

- *Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten*: Die Marktstellung eines Unternehmens kann erheblich von seinem Zugang zu Daten beeinflusst werden, insbesondere bei datenbasierten Angeboten. Eingeschränkte Möglichkeiten von Wettbewerbern, eine vergleichbare Datenmenge zu sammeln, kann die Marktmacht eines beherrschenden Unternehmens weiter steigern.

- *innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck*: Wettbewerbsdruck auf Grund der Innovationskraft internetbasierter Angebote beinhaltet die Möglichkeit „disruptiver Veränderungen“, die eine starke Marktposition angreifen können.

Zusätzlich ordnet § 18 Abs. 3b GWB, eingeführt im Jahr 2021 mit der 10. GWB-Novelle, an, dass sog. Intermediationsmacht zu berücksichtigen ist, die sich dadurch auszeichnet, dass eine Plattform wichtig für den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten ist.

B. Das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen, Art. 102 AEUV und §§ 18 - 21 GWB

IV. Missbräuchliche Verhaltensweise

1. Ausbeutungsmisbrauch und weitere Regelbeispiele des Art. 102 Abs. 2 AEUV

a) Grundlagen

Ausbeutungsmisbrauch Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV: erstes Regelbeispiel für Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung: „unmittelbare oder mittelbare Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen“

- Ziel des **Verbraucherschutzes**, Verhinderung der Fehlallokation von Ressourcen, Deadweight loss.
- Maßstab und Instrument: Gewährleistung von Wettbewerb.

- Unangemessene Preise als Symptome für Missbrauch.¹³
- US Antitrustrecht: Section II Sherman Act erfasst exzessive Preise nicht, an Stelle des Kartellrechts tritt teilweise (Preis-)Regulierung (z.B. Telekommunikation).
- Marktkräfte sind grundsätzlich besser als Kartellbehörden in der Lage, Fehlentwicklungen zu korrigieren.
- Preisüberhöhungskontrolle daher nur subsidiär, d.h. als „Notbehelf“ gegenüber Maßnahmen, die auf eine Beseitigung struktureller Wettbewerbsprobleme abzielen. Die Praxis ist entsprechend zurückhaltend (auch in Europa und D), auch wegen praktischer Schwierigkeiten. **Maßnahmen zum Schutz des Restwettbewerbs** (Verhinderung von Behinderungsmisbräuchen) stehen daher im Vordergrund.¹⁴
- Typische Fälle:
 - o Gesetzliche Monopolstellung, Errichtung zusätzlicher Binnenmarkthindernisse z.B. „British Leyland“ (Monopol für die Ausstellung von Übereinstimmungsbescheinigungen für Fahrzeuge der eigenen Marke) und „General Motors“
 - o Liberalisierte Sektoren (Post und Telekommunikation), z. B. Deutsche Post AG (Aufhaltung grenzüberschreitender Postsendungen) und ITT Promedia (*Belgacom*, Inhaber eines gesetzlichen Monopols für Telekommunikationsdienstleistungen, und zugleich Telefonbuchverleger, verlangt mutmaßlich überhöhte Preise für den Zugang zu Telefondaten)
 - o Natürlicher Monopolist, Staatsunternehmen, z.B. *Deutsche Bahn: Regionalfaktoren* als Aufpreis bei Berechnung der Trassenpreise für Nutzung des Schienennetzes
- Sonderfall: „United Brands“¹⁵, vom EuGH allerdings insoweit aufgehoben (siehe Sachverhalt sogleich unten),

¹³ Vgl. *Möschel*, JZ 1975, 393, 397ff.

¹⁴ ZB V. EG-Kom.-Wettbewerbsbericht 1975, RdNr. 76; XXIV. EG-Kom.-Wettbewerbsbericht 1994, RdNr. 207; XXVII. EG-Kom.-Wettbewerbsbericht 1997, RdNr. 77 – Verfahren Deutsche Telekom; *Martinez Lage/Allendesalazar*, 2003 European Competition Law Annual, 325, 327; *Haag/Klotz*, Competition Policy Newsletter 1998/2, 35, 38.

¹⁵ EuGH, Urt. v. 14.02.1978, 27/76, Slg. 1978, 207, RdNr. 249 – United Brands.

b) Maßstäbe für die Preisangemessenheit

EuGH, United Brands: Preishöhenmissbrauch ist ein Verhalten, mit dem der Inhaber einer marktbeherrschenden Stellung „die sich daraus ergebenden Möglichkeiten benutzt hat, um geschäftliche Vorteile zu erhalten, die er bei einem normalen und hinreichend wirksamen Wettbewerb nicht erhalten hätte“.¹⁶

Konkreter Maßstab: Preis, „der in keinem angemessenen Verhältnis zu dem **wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung** steht“.¹⁷

- Methode: Vergleich des Verkaufspreises mit den Gestehungskosten (in Praxis aber wenig bedeutend).

- Methoden in Anwendungspraxis: **Vergleich** mit auf anderen (sachlichen, räumlich oder zeitlichen) Märkten oder zu einem anderen Zeitpunkt von dem betreffenden Unternehmen oder anderen Unternehmen praktizierten Preisen.

c) Feststellung der Unangemessenheit anhand der Gestehungskosten (Kosten-Preis-Analyse)

(1) Gewinnspannenbegrenzung bei Sonderrechtsinhabern

- EuGH, „Centre d’insémination de la Crespelle“¹⁸

- EuGH, Deutsche Post/GZS und Citicorp¹⁹

- BGH, „Wasserpreise Calw“.²⁰

Erzielung von Gewinnen ist auch Sonderrechtsinhabern nicht verboten. (EuGH, UPS)

(2) Verrechnung nicht aufgelaufener Kosten

Kommission, General Motors (Berechnung der Gebühr für Typenzulassung)

Kommission, Hachette (refundierte Umsatzsteuer)

Kommission, „Duales System Deutschland“ (Gebühr für Zeichennutzung, ohne tatsächliche Inanspruchnahme)

(3) Berücksichtigungsfähige Kosten für Vergleich mit Preis

¹⁶ EuGH, Urt. v. 14.02.1978, 27/76, Slg. 1978, 207, RdNr. 249 – United Brands.

¹⁷ EuGH, Urt. v. 14.02.1978, 27/76, Slg. 1978, 207, RdNr. 250 – United Brands; davor schon EuGH, Urt. v. 13.11.1975, 26/75, Slg. 1975, 1367, RdNr. 11 f. – General Motors.

¹⁸ EuGH, Urt. v. 05.10.1994 - C-323/93, Slg. 1994, I-5077 - „Centre d’insémination de la Crespelle“

¹⁹ EuGH, Urt. v. 10.02.2000 - C-147/97, C-148/97, Slg. 2000, I-825 - Deutsche Post/GZS und Citicorp

²⁰ BGH, Urt. v. 15.5.2012 - KVR 51/11, NZKart 2013, 34 - Wasserpreise Calw

- Vergleichsmaßstab: Kosten eines (hypothetischen) **effizienten Wettbewerbers** oder **tatsächliche** Kosten des möglicherweise wenig effizienten **Marktbeherrschers**?

- **Amortisationszeitraum** bei fixkostenintensiven Produkten und Leistungen?

- **Mehrproduktunternehmen: Berücksichtigung von Gemeinkosten?**

d) Angemessenheitsprüfung anhand von Preisvergleichen

(1) Vergleich mit den vom selben Unternehmen auf anderen Märkten, gegenüber anderen Kunden, oder zu einem früheren Zeitpunkt praktizierten Preisen (Vergleichsmarktkonzept)

Durchschnittspreis oder niedrigster irgendwo praktizierter Preis maßgeblich?

Kommission, „British Leyland“ (Konformitätsbescheinigungen für importierte Fahrzeuge mit Linkslenkung)

(2) Vergleich mit von anderen Unternehmen praktizierten Preisen (Konkurrenzpreiskonzept)

Bsp.: EuGH, Urt. v. 14.2.1978, 27/76, Slg. 1978, 207 „United Brands“²¹.

Die United Brands Company mit Sitz in New Jersey (USA) und ihre niederländische Tochtergesellschaft United Brands Contineental BVU hielten im wegen der besonderen Eigenschaften des Obstes gesonderten Markt für Bananen in den EWG-Mitgliedsstaaten Deutschland, Dänemark, Irland, den Niederlanden und der belgisch-luxemburgischen Wirtschaftsunion (BLWU) eine marktbeherrschende Stellung. United Brands (UBC) verschifft ihre Bananen über den Atlantik, lud sie in mehreren europäischen Häfen ab und verkaufte sie an zugelassene Reiferei-/Vertriebsunternehmen aus verschiedenen Mitgliedstaaten.

UBC verbot durch die Verwendung einer in ihren allgemeinen Verkaufsbedingungen enthaltene Klausel ihren Reifereien und Vertriebshändlern, ihre Bananen im grünen Zustand weiterzuverkaufen, auch wenn üblicherweise der Verkauf unter Zwischenhändlern in grünem Zustand erfolge.

Darüber hinaus berechnete UBC ihren Vertriebshändlern aus den verschiedenen Mitgliedstaaten beim Verkauf von Chiquita-Bananen ohne sachliche Begründung unterschiedliche Preise für gleichwertige Leistungen und Mengen. Diese Preisunterschiede

²¹ Angelehnt an eine - vereinfachte - Originalaufgabe aus der Abschlussklausur Kartellrecht II (Sommersemester 2020).

konnten in manchen Wochen trotz identischer Leistungen 30 bis 50 % erreichen Die von UBC verkauften Bananen stammten von denselben Schiffen, sie wurden unter identischen Kosten in den Niederlanden gelöscht und die Preisunterschiede betrafen weitgehend identische Mengen von Bananen derselben Sorte, eines ähnlichen Reifegrades und praktisch gleicher Qualität.

Ferner wandte UBC laut der Kommission einigen ihrer Vertriebs Händler gegenüber unangemessene Verkaufspreise mit Abweichungen bis zu 138 % an, die objektiv nicht gerechtfertigt seien. Jedoch hob der EuGH diesen Teil der Entscheidung der Kommission auf, mit der Begründung, dass die Argumentation und die Berechnungsgrundlage der Kommission zum Nachweis der Anwendung überhöhter Preise durch UBC verfehlt seien. Die Kommission sei von Preisen ausgegangen, die nur einige Monate lang angewendet wurden, um Zutritt zu einem Markt zu erhalten.

Schließlich stellte die UBC die Lieferung ihrer Chiquita-Bananen an einen ihrer Vertriebspartner, ein Reifereiunternehmen, mit der Begründung ein, dass es an einer Werbekampagne für Bananen einer Konkurrenzmarke mitgewirkt habe.

e) Verschärfte Missbrauchsaufsicht über Strom- und Gasversorgungsunternehmen sowie Wasserversorgungsunternehmen gemäß §§ 29 und 31 Abs. 3 und 4 GWB

- Missbrauchsaufsicht auf Grundlage von § 19 GWB wurde als unzureichend empfunden (hohe Nachweisanforderungen durch OLG Düsseldorf).
- Netzentgeltregulierung (seit 2005) hat keine spürbaren Preissenkungen gebracht.
- Sondervorschriften, § 29 GWB (seit 2007 in Kraft) ist – nach vielen Verlängerungen – nach derzeitigem Stand nur noch bis 31.12.2027 anwendbar (§ 187 I GWB), § 31 GWB jetzt dauerhaft im GWB.
- Missbrauch steht (im Kartellverfahren) bereits fest, wenn Unternehmen höhere Entgelte oder ungünstigere Geschäftsbedingungen verlangt als andere Versorgungsunternehmen (erg.: auf derselben Markt- oder Wirtschaftsstufe).
- Unternehmen muss sich ggf. entlasten und nachweisen, dass Abweichung sachlich gerechtfertigt ist.
- Bsp.: BGH, 2.2.2010, WuW/E DE-R 2841 – Wasserpreise Wetzlar (Landeskartellbehörde Hessen) und Bundeskartellamt, Berliner Wasserbetriebe, 4.6.2012 – B 8-40/10.

f) Konditionenmissbrauch

Einen Unterfall des Ausbeutungsmissbrauchs stellt die Variante des Konditionenmissbrauchs dar. In Betracht kommt in erster Linie das in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB vorgesehene Vergleichsmarktkonzept. Darüber hinaus kann die Unangemessenheit von Konditionen nach der Rechtsprechung des BGH im Fall VBL-Gegenwert II (Urteil vom 24.01.17 - KZR

47/14) auch anhand von Wertungen des Zivilrechts, etwa des AGB-Rechts, oder anhand einer grundrechtlichen Interessenabwägung überprüft werden (Generalklausel in § 19 Abs. 1 GWB). Das Bundeskartellamt erließ im Februar 2019 eine Abstellungsverfügung gegen das Unternehmen Facebook, nachdem sich dieses als Voraussetzung für die Nutzung seines Dienstes einen umfangreichen Spielraum bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten hatte einräumen lassen.²² Das Amt kam zum Ergebnis, dass Facebook seine marktbeherrschende Stellung gegenüber den Nutzern seines Dienstes missbrauchte und bediente sich dabei vor allem auch datenschutzrechtlicher Wertungen. Während das Amt vor dem OLG Düsseldorf unterlag, obsiegte es vor dem BGH, jeweils im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes. Aktuell liegt der Fall beim EuGH (vorabentscheidungsersuchen), nachdem das OLG Düsseldorf im Hauptsacheverfahren Fragen zur Auslegung der DSGVO gestellt hat.

Kommentiert [AY1]: Ggf. aktualisieren?

g) Diskriminierung von Handelspartnern mit der Folge ihrer Benachteiligung im Wettbewerb (lit. c)

Bsp.: BKartA, Beschluss vom 19. Mai 2011 – B 3 – 139/10 – (Merck)

Die Merck KGaA stellt pharmazeutische und chemische Produkte her. Sie ist der führende Hersteller von Laborchemikalien in Deutschland mit einem Marktanteil von deutlich über 50 Prozent. Der weltweite Konzernumsatz des Unternehmens liegt bei mehreren Milliarden Euro und ein durchschnittlicher Händler von Laborchemikalien muss Merck-Produkte in seinem Sortiment führen, um wettbewerbsfähig zu sein. Der mit Abstand größte Abnehmer von Merck-Produkten ist die europäische VWR International Europe bvba, Zaventem/Belgien, („VWR“), ein Teil der US-amerikanischen VWR-Gruppe, dem weltweit führenden Händler von Laborchemikalien. Die anderen Abnehmer Mercks sind kleinere Laborchemikalienhändler mit Umsätzen unter 100 Mio. Euro.

Im Jahr 2004 hatte Merck mit VWR einen Alleinlieferungsvertrag für Laborchemikalien abgeschlossen. Mit Beschluss vom 14. Juli 2009 (B3-64/05) stellte das Bundeskartellamt fest, dass die Alleinlieferung für bestimmte Gruppen der Laborchemikalien gegen Artikel 81 EGV [jetzt: Art. 101 AEUV] und die parallele deutsche Vorschrift § 1 GWB sowie gegen das Diskriminierungsverbot gemäß § 20 Abs. 1 und 2 GWB verstößt. Merck und VWR wurde untersagt, den Vertrag in der bisherigen Form weiter zu praktizieren. Das Bundeskartellamt hat Merck verpflichtet, nicht nur VWR, sondern den gesamten Laborchemikalienhandel direkt und diskriminierungsfrei mit den betroffenen Laborchemikalien zu beliefern.

Merck führte daraufhin ein neues Rabattsystem für die nicht mehr der Exklusivität unterliegenden Produktgruppen ein. Dieses Rabattsystem sieht einen gestaffelten Rabatt für die Abnehmer Mercks vor, der sich am Gesamtjahresumsatz eines Händlers mit Merck orientiert. Angesichts der stark divergierenden Umsätze, die die verschiedenen

²² Bundeskartellamt, Beschluss vom 6.2.2019, B6-22/16 – Facebook, abrufbar unter <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html>.

Händler mit Merck-Produkten erzielen, führt das Rabattsystem zu einer starken Spreizung der tatsächlich gewährten Rabatte. Der von VWR verlangte Preis liegt deutlich unter demjenigen, den die kleineren Konkurrenten von VWR zu entrichten haben.

Ist eine derartige Rabattstaffelung mit dem Wettbewerbsrecht vereinbar?

h) Weitere Regelbeispiele in Art. 102 Abs. 2 AEUV im Überblick²³

- Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen (lit. a)
- Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher (lit. b), z. B. Ausfuhrverbote; die Verpflichtung, die Ware nur in größeren Packungen weiterzuverkaufen; Verbot der Ausfuhr der Ware in einem bestimmten Zustand (Chiquita).
- Kopplung und Bündelung zum Zwecke der Ausbeutung (lit. d), z. B. BGH „Inter Mailand-Spiel“ (BGHZ 101, 100): Faktisch Kopplung des Kartenverkaufs mit Spiel gegen Braunschweig (Tabellenletzter).

2. Nichtpreisbezogener Behinderungsmissbrauch

a) Geschäftsverweigerung und Essential facility – Doktrin insbesondere

Geschäftsverweigerung kann verschiedene wettbewerbliche Implikationen haben, z. B.:

- Abbruch von Geschäftsverbindungen zur Disziplinierung von Vertragspartnern, die Geschäfte auch mit Konkurrenten machen
Bsp.: United Brands; BBI/Boosey and Hawkes
- Verhinderung von Parallelhandel
Bsp.: GlaxoSmithKline AEVE: Verweigerung von Lieferungen über eine gewisse Mindestliefermenge hinaus
- Absatzbeschränkung iSv Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV zum Schaden der Verbraucher
Bsp.: Magill TV (siehe unten)

Bsp.: Volvo/Veng und Renault/Maxicar:

In diesen Urteilen ging es um die Zulässigkeit der Ausübung von Geschmacksmusterrechten an Kraftfahrzeugkarosserieteilen gegenüber unabhängigen Herstellern. EuGH: Die Verweigerung der Erteilung einer Lizenz kann den Missbrauch einer durch das Schutzrecht abgeschirmten Machtposition bedeuten, u. a. durch Einstellung der Produktion der geschützten Ersatzteile, obwohl noch viele Fahrzeuge dieses Modells im Umlauf sind.

²³ In der Vorlesung nicht behandelt.

Bsp.: SABENA

Weigerung durch SABENA, dem Newcomer London European Airways einen Anschluss an ihr Reservierungssystem zu gestatten, was für Marktzutritt unerlässlich war, mit dem Ziel, in wettbewerbswidriger Weise Druck auf das Konkurrenzunternehmen auszuüben, sich u. a. den Preisen von SABENA anzuschließen.

- Leveraging insbesondere (siehe sogleich en détail):

aa) Leveraging von Marktmacht:

Einsatz der marktbeherrschenden Stellung, um auch auf einem **benachbarten Markt** eine dominante Stellung zu erlangen (leveraging).

Begehungsweise: Geschäftsverweigerung.

Dadurch enthält der Marktbeherrscher Mitbewerbern einen **Input vor**, der für den Auftritt auf dem verbundenen Markt **erforderlich** ist.

Praktisch ist hierfür eine „Flaschenhalssituation“ erforderlich:

- **bewegliche Güter**, insbesondere Rohstoffe, Vor- und Zwischenprodukte, Komponenten)
- **unbewegliche Güter**, insbesondere Infrastruktureinrichtungen wie Flug- und Seehäfen einschließlich einzelner Flughafeneinrichtungen wie Rampen für Bodenabfertigungsdienste²⁴, Betankungsanlagen oder Reservierungssysteme, außerdem Netzwerke, Produktionseinrichtungen und Übertragungsleitungen
- **immaterielle Güter**, insbesondere geschütztes (Patentrecht!) und nicht geschütztes Know-how sowie Informationen, zum Beispiel Schnittstelleninformationen betreffend die Verbindung von Software-Elementen in einem IT-Netzwerk²⁵.

Grundsatz: Privatautonomie – kein Kontrahierungszwang

In Ausnahmefällen: Kontrahierungszwang zulasten marktbeherrschender Unternehmen (zu bestimmten Konditionen)

Besondere Form: Missbräuchliche Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen (Essential Facilities), insb. unbewegliche Güter wie Bahnhöfe, Häfen, Schienensysteme oder Telekommunikationsnetzwerke

²⁴ Kom., ABl. 1998 L 72/30, Rn. 72–73 – Flughafen Frankfurt.

²⁵ Kom., COMP/C-3/37.792, Rn. 568–572 – Microsoft.

bb) Ursprung der Essential Facilities Doktrin in den USA

„Terminal Railroad“ Entscheidung des U.S. Supreme Court, 1912

(1) Sachverhalt

- Drei einzigen Möglichkeiten den Mississippi zu Überqueren: St. Louis Union Station (Brücke), Wiggins Ferry Company (Fähre), Merchants Bridge Company (Brücke)
- Terminal Railroad Association, ein Zusammenschluss aus 14 Eisenbahnunternehmen, erwarb die Brücken und Fährgesellschaft.
- Zur Aufnahme weiterer Eisenbahngesellschaften war eine einstimmige Entscheidung nötig.

(2) Entscheidung

- Feststellung der Verletzung von Art. 1 und 2 Sherman Act
- Zugangsgewährung zu diskriminierungsfreien und angemessenen Bedingungen

Rechtsgrundlagen:

- Art. 102 AEUV (auf europäischer Ebene)
- § 19 Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. Abs. 1 GWB (auf nationaler Ebene)

cc) Prüfungsschema Essential-facilities-Doktrin (iRv Art. 102 AEUV und § 19 GWB)

- 1. Unternehmen
- 2. Marktbeherrschung (bei Art. 102 AEUV: auf gemeins. Markt oder einem wesentlichen Teil desselben)
- 3. Missbrauch:

- a. Wesentliche Einrichtung
- b. Verweigerung des Zugangs
- c. Fehlen einer objektiven Rechtfertigung
- d. Eignung zum Ausschluss des Wettbewerbs

- 4. Bei Art. 102 AEUV: Zwischenstaatlichkeitsklausel

dd) Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen des Art. 102 AEUV im Einzelnen

(1) Wesentliche Einrichtung:

- (a) Einrichtung:
 - Weite Auslegung des Begriffs „Einrichtung“, umfasst:

Bewegliche Güter, z.B. Rohstoffe, Vor- und Zwischenprodukte, Komponenten

Unbewegliche Güter, z.B. Flughäfen, Seehäfen, Betankungsanlagen, Reservierungssysteme, Übertragungsleitungen, Produktionseinrichtungen

Immaterielle Güter, z.B. Informationen, Know-how wie Schnittstelleninformationen

Stichwort: „bottleneck-Situation“

(b) „Wesentlichkeit“ der Einrichtung

- Wesentlich, um auf einem anderen Markt tätig werden zu können
 - Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Duplizierung oder Substitute
 - Prüfungsmaßstab: Sicht des durchschnittlich leistungsfähigen Wettbewerbers
 - Unmöglichkeit kann aus rechtlichen, tatsächlichen, wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen resultieren
 - Wirtschaftliche Gründe führen zu Unerlässlichkeit, wenn Errichtung einer zweiten Einrichtung für jeden Wettbewerber unrentable wäre
- ⇒ Restriktiver, objektiver Vergleichsmaßstab

(2) Verweigerung des Zugangs – Formen:

- Nutzungsentziehung
- Kapazitätsshortung
- Kapazitätsverschlechterung
- Nichtverlängerung einer Geschäftsbeziehung
- Angebot des Zugangs zu prohibitiven Bedingungen (konstruktive Geschäftsverweigerung)

(3) Fehlen einer objektiven Rechtfertigung

- Abwägung zwischen dem **Eigeninteresse** des Marktbeherrschers an der Zugangsverweigerung und dem **öffentlichen Interesse** an der Entwicklung wirksamen Wettbewerbs und der angemessenen Versorgung der Verbraucher

(4) Mögliche Rechtfertigungsgründe für eine Zugangsverweigerung:

- Aus der Sphäre des Marktbeherrschers:
Kapazitätsgrenzen, Erhaltung der Funktionsfähigkeit oder Betriebsfähigkeit von Anlagen, Verbraucherschutz, Sicherung der Funktionsfähigkeit der Einrichtung, Gefahrabwehr, Qualitätssicherung, Betriebssicherheit, Erfordernisse der Geheimhaltung, Schutz der Investitionen, etc.
- Aus der Sphäre des Zugangsbegehrenden:
Mangelnde rechtliche, fachliche, technische oder kommerzielle Eignung, mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, etc.

(5) „Eignung, den Wettbewerb auszuschließen“

Die Zugangsverweigerung muss geeignet sein, jeglichen Wettbewerb auf dem abgeleiteten Markt durch den Zugangspetenten auszuschließen. (Überschneidung mit Prüfung der Wesentlichkeit einer Einrichtung ist möglich.)

Fallbeispiel: EuGH, C-7/97, Urt. v. 26.11.1998 – Oscar Bronner

Sachverhalt: Bronner begehrt Zugang zum Hauszustellungsvertriebssystem des Mediaprint (gegen Entgelt).

Rechtliche Prüfung (Ausschnitt):

- Marktbeherrschendes Unternehmen auf dem vorgelagerten Markt (+)
- Einrichtung (+)
- Wesentlichkeit (-)
Alternative Vertriebswege (+), z. B. Postzustellung oder Laden- oder Kioskverkauf; keine technischen, rechtlichen oder wirtschaftlichen Hindernisse für die Schaffung eines Parallelsystems.
(P) keine realistische Alternative, da geringere Auflagenhöhe – relevant: Rentabilität bei vergleichbarer Auflagenhöhe wie Antragsgegner. Hier (+)
- Verweigerung Zugang/Fehlen objektiver Rechtfertigung/Eignung Ausschluss des Wettbewerbs (nicht mehr zu prüfen, da schon keine wesentliche Einrichtung besteht)

ee) Sonderfall: Immaterialgüter

Problemstellung:

- Recht des geistigen Eigentums
- Verweigerung der Lizenzierung grundsätzlich kein Missbrauch
- Ausnahme: außergewöhnliche Umstände

Kommission und EuGH:

Anwendung der essential-facilities-Doktrin auf Immaterialgüterrechte unter einer weiteren Voraussetzung: „**Verhinderung eines neuen Produkts**“

Für Immaterialgüter gilt somit als Prüfungsschema:

- | |
|---|
| 1. Unternehmen |
| 2. Marktbeherrschung |
| 3. Missbrauch |
| a) Wesentliche Einrichtung |
| b) Verweigerung des Zugangs |
| c) Verhinderung des Marktzutritts eines neuen Produkts |
| d) Fehlen einer objektiven Rechtfertigung |

e) Eignung zum Ausschluss des Wettbewerbs

4. Zwischenstaatlichkeitsklausel

Anforderungen an „Verhindern eines neuen Produktes“:

- Neuheit (+), wenn nicht weitgehend darauf beschränkt, ein Erzeugnis anzubieten, das der Lizenzgeber bereits anbietet (siehe Beispielsfall: „Magill TV Guide“)
- Prognostizierte Nachfrage durch Verbraucher
- Prüfung, ob eine Lizenzverweigerung, *„die technische Entwicklung als solche zum Nachteil des Verbrauchers einschränkt“* (Microsoft-Entscheidung)

ff) Beispielfälle

EuGH, Urt. v. 06.04.1995, Verb. Rs. C. – 241/91 P und C. 242/91 P, Slg. 1995 I, 743 – Magill TV Guide

Sachverhalt:

Der Verlag Magill TV Guide Ltd. wurde zu dem Zweck gegründet, in Irland und Nordirland eine Wochenzeitschrift, den Magill TV Guide, zu veröffentlichen, die umfassend Informationen über alle für die Zuschauer in diesem Gebiet empfangbaren wöchentlichen Fernsehprogramme enthalten sollte. Bis dahin gab es einen solchen umfassenden wöchentlichen Programmführer nicht; jeder Fernsehveranstalter veröffentlichte eine eigene Zeitschrift, die ausschließlich die eigenen Programme enthielt. Unter Berufung auf den urheberrechtlichen Schutz der wöchentlichen Programmvorschauen nach den britischen und irischen Urheberrechtsgesetzen, verweigerten die Fernsehveranstalter die ausführliche Wiedergabe und Veröffentlichung ihrer Programme durch Dritte. Ausübung eines nationalen Urheberrechts als Missbrauch im Sinne des Art. 102 AEUV (damals noch Art. 82 EG)?

Magill-Kriterien: Missbräuchlichkeit ist zu bejahen, wenn

- Rechteinhaber ein selbst nicht angebotenes Erzeugnis, nach dem eine potentielle Verbrauchernachfrage besteht, verhindert,
- Diese Weigerung durch die Tätigkeit der Rechteinhaber auf dem betroffenen Markt nicht gerechtfertigt ist **und**
- Der Rechteinhaber durch die Weigerung zur Erteilung von Lizenzen sich einen abgeleiteten Markt vorbehält, indem er jeden Wettbewerber auf diesem Markt ausschließt

EuGH, Urt. v. 29.04.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039 = WRP 2004, 717 – IMS Health/Kommission

Sachverhalt:

Das Unternehmen IMS Health ist Marktbeherrscher in der Sammlung von Daten über Verkäufe pharmazeutischer Produkte. Es unterteilt Deutschland in 1860 Verkaufszonen (sog. "Baukastensystem", urheberrechtlich geschützt). Sie bilden in der Pharmaindustrie den Standard für die Erfassung von Vertriebsstrukturen in Computerdatenbanken. Eine Umstellung auf ein alternatives Erfassungsmodell würde hohe Kosten verursachen. Haben Wettbewerber von IMS Health einen Anspruch auf Lizenzerteilung für das Baukastensystem?

Entscheidung:

- Marktbeherrschendes Unternehmen (offen gelassen)
- Wesentliche Einrichtung (+)
- Missbräuchlichkeit, wenn durch die Zugangsverweigerung verhindert wird, dass die
 - o Betroffenen Unternehmen auf einem nachgelagerten Markt ein neues Produkt anbieten *und*
 - o Jeglicher Wettbewerb auf diesem Markt ausgeschlossen wird
- Prüfung, ob eine Lizenzverweigerung „die technische Entwicklung als solche *zum Nachteil des Verbrauchers* einschränk[t]“

gg) Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen nach deutschem Recht, § 19 Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. Abs. 1 GWB

Die explizite Regelung der Essential Facilities Doktrin im deutschen § 19 II Nr. 4 GWB enthält seit Inkrafttreten der 10. GWB-Novelle zudem einen besonderen Hinweis auf Daten, die ebenfalls unter den Begriff der wesentlichen Einrichtung zu subsumieren sein können. In der Literatur wird das Beispiel eines „Online-Meal-Planners“ genannt, für den die entsprechende Applikation auf Daten von „smarten“ Kühlschränken der Nutzer angewiesen ist.²⁶

Zu beachten sind spezialgesetzliche Regelungen für netzgebundene Industrien, z. B.

- § 20 EnWG: Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu Energieversorgungsnetze²⁷;
- § 18 I TDDDG: Anspruch auf Bereitstellung von Teilnehmerdaten.
- § 54 II Nr. 2 PostG: Anspruch auf Zugang zu Adressänderungen.

Übersicht:

§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB:

1. Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung
2. Daten, eigene Netze oder andere Infrastruktureinrichtungen (vgl. Kriterium der „Einrichtung“ im Unionsrecht)
3. Objektive Notwendigkeit des Zugangs für Tätigkeit auf vor- oder nachgelagertem Markt (vgl. das Kriterium der „Wesentlichkeit“ auf Unionsebene)
4. Verweigerung des Zugangs gegen angemessenes Entgelt
5. Keine sachliche Rechtfertigung einer Weigerung
6. Zugangsverweigerung droht wirksamen Wettbewerb auf nach- oder vorgelagertem Markt auszuschließen

²⁶ Weber WRP 2020, 559, 561.

²⁷ Beachte dazu Vorrangregel, z. B. § 111 EnWG. Danach schließt die Missbrauchsaufsicht des EnWG über die Energienetze (insbes. §§ 17, 20 ff. EnWG) eine ergänzende Kontrolle nach § 19 GWB aus.

§ 19 Abs. 1 GWB (Generalklausel): Bei von § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB nicht erfassten Fällen denkbar (u.a. Zwangslizenzierung gewerblicher Schutzrechte)

hh) *Unterschiede zwischen AEUV und GWB*

(1) Anwendungsbereich § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB bleibt hinter Art. 102 AEUV zurück:

- Art. 102 AEUV umfasst auch Immaterialgüterrechte wie gewerbliche Schutzrechte
- § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB beschränkt sich auf Daten, physische Netze und Infrastruktureinrichtungen
→ ggf. Anwendung der Generalklausel § 19 Abs. 1 GWB

(2) Ausdrückliche Regelung d. Darlegungs- und Beweislast in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB:

- § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB legt die Beweislast für die eine Zugangsverweigerung rechtfertigenden Umstand ausdrücklich dem Betreiber der Einrichtung auf (Wortlaut: „es sei denn“)
⇒ Unsicherheiten („non liquet“ Situation) gehen zulasten des Antragsgegners

ii) *Weitere Entscheidungen auf europäischer und nationaler Ebene:*

BGH, Beschl. v. 11.12.2012, KVR 7/12, NJW 2013, 1095 = NZKart 2013, 160 – Fährhafen

Puttgarden II

Scandlines ist Eigentümerin des Fährhafens Puttgarden auf der deutschen Insel Fehmarn und betreibt als einzige Anbieterin eine Fährverbindung auf der sog. Vogelfluglinie nach Rødby (Dänemark). Die norwegischen Unternehmen Eidsiva und Fosen beabsichtigen, im Rahmen eines Gemeinschaftsunternehmens einen stündlichen Fährdienst auf derselben Strecke zu betreiben. Zur Durchführung ihres Vorhabens sind sie auf die Mitbenutzung der bestehenden land- und seeseitigen Einrichtungen der Hafenanlage angewiesen, die Scandlines jedoch verweigert. Scandlines hält die Weigerung für gerechtfertigt, weil die Mitbenutzung des Fährhafens Puttgarden zumindest aus rechtlichen Gründen i. S. v. § 19 Abs. 2 Nr. 4 HS. 2 GWB [2013] unmöglich sei. Die im Rahmen der Hafemitbenutzung geplanten Park- und Vorstaufflächen seien derzeit dem Eisenbahnverkehr gewidmet und es sei nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorzusehen, dass dieses Hindernis durch eine eisenbahnrechtliche Entwidmung oder Planfeststellung beseitigt werden könne.

Bsp.: EG-Kommission, ABIEG 1994, L 15 S. 8 "Sea Containers v. Sealink (Sealink II)":

Die Reederei Stena betrieb durch ihre Tochterunternehmen sowohl den Hafen von Holyhead in Wales als auch den Fährverkehr von diesem Hafen aus nach Irland. Die Unternehmung Sea Container wollte Fährdienstleistungen aus diesem Hafen nach Irland im Wettbewerb zu Stena aufnehmen. Unter Hinweis auf angebliche technische Schwierigkeiten und fehlende Kapazität verweigerte Stena den Zugang zum Hafen.

Einstweilige Maßnahme (Abl. EGL 15/8), heute Art. 8 VO 1/2003:

- Gegenstand: Hafen von Holyhead in Wales und Fährverkehr nach Irland
- Relevanter Markt: Erbringung von Hafendiensten für Passagier- und Autofähren

Stena-Gruppe / Sealink	Sea Container
<ul style="list-style-type: none"> • Eigentümerin und Betreiberin des Hafens von Holyhead. • Fährdienstbetreiberin. 	<ul style="list-style-type: none"> • Fährdienstbetreiber • Begehrt Zugang, um neuen Schnellfährdienst einzurichten.

- Keine Alternative zum Hafen Holyhead
- Verweigerung des Zugangs
- Hinweis durch Sealink auf angebliche technische Schwierigkeiten und fehlende Kapazitäten

Entscheidung: Verstoß gegen Art. 86 (jetzt Art. 102 AEUV)

„Der Eigentümer einer wesentlichen Einrichtung, der seine Macht auf dem Markt dazu nutzt, seine Stellung auf einem andern (...) Markt zu stärken, indem er insbesondere einem Wettbewerber den Zugang verweigert (...) unter weniger günstigen Bedingungen (...) gewährt und seinen Wettbewerbern dadurch einen Wettbewerbsnachteil aufzwingt, verstößt gegen Artikel 86.“

- Sealink hat möglichen Zugang verzögert und stets neue Schwierigkeiten geltend gemacht, die einem Zugang von SC entgegenstehen
- Verhalten von Sealink: Sämtliche Angebote von SC abgelehnt, keine Gegenangebote gemacht, sich nicht als „unabhängige Hafenbehörde“ verhalten und keinen Zugang gewährt, die von SC geplanten Schnellfährdienst vielmehr später selbst angeboten

Vor Entscheidung der EU-Kommission lenkte Sealink hingegen ein und machte SC folgendes Angebot, was diese auch annahm:

- Zugang mit angemessenen Zeiträumen
- Zugang zu Hafeneinrichtungen wie übrige Fährdienstanbieter
- Etwaige Verzögerungen/Betriebsunterbrechungen aufgrund von Überlastung oder schlechten Wetters werden auf sämtliche Schultern verteilt (nicht nur zulasten von SC)

Bsp.: EuGH, 6/73, 7/73, Slg. 1974, 223 „Commercial Solvents“:

Das US-amerikanische Unternehmen Commercial Solvents Corporation (CSC) war der einzige Hersteller von Aminobutanol, einem wichtigen Vorprodukt zur Herstellung des Anti-Tuberkulose-Medikaments Etambutol. CSC erwarb die Mehrheit der Anteile an der italienischen Firma Istituto, die als Wiederverkäuferin für den von CSC in den USA hergestellten Rohstoff in der EWG auftrat. Istituto belieferte seit 1966 das italienische Pharmaunternehmen Zoja, das Arzneimittelspezialitäten auf der Basis des CSC-Rohstoffs Aminobutanol herstellte, insbesondere auch Etambutol. Anfang 1970 begann Istituto ebenfalls mit der Herstellung und dem Vertrieb von Etambutol. Neben Zoja und der CSC-Istituto-Gruppe vertrieb im

Wesentlichen nur noch die American Cyanamid Company über ihre Tochtergesellschaft Cyanamid Italia, Etambutol in der EWG.

Ende 1970 beschloss CSC, die Lieferung ihres Rohstoffs auf bereits eingegangene Bestellungen zu beschränken und lediglich Istituto für die Herstellung ihrer eigenen Arzneimittelspezialitäten, darunter Etambutol, weiter zu versorgen. Zoja versuchte, über Istituto den Rohstoff Aminobutol der CSC zu bestellen. CSC verweigerte jedoch die Belieferung und verbat dies auch Istituto.

Ein französisches Unternehmen unternimmt seit Aufkommen der Beschwerden von Zoja über das Verhalten der CSC-Istituto-Gruppe den Versuch, ein Substitut für Aminobutol herzustellen, mit dem zukünftig ebenfalls Embutal hergestellt werden soll. Außerdem produzieren zwei italienische Unternehmen bereits jetzt Embutal auf der Grundlage anderer Rohstoffe als Aminobutanol. Die entsprechende, sehr kostenintensive Produktion ist allerdings von bescheidenem Umfang und nur für den eigenen Bedarf der beiden Hersteller bestimmt.

Zoja hatte Etambutol in mindestens zwei Mitgliedsstaaten der EWG, wo Tuberkulose nur noch eine geringe Bedeutung spielt, ausgeführt, wengleich 90 Prozent des hergestellten Etambutols außerhalb der EWG, insbesondere in Entwicklungsländern verkauft wurde.

b) Abnehmerbindung

- Erfasst wird die Bindung sowohl von (industriellen) Endabnehmern als auch von Zwischenhändlern.

- In Betracht kommt stets auch ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV (wettbewerbsbeschränkende Vertikalvereinbarung → Kartellrecht I, Bsp.: *Delimitis*).

- Missbräuchlichkeit kommt unter zwei Gesichtspunkten in Betracht:

Vertikal: Einschränkung der Wahlfreiheit des Abnehmers und – soweit Zwischenhändler gebunden werden – der Endverbraucher (**Ausbeutungsmisbrauch**) und

Horizontal: Behinderung von (potentiellen) Mitbewerbern durch Errichten von **Marktzutrittschindernissen**.

- Im Hinblick auf den Behinderungsaspekt spielt es keine Rolle, ob die Bindung dem Kunden **aufgezwungen** oder ob sie von diesem **freiwillig eingegangen** wurde.²⁸

²⁸ EuGH, 85/76, Slg. 1979, 461, Rn. 89 – Hoffmann-La Roche; EuG, T-128/98, Slg. 2000, II-3929, Rn. 170 – Aéroports de Paris.

- Spielarten der Bezugsbindung mit Abschottungspotential: vertragliche Exklusivbindung und bloß quantitative, aber am tatsächlichen Bedarf ausgelegte **Mindestabnahmeverpflichtung** (faktischer Zwang).²⁹ Außerdem: **rechtlicher** (vertraglicher) oder **faktischer** Zwang.

Bsp.: Kom., ABl. 1998 L 246/1, Rn. 270 – Van den Bergh Foods; bestätigt durch EuG, T-65/98, Slg. 2003, II-4653, Rn. 160 – Van den Bergh Foods:

Den Händlern wurde die Verpflichtung auferlegt, die ihnen zur Verfügung gestellten Kühltruhen nur zur Aufbewahrung der von dem beherrschenden Lieferanten gelieferten Waren zu verwenden: Faktische Verpflichtung zum Exklusivbezug, da die Abnehmer im Regelfall nicht in der Lage oder nicht daran interessiert waren, noch eine weitere Kühltruhe im Verkaufslokal aufzustellen.

Weiterer Fall: BKartA, CTS Eventim (2019)

c) Kopplung und Bündelung (Tying and bundling)

Unterscheidungen der Kommission³⁰:

(1) Kopplung (tying)

(a) Technische Kopplung: Produkt A funktioniert nur mit dem komplementären Produkt B (z. B. Rasierer und Rasierklingen)

(b) Vertragliche Kopplung: Produkt A wird nur unter der Bedingung verkauft, dass außerdem Produkt B abgenommen wird.

(2) Bündelung (bundling)

(a) Reine Bündelung (pure bundling): Produkte A und B werden nur im Paket verkauft.

(b) Gemischte Bündelung (mixed bundling): Produkte A und B werden sowohl getrennt als auch im Paket verkauft. Der Paketpreis ist allerdings günstiger als Einzelpreis (z. B. Kameragehäuse mit passendem Objektiv).

Begehungsweise: Der MB setzt in der Regel das attraktive Produkt A („Kopplungs- bzw. Bündelungsprodukt“) ein, um den Umsatz mit dem Produkt B („gekoppeltes bzw. gebündeltes Produkt“) zu steigern.

²⁹ Kom., ABl. 1991 L 152/21, Rn. 8, 29 – Soda-Solvay.

³⁰ Kom., Prioritätenmitteilung, Rn. 46 ff. Beachte: In den Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Sog. Nicht-horizontale-Leitlinien), ABl. 2008 Nr. C 265/6, übersetzt die Kommission die Begriffe „bundling and tying“ mit „Kopplung und Bindung“, Rn. 96 f.

Wettbewerbsbeschränkende Wirkung: Damit kann es (potentiellen) Wettbewerbern den Zugang zu dem gekoppelten (gebündelten) Markt verschließen (Variante des Behinderungsmissbrauchs)

Daneben: Bündelung und Kopplung können auch eine Form des Ausbeutungsmissbrauchs sein (Art. 102 Abs. 2 lit. d) (Bsp: *Inter-Mailand-Spiel*).

Bsp.: EuG, Urt. v. 17.09.2007, Rs. T – 201/04, Slg. 2007, II – 03601 - Microsoft/Kommission:

Microsoft entwickelt und vermarktet Software-Produkte. Mit den verschiedenen Versionen seines Betriebssystems Windows hat das Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Client-PC-Betriebssysteme und auf dem Markt für Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme. Der von Microsoft ebenfalls entwickelte Windows Media Player ist technisch in Windows integriert und wird vorinstalliert mit jeder Version des Betriebssystems ausgeliefert.

Vgl. auch die sog. Microsoft II-Entscheidung betreffend den Internet Explorer.

Leveraging: Übertragung von Marktmacht vom Kopplungsmarkt auf den gekoppelten Markt

Beispiele Microsoft:

- Markt für PC-Betriebssysteme und Markt für Media Player
- Markt für PC-Betriebssysteme und Markt für Browser

(Exkurs: Kommission, Entsch. v. 16.12.2009, COMP/C-3/39.530 - Microsoft II (Internet Explorer); Choice screen als Kern der Verpflichtungszusagenentscheidung gemäß Art. 9 VO 1/2003)

Tatbestandsvoraussetzungen der missbräuchlichen Kopplung im Überblick

- (1) Marktbeherrschung auf dem Markt des koppelnden Gutes
- (2) Vorliegen zweier separater Produkte
- (3) Kopplungstatbestand
Verknüpfung der separaten Produkte im Rahmen des Vertriebs
- (4) Wettbewerbswidrige Marktverschließung
- (5) Fehlende Rechtfertigung

Zu den Voraussetzungen im Einzelnen:

(1) Marktbeherrschung auf dem Markt des koppelnden Gutes

- Feststellung durch gängige Methoden, u. a. Bedarfsmarktkonzept, Kreuz-Preis-Elastizität, SSNIP-Test, Angebotsumstellungsflexibilität
- Keine Marktbeherrschung auf Markt des gekoppelten Marktes erforderlich

(2) Vorliegen zweier separater Produkte

Hinreichende **Abgrenzbarkeit**

- Indiz: Zweitprodukt wird auch von anderen Herstellern angeboten
- Maßstab Verbrauchernachfrage: Große Anzahl von Kunden hätte ohne Kopplung das Kopplungsprodukt gekauft, ohne gleichzeitig das gekoppelte Produkt beim selben Anbieter zu kaufen (EuG, T-201/04 - *Microsoft*, Rn. 917)
- Allein Funktionseinheit, Sicherheit oder Zuverlässigkeit eines aus mehreren Komponenten bestehenden Produktsystems genügt noch nicht für die Annahme eines einheitlichen Produkts (EuGH, C-53/92 *Hilti*; C-333/94 P *Tetra Pak II*)

Bsp.:

- Abgrenzbarkeit (-) bei Warengesamtheiten wie z. B. Werkzeugset
- Abgrenzbarkeit (-) bei Pkw mit eingebauten Scheinwerfern
- Abgrenzbarkeit (+) bei Pkw und Navi oder Dachgepäckträger

(3) Kopplungstatbestand

Verknüpfung der separaten Produkte im Rahmen des Vertriebs

- ...durch **Zwang** (vertragliche Verpflichtung oder technische Koppelung)
- ...durch **anreizbasierte Kopplung** (z.B. finanzielle Vergünstigungen oder verbesserte Vertragsbedingungen bei Abnahme beider Produkte → *Hilti*)

(4) Wettbewerbswidrige Marktverschließung

Kopplungsgeschäft muss im **konkreten Einzelfall** zu einer wahrscheinlichen oder tatsächlichen, wettbewerbswidrigen Marktverschließung auf dem Kopplungsmarkt oder dem gekoppelten Markt führen, im Einzelnen:

- **Leveraging**: Übertragung der Macht vom Kopplungsmarkt auf den Markt für das gekoppelte Gut mit dem Ziel, eine künstliche Nachfrage im gekoppelten Markt zu erreichen.
- **Verstärkung der marktbeherrschenden Position** auf dem Kopplungsmarkt.

(5) Fehlende Rechtfertigung

Möglich bei Sachzusammenhang, Handelsbrauch, objektiver Notwendigkeit oder Effizienzvorteilen. Im Einzelnen:

- **Sachzusammenhang** ist gegeben, wenn überzeugende technische oder wirtschaftliche Gründe für eine Zusammenfassung der Leistungen sprechen
- Rechtfertigung ist nur als *ultima ratio* **ausnahmsweise** zulässig, wenn weniger wettbewerbsbehindernde Maßnahmen nicht ausreichen um Sicherheit, Funktionsfähigkeit oder Zuverlässigkeit zu gewährleisten (EuGH, C-53/92 *Hilti*; EuGH, C-333/94 P *Tetra Pak II*)
- **Handelsbrauch** darf **nicht allein von Marktbeherrscher begründet** sein (EuG, T-201/04 *Microsoft/Kommission*, Rn. 940)
- Vergleichsmaßstab: Verhalten von Unternehmen auf anderen räumlichen Märkten, auf denen keine Marktbeherrschung einzelner Unternehmen besteht.
- Rechtfertigungsgründe werden nur **sehr restriktiv** anerkannt.

Beispiel *Industriegase* (1989)

Sachverhalt: Hersteller von Industriegasen behalten sich ausschließliches Recht für die Befüllung und zur Wartung der Lagerbehälter ihrer Kunden vor.

Rechtfertigung?

Ausnahmsweise aus Gründen der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes gerechtfertigt.

Beispiel *Tetra Pak* (1991)

Vorwurf: Übertragung der beherrschenden Stellung auf dem Markt für Verpackungsmaschinen auf Markt für Kartons durch Verpflichtung zur gleichzeitigen Abnahme.

Rechtfertigung?

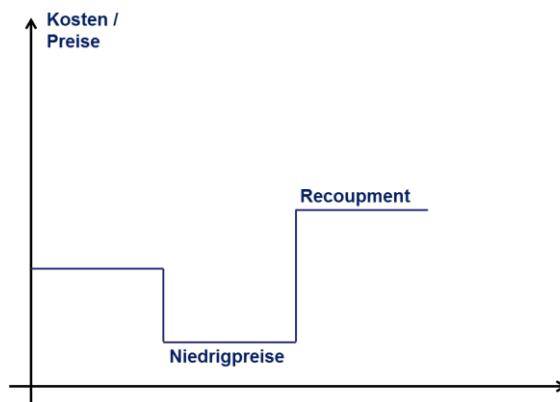
- Notwendigkeit aus technischen oder sanitären Gründen?
- Kommission: Voraussetzung für **zuverlässiges Funktionieren** mit Kartons von Drittanbietern hätte auch durch **Bekanntgabe der technischen Spezifikationen** erfolgen können.

3. Preisbezogene Behinderungsmissbräuche

a) Grundlagen

Niedrigpreisstrategien können dazu dienen, Wettbewerber zu disziplinieren und vom Markt zu verdrängen. Die Missbräuchlichkeit hängt wesentlich davon ab, ob die praktizierten Preise kostendeckend sind oder nicht. Sind die Preise des Marktbeherrschers nicht kostendeckend, können Konkurrenzunternehmen – nicht zuletzt aufgrund ihrer geringeren Finanzkraft – in diesem Preiskampf nur begrenzte Zeit mithalten. Bleibt das marktbeherrschende Unternehmen im Zeitverlauf allein am Markt zurück, kann es die Preise so gestalten, dass nicht nur die während des Verdrängungskampfes entstandenen Verluste kompensiert, sondern auch Gewinne generiert werden (Überkompensation, „Recoupment“).

(1) Ökonomische Rationalität von Kampfpreisen/Bedürfnis für kartellbehördliches Einschreiten?



- **Gewinnmaximierung:** Preistheoretische Analyse unter der Prämisse unvollkommener Information (Recoupment!)

- Verdrängung: Signalisierung von Leistungswettbewerb zum Ausschluss tatsächlicher Konkurrenten aus demselben Markt
- Abschreckung: Suggestieren von schwacher Marktnachfrage und fehlenden Erfolgsaussichten, um potentielle Wettbewerber von einem Markteintritt abzuhalten

- Disziplinierung: Aggressive Preispolitik in einem Markt als Strategie zur Verhinderung kämpferischen Verhaltens von Konkurrenten auf anderen Märkten (Bsp.: AKZO)

- **Umsatzmaximierung:** Ziel ist allein der Zugewinn bzw. die Sicherung von Marktanteilen („buying market share pricing“-Theorie), der Ausgleich der anfänglichen Verdrängungsverluste spielt dagegen keine Rolle.

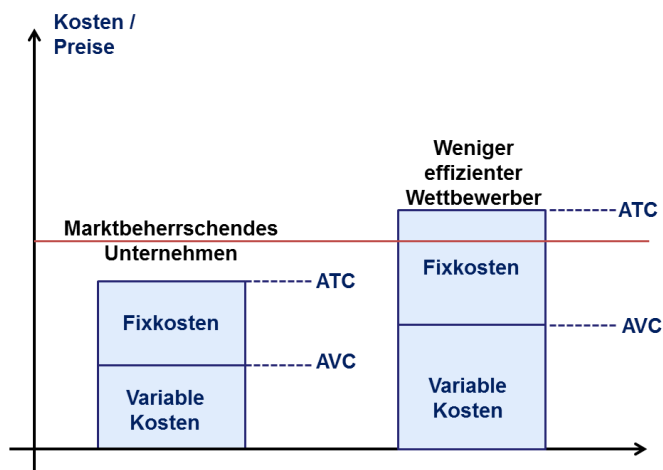
- Private Unternehmen: Kurzfristige Steigerung des Marktwertes von Unternehmen (Erhöhung von Umsatzzahlen bzw. Kapitalstock), Erhöhung von Ansehen und Einkommen (leistungsbezogene Boni) der Geschäftsführung

- Staatliche Unternehmen: Überwiegend politische Ziele (Sicherung des öffentlichen Versorgungsauftrags, Erhalt von Arbeitsplätzen)

(2) Kosten-Preis-Vergleiche

- Equally efficient competitor-Test: Könnte ein hypothetischer Wettbewerber, der die Kostenstruktur des marktbeherrschenden Unternehmens aufweist, aber nicht über dessen Marktmacht verfügt, kostendeckend am Markt agieren, wenn er die Preise des marktbeherrschenden Unternehmens verlangen würde?

(3) Equally efficient competitor- versus Reasonably efficient competitor-Test



Kommission, Prioritätenmitteilung 2008 (Neufassung 2003):

„Die Kommission wird in der Regel ~~nur~~ dann tätig, um wettbewerbswidrige Marktverschließungen zu verhindern, wenn das fragliche Verhalten andere, genauso effiziente Wettbewerber wie das marktbeherrschende Unternehmen („as efficient competitors“) daran hindert bzw. bereits gehindert hat, am Wettbewerb teilzunehmen.“

Siehe schon EuGH, C-62/86, Slg. 1991 I-3439, Rn. 72, 74 - AKZO; EuGH, C-202/07 P, Slg. 2009 I-02369, Rn. 108 - France Télécom; EuGH, C-52/09, Slg. 2011 I-00527, Rn. 41 - Telia Sonera.

Begründung:

- Von Marktbeherrscher kann Kenntnis der Kostendaten der Wettbewerber nicht verlangt werden.³¹

- Es geht um Schutz des Wettbewerbs, nicht um den Schutz weniger effizienter Wettbewerber.

Anwendung des für das marktbeherrschende Unternehmen strengeren Reasonably efficient competitor-Maßstabs nur in Ausnahmefällen angezeigt:

- Fehlende Daten.

- Infrastrukturen des MB als wesentliche Vorprodukt sind bereits amortisiert.

- „Besondere Wettbewerbsbedingungen“. Bsp.: Wettbewerber braucht Zeit, um von möglichen Netz- und Lerneffekten zu profitieren, um so mittelfristig ein dem Marktbeherrscher ebenbürtiger Wettbewerber zu werden.³²

Dazu EuGH, Telia Sonera: „Insofern ist nicht auszuschließen, dass die Kosten und Preise der Wettbewerber für die Prüfung der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Preispolitik relevant sind. Das könnte insbesondere dann der Fall sein, wenn (1) die Kostenstruktur des beherrschenden Unternehmens aus objektiven Gründen nicht klar erkennbar ist oder (2) wenn die den Wettbewerbern erbrachte Leistung lediglich darin besteht, eine Infrastruktur zu nutzen, deren Herstellungskosten sich bereits amortisiert haben, so dass der Zugang zu dieser Infrastruktur für das beherrschende Unternehmen nicht

³¹ Vgl. EuGH, C-62/86, Slg. 1991 I-3439, Rn. 74 - AKZO.

³² Kom., Prioritätenmitteilung Rn. 24.

mehr mit Kosten verbunden ist, die mit den Kosten ihrer Wettbewerber für diesen Zugang wirtschaftlich vergleichbar sind, oder (3) wenn die besonderen Wettbewerbsbedingungen des Marktes es erfordern, weil z. B. die Höhe der Kosten des beherrschenden Unternehmens speziell auf den Wettbewerbsvorteil zurückzuführen ist, den die beherrschende Stellung diesem Unternehmen beschert.“³³

(4) Kostenarten

Fixkosten - Kosten, die nicht mit der produzierten Menge variieren.³⁴ Beispiele sind Miete für Produktions- oder Lagerräume³⁵ sowie Kosten für die Nutzung eines Netzes³⁶.

Grenzkosten („marginal costs“ – MC) - Kosten für die Produktion einer zusätzlichen Einheit an Output. Praktisch sehr schwer bestimmbar. Das gilt sogar für das produzierende Unternehmen selbst.

Variable Kosten („variable costs“) - Kosten, die mit der produzierten Menge variieren.³⁷ Bsp.: Rohstoffe, Energie, Kosten der Akquisition neuer Kunden.³⁸

Durchschnittliche variable Kosten („average variable costs“ – AVC) - Summe der variablen Kosten geteilt durch die Ausbringungsmenge.

Durchschnittliche vermeidbare Kosten („average avoidable costs“ – AAC) – „Mittel aus den Kosten, die ein Unternehmen hätte vermeiden können, wenn es darauf verzichtet hätte, eine abgesonderte Menge an (zusätzlichem) Output zu produzieren.“³⁹

AAC sind (theoretisch) höher als AVC, in der Praxis aber nicht selten identisch mit ihnen, da zumindest kurzfristig nur die variablen Kosten vermieden werden können.⁴⁰ Bsp.: Mietvertrag über eine Produktionshalle kann erst nach Ablauf bestimmter Fristen gekündigt werden.

³³ EuGH, C-52/09, Slg. 2011, I-527, Rn. 45 – Telia Sonera.

³⁴ EuGH, C-62/86, Slg. 1991, I-3359, Rn. 71 – AKZO.

³⁵ *O'Donoghue/Padilla* 237.

³⁶ Schlussanträge, C-209/10, Rn. 34 – Post Danmark.

³⁷ EuGH, C-62/86, Slg. 1991, I-3359, Rn. 71 – AKZO.

³⁸ EuGH, C-202/07 P, Slg. 2009, I-2369, Rn. 78 – France Telekom.

³⁹ Kom., Prioritätenmitteilung Rn. 26 Fn. 2.

⁴⁰ Kom., Prioritätenmitteilung, Rn. 26 Fn. 2.

Langfristige durchschnittliche Grenzkosten bzw. **Zusatzkosten** („long-run average incremental costs“ – LRAIC) - „Mittel aller (variablen und fixen) Kosten, die einem Unternehmen bei der Herstellung eines bestimmten Produkts entstehen“⁴¹. MaW: alle produktspezifischen Kosten, einschließlich der versunkenen Kosten (anders: AAC).

Durchschnittliche Gesamtkosten („average total costs“ – ATC) - Summe aller variablen und fixen Kosten, geteilt durch die Gesamtausbringungsmenge.⁴² Im Falle von Einproduktunternehmen sind LRAIC und ATC identisch. Bei Mehrproduktunternehmen sind jedoch die ATC größer als die LRAIC, da Gemeinkosten in den LRAIC nicht enthalten sind.⁴³

Gemeinkosten („common costs“) - Kosten, die bei Mehrproduktunternehmen für mehrere oder alle Produkte anfallen und unverändert bleiben, wenn ein Produkt eingestellt wird und deshalb nicht unmittelbar einem bestimmten Produkt zugerechnet werden können.

(5) Kostenmaßstäbe, insbesondere AKZO-Formel:

EuGH, Urt. v. 3. Juli 1991, C- 62/86 - AKZO Chemie BV gegen Kommission

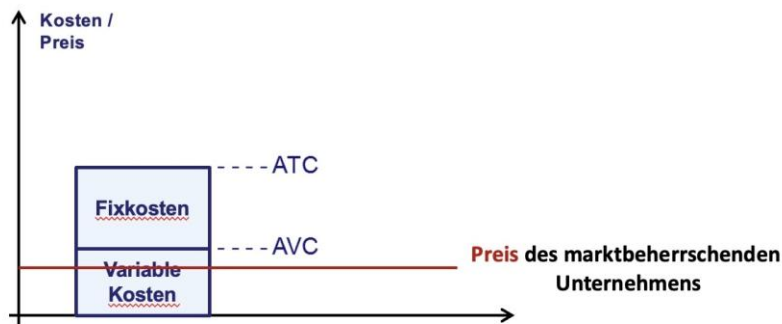
„(70) Artikel 86 EWG-Vertrag [= Art. 102 AEUV] verbietet es einem marktbeherrschenden Unternehmen, einen Mitbewerber zu verdrängen und auf diese Weise die eigene Stellung zu stärken, indem es zu anderen Mitteln als denjenigen eines Leistungswettbewerbs greift. Unter diesem Gesichtspunkt kann nicht jeder Preiswettbewerb als zulässig angesehen werden.“

„(71) Preise, die unter den durchschnittlichen variablen Kosten [AVC, FB] (d. h. den Kosten, die je nach den produzierten Mengen variieren) liegen und mit deren Hilfe ein beherrschendes Unternehmen versucht, einen Konkurrenten auszuschalten, sind als mißbräuchlich anzusehen.“

⁴¹ Kom., Prioritätenmitteilung, Rn. 26 Fn. 2.

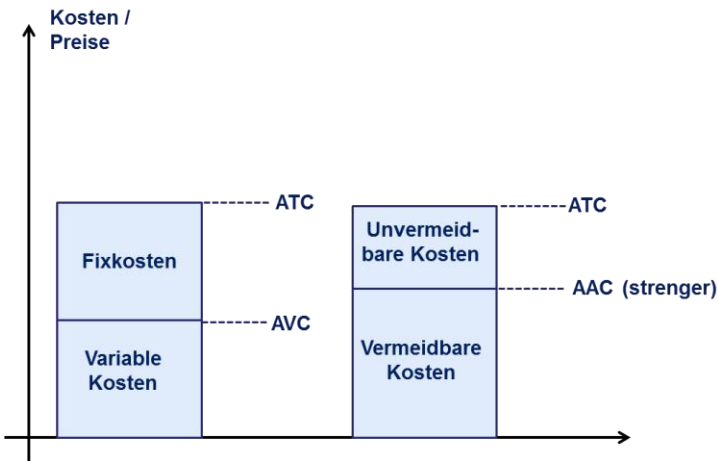
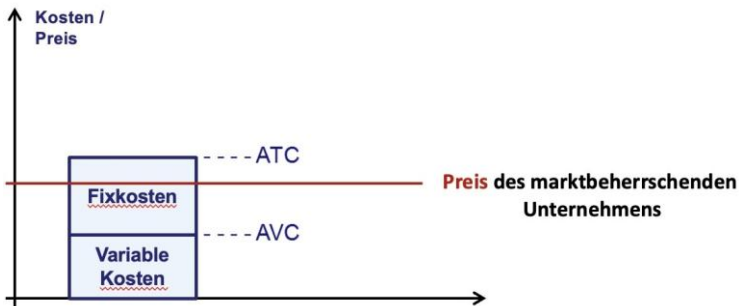
⁴² EuGH, C-62/86, Slg. 1991, I-3359, Rn. 72 – AKZO.

⁴³ Kom., Prioritätenmitteilung, Rn. 26 Fn. 2.



„(71) **Preise, die unter den durchschnittlichen variablen Kosten** (d. h. den Kosten, die je nach den produzierten Mengen variieren) liegen und mit deren Hilfe ein beherrschendes Unternehmen versucht, einen Konkurrenten auszuschalten, sind als mißbräuchlich anzusehen. Ein beherrschendes Unternehmen hat nämlich nur dann ein Interesse, derartige Preise zu praktizieren, wenn es seine Konkurrenten ausschalten will, um danach unter Ausnutzung seiner Monopolstellung seine Preise wieder anzuheben, denn jeder Verkauf bringt für das Unternehmen einen Verlust in Höhe seiner gesamten Fixkosten (d. h. der Kosten, die ungeachtet der produzierten Mengen konstant bleiben) und zumindest eines Teils der variablen Kosten je produzierte Einheit mit sich.“

„(72) Auch **Preise, die unter den durchschnittlichen Gesamtkosten** - d. h. Fixkosten plus variable Kosten -, **jedoch über den durchschnittlichen variablen Kosten** liegen, sind als mißbräuchlich anzusehen, wenn sie im Rahmen eines **Plans** festgesetzt wurden, der die Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel hat. Diese Preise können nämlich Unternehmen vom Markt verdrängen, die vielleicht ebenso leistungsfähig sind wie das beherrschende Unternehmen, wegen ihrer geringeren Finanzkraft jedoch nicht dem auf sie ausgeübten Konkurrenzdruck standhalten können.“



Entwickelt in Anlehnung an den von *Areeda/Turner* zu Section II Sherman Act entwickelten Test zur Feststellung von Kampfpreisen⁴⁴: "Preise, die **unter den durchschnittlichen variablen Kosten** (d. h. den Kosten, die je nach den produzierten Mengen variieren) liegen und mit deren Hilfe ein beherrschendes Unternehmen versucht, einen Konkurrenten auszuschalten, sind als missbräuchlich anzusehen. Ein beherrschendes Unternehmen hat nämlich nur dann ein Interesse, derartige Preise zu praktizieren, wenn es seine Konkurrenten ausschalten will, um danach unter Ausnutzung seiner Monopolstellung seine Preise wieder anzuheben, denn jeder Verkauf bringt für das Unternehmen ei-

⁴⁴ *Areeda/Turner* 88 Harvard L. Rev. 1974/75, 697.

nen Verlust in Höhe seiner gesamten Fixkosten (d. h. der Kosten, die ungeachtet der produzierten Mengen konstant bleiben) und zumindest eines Teils der variablen Kosten je produzierte Einheit mit sich.

Auch Preise, die **unter den durchschnittlichen Gesamtkosten** - das heißt Fixkosten plus variable Kosten -, jedoch **über den durchschnittlichen variablen Kosten** liegen, sind als missbräuchlich anzusehen, wenn sie **im Rahmen eines Plans** festgesetzt wurden, der die Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel hat. Diese Preise können nämlich Unternehmen vom Markt verdrängen, die vielleicht ebenso leistungsfähig sind wie das beherrschende Unternehmen, wegen ihrer geringeren Finanzkraft jedoch nicht dem auf sie ausgeübten Konkurrenzdruck standhalten können.“⁴⁵

(6) Nachweisanforderungen



EuG, Urt. v. 30.9.2003, T-203/01 – Michelin II

„Angesichts des Regelungszusammenhangs wird eine Verhaltensweise jedoch nur dann als missbräuchlich im Sinne des Artikel 82 angesehen, wenn sie den **Wettbewerb beschränken kann**.“

EuGH, Urt. v. 12.5.2022, C-377/20– Servizio Elettrico Nazionale

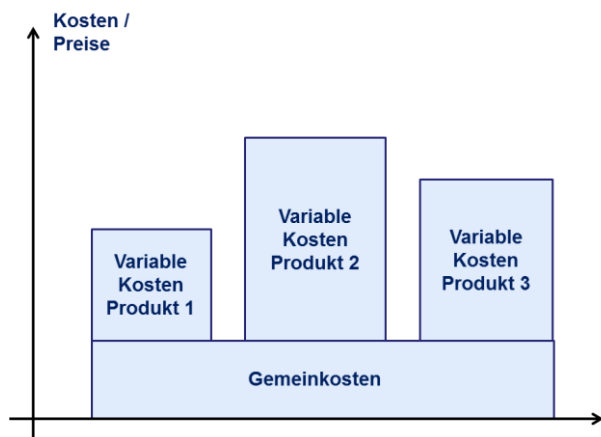
„(53) Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Einstufung einer Praxis eines Unternehmens in beherrschender Stellung als missbräuchlich **nicht** von dem **Nachweis** abhängt,

⁴⁵ EuGH, C-62/86, Slg. 1991, I-3359, Rn. 72 – AKZO; zuletzt EuG, T-340/03, Slg. 2007, II-107, Rn. 197 – France Télécom.

dass, wenn die Praxis eines solchen Unternehmens auf die **Verdrängung** seiner Wettbewerber vom betreffenden Markt angelegt ist, dies auch **erreicht** worden ist und es folglich auf dem Markt zu einer **konkreten Verdrängungswirkung** gekommen ist.“

Der Nachweis, dass Niedrigpreispolitik eines marktbeherrschenden Unternehmens den Marktaustritt, die Disziplinierung oder die Abschreckung aktueller oder potentieller Wettbewerber bewirken kann, obliegt (ebenso wie der Nachweis einer entsprechenden Absicht und Ausrichtung) der Kartellbehörde oder dem privaten Kläger in einem nationalen Gerichtsverfahren. Nicht erforderlich ist, dass der tatsächliche oder unmittelbar bevorstehende Eintritt dieser Wirkungen nachgewiesen wird.⁴⁶ Es reicht vielmehr der Nachweis der (nicht bloß abstrakten) Eignung, diese Wirkung unter den gegebenen Marktbedingungen zu erzielen.⁴⁷

(7) Gemeinkosten



Unterdeckung der Produktionskosten durch den Verkaufspreis kann sich auch daraus ergeben, dass der Preis die Kosten der (Mit-)Nutzung gemeinsamer Produktionseinrichtungen etc. nicht ausreichend reflektiert. Beispiele: Verwaltung, Telefon, Internet, Miete Büroräume.

Die Schwierigkeit liegt darin, Gemeinkosten den einzelnen Produkten zuzuordnen.

⁴⁶ EuG, T-24-26/93, T-28/93, Slg. 1996, II-1201, Rn. 149 – Compagnie maritime belge; EuG, T-219/99, Slg. 2003, II-5917, Rn. 297 – British Airways; bestätigt durch EuGH, C-95/04 P, Slg. 2007, I-2331 – British Airways.

⁴⁷ Vgl. Kom., ABl. 1985 L 374/1, Rn. 81-83 – AKZO.

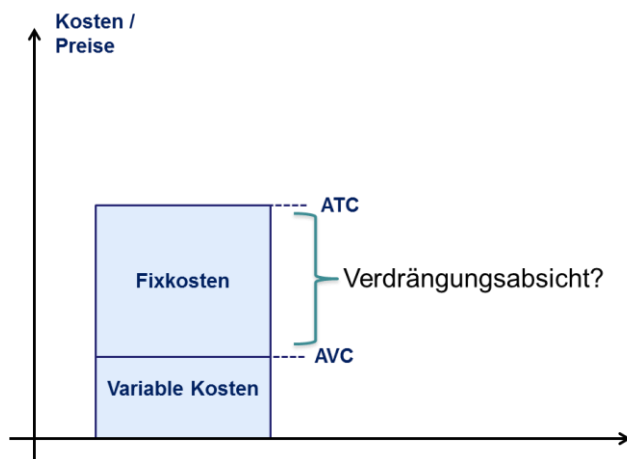
Vollkostenansatz: Es bedarf einer Zuordnung der Gemeinkosten nach bestimmten Kriterien wie Umsatz- oder Produktionsanteilen. Wirkt häufig willkürlich.

Stand-alone-Kosten: (fiktive) Kosten, die für die Produktion nur eines Gutes anfallen würden.

Echte und unechte Gemeinkosten:

Beispiel: Postunternehmen benötigt für die Zustellung von Briefsendungen (Produkt 1) und Postwurfsendungen (Produkt 2) in der Stadt X fünf Briefträger. Die bloße Zustellung der Briefsendungen benötigt allein drei Briefträger. Damit handelt es sich bei der Differenz von zwei (zusätzlichen) Briefträgern für die Zustellung der Postwurfsendungen um unechte (den Postwurfsendungen zuzurechnende) Gemeinkosten.

(8) Verdrängungsabsicht



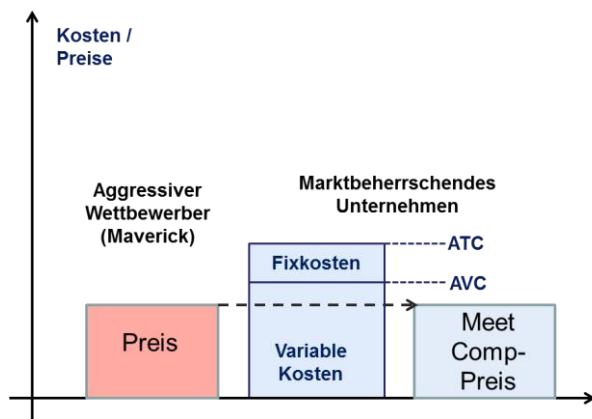
- Nachweis einer Verdrängungsabsicht kann ausschlaggebend sein bei Abgrenzung zwischen erlaubtem Leistungswettbewerb und unzulässigem Verdrängungswettbewerb (siehe oben „AKZO-Formel“).

- Nachweis eines strategischen Plans zur Verdrängung, Disziplinierung oder Abschreckung aktueller oder potenzieller Wettbewerber kann direkt oder indirekt (d. h. durch Bezugnahme auf Begleitumstände etwa der Preissenkung erbracht werden:

- Direkte Beweise: unternehmensinterne Dokumente (zB Emails, Protokolle, Vermerke) oder entsprechende Drohungen gegenüber den Wettbewerbern („smoking gun“).

- Indirekte Nachweise: Begleitumstände wie Selektivität einer Maßnahme, beschränkt auf wichtige Kunden des Mitbewerbers, dadurch Verhindern des Erreichens einer „kritischen Masse“ oder Erbringen eines finanziellen Opfers („sacrifice“) durch Marktbeherrscher.

(9) Rechtfertigung/Effizienzeinrede



- Rechtfertigung ist möglich, Beweislast aber beim Marktbeherrscher.

- (Ungeschriebene) Voraussetzungen ähneln denjenigen von Art. 101 Abs. 3 AEUV.

EuGH, Urt. v. 27.3.2012, C-209/10, Post Danmark:

„Unternehmen in beherrschender Stellung [hat] nachzuweisen, [1] dass die durch das betreffende Verhalten möglicherweise eintretenden Effizienzvorteile [2] wahrscheinlich negative Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Interessen der Verbraucher auf den betroffenen Märkten ausgleichen, [3] dass diese Effizienzvorteile durch das genannte Verhalten erzielt worden sind oder erzielt werden können und dass dieses Verhalten für das Erreichen der Effizienzvorteile notwendig ist und [4] einen wirksamen Wettbewerb nicht ausschaltet, indem es alle oder die meisten bestehenden Quellen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbs zum Versiegen bringt.“⁴⁸

Beispiele:

- Generierung zusätzlicher Folgeerträge (häufig auf einem anderen Markt) durch den für sich unter Umständen verlustbringenden Absatz von Waren oder Dienstleistungen (Bsp.: Zeitung: Lesermarkt und Anzeigenmarkt; Kreditkarteninhaber und die Nutzung von Kreditkarten gestattende Kaufleute; Nutzung einer kostenlosen Suchmaschine

⁴⁸ EuGH, C-209/10, Urteil v. 27.3.2012, Rn. 42 – Post Danmark. Arabische Ziffern vom Verf.

einerseits und Werbekunden des Suchmaschinenbetreibers andererseits). Weiteres Beispiel: Testverkäufe.

- „Meeting competition defense“, d.h. die Reaktion auf die Preispolitik von Konkurrenzunternehmen (siehe Grafik).

- Notwendigkeit einer Lagerräumung, insbesondere des raschen Verkaufs verderblicher Ware oder bestimmter Saisonartikel. Ausdrücklich geregelt in § 20 Abs. 3 S. 4 GWB betreffend Lebensmittel.

b) Kampfpreismissbrauch (Predatory Pricing)

Bsp.: ECN v. AKZO-Fall:

Die AKZO Chemie BV (AKZO), Tochtergesellschaft des niederländischen Chemiekonzerns AKZO NV, hat mit ihrer Tochtergesellschaft AKZO Chemie UK Ltd. (AKZO UK) hält für die Herstellung organischer Peroxide einen Marktanteil von knapp 50 % im Vereinigten Königreich und in Irland. Abnehmer sind große europäische Kunststoffproduzenten (Polymerproduzenten) wie z. B. die BASF in Deutschland. Andere Hersteller organischer Peroxide kommen auf deutlich niedrigere Marktanteile. Auch besitzt AKZO die kommerziell und technisch am weitesten entwickelte Vertriebsorganisation für organische Peroxide und mehr Know-how in Bezug auf Sicherheit und Toxikologie als ihre Mitbewerber. AKZO hat Produktionsanlagen für organische Peroxide in den Niederlanden, Belgien, Deutschland und dem Vereinigten Königreich.

Neben der Herstellung organischer Peroxide erzeugt AKZO UK außerdem Benzoylperoxid-Verbindungen, die in Großbritannien und Irland u.a. als Bleichmittel für Mehl verwendet werden. Die Firma Engineering and Chemical Supplies Ltd. (ECS) produziert ebenfalls Benzoylperoxid, das sie als Mehlzusatz um etwa 10% billiger als AKZO UK verkaufen kann. Auch auf dem Markt für Benzoylperoxid-Verbindungen ist AKZO UK führend mit einem Marktanteil von 55 % im Vereinigten Königreich gegenüber ECS mit 35 % und einem dritten Unternehmen, Diaflex, mit nur 13 %. Aus internen Präsentationen von AKZO geht hervor, dass das Unternehmen besonders beunruhigt ist angesichts von Plänen des Konkurrenten ECS, seinen Tätigkeitsbereich auf das für AKZO besonders wichtige und rentable Geschäft mit organischen Peroxyden auszudehnen. In der internen Präsentation AKZOs wird als Strategie ausgegeben, ECS „aggressiv“ zu bekämpfen, wo immer er auf dem Markt für organische Peroxyde erscheint. Es gelte zu verhindern, dass ECS AKZO Marktanteile abnehmen könne.

In der Folge bietet AKZO UK den wichtigsten Abnehmern von ECS Benzoyl-peroxide zu Preisen an, die nicht nur unter denen von ECS, sondern auch unter den Herstellungskosten von AKZO, wenngleich über AKZOs durchschnittlichen variablen Kosten liegen. Die Preise, die AKZO den ECS-Kunden anbietet, liegen ca. 30 % unter denen, die AKZO seinen eigenen vergleichbaren Kunden anbietet. Zugleich wendet AKZO UK sich in einem Schreiben an den Direktor von ECS, in dem AKZO androht, dass »aggressive Geschäftspraktiken gegenüber den Mühlen in Gang gebracht würden, wenn er nicht den Verkauf seiner Produkte an die Kunststoff-Industrie einstellt". AKZO setzt dem Direktor von ECS in dem Schreiben eine Frist von einer Woche, um der Forderung von AKZO nachzukommen. Andernfalls werde, so AKZO, ein detaillierter Plan in Gang gesetzt, um nicht nur eine allgemeine Marktpreissenkung für Benzoyl-peroxid, sondern auch die Abwerbung aller ECS-Kunden durch Verkäufe zu erheblich unter Selbstkosten liegenden Preisen durchzusetzen.

Bsp.: Kommission WuW/E EU-V 1005 „Wanadoo Interactive“⁴⁹.

Wanadoo, zum relevanten Zeitpunkt eine Tochtergesellschaft der France Télécom, bot auf dem französischen Markt den Zugang zu Breitbandleitungen (ADSL-Leitungen) an Endkunden an. Die Muttergesellschaft France Télécom war lange Zeit der einzige Anbieter des Vorleistungsprodukts für ADSL-Anschlüsse. In den Jahren 2001 und 2002 kam es zu einer dynamischen Entwicklung des Marktes für DSL-Dienste. In weniger als zwei Jahren verfünffachte sich die Zahl der Nutzer von Breitband-Internetzugängen. Aus Schriftstücken einer internen Präsentation von Juli 2000 auf Führungsebene von Wanadoo wird das Ziel für die folgenden beiden Jahre formuliert: „Vereinnahmung des ADSL-Markts [...] und Steigerung des Absatzes 2001, aber negative finanzielle Bilanz, Verlustpreise sind in Kauf zu nehmen". In einem weiteren internen Dokument aus dem Jahr 2000 heißt es: „Mit einem zu hohen Preis wird es uns schwerfallen, den Breitbandmarkt zu vereinnahmen. Wir sind bei den Preisen zu hoch positioniert. Unsere Konkurrenten werden bei den Preisen niedriger liegen."

Die Preise, die Wanadoo für seine Breitband-Internetzugangsdienste aufrief, lagen von März 2001 bis August 2001 unter den variablen Kosten und von da an bis Oktober 2002 zwar über den variablen, jedoch unter den Gesamtkosten. Das Unternehmen erlitt dadurch erhebliche Verluste.

Anfang 2001 hielt Wanadoo auf dem Markt für Breitbandleitungen einen Anteil von 50 %, der bis Ende 2002 bis auf 70 % anstieg. Demgegenüber war Wanadoo auf dem Markt für

⁴⁹ Originalaufgabe aus der studienabschließenden Klausur im SPB 8 – SoSe 2020.

Schmalbandleitungen gar nicht tätig, sodass sich für Breitband- und Schmalbandleitungen zusammengenommen ein Marktanteil von 20% für Wanadoo ergab.

Wanadoo bestätigt zwar, dass es „eher ADSL-spezifische audiovisuelle/multimediale Anwendungen“ gibt, weil etwa das Herunterladen umfangreicher Dateien oder interaktive Online-Spiele mit einem Schmalbandanschluss gar nicht möglich sind. Letztlich dienen jedoch beide Anschlussarten dem Surfen im Internet und unterscheiden sich lediglich in Bezug auf ihre Nutzerfreundlichkeit und Qualität. Wer einen Internetanschluss suche, könne sowohl mit einem Breitband- als auch mit einem Schmalbandanschluss glücklich werden. Wer die Anschaffung eines speziellen Breitbandmodems scheue und wen die Tatsache nicht störe, dass die aktive Internetverbindung die Telefonleitung belegt, könne auf die wesentlich kostengünstigere Variante der Schmalbandverbindung zurückgreifen.

Aufgabe: Es sei unterstellt, dass sich ein spanischer Anbieter von Internetzugangsdiensten, der erfolglos versucht hatte, in Frankreich tätig zu werden, bei der Kommission über das Verhalten von Wanadoo beschwert hat: Bereiten Sie die Entscheidung der Kommission vor, indem Sie das Verhalten von Wanadoo gutachtlich prüfen!

c) Kosten-Preis-Schere (Margin Squeeze) bzw. Geschäftsverweigerung

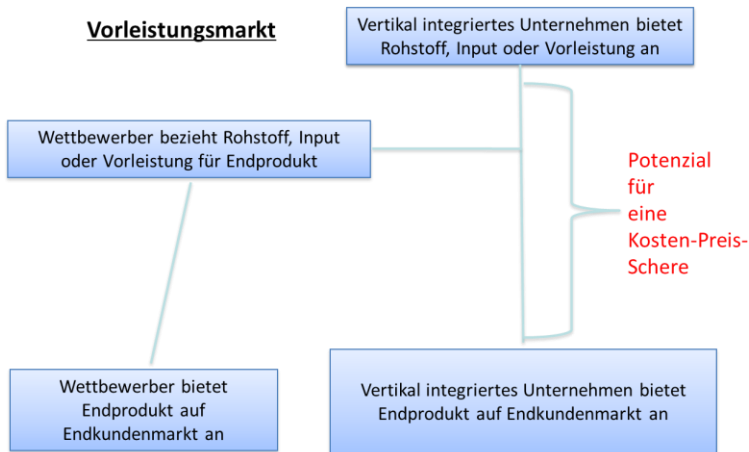
(1) Überblick: Margin Squeeze beschreibt bestimmten Sachverhalt:

- Vertikal integriertes Unternehmen
- mit (zumeist besonders ausgeprägter) marktbeherrschender Stellung auf dem vorgelagerten Markt.

Dadurch ist es dem MB möglich, in zweifacher Weise auf die **Gewinnmarge** von Wettbewerbern auf dem nachgelagerten Markt einzuwirken:

- Setzen hoher Vorleistungspreise und/oder
- Setzen niedriger Preise für das Endprodukt.

→ MB übt einen „**zweifachen Preisdruck**“ auf Margen der Wettbewerber aus. Im Extremfall können Wettbewerber auf nachgelagertem Markt nicht mehr wirtschaftlich agieren und werden aus dem Markt verdrängt.



(2) Rechtliche Einordnung

- **Kommission/hL.: Sonderform des preisbezogenen Behinderungs-missbrauchs** durch vertikal integriertes marktbeherrschendes Unternehmen.
- a. A. (Eilmansberger/Bien, in Müko, Art. 102 AEUV): Kosten-Preis-Scheren-Sachverhalte sind bloße Variation einer Niedrigpreisstrategie. Sie lassen sich am bekannten Maßstab der Kampfpreiskriterien im Hinblick auf ihre etwaige Missbräuchlichkeit bewerten.

Praktische (nicht rechtliche) Voraussetzung ist, dass das marktbeherrschende Unternehmen eine **superdominante Marktstellung** innehat. Sie kann daher rühren, dass MB eine für die Erstellung der Endleistung unerlässliche Vorleistung anbietet, weshalb Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt keine Ausweichmöglichkeiten haben.

(3) Rechtliches Kriterium:

Kommission (in *Deutsche Telekom*): Missbräuchliche Preisschere ist dann anzunehmen, „wenn die **Differenz** zwischen den Endkundenentgelten eines marktbeherrschenden Unternehmens und dem Vorleistungsentgelt für vergleichbare Leistungen an seine Wettbewerber entweder **negativ** ist **oder nicht ausreicht**, um die **produktspezifischen Kosten** des marktbeherrschenden Betreibers für die Erbringung seiner eigenen Endkundendienste im nachgeordneten Markt **zu decken**.“

→ Aufhebung der Gewinnmarge der zumindest ebenso effizienten Wettbewerber auf der nachgelagerten Marktstufe

→ Einschränkung des dortigen Wettbewerbs.

Kosten-Preis-Schere ist **kein Unterfall der Geschäftsverweigerung** (EuGH, im Fall TeliaSonera):

→ Keine Voraussetzung für die Missbräuchlichkeit des Preisgebahrens eines vertikal integrierten marktbeherrschenden Unternehmens ist es, dass es infolge regulatorischer oder kartellrechtlicher Vorgaben zur Lieferung der Vorleistung verpflichtet ist.

- Ermittlung der produktspezifischen Kosten anhand der Daten des marktbeherrschenden Unternehmens

→ **Anwendung des equally efficient competitor-Tests**

Regelmäßig ist davon auszugehen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen seine eigenen Kosten kennt.

- Ausnahmsweise (EuGH, *TeliaSonera*) Abstellen auf **reasonably efficient competitor-Test** (s. o.).
- Siehe auch: § 28 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG, wonach es ebenfalls nicht auf Kostensituation beim MB, sondern eines effizienten Wettbewerbers ankommt: Missbrauch wird vermutet, wenn *„die Spanne zwischen dem Entgelt, das der Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, Wettbewerbern für eine Zugangsleistung in Rechnung stellt, und dem entsprechenden Endnutzerentgelt nicht ausreicht, um einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu ermöglichen (Preis-Kosten-Schere).“*

*Bsp.: Deutsche Telekom AG - EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, Slg. 2010, I-09555 (Kosten-Preis-Schere)*⁵⁰

Die Deutsche Telekom AG (DTAG) betreibt als traditionelles Telekommunikationsunternehmen in Deutschland das deutsche Telefonfestnetz. Vor der vollständigen Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte verfügte sie über ein gesetzliches Monopol bei der Bereitstellung von Telekommunikationsdienstleistungen im Festnetz an Endkunden. Seit Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes (TKG) vom 25. Juli 1996 am 1. August 1996 ist sowohl der Markt für die Infrastrukturbereitstellung als auch der Markt für die Bereitstellung von Telekommunikationsdienstleistungen in Deutschland liberalisiert. Seither ist die DTAG auf beiden Märkten einem unterschiedlich hohen Grad an Wettbewerb durch andere Betreiber ausgesetzt.

Die Ortsnetze der DTAG bestehen aus jeweils mehreren Teilnehmeranschlussleitungen zu den Endkunden. Der Ausdruck „Teilnehmeranschlussleitung“ (TAL) bezeichnet die physische Verbindung, mit der der Netzendpunkt in den Räumlichkeiten des Teilnehmers

⁵⁰ Siehe zum Verfahren Deutsche Telekom außerdem: GA Mazák, Schlussanträge v. 22.04.2010, Rs. C-280/08 P; EuG, Urt. v. 10.04.2008, Rs. T-271/03, Slg. 2008, II-477 sowie Kommission, Entsch. v. 21.05.2003, ABl. 2003 L 263/9. Zur Kosten-Preis-Schere insbesondere: EuGH, Urt. v. 17.02.2014, Rs. C-52/09, Slg. 2011, I-00527 – TeliaSonera.

an den Hauptverteilerknoten oder an eine gleichwertige Einrichtung im festen öffentlichen Fernsprechnetz angeschlossen wird (sog. letzte Meile).

Die DTAG bietet sowohl anderen Telekommunikationsbetreibern als auch Endkunden Zugang zu ihren Teilnehmeranschlussleitungen an. Hinsichtlich der Zugangsdienste und Entgelte der DTAG ist daher zwischen dem Ortsnetzzugang, den sie ihren Wettbewerbern zur Verfügung stellt (im Folgenden: Vorleistungszugangsdienste), und dem Ortsnetzzugang, den sie ihren Endkunden zur Verfügung stellt (im Folgenden: Endkundenzugangsdienste), zu unterscheiden. Die DTAG hat sowohl auf dem Vorleistungsmarkt für Zugangsdienste an Wettbewerber als auch auf dem Endkundenmarkt für Schmalbandzugangsdienste (analog) an Privatkunden eine marktbeherrschende Stellung.

I – Vorleistungszugangsdienste

Die DTAG ist seit Juni 1997 verpflichtet, ihren Wettbewerbern einen vollständig entbündelten Zugang zu den TAL zu gewähren. Infolge der mit dem Aufbau einer alternativen örtlichen Netzzugangsstruktur (z. B. eigene TAL, Glasfaser- oder Kabelnetz) verbundenen Kosten, sind insbesondere Anbieter, die bundesweit Telekommunikationsdienstleistungen erbringen wollen, auf das bereits bestehende und weit verzweigte Netz der DTAG angewiesen. Die Entgelte für die Vorleistungszugangsdienste (insbes. monatliche Miete für die Nutzung der TAL) unterliegen der vorherigen Genehmigung durch die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post⁵¹. Zwischen 1998 und 2001 betrug das (genehmigte) monatliche Entgelt für die Miete einer TAL 12 EUR.

II – Endkundenzugangsdienste

Die DTAG bietet ihren Endkunden einen analogen Zugang zum Teilnehmer-Festnetz an (T-Net)⁵². Sie verlangte für diese Anschlussart eine monatliche Grundgebühr i. H. v. 11 EUR (1998) und 13 EUR (1999/2000).⁵³ Die Herstellung des Endkundenzugangs, einschließlich der Gebührenerfassung, Kundenbetreuung usw., kostet die DTAG monatlich durchschnittlich 1,50 EUR je Anschluss (= sog. produktspezifische Kosten).

1999 legten die Mannesmann Arcor AG & Co. sowie 14 lokale und regionale Festnetzbetreiber bei der Kommission Beschwerde gegen die DTAG ein. Sie machten im Wesentlichen geltend, dass die Marge zwischen den Entgelten, welche DT ihren Wettbewerbern für den entbündelten Zugang zu den TAL in Deutschland in Rechnung stellt, und den Entgelten, welche Endkunden für den Anschluss an das DT-Festnetz (analog) einrichten müssen, für sie nicht ausreicht, um beim Endkundenzugang über die Ortsnetze mit

⁵¹ Mit Übertragung der Zuständigkeit für die Energieregulierung (Strom und Gas) wurde die Regulierungsbehörde 2005 in „Bundesnetzagentur“ umbenannt.

⁵² Tatsächlich bot die DTAG neben dem analogen Anschluss auch noch einen digitalen Schmalbandzugang (T-ISDN) sowie Breitbandzugang (T-DSL) an. Zur Vereinfachung wird dies hier nicht berücksichtigt (vgl. auch die Anmerkung unter II b)).

⁵³ Tatsächlich unterlag die Preissetzung der DTAG auch auf dem Endkundenmarkt der Regulierung. Da der DTAG jedoch ein eigenständiger Preissetzungsspielraum innerhalb der regulierungsrechtlichen Entgeltvorgaben blieb, spielte dies im Ergebnis keine Rolle.

DTAG in Wettbewerb zu treten. Die Beschwerdeführer sahen darin den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i. S. d. Art. 102 AEUV (= ex-Art. 82 EG).

Welche Bedeutung hat der Umstand, dass die deutsche Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (heute: Bundesnetzagentur) beide von der Deutschen Telekom verlangten Preise genehmigt hat?

Kann die Deutsche Telekom erfolgreich einwenden, dass ihre Wettbewerber etwaige Verluste bei der Grundgebühr leicht durch Verbindungsentgelte ausgleichen können, die über den Breitbandzugang erzielt werden?

d) Unzulässige Rabatt- bzw. Prämiensysteme

Was ist ein Rabatt? Ein Rabatt ist ein Nachlass vom Listenpreis

Im Zusammenhang mit Rabattsystemen zu prüfende Missbrauchstatbestände (MünchKommEUWettbR-*Eilmansberger/Bien*, 2020, Art. 102 AEUV Rdn. 706):

- **Unangemessene bzw. unbillige Geschäftsbedingungen** (Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV), insbesondere wegen deren Intransparenz (vgl. *Michelin II*),
- den Wettbewerb zwischen den Unternehmen der Marktgegenseite verfälschende **Diskriminierung** (Generalklausel Art. 102 Abs. 1 AEUV bzw. – in der Variante der Ausbeutung der Handelspartner – Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV, siehe sogleich unten *British Airways*),
- Verstoß gegen das **Koppelungsverbot**, insbesondere, wenn die Gewährung des Rabatts davon abhängig gemacht wird, dass die Marktgegenseite Produkte bezieht, die auf anderen Märkten angeboten werden (Art. 102 Abs. 2 lit. d AEUV, vgl. *Hoffmann-LaRoche*).
- **Behinderung** durch Marktabschottung (siehe sogleich unten *British Airways*) – hier im Fokus der Betrachtung,

Beispiel I

Sie haben während eines Erasmus-Semesters in Padua neun Stempel auf der Treuekarte („Der 11. Kaffee geht aufs Haus.“) einer beliebten Cafébar, Ihrer Stamm-Lokalität, gesammelt. Als Ihr Freund Sie am Ende Ihres Aufenthaltes in Padua abholt, wollen Sie ihn zu einer Tasse Kaffee einladen. In Ihrer Stamm-Bar kostet die Tasse 3 EUR. Sie fragen sich, ob es eine günstigere Alternative gibt.

Wie teuer dürfte die Tasse bei einem konkurrierenden Barista maximal sein, um günstiger als das Angebot Ihrer Stamm-Bar zu sein?

Antwort: Der Kaffee dürfte maximal 1,49 EUR kosten.

Begründung: Angesichts der Rabattaktion Ihrer Stamm-Bar – sie bekommen die 11. Tasse gratis – zahlen sie für zwei Tassen faktisch nur 3 EUR, also 1,50 EUR pro Tasse.

Beispiel II

Baustoffhändler B und Baustoffhändler C verkaufen Füllsand. Beide geben als Listen- und Standardpreis 10 EUR/Tonne an. Auch bieten beide einen Rabatt:

1. Baustoffhändler B bietet einen **retroaktiven Rabatt** an: Wer mindestens 100 Tonnen abnimmt, zahlt lediglich 9 EUR pro Tonne.
2. Baustoffhändler C stellt einen **inkrementellen Rabatt** in Aussicht: Für Abnahmemengen oberhalb von 99 Tonnen sinkt der Preis auf 9 EUR pro Tonne.

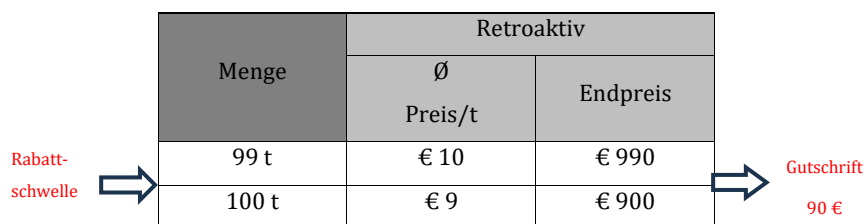
1. Retroaktiver Rabatt von Baustoffhändler B⁵⁴

Menge in t	Preis/t	Rabatt
< 100	€ 10	0 %
≥100	€ 9	10 %

10% Rabatt, **retroaktiv**

Unter der Rabattschwelle (100 St.): 99t x 10€ = 990€

Über der Rabattschwelle (100 St.): 100t x 9€ = 900€



⁵⁴ Die folgenden Darstellungen hat Moritz Graf von Merveldt, Justiziar bei ProSiebenSat1 gestaltet und in einer Gastvorlesung in Würzburg verwendet.

Retroaktiv = Weniger für mehr!

2. Inkrementeller Rabatt von Baustoffhändler C⁵⁵

10 % Rabatt, **inkrementell**

Über der Rabattschwelle:

$$99\text{t} \times 10\text{€} = 990\text{€}$$

$$+ 1\text{t} \times 9\text{€} = 9\text{€}$$

$$= \mathbf{999\text{€}}$$

Menge	Inkrementell	
	Ø Preis/t	Endpreis
99 t	€ 10	€ 990
100 t	€ 9,99	€ 999

Rabattschwelle →

Menge	Retroaktiv		Inkrementell	
	Ø Preis/t	Endpreis	Ø Preis/t	Endpreis
99 t	€ 10	€ 990	€ 10	€ 990
100 t	€ 9	€ 900	€ 9,99	€ 999

Rabattschwelle →

Grundsätzlich können drei Arten von Rabatten unterschieden werden.

(1) Mengen- und Funktionsrabatte

⁵⁵ Auch für die folgenden Darstellungen gilt: Sie stammen von Moritz Graf von Merveldt, Justiziar bei ProSiebenSat1 gestaltet, der sie in einer Gastvorlesung in Würzburg verwendet hat.

Sogenannte reine *Mengenrabatte* bilden lediglich den Effizienzgewinn ab, der bei einer gesteigerten Produktion eintritt, und sind in der Regel kartellrechtlich unbedenklich. Entsprechendes gilt für sogenannte *Funktionsrabatte*, die Abnehmern gewährt werden, sofern diese eine bestimmte Aufgabe, beispielsweise eine Serviceleistung für den Endkunden wahrnehmen; dadurch steht dem Rabatt eine wirtschaftliche Gegenleistung gegenüber.

(2) Ausschließlichkeitsrabatte

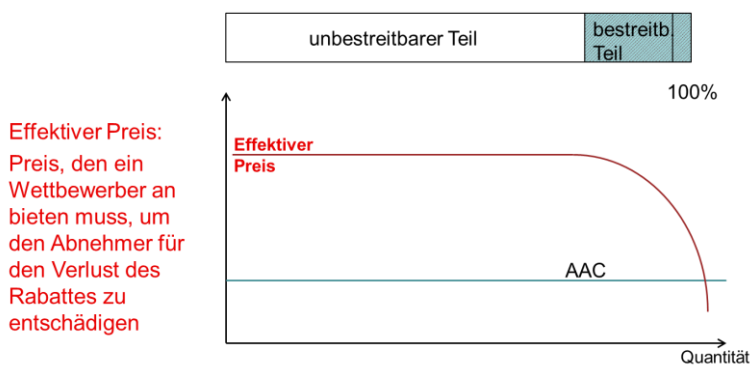
Auf der anderen, entgegengesetzten Seite der Skala rangieren die *Ausschließlichkeitsrabatte*. Sie werden gewährt als Gegenleistung für den ausschließlichen oder beinahe ausschließlichen Bezug der Nachfrage vom marktbeherrschenden Unternehmen. Wegen ihrer großen Nähe zu echten Ausschließlichkeitsbindungen, bei denen der Abnehmer sich verpflichtet, ausschließlich oder beinahe ausschließlich vom Marktbeherrscher zu beziehen, gelten sie als grundsätzlich missbräuchlich.

(3) Rabatte der dritten Kategorie

Problematisch in ihrer Beurteilung sind Rabatte der dritten Kategorie. Mit diesem vom Gericht erster Instanz in seinem Intel-Urteil geprägten Begriff sind Rabatte gemeint, deren Gewährung nicht an die Bedingung geknüpft ist, dass der Nachfrager seinen ganzen oder jedenfalls beinahe seinen gesamten Bedarf beim marktbeherrschenden Unternehmen deckt. Solche Rabatte lassen sich weder eindeutig der Gruppe der unproblematischen Mengenrabatte noch der Gruppe der Ausschließlichkeitsrabatte zuordnen. Ihre Qualifikation als missbräuchlich erfordert in jedem Fall eine *Berücksichtigung sämtlicher Umstände* des Einzelfalls.

Theoretisch ist es möglich, die etwaige marktverschließende Wirkung eines Rabattsystems mithilfe eines **Kosten-Preis-Vergleichs** nachzuweisen. Die besondere Schwierigkeit solcher Kosten-Preis-Vergleiche in Rabattfällen liegt in der Notwendigkeit, die Kosten des Marktbeherrschers mit dem von ihm verlangten „**effektiven Preis**“ zu vergleichen. Es geht darum, den Preis zu bestimmen, den ein Wettbewerber unterbieten müsste, um einen Kunden des Marktbeherrschers für den Rabattverlust zu entschädigen, den er erleidet, wenn er einen Teil seiner Nachfrage, die sog.

relevante Menge, nicht beim Marktbeherrscher, sondern bei ihm, dem Wettbewerber, deckt.⁵⁶ Ist dieser „effektive“ Preis nicht kostendeckend, kann eine Sogwirkung entstehen, mit der eine Verdrängung von kleineren Wettbewerbern einhergeht. Durchgeführt hat die Kommission solchen Vergleich zwischen dem effektiven Preis, den der Marktbeherrscher für den bestreitbaren Teil der Nachfrage verlangt, und seinen Kosten, im Fall INTEL.⁵⁷



In der ganz überwiegenden Zahl der Fälle behilft die Praxis sich jedoch damit, Rabattsysteme anhand **qualitativer Kriterien** zu bewerten. Folgende Kriterien spielen in der Entscheidungspraxis eine wichtige Rolle und deuten auf eine marktverschließende Wirkung des Rabattsystems hin:

- individuell an die vermuteten Umsätze des Handelspartners angepasste Rabattschwellen;
- Rabattgewährung nur unter der Voraussetzung einer Steigerung des Umsatzes gegenüber der vorangegangenen Referenzperiode;
- große Sprünge in der Rabattstaffel; hoch angesetzte Rabattschwellen sowie stark progressiv steigende Rabatte (regen u. a. zu Vorratskäufen an)
- rückwirkende Rabattgewährung (höherer Rabattsatz nicht nur für Mengen, die oberhalb der Rabattschwelle liegen);
- lange Referenzzeiträume für die Berechnung des Rabatts (> 12 Monate generell bedenklich, < 3 Monate tendenziell unproblematisch);

⁵⁶ Kom., Prioritätenmitteilung Rn. 41.

⁵⁷ Kommission, Entscheidung v. 13.9.2009 - Comp./C-3/37.990 - Intel.

- Gruppenverpflichtungsrabatte (sämtliche oder mehrere Konzernunternehmen betroffen);
- Intransparenz des Rabattsystems;
- Selektivität des Rabattsystems (wichtige Kunden von Wettbewerbern);
- englische Klauseln (sie erlaubt dem Abnehmer im Fall günstigerer Konkurrenzangebote, die vom Marktbeherrscher nicht unterboten werden, den Bezug bei alternativen Anbietern ohne Verlust der bereits erworbenen bzw. durch zukünftige Käufe noch zu erwerbenden Rabattansprüche⁵⁸) vermögen wettbewerbsbeschränkende Wirkung regelmäßig nicht aufzuheben.

Zulässig sind hingegen sog. **Funktionsrabatte**, mit denen z. B. besondere Aufwendungen des Händlers beim Vertrieb der bezogenen Ware abgegolten werden. Zulässig sind auch **Mengenrabatte**, mit denen Kostensenkungen weitergegeben werden, die sich aus einer Erhöhung der Produktions- oder Liefermengen ergeben.⁵⁹

Bsp.: EuGH, Urt. v. 09.11.1983 - 322/81, Slg. 1983, 3461- "Michelin" = WuW/E EWG/MUV 642:

Die Firma NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (NBIM), eine mittelbare Tochtergesellschaft der französischen Compagnie générale des établissements Michelin und von dieser mit der Herstellung und dem Verkauf von Michelin-Reifen in den Niederlanden betraut, hat eine beherrschende Stellung auf dem Markt für neue Ersatzreifen für Lkw und Omnibusse in den Niederlanden. Zwischen 1975 und 1980 praktizierte die NBIM gegenüber Reifenhändlern ein für jeden Händler individuelles und variables Jahresrabattsystem, das u. a. an die Erreichung von Verkaufszielen gebunden war, die jeweils zu Beginn eines jeden Jahres zwischen der NBIM und den einzelnen Händlern ausgehandelt wurden.

Bsp.: EuGH, Urteil v. 15. März 2007, Rs. C-95/04 P – British Airways)

British Airways (BA) ist das größte Luftfahrtunternehmen im Vereinigten Königreich. Im Jahr 1998 erzielte British Airways bei den über Reisevermittlern getätigten Verkäufen im Vereinigten Königreich einen Anteil von 39,7%, während der nächstgrößere Konkurrent Virgin auf einen Anteil von 5,5% kam. Der BA-Anteil belief sich im Jahr 1998 auf mehr als das 2,2fache des Anteils seiner vier größten Konkurrenten zusammengenommen. Dieser

⁵⁸ Formulierungsbeispiel von Dallmann, WRP 2006, 347: „Der Käufer verpflichtet sich gegenüber seinem Lieferanten, Waren der vertragsgegenständlichen Art von Dritten nur zu beziehen, wenn er den Lieferanten über das Vorliegen eines Drittangebotes informiert hat und dieser eine Lieferung zu den mit dem Dritten vereinbarten Vertragsbedingungen ablehnt. Akzeptiert der Lieferant hingegen die von dem Dritten angebotenen Bedingungen, so ist der Käufer verpflichtet, die Ware von diesem zu beziehen.“

⁵⁹ Rabatte dürfen allerdings nicht als Scheinleistungen des Geschäftspartners verdeckt werden, z. B. als Gegenleistung für die Lieferung sog. Studien, die tatsächlich wertlos sind. Hier drohen dann außerdem strafrechtliche Sanktionen wegen Steuerhinterziehung.

Marktanteil ist über mehrere Jahre im Wesentlichen unverändert geblieben. Auf dem britischen Inlandsflugmarkt hält BA einen Anteil von ca. 50%.⁶⁰

Um den Verkauf von BA-Flugscheinen zu fördern, ersann BA verschiedene vertragliche Anreize für die Reisevermittler im Vereinigten Königreich. So vereinbarte BA mit den britischen Reisevermittlern u. a. die Geltung einer „Performance Reward Scheme“ genannten Prämienregelung. Nach dieser Regelung erhielt jeder Reisevermittler eine Basisprovision für jeden verkauften BA-Flugschein in Höhe von 7 % des Verkaufspreises. Zusätzlich zu dieser Basisprovision bestand für jeden Reisevermittler die Möglichkeit, eine Zusatzprovision von bis zu 1 % zu erhalten. Die Höhe dieser variablen Zusatzprovision hing von der Entwicklung der Ergebnisse des Vermittlers beim Verkauf von BA-Flugscheinen ab. Relevant war der Grad der Verbesserung im Vergleich zum entsprechenden Monat des Vorjahrs. Das zusätzliche variable Element wurde geschuldet, wenn das Verhältnis zwischen den Erlösen aus dem betreffenden Zeitraum und denen aus dem Referenzzeitraum 95 % betrug. Mit jedem über den Ergebnisrichtwert von 95% hinausgehenden Prozentpunkt verdiente der Reisevermittler zu seiner Standardprovision von 7% ein variables Element in Höhe von 0,1% hinzu.

Das konkurrierende Luftfahrtunternehmen Virgin hielt dieses Anreizsystem von BA für kartellrechtswidrig und beschwerte sich bei der EG-Kommission. Liegt ein Verstoß gegen das in Art. 82 EG (jetzt Art. 102 AEUV) normierte Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung vor?

Bsp.: Rabatte des Stahlproduzenten

Das europaweit tätige und marktbeherrschende Stahlproduzent S beliefert sechs verschiedene Auto-bauer, darunter A, mit Stahl. Der von M verlangte Stahlpreis beträgt 500 EUR/t. Aus Erfahrung weiß M, dass A einen jährlichen Bedarf von insgesamt 1.000 t Stahl hat. In den vergangenen fünf Jahren hat A jeweils zwischen 890 und 920 t seines jährlichen Bedarfs bei M bezogen, den Rest bei dem einzigen kleineren Wettbewerber des S, W.

S hat zum 1.1.2020 ein neues Preismodell eingeführt: Er bietet A einen rückwirkenden Rabatt in Höhe von 50 EUR/t für den Fall, dass A im Jahr 2020 mindestens 1.000 t Stahl abnimmt. Den (größeren) Auto-bauern B und C bietet S denselben Rabatt erst ab einer jährlichen Abnahmemenge von 2.000 bzw. 6.000 t Stahl an. Die drei kleineren Auto-bauer D, E und F haben hingegen keine Möglichkeit, von S einen Rabatt zu erhalten. Im Fall von B, einer 100%igen Tochtergesellschaft der B-Holding, tritt als zusätzliche Bedingung für die Rabattgewährung noch hinzu, dass auch die übrigen Tochtergesellschaften der B-Holding mindestens 90 Prozent ihres jährlichen Stahlbedarfs bei S decken.

⁶⁰ Siehe Komm. v. 14.7.1999, COMP/34.780 Virgin/British Airways, ABL. EG 2000 Nr. L 30/1 ff., Rdn. 88.

1. Verstößt S gegen Art. 102 AEUV, wenn man eine qualitative Analyse des neuen Preissystems durchführt? (Es bedarf keiner Subsumtion unter sämtliche Tatbestandsmerkmale von Art. 102 AEUV. Zu beurteilen ist alleine das wettbewerblich relevante Verhalten des S, also das neue Preissystem.)

2. Wie müsste man vorgehen, wollte man auf der Grundlage einer quantitativen Analyse die etwaige Missbräuchlichkeit der Preisgestaltung des S erklären? Welche weiteren Angaben wären erforderlich, um die etwaige Missbräuchlichkeit zu berechnen?

*Bsp.: INTEL*⁶¹

Der Chiphersteller „Onkel“ (O), eine Gesellschaft US-amerikanischen Rechts mit Sitz in Pasadena, Florida, stellt unter anderem Computerprozessoren, sogenannte Central Processing Units (CPUs) des Typs y85 her. Sie werden weltweit zu annähernd homogenen Wirtschaftsbedingungen gehandelt, wobei insbesondere die Preisgestaltung weitgehend einheitlich ist, und lassen sich in ihrem Einsatzzweck in Desktop- und Laptop-Computern nicht durch andere Prozessortypen ersetzen. O hielt weltweit in den Jahren 2006 bis 2016 durchwegs einen Marktanteil von mehr als 70 %. Einziger verbleibender Wettbewerber von O ist der Chiphersteller „ABC“ (A). Aufgrund hoher Kosten für Forschung und Entwicklung von CPUs bestehen erhebliche Hemmnisse für Expansion und Markteintritt neuer Chiphersteller. Zudem ist das Markenimage von O so groß, dass es für Computerhersteller notwendig ist, mehrere Computermodelle mit O-CPUs anzubieten.

Für die Jahre 2014 bis 2015 stellte O dem Computerhersteller „Dall“ (D), ebenfalls ansässig in den USA, in Aussicht, dass eine „erhebliche Vergünstigung“ auf den Preis aller bezogenen y85-CPUs gewährt werde, sofern D über den gesamten zweijährigen Zeitraum 90 % seines Bedarfs an y85-CPUs für Desktop- und Laptop-PCs bei O decke. D hatte in den Vorjahren bereits 80 % seines Bedarfs an y85-CPUs bei O gedeckt. Auch dem Computerhersteller „NICK“ (N), der seinen Sitz in Tokyo, Japan hat, und der bislang ca. 65 % seines CPU-Bedarfs bei O gedeckt hatte, stellte O ebenfalls „erhebliche Preisnachlässe von bis zu 15 %“ auf alle erworbenen y85-CPUs in Aussicht. Diese sollten gewährt werden, wenn N zumindest 70 % seines Gesamtbedarfs an CPUs während der Jahre 2014 bis 2015 bei O beziehen würde. Zudem drohte O sowohl D als auch N damit, dass die Rabatte an andere Abnehmer vergeben würden, sollten D und N die Rabattschwellen nicht erreichen.

Der konkurrierende Chiphersteller (A) hält dieses Verhalten für kartellrechtswidrig und beschwert sich bei der Europäischen Kommission. Indem O seinem Konkurrenten das Leben schwermache, behindere O den Innovationswettbewerb. Die Rechtsabteilung von O ist der Auffassung, dass D und N auch ohne finanzielle Anreize dieselbe Anzahl an y85-CPUs von O abgenommen hätten, da diese im Vergleich zu den Konkurrenzprodukten

⁶¹ Originalaufgabe aus der studienabschließenden Klausur im SoSe 2017

von A eine höhere Qualität böten. Auch seien die Abnehmer nicht förmlich verpflichtet worden. Eine Verdrängungswirkung sei auch deswegen auszuschließen, weil A seinen Marktanteil in dem relevanten Zeitraum sogar habe steigern können.

Es ist davon auszugehen, dass sowohl D als auch N ihre Computer weltweit, unter anderem auch in mehreren Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, vertreiben.

Frage: Liegt ein Verstoß gegen das in Art. 102 AEUV normierte Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung vor?

Zusatzfrage: Unterstellt, ein Verstoß ist zu bejahen: Könnte O sein Verhalten dadurch rechtfertigen, dass O zutreffend vorträgt, seine Preisgestaltung habe zur Folge gehabt, dass die Verbraucherpreise in dem relevanten Zeitpunkt gesunken sind?

Sogwirkung eines bedingten Rabattsystems

(Europäische Kommission, Entscheidung v. 14.7.1999, COMP/34.780 - Virgin/BA)

Performance Reward Scheme

- | | |
|---|----------|
| - Basisprämie: | 7 % |
| - Variable zusätzliche Prämie: | max. 1 % |
| - Zusatzprämie pro Prozentpunkt > 95 % d. Vorjahresumsatzes | 0,1 % |

Beispiel:

- | | |
|-----------|-------------------------------------|
| - Jahr 0: | 100.000 USD |
| - Jahr 1: | 100.000 USD (7 + 0,5 %) = 7.500 USD |
| - Jahr 2: | 99.000 USD (7 + 0,4 %) = 7.326 USD |

Differenz: 1000 USD 174 USD

Grenzprämie 17,4 % (in dieser Höhe müsste Virgin das Reisebüro für den Verlust der Zusatzprämie entschädigen)

e) Preisdiskriminierung

Bsp.: EuGH, Urt. v. 3.7.1991 – C-62/86, Slg. 1991, I-3359 "AKZO" = NJW 1992, 677

Die AKZO Chemie BV (AKZO), Tochtergesellschaft des niederländischen Chemiekonzerns AKZO NV, hält zusammen mit ihrer Tochtergesellschaft AKZO Chemie UK Ltd. (AKZO UK) im Bereich der Herstellung organischer Peroxide einen Marktanteil von knapp 50 % im Vereinigten Königreich und in Irland. Abnehmer sind große europäische Kunststoffproduzenten (Polymerproduzenten) wie z. B. die BASF in Deutschland. Andere Hersteller organischer Peroxide kommen auf deutlich niedrigere Marktanteile. Auch besitzt AKZO die kommerziell und technisch am weitesten entwickelte Vertriebsorganisation für organische Peroxide und verfügt über mehr Know-how in Bezug auf Sicherheit und Toxikologie

als ihre Mitbewerber. AKZO hat Produktionsanlagen für organische Peroxide in den Niederlanden, Belgien, Deutschland und dem Vereinigten Königreich.

Neben der Herstellung organischer Peroxide erzeugt AKZO UK außerdem Benzoylperoxid-Verbindungen, die in Großbritannien und Irland u. a. als Bleichmittel für Mehl verwendet werden. Das Unternehmen Engineering and Chemical Supplies Ltd. (ECS) produziert ebenfalls Benzoylperoxid, das sie als Mehlzusatz um etwa 10% billiger als AKZO UK verkaufen kann.

Aus internen Präsentationen von AKZO geht hervor, dass das Unternehmen besonders beunruhigt ist angesichts von Plänen des Konkurrenten ECS, seinen Tätigkeitsbereich auf das für AKZO besonders wichtige und rentable Geschäft mit organischen Peroxiden auszuweiten. In den internen Präsentationen AKZOs wird als Strategie ausgegeben, ECS „aggressiv“ zu bekämpfen, wo immer dieses Unternehmen auf dem Markt für organische Peroxide erscheint. Es gelte zu verhindern, dass ECS AKZO Marktanteile abnimmt.

In der Folge bietet AKZO UK den wichtigsten Abnehmern von ECS Benzoylperoxide zu Preisen an, die nicht nur unter denen von ECS, sondern auch unter den Herstellungskosten von AKZO, wenngleich über AKZOs durchschnittlichen variablen Kosten liegen. Die Preise, die AKZO den ECS-Kunden anbietet, liegen ca. 30 % unter denen, die AKZO seinen eigenen vergleichbaren Kunden anbietet.

Zugleich wendet AKZO UK sich in einem Schreiben an den Direktor von ECS, in dem AKZO androht, dass „aggressive Geschäftspraktiken gegenüber den Mühlen in Gang gebracht [würden], wenn er nicht den Verkauf seiner Produkte an die Kunststoff-Industrie einstellt“. AKZO setzt dem Direktor von ECS in dem Schreiben eine Frist von einer Woche, um der Forderung von AKZO nachzukommen. Andernfalls werde, so AKZO, ein detaillierter Plan in Gang gesetzt, um nicht nur eine allgemeine Marktpreissenkung für Benzoylperoxid, sondern auch die Abwerbung aller ECS-Kunden durch Verkäufe zu erheblich unter den Selbstkosten liegenden Preisen durchzusetzen.

ECS wendet sich mit einer Beschwerde gegen AKZO an die Europäische Kommission.

Bsp.: EuGH, Urt. v. 27.03.2012 - C-209/10, EuZW 2012, 540 - „Post Danmark“

Post Danmark und Forbruger-Kontakt sind die beiden wichtigsten Unternehmen auf dem dänischen Markt für die Zustellung von Postwurfsendungen (Werbung, Telefonbücher, Adressbücher, Lokal- und Regionalzeitungen usw.). Im maßgeblichen Zeitpunkt hatte Post Danmark ein Monopol für die Zustellung von Brief- und Paketsendungen bis zu einem bestimmten Gewicht und aufgrund dieses Ausschließlichkeitsrechts eine Universaldienstverpflichtung bei adressierten Briefsendungen bis zu diesem Gewicht. Sie verfügte hierzu über ein landesweites Zustellnetz, das zugleich für die Zustellung von Postwurfsendungen genutzt wurde.

Forbruger-Kontakt befasst sich hauptsächlich mit der Zustellung von Postwurfsendungen. Sie hatte ein nahezu landesweites Zustellnetz aufgebaut, insbesondere durch den Kauf kleinerer Zustellunternehmen.

Bis 2004 waren die Supermarktketten SuperBest, Spar und Coop wichtige Kunden von Forbruger-Kontakt. Ende 2003 schloss Post Danmark mit diesen drei Ketten Verträge, durch die sie sich die Zustellung der Postwurfsendungen dieser Ketten ab 1.1.2004 sicherte.

Vor dem Vertragsschluss mit Post Danmark hatte der Coop-Konzern sowohl mit Post Danmark als auch mit Forbruger-Kontakt Verhandlungen geführt. Post Danmark entschloss sich dazu, den drei früheren Kunden von Forbruger-Kontakt Preise anzubieten, die unter denjenigen lagen, die Post Danmark von ihren eigenen Kunden verlangte. Der Preis, den Post Danmark dem Coop-Konzern anbot, konnte zwar nicht ihre „durchschnittlichen Gesamtkosten“⁶², wohl aber ihre „durchschnittlichen inkrementellen Kosten“⁶³ decken.

Der SuperBest und Spar angebotene Preis deckte hingegen die Gesamtkosten.

Es konnte nicht nachgewiesen werden, dass Post Danmark die Absicht hatte, Forbruger aus dem Markt zu drängen.

Siehe außerdem: EuGH, Urt. v. 16.3.2000 – C-395/96 P u. C-396/96 P, Slg. 2000, I-1365 – Compagnie maritime belge transports; EuG, Urt. v. 7.10.1999 – T-228/97, Slg. II-2969 – Irish Sugar.

4. Strukturmissbrauch

a) Grundlagen

Der Erwerb konkurrierender Unternehmen kann ebenfalls eine Form missbräuchlichen Verhaltens, nämlich der missbräuchlichen Marktstrukturveränderung darstellen. Wenn es zu einer Verstärkung einer beherrschenden Stellung kommt, kann Art. 102 AEUV anwendbar sein. Das stellte der EuGH im Fall „Continental Can“ frühzeitig und noch vor Inkrafttreten der ersten FKVO von 1989 klar.⁶⁴ Danach kann ein missbräuchliches Verhalten auch dann vorliegen, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen diese dergestalt verstärkt, dass „der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindert“.⁶⁵

⁶² Gesamtkosten sind die Summe der variablen und fixen Kosten.

⁶³ Die „inkrementellen Kosten“ wurden definiert als die „Kosten, die kurz- oder mittelfristig (in drei bis fünf Jahren) entfallen, wenn Post Danmark den Zustellungsdienst für Postwurfsendungen einstellt“, Tz. 31.

⁶⁴ EuGH Slg. 1973, 215 Rn. 26 – Continental Can.

⁶⁵ EuGH, Urteil v. 21.2.1973, 6/72 – Continental Can, ECLI:EU:C:1973:22 = NJW 1973, 966, 967; siehe ferner EuGH, Urteil v. 13.2.1979, C-85/76 – Hoffmann-La Roche, ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 91; v. 17.11.1987, verb. Rs. C-142/84 u. C-156/84 – British-American tobacco, ECLI:EU:C:1987:490, Rn. 65; Kommission v. 10.11.1992, IV/33.440 und IV/33.486 – Warner-Lambert/Gillette u. a. und BIC/Gillette u. a., ABl. 1993 L

Bereits 1962 diskutierte der damalige Wettbewerbskommissar Hans von der Groeben mit seinem Kabinettschef Ernst Albrecht und dem Sonderberater Ernst-Joachim Mestmäcker die Frage, ob und wie die Kommission gegen Unternehmenszusammenschlüsse vorgehen sollte. Zwei Expertengruppen kamen zu dem Ergebnis, dass 1. Zusammenschlüsse als Flucht vor dem Kartellverbot gewählt werden, dass sie 2. u. a. unter das Kartellverbot fallen und dass 3. in Ausnahmefällen (Zusammenschluss zielt direkt auf Missbrauch ab; Konzentration ist Folge des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung) das Missbrauchsverbot gegen Zusammenschlüsse aktiviert werden kann. Im Jahr 1966 veröffentlichte die Kommission daraufhin ihr Konzentrationsmemorandum. Darin erklärte sie, dass das Missbrauchsverbot (Art. 86 EGV a. F.) in den Fällen anwendbar sei, in denen der Konzentrationsvorgang zu einer vollständigen Ausschaltung des Wettbewerbs führt.

Bsp.: EuGH, Urt. v. 21.2.1973 - 6/72, Slg. 1973, 215 = WuW/E EWG/MUV 296 "Continental Can":

Die Continental Can Company (New York) (CC) verfügte über ihre deutsche Tochtergesellschaft, die Schmalbach-Lubeca AG, auf einem wesentlichen Teil der Gemeinschaft bereits über eine beherrschende Stellung auf dem Markt der Leichtverpackungen für Fleisch- und Fischkonserven sowie auf dem Markt der Metalldeckel für Glasbehälter. Über die im Februar 1970 von CC in den USA gegründete, mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Tochtergesellschaft Europemballage Corp. erwarb CC im April 1970 etwa 80% der Anteile des niederländischen Verpackungsherstellers Thomassen & Drijver-Verblifa NV. Auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes wurde dadurch der verbleibende Restwettbewerb für die genannten Verpackungen praktisch ausgeschaltet.

*Weiteres Beispiel: „Tetra Pak I“ (1987)⁶⁶: Unternehmenserwerb, mit dem ein beherrschendes Unternehmen unter anderem die von dem erworbenen Unternehmen gehaltene **ausschließliche Lizenz** an einer konkurrierenden Technologie erwarb. Mit Hinweis darauf, dass damit der Zutritt neuer Wettbewerber auf einem bereits von nur mehr schwachem Wettbewerb gekennzeichneten Markt verhindert wurde, qualifizierte die Kommission dies als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.⁶⁷ Das EuG bestätigte diesen Standpunkt und stellte allgemein fest, dass der Erwerb einer ausschließlichen Lizenz dann als Missbrauch einer beherrschenden Stellung anzusehen sei, wenn damit Mitbewerbern die*

116/21 Rn. 24 ff.; Barth/dos Santos Goncalves, GWR 2017, S. 289, 290; Schröter/Bartl, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, 2015, Art. 102 AEUV Rn. 320.

⁶⁶ Kom. ABl. 1988 L 272, 27 Rn. 45–47 – Tetra Pak I.

⁶⁷ Kom. ABl. 1988 L 272, 27 Rn. 45–47 – Tetra Pak I.

einzig verfügbare Technologie zur Herstellung eines Konkurrenzproduktes entzogen wird.⁶⁸

Hinweis: Der Technologieerwerb (oder der Erwerb anderer Immaterialgüterrechte) qua Erwerb des Lizenzinhabers fällt nun eindeutig unter die FKVO. Gleiches gilt unter Umständen auch für den **Erwerb der Technologie** selbst, denn auch dies kann ein den Zusammenschlusstatbestand begründender Asset-Deal sein (siehe sogleich unten).⁶⁹ Von Art. 102 wäre (gegebenenfalls neben Art. 101) demgegenüber noch der Erwerb nur des ausschließlichen Nutzungsrechts erfasst.

b) Exkurs: Strukturkontrolle anhand von Art. 101 AEUV (Philipp Morris)

Nach dem EuGH-Urteil „Philip Morris“ (1987)⁷⁰ ist ein Sachverhalt im Hinblick auf das Kartellverbot (heute Art. 101 AEUV) zu prüfen, wenn der Erwerb einer Beteiligung am Kapital eines Konkurrenzunternehmens in Vereinbarungen geregelt ist, die zwischen Unternehmen geschlossen wurden, die nach dem Inkrafttreten dieser Vereinbarung selbständige Unternehmen bleiben. Ein Beteiligungserwerb könne als Mittel dienen,

„das geschäftliche Verhalten der betreffenden Unternehmen so zu beeinflussen, dass der Wettbewerb auf dem Markt, auf dem sie ihre Geschäftstätigkeit entfalten, eingeschränkt oder verfälscht wird. Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn das investierende Unternehmen durch den Erwerb einer Beteiligung oder durch Nebenklauseln der Vereinbarung rechtlich oder faktisch die Kontrolle über das geschäftliche Verhalten des anderen Unternehmens erlangen würde, wenn die Vereinbarung eine geschäftliche Zusammenarbeit zwischen den Unternehmen vorsähe oder Strukturen schaffen würde, die einer solchen Zusammenarbeit förderlich sein könnten, oder aber dem investierenden Unternehmen die Möglichkeit gäbe, seine Position später zu stärken, indem es die effektive Kontrolle über das andere Unternehmen erlangt.“⁷¹

c) Anwendbarkeit neben der FKVO

Die Continental-Can-Doktrin hatte seit Inkrafttreten der FKVO kaum noch praktische Bedeutung.⁷² Gleichwohl steht die FKVO einer Anwendung des Art. 102 AEUV auf Zusammenschlüsse nicht entgegen. Die FKVO wurde auf Grundlage der Art. 83 EGV und 308 EGV (jetzt: Art. 103 und 352 AEUV) erlassen. Die sekundärrechtlichen Normen der FKVO können die primärrechtliche Vorschrift des Art. 102 AEUV daher in ihrem Anwendungsbereich nicht beschränken (Vorrang des Primärrechts vor dem Sekundärrecht).

⁶⁸ EuG Slg. 1990, II-309 Rn. 23 – Tetra Pak I.

⁶⁹ Mitteilung „Zusammenschlussbegriff“, ABl. 1998 C 66, 5 Rn. 11.

⁷⁰ EuGH, Urteil v. 17.11.1987, verb. Rs. C-142 und 156/84 –Philip Morris, Slg. 1987, 4487.

⁷¹ EuGH, Urteil v. 17.11.1987, verb. Rs. C-142 und 156/84 –Philip Morris, Slg. 1987, 4487, Leitsatz 2.

⁷² Vgl. Kommission, Erklärungen für das Ratsprotokoll vom 19.12.1989, WuW 1990, 240, 243.

Mit dem Erlass des Urteils des EuGH in der Rs. Towercast hat die Möglichkeit der nachträglichen Kontrolle eines Zusammenschlussvorhabens, das die Schwellenwerte der nationalen und unionalen Fusionskontrolle nicht erreicht, wieder an Bedeutung gewonnen.

Die französische Autorité de la concurrence hat zudem kürzlich einen unter den Schwellenwerten angesiedelten Zusammenschluss (Vielzahl von Vertragsschlüssen) im Nachhinein am Maßstab des Art. 101 AEUV überprüft (Entscheidung vom 15.5.2024 - Secteur de l'équarrissage [Tierkörperverwertung]).

d) Verbleibender Anwendungsbereich des Konzepts des Marktstrukturmissbrauchs

Die Subsumtion eines Zusammenschlusses unter Art. 102 AEUV setzt – anders als Art. 2 FKVO – voraus, dass eines der Unternehmen schon vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens marktbeherrschend war.⁷³ Es scheidet damit auch die Anwendung des Missbrauchsverbots auf jene Fälle aus, in denen das beherrschende Unternehmen das übernommene und nicht das übernehmende Unternehmen ist.⁷⁴

In Betracht kommt die Untersagung eines Missbrauchsverhalten im Zusammenhang mit einem Unternehmensbeschluss dagegen unter folgenden Voraussetzungen:⁷⁵

- (1) Marktbeherrschende Stellung des Erwerbers
- (2) Verstärken der Stellung durch einen Konzentrationsvorgang⁷⁶
- (3) Erlangen einer „effektive[n] Kontrolle“ über ein anderes Unternehmen oder „zumindest ein[en] Einfluss auf dessen Geschäftspolitik“⁷⁷
- (4) Wesentliche Behinderung des Wettbewerbs auf Grund des erlangten Beherrschungsgrades⁷⁸

Eine wesentliche Behinderung im Sinne der vierten Voraussetzung liegt nach der „Continental Can-Entscheidung“ vor, wenn nur noch Unternehmen auf dem Markt bleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen, jedenfalls

⁷³ *Langen/Bunte/Bulst* Art. 102 Rn. 374–375.

⁷⁴ AA *Schröter/Jakob/Mederer/Schröter* Art. 82 Rn. 322; *Groeben/Schwarze/Schröter* Art. 82 Rn. 286.

⁷⁵ Nach *Jung*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Stand: Oktober 2019, Art. 102 AEUV Rn. 30 m. w. N.

⁷⁶ EuGH, Urteil v. 21.2.1973, 6/72 – *Continental Can*, ECLI:EU:C:1973:22 = NJW 1973, S. 966 Rn. 26.

⁷⁷ EuGH, Urteil v. 17.11.1987, verb. Rs. C-142/84 u. C-156/84 – *British-American tobacco*, ECLI:EU:C:1987:490, Rn. 65; *Kommission v. 10.11.1992, IV/33.440 und IV/33.486 – Warner-Lambert/Gillette u. a. und BIC/Gillette u. a.*, ABl. 1993 L 116/21 Rn. 24.

⁷⁸ EuGH, Urteil v. 21.2.1973, 6/72 – *Continental Can*, ECLI:EU:C:1973:22 = NJW 1973, S. 966 Rn. 26, 29.

wenn die verbleibenden Wettbewerber kein ausreichendes Gegengewicht zu dem Marktbeherrscher mehr bilden können.⁷⁹ Bemerkenswert ist, dass der Europäische Gerichtshof im Rahmen der dritten Voraussetzung nicht nur auf den – von Art. 3 Abs. 1 FKVO vorausgesetzten Kontrollerwerb abstellt, sondern darüber hinaus auch Minderheitsbeteiligungen erfasst.⁸⁰ Insoweit geht die Strukturkontrolle nach Art. 102 AEUV über den fusionskontrollrechtlichen Zusammenschlussbegriff nach der FKVO hinaus. In Deutschland werden entsprechende Minderheitsbeteiligungen dagegen auch im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB erfasst.

Konkret kommt die Anwendung der Missbrauchsvorschriften damit etwa in Fällen in Betracht, in denen sich zwei oder mehrere bereits kollektiv beherrschende Unternehmen zusammenschließen. In diesem Fall besteht die Beeinträchtigung der Wettbewerbsstruktur darin, dass durch den Zusammenschluss die Möglichkeit beseitigt wird, dass die beteiligten Unternehmen irgendwann wieder in wirksamen Wettbewerb zueinander treten.⁸¹ Ferner ist der Fall denkbar, dass zwei kollektiv beherrschende Unternehmen auf gemeinsame Rechnung Marktaußenseiter erwerben.⁸² Beim Erwerb von Minderheitsbeteiligungen durch marktbeherrschende Unternehmen kommt das Konzept des Marktstrukturmissbrauchs zur Anwendung, wenn die „fragliche Beteiligung eine effektive Kontrolle über das andere Unternehmen oder zumindest einen Einfluss auf dessen Geschäftspolitik“ ermöglicht.⁸³

e) Marktstrukturkontrolle in der deutschen Fusionskontrolle

Im Rahmen der deutschen Fusionskontrolle ist – im Einklang mit der „Continental Can-Entscheidung“ – die Anwendung der §§ 18, 19 GWB auf Unternehmenszusammenschlüsse ebenfalls im Grundsatz zu bejahen. So können Unternehmenszusammenschlüsse auch wegen ihrer Wirkungen auf den Wettbewerb als missbräuchliche Ausnutzung einer

⁷⁹ EuGH, Urteil v. 21.2.1973, 6/72 – Continental Can, ECLI:EU:C:1973:22 = NJW 1973, S. 966 Rn. 29; Jung, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Stand: Oktober 2019, Art. 102 AEUV Rn. 30.

⁸⁰ Vgl. in Bezug auf Art. 102 AEUV auch Kommission v. 10.11.1992, IV/33.440 und IV/33.486 – Warner-Lambert/Gillette u. a. und BIC/Gillette u. a., ABl. 1993 L 116/21.

⁸¹ Eilmansberger/Bien in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2015, Art. 102 Rn. 618.

⁸² Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2014, § 19 GWB Rn. 90b.

⁸³ EuGH, Urteil v. 17.11.1987, verb. Rs. C-142 und 156/84 – Philip Morris, Slg. 1987, 4487 Rn. 65; siehe auch Huttenlauch/Lübbig, Loewenheim/Meessen/Riesenkampf, 2016, Art. 102 AEUV, Rn. 252; Schröter/Bartl, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, 2015, Art. 102 AEUV Rn. 318.

marktbeherrschenden Stellung sein.⁸⁴ Während nach Art. 21 Abs. 1 FKVO die Kartellverfahrensverordnung 1/2003 auf alle Zusammenschlüsse i. S. d. Art. 3 FKVO – und damit unabhängig von den Schwellenwerten des Art. 1 FKVO – keine Anwendung findet,⁸⁵ existiert eine entsprechende Einschränkung des kartellbehördlichen Verfahrens im deutschen nationalen Recht nicht. Das Bundeskartellamt kann daher Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB im üblichen Verfahren nach §§ 32 ff. GWB durchsetzen.

f) Überblick: Das Konzept der Marktstrukturkontrolle in anderen Jurisdiktionen

Auch in anderen Jurisdiktionen können Zusammenschlüsse im Nachhinein am Maßstab des Missbrauchsverbots überprüft werden. In den USA ist dies auf Grundlage von Section 7 Clayton Act⁸⁶ möglich.⁸⁷ Regelungen zur *ex post*-Kontrolle von Fusionen existieren ferner etwa in Großbritannien, Irland, Schweden und Kanada. In Frankreich wird die Einführung einer nachträglichen Fusionskontrolle im Rahmen von aktuellen Reformüberlegungen diskutiert.

Das luxemburgische Kartellrecht beinhaltet keine gesonderte Fusionskontrolle. Zusammenschlüsse können aber nachträglich am Maßstab des Missbrauchsverbots überprüft und ggf. untersagt werden, wenn ein Unternehmen seine beherrschende Stellung durch ein Zusammenschlussvorhaben in einer Weise verstärkt, dass kein effektiver Wettbewerb auf dem relevanten Markt verbleibt.⁸⁸ In seiner Entscheidung *Utopia*⁸⁹ überprüfte die luxemburgische Kartellbehörde (*Conseil de la concurrence*) eine Übernahme, bei der das marktbeherrschende Unternehmen Utopia einen seiner Hauptwettbewerber aufgekauft hatte. Der *Conseil* sah jedoch keine Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV bzw. die äquivalente nationale Vorschrift des Art. 5 der Loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence⁹⁰, da das Zielunternehmen ohne die Übernahme vom Markt ausgeschieden wäre. Ebenfalls keinen Wettbewerbsverstoß angenommen hat der *Conseil* in seiner Entscheidung *Fédération des Artisans*⁹¹ hat der *Conseil* angenommen. Die Entscheidung betraf den Zusammenschluss zweier Unternehmen, die sich zwar nicht im direkten Wettbewerb zueinander befanden, aber über jeweils eine Monopolstellung auf dem vor- bzw. nachgelagerten

⁸⁴ Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2014, § 19 GWB Rn. 46, 90a. Umstritten ist der Fall, in dem zwar die Schwellenwerte einer nationalen Kartellrechtsordnung, nicht aber die der FKVO erfüllt sind, Siehe hierzu *Eilmansberger/Bien* in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2015, Art. 102 Rn. 43 m. w. N.

⁸⁵ Zum Verfahren bei der Anwendung von Art. 102 AEUV auf Unternehmenszusammenschlüsse siehe *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Stand: Oktober 2019, Art. 102 AEUV Rn. 336.

⁸⁶ Danach sind Fusionen verboten, "where the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly". siehe bereits oben XXX

⁸⁷ So z. B. im Fall *U.S. v. Bazaarvoice, Inc.*, 13-cv-00133-WHO, slip op. (N. D. Cal., 8. Januar 2014), abrufbar unter <https://casetext.com/case/united-states-v-bazaarvoice-2>.

⁸⁸ *Conseil de la concurrence v. 15.3.2019*, 2019-R-01 – *Fédération des Artisans*, Rn. 20.

⁸⁹ *Conseil de la concurrence v. 22.6.2016*, 2016-FO-04 – *Utopia*.

⁹⁰ *Mém. A – 218 du 28 octobre 2011*, p. 3755, doc. Parl. 5186, abrufbar unter <https://concur-rence.public.lu/dam-assets/fr/legislation/loi-du-23-octobre-2011-relative-a-la-concurrence-version-coordonnee-du-4-avril-2017.pdf>.

⁹¹ *Conseil de la concurrence v. 15.3.2019*, 2019-R-01 – *Fédération des Artisans*.

Markt des anderen verfügen. Der *Conseil* begründete die Abweisung der Beschwerde mit dem Umstand, dass sich die *Continental Can*-Doktrin des EuGH nur auf horizontale, nicht aber auf vertikale Fusionen beziehe.⁹² Dies ist insofern bemerkenswert, als Art. 102 AEUV grundsätzlich keine Beschränkung auf horizontale Zusammenschlüsse zu entnehmen ist. Die Entscheidung *Fédération des Artisans* wird gegenwärtig gerichtlich überprüft.

V. *Missbrauchsaufsicht über Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht (§ 20 GWB)*

Die Vorschrift erweitert die deutsche Missbrauchsaufsicht auf Unternehmen, die zwar nicht die Schwelle zur Marktbeherrschung iSv § 18 GWB (dann § 19 GWB oder Art. 102 AEUV) überschreiten, aber dennoch über eine gewisse Marktmacht verfügen. Verboten sind ihnen bestimmte Formen der Behinderung oder Diskriminierung. Die Vorschrift bewirkt je nach Tatbestand Schutz sowohl im Vertikal- (Abs. 1 und 2) als auch im Horizontalverhältnis (Abs. 3).

Die Möglichkeit für die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber, im Vergleich zu Art. 102 AEUV strengere Regeln im Bereich der einseitigen Verhaltensweisen zu erlassen, folgt aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 (siehe schon oben und ausführlich → Skriptum Europäisches und deutsches Kartellrecht I).

Praktische Bedeutung kommt der Bestimmung § 20 GWB insbesondere im Bereich des privaten Rechtsschutzes⁹³ zu („Selbsthilfenorm“⁹⁴), denn: „Für Private ist es besonders schwierig, eine marktbeherrschende Stellung nachzuweisen.“⁹⁵ Praktische Ausprägung sind insbesondere Belieferungsklagen.

1. Verbot der Behinderung und Diskriminierung durch marktstarke Unternehmen (syn.: „Unternehmen mit relativer Marktmacht“), § 20 Abs. 1 GWB

Relativ marktmächtige Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen iSv § 20 Abs. 1 GWB = Fehlen ausreichender und zumutbarer Möglichkeiten des Ausweichens für von ihnen abhängige Unternehmen. Vorschrift betrifft das Vertikalverhältnis insbesondere zu kleinen und mittleren Abnehmern und Nachfragern. Allerdings sind seit Streichung des Merkmals „KMU“ in § 20 I GWB im Rahmen der 10. GWB-Novelle 2021 auch große

⁹² Conseil de la concurrence v. 15.3.2019, 2019-R-01 – *Fédération des Artisans*, Rn. 25.

⁹³ Näher zum privaten Rechtsschutz im Kartellrecht: Skriptum Europäisches und deutsches Kartellrecht I.

⁹⁴ B.-Reg., Begründung z. Entw. 6. GWB-Novelle, BT-Drucks. 13/9720, S. 37

⁹⁵ BKartA, Stellungnahme Reg.-Entw. 8. GWB-Novelle, 22.6.2012 (www.bundeskartellamt.de), S. 24.

Unternehmen gegenüber relativer Marktmacht, z. B. gegen nachteiliges Ranking oder gar De-Listing von missliebigen Anbietern durch starke Plattformen, geschützt.

Verboten ist die unbillige Behinderung und Diskriminierung (dazu oben IV). Es handelt sich um eine Erweiterung des Adressatenkreises des Verbots in § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB auf relativ marktmächtige Unternehmen.

Vier Varianten der Abhängigkeit (Fallgruppen):

a) Sortimentsbedingte Abhängigkeit

Sie kann vorliegen in den Formen der Spitzenstellungs- und der Spitzengruppenabhängigkeit. Beispiele sind die Bedeutung renommierter Markenartikel eines einzelnen Herstellers für Groß- und Einzelhändler wie in den Fällen „Rossignol“⁹⁶ und Rimowa⁹⁷ einerseits und „Designer-Polstermöbel“⁹⁸ andererseits.

(1) Die Spitzenstellungsabhängigkeit kann sich aus der

*„hervorragenden Qualität, der einmaligen technischen Gestaltung oder der exponierten Werbung ergeben. Verhält es sich [...] so, daß der Verkehr das Angebot eines betreffenden Produkts bei einem Händler als selbstverständlich voraussetzt, [...] führt das Fehlen dieser Ware im Angebot zu einem Verlust an Ansehen und zu einer gewichtigen Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit des Händlers [...]“*⁹⁹

(2) Im Fall der bloßen Spitzengruppenabhängigkeit besteht der (zivilrechtliche) Belieferungsanspruch gegenüber allen Herstellern, die der Spitzengruppe angehören. Die Inanspruchnahme ist solange möglich, bis der Anspruchssteller über ein ausreichendes Sortiment an Markenartikeln der Spitzengruppe verfügt.

b) Nachfragebedingte Abhängigkeit

Beispiele finden sich im Verhältnis von Zulieferern zu Industrieunternehmen, die Endprodukte herstellen (Kfz-Hersteller u. a.).

c) Mangelbedingte Abhängigkeit

Bsp.: Knappheitssituation etwa bei Rohöl etc. aufgrund Streik, Embargo. ; vgl. zur Aufteilung von Filmkopien auf Filmtheater OLG Hamburg GRUR 1987, 566)

⁹⁶ BGH, Urt. v. 20.11.1975 - KZR 1/75, NJW 1976, 801 - *Rossignol*: Es sind „Ansehen und Geltung der Ware des Lieferunternehmens auf dem Markt maßgebend“ für Frage nach Ausweichmöglichkeiten der Handelsunternehmen.

⁹⁷ BGH, Urt. v. 12.12.2017 - KZR 50/15, NZKart 2018, 134 - *Rimowa*.

⁹⁸ BGH, Urt. v. 21.2.1995 - KZR 28/98, GRUR 2000, 1108 - *Design-Polstermöbel*.

⁹⁹ BGH, Urt. v. 21.2.1995 - KZR 28/98, GRUR 2000, 1108, 1109 - *Design-Polstermöbel*.

d) Unternehmensbedingte Abhängigkeit

Bsp. 1: „Autoveredler“¹⁰⁰, der sein

„gesamtes Geschäftsmodell ausschließlich auf die Individualisierung und Veredelung von Porsche-Fahrzeugen ausgerichtet und unter anderem bestimmte Teileprogramme allein für Porsche-Fahrzeuge entwickelt. Sie hat sich dafür über viele Jahre besonderes, markenspezifisches Know-how erworben. Aufgrund dieser Ausrichtung ihres Geschäftsmodells, die erheblich über eine bloße einseitige Spezialisierung im Vertrieb hinausgeht, ist ihr ein Ausweichen auf andere Anbieter, das heißt andere Automarken, nicht zumutbar.“

Bsp. 2: Kfz-Vertragshändler, der seinen

„Geschäftsbetrieb so stark auf die Produkte des Herstellers ausgerichtet ist, daß er nur unter Inkaufnahme erheblicher Wettbewerbsnachteile auf die Vertretung eines anderen Herstellers überwechseln könnte.“¹⁰¹

e) Schutz auch von Großunternehmen, z. B. gegenüber Plattformen

Im Rahmen der 10. GWB-Novelle wurde das einschränkende Merkmal „KMU“ in § 20 I GWB (wieder) gestrichen. Die Vorschrift bietet damit auch großen Unternehmen Schutz gegenüber relativer Marktmacht. Gedacht ist hier an Verhaltensweisen wie ein nachteiliges Ranking oder gar De-Listing von missliebigen Anbietern durch starke (Internet-)Plattformen.

Hinweis: Das Tatbestandsmerkmal „KMU“ wurde eingeführt mit der 5. GWB-Novelle. Die Begründung lautete damals, dass eine Belieferungspflicht gegenüber Großunternehmen nicht mehr erforderlich sei (BT-Drucks. 11/4610, S. 21). Damals dachte der Gesetzgeber offenbar an das Verhältnis zwischen Markenartikelherstellern und Handelsunternehmen.

2. Veranlassung zur Gewährung von Vorzugsbedingungen, sog. Anzapfverbot (§ 20 Abs. 2 i.V.m. § 19 II Nr. 5 GWB)

Verbot der "passiven" Diskriminierung, soweit durch Ausnutzung von **Nachfragemacht** verursacht wird, vgl. § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB. MaW: Anbieter (z. B. Markenartikelhersteller) sollen nicht dazu veranlasst werden können, zwischen marktmächtigen Nachfragern (z. B. großen Lebensmitteleinzelhändler) bessere Konditionen als ihren kleineren Wettbewerbern zu gewähren. Geschützt werden (anders als bei – noch – Abs. 1 GWB) auch Großunternehmen. Wiederum handelt es sich um Schutz in vertikaler Richtung (anzapfter Lieferant) und horizontal (Wettbewerber des anzapfenden Unternehmens).

¹⁰⁰ BGH, Urt. v. 6.10.2015 – KZR 87/13, NZKart 2015, 535 – Porsche-Tuning.

¹⁰¹ BGH, Urt. v. 23.2.1988 – KZR 20/86, GRUR 1988, 642 – Opel Blitz.

Die Konturen des Anzapfverbots sind sehr unscharf.¹⁰² Abgrenzung von sachlich gerechtfertigten und ungerechtfertigten Vorteilen ist sehr schwierig. Der Reg.-Entwurf zur 4. GWB-Novelle erläutert den Begriff (früher: Vorzugsbedingungen) folgendermaßen:

„Vergünstigungen, die nicht leistungsgerecht sind, d. h. ihren Grund weder in der Menge der abgenommenen Waren oder Leistungen noch in den übernommenen Funktionen oder Serviceleistungen des Nachfragers noch in anderen betriebswirtschaftlich kalkulierbaren Gegenleistungen des Nachfragers haben, sondern auf der Ausnutzung von Marktmacht beruhen und anderen gleichartigen Nachfragern nicht zugänglich sind.“

Bsp. für entsprechende Nebenleistungen sollen danach sein:

- Zahlung von Eintrittsgeldern, Listungsgebühren, Regalmieten;
- finanzielle Zuwendungen zu besonderen Anlässen wie Geburtstagen, Geschäftseröffnungen, Jubiläen;
- Werbekostenzuschüsse, die nicht im Interesse des Herstellers verwandt werden etc.¹⁰³

Problematisch ist, dass daneben der ausgehandelte Preis als zentraler Verhandlungsbestandteil von der Praxis ignoriert wird.¹⁰⁴

Bsp.: Hochzeitsrabatte¹⁰⁵

Im Anschluss an die Übernahme der Lebensmittel-Discount-Kette Plus durch Edeka Ende 2008 verlangte Edeka von einer Vielzahl von Lieferanten Anpassungen der – bereits verhandelten – Jahresbedingungen für 2009 an die in der Vergangenheit „Plus“ gewährten Konditionen, soweit diese günstiger waren als die mit Edeka vereinbarten.

3. Mittelstandsbehinderung (§ 20 Abs. 3 und 4 GWB)

Verboten sind spezielle Formen der Behinderung kleiner und mittlerer Wettbewerber durch Unternehmen mit **überlegener Marktmacht** (horizontale Schutzrichtung).

Gesetzliche Beispielsfälle sind u. a. das Anbieten von Waren unter Einstandspreis (Abs. 3 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2) sowie das Praktizieren einer Kosten-Preis-Schere (Nr. 3).

¹⁰² Wagner-von Papp, in Bien (Hrsg.), 8. GWB-Novelle, 2013, S. 95, 101 und ausf. 144 (ff.).

¹⁰³ Weitere Beispiele bei I/M-Markert, 4. Aufl. 2007, § 20 GWB Rn. 262, zitiert nach Wagner-von Papp, in Bien (Hrsg.), 8. GWB-Novelle, 2013, S. 95, 145.

¹⁰⁴ Wagner-von Papp, in Bien (Hrsg.), 8. GWB-Novelle, 2013, S. 95, 145 ff.

¹⁰⁵ BGH, Beschl. v. 23.1.2018 – KVR 3/17, NZKart 2018, 136 – Hochzeitsrabatte.

4. Verweigerung der Aufnahme in Wirtschafts- und Berufsvereinigungen (§ 20 Abs. 5 GWB)

Es handelt sich um ein besonderes Diskriminierungsverbot. Marktbeherrschung ist nicht Voraussetzung, wird als typischerweise gegeben schlicht unterstellt („typisierende Betrachtung“, Markert, in I/M, § 20 Rn. 128). Das allgemeine Diskriminierungsverbot des § 19 II Nr. 1 GWB findet schon deshalb häufig keine Anwendung, weil die betroffenen Verbände häufig gar nicht unternehmerisch auftreten, nämlich selbst keine Waren oder Dienstleistungen nachfragen oder anbieten. Es geht um die wirtschafts- und berufspolitische Vertretung von Unternehmen in der Öffentlichkeit wie z. B. im Gesetzgebungsverfahren oder gegenüber der Verwaltung (nicht: Funktaxi-Zentralen oder Arbeitgeberverbände) und um Gütezeichengemeinschaften, z. B. ein Siegel wie „Fair und Regional“ durch den Märkischen Wirtschaftsverbund.

(1) Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen nicht ein anderes Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen in der Absicht, bestimmte Unternehmen unbillig zu beeinträchtigen, zu Liefersperren oder Bezugssperren auffordern.

(2) Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen anderen Unternehmen keine Nachteile androhen oder zufügen und keine Vorteile versprechen oder gewähren, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das nach folgenden Vorschriften nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf:

5. Boykottverbot, Verbot sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens (§ 21 GWB)

Gemeinsamkeit der in § 21 GWB zusammengefassten Verhaltensweisen ist die Einseitigkeit der Maßnahmen. Marktbeherrschung ist keine Voraussetzung.

a) Verbot des Aufrufs zum Boykott (§ 21 Abs. 1 GWB)

Tatbestand: Drei-Personen-Konstellation: Adressat der Verbotsnorm („Verrufer“) fordert ein anderes Unternehmen („Sperrer“) zum Boykott eines dritten Unternehmens („Boykotierter“, „Verrufener“) auf.

Im Einzelnen:

- Boykott = Liefer- oder Bezugssperre.

- Verrufer und Sperrer dürfen nicht Teil derselben wirtschaftlichen Einheit sein.

- Wettbewerbsverhältnis zwischen dem „Verrufer“ und dem „Verrufenen“ ist nicht erforderlich (anders der mittlerweile aufgehobene Paralleltatbestand in § 4 Nr. 10 UWG a. F.).

- Abgrenzung zwischen bloßer Meinungsäußerung und Boykottaufruf ist nicht immer einfach.

- Unbillige Beeinträchtigung: Erforderlich ist Interessenabwägung, weil Liefer- oder Bezugssperre objektiv auf unbillige Beeinträchtigung abzielen müssen. Dazu

*Bsp. (OLG Karlsruhe, 13.5.2009, WuW/E DE-R 2654, zitiert nach Kling/Thomas, 2016, § 20 Rn. 342 = S. 749): Die Universität Freiburg fordert die T-GmbH, die für das Management der universitären Gebäude zuständig ist, dazu auf, keine Werbeflächen an juristische Repe-
titorien zu vermieten. Das Gericht verneinte den Tatbestand des § 21 Abs. 1 GWB, weil die Universität berechnete Interessen wahrgenommen habe.*

b) Verbot des Veranlassens zu unerlaubtem Verhalten (§ 21 Abs. 2 GWB)

Unternehmen dürfen anderen Unternehmen keine Nachteile androhen oder zufügen oder Vorteile versprechen oder gewähren, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das einen Wettbewerbsverstoß darstellt. Es geht darum, der Gefahr, dass Verbote des GWB oder der Art. 101, 102 AEUV oder kartellbehördlichen Verfügungen durch Anwendung von Druck- oder Lockmitteln umgangen werden („sekundärer Verbotstatbestand“, Kling/Thomas, 2. Auflage 2016, § 20 Rn. 352 = S. 751).

c) Verbot des Zwangs zu erlaubtem Verhalten (§ 21 Abs. 3 GWB)

Schutz weniger des Wettbewerbs als der Entscheidungsfreiheit eines Unternehmens, das nicht zu erlaubtem (!) Verhalten gezwungen werden darf. Geringe praktische Bedeutung der Norm (siehe aber OLG Frankfurt, 22.04.2021 – 26 Sch 12/20: Zwang, einer Fusion zuzustimmen – im Rahmen der ordre-public-Kontrolle – anders als vom BKartA in vorange-
gehendem Bußgeldverfahren – verneint).

VI. Kartellrechtsnahe Regulierung von digitalen Gatekeepern

1. Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung (§ 19a GWB)

[Käseberg und Esser/Höft, in Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost, Die 10. GWB-Novelle, 2021, Kapitel 1.]

Gesetzgeber knüpft an Überlegungen im [Furman-Report](#) und in dem von [Crémer/de Montjoye/Schweitzer](#) im Auftrag der Wettbewerbskommissarin erstellten Bericht. Dort

wird von Unternehmen mit „strategic market status“ bzw. „platforms as regulators“ gesprochen.

Das Verfahren ist zweistufig ausgestaltet:

- In einem ersten, auf fünf Jahre zu befristenden und gesondert anfechtbaren Verwaltungsakt stellt das BKartA anhand von fünf Regelbeispielen die Anwendbarkeit der Norm auf ein bestimmtes Unternehmen („Unternehmen mit überragender, marktübergreifender Bedeutung“ – in Betracht kommen dürften laut Regierungsbegründung wohl v. a. die großen Digitalunternehmen, zu denken ist an die GAFAM-Unternehmen Google, Apple etc.) fest. Danach sind bei dem Unternehmen zu berücksichtigen:
 1. seine marktbeherrschende Stellung auf einem oder mehreren Märkten,
 2. seine Finanzkraft oder sein Zugang zu sonstigen Ressourcen (Patente, sonstige IP-Rechte?),
 3. seine vertikale Integration und seine Tätigkeit auf in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten,
 4. sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten,
 5. die Bedeutung seiner Tätigkeit für den Zugang Dritter zu Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie sein damit verbundener Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter.

Marktbeherrschung ist nur Regelbeispiel (Nr. 1), aber (auch laut Gesetzesbegründung) keine Tatbestandsvoraussetzung. Die Kriterien in Nr. 2 – 5 sind allerdings denjenigen zur Feststellung von Marktbeherrschung nachempfunden (§ 18 Abs. 3 GWB).

- In einem zweiten Schritt können dann die besonderen Verhaltenspflichten, etwa das Verbot der Selbstbevorzugung oder der Verhinderung von Datenportabilität oder von Interoperabilität, greifen. Dafür muss das Bundeskartellamt in einem weiteren Verwaltungsakt entsprechende Untersagungen für die Zukunft (also „ex nunc“) aussprechen. Verboten werden kann:

1. beim Vermitteln des Zugangs zu Beschaffungs- und Absatzmärkten die eigenen Angebote gegenüber denen von Wettbewerbern bevorzugt zu behandeln, insbesondere
 - a) die eigenen Angebote bei der Darstellung zu bevorzugen;

Dieser Tatbestand erinnert stark an das Verfahren Google Shopping.

- b) ausschließlich eigene Angebote auf Geräten vorzuinstallieren oder in anderer Weise in Angebote des Unternehmens zu integrieren;

Dieser Tatbestand erinnert an das Verfahren Google Android oder die Verfahren Microsoft Media Player und Microsoft Internet Explorer.

2. Maßnahmen zu ergreifen, die andere Unternehmen in ihrer Geschäftstätigkeit auf Beschaffungs- oder Absatzmärkten behindern, wenn die Tätigkeit des Unternehmens für den Zugang zu diesen Märkten Bedeutung hat, insbesondere

a) Maßnahmen zu ergreifen, die zu einer ausschließlichen Vorinstallation oder Integration von Angeboten des Unternehmens führen;

Dieser Tatbestand erinnert stark an das Verfahren Google Android: Vorinstallation einer Internetsuche auf einem Smartphone.

b) andere Unternehmen daran zu hindern oder es ihnen zu erschweren, ihre eigenen Angebote zu bewerben oder Abnehmer auch über andere als die von dem Unternehmen bereitgestellten oder vermittelten Zugänge zu erreichen;

Dieser Tatbestand erinnert stark an das Verfahren gegen Apple's App Store.

3. Wettbewerber auf einem Markt, auf dem das Unternehmen seine Stellung, auch ohne marktbeherrschend zu sein, schnell ausbauen kann, unmittelbar oder mittelbar zu behindern, insbesondere

a) die Nutzung eines Angebots des Unternehmens mit einer dafür nicht erforderlichen automatischen Nutzung eines weiteren Angebots des Unternehmens zu verbinden, ohne dem Nutzer des Angebots ausreichende Wahlmöglichkeiten hinsichtlich des Umstands und der Art und Weise der Nutzung des anderen Angebots einzuräumen;

b) die Nutzung eines Angebots des Unternehmens von der Nutzung eines anderen Angebots des Unternehmens abhängig zu machen;

Aufrollen von nichtbeherrschten Märkten („Envelopment“), eine neue Schadenstheorie: Leveraging nicht von Marktmacht, sondern von überragender marktübergreifender Bedeutung auf andere Märkte. Dieser Tatbestand könnte relevant für das Verfahren des BKartA gegen Facebook in Sachen Oculus sein: Registrierung bei einer Plattform (hier: Facebook) ist Voraussetzung für Nutzung der anderen Plattform (Oculus – VR Brille).

4. durch die Verarbeitung wettbewerbsrelevanter Daten, die das Unternehmen gesammelt hat, Marktzutrittsschranken zu errichten oder spürbar zu erhöhen, oder andere Unternehmen in sonstiger Weise zu behindern, oder Geschäftsbedingungen zu fordern, die eine solche Verarbeitung zulassen, insbesondere

a) die Nutzung von Diensten davon abhängig zu machen, dass Nutzer der Verarbeitung von Daten aus anderen Diensten des Unternehmens oder eines Drittanbieters zustimmen, ohne den Nutzern eine ausreichende Wahlmöglichkeit hinsichtlich des Umstands, des Zwecks und der Art und Weise der Verarbeitung einzuräumen;

Dieser Tatbestand erinnert stark an die vom BGH im Verfahren Facebook I (Datensammlung) aufgestellte Schadenstheorie: „aufgedrängte Leistungserweiterung“.

b) von anderen Unternehmen erhaltene wettbewerbsrelevante Daten zu anderen als für die Erbringung der eigenen Dienste gegenüber diesen Unternehmen erforderlichen Zwecken zu verarbeiten, ohne diesen Unternehmen eine ausreichende Wahlmöglichkeit hinsichtlich des Umstands, des Zwecks und der Art und Weise der Verarbeitung einzuräumen;

Dieser Tatbestand betrifft B2B-Sachverhalte.

5. die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten zu verweigern oder zu erschweren und damit den Wettbewerb zu behindern;

- xxx

- *Verhindern von Multihoming durch datenbezogene Lock-in-Effekte*

6. andere Unternehmen unzureichend über den Umfang, die Qualität oder den Erfolg der erbrachten oder beauftragten Leistung zu informieren oder ihnen in anderer Weise eine Beurteilung des Wertes dieser Leistung zu erschweren;

Normadressaten geben teilweise Informationen und Daten ihrer Kunden weiter. Bsp.: Sektoruntersuchung Online-Werbung des BKartA: Werbetreibende können teilweise nicht erkennen, welchen Erfolg ihre Werbeanstrengungen haben.

7. für die Behandlung von Angeboten eines anderen Unternehmens Vorteile zu fordern, die in keinem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung stehen, insbesondere

a) für deren Darstellung die Übertragung von Daten oder Rechten zu fordern, die dafür nicht zwingend erforderlich sind;

Vgl. Anzapfverbot, § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB

b) die Qualität der Darstellung dieser Angebote von der Übertragung von Daten oder Rechten abhängig zu machen, die hierzu in keinem angemessenen Verhältnis stehen.

Vermutlich wird das Amt bestimmte Verhaltensweisen untersagen und keine pauschalen Verbote aussprechen:

Eine rückwirkende Kontrolle (ex tunc) scheidet auf Basis von § 19a GWB aus.

Praktisch dürften die beiden Verfügungen in den meisten Fällen zeitlich zusammenfallen (das gestattet § 19a Abs. 2 S. 4 GWB auch ausdrücklich).

Auf europäischer Ebene ist eine ähnliche Regelung in Planung: Digital Markets Act (siehe sogleich unten).

Einer kleinen Revolution gleich kommt die Konzentration des Rechtsbehelfsverfahren („Rechtswegverkürzung“) im Fall von Streitigkeiten über den neuen § 19a GWB: Der BGH fungiert hier zukünftig als erste und letzte Instanz und hat damit erstmals auch über Tatfragen zu befinden (§ 73 Abs. 5 GWB). Dabei kann der BGH die Monopolkommission um eine Stellungnahme bitten (§ 75 Abs. 5 GWB).

Das BKartA stützt bereits sein Verfahren *Facebook Oculus* auf die neue Bestimmung § 19a GWB (Januar 2021)

Stand: Juni 2021: Außerdem hat es Verfahren gegen *Amazon* und zwei Verfahren gegen *Google* (Showcase: Diskriminierung? und Konditionen der Datenverarbeitung) eingeleitet.

2. Digital Markets Act (In Kraft getreten am: 1. November 2022)

Persönlicher Anwendungsbereich: Betreiber zentraler Plattformdienste (Art. 2 Nr. 2 lit. a – j DMA), z. B. Suchmaschinenbetreiber (Google), Video-Sharing Dienste (Youtube), Messaging-Dienste (WhatsApp), etc.

Gatekeeper-Eigenschaft wird in Art. 3 DMA definiert: Qualitative (erheblicher Einfluss auf Binnenmarkt; wichtige Vermittlerposition; stabile Marktposition) und quantitative Kriterien (Umsatz oder Marktkapitalisierung; Nutzerzahlen; Tätigkeit in drei Mitgliedsstaaten, vgl. FK)

Automatische Anwendbarkeit der Ge- und Verbote in Art. 5: Meistbegünstigungsklauseln, Koppelungspraktiken etc. (Self-executing).

Weitere Verbote gemäß Art. 6 DMA.

Verhaltenspflichten gelten nur für die Kernplattformdienste, nicht für andere vom Konzern angebotenen Dienste.

Sanktionsmechanismen erinnern an VO 1/2003 (Abstellungsverfügung, einstweilige Maßnahmen mit niedrigeren Voraussetzungen, Zwangsgeld etc.), wobei auch strukturelle Maßnahmen (Entflechtung) bei systematischer Nichtbeachtung denkbar sind, Art. 18 DMA-Entw.

Ermittlungsbefugnisse erinnern an VO 1/2003 und ECN+-RiLi: Auskunft, Durchsuchung etc.

Information der Kommission über Zusammenschlüsse mit anderen Digitalunternehmen, Art. 14 DMA. Ursprünglich wohl mit Möglichkeit der KOM, die MS zur Stellung eines Verweisungsantrags nach Art. 22 FKVO aufzufordern. Seit dem EuGH-Urteil vom 3. September 2024 können die Mitgliedstaaten eine Fusion nicht gemäß Art. 22 FKVO an die Kommission verweisen, wenn sie nach ihren nationalen Fusionskontrollvorschriften nicht für die Prüfung der Transaktion zuständig sind.

Ermächtigungsgrundlage: Binnenmarktcompetenz, *nicht* Art. 103 AEUV (Kartellrecht).

Ausschließliche Zuständigkeit der Kommission für Anwendung und Durchsetzung des DMA. DMA nur von Kommission anwendbar. Siehe Art. 1 VII 1 DMA: Beachtung von Entscheidungen der Kommission durch nationale Behörden: „kein Zuwiderlaufen“. DMA kann als Sekundärrecht zwar nicht unionales Primärrecht verdrängen, aber wohl nationales Kartellrecht.

Auch wenn das Verhältnis des § 19a GWB zum DMA zunächst umstritten war, so ist § 19a GWB neben dem DMA parallel anwendbar.¹⁰⁶ Allerdings sind die zuständigen mitgliedstaatlichen Behörden und die Kommission zur Kooperation verpflichtet.¹⁰⁷

C. Die Zusammenschlusskontrolle

(Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Auflage 2016, § 8 und § 22; Thomas, in Immenga/Mestmäcker, §§ 35 ff. GWB; Körber, in Immenga/Mestmäcker, FKVO; MünchKommGWB und MünchKommEuWettbR, FKVO [u. a. Koch und Montag/von Bonin])

I. Überblick

- Grundsatz der präventiven Zusammenschlusskontrolle: Wettbewerblich relevante Zusammenschlussvorhaben müssen vor Vollzug bei der zuständigen Kartellbehörde (EU-Kommission, BKartA) angemeldet und genehmigt werden.

- Europäisches und deutsches Kartellrecht (anders als US-amerikanisches): Keine gesetzlichen Beschränkungen des *internen Unternehmenswachstums*.

- *Externes Wachstum* unterliegt hingegen ggf. der präventiven Fusionskontrolle (Vollzugsverbot, bis Vereinbarkeitserklärung erfolgt, Art. 7 I FKVO bzw. § 41 I GWB).

- Verhältnis europäisches – mitgliedstaatliches Recht:

- one-stop-shop-Prinzip: Ausschließliche Zuständigkeit der Kommission für Anwendung der FKVO, Art. 21 II, III FKVO
- Aber: Verweisungssystem von der Kommission an einen Mitgliedstaat und umgekehrt:
 - o Art. 4 Abs. 4 und 5 FKVO (vor Anmeldung und auf Antrag der Anmelder),

¹⁰⁶ Schweitzer, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, 7. Auflage, München 2024.

¹⁰⁷ Ebenda.

- Art. 9 FKVO (nach Anmeldung, evtl. auf Antrag eines Mitgliedstaates)
- Art. 22 FKVO (Verweisung von MS an Kommission, nach Anmeldung auf Antrag eines oder mehrerer Mitgliedstaaten)
- Evtl. sind aber abtrennbare Teile des Zusammenschlussvorhabens nationalem Recht unterstellt.
- Unterscheide zwischen der formellen und der materiellen Fusionskontrolle: Im Rahmen der formellen Fusionskontrolle wird die Frage geprüft, ob ein Zusammenschlussvorhaben überhaupt angemeldet werden muss und bis zur Genehmigung das Vollzugsverbot gilt. Im Rahmen der materiellen Fusionskontrolle geht es um die Frage, ob das Vorhaben genehmigt werden muss oder nicht.

Prüfungsreihenfolge:

I. **Formelle** Fusionskontrolle

1. Zusammenschluss, Art. 3 FKVO bzw. § 37 GWB
2. Schwellenwerte, Art. 1 FKVO („Gemeinschaftsweite Bedeutung“) bzw. § 35 GWB

II. **Materielle** Fusionskontrolle („Erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs (im Gemeinsamen Markt)“), Art. 2 FKVO bzw. § 36 GWB

II. Zusammenschluss (Art. 3 FKVO)

1. „Fusion“ (Verschmelzung), Art. 3 I lit. a FKVO

Zusammenschlussform auf der Ebene der Gleichordnung. Praktisch selten, auf europäischer (grenzüberschreitender) Ebene auch aus steuerlichen Gründen.

- Verschmelzung durch Neugliederung:

Mindestens zwei Unternehmen werden zu einem neuen Unternehmen verschmolzen und bilden keine eigene Rechtspersönlichkeit mehr.

- Verschmelzung durch Aufnahme:

Ein Unternehmen geht unter Verlust der eigenen Rechtspersönlichkeit in einem anderen Unternehmen auf.

- Wirtschaftliche Fusion:

Mindestens zwei Unternehmen unterwerfen ihre Aktivitäten einer dauerhaften einheitlichen Leitung, ohne dass eine Verschmelzung im technischen Sinne vorliegt.

Beispiel: Konzernunternehmen

§ 18 Abs. 2 AktG: „Sind rechtlich selbständige Unternehmen, ohne dass das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie auch einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.“

2. Kontrollerwerb, Art. 3 I lit. b FKVO

Zusammenschlussform auf der Ebene der Über-/Unterordnung.

a. „Kontrolle“ = „Möglichkeit [...], einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben“ (Art. 3 Abs. 2 FKVO). Erforderlich ist eine Gesamtschau aller rechtlichen und tatsächlichen Faktoren des Einzelfalles.

Kontrolle kann erlangt werden durch

- den Erwerb von Anteilen an einem anderen Unternehmen (GmbH-Anteile, Aktien, Mitgliedschaftsrechten an Personengesellschaften)
- Eigentumsrechte am Vermögen eines Unternehmens (Fabrik, Maschinen, gewerbliche Schutzrechte)
- Unternehmensverträge (z. B. Beherrschungsvertrag, § 291 Abs. 1 AktG)

b. Unterscheide zwischen Einzel- und gemeinsamer Kontrolle

(1) Einzelkontrollerwerb (sole control):

Ein einzelnes Unternehmen erlangt die Kontrolle über ein anderes Unternehmen (Stimmrechtsmehrheit, Erwerb wesentlicher Vermögensbestandteile wie z. B. einer Fabrik, besondere Zusatzrechte bei Minderheitsbeteiligungen, sonstige Mittel wie z. B. Beherrschungsvertrag)

(2) Gemeinsamer Kontrollerwerb (joint control):

Mindestens zwei Unternehmen erlangen gemeinschaftlich die Kontrolle über ein anderes Unternehmen. Das europäische Zusammenschlusskontrollrecht erkennt dabei die Gründung oder den Erwerb eines Gemeinschaftsunternehmens bzw. die Beteiligung an einem solchen ausdrücklich an (Art. 3 IV FKVO).

Vertiefung: „Direct hiring“ (auch: poaching, dt.: Abwerben) als Zusammenschluss?

Abwerben von Mitarbeitern (mit dem **Ziel oder der Konsequenz, die Marktstellung** des Unternehmens des bisherigen Arbeitgebers zu übernehmen)

Zur Abgrenzung: **„Acqui-hire“** (Acquiring / Hiring): Klassischer Unternehmenserwerb (zB asset / share deal) mit dem **Ziel, die Mitarbeiter** des Zielunternehmens ins eigene Unternehmen zu integrieren.

Beispielfall 1 „Ostthüringer Nachrichten“

Bundeskartellamt hatte Ende der 1990er Jahren den Erwerb von 40 % der Anteile an der Ostthüringer Verlag GmbH durch die Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlag GmbH & Co. Zeitschriften und Beteiligungs KG (im Folgenden: WAZ) untersagt. Daraufhin gründete die WAZ eine Tochtergesellschaft, die WAZ-Invest, schloss mit dem Großteil der Redakteure sowie anderen Mitarbeitern des Verlages der traditionellen „Ostthüringer Nachrichten“ neue Arbeitsverträge und gab schließlich die neu gegründete „Ostthüringer Zeitung“ heraus. Die „Ostthüringer Nachrichten“ wurden eingestellt.

(BKartA, Tätigkeitsbericht 1999/2000, BT-Drucks. 14/6300, S. 97)

Beispielfall 2 „CTS Eventim / Four Artists“

Das Bundeskartellamt hatte 2017 dem Ticketing- und Veranstaltungskonzern CTS Eventim die Übernahme der von der Hip-Hop-Gruppe „Die fantastischen Vier“ gegründeten Konzertagentur „Four Artists Booking Agentur GmbH“ verboten. Daraufhin gründete Eventim eine neue Agentur („All Artists Agency“ – AAA) und warb dann in kurzer Folge erst den Geschäftsführer und anschließend mehr als die Hälfte der Mitarbeiter von Four Artists ab, um sie bei AAA anzustellen. Nachdem mit den wichtigsten Bookern (Künstleragenten/-managern) auch die von ihnen betreuten Künstler zur Eventim-Tochter AAA gewechselt waren, sah sich Four Artists gezwungen, den Geschäftsbetrieb einzustellen.

Beispielsfall 3 „Microsoft / Inflection“

Die Microsoft Corporation ist ein US-amerikanischer, weltweit tätiger Hard- und Software-entwickler. Das Startup „Inflection AI“ war als Entwickler von KI-Produkten, insbesondere des Chatbots „Pi“ tätig. Im Jahre 2024 stellte Microsoft zwei der Gründer von Inflection ein und beauftragte sie mit der Weiterentwicklung des KI-Chatbots Copilot sowie weiterer KI-Produkte. Gleichzeitig erwarb Microsoft eine – nicht exklusive – Lizenz für die Nutzung der Rechte des geistigen Eigentums von Inflection und machte den meisten Mitarbeitern von Inflection ein Jobangebot. Mit den Anteilseignern von Inflection vereinbarte Microsoft, dass diese rechtlich nicht gegen Microsoft vorgehen werden, und zahlte ihnen hierfür einen hohen dreistelligen Millionen-Betrag. Inflection verlagerte daraufhin den Schwerpunkt seines Unternehmens auf die Tätigkeit als „KI-Studio“, also als Unternehmen, das der breiten Bevölkerung die Funktionsweise, Einsatzmöglichkeiten und Grenzen von KI näher bringt.

- **Zusammenschluss** iSd § 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. a GWB (Kontrollerwerb durch Teilen des Vermögens eines anderen Unternehmens)?
- **Weiter Vermögensbegriff** in der formellen Fusionskontrolle:
 - Sämtliche geldwerten Güter oder Rechte, insbesondere wenn sich ihnen ein Marktumsatz zuordnen lässt
 - Klassische Beispiele: Betriebsanlagen, gewerbliche Schutzrechte
- v. a. im **Tech-Bereich**: Marktstellung der Unternehmen beruht häufig (allein) auf **immateriellen** Vermögenswerten, insbesondere:
 - **Kontakte zu wichtigen Kunden** (vgl. Eventim/Four Artists)
 - **Know-How** (vgl. Ostthüringer Zeitung; Microsoft/Inflection)

3. Wettbewerbslich erheblicher Einfluss, § 37 I Nr. 4 GWB

Eine Besonderheit der deutschen formellen Fusionskontrolle ist der Tatbestand des Erwerbs wettbewerbslich erheblichen Einflusses in sonstiger Weise als durch Kontroller-

werb oder Erwerb einer Beteiligung in Höhe von mindestens 25 % an einem Unternehmen. In der FKVO gibt es keinen entsprechenden Auffangtatbestand zur Prüfung solcher Minderheitsbeteiligungen unterhalb der Sperrminorität. Voraussetzung für die Prüfung einer Minderheitsbeteiligung über § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB ist jedoch, dass diese einen wettbewerblich erheblichen Einfluss nach sich zieht. Ob dies der Fall ist, ist stets für den jeweiligen Einzelfall zu prüfen. Auch Beteiligungen unterhalb der 15 %-Schwelle können einen wettbewerblich erheblichen Einfluss gewähren, wenn sie beispielsweise mit bestimmten Zusatzrechten einhergehen.¹⁰⁸ Reine Informationsrechte sind insoweit jedoch grundsätzlich nicht ausreichend. Vielmehr bedarf es darüberhinausgehender Mitsprache- und Kontrollmöglichkeiten. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der Anteilserwerber das Recht erhält, mehrere Geschäftsführungs- und/oder Aufsichtsratsposten zu bestimmen.

4. Interlocking directorships (Personelle Verflechtungen)

Das frühere deutsche Fusionskontrollrecht¹⁰⁹ (so auch heute noch das österreichische Recht in § 7 Abs. 1 Z 4 KartG¹¹⁰) behandelte den Fall personeller Verflechtungen noch als eigenen Tatbestand des Zusammenschlusses. Er kann heute unter § 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. b. GWB fallen, weil „Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren“, als Regelbeispiel für ein Kontrollmittel definiert werden.¹¹¹ Praktisch kommt solchen Verflechtungen die bloße Funktion zu, eine ohnehin bereits bestehende Kontrolle (z. B. aufgrund eines Mehrheitsbeteiligung oder eines Beherrschungsvertrags) abzusichern.

III. Wettbewerbllich bedeutsame Zusammenschlüsse – Schwellenwerte

¹⁰⁸ Das Bundeskartellamt prüfte beispielsweise im Fall *A-Tec/Norddeutsche Affinerie* (Beschluss vom 27.2.2008, B5-198-07) einen Anteilserwerb in Höhe von 13,75 %.

¹⁰⁹ § 23 Abs. 2 Nr. 4 GWB a. F. („Herbeiführung der Personengleichheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrats, des Vorstands oder eines sonstigen zur Geschäftsführung berufenen Organs von Unternehmen“). Dazu Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, 2. Auflage, § 23 Rn. 151 ff. („geringe Relevanz“ in der Praxis).

¹¹⁰ „Herbeiführen der Personengleichheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder der zur Geschäftsführung berufenen Organe oder der Aufsichtsräte von zwei oder mehreren Gesellschaften, die Unternehmer sind.“ Ähnliche Regelungen scheint es noch in Ecuador, Korea, Taiwan oder der Ukraine zu geben, siehe *Feldner/Bara*, NZKart 2020, 74 Fn. 1.

¹¹¹ *Thomas*, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl. 2014, § 37 Rn. 141.

Kontrollpflichtig sind nur Zusammenschlüsse von Unternehmen, die bestimmte Schwellenwerte (Größenmerkmale) überschreiten. In Betracht kommt insbesondere eine Orientierung an dem von den beteiligten Unternehmen erwirtschaftete Umsatz (EU, D), außerdem der Wert der Transaktion (D) sowie an den Marktanteilen (UK).

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

a) Art. 1 Abs. 2 FKVO

„Ein Zusammenschluss hat gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn folgende Umsätze erzielt werden:

a) ein **weltweiter** Gesamtumsatz **aller** beteiligten Unternehmen zusammen von mehr als **5 Mrd. EUR** und

b) ein **gemeinschaftsweiter** Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von **jeweils** mehr als **250 Mio. EUR**;

Dies gilt nicht, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen“ (sog. Zwei-Drittel-Klausel).

b) Art. 1 Abs. 3 FKVO

„Ein Zusammenschluss, der die in Absatz 2 vorgesehenen Schwellen nicht erreicht, hat gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn

a) der **weltweite** Gesamtumsatz **aller** beteiligten Unternehmen zusammen mehr als **2,5 Mrd. EUR** beträgt,

b) der Gesamtumsatz **aller** beteiligten Unternehmen in mindestens **drei Mitgliedstaaten jeweils 100 Mio. EUR** übersteigt,

c) in jedem von mindestens drei von Buchstabe b) erfassten Mitgliedstaaten der Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen **jeweils mehr als 25 Mio. EUR** beträgt und

d) der **gemeinschaftsweite** Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen **jeweils 100 Mio. EUR** 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 FKVO zielt damit auf solche Zusammenschlussvorhaben ab, denen zwar keine echte gemeinschaftsweite Bedeutung zukommt, die aber grenzüberschreitende Wirkung haben und deshalb bei mehreren nationalen Kartellbehörden angemeldet werden müssten.

c) Insbesondere: „Killer Acquisitions“ und neue Kommissionspraxis im Hinblick auf die Verweisungsmöglichkeit nach Art. 22 FKVO¹¹²

Der Begriff „Killer Acquisitions“ beschreibt das Phänomen, dass marktmächtige Unternehmen breitflächig innovative und wachstumsstarke, sich häufig noch in der Startup-Phase befindliche Unternehmen („Nascent Competitors“) aufkaufen. Im Anschluss an die Akquisition wird in vielen Fällen die Geschäftstätigkeit des Start-ups eingestellt oder so in den Konzern integriert, dass keine wettbewerbliche Bedrohung mehr zu befürchten ist. In der Praxis ist dieses Phänomen insbesondere im Pharmasektor sowie bei den sog. GAFAM-Unternehmen (Google, Amazon, Facebook/Meta, Apple, Microsoft) zu beobachten. Letztere haben zwischen 1987 und 2019 mehr als 700, darunter viele kleine innovative Unternehmen erworben.¹¹³

Mögliche wettbewerbsschädigende Konsequenzen von Killer Acquisitions bestehen insbesondere in der Hemmung von Innovationen. So verschwinden im Falle der Einstellung des Geschäftsmodells des akquirierten Unternehmens innovative Ideen vom Markt. Gleichzeitig verringern sich damit Innovationsanreize für den Erwerber, da vom übernommenen Unternehmen kein Innovationsdruck mehr ausgeht.

Da Killer Acquisitions häufig in einer frühen Phase vollzogen werden, in denen das Zielunternehmen noch kaum oder sehr geringe Umsätze verzeichnet, bewegen sich Killer Acquisitions zumeist unterhalb der Schwellenwerte der kartellrechtlichen Fusionskontrolle (siehe Art. 1 Abs. 3 FKVO) und können daher nicht durch die Kartellbehörden überprüft werden. Besondere Aufmerksamkeit erregten insoweit etwa die Übernahmen von Instagram (2012, Kaufpreis: 1 Mrd. USD) und WhatsApp (2014, Kaufpreis: 19 Mrd. USD) durch Facebook. Beide Zusammenschlüsse wären inzwischen zwar von der im Rahmen der 9. GWB-Novelle neu eingeführten Transaktionswertschwelle des § 35 Abs. 1a GWB (siehe unten 2. b)) erfasst; auf europarechtlicher Ebene existiert bislang allerdings noch keine entsprechende Regelung.

¹¹² Die folgenden Ausführungen hat Herr Dr. Becker, Akademischer Rat am LS Bien, verfasst.

¹¹³ Siehe etwa *Cukurov*, NZKart 2021, 606.

Eine transaktionswertbasierte Lösung wurde auf europäischer Ebene zwar diskutiert, ist aber überwiegend auf Ablehnung gestoßen.¹¹⁴ Einen alternativen Lösungsansatz präsentierte die Kommission in ihrem im März 2020 veröffentlichten Leitfaden zu Art. 22 FKVO, der aber seit dem EuGH-Urteil v. 3.9.2024 wieder aufgegeben wurde. Nach Art. 22 FKVO können ein oder mehrere Mitgliedstaaten beantragen, dass die Kommission ein Zusammenschlussvorhaben prüft, das die Schwellenwerte des Art. 1 FKVO unterschreitet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten aber beeinträchtigt und den Wettbewerb im Hoheitsgebiet des bzw. der antragstellenden Mitgliedstaaten erheblich zu beeinträchtigen droht. In dem erwähnten Leitfaden erklärte die Kommission, dass sie künftig auch Verweisungsanträge der Mitgliedstaaten zur Prüfung annehmen werde, wenn die betroffenen Zusammenschlussvorhaben die *nationalen* Schwellenwerte nicht überschreiten, von den nationalen Fusionskontrollregimen also nicht erfasst werden. Damit wich die Kommission von ihrer bisherigen Praxis ab, im Rahmen derer sie Verweisungsanträge nur akzeptierte, bei denen der Anwendungsbereich zumindest eines verweisenden Mitgliedstaats erfüllt war. Diese „Kehrtwende“ widerspricht grundsätzlich nicht dem Wortlaut des Art. 22 FKVO; im Hinblick auf den Zweck der Regelung wurde die Zulässigkeit der von der Kommission nunmehr bevorzugten Auslegung allerdings bezweifelt. So wurde die Regelung ursprünglich geschaffen, um der Kommission die Prüfung von Zusammenschlüssen zu ermöglichen, bei denen der antragstellende Mitgliedstaat über kein eigenes Fusionskontrollregime (Luxemburg) verfügt. Ob zu dieser Zeit bereits an die Möglichkeit gedacht wurde, dass die Regelung auch in Fällen angewandt wird, in denen die Mitgliedstaaten zwar über ein eigenes Fusionskontrollregime verfügen, die betroffene Fusion hiervon aber gerade nicht erfasst wird, erscheint zumindest fraglich.¹¹⁵

Bereits im Februar 2021 ermutigte (vgl. Art. 22 Abs. 5 FKVO) die Kommission im Fall „*Illumina/Grail*“ die Mitgliedstaaten, einen Verweisungsantrag nach Art. 22 FKVO zu stellen, obwohl der Zusammenschluss in keinem Mitgliedstaat anmeldepflichtig war. Frankreich stellte daraufhin einen Verweisungsantrag, dem sich weitere Mitgliedstaaten anschlossen. Durch das Erwerberunternehmen angestregte nationale Gerichtsverfahren führten nicht zu einer Beanstandung des Verweisungsverfahrens. Auch das EuG wies die

¹¹⁴ KOMM, Summary of replies to the Public Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control, 2017, abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-04/summary_of_replies_en.pdf, S. 4 f.

¹¹⁵ Kritisch von *Schreitter/Urban*, NZKart 2020, 637; zum historischen Hintergrund des Art. 22 FKVO siehe auch *Cukurov*, NZKart 2021, 606, 607.

von Illumina Grail erhobene Klage gegen dieses Vorgehen ab.¹¹⁶ Allerdings entschied der EuGH im September 2024 in der Rs. Illumina/Grail (EuGH, Urt. v. 3.9.2024), dass die Mitgliedsstaaten Transaktionen nicht gemäß Art. 22 der EUMR an die Kommission verweisen können, wenn sie nach ihren nationalen Fusionskontrollvorschriften nicht für die Prüfung der Transaktion zuständig sind. Daraufhin beendete die Kommission die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens im Fall Illumina/Grail und zog die Mitteilung zu Art. 22 FKVO zurück.

Zukunft von Art. 22 FKVO (EUMR): Call-in-Befugnisse der nationalen Behörden:

Mitgliedstaaten wie Italien und Irland verfügen über sogenannte „Call-in“-Befugnisse: Sie können bei Wettbewerbsbedenken unabhängig von Schwellenwerten eine Anmeldung verlangen. Hat der Mitgliedstaat seine Zuständigkeit auf diese Weise begründet, kann er den Fall anschließend an die Kommission verweisen.

Vorteile der „Verweisungslösung“:

- Schwellenunabhängige Aufgreifmöglichkeit der Kommission gewährleistet **stärkere Kontrolle von Killer Acquisitions**, soweit diese eine Gefahr für den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt darstellen können

Nachteile der „Verweisungslösung“:

- **Rechtsunsicherheit** für die Parteien:
 - Schwellenwerte geben den Unternehmen Sicherheit im Hinblick auf die Frage, ob ein Zusammenschluss bei den Kartellbehörden anzumelden ist. Bei einer schwellenunabhängigen Aufgreifmöglichkeit besteht diese Sicherheit nicht.
 - Keine klare **zeitliche Grenze** für Verweisungsanträge: Ein Verweisungsantrag ist auch nach Vollzug eines Zusammenschlusses möglich (Art. 22 Abs. 4 FKVO). Nach dem mittlerweile zurückgezogenen Leitfaden zu Art. 22 FKVO wollte die Kommission Anträge, die 6 Monate nach Vollzug gestellt werden, im Regelfall nicht aufgreifen.

Alternativen zur „Verweisungslösung“:

- Transaktionsbezogene Aufgreifschwelle (vgl. unten 2. b))
- „Anmeldeverfügung“ (vgl. zu § 32f Abs. 2 = ex-§ 39a GWB 2021 unten 2. c))

¹¹⁶ EuG, 13.7.2022, T-227/21, NZKart 2022, 450.

- Zur Vertiefung: „Economic Goodwill-Test“ (McLean):¹¹⁷
 - Am wirtschaftlichen Wert einer Transaktion ausgerichtete Aufgreifschwelle
 - Maßgeblich: Differenz zwischen der Gesamtsumme der materiellen Nettovermögenswerte eines Zielunternehmens und dem Transaktionswert

2. Schwellenwerte der deutschen Fusionskontrolle

a) Umsatzbezogene Aufgreifschwelle

§ 35 GWB

(1) Die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle finden Anwendung, wenn im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss

1. die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Millionen Euro und

2. im Inland mindestens ein beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 50 Millionen Euro und ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 17,5 Millionen Euro

erzielt haben.

Für den Pressebereich greift gemäß § 38 Abs. 3 GWB ein besonderer Rechenfaktor (4), wodurch Fusionen im Zeitungswesen leichter einer Kontrolle unterliegen. Erwerbsvorgänge durch die 10 größten deutschen Zeitungsverlage sind danach anmelde- und kontrollpflichtig.

b) Transaktionsbezogene Aufgreifschwelle

Durch die 9. GWB-Novelle 2017 (ähnliche die neue österreichische Rechtslage gemäß § 9 Abs. 4 österrKartG, ebenfalls seit 2017) eingefügt wurden transaktionsbezogene Aufgreifschwelle, § 35 Abs. 1a GWB.

Ebenfalls kontrollpflichtig sind Zusammenschlüsse die nicht alle Voraussetzungen der umsatzbezogenen Aufgreifschwelle des Abs. 1 erfüllen, unter folgenden zusätzlichen Voraussetzungen:

- Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss übersteigt 400 Mio. €
- Weitere Voraussetzung: Zielunternehmen muss bereits in erheblichem Umfang im Inland tätig sein, ohne dass es auf die Umsatzschwelle von 5 Mio. € ankommt

¹¹⁷ Zur Vertiefung für Experten: McLean, Journal of Competition Law & Economics 2021, Vol. 17, No. 1, 141 ff.; dazu auch Cukurov, NZKart 2021, 606, 610.

- Hintergrund: Viele Startup-Unternehmen der Digitalbranche bieten ihre Leistungen kostenlos an und generieren deshalb keine Umsätze, die an den herkömmlichen Aufgreifschwelle gemessen werden könnten (z. B. Whatsapp). Werden solche Unternehmen von einem anderen Unternehmen erworben, erreichen sie häufig nicht die herkömmlichen Umsatzschwellen der nationalen Fusionskontrollvorschriften. Trotzdem erreichen solche Transaktionen sehr hohe Kaufpreise (z. B. von Facebook für Whatsapp gezahlter Kaufpreis von 19 Milliarden US-Dollar!). Neuerung gilt nur für nationale Fusionskontrolle – auf europäischer Ebene wird dies bisher nur diskutiert. Die Konsequenz der Einführung wäre, dass der Anwendungsbereich der nationalen FK weiter geschmälert würde.

c) Anmeldeverfügung: Anmeldepflicht unterhalb der Aufgreifschwelle

Die neue Anmeldeverfügung in § 32f Abs. 2 (früher § 39a GWB 2021) erlaubt es dem Bundeskartellamt, Unternehmen zu verpflichten, bestimmte Zusammenschlussvorhaben in den nächsten drei Jahren anzumelden, auch wenn diese unterhalb der bestehenden Umsatz- oder Transaktionswertschwellen liegen. Mit dieser, in ihrem Anwendungsbereich wohl beschränkten Regelung betritt der deutsche Gesetzgeber Neuland.

Beispiele für Zusammenschlüsse, die möglicherweise problematische wettbewerbliche Auswirkungen haben, aber nicht überprüft wurden:

- *Remondis: Zusammenschlüsse mit lokalen Entsorgern*
- *Flixbus: Übernahme konkurrierender Fernbusbetreiber*

Voraussetzungen des § 32f Abs. 2 GWB:

- Objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte für eine zukünftige, zusammenschlussbedingte **erhebliche Behinderung des Wettbewerbs im Inland** auf den in der Verfügung genannten Wirtschaftszweigen
- Überschreiten bestimmter **Umsatzschwellenwerte** aufseiten des Erwerbers (50 Mio. EUR weltweit) und des Zielunternehmens (1 Mio. EUR), jeweils im Inland
- Vorherige Durchführung einer **Sektoruntersuchung** iSd § 32e Abs. 1 GWB

d) Ex-post-Kontrolle von Zusammenschlüssen gemäß Art. 102 AEUV (Strukturkontrolle)

(EuGH, Urteil v. 21.2.1973, Rs. 6-72 – Continental Can, ECLI:EU:C:1973:22; v. 16.3.2023, EuGH C-449/21 – Towercast, ECLI:EU:C:2023:207)

- Möglichkeit der Beurteilung eines nicht anmeldepflichtigen Zusammenschlusses am Maßstab d. Art. 102 AEUV

- **Strenge Voraussetzungen** für Annahme eines Missbrauchs
 - Bloße Verstärkung einer Marktstellung **reicht nicht aus**, um einen Verstoß gg. Art. 102 AEUV zu bejahen
 - Verstoß **nur**, wenn der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb derartig beeinträchtigt, dass **nur noch Unternehmen** auf dem Markt bestehen können, die in ihrem Marktverhalten vom marktbeherrschenden Unternehmen **abhängig** sind

IV. *Verbotsvoraussetzungen (Art. 2 Abs. 3 FKVO) - Marktbeherrschungstest versus SLC-Test*

(Bundeskartellamt, Das Untersagungskriterium in der Fusionskontrolle – Marktbeherrschende Stellung versus Substantial Lessening of Competition? (Diskussionspapier, Oktober 2001), abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/01_Proftag.pdf)

Vorbemerkung: Arten von Zusammenschlüssen und Schadenstheorien:

Horizontale Zusammenschlüsse (Fusionsparteien A und B sind Wettbewerber):

- ➔ Horizontale unilaterale (nicht koordinierte) Effekte oder
- ➔ Horizontale koordinierte Effekte

Vertikale Zusammenschlüsse (Unternehmen A gehört im Verhältnis zu Unternehmen B einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe an):

- ➔ Marktverschließungseffekte

Konglomerate Zusammenschlüsse (sonstige Zusammenschlüsse):

- ➔ Geringes wettbewerbliches Schadenspotential

1. Überblick: Theoretische Konzeption

- 1) Marktbeherrschungstest (§ 36 Abs. 1 GWB 2005) → bezieht sich auf die Stellung eines Unternehmens am Markt.
- 2) SLC-Test (Sec. 7 Clayton Act) → stellt auf Wettbewerbsbeeinträchtigungen ab („Substantial Lessening of Competition“).

2. Marktbeherrschungstest (§ 36 Abs. 1 GWB 2005)

Bis zur 8. GWB Novelle 2013 galt in Deutschland konzeptionell ein reiner Marktbeherrschungstest zur Entscheidung über die Genehmigung eines Zusammenschlussvorhabens. § 36 Abs. 1 GWB 2005 lautete wie folgt:

„Ein Zusammenschluss, von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist vom Bundeskartellamt zu untersagen, es sei denn, die beteiligten Unternehmen weisen nach, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen.“

- Vorteil: Eine Wettbewerbsverschlechterung wird erst dann fusionskontrollrechtlich relevant, wenn ein Unternehmen den Markt beherrscht (→ klare Struktur).

- Kritik: Bestimmte Effekte, die zwar zu einer Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen führen, jedoch nicht zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, werden nicht erfasst. Dies gilt im Allgemeinen für Fälle, in denen die fusionierten Unternehmen zwar nicht den gesamten Markt beherrschen, gleichwohl aber in der Lage sind, auf oligopolistischen Märkten z. B. einseitig die Preise anzuheben oder die Produktion zu drosseln (unilaterale horizontale Effekte).

3. SLC - Substantial Lessening of Competition (USA, Sec. 7 Clayton Act)

Ein Zusammenschluss ist verboten, wenn er zu einer wesentlichen Verringerung des Wettbewerbs führt:

*“No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be **substantially to lessen competition**, or to tend to create a monopoly.”*

Nachteil:

Schwierige Anwendung

Vorteil:

Dieses Untersagungskriterium ist grundsätzlich dazu geeignet, die negativen Wirkungen eines Zusammenschlusses auch dann zu erfassen, wenn sie nicht in der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung resultieren.

4. SIEC - Significant Impediment to Effective Competition (Art. 2 Abs. 3 FKVO 139/2004)

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

- Kombination von SLC- und Marktbeherrschungskriterium (Kompromisslösung)
- Das Marktbeherrschungskriterium fungiert zwar nicht mehr als das eigentliche Untersagungskriterium, es ist aber ein Regelbeispiel für eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs und nach wie vor in den meisten Fällen ausschlaggebend.
- Das SIEC-Kriterium erlangt nur dann eigenständige Bedeutung, wenn ein Sonderfall gegeben ist, in dem sich die Begründung oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht nachweisen lässt, der aber ausnahmsweise dennoch zu einer Behinderung wirksamen Wettbewerbs führt.
- Etwas anders jetzt das EuG im Fall der Nichtigkeitsklage von NetCologne u. a. gegen die Genehmigung des Zusammenschlusses der beiden Kabelnetzbetreiber Vodafone und Liberty in der Rs. T-58/20: „es nicht zu beanstanden, dass die Kommission [...] auf das Kriterium der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs und nicht auf das der beherrschenden Stellung abgestellt hat.“
- Durch die 8. GWB Novelle 2013 wurde der SIEC-Test ebenfalls in § 36 Abs. 1 GWB übernommen. Dadurch erfolgte eine weitgehende (und freiwillige) Angleichung der deutschen Rechtslage an den Prüfungsmaßstab der FKVO.
- Durch die Übernahme des SIEC-Tests aus der FKVO in das deutsche GWB kommt es hinsichtlich der Auslegung zu einer Orientierung an der europäischen Praxis. Ziel ist es, innerhalb der Union ein „level playing field“ zu schaffen.
- Ob eine Vorlagepflicht bzw. -fähigkeit gemäß Art. 267 AEUV bzgl. der Auslegung des § 36 Abs. 1 GWB besteht, ist umstritten.¹¹⁸

¹¹⁸ Eine Vorlagefähigkeit bzw. -pflicht lehnen etwa *Immenga*, EuZW 2013, 761, 762 sowie *Bardong*, NZKart 2013, 303, 304 ab; a. A. beispielsweise *Säcker*, WuW 2010, 370, 374 (mit Fn. 32); *Esser/Höft*, NZKart 2013, 447, 456 f.

- Ebenfalls besteht keine formelle Bindung an die Entscheidungspraxis der Unionsgerichte und der Kommission oder deren Leitlinien, Mitteilungen oder Bekanntmachungen.

5. Schadenstheorien

- Horizontale unilaterale (nicht koordinierte) Effekte (kommt in der Praxis am häufigsten vor)
- Horizontale koordinierte Effekte
- Nicht-horizontale Effekte

6. Der Babyfood-Fall als Beispiel

FTC v. Heinz, 116 F. Supp. 2d 190 (D.D.C. 2000), rev'd 246 F. 3d 708 (D.C.Cir. 2001) "Babyfood":

Heinz, nach Gerber und Beach-Nut drittgrößter Hersteller auf dem Markt für Babynahrung in den USA, sollte durch Milnot (Mutterunternehmen von Beach-Nut) erworben werden. Gemeinsam hätten Heinz und Beach-Nut einen Marktanteil von etwa 33% erreicht. Marktführer Gerber vereinnahmte mit einem Marktanteil von etwa 65% nahezu den ganzen Rest des Marktes. Amerikanische Supermärkte führten in der Regel nur zwei unterschiedliche Fabrikate von Babynahrung. Die Produkte des Marktführers Gerber galten dabei allerdings als so genanntes "must stock-item". Über 90% der amerikanischen Supermärkte führten diese Produkte. Insbesondere im Hinblick auf den zweiten Sortimentsplatz lieferten sich Beach-Nut und Heinz daher einen intensiven Konkurrenzkampf und sorgten somit gleichzeitig für ein niedriges Preisniveau. Darüber hinaus ging von diesem Preiskampf eine disziplinierende Wirkung auf den Marktführer Gerber aus. Dieser durfte den Preisabstand nicht allzu groß werden lassen. Nach Ansicht des FTC wäre bei einem Zusammenschluss von Beach-Nut und Heinz dieser Wettbewerb um den zweiten Sortimentsplatz jedoch entfallen. Dies hätte in der Folge auch den Wettbewerbsdruck auf Gerber erheblich verringert. Wäre eine Untersagung der Fusion auch auf der Grundlage des überkommenen Marktbeherrschungskriteriums möglich? (Engere Marktabgrenzung, Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung eines Dritten.)

7. Unilaterale versus koordinierte Effekte

a) Unilaterale Effekte

Unter unilateralen Effekten versteht man diejenigen Auswirkungen auf den Wettbewerb, die auf einseitigen Unternehmensentscheidungen, insbesondere zur Erhöhung von Preisen oder zur Verringerung der Produktionsmenge, beruhen. Folgender Anreizmechanismus ist im Fall einer horizontalen Fusion der Unternehmen A und B denkbar: Nach einer Preiserhöhung durch A wechselt ein Teil der Kunden zu den Produkten von

B. Damit werden etwaige Verluste aus dem Umsatzrückgang bei A möglicherweise überkompensiert. Daher kann es auch bei fehlender Marktbeherrschung zur Beseitigung eines Binnenwettbewerbs enger Substitute bei differenzierten Gütern (das ist in der Praxis der Regelfall, homogene Güter kommen seltener vor) kommen. (Umlenkungsquote (Diversion Ratio) zwischen Fusionsparteien ist wesentlicher Faktor für unilaterale Effekte)

Hierauf baut auch ein alternativer Ansatz zur Marktabgrenzung bei der Prüfung von Fusionen differenzierter Produkte auf. Der sog. **UPP-Test** (Upward Pricing Pressure), entwickelt von Joseph Farrell und Carl Shapiro¹¹⁹, misst den „Preiserhöhungsdruck“ im Fall der hypothetischen Fusion der Anbieter von Produkten A und B unter Berücksichtigung des Teils der Nachfrage, die im Fall der Preiserhöhung von Produkt A zu Produkt B wechselt und damit die Preiserhöhung trotz des Nachfragerückgangs bei Produkt A rentabel macht.

Insbesondere auf oligopolistischen Märkten kann es auch ohne Vorliegen oder Begründung einer (kollektiv oder einzel-)marktbeherrschenden Stellung zu einer erheblichen Behinderung von wirksamem Wettbewerb insbesondere in Form unilateraler Effekte kommen.¹²⁰ Diese angebliche Lücke („gap cases“) war Anlass für den oben geschilderten Übergang vom reinen Marktbeherrschungs- zum SIEC-Test.

b) Koordinierte Effekte

Theoretisch vorstellbar erscheint eine Marktsituation, in der es für die beteiligten Unternehmen eine wirtschaftlich sinnvolle und deshalb vorzugswürdige Strategie darstellt, suprakompetitive Preise unabhängig von einer Form der Kommunikation miteinander zu setzen.¹²¹ Die Kommission hält das Vorliegen von drei Voraussetzungen für mindestens erforderlich:

„[Es] müssen drei Bedingungen erfüllt sein, damit die Koordinierung nachhaltig ist. Erstens müssen die koordinierenden Unternehmen in ausreichendem Maße überwachen können, ob die Koordinierungsmodalitäten befolgt werden. Zweitens erfordert die Koordinierungsdisziplin, dass glaubhafte Abschreckungsmechanismen greifen, wenn eine Abweichung zutage tritt. Drittens dürfen die Reaktionen von Außenstehenden wie z. B. der zeitige und zukünftige Wettbewerber, die an der Abstimmung nicht teilnehmen, sowie der Kunden die mit der Koordinierung erwarteten Ergebnisse nicht gefährden.“¹²²

- Relevante Frage: Inwiefern erleichtert eine Fusion zukünftig Kollusion?

¹¹⁹ Näher *Joseph Farrell und Carl Shapiro* (2010) „Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition,” *The B.E. Journal of Theoretical Economics*: Vol. 10: Iss. 1.

¹²⁰ Näher *IM-GWB/Thomas*, 5. Aufl. 2014, *GW*B § 36 Rn. 287 – 297.

¹²¹ Dazu *Kommission*, Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 39 ff.

¹²² *Kommission*, Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 41.

- Voraussetzung für Koordinierung:
 - Koordinierung ist möglich und kann überwacht werden
 - Interne Stabilität
 - Externe Stabilität
- Faktoren, die eine Koordinierung erleichtern:
 - (geringe) Anzahl Marktteilnehmer
 - (geringe) Komplexität des Marktes/der Produkte
 - (hohe) Transparenz (Preise, Kundenbeziehungen)
 - Strukturelle Verbindungen
 - Ähnlichkeit der Marktteilnehmer
 - Möglichkeit der Sanktionierung
 - Historie (Kartellfälle, Kollusion)

8. Wettbewerbliche Auswirkungen von Fusionen nach Fallgruppen

Da die meisten Unternehmen auf einer Vielzahl von Märkten aktiv sind, weist ein Zusammenschluss in der Praxis häufig eine Kombination von horizontalen, vertikalen und konglomeraten Wirkungen auf.

Bsp.: EuG, 23.11.2024 - T-58/20 – NetCologne u. a. gegen Kommission „Im angefochtenen Beschluss [Freigabe der Übernahme des Kabelnetzbetreibers Liberty Global durch Vodafone, FB] hat die Kommission [...] geprüft, welche horizontalen, vertikalen und konglomeraten Auswirkungen der Zusammenschluss haben würde [...]. Sie ist zu dem Schluss gelangt, dass auf dem Endkundenmarkt für die Bereitstellung von Fernsehsignalen, auf dem Endkundenmarkt für gebündelte Dienste (Multiple Play) und auf dem Endkundenmarkt für Fernsehdienste wirksamer Wettbewerb nicht erheblich behindert werden würde, wohl aber auf dem Markt für den Festnetzinternetzugang und auf dem Markt für die Einspeisung von Fernsehsignalen.“

a) Horizontale Zusammenschlüsse

Sie stehen im Vordergrund der Anwendungspraxis der Kartellbehörden. In Betracht kommen in erster Linie Zusammenschlüsse zwischen aktuellen Wettbewerbern. Hier lässt sich an der Addition der Marktanteile und unter Berücksichtigung des Abstands zu den verbleibenden Wettbewerbern die u. U. geballte Marktmacht der fusionierten Einheit ablesen. Sie kann insbesondere zulasten von Lieferanten und Abnehmern eingesetzt werden. Es drohen u. U. Preiserhöhungen bzw. Preissenkungen.

Im Hinblick auf Marktanteile sind die Vermutungen in § 18 GWB von Bedeutung. Weitere Faktoren sind u. a. Marktzutrittsschranken, Marktstärke der Marktgegenseite, finanzielle Ressourcen etc. (vgl. § 18 GWB).

Die Kommission ermittelt den Konzentrationsgrad von Märkten häufig auf der Grundlage des **Herfindahl-Hirschman-Index (HHI)**. Hierbei wird das Quadrat der Marktanteile (möglichst) sämtlicher Unternehmen auf dem relevanten Markt addiert.¹²³

Bsp.: Ein Markt mit den Unternehmen A, B, C, D und E, deren Marktanteile 40, 30, 15, 10 und 5 % betragen, hat einen HHI von 2.850 ($40^2 + 30^2 + 15^2 + 10^2 + 5^2 = 2.850$).

Je geringer der HHI, desto geringer sind die wettbewerblichen Bedenken gegen die Fusion. Ein Wert unter 1.000 nach der Fusion gilt als unproblematisch.¹²⁴

Neben dem absoluten Wert kommt auch der Differenz zwischen dem HHI vor und nach der Fusion Bedeutung zu (sog. Delta). Delta-Werte unter 250 bzw. bei höherem absoluten Konzentrationsgrad unter 150 deuten tendenziell auf geringe wettbewerbliche Risiken der Fusion hin.

Im Beispielsfall handelt es sich um einen verhältnismäßig stark konzentrierten Markt. Im Fall einer Fusion auch nur der Unternehmen D und E stiege der HHI auf immerhin 2.950 ($= 40^2 + 30^2 + 15^2 + 15^2$), womit das Delta nur bei 100 läge.

In einigen Fällen kommt es auch zur Verhinderung von potentielltem Wettbewerb.

Bsp.: Fusion zwischen dem Originalpräparatehersteller O und dem Generikahersteller G.

Hinweis: Wie ausgeführt können im Fall horizontaler Zusammenschlüsse wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen auftreten, die sich nicht oder nur schlecht mit dem Marktbeherrschungskriterium erfassen lassen. Das sind die bereits erwähnten unilateralen oder koordinierten Effekte (oben 7).

b) Nicht horizontale Effekte I: Vertikale Zusammenschlüsse

Als mögliche Folge von vertikalen Zusammenschlüssen kommt die Gefahr der **Marktabschottung (market foreclosure)** in Betracht.¹²⁵ Die Absatz- oder Bezugsmöglichkei-

¹²³ Kommission, Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 16.

¹²⁴ Kommission, Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 19.

¹²⁵ Monopolkommission, V. Hauptgutachten 1982/1983, Rz. 725 ff.

ten des fusionierenden Einheit werden erweitert, die der Wettbewerber entsprechend reduziert.¹²⁶ Für Abnehmer oder Endverbraucher kann es zu einer Verringerung der Auswahlmöglichkeiten kommen.¹²⁷ Zu dieser Wirkung kommt es insbesondere dann, wenn eine große Zahl von Händlern seine Waren nur noch von einer kleinen Zahl von Lieferanten bezieht.

Bsp. 1: Der Softdrinkhersteller S erwirbt die Fastfood-Kette F. In Der Folge dürften Konkurrenten des S Schwierigkeiten haben, ihre Getränke über F zu vertreiben. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Getränke des S nicht wesentlich teurer oder wesentlich unbeliebter sind als diejenigen der Wettbewerber.

Bsp. 2¹²⁸: Der Stahlhersteller S schließt sich mit L, dem wichtigsten Lieferanten von Eisen-erz, einem Vorprodukt für die Stahlherstellung, zusammen. In der Folge könnte L die Belieferung von Wettbewerbern des S einstellen. Auch hier ist einschränkend anzumerken, dass der Anreiz zur Marktabschottung für die fusionierte Einheit nur dann besteht, wenn sich der Verzicht auf die Belieferung an die Konkurrenten des S für L lohnt.¹²⁹ Das ist etwa dann eher unwahrscheinlich, wenn die Produktionskapazitäten des L deutlich größer als der Eisenerzbedarf des S ist.

Bsp. 3¹³⁰: Erwerb des Vermögens der Lazar GmbH durch die Tönnies Holding.

Tönnies ist in Deutschland das mit Abstand führende Unternehmen der Schlacht- und Fleischindustrie.

Die Lazar-Gruppe ist als Personaldienstleister für Schlachtbetriebe tätig. Das Unternehmen schließt Werkverträge mit Herstellern von Fleisch- und Wurstwaren, u.a. auch Tönnies, für bestimmte Schlachtarbeiten. Zur Erfüllung dieser Werkverträge setzt das Unternehmen seine eigenen Arbeitnehmer ein. Dabei handelt es sich um speziell für die Arbeit in Schlachtbetrieben ausgebildete Arbeitskräfte, sogenannte „Zerleger“, die ganz überwiegend aus Südosteuropa stammen. Lazar organisiert den Arbeitskräfte-Transfer in die verschiedenen Betriebe.

Nachdem die Arbeits- und Lebensbedingungen der südosteuropäischen Werkvertrags-Arbeitnehmer seit längerem in der Kritik standen und sich im Frühsommer 2020 vermehrt große Corona-Ausbrüche in der Schlachtindustrie zeigten, hat das Bundeskabinett am 29. Juli 2020 den Gesetzentwurf zu einem „Arbeitsschutzkontrollgesetz“ gebilligt, wonach in größeren Schlachtbetrieben ab 2021 der Einsatz von fremden Arbeitern verboten wird. Am selben Tag hat Tönnies beim Bundeskartellamt das Vorhaben angemeldet, das Vermögen

¹²⁶ Monopolkommission, aaO, Rz. 726. Außerdem kann es zu einer Erhöhung der Marktzutrittsschranken kommen (ebenda, Rz. 727, vgl. auch Rz. 737ff.).

¹²⁷ Vgl. Wagner-von Papp, F., in: Langenbucher, K. (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 2005, 400, 431 (zu vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen).

¹²⁸ Nach Kling/Thomas, Kartellrecht, § 8 Rn. 265.

¹²⁹ Nach Kling/Thomas, Kartellrecht, § 8 Rn. 266.

¹³⁰ BKartA, Pressemitteilung vom 27.8.2020.

(u.a. Werkverträge, Mietverträge) der Lazar GmbH und der TL-Lazar GmbH zu erwerben, um deren rund 350 Arbeitnehmer künftig sowohl im eigenen Betrieb einstellen als auch an Dritte vermitteln zu können.

Durch die ursprünglich geplante Übernahme beider Lazar-Gesellschaften hätte Tönnies sowohl die spezialisierten Arbeitskräfte übernommen, die bislang bereits in Tönnies Betrieben eingesetzt wurden, als auch jene, die bislang in Betrieben von mittelständischen Wettbewerbern von Tönnies tätig waren. Damit hätte Tönnies seine eigene Marktposition zum Nachteil der Konkurrenten weiter stärken können. Nachdem das Bundeskartellamt gewisse Bedenken geltend gemacht hat, wurde die ursprüngliche Anmeldung zurückgenommen. Das Übernahmehaben beschränkt sich nun auf die Lazar GmbH und damit auf diejenigen Arbeitskräfte, die bisher schon bei Tönnies selbst eingesetzt sind. Daher kommt es nunmehr zu einer „wettbewerbsneutrale Übernahme“ lediglich solcher Arbeitnehmer, „die bisher schon bei der Tönnies-Gruppe selbst eingesetzt sind. Dadurch wird eine Verstärkung der Tönnies-Gruppe zu Lasten mittelständischer Wettbewerber von vornherein ausgeschlossen.“ (Mundt)

c) Nicht horizontale Effekte II: Konglomerater Zusammenschluss

In den übrigen Fällen spricht man von konglomeraten Zusammenschlüssen (Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen, die weder Wettbewerber sind noch der jeweils vor- oder nachgelagerten Marktstufe angehören). Hier ist die Wahrscheinlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung vergleichsweise gering.¹³¹ Denkbar sind zudem Kopplungs- oder Bündelungsstrategien. Prominente Beispiele sind die Verfahren *Springer/ProSiebenSat.1*¹³² aus der deutschen und *Tetra Laval/Sidel*¹³³ aus der europäischen Fusionskontrollpraxis.

V. Verfahren der Fusionskontrolle

1. Anmeldeerfordernis und Vollzugsverbot

Aus dem Grundsatz der präventiven Zusammenschlusskontrolle folgt, dass Fusionsvorhaben (→ Art. 3 FKVO, § 37 GWB), die die entsprechenden Schwellenwerte überschreiten (→ Art. 1 FKVO, § 35 GWB, siehe dazu oben, Teil III.), vor ihrem Vollzug bei der zuständigen Behörde (z. B. Kommission oder Bundeskartellamt) anzumelden sind, vgl. Art.

¹³¹ Vgl. *Monopolkommission*, V. Hauptgutachten 1982/1983, Rz. 733, 735ff; *EuG*, 25.10.2002 (*Tetra Laval BV/Kommission*), Slg. 2002 2002, II-4381, 4446 (=Rz. 155). Ausführlich zu möglichen wettbewerbs-schädlichen Wirkungen (mit zahlreichen Beispielen aus der US-amerikanischen Praxis) *Möschel, W.*, *RabelsZ* 1980, 203, 217ff.

¹³² Bundeskartellamt, 19.1.2006 (*Springer/ProSiebenSat.1*), WuW/E DE-V 1163.

¹³³ *Kommission*, 30.10.2001 (*Tetra Laval/Sidel*), Abl.EU Nr. L 43 v. 13.2.2004, 13; *EuG*, 25.10.2002 (*Tetra Laval BV/Kommission*), Slg. 2002 2002, II-4381; *EuGH*, 15.2.2005 (*Kommission/Tetra Laval*), WuW/E EU-R 875. Siehe schon oben *Kap. 2 B IV*.

4 Abs. 1 FKVO bzw. § 39 Abs. 1 GWB. Bis zu einer Freigabeentscheidung der zuständigen Wettbewerbsbehörde darf der geplante Zusammenschluss nicht vollzogen werden (sog. Vollzugsverbot, Art. 7 Abs. 1 FKVO bzw. § 41 Abs. 1 GWB).

Bsp.: Fusion der unterfränkischen Eisdiele¹³⁴

Mateo Moreno betreibt in Würzburg ganzjährig eine von acht in etwa gleich stark frequentierten Eisdiele, an die er noch ein Café und eine kleine Konditorei angeschlossen hat. Mit seiner Eisdielen samt Café und Konditorei erwirtschaftet Mateo jährlich einen Umsatz von 200.000 EUR. Ihm wird im 20 km entfernten Ochsenfurt eine weitere Eisdielen zum Kauf angeboten. Diese beschränkt sich auf die Herstellung und den Verkauf von Eis, ist nur im Sommerhalbjahr geöffnet und erzielt bislang einen Jahresumsatz von 50.000 EUR, während die beiden konkurrierenden Ochsenfurter Eisdiele auf 70.000 bzw. 80.000 EUR Jahresumsatz kommen. Mateo reizt das Angebot durchaus, er erwartet aber Ärger mit den Wettbewerbsbehörden.

1. Mateo will wissen, ob er sich verhalten lassen muss, er verstärke durch die Erweiterung seiner Aktivitäten verbotenerweise seine schon jetzt starke Marktstellung als Eisverkäufer.

2. Zudem fürchtet Mateo sich vor „Papierkram“, der mit einem etwaigen Genehmigungsverfahren verbunden sein könnte. Mateo will daher wissen, ob er das Vorhaben der Eisdielenübernahme bei der „Landes- oder Bundeskartellbehörde“ oder – weil er als Spanier in Deutschland italienisches Eis verkauft – möglicherweise sogar bei der „Europäischen Union“ anmelden muss.

2. Vor- und Hauptprüfverfahren

Im Rahmen der Prüfung angemeldeter Zusammenschlussvorhaben unterscheidet man grundsätzlich zwei verschiedene Phasen: Das Vorprüfverfahren (auch Phase I-Verfahren) sowie das Hauptprüfverfahren (auch Phase II-Verfahren).

Überblick über das europäische Fusionskontrollverfahren:

a) Phase I-Prüfung

– Mehr als 90 % aller angemeldeten Fusionen werden in einer Phase I-Entscheidung freigegeben

¹³⁴ Originalaufgabe aus der Abschlussklausur Kartellrecht II im SoSe 2019.

- Prüffrist für die Kommission: 25 Arbeitstage (mögliche Verlängerung um 10 weitere Arbeitstage, falls Fusionsparteien bereits in Phase I Zusagen machen, um etwaige Wettbewerbsbedenken auszuräumen)

- Behördliche Maßnahmen zur Einholung von Informationen z. B. Fragebögen an Marktteilnehmer zu wettbewerblichen Auswirkungen des Vorhabens, Fragebögen zu etwaigen vorgeschlagenen Zusagen („Markttest“)

- Mögliche Entscheidungen in Phase I:

- Art. 6 Abs. 1 a) FKVO: Angemeldeter Zusammenschluss fällt nicht unter die FKVO → **Keine weitere Prüfung**
- Art. 6 Abs. 1 b) FKVO: Angemeldeter Zusammenschluss gibt keinen Anlass zu ernsthaften Wettbewerbsbedenken → **Freigabe** des Zusammenschlusses
- Art. 6 Abs. 1 b) i.V.m. Art 6 Abs. 2 FKVO: Angemeldeter Zusammenschluss gab Anlass zu ernsthaften Bedenken, diese werden jedoch durch entsprechende Zusagen der Fusionsparteien ausgeräumt → **Freigabe** des Zusammenschlusses **mit Abhilfemaßnahmen** (= Nebenbestimmungen, d.h. die von den Fusionsparteien getätigten Zusagen werden in Form von Bedingungen und/oder Auflagen für rechtlich verbindlich erklärt)¹³⁵
- Art. 6 Abs. 1 c) FKVO: Angemeldeter Zusammenschluss gibt Anlass zu ernsthaften Bedenken und Fusionsparteien bieten keine oder nur unzureichende Zusagen an → **Einleitung des Hauptprüfverfahrens (Phase II)**

b) Phase II-Prüfung

- Ausführlichere Prüfung der wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenschlusses

- Einholen zusätzlicher Informationen (einschließlich interner Dokumente der Fusionsparteien), Anwendung ökonomischer Modelle und Studien, ausführlichere Fragebögen an Marktteilnehmer als in Phase I, Möglichkeit der Berücksichtigung von fusionsspezifischen Effizienzen

- Prüffrist: Grundsätzlich 90 Arbeitstage nach Einleitung des Hauptverfahrens (Möglichkeit der Verlängerung um 15 weitere Arbeitstage, falls Unternehmen in Phase II Zusagen anbieten, weitere fakultative Verlängerungsmöglichkeiten)

¹³⁵ Insoweit besteht ein wesentlicher Unterschied zu Fusionskontrollverfahren vor dem Bundeskartellamt. Letzteres ist nicht berechtigt, Fusionen in Phase I mit Nebenbestimmungen freizugeben. Das Amt muss also stets ein Phase II-Verfahren einleiten, wenn ein geplanter Zusammenschluss Anlass zu ernsthaften Bedenken gibt.

– Mögliche abschließende Entscheidungen in Phase II:

- Art. 8 Abs. 1 FKVO: **Freigabe** des Zusammenschlusses (ohne Nebenbestimmungen), falls dieser nach Ansicht der Kommission den wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt nicht erheblich behindert (SIEC-Kriterium)
- Art. 8 Abs. 2 FKVO: **Freigabe** des Zusammenschlusses **mit Nebenbestimmungen (= Abhilfemaßnahmen)**, nachdem die Kommission zum Ergebnis kam, dass der Zusammenschluss den wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt erheblich behindern würde und die Fusionsparteien entsprechende Zusagen tätigten, um die ermittelten Wettbewerbsbedenken vollständig auszuräumen
- Art. 8 Abs. 3 FKVO: **Untersagung** des Zusammenschlusses, falls dieser zu einer erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt führen würde, die Fusionsparteien jedoch keine oder nur unzureichende Zusagen anbieten.

3. Abhilfemaßnahmen

(Siehe dazu die Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. EU C 267 v. 22.10.2008, S. 1 ff. sowie Bundeskartellamt, Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle, abrufbar unter <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden%20-%20Zusagen%20in%20der%20Fusionskontrolle.html>)

a) Überblick

Bei fusionskontrollrechtlichen Abhilfemaßnahmen handelt es sich um (verwaltungsrechtliche) Nebenbestimmungen, die die Genehmigungsentscheidung flankieren. Ziel der Abhilfemaßnahmen ist es, ein angemeldetes Zusammenschlussvorhaben, das erhebliche Wettbewerbsbedenken aufweist, in einem bestimmten Maße zu modifizieren, so dass die ermittelten Bedenken ausgeräumt werden und wettbewerbliche Marktstrukturen im Anschluss an die Fusion gewährleistet werden können.

b) Verfahren

In der Praxis machen die Fusionsparteien bestimmte Zusagen, die dann von der Wettbewerbsbehörde in Form von Bedingungen und/oder Auflagen für rechtlich verbindlich erklärt werden. Die Zusagen müssen von den Unternehmen selbst kommen. Weder die Kommission noch das Bundeskartellamt sind berechtigt, den Fusionsparteien einseitig bestimmte Maßnahmen vorzuschreiben. In der Praxis werden aber Vorschläge gemacht. Im Vergleich zur Untersagung ist die Freigabe mit Abhilfemaßnahmen das mildere Mittel und deshalb grundsätzlich die vorrangig zu ergreifende Maßnahme, soweit die Zusagen der Fusionsparteien nach Einschätzung der Wettbewerbsbehörde ausreichen, die

Bedenken zu beseitigen. Gerade in den Zusammenschlussverfahren vor der Kommission sind Freigabeentscheidungen mit Abhilfemaßnahmen von deutlich größerer praktischer Relevanz als Untersagungsentscheidungen.¹³⁶ Dies ist auch darauf zurückzuführen, dass auf europäischer Ebene – im Gegensatz zu Verfahren vor dem Bundeskartellamt – Zusagen nicht nur in Phase II, sondern auch in Phase I des Verfahrens angeboten werden können.

Nachdem die Fusionsparteien bestimmte Zusagenvorschläge unterbreitet haben, ist es Sache der Wettbewerbsbehörde, zu prüfen, ob diese geeignet sind, die Wettbewerbsbedenken auszuräumen. Dabei berücksichtigt die Behörde auch die Einschätzung anderer Marktteilnehmer (z. B. Wettbewerber und Abnehmer der Fusionsparteien) zu den Zusagenvorschlägen (sog. „Markttest“).

c) Mögliche Zusagenarten

Die Kommission unterscheidet grundsätzlich drei Arten von Zusagen:

- Veräußerungszusagen
- Andere Abhilfemaßnahmen struktureller Art (z. B. Gewährung des diskriminierungsfreien Zugangs zu einer wichtigen Infrastruktur wie etwa Mobilfunk- oder Kabelnetzen, Änderung langfristiger Ausschließlichkeitsvereinbarungen)
- Reine Verhaltenszusagen (z. B. Belieferung mit einem bestimmten Produkt, Beschränkungen hinsichtlich des künftigen Geschäftsverhaltens)

Die Kommission hält – wie auch das Bundeskartellamt – Veräußerungszusagen regelmäßig für am besten geeignet, da diese eine strukturelle Maßnahme darstellen, mit der ein Wettbewerber (der Erwerber der zu veräußernden Unternehmenseinheit) unmittelbar gestärkt wird. Zudem ist die Behörde nach der erfolgten Veräußerung in der Regel nicht mit weiteren Kontrollpflichten belastet.

Reine Verhaltenszusagen werden hingegen kritisch beäugt. Ihnen wird teilweise die Eignung zu einer Behebung der strukturellen Wettbewerbsprobleme abgesprochen. Zudem handelt es sich dabei um mehrjährige Verhaltensvorgaben, deren Einhaltung von der Wettbewerbsbehörde und/oder eigens dafür eingeschalteten Überwachungstreuhän-

¹³⁶ Siehe dazu die Statistik hinsichtlich der Fusionsentscheidungen auf der Internetseite der Generaldirektion Wettbewerb, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/mergers/overview_en.html.

dern kontrolliert werden muss. In Deutschland bestimmt § 40 Abs. 3 S. 2 GWB ausdrücklich, dass fusionskontrollrechtliche Nebenbestimmungen nicht zu einer laufenden Verhaltenskontrolle führen dürfen.

4. Rechtsschutz im Verfahren vor der Kartellbehörde

a) Fusionsparteien

- Möglichkeit, sich zu Einwänden zu äußern (Art. 18 Abs. 1 FKVO).
- Zugang zu den Akten (Art. 18 Abs. 3 FKVO).

b) Drittbetroffene (z. B. Wettbewerber, Abnehmer, Zulieferer)

Natürliche oder juristische Personen, die ein ausreichendes Interesse haben, insbesondere Mitglieder der Verwaltungs- oder Leitungsorgane der betreffenden Unternehmen oder die anerkannten Vertreter ihrer Arbeitnehmer, haben auf Antrag Anspruch auf Anhörung (Art. 18 Abs. 4 FKVO).

5. Gerichtlicher Rechtsschutz

a) Fusionsparteien

Nichtigkeitsklage (Art. 263 Abs. 4 AEUV) bzw. Anfechtungsbeschwerde (§ 73 Abs. 2 GWB) gegen Untersagungsentscheidung der Europäischen Kommission bzw. des Bundeskartellamts.

b) Drittbetroffene

Nichtigkeitsklage (Art. 263 Abs. 4 AEUV) bzw. Anfechtungsbeschwerde (§ 73 Abs. 2 GWB) gegen Freigabeverfügung.

Beachte: Das BKartA erlässt ausschließlich im Haupt-, nicht im Vorprüfverfahren eine von dritten Parteien anfechtbare „Verfügung“, § 40 Abs. 2 S. 1 GWB.

VI. Besonderheiten der deutschen formellen und materiellen Fusionskontrolle

1. Abwägungsklausel (§ 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB)

Die Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB ist eine Besonderheit der deutschen Fusionskontrolle, nach der ein Zusammenschluss, der das SIEC-Kriterium erfüllt, dennoch nicht zu untersagen ist, wenn die Fusionsparteien nachweisen, dass die wettbe-

werblichen Nachteile durch wettbewerbliche Vorteile überwogen werden, die sich ebenfalls aus der Fusion ergeben (Kausalzusammenhang erforderlich!). Die Fusionsparteien tragen die Beweislast für das Vorliegen dieser Voraussetzungen.¹³⁷

Bsp.: Erwerb der Mediengruppe Frankfurt durch die Ippen-Gruppe

Er wurde vom BKartA am 5. März 2018 freigegeben.¹³⁸ Zu den Zeitungstiteln der Mediengruppe Frankfurt gehören die „Frankfurter Neue Presse“ und die „Frankfurter Rundschau“. Erworben wurde ebenfalls das Anzeigenblatt „Mix am Mittwoch“. Die Veräusserin der Mediengruppe Frankfurt, die FAZ-Gruppe, verfügte vor der Veräußerung auf dem Lesermarkt Frankfurt mit den drei Titeln „Frankfurter Neue Presse“, „Frankfurter Rundschau“ und der Regionalausgabe der „Frankfurter Allgemeine Zeitung“ über ein Monopol. Nach dem Zusammenschluss stehen „Frankfurter Neue Presse“ und „Frankfurter Rundschau“ in einem Wettbewerbsverhältnis zur Regionalausgabe der „Frankfurter Allgemeine Zeitung“. Dabei waren die Verbesserungen auf dem Lesermarkt „Stadt Frankfurt“ deutlich gewichtiger als etwaige Verschlechterungen in einzelnen Gemeinden des Landkreises Offenbach, der Stadt Offenbach oder des Wetteraukreises, so dass das Zusammenschlussvorhaben freizugeben war.

Grundsätzlich sind nur wettbewerbsbezogene Verbesserungen struktureller Art berücksichtigungsfähig. Nicht in Betracht kommen deshalb allgemeine gesamtwirtschaftliche Vorteile oder die Erhaltung von Arbeitsplätzen (→ Ministererlaubnis, § 42 GWB).

Nach Ansicht des Bundeskartellamts ist die Abwägungsklausel darüber hinaus nur dann anwendbar, wenn die gegenüberzustellenden positiven und negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf verschiedenen Märkten auftreten. Treten diese in ein und demselben Markt auf, seien die fusionsbedingten Verbesserungen bereits bei der Frage zu berücksichtigen, ob der Zusammenschluss überhaupt zu einer erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs führt.¹³⁹

Die Europäische Kommission könnte diese Konstellation theoretisch (!) unter dem Gesichtspunkt der „Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts“ (Art. 2 FKVO) zugunsten der Fusionsparteien berücksichtigen.

¹³⁷ *Bechtold/Bosch*, Kartellgesetz – GWB, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 36 Rn. 40.

¹³⁸ Siehe Tätigkeitsbericht des BKartA 2017/18, BT-Drucks. 19/10900, S. 92.

¹³⁹ Bundeskartellamt, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (2012), Rn. 191; a. A. *Thomas*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 5. Aufl. 2014, § 36 Rn. 721 ff. und *Bechtold/Bosch*, Kartellgesetz – GWB, Kommentar, 9. Aufl. 2018, Rn. 41 f., die die Abwägungsklausel auch dann anwenden möchten, wenn die positiven Auswirkungen in dem von den Wettbewerbsbehinderungen betroffenen Markt auftreten.

2. Bagatellmarktklausel (§ 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GWB)

Fusionen auf sog. Bagatellmärkten sind anmeldungspflichtig. Die Freigabe kann aber nicht versagt werden, wenn wirksamer Wettbewerb nur auf Bagatellmärkten, denen eine gesamtwirtschaftlich nur geringe Bedeutung zukommt (fragwürdig!), erheblich behindert wird. Unter Bagatellmärkten versteht der Gesetzgeber solche Märkte, auf denen „seit mindestens fünf Jahren Waren oder gewerbliche Leistungen angeboten werden und auf [denen] im letzten Kalenderjahr weniger als 20 Millionen Euro umgesetzt wurden [...]“.

Formelle FK: Fusionen auf sog. Bagatellmärkten sind anmeldepflichtig.

Materielle FK: Die Freigabe kann aber nicht versagt werden, wenn wirksamer Wettbewerb nur auf Bagatellmärkten, denen eine gesamtwirtschaftlich nur geringe Bedeutung zukommt (fragwürdig!), erheblich behindert wird.

Bsp. 1: Bagatellmärkte sind die regionalen Märkte für Altglasaufbereitung (BKartA, B4-31/17 - Rhenus Recycling/G .R.I. Glasrecycling), nicht:

Bsp. 2: Märkte für den Vertrieb technischer Schiffsausrüstung (Schiffskrane, Winden, Tore usw.); kein Bagatellmarkt: Weltweiter Markt für die Reparatur und Wartung von Schiffskranen (BKartA, B5-99/18 - Cargotec Oyj/GB Marine Cargo Handling Solutions der TTS Group ASA)

Mit der 9. GWB-Novelle 2017 wurden zwei Gegenmaßnahmen in § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Hs. 2 GWB eingefügt. So soll die Bagatellmarktklausel nicht für Fusionen gelten, die nur aufgrund der neuen transaktionsbezogenen Aufgreifschwelle des § 35 Abs. 1a GWB kontrollpflichtig sind (Grund: § 35 Abs. 1a GWB könnte sonst ins Leere laufen). Das Gleiche gilt für Märkte im Sinne von § 18 Abs. 2a GWB (Märkte, die von unentgeltlichen Leistungserbringungen geprägt sind). Die 10. GWB-Novelle 2021 hat den Anwendungsbereich durch die Anhebung der Umsatzgrenze von 15 auf 20 Mio. EUR einerseits verkleinert; andererseits schreibt sie nunmehr die gebündelte Betrachtung mehrerer Märkte (bisher „Markt“ im Singular) vor, so dass die Untersagung von Zusammenschlussvorhaben ermöglicht wird, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung parallel auf einer Vielzahl von Bagatellmärkten droht (näher *Filling*, in *Bien/Käseberg/Klumpke/Körber/Ost*, Die 10. GWB-Novelle, Kapitel 5).

3. Pressesanieungsklausel, § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GWB

Mit der 8. GWB-Novelle 2013 wurde mit § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GWB eine Sonderregelung für Sanierungsfusionen auf den Pressemärkten eingeführt. Im Hinblick auf eine Erhaltung der Pressevielfalt soll die Vorschrift Zusammenschlüsse von insolvenzgefährdeten kleineren Zeitungsverlagen mit größeren Wettbewerbern erleichtern.

4. Ministererlaubnis (§ 42 GWB)

Der Bundesminister für Wirtschaft und Energie kann nach § 42 Abs. 1 GWB einen Zusammenschluss, den das Bundeskartellamt wegen erheblicher wettbewerblicher Bedenken zunächst untersagt hat, unter bestimmten Umständen dennoch freigeben (ggf. mit speziellen Bedingungen und/oder Auflagen, § 42 Abs. 2 GWB). Im Rahmen der sog. Ministererlaubnis können also ausnahmsweise außerwettbewerbliche Faktoren in der Zusammenschlussprüfung berücksichtigt werden und etwaige Wettbewerbsbedenken im Einzelfall zurücktreten lassen. In bisher 23 Ministererlaubnisverfahren wurden zehn Zusammenschlüsse genehmigt (Nichterteilung der Erlaubnis in sechs Fällen, Rücknahme der Anträge auf Ministererlaubnis in sieben Fällen).

Besonders umstrittene Fälle:

- VEBA/Gelsenberg (1974),
- Thyssen/Hüller-Hille (1977),
- VEBA/BP (1978),
- Daimler/MBB (1989),
- E.ON/Ruhrgas (2002)
- Edeka/Kaiser's Tengelmann (2016).

Die materielle Voraussetzung für eine solche Ministererlaubnis ist:

- Wettbewerbsbeschränkungen werden von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen der Fusion aufgewogen oder der Zusammenschluss ist durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt (in der bisherigen Praxis u.a. anerkannt: langfristige Sicherung der Energieversorgung (E.ON/Ruhrgas), Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen (Daimler/MBB), Sicherung von Arbeitsplätzen (EDEKA/Tengelmann), Sicherung der medizinischen Versorgung und Forschung (Universitätsklinikum Greifswald), Energiewende (MIBA/Zollernalb))

Die formellen Voraussetzungen für eine solche Ministererlaubnis sind insbesondere:

- Antrag der Fusionsparteien

- Etwas anders jetzt das EuG im Fall der Nichtigkeitsklage von NetCologne u. a. gegen die Genehmigung des Zusammenschlusses der beiden Kabelnetzbetreiber Vodafone und Liberty in der Rs. T 58/20: „es nicht zu beanstanden, dass die Kommission [...] auf das Kriterium der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs und nicht auf das der beherrschenden Stellung abgestellt hat.“
- Einholen einer Stellungnahme der Monopolkommission vor der Entscheidung, § 42 Abs. 5 S. 1 GWB → die Stellungnahme bindet den Minister nicht, siehe aber § 42 Abs. 1 S. 4 GWB (neu eingefügt im Rahmen der 9. GWB-Novelle 2017): Falls die Entscheidung des Ministers vom Votum der Monopolkommission abweicht, ist dies in der Verfügung gesondert zu begründen!

Siehe auch *Bien*, Gibt es Alternativen zur Ministererlaubnis?, NZKart 2016, S. 445 f.. Zur Diskussion, ob sich die Einführung einer Ministererlaubnis auf europäischer Ebene empfiehlt: *Bien*, Vers une autorisation 'ministérielle' dans la procédure européenne de contrôle des fusions ? Un point de vue allemand, *Concurrentes* 2019/2, S. 2 – 9.

*Bsp.: Total/OMV - BGH, Beschl. v. 6.12.2011, KVR 95/10*¹⁴⁰

Die Total Deutschland GmbH (nachfolgend Total) beabsichtigte im Jahr 2008 von der OMV Deutschland GmbH (nachfolgend OMV) 59 Tankstellenbetriebe in den neuen Bundesländern Sachsen und Thüringen zu erwerben. Durch den Verkauf würde sich OMV ganz aus diesen Bundesländern zurückziehen. Sowohl Total als auch OMV sind Mineralölunternehmen, die auf verschiedenen Stufen der Mineralölproduktion und des Mineralölvertriebs tätig sind. Total betreibt neben einem bundesweiten Tankstellennetz auch verschiedene Raffinerien und Tanklager. OMV ist dagegen insbesondere in Süd- und Ostdeutschland tätig und unterhält neben einem Tankstellennetz auch eine Raffinerie in Bayern. Am 08. Dezember 2008 wurde das Zusammenschlussvorhaben von Total angemeldet.

Mit Beschluss vom 29. April 2010 untersagte das Bundeskartellamt jedoch dieses Vorhaben und begründete seine Entscheidung damit, dass das bereits bestehende marktbeherrschende Oligopol ansonsten deutlich verstärkt würde. Auf Beschwerde der beteiligten Unternehmen hob das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 04. August 2010 die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes auf. Es führte aus, dass in einigen der regionalen Märkten die Oligopolvermutung aufgrund der gemeinsamen Marktanteile der fünf großen Mineralölunternehmen von mindestens zwei Drittel zwar erfüllt sei, die beteiligten Unternehmen aber den Nachweis über das Stattfinden von wesentlichem Wettbewerb erbringen konnten. Dies führe entsprechend zur Widerlegung der Oligopolvermutung. Im Ergebnis bestehe daher weder ein marktbeherrschendes Oligopol noch werde ein solches durch den Zusammenschluss geschaffen.

¹⁴⁰ Siehe zum Verfahren Total/OMV außerdem: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.8.2010, IV-2 Kart 6/09 (V) – Tankstellenbetriebe Thüringen; BKartA, Beschl. v. 29.4.2009, B8-175/08 – Total/OMV; BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung Kraftstoffe, B8-200/09, 2011.

Der BGH hob die Entscheidung des OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 06. Dezember 2011 auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung an das OLG Düsseldorf zurück. Zwar hatte sich das Zusammenschlussvorhaben im Rechtsbeschwerdeverfahren durch einen anderweitigen Verkauf der Tankstellen bereits erledigt. Der BGH erkannte aber unter dem Aspekt der Wiederholungsfahr und der präjudizialen Wirkung der angefochtenen Verfügung ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse an der weiteren Rechtsverfolgung. Gegenstand der Untersuchungen war dabei stets die Frage, ob auf deutschen Tankstellenmärkten von einer Oligopol-situation auszugehen sei oder nicht.

In der Sache musste sich der BGH zunächst damit befassen, inwieweit das von Total und OMV geplante Zusammenschlussvorhaben überhaupt der (deutschen) Zusammenschlusskontrolle unterliegt. Er musste aber auch zu der räumlichen und sachlichen Marktabgrenzung des Kraftstoffsektors Stellung beziehen.

Gehen Sie im Wesentlichen von folgenden Annahmen aus: (1) Der Umsatz des Unternehmens Total beläuft sich weltweit auf 14,8 Mrd €, europaweit auf 8,4 Mrd € und deutschlandweit auf 7,4 Mrd. €. (2) Der Umsatz des Unternehmens OMV beläuft sich weltweit auf 3,2 Mrd €, europaweit auf 240 Mio € und deutschlandweit auf 200 Mio €. (3) Beide Unternehmen erzielen weit mehr als 80% des europäischen Umsatzes in Deutschland.