

Leitfaden zur Anwendung der Europäischen Wettbewerbsregeln

Bedanna Bapuly

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung: Das Wettbewerbsrecht im Rechtssystem	2
Bedeutung und Funktion der Wettbewerbsregeln	2
Grundzüge der europäischen Wettbewerbsreform	3
Das Verfahren vor innerstaatlichen Gerichten	4
Das Zusammenspiel zwischen Verwaltung und Justiz	6
Auswirkungen der europäischen Reform auf das nationale Kartellrecht	7
II. Typologie der wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen	
III. Die materiellrechtlichen Aspekte des Art 81 EG – eine Begriffsklärung	9
Marktabgrenzung	11
Unternehmen	15
Vereinbarungen – Beschlüsse – abgestimmte Verhaltensweisen	16
Zwischenstaatlichkeit	17
Spürbarkeit - De minimis	20
Ausnahmen vom Kartellverbot: 4 Voraussetzungen	22
Gruppenfreistellungsverordnungen	24
IV. Die Zivilrechtsfolgen Nichtigkeit – SchE – Unterlassung	25
V. Öffentlich – rechtliche Sanktionen	28
VI. Materiellrechtlichen Aspekte des Art 82 EG	31
Marktabgrenzung	31
Marktbeherrschung	33
Missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung	35
VII. Zivilrechtsfolgen bei Verletzung des Art 82 EG	38
VIII. Öffentlich – rechtliche Sanktionen	39

I. Einleitung: Das Wettbewerbsrecht im Rechtssystem

Zu den politischen Aufgaben der Gemeinschaft gehört ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt (Art 3 (1) lit g EG). Die Wettbewerbsfreiheit ergänzt die vier Grundfreiheiten und bildet ein konstituierendes Element des Gemeinsamen Marktes, dem eine maßgebliche Rolle bei der Integration der nationalen Volkswirtschaften zukommt.¹

Der Zweck der Wettbewerbsregeln besteht darin, auf dem Gemeinsamen Markt einen freien, redlichen, unverfälschten und gleichzeitig wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten.² Dabei sollen neben der individuellen wirtschaftlichen Freiheit der Wettbewerb als solcher geschützt³ und die Gleichbehandlung der Marktbürger gesichert werden.⁴ Deshalb sind Eingriffe, soweit sie den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen oder dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderlaufen verboten. Ausnahmen von diesem Verbot sind nur wenn sie den eng umschriebenen Bedingungen entsprechen zulässig.

Die Mitgliedstaaten sind im Sinne des Loyalitätsgebotes des Art 10 EG angehalten, die Erfüllung der Vertragsziele zu fördern sowie die praktische Wirksamkeit und die einheitliche Anwendung der Wettbewerbsregeln zu garantieren. Schreibt ein Mitgliedstaat etwa dem Art 81 EG widersprechende Absprachen vor, erleichtert er solche oder verstärkt er deren Auswirkungen, dann verstößt er gegen Art 10 EG.⁵ Im Ergebnis sind also innerstaatliche Behörden und Gerichte verpflichtet, jene Gesetze, die wettbewerbsbeschränkende Handlungen zulassen unangewendet zu lassen.

¹ *Schröter* in Ehlermann/Bieber, Handbuch des Europäischen Rechts I A 50, Art 85 (jetzt Art 81), 1999, 7, Rn 13.

² *Schröter* in Ehlermann/Bieber, Handbuch des Europäischen Rechts I A 50, Art 85 (jetzt Art 81), 1999, 7, Rn 8.

³ Mit dem Schutz des Wettbewerbs als Institution sollen wesentliche Aufgaben des Art 2 EG (harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens, ein hohes Beschäftigungsniveau, ein beständiges, nicht inflationäres Wachstum, ein hoher Grad von Wettbewerbsfähigkeit) erreicht werden.

⁴ *Schröter* in Ehlermann/Bieber, Handbuch des Europäischen Rechts I A 50, Art 85 (jetzt Art 81), 1999, 7, Rn 14, 15.

⁵ EuGH 9.9.2003, Rs C-198/01, *Consortio Industrie Fiammiferi*, Slg 2003, I-8055, Rn 46*.

Die Grundzüge der europäischen Wettbewerbsreform

Die VO (EG) 1/2003, die am 1.5.2004 in Kraft getreten ist reformiert das europäische Wettbewerbssystem in seinen Grundsätzen und stellt insbesondere innerstaatliche Behörden und Gerichte vor neue Aufgaben.

Die Kernelemente lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Artikel 81 (3) EG ist nach dem Prinzip der Legalausnahme von innerstaatlichen Behörden und Gerichten unmittelbar anzuwenden.⁶
- Ist der zwischenstaatliche Handel beeinträchtigt, so sind Art 81, 82 EG mit Vorrangwirkung anzuwenden.
- Die Kommission verfolgt Kartelle von gemeinschaftsweiter Bedeutung, wobei ihr bedeutsame Ermittlungsbefugnisse zukommen und konzentriert sich auf die Formulierung der Wettbewerbspolitik⁷ sowie die Koordinierung der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln.

⁶ Art 1, 2 VO (EG) 1/2003.

⁷ Die Europäische Kommission hat ihre unmittelbaren Vollzugsbefugnisse schon in der Vergangenheit über die reine Rechtsanwendung hinaus bewusst als Instrument der Wirtschaftssteuerung eingesetzt (Beispiele siehe: *Wollmann* in Mayer, Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2006, Art 81, Rn 6).

Das Verfahren vor innerstaatlichen Gerichten

Neben den Wettbewerbsbehörden, die in Verwaltungs- oder Bußgeldverfahren⁸ tätig werden, um die Einhaltung der europäischen Kartellvorschriften zu gewährleisten sind auch nationale Gerichte berufen, die Art 81 und 82 EG vollständig⁹ und unmittelbar anzuwenden. Die zivilrechtliche Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts spielt jedoch – trotz der von der KOM beabsichtigten dahingehenden Stärkung – bislang noch eine untergeordnete Rolle.¹⁰

Gemäß Art 6 VO (EG) 1/2003 sind die Gerichte für die Anwendung der Art 81 und 82 EG zuständig. Dies betrifft insbesondere drei Konstellationen:

- (1) Nichtigkeitsklagen gemäß Art 81 (2) EG, in denen die Nichtigkeit eines Vertrages eingewandt wird;
- (2) Unterlassungsklagen, die auf die Unterbindung eines kartellrechtswidrigen Verhaltens ausgerichtet sind und
- (3) Schadenersatzklagen, die auf Kompensation eines durch ein kartellrechtswidriges Verhalten entstandenen Schadens gerichtet sind.

Ad (1) Die gemeinschaftsrechtliche Nichtigkeit nach Art 81 (2) EG ist vom innerstaatlichen Gericht nach einer materiellen Prüfung der Art 81 (1) und (3) EG zu beurteilen.¹¹ Diese kann in Rechtsstreitigkeiten zwischen Vertragspartnern, Wettbewerbern oder sonstigen Dritten eingewandt werden.

Ad (2) Unterlassungsansprüche wegen Verletzung des gemeinschaftsrechtlichen Kartellrechts ergeben sich aus der innerstaatlichen Rechtsordnung und können ausschließlich vor nationalen Gerichten geltend gemacht werden. Dabei sind die

⁸ Gemäß Art 5 VO (EG) 1/2003 können nationale Wettbewerbsbehörden – von Amts wegen oder aufgrund einer Beschwerde – Entscheidungen zur Abstellung von Zuwiderhandlungen erlassen, einstweilige Maßnahmen anordnen, Verpflichtungszusagen annehmen und Geldbußen verhängen
⁹ Im alten Notifizierungssystem oblag die Anwendung des Art 81 (3) EG ausschließlich der KOM und nicht den Gerichten. Dies hat sich mit dem Legalausnahmesystem geändert: Nunmehr kommt die Anwendung des Art 81 (3) EG auch Gerichten zu.

¹⁰ Im Vergleich dazu wird die zivilrechtliche Geltendmachung von Ansprüchen in den USA durch folgende Faktoren erleichtert: class actions, pre-trial discovery, treble damages, punitive damages, contingency fees.

¹¹ Dazu siehe unten die Begriffsklärung.

gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze der Effizienz, Äquivalenz und des Diskriminierungsverbotes zu beachten.

Ad (3) Erwägungsgrund 7 der VO (EG) 1/2003 hebt die Rolle der einzelstaatlichen Gerichte hervor, unterstreicht, dass diese in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatpersonen die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden subjektiven Rechte schützen, indem sie u. a. den durch die Zuwiderhandlung Geschädigten Schadenersatz zuerkennen. Die Zuerkennung von Schadenersatz erfolgt – unter Einhaltung der gemeinschaftsrechtlichen (Verfahrens-) Grundsätze – nach innerstaatlichen Regelungen.

Aufgrund der einschränkenden österreichischen zivilprozessualen Vorgaben (z. B. Beweislast, Dispositionsmaxime, Prozessdauer, Kosten) ist zu erwarten, dass Unternehmen in der Regel erst nach Vorliegen einer wettbewerbsbehördlichen Entscheidung (z.B. Bußgeldfestsetzung) ihre Schadenersatzansprüche im Zivilverfahren geltend machen werden.¹²

Die Beweislastverteilung

Nach Art 2 VO (EG) 1/2003 muss jene Partei/Behörde, die den Vorwurf des Art 81 (1) oder 82 EG erhebt den Beweis dafür erbringen. Jene, die sich auf Art 81 (3) EG berufen, müssen den Beweis für das Vorliegen der 4 Voraussetzungen erbringen.¹³

¹² Die Europäische Kommission sammelt Vorschläge, die zur Erleichterung der privaten Durchsetzung europäischen Wettbewerbsrechts beitragen könnten. In Ö gibt es Überlegungen, die Vorteile des Verfahrens vor dem Kartellgericht (BWB und Kartellanwalt treten mit Sachinformationen als Parteien auf, Vorteile in Bezug auf Kosten und Schadensrisiko) zu nützen und auszubauen, um die private Rechtsdurchsetzung zu forcieren. *Wollmann/Prisker* empfehlen eine Gesetzesänderung, welche die Kompetenz des KG auf die Zuerkennung von Schadenersatzansprüchen ausdehnen und den Kreis der Klageberechtigten auf Interessensvertreter der Konsumenten erweitern würde. Ferner befürworten sie eine generelle Reform des Schadenersatzrechts und halten die nach geordnete von Schiedsverfahren im Bereich des Kartellrechts fest.

(http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/national_reports/austria_en.pdf.)

¹³ Diese Regelung normiert ebenfalls die bestehende Gerichtspraxis. Anders hingegen: Im Verwaltungsverfahren gilt der Amtsermittlungsgrundsatz und im Bußgeldverfahren das in dubio – Prinzip.

Das Zusammenspiel von Verwaltung und Justiz¹⁴

In Österreich agiert das Kartellgericht¹⁵ (KG beim OLG Wien) als Kartellbehörde erster Instanz im Sinne der VO (EG) 1/2003.¹⁶ Art 15 VO (EG) 1/2003 regelt das Zusammenwirken von Wettbewerbsbehörden¹⁷ und Gerichten. Demnach können Gerichte die KOM um Unterstützung ersuchen. Diese umfasst die Übermittlung von vorhandenen Informationen (zu entscheidungserheblichen Tatsachen) unter Wahrung von Geschäftsgeheimnissen¹⁸ aber auch Stellungnahmen zu Rechtsfragen zum europäischen Kartellrecht, wenngleich für das Gericht keine Bindungswirkung besteht (*iura novit curia*). Eine Bindung besteht hingegen hinsichtlich der Klärung von Rechtsfragen durch den EuGH im Anlassfall. Ferner sieht die VO die Übermittlung von Gerichtsentscheidungen zum europäischen Kartellrecht an die KOM vor. Überdies können die KOM und nationale Wettbewerbsbehörden im mitgliedstaatlichen Verfahren als *amicus curiae* mitwirken (Art 15 (3) VO (EG) 1/2003 i.V.m. § 351 ZPO). Die Kommission kann mit Erlaubnis des Gerichts mündlich Stellung nehmen¹⁹ oder sofern es die kohärente Anwendung der kartellrechtlichen Bestimmungen erfordert aus eigener Initiative schriftliche Stellungnahmen²⁰ übermitteln. Kommission und nationale Wettbewerbsbehörden dürfen zu diesem Zweck das Gericht zur Übermittlung aller erforderlichen Schriftstücke ersuchen.

Art 16 *leg. cit.* stellt klar, dass innerstaatliche Gerichte keine einer KomE widersprechenden Entscheidungen erlassen dürfen²¹ und die einheitliche Anwendung des EG Wettbewerbsrechts zu garantieren haben. Gerichte habe auch von der KOM beabsichtigte Entscheidungen zu berücksichtigen. Überdies hat die

¹⁴ Dazu siehe auch die Bekanntmachung der KOM über die Zusammenarbeit der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Art 81 und 82 EG*.

¹⁵ Das Kartellgericht erlässt Unterlassungsentscheidungen. Es setzt ferner als Behörde Geldbußen bei der Verletzung von Kartellrechtsvorschriften fest. Über Schadenersatzansprüche erkennt es nicht.

¹⁶ In zweiter Instanz ist das Kartellobergericht (KOG) beim OGH zuständig.

¹⁷ Gerichte arbeiten sowohl mit einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden als auch mit der Europäischen Kommission zusammen.

¹⁸ Zur Geheimhaltung verpflichtet sich auch das nationale Gerichte, wobei diese Pflicht in einem Spannungsverhältnis zum Recht auf Gehör steht.

¹⁹ Dieses Recht steht auch nationalen Wettbewerbsbehörden zu, ferner können sie mit Zustimmung des Gerichts auch mündliche Stellungnahmen abgeben.

²⁰ Diese Stellungnahme sind den Prozessparteien zu übermitteln.

²¹ Dabei werden die Grundzüge der Urteile in den Rs *Delimitis* und *Masterfoods* in Verordnungsform gegossen.

KOM die Möglichkeit, von Amts wegen jede Vereinbarung zum Gegenstand einer Kommissionsentscheidung zu machen (Art 7, 10 VO (EG) 1/2003).

Um kohärente Anwendung zu gewährleisten, können Gerichte bzw. müssen letztinstanzliche²² Gerichte bei Zweifeln über die Auslegung der europäischen Kartellrechtsvorschriften nach Art 234 EG ein Vorabentscheidungsverfahren einleiten.

Die Art 15 und 16 der VO finden Anwendung unabhängig davon, ob Gerichte über Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatpersonen befinden oder als Wettbewerbsbehörde oder Rechtsmittelinstanz tätig werden.²³ Zieht die KOM ein Verfahren an sich, bedeutet dies jedoch nicht, dass dem innerstaatlichen Rechtsmittelgericht²⁴ die Zuständigkeit entzogen wäre. Im Falle der Anfechtung einer Behördenentscheidung durch ein Gericht wird die KOM aus Gründen des gerichtlichen Rechtsschutzes davon Abstand nehmen, den Fall gemäß Art 11 (6) VO an sich zu ziehen.²⁵

Auswirkungen der europäischen Reform auf das innerstaatliche Kartellrecht

Die europäische Kartellrechtsreform bringt auch Auswirkungen auf das nationale Wettbewerbsrecht mit sich. Art 3 VO (EG) 1/2003 schafft einen erweiterten Vorrang des Gemeinschaftsrecht, faktisch ist das Verbot einer Vereinbarung, die den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen geeignet ist nur noch dann möglich, wenn diese auch gegen Art 81 EG verstößt.

Lediglich auf Vereinbarungen, die lokale oder allenfalls regionale Bedeutung haben ist innerstaatliches Kartellrecht anwendbar. In Österreich erfolgte mit 1.1.2006 eine Anpassung des österreichischen Kartellrechts an das Europäische: Die Genehmigung von Kartellen durch das Kartellgericht entfällt,²⁶ es gilt ein allgemeines

²² Gemeint sind Gerichte im Sinne des Art 234 EG gegen deren Entscheidung kein Rechtsmittel mehr zulässig ist.

²³ Erwägungsgrund 21 der VO (EG) 1/2003.

²⁴ Art 35 (3) VO (EG) 1/2003.

²⁵ *Schwarze/Weitbrecht*, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, 2004, 228, Rn 66.

²⁶ Alle mit der Genehmigung zusammenhängenden Vorschriften, wie etwa über die unterschiedlich geregelten Kartellarten, über vertikale Vertriebsbindungen und über unverbindliche Verbandsempfehlungen gehören damit der Vergangenheit an. Der Kartellregister wird nicht weitergeführt.

Kartellverbot. Das Kartellgesetz (KartG 2005)²⁷ dehnt das Kartellverbot über Artikel 81 EG hinausgehend auf einseitige Wettbewerbsbeschränkungen aus. Durch eine Verfassungsbestimmung (§ 24 (1) KartG) wurde die Anwendung des Kartellgesetzes auch auf diejenigen Sachverhalte ausgedehnt werden, die bisher wegen der Zuständigkeit der Länder davon ausgenommen waren.

²⁷ BGBl I 61/2005*. Ferner erfolgte eine Novelle des Wettbewerbsgesetzes (WettbG 2005) BGBl I 62/2005*.

II. Die Typologie der wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen

Im Wesentlichen unterscheidet man drei Typen:

- Vereinbarungen oder das bloße Verhalten von zwei oder mehreren Unternehmen. Unternehmen schließen meist Verträge oder stimmen ihre Verhaltensweisen ab. Meist treffen sie dabei Preisabsprachen, vereinbaren Kundenzuweisungen oder Gebietsschutz. Dabei agieren sowohl Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe (horizontal) aber auch solche unterschiedlicher Stufe in der Wertschöpfungskette - Zulieferer – Produzent – Großhändler – Einzelhändler - (vertikal).
- Verhalten eines Unternehmens: Der Wettbewerb kann ferner beeinträchtigt sein, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine marktbeherrschende Position missbraucht.
- Unternehmenszusammenschlüsse²⁸ können erhebliche schädliche Auswirkungen auf die Struktur des Gemeinsamen Marktes (oder eines wesentlichen Teils desselben) zeitigen, weshalb negative Auswirkungen auf den Wettbewerb nach der Fusionskontrollverordnung²⁹ geprüft werden.

III. Zur Begriffsklärung

Das Verbot des Art 81 Abs 1 EG erstreckt sich auf alle Arten und Formen von Kartellen³⁰ und richtet sich an „Unternehmen“; Art 81 Abs 3 EG sieht Ausnahmen zu diesem Verbot vor. Art 82 EG verbietet den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, soweit dadurch der zwischenstaatliche Handel beeinträchtigt wird.

Das Kartellverbot gilt grundsätzlich für alle Wirtschaftsbereiche (sachlicher Anwendungsbereich). Einschränkungen ergeben sich aus Art 86 Abs 2 EG für UN, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, soweit die Einhaltung der Wettbewerbsregeln die Erfüllung der übertragenen Aufgaben rechtlich oder

²⁸ Diese werden im Folgenden nicht näher erläutert, weil sich die VO (EG) 1/2003* nicht auf sie erstreckt.

²⁹ FKVO (EG) 139/2004*.

³⁰ Darunter fallen: Vereinbarungen zwischen Unternehmen(-svereinigungen), zwischen einem UN und einer Unternehmensvereinigung, sowie Beschlüsse von Vereinigungen, deren Mitglieder nicht UN, sondern Unternehmensvereinigungen sind.

tatsächlich verhindern würde. Eine Bereichsausnahme gilt für die Landwirtschaft, demnach ist Art 81 EG³¹ nicht für Vereinbarungen anwendbar, die landwirtschaftliche Betriebe oder Genossenschaften aus nur einem MS betreffen, soweit sie ohne Preisbindung die Erzeugung/den Absatz/die Benutzung gemeinschaftlicher Einrichtungen für die Lagerung, Be- oder Verarbeitung landwirtschaftlicher Erzeugnisse betreffen und nicht – gemäß einer Feststellung der KOM – den Wettbewerb ausschließen oder Ziele der gemeinsamen Agrarpolitik gefährden.³² Einschränkungen könnten sich auch in Zusammenhang mit der Erzeugung und dem Handel von Kriegsmaterialien ergeben.³³

Sonderregeln – inklusive spezifischer verfahrensrechtlicher Abweichungen zu VO (EG) 1/2003 – finden sich in Gruppenfreistellungsverordnungen betreffend die Sektoren Versicherung,³⁴ Kfz-Vertrieb,³⁵ und Verkehr³⁶.

Der räumliche Geltungsbereich der Wettbewerbsregeln ist in Art 299 EG definiert. Dies schließt allerdings nicht aus, dass die Kartellrechtvorschriften auch extraterritorial auf Unternehmen mit Sitz in einem Drittstaat und/oder auf Handlungen außerhalb der EU anwendbar sind, denn entsprechend dem Auswirkungsprinzip sind diese Vorschriften immer anwendbar, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung auf dem Gemeinsamen Markt bewirkt oder bezweckt wird.³⁷ Eine EuGH³⁸ hat sich noch nicht klar zum Auswirkungsprinzip geäußert und versucht in Übereinstimmung mit dem Territorialitätsprinzip Anknüpfungspunkte zu finden, indem er Handlungen einer in einem Drittstaat ansässigen Muttergesellschaft der in der EU befindlichen Tochtergesellschaft zurechnete³⁹ oder auf den Ort der Durchführung abstellte⁴⁰.

³¹ Wohl aber ist Art 82 EG im Bereich der Landwirtschaft uneingeschränkt anwendbar!

³² Art 36, 37 (2), (3) iVm Art 33 EG. Art 2 VO (EWG) 26/62*.

³³ *Wollmann* in: Mayer, Kommentar zu EU- und EG- Vertrag, 2006, Art 81 Rn 13.

³⁴ VO (EG) 358/2003*.

³⁵ VO (EG) 1400/2002*.

³⁶ VO (EWG) 1017/68* (Eisen-, Strassen, Binnenschiffverkehr); VO (EWG) 4056/86* (Seeverkehr); VO (EWG) 3975/87* (Luftverkehr).

³⁷ KomE 9.6.1972, 72/238/EWG, *Raymond – Nagoya*, ABI 1972, L 143, 39*; KomE 19.12.1984, 85/206/EWG, *Aluminium aus Osteuropa*, ABL 1985, L 92, 1*; KomE 19.12.1984, 85/202/EWG, *Zellstoff*, ABI 1985, L 85, 1, Rn 79*.

³⁸ Die Jurisdiktionsbefugnis besteht völkerrechtlich nur, wenn die Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt unmittelbar, wesentlich und vorhersehbar sind. Siehe auch EuG 15.3.2000, Rs T-25/95, *Cimenteries*, Slg 2000, II-491, Rn 4240*; EuG 25.3.1999, Rs T-102/96, *Gencor*, Slg 1999, II-753, Rn 90*.

³⁹ EuGH 14.7.1972, Rs 48/69, *ICI*, Slg 1972, 619, Rn 132/135*; EuGH 6.3.1974, Rs 6,7/73, *Commercial Solvents*, Slg 1974, 223, Rn 42*.

⁴⁰ EuGH 27.9.1988, Rs 89/, 104/, 114/, 116/, 117/, 125-129/85, *Ahlström*, Slg 1988, 5193, Rn 17*.

Eilmansberger spricht sich für eine weite Auslegung des Durchführungsprinzips aus und hält auch die Nichtvornahme einer Handlung in der Gemeinschaft für sachgerecht. Er befürwortet die Anwendung des Art 81 EG auch auf Marktaufteilungsabsprachen, Submissionskartelle und Exportverbote durch Drittlandsunternehmen, die sich gegen eine Lieferung in die Gemeinschaft oder gegen die Abgabe kompetitiver Angebote absprechen.⁴¹ Problematisch ist die extraterritoriale Anwendung europäischen Kartellrechts allerdings auf Preisabsprachen oder Absatzbeschränkungen in Drittländern, die global zu einer Preissteigerung führen – in solchen Fällen ist als Bezugspunkt nicht auf Auswirkungen am Markt (Preis, Verfügbarkeit, Qualität der Waren) sondern auf Auswirkung auf den Wettbewerb in der Gemeinschaft abzustellen.⁴² Um drohende Konflikte dazu zu vermeiden und praktische Lösungsansätze zu bieten haben die EU und Drittstaaten Kooperationsabkommen geschlossen.⁴³

Marktabgrenzung

Um festzustellen, ob eine Wettbewerbsbeschränkung unter das Kartellverbot fällt, ist zunächst der Markt zu bestimmen, auf dem sie sich (potenziell) auswirkt. Zur Abgrenzung des so genannten relevanten Marktes bedarf es einer Marktanalyse, die darauf abstellt, ob zwischen Unternehmen ein Wettbewerbsverhältnis besteht bzw. wie stark die Stellung eines Unternehmens ist. Die Abgrenzung erfolgt im Wesentlichen nach folgenden Gesichtspunkten: Zunächst wird der Produktmarkt (= sachlich relevanter Markt) identifiziert, ferner der räumlich und der zeitlich relevante Markt.⁴⁴

Die für die Bestimmung des sachlichen und räumlichen Referenzmarktes entscheidenden und durch die Entscheidungspraxis entwickelten Grundsätze finden sich in der „Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes“⁴⁵.

Der sachlich relevante Produktmarkt ist aus der Sicht der Nachfrager (Bedarfsmarkt) zu bestimmen. Demnach bilden all jene Waren und Dienstleistungen denselben Produktmarkt, die Verbraucher auf Grund ihrer Eigenschaften, ihres

⁴¹ Eilmansberger in Streinz, EUV 2003, vor Art 81 EGV, Rn 17.

⁴² Eilmansberger in Streinz, EUV 2003, vor Art 81 EGV, Rn 18.

⁴³ Z. B. ABI 1998, L 173, 28* (mit den USA), ABI 1999, L 175, 50* (mit Kanada).

⁴⁴ Z.B. Eilmansberger in Streinz, EUV 2003, vor Art 81 EGV, Rn 37 ff ; Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art 81 EGV Rn 174ff; Schröter in Ehlermann/Bieber, Handbuch des Europäischen Rechts I A 50, Art 85 (jetzt Art 81), 1999, Rn 102 ff.

⁴⁵ ABI 1997, C 372, 5*.

Preises und Verwendungszweckes für substituierbar erachten.⁴⁶ Daher muss festgestellt werden, ob für den Abnehmer alternative Abnahmemöglichkeiten bestehen. Dabei sind Angebot und Nachfrage zu eruieren.⁴⁷ Ist ein Nachfragemarkt abzugrenzen, kommt es darauf an, ob ein ein bestimmtes Produkt nachfragendes Handelsunternehmen durch seine Nachfrage gegenüber dem Hersteller Marktmacht ausüben kann oder ob dieser auf andere Abnehmer oder Vertriebswege zurückgreifen kann⁴⁸.

Um den sachlich relevanten Markt zu erfassen, wird geprüft, ob und in welchem Ausmaß eine Preiserhöhung bei einem spezifischen Produkt zur Verlagerung der Nachfrage auf ein anderes Produkt führt. Dieser Prüfung erfolgt mit dem SNIPP (Small, but Significant Non-Transitory Increase in Price) - Test ermittelt: Dabei wird erhoben, ob Kunden bei einer spürbaren (zwischen 5% und 10% liegenden) und anhaltenden Preiserhöhung auf Substitutionsprodukte umsteigen. Führt der damit einhergehende Absatzrückgang dazu, dass die Preiserhöhung nicht mehr einträglich wäre, sind die Substitutionsprodukte in den Produktmarkt einzubeziehen.⁴⁹

Der räumlich relevante Markt umfasst ein Absatzgebiet mit homogenen Wettbewerbsverhältnissen⁵⁰: Dazu gehören der territoriale Anwendungsbereich von Vertriebs- und Lizenzverträgen, Gewohnheiten, wirtschaftliche Möglichkeiten, rechtliche Rahmenbedingungen, Preise⁵¹.

⁴⁶ EuGH 14.2.1978, Rs 27/76, *United Brands*, Slg 1978, 207, Rn 12, 22-35*; EuGH 13.2.1979, Rs 85/76, *Hoffmann – La Roche*, Slg 1979, 461, Rn 28*: Produktabgrenzung nach Verwendungsmöglichkeiten – Vitamine in Lebensmitteln, Futtermitteln und Arzneimitteln.

⁴⁷ Es sind immer die besonderen Umstände des Einzelfalls heranzuziehen. Es können unterschiedliche Vertriebswege für verschiedene Verbrauchergruppen oder verschiedene Verwendungsmöglichkeiten zu getrennten Märkten führen, obwohl es sich um das gleiche Produkt handelt: EuGH 13.2.1979, Rs 85/76, *Hoffmann – La Roche*, Slg 1979, 461, Rn 28*. Umgekehrt bilden technisch verschiedenartige Produkte (zB Einzeldünger und Mehrnährstoffdünger) mit unterschiedlichem Preis häufig einen Markt, weil sie für denselben Zweck verwendet werden: EuGH 14.5.1975, Rs 19/, 29/74, *Kali*, Slg 1975, 499, Entscheidungsgrund 6*.

⁴⁸ KomE 3.2.1999, 199/674/EG, *REWE*, ABI 1999, L 274, 1, Rn 71ff (Beschaffungsmarkt nach Produktgruppen)*.

⁴⁹ ABI 1997, C 372, 5, Rn 16f*. Als Ausgangspunkt ist der Marktpreis anzunehmen, es sei denn, es handelt sich um ein marktbeherrschendes Unternehmen mit so hohen Preisen, dass jede weitere Preissteigerung zum einem Verlust führte, dann wäre ein niedrigerer Preis anzunehmen.

⁵⁰ EuGH 14.2.1978, Rs 27/76, *United Brands*, Slg 1978, 207, Rn 36-57*; KomE 2.10.1991, 91/619/EWG, *Aérospatiale*, ABI L 334, 42, Rn 20* (Regionalflugzeugmarkt als Weltmarkt).

⁵¹ Ein Preisunterschied ab 10% indiziert unterschiedliche räumliche Märkte (*Weitbrecht/Karenfort*, Europäisches Wettbewerbsrecht in Fällen, 2003, 39).

Die Bestimmung des zeitlich relevanten Marktes ist nur dann erforderlich, wenn es sich um ausschließlich vorübergehend existierende Märkte handelt bzw. wenn sich ein Kartell selbst nach seiner Auflösung weiter auswirkt⁵² oder sich die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Unternehmens während der Wettbewerbsstörung ändern.⁵³

⁵² EuGH 15.6.1975, Rs 517, 86/ 96/75, *EMI*, Slg 1976, LS 4*.

⁵³ *Jung* in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art 82 EGV Rn 48; *Schröter* in Ehlermann/Bieber, Handbuch des Europäischen Rechts I A 50, Art 86 (jetzt Art 82), 1999, Rn 126.

II. Die materiellrechtlichen Aspekte des Art 81 EG*

Artikel 81

(1) Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere

- a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;
- b) die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;
- c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;
- d) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
- e) die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

(2) Die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse sind nichtig.

(3) Die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf

- Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen,
- Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen,
- aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen,

die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen

- a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder
- b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Unternehmen

Der EuGH geht von einem funktionalen Verständnis aus und definiert den Unternehmensbegriff folgendermaßen: Darunter ist „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit⁵⁴ ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform⁵⁵ und der Art ihrer Finanzierung“⁵⁶ zu verstehen.⁵⁷ Die Unternehmereigenschaft wird verneint, wenn der Staat als Träger öffentlicher Gewalt handelt oder von diesem beliehene private Unternehmen hoheitliche Befugnisse ausüben.⁵⁸

⁵⁴ D.h. jede auf Dauer angelegte Teilnahme am Wirtschaftsverkehr. Beispiele mit Nachweisen listen: *Eilmansberger* in Streinz, EUV 2003, vor Art 81 EGV, Rn 24, *Wollmann* in: Mayer, Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2006, Art 81, Rn 26ff und *Stockenhuber* in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art 81 EGV Rn 56. Bei der Beurteilung sind funktionale Kriterien heranzuziehen: Der wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses bestimmt den Charakter der Einkaufstätigkeit. Kauft eine Einrichtung ein Erzeugnis - auch in großen Mengen - nicht ein, um Güter oder Dienstleistungen im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit anzubieten, sondern um es im Rahmen einer anderen, z. B. einer rein sozialen, Tätigkeit zu verwenden, so wird sie demnach nicht als Unternehmen tätig und unterfällt nicht den Wettbewerbsbestimmungen (EuGH 4.3.2003, Rs T-319/99, *FENIN*, Slg 2003, II-357, Rn 35-37*). Krankenkassenverbände, die unter staatlicher Aufsicht Festbeiträge für Arzneimittel festlegen, eine rein soziale Aufgaben wahrnehmen, die nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet sind und auf dem Grundsatz der Solidarität basieren erfüllen ihre Pflicht der Verwaltung des Systems der sozialen Sicherheit und gelten nicht als Unternehmer, da sie keine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben (EuGH 16.3.2004, Rs C-264/, 306/, 354/, 355/01, *AOK*, Slg 2004, I-000, Rn 47*; dazu siehe auch: KOG 14.6.2004, 16 Ok 5/04, ÖBI 2005, 51, wbl 204, 259). Andere Einrichtungen, die Systeme der sozialen Sicherheit verwalten und diese Voraussetzungen nicht erfüllen, werden als Unternehmer angesehen (EuGH 16.11.1995, Rs C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance*, Slg 1995, I-4013, Rn 22*; EuGH 21.9.1999, Rs C-67/96, *Albany*, Slg 1999, I-5751, Rn. 84-86*).

⁵⁵ Es kann sich also um natürliche Personen (Sportler, Künstler: EuGH 11.4.2000, Rs C-51/96, *Deliège*, Slg 2000, I-2549, Rn 41ff*) ebenso handeln wie um juristische Personen öffentlichen oder privaten Rechts

⁵⁶ Die Tätigkeit muss nicht von der Absicht, Gewinne zu erzielen geleitet sein! Auch gemeinnützige Vereine und Non-Profit-Organisationen unterfallen den Wettbewerbsregeln.

⁵⁷ EuGH 11.12.1997, Rs C- 55/96, *Job Center*, Slg 1997, I-7119, Rn 21*; EuGH 19.2.2002, Rs C-309/99, *Wouters*, SlgR 2002, I-1577, Rn 48, 49*.

⁵⁸ Die Eurocontrol ist eine internationale Organisation, die die Zusammenarbeit der Vertragsstaaten im Bereich der Flugsicherung gestalten und weiterentwickeln soll, sie übt Tätigkeiten der Forschung, Planung, Koordinierung nationaler Politiken und Personalausbildung aus, legt Streckengebühren nach vorgegebenen Leitlinien fest und hebt diese ein. Ferner nimmt sie die Flugverkehrskontrolle im

Art 81 Abs 1 EG richtet sich ferner an Unternehmensvereinigungen⁵⁹ wie Berufs- und Interessensvereinigungen⁶⁰, Wirtschafts- und Arbeitgeberverbände⁶¹.

Vereinbarungen – Beschlüsse – abgestimmte Verhaltensweisen

Als Vereinbarung bezeichnet die europäische Judikatur die gemeinsame (formfreie)⁶² Willensbekundung von Unternehmen, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten.⁶³ Die tatsächliche und vollständige Verwirklichung dieses Willens ist jedoch nicht erforderlich.⁶⁴

Konzerninterne Vereinbarungen bzw abgestimmte Verhaltensweisen innerhalb eines eine wirtschaftlichen Einheit bildenden Konzernunternehmens (Mutter – Tochterunternehmen)⁶⁵ unterfallen nicht dem Verbot des Art 81 Abs 1, können jedoch den Tatbestand des Art 82 verwirklichen.⁶⁶

Unter Beschluss versteht man einen satzungsmäßig zustande gekommenen und die Mitglieder rechtlich oder auch nur faktisch bindenden⁶⁷ Gesamtwillen einer Unternehmensvereinigung bzw eines Zusammenschlusses solcher Vereinigungen.

Luftraum der Beneluxländer und Norddeutschlands von. Die Finanzierung ihrer Tätigkeiten erfolgt durch Beiträge der Vertragsstaaten. In ihrer Gesamtheit – subsumiert der EuGH – hängen ihre Tätigkeiten ihrer Art, ihrem Gegenstand und den für sie geltenden Regeln nach mit der Ausübung von Vorrechten zusammen, die die Kontrolle und die Überwachung des Luftraums betreffen. Dies sind typischerweise hoheitliche Vorrechte, die keinen wirtschaftlichen Charakter ausweisen, der die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln rechtfertigen würde. (EuGH 19.1.1994, Rs C-364/92, *Eurocontrol*, Slg 1994, I-43, Rn 18ff (30).^{*} Dazu siehe auch KOG 26.2.1996, 16 Ok 9/95, *Austro Control*.

⁵⁹ Ebenso eine Vereinigung von Unternehmensvereinigungen: KomE vom 30.11.1994, 94/815/EWG, *Zement*, ABI 1994, L 343, 1^{*}.

⁶⁰ ZB EuGH 19.2.2002, Rs C- 309/99, *Wouters*, SlgR 2002, I-1577, Rn 61ff^{*}; die Befugnis zum Erlass von Verordnungen spielt dabei keine Rolle!

⁶¹ Verbände mit gesetzlicher Mitgliedschaft unterfallen den Wettbewerbsregeln, soweit sie nicht hoheitliche Befugnisse wahrnehmen. Art 23 VO (EG) 1/2003 sieht vor, dass Unternehmensvereinigungen, die an wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen beteiligt sind subsidiär durch ihre Verbandsmitglieder haften.

⁶² Vereinbarungen können schriftlich, mündlich, ausdrücklich oder konkludent (dabei muss nachgewiesen werden, dass es sich nicht um eine einseitige Erklärung handelt: EuG 26.10.2000, Rs T-41/96, *Bayer*, Slg 2000, II-3383, Rn 71, 151ff, 172f^{*}) erfolgen, sie können in die Form eines Vertrages – losgelöst von den vom nationalen Recht dafür vorgeschriebenen Voraussetzungen – oder eines gentlemen's agreement (EuG 6.4.1995, Rs T-141/89, *Tréfileurope*, Slg 1995, II-791, Rn 95f^{*}) gekleidet sein. KomE 89/190/EWG vom 21.12.1988, *PVC*, ABI 1989, L 74, 1, Rn 30.^{*}

⁶³ EuG 10.3.1992, Rs T-15/89, *Chemie Linz (Polypropylen)*, Slg 1992, II-1275, Rn 301, 303^{*}; EuG 26.10.2000, Rs T-41/96, *Bayer (Adalat)*, Slg 2000, II-3383, Rn 66-72, 114-124, 157, 173^{*}; EuGH 6.1.2004, Rs C-2,3/01-P, *Bayer*, Slg 2004, I-0000, Rn 17, 71, 88, 89^{*}; EuGH 11.1.1990, Rs 277/87, *Sandoz*, Slg 1990, I-45, Leitsatz 2^{*}.

⁶⁴ *Stockenhuber* in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art 81 EGV Rn 100.

⁶⁵ Vertriebspolitik zwischen Mutter- und Tochterunternehmen unterfällt nicht Art 81: EuGH 24.10.1996, Rs C-73/95, *Viho*, Slg 1996, I-5457, Rn 6, 17.^{*}

⁶⁶ EuGH 24.10.1996, Rs C-73/95, *Viho*, Slg 1996, I-5457, Rn 6, 17.^{*}

⁶⁷ Zur Verbindlichkeit von Empfehlungen: EuGH 29.10.1980, Rs 209-215, 218/78, *Van Landewyck*, Slg 1980, 3125, Rn 86, 89^{*}.

Der EuGH definiert den Auffangtatbestand der „Abstimmung von Verhaltensweisen“ als bewusste Koordinierung zwischen Unternehmen mit der Folge eines der Abstimmung entsprechenden und eines durch diese verursachten Marktverhaltens, das zur Ausschaltung des riskanten Wettbewerbs führt.⁶⁸ Im Farbstofffall⁶⁹ hat der EuGH das Parallelverhalten⁷⁰ von Unternehmen als potenziell wichtiges Indiz⁷¹ für eine Abstimmung identifiziert, wenn dieses zu Wettbewerbsbedingungen führt, die in Hinblick auf die Art der Waren, die Bedeutung und Anzahl der Unternehmen, sowie den Marktumfang von normalen Marktbedingungen abweichen. Der Austausch von aktuellen, individualisierbaren Informationen über Preise⁷², Umsätze, Liefermengen,⁷³ Lagerbestände, Exporte etc, der Rückschlüsse auf die Marktstrategie zulässt, kann die Autonomie der Unternehmer einschränken und somit den Wettbewerb beschränken.⁷⁴ Allerdings kann erhöhte Transparenz (auf dem nicht oligopolistischen Markt)⁷⁵ zur Ankurbelung des Wettbewerbs führen.

Zwischenstaatlichkeit

Die Zwischenstaatlichkeitsklausel ist Kollisions- und Sachnorm. Den Wettbewerb beschränkende oder verfälschende Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen sind von der Verbotsnorm des Art 81 Abs 1 dann erfasst, wenn sie den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen (können). Ist dies nicht der Fall,

⁶⁸ EuGH 8.7.1999, Rs C-49/92P, *Kom gg Anic Partecipazioni*, Slg 1999, I-4125, Rn 118*.

⁶⁹ EuGH 14.7.1972, Rs 68/69, *Imperial Chemical Industries (Farbstoffe)*, Slg 1972, 619, Rn 64/67*.

⁷⁰ Ausschlaggebend bei der Abgrenzung zwischen abgestimmtem Verhalten und bewusstem Parallelverhalten, insbesondere im oligopolistischen Markt (Rs *Ahlström**), ist, ob die einseitige Anpassung an das Wettbewerbsverhalten eines Konkurrenten tatsächlich auf einem einseitigen und autonomen Willensentschluss beruht. Weder zufälliges oder unbewusstes, noch bewusstes Parallelverhalten (Anpassen an das Wettbewerbsverhalten anderer Unternehmen) für sich allein stellen abgestimmte Verhaltensweisen dar. EuGH 16.12.1975, Rs 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, *Suiker Unie*, Slg 1975, 1663, Rn 173/174*; KomE 94/601/EG vom 13.7.1994, *Karton*, ABI 1994, L 243, 1, Rn 126-128.

⁷¹ Dabei muss mittels direkter Beweise und/oder über die Indizwirkung des Parallelverhaltens die ursächliche Abstimmung nachgewiesen werden. Ein Parallelverhalten kann auch durch oligopolistische Interdependenzen gerechtfertigt werden. Beispiele siehe *Stockenhuber* in Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, Kommentar, Art 81 EGV Rn 112.

⁷² Auch Absprachen über Preisbestandteile, etwa die Beschränkung von Preisnachlässen sind erfasst.

⁷³ Absprachen über Produktions-, bzw. Lieferquoten führen zu einer Kontrolle der Erzeugung oder des Absatzes (*Gugerbauer*, *Kartellrecht Österreichs und der Europäischen Union*, 2005, 40, www.wirtschaftsrecht.at mit weiteren Beispielfällen)

⁷⁴ EuG 5.4.2001, Rs T-16/98, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, Slg 2001, II-1217, Rn 29*. Zum unproblematischen Austausch statistischer Informationen: EuG 14.5.1998, Rs T- 338/94, *Finnboard*, Slg 1998, II-1617, Rn 256*.

⁷⁵ EuG 27.10.1994, Rs T- 34/92, *Fiatagri*, Slg 1994, II-905, Rn 91*.

kommt nationales Recht zur Anwendung (Kollisionsnorm). Gleichzeitig steckt sie den sachlichen Anwendungsbereich ab.

Die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist dann gegeben, wenn eine Maßnahme geeignet ist, den Wirtschaftsverkehr⁷⁶ spürbar⁷⁷ zu beeinträchtigen. Dies trifft zu, wenn eine Maßnahme⁷⁸ aufgrund der gesamten objektiven rechtlichen und tatsächlichen Umstände⁷⁹ geeignet ist, unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell den Handel⁸⁰ zwischen den Mitgliedstaaten in einer Weise zu beeinträchtigen, die für die Verwirklichung eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes⁸¹ nachteilig sein kann.⁸² Dies deshalb, weil sie die gegenseitige Durchdringung der nationalen Märkte erschwert und eine Abschottung nationaler Märkte bewirkt.

Bei Beurteilung der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist darauf abzustellen, ob die Maßnahme Teil eines Vertragsbündels ist, das in seiner Gesamtheit geeignet ist, wirtschaftliche Austauschvorgänge zu beeinflussen (Bündeltheorie).

Selbst Vereinbarungen, an denen ausschließlich Unternehmen eines einzigen Mitgliedsstaates (a) beteiligt sind oder solche die ein mitgliedstaatliches Unternehmen mit einem Drittstaatsunternehmen schließt (b) können den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.⁸³

⁷⁶ Dazu gehören auch die Produktion oder die Erbringung von Dienstleistungen, Waren-, Personen- und Kapitalverkehr.

⁷⁷ Das Spürbarkeitskriterium wurde durch die Praxis des EuGH, EuG und der KOM etabliert: EuGH 30.6.1966, Rs 56/65, *Société Technique Minière (LTM) gg Maschinenbau Ulm*, Slg 1966, 282 (303)*; EuGH 28.4.1998, Rs C- 306/96, *Javico gg YSL*, Slg 1998, I-1983, Rn 12, 16, 25*: Dabei ist die Spürbarkeit der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung festzustellen.

⁷⁸ D.h., dass die Maßnahme (in ihrer Gesamtheit) die Handelsbeeinträchtigung nicht bezwecken muss, es reicht, wenn eine solche bewirkt wird. Dabei ist auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhang zu achten.

⁷⁹ EuGH 12.12.1967, Rs 23/67, *Brasserie de Haecht*, Slg 1967, 544 (555)* präzisiert in: EuGH 21.1.1999, Rs C-215/, 216/96, *Bagnasco*, Slg 1999, I-135, para 12*.

⁸⁰ Darunter sind alle wirtschaftlichen Austauschvorgänge zu verstehen: EuGH 14.7.1981, Rs 172/80, *Züchner/Bayrische Vereinsbank*, Slg 1981, 2021, Rn 18*.

⁸¹ Die Freiheit des Handels ist Voraussetzung für die Verwirklichung des Zieles eines einheitlichen Marktes.

⁸² EuGH 13.7.1966, Rs 56/, 58/64, *Consten Grundig*, Slg 1966, 322 (389)* :Der Vertrag zwischen Grundig und Consten hinderte einerseits alle Unternehmen außer Consten daran, Grundig-Erzeugnisse nach Frankreich einzuführen, und andererseits untersagte der Vertrag der Firma Consten, solche Waren in andere Mitgliedstaaten wiederauszuführen. Damit ist unbestreitbar der zwischenstaatliche Handel beeinträchtigt. Die Beeinträchtigung darf nicht bloß geringfügig sein: EuGH 9.7.1969, Rs 5/69, *Völk*, Slg. 1969, 295, Rn 5.

⁸³ Dazu siehe *Eilmansberger* in Streinz, EUV/EGV Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Bd 57, EGV art 81, 941, Rn 32 ff.

(a) Innerstaatliche Kartelle weisen dann einen Zwischenstaatsbezug auf, wenn sich die Vereinbarungen auf Importe oder Exporte bzw. importierte Waren⁸⁴ beziehen; an der Vereinbarung Töchter oder Zweigstellen von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten beteiligt sind;⁸⁵ der Beschluss einer Unternehmensvereinigung auch Unternehmen anderer Mitgliedstaaten bindet;⁸⁶ die gegenständliche Dienstleistung ihrer Natur nach grenzüberschreitenden Charakter hat⁸⁷; der Vertrag in Verbindung mit anderen gleichwertigen Verträgen die Möglichkeiten der Konkurrenten aus anderen Mitgliedstaaten zum Markteintritt beeinträchtigt;⁸⁸ eine vertikale Vertriebsvereinbarung auch gegenüber ausländischen Abnehmern Querlieferungen⁸⁹ oder Sprunglieferungen⁹⁰ verbietet; die Vereinbarung sich auf ein (selbst nicht grenzüberschreitend gehandeltes) Produkt, das den Ausgangsstoff für ein in einem anderen Mitgliedstaat gehandeltes Produkt darstellt bezieht;⁹¹ der zwischen zwei Unternehmern eines Mitgliedstaates geschlossene Franchisevertrag den Franchisenehmer an der Eröffnung von Niederlassungen im Ausland hindert;⁹² sich die Absprache und die von ihr ausgehenden wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen auf das gesamte Hoheitsgebiet⁹³ eines Mitgliedstaates erstrecken⁹⁴,⁹⁵.

Selbst nationale Preisbindungen können Handelsströme beeinflussen, wenn sie bei durchlässigen Märkten als Schutz gegen ausländische Konkurrenz dienen.⁹⁶

(b) Ein Zwischenstaatsbezug im Sinne des Art 81 (1) EG ist bei Vereinbarungen verwirklicht, die mit Drittstaatsunternehmen geschlossen wurden

⁸⁴ EuGH 10.12.1985, Rs 240/-242/, 261, 262, 268, 269/82, *Stichting Sigarettenindustrie*, Slg 1985, 3831, Rn 49*; EuGH 8.6.1995, Rs T-7/93, *Lagnese-Iglo*, Slg 1995, II-1533, Rn 122*;

⁸⁵ EuGH 27.1.1987, Rs 45/85, *Verband der Sachversicherer*, Slg 1987, 405, Rn 48ff*.

⁸⁶ EuGH 19.2.2002, Rs C-309/99, *Wouters*, Slg 2002, I-1577, Rn 96*.

⁸⁷ EuGH 14.7.1981, Rs 172/80, *Züchner/Bayrische Vereinsbank*, Slg 1981, 2021, Rn 18*; EuGH 18.6.1998, Rs C-35/96, *KOM gg I (Zollspediteure)*, Slg 1998, I-3851, Rn 49*.

⁸⁸ EuGH 28.2.1991, Rs C-234/89, *Delimitis*, Slg 1991, I-935, Rn 14f*; EuG 15.12.1999, Rs T-22/97, *Kesko*, Slg 1999, II-3775, Rn 104*.

⁸⁹ KomE 21.12.1976, 77/100/EWG, *Junghans*, ABI 1977 L 30, 10, Rn 17*.

⁹⁰ KomE 5.10.1973, 73/322/EWG, *Deutsche Philips*, ABI 1973, L 293, 40 (42)*

⁹¹ EuGH 30.1.1985, Rs 123/83, *BNIC/Clair*, Slg 1985, 391, Rn 30*;

⁹² EuGH 28.1.1986, Rs 161/84, *Pronuptia*, Slg 1986, 353, Rn 26*.

⁹³ Wettbewerbsbeschränkende Wirkungen, die sich auf das gesamte Hoheitsgebiet erstrecken erfüllen regelmäßig die Zwischenstaatlichkeitsklausel, zumal sie ihrem Wesen nach die Abschottung nationaler Märkte verfestigen und die Marktintegration verhindern können.

⁹⁴ EuGH 17.10.1972, Rs 8/72, *Cementhandelaren*, Slg 1972, 977, Rn 28ff*; zuletzt zurückhaltender in: EuGH 21.1.1999, Rs C-215/, 216/96, *Bagnasco*, Slg 1999, I-135, para 49ff*, anders schon wieder in: EuGH 19.2.2002, Rs C-309/99, *Wouters*, Slg 2002, I-1577, Rn 95*. Dazu siehe *Eilmansberger*, Die Lombard-Club Entscheidung der Kommission, *ecolex* 2002, 560.

⁹⁵ Es wird mitunter auch auf den Marktanteil abgestellt: EuGH 12.7.2001, Rs T-202/, 204, 207/98, *Tate & Lyle*, Slg 2001, II-2035, Rn 82*.

⁹⁶ EuGH 11.7.1989, Rs 246/86, *Belasco*, Slg 1989, 2117, Rn 34*.

oder die sich auf den Absatz von Produkten in Drittländern beziehen,⁹⁷ wenn sie zu einer Abschottung des gesamten Gemeinschaftsmarktes gegenüber Drittlandmärkten führen und die Verhinderung der Einfuhr von Erzeugnissen bezwecken, die sonst in mehreren Mitgliedstaaten vertrieben worden wären.

In Bezug auf vertragliche Wiedereinfuhrverbote für Produkte aus einem Drittstaat in die EU kommt es darauf an, ob der Reimport den innergemeinschaftlichen grenzüberschreitenden Handel spürbar beeinflussen kann. Dabei ist wesentlich, ob die zum Absatz auf dem Drittlandsmarkt bestimmten Produkte einen bedeutsamen Anteil dieses Produktmarktes in der EU ausmachen.⁹⁸,
99

Spürbarkeit

Die europäische Judikatur¹⁰⁰ und die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission¹⁰¹ haben mit dem vertraglich nicht ausdrücklich vorgesehenen Spürbarkeitskriterium ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal entwickelt, das eine ausufernde Anwendung des Kartellverbots vermeiden hilft. Das Spürbarkeitskriterium konkretisiert zum einen den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung, zum anderen die Tragweite der innergemeinschaftlichen Handelsbeeinträchtigung (Zwischenstaatlichkeit).¹⁰² Das im Wesentlichen für beide Bereiche übereinstimmende Kriterium wird für beide Bereiche zumeist in quantitativer, manchmal aber auch nach qualitativen Gesichtspunkten geprüft.¹⁰³

⁹⁷ EuGH 20.6.1968, Rs 28/77, *Tepea*, Slg 1978, 1391, Rn 46f*; EuGH 28.4.1998, Rs C- 306/96, *Javico gg YSL*, slg 1998, I-1983, Rn 25*.

⁹⁸ EuGH 28.4.1998, Rs C- 306/96, *Javico gg YSL*, Slg 1998, I-1983, Rn 25*.

⁹⁹ Zur gemeinschaftsweiten Erschöpfung von Marken und zur Befugnis des Markeninhabers zur Untersagung des Reimports/Parallelimports in die Gemeinschaft siehe EuGH 16.7.1998, Rs C- 355/96, *Silhouette*, Slg 1998, I-4799*.

¹⁰⁰ EuGH 9.7.1969, Rs 5/69, *Völk*, Slg 1969, 295, Rn 7*; EuGH 30.6.1966, Rs 56/65, *Société Technique Minière (LTM)*, Slg 1966, 282 (303)*.

¹⁰¹ KomE 17.7.1968, 68/318/EWG, *SOCEMAS*, ABI 1968, L 201, 4*.

¹⁰² *Schröter* in Ehlermann/Bieber Handbuch des Europäischen Rechts, Kommentar zu Art 85 (jetzt Art 81), 1999, I A 50, Rn 179; *Stockenhuber* in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art 81 EGV Rn 215; *Eilmansberger* in Streinz, EUV/EGV Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Bd 57, EGV art 81, 955, Rn 71. Keine spürbare Auswirkung auf den zwischenstaatlichen Handel stellte das EuG fest in: EuG 15.9.1998, Rs T-374/, 378/, 384/, 388/94, *European Night Services*, Slg 1998, II-3141, Rn 94-97, 105*.

¹⁰³ *Eilmansberger* in Streinz, EUV/EGV Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Bd 57, EGV art 81, 955, Rn 71.

Das wichtigste quantitative Spürbarkeitskriterium stellt der Marktanteil am relevanten Markt dar.¹⁰⁴ Ferner sind bei der Beurteilung dieses Kriteriums die Größe des Unternehmens, Umsätze, Marktstellung der Wettbewerber, Zugänglichkeit des Marktes ausschlaggebend. Der EuGH geht davon aus, dass bei Marktanteilen schon ab 3% das Spürbarkeitserfordernis im Einzelfall erfüllt sein kann.¹⁰⁵ In der Bekanntmachung¹⁰⁶ über Vereinbarungen von geringer Bedeutung¹⁰⁷ (de minimis)* quantifiziert die KOM anhand von Marktanteilsschwellen, wann keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung vorliegt¹⁰⁸ und demnach das Verbot des Art 81 nicht greift. Diese Bagatellbekanntmachung setzt die Spürbarkeitsgrenze bei vertikalen Vereinbarungen ab einem Marktanteil von 15% und bei horizontalen Vereinbarungen ab 10% Marktanteil an. Die Spürbarkeitsgrenze für den einzelnen Beitrag eines Vertragsnetzes zu einer kumulativen Marktabschottung nimmt sie bei 5% an. Wenn mehr als 30% des Marktes von nebeneinander bestehenden Vertragsnetzen abgedeckt werden, nimmt sie einen kumulativen Abschottungseffekt an.¹⁰⁹ Das de minimis Privileg gilt allerdings nicht für Kernbeschränkungen.¹¹⁰

Bei Beurteilung der qualitativen Spürbarkeit orientieren sich die Kommission¹¹¹ und der EuGH¹¹² auf die betroffenen Wettbewerbsparameter und das spezifische rechtliche und faktische Umfeld der Absprache.¹¹³ In *Suiker Unie*¹¹⁴ sah eine italienische Regelung Quoten¹¹⁵ vor, die eine Festsetzung des Preises im freien Spiel von Angebot und Nachfrage verhinderte, den Anwendungsbereich des Wettbewerbs

¹⁰⁴ Bei Exportbehinderungen ist auf den Anteil am Heimmarkt abzustellen: EuGH 1.2.1978, Rs 19/77, *Miller*, Slg 1978, 131, Rn 10*.

¹⁰⁵ EuGH 7.6.1983, Rs 100/-103/80, *Musique Diffusion Francaise*, Slg 1983, 1825, Rn 81ff*.

¹⁰⁶ Diese Bekanntmachung ist als Leitfaden zu verstehen und begründet im Hinblick auf Geldbußen Unternehmern einen gewissen Vertrauensschutz. Sie greift der bindenden Judikatur nicht vor. Es gilt zu beachten, dass Vereinbarungen, die über den quantitativen Schwellen dieser Bekanntmachung liegen, nicht notwendiger Weise zu einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung führen.

¹⁰⁷ Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis), ABI 2001 C 368, 13.*

¹⁰⁸ Diese Bekanntmachung macht keine Angaben dazu, wann der innergemeinschaftliche Handel spürbar beeinträchtigt ist!

¹⁰⁹ ABI 2001 C 368, 13, Rn 8.*

¹¹⁰ ABI 2001 C 368, 13, Rn 11.*

¹¹¹ *Eilmansberger* in Streinz, EUV/EGV Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Bd 57, EGV art 81, 955, Rn 73.

¹¹² Beispiele siehe: *Eilmansberger* in Streinz, EUV/EGV Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Bd 57, EGV art 81, 955, Rn 72.

¹¹³ *Eilmansberger* in Streinz, EUV/EGV Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Bd 57, EGV art 81, 955, Rn 72.

¹¹⁴ EuGH 16.12.1975, Rs 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, *Suiker Unie*, Slg 1975, 1663, Rn 24, 67/70-72*.

¹¹⁵ Dabei wurde der Umfang des Angebots genau an die Nachfrage angepasst.

dermaßen schmälerte, dass dieser gar nicht mehr spürbar beeinträchtigt werden konnte.

Ein einzelner Vertrag kann dann zu einer spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels führen, wenn er zusammen mit anderen gleichartigen Verträgen auf demselben Markt ein „Bündel“ wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen bildet.¹¹⁶

Ausnahmen vom Kartellverbot

Zum einen können einzelne Kooperationen zwischen UN zulässig sein, zum anderen sehen Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO) Ausnahmen für bestimmte Arten von Vereinbarungen vor.

Gemäß Art 81(3) EG können Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und abgestimmte Verhaltensweisen vom Kartellverbot ausgenommen werden, wenn sie unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn

- zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder
- zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten UN für die Verwirklichung dieser Ziele
- unerlässliche Beschränkungen auferlegt werden oder
- diesen die Möglichkeit eröffnet wird, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Es obliegt fortan den UN, die Erfüllung dieser vier Bedingungen zu beurteilen. Eine Freistellungsentscheidung durch die KOM ist nicht mehr vorgesehen. Die beiden positiven und negativen Voraussetzungen müssen jeweils kumulativ erfüllt sein.¹¹⁷

Die 4 Voraussetzungen:

Die unbestimmten Rechtsbegriffe des Art 81 (3) EG bedurften von jeher einer Konkretisierung. Die Europäische Kommission hat stets eine erweiternde Auslegung vertreten und in Bezug auf die Tatbestandsmerkmale „Warenerzeugung/-verteilung und Förderung des technischen/wirtschaftlichen Fortschritts nicht ausschließlich auf durch die ökonomische Effizienz definierte Vorteile abgestellt.

Die beiden Voraussetzungen der Verbesserung der Warenerzeugung/-verteilung und der Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts sind nur dann erfüllt,

¹¹⁶ EuGH 12.12.1967, Rs 23/67, *Brasserie de Haecht*, Slg 1967, 544 (555)*.

¹¹⁷ EuG 11.7.1996, T-528, 542, 543, 546/93, *Métropole Télévision*, Slg 1996, II-649, Rn 93*.

wenn die Vereinbarung spürbare Vorteile auf dem Gebiet der Union (nicht notwendigerweise in dem betreffenden MS) mit sich bringt, die die durch das Kartell verursachten Nachteile deutlich übertreffen.¹¹⁸ In den Leitlinien der KOM zur Anwendung des Art 81 (3) EG* finden sich anschauliche Beispiele sowie eine exemplarische Aufzählung möglicher Effizienzgewinne: Kosteneinsparungen (Rn 64ff), qualitative Effizienzgewinne (RN 69 ff).

Zu den positiven Auswirkungen zählen:¹¹⁹ die Verbesserung des Dienstleistungsangebots¹²⁰, der Qualität von Dienstleistungen,¹²¹ die Optimierung von Herstellungsverfahren,¹²² Kostensenkungen,¹²³ Sicherstellung der Versorgung,¹²⁴ Rationalisierung von Geschäftsabläufen,¹²⁵ Kosteneinsparungen¹²⁶, sichere Energieversorgung,¹²⁷ Verbesserung der Infrastruktur¹²⁸.

Zu den Verbrauchervorteilen ist anzumerken, dass der Begriff des Verbrauchers weit auszulegen ist und damit nicht nur Abnehmer sondern auch die mittel- und unmittelbar betroffene Allgemeinheit umfasst. Die Gewinnbeteiligung artikuliert sich u.a. in sinkenden Preisen,¹²⁹ einem größeren Angebot,¹³⁰ der Verbesserung der Lebensqualität¹³¹ (z.B. Gesundheit der Allgemeinheit, Verringerung von Umweltverschmutzung,¹³² Verbesserung der Sicherheit).

Ferner ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung anzustellen: Es ist zu prüfen, ob auch gelindere Maßnahmen/Vereinbarungen möglich wären, um die positiven Ziele zu erreichen. Überdies muss sichergestellt sein, dass auch nach in Kraft treten der Vereinbarung ein Restwettbewerb am Markt (auch zwischen den kooperierenden UN) aufrecht bleibt. In der Regel ist dies ab einem Marktanteil von 50% der beteiligten UN anzuzweifeln.

¹¹⁸ KomE 8.9.1977, 77/592/EWG, *COBELPA*, ABI 1977 L 242, 10, Rn 41ff*.

¹¹⁹ Weitere Beispiele siehe: *Eilmansberger* in Streinz, EUV/EGV Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Bd 57, EGV art 81, 974, Rn 132.

¹²⁰ KomE 16.6.1999, 1999/474/EG, *Scottish Newcastle*, ABI 1999, L 186, 28 Rn 137ff*.

¹²¹ KomE 16.6.1999, 1999/474/EG, *Scottish Newcastle*, ABI 1999, L 186, 28 Rn 137ff*.

¹²² EuG 15.7.1994, T-17/93, *Matra Hachette*, Slg 1994, II-595, Rn 108ff*.

¹²³ KomE 11.10.1988, 88/541/EWG, *BBC Brown Bovari*, ABI 1988, L 301, 68, Rn 23*.

¹²⁴ EuG 25.10.1975, Rs 26/76, *Metro*, Slg 1977, 1875, Rn 43*.

¹²⁵ KomE 24.6.1996, 96/545/EG, *Banque Nationale de Paris*, ABI 1996, L 188, 37, Rn 18ff*.

¹²⁶ KomE 14.9.1999, 2000/182/EG, *GEAE*, ABI 2000, L 58, 16, Rn 77ff*.

¹²⁷ KomE 22.12.1992, 93/126/EWG, *Jahrhundertvertrag*, ABI 1993, L 50, 14, Rn 31 ff*.

¹²⁸ KomE 16.1.1996, 96/180/EG, *LH*, ABI 1996, L 54, 28, Rn 64*; KomE 17.7.1996, 96/546/EG, *ATLAS*, ABI 1996, L 239, 23, Rn 45*.

¹²⁹ KomE 17.7.1996, 96/547/EG, *PHOENIX*, ABI 1996, L 239, 57, Rn 57ff*.

¹³⁰ KomE 15.9.1989, 89/536/EWG, *Filmeinkauf*, ABI 1989, L 284, 36, Rn 49*.

¹³¹ KomE 11.10.1988, 88/541/EWG, *BBC Brown Bovari*, ABI 1988, L 301, 68, Rn 23*.

¹³² KomE 24.1.1999, 2000/475/EG, *CECED*, ABI 2000, L 187, 47, Rn 55ff*.

Gruppenfreistellung

Seit Inkrafttreten der VO (EG) 1/2003 haben die GVO ihre konstituierende Freistellungswirkung verloren.¹³³ Sie sind jedoch als Orientierungshilfe für nationale Behörden, Gerichte und UN dienlich. Ferner hat die Europäische Kommission Leitlinien für die vertikalen* und horizontalen* GVO erlassen, die wichtige Hinweise enthalten. Diese Leitlinien haben keine Normqualität und binden Gerichte und Bürger nicht unmittelbar, gleichwohl kommt ihnen vor allem angesichts der vielen Generalklauseln und unbestimmter Rechtsbegriffe im Wettbewerbsrecht große praktische Bedeutung zu. Mittelbar erlangt dieses soft law auch eine rechtliche Wirkung über den Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung, der sich aus dem Gleichheitsgrundsatz und dem Vertrauensschutz ableitet.¹³⁴

Die GVO betreffen die Freistellung folgender Vereinbarungen:

Forschungs- & Entwicklungsvereinbarungen: VO (EG) 2659/2000*,

Spezialisierungsvereinbarungen: VO (EG) 2658/2000*,

Vertikale Vereinbarungen: VO (EG) 2790/99*,

Selektive Vertriebssysteme in der Kfz-Branche: VO (EG) 1400/2002*,

Technologietransfer-Vereinbarungen: VO (EG) 772/2004*

Zu den GVO für horizontale Kooperationsverträge zwischen Wettbewerbern gehören zum einen die Spezialisierungsvereinbarungen und zum anderen die Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung. Die Voraussetzungen für die Freistellung von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen sind in der GVO (EG) 2790/99 geregelt. Vom Anwendungsbereich umfasst sind alle Vereinbarungen über den Handel mit Waren und Dienstleistungen zwischen Unternehmen, die auf unterschiedlichen Ebenen der Produktions- und Vertriebskette tätig sind. Die GVO nennt Klauseln, die einer Freistellung entgegenstehen und daher keinesfalls in Verträgen enthalten sein dürfen. Jene die in Art 4 der GVO genannt sind führen zur Ungültigkeit der gesamten Vereinbarung, jene aus Art 5 führen lediglich zur Ungültigkeit einzelner Vertragsbedingungen, wobei der restliche Vertrag, nach Maßgabe des innerstaatlichen Vertragsrechts aufrecht bleibt.

¹³³ *Weitbrecht/Karenfort*, Europäisches Wettbewerbsrecht in Fällen, 2003, 175.

¹³⁴ *Schwarze/Weitbrecht*, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, 2004, 36, Rn 26.

GVO kommen nicht zur Anwendung, wenn die Marktanteilsschwelle von 30% für Einzelverträge und von 50% für Bündelverträge überschritten ist.

Für die Kfz-Branche gilt eine eigene GVO, wonach Kfz-Hersteller je nach Bedarf auf einigen EU-Märkten exklusive auf anderen selektive Vertriebssysteme zur Anwendung bringen dürfen.

Die Technologietransfer-GVO gilt für Lizenzverträge zwischen Lizenznehmer und Lizenzgeber, soweit bestimmte Marktschwellen nicht überschritten sind (Art 3). Art 4 nennt eine Liste von Kernbeschränkungen, die einer Freistellung entgegenstehen.

IV. Zivilrechtliche Folgen des Verstoßes gegen Art 81 EG

Der EG-Vertrag sieht als Rechtsfolge für die Verletzung von Art 81 EG die Nichtigkeit vor. Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung darüber hinaus klar gestellt, dass durch wettbewerbsrechtliche Verstöße Schadenersatz- und Unterlassungsansprüche erwachsen können.

Die Nichtigkeit nach Art 81 (2) EG

Erfüllen Vereinbarungen die Tatbestandsmerkmale des Art 81 (1) und ist Art 81 (3) nicht anwendbar, sind diese absolut¹³⁵ nichtig. Dies bedeutet, dass die nichtige(n Teile der) Vereinbarung von vorne herein¹³⁶ (ab dem Zeitpunkt ihres Abschlusses) keine Wirkung zwischen den Vertragsparteien entfalten können. Nationale Behörden und Gerichte sind von Amts wegen berufen sind, dies deklaratorisch festzustellen, wenngleich die Nichtigkeit ipso iure¹³⁷ eintritt.

Ob und welche Vertragsteile, die nicht vom kartellrechtlichen Tatbestand erfasst sind selbständig bestandsfähig sind ist nach innerstaatlichem Recht zu beurteilen.¹³⁸ In einzelnen Fällen – soweit es nicht den Normzweck vereitelt – ist wohl die geltungserhaltende Reduktion zulässig.¹³⁹

¹³⁵ Dies bedeutet, dass die Nichtigkeit für und gegen jedermann wirkt und sich die Vertragsparteien darauf berufen können. Siehe auch: EuGH 20.9.2001, Rs C- 453/99, *Courage & Crehan*, Slg 2001, I-6297, Rn 22ff*.

¹³⁶ Dazu bedarf es keiner vorherigen Entscheidung: Art 1 (1) VO (EG) 1/2003*.

¹³⁷ EuGH 10.7.1980, Rs 99/79, *Lancôme*, Slg 1980, 2511, Rn 15*.

¹³⁸ EuGH 30.6.1966, Rs 56/65, *Société Technique Minière (LTM) gg Maschinenbau Ulm*, Slg 1966, 282 (304)*.

¹³⁹ Dazu siehe: *Eilmansberger* in Streinz, EUV/EGV Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Bd 57, EGV art 81, 962, Rn 96ff: Gegen die Zulässigkeit der geltungserhaltenden Reduktion im Bereich der GVO, in deren Gunst nur jene gelangen sollten, die sich an die Voraussetzungen genauestens halten.

Seit in Kraft treten der VO (EG) 1/2003*¹⁴⁰ kommt nun in erster Linie innerstaatlichen Gerichten und Behörden die Beurteilung der Voraussetzungen von Art 81 (3) zu. Dabei habe diese zu beachten, die einheitliche Anwendung des europäischen Kartellrechts sicherzustellen. Bei der Prüfung der Voraussetzungen ist es notwendig, sich an der langjährigen Entscheidungspraxis der europäischen Gerichte und der Kommission zu orientieren. Als hilfreich erweist sich auch das Soft law (Bekanntmachungen und Leitfäden der Kommission) zu Rate zu ziehen. Ferner bietet das neue Regime nationalen Gerichten die Möglichkeit, die Zusammenarbeit mit der Kommission zu suchen und Informationen anzufordern.¹⁴⁰

Die Kommission hat aus Gründen des öffentlichen Interesses von Amts wegen die Möglichkeit, Feststellungen über das Vorliegen der Voraussetzungen des Art 81 (1) bzw. Art 81 (3) zu treffen.¹⁴¹ Hat die Kommission bereits eine rechtskräftige Entscheidung und darin die rechtliche Feststellung¹⁴² getroffen, dass eine Vereinbarung die Freistellungsvoraussetzungen erfüllt bzw. nicht erfüllt, so ist diese für die Adressaten verbindlich und auch die innerstaatlichen Gerichte haben diese zu beachten.¹⁴³ Zweifeln nationale Gerichte an der Auslegung des Art 81 oder an der Richtigkeit der von der Kommission gezogenen Schlussfolgerungen, so haben sie die Möglichkeit, letztinstanzliche Gerichte sogar die Pflicht, die Frage dem EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art 234 EG vorzulegen.

Der gemeinschaftsrechtliche Schadenersatzanspruch

Der Europäische Gerichtshof hat in der Rechtsache *Courage & Crehan* ausgesprochen, dass die praktische Wirksamkeit des Art 81 EG beeinträchtigt wäre, wenn nicht jedermann, dem durch die Verletzung des Kartellverbots ein Schaden erwachsen ist, diesen erstattet bekäme.¹⁴⁴ Das Gemeinschaftsrecht macht allerdings weder nähere Angaben über den Inhalt des Anspruchs noch gibt es detaillierte Verfahrensvorschriften vor. Nach der Rechtsprechung des EuGH¹⁴⁵) sind zur

¹⁴⁰ Art 15 VO (EG) 1/2003*.

¹⁴¹ Art 10 VO (EG) 1/2003*.

¹⁴² Hat die Kommission jedoch Aussagen zur (mangelnden) Tatbestandsmäßigkeit von Vereinbarungen getroffen, so binden die Tatsachenfeststellungen innerstaatliche Behörden und Gerichte nicht.

¹⁴³ Art 16 VO (EG) 1/2003* in Festlegung der Rechtsprechung des EuGH 28.2.1991, Rs C-234/89, *Delimitis*, Slg 1991, I-935, Rn 47*; EuGH 14.12.2000, Rs C-344/98, *Masterfoods*, Slg 2000, I-11369, Rn 52*.

¹⁴⁴ EuGH 20.9.2001, Rs C- 453/99, *Courage & Crehan*, Slg 2001, I-6297, Rn 26f*.

¹⁴⁵ EuGH 10.7.1997, Rs C-261/95, *Palmisani*, Slg 1997, I-4025, Rn 27*; EuGH 15.9.1998, Rs C-279 bis C-281/96, *Ansaldo Energia SpA*, Slg 1998, I-5025, Rn 16*; EuGH 1.12.1998, Rs C-326/96, *Levez*, Slg 1998, I-7835, Rn 18*.

gerichtlichen Durchsetzung gemeinschaftsrechtlich begründeter Ansprüche das Diskriminierungsverbot und das Effizienzgebot zu berücksichtigen. Danach darf die Ausübung der durch GR verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden (Effektivitätsgrundsatz) und Verfahren zur Durchsetzung gemeinschaftsrechtlicher Ansprüche dürfen nicht weniger günstig gestaltet sein als jene zur Durchsetzung nationaler Ansprüche (Äquivalenzprinzip). Wer gegen das Kartellverbot des Art 81 verstößt, verletzt ein Schutzgesetz und haftet für jenen Nachteil, der sich zufällig ereignet. In Österreich gründet sich ein solcher Schadenersatzanspruch auf §§ 1295 (1) und 1311 ABGB. Es obliegt dem EuGH, den sachlichen und persönlichen Schutzbereich des Art 81 EG zu determinieren. In *Courage & Crehan* hat der EuGH Schutzzweck und -bereich näher definiert und die haftungsbegrenzenden Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität,¹⁴⁶ der Schadensmilderungspflicht,¹⁴⁷ des Bereicherungsverbots¹⁴⁸ und des Mitverschuldens¹⁴⁹ bekräftigt. In erster Linie besteht der Schutzzweck des Art 81 darin, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Gemeinschaft sicherzustellen. Was den persönlichen Schutzbereich angeht, soll der Schadenersatzanspruch „jedermann“ zustehen, dem ein Schaden durch eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung entstanden ist.¹⁵⁰ Dies bedeutet, dass der Schutzbereich nicht nur geschädigte Dritte erfasst, sondern auch durch eine Vereinbarung Gebundene¹⁵¹ selbst, wenn diese durch die Beeinträchtigung Schaden erleiden.¹⁵² Von der Ersatzpflicht erfasst sind Schädigungen, in denen sich eine Gefährdung bestimmter Personengruppen verwirklicht, die gerade von Art 81 untersagt wird. Dies kann z.B. durch die Diskriminierung von Handelspartnern, die Nichtbelieferung von Unternehmen, oder durch Einbußen von Verbrauchern, die einen überhöhten Preis zahlen geschehen.¹⁵³ Bei der Schadensberechnung ist auch der entgangene Gewinn zu beachten.

Diese gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben genießen Anwendungsvorrang und sind in Verknüpfung mit innerstaatlichen Regelungen zum Schadenersatz

¹⁴⁶ EuGH 20.9.2001, Rs C- 453/99, *Courage & Crehan*, Slg 2001, I-6297, Rn 29*.

¹⁴⁷ EuGH 20.9.2001, Rs C- 453/99, *Courage & Crehan*, Slg 2001, I-6297, Rn 33*.

¹⁴⁸ EuGH 20.9.2001, Rs C- 453/99, *Courage & Crehan*, Slg 2001, I-6297, Rn 30*.

¹⁴⁹ EuGH 20.9.2001, Rs C- 453/99, *Courage & Crehan*, Slg 2001, I-6297, Rn 31*.

¹⁵⁰ EuGH 20.9.2001, Rs C- 453/99, *Courage & Crehan*, Slg 2001, I-6297, Rn 26f*.

¹⁵¹ EuGH 20.9.2001, Rs C- 453/99, *Courage & Crehan*, Slg 2001, I-6297, Rn 28*.

¹⁵² *Eilmansberger*, Schadenersatz wegen Kartellverstoßes: Zum EuGH-Urteil *Courage – Crehan*. *ecolex*, 2002, 29.

¹⁵³ *Eilmansberger* in Streinz, EUV/EGV Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Bd 57, EGV art 81, 967, Rn 111. Die Erstreckung des persönlichen Schutzbereiches auf Verbraucher ist allerdings umstritten.

anzuwenden. Die kommunitären Grundsätze müssen in Einklang mit einzelstaatlichem Recht gebracht werden. Letzteres normiert die Voraussetzungen für einen Schadenersatz (Nachweis von Schaden, Rechtsverletzung, Kausalitäts-, und Rechtswidrigkeitszusammenhang und der Schuld), die verfahrensrechtlichen Fragen über die Klageberechtigung, Beweisverfahren, die Bindungswirkung von behördlichen Entscheidungen und gerichtlichen Urteilen, Modalitäten der Schadensberechnung, Fristen, Kosten.¹⁵⁴

Der gemeinschaftsrechtliche Unterlassungsanspruch

Um den wirksamen Schutz gemeinschaftsrechtlich begründeter Rechte sicherzustellen, kommt auch ein Anspruch darauf in Betracht, Handlungen zu untersagen, die drohende Schäden infolge einer Verletzung des Art 81 (1) befürchten ließen. Obwohl die Lehre dies befürwortet,¹⁵⁵ war der OGH¹⁵⁶ allerdings bislang nicht geneigt, einen allgemeinen deliktischen Unterlassungsanspruch zuzulassen, sondern beschränkte diesen auf vertragliche Schuldverhältnisse, absolut zu schützende und dingliche Rechte sowie ausdrücklicher Unterlassungsgebote.

V. Öffentlich-rechtliche Sanktionen

Das Verfahren vor der Europäischen Kommission

Das öffentlich-rechtliche Sanktionensystem wurde durch die VO (EG) 1/2003 weiterentwickelt. Gemäß Art 7 (1) der VO (EG) 1/2003 ermächtigt die KOM, Entscheidungen zu erlassen, die die Unterlassung von Zuwiderhandlungen gegen das EG-Wettbewerbsrecht anordnen und den Unternehmen verhältnismäßige Abhilfemaßnahmen (verhaltensorientierter oder struktureller Natur) vorzuschreiben. Ferner ist die KOM befugt eine auch bereits beendete Zuwiderhandlung festzustellen.

Die KOM kann nach Art 9 VO (EG) 1/2003 Verpflichtungszusagen für bindend erklären und bei Vorliegen von Verpflichtungszusagen auf die Verhängung von

¹⁵⁴ Dazu siehe den Bericht von *Wollmann/Prisker*, Report on Austria, http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/national_reports/austria_en.pdf.

¹⁵⁵ Siehe die Nachweise bei *Eilmansberger*, Zivilrechtsfolgen gemeinschaftswidriger Beihilfegewährung, in: Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, 202ff.

¹⁵⁶ OGH 28. 8. 1998, 4 Ob 223/98t.

Abstellungsmaßnahmen verzichten. Die Wiederaufnahme des Verfahrens (auf Antrag und von Amts wegen) ist dann vorgesehen, wenn die Verpflichtungszusage nicht eingehalten wurde, auf falschen Angaben beruht oder sich die tatsächlichen Gründe dafür geändert haben.

Art 10 VO (EG) 1/2003 ermächtigt die KOM zum Erlass von Positiventscheidungen (über das Nichtvorliegen des Art 81 (1) bzw das Vorliegen des Art 81 (3) EG).

Überdies sieht Art 23 (2) VO (EG 1/2003 die Verhängung von Geldbußen,¹⁵⁷ Art 24 von Zwangsgeldern vor.

Die Verjährungsfrist bei Verstößen gegen Art 81 EG beträgt 5 Jahre und wird durch Ermittlungshandlungen der KOM oder einer nationalen Wettbewerbsbehörde unterbrochen. Die Vollstreckungsverjährung beträgt ebenso lang.

Das Verfahren vor dem Kartellgericht

Die Zuständigkeit innerstaatlicher Wettbewerbsbehörden entfällt, sobald die KOM in einem konkreten Verfahren ein Verfahren eingeleitet hat (Art 11 (6) VO (EG) 1/2003). Mitgliedstaatliche Behörden sind gemäß Art 5 VO (EG) 1/2003 u. a. befugt, die Abstellung von Zuwiderhandlungen anzuordnen, Verpflichtungszusagen anzunehmen, Sanktionen (z.B. Geldbußen) zu verhängen. Nähere Vollziehungsbefugnisse regelt das innerstaatliche Recht.

Das Kartellgericht als Wettbewerbsbehörde im Sinne des EG Rechts (Art 35 VO (EG) 1/2003) erlässt gemäß § 83 (1) KartG 2005 Entscheidungen im Einzelfall. Es wird nur auf Antrag der der Amtsparteien (BWB und Bundeskartellanwalt) tätig.

Die Entscheidungsbefugnisse umfassen die Anordnung von Abstellungsmaßnahmen, von Verboten der Durchführung von Kartellen (§ 26 KartG), damit zusammenhängende Anordnungen, den Erlass einstweiliger Maßnahmen (§ 48 KartG), das Verbindlicherklären von Verpflichtungszusagen und das Feststellen von Zuwiderhandlungen in der Vergangenheit. KG und KOG¹⁵⁸ beharren jedoch darauf, keine Feststellungsurteile in Bezug auf das Vorliegen der Voraussetzungen

¹⁵⁷ Zur Festsetzung von Geldbußen siehe den Leitfaden der KOM: ABI 1998, C 9, 3*. Die Bemessung richtet sich grundsätzlich nach Schwere und Dauer des Verstoßes. Erschwerende und mildernde (z.B. Mitwirkung im Kronzeugenprogramm, Mitteilung der KOM über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen, ABI 2002, C 45, 3*) Umstände werden dabei berücksichtigt.

¹⁵⁸ KOG 20.12.2004, 16 Ok 19/04 in: wbl 2005, 102; ecolex 2005, 244; ÖBL-LS 2005, 167, 168, 179.

des Art 81 EG zu erlassen.¹⁵⁹ Auf Antrag verhängt das KG bei Verletzungen gegen Art 81 EG Geldbußen,¹⁶⁰ deren Bemessung sich nach Dauer und Schwere der Rechtsverletzung (§ 30 KartG) bemisst, wobei auch Milderungsgründe¹⁶¹ in Betracht kommen können. Die Verjährungsfrist beträgt 5 Jahre ab der Beendigung des Verstoßes (§ 33 KartG).

¹⁵⁹ Kritisch dazu *Wollmann* in Mayer, Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2006, Art 81 , Rn 194. *Wollmann* erkennt hierin eine Rechtsschutzlücke zu Lasten österreichischer Unternehmen

¹⁶⁰ *Wollmann*

¹⁶¹ Z.B. die Mitwirkung an der Aufklärung des Kartells (Kronzeugenregelung gem. § 11 (3) WettbG).

VI. Die materiellrechtlichen Aspekte des Art 82 EG*

Wenn ein oder mehrere marktbeherrschende Unternehmen durch die missbräuchliche Ausnutzung ihrer Position den zwischenstaatlichen Handel spürbar beeinträchtigen, unterfällt dies ebenfalls einem gemeinschaftsrechtlichen Verbot.

Artikel 82

Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Dieser Missbrauch kann insbesondere in Folgendem bestehen:

- a) der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- b) der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher;
- c) der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
- d) der an den Abschluss von Verträgen geknüpften Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

Marktabgrenzung

Um festzustellen, ob eine Wettbewerbsbeschränkung unter das Kartellverbot fällt, ist zunächst der Markt zu bestimmen, auf dem sie sich (potenziell) auswirkt. Zur Abgrenzung des so genannten relevanten Marktes bedarf es einer Marktanalyse, die darauf abstellt, ob zwischen Unternehmen ein Wettbewerbsverhältnis besteht bzw. wie stark die Stellung eines Unternehmens ist. Die Abgrenzung erfolgt im Wesentlichen nach folgenden Gesichtspunkten: Zunächst wird der Produktmarkt (=

sachlich relevanter Markt) identifiziert, ferner der räumlich und der zeitlich relevante Markt.¹⁶²

Die für die Bestimmung des sachlichen und räumlichen Referenzmarktes entscheidenden und durch die Entscheidungspraxis entwickelten Grundsätze finden sich in der „Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes“¹⁶³.

Der sachlich relevante Produktmarkt ist aus der Sicht der Nachfrager (Bedarfsmarkt) zu bestimmen. Demnach bilden all jene Waren und Dienstleistungen denselben Produktmarkt, die Verbraucher auf Grund ihrer Eigenschaften, ihres Preises und Verwendungszweckes für substituierbar erachten.¹⁶⁴ Daher muss festgestellt werden, ob für den Abnehmer alternative Abnahmemöglichkeiten bestehen. Dabei sind Angebot und Nachfrage zu eruieren.¹⁶⁵ Ist ein Nachfragemarkt abzugrenzen, kommt es darauf an, ob ein bestimmtes Produkt nachfragendes Handelsunternehmen durch seine Nachfrage gegenüber dem Hersteller Marktmacht ausüben kann oder ob dieser auf andere Abnehmer oder Vertriebswege zurückgreifen kann¹⁶⁶.

Um den sachlich relevanten Markt zu erfassen, wird geprüft, ob und in welchem Ausmaß eine Preiserhöhung bei einem spezifischen Produkt zur Verlagerung der Nachfrage auf ein anderes Produkt führt. Dieser Prüfung erfolgt mit dem SNIPP (Small, but Significant Non-Transitory Increase in Price) - Test ermittelt: Dabei wird erhoben, ob Kunden bei einer spürbaren (zwischen 5% und 10% liegenden) und anhaltenden Preiserhöhung auf Substitutionsprodukte umsteigen. Führt der damit einhergehende Absatzrückgang dazu, dass die Preiserhöhung nicht

¹⁶² Z.B. *Eilmansberger* in Streinz, EUV 2003, vor Art 81 EGV, Rn 37 ff ; *Stockenhuber* in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art 81 EGV Rn 174ff; *Schröter* in Ehlermann/Bieber, Handbuch des Europäischen Rechts I A 50, Art 85 (jetzt Art 81), 1999, Rn 102 ff.

¹⁶³ ABI 1997, C 372, 5*.

¹⁶⁴ EuGH 14.2.1978, Rs 27/76, *United Brands*, Slg 1978, 207, Rn 12, 22-35*; EuGH 13.2.1979, Rs 85/76, *Hoffmann – La Roche*, Slg 1979, 461, Rn 28*; Produktabgrenzung nach Verwendungsmöglichkeiten – Vitamine in Lebensmitteln, Futtermitteln und Arzneimitteln.

¹⁶⁵ Es sind immer die besonderen Umstände des Einzelfalls heranzuziehen. Es können unterschiedliche Vertriebswege für verschiedene Verbrauchergruppen oder verschiedene Verwendungsmöglichkeiten zu getrennten Märkten führen, obwohl es sich um das gleiche Produkt handelt: EuGH 13.2.1979, Rs 85/76, *Hoffmann – La Roche*, Slg 1979, 461, Rn 28*. Umgekehrt bilden technisch verschiedenartige Produkte (zB Einzeldünger und Mehrnährstoffdünger) mit unterschiedlichem Preis häufig einen Markt, weil sie für denselben Zweck verwendet werden: EuGH 14.5.1975, Rs 19/, 29/74, *Kali*, Slg 1975, 499, Entscheidungsgrund 6*.

¹⁶⁶ KomE 3.2.1999, 199/674/EG, *REWE*, ABI 1999, L 274, 1, Rn 71ff (Beschaffungsmarkt nach Produktgruppen)*.

mehr einträglich wäre, sind die Substitutionsprodukte in den Produktmarkt einzubeziehen.¹⁶⁷

Der räumlich relevante Markt umfasst ein Absatzgebiet mit homogenen Wettbewerbsverhältnissen¹⁶⁸. Dazu gehören der territoriale Anwendungsbereich von Vertriebs- und Lizenzverträgen, Gewohnheiten, wirtschaftliche Möglichkeiten, rechtliche Rahmenbedingungen, Preise¹⁶⁹.

Die Bestimmung des zeitlich relevanten Marktes ist nur dann erforderlich, wenn es sich um ausschließlich vorübergehend existierende Märkte handelt bzw. wenn sich ein Kartell selbst nach seiner Auflösung weiter auswirkt¹⁷⁰ oder sich die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Unternehmens während der Wettbewerbsstörung ändern.¹⁷¹

Marktbeherrschende Stellung

Eine marktbeherrschende Stellung liegt dann vor, wenn die wirtschaftliche Marktstellung eines Unternehmens dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie dem Unternehmen die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und den Verbrauchern gegenüber im Wesentlichen unabhängig¹⁷² zu verhalten.¹⁷³

Dabei ist zu unterscheiden, ob ein Unternehmen allein oder mit mehreren voneinander unabhängigen Unternehmen gemeinsam den Gemeinsamen Markt oder einen wesentlichen Teil desselben¹⁷⁴ beherrscht (kollektive Marktbeherrschung).

¹⁶⁷ ABI 1997, C 372, 5, Rn 16f*. Als Ausgangspunkt ist der Marktpreis anzunehmen, es sei denn, es handelt sich um ein marktbeherrschendes Unternehmen mit so hohen Preisen, dass jede weitere Preissteigerung zum einem Verlust führte, dann wäre ein niedrigerer Preis anzunehmen.

¹⁶⁸ EuGH 14.2.1978, Rs 27/76, *United Brands*, Slg 1978, 207, Rn 36-57*; KomE 2.10.1991, 91/619/EWG, *Aérospatiale*, ABI L 334, 42, Rn 20* (Regionalflugzeugmarkt als Weltmarkt).

¹⁶⁹ Ein Preisunterschied ab 10% indiziert unterschiedliche räumliche Märkte (*Weitbrecht/Karenfort*, *Europäisches Wettbewerbsrecht in Fällen*, 2003, 39).

¹⁷⁰ EuGH 15.6.1975, Rs 517, 86/, 96/75, *EMI*, Slg 1976, LS 4*.

¹⁷¹ *Jung* in Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, Kommentar, Art 82 EGV Rn 48; *Schröter* in Ehlermann/Bieber, *Handbuch des Europäischen Rechts* I A 50, Art 86 (jetzt Art 82), 1999, Rn 126.

¹⁷² KomE 9.12.1971, 72/21/EWG, *Continental Can*, ABI 1972, L 7, 25, Rn 14*.

¹⁷³ EuGH 14.2.1978, Rs 27/76, *United Brands*, Slg 1978, 207, Rn 65*.

¹⁷⁴ Einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes stellen Märkte dar, die das Gebiet mehrerer MS umfassen (KomE 2.1.1973, 73/109/EWG, *Suiker Unie*, ABI 1973, L 140, 17* bestätigt durch EuGH 16.12.1975, Rs 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, *Suiker Unie*, Slg 1975, 1663, Rn 370ff* EuGH 14.2.1978, Rs 27/76, *United Brands*, Slg 1978, 207, Rn 44ff*), aber auch einzelne MS (EuGH 22.5.2003, Rs C-462/99, *Connect Austria*, Slg 2003, I-5197, Rn 79*), größere Regionen (auch innerhalb nur eines MS) oder selbst einzelne See- oder Flughäfen (EuGH 10.12.1991, Rs C-179/90,

Bei der kollektiven Marktbeherrschung müssen Unternehmen¹⁷⁵ ein einheitliches, missbräuchliches Vorgehen auf dem Markt setzen, wobei dieses Verhalten nicht auf vertraglichen oder strukturellen (Kapitalbeteiligungen, personelle Verflechtungen) Bindungen beruhen muss. Ein Parallelverhalten im Oligopol, bei dem die Mitglieder das Verhalten der anderen in Erfahrung bringen können beurteilt der EuG¹⁷⁶ für ausreichend.

Um eine marktbeherrschende Stellung festzustellen, sind folgende Kriterien heranzuziehen: Marktanteil, potenzieller Wettbewerb durch andere Unternehmen, Verhandlungsstärke der Marktgegenseite, Bestehen und Höhe von Marktzutrittsschranken durch andere Wettbewerber.

Bei einem Marktanteil¹⁷⁷ von 50% und darüber wird die marktbeherrschende Stellung angenommen.¹⁷⁸ Ein Marktanteil zwischen 40% und 50% gilt als Hinweis auf eine solche Stellung.¹⁷⁹ Zwischen 25% und 40% Marktanteil liegt Marktmacht nur in ganz außergewöhnlichen Fällen vor;¹⁸⁰ unter 25% ist der Nachweis von Marktmacht praktisch ausgeschlossen.¹⁸¹

Trotz eines hohen Marktanteils kann folglich zB bei einem Fehlen von Marktzutrittsschranken eine marktbeherrschende Stellung zu verneinen sein. Hingegen kann bei einem Unternehmen mit relativ geringem Marktanteil eine marktbeherrschende Stellung angenommen werden, wenn andere Wettbewerbsvorteile, wie zB überlegene Technik, vertikale Integration, Vorsprung gegenüber anderen Wettbewerbern zu einem herausragenden Vorteil für das Unternehmen führen.

Merci, Slg 1991, I-5889, Rn 14*; EuGH 17.5.1994, Rs C-18/93, *Corsica Ferries*, Slg I-1783, Rn 40*; KomE 11.6.1998, 98/513/EG, *Aéroports de Paris*, ABI 1998, L 230, 10, Rn 72*)

¹⁷⁵ Die Unternehmen können auch in vertikaler Beziehung zueinander stehen: EuG 7.10.1999, Rs T-228/97, *Irish Sugar*, Slg 1999, II-2969, Rn 63*.

¹⁷⁶ EuG 6.6.2002, Rs T-342/99, *Airtours*, Slg 2002, II-2585, Rn 62*.

¹⁷⁷ Zur Berechnung des Marktanteils siehe: Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes, ABI 1997, C 372, 5, Rn 53-55*.

¹⁷⁸ EuGH 3.7.1991, C- 62/86, *AKZO*, Slg 1991, I-3359, Rn 60*; EuG 7.10.1999, Rs T-228/97, *Irish Sugar*, Slg 1999, II-2969, Rn 70*.

¹⁷⁹ *Eilmansberger* in Streinz, EUV/EGV Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Bd 57, EGV Art 82, Rn 13.

¹⁸⁰ KomE 14.7.1999, 2000/74/EG, *Virgin/British Airways*, ABI 2000, L 30, 1, Rn 88, 94ff*.

¹⁸¹ *Eilmansberger* in Streinz, EUV/EGV Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Bd 57, EGV Art 82, Rn 13.

Missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung

Bei der Auslegung des Missbrauchsverbots orientiert sich der EuGH am System und an den Zielen des Gründungsvertrages, insbesondere am Schutz des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen (Art 3 lit g EG). Demnach ist nicht nur der Ausbeutungsmissbrauch (Art 82 lit a bis d EG) vom Verbot erfasst sondern auch andere Verhaltensweisen, die den Wettbewerb behindern.

In *Hoffmann - La Roche* hat der EuGH den Missbrauchstatbestand wie folgt umschrieben „Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur des Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen“¹⁸².

Der Missbrauch kann Form von Ausbeutungsmissbrauch, Behinderungsmissbrauch und Marktstrukturmissbrauch auftreten.

Der Ausbeutungsmissbrauch beschreibt Praktiken, mit denen sich ein Marktbeherrscher – unter Ausnutzung dieser Position – geschäftliche Vorteile verschafft, die er bei einem aufrechten Wettbewerb nicht erlangen könnte.¹⁸³

Darunter fallen:

- Nach Art 82 Abs 2 lit a EG die Erzwingung unangemessener Preise und Geschäftsbedingungen. Dabei ist es in der Regel schwierig, die Unverhältnismäßigkeit zwischen Wert (Produktionskosten) und Preis festzustellen. Aussichtsreicher erscheint es, einen Vergleich der Kosten des Produktes auf anderen Märkten anzustellen. Der Preisunterschied sollte erheblich (zumindest 20-30%) sein, wobei der niedrigste Preis, zu dem die Ware/Dienstleistung erworben werden kann keinen Verlustpreis darstellen darf.¹⁸⁴ Geschäftsbedingungen sind dann missbräuchlich, wenn sie „unbillig“

¹⁸² EuGH 13.2.1979, Rs 85/76, *Hoffmann – La Roche*, Slg 1979, 461, Rn 91*:

¹⁸³ Siehe auch: EuGH 14.2.1978, Rs 27/76, *United Brands*, Slg 1978, 207, Rn 248/257*.

¹⁸⁴ Dazu siehe: *Eilmansberger* in Streinz, EUV/EGV Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Bd 57, EGV Art 82, Rn 25-29.

sind.¹⁸⁵ Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn marktbeherrschende Unternehmen ihren Vertragspartnern unangemessene, sachlich nicht zu rechtfertigende Beschränkungen der Handlungsfreiheit auferlegen.¹⁸⁶ Dazu zählen beispielsweise die übermäßig lange Bindung an eine Urheberrechtsgesellschaft¹⁸⁷, ungebührlich lange Laufzeit,¹⁸⁸ subjektive Handhabung eines Rabattsystems¹⁸⁹, automatische Mietverlängerung um 15 Jahre bei Mietzinserhöhung um 25%¹⁹⁰.

- Nach Art 81 Abs 2 lit b EG die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung. Verhindert werden soll, dass es durch die Verknappung der Waren/Dienstleistungen am Markt zu einer Verteuerung kommt. Einschränkungen aus Rationalisierungserwägungen oder anderen sachlich rechtfertigbaren Gründen sind jedoch zulässig. Unzulässig wäre hingegen die Einstellung der Produktion von Ersatzteilen für bestimmte Fahrzeugtypen, die noch in großer Zahl im Verkehr sind.¹⁹¹ Eine Beschränkung des Absatzes könnte aus dem selektiven Vertrieb (bzw. die selektive Lieferverweigerung) der Produkte des Marktbeherrschers resultieren. Verweigert ein Lizenzinhaber die Lizenz und damit die Entwicklung eines Produktes, an dem ein öffentliches Interesse besteht, so handelt er missbräuchlich.¹⁹²
- Art 82 (2) lit c normiert ein Diskriminierungsverbot. Demnach darf ein marktbeherrschendes UN für gleichwertige Leistungen nicht ohne sachliche Rechtfertigung unterschiedliche Bedingungen (Preise)¹⁹³ anwenden. Missbräuchlich handelt demnach ein Marktbeherrscher, der bestimmte

¹⁸⁵ EuGH 30.4.1974, Rs 155/73, *Sacchi*, Slg 1974, 409, Rn 17*. Auch nach innerstaatlichem Recht unbedenkliche Bedingungen, können gegen Art 82 EG verstoßen: EuGH 16.12.1975, Rs 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, *Suiker Unie*, Slg 1975, 1663, Rn 478/481*.

¹⁸⁶ *Eilmansberger* in Streinz, EUV/EGV Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Bd 57, EGV Art 82, Rn 30; *Jung* in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art 82 EGV Rn 149; *Schröter* in Ehlermann/Bieber, Handbuch des Europäischen Rechts I A 50, Art 86 (jetzt Art 82), 1999, Rn 134.

¹⁸⁷ EuGH 27.3.1974, Rs 127/73, *BRT/SABAM*, Slg 1974, 313, Rn 12/14*.

¹⁸⁸ EuG 6.10.1994, Rs T-83/91, *Tetra Pak II*, Slg 1994, II-755, Rn 137 -141*.

¹⁸⁹ KomE 20.6.2001, 2002/405/EG, *Michelin*, ABI 2002, L 143, 1 Rn 218ff, 250ff*.

¹⁹⁰ EuGH 5.10.1988, Rs 247/86, *Alsatel*, Slg 1988, 5987, Rn 10*.

¹⁹¹ EuGH 5.10.1988, Rs 53/87, *CICRA/Renault*, Slg 1988, 6039, Rn 16*; EuGH 5.10.1988, Rs 238/87, *Volvo*, Slg 1988, 6211, Rn 9*.

¹⁹² EuGH 6.4.1995, C-241, 242/91P, *Magill*, Slg 1995, I-743, Rn 54*.

¹⁹³ EuGH 14.2.1978, Rs 27/76, *United Brands*, Slg 1978, 207, Rn 12, 227ff*;

Handelspartner oder Endabnehmer durch unterschiedliche Rabatte, Kosten schlechter stellt als andere. Dabei kommt es nicht darauf an, ob er einseitige Maßnahmen setzt oder entsprechende Vereinbarungen trifft.

Beim Behinderungsmissbrauch werden Konkurrenten durch Verhaltensweisen des marktbeherrschenden Unternehmens außerhalb eines fairen Leistungswettbewerbs in ihren Handlungsmöglichkeiten (potenziell) eingeschränkt.¹⁹⁴ Diese Verhaltensweisen können die Verweigerung des Abschlusses von Geschäftsbeziehungen in Bezug auf Waren/Dienstleistungen oder die Verweigerung des Zugangs zu Produktionseinrichtungen (z.B. Infrastruktureinrichtungen¹⁹⁵) und Produktkomponenten,¹⁹⁶ die für die Eigennutzung des beherrschenden Unternehmens bestimmt sind umfassen. So erkannten die KOM und der EuGH Lieferverweigerungen und Lieferabbrüche dann für missbräuchlich, wenn damit im nach gelagerten Markt der Wettbewerb be- oder verhindert werden sollte, weil z.B. die Belieferten selbst mit dem Zulieferer in Wettbewerbs zu treten beabsichtigten¹⁹⁷ oder mit anderen Wettbewerbern zu kooperieren begannen¹⁹⁸.

KampfpPreisunterbietungen stellen den klassischen Behinderungsfall dar. Dabei führen außergewöhnlich niedrige Verkaufs- oder ungewöhnlich hohe Ankaufspreise zur Behinderung/Verdrängung von Konkurrenten. Solch ein KampfpPreis liegt einerseits dann vor, wenn er unter den durchschnittlichen variablen Kosten liegt oder unter den durchschnittlichen Gesamtkosten (Fix- plus variable Kosten) liegt, damit deutlich niedriger als erforderlich ist, um mit Mitbewerbern in Konkurrenz zu treten und den Plan verfolgt, Konkurrenten auszuschalten. Oft wird damit beabsichtigt, nach Verdrängung der Konkurrenten die Monopolstellung zu nutzen und die Preise erheblich zu erhöhen.¹⁹⁹

¹⁹⁴ EuGH 3.7.1991, Rs 62/86, AZKO, Slg 1991, I-3359, Rn 70*.

¹⁹⁵ EuGH 26.11.1998, Rs C-7/97, *Bronner*, Slg 1998, I-7791, Rn 41*; EuG 15.9.1998, Rs T-374,375,384, 388/94, *European Night Services*, 1998, II3141, Rn 209*.

¹⁹⁶ *Eilmansberger* in Streinz, EUV/EGV Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Bd 57, EGV Art 82, Rn 44-48.

¹⁹⁷ EuGH 6.3.1974, Rs 6,7/73, *Commercial Solvents*, Slg 1974, 223, Rn 25*.

¹⁹⁸ EuGH 14.2.1978, Rs 27/76, *United Brands*, Slg 1978, 207, Rn 12, 163f*.

¹⁹⁹ EuGH 3.7.1991, Rs 62/86, AZKO, Slg 1991, I-3359, Rn 71, 72, 74, 102, 108*. Dazu siehe auch: *Eilmansberger* in Streinz, EUV/EGV Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Bd 57, EGV Art 82, Rn 67ff; *Jung* in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art 82 EGV Rn 192 f.

Ferner ist die Verpflichtung, Abnehmer zu binden (Alleinbezugsverpflichtungen²⁰⁰) regelmäßig als missbräuchlich zu qualifizieren. Eine solche unzulässige Bindung kann überdies durch Rabattsysteme erfolgen, dann nämlich wenn die Rabatte nicht einheitlich für alle Abnehmer nach allgemein gleichen Gesichtspunkten (leistungsgerecht) gelten. Schließlich sind auch Kopplungsgeschäfte verboten, wobei der Vertragsabschluss an Bedingungen geknüpft ist, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand in Beziehung stehen und der Vertragspartner unter Druck gesetzt wird, Zusatzleistungen zu beziehen.²⁰¹

VII. Zivilrechtliche Folgen des Verstoßes gegen Art 82

(Teil-) Nichtigkeit oder geltungserhaltende Reduktion

Im Gegensatz zu Art 81 (2) findet sich in Art 82 nicht ausdrücklich die Rechtsfolge der Nichtigkeit bei einer missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Marktstellung. Dementsprechend ist die Rechtsfolge – je nach Fallkonstellation – im innerstaatlichen Recht zu suchen. In Fällen der Bezugsbindung wird es erforderlich sein, die Handlungsfreiheit des Vertragspartners wiederherzustellen und so wird der Normzweck wohl die Nichtigkeitsfolge rechtfertigen. In Fällen von Behinderungsmisbrauch mag es hingegen zulässig sein, den Vertrag zu retten, um die für den Vertragspartner positiven Auswirkungen zu wahren (z.B. Treuerabatten). Überdies wird bei Marktstrukturmissbräuchen und bei Ausbeutungsmisbräuchen die geltungserhaltende Reduktion des Vertrages, also bloß eine Anpassung des Vertrages an das Zulässige anzustreben, um die Vorteile für den Vertragspartner zu erhalten.

Schadenersatz

Je nach Fallkonstellation resultieren bei Missbrauch einer beherrschenden Stellung selbstverständlich aus dem Gemeinschaftsrecht auch Schadenersatzansprüche. Denn auch Art 82 steckt einen Schutzbereich ab der wirksam einzuhalten ist. Beim Ausbeutungsmisbrauch ist dem ausgebeuteten Vertragspartner dessen Schaden zu ersetzen. Schäden, die aus Behinderungsmaßnahmen resultieren sind ebenso zu

²⁰⁰ EuGH 13.2.1979, Rs 85/76, *Hoffmann – La Roche*, Slg 1979, 461, Rn 89ff*; EuGH 9.11.1983, Rs 322/81, *Michelin*, Slg 1983, 3461, Rn 73ff*; EuG 1.4.1993, Rs T-65/89, *BPB*, Slg 1993, II-389, Rn 68*.

²⁰¹ EuGH 14.11.1996, Rs C-333/94P, *Tetra Pak II*, Slg 1996, I-5951, Rn 37*.

ersetzen wie solche, die Konkurrenten durch marktabschottende Maßnahmen entstehen.

Ferner können – vor allem im Bereich der Behinderungsmissbräuche – Schadenersatz- und Unterlassungsansprüche infolge eines gleichzeitigen Verstoßes gegen das Lauterkeitsklausel des § 1 UWG erwachsen.

VIII. Öffentlich-rechtliche Sanktionen

Das Verfahren vor der Europäischen Kommission

Die KOM verfügt neben den Ermittlungs-, Verfolgungsbefugnissen²⁰² auch über Entscheidungs- und Sanktionsrechte. Ihr obliegt – auf Antrag²⁰³ und von Amts wegen – die Feststellung von Zuwiderhandlungen gegen Art 82 EG. In diesem Zusammenhang kann die KOM die Abstellung der festgestellten Zuwiderhandlung sowie die Vornahme bestimmter Handlungen anordnen. Im Falle der Dringlichkeit und, um einen schweren, nicht wieder gutzumachenden Schaden abzuwenden, kann die KOM auch einstweilige Anordnungen treffen.

Die KOM ahndet die verbotenen Missbrauchshandlungen von Marktbeherrschern mit Geldbußen in der Höhe von bis zu 10 % des Vorjahresumsatzes, wobei sich Bemessung der Geldbuße an Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung orientiert. Zwangsgelder sollen Unternehmen zur Einhaltung der Kommissionsanordnungen anhalten und können bis zu 5% des durchschnittlichen Tagesumsatzes des vorangegangenen Jahres betragen.²⁰⁴

Aus Gründen des öffentlichen Interesses der Gemeinschaft kann die KOM im Einzelfall feststellen, ob eine bestimmte Marktstrategie mit Art 82 EG vereinbar ist (Art 10 VO (EG) 1/2003).

²⁰² Sie arbeitet dabei mit den innerstaatlichen Gerichten und Behörden zusammen. Dazu siehe auch die Bekanntmachung der KOM: ABI 2004, C 101, 54*.

²⁰³ Antragsberechtigt sind Personen(-vereinigungen), die ein berechtigtes Interesse darlegen und die MS.

²⁰⁴ Gemäß Art 31 VO (EG) 1/2003 ist der EuGH zur Überprüfung von Entscheidungen der KOM, mit denen eine Geldbuße oder ein Zwangsgeld auferlegt werde im Rahmen des Art 229 EG befugt. In der Folge kann der EuGH diese aufheben, herabsetzen oder erhöhen.

Das Verfahren vor dem Kartellgericht

Die Zuständigkeit innerstaatlicher Wettbewerbsbehörden entfällt, sobald die KOM in einem konkreten Verfahren ein Verfahren eingeleitet hat (Art 11 (6) VO (EG) 1/2003). Mitgliedstaatliche Behörden sind gemäß Art 5 VO (EG) 1/2003 u. a. befugt, die Abstellung von Zuwiderhandlungen anzuordnen, Verpflichtungszusagen anzunehmen, Sanktionen (z.B. Geldbußen) zu verhängen. Nähere Vollziehungsbefugnisse regelt das innerstaatliche Recht.

Das Kartellgericht als Wettbewerbsbehörde im Sinne des EG Rechts (Art 35 VO (EG) 1/2003) erlässt gemäß § 83 (1) KartG 2005 Entscheidungen im Einzelfall. Es wird nur auf Antrag der der Amtsparteien (BWB und Bundeskartellanwalt) tätig.

Die Entscheidungsbefugnisse umfassen die Anordnung von Abstellungsmaßnahmen, von Verboten der Durchführung von Kartellen (§ 26 KartG), damit zusammenhängende Anordnungen, den Erlass einstweiliger Maßnahmen (§ 48 KartG), das Verbindlicherklären von Verpflichtungszusagen und das Feststellen von Zuwiderhandlungen in der Vergangenheit (§ 28 (1) KartG).