

Die Auslegung von Art. 101 Abs. 3 AEUV durch die EU-Kommission in  
Bekanntmachungen, Leitlinien und Gruppenfreistellungsverordnungen

INAUGURAL-DISSERTATION  
zur  
Erlangung des Grades eines Doktors des Rechts  
am Fachbereich Rechtswissenschaft  
der  
Freien Universität Berlin

vorgelegt von  
Florian Wagner  
in Berlin  
2015

Erstgutachter: Prof. Dr. jur. Dr. rer. pol. Dres. h. c. Säcker

Zweitgutachter: Prof. Dr. jur. Schweitzer, LL.M. (Yale)

Tag der mündlichen Prüfung: 23.11.2016

# Inhaltsverzeichnis

ERSTER TEIL: EINLEITUNG .....	26
A. RECHTSNATUR UND VORAUSSETZUNGEN DES ART. 101 ABS. 3 AEUV .....	26
I. Rechtsnatur des Art. 101 Abs. 3 AEUV.....	27
II. Tatbestandsvoraussetzungen.....	28
1. Zum Verständnis der Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV .....	28
2. Einleitung.....	29
3. Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts .....	30
a. Allgemeines.....	30
b. Methode zur Ermittlung der Effizienzgewinne.....	33
c. Die verschiedenen Effizienzgewinne .....	39
aa. Kosteneinsparungen.....	40
(1) Verbesserte Produktionstechniken und -verfahren.....	40
(2) Synergieeffekte .....	42
(3) Economies of scale.....	44
(4) Economies of scope.....	45
(5) Rationalisierung der Produktion etc. ....	46
bb. Qualitative Effizienzgewinne.....	47
f. Abschließende Kritik der Leitlinien bezüglich des Verständnisses von Effizienzgewinnen .....	49
4. Angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn .....	50
a. Das systematische Verhältnis von erster und zweiter Freistellungsvoraussetzung .....	50
aa. Die Berücksichtigungsfähigkeit rein betriebswirtschaftlicher Gewinne der Vereinbarungspartner .....	51
bb. Unzulässige Vernachlässigung der systematischen Auslegung der ersten beiden Freistellungsvoraussetzungen .....	52
b. Die Auslegung durch die Kommission in den Leitlinien.....	53
aa. Allgemeine Anmerkungen .....	53
bb. Kosteneinsparungen .....	56
bb. Qualitative Effizienzgewinne.....	61
5. Die Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung.....	62
a. Unerlässlichkeit der Vereinbarung als solcher für die Generierung der Effizienzgewinne.....	62
b. Unerlässlichkeit einer jeden Wettbewerbsbeschränkung für das Erreichen der Effizienzgewinne	63
6. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs.....	64
a. Die vierte Freistellungsvoraussetzung in den Leitlinien.....	64
b. Marktstrukturelle Beschränkungen der Möglichkeit zur Einzelfreistellung: Verbraucherbeteiligung und Wettbewerbsausschaltung .....	70
7. Zusammenfassung.....	71
B. PROBLEMAUFRISS: NEUE FRAGESTELLUNGEN DURCH DIE VO 1/2003? .....	73

I. Reformbedarf: die VO Nr. 17/62 .....	73
II. Die Reform: Art. 1 und 2 der VO 1/2003.....	73
III. Kritik an der Neuregelung.....	74
IV. Problemstellung der Arbeit.....	75
C. DIE BEDEUTUNG VON WETTBEWERBSPOLITIK UND -THEORIE FÜR DIE EINZELFREISTELLUNG .....	78
ZWEITER TEIL: DIE FALLGRUPPEN DES ART. 101 ABS. 3 AEUV.....	80
A. VORSPANN .....	80
B. POSITIVE UND „NEGATIVE“ FALLGRUPPENBILDUNG.....	81
I. Die negativen Fallgruppen .....	81
1. Gruppenfreistellungsverordnungen .....	82
2. Hardcore-Kartelle.....	86
II. Die positiven Fallgruppen .....	87
1. Das Verhältnis von Gruppen- zu Einzelfreistellung .....	87
2. Verbleibender Raum für positive Fallgruppen .....	91
C. DIE BEDEUTUNG DES VERHÄLTNISSSES VON ART. 101 ABS. 3 AEUV ZU ART. 101 ABS. 3 AEUV FÜR DAS VERSTÄNDNIS DER EINZELFREISTELLUNG .....	92
I. Einleitung.....	92
II. Restriktive Fassung des Kartellverbots im EU-Recht?.....	94
III. Abgrenzung von Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV im Rahmen der Arbeit.....	97
D. „NEGATIVE“ FALLGRUPPEN ALS MÖGLICHKEIT DER EINGRENZUNG DES ANWENDUNGSBEREICHES DES ART. 101 ABS. 3 AEUV .....	98
I. Hardcore-Kartelle als „per se“-Ausnahme vom Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 3 AEUV? .....	98
1. Per se-Dogma vs. generelle Freistellungsmöglichkeit .....	99
2. Rechtswirklichkeit in der Entscheidungspraxis der Kommission.....	102
a. Abschottung nationaler Märkte.....	102
aa. Abschottung als Zweck der Vereinbarung .....	103
(1) Der Fall Dupont .....	103
(2) Der Fall Deutsche Philips .....	103
(3) Der Fall Kugellager.....	103
(4) Der Fall Pilzkonserven .....	104
(5) Der Fall Theal-Watts.....	104
(6) Der Fall Gerofabriek .....	105
bb. Abschottung als Wirkung der Vereinbarung.....	106
(1) Der Fall Fliesenhersteller.....	106
(2) Der Fall Belgische Tapetenhersteller .....	107
(3) Der Fall Advocaat Zwarte Kip.....	108
(4) Der Fall Sirdar/Phildar .....	108
(5) Der Fall Kachelhandelaren .....	109
(6) Der Fall Bommee-Stichting.....	109
b. Ausschluss von Wettbewerbern.....	110

aa. Der Fall Julien/Van Katwijk .....	110
bb. Der Fall NCH .....	111
cc. Der Fall Kali und Salz I.....	112
c. Preisabsprachen .....	113
3. Zwischenergebnis.....	114
<i>II. Die Gruppenfreistellungsverordnungen - die Lösung des „Massenproblems“ der Freistellungen-</i>	
<i>Allgemeiner Teil der Gruppenfreistellungsverordnungen.....</i>	<i>114</i>
E. POSITIVE FALLGRUPPENBILDUNG - DER EIGENTLICHE ANWENDUNGSBEREICH VON	
ART. 101 ABS. 3 AEUV .....	118
I. Fallgruppen aus der Entscheidungspraxis und den Bekanntmachungen und Leitlinien der Kommission	
.....	119
1. Fallgruppen aus dem Bereich der horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen.....	119
a. Einkaufsvereinbarungen.....	119
aa. Fallbeispiele der Kommission und deren Bewertungsgrundlagen .....	119
(1) Der Bauelemente-Fall.....	119
(a) Sachverhalt.....	119
(b) Bewertung durch die Kommission .....	120
(2) Der Einzelhändler-Fall 1 .....	120
(a) Sachverhalt.....	120
(b) Bewertung durch die Kommission .....	120
(3) Der Einzelhändler-Fall 2 .....	121
(a) Sachverhalt.....	121
(b) Bewertung durch die Kommission .....	121
(4) Der Supermarktketten-Fall 1.....	121
(a) Sachverhalt.....	121
(b) Bewertung durch die Kommission .....	121
(5) Der Supermarktketten-Fall 2.....	122
(a) Sachverhalt.....	122
(b) Bewertung durch die Kommission .....	122
(6) Der Genossenschafts-Fall .....	122
(a) Sachverhalt.....	122
(b) Bewertung durch die Kommission .....	123
(7) Der Markenprodukte-Fall .....	123
(a) Sachverhalt.....	123
(b) Bewertung durch die Kommission .....	123
(8) Der Informationsaustauschfall.....	123
(a) Sachverhalt.....	123
(b) Bewertung durch die Kommission .....	124
bb. Allgemeine Voraussetzungen für die Freistellung von Einkaufskooperationen.....	124
(1) Allgemeiner wettbewerblicher Rahmen .....	124
(2) Von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasste Vereinbarungen.....	125

(aa) Auswirkungen der Einkaufsvereinbarungen auf die Einkaufs- und Verkaufsmärkte	126
(bb) Die Rolle des Marktanteils für die Beurteilung	127
(cc) Zwischenfazit	128
(3) Für Art. 101 Abs. 3 AEUV relevante Aspekte	128
(aa) Effizienzen	128
(bb) Unerlässlichkeit	128
(cc) Verbraucherbeteiligung	129
(dd) Keine Beseitigung des Wettbewerbs im Markt	129
cc. Analyse und Kritik der Kommissionsauffassung	129
dd. Indirekter Einfluss von Art. 2 Abs. 2 und 4 Schirm-GVO	135
ee. Endergebnis	136
b. Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung	137
aa. Fallbeispiele der Kommission und deren Bewertungsgrundlagen	137
(1) Der Fall elektronische Bauelemente 1	137
(a) Sachverhalt	137
(b) Bewertung durch die Kommission	137
(2) Der Fall elektronische Bauelemente 2	138
(a) Sachverhalt	138
(b) Bewertung durch die Kommission	138
(3) Der Pharma-Fall 1	139
(a) Sachverhalt	139
(b) Bewertung durch die Kommission	139
(4) Der Pharma-Fall 2	140
(a) Sachverhalt	140
(b) Bewertung durch die Kommission	140
(5) Der Fall Marktverschließung 1	141
(a) Sachverhalt	141
(b) Bewertung durch die Kommission	141
(6) Der Blockbuster-Fall	141
(a) Sachverhalt	141
(b) Bewertung durch die Kommission	142
(7) Der Fahrzeugteile-Fall 1	142
(a) Sachverhalt	142
(b) Bewertung durch die Kommission	142
(8) Der Fahrzeugteile-Fall 2	143
(a) Sachverhalt	143
(b) Bewertung durch die Kommission	143
bb. Allgemeine Voraussetzungen für die Freistellung von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung	144
(1) Von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasste Vereinbarungen	144

(2) Für die Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV relevante Vorgaben.....	147
(aa) Effizienzgewinne.....	147
(bb) Weitergabe an die Verbraucher.....	148
(cc) Unerlässlichkeit.....	148
(dd) Keine Ausschaltung des Wettbewerbs.....	148
cc. Analyse und Kritik der Auffassung der Kommission .....	149
c. Produktionsvereinbarungen .....	150
aa. Fallbeispiele der Kommission und deren Bewertungsgrundlagen .....	151
(1) Gemeinsame Produktion-Fall 1.....	151
(a) Sachverhalt.....	151
(b) Bewertung durch die Kommission .....	151
(2) Gemeinsame Produktion-Fall 2.....	151
(a) Sachverhalt.....	151
(b) Bewertung durch die Kommission .....	152
(3) Gemeinsame Produktion-Fall 3.....	152
(a) Sachverhalt.....	152
(b) Bewertung durch die Kommission .....	152
(4) Gemeinsame Produktion-Fall 4.....	152
(a) Sachverhalt.....	152
(b) Bewertung durch die Kommission .....	153
(5) Gemeinsame Produktion-Fall 5.....	153
(a) Sachverhalt.....	153
(b) Bewertung durch die Kommission .....	153
(6) Gemeinsame Produktion-Fall 6.....	153
(a) Sachverhalt.....	153
(b) Bewertung durch die Kommission .....	153
(7) Fall zur gegenseitigen Spezialisierung .....	154
(a) Sachverhalt.....	154
(b) Bewertung durch die Kommission .....	154
(8) Fall zur Zulieferung zwischen Wettbewerbern (Kollegenlieferungen).....	154
(a) Sachverhalt.....	154
(b) Bewertung durch die Kommission .....	155
(9) Der Kollusions-Fall 1 .....	155
(a) Sachverhalt.....	155
(b) Bewertung durch die Kommission .....	155
(10) Der Kollusions-Fall 2.....	156
(a) Sachverhalt.....	156
(b) Bewertung durch die Kommission .....	156
(11) Der Marktverschließungs-Fall .....	156
(a) Sachverhalt.....	156
(b) Bewertung durch die Kommission .....	157

(12) Der Marktaufteilungs-Fall .....	157
(a) Sachverhalt .....	157
(b) Bewertung durch die Kommission .....	157
(13) Der Fall potenzieller Wettbewerb .....	158
(a) Sachverhalt .....	158
(b) Bewertung durch die Kommission .....	158
(14) Der Informationsaustausch-Fall .....	159
(a) Sachverhalt .....	159
(b) Bewertung durch die Kommission .....	159
(15) Der Swaps-Fall.....	159
(a) Sachverhalt .....	159
(b) Bewertung durch die Kommission .....	160
bb. Voraussetzungen der Freistellung von Produktionsvereinbarungen .....	160
(1) Vom Kartellverbot erfasste Produktionsvereinbarungen .....	160
(2) Vorgaben für die Freistellung vom Kartellverbot .....	163
(aa) Effizienzen .....	163
(bb) Unerlässlichkeit .....	163
(cc) Weitergabe an die Verbraucher .....	163
(dd) Keine Ausschaltung des Wettbewerbs.....	164
cc. Analyse und Kritik der Auffassung der Kommission .....	164
d. Vermarktungsvereinbarungen.....	167
aa. Fallbeispiele der Kommission und deren Bewertungsgrundlagen .....	167
(1) Der Nahrungsmittel-Fall.....	167
(a) Sachverhalt .....	167
(b) Bewertung durch die Kommission .....	167
(2) Der Kugellager-Fall .....	167
(a) Sachverhalt .....	168
(b) Bewertung durch die Kommission .....	168
(3) Der Erfrischungsgetränke-Fall.....	168
(a) Sachverhalt .....	168
(b) Bewertung durch die Kommission .....	168
(4) Der Wäscherei-Fall 1 .....	168
(a) Sachverhalt .....	169
(b) Bewertung durch die Kommission .....	169
(5) Der Wäscherei-Fall 2 .....	169
(a) Sachverhalt .....	169
(b) Bewertung durch die Kommission .....	169
(6) Der Fall Internetplattform.....	170
(a) Sachverhalt .....	170
(b) Bewertung durch die Kommission .....	170
(7) Der Fall Vertriebs-GU.....	171

(a) Sachverhalt.....	171
(b) Bewertung durch die Kommission .....	171
(8) Der Outsourcing-Fall.....	172
(a) Sachverhalt.....	172
(b) Bewertung durch die Kommission .....	172
bb. Voraussetzungen für die Freistellbarkeit der Vermarktungsvereinbarungen vom Kartellverbot	
.....	173
(1) Erfassung der Vermarktungsvereinbarungen mittels Art. 101 Abs. 1 AEUV.....	173
(3) Vorgaben für die Freistellung der Vermarktungsvereinbarungen über	
Art. 101 Abs. 3 AEUV.....	174
(aa) Effizienzen .....	174
(bb) Unerlässlichkeit .....	174
(cc) Weitergabe an die Verbraucher .....	174
(dd) Keine Ausschaltung des Wettbewerbs.....	175
cc. Analyse und Kritik der Kommissionsauffassung.....	175
e. Vereinbarungen über Normen und Standardbedingungen.....	178
aa. Fallbeispiele der Kommission und deren Bewertungsgrundlagen .....	178
(1) Der Video-Zusatzgeräte-Fall .....	178
(a) Sachverhalt.....	178
(b) Bewertung durch die Kommission .....	178
(2) Der Videokassetten-Fall .....	178
(a) Sachverhalt.....	178
(b) Bewertung durch die Kommission .....	179
(3) Der Normsetzungs-Fall .....	179
(a) Sachverhalt.....	179
(b) Bewertung durch die Kommission .....	179
(4) Der Fall Sicherheitsstandards .....	179
(a) Sachverhalt.....	179
(b) Bewertung durch die Kommission .....	180
(5) Der Versicherungs-Fall.....	180
(a) Sachverhalt.....	180
(b) Bewertung durch die Kommission .....	180
(6) Der Verpackungs-Fall 1 .....	181
(a) Sachverhalt.....	181
(b) Bewertung durch die Kommission .....	181
(7) Der Verpackungs-Fall 2 .....	182
(a) Sachverhalt.....	182
(b) Bewertung durch die Kommission .....	182
(8) Der Produktvergleich-Fall .....	183
(a) Sachverhalt.....	184
(b) Bewertung durch die Kommission .....	184



bb. Grundlagen der Bewertung mit Art. 101 AEUV .....	184
(1) Wettbewerbliches Umfeld der Vereinbarungen über Normen .....	184
(2) Art. 101 Abs. 1 AEUV .....	185
(3) Art. 101 Abs. 3 AEUV .....	186
(aa) Effizienzen .....	186
(bb) Unerlässlichkeit .....	187
(cc) Weitergabe an die Verbraucher .....	188
(dd) Keine Ausschaltung des Wettbewerbs.....	189
cc. Analyse und Kritik der Kommissionsauffassung .....	189
f. Umweltschutzvereinbarungen: .....	191
aa. Fallbeispiele der Kommission und deren Bewertungsgrundlagen .....	191
(1) Der Haushaltsgeräte-Fall .....	191
(a) Sachverhalt .....	191
(b) Bewertung durch die Kommission .....	192
(2) Der Umweltnormen-Fall.....	192
(a) Sachverhalt .....	192
(b) Bewertung durch die Kommission .....	193
bb. Das Eingreifen des Kartellverbotes .....	193
(1) Vorgaben für Art. 101 Abs. 1 AEUV .....	193
(2) Möglichkeiten für die Einzelfreistellung .....	195
(aa) Effizienzen .....	195
(bb) Unerlässlichkeit .....	195
(cc) Keine Ausschaltung des Wettbewerbs .....	195
cc. Analyse und Kritik der Kommissionsauffassung .....	195
2. Fallgruppen aus dem Bereich der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen .....	197
a. Auferlegung eines Markenzwanges .....	197
aa. Fallbeispiele der Kommission und deren Bewertungsgrundlagen .....	197
(1) Wettbewerbsverbots-Fall.....	197
(a) Sachverhalt .....	197
(b) Bewertung durch die Kommission .....	197
(2) Der Mengenvorgaben-Fall.....	198
(a) Sachverhalt .....	198
(b) Bewertung durch die Kommission .....	198
bb. Die Erfassung mit Art. 101 AEUV.....	199
(1) Verbotene Vereinbarungen .....	199
(2) Vorgaben für die Freistellung .....	201
cc. Analyse und Kritik.....	203
b. Alleinvertriebsvereinbarungen .....	205
aa. Fallbeispiele der Kommission und deren Bewertungsgrundlagen .....	205
(1) Großhandels-Fall.....	205
(a) Sachverhalt .....	205

(b) Bewertung durch die Kommission .....	205
(2) Der Oligopol-Fall.....	206
(a) Sachverhalt.....	206
(b) Bewertung durch die Kommission .....	206
(3) Alleinvertrieb-/Alleinbezug-Fall.....	207
(a) Sachverhalt.....	207
(b) Bewertung durch die Kommission .....	207
(4) Der Tiefkühlpizza - Fall .....	208
(a) Sachverhalt.....	208
(b) Bewertung durch die Kommission .....	208
(5) Der Kohlensäurelimonaden-Fall .....	208
(a) Sachverhalt.....	208
(b) Bewertung durch die Kommission .....	209
(6) Der Brauerei-Fall .....	209
(a) Sachverhalt.....	209
(b) Bewertung durch die Kommission .....	209
bb. Voraussetzungen für die Freistellung vom Kartellverbot .....	209
(1) Erfassung des Alleinvertriebs mittels Art. 101 Abs. 1 AEUV .....	209
(2) Vorgaben für die Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV .....	211
cc. Analyse und Kritik der Kommissionsauffassung.....	212
c. Kundenbeschränkungen .....	214
aa. Fallbeispiel der Kommission und deren Bewertungsgrundlagen-Fall zur Kundenbeschränkung .....	214
(1) Sachverhalt .....	214
(2) Bewertung durch die Kommission .....	214
bb. Vorgaben für die Erfassung von Kundenbeschränkungsvereinbarungen.....	214
(1) Eingreifen des Kartellverbotes.....	214
(2) Möglichkeiten der Freistellung .....	215
(3) Analyse und Kritik der Kommissionsauffassung .....	216
d. Selektiver Vertrieb.....	216
aa. Fallbeispiele der Kommission und deren Bewertungsgrundlagen .....	216
(1) Spitzentechnologie-Fall.....	216
(a) Sachverhalt.....	216
(b) Bewertung durch die Kommission .....	217
(2) Der Sportartikel-Fall .....	217
(a) Sachverhalt.....	217
(b) Bewertung durch die Kommission .....	217
bb. Behandlung des selektiven Vertriebs nach Art. 101 AEUV.....	218
(1) Eingreifen des Kartellverbots.....	218
(2) Der Rahmen für die Freistellung.....	220
cc. Analyse und Kritik der Kommissionsauffassung.....	221

e. Franchising .....	222
aa. Der Fun Shop-Fall .....	223
(1) Sachverhalt .....	223
(2) Bewertung durch die Kommission .....	223
bb. Grundlagen der Freistellung von Franchise-Vereinbarungen.....	224
cc. Analyse und Kritik der Kommissionsauffassung.....	224
f. Alleinbelieferung.....	224
aa. Der Komponententyp-Fall.....	224
(1) Sachverhalt .....	224
(2) Bewertung durch die Kommission .....	225
bb. Alleinbelieferung und Art. 101 AEUV .....	225
(1) Unter das Kartellverbot fallende Alleinbelieferungsvereinbarungen.....	225
(2) Die Freistellbarkeit der verbotenen Alleinbelieferungsvereinbarungen.....	227
cc. Analyse und Kritik der Kommissionsauffassung.....	228
g. Kopplungsbindungen .....	229
aa. Bewertung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV .....	229
bb. Freistellbare Kopplungsbindungen.....	229
cc. Analyse und Kritik der Kommissionsauffassung.....	231
h. Preisempfehlungen und Preisobergrenzen für den Weiterverkauf.....	231
aa. Gemeinschaftskartellrechtliche Einordnung der Preisabsprachen .....	231
bb. Bewertung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV.....	232
cc. Vorgaben für die Bewertung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV/Analyse und Kritik der Kommissionsauffassung.....	232
3. Die Freistellbarkeit von Technologietransfer-Vereinbarungen .....	234
a. Einleitung .....	234
b. Allgemeine wettbewerbspolitische Einordnung der Technologietransfer-Vereinbarungen.....	234
aa. Die Bewertungskriterien .....	234
bb. Negative Auswirkungen von Technologietransfer-Vereinbarungen.....	236
cc. Grundsätze für die Freistellbarkeit von Technologietransfer-Vereinbarungen.....	237
c. Art. 101 Abs. 1 AEUV greift nicht .....	239
d. Der Anwendungsbereich von Kartellverbot und -ausnahme .....	239
aa. Vereinbarungen über Lizenzgebühren/Festsetzung von Lizenzgebühren .....	239
bb. Exklusivlizenzen und Verkaufsbeschränkungen .....	242
(1) Exklusiv- und Alleinlizenz.....	242
(2) Verkaufsbeschränkungen.....	244
cc. Outputbeschränkungen.....	247
dd. Nutzungsbeschränkungen .....	249
ee. Beschränkung auf den Eigenbedarf .....	252
ff. Kopplungs- und Paketvereinbarungen .....	254
gg. Wettbewerbsverbote .....	256
hh. Anspruchsregelungs- und Anspruchsverzichtsvereinbarungen .....	260

ii. Technologiepools .....	262
(1) Einleitung .....	262
(2) Art der zusammengefassten Technologien .....	263
(3) Bewertung einzelner Beschränkungen .....	266
(4) Der institutionelle Rahmen für die Leitung von Pools .....	269
e. Fazit und Bewertung der Kommissionsauffassung .....	269
II. Das „Gemeinwohl“ als eigenständige weitere Fallgruppe der Einzelfreistellung? .....	271
1. Gesetzssystematischer Rahmen für eine mögliche Freistellung von Gemeinwohlaspekten .....	271
2. Arbeitsplatzschaffung/sozialverträgliche Gestaltung von Umstrukturierungsmaßnahmen .....	273
a. Die Entscheidung Ford/VW .....	274
b. Die Entscheidung Stichting Baksteen .....	275
c. Die Entscheidung Kunstfasern .....	278
d. Das Urteil im Fall Metro-SABA I .....	279
e. Das Urteil im Fall van Landewyk .....	281
f. Das Urteil im Fall Remia .....	283
g. Kritisches Fazit zu dieser Fallgruppe .....	284
aa. Ergebnis der Untersuchung der Rechtspraxis .....	284
bb. Dogmatische Begründung der Fallgruppe .....	285
(1) Die Gesellschaft als Verbraucher im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV .....	285
(2) Positiv betroffene Beschäftigte als Verbraucher im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV ...	286
3. Langfristige Sicherung der Energieversorgung .....	286
a. Entscheidung United Reprocessors .....	286
b. Entscheidung KEWA .....	288
4. Fazit .....	289
DRITTER TEIL: ZUSAMMENFASSUNG UND THESEN .....	291
LITERATURVERZEICHNIS .....	294



## **Ziel der Arbeit**

Die vorliegende Arbeit hat nichts weniger zum Ziel, als die Auslegung des Art. 101 Abs. 3 AEUV vorzulegen. Das dies Manchem als nicht zu schaffende Mammutaufgabe anmutet, weist schon auf das eigentliche Problem bei der herkömmlichen Interpretation der unionskartellrechtlichen Einzelfreistellung hin: Aus mangelndem Verständnis der Norm wird die sprichwörtliche Angst vor dem Unbekannten.

Der Verfasser wird diese Sichtweise widerlegen und die Einzelfreistellung „vom Kopf auf die Füße stellen“. Denn wie sich herausstellen wird, ist Art. 101 Abs. 3 AEUV im Gegensatz zu manch anderer Norm - und dies wird den einen oder anderen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verwundern - sehr konkret zu fassen.

Dies liegt nicht daran, dass es zu den einfacheren Fragen des modernen Wettbewerbsrechts gehörte, wie z. B. Effizienzgewinne vorausgesagt und gemessen werden können. Dies soll aber auch nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein. Vielmehr musste es darum gehen, mit dem Irrtum aufzuräumen, dass die unionskartellrechtliche Einzelfreistellung eine sich der alltäglichen Rechtsanwendung versperrende Materie ist.

### *Notwendigkeit der Bildung negativer Fallgruppen*

Dies konnte nur gelingen, wenn man sich Art. 101 Abs. 3 AEUV von außen nähert. Der Verfasser beschäftigte sich daher in einem ersten Schritt mit dem Allgemeinen Teil der Einzelfreistellung (sog. negative Fallgruppen). Erst nachdem diese Arbeit getan und damit die Wurzel der Einzelfreistellung freigelegt war, konnte mit der inhaltlichen Beschäftigung mit Art. 101 Abs. 3 AEUV selbst begonnen werden.

Dabei stellte sich heraus, dass nach Abzug der negativen Fallgruppen von der Summe der für eine Einzelfreistellung theoretisch in Frage kommenden Sachverhalte, nur noch wenige Fallgestaltungen tatsächlich Gegenstand des Art. 101 Abs. 3 AEUV sein können.

### *Berücksichtigung faktischer Vorgaben*

Die Erkenntnisse der Arbeit konnten nur deshalb gewonnen werden, weil es (soweit ersichtlich) die erste Arbeit zur Einzelfreistellung ist, die sich dem Thema von der faktischen Seite nähert - ohne freilich die abstrakt-theoretischen Überlegungen zu vernachlässigen. Aber es bleibt dabei: Beschäftigt man sich ausschließlich abstrakt-theoretisch mit der Einzelfreistellung, so muss sie fast zwangsläufig unbeherrschbar erscheinen.

### *Der Begriff des Tatsächlichen*

Um Missverständnisse zu vermeiden, muss hier zunächst der Begriff des „Faktischen/Tatsächlichen“ erklärt werden, wie er in der Arbeit verstanden wird. Dazu soll als Beispiel eine sog. „negative Fallgruppe“ (vgl. dazu im Einzelnen weiter unten) herausgegriffen werden.

Im Rahmen des Allgemeinen Teils wird später die negative Fallgruppe der Hardcore-Kartelle näher beleuchtet werden. Hier soll schon ein Vorgriff zur Exemplifizierung des Begriffs des „Faktischen/Tatsächlichen“ erfolgen.

### *Beispiel Hardcore-Kartelle*

Niemand bezweifelt ernsthaft die Existenz von Hardcore-Kartellen. Bei der Beschäftigung mit dieser Form der stärksten denkbaren Wettbewerbsbeschränkung geht es heutzutage im Wesentlichen auch nicht mehr darum zu erklären, warum beispielsweise horizontale Preisabsprachen den Wettbewerb beschränken. Im Vordergrund stehen vielmehr in der wissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Thema sekundäre Fragen, z. B.: *Wie hoch darf ein Bußgeld für die Kartellmitglieder ausfallen? Welche Voraussetzungen sind an den Nachweis der Absprache zu stellen? Welche Möglichkeiten bestehen behördlicherseits, das Kartell nachzuweisen (Stichwort Kronzeugenregelungen etc.)? Welche rechtsstaatlichen Probleme werfen die vorgenannten Fragen auf?* Und dergleichen mehr.

Aus dieser Konzentration auf diese sekundären Fragen wird deutlich, dass es anscheinend niemandem in den Sinn kommt, an eine eventuelle Einzelfreistellung für diese Hardcore-Beschränkungen zu denken. Und dieser Impuls ist selbstverständlich richtig. Es kann für ein Hardcore-Kartell keine Einzelfreistellung geben. Dies folgt aber nicht aus rechtlicher Dogmatik, sondern vielmehr aus tatsächlichen Gründen.

Der Kommission ist zuzugeben, dass sie mit ihrer mantraartig wiederholten Äußerung, wonach jede Vereinbarung theoretisch der Einzelfreistellung zugänglich sei und es kein per se-Verbot im EU-Kartellrecht gäbe, formal Recht hat. Allerdings folgt daraus für den Rechtsanwender kein bzw. nur ein in die Irre führender Erkenntnisgewinn.

### *per se-Verbot von Hardcore-Kartellen*

Denn - und so lautet eine der Thesen der vorliegenden Arbeit - es gibt sehr wohl ein „*de facto per se-Verbot*“ von Hardcore-Beschränkungen. Dies lässt sich einerseits forensisch und andererseits dogmatisch begründen. Auf forensischer Seite wird gezeigt werden, dass in Fällen von Hardcore-Beschränkungen die Organe der Union keine Einzelfreistellung dieser Vereinbarungen durchführen. Aus dogmatischer Sicht wird vorgeführt werden, dass Hardcore-Kartelle jedenfalls an der zweiten Freistellungsvoraussetzung der angemessenen Beteiligung der Verbraucher scheitern müssen, weil es bei einem Hardcore-Kartell zu keiner solchen Beteiligung kommen kann. Mithin versperren tatsächliche Gründe Hardcore-Kartellen die Möglichkeit der Einzelfreistellung.

Darüber hinaus wird zu zeigen sein, dass das EU-Kartellrecht mannigfaltige Präjudize rechtlicher wie tatsächlicher Natur aufweist, die im Endeffekt dazu führen, dass die Frage der Einzelfreistellung nur noch in einem sehr schmalen eigenständigen Anwendungsbereich virulent wird.

Wie nun bereits angerissen wurde, muss sich die Auslegung dem Art. 101 Abs. 3 AEUV zunächst von außen, d. h. negativ nähern. An erster Stelle steht dabei die Frage der Beschneidung des Anwendungsbereichs der Einzelfreistellung durch jene Aspekte, die genuin im Rahmen des Tatbestands des Kartellverbots gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV zu verorten sind.

#### *Tatbestandliche Ausnahmen vom Kartellverbot*

Namentlich sind dies nach Auffassung des Verfassers der Markteröffnungs- bzw. Arbeitsgemeinschaftsgedanke sowie der Immanenzgedanke bzw. die ancillary restraints-Doktrin. Diese beiden Aspekte decken einen großen Anteil von Sachverhalten ab.

Häufig mangelt es hierbei allerdings an einer korrekten Beschäftigung mit ihrer Einordnung, wodurch es sowohl im Hinblick auf Art. 101 Abs. 3 AEUV als auch im Hinblick auf Art. 101 Abs. 3 AEUV häufig zu missverständlichen systematischen Vorstellungen kommt.

Zunächst ist leider immer wieder zu beobachten, dass beide Problemstellungen - also Markteröffnungs- und Immanenzgedanke - der gleichen Überschrift unterstellt werden, die da lauten könnte: „Vereinbarungen mit positiver Gesamtbewertung“. Nun ist daran vom Ergebnis her nichts falsch. Die nämlichen Vereinbarungen sind aus der Warte des Kartellrechts im Ergebnis positiv zu bewerten. Und diese Bewertung hat auch auf tatbestandlicher Ebene zu erfolgen.



Die im Ergebnis positive Bewertung erfolgt aber bei beiden Vereinbarungstypen aus völlig unterschiedlichen Gründen und in keinem Fall auf Grund einer „positiven wettbewerblichen Gesamtabwägung“.

### *Der Markteröffnungsgedanke*

Im Falle des Markteröffnungsgedankens ist es ganz schlicht die Abprüfung des Tatbestandsmerkmals „Wettbewerbsbeschränkung“, die zu einer im Ergebnis positiven Bewertung der Vereinbarung führen muss. Denn wenn Wettbewerb durch die Vereinbarung erst eröffnet wird, da die Vereinbarungspartner alleine gar keine Chance zum Aufbau einer nennenswerten Wettbewerbsposition auf dem Markt hätten, so bedarf es hierbei keiner Gesamtabwägung oder Ähnlichem. Der Markteröffnungsgedanke muss hier dennoch hervorgehoben werden, da er wichtige Anhaltspunkte im Hinblick auf die Einzelfreistellung gibt, weil manche Autoren gerne mit Beispielen zum Thema Einzelfreistellung arbeiten, die eigentlich an diese Stelle gehörten, was auf eine nur unzureichende Beschäftigung mit der Systematik von Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV zurückzuführen ist.

### *Ancillary restraints*

Anders liegt der Fall im Hinblick auf die Frage der ancillary restraints. Hierbei handelt es sich um Fälle, die bei einer schlichten Durchprüfung der Tatbestandsmerkmale des Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht positiv bewertet werden würden. Es kann aber als gesicherte wettbewerbsrechtliche Erkenntnis gelten, dass der Tatbestand des Kartellverbots an dieser Stelle überschießt und daher teleologisch zu reduzieren ist und es somit zu einer positiven Einordnung von entsprechenden Vereinbarungen kommen muss.

### *Exkurs: Die Einordnung von Wettbewerbsverboten*

Im Rahmen der Arbeit werden Wettbewerbsverbote stringent unter dem Immanenzgedanken als Problem der teleologischen Reduktion des Kartellverbots aus Art. 101 Abs. 1 AEUV behandelt. Diese Stringenz lässt beispielsweise die Kommission in ihren diversen Veröffentlichungen vermissen.

Dort verfolgt sie einen hybriden Ansatz, der dahingeht, Wettbewerbsverbote je nach Dauer als einer Vereinbarung immanente ancillary restraints bzw. einer Vereinbarung nicht mehr

immanente ancillary restraints zu verstehen, die dann aber einer Gruppen- bzw. Einzelfreistellung zugänglich seien.

Dem muss entgegen getreten werden. Die Länge eines Wettbewerbsverbotes kann an der Einordnung als einer einem wettbewerbsneutralen Geschäft immanenter Wettbewerbsbeschränkung nichts ändern. Denn entweder ist ein Wettbewerbsverbot in seiner konkreten Form für die Durchführung einer Vereinbarung unerlässlich oder nicht. Entweder steht und fällt die Vereinbarung mit bzw. ohne das Wettbewerbsverbot oder nicht. Entweder ist das Wettbewerbsverbot zur Erreichung des Zwecks XY erforderlich oder nicht. Entweder ist Art. 101 Abs. 1 AEUV teleologisch zu reduzieren oder nicht.

Bei ihrer Einordnung als einer Vereinbarung immanent oder nicht, können aber dennoch Aspekte wie Marktanteile oder die Dauer einer Vereinbarung eine Rolle spielen. Dies sind ja keinesfalls Aspekte, die nur bei der Freistellung Bedeutung erlangen, man denke nur an die Rolle des Marktanteils bei der Frage nach der Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung (vgl. hierzu die de minimis-Bekanntmachung).

Die Behandlung von Vereinbarungen mit Wettbewerbsverboten einer bestimmten Länge durch die Kommission in den diversen Gruppenfreistellungsverordnungen kann an der systematischen Einordnung des Problems der Wettbewerbsverbote als Frage der ancillary restraints bei Art. 101 Abs. 1 AEUV nichts ändern. Durch die Länge eines Wettbewerbsverbotes ändert sich nicht dessen Rechtsnatur.

Entweder ist ein Wettbewerbsverbot in einer bestimmten Ausformung einer Vereinbarung immanent, d. h. ihre Durchführung steht und fällt mit dem Vorhandensein eines Wettbewerbsverbotes oder nicht. Dann kann aber Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht greifen, da jedenfalls die dritte Freistellungs Voraussetzung der Unerlässlichkeit nicht erfüllt ist.

Die Behandlung der Wettbewerbsverbote seitens der Kommission liefe im Übrigen darauf hinaus, bei jeder ein bestimmtes Maß überschreitenden quantitativen Änderung eines wettbewerbsrechtlichen Sachverhalts, in dem sich das Problem der kartellrechtlichen Einordnung eines Wettbewerbsverbotes stellt, jeweils eine qualitative Veränderung bei der Einordnung der Frage der Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten vorzunehmen. Überschreitet ein Wettbewerbsverbot eine bestimmte Dauer oder überschreitet der bindende und/oder gebundene Vereinbarungspartner bestimmte Marktanteile, soll sich der Charakter des Wettbewerbsverbots in seiner gesamten Natur verändern: Von einer Vereinbarung, die ursprünglich als so unbedenklich bewertet wurde, dass nicht einmal das tatbestandliche Kartellverbot erfüllt sein sollte, wird eine Vereinbarung, die den Wettbewerb beschränkt und auch das Kartellverbot erfüllt, gleichwohl aber individuell oder gruppenweise freigestellt ist.

Bei dieser Einordnung des Problems „Wettbewerbsverbot“ begeht die Kommission allerdings einen systematischen Denkfehler: Eine Beschränkung der Handlungsfreiheit eines Vertragspartners<sup>1</sup> wird bei der klassischen Behandlung des Wettbewerbsverbots kartellrechtlich hingenommen. Die Hinnahme entspringt der Einsicht, dass bestimmte Beschränkungen in Verträgen zivilrechtlich unabdingbar sind, um die Parteien überhaupt zu einem Vertragsschluss zu bewegen. A wird B nicht den Geschäftsbetrieb im Markt X verkaufen können, ohne B nicht zu versprechen, in einem Übergangszeitraum im Markt X nicht tätig zu sein. Ist der „Übergangszeitraum“ aber zu lang bemessen, wird man die Länge der Beschränkung nicht mehr als unabdingbar bezeichnen können. Wettbewerb wird beschränkt. Aus Vertragspartnern werden Vereinbarungspartner. Wir haben es mit einer Wettbewerbsbeschränkung zu tun. Art. 101 Abs. 1 AEUV ist erfüllt. Der Aspekt der Unabdingbarkeit einer Beschränkung ist aber de facto (nicht rechtlich!) „verbraucht“. Wenn eine Beschränkung nicht als unabdingbar für die Durchführung einer Vereinbarung angesehen wird, kann auch keine Freistellung unter dem Gesichtspunkt der Unabdingbarkeit greifen. Es kann keine wettbewerbsrechtliche Begründung dafür geben, zu sagen, eine Beschränkung von X Jahren sei vollkommen unbedenklich (keine Wettbewerbsbeschränkung), eine Beschränkung von Y Jahren sei bedenklich (Wettbewerbsbeschränkung), könne aber noch freigestellt sein und eine Beschränkung von Z Jahren sei bedenklich (Wettbewerbsbeschränkung) und könne allerdings keinesfalls freigestellt werden. Denn die Bedenken gegen die Dauer Y eines Wettbewerbsverbots schlagen denotwendig auch auf die Bewertung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV - insbesondere das Merkmal der Unerlässlichkeit - durch. Daher muss festgehalten werden, dass es zwar einen qualitativen Umschlag von positiv zu negativ bei der kartellrechtlichen Einordnung von Wettbewerbsverboten gibt. Dieser qualitative Umschlag, der z. B. mit der quantitativen Erhöhung eines Marktanteils oder der Länge eines Wettbewerbsverbots einhergeht, zieht sich aber durch die gesamte wettbewerbsrechtliche Bewertung der Vereinbarung. Ist das Wettbewerbsverbot abdingbar im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV, ist es auch erlässlich im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV und die Würfel sind gefallen: Man kann nun getrost von „Vereinbarungspartnern“ sprechen und muss es nicht bei der neutralen Bezeichnung der „Vertragspartner“ belassen, da nunmehr eine Wettbewerbsbeschränkung festgestellt wurde, die jedenfalls mangels Erfüllung der dritten Freistellungsvoraussetzung der Unerlässlichkeit nicht freigestellt ist.

---

<sup>1</sup>An dieser Stelle wird bewusst der Begriff des „Vereinbarungspartners“ vermieden, um kein Präjudiz für die Einordnung der Beschränkung zu schaffen. Um vom „Vereinbarungspartner“ sprechen zu können, müsste es sich streng genommen um eine tatsächliche wettbewerbsrechtlich relevante Sachverhaltskonstellation handeln. Dies soll im Beispiel - zunächst - aber gerade nicht der Fall sein.

### *Der Einfluss der Gruppenfreistellungsverordnungen*

Daher stellt die Einordnung von Wettbewerbsverboten einer bestimmten Dauer in den Gruppenfreistellungsverordnungen durch die Kommission auch ein klassisches Beispiel eines überschießenden Inhalts der Gruppenfreistellungsverordnungen dar. Es soll etwas gruppenweise freigestellt werden, was den Wettbewerb gar nicht beschränkt. Die sekundärrechtliche Äußerung der Kommission in der Verordnung kann dann gleichwohl einen sehr guten Anhaltspunkt für die Beantwortung der Frage darstellen, wann ein Wettbewerbsverbot als einem bestimmten Vereinbarungstyp immanent angesehen werden kann.

### *De minimis-Bekanntmachung*

Darüber hinaus besteht eine wesentliche tatsächliche Beschränkung des theoretisch denkbaren Anwendungsbereichs der Einzelfreistellung darin, dass auch die Vorgaben der de minimis-Bekanntmachung in Rechnung zu stellen sind.

Denn die dort genannten quantitativen Grenzen bewirken, dass Vereinbarungen innerhalb des von der Bekanntmachung vorgegebenen Rahmens nicht einmal in einem ersten Schritt als Verstoß gegen den Tatbestand des unionsrechtlichen Kartellverbots anzusehen sind bzw. jedenfalls von der Kommission angesehen werden. Die Grundvoraussetzung einer Überprüfung, ob eine Einzelfreistellung in Betracht zu ziehen ist - der Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV - ist hier de facto (auf Grund der Lesart der Kommission) nicht gegeben.

Bei dieser Reduzierung des theoretisch denkbaren Anwendungsbereichs der unionskartellrechtlichen Einzelfreistellung handelt es sich allerdings nur um eine faktische Einschränkung. Denn es ist keinesfalls eine dogmatische Notwendigkeit der primärrechtlichen Vorgaben des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Vereinbarungen, die sich innerhalb der von der Bekanntmachung vorgezeichneten quantitativen Grenzen halten, die Spürbarkeit abzusprechen.

Aus den Vorgaben der de minimis-Bekanntmachung ergibt sich im Übrigen für diejenigen Sachverhalte, die von einer Gruppenfreistellungsverordnung freigestellt werden, dass die gruppenweise gewährte Ausnahme vom Kartellverbot auf Grund der marktanteilsseitigen

Vorgaben der Bekanntmachung nur für einen schmalen Bereich von Sachverhalten relevant werden kann.

### *Art. 101 Abs. 3 AEUV vs. Politiken der Gemeinschaft*

Des Weiteren ist zu konstatieren, dass Art. 101 Abs. 3 AEUV weder als industriepolitisches Instrument taugt, noch dazu geeignet ist, politisch brisanten Fallgestaltungen zur Umsetzbarkeit zu verhelfen und allgemein gesprochen die Einzelfreistellung keine Grundlage dafür bietet, zu einer kartellrechtlich positiven Bewertung von Fallgestaltungen zu führen, die diversen „Gemeinwohlaspekten“ zu dienen geeignet erscheinen.

### *Einzelfreistellung und sehr hohe Marktanteile*

Zu guter Letzt noch ein Wort zu einer in einigen Veröffentlichungen vorhandenen Fehlvorstellung über Vereinbarungen, an denen sich zumindest ein Partner mit besonders hohen Marktanteilen beteiligt. Solche Sachverhalte dienten an verschiedener Stelle insbesondere der Kommission dazu, zu verdeutlichen, dass auch in diesem Bereich unter bestimmten Umständen eine Einzelfreistellung denkbar sei.

Dem ist nicht so. Es handelt sich bei solchen Fallgestaltungen um dogmatische Irrläufer, die z. T. wahrscheinlich durch eine allzu oberflächliche Prüfung unter cursorischer Hinzuziehung einzelner Marktanteilsschwellen aus den Gruppenfreistellungsverordnungen zu Stande gekommen sind.

Der Grund für die fehlerhafte Einordnung derartiger Fallgestaltungen liegt in einem unzureichenden systematischen Verständnis von Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV im Allgemeinen und der einzelnen Voraussetzungen der Einzelfreistellung im Besonderen.

Die fehlerhafte Einordnung von Sachverhalten mit jedenfalls einem Vereinbarungsbeteiligten, der hohe bis sehr hohe Marktanteile aufzuweisen hat, beginnt mit einer unsauberen Abgrenzung von Kartellverbot und Kartellausnahme. Denn es ist keine Fallgestaltung denkbar, bei der die Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in erster Linie mit der Höhe des Marktanteils jedenfalls eines Vereinbarungspartners begründet wird und gleichzeitig auch die Voraussetzungen der Einzelfreistellung vorliegen.

So ist z. T. in Veröffentlichungen der Kommission etwa folgende Argumentation zu beobachten: Zwar habe der Vereinbarungspartner X einen sehr hohen Marktanteil auf einem verwandten Markt, im zu entscheidenden Fall könne es aber zu einer Einzelfreistellung

kommen, da der Wettbewerb im relevanten Markt der zu beurteilenden Vereinbarung durch den Marktzutritt von X sogar gestärkt werde, da die Präsenz von X die aktuell noch marktstarken Unternehmen auf dem relevanten Markt wettbewerblich unter Druck setzen könne. Diese Argumentation geht aus mehreren Gründen am Thema vorbei und vermag keine Einzelfreistellung zu tragen.

Es ist schon fraglich, ob die Höhe eines Marktanteils auf einem verwandten Markt die Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung auf dem relevanten Markt zu tragen vermag. Der Verfasser neigt dazu, die Frage zu verneinen. Es liegt also gar keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung vor, die Frage der (Einzel-)Freistellung stellt sich gar nicht. Es fehlt an der Vorbedingung in Form des Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV.

Unterstellt, ein hoher Marktanteil auf einem verwandten Markt könnte die Bejahung einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung auf dem relevanten Markt tragen, ist die dargelegte Argumentation widersprüchlich. Selbst wenn es möglich wäre, die Marktanteile der Vereinbarungspartner auf verwandten Märkten für die Bewertung der konkret auf dem relevanten Markt zu beurteilenden Vereinbarung heranzuziehen, so vermag nicht einzuleuchten, warum der hohe Marktanteil einmal zu einer nachteiligen Bewertung führen kann (Bejahung der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung und damit im Endeffekt des Kartellverbots aus Art. 101 Abs. 1 AEUV), dann aber gerade die die Wettbewerbsverstärkung begründenden Umstände (hoher Marktanteil eines Vereinbarungspartners auf einem verwandten Markt) zu einer Einzelfreistellung der Vereinbarung, die auf den relevanten Markt gerichtet ist, gereichen soll.

Wird der Wettbewerb im Markt durch die Präsenz von X verstärkt und ist es dem Vereinbarungspartner Y nur durch die Zusammenarbeit mit X möglich, in den Wettbewerb auf dem relevanten Markt einzutreten, so wird dadurch der Markt für Y erst eröffnet und der Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV ist gerade nicht erfüllt. Wenn die Zusammenarbeit von X und Y die Marktteilnahme auf dem relevanten Markt überhaupt erst ermöglicht, kann darin nicht gleichzeitig die Beschränkung des (gerade erst entstehenden) Wettbewerbs liegen. Ohne Wettbewerbsbeschränkung bedarf es allerdings erst Recht keiner Einzelfreistellung.

Ist dies nicht der Fall - greift der Markteröffnungsgedanke nicht und liegt tatsächlich eine Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung vor - so kann es nicht zu einer Einzelfreistellung kommen. Denn bei Erfüllung des Kartellverbots in Form einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung, die im Wesentlichen mit einem sehr hohen Marktanteil jedenfalls eines der Vereinbarungspartner begründet wird, kann es in keinem Fall zu einer angemessenen Verbraucherbeteiligung kommen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die

Marktmacht vom Markt A auf den Markt B übertragen wird<sup>2</sup> und dort ebenfalls eine negative Bewertung erfahren muss und zwar dergestalt, dass die zweite Freistellungsvoraussetzung des Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht erfüllt ist und somit die Einzelfreistellung ausscheiden muss.

### *Atypische Sachverhalte als eigentlicher Gegenstand der Einzelfreistellung*

Aus den vorgenannten Gründen ergibt sich die These, dass sich der Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 3 AEUV darauf verengen lässt, dass eine Einzelfreistellung nur bei atypischen Sachverhalten in Betracht kommen kann.

Denn die Analyse der Entscheidungen von Kommission, EuG und EuGH sowie der sonstigen Veröffentlichungen der Kommission in Form von Bekanntmachungen und Leitlinien bzw. des Sekundärrechts in Gestalt der diversen Gruppenfreistellungsverordnungen zeigt, dass diesen - trotz Unterschieden im Einzelfall - ein im Großen und Ganzen konsistentes Gedankengebäude zu Grunde liegt, das auch in den Fällen, die nicht gesondert sekundärrechtlich (über Gruppenfreistellungsverordnungen, Leitlinien etc.) behandelt werden, auf ein der unionskartellrechtlichen Einzelfreistellung zu Grunde liegendes Freistellungsprivileg atypischer Sachverhalte hindeutet.

Wichtigste äußere Grenze des Dogmas der Einzelfreistellung atypischer Sachverhalte ist der Einfluss marktstruktureller Vorgaben insbesondere in Form von Marktanteilen. Hierbei muss noch einmal betont werden, dass diese Arbeit nicht etwa ein per se-Verbot von Vereinbarungen fordert, bei denen jedenfalls ein Vereinbarungspartner hohe bis sehr hohe Marktanteile aufweist. Denn es sind sehr wohl Fallgestaltungen denkbar, bei denen sehr hohe Marktanteile in dynamischen Märkten an Bedeutung verlieren, sodass der Blick auf die Marktanteile nicht das Urteil der Wettbewerbswidrigkeit der Vereinbarung zu tragen vermag. In solchen Fällen kann die Spürbarkeit einer etwaigen Wettbewerbsbeschränkung nicht mit Blick auf die Marktstruktur begründet werden. Sollten andere Gesichtspunkte die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung in einem solchen Fall ebenfalls nicht begründen können, so scheidet schon Art. 101 Abs. 1 AEUV aus. Auf die Einzelfreistellung kommt es dann nicht mehr an.

---

<sup>2</sup>Ob die Annahme einer Übertragung der Marktmacht eines Unternehmens vom Markt A auf den Markt B tatsächlich einer wettbewerbsrechtlichen Überprüfung standhält, muss an dieser Stelle nicht entschieden werden. Für die vorliegende Frage geht es nur darum zu zeigen, dass selbst bei einer Annahme der Übertragbarkeit der Marktmacht von Markt A auf Markt B eine Einzelfreistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV von vornherein ausschreiben muss.

Ansonsten gibt es im Einzelfall divergierende kritische Grenzen für die Höhe des Marktanteils, bei der eine angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem Gewinn einer Vereinbarung ausscheidet, weil der Druck auf die Vereinbarungspartner schlicht zu gering ist, sodass die Vereinbarungspartner nicht zu einer Weitergabe der generierten Effizienzvorteile gezwungen sein werden.

Als Zwischenergebnis lässt sich somit festhalten, dass die atypischen Sachverhalte sich marktstrukturell zwischen den minimis-Fällen (Begrenzung der Einzelfreistellung im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV „von unten her“) und solchen hohen Marktanteilen (Begrenzung der Einzelfreistellung im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV „von oben her“) bewegen müssen, bei denen eine angemessene Verbraucherbeteiligung ausscheiden muss und bereits aus diesem Grund eine Einzelfreistellung nicht in Betracht kommt.

Aus Sicht der Einzelfreistellung muss dann im weiteren Verlauf zwischen solchen Sachverhalten unterschieden werden, die in den sachlichen Anwendungsbereich einer Gruppenfreistellungsverordnung fallen und solchen, die sekundärrechtlich nicht gruppenweise freigestellt sind.

Aus Sicht der ersten Freistellungsvoraussetzung können Sachverhalte der zweiten Gruppe (es existiert keine einschlägige Gruppenfreistellungsverordnung) bis zur marktstrukturellen Grenze freigestellt werden bis zu der noch von einer angemessenen Verbraucherbeteiligung durch die Weitergabe der generierten Effizienzgewinne durch die Vereinbarungspartner zu rechnen ist. In diesem Bereich kommt es zu einer Einzelfreistellung typischer Sachverhalte.<sup>3</sup>

Im Falle der ersten Gruppe, also jenen Sachverhalten, die sekundärrechtlich auch gruppenweise freigestellt sein können, ist der potenzielle Anwendungsbereich der Einzelfreistellung geringer. Hier handelt es sich ausnahmslos um atypische Sachverhalte, die Art. 101 Abs. 3 AEUV zugänglich sind. Denn es sind gerade die typischerweise freistellbaren Sachverhalte eines Vereinbarungstyps, die von den Gruppenfreistellungsverordnungen erfasst werden.

Bei diesen Vereinbarungstypen kann es allerdings aus zwei Gründen - trotz der Nichterfüllung der Voraussetzungen der jeweils einschlägigen Gruppenfreistellungsverordnung - noch zur Einzelfreistellung kommen. Entweder - und dies wird die Ausnahme sein - übersteigen die Marktanteile der Vereinbarungspartner die Grenzen der Verordnung und es ist aus den besonderen Gründen des Einzelfalls dennoch mit einer

---

<sup>3</sup>Typisch sind diese Sachverhalte im Sinne des Begriffspaares „typisch“/„atypisch“ deshalb, weil für den entsprechenden Vereinbarungstyp hier gerade die entsprechend zu erwartenden Effizienzgewinne generiert werden und mit einer Weitergabe im Sinne einer angemessenen Verbraucherbeteiligung durch die Vereinbarungspartner zu rechnen ist.



angemessenen Verbraucherbeteiligung zu rechnen. Oder die Gruppenfreistellungsverordnung berücksichtigt Effizienzgewinne nicht oder nicht ausreichend, die mittels der praktizierten oder geplanten Vereinbarung erreicht werden können.

## Erster Teil: Einleitung

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist das kartellrechtliche Problem der Erfassung der Sachverhalte, die für eine Freistellung vom Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 3 AEUV in Frage kommen.

Anlass für die Untersuchung ist die Reform des EU<sup>4</sup>-Kartellverfahrensrechts vom 01. 05. 2004. Die Reform wirft die Frage auf, ob die Umstellung vom Anmelde- auf das Legalausnahmesystem für Rechtsunsicherheit bei der Beurteilung des Art. 101 Abs. 3 AEUV sorgt.

Zum einen wird zu untersuchen sein, ob bestimmte Sachverhaltskonstellationen von vornherein nicht für eine Freistellung nach dieser Norm geeignet sind.

Zum anderen soll versucht werden, einen positiven Kanon von Fallgruppen aufzustellen, bei denen die Freistellungsnorm des Art. 101 Abs. 3 AEUV greift.

Hierfür wird die bisherige Einzelfreistellungspraxis der Organe der Union kritisch untersucht werden, um solche Sachverhalte, deren Bewertung durch Kommission, EuG und EuGH gesichert ist von solchen, die noch keiner gesicherten Klärung zugeführt wurden, zu trennen.

### A. Rechtsnatur und Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV

Bevor auf die eigentlichen Probleme des Freistellungstatbestandes eingegangen werden kann, müssen zunächst die Rechtsnatur und die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erläutert werden. Art. 101 Abs. 3 AEUV lautet:

*„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.“*

---

<sup>4</sup>In den damaligen Begrifflichkeiten: des „EG“-Verfahrensrechts.

## I. Rechtsnatur des Art. 101 Abs. 3 AEUV

Die Rechtsnatur des Art. 101 Abs. 3 AEUV war seit den Beratungen bezüglich der Einführung der Norm umstritten. So spalteten sich schon bei den Beratungen von Messina die Delegationen der Regierungsvertreter in zwei Lager: Die einen befürworteten ein Genehmigungssystem, die anderen ein Legalausnahmesystem<sup>5</sup>. Der Wortlaut des Art. 101 Abs. 3 AEUV<sup>6</sup> wurde daher in einem Kompromiss<sup>7</sup> gefunden und entschied die Systemfrage, ob es sich hierbei um eine Legalausnahme oder einen Erlaubnisvorbehalt<sup>8</sup> vom Verbot des Art. 101 Abs. 3 AEUV handelte, nicht eindeutig<sup>9</sup>. Folglich zog sich die Diskussion noch bis in die Beratungen zur VO Nr. 17/62<sup>10</sup>, bei denen die Vertreter des Legalausnahmesystems sich an der französischen Kartellgesetzgebung orientierten und die Vertreter eines Erlaubnis- bzw. Genehmigungssystems ihr Vorbild in den deutschen Regelungen<sup>11</sup> sahen<sup>12</sup>. Der Erlass der VO Nr. 17/62 führte dann de facto zur Entscheidung des

---

<sup>5</sup>Dazu *Kommission*, Weißbuch Art. 85, 86 EG, ABl. 1999 C 132/1 (8) Rn 11.

<sup>6</sup>Damals freilich noch Art. 85 Abs. 3 EG.

<sup>7</sup>Die Kommission hält den Wortlaut des Art. 101 Abs. 3 AEUV daher auch für beide Systeme offen, *Kommission*, Weißbuch Art. 85, 86 EG, ABl. 1999 C 132/1 (8) Rn 12. A. A. ist *Deringer*, der weder erkennen können will, ob die Systemfrage in der einen oder anderen Richtung entschieden werden sollte, noch ein bewusstes Offenlassen der Frage sieht, *Deringer*, Vortrag zur Kartellverordnung.

<sup>8</sup>Beim Verbot mit Erlaubnisvorbehalt sind alle wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen verboten und nichtig, soweit sie nicht im Gesetz für zulässig erklärt oder durch generelle oder durch individuelle Entscheidungen der zuständigen Kommission für zulässig erklärt werden. Dies setzt ihre Anmeldung bei der Kommission voraus.

Im Rahmen der Legalausnahme sind „gute“ Kartelle gültig, wenn sie die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes erfüllen. Es bedarf keiner Kommissionsentscheidung. Ob die Voraussetzungen tatsächlich erfüllt sind, wird durch die Gerichte entschieden, mit der Folge der Gültigkeit/Ungültigkeit von Anfang an.

<sup>9</sup>Die Vertreter eines reinen Genehmigungssystems befürworteten eine Formulierung wie, *Vereinbarungen etc. können für anwendbar erklärt werden*“.

<sup>10</sup>Verordnung (EWG) Nr. 17/62 des Rates: Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages (im Folgenden VO Nr. 17/62).

<sup>11</sup>Vgl. §§ 2ff. GWB in der Fassung des GWB der 6. Novelle.

<sup>12</sup>Vgl. hierzu *GK/Mailänder*, Art. 85 Rn 52; vgl. hierzu auch den sog. „Deringer-Bericht“ von 1961 (Bericht im Namen des Binnenmarktausschusses zu der Konsultation des Europäischen Parlaments durch den Rat der Europäischen Gemeinschaft betreffend eine erste Durchführungsverordnung zu den Art. 85 und 86 EWGV, Dok. 104/1960-61, Europäisches Parlament, Sitzungsdok., 7.12.1961, Dok. 57. Nach *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., § 13 Rn 5 Fußnote 7 wurde die Frage dort ausführlich diskutiert: „Man könne die Grenze für die Zulassung von Kartellen allein im Gesetz festlegen und es zunächst den Unternehmen überlassen, ob sie eine bestimmte Beschränkung des Wettbewerbs als zulässig betrachteten und praktizierten oder nicht; erst im Streitfall entscheidet dann eine Behörde oder - was die Regel sei - ein Gericht über die Auslegung des Gesetzes und damit über die Zulässigkeit der konkreten Wettbewerbsbeschränkung. Dieser Weg einer Kontrolle der Kartelle *posteriori* möge den Vorteil haben, dass die Kartelle nicht nur nach ihrem Wortlaut, sondern nach ihrem tatsächlichen Verhalten beurteilt würden und dass sich die Behörden auf die Verfolgung unerwünschter Beschränkungen des Wettbewerbs konzentrieren könnten, anstatt „Kartellgenehmigungsbehörden“ zu werden. Dem stünde aber der Nachteil gegenüber, dass bis zu einer Entscheidung weder die Beteiligten noch Dritte wüßten, ob eine Tätigkeit legal sei oder nicht und dass unerwünschte Beschränkungen des Wettbewerbs lange Zeit praktiziert werden könnten, ehe sie geprüft und untersagt würden. Im Ergebnis hielt der Binnenmarktausschuss diese Nachteile für überwiegend. Die Auslegung von Art. 81 EG als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt hielt man auch für gemeinschaftsrechtlich geboten.“

Streits (abermals) durch einen Kompromiss<sup>13</sup>: In den Art. 4-8 VO Nr. 17/62 wurde die Freistellung grundsätzlich von einer vorherigen Anmeldung bei der Kommission abhängig gemacht. Diese auf ein Genehmigungs- bzw. Erlaubnissystem hindeutende Regel wurde dann aber in mehrfacher Hinsicht durch Aspekte durchbrochen, die eher einem Legalausnahmesystem entsprachen. So sah Art. 6 Abs. 2 VO Nr. 17/62 die Möglichkeit der rückwirkenden Freistellung vor, Art. 7 und 25 VO Nr. 17/62 die nachträgliche Legalisierung, Art. 15 Abs. 5, 6 VO Nr. 17/62 bei Anmeldung der Vereinbarung Immunität vor einer Geldbuße und schließlich fiel auch die vorläufige Gültigkeit fristgemäß angemeldeter Altkartelle hierunter. Zudem kann auch der Erlass der Gruppenfreistellungsverordnungen als Annäherung des Freistellungssystems an die Idee der Legalausnahme verstanden werden, obwohl die Idee auch hier - durch die fehlende unmittelbare Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV - nicht voll umgesetzt wurde<sup>14</sup>.

Für die Zwecke der vorliegenden Arbeit müssen die sich eben aufgezeigten Positionen nicht versöhnt werden. Letztlich bleibt zu konstatieren, dass der Wortlaut der primärrechtlichen Regelung des Art. 101 Abs. 3 AEUV tatsächlich sowohl für die Einordnung als Legalausnahme als auch als grundsätzliches Verbot mit Erlaubnisvorbehalt offen ist. Faktisch wird die Auslegung der primärrechtlichen Norm stark aus der Sicht des Sekundärrechts geprägt. Zu Zeiten der VO 17/62 war eben diese maßgeblich. Es kam entscheidend auf die (konstitutive) Freistellungsentscheidung der Kommission an. Mit der Reform durch die VO 1/2003 und die damit einhergehende verfahrensrechtliche „Einführung“ der Legalausnahme ist wie vorher das Sekundärrecht die treibende Kraft. In der täglichen Arbeit mit der Norm des Art. 101 Abs. 3 AEUV wird die unionsrechtliche Einzelfreistellung als Legalausnahme behandelt. Dass das Sekundärrecht in Form der VO 1/2003 selbstverständlich nicht zur Umgestaltung einer primärrechtlichen Norm in Form des Art. 101 Abs. 3 AEUV führen kann, muss hier nicht weiter vertieft werden.

## **II. Tatbestandsvoraussetzungen**

Im Folgenden werden die Tatbestandsvoraussetzungen in einem generellen Zusammenhang vorgestellt, um das spätere Verständnis der Auslegung von Art. 101 Abs. 3 AEUV bei einzelnen Vereinbarungstypen zu ermöglichen.

### **1. Zum Verständnis der Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV**

---

<sup>13</sup>*Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., § 13 Rn 5; *Groeben/Schwarze-Schröter*, Artikel 81 Absatz 3 Rn 267.

<sup>14</sup>In diesem Sinne *GK/Mailänder*, Art. 85 Rn 52; *Immenga/Mestmäcker-Sauter*, Art. 85 Abs. 3 Rn 2.

Die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV werden im Rahmen dieser Arbeit als echte Tatbestandsvoraussetzungen einer Rechtsnorm verstanden. Was aus juristischer Perspektive wie eine Selbstverständlichkeit anmutet, bedarf aber insbesondere im Kontext des Art. 101 Abs. 3 AEUV der besonderen Betonung. Zu oft wurde in der Vergangenheit versucht, die Einzelfreistellung auf andere Weise zu interpretieren. Insbesondere Autoren aus dem angelsächsischen Rechtsraum waren immer wieder versucht, auf Grund des ihrer Ausbildung im case law, Art. 101 Abs. 3 AEUV ebenso zu interpretieren<sup>15</sup>. Verstärkt wurde diese Tendenz in Folge der Eigenheit des Kartellrechts, nicht bloße Rechtsmaterie zu sein, sondern lebensnotwendig auf wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse und wettbewerbstheoretische sowie wettbewerbspolitische Einschätzungen angewiesen zu sein. Daher kam es nur allzu oft zu Tendenzen, die Grenzen zwischen den einzelnen Voraussetzungen der Einzelfreistellung verschwimmen zu lassen und etwas wie die gemeinschaftsrechtliche rule of reason entdeckt gemeint zu haben oder aber zu fordern<sup>16</sup>. Deshalb soll im Rahmen dieser Arbeit ganz schulmäßig vorgegangen werden und von Voraussetzung zu Voraussetzung die Norm erklärt werden, wobei besonderes Augenmerk auf das systematische Verhältnis der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen zueinander gelegt werden wird<sup>17</sup>.

## 2. Einleitung

Es werden nun die einzelnen Tatbestandsmerkmale und ihre jeweilige Funktion in der Struktur des Art. 101 Abs. 3 AEUV vorgestellt. Dies soll die fallgruppenartige Einordnung von typisierten Sachverhaltskonstellationen im weiteren Verlauf der Arbeit erhellen.

Ausgangspunkt für die Überlegungen werden dabei die von der Kommission zur Auslegung des Art. 101 Abs. 3 AEUV aufgestellten Leitlinien<sup>18</sup> sein. Dieser Ausgangspunkt wird hier wie im weiteren Verlauf der Arbeit bewusst gewählt. Der Verfasser ist sich darüber im

---

<sup>15</sup>Vgl. hierzu 2. Teil, C II., wo die Bedeutung des Verhältnisses von Art. 101 Abs. 1 AEUV zu Art. 101 Abs. 3 AEUV für das Verständnis der Einzelfreistellung unter Berücksichtigung des US-amerikanischen Antitrustrechts untersucht wird. Dort mit weiteren Nachweisen.

<sup>16</sup>Es kann niemanden verwundern, dass bei einem solchen Verständnis des Art. 101 Abs. 3 AEUV Rechtsunsicherheit aufkommen musste bzw. der Eindruck, Art. 101 Abs. 3 AEUV sei nicht handhabbar.

<sup>17</sup>Die Arbeit wird an dieser Stelle nicht der Versuchung unterliegen, darüber zu spekulieren, aus welchen Gründen in der Vergangenheit keine saubere Trennung zwischen der (tatbestandsmäßigen) Regelung des Kartellverbots in Artl. 101 Abs. 1 AEUV von der Möglichkeit der Einzelfreistellung in Art. 101 Abs. 3 AEUV stattgefunden hat. Dabei ist allerdings selbstverständlich nicht auszuschließen, dass die Kommission vor dem Hintergrund des Genehmigungssystems in gewisser Weise interessengerichtete Entscheidungen getroffen hat und dabei das systematische Verständnis zwischen Verbot und Ausnahme außer Acht ließ, um im weitestens Sinne „Gemeinwohlbelange“ positiv würdigen zu können. Eine belastbare Aussage hierzu wird die vorliegende Arbeit allerdings nicht geben (können und wollen).

<sup>18</sup>Bekanntmachung der *Kommission*, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Absatz 3 EG-Vertrag, nachfolgend *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG.

Klaren, dass die Vorgehensweise insofern angreifbar ist, als Art. 101 Abs. 3 AEUV - in seiner Natur als EG-Primärrecht - aus sich selbst heraus und im Übrigen aus seiner systematischen und teleologischen Stellung im EG-Vertrag interpretiert werden muss. Nichtsdestotrotz ändert diese Tatsache nichts an dem praktischen Bedürfnis des Rechtsanwenders nach einer verlässlichen Richtschnur bei der Auslegung der Freistellungsnorm. So wird z. B. der sich mit einer Frage der Einzelfreistellung bezüglich eines konkreten Sachverhaltes befasste Rechtsanwalt immer mit einem Blick in die einschlägigen Veröffentlichungen der Kommission um Rechtskenntnis bemühen. In einem zweiten Schritt wird dann bei nicht eindeutigen Sachverhalten bzw. aus anwaltlicher Sicht nicht befriedigendem Ergebnis im Sinne einer positiven Beantwortung des Mandantenwunsches auch die Rechtsprechung des EuGH bzw. EuG konsultiert werden. In jedem Fall kann im Folgenden - bei weiterhin unbefriedigender Antwort - ein Blick in die einschlägige Kartellrechtsliteratur nicht über etwaige (aus Anwalts- und Mandantensicht) negative Aussagen in Leitlinien, Bekanntmachungen und Entscheidungen der Kommission bzw. Urteilen und Beschlüssen von EuGH und EuG hinwegtäuschen. Eine positive Antwort aus dem Rahmen der Literaturmeinungen kann dann nur von wissenschaftlichem Interesse sein. Sie kann und wird nie die Grundlage für den anwaltlichen Rechtsrat sein. Da diese Arbeit das Ziel hat, einen Beitrag zur Rechtssicherheit der Rechtsanwender - insbesondere in Form der anwaltlichen und unternehmerischen Praxis - zu leisten, so hat sie sich im Grunde an den Äußerungen der relevanten Organe (Kommission, EuGH, EuG) zu orientieren. Erst in einem zweiten Schritt kann und soll eine kritische Würdigung der hergebrachten Interpretationen des Freistellungstatbestandes durch die Gemeinschaftsorgane vorgenommen werden<sup>19</sup>.

### **3. Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts**

#### **a. Allgemeines**

Die erste Freistellungsvoraussetzung, die Art. 101 Abs. 3 AEUV aufstellt, ist in vier gleichwertig nebeneinander stehende Varianten gegliedert. Es muss danach in Folge der Vereinbarung entweder zu einer Verbesserung der Warenerzeugung (i) oder zu einer

---

<sup>19</sup>Um Missverständnissen vorzubeugen, erscheint es an dieser Stelle angezeigt klarzustellen, dass der Verfasser sich seiner wissenschaftlichen Verpflichtung durchaus bewusst ist. Es soll im Verlauf der Arbeit keinesfalls einer rechtspositivistischen Haltung dergestalt gehuldigt werden, wonach die Auslegung insbesondere der Kommission bedenkenlos gefolgt würde. Der Verfasser folgt lediglich der in der Rechtsanwendungspraxis vorgenommenen Arbeitsweise der Rechtsunterworfenen. Es wird die Aufgabe sein, die Auslegung, die die Einzelfreistellung durch die Gemeinschaftsorgane erfahren hat, auf ihre inhaltliche Konsistenz und insbesondere ihre wettbewerbstheoretische Werthaltigkeit zu überprüfen.

Verbesserung der Warenverteilung (ii) bzw. zur Förderung des technischen Fortschritts (iii) oder aber zur Förderung des wirtschaftlichen Fortschritts (iv) kommen.

Die Kommission stellt in den Leitlinien hierzu zunächst klar, dass mit der ersten Freistellungsvoraussetzung nicht nur Verbesserungen im Bereich der Warenwirtschaft erfasst werden können, sondern es selbstverständlich auch möglich ist, Fortschritte auf dem Gebiet der Dienstleistungen zu erfassen<sup>20, 21</sup>.

Keiner Klarstellung bedurfte es nach Auffassung der Kommission anscheinend bei der systematischen Erfassung von Verbesserungen und Fortschritten. Obwohl die erste Freistellungsvoraussetzung dem Wortlaut nach in vier gleichwertige Varianten unterteilt ist, fasst die Kommission sie schlicht unter dem Begriff der Effizienzgewinne zusammen<sup>22</sup>.

Tatsächlich sind die vier Varianten häufig nicht trennscharf voneinander zu unterscheiden. Im Einzelfall überlappen sich ihre Anwendungsbereiche. Im Regelfall kann daher die genaue Kategorisierung in eine der vier Varianten unterbleiben, zumal sich keine irgendwie gearteten Konsequenzen an die Qualifikation als eine der Kategorien knüpfen, da jeweils ein Effizienzgewinn im Sinne der ersten Freistellungsvoraussetzung gegeben ist<sup>23</sup>.

Aus diesen Gründen wird im weiteren Verlauf der Arbeit der Auffassung und der Bezeichnung der ersten Freistellungsvoraussetzung durch die Kommission gefolgt und pars pro toto von „Effizienzgewinnen“ bzw. „Effizienzen“ die Rede sein.

Die Kommission macht sich im Folgenden die Auslegung der Voraussetzung durch den EuGH zu eigen, wonach für das Vorliegen von Effizienzgewinnen objektiv messbare Vorteile vorliegen müssen und es keinesfalls ausreicht, wenn die Vereinbarung lediglich im internen Verhältnis der Vereinbarungspartner Effizienzen generiert. So sollen auch Kosteneinsparungen, die bloß in Folge von Marktmacht entstehen, keinen berücksichtigungswürdigen Effizienzgewinn darstellen können. Als Beispiel und zur Erklärung führt die Kommission hier an, dass es als Konsequenz einer Preisabsprache oder aber Marktaufteilung zu einer Kostensenkung für die Vereinbarungspartner im Bereich des

---

<sup>20</sup>Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 48.

<sup>21</sup>Diese Klarstellung mutet insoweit ein wenig penibel an, als es den Unternehmen selbstredend möglich sein muss, eine potenzielle Wettbewerbsbeschränkung im Bereich der Dienstleistungen auch mit Verbesserungen in eben jenem Sektor zu rechtfertigen. Es ist ein Gebot der Waffengleichheit, dass es den Unternehmen möglich sein muss, sich mit Fortschritten im Bereich des Dienstleistungssektors zu verteidigen, wenn es der Kommission möglich ist, eine Vereinbarung im Bereich der Dienstleistungen dem Kartellverbot aus Art. 101 Abs. 1 AEUV zu unterstellen. „Anklage“ (Kartellverbot) und „Verteidigung“ (Einzelfreistellung) stehen sich dabei spiegelbildlich gegenüber. Dies ergibt sich schon daraus, dass niemand ernsthaft in Frage stellt, dass auch der Wettbewerb in einzelnen Märkten des Dienstleistungssektors schützenswert ist. Dienstleistungen sind integraler Bestandteil des Binnenmarktprojekts, vgl. nur Art. 56 ff. AEUV.

<sup>22</sup>Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 47.

<sup>23</sup>Vgl. Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 49 mit Verweis auf das Urteil Consten und Grundig sowie die Entscheidung der Kommission Van den Bergh Foods Limited (ABl. L. 246 vom 04.09.1998, S. 1).

Verkaufs und des Marketing kommen kann. Da es dabei aber zu keinerlei wettbewerbsfördernden Wirkungen kommen könne, seien solche Gesichtspunkte bei der Beurteilung einer Vereinbarung mittels Art. 101 Abs. 3 AEUV ohne Belang<sup>24</sup>.

Hier zeigt sich schon gleich am Anfang der Betrachtung der Auslegung der Einzelfreistellung durch die Kommission zu welchen systematischen Schwierigkeiten es bei der Interpretation der Norm kommen kann. Die Kommission stößt bei ihrer Einschätzung bereits zu Beginn auf eben solche Schwierigkeiten und vermag es bedauerlicherweise nicht, die von ihr in sachlicher Hinsicht richtig erkannten Tatsachen, systematisch und teleologisch einwandfrei in die Struktur des Art. 101 Abs. 3 AEUV einzupassen.

So ist es zwar zum einen zweifellos richtig und wettbewerbstheoretisch nicht zu beanstanden, dass Kosteneinsparungen, die lediglich auf Grund von Marktmacht generiert werden, nicht zu einer Einzelfreistellung führen können. Ebenso geht die Kommission nicht fehl, wenn sie konstatiert, dass Marktaufteilungen und Preisabsprachen nicht wettbewerbsfördernd sind und daher bei einer Einzelfreistellung im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht berücksichtigt werden können<sup>25</sup>.

Diese im Ergebnis zutreffenden Feststellungen lassen sich aber nicht mit Hilfe der ersten Freistellungsvoraussetzung begründen.

Kosteneinsparungen, die nur in Folge von Marktmacht erreicht worden sind, können in systematisch zutreffender Auslegung der ersten Freistellungsvoraussetzung sehr wohl Effizienzgewinne sein. Für eine Bejahung des Art. 101 Abs. 3 AEUV reichen sie dennoch nicht. Dies folgt zum einen daraus, dass es auf Grund der Marktmacht der Vereinbarungspartner nicht wahrscheinlich ist, dass die Gewinne an die Verbraucher in Form von Preissenkungen weitergegeben werden, da es hierfür eben an ausreichendem Wettbewerbsdruck mangelt<sup>26</sup>.

Darüber hinaus wird der Gesichtspunkt der Marktmacht noch bei der vierten Freistellungsvoraussetzung aktuell. Dort kann sich ergeben, dass die Marktmacht der Vereinbarungspartner so groß ist, dass sie ihnen nicht nur die autonome Preissetzung ohne

---

<sup>24</sup>Vgl. zum Ganzen *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 49.

<sup>25</sup>Vgl. hierzu nochmals *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 Rn 49.

<sup>26</sup>Es wird im Folgenden unter *Erster Teil, A. II. 4.* gezeigt werden, dass es für die Frage der Weitergabe der Effizienzgewinne an die Verbraucher zur Bejahung einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher im Rahmen der zweiten Freistellungsvoraussetzung entscheidend darauf ankommt, ob die Weitergabe *hinreichend wahrscheinlich* ist. Diese hinreichende Wahrscheinlichkeit ist immer dann anzunehmen, wenn ausreichender Wettbewerbsdruck für die Vereinbarungspartner besteht, siehe sogleich eingehend unter *Erster Teil, A. II. 4.*



Gegenwehr von Konkurrenten bzw. der Marktgegenseite in Form der Verbraucher möglich ist, sondern sogar der Wettbewerb gänzlich ausgeschaltet ist<sup>27</sup>.

Kosteneinsparungen, die den Vereinbarungspartnern einer Preisabsprache oder Marktaufteilung erwachsen, sind zwar richtigerweise nicht wettbewerbsfördernd. Insoweit ist der Kommission ohne Zweifel zuzustimmen. Dies ist aber in dieser Pauschalheit kein Gesichtspunkt, der bei der Frage des Vorliegens von Effizienzgewinnen relevant ist. Die Kommission übersieht bei der Erwähnung der Preisfestsetzungen und Marktaufteilungen im Rahmen der Interpretation der ersten Freistellungsvoraussetzung (zugegebenermaßen allerdings ganz im Sinn ihrer dogmatischen Linie), dass für diese Vereinbarungstypen (so wird ausführlich im *Zweiten Teil, D., I.* gezeigt werden) ein faktisches per se-Verbot im EU-Kartellrecht besteht, das dazu führt, dass diese Vereinbarungen niemals Effizienzgewinne generieren werden, an denen die Verbraucher angemessen beteiligt werden können - und damit eine Einzelfreistellung von vornherein ausscheidet. Dieser Gesichtspunkt soll hier nur angedeutet werden, um später an nämlicher Stelle verdeutlicht zu werden. Bei der Auslegung des zweiten Freistellungskriteriums der angemessenen Verbraucherbeteiligung wird gezeigt werden, dass die Auffassung der Kommission auf einem unzureichenden systematischen Verständnis der ersten beiden Freistellungsvoraussetzungen beruht, die von einer wettbewerbstheoretisch verfehlten Auslegung geleitet ist.

### **b. Methode zur Ermittlung der Effizienzgewinne**

Ausgangspunkt für die Ermittlung der Effizienzgewinne ist nach Auffassung der Kommission die Überprüfung der Verknüpfung von Vereinbarung und behaupteten Effizienzgewinnen sowie deren Wert, um damit die von Art. 101 Abs. 3 AEUV geforderte Abwägung von wettbewerbsfördernden und wettbewerbswidrigen Wirkungen durchführen zu können<sup>28</sup>. Interessant ist an dieser Stelle, dass die Kommission davon ausgeht, dass es insgesamt Aufgabe des Art. 101 Abs. 3 AEUV sein soll, ein „Aufwiegen“ der positiven wie negativen Wirkungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV zu ermöglichen. Dieser Abwägungsvorgang soll also nicht bei einer der Freistellungsvoraussetzungen angesiedelt sein oder etwa „über“ Art. 101 Abs. 3 AEUV als solchem stehen. Er soll auch nicht nach der Abprüfung der einzelnen Voraussetzungen der Norm zusätzlich bzw. korrigierend vorzunehmen sein. Die Kommission geht ausweislich des Wortlauts der Leitlinien vielmehr davon aus, dass die Prüfung der vier vom Primärrecht in Form des AEUV vorgegebenen Voraussetzungen die

---

<sup>27</sup>Eingehend zur vierten Freistellungsvoraussetzung unter *Erster Teil, A., II., 6.*

<sup>28</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 50.

Abwägung der wettbewerbswidrigen mit den wettbewerbsfördernden Wirkungen darstellt. Dabei hat jede der Voraussetzungen ihre eigene Funktion, um die Abwägung insgesamt zu ermöglichen<sup>29</sup>.

Es fällt weiterhin bei der Aussage der Kommission auf, dass ausdrücklich von dem Aufwiegen der „*wettbewerbsfördernden*“ mit den „*wettbewerbswidrigen*“ Wirkungen gesprochen wird und eben nicht von einer Gesamtschau aller positiven wie negativen Aspekte einer jeden Vereinbarung<sup>30</sup>. Durch diesen Wettbewerbsbezug erteilt die Kommission allen Versuchen, die Funktion des Art. 101 Abs. 3 AEUV darauf zu reduzieren bzw. zu erweitern, Wettbewerbsbeschränkungen mit angeblichen Gewinnen für das Allgemeinwohl (unter Außerachtlassung des Gemeinwohlaspekts „*freier Wettbewerb*“) zu rechtfertigen, eine deutlichen Absage.

Um einer bloßen Behauptung von etwaigen Effizienzen „*ins Blaue hinein*“ von vornherein einen Riegel vorzuschieben, verlangt die Kommission in den Leitlinien den Unternehmen eine strenge Substantiierung der vermeintlichen Gewinne ab. Die Vereinbarungspartner müssen daher darlegen, welcher Art die Effizienzgewinne sind (i), wie die Vereinbarung mit den Gewinnen verknüpft ist (ii), wie wahrscheinlich die Generierung des Gewinns ist, welches Ausmaß er haben (iii) und wie die Effizienz erreicht werden soll (iv)<sup>31</sup>.

„*Art der Effizienzgewinne*“ meint hier noch nicht die Unterscheidung von „*Kosteneinsparungen*“ und „*qualitativen Effizienzgewinnen*“ (dazu mehr unter *Erster Teil, A., II., I., c.-e.*). Vielmehr ist damit lediglich angesprochen, dass es sich um „*Effizienzgewinne objektiver Art*“ handeln muss<sup>32</sup>.

Doch was sind Effizienzgewinne objektiver Art? In jedem Fall erfolgt durch den Begriff eine Abgrenzung zu Effizienzgewinnen subjektiver Art. Damit ist gleichzeitig gesagt, dass es logisch betrachtet auch Effizienzgewinne subjektiver Art geben - können - muss. Man könnte an dieser Stelle versucht sein, die Unterscheidung zwischen objektiven und subjektiven Effizienzgewinnen als die Unterscheidung zwischen volkswirtschaftlich günstigen (und damit gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellten) und (lediglich) betriebswirtschaftlich günstigen (damit allerdings [noch] nicht freigestellten Vorteilen) gleichzusetzen. Allerdings qualifiziert die Kommission subjektive Effizienzen nicht als berücksichtigungswürdige Effizienzgewinne bei der ersten Freistellungsvoraussetzung des Art. 101 Abs. 3 AEUV. In den Leitlinien der Kommission wird eine Berücksichtigungsfähigkeit subjektiver Effizienzgewinne (jedenfalls

---

<sup>29</sup>Vgl. nochmals *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 50.

<sup>30</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 50.

<sup>31</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 51.

<sup>32</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 52.

im Rahmen der ersten Freistellungsvoraussetzung) nicht erwähnt. Hinter der Unterscheidung - subjektiver und objektiver Effizienzgewinne - steht die Bestrebung der Kommission, in keinem Fall solche Sachverhalte freizustellen, die Hardcore-Beschränkungen enthalten. Diese Auffassung ist aus zweierlei Gründen nicht haltbar. Zum einen kann auf die weiter oben geführte Diskussion verwiesen werden, wonach es nicht notwendig ist, zu versuchen, horizontale Preisabsprachen oder auch Marktaufteilungen (als typische Beispiele von Hardcore-Beschränkungen) aus dem Anwendungsbereich der ersten Freistellungsvoraussetzung zu verdrängen. Denn es handelt sich dabei um - faktisch - per se verbotene Vereinbarungen, die durch die zweite bzw. vierte Freistellungsvoraussetzung aus dem Tatbestand der Einzelfreistellung ausgeschieden werden müssen<sup>33</sup>. Zum anderen ist der Auffassung, dass die betriebswirtschaftlichen Gewinne der Vereinbarungspartner nicht unter die erste Freistellungsvoraussetzung subsumiert werden könnten, entgegenzuhalten, dass es dann beispielsweise nicht möglich wäre, klassischerweise freigestellte Sachverhalte aus dem Bereich der Einkaufs- oder Vermarktungsvereinbarungen freizustellen, bei denen es schlichtweg durch betriebswirtschaftliche Effizienzen in Form von economies of scale zu Verbesserungen im Sinne der ersten Freistellungsvoraussetzung bei den Vereinbarungspartnern kommt.

Die zweite von der Kommission aufgestellte Voraussetzung will in ihrer Sinnhaftigkeit für die Prüfung der ersten Freistellungsvoraussetzung nicht ganz einleuchten. Danach soll die Verknüpfung von Vereinbarung und Effizienzgewinn überprüft werden bzw. genauer die Frage beantwortet werden, ob es einen hinreichenden Kausalzusammenhang zwischen der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung und dem von den Partnern behaupteten Effizienzgewinn gibt<sup>34</sup>. Ein solcher hinreichender Zusammenhang soll nach der Kommission dann anzunehmen sein, wenn der Effizienzgewinn entweder auf Grund der jeweiligen Wirtschaftstätigkeit der Vereinbarungspartner (Lizenzierung; gemeinsame Forschung und Entwicklung) (i) oder sonst im relevanten Wirtschaftszweig (Senkung der Kosten im jeweiligen Wirtschaftszweig) (ii) generiert wird. Es muss ernsthaft gefragt werden, welchen Erkenntnisgewinn diese von der Kommission für die Ermittlung eines Effizienzgewinns aufgestellten Voraussetzungen bringen. Zu (i) ist zu sagen, dass es freilich eine Selbstverständlichkeit ist, dass nur dann ein berücksichtigungswürdiger Effizienzgewinn vorliegen kann, wenn die Verbesserung auf die Tätigkeit der Vereinbarungspartner zurückzuführen ist, also z. B. gemeinsame Forschung und Entwicklung, statt jeweils

---

<sup>33</sup>Vgl. ausführlich oben unter *Erster Teil, A., I., 1., a.*

<sup>34</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 53.

individueller Forschung und Entwicklung, die zu einem neuen bzw. jedenfalls verbesserten Produkt führt. Nichts anderes wird im Regelfall aber auch von den Unternehmen behauptet werden. Selbst die Mitglieder einer Marktaufteilungsvereinbarung werden doch immer vortragen, dass es *durch die Marktaufteilung* zu Kosteneinsparungen komme, die dann an die Kunden weitergegeben werden *könnten*. Es liegt darin keine besondere Hürde des substantiierten Vortrags. Was die Voraussetzung (ii) angeht, so ist aus Sicht der Unternehmen sicherlich zu begrüßen, dass die Kommission den Rahmen für berücksichtigungswürdige Effizienzgewinne offenkundig recht großzügig zu stecken gewillt ist. Diese den Worten nach vergleichsweise großzügige Möglichkeit, den hinreichenden Kausalzusammenhang von Vereinbarung und Effizienzgewinn zu substantiieren, ist ardings leider kaum praktikabel. Denn es ist schon ganz grundsätzlich sehr fraglich, auf welche Art und Weise eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung zu Kostensenkungen in einem ganzen Wirtschaftszweig führen soll. Wenn wir es nicht gerade mit dem Fall eines alle Marktteilnehmer umfassenden Kartells zu tun haben sollten, so liegt die Natur einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung und ihre grundlegende Ratio doch gerade darin, sich einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den anderen Konkurrenten zu verschaffen und eben gerade nicht die übrigen Wettbewerber an dem Kartellgewinn teilhaben zu lassen. Sollte die Kommission einen Sachverhalt im Auge haben, bei dem zwei Vereinbarungspartner eine überlegene neue Technologie entwickeln, die in der Folge auch den anderen Unternehmen zur Verfügung stehen soll, so ist zu einer solchen Fallgestaltung zweierlei einzuwenden:

Zum einen hätten wir es dann mit einer Fallgestaltung zu tun, die eher Gesichtspunkte der angemessenen Verbraucherbeteiligung berührt, es also zu einer angemessenen Beteiligung der Wettbewerber der Vereinbarungspartner durch eine Verwendung der neuen Technologie kommen könnte.

Dies bringt uns zum zweiten Gesichtspunkt des von der Kommission vorgestellten Falles: Es handelte sich hierbei nicht um einen Effizienzgewinn in demselben relevanten Wirtschaftszweig (verstanden als selbem relevanten Markt). Denn die beiden Vereinbarungspartner stehen ihren Konkurrenten bei der Weitergabe der neuen überlegenen Technologie an diese vertikal und nicht (wie die Äußerungen der Kommission nahelegen<sup>35</sup>) horizontal gegenüber, da sie ihnen die Technologie z. B. lizenzieren. Auszuschließen ist, dass der Kommission hier ihr Beispiel aus Rn 64 der Leitlinien vorschwebte: Die Einführung des Fließbandes. Als Henry Ford das Fließband erfand, kam es tatsächlich zu einer

---

<sup>35</sup>Vgl. nochmals *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 53.

Kostensenkung in der gesamten Automobil(herstellung)industrie. Diese erfolgte aber nicht durch eine (wettbewerbsbeschränkende) Vereinbarung. Die Kostensenkung im gesamten Pkw-Sektor folgte der Weitergabe dieser neuen Technologie auf Grund einer Erfindung eines Unternehmens. Bei der Lizenzierung der Technologie stand Ford seinen Konkurrenten aber nicht horizontal, sondern vertikal gegenüber. Dies ist ein entscheidender Unterschied. Nicht umsonst unterscheidet ja z. B. die TT-GVO<sup>36</sup> zwischen Lizenzvereinbarungen von Wettbewerbern und solchen von Nicht-Wettbewerbern. Man kann also - beim Beispiel der Einführung des Fließbandes - nicht davon sprechen, dass eine Verbesserung des Gesamtkosten eines gesamten Wirtschaftszweigs direkte Folge der positiven Auswirkungen einer ansonsten wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung gewesen wäre. Die Verbesserung war lediglich Folge der Erfindung der Technologie. Auch kann nicht die einzelne Lizenzvereinbarung mit dem einzelnen Pkw-Hersteller (soweit sie Wettbewerbsbeschränkungen enthielt) als Grundlage für die Verbesserung der Gesamtkostenstruktur der Autoindustrie angesehen werden, da es dadurch immer nur zu einer Verbesserung des Kostenstruktur für den jeweils lizenznehmenden Hersteller kam.

Da das Fließband-Beispiel noch am denkbar nächsten an der von der Kommission vorgestellten Fallgruppe war und sich als nicht einschlägig erwies, kann guten Gewissens konstatiert werden, dass der von der Kommission vorgestellte Sachverhalt nicht zur Substantiierung eines Effizienzgewinns taugt.

Die Kommission selbst verweist bezüglich der Ermittlung des Wertes eines Effizienzgewinns auf die Ausführungen bezüglich der angemessenen Verbraucherbeteiligung<sup>37</sup>. Nach den nach Auffassung der Kommission anzuwendenden Methoden, seien unsubstantiierte Behauptungen etwaiger Effizienzgewinne zurückzuweisen<sup>38</sup>.

An diesen Äußerungen überrascht zweierlei: Zum einen will im Hinblick auf die von der Kommission selbst angewandte Methode nicht so recht einleuchten, warum plötzlich nur noch die dritte und vierte von ihr selbst aufgestellte Voraussetzung zur Ermittlung von Effizienzgewinnen zur Substantiierung derselben benötigt werden sollen, wo doch eingangs alle vier Voraussetzungen diesem Ziel dienen sollten<sup>39</sup>. Zum anderen und in systematischer Hinsicht viel schwerer wiegt, dass die Kommission die angemessene Verbraucherbeteiligung ausdrücklich als die dritte Freistellungsvoraussetzung bezeichnet. Diese systematische

---

<sup>36</sup>Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Kommission vom 27.04.2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer - Vereinbarungen.

<sup>37</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 55 i.V.m. 101.

<sup>38</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 55 i.V.m. 101.

<sup>39</sup>Vgl. nochmals *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 51.

Einordnung der angemessenen Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn wird - soweit dem Verfasser ersichtlich - in dieser Weise zum ersten Mal überhaupt vorgenommen. Bei allem Streit über die Funktion und die Einordnung in das System des Art. 101 AEUV, ist eine solche Verschiebung der einzelnen Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV bislang nicht vorgenommen worden. Der Grund hierfür liegt wohl darin, dass die Kommission es für angezeigt hält, auf Grund bestimmter Erwägungen<sup>40</sup>, die angemessene Verbraucherbeteiligung nach der Prüfung der Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung zu prüfen. Es wird noch zu zeigen sein, dass diese Prüfungsreihenfolge systematisch unhaltbar ist und die Kommission insoweit fehl geht. Eine Änderung der Prüfungsreihenfolge hat aber noch keine Änderung der Vorgaben des Primärrechts in Form des Art. 101 Abs. 3 AEUV zur Folge. Dies übersieht die Kommission hier entweder oder aber es handelt sich um das berühmte „Redaktionsversehen“<sup>41</sup>. Wie dem auch sei: Ein solcher Fauxpas sollte in einem wegweisenden Papier, das den Rechtsanwendern als Leitfaden dienen soll, nicht vorhanden sein und gibt im Übrigen Anlass, ernsthaft an der Konsistenz der Leitlinien zu zweifeln.

Abschließend verlangt die Kommission von den Vereinbarungspartnern, dass sie die konkrete Berechnung von Kosteneinsparungen und die der Berechnung zu Grunde liegenden Methoden nachvollziehbar darlegen bzw. bei anderen Effizienzen als Kosteneinsparungen nachvollziehbar darstellen müssen, warum ein objektiver wirtschaftlicher Vorteil nach Ansicht der Parteien vorliegen soll<sup>42</sup>.

Etwas befremdlich im Rahmen des Legalausnahmesystems erscheinen die Anforderungen, die die Kommission für Vereinbarungen aufstellt, die noch nicht durchgeführt worden („*noch nicht vollständig umgesetzt sind*“) sind<sup>43</sup>. Hier sollen die Unternehmen darlegen, „*ab welchem Datum sie Effizienzgewinne erwarten, die spürbare positive Auswirkungen auf den Markt haben*“<sup>44</sup>. Zunächst ist anzumerken, dass die Kommission hier anscheinend von einer Vorabinformation vor voller Umsetzung einer Vereinbarung durch die Unternehmen ausgeht. Eine solche Vorabinformation ist im System der Legalausnahme aber freilich ein

---

<sup>40</sup>Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 39. Dort heißt es wörtlich: „*In diesen Leitlinien wird die Reihenfolge der zweiten und der dritten Voraussetzung umgekehrt, um die Frage der Unerlässlichkeit vor der Frage der Weitergabe von Vorteilen an die Verbraucher zu behandeln. Die Untersuchung der Weitergabe der Vorteile erfordert eine Abwägung der negativen und der positiven Auswirkungen einer Vereinbarung auf die Verbraucher. Diese Untersuchung sollte Wirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen nicht einbeziehen, die nicht als unerlässlich eingestuft wurden und somit gemäß Artikel 81 verboten sind.*“

<sup>41</sup>Für die These vom Redaktionsversehen spricht, dass an anderer Stelle in den Leitlinien, die Unerlässlichkeit als dritte und die angemessene Verbraucherbeteiligung als zweite Freistellungsvoraussetzung bezeichnet wird, vgl. Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 73 sowie Rn 83.

<sup>42</sup>Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 55 f.

<sup>43</sup>Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 57.

<sup>44</sup>Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 58

Fremdkörper. Eine solche Information kann und wird daher wohl nur zu zwei Zwecken erfolgen können: Entweder zur Erlangung eines Negativtestats gemäß Art. 10 VO 1/2003 oder zur Erlangung eines informellen non-jurisdiction letters.

Erstaunlicher ist aber, dass die Kommission den Unternehmen einen recht gefährlich anmutenden Hinweis mit auf den Weg gibt. Denn sie spricht von einer Vereinbarung, die noch nicht voll umgesetzt ist. Die Kommission stellt damit eine Situation vor, in der der vermeintlich wettbewerbsbeschränkende Teil der Vereinbarung noch nicht voll umgesetzt ist und somit noch Raum für Art. 101 Abs. 3 AEUV bleibe. Hier geht die Kommission aber leider fehl. Denn das Kartellverbot greift unstrittig nicht erst bei umgesetzten Vereinbarungen. Es reicht für die Erfüllung des Tatbestandes aus, dass die Unternehmen die Vereinbarung getroffen haben. Dass es sich bei dem von der Kommission vorgestellten Fall auch nicht um eine bloße vage Absicht handeln soll, verdeutlicht, dass die Vereinbarung in Teilen offenkundig schon umgesetzt sein soll. Aus Sicht der Behörde wird im Falle eines Falles vermutlich pro Unteilbarkeit von Sinn und Zweck der vorgestellten Vereinbarung argumentiert werden, sodass den Unternehmen im Zweifel unterstellt werden würde, sie hätten den wettbewerbsbeschränkenden Inhalt der Vereinbarung „im Gesamtpaket der Vereinbarung“ mit eingeplant. Somit stünde für den Fall, dass die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV zu verneinen wären - bzw. um in der Prüfung zu bleiben, das Vorliegen von berücksichtigungswürdigen Effizienzen zu verneinen wäre - eine Geldbuße für die Unternehmen an, die auf Grund einer Vorabmeldung wohl allenfalls gemildert würde. Dies wird alles in allem aber in keinem Fall das gewünschte Ergebnis der Vereinbarungspartner sein. Diese sind an einer „Freistellung“ der Vereinbarung interessiert.

### **c. Die verschiedenen Effizienzgewinne**

Die Kommission geht - wie bereits oben erwähnt - von einem Oberbegriff des Effizienzgewinns aus, der die in Art. 101 Abs. 3 AEUV aufgezählten Kategorien<sup>45</sup> umfasst. Statt der Verwendung der in Art. 101 Abs. 3 AEUV aufgezählten Kategorien, verwendet die Kommission eine eigene Unterteilung von Obergruppen von Effizienzgewinnen und unterscheidet in Kosteneinsparungen (i) und qualitative Effizienzgewinne (neue, bessere Produkte; größere Produktvielfalt etc.)<sup>46</sup>. Die Kommission betont, dass die von ihr aufgeführten (und hier im Folgenden behandelten) Arten von Effizienzgewinnen nicht als

---

<sup>45</sup>Dies sind namentlich die Verbesserung der Warenerzeugung (i), die Verbesserung der Warenverteilung (ii), die Förderung des technischen Fortschritts (iii) sowie die Förderung des wirtschaftlichen Fortschritts (iv).

<sup>46</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 59.

abschließende Aufzählung anzusehen seien, sondern lediglich Beispielscharakter hätten<sup>47</sup>. Da die Kommission an dieser Stelle ausdrücklich von „Arten“ von Effizienzgewinnen spricht, kann dies in der Systematik der Leitlinien nur so verstanden werden, dass die Kommission davon ausgeht, es gäbe neben den Kosteneinsparungen und den qualitativen Effizienzgewinnen noch weitere Arten von Effizienzgewinnen, die aber in den Leitlinien - aus von der Kommission nicht näher erläuterten Gründen - unbehandelt bleiben. Hier bietet sich sicherlich (jedenfalls theoretisch) großes Potenzial für die anwaltliche Argumentation im Rahmen der Beratung, bei der Erlangung eines non-jurisdiction letters, eines Negativtestats oder aber (im Worst Case) eines Bußgeldverfahrens.

### **aa. Kosteneinsparungen**

Beispielhaft für die Möglichkeit, Kosteneinsparungen zu erzielen, führt die Kommission Sachverhalte an, bei denen neue Produktionstechniken und -verfahren entwickelt werden<sup>48</sup>; Synergieeffekte bei der Zusammenlegung von Vermögenswerten<sup>49</sup>; economies of scale<sup>50</sup> and scope<sup>51</sup>; Verbesserungen bei der Produktionsplanung, Verringerung teurer Lagerhaltung, Verbesserung der Kapazitätsauslastung bzw. insgesamt Rationalisierung der Produktion<sup>52</sup>.

#### **(1) Verbesserte Produktionstechniken und -verfahren**

Als erstes Beispiel für Effizienzgewinne in Form von Kosteneinsparungen dient der Kommission die Verbesserung von Produktionstechniken und Produktionsverfahren<sup>53</sup>. Der Leser wird aber hier durch die sparsamen Äußerungen in den Leitlinien etwas allein gelassen. Es verbleibt nämlich bei der Feststellung, dass insbesondere bei Technologiesprüngen ein besonderes Einsparungspotenzial vorhanden sei<sup>54</sup>. Dies mag stimmen oder nicht. Es ist aber für den nach Anleitung suchenden Rechtsanwender nicht besonders ergiebig, wenn hier als Beispiel für eine von der Kommission im Rahmen der ersten Freistellungsvoraussetzung identifizierte Art von Effizienzgewinn in Form der Kosteneinsparung auf das „Potenzial“ einer bestimmten Verbesserung von Techniken bzw. Verfahren verwiesen wird. Es bleibt dabei unklar, was die Kommission damit aussagen will. Soll die Äußerung in den Leitlinien etwa so verstanden werden, dass nur die Verbesserung einer Produktionstechnik oder der

---

<sup>47</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 63.

<sup>48</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 64.

<sup>49</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 65.

<sup>50</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 66.

<sup>51</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 67.

<sup>52</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 68.

<sup>53</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 64.

<sup>54</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 64.



Verbesserung eines Produktionsverfahrens allein schon ein Effizienzgewinn angenommen werden kann? Rein praktisch hätte dies im Rahmen der hier wohl in erster Linie einschlägigen FuE-Vereinbarungen - denn worum anders soll es sich bei der Verbesserung von Techniken bzw. Verfahren sonst handeln - weitreichende Konsequenzen. Es würde bedeuten, dass jegliche Vereinbarung im Rahmen von FuE-Arbeiten stets die Hürde der ersten Freistellungsvoraussetzung unter dem Gesichtspunkt der Kosteneinsparung passieren würde, da allein das Vorhandensein der FuE-Arbeit nach Auffassung der Kommission das „*Potenzial*“ für ein großes Einsparungspotenzial hätte. Es bedürfte folglich auch nicht mehr der klassischerweise vorgenommenen Berücksichtigung von FuE-Arbeiten im Rahmen der - sogleich behandelten - qualitativen Effizienzgewinne, da es auf eine z. B. beschleunigte Einführung - um im Beispiel der Kommission zu bleiben - einer verbesserten Technik nicht mehr ankäme. Der Effizienzgewinn bestünde schon in dem vorhandenen großen Einsparungspotenzial. Dies kann so von der Kommission nicht gemeint und gewollt sein und widerspräche auch ihren Ausführungen zu den qualitativen Effizienzgewinnen im Rahmen der Leitlinien. Ein anderes Verständnis erschließt sich dem Verfasser allerdings nicht. Es fragt sich daher, warum der Gesichtspunkt der Verbesserung von Produktionstechnik und -verfahren im Rahmen der Kosteneinsparungen behandelt wird. Dogmatisch ist die Einordnung der Verbesserung von Technik und Verfahren bei den qualitativen Effizienzgewinnen vorzunehmen. Überdies verwundert auch das einzige Beispiel für die nämliche Verbesserung von Produktionstechnik und -verfahren: die Einführung des Fließbandes<sup>55</sup>. Zum einen erscheint die Nennung dieser technischen Neuerung etwas antiquiert und daher für angemessenen Rechtsrat unbrauchbar<sup>56</sup>. Ganz konkret stellt sich aber die Frage, welchen Fall die Kommission dabei vor Augen hat. Es soll hier keinesfalls bestritten werden, dass die Verbesserung von Produktionstechniken und -verfahren ein sehr großes *Einsparungspotenzial* besitzt. Ein bloßes Potenzial ist aber natürlich nicht dazu angetan, der harten behördlichen bzw. ggf. gerichtlichen Überprüfung im Streitfall standzuhalten. Die Einführung des Fließbandes hat freilich auch ganz konkret tatsächlich zu erheblichen Kosteneinsparungen im gesamten Kfz-Herstellungssektor geführt. Man darf an dieser Stelle aber nicht aus den Augen verlieren, vor welcher kartellrechtlichen Konstellation wir bei der Frage danach, ob eine im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV berücksichtigungswürdige Effizienz vorliegt, stehen. Zunächst muss in jedem Fall eine

---

<sup>55</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 64.

<sup>56</sup>Es hätte hier nur noch gefehlt, dass die Kommission das Beispiel der Einführung der Dampfmaschine gebracht hätte und fortan versuchen würde, Art. 101 Abs. 3 AEUV anhand des Klassikers von Adam Smith auszulegen!

Situation vorliegen, bei der es zu einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung von mindestens zwei Vereinbarungspartnern kommt. Wenn diese Frage bejaht wird, kann gefragt werden, ob diese Wettbewerbsbeschränkung sich durch die Erfüllung der vier kumulativen Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV rechtfertigen lässt, mithin die Vereinbarung freigestellt ist. Eine solche Konstellation liegt im Beispielsfall der Einführung des Fließbandes in der Kfz-Herstellung nicht vor. Ein Unternehmen hat das Fließband erfunden. Die Nutzung desselben führt zu erheblichen Einsparungen bei den Kfz-Herstellern (nicht nur zu Einsparungspotenzial!). Es fragt sich aber, wo hier die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung vorliegen soll. Bei der FuE der Entwickler? Dort wäre die Entwicklung des Fließbandes nur als qualitativer Effizienzgewinn zu berücksichtigen (siehe oben). Bei der Vermarktung der Technologie Fließband? Es kann wohl kaum angenommen werden, dass die Kommission der Auffassung ist, nur weil die Nutzung des Fließbands den Nutzern erhebliche Kosten einzusparen verspricht, könnten im Rahmen des Vertriebs beliebige Wettbewerbsbeschränkungen zum Vereinbarungsgegenstand gemacht werden. M.E. ist der Denkfehler der Kommission systematischer Natur. Kosteneinsparungen als Effizienzgewinn müssen immer solche der Vereinbarungspartner sein. Die Kommission hat aber eine Situation vor Augen, bei der die Abnehmer der Vereinbarungspartner Kosten sparen (können). Daher lässt sich festhalten, dass die Kommission hier schlicht die Einordnung des Effizienzgewinns an der falschen Stelle vornimmt und daher ein *recht schiefes Bild entsteht, mithin die Ausführung zum Effizienzgewinn „Kosteneinsparungen durch Verbesserung der Produktionstechniken oder -verfahren“* leer läuft.

## (2) Synergieeffekte

Mit der Zusammenlegung von Vermögenswerten sieht die Kommission die Möglichkeit für Vereinbarungspartner gegeben, auf Grund einer Verbesserung ihrer Kosten- und Produktionsstruktur, die ohne die Zusammenlegung nicht möglich wäre, Synergieeffekte zu erzielen, die als Effizienzgewinn im Rahmen des Effizienzgewinns „Kosteneinsparungen“ Berücksichtigung finden können<sup>57</sup>. Die Kommission führt bezüglich der Generierung von Synergieeffekten zwei Beispiele an: Berücksichtigungswürdige Synergien können danach bei der Verbindung zweier sich ergänzender Technologien erreicht werden (i), sowie durch die Zusammenlegung der Geschäftsaktivitäten zweier Unternehmen (ii)<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 65.

<sup>58</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 65.

Bei der Verbindung zweier sich ergänzender Technologien sieht die Kommission die Möglichkeit der Erreichung von Effizienzgewinnen darin, dass die Möglichkeit für die Senkung der Produktionskosten bei den Vereinbarungspartnern besteht (a) und es denkbar ist, dass ein qualitativ höherwertiges Produkt hergestellt werden kann (b)<sup>59</sup>. Es ist an dieser Stelle zu begrüßen, dass die Kommission (endlich) eine Kosteneinsparung der Vereinbarungspartner als möglichen Effizienzgewinn aufführt (a). Zu bemängeln ist an dieser Stelle allerdings abermals, dass die Maßstäbe für die Substantiierung des Effizienzgewinns durch die Vereinbarungspartner im Nebel bleiben. Auf Grund der allgemeinen Maßstäbe, die die Kommission für die Substantiierung von Effizienzgewinnen aufstellt, ist davon auszugehen, dass den Unternehmen wohl abverlangt werden wird, ein nachvollziehbares Zahlenwerk vorzulegen, aus dem eine Kostensenkung hervorgeht, die auf die Verbindung der beiden Technologien zurückgeht<sup>60</sup>. Unverständlich sind allerdings die Ausführungen zur Möglichkeit ein qualitativ höherwertiges Produkt herzustellen (b). Die Einordnung bei den Kosteneinsparungen vermag dogmatisch nicht zu überzeugen und geht schlicht fehl, auch wenn es (z. B.) nach den Ausführungen in den Leitlinien zu der Verbesserung von Produktionstechnik und -verfahren nicht überrascht, dass die Kommission diese möglichen Effizienzen nicht bei den qualitativen Effizienzgewinnen einordnet<sup>61</sup>. Nicht unerwähnt bleiben soll das von der Kommission zur Verdeutlichung von Synergien, die durch die Verbindung zweier Technologien entstehen können, aufgeführte folgende Beispiel:

„Es ist z.B. möglich, dass das Unternehmen A mit seinen Produktionsanlagen ein hohes Produktionsvolumen pro Stunde erzielt, aber relativ viel Rohstoffe je hergestellter Einheit benötigen, während die Firma B mit ihrem Produktionsbereich einen geringeren Ausstoß pro Stunde erreicht, dabei aber einen niedrigeren Einsatz an Rohstoffen je Produktionseinheit ausweist. Synergien entstehen, wenn durch die Gründung eines Produktions-GU, in das die Produktionsbereiche von A und B zusammengelegt werden, ein hoher (bzw. höherer) Ausstoß je Arbeitsstunde und ein niedriger (bzw. niedrigerer) Einsatz an Rohstoffen für eine Produktionseinheit erzielt werden kann.“<sup>62</sup>

Auch beim zweiten Beispiel der Kommission liegen echte Synergiepotenziale vor. Diese sollen darin liegen, dass zwei Unternehmen ihre Geschäftsaktivitäten zusammenlegen, wobei

---

<sup>59</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 65.

<sup>60</sup>Siehe dazu oben *Erster Teil, II., 1., b.*

<sup>61</sup>Um hier keine Missverständnisse aufkommen zu lassen: Der Verfasser ist nicht bestrebt, sich an dieser Stelle quasi überpenibel zu zeigen. Auch mag dem Leser die dogmatische Einordnung wie der „*Streit um des Kaiser's Bart*“ erscheinen. Es geht an dieser Stelle schlicht darum, das von der Kommission in den Leitlinien vorgestellte Konzept, das dem Rechtsanwender zum einen ein Leitfaden sein soll und zum anderen präsentieren soll, welchem Prüfungskonzept er sich seitens der Kommission gegenüberstellt, auf seine Konsistenz zu überprüfen. Fehlende Konsistenz des Konzepts gibt für den Rechtsanwender Anlass, unsicher über eine etwaige Entscheidung der Kommission zu sein. Daher ist die Überprüfung nötig, um potenzielle Risiken bei der Vereinbarung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen aufzuspüren, damit eine solche Vereinbarung im Zweifelsfall auf mögliche Schwachstellen im Hinblick auf ein potenzielles negatives Votum der Kommission beider Freistellungsprüfung untersucht werden kann, um ggf. eine Anpassung oder Abwandlung der Vereinbarung vornehmen zu können bzw. im schlimmsten Fall von der Vereinbarung abzusehen.

<sup>62</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 65.

die Partner jeweils einen anderen Bereich der Wertschöpfungskette optimiert haben. Zur Verdeutlichung dient der Kommission das folgende Beispiel:

„So kann ein Unternehmen A beispielsweise mit seiner hochautomatisierten Produktionsanlagen niedrige Produktionskosten je Einheit erzielen, während die Firma B ein effizientes Auftragsbearbeitungssystem entwickelt hat. Mit diesem System kann die Produktion an die Nachfrage angepasst werden, was termingerechte Auslieferung, einen Abbau des Lageraufwands und eine Senkung der Verwaltungskosten ermöglicht. Die Zusammenlegung der Anlagen von A und B kann zu Kostensenkungen führen.“<sup>63</sup>

### (3) Economies of scale

Gemäß den Leitlinien sollen auch economies of scale unter dem Gesichtspunkt der Kosteneinsparungen berücksichtigungswürdige Effizienzgewinne darstellen<sup>64</sup>. Als Beispiel für die Möglichkeit, economies of scale zu generieren, nennt die Kommission die Zusammenlegung der Betriebslogistik, wodurch eine Senkung der Stückkosten sowie eine Verbesserung der Arbeitsteilung erreicht werden könnte<sup>65</sup>. Potenzial für economies of scale sieht die Kommission auf allen Stufen der Wertschöpfungskette, von FuE bis zur Vermarktung. Einer gleichen Beurteilung wie economies of scale unterzieht die Kommission learning economies, da durch diese Produktivitätssteigerungen möglich würden<sup>66</sup>.

Gegen das Potenzial, das die Kommission den nämlichen betriebswirtschaftlichen Verbesserungen zuerkennt, soll hier gar nicht argumentiert werden. Es ist allerdings zu bemängeln, dass die Äußerungen der Kommission doch reichlich allgemein bleiben. Es werden allgemeine wettbewerbstheoretische Äußerungen gemacht, die aber nicht an den konkreten Kontext des Art. 101 Abs. 3 AEUV gekoppelt werden. So ist es sicherlich richtig, dass die von der Kommission benannten betriebswirtschaftlichen Einsparungs- und Verbesserungspotenziale bestehen. Es ist den Rechtsanwendern und vor allen den Verantwortlichen in den Unternehmen allerdings nicht damit geholfen, dass die Kommission sich pro economies of scale bzw. learning economies positioniert. Ganz konkret fehlt in den Leitlinien das Aufzeigen der Konstellation einer wettbewerbsbeschränkenden Zusammenarbeit, sprich Vereinbarung, bei der economies of scale erzielt werden können.

So wie sich die Kommission in Leitlinien äußert, muss man ihre Position wohl ungefähr so verstehen: Legen Vereinbarungspartner ihre Produktion, FuE etc. zusammen (ohne, dass ein Zusammenschlusstatbestand vorliegt), so können economies of scale erreicht werden. Ergo liegt ohne weitere Prüfung ein Effizienzgewinn vor. Es ist fraglich, ob diese verkürzte Prüfung tatsächlich der Auffassung der Kommission entspricht. Auf Grund der Tatsache, dass

---

<sup>63</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 65.

<sup>64</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 66.

<sup>65</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 66.

<sup>66</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 66.

die Kommission das System der Legalausnahme gerade wegen der vorhandenen Leitlinien für horizontale Vereinbarungen, TT-Vereinbarungen, vertikale Vereinbarungen und der nämlichen Leitlinien zu Art. 101 Abs. 3 AEUV für handhabbar hält, kann die Kommission selbst aber nicht erwarten, dass man ihre Äußerungen in den Leitlinien nicht beim Wort nimmt. Es dürfte ihr schwer fallen, dann, wenn es zum Spruch kommt, sprich ein Verfahren gegen etwaige Vereinbarungspartner eingeleitet wird, sich den Äußerungen in den eigens entworfenen Leitlinien nicht verbunden zu fühlen und den Vereinbarungspartnern vorzuhalten, es lägen keine Effizienzgewinne in Form von economies of scale vor, wenn z. B. die FuE zusammengelegt wurde.

#### **(4) Economies of scope**

Nach Auffassung der Kommission zählen auch economies of scope zu den möglichen als Kosteneinsparungen zu berücksichtigenden Effizienzgewinnen<sup>67</sup>. Doch auch hier bleiben die Ausführungen der Kommission wieder recht oberflächlich. Verbundvorteile sollen demnach dadurch generiert werden können, dass dieselben Komponenten und Anlagen vom selben Personal zur Herstellung einer Vielzahl von Produkten eingesetzt wird (i) sowie beim Transport, indem verschiedene Arten von Waren mit denselben Fahrzeugen befördert werden (ii)<sup>68</sup>. Lediglich zu Punkt (ii) gibt die Kommission folgendes Beispiel:

„So können Verbundvorteile erzielt werden, wenn ein Hersteller von Tiefkühlpizza und ein Hersteller von Tiefkühlgemüse ihre Produkte gemeinsam vertreiben. Beide Produktgruppen müssen in Kühlfahrzeugen befördert werden, und es besteht die Wahrscheinlichkeit, dass es erhebliche Überschneidungen bei den Kunden gibt. Durch die Zusammenlegung ihrer Aktivitäten können beide Hersteller ihre Vertriebskosten pro Einheit senken.“

Zu bemängeln ist hier wie schon zuvor zu den economies of scale<sup>69</sup>, dass die Ausführungen der Kommission nicht hinreichend deutlich werden lassen, wann economies of scope bei wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen zu berücksichtigungswürdigen Effizienzgewinnen führen können. Der Kommission ist zwar zweifelsohne bei der zuvor genannten Beurteilung der Zusammenarbeit der beiden Hersteller von Tiefkühlprodukten zu folgen, wonach durch den gemeinsamen Vertrieb Vertriebskostensenkungen erreicht werden können. Zum einen bleibt dies aber das einzige Beispiel, dass die Kommission hierzu aufführt, zum anderen handelt es sich nicht wirklich um eine Vereinbarung, der der Verfasser einen wettbewerbsbeschränkenden Charakter entnehmen kann, geschweige denn einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV erkennen kann. So, wie die Kommission das Beispiel

---

<sup>67</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 67.

<sup>68</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 67.

<sup>69</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 67.

bildet, erscheint es, als hätten die Vereinbarungspartner lediglich ihre unternehmensinternen Transportabteilungen zusammengelegt. Voraussetzung, um überhaupt den Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV zu eröffnen, ist, dass die beiden Unternehmen Wettbewerber auf dem Transportmarkt sind. Infrage kommen hier theoretisch zwei sachlich relevante Märkte: der Angebotsmarkt für Transportleistungen von Tiefkühlprodukten (i) und der Nachfragemarkt für den Transport von Tiefkühlprodukten (ii). Ein Wettbewerbsverhältnis auf Markt (i) kann aber von vornherein verworfen werden, da es als abseitig erscheint, anzunehmen, die Vereinbarungspartner würden gesondert von ihrer eigentlichen Herstellungstätigkeit auch noch Transportleistungen für Tiefkühlprodukte anbieten (tatsächlicher Wettbewerb), bzw. würden in der Lage sein und vor allem ernsthaft erwägen, gesonderte Transportleistungen in Zukunft anzubieten (potenzieller Wettbewerb). Aber auch ein jedenfalls potenzielles Wettbewerbsverhältnis der Vereinbarungspartner auf Markt (ii) ist als abwegig zu verwerfen. Es ist nämlich kaum anzunehmen, dass der Transport der Tiefkühlprodukte vom Werk zu den Geschäften durch externe Anbieter von Transportleistungen für Tiefkühlprodukte erfolgt, sondern vielmehr eine Leistung ist, die von den jeweiligen Unternehmen selbst vorgenommen wird. Für den Fall, dass der Kommission eine Fallgestaltung vorschwebt, bei der es tatsächlich eine gemeinsame Nachfrage nach den erwähnten Transportleistungen geben sollte, hilft das von der Kommission gebildete Beispiel nicht weiter. Es wird nicht hinreichend deutlich, wo die Spürbarkeit etc. einer etwaigen Wettbewerbsbeschränkung liegen sollte. Interessant wäre im Übrigen auch ein Verweis darauf, in welcher Konstellation die Kommission einen Effizienzgewinn annimmt und unter welchen Voraussetzungen sie davon ausgeht, dass es zu einer Weitergabe in Form einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher kommen kann und wird. Auch wenn solche Ausführungen streng genommen dogmatisch noch nicht bei den Ausführungen der Leitlinien zu den Effizienzgewinnen Platz haben, so greift die Kommission solche an das konkret genannte Beispiel anknüpfende Gedanken auch an anderer Stelle in den Leitlinien nicht mehr auf. Dadurch verpasst sie die Gelegenheit, dem Rechtsanwender eine wirkliche Leitlinie an die Hand zu geben.

#### **(5) Rationalisierung der Produktion etc.**

Als Kosteneinsparungen zu berücksichtigende Effizienzgewinne sollen nach Auffassung der Kommission noch durch solche Vereinbarung ermöglicht werden, die Verbesserungen bei der Planung der Produktion, Verringerung der Kosten von Lagerhaltung und Verbesserungen bei

der Kapazitätsauslastung bzw. generell eine Rationalisierung der Produktion der Partner in ihren verschiedenen Werken bewirken.<sup>70</sup>

Durch diese Ausführungen schafft die Kommission quasi eine Generalklausel für die Berücksichtigung betriebswirtschaftlicher Rationalisierung als Effizienzgewinnen in Form von Kosteneinsparungen. Damit ist den Unternehmen als potenziellen Vereinbarungspartnern nur vermeintlich geholfen. Denn was sich auf den ersten Blick als sehr großzügige Auslegung der ersten Freistellungsvoraussetzung durch die Kommission ausnimmt, stellt sich auf den zweiten Blick als letztlich wertloser Auslegungsversuch des Art. 101 Abs. 3 AEUV dar. Es stellt keinen Erkenntnisgewinn besondere Güte dar, dass durch Rationalisierung Kosten gespart werden können. Die Frage, die aus kartellrechtlicher Sicht einzig interessant ist, ist doch folgende: Unter welchen Voraussetzungen können Kosteneinsparungen in Folge von zwischenbetrieblicher Rationalisierung einen Effizienzgewinn im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV darstellen? Die Beantwortung dieser nicht einfachen Frage, bleibt die Kommission in den Leitlinien schuldig.

### **bb. Qualitative Effizienzgewinne**

Die Kommission sieht die möglichen qualitativen Effizienzgewinne gegenüber den Effizienzen in Form von Kosteneinsparungen als gleichwertig an.<sup>71</sup> So können laut Kommission qualitative Effizienzgewinne dergestalt auftreten, dass Verbesserungen bei Waren und Dienstleistungen ohne eine Vereinbarung entweder gar nicht (i), später (ii) oder aber nur zu höheren Kosten (iii) erreicht worden wären.<sup>72</sup> Paradigma solcher Fallgestaltungen sind gemäß den Leitlinien Vereinbarungen aus dem Bereich der FuE.<sup>73</sup>

„Die Unternehmen A und B gründen ein Gemeinschaftsunternehmen für die Entwicklung und, falls erfolgreich, gemeinsame Herstellung eines Reifens mit verschiedenen Luftkammern. Bei dieser Art Reifen beeinträchtigt ein Loch in einer Kammer nicht die übrigen Reifenkammern, so dass bei einer Panne nicht das Risiko besteht, das der gesamte Reifen ausfällt. Der Reifen ist somit sicherer als der herkömmliche Reifentyp. Außerdem muss der Reifen bei einer Panne nicht sofort gewechselt werden und somit muss auch kein Ersatzreifen mitgeführt werden. Beide Arten von Effizienzgewinnen sind objektive Vorteile im Sinne der ersten Bedingung von Artikel 81 Absatz 3.“

Der Kommission zuzugeben, dass die drei Fälle, die sie hier aufzählt, so wie sie in den Leitlinien sind, tatsächlich zu Effizienzgewinnen führen. Es sollte allerdings bedacht werden, dass hier der *Teufel* - wie so oft - *im Detail steckt*. Denn es lässt sich leicht behaupten, dass die Vereinbarungspartner ohne die Vereinbarung eine Produktverbesserung etc. nicht

---

<sup>70</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 68.

<sup>71</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 69.

<sup>72</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 70.

<sup>73</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 70.

vorgenommen hätten. Dies wird häufig von betriebswirtschaftlichen Gegebenheiten abhängen, die (aus Sicht der Kommission wohl oder übel) akzeptiert werden müssen, will man den Unternehmen nicht zu sehr in die ihnen ureigenen Materien hineinreden. Ähnlich wird es bei der Behauptung höherer Kosten ohne die Vereinbarung sein, da es sicherlich von Unternehmensseite einen Spielraum gibt, bei einer künftigen Vereinbarung was die Kosten angeht, einen Sachverhalt darzustellen, der die Vereinbarung als unabdingbar für die jeweilige Verbesserung erscheinen lässt. Was die Frage angeht, ob ein qualitativer Effizienzgewinn dann vorliegt, wenn die Vereinbarung zu einer schnelleren Produkteinführung führt, stellt sich die Frage, ob es nicht eine gewisse Grenze in Form einer z. B. spürbar schnelleren Produkteinführung geben muss, um die Nachprüfbarkeit zu gewährleisten. Mit anderen Worten: Soll es ausreichen, dass Vereinbarungspartner A einer FuE-Vereinbarung darlegt, ohne die Vereinbarung wäre das Produkt drei Monate später auf den Markt gekommen? Liegt hierbei schon eine darstellbare Effizienz vor? Spricht bei sehr kurzen Zeiträumen nicht ein Indiz dafür, dass hinter der Vereinbarung eigentlich ein anderer Zweck stecken muss, als eine schnellere Produkteinführung, weil bei einem so kurzen Zeitraum unterstellt werden kann, dass der Aufwand den Nutzen für die Unternehmen innerbetrieblich überwiegt und das eigentliche Ziel die Erlangung einer irgendwie gearteten Kartellrendite sein muss? Handelt es sich hier vielleicht auch nur um ein Nachweisproblem, dass an der materiellen Voraussetzung für das Vorliegen eines qualitativen Effizienzgewinns nichts ändern kann? Ist der Begriff der qualitativen Effizienz nicht vielmehr formaler in dem Sinne zu verstehen, dass drei Monate schnellerer Produkteinführung für die Verbraucher nunmal ein Vorteil sind? Und wo soll die Grenze sein, wollte man weniger formal vorgehen? Bei sechs Monaten, bei einem Jahr? Was ist, wenn die Produkteinführung zehn Monate beschleunigt wird, dafür aber noch vor dem Weihnachtsgeschäft liegt und somit die Verbraucher davor bewahrt würden, ein veraltetes Produkt zu schenken bzw. geschenkt zu bekommen? Im Übrigen ist zu beachten, dass es bei den Beispielen (i) bis (iii) zu starken Auswirkungen und Rückkopplungen mit der dritten Freistellungsvoraussetzung der Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung und damit zu systematischen Unschärfen bei der Prüfung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des Art. 101 Abs. 3 AEUV kommt.

Die Kommission sieht in der Zusammenlegung komplementärer Technologien nicht nur Potenzial für Kostensenkungen, sondern auch für die Generierung von Synergien.<sup>74</sup> Als Beispiele dienen der Kommission die Zusammenlegung von Produktionsanlagen, die zur

---

<sup>74</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 71.



Herstellung neuer bzw. verbesserter Produkte genutzt werden können oder aber die Verbreitung einer neuen bzw. verbesserten Technologie mittels Lizenzvereinbarungen.<sup>75</sup>

Beispielhaft führt die Kommission an, dass bei Vereinbarungen betreffend die gemeinsame **Produktion** qualitative Effizienzen zu erreichen seien, indem neue oder verbesserte Produkte bzw. Dienstleistungen früher in den Markt eingeführt werden oder aber zu geringeren Kosten produziert werden können (i).<sup>76</sup> Die Kommission verweist hierzu auf ein Beispiel aus dem Telekomsektor, wonach eine Kooperation dann qualitative Effizienz erzeuge, wenn sie ein zügigeres Angebot der Telekommunikationsdienstleistungen ermögliche (ii).<sup>77</sup> Aus dem Bankensektor könne hier auf ein Beispiel zurückgegriffen werden, wonach in der Verbesserung der Einrichtungen zum grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr ein qualitative Effizienz zu sehen sei (iii).<sup>78</sup>

Zudem sieht die Kommission auch die Möglichkeit von qualitativen Effizienzgewinnen im Bereich der Vertriebsvereinbarungen, ganz nach dem Motto: „Höher, schneller, weiter!“ So sollen Effizienzgewinne vorliegen, wenn ein Produkt (eine Dienstleistung) besser auf die Bedürfnisse des Verbrauchers zugeschnitten wird, es zu einer schnellen Warenauslieferung kommt bzw. die Qualitätssicherung der ganzen Vertriebskette verbessert wird.<sup>79</sup>

[Bei den qualitativen Effizienzgewinnen wird generell die Frage aufgeworfen, wie in diesem Bereich die Frage der Generierung des Effizienzgewinns abzugrenzen ist. Denn nach der herkömmlichen von der Kommission in ihren Leitlinien gebrauchten Herangehensweise wird bei dem Vorliegen eines qualitativen Effizienzgewinns die Voraussetzung der angemessenen Verbraucherbeteiligung regelmäßig leerlaufen, da die Verbraucherbeteiligung zwingende Folge der Bejahung des Effizienzgewinns ist bzw. Identität der beiden Freistellungsvoraussetzungen besteht. Dies kann aus systematischer Sicht aber nicht sein und ist ein Ergebnis, das sich rechtslogisch verbietet.]

#### **f. Abschließende Kritik der Leitlinien bezüglich des Verständnisses von Effizienzgewinnen**

Die Ausführungen der Kommission in den Leitlinien zu Art. 101 Abs. 3 AEUV sind aus Gründen inhaltlicher Konsistenz und Stringenz in zweierlei Hinsicht zu kritisieren. Zum einen sind die Ausführungen zu den Effizienzgewinnen inhaltlich aus der Logik der Leitlinien selbst

---

<sup>75</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 71.

<sup>76</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 71.

<sup>77</sup>*Kommission*, v. 19. 9. 1996, ABl. L 239/23 - ATLAS; dies. v. 19. 9. 1996, ABl. L 239/57 - PHOENIX/GlobalOne; *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 71.

<sup>78</sup>*Kommission*, v. 7. 2. 1985, ABl. L 35/43 - Einheitliche Eurocheques; *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 71.

<sup>79</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 72.

nicht stimmig. Die Kommission definiert zwei Arten von Effizienzgewinnen - Kosteneinsparungen auf der einen und qualitative Effizienzgewinne auf der anderen Seite. Wie gezeigt wurde ordnet die Kommission aber an mehreren Stellen unter Zugrundelegung ihrer eigenen Definitionen der beiden Arten von Effizienzgewinnen qualitative Effizienzgewinne den Kosteneinsparungen zu.

Zum anderen widerspricht sich die Kommission selbst, indem sie im Rahmen der Ausführungen zu den Kosteneinsparungen überall dort, wo keine eigentlich qualitativen Effizienzgewinne unter der „falschen“ Überschrift der Kosteneinsparungen laufen, betriebswirtschaftliche Verbesserungen der Vereinbarungspartner als Beispiele für Kosteneinsparungen aufführt. Solcherlei betriebswirtschaftliche Verbesserungen schließt die Kommission aber an anderer Stelle als bloß „subjektive“ Vorteile ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich der ersten Freistellungsvoraussetzung aus und bezeichnet sie als nicht berücksichtigungswürdige Verbesserungen, die nicht zu einer Einzelfreistellung taugen.<sup>80</sup>

#### **4. Angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn**

##### **a. Das systematische Verhältnis von erster und zweiter Freistellungsvoraussetzung**

Bevor auf die in den Leitlinien dargelegte Auffassung zur Auslegung der zweiten Freistellungsvoraussetzung der angemessenen Verbraucherbeteiligung eingegangen wird, müssen zunächst einige Erläuterungen zum systematischen Zusammenhang der ersten beiden Freistellungsvoraussetzungen gemacht werden. Dies ist erforderlich, weil ansonsten, auf Grund des innovativen Ansatzes der Kommission, die Unerlässlichkeit vor der Frage, ob die Verbraucher am Effizienzgewinn angemessen beteiligt werden, zu prüfen, das konsistente System der Freistellungsnorm des Art. 101 Abs. 3 AEUV in Unübersichtlichkeit zu ertrinken droht.

Zunächst gibt der Vertragstext wichtige Hinweise auf das systematische Verständnis und *Zusammenhang von Effizienzgewinnen und Verbraucherbeteiligung*. So heißt es wörtlich, dass „die Bestimmungen des Absatzes 1 [...] für nicht anwendbar erklärt werden [können] auf [...] (Vereinbarungen),

*„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, ...“.*

Mit anderen Worten muss überprüft werden, ob es zu einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher an einem generierten Effizienzgewinn kommen kann. Unstrittig ist dabei, dass,

---

<sup>80</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 49.

trotz der umgekehrten Satzstellung, zunächst festzustellen ist, ob ein Effizienzgewinn vorliegt. Dies wird nicht einmal von der Kommission in ihren Leitlinien bestritten und dürfte auf die - rechtslogische - Tatsache zurückzuführen sein, dass sich schwerlich überprüfen lässt, ob die Verbraucher an etwas beteiligt werden, dessen Vorliegen man im Vorhinein noch nicht als vorliegend festgestellt hat.

Die Frage der Unerlässlichkeit vorzuziehen und erst danach die angemessene Verbraucherbeteiligung zu prüfen, bringt keinen Vorteil. Im Gegenteil wird dadurch zum einen - ohne Not - gegen die Vorgabe des Vertragstextes verstoßen, wonach - im Übrigen auch optisch abgesetzt - zwei positive (Effizienz; Verbraucherbeteiligung) und zwei negative (Unerlässlichkeit; kein Ausschluss von Wettbewerb) Voraussetzungen zu prüfen sind.

Durch das Vorziehen der Prüfung, ob die Wettbewerbsbeschränkung für die Generierung der Effizienz erlässlich ist, wird der Blick auf den Zusammenhang von Effizienzgewinn und Verbraucherbeteiligung verstellt. Es wird noch gezeigt werden, dass leider häufig durch die unsaubere Trennung der ersten beiden Freistellungsvoraussetzungen, deren Inhalte vermischt wurden, wodurch es zu inkonsistenten Ergebnissen kommen kann. Die Gefahr, solche Prüfungsergebnisse zu **erzeugen** erhöht sich durch die Prüfung der Unerlässlichkeit direkt nach der Feststellung des Vorliegens von Effizienzgewinnen.

Die Schwierigkeit der systematischen Auslegung der ersten beiden Freistellungsvoraussetzungen lässt sich dadurch erklären, dass man zum einen dem Versuch erliegen kann, die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV isoliert zu betrachten. Eine isolierte Betrachtung von Effizienzgewinn und Verbraucherbeteiligung führt allerdings schwerlich zum Ziel. Die isolierte Betrachtung kann zu leicht zu der Einschätzung führen, dass entweder die eine oder die andere Voraussetzung eigentlich überflüssig sei, weil ihre Funktion schon von der anderen abgedeckt werde. Wenn man sich z.B. zu sehr von der Begrifflichkeit „Effizienzgewinn“ leiten lässt, so gereicht der Begriff „Gewinn“ ungewollt zum Synonym der angemessenen Verbraucherbeteiligung.

Dass es auch häufig in der Entscheidungspraxis von Kommission, EuG und EuGH bzw. in den Auslegungsversuchen in der Literatur zu solchen Missverständnissen gekommen ist, liegt im Wesentlichen darin begründet, dass man sich über die Berücksichtigungsfähigkeit rein betriebswirtschaftlicher Verbesserungen als Effizienzgewinne nicht im Klaren war (i) und die systematische Auslegung der beiden Voraussetzungen vernachlässigt wurde (ii).

#### **aa. Die Berücksichtigungsfähigkeit rein betriebswirtschaftlicher Gewinne der Vereinbarungspartner**

Die Kommission macht es noch in ihren Leitlinien zur Auslegung des Art. 101 Abs. 3 AEUV selbst zu ihrer Position, dass rein subjektive Verbesserungen der Vereinbarungspartner nicht zur Berücksichtigung als Effizienzgewinn taugen.<sup>81</sup> Hierbei verkennt die Kommission schon im Ansatz, dass z.B. die nachgerade zu als klassisch zu bezeichnende Fallgruppe der Rationalisierungsvereinbarungen als Unterfall der Effizienzgewinne nur dadurch zu erklären ist, dass man rein subjektive (**m.a.W.** betriebswirtschaftliche) Gewinne der Vereinbarungspartner unter die erste Freistellungsvoraussetzung subsumiert.

Der (jedenfalls verbale) Versuch, rein betriebswirtschaftliche Verbesserungen der Vereinbarungspartner aus dem Anwendungsbereich der ersten Freistellungsvoraussetzung auszuschließen, rührt daher, dass man solche Vereinbarungen, von denen tatsächlich nur die Vereinbarungspartner profitieren, nicht freistellen möchte. Dieses Anliegen ist sicherlich richtig: Vereinbarungen, bei denen es den Vereinbarungspartnern schlicht darum geht, ihre Kartellrendite abzuschöpfen, können und sollen nicht freigestellt werden. Damit sind aber in erster Linie die Hardcore-Kartelle gemeint. Bei diesen Vereinbarungen kann es aus einem ganz einfachen Grund nicht zu einer Freistellung kommen: An dem (Kartell-)Gewinn werden die Verbraucher überhaupt nicht (ganz zu schweigen von „Angemessenheit“) beteiligt. Mithin ist der neuralgische Punkt für ihre Nichtfreistellbarkeit die zweite und nicht die erste Freistellungsvoraussetzung.

Der Versuch, rein betriebswirtschaftliche Gewinne der Vereinbarungspartner nicht mittels der ersten Freistellungsvoraussetzung zu berücksichtigen, geht vielmehr vom Ansatz her schon fehl. Es sind gerade die betriebswirtschaftlichen - ja rein subjektiven - Vorteile, die mittels des Begriffs der „*Effizienzgewinne*“ erfasst werden können. Die Versuche, schon im Rahmen der ersten Freistellungsvoraussetzung bloß volkswirtschaftliche Gewinne zu erfassen, geht fehl. Dies bringt uns zum nächsten Punkt.

#### **bb. Unzulässige Vernachlässigung der systematischen Auslegung der ersten beiden Freistellungsvoraussetzungen**

Dem Versuch, den Begriff des Effizienzgewinns im Sinne eines Wohlfahrtsgewinns - verstanden als volkswirtschaftlicher Mehrwert - zu verstehen, kann nicht zum Erfolg einer stimmigen Auslegung des Art. 101 Abs. 3 AEUV führen. Es ist einzig und allein die Aufgabe der ersten Freistellungsvoraussetzung, zu ermitteln, ob die Vereinbarungspartner überhaupt einen *betriebswirtschaftlichen* Vorteil erzeugen. Bejahendenfalls ist es Aufgabe der zweiten

---

<sup>81</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 49.

Freistellungsvoraussetzung der angemessenen Verbraucherbeteiligung, zu überprüfen, ob mit einer Weitergabe an die Verbraucher zu rechnen ist, mithin die Konsumentenwohlfahrt in Folge der Vereinbarung gesteigert wird.

Es können daher mit der ersten Freistellungsvoraussetzung in erster Linie betriebswirtschaftliche Gewinne gewürdigt werden. Ob diese sich auch im Sinne eines volkswirtschaftlichen Mehrwerts zum Wohle der Verbraucher auswirken, ist eine Frage der zweiten Freistellungsvoraussetzung und tatbestandlich durch Beantwortung der Frage nach einer angemessenen Verbraucherbeteiligung abhängig.

## **b. Die Auslegung durch die Kommission in den Leitlinien**

### **aa. Allgemeine Anmerkungen**

Die Kommission folgt in ihren Leitlinien dem in ihrer Entscheidungspraxis geprägten und auch von EuG und EuGH stets bestätigten (auf den ersten Blick sehr weiten) Verbraucherbegriff. Danach können von Unternehmen bis zum Endverbraucher all jene Verbraucher im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV sein, die „*Kunden der Vertragsparteien*“ sind bzw. „*spätere Käufer der Produkte*“.<sup>82</sup> Die Kommission sieht dann eine „*angemessene*“ Beteiligung der Verbraucher als gegeben an, wenn es jedenfalls zu einem Ausgleich der negativen Wirkung(en) der Vereinbarung kommt, mithin die Wettbewerbsbeschränkung „neutralisiert“ wird.<sup>83</sup> Entscheidend soll dabei sein, dass jene Folgen der Vereinbarung ausgeglichen werden, die sich auf die Verbraucher negativ auswirken.<sup>84</sup> Daraus ergibt sich auch, dass der Ausgleich nur auf dem jeweils relevanten Markt erfolgen kann.<sup>85</sup> Diese Aussage soll nach Auffassung der Kommission aber nicht in dieser Absolutheit gelten, sondern lediglich grundsätzlich.<sup>86</sup> Eine Ausnahme soll demnach dann gelten, wenn zwei Märkte miteinander verknüpft sind und von Einschränkung sowie Effizienzgewinn „im Wesentlichen die gleiche Verbrauchergruppe“ betroffen ist.<sup>87</sup> Beispielhaft führt die Kommission hier die Situation bei Bezugsverpflichtungen an, wonach „*nur die Verbraucher in nachgeordneten Märkten betroffen*“ sind, sodass „*die Auswirkungen der Vereinbarung auf diese Verbraucher zu bewerten sind*“<sup>88</sup>. Es bleibt hier leider zu bemängeln, dass es sich bei

---

<sup>82</sup>Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 84.

<sup>83</sup>Die Kommission verweist hierfür auf das Urteil des EuGH in Sachen Grundig/Consten, vgl. Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 85 mit Verweis auf Fußnote 80.

<sup>84</sup>Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 85.

<sup>85</sup>Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 43.

<sup>86</sup>Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 85.

<sup>87</sup>Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 43.

<sup>88</sup>Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 43.

diesem Beispiel nicht um eine Konstellation handelt, bei der Einschränkung und Effizienz auf verschiedenen relevanten Märkten stattfinden. Im Rahmen der Prüfung von Art. 101 Abs. 3 AEUV reicht es für die Bejahung des Vorliegens einer Wettbewerbsbeschränkung nicht aus, dass es zu einer Beschränkung der Handlungsfreiheit mindestens eines Vereinbarungspartners kommt. Es ist vielmehr erforderlich, dass es zu spürbaren negativen Auswirkungen auf dem relevanten Markt kommt. In diesem Zusammenhang muss dann schon auf die genannten Verbraucher im jeweiligen Markt rekurriert werden. Liegt dort eine negative wettbewerbliche Auswirkung vor, so sind die Kunden auf diesem (und sei es auch ein nachgeordneter) Markt „*Verbraucher*“ im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV, da es gilt, die bei ihnen entstandenen Nachteile auszugleichen. Die Formulierung „*sind nur die Verbraucher in nachgeordneten Märkten*“ deutet auf ein wenig konsistentes Verständnis des Verbraucherbegriffs bei der Kommission hin. Denn wenn es so ist, dass man zur Bejahung der Wettbewerbsbeschränkung durch spürbare negative Auswirkungen bei eben jenen Abnehmern kommt, so sind diese selbstverständlich auch Adressat der Prüfung, ob es zu einer angemessenen Verbraucherbeteiligung kommt. Kurz gesagt: Das Beispiel der Situation bei Bezugsverpflichtungen taugt nicht dazu, eine Ausnahme von der Regel darzulegen, dass Wettbewerbsbeschränkung und Verbraucherbeteiligung sich spiegelbildlich auf ein und demselben relevanten Markt gegenüberzustehen haben.

Etwas verstörend im Hinblick auf die konsistente Auslegung des Verbraucherbegriffs wirkt die Äußerung der Kommission, wonach die gesamte Gesellschaft gewinne, wenn Effizienzgewinne dazu führten, dass weniger Ressourcen für die Produktion erforderlich sind (i) bzw. höherwertige Produkte hergestellt werden, wodurch es zu einer effizienteren Ressourcenallokation komme(ii)<sup>89</sup>. Es sind solche Äußerungen der Kommission, die zum einen Anlass dazu geben, davon zu sprechen, Art. 101 Abs. 3 AEUV sei kaum handhabbar, es bestehe Rechtsunsicherheit bezüglich seiner Auslegung, Ergebnisse kämen willkürlich zustande etc. Die Konsequenz der Äußerung der Kommission ist doch folgende: Die Gesellschaft wird als solche unter den Verbraucherbegriff subsumiert. Eine solche Auslegung kann von der Kommission schlechterdings kaum beabsichtigt sein. Denn diese Interpretation würde im Falle eines verwaltungsrechtlichen Vorgehens der Kommission gegen eine Vereinbarung den Vereinbarungspartnern Tür und Tor für Schutzbehauptungen öffnen. Konkret könnte bei Variante (i) im Rahmen jeder Rationalisierungsvereinbarung argumentiert

---

<sup>89</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 85.

werden, dass die Gesellschaft - verstanden als Verbraucher im Sinne der zweiten Freistellungsvoraussetzung - von der Vereinbarung profitiere, da es zu einer Einsparung von Ressourcen komme. Beim Beispiel (ii) ist unverständlich, warum die Kommission auf eine derart unscharfe Begründung für die Erfüllung der zweiten Freistellungsvoraussetzung zurückgreift, wo es doch eine wesentlich konkretere und überprüfbarere Begründung möglich ist. Nicht die Gesellschaft als Verbraucher profitiert durch eine effizientere Ressourcenallokation von der Produktion höherwertigen Produkten. Vielmehr sind es die Kunden der Vereinbarungspartner (seien es Endkunden oder Wiederverkäufer bzw. Hersteller von Endprodukten im Falle von Einsatzgütern) die angemessen an dem Effizienzgewinn teilhaben, indem sie ein verbessertes Produkt kaufen können.

Zuzustimmen ist der Kommission dabei, dass es nicht zu einer (angemessenen) Beteiligung der Verbraucher an jedem einzelnen Effizienzgewinn kommen muss.<sup>90</sup> Entscheidend ist, dass es jedenfalls zu einer Neutralisierung der negativen Auswirkungen der Vereinbarung auf die Verbraucher kommt. Eine gegenteilige Auslegung würde zu dem sinnwidrigen - weil kontraproduktiven - Ergebnis führen, dass die Vereinbarungspartner bestraft würden, die über einen Effizienzgewinn, der die Wettbewerbsnachteile der Vereinbarung ausgleicht, noch zusätzliche Verbesserungen generiert, die aber nur zum Teil weitergegeben werden.

Bei der Betrachtung der Weitergabe der Effizienzgewinne ist nach Auffassung der Kommission ein abstrakter Maßstab anzulegen.<sup>91</sup> So komme es nicht darauf an, dass der Nachweis gelingt, dass bestimmte Individuen von einem Effizienzgewinn in angemessenem Maße profitierten.<sup>92</sup> Abzustellen sei demnach auf die relevante Verbrauchergruppe als solche.<sup>93</sup> Dabei sei es unschädlich, wenn es zu einem gewissen Zeitversatz bei der Weitergabe der Verbesserungen kommt, es also einen Übergangszeitraum gibt, bei dem es nicht zu einem Ausgleich kommt.<sup>94</sup> Die Kommission verlangt den Vereinbarungspartnern aber als Gegenleistung ab, dass die Effizienzen dafür umso größer sind, um eine Kompensation für die negativen Auswirkungen im Übergangszeitraum zu leisten.<sup>95</sup> Die Kommission fordert eine Diskontierung des Wertes zukünftiger Gewinne, um gegenwärtige Verluste ausgleichen zu können.<sup>96</sup> Für den umgekehrten Fall - die Vereinbarung ermöglicht die frühzeitige Einführung eines verbesserten Produkts; die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb folgen erst

---

<sup>90</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 86.

<sup>91</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 87.

<sup>92</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 88.

<sup>93</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 88.

<sup>94</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 88.

<sup>95</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 88.

<sup>96</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 88.

noch - müssen nach Auffassung der Kommission erhebliche Effizienzgewinne in Form der beschleunigten Markteinführung vorliegen, um eine durch erhöhte Marktmacht ermöglichte Preiserhöhung der Vereinbarungspartner auszugleichen.<sup>97</sup> Dabei betont die Kommission, dass es sich bei der Prüfung der zweiten Freistellungsvoraussetzung um eine variable Skala handle, bei der ein Mehr an Beschränkung auch ein Mehr an Rechtfertigung benötige und umgekehrt, wobei die Prüfung oberflächlicher bleiben könne, wenn erhebliche Effizienzen unbedeutenden Nachteilen gegenüberstehen.<sup>98</sup> Auf der anderen Seite hebt die Kommission hervor, dass es insbesondere der Wettbewerbsdruck sei, der für eine Weitergabe von Effizienzgewinnen an Verbraucher sorgen könne, sodass im Falle von Marktmacht genau geprüft werden müsse, ob die Vereinbarung nicht vielmehr langfristige Nachteile für die Verbraucher generiert.<sup>99</sup> Für die Beurteilung, unter welchen Voraussetzungen mit einer angemessenen Beteiligung am entstehenden Gewinn zu rechnen ist, unterscheidet die Kommission in den Leitlinien zwischen Kosteneinsparungen und sonstigen Effizienzgewinnen. Im Rahmen der Ausführungen zu den sonstigen Effizienzgewinnen macht die Kommission analog zur Behandlung im Rahmen der ersten Freistellungsvoraussetzung nur Ausführungen zu qualitativen Effizienzgewinnen.

### **bb. Kosteneinsparungen**

Für die Bewertung Frage, ob Effizienzgewinne in Form von Kosteneinsparungen an die Verbraucher weitergegeben werden, sind nach Auffassung der Kommission die Merkmale und die Struktur des Marktes (i), Art und Ausmaß der Effizienzgewinne (ii), die Elastizität der Nachfrage (iii) sowie das Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung (iv) maßgeblich.<sup>100</sup> Diese Kriterien sollen grundsätzlich alle Berücksichtigung finden. Im Hinblick auf das vierte Kriterium des Ausmaßes der Wettbewerbsbeschränkung ist jedenfalls die deutsche Fassung der Leitlinien missverständlich formuliert. Dort heißt es:

*„Da Artikel 81 Absatz 3 lediglich Anwendung findet, wenn der Wettbewerb spürbar eingeschränkt wird ..., kann nicht davon ausgegangen werden, dass der noch verbleibende Wettbewerb bewirkt, dass die Verbraucher eine angemessene Beteiligung am Vorteil erhalten. Jedoch hat das Ausmaß des verbleibenden*

---

<sup>97</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 89.

<sup>98</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 90 f.

<sup>99</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 92.

<sup>100</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 96.



*Wettbewerbs im Markt und die Art des Wettbewerbs Auswirkungen auf die Wahrscheinlichkeit der angemessenen Beteiligung.*<sup>101</sup>

Ein Blick in die englische Fassung der Leitlinien erhellt das Bild allerdings. Dort heißt es:

*„All factors must normally be considered. Since Article 81(3) only applies in cases where competition on the market is being appreciably restricted ... there can be no presumption that residual competition will ensure that consumers receive a fair share of the benefits. However, the degree of competition remaining on the **market** and the nature of this competition influences the likelihood of pass-on.“*

„Presumption“ ist in diesem Zusammenhang wohl so zu verstehen, dass es keine Vermutung, sprich keine Indizwirkung, dafür gibt, dass der verbleibende Wettbewerb ausreicht, um die Vereinbarungspartner zu einer Weitergabe der Kosteneinsparungen zu zwingen. Die Bejahung der Wettbewerbsbeschränkung bei der Prüfung des Art. 101 Abs. 1 AEUV schließt also weder die Weitergabe aus, noch kann diese automatisch angenommen werden.

Somit ist die Kommission in den Leitlinien dahingehend zu verstehen, als es auf das *Ausmaß* des verbleibenden Wettbewerbs für die Bewertung der Frage ankommt, ob mit einer Weitergabe von Effizienzgewinnen in Form von Kosteneinsparungen an die jeweiligen Verbraucher zu rechnen ist.

Endgültige Gewissheit über die Auffassung der Kommission erlangt man im weiteren Verlauf der Leitlinien. Entscheidend für die Wahrscheinlichkeit der Weitergabe sollen demnach das Ausmaß und die Art des verbleibenden Wettbewerbs sein.<sup>102</sup> Dabei nimmt die Kommission an, dass die Wahrscheinlichkeit für die Weitergabe mit der Stärke des verbleibenden Wettbewerbs proportional korreliert; je stärker der Wettbewerb, desto wahrscheinlicher die Weitergabe.<sup>103</sup> An dieser Stelle wird deutlich, dass es sich bei der Frage der Weitergabe um ein flexibles System handelt. Die Kommission nimmt dabei an, dass immer dann, wenn der Wettbewerb im jeweiligen Markt in erster Linie über den Preis erfolgt und die Vereinbarungspartner gleichzeitig keinen nennenswerten Kapazitätsbeschränkungen unterworfen sind, mit einer schnellen Weitergabe der Effizienzgewinne zu rechnen sei.<sup>104</sup> Umgekehrt rechnet sie nicht mit einer zügigen Weitergabe der Gewinne, wenn der

---

<sup>101</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 96.

<sup>102</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 97.

<sup>103</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 97.

<sup>104</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 97.

Wettbewerb primär über die Kapazitäten erfolgt und die Vereinbarungspartner nur zu einer Kapazitätsanpassung mit einiger zeitlicher Verzögerung in der Lage sind.<sup>105</sup> Hier sei kurz angemerkt, dass es von besonderem Interesse wäre, zu erfahren, welche Auffassung die Kommission zu Fallgestaltungen hat, bei denen entweder zwar in erster Linie Preiswettbewerb herrscht, es aber sehr wohl nennenswerte Kapazitätsbeschränkungen für die Unternehmen gibt bzw. ein Markt vorliegt, bei dem zwar über die Kapazitäten konkurriert wird, aber eine zügige Anpassung erfolgen kann.

Ebenso rechnet die Kommission nur mit einer verzögerten Weitergabe von Kosteneinsparungen, wenn es sich um Marktstrukturen handelt, die die Kollusion fördern.<sup>106</sup> Hier sei kritisch angemerkt, dass man im Einzelfall selbstverständlich eine Entscheidung treffen muss. Eine derart schwammige Bewertung wird nicht reichen können. Wenn man also davon ausgeht, dass es (wenn auch verzögert) zu einer Weitergabe der Effizienzgewinne kommen wird, so muss man konsequenter Weise auch das Vorliegen der Voraussetzungen der angemessenen Verbraucherbeteiligung bejahen. Vielmehr spricht allerdings vieles dafür, bei Märkten, die Kollusion begünstigen, dann, wenn man die Kollusion nachweisen kann, eine Weitergabe abzulehnen. Dies würde dann allerdings bedeuten, dass die Vereinbarungspartner für eine bestimmte Marktstruktur aus zwei Gründen „bestraft“ würden. Zum einen unter dem Gesichtspunkt der Marktstärke, also mit dem Argument, dass der verbleibende Wettbewerb nicht ausreicht, um die Vereinbarungspartner zu einer Weitergabe der Effizienzgewinne an die Verbraucher zu zwingen. Zum anderen würde man den Unternehmen vorwerfen, dass die Gefahr bestünde, dass sie sich in Zukunft wahrscheinlich kollusiv verhalten würden und es deshalb nicht (nach Auffassung der Kommission verspätet) zu einer Weitergabe der Gewinne kommen werde. Damit entsteht die Situation, dass Art. 101 Abs. 3 AEUV zu einem Gefährdungstatbestand wird und die Unternehmen auf Grund einer Unterstellung der Kommission, die sich lediglich auf die wettbewerbstheoretische Einschätzung einer vorgefundenen Marktsituation stützt, nicht mit einer Einzelfreistellung rechnen dürfen. Als Beispiel für eine solche, die Kollusion begünstigende Marktlage, nennt die Kommission einen Markt mit oligopolistischer Struktur, wo es den Unternehmen möglich ist, gleichförmiges Verhalten an die Stelle von expliziten Absprachen zu setzen<sup>107</sup>. Dieses Beispiel überrascht, auch wenn es sich dabei freilich um den Klassiker zum Thema „*Gefahr von Kollusion*“ handelt. Denn es ist soweit ersichtlich unstrittig, dass die bloße Existenz von oligopolistischen

---

<sup>105</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 97.

<sup>106</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 97.

<sup>107</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 97 Fn 86.

Marktstrukturen noch nicht ausreicht, um eine Kartellvereinbarung anzunehmen, gerade weil es ja die zweite Deutungsvariante von gleichförmigem Verhalten durch die Markttransparenz gibt. Es kommt niemand ernsthaft auf die Idee, wenn es alljährlich zu Preiserhöhungen bei den Tankstellen zum Oster- und Weihnachtsgeschäft kommt, eine Kartellabsprache als bewiesen anzusehen, auch wenn freilich Presse und Kunden genau diese stets unterstellen.<sup>108</sup> Die Kartellbehörden können hier regelmäßig keine Beweise für die Annahme einer Vereinbarung finden. Also wird auch kein Verstoß nach Art. 101 Abs. 1 AEUV angenommen, nur weil man eine Vereinbarung auf Grund der Marktstruktur unterstellt. Etwas anderes darf dann aber auch nicht für die Einzelfreistellung als Spiegelbild des Verbotstatbestandes gelten. Wenn es keine stichhaltigen Anhaltspunkte für die Annahme einer Vereinbarung gibt, so darf auch eine Unterstellung nicht dazu führen, dass man im Rahmen der Rechtfertigung einer Wettbewerbsbeschränkung von dem Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV ausgeht. Der Kommission ist allerdings insoweit zuzustimmen, als sie dann von einer Weitergabe von Effizienzgewinnen in oligopolistischen Märkten ausgeht, wenn der Effizienzvorteil für die Unternehmen einen Anreiz darstellt, zum Maverick zu werden, weil sie die Weitergabe der Verbesserungen trotz zu befürchtender Vergeltungsmaßnahmen der anderen Oligopolisten lohnt.<sup>109</sup>

Kostenseitig geht die Kommission in den Leitlinien davon aus, dass die Wahrscheinlichkeit für eine Weitergabe von Effizienzgewinnen in Form von Kosteneinsparungen bei einer Senkung der variablen Kosten (wie sie z. B. durch eine Spezialisierungsvereinbarung ermöglicht wird) höher ist als bei einer Zusammenarbeit, die eine Reduzierung der Fixkosten mit sich bringt.<sup>110</sup>

Zudem legt die Kommission in den Leitlinien dar, dass die Wahrscheinlichkeit für die Weitergabe von Kosteneinsparungen mit der Elastizität der Nachfrage wächst.<sup>111</sup> Sie weist aber zugleich zu Recht darauf hin, dass auch dem Element der Preisdiskriminierung Rechnung getragen werden muss.<sup>112</sup> Denn eine vergleichsweise sichere Prognose über die Weitergabe von Kosteneinsparungen lässt sich nur dort treffen, wo ein Markt mit relativ elastischer Nachfrage vorzufinden ist.<sup>113</sup> Die Kommission betont aber, dass es den Vereinbarungspartnern auf Grund der Vereinbarung aber auch möglich ist, gegenüber den

---

<sup>108</sup>Vgl. § 47a ff. GWB zu den Markttransparenzstellen für den Großhandel mit Strom und Gas und für Kraftstoffe, die insbesondere im Bereich des Kraftstoffhandels möglichen wettbewerbsrechtlich problematischen Tendenzen entgegenzutreten soll.

<sup>109</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 97.

<sup>110</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 98.

<sup>111</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 99.

<sup>112</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 97.

<sup>113</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 97.

Kunden, die vergleichsweise unelastisches Nachfrageverhalten an den Tag legen, die Preise zu erhöhen.<sup>114</sup> Mit anderen Worten ist die Elastizität der Nachfrage als Kriterium für die Bewertung der zweiten Freistellungsvoraussetzung bei den Kosteneinsparungen auf Grund der Möglichkeit der Preisdiskriminierung ambivalent zu beurteilen. In Märkten, die solch ambivalente Nachfragelastizitäten aufweisen, trifft man bei der kartellrechtlichen Bewertung auf eine komplizierte Gemengelage. Die Kommission verabsäumt es an dieser Stelle leider, Hinweise darauf zu geben, wie sie eine solche Sachverhaltskonstellation zu bewerten gedenkt. Ferner weist die Kommission darauf hin, dass Kosteneinsparungen nicht unbedingt die gesamte Kostenstruktur eines Unternehmens betreffen, also z. B. Einsparungen bei der Produktion von 6 % bei einem Anteil der Produktionskosten von 1/3 an den Kosten, auf Grund deren der Preis ermittelt wird, nur zu einer Senkung von 2 % beim Produktpreis führen - unterstellt, es kommt zu einer vollen Weitergabe.<sup>115</sup> So hilfreich und zutreffend dieser Hinweis auch ist, einzig interessant und vor allem relevant ist doch an dieser Stelle die Beantwortung der Frage, *wann* mit der Weitergabe zu rechnen ist. Eine Aussage hierzu fehlt. Abschließend macht die Kommission noch eine Aussage, deren Einordnung doch vergleichsweise schwer fällt. Die Kommission erinnert daran - und betont die Wichtigkeit dieser Feststellung -, dass es von hervorragender Bedeutung für die Beurteilung die Frage der angemessenen Beteiligung der Verbraucher am Gewinn ist, die Abwägung der sich gegenüberstehenden Kräfte von auf Grund erzieltm Effizienzgewinn in Form der Kosteneinsparung möglicher Preissenkung und auf Grund wettbewerbsbeschränkender Vereinbarung erhöhter Marktmacht.<sup>116</sup> Dabei handele es sich um die - oben schon erwähnte - variable Skala.<sup>117</sup> Wiederum sieht der Verfasser *inhaltlich* keine Veranlassung zum Widerspruch gegen diese Feststellungen. Allerdings verwundert der Standort der Aussage. Abschließend mit einem solchen Resümee zu enden, wo man doch gerade recht konkret die Maßstäbe für die Bewertung der Frage nach der Weitergabe von Effizienzgewinnen in Form von Kosteneinsparungen dargelegt hat, überrascht. Die Aussage ist letztlich als Rückschritt hinter die bisher erreichten Ergebnisse zu werten. Denn wo die Ausführungen der Kommission (endlich) konkret wurden und der Rechtssuchende sich tatsächlich angeleitet fühlen konnte, folgt nun die Verunsicherung. In welchem Verhältnis stehen die vorangehenden Ausführungen zu dem (leider wieder) schwammigen Resümee? Letztlich muss man zu Gunsten der Kommission wohl von einem verunglückten Versuch ausgehen, die

---

<sup>114</sup>Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 97.

<sup>115</sup>Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 100.

<sup>116</sup>Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 101.

<sup>117</sup>Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 101.

Klammer, die am Anfang des Abschnitts zur Weitergabe der Kosteneinsparungen an die Verbraucher geöffnet wurde, zu schließen.

### **bb. Qualitative Effizienzgewinne**

Ebenso wie die angemessene Verbraucherbeteiligung an Kosteneinsparungen wird auch die Frage der Weitergabe von qualitativen Effizienzgewinnen von der Kommission gesondert behandelt. Dabei sind zwei Aussagen der Kommission von besonderer Bedeutung. Zum einen bestätigt die Kommission die Auffassung des Verfassers, wonach mit der Prüfung des Vorliegens eines Effizienzgewinns in Form qualitativer Verbesserungen - also namentlich neuer bzw. verbesserter Produkte (und man muss hinzufügen: Dienstleistungen) - die Prüfung der angemessenen Verbraucherbeteiligung eigentlich schon vorweggenommen ist bzw. das Ergebnis in jedem Fall gleichläuft, im Mindestmaß aber jedenfalls präjudiziert ist.<sup>118</sup> Die Kommission hält es hier auch noch einmal für nötig, auf die Pflicht der Vereinbarungspartner zur Substantiierung der behaupteten Effizienzgewinne hinzuweisen.<sup>119</sup> Hervorgehoben werden muss aber die zweite wichtige Aussage zur Weitergabe qualitativer Effizienzgewinne: Die Kommission ist der Auffassung, dass die angemessene Beteiligung der Verbraucher an einem qualitativen Effizienzgewinn nur durch eine Gesamtabwägung dergestalt überprüft werden kann, dass man die Beteiligung der Verbraucher (z. B. durch ein verbessertes Produkt) den Nachteilen die die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung für die Verbraucher mit sich bringt, gegenüber stellt.<sup>120</sup> Dabei ist nach in den Leitlinien zum Ausdruck kommenden Auffassung der Kommission insbesondere zu prüfen, ob das verbesserte Produkt für die Verbraucher einen echten Mehrwert darstellt, wobei insbesondere zu berücksichtigen sei, in welchem Verhältnis die Verbesserung zu einer Preisstabilisierung bzw. -erhöhung stehe.<sup>121</sup> Zwar geht die Kommission im Regelfall davon aus, dass es zu einer Wohlfahrtssteigerung für die Verbraucher kommt, die Verbesserung also schwerer wiegt als die negativen Auswirkungen z. B. einer Preiserhöhung.<sup>122</sup> Auf Grund der Substantiierungspflicht der Vereinbarungspartner führt die Auffassung der Kommission jedoch zu der Situation, dass die Unternehmen ihre Preispolitik rechtfertigen müssen und davon die Bewertung, ob freigestellt werden kann oder nicht, abhängt.

---

<sup>118</sup> Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 102.

<sup>119</sup> Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 103.

<sup>120</sup> Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 104. In diesem Zusammenhang muss darauf hingewiesen werden, dass die Kommission durch diese Aussage vom oben Prinzip des Zusammenfallens der Prüfung von erster und zweiter Freistellungsvoraussetzung bei qualitativen Effizienzgewinnen konterkariert wird.

<sup>121</sup> Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 104.

<sup>122</sup> Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 104.

## 5. Die Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

Die dritte Freistellungsvoraussetzung ist gemäß den Leitlinien im Rahmen einer zweistufigen Vernünftigkeitprüfung vorzunehmen. Danach ist zum einen zu prüfen, ob die Vereinbarung als solche für die Generierung der Effizienzgewinne „vernünftigerweise“ notwendig ist und zum anderen ob jede der Wettbewerbsbeschränkungen „vernünftigerweise“ für das Erreichen der Effizienzgewinne erforderlich sind.<sup>123</sup> Dabei betont die Kommission die Funktion der dritten Freistellungsvoraussetzung. Diese ist demnach nicht darin zu überprüfen, ob die Vereinbarung auch ohne die Wettbewerbsbeschränkungen geschlossen worden wäre, sondern vielmehr darin aufzuzeigen, ob es auf Grund der Vereinbarung möglich ist, die jeweils einschlägigen Tätigkeiten effizienter durchzuführen, mithin also die Frage, ob mit der Vereinbarung mehr Effizienzen als ohne die Vereinbarung generiert werden.<sup>124</sup>

### a. Unerlässlichkeit der Vereinbarung als solcher für die Generierung der Effizienzgewinne

Die Kommission präzisiert diese Aussage dankenswerter Weise dahingehend, dass es darauf ankommt, zu ermitteln, ob es keine weniger wettbewerbsbeschränkende Alternative zu der jeweiligen Vereinbarung gibt, die die gleichen Effizienzen hervorbringen könnte.<sup>125</sup> Hierbei ist freilich - so betont es auch die Kommission - ein Maßstab anzulegen, der die realistischen Marktgegebenheiten berücksichtigt. Lediglich abstrakt theoretisch denkbare Handlungsalternativen haben außer Betracht zu bleiben. Konkret bezogen auf das Unerlässlichkeitskriterium verlangt die Kommission von den Unternehmen eine Substantiierung der Notwendigkeit der Zusammenarbeit der Vereinbarungspartner zur Erreichung der jeweiligen Effizienzgewinne.<sup>126</sup> Dies hat nach Auffassung der Kommission in der Form zu erfolgen, dass die Vereinbarungspartner z. B. bei behaupteten Effizienzgewinnen in Form von economies of scale darlegen müssen, dass sie selbst nicht die kritische Mindestgröße aufweisen, die im relevanten Markt zur Generierung derselben notwendig ist.<sup>127</sup> Darüber hinaus sind danach die Vereinbarungspartner dazu verpflichtet aufzuzeigen, dass es ihnen nicht durch internes Unternehmenswachstum bzw. preispolitische Maßnahmen möglich gewesen wäre, dieselben Vorteile alleine zu erreichen.<sup>128</sup>

---

<sup>123</sup> Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 73.

<sup>124</sup> Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 74.

<sup>125</sup> Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 75.

<sup>126</sup> Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 76.

<sup>127</sup> Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 76.

<sup>128</sup> Die Kommission liefert hier (a.a.O. Rn 77) ein Beispiel, das ihren Standpunkt verdeutlichen soll.

## **b. Unerlässlichkeit einer jeden Wettbewerbsbeschränkung für das Erreichen der Effizienzgewinne**

In einem zweiten Schritt ist es nach Auffassung der Kommission nun nötig, dass die Vereinbarungspartner substantiiert darlegen, warum jede Wettbewerbsbeschränkung in Art und Ausmaß für die Generierung der dargelegten Effizienzgewinne notwendig ist.<sup>129</sup> Danach soll eine Wettbewerbsbeschränkung für das Erreichen der Effizienzgewinne unerlässlich sein, wenn die Verbesserungen ohne die Beschränkung jedenfalls nicht im selben Ausmaß realisiert werden würden oder aber ohne die Wettbewerbsbeschränkung die Wahrscheinlichkeit für die Generierung des Gewinns abnehmen würde.<sup>130</sup> Unter Berufung auf den EuGH meint die Kommission, dass sich die Strenge der Prüfung der dritten Freistellungsvoraussetzung an der Schwere der Wettbewerbsbeschränkung zu orientieren habe.<sup>131</sup> Wörtlich heißt es:

*„Je ausgeprägter die Wettbewerbsbeschränkungen, um so strenger fällt die Prüfung gemäß der dritten Voraussetzung aus.“<sup>132</sup>*

Die nächste Aussage der Kommission erhellt, dass mit der Strenge der Prüfung nicht etwa der Prüfungsmaßstab oder aber die an den Tag zu legenden Sorgfalt bei der Überprüfung des Vorliegens der dritten Freistellungsvoraussetzung gemeint ist, sondern schlicht gesagt werden soll: Liegt eine schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann tendenziell nicht mit einer Erfüllung der dritten Voraussetzung gerechnet werden bzw. die Voraussetzung werden nur ausnahmsweise erfüllt sein.<sup>133</sup> Die Kommission darauf hin, dass die Prüfung der Unerlässlichkeit immer auch den tatsächlich vorhandenen Marktgegebenheiten Rechnung tragen muss, um dem wirtschaftlichen Umfeld der Wettbewerbsbeschränkungen gerecht werden zu können.<sup>134</sup> Als Beispiele hierfür nennt sie die Situation, in der der Markterfolg eines Produkts ungewiss ist und es unerlässlich sein kann, bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen in die Vereinbarung aufzunehmen, um sicherzustellen, dass der Absatzmittler seine Bemühungen auch auf das nämliche Produkt konzentriert (i).<sup>135</sup> Zudem sollen Beschränkungen zur Verhinderung eines „hold-up-Problems“ im Zusammenhang mit

---

<sup>129</sup> Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 78.

<sup>130</sup> Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 79.

<sup>131</sup> Kommission a.a.O. unter Verweis auf EuGH. *Compagnie générale maritime und andere*, Slg. 2002, S. II-1011, Rdnrn. 343 bis 345.

<sup>132</sup> Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 79.

<sup>133</sup> Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 79.

<sup>134</sup> Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 80.

<sup>135</sup> Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 80.

einem sunk investment unerlässlich sein (ii).<sup>136</sup> Konkret liefert die Kommission folgendes Beispiel:

*„Wenn z.B. ein Lieferant eine erhebliche kundenspezifische Investition getätigt hat, um einen Kunden mit einem Betriebsmittel zu beliefern, ist der Lieferant an den Kunden gebunden. Um zu verhindern, dass der Kunde die Abhängigkeit ausnützt, um günstigere Bedingungen zu erlangen, kann es erforderlich werden, die Bedingung aufzuerlegen, die vertragsgegenständlichen Teile nicht von Dritten zu beziehen oder Mindestmengen der Teile beim Lieferanten zu kaufen.“<sup>137</sup>*

Die Kommission weist schließlich auch darauf hin, dass es Situationen geben kann, in denen die Wettbewerbsbeschränkungen nur für bestimmte Zeiträume unerlässlich sind.<sup>138</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Generierung von Effizienzgewinnen in bestimmten Fällen Anlaufphasen benötigt bzw. es auch erforderlich sein kann, dass die Vereinbarungspartner investieren, um die Verbesserungen zu erreichen, wobei ihnen ein angemessene Kapitalrendite zusteht.<sup>139</sup>

## **6. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs**

### **a. Die vierte Freistellungsvoraussetzung in den Leitlinien**

Die Funktion der vierten Freistellungsvoraussetzung wird von der Kommission in den Leitlinien als Schutz der Institution Wettbewerb dargestellt. Die Möglichkeit, wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zu rechtfertigen, findet demnach dort ihre Grenze, wo langfristig nur die Konkurrenz für Effizienzsteigerungen durch die Marktteilnehmer führen kann und damit gegenüber kurzfristigen Verbesserungen im Rahmen antikompetitiver Absprachen den Vorzug verdient.<sup>140</sup> Die Kommission weist darauf hin, dass der Begriff der „Ausschaltung des Wettbewerbs“ dem Gemeinschaftsrecht eigen ist und mithin keine Entsprechung in anderen Rechtsordnungen findet.<sup>141</sup> Dabei bleibt aber freilich seine systematische Stellung zu Art. 82 EG zu beachten. Unter Verweis auf die ständige Rechtsprechung des EuGH führt die Kommission aus, dass es zu keiner Freistellung einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV kommen könne, wenn die Vereinbarung gleichzeitig einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV - sprich den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung - darstellt. Auf der anderen Seite sind aber

---

<sup>136</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 80.

<sup>137</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 80.

<sup>138</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 81.

<sup>139</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 81.

<sup>140</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 105.

<sup>141</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 106.



wettbewerbsbeschränkende Absprachen marktbeherrschender Unternehmen nicht stets als Verstoß gegen Art. 102 AEUV einzuordnen. Dazu führt die Kommission folgendes Beispiel an:

*„Dies gilt z.B., wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen an einem Nicht-Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen beteiligt ist, das zwar als wettbewerbsbeschränkend eingestuft wird, aber gleichzeitig die Zusammenlegung erheblicher Vermögenswerte mit sich bringt.“*

So sehr die Aussagen zum Verhältnis des Art. 101 Abs. 3 AEUV zu Art. 102 AEUV auch im Ergebnis zu überzeugen vermögen, so stellen sie inhaltlich doch nur die halbe Wahrheit dar und können inhaltlich so nicht stehen bleiben, zumal sie auch noch nicht zum eigentlichen Kernproblem vordringen.

Zunächst ist hierzu festzustellen, dass es nicht der vierten Freistellungsvoraussetzung geschuldet ist, dass ein Verhalten, das als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des Art. 102 AEUV zu werten ist, nicht gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV freizustellen ist. Es lässt sich aus der vierten Freistellungsvoraussetzung schlicht nicht ableiten, warum Art. 102 AEUV hier einer Einzelfreistellung entgegenstehen sollte. Es sind vielmehr systematische Gesichtspunkte, die sich zum einen aus dem Kontext des AEUV ergeben und zum anderen die Natur des Art. 102 AEUV, der sich im Gegensatz zu Art. 101 AEUV an einseitiges Verhalten von Unternehmen richtet, die es nicht erlauben, dass ein gegen Art. 102 AEUV verstoßendes Verhalten nicht gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt sein kann.

Der Grund hierfür liegt in der Natur des Art. 101 AEUV, der sich mit der wettbewerbsrechtlichen Bewertung zweiseitigen Verhaltens beschäftigt, wohingegen sich Art. 102 AEUV mit der kartellrechtlichen Einordnung einseitigen Verhaltens eines Marktbeherrschers beschäftigt. Es könnte somit die Situation eintreten, dass eine Vereinbarung, an der ein marktbeherrschendes Unternehmen beteiligt ist, zwar wettbewerbsbeschränkend ist, aber grundsätzlich freigestellt werden könnte, da auch die vierte Freistellungsvoraussetzung erfüllt ist (zum Unterschied von Ausschaltung des Wettbewerbs und Marktbeherrschung sogleich), aber gleichwohl zu Konditionen erfolgt, die sich gegenüber dem Vereinbarungspartner als Missbrauch von Marktmacht darstellen.<sup>142</sup>

Im Übrigen verstellt aber die Interpretation der Kommission zur vierten Voraussetzung der Einzelfreistellung in den Leitlinien den Blick auf den eigentlichen Unterschied zwischen

---

<sup>142</sup>Kommission/Mitteilung Art. 82 EG.

Art. 101 Abs. 3 AEUV und Art. 102 AEUV. Die Ausführungen der Kommission vermitteln nämlich den Eindruck, Marktbeherrschung und Ausschaltung des Wettbewerbs seien Synonyme. Dies ist nicht der Fall, da auch der Restwettbewerb schutzwürdig ist.

Entsprechend ihrer Ausführungen zur angemessenen Verbraucherbeteiligung weist die Kommission im Hinblick auf die konkreten Anforderungen an die Ausschaltung des Wettbewerbs daraufhin, dass es für die Bewertung darauf ankommt, inwiefern der Wettbewerb schon ohne die Vereinbarung beschränkt ist.<sup>143</sup> Daher muss es zu keiner starken weiteren Beschränkung des Wettbewerbs kommen, wenn die Vereinbarung im Kontext eines ohnehin schon schwachen Konkurrenzdrucks geschlossen wird. Es handelt sich bei der vierten Freistellungsvoraussetzung folglich um eine Voraussetzung, die außerhalb des Einflussbereichs der Vereinbarungspartner liegt.

Entsprechend der Prüfung der Wettbewerbsbeschränkung im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV sind bei der Untersuchung, ob der Wettbewerb im Markt ausgeschaltet wird, tatsächliche und potenzielle Einflüsse auf den Wettbewerb durch die Vereinbarung zu untersuchen.<sup>144</sup> Dies hat nach Auffassung der Kommission in der Form zu geschehen, dass das Wechselspiel der verschiedenen im Markt vorhandenen Wettbewerbsquellen (i), des Ausmaßes des Wettbewerbsdrucks auf die Parteien (ii) sowie der Auswirkung der Vereinbarung auf das Ausmaß des Wettbewerbsdrucks (iii) untersucht wird.<sup>145</sup>

Die Kommission räumt dabei dem Marktanteilkriterium keine hervorragende Bedeutung ein<sup>146</sup>. Vielmehr seien eingehende qualitative und quantitative Untersuchungen vorzunehmen, um das wirkliche Ausmaß der Fähigkeit zur Konkurrenz durch die Wettbewerber der Vereinbarungspartner abschätzen zu können.<sup>147</sup>

Des Weiteren müssen laut Kommission die Auswirkungen der Vereinbarung auf die verschiedenen Formen des Wettbewerbs berücksichtigt werden.<sup>148</sup> Dabei soll das Vorliegen der vierten Freistellungsvoraussetzung dann nicht bejaht werden können, wenn die Vereinbarung die Ausschaltung einer der wichtigsten Wettbewerbsparameter nach sich zieht.<sup>149</sup> Als Beispiele dienen der Kommission die Ausschaltung des Preiswettbewerbs, des Innovationswettbewerbs bzw. des Wettbewerbs bei der Entwicklung neuer Produkte.<sup>150</sup> Die Auffassung der Kommission ist in diesem Punkt sicher zu begrüßen. Allerdings bleibt zu

---

<sup>143</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 107.

<sup>144</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 108.

<sup>145</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 108.

<sup>146</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 109.

<sup>147</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 109.

<sup>148</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 110.

<sup>149</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 110.

<sup>150</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 108.

beachten, dass sich bei einer Ausschaltung des Preis-, Innovations- bzw. FuE-Wettbewerbs die Frage des Vorliegens der vierten Freistellungsvoraussetzung gar nicht stellen wird. Denn es kann in einem solchen Fall nicht zu einer angemessenen Verbraucherbeteiligung an den Effizienzgewinnen kommen. Liegen qualitative Effizienzgewinne vor, so werden die Verbraucher nicht im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV angemessen an diesen beteiligt, wenn es gleichzeitig zu einem Erliegen des Preiswettbewerbs kommt. Ebenso ist nicht vorstellbar, dass es zu einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher an Kosteneinsparungen kommt, wenn gleichzeitig der Innovations- bzw. FuE-Wettbewerb ausgeschaltet wird.

Darüber hinaus meint die Kommission, dass aus dem tatsächlichen Verhalten der Vereinbarungspartner Rückschlüsse auf die Auswirkungen der Vereinbarung möglich seien.<sup>151</sup> Wenn die Parteien nämlich ein Verhalten an den Tag gelegt hätten, dass auf Marktmacht schließen lasse (Preiserhöhung nach Abschluss der Vereinbarung, die auch beibehalten wurden), so könne aus dem mangelnden Wettbewerbsdruck auf die Ausschaltung des Wettbewerbs geschlossen werden.<sup>152</sup> Diese Aussage verwundert insoweit, als damit zum einen der Unterschied von Marktbeherrschung und Ausschaltung des Wettbewerbs verwischt (i) wird und zum anderen mit einer bloßen definatorischen Tautologie gearbeitet wird (ii).

(i) Die Kommission verwendet hier zum Schluss von auf eine etwaige Ausschaltung des Wettbewerbs die Maßstäbe, die herkömmlich für die Feststellung, ob ein Unternehmen bzw. eine Unternehmensgruppe marktbeherrschend ist, verwendet wird.

(ii) Es handelt sich deshalb um eine Tautologie, eben weil hier die Definition für Marktbeherrschung auch auf die Ausschaltung des Wettbewerbs übertragen wird. Die Kommission argumentiert: Die Vereinbarungspartner legen ein auf Marktmacht hindeutendes Verhalten an den Tag - z. B. Preiserhöhungen, die von den Verbrauchern nicht konterkariert werden können -, also ist die Ausschaltung des Wettbewerbs wahrscheinlich. Das einzige was hier feststeht ist aber, dass die Vereinbarungspartner marktbeherrschend sind. Aufgabe der Kommission wäre es an dieser Stelle gewesen, darzulegen, warum ihrer Ansicht nach zusätzlich Anhaltspunkte für die Ausschaltung des Wettbewerbs vorliegen und die gebotene Abgrenzung zum Begriff der Ausschaltung des Wettbewerbs vorzunehmen.

Zuzustimmen ist der Kommission hingegen in ihrer Einschätzung, dass auch vergangenes Wettbewerbsverhalten der Vereinbarungspartner als Erkenntnisquelle dienen kann, um eine Ausschaltung des Wettbewerbs zu diagnostizieren.<sup>153</sup> Schließt Unternehmen A mit

---

<sup>151</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 111.

<sup>152</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 111.

<sup>153</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 112.

Unternehmen B, das sich in der Vergangenheit als Maverick betätigt hat, eine Vereinbarung, so ist von einer Ausschaltung des Wettbewerbs auszugehen. Allerdings bleibt hier anzumerken, dass es bei einem solchen Abkauf von Wettbewerb - je nach Einzelfall - wohl schon - wenn die Freistellung nicht schon am Vorliegen der ersten Freistellungsvoraussetzung scheitert - an der Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung für das Erreichen des Effizienzgewinns mangelt.

Interessant sind die Ausführungen der Kommission zur Bewertung von Vereinbarungen, die differenzierte Produkte zum Gegenstand haben. Die Kommission geht davon aus, dass mit dem Grad der Substituierbarkeit der Produkte die Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung steigt und sich damit (gleichzeitig) auch die Wahrscheinlichkeit für die Gefahr einer Ausschaltung des Wettbewerbs ergibt.<sup>154</sup> Diese Aussage ist so schlicht unhaltbar. Zu einer Prüfung des Art. 101 Abs. 3 AEUV und damit der vierten Freistellungsvoraussetzung der Ausschaltung des Wettbewerbs kann es überhaupt nur kommen, wenn das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung feststeht. Eine Wettbewerbsbeschränkung kann aber immer nur marktbezogen vorliegen. Denn es geht bei Art. 101 AEUV um die Untersuchung, ob Wettbewerb auf einem bestimmten relevanten Markt beschränkt wird. Im Hinblick auf die Substituierbarkeit von Produkten gilt dabei, dass (grundsätzlich<sup>155</sup>) nur solche Produkte einem sachlich relevanten Markt angehören, die austauschbar sind. Fehlt es daran, so besteht (grundsätzlich) kein Wettbewerb zwischen den Vereinbarungspartnern. Besteht kein Wettbewerb, so kann auch kein Wettbewerb beschränkt werden. Es gibt folglich nichts freizustellen.

Im Hinblick auf die Frage der Ausschaltung des Wettbewerbs ist laut Kommission auch die Frage des potenziellen Wettbewerbs durch Marktzugänger erheblich, wobei dies den Vereinbarungspartnern obliegen soll, darzulegen, dass Marktzutrittschranken ausreichend niedrig sind, sodass ein Marktzutritt so wahrscheinlich ist, dass er tatsächlich als Konkurrenzdruck von den Unternehmen wahrgenommen wird.<sup>156</sup> Relevante Bewertungskriterien für das Vorhandensein bzw. das Fehlen von Marktzutrittschranken sollen dabei sein<sup>157</sup>: der Rechtsrahmen und seine Auswirkungen auf den Eintritt eines neuen Wettbewerbers (i), Marktzutrittskosten inklusive sunk costs (ii), die effiziente Mindestgröße in der Branche (iii), die Wettbewerbsstärke potenzieller Marktzugänger (iv), die Stellung der

---

<sup>154</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 113.

<sup>155</sup>Der Einfachheit der Darstellung halber wird hier auf die Figur der Angebotsumstellungsflexibilität nicht eingegangen.

<sup>156</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 114.

<sup>157</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 115.

Käufer und ihre Fähigkeit, neuen Wettbewerbsquellen im Markt Raum zu schaffen (v), die wahrscheinliche Reaktion der im Markt etablierten Unternehmen auf versuchte Markteintritte (vi), die wirtschaftlichen Aussichten der Branche (vii) sowie das Vorhandensein bzw. das Fehlen umfangreicher Markteintritte in der Vergangenheit (viii).

Die Kommission liefert schließlich noch folgende zwei Beispiele zur Verdeutlichung ihrer Position zum Thema Ausschaltung des Wettbewerbs.<sup>158</sup>

*„Das Unternehmen A ist eine Brauerei mit einem Anteil von 70 % an dem relevanten Markt, der den Verkauf von Bier in Schank- und sonstigen Verkaufsstätten umfasst. In den vergangenen fünf Jahren hat A seinen Marktanteil von 60 % ausgehend erhöhen können. Es gibt vier weitere Wettbewerber B, C, D und E mit Marktanteilen von 10, 10, 5 und 5 %. In der jüngsten Vergangenheit sind keine Markteintritte erfolgt und die von A durchgeführten Preiserhöhungen wurden in der Regel von den Wettbewerbern nachvollzogen. A schließt Vereinbarungen mit 2ß % der Verkaufs- und Schankstätten, auf die 40 % des Mengenabsatzes entfällt, wobei sich die Abnehmer verpflichten, das Bier für einen Zeitraum von 5 Jahren ausschließlich von A zu beziehen. Die Vereinbarungen erhöhen die Kosten der Mitbewerber und verringern deren Einkünfte, die keinen Zugang zu den umsatzträchtigsten Verkaufsstätten haben. Angesichts der Marktstellung von A, die in den vergangenen Jahren gestärkt wurde, dem Fehlen von Marktzutritten und der bereits schwachen Stellung der Wettbewerber ist es wahrscheinlich, dass der Wettbewerb in diesem Markt im Sinne von Artikel 81 Absatz 3 beseitigt wird.*

*Die Reedereien A, B, C und D, deren Anteil an dem relevanten Markt zusammen mehr als 70 % beträgt, schließen eine Vereinbarung über die Koordinierung ihrer Fahrpläne und Tarife. Im Zuge der Vereinbarung erhöhen sich die Preise um zwischen 30 und 100 %. Es gibt vier weitere Anbieter, von denen der größte einen Anteil von rund 14 % an dem relevanten Markt hält. In den vergangenen Jahren ist kein Marktzutritt erfolgt und die Parteien haben nach den Preiserhöhungen nicht in spürbarer Weise Marktanteile verloren. Die vorhandenen Wettbewerber haben keine neuen Kapazitäten in spürbarem Umfang hinzugefügt, und es ist kein Marktzutritt erfolgt. In Anbetracht der Marktstellung der Parteien und des Fehlens einer wettbewerblichen Erwiderung auf ihr gemeinsames Verhalten kann man davon*

---

<sup>158</sup>Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG Rn 116.

*ausgehen, dass die Parteien keinem wirklichen Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind, und dass die Vereinbarung ihnen die Möglichkeit eröffnet, den Wettbewerb im Sinne von Artikel 81 Absatz 3 zu beseitigen.“*

## **b. Marktstrukturelle Beschränkungen der Möglichkeit zur Einzelfreistellung:**

### **Verbraucherbeteiligung und Wettbewerbsausschaltung**

Marktstrukturellen Erwägungen kommt in der Bewertung der Einzelfreistellungsmöglichkeit einer jeden Vereinbarung an zwei Stellen Bedeutung zu: bei der Frage, ob die Verbraucher angemessen am Gewinn der Vereinbarung beteiligt werden und bei der Prüfung, ob es in Folge der Vereinbarung zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs kommt.

Marktstrukturdaten spielen bei der Frage der angemessenen Verbraucherbeteiligung eine hervorgehobene Bedeutung. Denn häufig sind es marktstrukturelle Erwägungen - insbesondere Marktanteilsbetrachtungen - entscheiden über das Wohl und Wehe einer Vereinbarung dergestalt, dass sie die neuralgische Schnittstelle bei der Prüfung sind, ob eine Weitergabe der Effizienzgewinne an die Verbraucher hinreichend wahrscheinlich ist.

Bei der Prüfung der Frage, ob es zu einer kausal auf die Vereinbarung zurückzuführende Ausschaltung des Wettbewerbs kommt, sind ebenfalls Marktstrukturdaten essentiell für die Bewertung. Es sind dabei aber zwei Situationen grundlegend zu unterscheiden. Auf der einen Seite die Bewertung von Sachverhalten, bei denen es um die Weitergabe rein betriebswirtschaftlicher Effizienzgewinne geht und auf der anderen Seite solche Konstellationen, bei denen qualitative Effizienzgewinne generiert werden.

So ist es kaum denkbar, dass bei einem Fall von Kosteneinsparungen die Bewertung der Marktstrukturdaten bei zweiter und vierter Freistellungsvoraussetzung divergiert. Ist kein genügender Wettbewerbsdruck vorhanden, um die Weitergabe der Kosteneinsparungen hinreichend wahrscheinlich zu machen, so kommt es nicht mehr auf die Frage der Wettbewerbsausschaltung an. Ist der Wettbewerbsdruck so groß, dass die Vereinbarungspartner von ihren Konkurrenten gezwungen werden, die Verbraucher an den Einsparungen angemessen (durch Preissenkungen) zu beteiligen, ist es schwer vorstellbar, dass der Wettbewerb ausgeschaltet wird. Mit anderen Worten läuft die Bewertung der Marktstrukturdaten bei zweiter und vierter Freistellungsvoraussetzung - im Falle von Effizienzgewinnen in Form von Kosteneinsparungen - gleich.

Im Falle qualitativer Effizienzgewinne liegt eine völlig andere Situation vor. Im Schulfall der FuE-Kooperation, die die beschleunigte Markteinführung eines neuen bzw. verbesserten Produkts zum Gegenstand hat, werden die Verbraucher durch dessen Markteinführung direkt

(und höchstwahrscheinlich angemessen) am Gewinn beteiligt. Auf Grund der von den Partnern in Folge der Vereinbarung generierte Marktmacht, kann es dennoch zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs kommen, die sich aus der Bewertung von marktstrukturellen Daten ergibt.

## **7. Zusammenfassung**

Die Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV lässt sich demnach wie folgt zusammenfassen:

Aufgabe der ersten Voraussetzung der Einzelfreistellung ist es, festzustellen, ob Effizienzgewinne vorliegen. Es kann zwischen zwei grundsätzlichen Arten von Effizienzgewinnen unterschieden werden: Kosteneinsparungen und qualitativen Effizienzgewinnen. Kosteneinsparungen meinen damit solche der Vereinbarungspartner. Damit ist auch entschieden, dass rein betriebswirtschaftliche Verbesserungen sehr wohl Effizienzgewinne darstellen können. Im Rahmen der ersten Freistellungsvoraussetzung ist es unschädlich, wenn Einsparungen lediglich betriebswirtschaftlicher Natur sind. Denn damit ist noch nichts über die endgültige Freistellungsmöglichkeit ausgesagt. Ob es zu Wohlfahrtsgewinnen kommt, kann erst an Hand der zweiten Freistellungsvoraussetzung festgestellt werden. Es ist nicht notwendig, rein betriebswirtschaftliche Verbesserungen vom Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 3 AEUV auszuschließen, um eine Einzelfreistellung von Hardcore-Beschränkungen zu vermeiden.

Die zweite Freistellungsvoraussetzung hat zur Aufgabe, zu bestimmen, ob die festgestellten Effizienzen auch in einen Wohlfahrtsgewinn münden. Rein betriebswirtschaftliche Verbesserungen, die durch Hardcore-Beschränkungen generiert werden, können an dieser Stelle der Prüfung aus dem Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 3 AEUV ausgeschieden werden.

Mit der dritten Freistellungsvoraussetzung wird im Rahmen einer wettbewerbsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsüberprüfung festgestellt, ob es eine den Wettbewerb weniger beschränkende Variante gibt, denselben Effizienzgewinn zu generieren.

Die vierte Voraussetzung der Einzelfreistellung bildet die äußere Grenze für eine Vereinbarung. Wurde bisher festgestellt, dass eine Vereinbarung zwar den Wettbewerb beschränkt, ergab aber die Überprüfung der ersten drei Tatbestandsvoraussetzungen, dass die Vereinbarung Effizienzgewinne erzeugte, an denen die Verbraucher in ausreichendem Maße beteiligt werden und es zur Erreichung dieses Wohlfahrtsgewinns keine weniger wettbewerbsbeschränkende Alternative gibt, so darf es nicht dazu kommen, dass der Wettbewerb ausgeschaltet wird. Mit anderen Worten ist es die Auffassung des

Unionsgesetzgebers, dass kein Effizienzgewinn so überragend sein kann, dass es gerechtfertigt wäre, den Wettbewerb komplett stillzulegen. Generell gilt, dass bei Effizienzgewinnen in Form von Kosteneinsparungen die Bewertung der Marktstrukturdaten bei der zweiten und vierten Freistellungsvoraussetzung gleich laufen wird. Daher kann ein positives Verdikt im Rahmen der zweiten Freistellungsvoraussetzung bei der vierten Voraussetzung der Einzelfreistellungsvoraussetzung kaum jemals noch umgestoßen werden. Anders ist dies bei qualitativen Effizienzgewinnen. Dort spielen Marktstrukturdaten bei der zweiten Freistellungsvoraussetzung keine Rolle. Das Urteil über die jeweiligen Marktstrukturdaten im Rahmen der vierten Freistellungsvoraussetzung ist daher offen.



## **B. Problemaufriss: Neue Fragestellungen durch die VO 1/2003<sup>159</sup>?**

### **I. Reformbedarf: die VO Nr. 17/62**

Im Folgenden soll dargelegt werden, warum die Kommission Anlass für eine Reform der kartellrechtlichen Verfahrensvorschriften sah.

Ziel der Reform des EG-Kartellverfahrensrechts war nach Aussage der Kommission, sich in Erfüllung ihrer ihr durch den Vertrag zugewiesenen Pflichten<sup>160</sup> verstärkt auf schwerwiegende Kartellverstöße konzentrieren zu können und gleichzeitig den Unternehmen ein einfaches Verwaltungsverfahren zu bieten, das ihnen Rechtssicherheit zu gewährleisten vermag.<sup>161</sup> Zur Begründung verwies die Kommission hierbei auf die erhebliche Arbeitsüberlastung durch das Anmeldesystem der VO Nr. 17/62.<sup>162</sup> Insbesondere sah die Kommission für die Durchsetzung des Kartellverbots keine Notwendigkeit mehr für ein Genehmigungssystem und verwies hierzu auf gute Erfahrungen in einzelnen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft.<sup>163</sup> Auch ergebe die jahrzehntelange Erfahrung mit der Auslegung des Art. 101 AEUV ausreichende Rechtssicherheit für die Unternehmen durch eine vorhersehbare Auslegung durch die (damals noch) Gemeinschaftsorgane.<sup>164</sup> Zudem werde durch die VO Nr. 17/62 der Art. 101 AEUV in seinen Absätzen 1 und 3 künstlich aufgespalten, was dem systematischen Zusammenhang der Absätze und der bei der Beurteilung einer jeden zu untersuchenden Vereinbarung zugrunde zulegenden wirtschaftlichen Gesamtabwägung zuwiderlaufe.<sup>165</sup> Des Weiteren hafte dem Genehmigungssystem bei der Rechtsanwendung durch die geringen Personalressourcen der Kommission der Mangel an, dass Entscheidungen nicht innerhalb von für die Unternehmen angemessener Fristen erfolgen könnten.<sup>166</sup>

### **II. Die Reform: Art. 1 und 2 der VO 1/2003**

Mit Einführung der VO 1/2003 wurde das Genehmigungssystem durch ein Legalausnahmesystem abgelöst. Zentrale Regelungen sind Art. 1 und 2 der VO 1/2003.

Art. 1 der VO 1/2003 lautet:

---

<sup>159</sup>Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln (im Folgenden EG-Kartellverordnung bzw. VO Nr. 1/2003).

<sup>160</sup>Siehe hierzu insbesondere Art. 83 Abs. 2 lit. a und b EG damaliger Fassung.

<sup>161</sup>*Kommission*, Weißbuch Art. 85, 86 EG, ABl. 1999 C 132/1 (14) Rn 42.

<sup>162</sup>*Kommission*, Weißbuch Art. 85, 86 EG, ABl. 1999 C 132/1 (15) Rn 44.

<sup>163</sup>*Kommission*, Weißbuch Art. 85, 86 EG, ABl. 1999 C 132/1 (15) Rn 48.

<sup>164</sup>*Kommission*, Weißbuch Art. 85, 86 EG, ABl. 1999 C 132/1 (15) Rn 48; (16) Rn 51.

<sup>165</sup>*Kommission*, Weißbuch Art. 85, 86 EG, ABl. 1999 C 132/1 (16) Rn 49.

<sup>166</sup>*Kommission*, Weißbuch Art. 85, 86 EG, ABl. 1999 C 132/1 (17) Rn 55.

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

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

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

Art. 2 der VO 1/2003 lautet:

*„In allen einzelstaatlichen und gemeinschaftlichen Verfahren zur Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags obliegt die Beweislast für eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 81 Absatz 1 oder Artikel 82 des Vertrags der Partei oder der Behörde, die diesen Vorwurf erhebt. Die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen des Artikels 81 Absatz 3 des Vertrags vorliegen, obliegt den Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, die sich auf diese Bestimmung berufen.“*

### **III. Kritik an der Neuregelung**

Die Neuregelung des EG-Kartellverfahrensrechts ist im Vorfeld des Inkrafttretens der einschlägigen Regelungen zum Teil heftig kritisiert worden.

Die Kritik richtete sich dabei insbesondere gegen den hier in Rede stehenden Fragenkreis der „*Einzelfreistellung*“<sup>167</sup>.

Zum Teil gingen die Befürchtungen, dass durch diesen Systemwechsel zur Legalausnahme hin Art. 101 Abs. 3 AEUV für die Unternehmen nicht mehr handhabbar sei, sogar soweit, die EU-Kartellverordnung für unionsrechtswidrig zu halten.<sup>168</sup>

---

<sup>167</sup>Der Begriff „*Einzelfreistellung*“ ist der alten Dogmatik unter Geltung der VO Nr. 17/62 entnommen und passt für das Recht nach der VO 1/2003 genau genommen nicht mehr, so dass er hier nur in An- und Abführung gebraucht wird. Wenn hier und im Folgenden von „(Einzel-) Freistellung“ die Rede ist und seien wird, so ist damit nicht die behördliche Einzelfallentscheidung im Sinne der VONr. 17/62, sondern vielmehr die Tatsache der Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV gemeint. Der Begriff wird aus Gründen sprachlicher Einfachheit und nicht aus einer dogmatischen Verhaftung mit dem „alten“ System gebraucht.

<sup>168</sup>*Deringer* EuZW 2000, 5 ff.; *Fikentscher* WuW 2001, 446 ff.; *Möschel* JZ 2000, 61 ff.; *Mestmäcker* EuZW 1999, 523 ff.; *ders.* EBOR 2000, 401ff.; *ders./Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 13 Rn 10ff; *Monopol Kommission*, Sondergutachten XXVIII, 1999, 14 ff.; *Der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft*, Gutachten 2000, Rn 7.

Gespeist wurde diese Auffassung zum einen durch den Wortlaut des Art. 101 Abs. 3 AEUV „...können für nicht anwendbar erklärt werden...“, zum anderen aber vor allem durch die vorherrschende materiellrechtliche Einordnung der Vorschrift als Verbot (Art. 101 Abs. 3 AEUV) mit Erlaubnisvorbehalt (Art. 101 Abs. 3 AEUV).<sup>169</sup>

Allerdings sprechen ebenso gute Gründe dafür, dem Dogma der Unionsrechtswidrigkeit nicht zu folgen und die EU-Kartellverordnung für vereinbar mit Art. 101 AEUV zu halten.<sup>170</sup>

#### IV. Problemstellung der Arbeit

Im Rahmen dieser Arbeit soll aus Anlass des Übergangs vom Anmeldesystem der VO 17/62<sup>171</sup> zum Legalausnahmesystem der VO 1/2003<sup>172</sup> untersucht werden, welche Sachverhalte unter den kartellrechtlichen Freistellungstatbestand des Art. 101 Abs. 3 AEUV fallen können. Um unternehmerisch Handeln zu können, ist ein gewisses Maß an verlässlicher Zukunftsplanung unabdingbar. Dem Unternehmer können zwar nicht die natürlichen Risiken jeder Teilnahme am freien Markt genommen werden. Dort, wo der Staat - bzw. vorliegend die Union - durch gesetzliche Vorschriften regelnd eingreift, ist der Bereich des „freiwilligen“ Risikos zu Ende. Mit anderen Worten: Der Staat ist in der Verantwortung, Rechtssicherheit für die Unternehmen zu schaffen. Unter Geltung des Anmeldesystems der VO Nr. 17/62 hatten die Unternehmen diese Rechtssicherheit - um den Preis einer behördlichen Vorabprüfung unternehmerischen Handelns. Im Legalausnahmesystem der VO 1/2003 sind die Unternehmen darauf angewiesen, selbst einzuschätzen, ob eine Vereinbarung unter das Kartellverbot fällt und bejahendenfalls die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind. Diese ex ante-Beurteilung wird ihnen nun nicht mehr von der Kommission abgenommen. Fraglich ist nun, ob mit diesem Systemwechsel automatisch der Wegfall von Rechtssicherheit - wie von einigen behauptet - einhergeht.

Ein Wegfall an Rechtssicherheit wird teilweise mit Hinweis auf die Fülle von unbestimmten Rechtsbegriffen in Art. 101 Abs. 3 AEUV angeführt.<sup>173</sup> Die Kommission trat dem mit Hinweis auf ihre Entscheidungspraxis und Veröffentlichungen entgegen.<sup>174</sup>

---

<sup>169</sup>Hiergegen wendete sich die Kommission, indem sie mit Verweis auf die Beratungen vor Einführung des damaligen Art. 85 Abs. 3 EG argumentierte, der Wortlaut lasse sowohl ein Genehmigungs- als auch ein Legalausnahmesystem zu, *Kommission*, Weißbuch Art. 85, 86 EG, ABl. 1999 C 132/1 (8 Rn 12).

<sup>170</sup>Vgl. hierzu *Ehlermann* CMLRev 2000, 537 ff.; *Geiger* EuZW 2000, 165 ff.; *Schaub/Dohms* WuW 1999, 1055 ff.; *Groeben/Schwarze-Schröter*, Artikel 81 Absatz 3 Rn 268.

<sup>171</sup>Vgl. insbesondere Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 1 VO Nr. 17/62.

<sup>172</sup>Vgl. hierzu Art. 1 Abs. 1 und 2 VO Nr. 1/2003.

<sup>173</sup>Stellvertretend zur Einführung des Systemwechsels *Emmerich*, Kartellrecht, 9. Aufl., § 37 Kap. 12a), S. 422.

<sup>174</sup>Vgl. *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 C 101/97 Rn 3 mit Verweis auf *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 ff.; *dies.*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 ff.; *dies.*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 ff.

Rechtsunsicherheit kann aber nur dann bestehen, wenn ex ante nicht verlässlich ermittelt werden kann, welche Konstellationen von Art. 101 Abs. 3 AEUV erfasst werden. Daher soll der Freistellungstatbestand im weiteren Verlauf der Arbeit fallgruppenartig erfasst werden, um einschlägige von nicht einschlägigen Sachverhalten zu trennen. Zu diesem Zweck sollen negative und positive Fallgruppen gebildet werden. Die negativen Fallgruppen werden aus solchen Sachverhalten bestehen, die entweder schon durch eine Gruppenfreistellungsverordnung freigestellt sind oder von vornherein<sup>175</sup> nicht für eine Freistellung in Frage kommen können.<sup>176</sup> Im Anschluss an diese Untersuchung werden positive Fallgruppen gebildet werden, die diejenigen Sachverhalte erfassen sollen, die nach der negativen Fallgruppenbildung für den „*puren*“<sup>177</sup> Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 3 AEUV noch übrig<sup>178</sup> sind. Hierbei soll auch ermittelt werden, ob es für die Beurteilung dieser Konstellationen verlässliche Maßstäbe gibt, die eine Selbsteinschätzung durch die Unternehmen ermöglichen – insbesondere durch die Kommission selbst, in Form von direkten bzw. indirekten Vorgaben aus Bekanntmachungen, Leitlinien und Gruppenfreistellungsverordnungen.<sup>179</sup> Die Kommission selbst geht ausweislich dieser Äußerungen davon aus, eine Selbsteinschätzung sei den Marktteilnehmern problemlos möglich. Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es, das dogmatische Fundament dafür freizulegen, um tatsächlich die Eckpfeiler in den Freistellungstatbestand zu schlagen, die verdeutlichen, dass es heute mehr denn je möglich ist, für die Vielzahl denkbarer Vereinbarungen einzuschätzen, ob die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind; oder eben nicht.

---

<sup>175</sup>Hierbei wird insbesondere die Frage zu untersuchen sein, ob es tatsächlich, entgegen der grundsätzlichen Aussage, dass kein Sachverhalt sich der Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV von vornherein verschließe (vgl. statt vieler *Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht*, Rn 1784), die Möglichkeit gibt, a priori bestimmte Fallkonstellationen von seinem Anwendungsbereich auszunehmen.

<sup>176</sup>Hierher gehören die Hardcore-Kartelle, die sich auch als „Kernbeschränkungen“ in den Gruppenfreistellungsverordnungen wieder finden [siehe hierzu zum Zeitpunkt der Einführung der Legalausnahme z. B. den Katalog in Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen vom 22.12. 1999, ABl. Nr. L 336/21 (im Folgenden Schirm-GVO)] und die klassischen Kartellfälle darstellen, vgl. in diesen Sinne *Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 229.

<sup>177</sup>Mit „*pur*er“ Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV ist die Situation gemeint, dass eine Vereinbarung, ein Beschluss oder eine abgestimmte Verhaltensweise (im Folgenden pars pro toto Vereinbarung[en]) freigestellt ist, weil sie dessen Voraussetzungen erfüllt. Den Gegensatz hierzu bilden die Fälle bei denen eine Vereinbarung nach einer Gruppenfreistellungsverordnung über die Brückennorm des Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt ist.

<sup>178</sup>So sah z. B. Emmerich zum Zeitpunkt der Einführung des Legalausnahmesystems von den Gruppenfreistellungsverordnungen sogar „bald den ganzen Markt abgedeckt“, *Dausen/Handbuch-Emmerich*, H. I § 1 Rn 185, Stand: Mai 2004..

<sup>179</sup>Vgl. zu dieser Vorgehensweise auch die *Kommission*, Bekanntmachung über informelle Beratung, ABl. 2004 C 101/78, Rn 3, mit Hinweis auf die hervorragenden Beurteilungsmöglichkeiten der Unternehmen aufgrund besserer Sachverhaltskenntnis; vgl. auch *Kommission*, Weißbuch Art. 85, 86 EG, ABl. 1999 C 132/1 (19), Rn 69 ff.

Aus alledem ergibt sich, dass es nicht Aufgabe der Arbeit ist abzuwägen, ob die Einzelfreistellung sich auf Grund ihrer verfahrensrechtlichen Einbindung in das System der VO 1/2003 praktizieren lässt bzw. ob es aus sich der Rechtsanwender wünschenswert wäre, zum Anmeldesystem zurückzukehren. Der Verfasser hat sich nicht mehr und nicht weniger zur Aufgabe gestellt, aufzuzeigen, dass es für die Unternehmen weitestgehend möglich ist, selbst einzuschätzen, wann eine Einzelfreistellung für eine jede Vereinbarung ernsthaft in Betracht kommt und wann nicht. Diese Erkenntnis ist sowohl im aktuell herrschenden Regime der Legalausnahme von Nutzen als auch in einem Anmeldesystem. Denn es kann für die Unternehmen als dem Art. 101 Abs. 3 AEUV Unterworfenen freilich nicht daran gelegen sein, Vereinbarungen zu planen oder zu treffen, die bei einer späteren Anmeldung bei den Kommission „durchfallen“. Die materiellrechtliche Kenntnis des Freistellungstatbestands ist daher unabhängig vom gewählten verfahrensrechtlichen Regime von Bedeutung.

### C. Die Bedeutung von Wettbewerbspolitik und -theorie für die Einzelfreistellung

Nachdem soeben die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV umrissen worden sind, muss für die später erfolgende Bildung von Fallgruppen zur Auslegung der unionsrechtlichen Einzelfreistellung geklärt werden, ob die Auslegung einzelner wettbewerbsrechtlich relevanter Verhaltensweisen durch die verschiedenen wettbewerbspolitischen sowie -theoretischen Grundpositionen präjudiziert ist und wettbewerbspolitische und wettbewerbstheoretische Überlegungen bei der Auslegung von Art. 101 Abs. 3 AEUV Berücksichtigung finden müssen bzw. von Seiten des Unionsgesetzgebers gefunden haben.

Wettbewerbspolitik und -theorie können dabei für unterschiedliche der zu untersuchenden Aspekte von Bedeutung sein. Zuerst ist - auch und gerade im Hinblick darauf, dass das Genehmigungssystem vom System der Legalausnahme abgelöst worden ist - zu überprüfen, ob die vier Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV als starres Prüfungssystem zu verstehen sind, bei dem auf Grund der wettbewerbspolitischen und -theoretischen Implikationen von vornherein das Ergebnis der Bewertung einer Vereinbarung feststeht, weil Art. 101 Abs. 3 AEUV eine klare wettbewerbspolitische und -theoretische Konzeption zu Grunde liegt. Mit anderen Worten: Ist Art. 101 Abs. 3 AEUV noch für eine Einzelfallbewertung offen oder führte der Systemwechsel zur Legalausnahme dazu, dass Art. 101 Abs. 3 AEUV nur noch eine wettbewerbspolitische und -theoretische Mustervorausage zu entnehmen ist und das Ergebnis der wettbewerbsrechtlichen Überprüfung einer Vereinbarung im Wesentlichen durch das dem Art. 101 Abs. 3 AEUV zu Grunde liegende wettbewerbspolitische und -theoretische Konzept vorherbestimmt<sup>180</sup> ist.

Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass neben dem Unionsgesetzgeber auch jeder, der sich sonst mit dem Kartellrecht in Form des Art. 101 Abs. 3 AEUV auseinandersetzt, nicht von einer gewissen (wettbewerbs-)politischen Prägung frei ist<sup>181</sup>.

Virulent wird die Frage der wettbewerbspolitischen und -theoretischen Positionierung namentlich noch bei der wettbewerbsrechtlichen Frage nach dem Verhältnis von

---

<sup>180</sup>Insoweit könnte der Begriff der „Einzelfreistellung“ in die Irre führen, der nach dem Wortsinn zunächst eigentlich danach klingt, dass noch ein aktiver Schritt (einer Wettbewerbsbehörde) zu erfolgen hat (dies ist durch den Wegfall des Genehmigungssystems nicht mehr der Fall) bzw. jedenfalls - im Hinblick auf das Abstellen auf einen „Einzelfall“ - noch Entscheidungsspielraum für eine bei jeder individuellen (im Gegensatz zur Gruppenfreistellung) Vereinbarung anzustellende Erwägungen und Abwägungen besteht.

<sup>181</sup>In diese Richtung weist zu Recht auch Caspar, wenn sie bei ihrer Untersuchung der „Wettbewerblichen Gesamtwürdigung von Vereinbarungen im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EGV“ feststellt, dass „viele Anhänger der rule of reason bei der Auslegung des Art. 81 Abs. 1 EGV dem Lager der Wohlfahrtsökonomien zuzurechnen sind, während deren Gegner dem Lager der Systemtheoretiker angehören“, a. a. O. S. 41 Fn 126.

Art. 101 Abs. 1 AEUV und Art. 101 Abs. 3 AEUV, oder anders gewendet, dem Verhältnis von Verbot und Ausnahme. Liegt Art. 101 AEUV also eine bestimmte wettbewerbspolitische und -theoretische Grundkonzeption zu Grunde, die für die Auslegung des Art. 101 Abs. 3 AEUV vorherbestimmend ist? Auf die Beantwortung dieser Frage kommt es entscheidend an, wenn der für die Einzelfreistellung zur Verfügung stehende Fallgruppenkanon untersucht wird. Um hier schon ein plastisches Beispiel vorweg zu nehmen: Wenn Art. 101 AEUV ein wohlfahrtsökonomisches<sup>182</sup> Verständnis zu Grunde liegt, wird man für Art. 101 Abs. 1 AEUV im Rahmen der Prüfung des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung das Vorhandensein einer rule of reason zu postulieren haben. Ein solches Verständnis des Art. 101 Abs. 1 AEUV führt zu einer erheblichen Reduzierung des für die Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV zur Verfügung stehenden Fallmaterials.

Die Auslegung von Art. 101 Abs. 3 AEUV ist aber nicht durch das Studium von Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik zu ersetzen.

Maßgeblich für die Möglichkeit der Einzelfreistellung sind die einzelnen Voraussetzungen der Freistellungsnorm. Die Auslegung kann nicht durch davon losgelöste theoretische Konzepte ersetzt werden. Diese können nur insoweit zur Geltung gelangen, als sie in den vier Tatbestandsvoraussetzungen Niederschlag gefunden haben.

Es kann daher streng genommen nach Beantwortung der Frage, wie Art. 101 Abs. 3 AEUV auszulegen ist, beantwortet werden, ob eine der wettbewerbstheoretischen bzw. wettbewerbspolitischen Positionen dort Niederschlag gefunden hat und nicht umgekehrt.

Für die Frage der Auslegung - und nur diese interessiert im Rahmen der vorliegenden Arbeit - sind entsprechende Erwägungen daher unergiebig.

---

<sup>182</sup>Der Begriff „*wohlfahrtsökonomisch*“ ist dabei der Unterteilung bei Herdzina entlehnt. Herdzina unterteilt wettbewerbspolitische Konzeptionen in zwei übergeordnete Denkschulen: einen wohlfahrtsökonomischen und einen systemtheoretischen Ansatz. Vgl. *Herdzina*, Wettbewerbspolitik, S. 106 ff.

## **Zweiter Teil: Die Fallgruppen des Art. 101 Abs. 3 AEUV**

Nachdem soeben der allgemeine Rahmen für die Auslegung der Freistellungsnorm durch die Kommission beschrieben wurde, können nunmehr in die konkreten Fallgruppen des Art. 101 Abs. 3 AEUV dargestellt werden.

### **A. Vorspann**

Bevor mit der eigentlichen Arbeit der Fallgruppenbildung begonnen werden kann, muss hierfür eine Methodik entwickelt werden.

Im Folgenden Abschnitt wird somit herauszuarbeiten sein, welche Methode der Fallgruppenbildung zugrunde liegt.

Die Bildung von Fallgruppen dient generell der Typisierung bestimmter Fallgestaltungen. Immer dort, wo eine entsprechende Typisierung - also letztlich eine Verallgemeinerung - vorgenommen wird, steht das unter Geltung der VO 17/62 betonte Prinzip der Einzelfallprüfung in Begriff, geopfert zu werden. Letztlich ist zu konstatieren, dass zwischen dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit (durch die Typisierung von Sachverhalten für die Masse an Vereinbarungen) und dem Prinzip der Einzelfallgerechtigkeit mit der Berücksichtigung (detailreicher) Besonderheiten des Einzelfalls ein (wohl unvermeidlicher) Zielkonflikt besteht. Das Verdikt des Gerichts erster Instanz, wonach keine Vereinbarung von vornherein aus dem Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 3 AEUV ausscheiden könne<sup>183</sup>, bleibt dabei mehr oder minder „frommer Wunsch“.

Fraglich ist dabei zudem, ob sich durch die Umstellung vom Anmelde- auf das Legalausnahmesystem tatsächlich eine derart tiefgreifende Veränderung eingestellt hat, wie die Kritiker der Umstellung (zunächst) befürchtet hatten. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass auch bereits die Freistellungsentscheidung unter dem Regime der VO 17/62 immer eine Zukunftsprognose durch die Kommission voraussetzte. Bei dieser Prognoseentscheidung musste die Kommission selbstverständlich Erfahrungswerte aus der Vergangenheit einsetzen, die sie typisierte, um eine Entscheidung fällen zu können. Ohne die Berücksichtigung entsprechender Erfahrungswerte, die zwingend auf Kosten der Einzelfallgerechtigkeit erfolgt, wäre ein sinnvolles Verwaltungshandeln kaum möglich gewesen.

---

<sup>183</sup>Vgl. aus jüngerer Zeit *GeL* v. 15. 7. 1994, Rs. T-17/93 Rn 85-Matra-Hachette/Kommission.



## **B. Positive und „negative“ Fallgruppenbildung**

Nachdem nun festgestellt wurde, dass eine Fallgruppenbildung zum einen grundsätzlich möglich und zum anderen für eine möglichst rechtssichere Verwaltungspraxis unabdingbar ist, soll nun die konkrete Vorgehensweise der Fallgruppenbildung beleuchtet werden. Zu unterscheiden ist dabei zwischen positiven und negativen Fallgruppen (zu Definition und Hintergrund dieser Unterscheidung sogleich).

Ziel der Fallgruppenbildung ist dabei, sich dem eigentlichen Anwendungsbereich von außen und innen zu nähern.

Von außen, indem negativ abgegrenzt wird, wann eine Einzelfreistellung von vornherein ausscheidet oder eine Einzelfreistellung obsolet ist, da entweder im Rahmen einer typisierenden Betrachtung von vornherein ausgeschlossen ist, dass die vier Freistellungsvoraussetzungen erfüllt werden können bzw. bereits gruppenweise eine Freistellung erfolgt ist, die die Anwendung oder Prüfung einer Einzelfreistellung a priori überflüssig macht. Von innen, indem positiv bestimmt wird, von welchem Sachverhalten zu erwarten ist, dass die vier Freistellungsvoraussetzungen erfüllt sein dürften.

### **I. Die negativen Fallgruppen**

Zunächst werden negative Fallgruppen gebildet, die den Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 3 AEUV von außen eingrenzen sollen.

Dabei kann schon eine Vielzahl von Sachverhalten aus dem „puren“ Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 3 AEUV ausgeschieden werden.

Negative Fallgruppen bestehen aus zwei Teilbereichen: Zum einen handelt es sich um die Hardcore-Kartelle, also Fallgestaltungen, bei denen eine Erfüllung der vier Freistellungsvoraussetzungen ausgeschlossen ist. Zum anderen Fallgestaltungen der Gruppenfreistellungsverordnungen, die (1) entweder bereits typisiert und daher „gruppenweise“ die Voraussetzungen der vier Freistellungsvoraussetzungen erfüllen; bzw. (2) von ihrem Anwendungsbereich her zwar von einer Gruppenfreistellungsverordnung erfasst sind, aber die dort - typisiert beschriebenen Voraussetzungen - für eine Freistellung nicht erfüllen (z. B. Marktanteilsschwellen klar überschreiten) und daher de facto nicht mehr für eine Einzelfreistellung infrage kommen<sup>184</sup>.

---

<sup>184</sup>Beispiel hierfür ist eine Vereinbarung aus dem Bereich der Forschung und Entwicklung bzw. eine Spezialisierungsvereinbarung. In beiden Fällen ist der tatbestandliche Bereich der jeweiligen Gruppenfreistellungsverordnung grundsätzlich eröffnet. Wenn die Marktanteilsschwellen, die eine gruppenweise Freistellung ermöglichen, überschritten sind, spricht ein Präjudiz dafür, dass eine Einzelfreistellung dieser

## 1. Gruppenfreistellungsverordnungen

Dieser Kategorie sind die Fälle zuzuordnen, die durch die Gruppenfreistellungsverordnungen abgedeckt sind. Damit sind all jene Konstellationen gemeint, die entweder schon durch eine Gruppenfreistellungsverordnung freigestellt sind oder aber aufgrund einer eventuellen Spezialität der Verordnungen keinen Raum für eine „pure“ Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV lassen.

In einigen Fallkonstellationen stellt sich gar kein Abgrenzungsproblem zu Art. 101 Abs. 3 AEUV.

Dies sind die Fälle von Vereinbarungen, die zwar von einer Gruppenfreistellungsverordnung erfasst werden, aber erst gar nicht unter Art. 101 Abs. 3 AEUV fallen<sup>185</sup> und sich somit die Frage der Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht stellt.

Zum anderen sind die Fälle, die schon nach den Vorschriften einer Gruppenfreistellungsverordnung freigestellt sind, keine Konkurrenzkonstellationen für Art. 101 Abs. 3 AEUV, da zusätzlich zu den Voraussetzungen der Gruppenfreistellungsverordnung nicht dessen Voraussetzungen erfüllt sein müssen<sup>186</sup>. Lediglich die Gruppenfreistellungsverordnungen selbst müssen generell Fälle erfassen, die sehr wahrscheinlich gegen Art. 101 Abs. 3 AEUV verstoßen und die vier Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV kumulativ erfüllen<sup>187</sup>. Ansonsten besteht die Möglichkeit für die Kommission, gemäß Art. 29 Abs. 1 der VO 1/2003 den Vorteil der Gruppenfreistellung zu entziehen.

Darüber hinaus kommt noch ein weiterer Bereich von Vereinbarungen dafür in Frage, einer negativen Fallgruppe zugeordnet zu werden:

Nach dem Recht unter Geltung der VO Nr. 17/62 hatten die Unternehmen zwei Möglichkeiten: Entweder konnten sie ihre Vereinbarung den Voraussetzungen einer Gruppenfreistellungsverordnung anpassen<sup>188</sup>, oder sie suchten eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV<sup>189</sup>. Taten sie dies nicht, so handelten sie auf eigenes Risiko<sup>190</sup>. Allerdings musste eine Nichtanpassung der Vereinbarung an eine Gruppenfreistellungsverordnung nicht automatisch bedeuten, dass diese nun dem

---

Vereinbarung nur noch unter großem Begründungsaufwand darstellbar ist, mithin - negativ - nicht mehr von der Möglichkeit einer Einzelfreistellung ausgegangen werden kann.

<sup>185</sup>Zur Möglichkeit solcher Konstellationen vgl. Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., § 14 Rn 20.

<sup>186</sup>GeI v. 10. 7. 1990, ABl. T-51/89, Rn 29-Tetra Pak/Kommission.

<sup>187</sup>Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., § 14 Rn 20.

<sup>188</sup>Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., § 36 Kap. 8b), S. 382 f.

<sup>189</sup>Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., § 36 Kap. 8b), S. 382.

<sup>190</sup>Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., § 14 Rn 29.

Kartellverbot unterfiel und damit nach - dem damaligen - Art. 81 Abs. 2 EG nichtig gewesen wäre<sup>191</sup>. Es handelte sich dabei nur um ein Angebot an die Unternehmen, ihre Vereinbarung Art. 101 Abs. 3 AEUV zu entziehen und von vornherein zu legalisieren<sup>192</sup>.

Grundsätzlich hat sich an diesem systematischen Verhältnis von Gruppenfreistellungsverordnungen und Art. 101 Abs. 3 AEUV zwar unter Geltung der VO Nr. 1/2003 nichts geändert. Allerdings haben sich die Handlungsmöglichkeiten der Unternehmen verändert. Sie können eben keine Einzelfreistellung mehr suchen. Es bleibt ihnen nur die Möglichkeit, ihre Vereinbarungen entweder an eine Gruppenfreistellungsverordnung anzupassen oder aber sicherzustellen, dass die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind. Gerade bei der zweiten Möglichkeit stellt sich aber die Frage, ob das Freistellungssystem der Gruppenfreistellungsverordnungen ein abschließendes ist. Mit anderen Worten: Kann eine Vereinbarung, die bestimmte Voraussetzungen einer Gruppenfreistellungsverordnung nicht erfüllt, aber in ihren sachlichen Anwendungsbereich<sup>193</sup> fällt, überhaupt die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen, oder ist vielmehr die Systematik der Gruppenfreistellungsverordnungen abschließend für diese Vereinbarungen?

*Bechthold* ist der Auffassung, dass man argumentieren könne, wenn der europäische Gesetzgeber in einer Gruppenfreistellungsverordnung bei einem bestimmten Sachverhalt „ohne Wenn und Aber“ Art. 101 Abs. 3 AEUV als erfüllt ansehe, dies auch dann der Fall sein müsse, wenn bestimmte Voraussetzungen der Gruppenfreistellungsverordnung nicht erfüllt sind, aber durch „andere Aspekte“ ausgeglichen würden oder diese Voraussetzungen im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht relevant seien<sup>194</sup>. Seiner Auffassung nach sind Gruppenfreistellungsverordnungen künftig ein Indiz für die Erfüllung von

---

<sup>191</sup>*EuGH* v. 18. 12. 1986, Rs. C-10/86 Rn 12-V.A.G. *France/Magne*; *EuGH* v. 28. 2. 1991, Rs. C-234/89 Rn 41-*Delimitis/Henninger Bräu*; *EuGH* v. 15. 2. 1996, Rs. C-309/94 Rn 15-*Nissan France/Dupasquier*; *EuGH* v. 30. 4. 1998, Rs. C-230/96 Rn 47-*Cabour/Arnor*; *GeI* v. 21. 5. 1990, Rs. T-23/90 Rn 20-*Peugeot/Kommission*.

<sup>192</sup>*EuGH* v. 18. 12. 1986, Rs. C-10/86 Rn 12-V.A.G. *France/Magne*; *EuGH* v. 28. 2. 1991, Rs. C-234/89 Rn 41-*Delimitis/Henninger Bräu*; *EuGH* v. 15. 2. 1996, Rs. C-309/94 Rn 15-*Nissan France/Dupasquier*; *EuGH* v. 30. 4. 1998, Rs. C-230/96 Rn 47-*Cabour/Arnor*; *GeI* v. 21. 5. 1990, Rs. T-23/90 Rn 20-*Peugeot/Kommission*.

<sup>193</sup>Hiermit ist die Situation gemeint, in der eine Vereinbarung nicht aufgrund einer Gruppenfreistellungsverordnung freigestellt werden kann, weil sie deren Voraussetzungen nicht erfüllt, aber thematisch von ihr erfasst wird. Bsp.: Eine Vertikalvereinbarung erfüllt nicht die Voraussetzungen der Schirm-GVO und ist deshalb aufgrund dieser nicht freigestellt.

<sup>194</sup>*Bechthold* WuW 2003, 343.

Art. 101 Abs. 3 AEUV in ähnlich gelagerten Fällen<sup>195</sup>. Des Weiteren könnte man versucht sein, die oben zitierten Entscheidungen<sup>196</sup> in diesem Sinne zu verstehen.

Dieser Schluss ist allerdings nicht ohne Weiteres statthaft. Namentlich ging es in den *EuGH*-Entscheidungen *V.A.G. France/Magne*<sup>197</sup>, *Nissan France/Dupasquier*<sup>198</sup> und *Cabour/Arnor*<sup>199</sup> um die Frage, wie die Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 123/85<sup>200</sup> auszulegen sei. Der *EuGH* legte in den Entscheidungen jeweils dar, dass in der Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 123/85 nur bestimmte Vereinbarungen in bestimmten Vereinbarungstypen freigestellt seien, aber eben keine Aussage darüber getroffen würde, ob andere Vereinbarungen freigestellt seien oder nicht<sup>201</sup>.

Diese Aussage des *EuGH* lässt nun aber keinesfalls den Schluss zu, dass immer dann, wenn bestimmte Voraussetzungen einer Gruppenfreistellungsverordnung nicht erfüllt sind, dies durch „andere Aspekte“<sup>202</sup> wettzumachen sei.

Zudem schließt sich die Frage an, welche „anderen Aspekte“ das Fehlen einer Anwendungsvoraussetzung einer Gruppenfreistellungsverordnung denn ausgleichen können sollen.

Als Beispiel sei hier die Schirm-GVO<sup>203</sup> herausgegriffen. Sie hat drei Anwendungsvoraussetzungen:

1. Es muss eine Vertikalvereinbarung vorliegen<sup>204</sup>.
2. Es darf keine Ausnahme gegeben sein<sup>205</sup>.
3. Es darf ein Marktanteil von 30 % nicht überschritten werden<sup>206</sup>.

---

<sup>195</sup>*Bechthold* WuW 2003, 343.

<sup>196</sup>*EuGH* v. 18. 12. 1986, Rs. C-10/86 Rn 12-*V.A.G. France/Magne*; *EuGH* v. 28. 2. 1991, Rs. C-234/89 Rn 41-*Delimitis/Henninger Bräu*; *EuGH* v. 15. 2. 1996, Rs. C-309/94 Rn 15-*Nissan France/Dupasquier*; *EuGH* v. 30. 4. 1998, Rs. C-230/96 Rn 47-*Cabour/Arnor*; *GeI* v. 21. 5. 1990, Rs. T-23/90 Rn 20-*Peugeot/Kommission*.

<sup>197</sup>*EuGH* v. 18. 12. 1986, Rs. C-10/86-*V.A.G. France/Magne*.

<sup>198</sup>*EuGH* v. 15. 2. 1996, Rs. C-309/94-*Nissan France/Dupasquier*.

<sup>199</sup>*EuGH* v. 30. 4. 1998, Rs. C-230/96-*Cabour/Arnor*.

<sup>200</sup>Verordnung (EWG) Nr. 123/85 der Kommission vom 12. Dezember 1984 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge, ABl. L 15/16 ff. (nicht mehr rechtskräftig).

<sup>201</sup>*EuGH* v. 18. 12. 1986, Rs. C-10/86 Rn 12-*V.A.G. France/Magne*; *EuGH* v. 15. 2. 1996, Rs. C-309/94 Rn 15-*Nissan France/Dupasquier*; *EuGH* v. 30. 4. 1998, Rs. C-230/96 Rn 47-*Cabour/Arnor*.

<sup>202</sup>So *schwammig* tatsächlich die Formulierung von *Bechthold* WuW 2003, 343!

<sup>203</sup>Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen.

<sup>204</sup>Siehe Art. 2 Abs. 1 Schirm-GVO.

<sup>205</sup>Siehe Art. 2 Abs. 2-4 Schirm-GVO.

<sup>206</sup>Siehe im Einzelnen Art. 3 Abs. 1 und 2 Schirm-GVO.

### **Beispielfall:**

Lieferant A und Käufer B schließen eine vertikale Vereinbarung, die keine der Ausnahmegesetze aus Art. 2 Abs. 2-4 Schirm-GVO erfüllt. A hat einen Marktanteil von 35 % auf dem relevanten Absatzmarkt.

Hier sind zwei der drei Anwendungsvoraussetzungen der Schirm-GVO gegeben. A hat allerdings einen Marktanteil, der die nach Art. 3 Abs. 1 Schirm-GVO zulässige Grenze um 5 % übersteigt.

Die Kommission geht durch die Aufstellung der drei oben genannten Voraussetzungen davon aus, dass nur wenn diese erfüllt sind, die Schirm-GVO anwendbar sein soll, mithin die vertikale Vereinbarung als positiv (solange sie keine Kernbeschränkung nach Art. 4 Schirm-GVO enthält) zu bewerten ist.

Dem Argument von *Bechthold*<sup>207</sup> zufolge soll nun die Schirm-GVO als solche ein Indiz für die Freistellungsfähigkeit der Vereinbarung von A und B sein, obwohl ihre Vereinbarung nicht („*exakt*“<sup>208</sup>) von ihr erfasst ist.

Methodisch ist allerdings gerade der Umkehrschluss statthaft: Die Kommission sieht nur solche vertikalen Vereinbarungen als freistellungsfähig an, die keine der erwähnten Ausnahmen erfüllen<sup>209</sup>, keine Kernbeschränkungen enthalten<sup>210</sup> und die Marktanteilsschwelle von Art. 3 Schirm-GVO nicht übersteigen. Wenn die Marktanteilsschwelle - als Beispiel für das Fehlen einer Voraussetzung - (wie im Beispielfall) überschritten ist, so kann eben gerade nicht davon ausgegangen werden, dass die Vereinbarung freistellungsfähig ist. Die Kommission hat die Schirm-GVO gerade erlassen, um die Voraussetzungen für eine Freistellung der in Rede stehenden Vereinbarungen zu klären. Es ist auch nicht ersichtlich, wie das Überschreiten dieser Marktanteilsschwelle durch „*andere Aspekte*“<sup>211</sup> ausgeglichen werden könnte. Diese Frage drängt sich gerade im Beispielfall auf: Eine Vereinbarung, die von Unternehmen mit besonders großem Marktanteil geschlossen wird (und also von der Kommission daher als besonders schädlich für den Wettbewerb angesehen wird) soll nun nichtsdestotrotz die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen? Und hierfür soll aufgrund der Einhaltung der anderen beiden Voraussetzungen sogar ein Indiz sprechen? Es fragt sich, welchen Sinn die Anwendungsvoraussetzungen der Schirm-GVO dann noch haben sollen.

---

<sup>207</sup>*Bechthold* WuW 2003, 343.

<sup>208</sup>*Bechthold* WuW 2003, 343.

<sup>209</sup>Siehe nochmals Art. 2 Abs. 2-4 Schirm-GVO.

<sup>210</sup>Vgl. den Katalog in Art. 4 Schirm-GVO.

<sup>211</sup>*Bechthold* WuW 2003, 343.

Die Kommission ist der Auffassung, dass die Nichterfüllung der Voraussetzungen der Gruppenfreistellungsverordnungen lediglich nicht den Schluss zulasse, dass eine Vereinbarung automatisch<sup>212</sup> rechtswidrig sei; in einem solchen Fall komme es vielmehr auf eine Einzelfallprüfung an, ob zum einen Art. 101 Abs. 1 AEUV überhaupt verletzt sei und zum anderen bejahendenfalls nicht die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind<sup>213</sup>.

Dort, wo die Kommission früher wenigstens noch klarstellte, dass Kernbeschränkungen die Möglichkeit der Einzelfreistellung ausschließen<sup>214</sup>, ist die Kommission mittlerweile anderer Auffassung: So sieht sie in ihren aktuellen Leitlinien für vertikale Vereinbarungen ausdrücklich die Möglichkeit vor, dass sich Unternehmen auch bei in vertikalen Vereinbarungen enthaltenen Kernbeschränkungen exkulpieren können<sup>215</sup>. Dabei wird es sich bei richtiger Lesart nur um echte Ausreißerkonstellationen handeln können. Es bleibt in diesen Situationen beim Prä für die Illegalität einer entsprechenden Vereinbarung. Somit wird im Rahmen der Betrachtung der Gruppenfreistellungsverordnungen als negative Fallgruppe im Sinne der vorliegenden Untersuchung ermittelt werden müssen, inwieweit für eine „pure“ Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV im jeweiligen sachlichen Anwendungsbereich der Verordnungen noch Raum verbleibt.

## 2. Hardcore-Kartelle

Vereinbarungen, die die Voraussetzungen von Hardcore-Kartellen erfüllen (vgl. hierzu eingehend unter D. I.) können ebenfalls nicht einer Einzelfreistellung zugeführt werden. Im Rahmen der Auseinandersetzung mit den Leitlinien der Kommission zu Art. 101 Abs. 3 AEUV wurde aufgezeigt, dass zwar betriebswirtschaftliche Effizienzgewinne auch im Rahmen eines Hardcore-Kartells erzielt werden können; Kern eines Hardcore-Kartells ist gerade die Generierung betriebswirtschaftlicher Effizienzen bei den Vereinbarungspartnern. Regelmäßig scheitern Hardcore-Kartelle allerdings an der zweiten Freistellungsvoraussetzung der angemessenen Verbraucherbeteiligung (diese ist beim Hardcore-Kartell per se

---

<sup>212</sup>Ein wirklicher Automatismus, bei dem ohne Wenn und Aber eine Freistellung ausscheidet und umgekehrt Rechtswidrigkeit anzunehmen ist, bestand früher im Rahmen der Regelungstechnik, sog. „*weiße Klauseln*“ in die Gruppenfreistellungsverordnungen aufzunehmen.

Von dieser Praxis hat die Kommission allerdings aufgrund des durch diese Praxis ausgelösten und als wettbewerbspolitisch verfehlt angesehenen „*Zwangsjackeneffektes*“ weitgehend Abstand genommen, *Schröter/Jakob/Mederer-Klotz*, Art. 81 Rn 21, *Martinek/Habermeier*, ZHR 1994, 132.

<sup>213</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (14) Rn 62; *dies.*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (24) Rn 130. In dieser Deutlichkeit äußert sich die Kommission allerdings jedenfalls nicht mehr in der Folgefassung der „Vertikalleitlinien“, *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2010 C 130/1.

<sup>214</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (24) Rn 130.

<sup>215</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2010 C 130/1 (47 ff.).

ausgeschlossen) und an der vierten Freistellungsvoraussetzung, da im Rahmen der Vereinbarungspartner typischerweise im Rahmen des Hardcore-Kartells der Wettbewerb im Hinblick auf den Vereinbarungsgegenstand vollständig ausgeschlossen wird. Daher kommen Hardcore-Kartelle nicht - auf diesen Gedanken käme auch niemand - in Frage, Gegenstand einer Einzel- oder Gruppenfreistellung zu sein. Entsprechende Fallgestaltungen können ebenfalls aus dem Anwendungsbereich der Einzelfreistellung ausgeschlossen werden.

## II. Die positiven Fallgruppen

Als positive Fallgruppen werden im Rahmen dieser Arbeit jene Sachverhalte bezeichnet, die tatsächlich durch Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt werden können bzw. für eine Freistellung ernsthaft in Frage kommen. Hierbei wird uns abermals das Problem der Einordnung der Gruppenfreistellungsverordnungen begegnen. Anders als im Bereich der negativen Fallgruppenbildung, wo danach gefragt wurde, welche Konstellationen auf Grund einer gruppenweisen Freistellung vom Kartellverbot nicht mehr der Einzelfreistellung bedürfen, muss nun ein anderer Aspekt der Verordnungen untersucht werden<sup>216</sup>. Hier stellt sich nämlich die Frage, welche Rückschlüsse aus der Erfassung bestimmter Vereinbarungen mittels der Gruppenfreistellungsverordnungen für Art. 101 Abs. 3 AEUV gezogen werden können<sup>217</sup>. Die Frage soll durch eine methodologische Untersuchung des Verhältnisses von Gruppen- zu Einzelfreistellung beantwortet und die gefundenen Ergebnisse im Rahmen der positiven Fallgruppenbildung verwertet und angewandt werden.

### 1. Das Verhältnis von Gruppen- zu Einzelfreistellung

In der Systematik des EU-Kartellrechts nehmen die Gruppenfreistellungsverordnungen am Regel-Ausnahme-Verhältnis von Art. 101 Abs. 1 AEUV zu Art. 101 Abs. 3 AEUV<sup>218</sup> teil. Als Ausnahmenvorschrift gilt für die Gruppenfreistellungsverordnungen der Grundsatz, dass sie eng auszulegen sind<sup>219</sup>.

---

<sup>216</sup>Den Gruppenfreistellungsverordnungen kommt somit im Hinblick auf Art. 101 Abs. 3 AEUV eine Doppelstellung zu.

<sup>217</sup>Bei dieser Fragestellung kehrt sich im Vergleich zur Betrachtung im Rahmen der negativen Fallgruppenbildung lediglich der Blickwinkel des Betrachters um.

<sup>218</sup>Dort heißt es wörtlich, dass „die Bestimmungen des Absatzes 1“...„ für nicht anwendbar erklärt werden“ können, auf „...Gruppen von Vereinbarungen...Beschlüssen...abgestimmte(n) Verhaltensweisen“.

<sup>219</sup>Für die Gruppenfreistellungsverordnungen siehe aus der Rspr. *EuGH* v. 16. 6. 1994 Rs. C-322/93 P.-*Peugeot/Kommission*; *ders.* v. 24. 10. 1995 Rs. C-70/93-*BMW*; *ders.* v. 30. 4. 1998 Rs. C-230/96-*Cabour*.

Beispiele aus der deutschen Zivil-Rspr. zur grundsätzlichen Behandlung von Ausnahmenvorschriften geben *RGRGZ* 153, 23; *BGHZ* 2, 237 (244); *BGH* *BGHZ* 11, 135 (143); *BGH* *NJW* 1989, 460. Der Grundsatz kennt allerdings in Einzelfällen auch Ausnahmen, die durch den Gesetzeszweck begründet werden können. Siehe hierzu Beispiele zu erweiternden Auslegungen und Analogien in *BGH* *BGHZ* 26, 78 (83); *BAG* *NJW* 1969, 74; *BayObLG* *NJW* 2000, 1875.

Für die in Rede stehende Frage, lässt sich dieser Grundsatz fruchtbar machen und damit das Problem auf die Spitze treiben: Wenn für einen Vereinbarungstyp vom Gesetzgeber anerkannt wird, dass eine Vielzahl von Absprachen den Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV genügt, so stellt sich die Frage, welche Bedeutung der Einzelfreistellung dort noch zukommen soll.

Die Beantwortung der Fragestellung damit, über den genau gefassten Anwendungsbereich der Gruppenfreistellungsverordnung hinaus dieser noch Indizwirkung im Hinblick auf Art. 101 Abs. 3 AEUV zuzuweisen<sup>220</sup>, bedeutet zunächst (wertfrei betrachtet), das vorgenannte Prinzip der engen Auslegung von Ausnahmevorschriften im Allgemeinen und der Gruppenfreistellungsverordnungen im Speziellen, umzukehren. Für eine Vereinbarung, die themenmäßig unter eine Gruppenfreistellungsverordnung fällt, aber deren Voraussetzungen nicht erfüllt, bedeutete dies, dass durch die bloße Existenz einer Gruppenausnahme tendenziell von einer Freistellungsmöglichkeit nach Art. 101 Abs. 3 AEUV auszugehen wäre<sup>221</sup>.

Fraglich ist bei einer solchen systematischen Deutung des Verhältnisses von Einzel- zur Gruppenfreistellung, ob diese mit den Zwecken, die mit einer Ausnahme vom Kartellverbot verfolgt werden und den Zielen, denen die Gruppenausnahme dient, in Einklang gebracht werden können.

Jeder Gruppenausnahme liegen zwei grundlegende Ziele zugrunde: Der Gesetzgeber<sup>222</sup> möchte für sich und die Marktteilnehmer den Verwaltungsaufwand verringern und den Unternehmen Rechtssicherheit verschaffen. Vermag auch die Zielsetzung der Verringerung des Verwaltungsaufwandes dadurch, dass im Rahmen der Reform des Kartellverfahrensrechts das Anmeldeerfordernis weggefallen ist, nicht mehr durchzugreifen, so bleibt das Ziel der Schaffung von Rechtssicherheit für die Unternehmen noch aktuell<sup>223</sup>.

---

Zur Frage, ob sich durch die Änderung des Kartellverfahrensrechts im Zuge der Einführung der VO 1/2003 etwas für die Gruppenfreistellungsverordnungen ändert vgl. schon oben Erster Teil B. II. 1. a. und siehe sogleich.

<sup>220</sup>Siehe dazu nochmals *Bechthold* WuW 2003, 343.

<sup>221</sup>Dass ein solches Argument ausgerechnet von Vertretern vorgebracht wird, die zum einen von der Vereinbarkeit der VO 1/2003 mit dem EU-Primärrecht nicht überzeugt sind und auf der anderen Seite um die Rechtssicherheit fürchten, überrascht aus zwei Gründen.

Zum einen ist die vorgenannte Auslegung einer indiziellen Wirkung der Freistellungsverordnungen alles andere als zwingend und wird schon gar nicht vom Verordnungsgesetzgeber vorgebracht. Zum anderen wird hierdurch sowohl der Verfahrensverordnung als auch den Freistellungsverordnungen eine das Primärrecht (Art. 101 Abs. 1 AEUV) verändernde Wirkung zugesprochen und obendrein gerade die vermisste Rechtssicherheit für die Unternehmen geradezu erst erzeugt.

<sup>222</sup>Obwohl dies grundsätzlich der Rat ist, so kann in der Rechtswirklichkeit die Kommission als solcher identifiziert werden.

<sup>223</sup>Schließlich ist den Unternehmen mit Gruppenfreistellungsverordnungen als Rechtsnormen eher gedient, als wenn der Inhalt der Verordnungen nur als Leitlinien oder Bekanntmachungen veröffentlicht würden.



Die Kommission selber äußert sich zum in Rede stehenden Verhältnis nur negativ, aber keinesfalls im Sinne der oben genannten Auffassung. So soll vom Nichtvorliegen der Voraussetzungen der Gruppenausnahme nur nicht auf die Rechtswidrigkeit einer Vereinbarung geschlossen werden können<sup>224</sup>. Dies kann aber lediglich als Absage an einen einfachen Umkehrschluss verstanden werden. Das Argument der Kommission ist letztlich auch gar keine Äußerung zum Verhältnis Einzel-/Gruppenfreistellung. Die Kommission gibt mit dieser Aussage nur die Gesetzeslage wieder, indem klargestellt wird, dass neben einer Gruppenfreistellung formal auch (im Falle des Nichteingreifens der Verordnung) eine Einzelfreistellung möglich ist. Hiermit ist aber für die vorliegende Frage nichts gewonnen.

Es kann zudem nicht unberücksichtigt bleiben, dass es sich um einen anderen Sachverhalt handelt, wenn für eine bestimmte Konstellation gar keine Gruppenausnahme vorhanden ist oder aber eine Vereinbarung themenmäßig von einer solchen erfasst wird, aber die Voraussetzungen nicht erfüllt.

Im ersten Fall fehlt es an der Grundlage für eine Klärung des Verhältnisses von Einzel- und Gruppenfreistellung, weil schlicht keine Gruppenausnahme existiert.

Im zweiten Fall liegt eine ausführliche gesetzgeberische Äußerung zur Freistellungsfähigkeit der speziellen Vereinbarung vor. Hierüber kann man nicht hinwegsehen. Daran ändert im Übrigen auch die eben zitierte (unvollständige) Äußerung der Kommission nichts.

Insbesondere sind die geltenden Gruppenfreistellungsverordnungen zugleich das Ergebnis einer längeren Historie von Vorgängerausnahmeregelungen. Die Erfahrungen und Erkenntnisse, die unter Geltung der älteren Gruppenfreistellungsverordnungen gewonnen wurden, spiegeln sich jeweils in den neuen Fassungen der Verordnungen wider. Wenn also dort bestimmte Sachverhalte neu in den Geltungsbereich einer Verordnung aufgenommen wurden<sup>225</sup>, so wird darin zum einen freilich der Wille des Gesetzgebers deutlich, diese aufzunehmen, zum anderen aber eben auch, die übrigen Sachverhalte außen vor zu lassen. Aus diesem Grund ist das Argument, dass aus der Existenz der Gruppenfreistellungsverordnung auf die tendenzielle Freistellungsfähigkeit der übrigen Vereinbarungen geschlossen werden könne, nicht stichhaltig. Vielmehr spricht gerade einiges dafür, von einer tendenziell negativen Bewertung und einem Präjudiz gegen die Ausnahme auszugehen. Dies gilt umso mehr, als jeder Reform bzw. auch jeder Neueinführung einer Gruppenfreistellungsverordnung ein gründlicher Evaluationsprozess vorausgeht, in dem die

---

<sup>224</sup>So z. B. *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (14) Rn 62 und *dies.*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (24) Rn 130.

<sup>225</sup>Typisch sind hierfür Änderungen der Marktanteilsschwellen die verschiedenen Gruppenfreistellungsverordnungen.

Kommission insbesondere die Erfahrungen, die die betroffenen Rechtsanwender mit dem jeweiligen Vereinbarungstyp und den jeweils für diesen geltenden Rechtsvorschriften in der Vergangenheit gemacht haben, berücksichtigt. Entscheidet sich die Kommission gegen die Aufnahme bestimmter Effekte einer Vereinbarung als Effizienzgewinn im Rahmen der Gruppenfreistellungsverordnung, geschieht dies bewusst. Lediglich dann, wenn Effizienzgewinne von der Kommission übersehen worden sind, besteht de facto noch Raum für eine Einzelfreistellung, die den Anwendungsbereich der Gruppenfreistellungsverordnung überschießt.

Die Kommission führt mit ihrer Aussage, eine Vereinbarung, die nicht die Voraussetzungen einer sachlich einschlägigen Gruppenfreistellungsverordnung erfüllt, sei nicht automatisch rechtswidrig, ihre eigene Entscheidung für die einzelnen Voraussetzungen der Gruppenausnahmen ad absurdum. Zwar ist es ohne Zweifel richtig, dass die Nichterfüllung von Voraussetzungen einer Gruppenausnahme, nicht *automatisch* die Rechtswidrigkeit einer Vereinbarung nach sich zieht. Die Aussage der Kommission ist aber bei Weitem zu formal und deutet vor allen Dingen in die falsche Richtung. Denn es kann jedenfalls keinesfalls automatisch von einer Rechtmäßigkeit der Vereinbarung ausgegangen werden. Im Gegenteil wird es sich tendenziell um einen atypischen Sachverhalt handeln müssen, wenn es doch noch zu einer Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV kommen soll.

So kann doch die Aussage, dass der Vereinbarungstyp V unter den Voraussetzungen A, B, C und der Marktanteilsschwelle XY % freigestellt ist, kaum dahingehend verstanden werden, dass die Kommission selbst tendenziell von einer Freistellung ausgeht, wenn (nur) A und C erfüllt sind und der Marktanteil XY + Z % beträgt.

In einer solchen Situation kann vernünftigerweise nur davon ausgegangen werden, dass eine Einzelfreistellung zwar möglich ist, aber kaum in der Weise, dass die Voraussetzung B durch „andere Aspekte“<sup>226</sup> auszugleichen sei. Es müssen schlicht die Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sein. Dies ist natürlich denkbar. Es darf aber nicht übersehen werden, dass der Verordnungsgeber für das jeweilige Sachgebiet eine sekundärrechtliche Konkretisierung<sup>227</sup> der vier Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV vorgenommen hat. In einem solchen Fall ist tendenziell nicht davon auszugehen, dass eine entsprechende Vereinbarung die Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt.

---

<sup>226</sup>So aber offenbar *Bechthold* WuW 2003, 343.

<sup>227</sup>Dies verneinend (bzw. jedenfalls übersehend) *Bechthold* a.a.O., der Voraussetzungen in den Gruppenfreistellungsverordnungen ausmacht, die im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV keine Bedeutung hätten.

## **2. Verbleibender Raum für positive Fallgruppen**

Nach dieser starken Negativabgrenzung ist der theoretisch verbleibende Anwendungsbereich positiver Fallgruppen klar umrissen.

Dort, wo eine Gruppenfreistellungsvereinbarung einschlägig ist, bleibt lediglich noch Raum für die Einzelfreistellung im Rahmen von Effizienzgewinnen, die von der Kommission im Rahmen der Gruppenfreistellungsverordnung nicht berücksichtigt wurden. Des Weiteren ist es denkbar, dass Fälle erfasst sind, die zwar in den sachlichen Anwendungsbereich einer Gruppenfreistellungsverordnung fallen, allerdings aus anderen Gründen als positiv zu bewerten sind. Diese Konstellationen werden allerdings häufig kein Fall für eine Einzelfreistellung sein, sondern vielmehr schon die Voraussetzungen des Kartellverbots gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht erfüllen. Daneben bleibt Raum für die positiven Fallgruppen in den schmalen Bereichen, die noch nicht von einer Gruppenfreistellungsverordnung erfasst sind. Darüber hinaus wird am Ende der Arbeit noch zu thematisieren sein, ob der Bereich von Gemeinwohlaspekten (2. Teil E. II.) einzelfreistellungsfähig sind.

## **C. Die Bedeutung des Verhältnisses von Art. 101 Abs. 3 AEUV zu Art. 101 Abs. 1 AEUV für das Verständnis der Einzelfreistellung**

### **I. Einleitung**

Für die Frage, welche Sachverhalte einer Freistellung im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV zugänglich sind, kommt dem grundsätzlichen Verhältnis von Art. 101 Abs. 1 AEUV zu Art. 101 Abs. 3 AEUV präjudizielle Bedeutung zu. Je nachdem, wie weit man das Verbot fasst, ändert sich der mögliche Anwendungsbereich der Ausnahmenorm. Hierbei stehen sich im Wesentlichen zwei mögliche Positionen gegenüber: Einerseits ist Art. 101 Abs. 1 AEUV einer extensiven Interpretation zugänglich, die also viele Sachverhalte dem grundsätzlichen Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen unterwirft. Andererseits kann man den Gehalt des unionsrechtlichen Kartellverbots auch restriktiv auslegen und mit ihm einen erheblich kleineren Anwendungsbereich erfassen. Im Falle eines restriktiven Verständnisses des Art. 101 Abs. 1 AEUV muss man die Aspekte (jedenfalls einen Großteil), die (zumindest der dogmatischen Struktur nach) genuin Gegenstand der Freistellungsnorm sind, schon bei der Frage nach dem Verbot einer Vereinbarung berücksichtigen. Auf diese Weise verbrauchen sich gewisse Fragestellungen der Freistellung schon bei der Frage nach dem Kartellverbot<sup>228</sup>. Zudem wird der Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 3 AEUV von zwei Seiten beschnitten. Zunächst sind solche Sachverhalte, die möglicherweise die Freistellungsvoraussetzungen erfüllen, gar nicht erst (auf erster Stufe) verboten, sodass sie logischerweise nicht mehr freigestellt werden können und müssen. Des Weiteren muss freilich die Frage gestellt werden, ob die restriktive Fassung des Kartellverbots nicht auch Auswirkungen auf die Bewertung der Freistellungsfähigkeit einer Vereinbarung hat. Mit andern Worten: Wenn man gesamtwirtschaftlich positive Aspekte schon im Rahmen des Art. 101 Abs. 1 AEUV berücksichtigt und in Folge dessen bestimmte Fälle nicht mit dem Kartellverbot erfasst, so fragt sich, ob die gleichen Kriterien bei den Sachverhalten, die dann unter das Kartellverbot fallen, noch im Rahmen der Ausnahmenorm des Art. 101 Abs. 3 AEUV aktuell werden können bzw. sich bei der Prüfung des Verbots verbraucht haben.

---

<sup>228</sup>Eine andere Frage ist, ob diese Aspekte, wenn sie im Rahmen der Prüfung des Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht zur Verneinung des Vorliegens einer Wettbewerbsbeschränkung geführt haben, noch bei der Prüfung der Freistellungsvoraussetzungen im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV Berücksichtigung finden können.

Art. 101 Abs. 3 AEUV sieht sich seit jeher, z. T. sehr aktuell, erheblichen Angriffen gegenüber, wenn es darum geht, seinen Anwendungsbereich zu beschneiden.

Einerseits gibt es von alters her Bestrebungen, im EU-Kartellrecht die aus den USA bekannte „rule of reason“ zu übernehmen bzw. die Behauptung sie im AEUV bereits vorzufinden<sup>229</sup>.

Teilweise gibt es Versuche, eine eigene Auslegungsmethode zu entwickeln, positive und negative Gesichtspunkte schon im Tatbestand der Wettbewerbsbeschränkung zu saldieren<sup>230</sup>.

Gemein ist all jenen Auffassungen - trotz (jedenfalls behaupteter nicht nur theoretischer, sondern praktischer) gewisser Unterschiede - der Versuch, Art. 101 Abs. 3 AEUV auf einen vermeintlichen - eigentlichen - Anwendungsbereich - teleologisch - zu reduzieren. Dieser eigentliche Anwendungsbereich soll dann aus Sachverhalten, die komplex sind<sup>231</sup> und häufig politische Wertungen erforderten<sup>232</sup> (wobei offen bleibt, was damit konkret gemeint ist), sowie solchen, die außerwettbewerbliche Gesichtspunkte<sup>233</sup> bei der Freistellung berücksichtigen, bestehen.

Gepaart sind diese Versuche der „vernünftigen“ Eingrenzung des Tatbestands der Freistellungsnorm mit der Kritik an der verfahrensrechtlichen Situation im EU-Kartellrecht<sup>234</sup>.

Einerseits wurde das Genehmigungssystem als zu langwierig kritisiert. Das System der Legalausnahme lasse nun Rechtssicherheit vermissen, da Art. 101 Abs. 3 AEUV zu unbestimmt sei, wodurch Unternehmen sich nicht „selbst veranlagen“ könnten. Gleichzeitig wissen die Kritiker aber darum, dass Art. 101 Abs. 3 AEUV freilich kaum einen relevanten Anwendungsbereich hat<sup>235</sup>. Hinzu kommt, dass die Kritik teilweise von den gleichen Autoren kommt, sodass von konsistenter Kritik kaum die Rede sein kann.

Es soll hier nun gezeigt werden, dass die beschriebenen Angriffe und Behauptungen weitgehend überzogen sind. Art. 101 Abs. 3 AEUV hat seinen festen Platz im EU-Kartellrecht, der in das System von Regel und Ausnahme mit Art. 101 Abs. 3 AEUV eingepasst ist. Dieser Anwendungsbereich lässt sich aber nicht auf die eben zitierten

---

<sup>229</sup>Siehe in diesem Sinne z. B. *Axster*, FS Lieberknecht, S. 225; *Bright* FCLI 1994, 505; *Forrester/Norall* CMLR 1984, 21; *Fritsche* ZHR 1996, 31; *Green* ECLR 1988, 190 (195 ff.); *Gyselen* CMLR 1984, 648; *Hawk* ECLR 1988, 53; *Joliet*, rule of reason; *Massey* FCLI 1996, p. 91 (107 ff.); *Schlechter* LIEI 1982, 1; *Siragusa* FILJ 1998, 650; *Steindorff* CMLR 1984, 639; *Venit* ICLR 1987, 17.

<sup>230</sup>Vgl. hierzu insgesamt *Caspar*, Gesamtwürdigung.

<sup>231</sup>Vgl. *Caspar*, Gesamtwürdigung, S. 35.

<sup>232</sup>Vgl. *Caspar*, Gesamtwürdigung, S. 35.

<sup>233</sup>Hiermit sollen positive Aspekte einer Vereinbarung, die nicht durch Effizienzgesichtspunkte geleitet sind, zu verstehen sein, vgl. hierzu *Caspar*, Gesamtwürdigung, S. 34.

<sup>234</sup>Vgl. zu dieser Kritik aus der Sicht des Übergangs vom Genehmigungs- auf das Legalausnahmesystem schon oben.

<sup>235</sup>Siehe dazu die beiden Fallgruppen, die Art. 101 Abs. 3 AEUV von den Kritikern noch zuerkannt wird.

(angeblich existierenden) Fallgruppen reduzieren. Damit soll aber auch nicht der uferlosen Anwendung der Norm das Wort geredet werden.

Vielmehr ist zu zeigen, dass es aus Sicht der verfahrensrechtlichen Kritik nicht gerechtfertigt ist, von einer über das Normalmaß hinausgehenden Unsicherheit zu sprechen, die einer jeden Rechtsanwendung immanent ist.

Materiellrechtlich hat Art. 101 Abs. 3 AEUV seinen Platz in einem System des EU-Kartellrechts, das einerseits in bestimmten Fällen die Berücksichtigung positiver Aspekte im Tatbestand der Verbotsnorm kennt, dem per se-Verbote (wenn auch nicht in der Theorie, so doch in der Rechtspraxis) nicht unbekannt sind<sup>236</sup> und das durch typisierende gesetzgeberische Vorgaben den Anwendungsbereich der Freistellungsnorm hinlänglich eingegrenzt hat<sup>237</sup>.

Art. 101 Abs. 3 AEUV bietet das dogmatische Gerüst, gesamtwirtschaftlich positive Aspekte einer Wettbewerbsbeschränkung zu würdigen. Zudem sei der praktisch Hinweise erlaubt, dass gerade im System der Legalausnahme kein Bedürfnis bestehen kann, außerhalb des Art. 101 Abs. 3 AEUV noch andere Voraussetzungen für deren Berücksichtigung zu entwickeln und somit eine seriöse Prognose einer etwaigen Behördenentscheidung de facto unmöglich zu machen<sup>238</sup>.

## II. Restriktive Fassung des Kartellverbots im EU-Recht?

Eine Möglichkeit, zu einer restriktiven Auslegung des Kartellverbots zu gelangen, ist die Einbeziehung der rule of reason<sup>239</sup> in die methodischen Überlegungen. Hiermit kann versucht werden, schon im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV zu einer „vernünftigen“ Eingrenzung des Verbotstatbestandes zu kommen, womit gleichzeitig der Kreis der für eine Freistellung in Frage kommenden Sachverhalte begrenzt wird.

Der Begriff der rule of reason entstammt dem US-amerikanischen Antitrustrecht<sup>240</sup>. Dort ist diese Figur auf zwei rechtsdogmatische Wurzeln zurückzuführen, die die rule of reason begründen. Zum einen ist das Kartellverbot in Form von Section 1 Sherman Act<sup>241</sup> derart weit gefasst, dass es, wörtlich genommen, jede Beschränkung des Handelsverkehrs bzw. jede

---

<sup>236</sup>Vgl. unten Zweiter Teil D. I.

<sup>237</sup>Vgl. unten Zweiter Teil D. II.

<sup>238</sup>[Zudem entfallen im System der Legalausnahme langwierige behördliche Entscheidungen, sodass Rechtssicherheit gerade durch die Berücksichtigung der positiven gesamtwirtschaftlichen Aspekte einer Vereinbarung im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV gewährleistet werden kann.]

<sup>239</sup>Siehe zur rule of reason allgemein Ackermann, rule of reason, S. 11 ff.; Toepke WuW 1990 563ff.; Ulmer RIW 1985, 517 (519 ff.); Black ECLR 1997, 145 ff.

<sup>240</sup>Zu nennen sind hier die Entscheidungen Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S., 221 U.S. 1 (1911); U.S. v. American Tobacco, 221 U.S. 106 (1911) des Supreme Court.

<sup>241</sup>Section 1 Sherman Act lautet: „Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal.“

Beschränkung geschäftlicher Kaufs- und Verkaufstätigkeit<sup>242</sup> verbietet. Gleichzeitig gibt es keine irgendwie geartete gesetzlichen Freistellungsmöglichkeit oder aber einen Ausnahmetatbestand. Um somit nicht der Gesetzesbuchstäblichen Forderung nach dem Verbot jeder vertraglichen Beschränkung zu erliegen, sondern (um mit der neueren US-amerikanischen Urteilspraxis zu sprechen) “economic efficiency“<sup>243</sup> zu ermöglichen, bedarf es im US-amerikanischen Recht der rule of reason.

Im Schrifttum zum europäischen Wettbewerbsrecht finden sich nun Stimmen, die auf überwiegend wettbewerbsgünstige Vereinbarungen die Figur der rule of reason anwenden wollen, um so zu einer Verneinung des Kartellverbots zu kommen<sup>244</sup>.

Eine besondere Ausprägung hat die Postulierung einer rule of reason durch *Caspar* in ihrer Arbeit zur Gesamtbetrachtung gefunden. Danach sollen positive wie negative Aspekte einer Absprache im Rahmen des Art. 101 Abs. 1 AEUV im Rahmen einer Gesamtbetrachtung berücksichtigt werden, der Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 3 AEUV besteht dann nur noch darin, positive außerwettbewerbliche Gesichtspunkte einer Vereinbarung zu würdigen, sowie besonders komplizierte Konstellationen zu bewerten, wobei politischen Wertungen großes Gewicht zukomme<sup>245</sup>.

Es überrascht nicht, dass es zu Irritationen bezüglich der Handhabbarkeit des Art. 101 Abs. 3 AEUV im Rahmen eines Legalausnahmesystems kommt, wenn man der Norm zwei solch „schwammige“ Fallgruppen zuordnet.

Es wird später gezeigt werden, dass es entgegen der häufigen Behauptung ihrer Existenz, keine Fallgruppe gibt, bei der die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Gesichtspunkte eine Freistellung trägt. Ihre scheinbare Existenz verdankt sie vielmehr einer Missinterpretation einiger Entscheidungen und Urteile. Eine Freistellung erfolgte immer aufgrund von Effizienzerwägungen (vgl. dazu Zweiter Teil E. II.).

Die zweite Fallgruppe, die von den Anhängern einer Gesamtbetrachtung bei der Frage der Wettbewerbsbeschränkung vorgebracht wird, kann nur als grundsätzliche Beschreibung bestimmter Fallkonstellationen des Art. 101 AEUV verstanden werden. Es gibt viele Fälle, bei denen die Entscheidung für oder gegen die Bejahung der Verbotsnorm „auf Messers’ Schneide“ steht. Bejaht man in solchen Fällen Art. 101 Abs. 3 AEUV, so wird die

---

<sup>242</sup>Der Begriff *Wettbewerbsbeschränkung* wird daher dem Begriff *restraint of trade* nicht gerecht. In diesem Sinne auch *Caspar*, Gesamtbetrachtung, S. 64 f.

<sup>243</sup>Siehe dazu *Markert*, US-Antitrustrecht, S. 22 ff.

<sup>244</sup>Siehe in diesem Sinne z. B. *Axster*, FS Lieberknecht, S. 225; *Bright* FCLI 1994, 505; *Forrester/Norall* CMLR 1984, 21; *Fritsche* ZHR 1996, 31; *Green* ECLR 1988, 190 (195 ff.); *Gyselen* CMLR 1984, 648; *Hawk* ECLR 1988, 53; *Joliet*, rule of reason; *Massey* FCLI 1996, p. 91 (107 ff.); *Schlechter* LIEI 1982, 1; *Siragusa* FILJ 1998, 650; *Steindorff* CMLR 1984, 639; *Venit* ICLR 1987, 17.

<sup>245</sup>Vgl. hierzu insgesamt nochmals *Caspar*, Gesamtwürdigung, S. 34 ff..

Entscheidung für oder gegen die Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV ebenso schwierig sein. Für eine Verneinung oder Bejahung der einzelnen Voraussetzungen des Art. 101 AEUV - ob im Rahmen des Verbots oder der Ausnahme - mögen in Einzelfällen bei den Gemeinschaftsorganen auch politische Motivationen stecken<sup>246</sup>. Es kann und sollte aber nicht Aufgabe des Rechtswissenschaftlers sein, rechtlich relevante Sachverhalte in Fallgruppen zusammenzufassen, deren positive bzw. negative Bewertung von politischen Auffassungen abhängt. Relevant ist immer nur der AEUV und hier insbesondere Art. 101 AEUV. Zudem wird im Rahmen der Arbeit gezeigt werden, dass es sich bei Art. 101 Abs. 3 AEUV keinesfalls um ein industriepolitisches Instrument<sup>247</sup> handelt.

Zudem spricht gegen die Annahme einer Gesamtbetrachtung im Rahmen des Art. 101 Abs. 1 AEUV bei gleichzeitiger Reduzierung des Art. 101 Abs. 3 AEUV auf die genannten zwei Fallgruppen, dass manche Sachverhalte letztlich verboten wären, weil deren gesamtwirtschaftlich positive Aspekte nicht zur Verneinung des Vorliegens einer Wettbewerbsbeschränkung nach der Gesamtbetrachtung taugten und zudem nicht unter die genannten zwei Fallgruppen zu subsumieren sind, aber gleichwohl klassische Effizienzgewinne generieren, die der ernsthaften positiven Würdigung bedürfen<sup>248</sup>. Im

---

<sup>246</sup>Der Verfasser maßt sich allerdings nicht an, die eine oder andere Entscheidung als politisch motiviert zu kennzeichnen.

<sup>247</sup>So ausdrücklich *Caspar*, Gesamtwürdigung, S. 35.

<sup>248</sup>Siehe hierzu folgendes Beispiel aus dem Bereich der Forschung und Entwicklung:

**Sachverhaltsvariante A:** A und B vereinbaren eine FuE-Kooperation, bei der sich beide verpflichten, keine anderweitige FuE auf dem Gebiet mit anderen Partnern durchzuführen. Im Markt sind noch die Unternehmen C und D, die beide am gleichen Projekt forschen. A und B haben alleine keine ausreichenden Ressourcen, um eine FuE durchzuführen. Mit der Kooperation schränken A und B ihre jeweilige Handlungsfreiheit ein. Dies hat aber keine spürbaren negativen Auswirkungen, da durch die Vereinbarung erst Wettbewerb mit C und D entsteht. Art. 101 Abs. 1 AEUV greift nicht. Zu diesem Ergebnis kommt man aber auch ohne Gesamtbetrachtung, sondern durch die schlichte Prüfung des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung. Ohne Spürbarkeit führt auch die bloße Beschränkung der Handlungsfreiheit nicht zur Bejahung von Art. 101 Abs. 1 AEUV.

**Sachverhaltsvariante B:** C und D betreiben mangels ausreichender Kapazitäten keine FuE. Auch eine Kooperation oder ein Zusammenschluss brächte ihnen nichts, da ihre kumulierten Ressourcen noch zu gering wären. A betreibt FuE und das Produkt erreicht voraussichtlich in zwei Jahren Marktreife. B betreibt ebenfalls FuE und erreicht das Stadium der Marktreife wahrscheinlich in drei Jahren. Sie beschließen eine FuE-Kooperation, die zu einer Marktreife in einem Jahr führte.

Art. 101 Abs. 1 AEUV müsste nach der hier vertretenen Auffassung bejaht werden, da neben der Handlungsfreiheit der Partner auch eine spürbare negative Auswirkung vorliegt. Von zwei Wettbewerbern bei der FuE bleibt nur einer. Selbst bei getrennter Verwertung der FuE-Ergebnisse kommt ein identisches Produkt, nur eine Lösung, auf den Markt (zudem wird hier Gelegenheit zur Kollusion bei der Verwertung gegeben). Positiv ist nur die schnellere Markteinführung. Selbst wenn man diese im Rahmen der Gesamtbetrachtung berücksichtigen wollte, so spricht viel dafür, dass dies unter Berücksichtigung der Tatsache, dass zwei getrennte Produkte (ohne Kollusionsgefahr) kurze Zeit später auf den Markt kämen, zur Bejahung des Merkmals Wettbewerbsbeschränkung im Rahmen der Gesamtbetrachtung führten. Für Art. 101 Abs. 3 AEUV wäre ausweislich der Reduzierung auf die zwei Fallgruppen, die der Freistellungsnorm zugewiesen werden, kein Raum mehr. Die FuE-Kooperation wäre verboten.



Endeffekt verkürzt somit die Gesamtbetrachtung den Freiraum der Unternehmen, weil sie nicht leisten kann, was sie zu leisten vorgibt.

### **III. Abgrenzung von Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV im Rahmen der Arbeit**

Die Abgrenzung zwischen Art. 101 Abs. 1 AEUV und Art. 101 Abs. 3 AEUV wird im weiteren Verlauf der Arbeit nicht starr nach dem Schema vorgenommen, wonach Art. 101 Abs. 1 AEUV entweder extensiv oder restriktiv verstanden wird und „der Rest“ dem Art. 101 Abs. 3 AEUV vorbehalten bleibt.

Vielmehr wird die grundlegende Richtung der Arbeit dahingehen, dass gesamtwirtschaftlich positive Aspekte systematisch Art. 101 Abs. 3 AEUV zuzuordnen sind.

Nichtsdestotrotz erfolgt keine Orientierung entlang der formalistischen Linie, wonach Art. 101 Abs. 1 AEUV bei bloßer Beschränkung der Handlungsfreiheit eines Vereinbarungspartners zu bejahen sei.

Vielmehr soll im Verlauf der Arbeit der Linie, die durch die Kommission weitgehend vorgegeben wurde, gefolgt werden, nach der es möglich ist, Vereinbarungen schon im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu unterziehen, womit aber keinesfalls schon die Würdigung sämtlicher gesamtwirtschaftlicher positiver wie negativer Gesichtspunkte gemeint ist.

Namentlich sind dies all jene Sachverhalte, die man gemeinhin stichwortartig als die der Wettbewerbsermöglichung, Wettbewerbsaufrechterhaltung sowie der Nebenabreden im Rahmen anerkannter Vertragstypen und Geschäftspraktiken (sog. ancillary restraints) zusammenfassen kann<sup>249</sup>.

---

Folgt man dem Dogma der Gesamtbetrachtung nicht, so bleibt die Prüfung von Art. 101 Abs. 3 AEUV. Die schnellere Markteinführung lässt sich problemlos als Effizienzgewinn qualifizieren. Die Abnehmer von A und B bekommen ein Jahr früher Zugang zu einem neuen bzw. verbesserten Produkt, sodass ihre Beteiligung angemessen ist. Unter den gegebenen Umständen erscheint die Kooperation auch als unerlässlich. Probleme bereitet einzig und allein die Frage, ob es zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs kommt. Unabhängig von ihrer Beantwortung zeigt sich hier schon der Vorteil der hier vorgeschlagenen „Arbeitsteilung“ von Abs. 1 und 3. Art. 101 Abs. 3 AEUV bietet die Möglichkeit der Berücksichtigung des Gesichtspunktes Wettbewerbsausschaltung. Ob dies im Rahmen der Gesamtbetrachtung berücksichtigt wird/werden kann ist unsicher (v.a. für die Unternehmen!).

<sup>249</sup>Vgl. hierzu die überblicksartige Darstellung bei *Schröter/Jakob/Mederer-Schröter*, Art. 81 Rn 104 ff.

## **D. „Negative“ Fallgruppen als Möglichkeit der Eingrenzung des Anwendungsbereichs des Art. 101 Abs. 3 AEUV**

Im Folgenden werden knapp die beiden großen negativen Fallgruppen dargestellt, die den Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 3 AEUV einschränken. Dies sind namentlich die Hardcore-Kartelle (nachfolgend hierzu I.) und die Gruppenfreistellungsverordnungen (hierzu nachfolgend II.). Beiden Fallgruppen ist gemein, dass sie den Anwendungsbereich der Einzelfreistellung von außen her einschränken. Hardcore-Kartelle sind niemals freistellungsfähig; über die Gruppenfreistellungsverordnungen wird musterhaft und vertypt für die große Vielzahl von möglichen gesamtwirtschaftlich positiv einzustufenden wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen eine Masse der Fallgestaltungen bereits gruppenweise freigestellt. Raum für die Einzelfreistellung bleibt deswegen nicht, da es hierfür keiner Notwendigkeit mehr bedarf.

### **I. Hardcore-Kartelle als „per se“-Ausnahme vom Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 3 AEUV?**

Die erste Fallgruppe, die nun näher beleuchtet werden soll, ist die der sog. „Hardcore-Kartelle“.

Dabei handelt es sich um die Fälle von besonders schwer wiegender Bedeutung beim Schutz des Wettbewerbs vor Beschränkungen. Sie stellen den „klassischen“ Bereich der Kartellbekämpfung dar<sup>250</sup>.

Die OECD definiert Hardcore-Kartelle folgendermaßen: *A hard core cartel is an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce*<sup>251</sup>

Mithin fallen unter die Fallgruppe der Hardcore-Kartelle insbesondere Vereinbarungen über die Festsetzung von Preisen oder Absatzquoten und die Aufteilung von Märkten<sup>252</sup>.

Im Folgenden soll nun untersucht werden, ob es im Hinblick auf die regelmäßigen Wirkungen der Hardcore-Kartelle möglich ist, sie als gesamte Fallgruppe aus dem Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 3 AEUV auszunehmen.

---

<sup>250</sup>Vgl. nur *BKartA*, Bonusregelung.

<sup>251</sup>*OECD*, Recommendation, S. 3; *OECD*, Policy Brief 2002, S. 1.

<sup>252</sup>*BKartA*, Bonusregelung.

## 1. Per se-Dogma vs. generelle Freistellungsmöglichkeit

Zunächst ist auf die Frage einzugehen, ob es überhaupt denkbar ist, bestimmte Fälle der Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV zu entziehen.

Dabei stellt sich das Problem einer dogmatischen Möglichkeit im EU-Kartellrecht ein per se-Verbot bestimmter Verhaltensweisen zu verorten.

Gegen die Existenz einer solchen Fallgruppe können mehrere Argumente ins Feld geführt werden.

Zum einen ist hierbei der Gesetzeswortlaut von Art. 101 AEUV anzuführen. In Art. 101 Abs. 3 AEUV werden zwar bestimmte Fallgestaltungen enumerativ aufzählt<sup>253</sup>, allerdings macht der „insbesondere“-Satz den Regelbeispielscharakter dieser Aufzählung deutlich<sup>254</sup>. Folglich fallen alle Sachverhalte, die die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen, in seinen Anwendungsbereich.

Daran schließt sich dann das nächste Argument an. Aus dem systematischen Zusammenhang von Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV könnte sich nämlich ergeben, dass eben auch alle Fälle, die die Voraussetzungen des Abs. 3 EG erfüllen, freigestellt sind.

Dies ist natürlich richtig. Dennoch sagt dieses Argument noch nichts darüber aus, ob nicht bestimmte Fälle seinem Anwendungsbereich in jedem Fall entzogen sind, weil diese Fälle niemals die Tatbestandsvoraussetzungen der Norm erfüllen können und somit kein Fall denkbar ist, bei dem Art. 101 Abs. 3 AEUV greifen könnte.

Nichtsdestotrotz ist es nach wie vor herrschende Auffassung, dass aufgrund der generalklauselartigen Formulierung des Art. 101 Abs. 3 AEUV eine solches Pauschalurteil nicht statthaft sei<sup>255</sup>.

Dem steht aber auf der anderen Seite gegenüber, dass namentlich die Kommission sehr wohl bestimmte Verhaltensweisen als *ihrem Wesen nach* für einen Verstoß gegen das EU-Kartellrecht bezeichnet<sup>256</sup>.

Freilich genügt noch nicht die Behauptung der Existenz eines per se-Verbots oder der Befund, dass die Organe der Union hier und dort vereinzelt Entscheidungen getroffen haben, aus

---

<sup>253</sup>Vgl. Art. 101 Abs. 1 lit. a-e AEUV.

<sup>254</sup>Als selbstverständlich voraussetzend z. B. *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., § 12 Rn 1; *Emmerich*, Kartellrecht, 12. Aufl., § 5 Kap. 1, S. 93 ff.; v. *Gamm*, Kartellrecht, Art. 85 Rn 28.

<sup>255</sup>Vgl. so z. B. *Gleiss/Hirsch*, EG-Kartellrecht, Rn 1784 mit Bezug auf *EuGH* Slg. 1977, 1875 (1905 f.)-*Metro-Saba I*/Kommission; zuletzt auch *GeI* v. 15. 7. 1994, Rs. T-17/93 Rn 85-*Matra-Hachette*/Kommission. Allerdings soll nicht unerwähnt bleiben, dass auch der Kommission die positive Besetzung des Begriffes „per se-Verbot“ nicht gänzlich fremd ist, vgl. *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (43) Rn 223.

<sup>256</sup>Vgl. hierzu *Kommission*, Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, ABl. 2004 C 101/81 (85) Rn 48; (87) Rn 53.

denen zu schließen wäre, dass manche Vereinbarungen nie und unter gar keinen Umständen freizustellen seien, für den Nachweis eines per-se Verbots. Vielmehr bedarf es einer fundierten systematischen Begründung dieser These. Mithin ist anhand der vier Freistellungsvoraussetzungen zu bestimmen, an welchem Kriterium bzw. welchen Kriterien die nämlichen Vereinbarungen und Vereinbarungstypen scheitern müssen.

Streng systematisch geprüft - so wie es im Rahmen dieser Arbeit getan wird - handelt es sich bei den Effizienzgewinnen um rein betriebswirtschaftliche Vorteile der Vereinbarungspartner. Daher fallen Hardcore-Kartelle an dieser Stelle noch nicht aus der Prüfung. Es ist unbestritten, dass solche Vereinbarungen betriebswirtschaftliche Vorteile generieren. Sinn und Zweck eines Hardcore-Kartells ist es gerade, den Parteien einen Gewinn zu beschere, der ohne die Absprache nicht zu erzielen wäre - die Kartellrendite.

Die volkswirtschaftliche Komponente im Kanon der Voraussetzungen der gemeinschaftsrechtlichen Einzelfreistellung stellt die Frage der angemessenen Verbraucherbeteiligung dar. Genauer muss an dieser Stelle gefragt werden: Werden die Verbraucher angemessen an der Kartellrendite beteiligt (werden)?

Diese Frage muss freilich fast schon als rhetorisch bezeichnet werden. Denn niemand würde ernsthaft auf die Idee kommen, dass es überhaupt zu einer Beteiligung der Verbraucher an der Kartellrendite kommen wird - geschweige denn zu einer angemessenen. Es ist gerade Sinn und Zweck des Hardcore-Kartells an den Verbrauchern vorbei einen besonders großen Gewinn für die Vereinbarungspartner zu erwirtschaften. Beabsichtigt ist gerade der Ausschluss der Verbraucher von den durch die Kartellanten erwirtschafteten Gewinn.

Daraus ergibt sich, dass bei Hardcore-Kartellen unter keinen Umständen eine Erfüllung der zweiten Freistellungsvoraussetzung gegeben sein kann. Die Einzelfreistellung scheidet demnach zwangsläufig in jedem Einzelfall. Daraus ergibt sich, dass die Einzelfreistellung von Hardcore-Kartellen von vornherein ausgeschlossen ist.

Mit anderen Worten ist das Ergebnis der Überprüfung von Hardcore-Kartellen an Hand der Voraussetzungen der Einzelfreistellung aus Art. 101 Abs. 3 AEUV, dass es ein per se-Verbot von Hardcore-Kartellen im Unionskartellrecht gibt.

Bei diesem per se-Verbot handelt es sich aber streng genommen nicht um ein rechtliches per se-Verbot wie im US-Antitrustrecht. Ausgangspunkt für das per se-Verbot von Hardcore-Kartellen ist in den USA Sec. 1 Sherman Act. Dieser lautet: *“Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal.”*

Der Ansatzpunkt für das Kartellverbot ist in den USA dem Wortlaut nach ein anderer als in der EU. Denn Sec. 1 Sherman Act greift wörtlich genommen alle *Handelsbeschränkungen* auf, wohingegen Art. 101 Abs. 3 AEUV Wettbewerbsbeschränkungen zum Gegenstand hat. Daher bedarf das US-amerikanische Kartellverbot in mehrererlei Hinsicht der erläuternden Auslegung. Denn schon ganz grundsätzlich kann Sec. 1 Sherman Act freilich nicht wörtlich verstanden werden, ansonsten würde es im *land of the free* zu einer Abschnürung jedweder unternehmerischen Entfaltungsmöglichkeit kommen. Richtigerweise ist die Zielrichtung des Sec. 1 Sherman Act daher als auf ein Verbot von *Wettbewerbsbeschränkungen*, so wie es auch Art. 101 Abs. 3 AEUV vorsieht, zu verstehen. Hier kann die Auslegung aber aus systematischen Gründen noch nicht stehen bleiben. Denn anders als Art. 101 AEUV sieht der Sherman Act keine Ausnahme vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Abreden vor. Dem Wortlaut nach gibt es keine Möglichkeit, irgendwie geartete positive Auswirkungen auf den Wettbewerb derart zu berücksichtigen, dass bei der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen das Verbot außer Kraft gesetzt wäre. Daher ist es nicht weiter überraschend, dass diese Arbeit - wie in einer angloamerikanischen Rechtsordnung mit dem ihr eigenem case law üblich - durch den Supreme Court übernommen wurde. Dieser hat in mehreren Entscheidungen über die Jahre die Systematik von Regel und Ausnahme - oder treffender striktem Verbot ohne Ausnahmemöglichkeit und Ausnahmenorm geschaffen. Das System aus per se-Verbot und rule of reason<sup>257</sup>.

Systematisch unterscheidet sich dieses System entscheidend von der unionskartellrechtlichen Lösung in Art. 101 AEUV. Sec. 1 Sherman Act und Art. 101 AEUV sind sich im Ausgang dabei gar nicht unähnlich. Es wird jeweils ein schlichtes Verbot von handels- bzw. wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen ausgesprochen. Anders als in den USA, wo es als geschriebenes Gesetz bei dem schlichten Verbot bleibt, kennt Art. 101 AEUV mit Abs. 3 die Freistellung von sich - ungeachtet ihrer beschränkenden Natur - positiv auf den Wettbewerb auswirkenden Vereinbarungen. Dieser Unterschied präjudiziert die unterschiedlichen Ergebnisse, die die Auslegung des US- und des Unionskartellrechts zu Tage fördern muss. In den USA ist man gezwungen, ein Konstrukt wie die rule of reason zu entwickeln, um positive wettbewerbliche Auswirkungen berücksichtigen zu können. Dass es im Rahmen des Art. 101 Abs. 1 AEUV einer solchen Korrektur nicht bedarf, wurde bereits gezeigt, da eben jene Rolle von Art. 101 Abs. 3 AEUV eingenommen wird - allerdings freilich nur unter den dort aufgeführten kodifizierten Voraussetzungen.

---

<sup>257</sup>Vgl. hierzu den Überblick bei *Caspar*, Gesamtwürdigung, S. 50 ff.

Im US-amerikanischen Kartellrecht gibt sich aus diesen systematischen Vorgaben auch zwangsläufig die Notwendigkeit, ein per se-Verbot für bestimmte Sachverhaltsgruppen zu entwickeln. Denn ansonsten würde von Sec. 1 Sherman Act quasi nichts mehr übrig bleiben, da man schlicht jede Vereinbarung einer Vernünftigkeitprüfung im Sinne der rule of reason unterziehen müsste. Im EU-Recht besteht keine systematische Notwendigkeit, ein per se-Verbot zu statuieren. Denn das Kartellverbot aus Art. 101 Abs. 1 AEUV besteht ohnehin. Jede Vereinbarung muss sich dann an den Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 messen lassen, will sie von der Freistellung - sei es individuell oder gruppenweise - profitieren. Mit anderen Worten: Es gibt freilich im Unionskartellrecht kein rechtliches per se-Verbot. Denn es bleibt *rechtlich* dabei, dass jede noch so wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung *rechtlich* gesehen an keiner Stelle des AEUV von der Möglichkeit der Freistellung ausgenommen wird.

Allerdings gibt es im Unionskartellrecht sehr wohl ein *tatsächliches* per se-Verbot. Denn aus tatsächlichen Gründen lässt sich ex ante voraussagen, dass die Gruppe der Hardcore-Kartelle die rechtlichen Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV unter keinen Umständen erfüllen können wird. Daher wird das Dogma der Kommission, wonach jede Vereinbarung der Einzelfreistellung zugänglich sei, zur reinen Leerformel ohne jeden praktischen Wert.

## **2. Rechtswirklichkeit in der Entscheidungspraxis der Kommission**

Nachdem die Auslegung der Freistellungs Voraussetzungen das Ergebnis gebracht hat, dass es entgegen des Diktums der Kommission, wonach es keine Vereinbarungen bzw. Vereinbarungstypen gäbe, die von vornherein einer Einzelfreistellung verschlossen wären, sehr wohl ein (faktisches) per se-Verbot von Hardcore-Kartellen im Unionskartellrecht gibt, wird im Folgenden nun gezeigt werden, dass sich auch in der Entscheidungspraxis der Kommission eine Kategorie von Hardcore-Kartellen als (faktische) per se-Verbotsgruppe ausmachen lässt.

Entgegen des gängigen Dogmas, es gäbe keine Sachverhalte, die sich der Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV von vornherein entziehen, sind in der Entscheidungswirklichkeit der Kommission durchaus typisierte Fallgruppen erkennbar, bei denen die Kommission eine positive Wirkung generell ausschließt.

### **a. Abschottung nationaler Märkte**

Ein solch genereller Ausschluss betrifft Vereinbarungen, die die Abschottung nationaler Märkte betreffen.

Die Abschottung nationaler Märkte widerspricht unmittelbar den Wettbewerbsregeln der Union. Dieser Zweck besteht zuvorderst darin, den vom Vertrag avisierten, wettbewerblich ausgestalteten Binnenmarkt zu realisieren und dazu vor privaten Beschränkungen zu schützen<sup>258</sup>. Die vom Unionsgesetzgeber durch das Binnenmarktprojekt abgeschafften nationalen Grenzen sollen von unternehmerischer Seite nicht wieder errichtet werden<sup>259</sup>. Ausdruck hat diese Einschätzung dann auch in der Qualifizierung der Abschottung von nationalen Märkten als Regelbeispiel in Art. 101 Abs. 1 lit. c AEUV gefunden.

### **aa. Abschottung als Zweck der Vereinbarung**

#### **(1) Der Fall Dupont<sup>260</sup>**

Im Fall Dupont hatte die Kommission einen Sachverhalt zu beurteilen, bei dem Hersteller fotografischer Erzeugnisse die Einzelhändler in allgemeinen Geschäftsbedingungen verpflichteten, die von ihnen gelieferten Erzeugnisse nicht ohne Genehmigung ins Ausland zu exportieren<sup>261</sup>.

Die Kommission stellte zu dieser Klausel lediglich lapidar fest, dass sie unter das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV falle und „...*nicht in den Genuss der Bestimmungen des Art. 81 Absatz 3 kommen konnte*“<sup>262</sup>. Aus dieser kurzen Feststellung kann man deutlich erkennen, dass für die Kommission die Unmöglichkeit einer Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV in einem Fall der Abschottung nationaler Märkte so offenbar war, dass es keiner weiteren Erklärung bedurfte.

#### **(2) Der Fall Deutsche Philips<sup>263</sup>**

1973 hatte es die Kommission im Fall Deutsche Philips mit einem Sachverhalt zu tun, bei dem ein Hersteller von Elektrorasierern es allen Groß- und Einzelhändlern zur Auflage gemacht hatte, die Vertragsware weder unmittelbar noch mittelbar ins EG-Ausland zu verkaufen<sup>264</sup>.

Auch hier konnte laut Kommission nicht freigestellt werden<sup>265</sup>.

#### **(3) Der Fall Kugellager<sup>266</sup>**

---

<sup>258</sup> *Emmerich*, Kartellrecht, 12. Aufl., § 3, S. 24 Rn 4.

<sup>259</sup> *Emmerich*, Kartellrecht, 12. Aufl., § 5 Kap. 1, S. 97 f., Rn 10 f.

<sup>260</sup> *Kommission* v. 14. 6. 1973, ABl. 1973 L 194/27-Dupont.

<sup>261</sup> *Kommission* v. 14. 6. 1973, ABl. 1973 L 194/27 (28)-Dupont.

<sup>262</sup> *Kommission* v. 14. 6. 1973, ABl. 1973 L 194/27 (29)-Dupont.

<sup>263</sup> *Kommission* v. 5. 10. 1973, ABl. 1973 L 293/40-Deutsche Philips.

<sup>264</sup> *Kommission* v. 5. 10. 1973, ABl. 1973 L 293/40 (42)-Deutsche Philips.

<sup>265</sup> *Kommission* v. 5. 10. 1973, ABl. 1973 L 293/40 (42 f.)-Deutsche Philips.

Des Weiteren gehört hierher auch die Entscheidung der Kommission im Fall Kugellager.

Die Kommission musste sich dabei mit einer Vereinbarung von japanischen und französischen Herstellern von Kugellagern auseinandersetzen. Die Vereinbarungspartner waren vorliegend übereingekommen, dass die japanischen Hersteller darauf achten sollten, ihre Ausfuhren auf dem französischen Markt zu begrenzen<sup>267</sup>. Hierfür verpflichteten sich die französischen Hersteller dazu, den Japanern regelmäßig die französischen Einfuhrstatistiken zu übermitteln, um diesen die „Berichtigung“ ihrer Ausfuhren zu ermöglichen<sup>268</sup>.

Die Kommission sah hier „keinen Anhaltspunkt“ für eine Freistellung<sup>269</sup>.

#### **(4) Der Fall Pilzkonserven<sup>270</sup>**

In der Entscheidung Pilzkonserven hatte die Kommission über eine Absprache zwischen französischen und formosanischen Pilzkonservenherstellern zu befinden. Diese Vereinbarung enthielt u. a. eine Koordinierung der jeweiligen jährlichen Exportkontingente für den deutschen Pilzkonservenmarkt<sup>271</sup>. Die Kommission lehnte eine Freistellung dieser Absprache kategorisch ab. Sie war der Auffassung, dass eine solche Marktaufteilung in Form einer Abschottung eines nationalen Marktes „keine“ Verbesserungen im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV bewirken „könne“<sup>272</sup>. Zudem legte sie dar, dass sich eine solche Vereinbarung „nur negativ“ auf die Interessen der Verbraucher „auswirken könne“<sup>273</sup>.

#### **(5) Der Fall Theal-Watts<sup>274</sup>**

In der Entscheidung Theal-Watts war die Kommission mit einer Vereinbarung eines Herstellers und Vertreibers (Watts) von Erzeugnissen zur Reinigung und Instandhaltung von Schallplatten und einem Händler (Theal) solcher Waren befasst.

Watts übertrug Theal das Alleinvertriebsrecht für die in Rede stehenden Waren für die Niederlande<sup>275</sup>. Gleichzeitig erlangte Theal die Exklusivrechte an den Warenzeichen für die Watts-Erzeugnisse in diesem Mitgliedsstaat<sup>276</sup>. Hierdurch sollte es Theal ermöglicht werden, gegen Parallelimporte der Waren vorzugehen und so absoluten Gebietsschutz über die

---

<sup>266</sup> *Kommission* v. 29. 11. 1974, ABl. 1974 L 343/19-Kugellager.

<sup>267</sup> *Kommission* v. 29. 11. 1974, ABl. 1974 L 343/19 (20)-Kugellager.

<sup>268</sup> *Kommission* v. 29. 11. 1974, ABl. 1974 L 343/19 (21)-Kugellager.

<sup>269</sup> *Kommission* v. 29. 11. 1974, ABl. 1974 L 343/19 (25)-Kugellager.

<sup>270</sup> *Kommission* v. 1975, ABl. 1975 L 29/26-Pilzkonserven.

<sup>271</sup> *Kommission* v. 1975, ABl. 1975 L 29/26 (27)-Pilzkonserven.

<sup>272</sup> *Kommission* v. 1975, ABl. 1975 L 29/26 (28)-Pilzkonserven.

<sup>273</sup> *Kommission* v. 1975, ABl. 1975 L 29/26 (28)-Pilzkonserven.

<sup>274</sup> *Kommission* v. 21. 12. 1976, ABl. 1977 L 39/19-Theal-Watts.

<sup>275</sup> *Kommission* v. 21. 12. 1976, ABl. 1977 L 39/19-Theal-Watts.

<sup>276</sup> *Kommission* v. 21. 12. 1976, ABl. 1977 L 39/19-Theal-Watts.



Durchsetzung warenzeichenrechtlicher Ansprüche zu erlangen<sup>277</sup>. Flankiert wurde diese Konstruktion noch durch die Auflage von Watts an die belieferten Großhändler in den anderen Mitgliedsstaaten, nicht in andere Staaten zu exportieren<sup>278</sup>.

Die Kommission urteilte hierzu, dass die Herstellung eines solchen absoluten Gebietsschutzes lediglich den beteiligten Unternehmen zugute komme, aber keine der in Art. 101 Abs. 3 AEUV genannten positiven Aspekte herbeizuführen vermöge und mithin nicht freistellungsfähig sei<sup>279</sup>.

#### **(6) Der Fall Gerofabriek<sup>280</sup>**

In der Entscheidung Gerofabriek hatte es die Kommission mit den allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Herstellers<sup>281</sup> von versilberten, nicht rostenden Tafelgeräten und hier speziell völlig rostfreier Löffel und Gabeln zu tun, die dieser zum einen Einzelhändlern und zum anderen Großkunden stellte.

Den von ihm belieferten Einzelhändlern machte GERO in allgemeinen Einzelverkaufsbedingungen in Form eines Mustervertrages zur Auflage, die schriftliche Zustimmung für den Weiterverkauf und/oder für die Einzelhandelslieferung der GERO-Erzeugnisse in dritte Länder einzuholen, andernfalls diese Lieferungen zu unterlassen<sup>282</sup>.

Die gleiche Verpflichtung legte GERO seinen Großabnehmern in den allgemeinen Großverkaufsbedingungen auf<sup>283</sup>. Die Verletzung dieser Großverkaufsbedingungen war zudem sanktionsbewehrt<sup>284</sup>. Bei Zuwiderhandlung war ein sofort zahlbarer und nicht herabsetzbarer Betrag von 20 % des Betrages der Rechnungen für die von GERO in den 24 Monaten vor der Verletzung gelieferten Waren an GERO abzuführen, ohne dass GERO irgendeinen Schaden nachzuweisen brauchte, mit einem Mindestbetrag von 1 000 hfl für jede Zuwiderhandlung<sup>285</sup>. Laufende Aufträge eines solchen Abnehmers konnten von GERO unverzüglich annulliert werden<sup>286</sup>. Außerdem konnten die Geschäftsbeziehungen ohne Weiteres abgebrochen werden<sup>287</sup>.

---

<sup>277</sup> *Kommission* v. 21. 12. 1976, ABl. 1977 L 39/19 (19; 21)-Theal-Watts.

<sup>278</sup> *Kommission* v. 21. 12. 1976, ABl. 1977 L 39/19 (20)-Theal-Watts.

<sup>279</sup> *Kommission* v. 21. 12. 1976, ABl. 1977 L 39/19 (24)-Theal-Watts.

<sup>280</sup> *Kommission* v. 22. 12. 1976, ABl. 1977 L 16/8-Gerofabriek.

<sup>281</sup> Gerofabriek N. V.-im Folgenden „GERO“.

<sup>282</sup> *Kommission* v. 22. 12. 1976, ABl. 1977 L 16/8-Gerofabriek.

<sup>283</sup> *Kommission* v. 22. 12. 1976, ABl. 1977 L 16/8 (9)-Gerofabriek.

<sup>284</sup> *Kommission* v. 22. 12. 1976, ABl. 1977 L 16/8 (9)-Gerofabriek.

<sup>285</sup> *Kommission* v. 22. 12. 1976, ABl. 1977 L 16/8 (9)-Gerofabriek.

<sup>286</sup> *Kommission* v. 22. 12. 1976, ABl. 1977 L 16/8 (9)-Gerofabriek.

<sup>287</sup> *Kommission* v. 22. 12. 1976, ABl. 1977 L 16/8 (9)-Gerofabriek.

Die Kommission entschied hierzu, dass eine Freistellung dieser Einzel- und Großverkaufsbedingungen ausscheiden musste<sup>288</sup>.

Zur ersten Voraussetzung des Art. 101 Abs. 3 AEUV führte sie aus, dass durch das Ausfuhrverbot die Verteilung der betreffenden Waren nicht gefördert werde, sondern völlig verhindert, so dass mögliche Preisvorteile in einem Mitgliedstaat in anderen Mitgliedstaaten nicht weitergegeben werden könnten<sup>289</sup>.

Bezüglich der dritten Freistellungsvoraussetzung entschied die Kommission, dass nicht einzusehen sei, dass ein Ausfuhrverbot die Ziele des Vertrages besser erreichen könne, als die leistungsfördernde Wirkung des Wettbewerbs und mithin auch aus diesem Aspekt die Freistellung zu versagen sei<sup>290</sup>.

Schließlich legte die Kommission zur zweiten Voraussetzung des Art. 101 Abs. 3 AEUV dar, dass es nicht denkbar sei, dass die Wettbewerbsbeschränkungen - selbst wenn sie einen bestimmten Gewinn ergeben sollten, was nicht der Fall sei - zu einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher an diesem hypothetischen Gewinn führten, da etwaige Preisvorteile nicht weitergegeben werden könnten<sup>291</sup>.

## **bb. Abschottung als Wirkung der Vereinbarung**

### **(1) Der Fall Fliesenhersteller<sup>292</sup>**

Im Fall Fliesenhersteller ging es um einen Rabattbeschluss der Interessengemeinschaft zwölf deutscher Hersteller von keramischen Wand- und Bodenfliesen, die sich 1958 in Form einer GbR zusammengeschlossen hatten<sup>293</sup>. Diese zwölf Hersteller deckten 99 % der deutschen Fliesenerzeugung ab<sup>294</sup>.

Durch den Rabattbeschluss wurden die Mitglieder der Interessengemeinschaft verpflichtet, ihren deutschen Abnehmern einen in dem Beschluss festgelegten kollektiven Rabatt zu gewähren, der sich nicht nach der Abnahmemenge der einzelnen Kunden errechnete, sondern nach der bei allen deutschen Herstellern - egal ob Mitglied in der Interessengemeinschaft oder nicht - bezogenen Gesamtmenge an Fliesen<sup>295</sup>.

---

<sup>288</sup> *Kommission* v. 22. 12. 1976, ABl. 1977 L 16/8 (11 f.)-Gerofabrik.

<sup>289</sup> *Kommission* v. 22. 12. 1976, ABl. 1977 L 16/8 (11)-Gerofabrik.

<sup>290</sup> *Kommission* v. 22. 12. 1976, ABl. 1977 L 16/8 (11)-Gerofabrik.

<sup>291</sup> *Kommission* v. 22. 12. 1976, ABl. 1977 L 16/8 (11 f.)-Gerofabrik.

<sup>292</sup> *Kommission* v. 29. 12. 1970, ABl. 1971 L 10/15-Fliesenhersteller.

<sup>293</sup> Interessengemeinschaft der deutschen keramischen Wand- und Bodenfliesenwerke - im Folgenden „Interessengemeinschaft“.

<sup>294</sup> *Kommission* v. 29. 12. 1970, ABl. 1971 L 10/15 (16)-Fliesenhersteller.

<sup>295</sup> *Kommission* v. 29. 12. 1970, ABl. 1971 L 10/15 (16)-Fliesenhersteller.

Dieser Gesamtumsatzrabatt<sup>296</sup> war nach bestimmten Gesamtabnahmemengen gestaffelt und es bestanden erhebliche Unterschiede zwischen den einzelnen Rabattsätzen<sup>297</sup>. Hierdurch wurde im Wesentlichen eine Konzentration der Abnehmer auf die deutschen Fliesenhersteller erreicht, in dem die Kunden, die schon bei den Mitgliedern bezogen hatten, nun möglichst ihren ganzen Bedarf bei deutschen Herstellern decken würden<sup>298</sup>. Abnehmer, die noch nicht um den Aufstieg in eine neue Rabattstufe bemüht waren, würden schon beim Erstbezug gegenüber attraktiven Angeboten ausländischer Hersteller die Rabattangebote der Interessengemeinschaft berücksichtigen<sup>299</sup>.

Die Folge dieser Rabattgestaltung war, dass ausländische Hersteller beim Absatz in Deutschland insgesamt günstigere Angebote machen mussten, als ihre deutschen Konkurrenten, um überhaupt noch als Wettbewerber in Frage zu kommen<sup>300</sup>.

Die Kommission lehnte die Freistellung des Rabattbeschlusses ab<sup>301</sup>. Zur Begründung führte die Kommission an, dass selbst wenn es zu einer von der Interessengemeinschaft behaupteten Verbesserung der Auswahl an Fliesen aus deutscher Erzeugung durch den Rabattbeschluss<sup>302</sup> kommen sollte, diese sich auf die deutschen Abnehmer beschränke, da nur sie in den Genuss der Rabattierung kommen könnten<sup>303</sup>. Zudem trat die Kommission dem Argument der Interessengemeinschaft entgegen, dass es zu einer Verbreiterung des Fliesensortiments im Fachhandel kommen werde<sup>304</sup>. Selbst wenn dies so sei, so stehe dem aber entgegen, dass diese Verbesserung zu Lasten der ausländischen Anbieter erfolgen würde, deren Fliesen sich auf dem deutschen Absatzmarkt in Folge der Absprache in jedem Fall schlechter verteilen würden<sup>305</sup>.

## (2) Der Fall Belgische Tapetenhersteller<sup>306</sup>

Im Fall Belgische Tapetenhersteller errichteten vier bedeutende belgische Tapetenhersteller ein umfassendes Marktordnungssystem<sup>307</sup>. Teil dieses Marktordnungssystems war wie im Fall Fliesenhersteller ein Gesamtumsatzrabattsystem, dass durch die ihm eigene Sogwirkung zu

---

<sup>296</sup>Generell zur Wirkung eines Gesamtumsatzrabattes vgl. *Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 285, sowie v. *Gamm*, Kartellrecht, § 3 Rn 12.

<sup>297</sup>*Kommission* v. 29. 12. 1970, ABl. 1971 L 10/15 (16)-Fliesenhersteller.

<sup>298</sup>*Kommission* v. 29. 12. 1970, ABl. 1971 L 10/15 (19)-Fliesenhersteller.

<sup>299</sup>*Kommission* v. 29. 12. 1970, ABl. 1971 L 10/15 (19)-Fliesenhersteller.

<sup>300</sup>*Kommission* v. 29. 12. 1970, ABl. 1971 L 10/15 (19)-Fliesenhersteller.

<sup>301</sup>*Kommission* v. 29. 12. 1970, ABl. 1971 L 10/15 (22)-Fliesenhersteller.

<sup>302</sup>*Kommission* v. 29. 12. 1970, ABl. 1971 L 10/15 (21)-Fliesenhersteller.

<sup>303</sup>*Kommission* v. 29. 12. 1970, ABl. 1971 L 10/15 (21)-Fliesenhersteller.

<sup>304</sup>*Kommission* v. 29. 12. 1970, ABl. 1971 L 10/15 (21)-Fliesenhersteller.

<sup>305</sup>*Kommission* v. 29. 12. 1970, ABl. 1971 L 10/15 (22)-Fliesenhersteller.

<sup>306</sup>*Kommission* v. 23. 7. 1974, ABl. 1974 L 237/ 3-Belgische Tapetenhersteller.

<sup>307</sup>*Kommission* v. 23. 7. 1974, ABl. 1974 L 237/ 3 ff.-Belgische Tapetenhersteller.

einer Konzentration der Abnahme auf die Mitgliedsunternehmen führte<sup>308</sup>. Zudem konnten nur solche Unternehmen Mitglied in dem Zusammenschluss der Tapetenhersteller werden, die eine Niederlassung in Belgien hatten<sup>309</sup>. In Kombination mit dem Rabattpartell wurde auf diese Weise eine Behinderung der Einfuhren von Tapeten nach Belgien erreicht und somit der Markt weitgehend abgeschottet<sup>310</sup>. Eine Freistellung kam für die Kommission aufgrund der die Verbraucher schädigenden Wirkung der Vereinbarung der vier Tapetenhersteller nicht in Betracht<sup>311</sup>.

### (3) Der Fall *Advocaat Zwarte Kip*<sup>312</sup>

Im Fall *Advocaat Zwarte Kip* ging es um eine als „Warenzeichenabtretungsvertrag“ bezeichnete Vereinbarung zwischen der niederländischen Gesellschaft Van Olfen B. V. mit Herrn A. C. Thissen, womit diesem die Rechte an dem Zeichen „*Advocaat Zwarte Kip*“ für Eierlikör auf dem belgischen und luxemburgischen Markt übertragen werden sollten<sup>313</sup>. Bewirkt wurde hiermit eine Abschottung des niederländischen vom belgischen und luxemburgischen räumlichen Markt<sup>314</sup>. Diese gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßende Marktaufteilung konnte laut Kommission nicht freigestellt werden<sup>315</sup>, da sie die Verteilung von Eierlikör auf den in Rede stehenden Märkten nicht verbesserte, sondern sogar verhinderte<sup>316</sup>.

### (4) Der Fall *Sirdar/Phildar*<sup>317</sup>

Der Entscheidung der Kommission *Sirdar/Phildar* liegt eine Vereinbarung der *Sirdar Ltd.* aus Großbritannien und der französischen *Les Fils de Luis Mulliez S. A.* aus dem Jahre 1964 zugrunde.

Hierin verpflichtete sich *Sirdar Ltd.* dazu, seine Marke „*Sirdar*“ nicht für Strickwolle in Frankreich zu benutzen und umgekehrt versprach *Les Fils de Mulliez S. A.* sein Warenzeichen „*Phildar*“ nicht für Strickwolle im Vereinigten Königreich zu verwenden<sup>318</sup>.

---

<sup>308</sup> *Kommission* v. 23. 7. 1974, ABl. 1974 L 237/ 3 (9)-Belgische Tapetenhersteller.

<sup>309</sup> *Kommission* v. 23. 7. 1974, ABl. 1974 L 237/ 3-Belgische Tapetenhersteller.

<sup>310</sup> *Kommission* v. 23. 7. 1974, ABl. 1974 L 237/ 3 (9)-Belgische Tapetenhersteller.

<sup>311</sup> *Kommission* v. 23. 7. 1974, ABl. 1974 L 237/ 3 (9)-Belgische Tapetenhersteller.

<sup>312</sup> *Kommission* v. 24. 7. 1974, ABl. 1974 L 237/12-*Advocaat Zwarte Kip*.

<sup>313</sup> *Kommission* v. 24. 7. 1974, ABl. 1974 L 237/12-*Advocaat Zwarte Kip*.

<sup>314</sup> *Kommission* v. 24. 7. 1974, ABl. 1974 L 237/12 (13)-*Advocaat Zwarte Kip*.

<sup>315</sup> In der Entscheidung heißt es wörtlich:...,„da sie offensichtlich nicht dessen Voraussetzungen erfüllt...“; *Kommission* v. 24. 7. 1974, ABl. 1974 L 237/12 (15)-*Advocaat Zwarte Kip*.

<sup>316</sup> *Kommission* v. 24. 7. 1974, ABl. 1974 L 237/12 (15)-*Advocaat Zwarte Kip*.

<sup>317</sup> *Kommission* v. 5. 3. 1975, ABl. 1975 L 125/27-*Sirdar/Phildar*.

<sup>318</sup> *Kommission* v. 5. 3. 1975, ABl. 1975 L 125/27 (28)-*Sirdar/Phildar*.

Selbst für den Fall, dass die Warenzeichen „Sirdar“ und „Phildar“ verwechslungsfähig seien, so liege in der bewirkten territorialen Marktaufteilung ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV<sup>319</sup>. Darüber hinaus scheide eine Freistellung aus, da die Warenverteilung behindert werde und zudem die Verbraucher durch die Vorenthaltung der jeweiligen Strickware benachteiligt würden und somit Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht erfüllt sei<sup>320</sup>.

#### **(5) Der Fall Kachelhandelaren<sup>321</sup>**

Die Entscheidung Kachelhandelaren hatte eine Kartellvereinbarung von niederländischen Herstellern, Importeuren, Großhändlern, Provinz-Großhändlern, Wiederverkäufern und Einzelhändlern auf dem sachlichen Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Kohlen-, Gas- und Ölheizgeräten zum Gegenstand. Die am Kartell beteiligten Unternehmen hatten einen Marktanteil von 90 % beim Absatz der in Rede stehenden Geräte<sup>322</sup>. Inhalt der Vereinbarung war ein umfassendes Marktordnungssystem, dessen Bestandteil auch strikte Liefer- und Bezugsbindungen waren<sup>323</sup>. Darüber hinaus waren Verletzungen der Kartellvereinbarungen bußgeldbewehrt und konnten auch zum Ausschluss aus dem Kartell führen<sup>324</sup>. Durch dieses System wurde der niederländische Markt von anderen mitgliedstaatlichen Märkten weitgehend abgeschottet<sup>325</sup>. Eine Freistellung dieser gegen Art. 101 Abs. 3 AEUV verstoßenden Vereinbarung konnte für den hier interessierenden Fragenkreis schon deshalb nicht erfolgen, da dieses umfassende Kartell Paralleleinfuhren aus anderen Mitgliedstaaten verhinderte und dies - mit Blick auf den Marktanteil des Kartells - nahezu den ganzen niederländischen Markt betraf<sup>326</sup>.

#### **(6) Der Fall Bommee-Stichting<sup>327</sup>**

Gegenstand der Entscheidung Bommee-Stichting waren die Satzung der niederländischen Berufsvereinigung Bommee-Stichting und deren Verkaufsbedingungen (Bommee-Bedingungen). In der Bommee-Stichting hatten sich niederländische Hersteller, Importeure, Groß- und Einzelhändler von Markenartikeln im Bereich Parfümerie-, Kosmetik- und Körperpflegeartikel zusammengeschlossen. Die Mitglieder waren verpflichtet die

---

<sup>319</sup> *Kommission* v. 5. 3. 1975, ABl. 1975 L 125/27 (29)-Sirdar/Phildar.

<sup>320</sup> *Kommission* v. 5. 3. 1975, ABl. 1975 L 125/27 (29)-Sirdar/Phildar.

<sup>321</sup> *Kommission* v. 3. 6. 1975, ABl. 1975 L 159/22-Kachelhandelaren.

<sup>322</sup> *Kommission* v. 3. 6. 1975, ABl. 1975 L 159/22-Kachelhandelaren.

<sup>323</sup> *Kommission* v. 3. 6. 1975, ABl. 1975 L 159/22ff.-Kachelhandelaren.

<sup>324</sup> *Kommission* v. 3. 6. 1975, ABl. 1975 L 159/22ff.-Kachelhandelaren.

<sup>325</sup> *Kommission* v. 3. 6. 1975, ABl. 1975 L 159/22 (27)-Kachelhandelaren.

<sup>326</sup> *Kommission* v. 3. 6. 1975, ABl. 1975 L 159/22 (27)-Kachelhandelaren.

<sup>327</sup> *Kommission* v. 21. 11. 1975, ABl. 1975 L 329/30-Bommee-Stichting.

beschlossenen Bommee-Bedingungen einzuhalten und ihrem Geschäftsverhalten zugrunde zu legen<sup>328</sup>. Für den hier in Rede stehenden Fragenkreis der Abschottung der Märkte relevant ist die Klausel in den Bommee-Bedingungen, nach dem sich die Mitglieder die jeweiligen Erzeugnisse zwar im Ausland beschaffen konnten, allerdings nicht frei bei deren Weiterverkauf waren. Bommee-Großhändler durften die Erzeugnisse nicht untereinander austauschen. Das gleiche galt für die Einzelhändler<sup>329</sup>. Mithin erfolgte keine Verteilung der fraglichen Waren nach wettbewerblichen Grundsätzen, sondern war Ergebnis einer kartellmäßig festgelegten Abmachung der Konkurrenten<sup>330</sup>. Somit wurde Wettbewerbern aus anderen Mitgliedstaaten der Zugang zum niederländischen Markt erheblich erschwert, was zu einer Marktabriegelung führte<sup>331</sup>. Dadurch konnte auch keine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV erfolgen, weil es statt zu einer besseren Warenverteilung zu einer Marktabschirmung kam<sup>332</sup>.

#### **b. Ausschluss von Wettbewerbern**

Mit dem Ausschluss von Wettbewerbern ist die Aufteilung der Märkte ohne gleichzeitige Abschottung nationaler Märkte gemeint<sup>333</sup>.

Hierunter fallen die Aufteilung von Kunden zwischen Wettbewerbern, vertikale Marktaufteilungen - dabei insbesondere Alleinvertriebsabsprachen mit Exportverboten - und zudem die Gewährung von Exportbeihilfen durch Verbände, um die Absatzmöglichkeiten der Wettbewerber einzuschränken<sup>334</sup>.

#### **aa. Der Fall Julien/Van Katwijk<sup>335</sup>**

Die Entscheidung der Kommission im Fall Julien/Van Katwijk lag eine Vereinbarung der S. A. Julien mit der N. V. Van Katwijk aus dem Jahre 1952 zugrunde. Beide Unternehmen waren Hersteller von Papphülsen, die sie für die Textilindustrie sowie die niederländische Verwaltung für das Post- und Fernmeldewesen fertigten.

Die N. V. Van Katwijk verpflichtete sich, keine Papphülsen nach Belgien zu liefern<sup>336</sup>. Diese Verpflichtung erfasste auch indirekte Ausfuhren in diesen Mitgliedstaat<sup>337</sup>.

---

<sup>328</sup> *Kommission* v. 21. 11. 1975, ABl. 1975 L 329/30 ff.-Bommee-Stichting.

<sup>329</sup> *Kommission* v. 21. 11. 1975, ABl. 1975 L 329/30 (33)-Bommee-Stichting.

<sup>330</sup> *Kommission* v. 21. 11. 1975, ABl. 1975 L 329/30 (33)-Bommee-Stichting.

<sup>331</sup> *Kommission* v. 21. 11. 1975, ABl. 1975 L 329/30 (33)-Bommee-Stichting.

<sup>332</sup> *Kommission* v. 21. 11. 1975, ABl. 1975 L 329/30 (34)-Bommee-Stichting.

<sup>333</sup> *Gleiss/Hirsch*, EG-Kartellrecht, Rn 1900.

<sup>334</sup> *Emmerich*, Kartellrecht, 12. Aufl., § 5 Kap. 1, S. 97 f., Rn 11.

<sup>335</sup> *Kommission* v. 28. 10. 1970, ABl. 1970 L 242/18-Julien/van Katwijk.

<sup>336</sup> *Kommission* v. 28. 10. 1970, ABl. 1970 L 242/18 (19)-Julien/van Katwijk.

<sup>337</sup> *Kommission* v. 28. 10. 1970, ABl. 1970 L 242/18 (19)-Julien/van Katwijk.

Auf der anderen Seite unterwarf sich die S. A. Julien einer Regelung, wonach sie lediglich eine bestimmte prozentuale Menge an Papphülsen in die Niederlande ausführen durfte<sup>338</sup>. Dies galt auch für mittelbare Ausfuhren<sup>339</sup>.

Die hierdurch bewirkte Aufteilung der Absatzmärkte durch die Unternehmen wurde von der Kommission unter das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 3 AEUV subsumiert<sup>340</sup>.

Diese Marktaufteilung konnte laut der Kommission keine Verbesserungen im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV herbeiführen und war somit nicht freistellungsfähig<sup>341</sup>.

### **bb. Der Fall NCH<sup>342</sup>**

Der Fall NCH behandelt die kartellrechtliche Überprüfung von Bestimmungen in den Lieferbedingungen der niederländischen Aktiengesellschaft NCH<sup>343</sup>. Aktionäre der NCH waren 20 Hersteller von Portlandzement und sechs Hersteller von Hochofenzement mit Werken in Nord- und Westdeutschland. Die NCH fungierte als Verkaufskontor der Aktionäre und 12 weiterer am Export von Portlandzement in die Niederlande interessierter Unternehmen.

Die NCH schloss mit jedem Mitglied einen inhaltsgleichen „Alleinvertriebsvertrag“, durch den sich das jeweilige Mitglied verpflichtete, seine unmittelbaren und mittelbaren Einfuhren in die Benelux-Staaten ausschließlich über die NCH abzuwickeln<sup>344</sup>. Die NCH übernahm die Aufteilung der Warenlieferungen auf die Absatzgebiete nach einem Quotensystem, wonach jedes Unternehmen berechtigt und verpflichtet war, eine bestimmte Einzelquote in die in Rede stehenden Staaten zu liefern<sup>345</sup>. Gegen die Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV durch diese Vereinbarung<sup>346</sup> wehrten sich die der NCH angeschlossenen Unternehmen mit dem Einwand, dass eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV möglich sei. Sie machten diesbezüglich geltend, dass durch die Tätigkeit der NCH Einsparungen auf dem Gebiet der Vertriebskosten, der Werbung und der Transportkosten erzielt würden, die bei individuellem Vertrieb nicht möglich gewesen wären<sup>347</sup>. Weitere Einsparungen ergaben sich nach Auffassung der Mitgliedsunternehmen aus

---

<sup>338</sup> *Kommission* v. 28. 10. 1970, ABl. 1970 L 242/18 (19)-Julien/van Katwijk.

<sup>339</sup> *Kommission* v. 28. 10. 1970, ABl. 1970 L 242/18 (19)-Julien/van Katwijk.

<sup>340</sup> *Kommission* v. 28. 10. 1970, ABl. 1970 L 242/18 (20)-Julien/van Katwijk.

<sup>341</sup> *Kommission* v. 28. 10. 1970, ABl. 1970 L 242/18 (20)-Julien/van Katwijk.

<sup>342</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1971, ABl. 1972 L 22/16-NCH.

<sup>343</sup> „Nederlandse Cement-Handelmaatschappij N. V.“.

<sup>344</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1971, ABl. 1972 L 22/16 (17)-NCH.

<sup>345</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1971, ABl. 1972 L 22/16 (17)-NCH.

<sup>346</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1971, ABl. 1972 L 22/16 (23 ff.)-NCH.

<sup>347</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1971, ABl. 1972 L 22/16 (18)-NCH.

der Minderung ihres Delkredere-Risikos<sup>348</sup> und der Beschränkung der Zahl der Umschlagplätze<sup>349</sup>, die durch die Tätigkeit der NCH bewirkt worden wären. Überdies habe die NCH nach Auffassung der Unternehmen eine bessere Erfüllung besonderer Kundenwünsche gewährleisten können, als dies ohne ihre Existenz der Fall gewesen wäre<sup>350</sup>.

Die Kommission lehnte eine Freistellung ab, da z. T. die von den Unternehmen genannten Vorteile entweder nicht erzielt wurden, oder aber nur daher überhaupt als Vorteil erschienen, da durch die Praxis der NCH zuvor eine Situation geschaffen wurde, die eine erhebliche Verschlechterung der Marktsituation unter wettbewerblichen Gesichtspunkten darstellte. Alles in allem seien die von den Unternehmen angeführten Aspekte durch Wettbewerb erheblich besser zu gewährleisten<sup>351</sup>.

### cc. Der Fall Kali und Salz I<sup>352</sup>

Im Fall Kali und Salz I stand eine Vereinbarung eines deutschen Verkaufssyndikats acht deutscher Kalierzeuger<sup>353</sup> mit der Société commerciale des potasses et de l'azote<sup>354</sup> zur Entscheidung, die in Frankreich das gesetzliche Monopol für den Verkauf mit Kalidünger hatte, sowie die alleinige Befugnis zu dessen Ein- und Ausfuhr.

Inhalt dieser Vereinbarung war die enge Zusammenarbeit der K+S mit der SCPA beim Vertrieb der Waren auf dem Welt- und insbesondere im Binnenmarkt<sup>355</sup>. Namentlich wurden von den Unternehmen vertriebsbezogene Informationen ausgetauscht, um ihre Lieferprogramme aufeinander abzustimmen und die jeweiligen Ausfuhren auf dem Binnenmarkt zu koordinieren<sup>356</sup>.

Auf dem niederländischen und italienischen Markt vertrieben K+S und SCPA die Kaliprodukte jeweils über gemeinsame Verkaufsstellen<sup>357</sup>. Überdies übertrugen K+S und SCPA den Vertrieb ihrer ausgeführten Waren im deutschen und französischen Markt jeweils Alleinvertriebsberechtigten, die mit dem jeweils anderen Unternehmen finanziell verflochten waren<sup>358</sup>.

---

<sup>348</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1971, ABl. 1972 L 22/16 (19)-NCH.

<sup>349</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1971, ABl. 1972 L 22/16 (19)-NCH.

<sup>350</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1971, ABl. 1972 L 22/16 (19)-NCH.

<sup>351</sup> Zu den Einzelheiten vgl. *Kommission* v. 23. 12. 1971, ABl. 1972 L 22/16 (24 ff.)-NCH.

<sup>352</sup> *Kommission* v. 11. 5. 1973, ABl. 1973 L 217/3-Kali und Salz I.

<sup>353</sup> Im Folgenden „K+S“.

<sup>354</sup> Im Folgenden „SCPA“.

<sup>355</sup> *Kommission* v. 11. 5. 1973, ABl. 1973 L 217/3 (4)-Kali und Salz I.

<sup>356</sup> *Kommission* v. 11. 5. 1973, ABl. 1973 L 217/3 (4)-Kali und Salz I.

<sup>357</sup> *Kommission* v. 11. 5. 1973, ABl. 1973 L 217/3 (4)-Kali und Salz I.

<sup>358</sup> *Kommission* v. 11. 5. 1973, ABl. 1973 L 217/3 (4)-Kali und Salz I.



Zunächst stellte die Kommission den Verstoß dieser Vertriebsaufteilung gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV fest<sup>359</sup>.

Die K+S und SCPA beehrten eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV. Die Freistellungsfähigkeit begründeten sie mit, dass nur durch die Kooperation die Nachfrage adäquat befriedigt werden könnte<sup>360</sup>. Im Einzelnen wurden hierfür eine verbesserte Versorgungssicherheit, eine Verbreiterung der Auswahl an Erzeugnissen und eine bessere Anpassung der Lieferungen an Besonderheiten der Nachfrage angeführt<sup>361</sup>. Die Kommission begegnete diesem Argument mit der Feststellung, dass K+S und SCPA nicht dargelegt hätten, inwiefern diese Gesichtspunkte nicht jeweils von den Unternehmen allein zu gewährleisten seien, mithin im Wettbewerb<sup>362</sup>.

Zudem rechtfertigten sich die Vereinbarungspartner mit dem Vorbringen, die Kooperation ermögliche ihnen jeweils die Konzentration auf bestimmte Erzeugnisse, anstatt die ganze Palette der in Rede stehenden Waren alleine herstellen zu müssen, wozu es ihnen nun möglich sei, günstigere Preise anzuwenden<sup>363</sup>.

Die Kommission widersprach diesem Argument und legte dar, dass in Anbetracht der großen Versorgungsmöglichkeiten auf dem Markt nicht ersichtlich sei, dass die K+S bzw. SCPA gezwungen seien, Erzeugnisse herzustellen, deren Produktion für sie allein und ohne Kooperation nur zu höheren Kosten möglich wären<sup>364</sup>. Somit entfiel die Möglichkeit einer Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV.

### c. Preisabsprachen

Die hervorragende Bedeutung der Preisabsprachen spiegelt sich in ihrem Charakter als Regelbeispiel in Art. 101 Abs. 1 lit. a, 1. HS AEUV wider.

Ihr Verbot gilt in allen Erscheinungsformen und auf allen Wirtschaftsstufen, ob horizontal oder vertikal, ob unmittelbar oder mittelbar, ob als Fixierung von Preisen an sich oder als Festsetzung ihrer Bestandteile<sup>365</sup>.

Der Ausschluss von Preiswettbewerb kann keinesfalls zu günstigeren Ergebnissen im Sinne der Konsumentenwohlfahrt führen<sup>366</sup>.

---

<sup>359</sup> *Kommission* v. 11. 5. 1973, ABl. 1973 L 217/3 (4 f.)-Kali und Salz I.

<sup>360</sup> *Kommission* v. 11. 5. 1973, ABl. 1973 L 217/3 (5)-Kali und Salz I.

<sup>361</sup> *Kommission* v. 11. 5. 1973, ABl. 1973 L 217/3 (5)-Kali und Salz I.

<sup>362</sup> *Kommission* v. 11. 5. 1973, ABl. 1973 L 217/3 (5)-Kali und Salz I.

<sup>363</sup> *Kommission* v. 11. 5. 1973, ABl. 1973 L 217/3 (5)-Kali und Salz I.

<sup>364</sup> *Kommission* v. 11. 5. 1973, ABl. 1973 L 217/3 (5)-Kali und Salz I.

<sup>365</sup> *Emmerich*, Kartellrecht, § 5 Kap. 1, S. 94 Rn 4.

<sup>366</sup> *Gleiss/Hirsch*, EG-Kartellrecht, Rn 1901.

Der Preiswettbewerb erlangt seine überragende Bedeutung dadurch, dass durch ihn - anders als bei Wettbewerb über andere Aktionsparameter - die Orientierung wirtschaftlicher Tätigkeit weitgehend nach dem ökonomischen Prinzip erfolgt und er grundsätzlich unabdingbare Voraussetzung zur Durchsetzung des wettbewerblichen Zielkatalogs ist<sup>367</sup>. Preiswettbewerb kann durch andere Wettbewerbsformen oft auch kaum substituiert werden<sup>368</sup>.

### 3. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich feststellen, dass in der Entscheidungspraxis der Kommission - die hier ausdrücklich nur exemplifiziert an einigen Beispielen dargestellt wurde - festgestellt werden kann. Hardcore-kartelle sind - mangels Unmöglichkeit der Erfüllung der Freistellungsvoraussetzungen (insbesondere zweite und vierte Freistellungsvoraussetzung) nicht freistellungsfähig.

Auch, wenn es kein isoliert stehendes *rechtliches* per se Verbot für Hardcore-Kartelle gibt, so ist eine Erfüllung der Voraussetzungen *de facto* ausgeschlossen.

## II. Die Gruppenfreistellungsverordnungen - die Lösung des „Massenproblems“ der Freistellungen-Allgemeiner Teil der Gruppenfreistellungsverordnungen<sup>369</sup>

In diesem Abschnitt soll geklärt werden, unter welchen Voraussetzungen im Bereich der von den vielfältigen Gruppenfreistellungsverordnungen abgedeckten Sachverhalten Raum für die Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV im Einzelfall bleibt.

Es gibt bestimmte typische Elemente einer Gruppenfreistellungsverordnung. So sind wiederkehrende Bestandteile die Marktanteils Grenzen bis zu denen die jeweilige Vereinbarung praktiziert werden darf, Laufzeiten, in denen die Vereinbarung legal praktiziert werden kann und schließlich die auf den jeweiligen Vereinbarungstyp abgestimmten materiellen Voraussetzungen (Kernbeschränkungen und sonstige unzulässige Klauseln). Grundsätzlich ist somit eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV denkbar<sup>370</sup>, wenn entweder die Marktanteilsobergrenze oder die Laufzeit überschritten wird oder die materiellen Gesichtspunkte der Gruppenfreistellungsverordnung nicht eingehalten werden.

---

<sup>367</sup>Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 62 mit Hinweis auf die Diskrepanz, die zwischen der dem Preiswettbewerb beigemessenen Bedeutung in der Wettbewerbstheorie und seiner Bedeutung in der Wirklichkeit herrscht.

<sup>368</sup>Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 71.

<sup>369</sup>Im Folgenden GVO-AT.

<sup>370</sup>Der Begriff „denkbar“ greift hier eigentlich zu kurz. Ausführlich müsste es heißen, „denkbar und nötig“, da eine Einzelfreistellung auch neben der Gruppenfreistellung möglich ist. Allerdings war dies eher unter Geltung des alten Verfahrensrechts ein Thema, als die Frage relevant war, ob die Unternehmen trotz Gruppenfreistellung noch eine behördliche Einzelentscheidung beantragen konnten. Dies ist nunmehr obsolet.

Unter den drei Elementegruppen (Marktanteil, Laufzeit, materielle Voraussetzungen) nehmen die materiellen Voraussetzungen allerdings eine Sonderrolle ein. Während es wenigstens theoretisch denkbar ist, dass eine Vereinbarung, die einen zu hohen Marktanteil generiert bzw. für eine die Grenzen der Gruppenfreistellung sprengende Laufzeit vereinbart wird bzw. praktiziert, so ist dies bei den materiellen Voraussetzungen sehr fraglich.

Der Grund hierfür liegt darin, dass zwar z. B. bei den Marktanteilsobergrenzen als sekundärrechtliche Regel sicher ein Bezug zur vierten Freistellungsvoraussetzung nicht gezeugnet werden kann. Keinesfalls erledigt sich aber die primärrechtliche Voraussetzung, dass es nicht zu einer Freistellung kommen kann, damit, dass z. B. die 30 %-Grenze der Schirm-GVO (Art. 3 Abs. 1 GVO) überstiegen wird. Denn selbst, wenn man bei 30 % vom Erreichen der Marktbeherrschung ausgehen wollte, so ist damit die höher liegende Grenze der Ausschaltung jeglichen (Rest-)Wettbewerbs noch nicht erreicht.

Auch wenn die Gruppenfreistellungsverordnungen nicht so ausgelegt werden können, dass alle Vereinbarungen, die nicht deren Voraussetzungen erfüllen, rechtswidrig sind, so kann nicht darüber hinweg gesehen werden, dass in den Verordnungen Voraussetzungen implementiert worden sind, die mit den Erwägungen, die für eine Einzelfreistellung sprechen, weitgehend identisch sind.

Dies soll an zwei Konstellationen verdeutlicht werden: Zum einen kann man als Beispiel die Kernbeschränkungen, die jeder Gruppenfreistellungsverordnung eigen sind, herausgreifen. Die Kommission ist der Auffassung, dass eine Vereinbarung, die im sachlichen Anwendungsbereich einer Gruppenfreistellung angesiedelt ist, aber nicht deren Voraussetzungen entspricht und eine Kernbeschränkung enthält, jedenfalls erlässlich im Sinne der dritten Freistellungsvoraussetzung ist<sup>371</sup>. Ob man der Ansiedlung an diesem Prüfungspunkt folgt oder nicht, die Kernbeschränkungen stellen jedenfalls Hardcore-restraints dar, die per se nicht freigestellt werden können.

In diesem Fall ist es zwar nicht so, dass die Gruppenfreistellungsverordnung die primärrechtliche Freistellungsentscheidung (rechtlich) präjudiziert, rein tatsächlich ist es dennoch nicht denkbar, dass die Vereinbarung primärrechtlich freistellbar ist. Die Gruppenfreistellungsverordnung greift somit der Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV in faktischer Hinsicht vor.

Zum anderen enthalten die Gruppenfreistellungsverordnungen in ihren positiven Voraussetzungen eine wettbewerbsrechtliche Einschätzung und Bewertung des jeweiligen

---

<sup>371</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 L 101/97 Rn 79.

Vereinbarungstyps. Gesichtspunkte, die positiv wie negativ für die Freistellung einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede des jeweiligen Typs sprechen, sind im Sekundärrecht schon verarbeitet. Sie sind die Gründe für eine Freistellung. Gäbe es die Verordnung nicht, so würden diese Gesichtspunkte bei der Einzelfreistellung als Effizienzgewinne, die die Verbraucher angemessen beteiligten und ohne Wettbewerbsbeschränkung - jedenfalls nicht im gleichen Ausmaß - nicht erreicht würden und daher unerlässlich sind, berücksichtigt<sup>372</sup>.

Diese Aussage setzt voraus, dass die Kommission - als regelmäßiger Verordnungsgesetzgeber - sich im Gesetzgebungsprozess erstens natürlich an die primärrechtlichen Vorgaben des Art. 101 Abs. 3 AEUV hält und zweitens - und für die hier in Rede stehende tatsächliche Auswirkung des Gesetzgebungsprozesses - die Erfahrungen und Auslegungsergebnisse ihrer eigenen Entscheidungspraxis und insbesondere die Vorgaben aus den Urteilen von EuG und EuGH in Gesetzesform „gegossen“ hat.

Lediglich dort, wo die Kommission sich von dieser vorgezeichneten Linie entfernt, wird die primärrechtliche Auslegung des Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht derart weitgehend durch das Sekundärrecht in Form der Gruppenfreistellungsverordnungen vorgezeichnet.

Dies bedeutet im Ergebnis, dass nur dann, wenn eine Gruppenfreistellungsverordnung positive Aspekte, die für eine Freistellung einer Vereinbarung des jeweiligen Typs sprechen, noch nicht berücksichtigt hat, streng genommen noch an eine Einzelfreistellung zu denken ist. Anders gewendet: Vereinbarungen, die die Marktanteilsobergrenzen und/oder die Laufzeiten der Gruppenfreistellungsverordnungen überschreiten, können unter Erfüllung der für den jeweiligen Vereinbarungstyp geltenden Effizienz Gesichtspunkten zwar nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt werden. Bei diesen Sachverhalten muss allerdings eine Situation gegeben sein, in der die jeweilige Gruppenfreistellungsverordnung Effizienz Gesichtspunkte nicht berücksichtigt, die im Rahmen der Vereinbarung aber erfüllt werden. Bei diesen Sachverhalten wird es sich regelmäßig um atypische Konstellationen handeln.

Als Fazit lässt sich also folgenden These festhalten: Obwohl der Verordnungsgesetzgeber nicht das Primärrecht ändern kann, so stellen die Gruppenfreistellungsverordnungen dennoch in *tatsächlicher* Hinsicht eine weitgehende Präjudizierung der Einzelfreistellung dar, weil die Kommission im Regelfall die Erfahrungen der eigenen Entscheidungspraxis und derjenigen von EuG und EuGH in das Sekundärrecht einfließen lässt. Dies hat zur Folge, dass bei Vereinbarungstypen, die sachlich von einer Gruppenfreistellungsverordnung

---

<sup>372</sup>Ebenso für Alleinbezugsbindungen in Energielieferverträgen im Spannungsfeld von tatbestandlicher Wettbewerbsbeschränkung und Schirm-GVO *Säcker/Jaecks*, Energielieferverträge, S. 34.

sekundärrechtlich geregelt werden, eine Einzelfreistellung regelmäßig nur in atypischen Sachverhaltskonstellationen in Frage kommen kann. Dadurch wird der Anwendungsbereich für die „pure“ Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV erheblich reduziert.

## **E. Positive Fallgruppenbildung - der eigentliche Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 3 AEUV**

Nachdem sich die vorangehende Untersuchung damit begnügen musste, den Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 3 AEUV von außen zu betrachten und ihn nur negativ abgrenzen konnte, kann nun die eigentliche positive Bestimmung seines Anwendungsbereichs erfolgen.

Zu diesem Zweck soll im Folgenden ermittelt werden, ob es möglich ist, den grundsätzlich auf eine Einzelfallabwägung zugeschnittenen Tatbestand der Norm<sup>373</sup>, durch eine fallgruppenartige Systematisierung auch in positiver Hinsicht handhabbar zu machen.

Hierzu wird eine Einteilung von Absprachen nach ihrer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung in horizontale und vertikale Beschränkungen vorgenommen.

Dabei erfolgt zunächst eine Orientierung an den durch die Kommission zur Diskussion gestellten Sachverhalten<sup>374</sup>, die diese für eine Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV vorschlägt<sup>375</sup>. Anschließend werden diese Sachverhalte und ihre Einordnung als Fälle des Art. 101 Abs. 3 AEUV auch unter Zugrundelegung der von der Kommission selbst für die Beurteilung aufgestellten Voraussetzungen gegebenenfalls kritisch beleuchtet werden. Da die Kommission in ihren Leitlinien zu Art. 101 Abs. 3 AEUV aus dem Jahre 2004 ausdrücklich statisch auf die bestehenden Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit und Vereinbarungen über den Technologietransfer verweist, ist Grundlage der folgenden Darstellung auch der Sachverhalt zum Fallgruppenkanon, der in den 2004 geltenden Fassungen der Leitlinien aufgestellt wurde. Aufgrund der zwischenzeitlichen Neuveröffentlichung der Vertikalleitlinien<sup>376</sup> sowie Leitlinien über die horizontale Zusammenarbeit<sup>377</sup> sowie der neuen Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfervereinbarungen sowie entsprechender Leitlinien<sup>378</sup> werden vorliegend –

---

<sup>373</sup>Vgl. nochmals statt aller *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., § 14 Rn 1.

<sup>374</sup>Die Untersuchung dieser Fallbeispiele erfolgt insbesondere deshalb, weil die Kommission nach eigener Aussage hierin die wesentlichen Beurteilungskriterien für die „Selbstveranlagung“ der Unternehmen sieht, vgl. Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 C 101/97 Rn 3 mit Verweis auf Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 ff.; *dies.*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 ff.; *dies.*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 ff..

<sup>375</sup>Vgl. hierzu z. B. *Kommission* v. 27. 4. 2004, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 C 101/97 (108) Rn 77; (109) Rn 82; (114 f.) Rn 116.

<sup>376</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2010 C 130/01.

<sup>377</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/01.

<sup>378</sup>Verordnung (EU) Nr. 316/214 der *Kommission* vom 21. März 2014 über die Anwendung von Art. 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union aufgrund von Technologietransfer-Vereinbarungen L 93/17 sowie Leitlinien zur Anwendung von Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. 2014 C 89/03.

allerdings nur ergänzend – mit einbezogen (vgl. hierzu insgesamt nachfolgend I.). Zuletzt soll dann noch untersucht werden, ob es jenseits dieser Fallgruppen weitere gibt, die für eine Erfüllung der Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV in Frage kommen (vgl. hierzu insgesamt nachfolgend II.).

## **I. Fallgruppen aus der Entscheidungspraxis und den Bekanntmachungen und Leitlinien der Kommission**

### **1. Fallgruppen aus dem Bereich der horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen**

Nachfolgend werden Fallgruppen für eine Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV aus dem Bereich der horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen aufgestellt werden. Diese werden nach der Art der jeweiligen Wettbewerbsbeschränkung geordnet.

Grundlage hierfür sind die Entscheidungspraxis und die Leitlinien<sup>379</sup> und Bekanntmachungen der Kommission. Ausgangspunkt sind dabei die Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit aus dem Jahr 2001, die punktuell durch die Ausführungen der Kommission in den Leitlinien aus dem Jahr 2011 ergänzt werden. Hintergrund ist wie eben schon allgemein dargestellt der Ausgangspunkt der Kommission, dass der allgemeine Rahmen der Auslegung seitens der Behörde in ihren Leitlinien zu Art. 101 Abs. 3 AEUV dargestellt wird und hier lediglich durch die „speziellen“ Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit (und nachfolgend noch für vertikale Vereinbarungen sowie Technologietransfer-Vereinbarungen) ergänzt werden. Durch die Beleuchtung beider Leitlinien (im Hinblick auf die neuen Leitlinien exemplarisch und ergänzend) sollten die großen bzw. zum Teil geänderten Linien in der Auslegung aufgezeigt werden, um hier den Anwendungsbereich für die Einzelfreistellung herausarbeiten zu können.

#### **a. Einkaufsvereinbarungen<sup>380</sup>**

Der folgende Abschnitt widmet sich der Freistellungsmöglichkeit von Einkaufsvereinbarungen.

#### **aa. Fallbeispiele der Kommission und deren Bewertungsgrundlagen**

##### **(1) Der Bauelemente-Fall<sup>381</sup>**

##### **(a) Sachverhalt**

---

<sup>379</sup>Den Leitlinien sollen insbesondere auch die von der Kommission aufgestellten Beispielfälle entnommen und kritisch gewürdigt werden.

<sup>380</sup>Vgl. zur Definition der Einkaufsvereinbarungen *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (17 f.) Rn 115 ff./ABl. 2011 C 11/1 (44) Rn 194.

<sup>381</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (19 f.) Rn 135.

„Die beiden Hersteller A und B beschließen, das Bauelement X gemeinsam einzukaufen. Sie sind Wettbewerber auf dem Verkaufsmarkt. Auf ihre Einkäufe entfällt zusammengenommen ein Anteil von 35 % am Gesamtabsatz von X im EWR, der als der räumlich relevante Markt angenommen wird. Es gibt 6 weitere Hersteller (Wettbewerber von A und B auf ihrem Verkaufsmarkt), auf die die verbleibenden 65 % des Einkaufsmarktes entfallen; auf einen dieser Wettbewerber entfallen 25 %, auf die übrigen wesentlich niedrigere Marktanteile. Mit 6 Anbietern von X ist die Angebotsseite eher konzentriert; zwei weitere Anbieter halten einen Marktanteil von jeweils 30 %, die übrigen zwischen 10 und 15 % (HHI entsprechend 2300-2500). Auf ihrem Verkaufsmarkt erzielen A und B einen gemeinsamen Anteil von 35 %.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Angesichts der Macht der Partner auf ihrem Verkaufsmarkt könnten die Vorteile möglicher Kosteneinsparungen nicht an die Verbraucher weitergegeben werden. Außerdem könnten sich durch den gemeinsamen Einkauf die Kosten der kleineren Wettbewerber der Partner erhöhen, da die beiden marktmächtigen Anbieter wahrscheinlich die Preissenkungen zugunsten dieser Gruppe durch Erhöhungen der Preise für die kleineren Kunden wieder hereinholen. Eine zunehmende Konzentration auf dem nachgeordneten Markt könnte das Ergebnis sein. Außerdem könnte die Zusammenarbeit zu einer weiteren Konzentration auf der Angebotsseite führen, da die kleineren Anbieter, die bereits nahe an oder bereits unterhalb der optimalen Größe produzieren, aus dem Markt gedrängt werden könnten, weil sie ihre Preise nicht weiter senken können. Eine solche Entwicklung würde wahrscheinlich zu einer erheblichen Beschränkung des Wettbewerbs führen, die nicht durch mögliche Leistungsgewinne aufgrund von Mengenbündelung aufgewogen werden könnte.“

## **(2) Der Einzelhändler-Fall 1<sup>382</sup>**

### **(a) Sachverhalt**

„150 kleine Einzelhändler schließen eine Vereinbarung zur Gründung einer gemeinsamen Einkaufsorganisation. Sie verpflichten sich, eine Mindestmenge über die Organisation zu beziehen, auf die rund 50 % der Gesamtkosten jedes Einzelhändlers entfallen. Die Einzelhändler können von der Organisation mehr als die Mindestmenge beziehen und dürfen auch außerhalb ihrer Zusammenarbeit einkaufen. Sie halten einen gemeinsamen Anteil von 20 % auf dem Einkaufs- und Verkaufsmarkt. A und B sind ihre beiden großen Wettbewerber, wobei A einen Anteil von 25 % und B von 35 % auf jedem dieser Märkte halten. Auch die verbleibenden kleineren Wettbewerber haben eine Einkaufsgruppe gegründet. Die 150 Einzelhändler erzielen Einsparungen durch die Zusammenlegung eines spürbaren Anteils ihrer Einkaufsmengen und Einkaufsfunktionen.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Die Einzelhändler können ihre Kosten in hohem Maß angleichen, wenn sie mehr als die vereinbarte Mindestmenge gemeinsam einkaufen. Sie halten jedoch gemeinsam nur eine mäßige Stellung auf dem Einkaufs- und Verkaufsmarkt. Außerdem erbringt die Zusammenarbeit ein gewisses Maß an Größenvorteilen. Die Zusammenarbeit kommt somit für eine Freistellung in Betracht.“

---

<sup>382</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (20) Rn 136.



### **(3) Der Einzelhändler-Fall 2<sup>383</sup>**

#### **(a) Sachverhalt**

„150 kleine Einzelhändler schließen eine Vereinbarung zur Gründung einer gemeinsamen Einkaufsorganisation. Sie verpflichten sich, ein Mindestvolumen über die Organisation einzukaufen, auf das rund 50 % der Gesamtkosten jedes Einzelhändlers entfallen. Die Einzelhändler können über die Organisation mehr als das Mindestvolumen einkaufen und dürfen auch außerhalb ihrer Zusammenarbeit einkaufen. Sie haben einen gemeinsamen Anteil von 23 % am Einkaufs- wie am Verkaufsmarkt. Die Unternehmen A und B sind ihre zwei großen Wettbewerber. Unternehmen A hat am Einkaufs- wie am Verkaufsmarkt einen Anteil von 25 %. Unternehmen B einen Anteil von 35 %. Es bestehen keine Schranken, die die übrigen kleineren Wettbewerber daran hindern würden, ebenfalls eine Einkaufsgruppe zu bilden. Die 150 Einzelhändler erzielen durch den gemeinsamen Einkauf über die Einkaufsorganisation erhebliche Kosteneinsparungen.“

#### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Die Einzelhändler haben eine bescheidene Stellung auf dem Einkaufs- und dem Verkaufsmarkt. Ferner führt die Zusammenarbeit zu gewissen Größenvorteilen. Obwohl die Einzelhändler ein hohes Maß an Kostenangleichungen erzielen, ist es unwahrscheinlich, dass sie Marktmacht auf dem Verkaufsmarkt besitzen, da dort die Wettbewerber A und B präsent sind, von denen jeder einzelne größer ist als die gemeinsame Einkaufsorganisation. Eine Koordinierung des Verhaltens der Einzelhändler und ein sich darauf ergebendes Kollusionsergebnis sind daher unwahrscheinlich. Damit ist auch unwahrscheinlich, dass die Gründung der gemeinsamen Einkaufsorganisation wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 hat.“

### **(4) Der Supermarktketten-Fall 1<sup>384</sup>**

#### **(a) Sachverhalt**

„Zwei Supermarktketten schließen eine Vereinbarung über den gemeinsamen Einkauf von Produkten, auf die rund 50 % ihrer Gesamtkosten entfallen. Auf den entsprechenden Einkaufsmärkten für die verschiedenen Produktgruppen halten die Vertragspartner Anteile von zwischen 25 und 40 %, auf dem entsprechenden Verkaufsmarkt (vorausgesetzt, es gibt nur einen räumlich relevanten Markt), erzielen sie 40 %. Es gibt 5 weitere bedeutende Einzelhändler mit Marktanteilen zwischen 10 und 15 %. Mit einem Marktzutritt ist nicht zu rechnen.“

#### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Es ist davon auszugehen, dass sich der gemeinsame Einkauf auf das Wettbewerbsverhalten der Partner auswirkt, da sie über diese Abstimmung erhebliche Marktmacht erwerben könnten, vor allem, wenn mit keinem Neuzugang zu rechnen ist. Der Anreiz für eine Abstimmung des Verhaltens ist bei ähnlichen Kosten höher. Gleichartige Gewinnspannen würden den Anreiz schaffen, zu den gleichen Preisen zu gelangen. Selbst wenn die

---

<sup>383</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (47) Rn 221.

<sup>384</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (20) Rn 137.

Zusammenarbeit zu Leistungsgewinnen führen würde, wäre eine Freistellung angesichts des hohen Maßes an Marktmacht unwahrscheinlich.“

### **(5) Der Supermarktketten-Fall 2<sup>385</sup>**

#### **(a) Sachverhalt**

„Zwei Supermarktketten schließen eine Vereinbarung über den gemeinsamen Einkauf von Produkten, auf die rund 80 % ihrer variablen Kosten entfallen. Auf den relevanten Märkten für die verschiedenen Produktgruppen liegt der gemeinsame Marktanteil der Parteien zwischen 25 % und 40 %. An dem relevanten Verkaufsmarkt haben sie einen gemeinsamen Anteil von 60 %. Es gibt vier weitere bedeutende Einzelhändler mit einem Marktanteil von je 10 %. Mit einem Marktzutritt ist nicht zu rechnen.“

#### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Es ist wahrscheinlich, dass diese Einkaufsvereinbarung den Parteien die Möglichkeit eröffnet, ihr Verhalten auf dem Verkaufsmarkt zu koordinieren, was ein Kollusionsergebnis zur Folge hätte. Die Parteien haben Marktmacht auf dem Verkaufsmarkt, und die Einkaufsvereinbarung führt zu einer erheblichen Kostenangleichung. Zudem ist ein Marktzutritt unwahrscheinlich. Der Anreiz für die Parteien, ihr Verhalten zu koordinieren, wäre noch stärker, wenn sie bereits vor Abschluss der Vereinbarung ähnliche Kostenstrukturen gehabt hätten. Auch ähnliche Margen der Parteien würden die Gefahr eines Kollusionsergebnisses weiter erhöhen. Durch die Vereinbarung entsteht ferner das Risiko, dass durch zurückhaltende Nachfrage der Parteien und damit in Folge geringerer Mengen die Verkaufspreise auf dem nachgelagerten Markt steigen. Aus diesen Gründen ist es wahrscheinlich, dass die Einkaufsvereinbarung wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 hat. Auch wenn mit der Vereinbarung mit großer Wahrscheinlichkeit Effizienzgewinne in Form von Kosteneinsparungen erzielt werden, ist es wegen der erheblichen Marktmacht der Parteien auf dem Verkaufsmarkt unwahrscheinlich, dass sie in einem Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen. Es ist daher unwahrscheinlich, dass die Einkaufsvereinbarung die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt.“

### **(6) Der Genossenschafts-Fall<sup>386</sup>**

#### **(a) Sachverhalt**

„5 kleine Genossenschaften vereinbaren die Gründung einer gemeinsamen Einkaufsorganisation und verpflichten sich zur Abnahme einer Mindestmenge. Die Beteiligten können von der Organisation mehr als die Mindestmenge beziehen, dürfen jedoch auch bei dritten Quellen einkaufen. Jeder Beteiligte hat einen Marktanteil von insgesamt 5 % auf jedem der Einkaufs- und Verkaufsmärkte, was ihnen zusammen einen Anteil

---

<sup>385</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (47 f.) Rn 222.

<sup>386</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (20) Rn 138.

von 25 % verleiht. Es gibt zwei andere bedeutende Einzelhändler mit Marktanteilen von jeweils 20-25 % und eine Anzahl kleinerer Einzelhändler mit Marktanteilen von unter 5 %.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Durch die gemeinsame Einkaufsorganisation können sich die Beteiligten eine Stellung sowohl auf dem Einkaufs- als auch auf dem Verkaufsmarkt verschaffen, die sie in die Lage versetzt, den Wettbewerb mit den beiden größten Einzelhändlern aufzunehmen. Da zwei weitere Anbieter mit vergleichbarer Marktstellung vorhanden sind, ist davon auszugehen, dass die Leistungsgewinne der Vereinbarung an die Verbraucher weitergegeben werden. Es kommt somit eine Freistellung in Betracht.“

## **(7) Der Markenprodukte-Fall<sup>387</sup>**

### **(a) Sachverhalt**

„Sechs große Einzelhändler aus verschiedenen Mitgliedstaaten gründen eine Einkaufsgemeinschaft, um gemeinsam mehrere Markenprodukte aus Hartweizenmehl einzukaufen. Die Parteien dürfen andere, ähnliche Markenprodukte auch außerhalb ihrer Zusammenarbeit einkaufen. Fünf von ihnen bieten zusätzlich ähnliche Markenprodukte an. Die Mitglieder der Einkaufsgemeinschaft haben einen gemeinsamen Anteil von rund 22 % am relevanten unionsweiten Einkaufsmarkt. Auf dem Einkaufsmarkt gibt es drei weitere ähnlich große Unternehmen. Der Anteil der Parteien der Einkaufsgemeinschaft an den nationalen Verkaufsmärkten, auf denen sie tätig sind, beträgt jeweils zwischen 20 % und 30 %. Keine von ihnen ist in einem Mitgliedstaat präsent, auf dem ein anderes Mitglied der Gemeinschaft tätig ist. Die Parteien sind keine potenziellen neuen Anbieter auf den Märkten der anderen Parteien.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Die Einkaufsgemeinschaft wird in der Lage sein, auf dem Einkaufsmarkt mit den anderen bestehenden großen Unternehmen zu konkurrieren. Die Verkaufsmärkte sind (nach Umsatz und räumlicher Ausdehnung) erheblich kleiner als der unionsweite Einkaufsmarkt, und auf diesen Märkten könnten einige Mitglieder der Gemeinschaft über Marktmacht verfügen. Auch wenn die Mitglieder der Einkaufsgemeinschaft einen gemeinsamen Anteil von mehr als 20 % am Einkaufsmarkt haben, ist eine Koordinierung des Verhaltens oder eine Kollusion der Parteien auf den Verkaufsmärkten unwahrscheinlich, da sie auf den nachgelagerten Märkten weder tatsächliche noch potenzielle Wettbewerber sind. Es ist daher unwahrscheinlich, dass die Einkaufsgemeinschaft wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt.“

## **(8) Der Informationsaustauschfall<sup>388</sup>**

### **(a) Sachverhalt**

---

<sup>387</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (48) Rn 223.

<sup>388</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (48 f.) Rn 224.

„Die drei konkurrierenden Hersteller A, B und C betrauen eine unabhängige gemeinsame Einkaufsorganisation mit dem Einkauf des Produkts Z, bei dem es sich um ein Zwischenprodukt handelt, das die drei Parteien bei der Herstellung des Endprodukts X verwenden. Die Kosten für Z sind kein wesentlicher Kostenfaktor bei der Herstellung von X. Auf dem Verkaufsmarkt von X steht die gemeinsame Einkaufsorganisation mit den Parteien nicht im Wettbewerb. Alle für den Einkauf erforderlichen Informationen (zum Beispiel Qualitätsvorgaben, Mengen, Liefertermine, Höchsteinkaufspreise) werden nur der gemeinsamen Einkaufsorganisation, nicht aber den anderen Parteien offen gelegt. Die gemeinsame Einkaufsorganisation handelt die Einkaufspreise mit den Anbietern aus. Der gemeinsame Anteil von A, B und C am Einkaufs- wie am Verkaufsmarkt beträgt 30 %. Auf diesen Märkten gibt es sechs Wettbewerber, von denen zwei einen Marktanteil von 20 % haben.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Da zwischen den Parteien kein direkter Informationsaustausch stattfindet, ist es unwahrscheinlich, dass die Übermittlung der für den Einkauf erforderlichen Angaben an die gemeinsame Einkaufsorganisation zu einem Kollusionsergebnis führt. Es ist daher unwahrscheinlich, dass der Informationsaustausch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1.“

## **bb. Allgemeine Voraussetzungen für die Freistellung von Einkaufskooperationen**

### **(1) Allgemeiner wettbewerblicher Rahmen**

Einkaufskooperationen sind ein probates Mittel, um als Einkäufer gegenüber den Lieferanten ein Gegengewicht aufzubauen und die eigene Verhandlungsposition zu stärken<sup>389</sup>.

Eine Zusammenarbeit beim Einkauf wird typischerweise zum einen von kleinen und mittleren Unternehmen vereinbart, um den Lieferanten auf gleiche Weise wie ihre großen Konkurrenten gegenüberzustehen und ähnlich vorteilhafte Preise und Geschäftsbedingungen zu verhandeln; zum anderen trifft man sie als Kooperation von mittelständischen Einzelhändlern und Großhändlern an<sup>390</sup>.

Obwohl Einkaufskooperationen nicht auf bestimmte Branchen beschränkt sind, so sind sie insbesondere im Lebensmittelhandel anzutreffen<sup>391</sup>.

Werden diese Einkaufsvereinbarungen von kleinen und mittleren Unternehmen geschlossen, so sind sie - durch das durch sie geschaffene Gegengewicht am Markt - grundsätzlich positiv zu bewerten<sup>392</sup>. Auch wenn durch die Kooperation in gewissem Maße Marktmacht geschaffen wird, so wird diese Tatsache regelmäßig durch bewirkte Größenvorteile wettgemacht, wenn es zu einer realen Bündelung der Einkaufsvolumina kommt<sup>393</sup>. Einschränkend weist die Kommission in ihren neuen Leitlinien zur horizontalen Zusammenarbeit darauf hin, dass

---

<sup>389</sup> *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., § 11 Rn 27.

<sup>390</sup> *Mestmäcker/Schweitzer*, EG-Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., § 11 Rn 27.

<sup>391</sup> Vgl. hierzu umfassend *Monopolkommission*, Sondergutachten XXIII.

<sup>392</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (17) Rn 116.

<sup>393</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (17) Rn 116.

durch die Nachfragemacht zwar grundsätzlich niedrigere Preise bzw. kollektiv bessere Produkte oder Dienstleistungen für die Verbraucher erzielt werden können. Allerdings die Nachfragemacht u. U. auch Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken sein kann<sup>394</sup>. Daher ist die grundsätzlich positive Einschätzung aus den alten Horizontal-Leitlinien nach der neuen Auslegung der Kommission etwas abgeschwächt.

Sachlich relevant für die Beurteilung der Einkaufskooperationen sind zwei Märkte: Zum einen der Markt auf dem die Zusammenarbeit unmittelbar stattfindet (Einkaufsmarkt), zum anderen der nachgelagerte Verkaufsmarkt, auf dem die Vereinbarungspartner als Verkäufer tätig sind<sup>395</sup>.

Auf dem Verkaufsmarkt kann es insbesondere dann zu Wettbewerbsbeschränkungen kommen, wenn die Vereinbarungspartner durch ihre Absprache an Marktmacht gewinnen und sie einen erheblichen Teil ihrer Kosten zusammen tragen<sup>396</sup>.

Zudem ist für die Bewertung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV entscheidend, ob die Vereinbarungen noch mit vertikalen Beschränkungen gekoppelt sind<sup>397</sup>.

## (2) Von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasste Vereinbarungen

Aus dem Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen insbesondere solche Kooperationsvereinbarungen von vornherein heraus, bei denen es nur zu einer Wettbewerbssituation auf dem Einkaufsmarkt kommt und die Partner der Absprache (entweder weil sie räumlich nicht miteinander in Berührung kommen oder sachlich nicht als potenzielle Wettbewerber anzusehen sind) auf dem Verkaufsmarkt nicht konkurrieren<sup>398</sup>. In einem solchen Fall ist Art. 101 Abs. 1 AEUV nur dann einschlägig, wenn die Vereinbarungspartner eine Marktmacht erlangen, die ihnen eine Behinderung anderer Einkäufer ermöglicht<sup>399</sup>.

---

<sup>394</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (44) Rn 194.

<sup>395</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (17) Rn 119 bzw. 2011 C 11/1 (44) Rn 197.

<sup>396</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (18) Rn 122 bzw. 2011 C 11/1 (45) Rn 213.

<sup>397</sup> *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., § 11 Rn 27ff. Nach der Kommission sind in diesem Zusammenhang die Vereinbarungen in einer Zweistufenanalyse zu untersuchen. Zunächst sei die Vereinbarung als solche auf ihre horizontalen Beschränkungen zu untersuchen. Erst dann könne eine Untersuchung unter dem Gesichtspunkt vertikaler Beschränkungen erfolgen, die sich nach den Leitlinien für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen richte (vgl. *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 ff. bzw. 2010 C 130/01 ff.), *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (17) Rn 117 bzw. C 11/1 (44) Rn 198.

<sup>398</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (18) Rn 123.

<sup>399</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (18) Rn 123.

Art. 101 Abs. 1 AEUV greift immer dann ein, wenn die Einkaufsvereinbarung nur der Verschleierung eines Kartells dient, das die Preise festsetzt, die Produktion beschränkt oder der Aufteilung der Märkte dient<sup>400</sup>.

Alle anderen Einkaufskooperationen sind einer Gesamtbetrachtung ihres rechtlichen und wirtschaftlichen Umfelds zu unterziehen. Hierbei sind insbesondere sowohl die Einkaufs- wie die Verkaufsmärkte zu berücksichtigen. Entscheidend ist die Untersuchung von Marktstrukturdaten und der Marktmacht der Absachepartner<sup>401</sup>. Bei dieser Analyse müssen primär die Wechselwirkungen der Einkaufs- und Verkaufsmärkte beachtet werden<sup>402</sup>.

#### **(aa) Auswirkungen der Einkaufsvereinbarungen auf die Einkaufs- und Verkaufsmärkte**

Zunächst muss untersucht werden, ob die Vereinbarungspartner durch die Kooperation marktmächtig werden und damit einen so großen Marktanteil erreichen, dass sie in die Lage versetzt werden, die Preise unter das Wettbewerbsniveau zu drücken bzw. Konkurrenten den Marktzugang zu erschweren<sup>403</sup>.

Folgen von Nachfragemacht können Leistungsverluste wie Qualitätsrückgang, Verminderung der Innovationsdynamik bzw. ein suboptimales Angebot bei den Lieferanten sein. Insbesondere sind allerdings die Auswirkungen auf den Wettbewerbsparameter Preis kritisch zu beurteilen<sup>404</sup>. In ihren neuen Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit nennt die Kommission hier noch die als mögliche Folge eine geringere Produktionsmenge, den Verlust von Produktvielfalt, Marktaufteilung oder die wettbewerbswidrige Verschließung des Marktes für andere mögliche Einkäufe<sup>405</sup>.

Zum einen besteht die Gefahr, dass die Preisvorteile, die die Kooperationspartner bei den Lieferanten erreichen, nicht an die Kunden der Partner auf den Verkaufsmärkten weitergegeben werden. Dies ist vor allem dann anzunehmen, wenn auch auf dem Verkaufsmarkt Macht durch die Gruppe ausgeübt wird<sup>406</sup>. Zudem ist durch steigende Macht

---

<sup>400</sup> Kommission, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (18) Rn 124. Hier taucht interessanterweise unterschwellig wieder die Definition der *Hardcore-restraints* auf, und wird von der Kommission, obwohl sich die Kommission immer wieder auf die notwendige „Einzelfallentscheidung“ beruft (Nachweise siehe oben unter *Zweiter Teil C. I.*) hier de facto als *per-se-Verbot* verstanden.

<sup>401</sup> Kommission, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (18f.) Rn 125 ff.

<sup>402</sup> Kommission, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (18f.) Rn 125 ff.

<sup>403</sup> Kommission, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (18) Rn 126.

<sup>404</sup> Kommission, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (18) Rn 126.

<sup>405</sup> Kommission, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (45) Rn 200.

<sup>406</sup> Kommission, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (18) Rn 126; (19) Rn 128.

der Partner auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt mit kollusivem Verhalten der Kooperationspartner vornehmlich aufgrund der Angleichung ihrer Kosten zu rechnen<sup>407</sup>. Zum anderen besteht die Gefahr, dass die Vereinbarungspartner ihre Marktmacht dazu nutzen, ihre Konkurrenten von den leistungsstarken Lieferanten abzuschotten<sup>408</sup>. Zudem werden die Lieferanten versuchen, die den Vereinbarungspartnern gewährten Preisvorteile auf deren Wettbewerber abzuwälzen, was freilich auch ein gewisses Maß an Marktmacht der Lieferanten voraussetzt<sup>409</sup>. Es muss also eine Situation vorliegen, bei der die Einkäufer so mächtig sind, dass sie den Anbietern günstige Konditionen/Preise abverlangen können, wobei die Anbieter gleichzeitig selbst so mächtig sind, dass sie an die Konkurrenten der Einkäufer ungünstigere Konditionen/Preise weitergeben können. Weiterer Punkt der Kommission, der erst Einzug im Rahmen der neuen Leitlinien erhalten hat, ist die Bewertung des Informationsaustauschs für den die Einkaufskooperation eine Plattform bieten kann<sup>410</sup>.

### **(bb) Die Rolle des Marktanteils für die Beurteilung**

Die Kommission ging in den Leitlinien aus 2001 davon aus, dass Vereinbarungen, die von Unternehmen mit insgesamt weniger als 15 % Marktanteil geschlossen werden, grundsätzlich nicht als schädlich anzusehen sind<sup>411</sup>.

Bei einem Marktanteil von weit über 15 % geht sie grundsätzlich dann von einer Erfüllung von Art. 101 Abs. 1 AEUV aus, wenn es sich um einen konzentrierten Markt handelt<sup>412</sup>. In ihren Leitlinien aus dem Jahr 2011 hat die Kommission die Bedeutung des Marktanteils noch etwas anders akzentuiert. Es kommt danach nicht mehr darauf an, ob der Marktanteil unter 15 % liegt sondern ist ebenfalls noch unschädlich, dass der Marktanteil genau bei 15 % auf dem Einkaufs- sowie Verkaufsmarkt liegt<sup>413</sup>. Wenn der Anteil nicht über 15 % liegt, so geht die Kommission tendenziell ohnehin davon aus, dass die Voraussetzungen einer Einzelfreistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind<sup>414</sup>. Eine Überschreitung dieser Marktanteilsschwelle wird von der Kommission nicht als zwingend schädlich eingestuft.

---

<sup>407</sup>Dies gilt vor allem dann, wenn die Gruppe einen großen Teil ihrer Waren gemeinsam einkauft, da sich dann auch der Großteil ihrer Gesamtkosten angleicht. Vgl. hierzu insbesondere auch *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (46) Rn 213 ff. Dort betont die Kommission im Übrigen – im Gegensatz zu den alten Leitlinien – die Bedeutung der variablen Kosten im Rahmen der Bewertung (Rn 214).

<sup>408</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (18) Rn 126; (19) Rn 129.

<sup>409</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (18) Rn 126; (19) Rn 129.

<sup>410</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (46) Rn 215 f.. Dies passt ins Bild der generell hervorgehobenen Bedeutung der wettbewerbsrechtlichen Würdigung von Vereinbarungen über den Informationsaustausch im Rahmen der Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, vgl. ABl. 2011 C 11/1 (13 ff.) Rn 55 ff.

<sup>411</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (19) Rn 130.

<sup>412</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (19) Rn 131.

<sup>413</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (45) Rn 208.

<sup>414</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (45) Rn 208.

Vielmehr ist eine eingehende Einzelfallprüfung der entsprechenden Marktauswirkungen durchzuführen, Faktoren wie Marktkonzentration und mögliche Gegenmacht starker Anbieter spielen hierbei eine Rolle<sup>415</sup>.

### **(cc) Zwischenfazit**

Es kann nach alledem festgehalten werden, dass Einkaufskooperationen nur dann von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst werden, wenn sie von Unternehmen geschlossen werden, die auch auf dem Verkaufsmarkt als Wettbewerber tätig sind<sup>416</sup>, die Gruppe marktmächtig ist (Marktanteil jenseits der 15 % -Schwelle) bzw. wenn die Kooperation nur ein verdecktes Kartell darstellt. Alle anderen Konstellationen fallen schon nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV, sodass sich die Frage einer Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV gar nicht erst stellt.

### **(3) Für Art. 101 Abs. 3 AEUV relevante Aspekte**

#### **(aa) Effizienzen**

Effizienzen können durch Einkaufskooperationen vor allem durch Größenvorteile bei der Bestellung oder im Rahmen des Transportes erreicht werden<sup>417</sup>. In ihren Leitlinien aus 2011 weist die Kommission im Übrigen auf mögliche qualitative Effizienzgewinne hin, in dem Anbieter zu Innovationen und zur Markteinführung neuer und verbesserter Produkte veranlasst werden<sup>418</sup>. Allerdings können nach Auffassung der Kommission nur solche Kostenvorteile in die Betrachtung eingestellt werden, die nicht allein auf Ausübung von Nachfrage- oder Verkäufermacht beruhen<sup>419</sup>. Eine entsprechende Einschränkung fehlt in den Leitlinien aus 2011.

#### **(bb) Unerlässlichkeit**

---

<sup>415</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (45) Rn 209.

<sup>416</sup>Sind die Unternehmen nur auf dem Einkaufsmarkt tätig, so greift Art. 101 Abs. 1 AEUV nur ein, wenn erhebliche Marktmacht durch die Vereinbarung generiert wird. Diese nimmt die Kommission ab der (allerdings nicht starr zu behandelnden) Schwelle von 15 % an, siehe soeben. Vgl. zur Freistellungsmöglichkeit unter (cc).

<sup>417</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (45) Rn 132.

<sup>418</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (45) Rn 217.

<sup>419</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (19) Rn 132. Wenn (wie oben beschrieben) der wettbewerbspolitische Vorteil der Einkaufskooperationen gerade darin besteht, dass die Verbundgruppe den Größennachteil gegenüber marktmächtigen Wettbewerbern ausgleicht, der sich insbesondere in einer schlechteren Verhandlungsposition gegenüber den Herstellern äußert, so müssen Größenvorteile, die sich in gesteigerter Marktmacht äußern, Berücksichtigung finden. Eine andere Frage ist, ob die Marktsituation nach dem Abschluss der Kooperation eine Weitergabe der Vorteile an die Verbraucher erwarten lässt.



Für die Frage, ob die Vereinbarung für die Erreichung des angestrebten Zieles unerlässlich ist, ist insbesondere zu beachten, dass Größenvorteile häufig nur durch die Verpflichtung, die relevanten Produkte ausschließlich über die Kooperation zu beziehen, zu erzielen sind<sup>420</sup>.

### **(cc) Verbraucherbeteiligung**

Anders als in den Leitlinien aus 2001 nennt die Kommission in den Leitlinien aus 2011 beispielhaft, wann mit einer Verbraucherbeteiligung in angemessenem Maße zu rechnen ist. Eine Weitergabe kann danach insbesondere in Form niedrigerer Preise auf den Verkaufsmärkten erfolgen<sup>421</sup>. Dies ist allerdings dann unwahrscheinlich, wenn niedrigere Einkaufspreise durch bloße Ausübung von Nachfragemacht erzielt wurden<sup>422</sup>.

### **(dd) Keine Beseitigung des Wettbewerbs im Markt**

Bei der Beurteilung der Frage, ob es durch die Einkaufskooperation zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs kommt, sind sowohl der Einkaufsmarkt als auch der Verkaufsmarkt zu begutachten. Ist von den Parteien ein kritischer Marktanteilswert erreicht, so können nur gegengewichtige Marktmacht durch Lieferanten (Einkaufsmarkt) bzw. die Existenz potenzieller Konkurrenten auf dem Verkaufsmarkt ein für die Unternehmen negatives Urteil abwenden<sup>423</sup>.

### **cc. Analyse und Kritik der Kommissionsauffassung**

Im Folgenden sollen nun die Faktoren und Voraussetzungen erarbeitet werden, unter denen Einkaufsvereinbarungen als freistellungsfähig einzuordnen sind.

Eine erhebliche Bedeutung in der Bewertung der Einkaufskooperationen kommt der Marktstellung der Vereinbarungsparteien zu. Insbesondere der Marktanteil der Beteiligten auf den in Rede stehenden Märkten - namentlich auf dem Einkaufs- und dem Verkaufsmarkt - nimmt eine hervorragende Rolle ein. Das Kriterium des Marktanteils erfüllt zwei Aufgaben. Auf der einen Seite dient es schon als Filter auf der Stufe der Frage nach einer tatbestandsmäßigen Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV. Auf der anderen Seite präjudiziert der Marktanteil die Frage, ob überhaupt an eine Einzelfreistellung

---

<sup>420</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (19) Rn 133 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (45) Rn 218.

<sup>421</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (19) Rn 133 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (45) Rn 219.

<sup>422</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (19) Rn 133 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (45) Rn 219.

<sup>423</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (19) Rn 133 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (45) Rn 220.

zu denken ist. Dieses Spannungsfeld soll nun beleuchtet werden. Relevant für die Frage, ob es zu einer Freistellung einer Einkaufskooperation nach Art. 101 Abs. 3 AEUV kommen kann, sind - ausgehend von der Verwaltungspraxis der Kommission - nur solche Sachverhalte, bei denen der kumulative Marktanteil der Vereinbarungspartner bei über 15 % auf dem Einkaufs- und/oder Verkaufsmarkt liegt<sup>424</sup>.

Hiermit weicht die Kommission von ihrer sonstigen Verwaltungspraxis in anderen Bereichen horizontaler Vereinbarungen ab, bei denen sie niedrigere Marktanteilkriterien zur Anwendung bringt<sup>425</sup>.

Die Konstellationen, bei denen weniger Marktmacht gebunden wird, fallen mangels der Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV<sup>426</sup>.

Somit fallen sehr viele Sachverhalte aus dem Bereich der Kooperation kleiner und mittlerer Unternehmen schon von vornherein aus dem Anwendungsbereich des Freistellungstatbestandes heraus. Es herrscht also für die betroffenen Marktteilnehmer Rechtssicherheit.

Fraglich ist nun, bis zu welchen Schwellenwerten und Kombinationen von Marktstrukturdaten Unternehmen in diesem Bereich noch von einer Freistellung profitieren können oder von dieser ausgeschlossen sind.

Die Kommission gibt zu ihrer Auffassung hierzu in den oben zitierten Beispielfällen eingehend Auskunft<sup>427</sup>. So bewertete sie im *Einzelhändler-Fall*<sup>428</sup> und im *Genossenschafts-Fall*<sup>429</sup> die Einkaufskooperationen als freistellungsfähig, im *Fall Bauelemente*<sup>430</sup> und im *Fall Supermarktketten*<sup>431</sup> war hierfür nach Ansicht der Kommission kein Raum.

Insbesondere die beiden Fallkonstellationen, die von der Kommission für freistellungsfähig gehalten wurden, weisen hierbei eine sehr ähnliche Struktur auf und geben vergleichbare Marktstrukturdaten wieder.

---

<sup>424</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (18) Rn 126; (19) Rn 130 f. bzw. ABl. 2011 C 11/1 (45) Rn 208.

<sup>425</sup>Vgl. *Kommission*, de minimis-Bekanntmachung, ABl. 2001 C 368/13 ff. bzw. ABl. 2014 C 291/01 (2) Rn 8.

<sup>426</sup>Siehe nochmals *Kommission*, de minimis-Bekanntmachung, ABl. 2001 C 368/13 wonach grundsätzlich eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung bei horizontalen Vereinbarungen erst ab einem Marktanteil von 10 % (a. a. O. Rn 2; 7a) anzunehmen sei bzw. ABl. 2014 C 291/01 (2) Rn 8.

<sup>427</sup>Siehe zu den Sachverhalten und den Bewertungen durch die Kommission nochmals oben *Zweiter Teil, I. 1. c. aa. (1)-(4)*.

<sup>428</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (20) Rn 136.

<sup>429</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (20) Rn 138.

<sup>430</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (19f.) Rn 135.

<sup>431</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (20) Rn 137.

In beiden Fällen sehen sich die Vereinbarungspartner zwei großen Marktteilnehmern gegenüber, die sowohl auf dem Einkaufs- als auch auf dem Verkaufsmarkt tätig sind.

Diese kommen zusammen auf Marktanteile, die entweder die Hälfte<sup>432</sup> bzw. zwei Drittel<sup>433</sup> des jeweiligen Marktes abdecken.

Durch die Vereinbarung werden die Kooperationspartner in die Lage versetzt, diesen beiden Konkurrenten wie ein gleichgewichtiger Marktteilnehmer bzw. als ernstzunehmender Konkurrent entgegenzutreten und somit den Lieferanten ebenso nachfragemächtig gegenüberzustehen.

Andererseits wird die jeweilige Verbundgruppe aber auch nicht so einflussreich, dass sie ihrerseits einen Marktanteil generiert, der es ihr ermöglichen würde, Wettbewerber bzw. die Unternehmen der Marktgegenseite missbräuchlich<sup>434</sup> zu behindern. Die in Rede stehenden Verbundgruppen überschreiten mithin nicht die Stufe der Marktbeherrschung.

Hieraus lässt sich der Schluss ziehen, dass nach Auffassung der Kommission eine Freistellung bei dem Kartellverbot unterfallenden Einkaufskooperationen (im Hinblick auf die Marktstrukturdaten) immer dann in Frage kommt, wenn die Verbundgruppe in den Wettbewerb mit den Marktführern oder -beherrschern treten kann<sup>435</sup>.

Bei den von der Kommission negativ beurteilten Sachverhalten ergibt sich keine so große Ähnlichkeit der Sachverhalte. Dennoch weisen sie deutliche Parallelen bei der Bewertung gewisser Marktsituationen auf, die der Typisierung zugänglich sind.

So wird es negativ bewertet, wenn die Kooperationsteilnehmer die klare Marktführerschaft auf dem Einkaufsmarkt erlangen<sup>436</sup>. Zudem kommt im *Bauelemente-Fall* auch noch der große Abstand zu den fünf übrigen Konkurrenten auf dem Einkaufsmarkt zum tragen, die alle nur geringe Marktanteile im einstelligen Bereich aufweisen können. Somit wird von einem Viertel der Unternehmen, die auf dem Einkaufsmarkt tätig sind, 35 % Einkaufsmacht gebunden. Im *Bauelemente-Fall* kommt noch hinzu, dass die Angebotsseite mit sechs Anbietern eher konzentriert ist. Es gibt zwei große Anbieter mit je 30 % Marktanteil, die vier

---

<sup>432</sup>Im Einzelhändler-Fall.

<sup>433</sup>Im Genossenschafts-Fall.

<sup>434</sup>Der Begriff „missbräuchlich“ wird hier in Abgrenzung zu der dem Wettbewerb immanenten Behinderung der Konkurrenten gebraucht.

<sup>435</sup>Diese Situation ist allerdings nicht mit den Fällen zu verwechseln, bei denen unter dem Gesichtspunkt des Arbeitsgemeinschaftsgedankens erst Wettbewerb eröffnet wird. In diesen Fällen fehlt es schon an einer tatbestandlichen Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV, da vor Gründung der Arbeitsgemeinschaft gar kein (potenzieller) Wettbewerb beschränkt werden konnte. Vgl. hierzu *Kommission*, Kooperationsbekanntmachung, ABl. 1968 C 75/3 Rn II/5; *dies.*, ABl. 1988 L 311/36-*Eurotunnel*; *dies.*, ABl. 1990 L 209/15-*Elopak/Metal Box-Odin*; *dies.*, ABl. 1990 L 228/31-*Konsortium ECR 900*; *dies.*, ABl. 2000 L 58/3-*GEAE/P&W*; *dies.*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (4) Rn 24.

<sup>436</sup>10 %-Vorsprung vor nächstem Konkurrenten. Vgl. *Bauelemente-Fall* (35 % zu 25 % Marktanteil).

übrigen Anbieter halten zwischen 10 und 15 % große Anteile. Demgegenüber tritt die Kooperation mit 35 % Marktmacht.

Im *Fall Supermarktketten* erreicht die Verbundgruppe durch die Absprache sowohl auf den Einkaufsmärkten als auch auf dem Verkaufsmarkt die klare Marktführerschaft mit 25-40 bzw. 40 % Anteil am Gesamtumsatz des jeweiligen Marktes. Dem stehen jeweils fünf bedeutendere Unternehmen mit lediglich 10-15 % Marktanteil gegenüber.

Gemein ist allen vier Beispielsfällen der Kommission, dass aufgrund der Marktverhältnisse entweder mit oder nicht mit einer Weitergabe der durch die Kooperation generierten Gewinne an die Verbraucher zu rechnen ist.

In den positiv bewerteten Fällen ist mit der Weitergabe zu rechnen, in den beiden anderen Fällen nicht.

Dogmatisch kann man das von der Kommission über die Sachverhalte gefällte Urteil an zwei Tatbestandsmerkmalen des Art. 101 Abs. 3 AEUV festmachen<sup>437</sup>. Zum einen kann man argumentieren, dass es nicht zu Effizienzgewinnen im Sinne der Norm komme<sup>438</sup>. Oder aber man erkennt die Generierung von Effizienzgewinnen an, bestreitet aber die Wahrscheinlichkeit ihrer Weitergabe an die Verbraucher<sup>439</sup>. Die Weitergabe der Gewinne an die Verbraucher ist im Allgemeinen nach der Praxis der Kommission umso wahrscheinlicher, je mehr Wettbewerb auf dem jeweiligen Markt herrscht<sup>440</sup>. Ebenso ist für die Kommission ein Kriterium, inwiefern für die an der Absprache beteiligten Unternehmen Anreize bestehen, die erreichten Effizienzgewinne als Wettbewerbsvorteil einzusetzen<sup>441</sup>. Des Weiteren sind auch die Aussagen der Kommission in ihren Leitlinien aus 2011 relevant für die Auslegung. Wenn im *Einzelhändler-Fall 1* für die Kommission eine Freistellung in Betracht kam, ist im *Einzelhändler-Fall 2*<sup>442</sup> sogar die Annahme der Erfüllung des Tatbestands des Kartellverbots aus Art. 101 Abs. 1 AEUV unwahrscheinlich. Dabei stellt die Kommission darauf ab, dass

---

<sup>437</sup>Dies ist zum einen die erste, zum anderen die zweite Freistellungsvoraussetzung des Art. 101 Abs. 3 AEUV.

<sup>438</sup>Dies ist dann der Fall, wenn man die Vorteile, die bloß den Beteiligten Vereinbarung zu Gute kommen, außer Betracht lässt.

<sup>439</sup>In diesem Fall müsste man die Effizienzen, die ausschließlich den an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen zugute kommen, auch unter die erste Freistellungsvoraussetzung des Art. 101 Abs. 3 AEUV subsumieren.

<sup>440</sup>*Kommission*, ABl. 1969 L 195/5 (9 f.)-*JAZ/Peter I*; *dies.*, ABl. 1978 L 61/17 (20)-*JAZ/Peter II*; *dies.*, ABl. 1972 L 13/47 (49)-*SOPELEM/Langen*; *dies.*, ABl. 1975 L 29/11 (13)-*Duro-Dyne/Europair*; *dies.*, ABl. 1977 L 30/10 (16)-*Junghans*; *dies.*, ABl. 1978 L 70/47 (51 f.)-*SOPELEM/Vickers I*; *dies.*, ABl. 1981 L 391/1 (2)-*SOPELEM/Vickers II*; *dies.*, ABl. 1983 L 376/11 (15)-*VW/MAN*; *dies.*, ABl. 1983 L 376/17 (20)-*Carbon Gas Technologie*; *dies.*, ABl. 1976 L 28/19 (24)-*SABA I*; *dies.*, ABl. 1983 L 376/41 (50)-*SABA II*; *dies.*, ABl. 1985 L 233/1 (6)-*Grundig I*; *dies.*, ABl. 1994 L 20/15 (21 f.)-*Grundig II*; *dies.*, ABl. 1994 L 309/24 (30)-*Olivetti/Digital*.

<sup>441</sup>*Kommission*, ABl. 1972 L 14/14 (16)-*Henkel/Colgate*; *dies.*, ABl. 1977 L 327/26 (33 f.)-*Natriumumwälzpumpen*; *dies.*, ABl. 1994 L 309/24 (30)-*Olivetti/Digital*; *dies.*, ABl. 1994 L 354/87 (92)-*Asahi/St. Gobain*.

<sup>442</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (47) Rn 221.

eine Koordinierung des Verhaltens der Einzelhändler und damit ein entsprechendes Kollusionsergebnis eher unwahrscheinlich sein. Dies ist deshalb interessant, weil im *Einzelhändler-Fall 1* die gleichen Wettbewerbsparameter von der Kommission aufgeführt werden, und im *Einzelhändler-Fall 2* die Einkaufskooperation sogar einen höheren Marktanteil (23 % zu 20 %) aufweist. Wenn also in diesem - die Marktanteilsschwelle von 15 % deutlich übersteigen - Bereich nicht mal eine Wettbewerbsbeschränkung anzunehmen sein soll, wird auch der Bereich für eine Einzelfreistellung entsprechend stärker eingeschränkt.

Ähnliches gilt für den Vergleich von *Supermarktketten-Fall 1* mit *Supermarktketten-Fall 2*. Dort werden in beiden Fällen die fast identischen Marktparameter aufgeworfen. Im *Supermarktketten-Fall 2* haben die Vereinbarungspartner allerdings auf dem Verkaufsmarkt eine noch stärkere Marktstellung (60 % im Vergleich zu 40 %). Offen bleibt, ob die Kommission ihre Maßstäbe für die Wahrscheinlichkeit einer Weitergabe der betriebswirtschaftlich erzielten Effizienzgewinne der Vereinbarungspartner heraufgesetzt hat oder die Veränderung der Marktanteilssperren im Beispielsfall mehr oder minder willkürlich ist. Im Vergleich zu den eben dargestellten Veränderungen bei den *Einzelhändler-Fällen* erscheint ebenfalls nicht ausgeschlossen, dass die Kommission heutzutage bei einem Marktanteil von 40 % gegebenenfalls noch eine Weitergabe der Effizienzgewinne an die Verbraucher im Sinne einer angemessenen Beteiligung bei der zweiten Freistellungsvoraussetzung annehmen würde.

In dieses Bild passt auch der Vergleich vom *Genossenschafts-Fall* mit dem *Markenprodukte-Fall*. Damals wurde - trotz gleicher Parameter eine Freistellung für möglich erachtet, heute (Leitlinien aus 2011) wird von der Kommission angenommen, dass gegebenenfalls sogar keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen anzunehmen sind. Der Verweis im *Markenprodukte-Fall* auf Art. 101 Abs. 3 AEUV ist hier wohl eher ein redaktionelles Versehen. Es ist ersichtlich Art. 100 Abs. 1 AEUV gemeint.

Maßstab für die Frage, ob es zu einer angemessenen Verbraucherbeteiligung im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV kommt, ist nach der ständigen Entscheidungspraxis der Kommission das Kriterium der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ der Weitergabe der im Rahmen der Beurteilung zu berücksichtigenden Effizienzen aufgrund eines ausreichenden Wettbewerbsdrucks<sup>443</sup>.

---

<sup>443</sup>*Kommission*, ABl. 1968 L 201/7 (9f.)-ACEL/Berliet; *dies.*, ABl. 1969 L 195/1 (4)-Clima Chapée/Buderus; *dies.*, ABl. 1976 L 51/15 (19)-KEWA; *dies.*, ABl. 1983 L 224/19 (25f.)-Rockwell/Iveco; *dies.*, ABl. 1983 L

Hierfür ist weder erforderlich, dass die Vorteile sofort, noch dass sie in naher Zukunft eintreten<sup>444</sup>. Dieser auf den ersten Blick relativ weit gehende zeitliche Maßstab ist aber dadurch zu erklären, dass Gegenstand der zitierten Absprachen Vereinbarungen im Bereich Forschung und Entwicklung waren (und hierbei insbesondere Vereinbarungen über die geschäftliche Verwertung der erzielten Ergebnisse), die ansonsten von vornherein nicht freistellbar wären<sup>445</sup>.

Allerdings wird das Abstellen der Kommission auf einen hinreichend vorhandenen Wettbewerbsdruck auf die Vereinbarungspartner, als Maßstab für die Frage, ob mit der Weitergabe der Effizienzgewinne zu rechnen ist, vereinzelt vorsichtig kritisiert.

Zum einen ließ der EuGH in der Entscheidung *Metro SABA/Kommission I* offen, ob die Vermutung, dass ein ausreichender Wettbewerbsdruck die Partner zur Weitergabe der Effizienzen bewege, für die Erfüllung des zweiten Freistellungsmerkmals des Art. 101 Abs. 3 AEUV genüge<sup>446</sup>.

Allerdings ist dies die einzige Äußerung des EuGH zu diesem Themenkomplex. Zudem schien dem EuGH die Frage auch nicht für allzu entscheidend, ansonsten hätte der EuGH die Frage in einem obiter dictum klären können. Dazu kommt noch, dass die Äußerung des EuGH nicht eindeutig ist. Man kann die Aussage in dem in Rede stehenden Urteil auch so verstehen, dass nach seiner Auffassung im konkreten Fall nur nicht feststand, ob tatsächlich ausreichender Wettbewerbsdruck vorlag bzw. ob eine Vermutung hierfür ausreicht oder eben das Kriterium des „ausreichenden Wettbewerbsdrucks“ an sich für eine Weitergabe von Effizienzgewinnen tauglich ist. Alles in allem gibt es somit keine aussagekräftige Äußerung des EuGH zu dem Thema.

*Gleiss/Hirsch* kritisieren das Abstellen der Kommission auf die hinreichende Wahrscheinlichkeit für die Weitergabe der Effizienzgewinne aufgrund ausreichenden Wettbewerbsdrucks als für einen Einzelfall zu pauschal<sup>447</sup>. Allerdings bleiben sie einen Alternativvorschlag gänzlich schuldig<sup>448</sup>.

---

376/17 (20)-*Carbon Gas Technologie*; *dies.*, ABl. 1983 L 376/30 (35f.)-*Internationale Energie-Agentur*; *dies.*, ABl. 1988 L 301/68 (72)-*Brown Boveri/NGK Insulators*.

<sup>444</sup>*Kommission*, ABl. 1976 L 51/15 (19)-*KEWA*; *dies.*, ABl. 1983 L 376/17 (20)-*Carbon Gas Technologie*; *dies.*, ABl. 1983 L 376/30 (35 f.)-*Internationale Energie-Agentur*; *dies.*, ABl. 1988 L 301/68 (72)-*Brown Boveri/NGK Insulators*.

<sup>445</sup>*Schröter/Jakob/Mederer-Schröter*, Artikel 81 Absatz 3 Rn 354; *Groeben/Schwarze-Schröter*, Artikel 81 EG Absatz 3 Rn 318.

<sup>446</sup>EuGH v. 25. 10. 1977 Rs. C 26/76 Rn 48-*Metro SABA/Kommission I*.

<sup>447</sup>*Gleiss/Hirsch*, EG-Kartellrecht Rn 1929.

<sup>448</sup>Vgl. *Gleiss/Hirsch* ebenda.

Nach Auffassung des Verfassers läuft die (vorsichtige) Kritik an der Bewertungsgrundlage des ausreichenden Wettbewerbsdrucks leer.

Das Kriterium des ausreichenden Wettbewerbsdrucks ist lediglich für die Beurteilung des Einflusses des Marktanteils der Vereinbarungspartner und der Marktverhältnisse allgemein auf die Beurteilung der zweiten Voraussetzung des Art. 101 Abs. 3 AEUV relevant. Keinesfalls ist das Kriterium des ausreichenden Wettbewerbsdrucks alleiniger Maßstab für die Erfüllung des Merkmals der angemessenen Verbraucherbeteiligung. In die Abwägung der Frage, ob mit einer Weitergabe der Effizienzgewinne zu rechnen ist, gehen nach Auffassung und der praktizierten Vorgehensweise der Kommission insgesamt vier Prüfungspunkte ein. Dies sind die Merkmale und die Struktur des Marktes (1), Art und Ausmaß der Effizienzgewinne (2), die Elastizität der Nachfrage (3) und das Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung (4)<sup>449</sup>. Mithin ist nicht ersichtlich, warum hier von einem Pauschalurteil der Kommission zu reden wäre<sup>450</sup>.

#### **dd. Indirekter Einfluss von Art. 2 Abs. 2 und 4 Schirm-GVO**

Auch wenn sich ausweislich des Wortlautes von Art. 2 Abs. 2 2. HS Schirm-GVO die Freistellung nach Art. 2 Abs. 1 Schirm-GVO nur auf die vertikalen Beschränkungen zwischen den Mitgliedern der Unternehmensvereinigung und der Vereinigung selbst bzw. der Unternehmensvereinigung und ihren Lieferanten bezieht, und eben gerade nicht auf die horizontalen Aspekte der Zusammenarbeit, so wird die Möglichkeit des Betriebs der Einkaufsgemeinschaft durch die Norm erheblich erschwert<sup>451</sup>.

So ist es dogmatisch freilich nicht von der Hand zu weisen, dass durch Art. 2 Abs. 1 Schirm-GVO nur die vertikalen Vereinbarungen der in Rede stehenden Unternehmen mit der Vereinigung bzw. deren Lieferanten und der Vereinigung freigestellt sind<sup>452</sup>.

Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass die Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 1 Schirm-GVO auch auf die Zulässigkeit der Einkaufskooperation als solcher zurückwirken.

So greift die Freistellung aus Art. 2 Abs. 1 Schirm-GVO für eine vertikale Vereinbarung der Kooperation mit ihren Lieferanten dann nicht, wenn eines der Mitglieder der Verbundgruppe

---

<sup>449</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 C 101/97 (111) Rn 96.

<sup>450</sup>Vgl. zu diesem Einwand nochmals *Gleiss/Hirsch*, EG-Kartellrecht Rn 1929.

<sup>451</sup>Durch die Aufstellung der Voraussetzung, dass an der Vereinbarung auf Seiten der Unternehmensvereinigung nur Wareneinzelhändler beteiligt sein dürfen, greift sie geradezu typisch die Einkaufskooperationen des Handels auf, siehe hierzu *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., § 14 Rn 14 ff.

<sup>452</sup>Zu diesem Zweck der Verordnung vgl. *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (8) Rn 29; *dies.*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (17) Rn 117.

(relevant ist hier der Konzernumsatz des Mitglieds der Verbundgruppe) mehr als 50 Mio. € jährlichen Gesamtumsatz auf sich vereinigt.

Hierdurch wird indirekt auch eine weitere Freistellungsvoraussetzung für die Einkaufsvereinbarung als solche (mithin den horizontalen Aspekt der Zusammenarbeit) aufgestellt. Es macht eben keinen Sinn, eine Einkaufskooperation zu vereinbaren, die als solche kartellrechtlich zulässig ist, aber dann als Gruppe nicht tätig werden kann.

Mag der Zweck, den die Kommission mit ihrem Postulat von der Zweistufenprüfung für Einkaufskooperationen aufstellt<sup>453</sup> richtig und nachvollziehbar sein, die Umsetzung ist inkonsequent<sup>454</sup>.

### ee. Endergebnis

Als Fazit lässt sich zu der Bewertung der Einkaufsvereinbarungen durch die Kommission festhalten, dass im Zeitverlauf (vgl. der Leitlinien 2001 und 2011) eine klare Tendenz dahingehend erkennbar ist, dass eine Wettbewerbsbeschränkung zwischen Einzelhändlern tendenziell später angenommen wird, wodurch - mangels Einschlägigkeit des Kartellverbots - der Raum für Einzelfreistellungen in negativer Form beschnitten wird. Erkennbar ist hier, dass tendenziell höhere Marktanteile von der Kommission als unkritisch - sogar im Rahmen der Wettbewerbsbeschränkung - anerkannt werden. Als entsprechend gänzlich neuer Aspekt ist das Thema Informationsaustausch auch mit einem Fallbeispiel besprochen. Die dortige Aussage ist allerdings vergleichsweise „dünn“. Dann, wenn ein Informationsaustausch nicht wahrscheinlich ist, wird eine Einkaufskooperation - als Plattform für einen Informationsaustausch - auch als unkritisch eingeordnet. Dies ist im Informationsaustauschfall *dann der Fall, wenn zwar Informationen an die Einkaufsplattform als solche gegeben werden, diese dort allerdings einer entsprechenden Geheimhaltung unterliegen und nicht an die weiteren Partner der Einkaufskooperation weitergegeben werden.*

Schließlich - insofern hat zwischen den beiden Fassungen der Schirm-GVO keine Änderung stattgefunden - bleibt es zwar dabei, dass Einkaufsvereinbarungen im Rahmen einer Zweistufenprüfung untersucht werden müssen (horizontalen getrennt von vertikalen Aspekten der Vereinbarung). Dabei sind die Aussagen in Art. 2 der Schirm-GVO allerdings insofern

---

<sup>453</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (8) Rn 29 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (9) Rn 29 f.; *dies.*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (17) Rn 117 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (44) Rn 195.

<sup>454</sup>Vgl. zur Kritik an der dogmatischen Ausgestaltung der Fragestellung *Schulte/Geiger* EuZW 2000, 396 (397 f.); *Bauer/de Bronett*, Vertikal-GVO Rn 212 f.; *Schultze/Pautke/Wagener*, Vertikal-GVO-Kommentar, Rn 261; *Bahr*, Verbundgruppenfranchising, S. 285; *Korah/O'Sullivan*, Distribution Agreements, p. 139.



eine Beschränkung für die Möglichkeit einer Einkaufsvereinbarung, als dort die Freistellung bestimmter Kooperationen nicht erfolgen kann, wenn der Gesamtumsatz der Partner (50 Mio. Euro als Schwelle) übersteigt. Dort endet also der „sichere Hafen“ der gruppenweisen Freistellung. Selbstverständlich ist eine Einzelfreistellung auch jenseits dieses Umsatzkriteriums möglich. Es würde allerdings bedeuten, dass Regelausnahmeverhältnis zu verkehren, wenn - ohne Weiteres - von der Möglichkeit einer Einzelfreistellung jenseits dieser Umsatzschwelle ausgegangen wird. Von daher stellt die Schirm-GVO zwar nur positiv vertikale Vereinbarungen frei. Die Aussage, dass bestimmte Umsatzschranken zu einer Versagung einer Gruppenfreistellung führen, kann hier allerdings kaum als positives Zeichen der Kommission gewertet werden, von einer Einzelfreistellung auch bei entsprechend höheren Umsätzen der Partner auszugehen.

### **b. Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung<sup>455</sup>**

Im Folgenden werden Vereinbarungen aus dem Bereich Forschung und Entwicklung<sup>456</sup> untersucht.

#### **aa. Fallbeispiele der Kommission und deren Bewertungsgrundlagen**

##### **(1) Der Fall elektronische Bauelemente 1<sup>457</sup>**

###### **(a) Sachverhalt**

„Es gibt zwei große Unternehmen auf dem europäischen Markt für die Herstellung vorhandener elektronischer Bauelemente: Das Unternehmen A mit einem Marktanteil von 30 % und das Unternehmen B mit ebenfalls 30 %. Sie haben beide erhebliche FuE-Investitionen zur Entwicklung elektronischer Miniaturelemente vorgenommen und erste Prototypen entwickelt. Nunmehr beschließen sie, ihre FuE-Arbeiten zusammenzulegen und ein GU für die Vervollständigung von FuE und die Herstellung der Komponenten zu gründen, die an die Muttergesellschaft verkauft werden, von der sie wiederum getrennt auf den Markt gebracht werden. Der übrige Markt verteilt sich auf kleine Unternehmen, die nicht über ausreichende Ressourcen für die notwendigen Investitionen verfügen.“

###### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Elektronische Miniaturkomponenten mögen zwar in einigen Gebieten mit vorhandenen Komponenten im Wettbewerb stehen, sind im Wesentlichen jedoch eine neue Technologie, weshalb die dem zukünftigen Markt gewidmeten Forschungspole untersucht werden müssen. Ist das GU erfolgreich, wird es nur einen Weg zur entsprechenden Herstellungstechnologie geben, während man davon ausgehen könnte, dass A und B getrennt mit eigenen Produkten die Marktreife erreichen könnten. Die Vereinbarung könnte zwar die Vorteile einer schnellen

---

<sup>455</sup>Zur Definition der Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen vgl. *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (6) Rn 39 ff.

<sup>456</sup>Nachfolgend „FuE“.

<sup>457</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (11) Rn 75.

Einführung der neuen Technologie erbringen, jedoch ebenso die Vielfalt verringern und eine Angleichung der Kosten zwischen den Partnern bewirken. Außerdem ist die Möglichkeit zu bedenken, dass die Partner ihre starke Stellung auf dem vorhandenen Markt ausnützen. Da sie keinem Wettbewerb auf der FuE-Ebene ausgesetzt wären, wäre für sie der Anreiz erheblich eingeschränkt, die Einführung der neuen Technologie zu beschleunigen. Wenn auch einige dieser Bedenken dadurch ausgeräumt werden könnten, dass man den Beteiligten auferlegt, Know-how-Lizenzen für die Herstellung von Miniaturkomponenten an Dritte zu vertretbaren Bedingungen zu erteilen, könnte es sich als unmöglich erweisen, sämtliche Bedenken auszuräumen und die Voraussetzungen für eine Freistellung zu erfüllen.“

## **(2) Der Fall elektronische Bauelemente 2<sup>458</sup>**

### **(a) Sachverhalt**

„A und B sind die führenden Unternehmen auf dem unionsweiten Markt für die Herstellung bestehender elektronischer Bauelemente. Beide haben einen Marktanteil von 30 %. Sie haben beide erhebliche FuE-Investitionen zur Entwicklung elektronischer Miniaturkomponenten vorgenommen und erste Prototypen entwickelt. Nunmehr beschließen sie, ihre FuE-Arbeiten zu bündeln und ein Joint Venture für die Vervollständigung von Forschung und Entwicklung und die Herstellung der Komponenten zu gründen, die an die Muttergesellschaften verkauft werden, von denen sie wiederum getrennt auf den Markt gebracht werden. Der übrige Markt verteilt sich auf kleine Unternehmen, die nicht über ausreichende Ressourcen für die notwendigen Investitionen verfügen.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Elektronische Miniaturkomponenten mögen zwar auf einigen Gebieten bei den bestehenden Komponenten im Wettbewerb stehen, sind im Wesentlichen jedoch eine neue Technologie, weshalb die diesen künftigen Markt gewidmeten Forschungspole untersucht werden müssen. Ist das Joint Venture erfolgreich, so wird es nur einen Weg zu der entsprechenden Herstellungstechnologie geben, während A und B getrennt mit eigenen Produkten wahrscheinlich die Marktreife erreichen könnten. Die Vereinbarung beschränkt somit die Produktvielfalt. Die gemeinsame Produktion dürfte auch den Wettbewerb zwischen den Parteien der Vereinbarung unmittelbar beschränken und sie dazu verleiten, sich über Output, Qualität oder andere wettbewerbsrelevante Parameter zu verständigen. Dadurch würde der Wettbewerb beschränkt, auch wenn jede Partei die Produkte selbst vermarktet. Die Parteien könnten z. B. die Produktion des Joint Ventures beschränken, sodass eine geringere Menge von Waren auf den Markt kommt, als wenn jede Partei selbst über ihren Output entschieden hätte. Das Joint Venture könnte den Parteien einen hohen Verrechnungspreis in Rechnung stellen, sodass die Input-Kosten der Parteien steigen, was höhere Preise auf nachgelagerten Märkten zur Folge haben könnte. Die Parteien haben auf dem bestehenden nachgelagerten

---

<sup>458</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (32 f.) Rn 147

Markt einen großen gemeinsamen Marktanteil, der übrige Markt verteilt sich auf eine Vielzahl kleiner Anbieter. Dieses Verhältnis dürfte auf dem neuen nachgelagerten Produktmarkt noch ausgeprägter sein, da die kleineren Wettbewerber nicht in neue Komponenten investieren können. Es ist daher ziemlich wahrscheinlich, dass die gemeinsame Produktion den Wettbewerb beschränkt. Darüber hinaus dürfte sich der Markt für elektronische Miniaturkomponenten in Zukunft zu einem Duopolmarkt entwickeln, auf dem im hohen Maße eine Angleichung der Kosten stattfindet und sensible Geschäftsinformationen zwischen den Parteien ausgetauscht werden. Daher könnte auch eine ernste Gefahr wettbewerbswidriger Koordinierung bestehen, die zu einem Kollusionsergebnis auf diesem Markt führt. Dass die FuE-Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 100 Absatz 1 hat, ist daher wahrscheinlich. Mit der Vereinbarung könnten zwar Effizienzgewinne in Form einer schnelleren Einführung der neuen Technologie erzielt werden, die Parteien wären jedoch auf der FuE-Ebene keinem Wettbewerb ausgesetzt, sodass sich für sie der Anreiz erheblich verringert, die Einführung der neuen Technologie zu beschleunigen. Wenn auch einige dieser Bedenken dadurch ausgeräumt werden könnten, dass sich die Parteien verpflichten, Dritten zu zumutbaren Bedingungen Lizenzen für das wesentliche Know-How zur Herstellung von Miniaturkomponenten zu erteilen, erscheint es unwahrscheinlich, dass auf diese Weise sämtliche Bedenken ausgeräumt und die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt werden können.“

### **(3) Der Pharma-Fall 1<sup>459</sup>**

#### **(a) Sachverhalt**

„Ein kleines Forschungsunternehmen A, das keine eigene Vertriebsorganisation unterhält, hat eine pharmazeutische Substanz mit einer neuen Technologie entdeckt und patentieren lassen, mit der neue Wege zur Behandlung einer bestimmten Krankheit beschritten werden können. A geht eine FuE-Vereinbarung mit einem großen Arzneimittelhersteller B ein, dessen Erzeugnisse bisher für die Behandlung dieser Krankheit verwendet worden sind. Das Unternehmen B verfolgt kein vergleichbares FuE-Programm. Bei den vorhandenen Produkten hält B einen Marktanteil von rund 75 % in sämtlichen Mitgliedstaaten, seine Patente laufen jedoch in den nächsten fünf Jahren aus. Es gibt zwei weitere Forschungspole, die sich ungefähr in der gleichen Entwicklungsphase befinden und die gleiche neue Grundlagentechnologie anwenden. Das Unternehmen B wird umfangreiche Geldmittel und Know-how für die Produktentwicklung bereitstellen und den zukünftigen Zugang zum Markt ermöglichen. Es erhält eine Lizenz für die ausschließliche Herstellung und Verteilung des entstehenden Produkts für die Laufzeit des Patents. Es ist zu erwarten, dass die Partner gemeinsam das Produkt in fünf bis sieben Jahren auf den Markt bringen können.“

#### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Das Produkt gehört voraussichtlich einem neuen relevanten Markt an. Die Partner bringen sich ergänzende Ressourcen und Fertigkeiten in die Zusammenarbeit ein, und die

---

<sup>459</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (11 f.) Rn 76.

Wahrscheinlichkeit, dass das Produkt auf den Markt kommt, nimmt erheblich zu. Die bei dem Unternehmen B anzunehmende erhebliche Macht auf dem vorhandenen Markt wird in Kürze abnehmen, und das Vorhandensein anderer Forschungspole wird jegliche Versuchung beseitigen, die FuE-Bemühungen zu verringern. Das Unternehmen wird die Nutzungsrechte während der verbleibenden Patentlaufzeit benötigen, um die erforderlichen umfangreichen Investitionen tätigen zu können, außerdem hat das Unternehmen A keine eigenen Vertriebsressourcen. Es ist somit nicht davon auszugehen, dass der Wettbewerb durch die Vereinbarung beeinträchtigt wird.

#### **(4) Der Pharma-Fall 2<sup>460</sup>**

##### **(a) Sachverhalt**

„Das kleine Forschungsunternehmen A, das keine eigene Marketingorganisation unterhält, hat mit einer neuen Technologie eine pharmazeutische Substanz entdeckt und patentieren lassen, mit der neue Wege zur Behandlung einer bestimmten Krankheit beschritten werden können. A geht eine FuE-Vereinbarung mit dem großen Arzneimittelhersteller B ein, dessen Produkte bisher für die Behandlung dieser Krankheit verwendet worden sind. B verfügt über kein vergleichbares Fachwissen und FuE-Programm und wäre auch nicht in der Lage, entsprechendes Fachwissen innerhalb einer angemessenen Frist aufzubauen. Bei den bestehenden Produkten hält B einen Marktanteil von rund 75 % in sämtlichen Mitgliedstaaten, seine Patente laufen jedoch in den nächsten fünf Jahren aus. Es gibt zwei weitere Forschungspole bei anderen Unternehmen, die sich ungefähr in der gleichen Entwicklungsphase befinden und die gleiche neue Grundlagentechnologie anwenden. B wird umfangreiche Geldmittel und Know-How für die Produktentwicklung bereit stellen und den künftigen Zugang zum Markt ermöglichen. Für die Laufzeit des Patents erhält B eine Lizenz als Alleinhersteller und Alleinvertriebshändler für das neue Produkt. Es wird erwartet, dass das Produkt in fünf bis sieben Jahren auf den Markt gebracht werden kann.“

##### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Das Produkt gehört voraussichtlich einem neuen relevanten Markt an. Die Partner bringen komplementäre Ressourcen und Fähigkeiten in die Zusammenarbeit ein, und die Wahrscheinlichkeit, dass das Produkt auf den Markt kommt, nimmt erheblich zu. Zwar dürfte B auf dem bestehenden Markt eine erhebliche Marktmacht haben, die aber in Kürze abnehmen wird. Die Vereinbarung wird nicht zu einem Verlust von Forschung und Entwicklung bei B führen, da das Unternehmen auf diesem Forschungsgebiet nicht über Fachwissen verfügt, und wegen des Vorhandenseins weiterer Forschungspole besteht kein Anreiz, die FuE-Vereinbarung zu verringern. B wird die Verwertungsrechte während der verbleibenden Patentlaufzeit benötigen, um die erforderlichen umfangreichen Investitionen tätigen zu können, außerdem hat A keine eigenen Marketing-Ressourcen. Es ist daher unwahrscheinlich, dass die Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 haben wird. Und selbst wenn solche Auswirkungen festgestellt würden, wären wahrscheinlich die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt.“

---

<sup>460</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (33) Rn 147.

## **(5) Der Fall Marktverschließung 1<sup>461</sup>**

### **(a) Sachverhalt**

„Das kleine Forschungsunternehmen A, das keine eigene Marketingorganisation unterhält, hat eine neue Technologie entdeckt und patentieren lassen, die den Markt für ein bestimmtes Produkt tiefgreifend verändern wird, auf dem der Hersteller B ein weltweites Monopol besitzt, da kein Wettbewerber mit seiner derzeitigen Technologie konkurrieren kann. Es gibt zwei weitere Forschungspole bei anderen Unternehmen, die sich ungefähr in der gleichen Entwicklungsphase befinden und die gleiche neue Grundlagentechnologie anwenden. B wird umfangreiche Geldmittel und Know-How für die Produktentwicklung bereit stellen und den künftigen Zugang zum Markt ermöglichen. Für die Laufzeit des Patents erhält B eine ausschließliche Lizenz für die Nutzung der Technologie und verpflichtet sich im Gegenzug nur die Entwicklung der Technologie von A zu finanzieren.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Das Produkt gehört voraussichtlich einem neuen relevanten Markt an. Die Partner bringen komplementäre Ressourcen und Fähigkeiten in die Zusammenarbeit ein, und die Wahrscheinlichkeit, dass das Produkt auf den Markt kommt, nimmt erheblich zu. Die Tatsache, dass B eine Verpflichtung in Bezug auf die Technologie von A eingeht, könnte es jedoch wahrscheinlich machen, dass die beiden konkurrierenden Forschungspole ihre Projekte aufgeben, da die weitere Finanzierung schwierig sein könnte, nach dem sie den wahrscheinlichsten potenziellen Abnehmer für die Technologie verloren haben. In einem solchen Fall sind potenzielle Wettbewerber häufig nicht in der Lage, die Monopolstellung von B anzugreifen. Die marktverschließende Wirkung der Vereinbarung würde dann wahrscheinlich als wettbewerbsbeschränkende Auswirkung im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 angesehen. Um für die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 in Betracht zu kommen, müssten die Parteien nachweisen, dass die gewährte Ausschließlichkeit unerlässlich ist, um die neue Technologie auf den Markt zu bringen.“

## **(6) Der Blockbuster-Fall<sup>462</sup>**

### **(a) Sachverhalt**

„Unternehmen A verfügt auf dem Markt, auf dem ein von ihm hergestelltes verkaufsstarkes Arzneimittel („Blockbuster“) angehört, über Marktmacht. Das kleine Unternehmen B, das pharmazeutische Forschung und Entwicklung betreibt und pharmazeutische Wirkstoffe herstellt, hat ein neues Verfahren entdeckt und zum Patent angemeldet, mit dem der Wirkstoff des Blockbuster-Arzneimittels von A wirtschaftlicher hergestellt werden könnte, und versucht, dieses Verfahren für die industrielle Produktion weiterzuentwickeln. Das Stoffpatent für den Wirkstoff des Blockbuster-Arzneimittels läuft in weniger als drei Jahren aus, mehrere Verfahrenspatente für das Arzneimittel werden dann noch weiter gelten. B ist der Auffassung, dass das von ihm entwickelte Verfahren die bestehenden Verfahrenspatente von A nicht verletzt und die Produktion einer generischen Version des Blockbuster-Arzneimittels möglich ist, sobald das Stoffpatent erloschen ist. B könnte das Produkt selbst herstellen und/oder interessierten Dritten, z. B. Generika-Herstellern oder A, Lizenzen für das Verfahren erteilen. Vor Abschluss seiner Forschung und Entwicklung auf diesem Gebiet schließt B jedoch eine Vereinbarung mit A, nach der A einen finanziellen Beitrag zu dem von B durchgeführten FuE-Projekt leistet und

---

<sup>461</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (33 f) Rn 148.

<sup>462</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (34) Rn 148.

im Gegenzug eine ausschließliche Lizenz für die Patente erwirbt, die B im Zusammenhang mit dem FuE-Projekt erlangt. Auch zwei unabhängige Forschungspole entwickeln ein nicht patentverletzendes Verfahren für die Herstellung des Blockbuster-Arzneimittels, es ist aber noch nicht abzusehen, ob sie die Phase der industriellen Produktion erreichen werden.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Das von B zum Patent angemeldete Verfahren ermöglicht nicht die Herstellung eines neuen Produkts, sondern verbessert lediglich ein bestehendes Herstellungsverfahren. Unternehmen A verfügt auf dem bestehenden Markt, dem sein Blockbuster-Arzneimittel angehört, über Marktmacht. Diese würde zwar erheblich geschwächt, wenn tatsächlich Generika-Hersteller als konkurrierende Anbieter in den Markt eintreten, die ausschließliche Lizenz schließt aber Dritte vom Zugang zu dem von Unternehmen B entwickelten Verfahren aus, verzögert möglicherweise die Markteinführung von Generika (nicht zuletzt, weil das Produkt noch durch Verfahrenspatente geschützt ist) und beschränkt somit den Wettbewerb im Sinne von Artikel 101 Absatz 1. Da Unternehmen A und B potenzielle Wettbewerber sind und der Anteil von Unternehmen B an dem Markt, dem das Blockbuster-Arzneimittel angehört, mehr als 25 % beträgt, findet die FuE-Gruppenfreistellungsverordnung keine Anwendung. Die mit dem neuen Herstellungsverfahren erzielten Kosteneinsparungen bei B überwiegen die Wettbewerbsbeschränkung allerdings nicht. Außerdem ist die ausschließliche Lizenz für die Einsparungen im Produktionsprozess nicht unerlässlich. Es ist daher unwahrscheinlich, dass die Vereinbarung die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt.“

## **(7) Der Fahrzeugteile-Fall 1<sup>463</sup>**

### **(a) Sachverhalt**

„Zwei Mechanik-Unternehmen, die Fahrzeugteile herstellen, vereinbaren die Zusammenlegung ihrer FuE-Arbeiten in einem Gemeinschaftsunternehmen, um die Produktion und die Leistungsmerkmale eines vorhandenen Fahrzeugteiles zu verbessern. Außerdem legen sie ihr vorhandenes Technologie-Lizenzgeschäft in diesem Bereich zusammen, werden jedoch die Produktion weiterhin getrennt vornehmen. Die Marktanteile der Unternehmen auf dem europäischen Erstausrüstungsmarkt betragen 15 bzw. 20 %. Es sind zwei weitere bedeutende Wettbewerber im Markt, hinzukommen mehrere hauseigene Forschungsprogramme großer Fahrzeughersteller. Auf dem Weltmarkt zur Erteilung von Lizenzen für die Technologie dieser Produkte halten die Unternehmen Anteile von 20 bzw. 25 % gemessen an den Verkaufserlösen. Es gibt noch zwei andere bedeutende Technologien für dieses Produkt. Der Produktzyklus des Bauteils beträgt in der Regel zwei bis drei Jahre. In jedem der vergangenen fünf Jahre wurde von einem der führenden Hersteller eine neue Version oder eine Verbesserung eingeführt.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Da die FuE-Arbeiten beider Unternehmen nicht auf ein vollständiges Produkt abzielen, sind die Märkte der bestehenden Komponenten und der Erteilung von Lizenzen für die entsprechende Technologie heranzuziehen. Obwohl sich die FuE-Programme der beiden

---

<sup>463</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (12) Rn 77.

Unternehmen weitgehend überschneiden, kann die Zusammenarbeit durch die Vermeidung von Doppelaufwendungen die Unternehmen in die Lage versetzen, mehr für FuE als einzeln aufzuwenden. Es sind noch mehrere andere Produkttechnologien vorhanden, und auch der gemeinsame Anteil der Partner am Erstausrüstungsmarkt verschafft ihnen keine beherrschende Stellung. Obwohl ihr Anteil an dem Technologiemarkt mit 45 % sehr hoch ist, handelt es sich um konkurrierende Technologien. Außerdem sind die Fahrzeughersteller, die gegenwärtig ihre Technologien nicht in Lizenz vergeben, als potenzielle Marktzugänger anzusehen, wodurch die Partner in ihrer Fähigkeit zur Preiserhöhung eingeschränkt werden. Das Gemeinschaftsunternehmen wird somit für eine Freistellung in Betracht kommen.“

### **(8) Der Fahrzeugteile-Fall 2<sup>464</sup>**

#### **(a) Sachverhalt**

„Mechanikunternehmen, die Fahrzeugteile herstellen, vereinbaren die Bündelung ihrer FuE-Arbeiten in einem Joint Venture, um die Produktion und Leistung einer bestehenden Komponente zu verbessern. Die Produktion dieser Komponente hätte auch positive Auswirkungen auf die Umwelt, denn die damit ausgerüsteten Fahrzeuge würden weniger Kraftstoff verbrauchen und weniger CO<sub>2</sub> ausstoßen. Die Unternehmen legen ihr bestehendes Technologielizenzgeschäft in diesem Bereich zusammen, werden jedoch die Komponenten weiter getrennt herstellen und verkaufen. Der Marktanteil der beiden Unternehmen auf dem Erstausrüstermarkt der Union beträgt 15 % bzw. 20 %. Es gibt zwei weitere wichtige Wettbewerber sowie mehrere interne Forschungsprogramme großer Fahrzeughersteller. Auf dem Weltmarkt für die Erteilung von Lizenzen für die entsprechende Technologie halten die Parteien, gemessen an den erzielten Einnahmen, einen Anteil von 20 % bzw. 25 %; es gibt noch zwei andere wichtige Technologien für dieses Produkt. Der Produktzyklus der Komponente beträgt in der Regel zwei bis drei Jahre. In jedem der vergangenen fünf Jahre wurde von einem der führenden Unternehmen eine neue oder verbesserte Version eingeführt.“

#### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Da die FuE-Arbeiten beider Unternehmen nicht auf ein völlig neues Produkt abzielen, sind sowohl der Markt für die bestehenden Komponenten als auch der Markt für die Erteilung von Lizenzen für die entsprechende Technologie heranzuziehen. Der gemeinsame Anteil der Parteien am Erstausrüstermarkt (35 %) und vor allem am Technologiemarkt (45 %) ist relativ hoch. Die Parteien werden die Komponenten jedoch weiter getrennt herstellen und verkaufen. Ferner gibt es mehrere konkurrierende Technologien, die regelmäßig verbessert werden. Außerdem sind auch die Fahrzeughersteller, die derzeit keine Lizenzen für die Technologien erteilen, potenzielle neue Anbieter auf dem Technologiemarkt und schränken somit die Möglichkeiten der Parteien ein, die Preise gewinnbringend zu erhöhen. Wenn das Joint Venture den Wettbewerb im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 beschränken würde, wären wahrscheinlich auch die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt. Bei der

---

<sup>464</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (34 f.) Rn 149.

Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3 wäre zu berücksichtigen, dass den Verbrauchern der niedrigere Kraftstoffverbrauch zu Gute kommt.“

## **bb. Allgemeine Voraussetzungen für die Freistellung von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung**

Im Falle der Vereinbarungen über FuE besteht im Vergleich zu vielen anderen Fallgruppen die Besonderheit, dass schon nach dem alten Verfahrensrecht unter Geltung der VO Nr. 17/62 kein Anmeldeerfordernis bestand<sup>465</sup>. Wenn also für diese Arten von Vereinbarungen (dogmatisch) zwar noch keine Legalausnahme wie unter der VO Nr. 1/2003 galt, so stellte sich die Frage nach einer bestehenden Rechtsunsicherheit auch schon vor der Reform<sup>466</sup>.

### **(1) Von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasste Vereinbarungen**

Aus dem Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen insbesondere solche Vereinbarungen heraus, die zu einem Zeitpunkt getroffen werden, zu dem sich die Planungen für eine FuE noch in einem rein theoretischen Stadium befinden<sup>467</sup>. Des Weiteren fallen auch Kooperationsabsprachen zwischen Nichtwettbewerbern<sup>468</sup> nicht unter das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV, wobei hier besonderes Augenmerk auf die Prüfung des potenziellen Wettbewerbs gelegt werden muss<sup>469</sup>. Art. 101 Abs. 1 AEUV greift nicht, wenn die FuE von den Partnern jeweils nicht alleine hätte durchgeführt werden können<sup>470</sup>. Darüber hinaus ist nach Ansicht der Kommission auch die Auslagerung von FuE-Arbeiten unbedenklich<sup>471</sup>. Schließlich können „reine“ FuE-Kooperationen aus dem Anwendungsbereich des Kartellverbots ausgeschlossen werden, bei denen der Innovationswettbewerb nicht wesentlich beeinträchtigt wird<sup>472</sup>.

---

<sup>465</sup>Vgl. Art. 4 Abs. 2 lit. 3b) VO Nr. 17/62.

<sup>466</sup>Hierbei ist freilich zuzugeben, dass es den Unternehmen unter Geltung der VO Nr. 17/62 dennoch freistand, ihre FuE-Vereinbarung anzumelden, vgl. Art. 4 Abs. 3 a. E.

<sup>467</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (8) Rn 55 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (29) Rn 129.

<sup>468</sup>Die Kommission weist allerdings darauf hin, dass auch bei Kooperationen von Nichtwettbewerbern Abschottungswirkungen im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV denkbar sind, und zwar dann, wenn sich die Kooperation auf die ausschließliche Nutzung von Ergebnissen bezieht und einer der Vereinbarungspartner Inhaber bei einer Schlüsseltechnologie und erheblich marktmächtig ist, vgl. *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (8) Rn 56 Fn 30 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (29) Rn 130 Fn 1.

<sup>469</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (8) Rn 56 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (29) Rn 130.

<sup>470</sup>*Kommission* a. a. O.

<sup>471</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (8) Rn 57 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (29) Rn 131.

<sup>472</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (9) Rn 58 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (29) Rn 1132.



Im Gegensatz zu all diesen Vereinbarungen greift Art. 101 Abs. 1 AEUV nach Überzeugung der Kommission „fast immer“, wenn die FuE-Vereinbarung nur der Verdeckung eines Kartells dient, das die Festsetzung von Preisen, die Beschränkung der Produktion oder die Aufteilung der Märkte zum Ziel hat<sup>473</sup>.

Von Art. 101 Abs. 1 AEUV werden nach Auffassung der Kommission insbesondere Kooperationen kurz vor der Marktreife der Arbeiten von Konkurrenten auf Produkt-, Technologie- oder Innovationsmärkten erfasst<sup>474</sup>. Es sind demnach drei negative Auswirkungen als Folge der Zusammenarbeit denkbar: Einschränkung der Innovation (i); Abstimmung des Verhaltens auf den vorhandenen Märkten (ii); Abschottungsprobleme bei der Nutzung der FuE-Ergebnisse (iii)<sup>475</sup>.

Allerdings setzen alle drei befürchteten Auswirkungen jeweils das Vorhandensein erheblicher Marktmacht auf den relevanten Märkten voraus<sup>476</sup>. Im Falle einer zu befürchtenden Abschottung aufgrund der ausschließlichen Nutzung der Ergebnisse der Zusammenarbeit muss ein Vereinbarungspartner zudem Inhaber einer Schlüsseltechnologie sein und dort die genannte Marktmacht generieren<sup>477</sup>. Auch wenn nach Auffassung der Kommission keine feste Marktanteilsschwelle für das Vorhandensein erheblicher Marktmacht bei FuE-Kooperationen aufzustellen sei<sup>478</sup>, so kommt in diesem Zusammenhang der 25 % -Schwelle<sup>479</sup> für die gruppenweise Freistellung der in Rede stehenden Vereinbarungen doch erhebliche Bedeutung zu<sup>480</sup>.

In Anlehnung an die Kommission kann man grundsätzlich zwischen drei möglichen Arten von FuE-Arbeiten unterscheiden, die auch jeweils unterschiedliche Auswirkungen nach sich ziehen.

---

<sup>473</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (9) Rn 59 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (29) Rn 128.

<sup>474</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (9) Rn 60.

<sup>475</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (9) Rn 61.

<sup>476</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (9) Rn 61.

<sup>477</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (9) Rn 61.

<sup>478</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (29) Rn 134.

<sup>479</sup> Vgl. hierfür Art. 4 F+E-GVO (Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 der Kommission v. 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung; so auch die Vorgängerfassung - Verordnung (EG) Nr. 2659/2000 der Kommission v. 29. November 2000 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung), wonach für horizontale FuE-Kooperationen eine gruppenweise Freistellung nur bis zu einem Marktanteil von 25 % (unter der Voraussetzung, dass auch die übrigen Bestimmungen der F+E-GVO erfüllt werden; vgl. insbesondere Art. 3 und 5 F+E-GVO) in Frage kommt. Vertikale Vereinbarungen werden durch eine Marktanteilsschwelle zunächst gar nicht (Art. 4 Abs. 1 F+E-GVO) und nach den ersten sieben Jahren der Freistellung nur bezüglich des Marktes der „Vertragsprodukte“ (zur Definition dieses Begriffs vgl. Art. 2 lit. f F+E-GVO) der genannten Marktanteilsschwelle unterworfen (Art. 4 Abs. 3 F+E-GVO).

<sup>480</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (9) Rn 62 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (29) Rn 134.

Auf der einen Seite können sich FuE-Arbeiten auf die Verbesserung von Produkten bzw. die Verfeinerung von Technologien beschränken<sup>481</sup>. Auswirkungen sind dann nur auf den relevanten Produkt- bzw. Technologiemarkten zu erwarten<sup>482</sup>. Auswirkungen auf die Preise, die Erzeugung und die Innovation sind dort nur dann anzunehmen, wenn die Partner gemeinsam eine starke Stellung am Markt innehaben, der Markteintritt schwierig ist und es wenig andere innovative Tätigkeiten gibt<sup>483</sup>. Bei Kooperationen für ein Zwischenprodukt werden die Auswirkungen auf den Endproduktmarkt gering sein, wenn es sich bei dem Vereinbarungsgegenstand nur um ein unbedeutendes Einsatzgut handelt<sup>484</sup>. Des Weiteren ist zwischen „reinen“ FuE-Arbeiten und umfassenden FuE-Vereinbarungen, die neben der eigentlichen Arbeit noch die ganze Verwertungskette mit umfassen, zu unterscheiden. Je stärker die Zusammenarbeit ist, so höher ist die Wahrscheinlichkeit der Erfüllung des Verbotstatbestandes<sup>485</sup>.

Auf der anderen Seite ist es auch denkbar, dass durch die FuE-Arbeiten ein völlig neues Produkt bzw. eine völlig neue Technologie entsteht, die dann einen eigenen neuen Markt darstellt<sup>486</sup>. In diesem Fall sind nur die Auswirkungen auf den Innovationsmärkten für die Beurteilung der Zusammenarbeit zu berücksichtigen<sup>487</sup>. Gegenstand der beschränkenden Wirkungen können in einem solchen Fall dann z. B. Qualität bzw. Vielfalt möglicher zukünftiger Produkte bzw. Technologien sein oder aber auch die Geschwindigkeit der Innovation<sup>488</sup>. Die genannten Auswirkungen sind zudem insbesondere im Stadium eine Zusammenarbeit kurz vor Fertigstellung der Arbeiten (in diesem Fall auch bei „reinen“ FuE-Arbeiten) zu befürchten<sup>489</sup>. In der Beurteilung darf allerdings nicht übersehen werden, dass die Entwicklung völlig neuer Produkte und Technologien grundsätzlich wettbewerbsfördernd ist<sup>490</sup>. Eine Ausnahme gilt auch hier im Falle der gemeinsamen Nutzung der Ergebnisse der Arbeiten, wenn die Abschottung einer Schlüsseltechnologie in Frage steht<sup>491</sup>. Diese negativen

---

<sup>481</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (9) Rn 64 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (29) Rn 136.

<sup>482</sup> *Kommission* a.a.O.

<sup>483</sup> *Kommission* a.a.O.

<sup>484</sup> *Kommission* a.a.O.

<sup>485</sup> *Kommission* a.a.O.

<sup>486</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (9 f.) Rn 65 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (30) Rn 138.

<sup>487</sup> *Kommission* a.a.O.

<sup>488</sup> *Kommission* a.a.O.

<sup>489</sup> *Kommission* a.a.O.

<sup>490</sup> *Kommission* a.a.O.

<sup>491</sup> *Kommission* a.a.O.

Befürchtungen können allerdings schon durch die Lizenzierung an Dritte ausgeräumt werden<sup>492</sup>.

Zwischen den eben beschriebenen beiden Extremsituationen steht allerdings die Vielzahl der FuE-Zusammenarbeiten, bei denen es sowohl auf den vorhandenen als auch auf den Innovationsmärkten Auswirkungen durch die Kooperation gibt<sup>493</sup>. Zu befürchtende negative Auswirkungen sind beschränkende Preis- und Produktionswirkungen durch eine Verlangsamung der Entwicklungsgeschwindigkeit in den vorhandenen Märkten sowie generell negative Wirkungen auf den Innovationsmärkten<sup>494</sup>. Insbesondere negativ zu bewerten ist in diesem Zusammenhang die Zusammenarbeit wichtiger Wettbewerber auf dem Technologiemarkt zur Entwicklung einer neuen Technologie, um eine alte Technologie zu ersetzen<sup>495</sup> sowie die Zusammenarbeit von marktbeherrschenden Unternehmen mit einem wesentlich kleineren Konkurrenten bzw. potenziellen Wettbewerber, der kurz vor der Markteinführung steht und damit den Marktbeherrscher bedrohen könnte<sup>496</sup>.

## **(2) Für die Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV relevante Vorgaben**

### **(aa) Effizienzgewinne**

Unabhängig davon, ob FuE-Vereinbarungen die gemeinsame Verwertung vorsehen oder nicht, so ist den meisten Kooperationen gemein, dass sie den Fortschritt im Sinne der Norm durch Kosteneinsparungen, die gegenseitige Befruchtung mit Ideen und Erfahrungen sowie der schnelleren Entwicklung von Produkten bzw. Technologien fördern<sup>497</sup>. Aus eben diesem Grund besteht unter gewissen Voraussetzungen<sup>498</sup>, der Einhaltung der 25 %-igen Marktanteilsschwelle<sup>499</sup> sowie dem Fehlen von Hardcore-Beschränkungen<sup>500</sup> auch eine Gruppenfreistellung für FuE-Kooperationen<sup>501</sup>. Sollte die Zusammenarbeit allerdings zur Begründung oder Verstärkung erheblicher Marktmacht führen, so ist dies nur durch „spürbare“ Vorteile im oben genannten Sinne auszugleichen<sup>502</sup>. Im Gegensatz zu diesem eher

---

<sup>492</sup>Kommission a.a.O.

<sup>493</sup>Kommission, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (10) Rn 66 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (30) Rn 139.

<sup>494</sup>Kommission a.a.O.

<sup>495</sup>Eine solche Zusammenarbeit sieht sich ernststen Bedenken gegenüber, wenn jeweils erhebliche Marktmacht und eine starke Stellung im FuE-Sektor bei den Parteien vorliegen, vgl. Kommission a.a.O.

<sup>496</sup>Kommission a.a.O.

<sup>497</sup>Kommission, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (10) Rn 68 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (31) Rn 141.

<sup>498</sup>Vgl. Art. 3 F+E-GVO.

<sup>499</sup>Vgl. hierzu nochmals Art. 4 F+E-GVO.

<sup>500</sup>Vgl. Art. 5 F+E-GVO.

<sup>501</sup>Kommission a.a.O.

<sup>502</sup>Kommission, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (10) Rn 69.

kritischen Petition aus den Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit aus dem Jahr 2001 betont die Kommission in den Leitlinien aus 2011, dass FuE-Vereinbarungen auch eine größere Verbreitung von Wissen zur Folge haben können, was wiederum Innovationen befördern könne und zu Kostensenkungen führen<sup>503</sup>.

#### **(bb) Weitergabe an die Verbraucher**

Die Vorteile einer Markteinführung neuer bzw. verbesserter Produkte müssen die Nachteile (z. B. Preiserhöhungen) überwiegen<sup>504</sup>. Die Kommission bewertet dabei die Bündelung komplementärer Fähigkeiten und Vermögenswerte als grundsätzlich positiv<sup>505</sup>. Negativ wird von der Kommission - vor dem Hintergrund der gegebenenfalls sogar vollständigen Einstellung von FuE-Bemühungen bewertet, wenn Fähigkeiten und Vermögenswerte der Parteien sehr ähnlich sind<sup>506</sup>. Schließlich geht die Kommission davon aus, dass mit steigender Marktmacht eine Weitergabe an die Verbraucher unwahrscheinlicher wird<sup>507</sup>.

#### **(cc) Unerlässlichkeit**

Die Kommission hält für die Frage, welche Vereinbarungen unerlässlich im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV sind, den Katalog der „schwarzen Klauseln“ in Art. 5 F+E-GVO für einen guten Anhaltspunkt<sup>508</sup>.

#### **(dd) Keine Ausschaltung des Wettbewerbs**

Zu guter Letzt konkretisiert die Kommission das Erfordernis aus Art. 101 Abs. 3 AEUV, nachdem der Wettbewerb nicht ausgeschaltet werden darf, dahingehend, dass durch die Zusammenarbeit weder auf den bestehenden noch auf den Innovationsmärkten eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt werden dürfe<sup>509</sup>. Auf Innovationsmärkten sei dies im Falle der Zusammenlegung der einzigen beiden bestehenden Forschungspole anzunehmen<sup>510</sup>. In den Leitlinien aus 2011 belässt die Kommission es sogar bei dem lapidaren

---

<sup>503</sup> Kommission, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (31) Rn 141.

<sup>504</sup> Kommission, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (31) Rn 143.

<sup>505</sup> Kommission a.a.O.

<sup>506</sup> Kommission a.a.O.

<sup>507</sup> Kommission a.a.O.

<sup>508</sup> Kommission, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (10) Rn 70 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (31) Rn 142.

<sup>509</sup> Kommission, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (10) Rn 71.

<sup>510</sup> Kommission a.a.O. Es ist an dieser Stelle freilich nicht zum ersten Mal begriffliche Kritik am Vokabular der Kommission angezeigt. Sie setzt wiederholt die „beherrschende Stellung“ mit der Ausschaltung des Wettbewerbs gleich. Allerdings trägt die materielle Bewertung der nämlichen Vereinbarung dadurch vorliegend keinen Schaden: Werden die einzigen beiden Forschungspole zusammengelegt, so kommt es zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs, wie sie von Art. 101 Abs. 3 AEUV angesprochen wird. Die begriffliche Verwirrung führt also letztlich nicht zu einer fehlerhaften Bewertung.

Hinweis, dass Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht erfüllt sein können, wenn die Vereinbarung den Parteien die Möglichkeit eröffne, für einen beträchtlichen Teil der betreffenden Produkte oder Technologien den Wettbewerb auszuschalten<sup>511</sup>.

### **cc. Analyse und Kritik der Auffassung der Kommission**

Die wettbewerbsrechtliche Bewertung von FuE-Vereinbarungen ist durch die Kommission in mehrererlei Hinsicht klar konturiert. Zum einen besteht mittlerweile eine Kontinuität der gruppenweisen Freistellung<sup>512</sup>, zum anderen sind in den Leitlinien aus 2000 und 2011 von die Voraussetzungen von Kartellverbot und -ausnahme klar vorgegeben.

Bei der Bewertung durch die Kommission kommt abermals dem Marktanteil bzw. der Marktstellung der Parteien eine hervorgehobene Bedeutung zu. In den Fällen *elektronischer Bauelemente 1* und *elektronische Bauelemente 2* sind es letztlich Aspekte der Marktstellung der Parteien - die die Vereinbarungspartner gegebenenfalls auf die zukünftig entstehenden Märkte übertragen können - die von einer Übertragung der betriebswirtschaftlichen Kosteneinsparung in die für Art. 101 Abs. 3 AEUV notwendigen Effizienzen bei den Verbrauchern durch deren angemessene Beteiligung verhindern. Dabei ist die klare Orientierung am Marktanteilkriterium von 25 % aus Art. 4 F+E-GVO erkennbar.

In den Fällen *Pharma 1* und *Pharma 2* wird deutlich, dass von der Kommission vorübergehende hohe Marktanteile - insbesondere auf neuen Märkten - akzeptiert werden und sogar wenigstens eine Einzelfreistellung möglich sein sollte. Dogmatisch sauber ist hier die noch in den Leitlinien aus 2001 klar konturierte Auffassung, dass keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Hintergrund dafür ist, dass durch die Zusammenarbeit des kleinen Forschungsunternehmens mit dem größeren Partner, der letztlich den Markteintritt ermöglicht, Wettbewerb erst ermöglicht wird - ein klassisches Eingreifen des Markteröffnungsgedankens. Nicht weiter überraschend ist die Auffassung der Kommission im *Marktverschließungs-Fall*. Dort ist letztlich zu erwarten, dass im relevanten Markt eine Monopolstellung entsteht. Dass hier keine Einzelfreistellung in Frage kommt, ist letztlich eindeutig. Nach Auffassung der Kommission kann hier allerdings noch dargelegt werden, dass eine entsprechende Ausschließlichkeit unerlässlich ist, um mit einer Technologie in den Markt einzusteigen. Dabei übersieht die Kommission nach Auffassung des Verfassers, dass die Prüfung der Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung die Prüfung der Ausschaltung

---

<sup>511</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (31) Rn 144

<sup>512</sup>Die Voraussetzungen in der Gruppenfreistellungsverordnung 2659/2000 und 1217/2010 gehen im Endeffekt klar in die gleiche Richtung.

des Wettbewerbs zwei unterschiedliche Tatbestandsvoraussetzungen sind. Selbst wenn den Vereinbarungspartnern der Nachweis gelingen sollte, dass die Vereinbarung der Ausschließlichkeit unerlässlich ist, so wäre die absehbare Ausschaltung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht akzeptabel und eine Einzelfreistellung müsste ausscheiden. Die Aussage der Kommission im *Blockbuster-Fall* ist etwas ambivalent. Im Sachverhalt werden keine konkreten Marktanteilsgrenzen mitgeteilt. In der Analyse der Kommission verweist diese dann allerdings auf eine Übersteigerung der 25 %-Schwelle aus Art. 4 F+E-GVO. Die Kommission hält eine Freistellung für unwahrscheinlich. Dies weist zwar nochmals daraufhin, dass die Kommission die Marktanteilsschwelle aus der Gruppenfreistellungsverordnung als Orientierungspunkt für die Marktmacht der Unternehmen gibt. Eine konkrete Aussage lässt sich hieraus allerdings nicht ableiten. In den Fällen *Fahrzeugteile 1* und *2* wird trotz Überschreiten der 25 %-Schwelle eine tendenziell positive Bewertung seitens der Kommission gefunden. Eine Einzelfreistellung erscheint danach möglich. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Kommission die Zusammenrechnung der Marktanteile der Parteien (15 % + 20 % auf dem Erstausrüstermarkt, 20 % + 25 % auf dem Weltmarkt für die Erteilung von Lizenzen für die entsprechende Technologie) selbst insofern abspricht, als sie hier parallel entsprechende Konkurrenzsituationen von dritter Seite schildert. Dabei geht die Argumentation der Kommission im Übrigen auch dahin selbst abzuschwächen, dass einer Zusammenrechnung der Marktanteile der Vereinbarungspartner überhaupt möglich sei. Von daher ist auch hier die Aussage wieder ambivalent. Gegebenenfalls wäre genauer zu prüfen, ob die Vereinbarungen nicht gegebenenfalls schon gruppenweise freigestellt werden könnten (Unterschreitung des 25 %-Kriteriums) bzw. gar keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, weil die Parteien deutlichen Druck von dritter Seite bekommen und sich die Vereinbarung letztlich nur auf eine Beschränkung der Handlungsfreiheit der beteiligten Partner beschränkt, ohne dass es eine wettbewerbsrelevante Drittauswirkung gibt.

Als Fazit lässt sich zu den F+E-Vereinbarungen festhalten, dass diese im System der Legalausnahme aufgrund der klaren Vorgaben aus Gruppenfreistellungsverordnungen (mit Kontinuität im Zeitverlauf) sowie entsprechenden Aussagen in den Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit (2001/2011) klar umrissen sind.

### **c. Produktionsvereinbarungen<sup>513</sup>**

---

<sup>513</sup>Beachte diesbezüglich die Definition dieser Vereinbarungen durch die *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (12) Rn 78ff. bzw. ABl. 2011 C 11/1 (35f.) Rn 150 ff.

In diesem Abschnitt wird die Freistellungsfähigkeit von Produktionsvereinbarungen untersucht<sup>514</sup>.

### **aa. Fallbeispiele der Kommission und deren Bewertungsgrundlagen**

Im nächsten Abschnitt werden Fallbeispiele aus dem Bereich der Produktionsvereinbarungen erläutert werden.

#### **(1) Gemeinsame Produktion-Fall 1<sup>515</sup>**

##### **(a) Sachverhalt**

„Die beiden Anbieter A und B eines chemischen Grundstoffes X gründen ein Gemeinschaftsunternehmen für den Bau und Betrieb einer Produktionsanlage. In diesem Werk soll rund 50 % ihrer Gesamtproduktion hergestellt werden. X ist ein homogenes, nicht substituierbares Produkt, das einen relevanten Markt bildet. Dieser Markt befindet sich in Stagnation. Die Partner werden den Gesamtausstoß nicht spürbar erhöhen, sondern zwei alte Werke schließen und deren Kapazität in das neue Werk verlagern. A und B halten einen Marktanteil von jeweils 20 %. Es gibt drei weitere wichtige Anbieter mit einem Marktanteil zwischen 10 und 15 % sowie einige kleinere Unternehmen auf diesem Markt.

##### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Es ist davon auszugehen, dass sich das Gemeinschaftsunternehmen auf das Wettbewerbsverhalten der Partner auswirkt, da ihnen die Koordinierung ihres Verhaltens erhebliche Marktmacht, wenn nicht gar eine beherrschende Stellung verleihen würde. Schwerwiegende beschränkende Wirkungen auf den Markt sind wahrscheinlich. Hohe Effizienzgewinne, die schwerer wiegen würden als diese Markteffekte, sind in einem solchen Fall unwahrscheinlich, da eine spürbare Erhöhung des Ausstoßes nicht zu erwarten ist.“

#### **(2) Gemeinsame Produktion-Fall 2<sup>516</sup>**

##### **(a) Sachverhalt**

---

<sup>514</sup>Die Untersuchung umfasst dabei Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion sowie insbesondere Spezialisierungsvereinbarungen und auch Zuliefervereinbarungen unter Wettbewerbern (vgl. hierzu die Definitionen der Kommission in den Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (12) Rn 79 ff. sowie die 9. Begründungserwägung der Verordnung (EG) Nr. 2685/2000 der Kommission vom 29. November 2000 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen bzw. ABl. 2011 C 11/1 (35 f.) Rn 151 ff. sowie die 7. Begründungserwägung der Verordnung Nr. 1218/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen; für beides Spezialisierungs-GVO.

Der Rahmen der Untersuchung ergibt sich aus dreierlei Gründen. Zum einen behandelt die Kommission in ihren Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit die genannten Vereinbarungen in einem gemeinsamen Kapitel. Bedeutsamer ist aber, dass sich die Spezialisierungs-GVO diesen Kategorien der Zusammenarbeit gemeinsam widmet und somit für die Frage der Freistellung wichtige Eckpunkte absteckt. Darüber hinaus ergibt sich schon schlicht aus dem betriebswirtschaftlichen Kontext ein Zusammenspiel und Zusammentreffen der genannten Vereinbarungstypen.

<sup>515</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (15 f.) Rn 107.

<sup>516</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (16) Rn 108.

„Die beiden Anbieter A und B gründen auf dem gleichen relevanten Markt wie in Beispiel 1<sup>517</sup> ein Produktions-GU, das 50 % der Gesamtproduktion der Vertragspartner herstellt. A und B halten Marktanteile von jeweils 15 %. Es gibt drei weitere Anbieter: C mit einem Marktanteil von 30 %, D von 25 % und E von 15 %. B betreibt bereits mit E eine gemeinsame Produktionsanlage.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Der Markt ist durch sehr wenige Anbieter eher symmetrische Strukturen gekennzeichnet. Das Gemeinschaftsunternehmen schafft eine zusätzliche Verbindung zwischen den Anbietern. Die Koordinierung zwischen A und B würde die Konzentration faktisch erhöhen und auch eine Verbindung von E zu A und B herstellen. Bei dieser Zusammenarbeit sind schwerwiegende beschränkende Wirkungen und, wie in Beispiel 1<sup>518</sup>, keine hohen Leistungsgewinne zu erwarten.“

## **(3) Gemeinsame Produktion-Fall 3<sup>519</sup>**

### **(a) Sachverhalt**

„A und B gründen ein Gemeinschaftsunternehmen für die Herstellung des Zwischenerzeugnisses X mittels der Umstrukturierung ihrer vorhandenen Produktionsanlagen. Das Gemeinschaftsunternehmen verkauft seine gesamte Produktion ausschließlich an A und B. Es stellt 40 % der Produktion von A des Produktes X und 50 % der Produktion von B dieses Erzeugnisses her. A und B decken ihren vollständigen Bedarf an X und liefern auch an Dritte. Der Anteil von A an der Gesamtproduktion des Erzeugnisses X beträgt 10 %, der von B 20 % und der Anteil des Gemeinschaftsunternehmens 14 %. An der marktbestimmten Produktion betragen die Anteile von A und B 25 bzw. 35 %.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Trotz der starken Stellung der Vertragspartner bei der marktbestimmten Produktion kann die Zusammenarbeit nicht den wirksamen Wettbewerb auf dem Markt des Erzeugnisses X beseitigen, wenn die Kosten für die Umstellung von Eigenerzeugung auf Fremdbeschaffung geringfügig sind. Nur eine sehr schnelle Umstellung könnte ein Gegengewicht gegen den hohen Marktanteil von 60 % bilden. Wäre dies nicht der Fall, so würde das Produktions-GU ernsthafte Wettbewerbsbedenken aufwerfen, die selbst durch einen erheblichen wirtschaftlichen Nutzen nicht ausgeräumt werden könnten.“

## **(4) Gemeinsame Produktion-Fall 4<sup>520</sup>**

### **(a) Sachverhalt**

„Die Unternehmen A und B gründen ein Gemeinschaftsunternehmen für die Herstellung des Zwischenerzeugnisses X. Sie werden ihre eigenen Anlagen, wo X hergestellt wurde, schließen und ihren Bedarf an X ausschließlich bei dem Gemeinschaftsunternehmen decken. Auf das Zwischenerzeugnis entfallen 50 % der Gesamtkosten des Enderzeugnisses Y. Der Anteil von A und B an dem Markt des Erzeugnisses Y beträgt jeweils

---

<sup>517</sup>Siehe soeben aa. Gemeinsame Produktion-Fall 1.

<sup>518</sup>Siehe soeben aa. Gemeinsame Produktion-Fall 1.

<sup>519</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (16) Rn 110.

<sup>520</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (16) Rn 112.



20 %. Es gibt zwei weitere wichtige Anbieter von Y mit einem Marktanteil von jeweils 15 % sowie eine Anzahl kleinerer Anbieter.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Die Angleichung der Kosten ist in diesem Fall hoch, außerdem würden die Partner durch die Abstimmung ihres Verhaltens auf dem Markt Y Marktmacht gewinnen. Der Fall wirft Wettbewerbsprobleme auf und die Bewertung ist die gleiche wie in Beispiel 1<sup>521</sup>, wobei die Zusammenarbeit auf einem vorgelagerten Markt stattfindet.“

## **(5) Gemeinsame Produktion-Fall 5<sup>522</sup>**

### **(a) Sachverhalt**

„Die Unternehmen A und B legen in einem Gemeinschaftsunternehmen ihre Produktionstechniken zusammen, um ein größeres Produktionsvolumen bei einem niedrigeren Rohstoffverbrauch zu erzielen. Das Gemeinschaftsunternehmen erhält eine ausschließliche Lizenz für die beiden Produktionstechniken, und die Parteien übertragen ihre bestehenden Anlagen auf das Gemeinschaftsunternehmen gemeinsam mit dem erforderlichen Personal, damit das vorhandene Wissen genutzt und fortentwickelt werden kann. Dadurch sollen die Produktionskosten um zusätzliche 5 % gesenkt werden. Die Produktion wird von A und B unabhängig voneinander abgesetzt.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Im Hinblick auf die Voraussetzung der Unerlässlichkeit ist zu ermitteln, ob die Leistungsgewinne auch über eine Lizenzvereinbarung hätten erzielt werden können, die wahrscheinlich den Wettbewerb weniger eingeschränkt hätte, da A und B ihre Produktion unabhängig voneinander fortgeführt hätten. Unter den beschriebenen Umständen ist dies aber unwahrscheinlich, da die Vertragsparteien mit einer Lizenzvereinbarung nicht auf eine ebenso nahtlose und kontinuierliche Weise ihre jeweiligen Erfahrungen beim Einsatz ihrer beiden Technologien nutzen und diese erheblichen Lernvorteile erschließen könnten.“

## **(6) Gemeinsame Produktion-Fall 6<sup>523</sup>**

### **(a) Sachverhalt**

„A ist ein Hersteller elektrischer Geräte für gewerbliche Anwender mit einem Anteil von 65 % an dem relevanten nationalen Markt. B ist ein Wettbewerber mit einem Marktanteil von 5 %, der einen neuen Motorentyp entwickelt hat, der stärker ist und gleichzeitig weniger Strom verbraucht. A und B schließen eine Vereinbarung, mit der sie ein Produktions-GU für die Herstellung des neuen Motors gründen. B verpflichtet sich, dem GU eine ausschließliche Lizenz zu erteilen. In dem Gemeinschaftsunternehmen werden die neue Technik von B mit der effizienten Herstellung und Qualitätskontrolle von A zusammengelegt. Es gibt einen anderen großen Wettbewerber mit einem Marktanteil von 15 %. Ein weiterer Wettbewerber mit einem Marktanteil von 5 % wurde jüngst von C übernommen, einem großen internationalen Hersteller von Elektrogeräten, der im Besitz leistungsfähiger Techniken ist und der bisher in dem Markt noch nicht tätig war, vor allem weil die Kunden eine Präsenz und Dienstleistungen an Ort und Stelle verlangen.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

---

<sup>521</sup>Siehe soeben aa. Gemeinsame Produktion-Fall 1.

<sup>522</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 C 101/97 (108) Rn 77.

<sup>523</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 C 101/97 (115) Rn 116.

„Durch die Übernahme erlangt C Zugang zu der für den Eintritt in den Markt erforderlichen Dienstleistungsstruktur. Der Eintritt wird wohl gewährleisten, dass der Wettbewerb nicht beseitigt wird.“

### **(7) Fall zur gegenseitigen Spezialisierung<sup>524</sup>**

#### **(a) Sachverhalt**

„A und B produzieren und liefern beide die homogenen Produkte X und Y, die unterschiedlichen Märkten angehören. Der Anteil von A an dem Markt von X beträgt 28 %, an dem Markt von Y 10 %. Bei B sind dies 10 bzw. 30 %. Um Größenvorteile zu erzielen, schließen sie eine Vereinbarung über gegenseitige Spezialisierung, wonach A in Zukunft nur noch X und B nur noch Y herstellen wird. Da beide Unternehmen Anbieter in diesen Märkten bleiben möchten, vereinbaren sie eine gegenseitige Belieferung. Da es sich um homogene Produkte handelt, sind die Vertriebskosten unerheblich. Es gibt zwei weitere herstellende Anbieter von X und Y mit Marktanteilen von jeweils rund 15 %, während die übrigen Anbieter Anteile von zwischen 5 und 10 % an diesem Markt halten.“

#### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Der Grad der Angleichung der Kosten ist außergewöhnlich hoch, da nur die geringfügigen Vertriebskosten getrennt bleiben. Somit verbleibt wenig Spielraum für den Wettbewerb. Durch die Abstimmung ihres Verhaltens auf den Märkten der Produkte X und Y würden die Partner Marktmacht gewinnen. Außerdem ist es unwahrscheinlich, dass die Lieferungen des Produktes Y von A und des Produktes X von B im Laufe der Zeit abnehmen. Die damit aufgeworfenen Wettbewerbsprobleme werden durch die Größenvorteile und Einsparungen kaum aufgewogen.“

Der Sachverhalt wäre anders, wenn X und Y heterogene Produkte mit einem sehr hohen Anteil an Marketing- und Vertriebskosten (60-70 % der Gesamtkosten) wären. Außerdem wäre der Rückzug von einem oder mehreren Partnern als Anbieter von X und/oder Y unwahrscheinlich, wenn das Angebot einer vollständigen Palette von differenzierten Produkten eine Voraussetzung für die erfolgreiche Aufnahme des Wettbewerbs wäre. In einem solchen Fall könnten die Kriterien für eine Freistellung trotz hoher Marktanteile erfüllt sein, sofern die erzielten Einsparungen erheblich wären.“

### **(8) Fall zur Zulieferung zwischen Wettbewerbern (Kollegenlieferungen)<sup>525</sup>**

#### **(a) Sachverhalt**

„A und B sind Wettbewerber in dem Markt für das Enderzeugnis X. A hält einen Marktanteil von 15 %, B von 20 %. Beide stellen auch das Zwischenerzeugnis Y her, das in die Produktion von X eingeht, aber auch zur Herstellung anderer Produkte verwendet wird. Auf Y entfallen 10 % der Kosten von X. A stellt Y nur für den Eigengebrauch her, B verkauft Y auch an dritte Kunden. Sein Marktanteil bei Y beträgt 10 %. A und B gehen

---

<sup>524</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (16 f.) Rn 113.

<sup>525</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (17) Rn 114.

eine Zuliefervereinbarung ein, wonach A 60 % seines Bedarfs an Y von B bezieht. Es wird weiterhin 40 % seines Bedarfs selbst herstellen, um das mit der Herstellung von Y verbundene Know-how nicht zu verlieren.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Da Y von A nur für den Eigenverbrauch hergestellt wird, muss zuerst untersucht werden, ob A ein realistischer potenzieller Zugänger zum Markt des Verkaufs von Y an Dritte ist. Ist dies nicht der Fall, beschränkt die Vereinbarung den Wettbewerb bei Y nicht. Auswirkungen auf den Markt für X sind angesichts des geringen Maßes an Gemeinsamkeit der Kosten aufgrund der Vereinbarung unwahrscheinlich.

Müsste A als realistischer potenzieller Zugänger in den Markt des Verkaufs von Y an Dritte eingestuft werden, wäre die Stellung von B im Markt von Y zu berücksichtigen. Da der Marktanteil von B eher niedrig ist, ergebe diese Analyse das gleiche Ergebnis.“

## **(9) Der Kollusions-Fall 1<sup>526</sup>**

### **(a) Sachverhalt**

„Die Unternehmen A und B, die das Produkt X anbieten, beschließen, ihre bestehenden, veralteten Produktionsanlagen zu schließen und eine größere, moderne und effizientere Produktionsanlage zu errichten, die von einem Joint Venture betrieben werden soll und über eine höhere Kapazität verfügen wird als die alten Anlagen von A und B zusammen. Die Wettbewerber, deren Anlagen voll ausgelastet sind, planen keine solchen Investitionen. A und B haben einen Marktanteil von 20 % bzw. 25 %. Ihre Produkte sind in einem bestimmten Segment des konzentrierten Marktes die nächsten Substitute. Der Markt ist transparent und befindet sich in Stagnation, es gibt keine Marktzutritte, und die Marktanteile sind über längere Zeit stabil geblieben. Die Produktionskosten stellen bei A und B einen großen Teil der variablen Kosten für X dar. Die Kosten und die strategische Bedeutung der Vermarktung sind im Vergleich zur Produktion gering: Die Kosten für Marketing sind niedrig, da es sich um eine homogene, eingeführte Ware handelt, und der Transport ist kein ausschlaggebender Wettbewerbsfaktor.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Wenn die Unternehmen A und B alle oder den größten Teil ihrer variablen Kosten teilen, könnte diese Produktionsvereinbarung zu einer unmittelbaren Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Parteien führen. Sie könnte die Parteien dazu verleiten, die Produktion des Joint Ventures zu beschränken, so dass eine geringere Menge von Waren auf den Markt kommt, als wenn jede Partei selbst über ihren Output entschieden hätte. Angesichts der Kapazitätsengpässe bei den Wettbewerbern könnte diese Beschränkung höhere Preise zur Folge haben.

Selbst wenn die Unternehmen A und B nicht den größten, sondern nur einen erheblichen Teil ihrer variablen Kosten teilen würden, könnte diese Produktionsvereinbarung zu einem Kollusionsergebnis zwischen A und B führen und dadurch mittelbar den Wettbewerb

---

<sup>526</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (40 f.) Rn 187.

zwischen den beiden Parteien ausschalten. Wie wahrscheinlich dies ist, hängt nicht nur von der Angleichung der (in diesem Fall hohen) Kosten, sondern auch von den Merkmalen des relevanten Marktes wie Transparenz, Stabilität und Konzentrationsgrad ab.

In beiden oben genannten Fällen ist es bei der Marktconstellation in diesem Beispiel wahrscheinlich, dass das Produktions-Joint-Venture der Unternehmen A und B wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 auf dem Markt für X hätte.

Die Ersetzung zweier kleinerer, alter Produktionsanlagen durch eine größere, moderne und effizientere Anlage kann dazu führen, dass das Joint Venture zum Vorteil der Verbraucher größere Mengen zu niedrigeren Preisen produziert. Die Produktionsvereinbarung kann die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 aber nur erfüllen, wenn die Parteien durch substantiierten Vortrag den Nachweis erbringen, dass die Effizienzgewinne in einem Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen.“

#### **(10) Der Kollusions-Fall 2<sup>527</sup>**

##### **(a) Sachverhalt**

„Die Unternehmen A und B gründen ein Joint Venture für die Produktion des Produkts Y. Der Anteil der Unternehmen A und B am Markt für Y beträgt jeweils 15 %. Es gibt drei weitere Anbieter auf diesem Markt, nämlich die Unternehmen C, D und E mit einem Marktanteil von 30 %, 25 % bzw. 15 %. Unternehmen B betreibt bereits mit Unternehmen D eine gemeinsame Produktionsanlage.“

##### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Der Markt ist durch sehr wenige Anbieter und eher symmetrische Strukturen gekennzeichnet. Mit der Zusammenarbeit zwischen Unternehmen A und B würde eine zusätzliche Verbindung auf dem Markt geschaffen und damit die Konzentration verstärkt, da auch Unternehmen D mit A und B verbunden würde. Diese Zusammenarbeit würde wahrscheinlich die Gefahr eines Kollusionsergebnisses erhöhen und damit wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 haben. Die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 könnten nur im Falle erheblicher Effizienzgewinne, die in einem Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen, erfüllt sein.“

#### **(11) Der Marktverschließungs-Fall<sup>528</sup>**

##### **(a) Sachverhalt**

---

<sup>527</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (41 f.) Rn 188.

<sup>528</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (41 f.) Rn 189.

„Unternehmen A und B gründen ein Joint Venture, das ihre gesamte Produktion des Zwischenprodukts X übernimmt. Die Produktionskosten für X machen 70 % der variablen Kosten des Endprodukts Y aus, mit dem A und B auf dem nachgelagerten Markt miteinander im Wettbewerb stehen. Der Anteil von A und B am Markt für Y beträgt jeweils 20 %, es gibt nur wenige Marktzutritte, und die Marktanteile sind über längere Zeit stabil geblieben. Unternehmen A und B decken nicht nur ihren eigenen Bedarf an X, sondern verkaufen X auch auf dem Handelsmarkt, an dem sie einen Anteil von jeweils 40 % haben. Auf dem Markt für X bestehen hohe Zutrittsschranken, und die vorhandenen Hersteller sind fast voll ausgelastet. Auf dem Markt für Y gibt es zwei weitere wichtige Anbieter mit einem Marktanteil von jeweils 15 % und mehrere kleinere Wettbewerber. Mit der Vereinbarung werden Größenvorteile erzielt.“

#### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Über das Produktions-Joint-Venture könnten die Unternehmen A und B die Lieferungen der wesentlichen Vorleistung X an ihre Wettbewerber auf dem Markt für Y weitgehend kontrollieren. Dies würde den Unternehmen A und B die Möglichkeit eröffnen, die Kosten ihrer Konkurrenten durch künstliche Erhöhung der Preise für X oder durch Verringerung des Outputs in die Höhe zu treiben. Dies könnte zu einer Verschließung des Marktes für Y gegenüber den Wettbewerbern von A und B führen. Wegen der wahrscheinlichen wettbewerbswidrigen Verschließung des nachgelagerten Marktes ist es wahrscheinlich, dass die Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 hat. Dass die mit dem Produktions-Joint-Venture erzielten Größenvorteile die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen, ist unwahrscheinlich, so dass die Vereinbarung aller Wahrscheinlichkeit nach nicht die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt.“

### **(12) Der Marktaufteilungs-Fall<sup>529</sup>**

#### **(a) Sachverhalt**

„Die Unternehmen A und B stellen beide die Produkte X und Y her. Der Anteil von Unternehmen A am Markt für X beträgt 30 %, sein Anteil am Markt für Y 10 %. Der Anteil von Unternehmen B am Markt für X beträgt 10 %, sein Anteil am Markt für Y 30 %. Zur Erzielung von Größenvorteilen schließen sie eine Vereinbarung über die gegenseitige Spezialisierung, nach der Unternehmen A nur noch X und Unternehmen B nur noch Y produziert. Sie beliefern sich nicht gegenseitig mit der Ware, so dass Unternehmen A nur X und Unternehmen B nur Y verkauft. Die Parteien behaupten, sie würden durch diese Spezialisierung dank der Größenvorteile Kosten einsparen und durch die Konzentration auf ein einziges Produkt ihre Produktionstechnologien verbessern, was zu qualitativ besseren Produkten führen werde.“

#### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf den Wettbewerb auf dem Markt kommt diese Spezialisierungsvereinbarung einem Hardcore-Kartell nahe, bei dem die Parteien den Markt unter sich aufteilen. Daher bezweckt die Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung. Da die geltend gemachten Effizienzgewinne in Form von Größenvorteilen und verbesserten Produktionstechnologien einzig und allein mit der Marktaufteilung zusammenhängen, ist es

---

<sup>529</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (42 f.) Rn 190.

unwahrscheinlich, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen, so dass die Vereinbarung nicht die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllen würde. Wenn das Unternehmen A oder das Unternehmen B glaubt, dass es effizienter wäre, sich auf ein einziges Produkt zu konzentrieren, kann es einseitig beschließen, nur noch X oder nur noch Y zu produzieren, ohne gleichzeitig mit dem anderen Unternehmen zu vereinbaren, dass dieses sich auf die Produktion des anderen Produkts konzentriert.

Die Analyse würde anders ausfallen, wenn die Unternehmen A und B einander mit dem Produkt belieferten, auf das sie sich konzentrieren, so dass beide X und Y verkaufen. In diesem Falle könnten A und B noch auf beiden Märkten preislich konkurrieren, vor allem wenn auf die Produktionskosten (die durch die Produktionsvereinbarung zu gemeinsamen Kosten werden) kein wesentlicher Teil der variablen Kosten ihrer Produkte entfiel. Maßgebend sind in diesem Zusammenhang die Vermarktungskosten. Eine Beschränkung des Wettbewerbs durch die Spezialisierungsvereinbarung wäre somit unwahrscheinlich, wenn es sich bei X und Y um weitgehend heterogene Produkte mit einem sehr hohen Anteil an Marketing- und Vertriebskosten (zum Beispiel 65–70 % der Gesamtkosten) handelte. In diesem Szenario wäre die Gefahr eines Kollusionsergebnisses nicht hoch, und die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 wären möglicherweise erfüllt, sofern die Effizienzgewinne in einem Maße an die Verbraucher weitergegeben würden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen.“

### **(13) Der Fall potenzieller Wettbewerb<sup>530</sup>**

#### **(a) Sachverhalt**

„Unternehmen A produziert das Endprodukt X, Unternehmen B produziert das Endprodukt Y. X und Y stellen zwei getrennte Produktmärkte dar, auf denen A bzw. B über große Marktmacht verfügt. Beide Unternehmen verwenden Z als Vorleistung für die Produktion von X bzw. Y, und beide produzieren Z ausschließlich für den Eigenbedarf. X ist ein Produkt mit niedriger Wertschöpfung, für das Z eine wesentliche Vorleistung ist (X ist eine recht einfache Verarbeitung von Z). Y ist ein Produkt mit hoher Wertschöpfung, für das Z eine von vielen Vorleistungen ist (auf Z entfällt nur ein geringer Teil der variablen Kosten für Y). Die Unternehmen A und B vereinbaren, Z gemeinsam zu produzieren, und erzielen dadurch bescheidene Größenvorteile.“

#### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Die Unternehmen A und B sind hinsichtlich X, Y und Z keine tatsächlichen Wettbewerber. Da es sich bei X aber um eine einfache Verarbeitung der Vorleistung Z handelt, könnte Unternehmen B wahrscheinlich leicht in den Markt für X eintreten und damit die Stellung von Unternehmen A auf diesem Markt angreifen. Der Anreiz für Unternehmen B, dies zu tun, könnte durch die Vereinbarung über die gemeinsame Produktion von Z gemindert werden, da

---

<sup>530</sup>Kommission, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (42 f.) Rn 191.

die gemeinsame Produktion Anlass für „Prämienzahlungen“ sein könnte, die die Wahrscheinlichkeit verringern, dass Unternehmen B das Produkt X verkauft (da A wahrscheinlich die Kontrolle über die Menge von Z hat, die B von dem Joint Venture bezieht). Die Wahrscheinlichkeit, dass Unternehmen B ohne die Vereinbarung in den Markt für X eingetreten wäre, hängt jedoch von der erwarteten Rentabilität des Markteintritts ab. Da X ein Produkt mit niedriger Wertschöpfung ist, wäre ein Markteintritt möglicherweise nicht rentabel und damit für Unternehmen B ohne die Vereinbarung unwahrscheinlich. Da die Unternehmen A und B bereits über Marktmacht verfügen, ist es wahrscheinlich, dass die Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 hat, sofern die Vereinbarung tatsächlich die Wahrscheinlichkeit verringert, dass Unternehmen B in den Markt von Unternehmen A, also den Markt für X eintritt. Die mit der Vereinbarung erzielten Effizienzgewinne in Form von Größenvorteilen sind bescheiden, so dass es unwahrscheinlich ist, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen.“

#### **(14) Der Informationsaustausch-Fall<sup>531</sup>**

##### **(a) Sachverhalt**

„Die Unternehmen A und B, die ein hohes Maß an Marktmacht besitzen, beschließen, gemeinsam zu produzieren, um effizienter zu werden. Im Rahmen ihrer Vereinbarung tauschen sie heimlich Informationen über ihre künftigen Preise aus. Die Vereinbarung umfasst nicht den gemeinsamen Vertrieb.“

##### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Dieser Informationsaustausch macht ein Kollusionsergebnis wahrscheinlich und dürfte eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 bezwecken. Dass er die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt, ist unwahrscheinlich, da der Austausch der Informationen über die künftigen Preise der Parteien für die gemeinsame Produktion und die Erzielung der entsprechenden Kosteneinsparungen nicht unerlässlich ist.“

#### **(15) Der Swaps-Fall<sup>532</sup>**

##### **(a) Sachverhalt**

„Die Unternehmen A und B produzieren beide Z, einen chemischen Grundstoff. Z ist ein homogenes Produkt, das nach einer europäischen Norm hergestellt wird, die keine Produktvarianten zulässt. Die Produktionskosten sind ein erheblicher Kostenfaktor für Z. Der Anteil der Unternehmen A und B am Unionsmarkt für Z beträgt 20 % bzw. 25 %. Auf dem Markt für Z gibt es vier weitere Hersteller mit Marktanteilen von 20 %, 15 %, 10 % und 10 %. Die Produktionsanlage von Unternehmen A befindet sich im Mitgliedstaat X in Nordeuropa, die Produktionsanlage von Unternehmen B im Mitgliedstaat Y in Südeuropa. Obwohl die Kunden von Unternehmen A zum größten Teil in Nordeuropa ansässig sind, hat A auch einige Kunden in Südeuropa. Das gleiche gilt für Unternehmen B, der einige Kunden in Nordeuropa hat. Derzeit beliefert Unternehmen A seine südeuropäischen Kunden mit Z, das in seiner Produktionsanlage in X hergestellt und dann per Lkw nach Südeuropa transportiert

---

<sup>531</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (43 f.) Rn 192.

<sup>532</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (43 f.) Rn 193.

wird. Entsprechend beliefert Unternehmen B seine nordeuropäischen Kunden mit Z, das in Y hergestellt und dann ebenfalls per Lkw nach Nordeuropa transportiert wird. Die Transportkosten sind recht hoch, aber nicht so hoch, dass die Lieferungen von Unternehmen A nach Südeuropa und die Lieferungen von Unternehmen B nach Nordeuropa unrentabel wären. Die Kosten für den Transport von X nach Südeuropa sind niedriger als die Kosten für den Transport von Y nach Nordeuropa.

Die Unternehmen A und B kommen zu dem Schluss, dass es effizienter wäre, wenn das Unternehmen A Z nicht mehr von Mitgliedstaat X nach Südeuropa und das Unternehmen B Z nicht mehr von Mitgliedstaat Y nach Nordeuropa transportieren würde, wollen aber gleichzeitig ihre jeweiligen Kunden auf jeden Fall behalten. Zu diesem Zweck beabsichtigen die Unternehmen A und B, eine Swap-Vereinbarung zu treffen, nach der sie eine vereinbarte Jahresmenge Z bei der Anlage der anderen Partei kaufen können, um das erworbene Z an diejenigen ihrer Kunden zu verkaufen, deren Standort näher an der Anlage der anderen Partei liegt. Um einen Kaufpreis ermitteln zu können, bei dem keine Partei gegenüber der anderen bevorzugt wird und der den unterschiedlichen Produktionskosten der Parteien und ihren unterschiedlichen Einsparungen bei den Transportkosten Rechnung trägt, und um beiden Parteien eine angemessene Marge zu sichern, vereinbaren sie, einander ihre wichtigsten Kosten in Bezug auf Z (d. h. die Produktions- und die Transportkosten) offenzulegen.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Die Tatsache, dass die Wettbewerber A und B für einen Teil ihrer Produktion einen Swap vornehmen, ist an sich noch kein Anlass für wettbewerbsrechtliche Bedenken. In der geplanten Swap-Vereinbarung zwischen den Unternehmen A und B ist jedoch der Austausch der Produktions- und der Transportkosten beider Parteien in Bezug auf Z vorgesehen. Zudem haben die Unternehmen A und B zusammen eine starke Stellung auf einem relativ konzentrierten Markt für einen homogenen Grundstoff inne. Daher ist es wegen des umfassenden Informationsaustauschs über einen wesentlichen Wettbewerbsparameter in Bezug auf Z wahrscheinlich, dass die Swap-Vereinbarung zwischen den Unternehmen A und B wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 haben wird, da sie zu einem Kollusionsergebnis führen kann. Mit der Vereinbarung werden zwar erhebliche Effizienzgewinne in Form von Kosteneinsparungen für die Parteien erzielt, jedoch sind die sich aus der Vereinbarung ergebenden Wettbewerbsbeschränkungen dafür nicht unerlässlich. Die Parteien könnten ähnliche Kosteneinsparungen erzielen, indem sie sich auf eine Preisformel einigen, die nicht die Offenlegung ihrer Produktions- und Transportkosten erfordert. In ihrer derzeitigen Form erfüllt die Swap-Vereinbarung daher nicht die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3.“

## **bb. Voraussetzungen der Freistellung von Produktionsvereinbarungen<sup>533</sup>**

### **(1) Vom Kartellverbot erfasste Produktionsvereinbarungen**

Vereinbarungen von Nichtwettbewerbern stellen nach Auffassung der Kommission auch im Bereich der Produktionsvereinbarungen keine Gefahr für den Wettbewerb dar<sup>534</sup>. Die gleiche

---

<sup>533</sup> Ähnlich wie im Fall der FuE-Vereinbarungen fiel für die Unternehmen aufgrund Art. 4 Abs. 2 lit. 3c) VO Nr. 17/62 das Anmeldeerfordernis unter den dort genannten Voraussetzungen schon damals weg, wobei ebenfalls die Möglichkeit bestand, die Vereinbarung dennoch anzumelden (siehe nochmals Art. 4 Abs. 2 a. E.).



wettbewerbsrechtliche Bewertung widerfährt Kooperationen, bei denen Unternehmen bei Zwischenprodukten von Eigenherstellung auf Zulieferung bzw. einseitige Spezialisierung umstellen, wobei hier abermals besonderes Augenmerk auf möglicherweise vorliegenden potenziellen Wettbewerb gelegt werden muss<sup>535</sup>. Ebenfalls fällt die Zusammenarbeit mit Wettbewerbern, die auf einem mit dem relevanten Markt verbundenen Markt arbeiten, nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV, wenn die Zusammenarbeit zum Markteintritt notwendig ist<sup>536</sup>, oder nur ein kleiner Teil der Gesamtkosten gemeinsame Kosten sind<sup>537</sup>, bzw. bei Zuliefervereinbarungen nur einzelne Käufe oder Verkäufe betroffen sind<sup>538</sup>.

Hingegen greift Art. 101 Abs. 1 AEUV typischerweise ein, wenn das Ziel der Produktionsvereinbarung die Festsetzung der Preise für Lieferungen der Partner, die Beschränkung der Produktion bzw. die Aufteilung von Märkten oder Kundengruppen ist<sup>539</sup>. Die Ausnahme bilden dabei allerdings Vereinbarungen über den unmittelbar von der Vereinbarung betroffenen Ausstoß<sup>540</sup> und Preisfestsetzungen bei einem Produktionsgemeinschaftsunternehmen, das sowohl herstellt als auch vertreibt<sup>541</sup>.

Den eigentlichen Anwendungsbereich des Kartellverbots im Bereich der Produktionsvereinbarungen stellen solche Kooperationen dar, die zur weitgehenden Kostenangleichung führen<sup>542</sup>. Voraussetzung für eine Erfassung mittels Art. 101 Abs. 1 AEUV ist aber auch hier, dass durch die Kooperation Marktmacht gebunden wird<sup>543</sup>, wobei es keine absolute Marktanteilsschwelle gibt<sup>544</sup>. Allerdings sind Vereinbarungen (unter den sonstigen Voraussetzungen der Spezialisierungs-GVO) bis zu einem Marktanteil

---

<sup>534</sup>Eine Ausnahme soll aber (ganz im Sinne der allgemeinen Auffassung der Kommission) dann bestehen, wenn eine Marktabschottung zu befürchten ist, *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (13) Rn 86. Zudem weist die Kommission darauf hin, dass die Schirm-GVO unter bestimmten Voraussetzungen Anwendung finden kann bzw. die Bekanntmachung über die Beurteilung von Zulieferverträgen, Kommission, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (36) Rn 154.

<sup>535</sup>*Kommission* a.a.O.

<sup>536</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (13) Rn 87.

<sup>537</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (13) Rn 88.

<sup>538</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (13) Rn 89.

<sup>539</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (13) Rn 89.

<sup>540</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (13) Rn 90.

<sup>541</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (13) Rn 90. Die Kommission weist allerdings darauf hin, dass in diesem Fall sowieso ein unter die FKVO (Verordnung EG Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen v. 20. 1. 2004, ABl. 2004 L 24/1 ff.; vgl. insbesondere Art. 2 Abs. 4 und Art. 3 Abs. 1 lit. b, Abs. 4) fallendes Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen vorliegen wird, *Kommission* ebenda Fn 41.

<sup>542</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (14) Rn 91 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (37) Rn 165.

<sup>543</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (14) Rn 92 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (37) Rn 166.

<sup>544</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (14) Rn 93.

von 20 % gruppenweise freigestellt<sup>545</sup>. Unbedenklich soll auch ein Marktanteil der Kooperationspartner sein, wenn ein HHI-Wert von unter 1800 erreicht wird<sup>546</sup>. Bei einem HHI-Wert über 1800 können Bedenken nur in dynamischen Märkten mit geringen Marktzutrittsschranken ausgeräumt werden<sup>547</sup>. Im Falle gemeinsamer Produktion sind insbesondere Netzeffekte zu befürchten<sup>548</sup>. Die Zusammenarbeit potenzieller Wettbewerber ist nur bedenklich, wenn jedenfalls einer der Partner marktmächtig ist<sup>549</sup>. Dies gilt insbesondere dann, wenn der drohende Marktzutritt ein wichtiger Faktor zur Aufrechterhaltung des Wettbewerbs am Markt ist<sup>550</sup>. Bei der Zusammenarbeit auf vorgelagerten Märkten sind zum einen Abschottungsprobleme zu befürchten, wenn Marktmacht auf dem Markt des Einsatzgutes besteht<sup>551</sup> und keine Umstellung von Eigenerzeugung auf Auslagerung bei geringfügiger, dauerhafter Erhöhung des relativen Preises des Gutes zu erwarten ist<sup>552</sup>. Zum anderen kann es zu negativen Auswirkungen in Nachbarmärkten kommen, wenn das Einsatzgut dort einen wichtigen Kostenfaktor darstellt und die Partner dort über Marktmacht verfügen<sup>553</sup>. Ähnliche Probleme stellen sich bei Zuliefervereinbarungen von Wettbewerbern. So können Abschottungsprobleme auftreten, wenn die Vereinbarungspartner starke Käufer bzw. Lieferanten auf dem Markt für das Einsatzgut sind<sup>554</sup>. Entweder können die Wettbewerber der Partner das Gut nicht mehr zu angemessenen Preisen beziehen, oder anderen Lieferanten bricht ein wesentlicher Teil der Nachfrage weg<sup>555</sup>. Zudem können sich auf den Nachbarmärkten ebenfalls negative Auswirkungen ergeben, wenn das Einsatzgut ein wichtiger Kostenfaktor ist und die Partner über Macht am Markt verfügen<sup>556</sup>. Zu guter Letzt entspricht es der Einschätzung der Kommission, dass sich bei Spezialisierungsvereinbarungen, bei denen die Partner einen Marktanteil jenseits der 20 %-Grenze halten, immer ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV vorliegt, da hier insbesondere die Gefahr von Marktaufteilungen gegeben sei<sup>557</sup>.

---

<sup>545</sup> Art. 4 Spezialisierungs-GVO.

<sup>546</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (14) Rn 96.

<sup>547</sup> *Kommission* a.a.O.

<sup>548</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (14) Rn 97.

<sup>549</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (14) Rn 98.

<sup>550</sup> *Kommission* a.a.O.

<sup>551</sup> Es geht hierbei also um die Produktion für den Verkauf.

<sup>552</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (14 f.) Rn 99.

<sup>553</sup> *Kommission* a.a.O.

<sup>554</sup> Dies bedeutet, dass das Gut nicht nur für den Eigenbedarf verwendet wird.

<sup>555</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (15) Rn 100.

<sup>556</sup> *Kommission* a.a.O.

<sup>557</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (15) Rn 101. Es sei an dieser Stelle aber darauf hingewiesen, dass „Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV“ hier nur als die Erfüllung des Tatbestandes des Kartellverbotes zu verstehen ist und nicht als Verbot der Vereinbarung, da noch nichts über Art. 101 Abs. 3 AEUV gesagt wurde.

## (2) Vorgaben für die Freistellung vom Kartellverbot

### (aa) Effizienzen<sup>558</sup>

Wettbewerbspolitisch positiv zu wertende Aspekte von Produktionsvereinbarungen können in Größen- und Verbundvorteilen, sowie besseren Produktionstechniken identifiziert werden, es sei denn, diese dienen nur als Mittel der Preisfestsetzung, der Beschränkung des Ausstoßes oder der Zuteilung von Märkten bzw. Kundengruppen<sup>559</sup>. Ansonsten gilt, dass Leistungsgewinne, die nur den Partnern zugute kommen bzw. Einsparungen, die durch eine Marktaufteilung entstehen, unbeachtlich im Rahmen der Betrachtung von Art. 101 Abs. 3 AEUV sind<sup>560</sup>.

### (bb) Unerlässlichkeit

Erlässig sind nach Auffassung der Kommission solche Vereinbarungen, die die von der Zusammenarbeit nicht erfasste Produktion betreffen<sup>561</sup>. Des Weiteren stellt die Kommission klar, dass Wettbewerbsbeschränkungen, die über das Maß hinaus gehen, die zur Erzielung der mit der Produktionsvereinbarung angestrebten Effizienzgewinne notwendig sind, nicht für eine Einzelfreistellung in Frage kommen<sup>562</sup>. Eine gemeinsame Festsetzung von Preisen gilt jedenfalls dann nicht als unerlässlich, wenn die Produktionsvereinbarung keine gemeinsame Vermarktung umfasst<sup>563</sup>.

### (cc) Weitergabe an die Verbraucher

Werden Effizienzgewinne zwischen den Vereinbarungspartnern erzielt und sind die vereinbarten Beschränkungen unerlässlich zur Erreichung der Effizienzgewinne, ist notwendig, dass eine Weitergabe an die Verbraucher in Form von höherer Produktqualität, größerer Produktvielfalt in einem Maße erfolgt, dass von einem Überwiegen der wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen ausgegangen werden kann<sup>564</sup>. Die Kommission stellt klar, dass lediglich betriebswirtschaftliche Vorteile, die durch eine Output-Verringerung oder einer Aufteilung des Marktes beruhen nicht zu einer Einzelfreistellung führen können<sup>565</sup>. Generell sind Einsparungen im Rahmen der variablen Kosten positiver zu bewerten als

---

<sup>558</sup>Vgl. hierzu auch *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (39 f.) Rn 183.

<sup>559</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (15) Rn 102; Hierdurch rechtfertigt sich dann auch die Existenz der Spezialisierungs-GVO mit einer Marktanteilsschwelle und dem Erfordernis des Fehlens von Kernbeschränkungen, vgl. Art. 4 und 5 Spezialisierungs-GVO.

<sup>560</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (15) Rn 103.

<sup>561</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (15) Rn 104.

<sup>562</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (40) Rn 184.

<sup>563</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (40) Rn 184.

<sup>564</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (40) Rn 185.

<sup>565</sup>*Kommission* a.a.O.

Einsparungen bei Fixkosten<sup>566</sup>. Schließlich gilt auch im Rahmen der Produktionsvereinbarungen, dass mit einer Zunahme von Marktmacht die Wahrscheinlichkeit einer Weitergabe der Vorteile an die Verbraucher sinkt.

#### **(dd) Keine Ausschaltung des Wettbewerbs**

Eine Ausschaltung des Wettbewerbs soll dann angenommen werden können, wenn eine wettbewerbswidrige Verhaltensweise zur Marktbeherrschung führt<sup>567</sup>.

#### **cc. Analyse und Kritik der Auffassung der Kommission**

Aufschlussreiche Hinweise auf die Sachverhalte, die der Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV zugänglich sind, ergeben sich aus den Horizontalleitlinien der Kommission. „Nach unten“ werden die zu erfassenden Sachverhalte durch die großzügige Erfassung von Produktionsvereinbarungen begrenzt. Hier geht die Kommission davon aus, dass von Vereinbarungen mit einem kumulativen Marktanteil von bis zu 20 % keine Gefahr für den Wettbewerb ausgehe. Zudem sollen Marktanteile darüber bei einem HHI-Wert von bis zu 1800 unbedenklich sein. Des Weiteren wird die Schwelle für die Erreichung einer Ausschaltung des Wettbewerbs mit Marktbeherrschung identifiziert. Mithin bewegt sich der Kreis der freistellungsfähigen Sachverhalte marktanteilsseitig in einem Korridor von 20 % bis Marktbeherrschung, und im Hinblick auf die Marktkonzentration bis zu 1800 auf dem HHI.

Generell gilt auch im Rahmen der Produktionsvereinbarungen wie schon oben bei den FuE-Vereinbarungen, dass durch eine kontinuierliche - wenn auch im Rahmen der Leitlinien 2011 näher ausdifferenzierte - Bewertung von Produktionsvereinbarungen stattgefunden hat. Kontinuität ist dabei ebenfalls über die insoweit in Kernpunkten gleich gebliebene sekundärrechtliche Ausgestaltung der beiden Spezialisierungs-Gruppenfreistellungsverordnungen gewährleistet.

Analysiert man das weiter oben vorgestellte Fallmaterial aus diversen Beispielsfällen der Kommission ist ebenfalls festzustellen, dass eine weitgehende Kontinuität der Bewertungsgrundlagen gegeben ist und der Bereich einer möglichen Einzelfreistellung nachgezeichnet werden kann.

Grundsätzlich wird ein zu hoher Marktanteil von der Kommission als einer Einzelfreistellung zuwider laufendes Kriterium wahrgenommen (vgl. hierzu z. B. die Fälle *gemeinsame Produktion 1* sowie *gemeinsame Produktion 2*).

---

<sup>566</sup> *Kommission* a.a.O.

<sup>567</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (15) Rn 105 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (40) Rn 186.

Interessant ist dabei, dass sich - dies zeichnete sich bereits bei den Einkaufsvereinbarungen und den FuE-Vereinbarungen ab, in den Leitlinien aus 2011 eine tendenziell einzelfreistellungsfreundlichere Auffassung der Kommission im Vergleich zu den Leitlinien aus 2001 vorherrscht. Beispielsweise wird im Fall *gemeinsame Produktion 2* davon ausgegangen, dass die Parteien keine hohen Leistungsgewinne hervorbringen könnten. Im *Kollusions-Fall 2* wird von der Kommission es immerhin für möglich erachtet, dass bei Erreichung erheblicher Effizienzgewinne und einer Weitergabe an die Verbraucher noch eine positive Bewertung möglich ist. Unter welchen Voraussetzungen dies im dort beschriebenen Szenario allerdings möglich sein soll (die Vermachtung des Marktes ist doch erheblich), erfährt man von der Kommission nicht. Daher mutet die Aussage der Kommission wie ein hehrer Programmsatz an. Im Zweifelsfall wäre allerdings von einer positiven Bewertung durch die Kommission durchaus auszugehen. Eine Einzelfreistellung erscheint daher möglich. Des Weiteren fällt auf, dass auch vor dem Hintergrund, dass in der Spezialisierungs-GVO ein 20 %-iger Marktanteil als Schwellenwert eingezogen ist, auch deutlich höhere Marktanteile noch einer positiven Bewertung durch die Kommission zugeführt werden können. Beispielsweise ist im Fall *gemeinsame Produktion 3* ein 60 %-iger Marktanteil der Vereinbarungspartner gegebenenfalls unschädlich, wenn eine Umstellung von Eigenerzeugung auf Fremdbezug zügig vonstatten gehen kann. In diesem Zusammenhang ist allerdings festzustellen, dass in einer entsprechenden Situation wohl eher schon das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV abgelehnt werden muss. Streng genommen wäre ein solcher Fall - aufgrund der Volatilität der Marktanteile - schon tatbestandlich nicht verboten, sodass eine Einzelfreistellung nicht notwendig wäre. Im Hinblick auf die Konkretisierung des Marktanteilkriteriums, das noch für ein Einzelfreistellung in Frage kommt, sind die Fälle *gemeinsame Produktion 4* sowie der Fall *Kollegenlieferungen* interessant. Im einen Fall erfolgt eine negative Bewertung, da bei einem 40 %-igen Marktanteil von deutlich zu hoher Marktmacht ausgegangen wird. Im Fall *Kollegenlieferungen* erfolgt eine Einzelfreistellung, da die Marktanteile dort in der Nähe des 20 %-Kriteriums liegen. Marktanteilsseitig scheint daher eine Einzelfreistellung nach Auffassung der Kommission im Bereich zwischen 20 % bis 40 % möglich. In den Fällen *gemeinsame Produktion 5, 6* sowie *gegenseitige Spezialisierung* konkretisiert die Kommission überdies nochmal die allgemeinen Voraussetzungen der Einzelfreistellung. Von der Unerlässlichkeit einer Vereinbarung ist u. a. dann nicht mehr auszugehen, wenn eine Lizenzvereinbarung als milderes Mittel zur Zusammenlegung der Produktionsbestrebungen denkbar wäre (*gemeinsame Produktion 5*). Besteht zwar im relevanten Markt erhebliche

Marktmacht, wird diese allerdings dadurch abgeschwächt, dass ein marktmächtiges Unternehmen aus einem benachbarten Markt in den Markt eintritt, relativiert sich der Marktanteil. Gegebenenfalls ist in dieser Situation nicht mal eine Wettbewerbsbeschränkung gegeben (*gemeinsame Produktion 6*). Schließlich erhöht sich die Wahrscheinlichkeit einer Einzelfreistellung dann, wenn eine Kostenangleichung der Parteien wenig wahrscheinlich ist (*gegenseitige Spezialisierung*).

Insbesondere in den Leitlinien 2011 fällt auf, dass die Kommission eine Gesamtabwägung zwischen Wettbewerbsbeschränkung und generierten Effizienzgewinnen vornehmen möchte. Dogmatisch unsauber werden hier also Voraussetzungen des Kartellverbots mit den Voraussetzungen der Kartellausnahme vermischt. Deutlich wird dies im *Kollusionsfall 2*, *Marktverschließungs-Fall* sowie im Fall *potenzieller Wettbewerb* und *gemeinsame Produktion 4*. Im Fall *gemeinsame Produktion 4* hatte sich diese Tendenz also in den alten Leitlinien schon angedeutet. Die Aussagen im *Kollusionsfall 1* sowie im *Informationsaustausch-Fall* der Kommission überraschen insoweit, als im einen Fall ein Marktanteil von 45 % dann als unkritisch im Hinblick auf eine Einzelfreistellung angesehen wird, wenn erhebliche Effizienzgewinne generiert werden und eine Weitergabe an die Verbraucher erfolgen kann. Die Kommission bleibt allerdings eine Konkretisierung der - sehr nach Auffassung des Verfassers unrealistischen - Erwartung schuldig, warum bei einem solch hohen Marktanteil mit einer Weitergabe an die Verbraucher gerechnet werden kann. Im *Informationsaustausch-Fall* wird nochmals klar gestellt, dass bei Hardcore-Beschränkungen das Unerlässlichkeitskriterium kaum jemals erfüllt werden kann. Schließlich sind (*Swaps-Fall*) Effizienzgewinne, die bloß betriebswirtschaftlich auftreten und ansonsten die Vereinbarung lediglich Plattform zur Kollusion der Parteien ist, negativ im Sinne einer Einzelfreistellung zu beurteilen. Des Weiteren ist dem *Marktaufteilungs-Fall* sowie dem Fall zur *gegenseitigen Spezialisierung* zu entnehmen, dass diese die gegenseitige Spezialisierung insbesondere dann negativ zu beurteilen ist, wenn homogene Produkte betroffen sind und eine starke Kostenangleichung zu erwarten ist. Akzentuiert wird dies in den Leitlinien 2011 noch stärker dadurch, dass hier auf eine Kostenangleichung bei den variablen Kosten abgestellt wird im Gegensatz zu den Fixkosten. Positiv zu bewerten sind nach diesen beiden Fallbeispielen dann tendenziell Vereinbarungen, in denen heterogene Produkte betroffen sind und eine gegenseitige Belieferung ermöglicht wird. Eine Einzelfreistellung ist unter diesen Voraussetzungen dann möglich, wenn tendenziell auch kein „Selbstläufer“.

## **d. Vermarktungsvereinbarungen<sup>568</sup>**

Im weiteren Verlauf erfolgt eine Analyse der Freistellungsmöglichkeiten für Vermarktungsvereinbarungen.

### **aa. Fallbeispiele der Kommission und deren Bewertungsgrundlagen**

#### **(1) Der Nahrungsmittel-Fall<sup>569</sup>**

##### **(a) Sachverhalt**

„Fünf kleinere Nahrungsmittelhersteller mit einem Anteil von jeweils 2 % am gesamten Nahrungsmittelmarkt vereinbaren die Zusammenlegung ihrer Vertriebsseinrichtungen, den Absatz unter einem gemeinsamen Markennamen und den Verkauf ihrer Erzeugnisse zu einem gemeinsamen Preis. Hierfür sind umfangreiche Investitionen in Lagereinrichtungen, Transport, Werbung, Marktpflege und Verkaufspersonal erforderlich. Dadurch verringern sich ihre Stammkosten, auf die in der Regel 50 % ihres Verkaufspreises entfallen, erheblich, außerdem erhalten sie ein schnelleres und leistungsfähigeres Vertriebssystem. Die Kunden der Nahrungsmittelhersteller sind große Einzelhandelsketten.

Der Markt wird von drei großen multinationalen Lebensmittelgruppen mit einem Marktanteil von jeweils 20 % beherrscht. Die verbleibenden Anteile entfallen auf kleine unabhängige Hersteller. Bei der Produktpalette der Beteiligten kommt es zu Überschneidungen in wichtigen Bereichen. Ihr Marktanteil übersteigt jedoch in keinem Produktmarkt 15 %.“

##### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Die Vereinbarung erstreckt sich auf die Festsetzung der Preise und wird damit von Art. 81 Absatz 1 erfasst, obwohl bei keinem der Beteiligten Marktmacht vorauszusetzen ist. Die Zusammenlegung des Absatzes und des Vertriebs ergibt offenbar erhebliche Leistungsgewinne, die den Kunden in Form niedrigerer Kosten und besserer Dienstleistungen zugute kommen. Es stellt sich somit die Frage der Freistellbarkeit nach Artikel 81 Absatz 3. Hierzu muss ermittelt werden, ob die Preisfestsetzung für die Zusammenlegung der übrigen Absatzfunktionen wirklich erforderlich ist. Dies kann im vorliegenden Fall als notwendig angesehen werden, da [es, Hinzufügung des Verfassers] die Abnehmer, d. h. die großen Einzelhandelsketten, nicht mit einer Vielzahl von Preisen zu tun haben möchten. Außerdem ist sie erforderlich, weil das Ziel eines gemeinsamen Markennamens nur erreicht werden kann, wenn sämtliche Aspekte des Absatzes einschließlich des Preises vereinheitlicht sind. Da die Vertragspartner keine Marktmacht haben und die Vereinbarung zu erheblichen Leistungsgewinnen führt, kann sie vom Verbot des Artikel 81 freigestellt werden.“

#### **(2) Der Kugellager-Fall<sup>570</sup>**

---

<sup>568</sup>Vgl. zur Definition der Vermarktungsvereinbarungen *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (20f.) Rn 139ff. bzw. ABl. 2011 C 11/1 (49) Rn 225ff..

<sup>569</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (23) Rn 156.

<sup>570</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (23) Rn 157.

### **(a) Sachverhalt**

„Zwei Hersteller von Kugellagern mit einem Marktanteil von jeweils 5 % gründen ein Vertriebsgemeinschaftsunternehmen, das die Produkte auf den Markt bringen, die Preise festsetzen und die Bestellungen an die Muttergesellschaften zuleiten soll. Die Gründer behalten sich das Recht vor, auch außerhalb des GU ihre Produkte zu verkaufen. Die Kunden werden weiterhin direkt von den Werken der Gründerunternehmen beliefert. Dadurch sollen Leistungsgewinne entstehen, da das gemeinsame Verkaufspersonal die Produkte der Beteiligten zur gleichen Zeit denselben Kunden vorführen kann, wodurch der aufwendige Parallelverkauf vermieden werden kann. Außerdem sollen über das GU wenn möglich die Aufträge an das nächstgelegene Werk zugeleitet und damit Transportkosten verringert werden.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Die Vereinbarung erstreckt sich auf die Preisfestsetzung und fällt damit unter Artikel 81 Absatz 1, obwohl bei den Beteiligten keine Marktmacht vorausgesetzt werden kann. Sie ist nach Artikel 81 Absatz 3 nicht freistellbar, da die behaupteten Leistungsgewinne lediglich Kostensenkungen sind, die sich aus der Ausschaltung des Wettbewerbs zwischen den Vertragsparteien ergeben.“

## **(3) Der Erfrischungsgetränke-Fall<sup>571</sup>**

### **(a) Sachverhalt**

„Zwei Hersteller von Erfrischungsgetränken sind in zwei Nachbarstaaten tätig. Beide halten einen Anteil von 20 % in ihrem Inlandsmarkt. Sie vereinbaren den gegenseitigen Vertrieb ihrer Erzeugnisse in ihrem jeweiligen Inlandsmarkt.

Beide Märkte werden von einem großen multinationalen Hersteller von Erfrischungsgetränken mit einem Anteil von 50 % in jedem Markt beherrscht.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Die Vereinbarung fällt unter Artikel 81 Absatz 1, wenn die Beteiligten als potenzielle Wettbewerber anzusehen sind. Zur Beantwortung dieser Frage wären deshalb die Schranken beim Zutritt in die jeweiligen räumlichen Märkte zu untersuchen. Hätten die Partner unabhängig in den jeweils anderen Markt eintreten können, so hätte ihre Vereinbarung zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs geführt. Obwohl die Marktanteile auf ein gewisses Maß an Marktmacht der Beteiligten schließen lassen, ergibt die Analyse der Marktstrukturen, dass dies nicht der Fall ist. Außerdem kommt die Vereinbarung über den gegenseitigen Vertrieb den Kunden zugute, da sie die Auswahlmöglichkeiten in jedem räumlichen Markt erhöht. Die Vereinbarung wäre somit freistellbar, wenn sie als wettbewerbsbeschränkend eingestuft würde.“

## **(4) Der Wäscherei-Fall 1<sup>572</sup>**

---

<sup>571</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (23) Rn 158.

<sup>572</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (52 f.) Rn 252.



### **(a) Sachverhalt**

„Vier gewerbliche Wäschereien in einer großen Stadt nahe der Grenze zu einem anderen Mitgliedstaat mit einem Anteil von jeweils 3 % am gesamten Wäschereimarkt dieser Stadt kommen überein, eine gemeinsame Marketingfirma zu gründen, die ihre Dienstleistungen bei institutionellen Kunden (zum Beispiel Hotels, Krankenhäuser und Büros) anbieten soll. Ansonsten konkurrieren sie weiterhin alleine und unabhängig um Einzelkunden vor Ort. Da institutionelle Kunden ein neues Nachfragesegment bilden, entwickeln sie einen gemeinsamen Markennamen, vereinbaren einen gemeinsamen Preis und gemeinsame Standardbedingungen (u. a. Reinigung und Auslieferung binnen höchstens 24 Stunden) und Lieferpläne. Sie richten eine gemeinsame Anrufzentrale ein, bei der die institutionellen Kunden die Abholung und/oder Auslieferung der Wäsche vereinbaren. Sie stellen eine Empfangsperson (für die Anrufzentrale) und mehrere Fahrer ein. Des Weiteren investieren sie in Lieferwagen sowie in Markenwerbung, um ihre Sichtbarkeit zu verbessern. Die Vereinbarung senkt zwar nicht komplett ihre eigenen Infrastrukturkosten (da sie ihre eigenen Geschäfte behalten und nach wie vor um Einzelkunden vor Ort konkurrieren), bringt ihnen jedoch Größenvorteile und ermöglicht es ihnen, anderen Kundengruppen umfassendere Dienstleistungen anzubieten (u. a. längere Geschäftszeiten und einen größeren Lieferradius). Das Vorhaben kann nur dann rentabel durchgeführt werden, wenn alle vier der Vereinbarung beitreten. Der Markt ist hoch fragmentiert, und kein Wettbewerber hat mehr als 15 % des Marktes.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Obwohl der gemeinsame Marktanteil der Parteien unter 15 % liegt, könnte Artikel 101 Absatz 1 in diesem Fall Anwendung finden, da die Vereinbarung eine Preisfestsetzung beinhaltet. Allerdings wäre den Parteien, ob als einzelner Wettbewerber oder in Zusammenarbeit mit weniger als vier Parteien, so wie es derzeit für die Vereinbarung vorgesehen ist, der Zutritt zum Markt für Wäschereidienste für institutionelle Kunden verwehrt. Deshalb wäre die Vereinbarung als solche – ungeachtet der in diesem Fall für die Verkaufsförderung der gemeinsamen Marke und den Erfolg als unerlässlich betrachtete Preisfestsetzung – wettbewerbsrechtlich unbedenklich.“

## **(5) Der Wäscherei-Fall 2<sup>573</sup>**

### **(a) Sachverhalt**

„Es liegt derselbe Sachverhalt wie in Beispiel 1 Rdnr. 252, vor, wobei ein wichtiger Unterschied besteht: Das Vorhaben hätte auch mit nur drei, anstatt der vier tatsächlich an dem Kooperationsvorhaben beteiligten Parteien rentabel durchgeführt werden können.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Obwohl der gemeinsame Marktanteil der Parteien unter 15 % liegt, findet Artikel 101 Absatz 1 in diesem Fall Anwendung, da die Vereinbarung eine Preisfestsetzung beinhaltet und von weniger als vier Parteien hätte durchgeführt werden können. Die Vereinbarung muss deshalb nach Artikel 101 Absatz 3 geprüft werden. Die Vereinbarung eröffnet Effizienzgewinne, da die Parteien fortan für ein neues Kundensegment bessere Dienstleistungen in größerem Umfang anbieten können (was die Parteien alleine, ohne die Vereinbarung nicht hätten leisten können). Da der gemeinsame Marktanteil der Parteien weniger als 15 % beträgt, ist es

---

<sup>573</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (52 f.) Rn 253.

wahrscheinlich, dass sie etwaige Effizienzgewinne in ausreichendem Maße an die Verbraucher weitergeben. Des Weiteren muss geprüft werden, ob die mit der Vereinbarung verbundenen Beschränkungen für die Erzielung von Effizienzgewinnen unerlässlich sind und ob die Vereinbarung den Wettbewerb ausschalten könnte. Da das Ziel der Vereinbarung in einer umfassenderen Dienstleistungspalette (einschließlich der bislang nicht angebotenen Auslieferung) für ein neues Kundensegment besteht und unter einer gemeinsamen Marke und zu gemeinsamen Standardbedingungen angeboten werden soll, kann die Preisfestsetzung als unerlässlich für die Verkaufsförderung der gemeinsamen Marke und folglich für den Erfolg des Vorhabens und für die angestrebten Effizienzgewinne betrachtet werden. Außerdem kann angesichts der Marktfragmentierung eine Ausschaltung des Wettbewerbs aufgrund der Vereinbarung ausgeschlossen werden. Die Tatsache, dass sich vier Parteien an der Vereinbarung beteiligen (obwohl streng genommen drei Parteien ausreichen würden), verspricht Kapazitätssteigerungen und trägt gleichzeitig dazu bei, dass im Falle mehrerer institutioneller Kunden deren Nachfrage im Einklang mit den Standardbedingungen (zum Beispiel Einhaltung der Auslieferfristen) nachgekommen werden kann. Die Effizienzgewinne als solche dürften somit die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen aufgrund einer Verringerung des Wettbewerbs zwischen den Parteien überwiegen, so dass die Vereinbarung die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 wahrscheinlich erfüllt.“

## **(6) Der Fall Internetplattform<sup>574</sup>**

### **(a) Sachverhalt**

„Einige kleine Fachgeschäfte eines Mitgliedstaates schließen sich einer Internetplattform an, über die Obst-Geschenkkörbe angeboten, verkauft und ausgeliefert werden. Es gibt mehrere Konkurrenten, die ebenfalls Internetplattformen betreiben. Die Finanzierung der laufenden Kosten für die Plattform und der gemeinsamen Markenwerbung erfolgt über einen monatlich zu entrichtenden Betrag. Die Kunden bestellen und bezahlen über die Website, auf der eine große Auswahl an Geschenkkörben abgebildet ist. Anschließend wird die Bestellung an das Fachgeschäft weitergeleitet, das sich am nächsten zu der Auslieferungsadresse befindet. Dieses Fachgeschäft trägt die Kosten für die Zusammenstellung des Geschenkkorbs und die Auslieferung an den Kunden. Es erhält 90 % des auf der Internetplattform angegebenen und für alle beteiligten Fachgeschäfte geltenden Verkaufspreises. Die restlichen 10 % fließen in die gemeinsame Verkaufsförderung und die laufenden Kosten der Internetplattform. Außer dem monatlichen Beitrag gibt es für ein Fachgeschäft, das sich der Plattform anschließen möchte, innerhalb eines jeweiligen nationalen Hoheitsgebiets keine weiteren Auflagen. Zudem können Fachgeschäfte, die eine eigene Website betreiben, Obst-Geschenkkörbe auch unter eigenem Namen über das Internet vertreiben (was sie auch tun), so dass sie außerhalb der Zusammenarbeit weiterhin als Einzelanbieter miteinander im Wettbewerb stehen. Kunden, die über die Plattform bestellen, wird die Lieferung des Geschenkkorbs am selben Tag zugesichert und die Möglichkeit gegeben, die von ihnen gewünschte Lieferzeit auszuwählen.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

---

<sup>574</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (52 f.) Rn 254.

„Obwohl sich die Vereinbarung nur auf den gemeinsamen und zudem über einen ganz bestimmten Vertriebskanal (in diesem Fall eine Internetplattform) erfolgenden Verkauf einer bestimmten Produktart bezieht und sie somit in ihrer Anwendung begrenzt ist, ist es wahrscheinlich, dass sie aufgrund der in der Vereinbarung vorgesehenen Preisfestsetzung zu einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung führt. Deshalb muss die Vereinbarung nach Artikel 101 Absatz 3 geprüft werden. Die Vereinbarung ermöglicht Effizienzgewinne, zum Beispiel ein größeres Angebot und einen besseren Service sowie geringere Suchkosten, was den Verbrauchern zugutekommt und die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Vereinbarung aufwiegen dürfte. Da die an der Zusammenarbeit beteiligten Fachgeschäfte nach wie vor die Möglichkeit haben, als eigenständige Unternehmen ihre Produkte sowohl über ihre Geschäfte als auch über das Internet anzubieten und somit miteinander in Wettbewerb zu treten, könnte die Preisfestsetzung als unerlässlich für die Verkaufsförderung des Produkts (Verbraucher, die das Produkt über die Internetplattform erwerben, wissen nicht, bei wem sie den Obst-Geschenkkorb kaufen, und möchten nicht mit vielen unterschiedlichen Preisen konfrontiert werden) und folglich auch für die Erzielung der Effizienzgewinne betrachtet werden. Da keine anderen Beschränkungen vorliegen, erfüllt die Vereinbarung die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3. Da außerdem die anderen Internetplattformen existieren und die Beteiligten auch weiterhin entweder über ihre Geschäfte oder über das Internet miteinander konkurrieren, wird der Wettbewerb nicht ausgeschaltet.“

## **(7) Der Fall Vertriebs-GU<sup>575</sup>**

### **(a) Sachverhalt**

„Unternehmen A und B sind in zwei unterschiedlichen Mitgliedstaaten ansässig und stellen Fahrradreifen her. Ihr Anteil am Unionsmarkt für Fahrradreifen beträgt zusammengenommen 14 %. Sie beschließen, ein Jointventure (mit eingeschränkten Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit) zu gründen, über das sie ihre Reifen Fahrradherstellern anbieten wollen; außerdem vereinbaren sie, ihre gesamte Produktion über dieses Gemeinschaftsunternehmen zu verkaufen. Die Produktions- und Transportinfrastrukturen der beiden Parteien bleiben getrennt. Die Parteien versprechen sich aus der Vereinbarung erhebliche Effizienzgewinne, die im Wesentlichen auf Größenvorteilen beruhen, da die Parteien in der Lage sein werden, der Nachfrage ihrer bestehenden und ihrer potenziellen neuen Kunden nachzukommen und besser mit aus Drittländern eingeführten Reifen zu konkurrieren. Das Jointventure handelt die Preise aus und weist die Bestellung dem am nächsten gelegenen Werk zu; auf diese Weise können bei der Auslieferung an die Kunden Transportkosten eingespart werden.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Obwohl der Marktanteil der beiden Parteien insgesamt unter 15 % liegt, fällt die Vereinbarung unter Artikel 101 Absatz 1. Es handelt sich hier um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, da die Vereinbarung eine Kundenzuweisung und eine

---

<sup>575</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (52 f.) Rn 255.

Preisfestsetzung durch das Jointventure beinhaltet. Die geltend gemachten Effizienzgewinne erwachsen weder aus der Integration wirtschaftlicher Tätigkeiten noch aus gemeinsamen Investitionen. Das Jointventure hätte einen sehr begrenzten Wirkungskreis und würde nur als Schnittstelle für die Weiterleitung von Bestellungen an die jeweiligen Produktionsstätten dienen. Deshalb ist es unwahrscheinlich, dass etwaige Effizienzgewinne in einem Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Vereinbarung überwiegen. Die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 wären somit nicht erfüllt.“

## **(8) Der Outsourcing-Fall<sup>576</sup>**

### **(a) Sachverhalt**

„Die Unternehmen A und B sind Wettbewerber in der Branche für gewerbliche Gebäudereinigung. Beide haben einen Marktanteil von 15 %. Es gibt weitere Wettbewerber mit Marktanteilen zwischen 10 % und 15 %. Unternehmen A hat beschlossen, sich fortan ausschließlich auf Großkunden zu konzentrieren, da die Bedienung von Groß- und Kleinkunden eine unterschiedliche Arbeitsorganisation erfordert. Deshalb wird das Unternehmen keine Verträge mehr mit Kleinkunden schließen. Zudem haben A und B eine Outsourcing-Vereinbarung unterzeichnet, der zufolge Unternehmen B direkt die Reinigungsdienste für die Kleinkunden von A (ein Drittel der Kundenbasis von A) übernimmt. Da A jedoch seine vertraglichen Beziehungen mit diesen Kleinkunden auf keinen Fall verlieren will, wird es seine vertraglichen Beziehungen zu den Kleinkunden aufrechterhalten, auch wenn die Reinigungsdienste von B erbracht werden. Damit B die Outsourcing-Vereinbarung erfüllen kann, muss A die Namen der Kleinkunden, die Gegenstand der Vereinbarung sind, an B weitergeben. Da A befürchtet, B könnte diese Kunden durch kostengünstigere Angebote abwerben (und somit Unternehmen A umgehen), besteht A darauf, eine Klausel in die Vereinbarung aufzunehmen, die das Abwerben von Kunden verbietet („Abwerbverbot“). Nach dieser Klausel darf B nicht mit eigenen Angeboten für die direkte Erbringung von Dienstleistungen an die Kleinkunden, die Gegenstand der Outsourcing-Vereinbarung sind, herantreten. Darüber hinaus vereinbaren A und B, dass B selbst dann, wenn sich diese Kleinkunden von sich aus an B wenden, keine Dienstleistungen direkt für diese erbringen darf. Ohne das Abwerbverbot hätte A die Outsourcing-Vereinbarung mit B oder einem anderen Unternehmen nicht unterzeichnet.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Die Outsourcing-Vereinbarung schaltet Unternehmen B als unabhängigen Anbieter von Gebäudereinigungsdiensten für die Kleinkunden von Unternehmen A aus, da es für diese Kunden nicht mehr möglich ist, in ein direktes Vertragsverhältnis mit Unternehmen B einzutreten. Diese Kunden machen allerdings nur ein Drittel der Kundenbasis des Unternehmens A, d. h. 5 % des Marktes, aus. Sie können sich nach wie vor an die Wettbewerber der Unternehmen A und B wenden, auf die 70 % des Marktes entfällt. Für Unternehmen A wird es folglich nicht möglich sein, seinen Kunden, die Gegenstand der Outsourcing-Vereinbarung sind, höhere Preise in Rechnung zu stellen. Des Weiteren ist es unwahrscheinlich, dass die Outsourcing-Vereinbarung zu einem Kollusionsergebnis führt, da die Unternehmen A und B gemeinsam nur über einen Marktanteil von 30 % verfügen und mit mehreren anderen Unternehmen im Wettbewerb stehen, die über ähnlich große Marktanteile

---

<sup>576</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (52 f.) Rn 256.

verfügen wie sie. Angesichts der Tatsache, dass sich die Dienstleistungserbringung für Groß- und für Kleinkunden in gewisser Hinsicht unterscheidet, ist die Gefahr von Spill-over-Effekten der Outsourcing-Vereinbarung auf das Verhalten der Unternehmen A und B im Wettbewerb um Großkunden sehr gering. Infolgedessen ist es unwahrscheinlich, dass die Outsourcing-Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 haben wird.“

## **bb. Voraussetzungen für die Freistellbarkeit der Vermarktungsvereinbarungen vom Kartellverbot**

### **(1) Erfassung der Vermarktungsvereinbarungen mittels Art. 101 Abs. 1 AEUV**

Vermarktungsvereinbarungen von Nichtwettbewerbern und solche, die den Markteintritt erst ermöglichen können mit dem Kartellverbot nicht erfasst werden<sup>577</sup>.

Das Kartellverbot greift stets bei solchen Vermarktungsvereinbarungen, die der Preisfestsetzung dienen oder dazu führen<sup>578</sup>, wobei für die Bewertung die Frage von Ausschließlichkeit bzw. Nichtausschließlichkeit, irrelevant ist<sup>579</sup>.

Bedenklich sind im Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 AEUV insbesondere zwei Formen von Vermarktungsvereinbarungen.

Zum einen unterliegen Kooperationen in diesem Bereich, bei denen die Zusammenarbeit den Verkauf nicht beinhaltet, Bedenken bezüglich des Informationsaustauschs (Geschäftsstrategie; Preise) und der Beeinflussung eines wesentlichen Teils der Endkosten<sup>580</sup>.

Zum anderen ist die Zusammenarbeit von Unternehmen in unterschiedlichen Märkten besonders empfänglich für Marktaufteilungen<sup>581</sup>. Dabei stellt sich die Frage, ob die Zusammenarbeit für den Eintritt in den jeweils anderen räumlichen Markt notwendig ist oder nicht vielmehr ein potenzielles Wettbewerbsverhältnis besteht<sup>582</sup>.

---

<sup>577</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (21) Rn 143; Als Beispiel für die zuletzt genannten Vereinbarungen können insbesondere Konsortialvereinbarungen im Rahmen von Ausschreibungen angeführt werden bzw. ABl. 2011 C 11/1 (50) Rn 237.

<sup>578</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (21) Rn 144 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (50) Rn 230 - 234.

<sup>579</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (21) Rn 145.

<sup>580</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (21f.) Rn 146 bzw. ähnlich ABl. 2001 C 11/1 (51) Rn 242 ff.

<sup>581</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (22) Rn 147 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (50) Rn 236.

<sup>582</sup> *Kommission* a.a.O. Zudem ist der Aspekt der fehlenden Gegenseitigkeit der Zusammenarbeit ambivalent: Auf der einen Seite könnte dadurch die Drohung der Marktaufteilung abgemildert werden, auf der anderen Seite kann

In struktureller Hinsicht werfen Vermarktungsvereinbarungen ab einem Marktanteil von 15 % Bedenken auf, sodass für Kooperationen mit geringerem kumulativen Marktanteil jedenfalls die Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sein werden<sup>583</sup>. Bei höheren Marktanteilen wird der Informationsaustausch in wettbewerbswidriger Weise wahrscheinlich<sup>584</sup>.

### **(3) Vorgaben für die Freistellung der Vermarktungsvereinbarungen über Art. 101 Abs. 3 AEUV**

#### **(aa) Effizienzen**

Sogar bei Preisfestsetzungen ist an eine Freistellung zu denken, wenn sie für die Integration weiterer Vertriebsfunktionen erforderlich sind und erhebliche Leistungsgewinne generieren<sup>585</sup>. Der Umfang der denkbaren Gewinne ist hierbei von der Bedeutung des Marketing für die gesamte Kostenstruktur abhängig<sup>586</sup>. Allgemein dürfen Leistungsgewinne nicht aus dem Wegfall von Wettbewerb stammen, um Berücksichtigung finden zu können<sup>587</sup>. Positive Faktoren für die Berücksichtigung von Leistungsgewinnen können die Einbringung von Kapital, Technologie und sonstigen Vermögenswerten in erheblichem Umfang durch die Partner sein, ebenso geringere Doppelaufwendungen im Bereich der Ressourcen und Anlagen<sup>588</sup>.

#### **(bb) Unerlässlichkeit**

Preisfestsetzungen und Marktaufteilungen sind einer besonders genauen Prüfung auf ihre Unerlässlichkeit zu unterziehen<sup>589</sup>.

#### **(cc) Weitergabe an die Verbraucher**

---

gerade die das Fehlen einer Vereinbarung über Gegenseitigkeit Ausdruck der Grundlage stillschweigender Kollusion sein.

<sup>583</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (22) Rn 149 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (50) Rn 240.

<sup>584</sup> *Kommission*, ABl. 2011 C 11/1 (22) Rn 150 bzw. (51) Rn 244, wobei die Kommission a.a.O. einen Bezug auf den Marktanteil von 15 % (im Gegensatz zu den vorherigen Leitlinien) vermissen lässt.

<sup>585</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (22) Rn 151 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (52) Rn 246.

<sup>586</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (22) Rn 151.

<sup>587</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (22) Rn 152; so kann z. B. die Senkung der Transportkosten nur dann Berücksichtigung finden, wenn auch die Logistik zusammengelegt wird, nicht aber, wenn die Einsparungen allein aus der Kundenzuteilung stammen, so auch ABl. 2011 C 11/1 (52) Rn 247.

<sup>588</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (22) Rn 153; gegenbeispiel ist hier das schon oben erwähnte Verkaufsbüro, in dem sich die komplette Rationalisierung widerspiegelt, vgl. ABl. 2011 C 11/1 (52) Rn 248.

<sup>589</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (22) Rn 154 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (52) Rn 249.

Nach Auffassung der Kommission müssen Effizienzgewinne, die sich als Unerlässlich erwiesen haben, die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen einer Vermarktungsvereinbarung überwiegen<sup>590</sup>. Vorteile, die an die Verbraucher weitergegeben werden, können niedrigere Preise, eine höhere Produktqualität bzw. ein breiteres Angebot sein<sup>591</sup>. Die Weitergabe an die Verbraucher wird mit dem Anstieg von Marktmacht und dem damit einhergehenden verstärkten Informationsaustausch der Vereinbarungspartner unwahrscheinlicher<sup>592</sup>. Bei Marktanteilen unter 15 % sind nach Auffassung der Kommission nachgewiesene Effizienzgewinne regelmäßig als tauglich für eine angemessene Verbraucherbeteiligung anzusehen<sup>593</sup>. Damit widerspricht die Kommission dem eigenen Petitum - ausgenommen bei Preisfestsetzung - von einer wettbewerblichen Unbedenklichkeit (Art. 101 Abs. 1 AEUV ist also nicht erfüllt) auszugehen. Die Frage einer Einzelfreistellung stellt sich in einem solchen Fall selbstredend nicht.

#### **(dd) Keine Ausschaltung des Wettbewerbs**

Eine Ausschaltung des Wettbewerbs ist mit Erreichung einer beherrschenden Stellung anzunehmen und kann höchstens durch mildernde Faktoren wie das Potenzial für Marktzutritt entkräftet werden<sup>594</sup>.

#### **cc. Analyse und Kritik der Kommissionsauffassung**

Zentrale Rolle in der kartellrechtlichen Bewertung von Vermarktungsvereinbarungen spielt die Rolle von Preisfestsetzungen zwischen den Vereinbarungspartnern. Der typische erste Reflex, bei einer Preisfestsetzung zwischen horizontalen Vereinbarungspartnern von einem Hardcore-Kartell auszugehen, verfängt im Rahmen der Vermarktungsvereinbarungen nicht. Exemplarisch wird im Fall *Nahrungsmittel* deutlich, dass eine Preisfestsetzung freistellungsfähig sein kann - sogar wenn die Parteien marktmächtig sind. Die Kommission nennt in diesem Fall als Beispiele für Effizienzgewinne, die an die Verbraucher weitergegeben werden Kostensenkungen, die sich auf den Verkaufspreis des Produkts auswirken und eine Verbesserung des Vertriebssystems als Beispiel für eine verbesserte Dienstleistung. In diesem Fall ist allerdings zuzugeben, dass die Weitergabe der genannten Kosteneinsparungen von der Kommission lediglich unterstellt wird. Auch wenn die im

---

<sup>590</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (52) Rn 250.

<sup>591</sup> *Kommission* a.a.O.

<sup>592</sup> *Kommission* a.a.O.

<sup>593</sup> *Kommission* a.a.O.

<sup>594</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (22) Rn 155 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (52) Rn 251.

Beispielsfall eingesparten Kosten vor Vereinbarung 50 % des Produktpreises ausmachen, ist die Weitergabe der Kosteneinsparung an die Kunden keinesfalls zwingend.

Gegenbeispiel bildet der Fall *Kugellager*. Trotz vergleichsweise geringen Marktanteils von 10 % (insofern wäre sogar noch der Anwendungsbereich der de-minimis-Bekanntmachung eröffnet) gilt bei einer Preisfestsetzung, dass lediglich betriebswirtschaftliche Vorteile wettbewerbsbeschränkend und nicht freistellungsfähig sind. Im *Wäscherei-Fall 1* wird zudem deutlich, dass Preisfestsetzungen sogar u. U. als nicht einmal wettbewerbsbeschränkend einzuordnen sind, wenn die Preisfestsetzung eine Zusammenarbeit der Parteien erst ermöglicht (und in diesem Sinne unerlässlich ist), mithin der Markteinführungsgedanke erfüllt ist. Im Beispiel der Kommission ist sogar ein Marktanteil von 15 % insofern unkritisch und die Vereinbarung beschränkt nicht einmal den Wettbewerb.

Parallel zum Fall *Kugellager* ist der Fall *Vertriebs-GU* zu sehen. Dort werden lediglich Kostensenkungen erzielt, die betriebswirtschaftlich wirken, von einer Verbraucherbeteiligung ist nicht auszugehen.

Kritikwürdig an der Auffassung der Kommission ist hier, dass relativ Extreme „Schwarz oder Weiß“. Es gibt immer entweder die Situation, dass es zu gar keiner Wettbewerbsbeschränkung nach Auffassung der Kommission kommt oder diese ist in jedem Fall verboten und eine Einzelfreistellung nicht möglich.

Die Kommission beschränkt überdies in den weiteren Fallbeispielen den Anwendungsbereich der Einzelfreistellung noch deutlich ein. Im Fall *Erfrischungsgetränke* erreichen die Vereinbarungspartner durch ihre Zusammenarbeit einen Marktanteil von 40 %, der als unkritisch angesehen wird, weil der marktmächtige Anbieter einen noch größeren Marktanteil von 50 % auf sich vereint. Wenn eine solche Vereinbarung nicht mal wettbewerbsbeschränkend ist, fragt sich, wann eine Wettbewerbsbeschränkung anzunehmen wäre und ob diese dann noch freistellungsfähig wäre. Anscheinend sieht die Kommission hier nur die Möglichkeit, das Kartellverbot als einschlägig zu betrachten und dann auch eine Einzelfreistellung zu verneinen. Systematisch ist Art. 101 AEUV nicht aufgebaut. Die Einzelfreistellung wird de facto ihrem Anwendungsbereich beraubt. Ähnliches gilt für den *Wäscherei-Fall 2*. Dort ist die entstandene Arbeitsgemeinschaft im Hinblick auf die kritische Größe für eine Markteröffnung zu groß (Zusammenarbeit von vier statt der eigentlich nur notwendigen drei Vereinbarungspartner). Gleichwohl kommt es zu einer Preisfestsetzung der Vereinbarungspartner, die im Endeffekt als wettbewerbsrechtlich unkritisch (Einzelfreistellung möglich) angesehen wird. Die Kommission prüft hier, ob die Preisfestsetzung als solche unerlässlich für die Vereinbarung angesehen wird und bejaht dies.



Des Weiteren nimmt sie ebenfalls wieder die dogmatisch unsaubere Gesamtabwägung zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Effizienzgewinnen vor und verkennt damit die einzelnen Prüfvoraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV. Richtigerweise hätte im *Wäscherei-Fall 2* die Frage gestellt werden müssen, ob eine Preisfestsetzung der vier Vereinbarungspartner zur Zusammenarbeit unerlässlich gewesen wäre. Richtigerweise hätte hier die Antwort „Nein“ sein müssen, da lediglich eine Preisfestsetzung zwischen drei Vereinbarungspartnern notwendig gewesen wäre. Die Kommission erweist sich an dieser Stelle als sehr liberal im Hinblick auf eine wettbewerblich positive Einschätzung, auch wieder nach dem Prinzip „Schwarz oder Weiß“.

Im Fall *Internetplattform* erfolgt ebenfalls wieder eine sehr weitgehend positive Einschätzung einer Freistellungsmöglichkeit bei Preisfestsetzung. Die Kommission geht von einer Weitergabe der erreichten Effizienzgewinne in Form von einem größeren Angebot der Vereinbarungspartner sowie geringeren Suchkosten für die Verbraucher aus, die den Kunden der Anbieter zu Gute kämen. Als wesentliches Argument für die wettbewerbsrechtliche Möglichkeit einer Einzelfreistellung wird die Existenz weiterer Plattformen und die Möglichkeit der Konkurrenz außerhalb der Plattform zwischen den Vereinbarungspartnern angeführt. Die Kommission übersieht nach Auffassung des Verfassers dabei allerdings Folgendes: Weitere Internetplattformen bilden de facto auch wieder Kartelle ab. Es konkurrieren statt - gegriffen 50 einzelnen Anbietern - nunmehr beispielsweise fünf Kartellplattformen miteinander. Die Zahl der Anbieter am Markt hat sich aus Verbrauchersicht drastisch reduziert. Auch wenn eine Konkurrenz außerhalb der Plattform noch möglich ist, so erscheint diese vor dem Hintergrund des Sinns und Zwecks der Plattform eher als ein „zahnloser Tiger“. Es ist eher zu erwarten, dass die Vereinbarungspartner sich auf das Angebot im Rahmen der Plattform - die ein perfektes Informationsaustauschmedium für die Kartellanten darbietet - in den Fokus der wettbewerblichen Anstrengungen stellt, da im Rahmen des Betriebs der Plattform auch Kosten für die Vereinbarungspartner entstehen. Die Kommission heißt somit einen Zustand gut, bei dem statt einer Vielzahl von einzelnen Anbietern eine geringe Anzahl von Kartellen, die auch noch die Preise festsetzen, konkurrieren; eine wettbewerbsrechtlich deutlich fragwürdige Auffassung.

Ähnliches gilt für die Argumentation der Kommission im Rahmen des *Outsourcing-Falls*. Das dort zwischen den Vereinbarungspartnern vereinbarte Abwerbeverbot wird von der Kommission als unbedenklich eingeordnet, obwohl ein 30 %-iger Marktanteil von den Partnern gebunden wird. Als Argument dient der Kommission der Hinweis darauf, dass 70 % des Marktes von der Vereinbarung nicht umfasst sei und daher keine Möglichkeit für die

Vereinbarungspartner bestünde, höhere Preise festzusetzen. Bei Lichte besehen führt dieses Argument dazu, dass im Extremfall eine Vereinbarung, die in 49 % eines Marktes bindet, als unkritisch eingeordnet wird, weil die restlichen 51 % von der Veränderung nicht umfasst sind. Wenn eine Vereinbarung bis zu einem Marktanteil von 49 % als wettbewerbsrechtlich unbedenklich eingestuft wird (die Kommission sieht nicht einmal Artikel 101 Abs. 1 AEUV erfüllt) stellt sich die Frage, ob dann noch Platz für eine Einzelfreistellung sein soll. Dreht man die Argumentation der Kommission um, wäre eine Vereinbarung, die 51 % des Marktes abdeckt insofern kritisch einzuordnen. Kostenersparnisse könnten nicht an die Verbraucher weitergegeben werden. Es wäre also automatisch sowohl eine Wettbewerbsbeschränkung gegeben als auch eine Verneinung der Möglichkeit einer Einzelfreistellung. Auch an dieser Situation sieht man abermals die Argumentation der Kommission im Sinne eines strikten „Schwarz oder Weiß“.

#### **e. Vereinbarungen über Normen und Standardbedingungen<sup>595</sup>**

##### **aa. Fallbeispiele der Kommission und deren Bewertungsgrundlagen**

Nachfolgend werden Fälle aus dem Bereich von Vereinbarungen über Normen erläutert.

#### **(1) Der Video-Zusatzgeräte-Fall<sup>596</sup>**

##### **(a) Sachverhalt**

„Die Norm EN 60603-7:1993 legt die Anforderungen zur Verbindung von Fernsehgeräten mit Video-Zusatzgeräten wie z. B. Aufzeichnern oder Videospiele fest. Obwohl es sich um keine rechtsverbindliche Norm handelt, wird sie in der Praxis von den Herstellern sowohl von Fernsehgeräten als auch Videospiele übernommen, weil der Markt dies verlangt.“

##### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Es liegt kein Verstoß gegen Artikel 81 Absatz 1 vor. Die Norm wurde von anerkannten Organisationen auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene in einem offenen und transparenten Verfahren zugelassen und beruht auf einem nationalen Konsens, der die Stellung der Hersteller und Verbraucher widerspiegelt. Allen Herstellern steht die Übernahme der Norm offen.“

#### **(2) Der Videokassetten-Fall<sup>597</sup>**

##### **(a) Sachverhalt**

---

<sup>595</sup>Zur Definition dieses Vereinbarungstyp vgl. *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (24) Rn 159 f. bzw. ABl. 2011 C 11/1 (55 f.) Rn 257 ff.

<sup>596</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (25) Rn 176.

<sup>597</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (26) Rn 177.

„Eine Reihe von Videokassetten-Herstellern vereinbaren die Herstellung eines Gütezeichens oder einer Norm, um deutlich zu machen, dass die von ihnen hergestellten Kassetten bestimmte technische Mindestanforderungen erfüllen. Es steht sämtlichen Herstellern frei, Videokassetten herzustellen, die nicht dieser Norm entsprechen, außerdem ist die Norm anderen Entwicklern frei zugänglich.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Wenn die Vereinbarung sonst nicht den Wettbewerb beschränkt, wird Artikel 81 Absatz 1 nicht anwendbar, da die Teilnahme an der Normensetzung unbeschränkt und transparent ist und die Vereinbarung nicht die Verpflichtung zur Einhaltung der Norm vorschreibt. Hätten die Beteiligten vereinbart, ausschließlich Videokassetten herzustellen, die der neuen Norm entsprechen, so würde die Vereinbarung den technischen Fortschritt beschränken und die Beteiligten am Verkauf anderer Produkte hindern, was unter das Verbot von Artikel 81 Absatz 1 fallen würde.“

## **(3) Der Normsetzungs-Fall<sup>598</sup>**

### **(a) Sachverhalt**

„Eine Gruppe von Wettbewerbern, die in verschiedenen Märkten tätig sind, deren Produkte, die kompatibel sein müssen, voneinander abhängen, und die einen Anteil von über 80 % an den relevanten Märkten halten, vereinbaren die gemeinsame Entwicklung einer neuen Norm, die im Wettbewerb mit anderen im Markt vertretenen und von den Wettbewerbern weitgehend angewandten Normen eingeführt werden soll. Die verschiedenen der neuen Norm entsprechenden Erzeugnisse werden mit den vorhandenen Normen nicht kompatibel sein. Angesichts der umfangreichen Investitionen, die erforderlich sind, um die Produktion auf die neue Norm umzustellen und aufrechtzuerhalten, vereinbaren die Beteiligten, eine bestimmte Absatzmenge den Produkten vorzubehalten, die mit der neuen Norm übereinstimmen, um eine „kritische Masse“ im Markt zu schaffen. Außerdem vereinbaren sie, ihre jeweilige Fertigung von Produkten, die der Norm nicht entsprechen, auf deren im letzten Jahr erreichte Höhe zu beschränken.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Angesichts der Marktmacht der Beteiligten und der vereinbarten Produktionsbeschränkungen wird die Vereinbarung von Artikel 81 Absatz 1 erfasst, wobei sie die Voraussetzungen von Absatz 3 nur erfüllen könnte, wenn anderen Anbietern, die den Wettbewerb aufnehmen möchten, der Zugang zu den technischen Informationen nicht diskriminierend und zu vernünftigen Bedingungen eingeräumt würde.“

## **(4) Der Fall Sicherheitsstandards<sup>599</sup>**

### **(a) Sachverhalt**

„Eine Normenorganisation vereinbart und veröffentlicht Sicherheitsstandards, die in der betreffenden Branche weitverbreitet sind. Die Branche ist umfassend in die Festlegung der Norm eingebunden. Vor der Annahme der Norm entwickelt ein neuer Marktteilnehmer ein Produkt, das in Bezug auf Leistung und funktionale Anforderungen technisch gleichwertig ist, und von dem technischen Ausschuss der Normenorganisation anerkannt wird. Die technischen Spezifikationen der Sicherheitsnorm sind allerdings ohne objektive Begründung so formuliert, dass weder dieses spezifische Produkt noch andere neue Produkte die Norm erfüllen.“

---

<sup>598</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (26) Rn 178.

<sup>599</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (66 f.) Rn 325.

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Bei dieser Normenvereinbarung sind wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 wahrscheinlich, aber es ist unwahrscheinlich, dass sie die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt. Die Mitglieder der Normenorganisation haben die Norm ohne objektive Begründung so formuliert, dass die Produkte von Wettbewerbern, die sich auf dieselben technologischen Lösungen stützen und eine gleichwertige Leistung erbringen können, die Norm nicht erfüllen. Eine solche Vereinbarung, die nicht auf diskriminierungsfreier Grundlage festgelegt wurde, begrenzt bzw. verhindert Innovation und Produktvielfalt. Es ist unwahrscheinlich, dass die Art und Weise, in der die Norm aufgesetzt ist, höhere Effizienzgewinne erzielt als eine neutral formulierte Norm.“

### **(5) Der Versicherungs-Fall<sup>600</sup>**

#### **(a) Sachverhalt**

„Eine Gruppe von Versicherungsgesellschaften einigt sich auf nicht verbindliche Normen für die Installation bestimmter Sicherheitsvorkehrungen (d. h. Bestandteile und Anlagen, die zur Verhinderung oder Verringerung von Verlusten konzipiert wurden, und aus diesen Elementen gebildete Systeme). Die nicht verbindlichen Normen der Versicherungsgesellschaften wurden a) vereinbart, um eine bestimmte Lücke zu schließen und die Versicherer beim Risikomanagement zu unterstützen und ihnen dabei zu helfen, risikoadäquate Versicherungsprämien anzubieten, b) mit den Montageunternehmen (oder deren Stellvertretern), die in den betroffenen Mitgliedstaaten solche Sicherheitsvorkehrungen installieren, erörtert, um deren Meinung vor der endgültigen Formulierung der Norm zu hören und c) von den einschlägigen Dachverbänden der Versicherungsgesellschaften in einem eigenen Bereich ihrer Websites veröffentlicht, damit sie für alle Unternehmen, die die betroffenen Sicherheitsvorkehrungen einbauen, und interessierten Dritte leicht zugänglich sind.“

#### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Der Normierungsprozess ist transparent, und interessierte Dritte können an der Normsetzung teilnehmen. Das Ergebnis ist leicht zugänglich, da es auf zumutbarer und diskriminierungsfreier Grundlage allen, die dies wünschen, zugänglich gemacht wird. Wenn die Norm keine negativen Auswirkungen auf den nachgelagerten Markt hat (indem bestimmte Montageunternehmen durch sehr spezifische oder ungerechtfertigte Anforderungen an die Installation ausgeschlossen würden), ist es unwahrscheinlich, dass sie zu wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen führt. Aber selbst wenn die Normen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hätten, schienen die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt. Die Normen würden den Versicherern helfen festzustellen, inwieweit solche Installationen das einschlägige Risiko mindern und Verluste verhindern würden; entsprechend könnten sie dann das Risikomanagement vornehmen und risikoadäquate Versicherungsprämien anbieten. Außerdem würden die Normen, solange der Vorbehalt

---

<sup>600</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (68) Rn 328.

bezüglich des nachgelagerten Marktes berücksichtigt ist, den Montageunternehmen Effizienzgewinne bringen, da alle Versicherungsgesellschaften von dem Unternehmen die Einhaltung ein und derselben Normen verlangen würden. Derartige Normen würden den Verbrauchern den Wechsel zu einem anderen Versicherer erleichtern. Darüber hinaus könnten sich diese Normen für kleinere Versicherungsunternehmen, die nicht über die Kapazitäten für separate Überprüfungen verfügen, als vorteilhaft erweisen. In Bezug auf die anderen Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 besteht der Eindruck, dass die nicht verbindlichen Normen nicht über das hinausgehen, was für die Erzielung der fraglichen Effizienzgewinne erforderlich ist, dass die sich daraus ergebenden Vorteile an die Verbraucher weitergegeben werden (einige der Normen würden den Verbrauchern sogar direkt zugutekommen) und dass die Beschränkungen nicht zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs führen würden.“

## **(6) Der Verpackungs-Fall 1<sup>601</sup>**

### **(a) Sachverhalt**

„Die wichtigsten Hersteller eines sich schnell wandelnden Konsumguts auf einem wettbewerbsbestimmten Markt eines Mitgliedstaats – sowie die Hersteller und Vertreiber in anderen Mitgliedstaaten, die das Produkt in dem betreffenden Mitgliedstaat verkaufen („Importeure“) – vereinbarten mit den wichtigsten Verpackungslieferanten, eine freiwillige Initiative ins Leben zu rufen, um die Größe und Form der in diesem Mitgliedstaat verkauften Produktverpackung zu normieren. Derzeit gibt es zahlreiche Verpackungsgrößen und -materialien, die sich innerhalb der einzelnen Mitgliedstaaten und von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterscheiden, da Verpackungskosten keinen hohen Anteil an den Gesamtproduktionskosten ausmachen und die Umstellungskosten für Verpackungshersteller keine Rolle spielen. Eine europäische Norm für diese Verpackungen gibt es nicht, noch ist eine beantragt. Die Vereinbarung wurde von den Beteiligten freiwillig eingegangen, um auf den Druck der mitgliedstaatlichen Regierungen zu reagieren, dass Umweltschutzziele zu erfüllen sind. Die betreffenden Hersteller und Importeure erzielen 85 % des Produktabsatzes in diesem Mitgliedstaat. Durch die freiwillige Initiative könnte ein Verkaufsprodukt mit einheitlicher Größe für diesen Mitgliedstaat geschaffen werden, für das weniger Verpackungsmaterial benötigt wird, das in der Verkaufsauslage weniger Platz einnimmt, mit niedrigeren Transport- und Verpackungskosten verbunden ist und durch den reduzierten Verpackungsabfall umweltfreundlicher ist. Außerdem entstehen den Herstellern niedrigere Recyclingkosten. Die Norm schreibt nicht vor, welche Verpackungsmaterialien zu verwenden sind. Die Normenspezifikationen wurden von den Herstellern und Importeuren offen und transparent vereinbart; der Entwurf für die Normenspezifikationen wurde mit genügend Vorlauf vor der Annahme auf eine brancheninterne Website zur öffentlichen Diskussion gestellt. Die endgültigen Spezifikationen wurden ebenfalls auf der Website eines Branchenhandelsverbands veröffentlicht, die für alle potenziellen neuen Marktteilnehmern zugänglich ist, auch wenn sie kein Verbandsmitglied sind.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Auch wenn die Einhaltung der Vereinbarung freiwillig ist, so wird die Norm *de facto* wahrscheinlich eine branchenübliche Praxis werden, da alle Beteiligten zusammen in diesem Mitgliedstaat einen hohen Marktanteil an dem Produkt haben und auch Einzelhändler von den Regierungen bestärkt werden, Verpackungsmüll zu reduzieren. Theoretisch könnte die Vereinbarung zu Marktzutrittsschranken und möglicherweise zu einer wettbewerbswidrigen

---

<sup>601</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (69 f.) Rn 331.

Marktverschließung in dem Mitgliedstaat führen. Dies wäre insbesondere für die Importeure des betreffenden Produkts ein Risiko, da sie das Produkt gegebenenfalls umpacken müssten, um die De-facto-Norm zu erfüllen und das Produkt in dem Mitgliedstaat verkaufen zu können, wenn die in anderen Mitgliedstaaten verwendete Verpackungsgröße die Norm nicht erfüllt. In der Praxis ist es jedoch unwahrscheinlich, dass es zu hohen Marktzutrittsschranken und einer Marktverschließung kommt, da a) die Einhaltung der Vereinbarung freiwillig ist, b) die Norm gemeinsam mit wichtigen Importeuren offen und transparent vereinbart wurde, c) die Umstellungskosten niedrig sind und d) neue Marktteilnehmer, Importeure und alle Verpackungslieferanten zu den technischen Einzelheiten der Norm Zugang haben. So werden die Importeure schon in der frühen Entwicklungsphase über die möglichen Verpackungsänderungen unterrichtet und im Rahmen der offenen Konsultation über den Normentwurf die Möglichkeit zur Stellungnahme haben, bevor die Norm angenommen wird. Die Vereinbarung dürfte daher keine spürbaren wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 haben.

In diesem Fall dürften allerdings die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt sein: i) Die Vereinbarung wird durch die geringeren Transport- und Verpackungskosten zu quantitativen Effizienzgewinnen führen, ii) durch die auf dem Markt bestehenden Wettbewerbsbedingungen werden diese Kosteneinsparungen wahrscheinlich an die Kunden weitergegeben, iii) die Vereinbarung umfasst nur minimale Beschränkungen, die notwendig sind, um die Verpackungsnorm zu erzielen, und wird wahrscheinlich nicht zu einer spürbaren Marktverschließung führen, und iv) für einen wesentlichen Teil des betreffenden Produkts wird der Wettbewerb nicht ausgeschaltet.“

## **(7) Der Verpackungs-Fall 2<sup>602</sup>**

### **(a) Sachverhalt**

„Die Situation ist dieselbe wie in Beispiel 7 Randnummer 331, mit dem Unterschied, dass die Norm nur zwischen den Herstellern des sich schnell wandelnden Konsumguts mit Sitz in dem betreffenden Mitgliedstaat, die einen Anteil von 65 % am Produktabsatz in dem Mitgliedstaat haben, vereinbart wird, es keine offene Konsultation zu den angenommenen Spezifikationen mit detaillierten Normen zu den zu verwendenden Verpackungsmaterialien gab und die Spezifikationen der freiwilligen Norm nicht veröffentlicht wurden. Dadurch hatten Hersteller in anderen Mitgliedstaaten höhere Umstellungskosten als die heimischen Hersteller.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Ebenso wie in Beispiel 7 Randnummer 331 wird die Norm, auch wenn die Vereinbarung freiwillig ist, *de facto* wahrscheinlich eine branchenübliche Praxis werden, da auch die Einzelhändler von den Regierungen dazu angehalten werden, Verpackungsmüll zu

---

<sup>602</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (32 f.) Rn 332.

reduzieren, und die einheimischen Hersteller einen Anteil von 65 % am Produktabsatz im betreffenden Mitgliedstaat haben. Da die betroffenen Hersteller in den anderen Mitgliedstaaten nicht konsultiert wurden, haben sie gegenüber den heimischen Herstellern höhere Umstellungskosten. Die Vereinbarung könnte daher zu Marktzutrittsschranken führen und für Verpackungslieferanten, neue Marktteilnehmer und Importeure - die nicht am Normierungsprozess beteiligt waren - möglicherweise zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung führen, da sie das Produkt gegebenenfalls umpacken müssten, um die De-facto-Norm zu erfüllen und das Produkt in dem Mitgliedstaat verkaufen zu können, weil die in anderen Mitgliedstaaten verwendete Verpackungsgröße die Norm nicht erfüllt.

Im Gegensatz zu Beispiel 7 Randnummer 331 war der Normierungsprozess in diesem Fall nicht offen und transparent. Insbesondere hatten neue Marktteilnehmer, Importeure und Verpackungslieferanten nicht die Möglichkeit, zu der vorgeschlagenen Norm Stellung zu nehmen, und hatten bis zu einem späten Zeitpunkt möglicherweise nicht einmal Kenntnis davon, so dass sie vielleicht nicht einmal die Möglichkeit haben, ihr Produktionsverfahren zu ändern oder den Zulieferer schnell zu wechseln. Des Weiteren können neue Marktteilnehmer, Importeure und Verpackungslieferanten vielleicht nicht in Wettbewerb treten, wenn die Norm nicht bekannt oder schwer zu erfüllen ist. Hierbei ist insbesondere von Bedeutung, dass die Norm detaillierte Spezifikationen zu den zu verwendenden Verpackungsmaterialien umfasst, die neue Marktteilnehmer, Importeure und Verpackungszulieferer nur unter Schwierigkeiten erfüllen können, da die Konsultation und der Normierungsprozess nicht erfolgt offen sind. Daher könnte die Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 bezwecken. Diese Schlussfolgerung gilt unbeschadet der Tatsache, dass die Vereinbarung eingegangen wurde, um mit dem Mitgliedstaat vereinbarte Umweltschutzziele zu erzielen.

Es ist unwahrscheinlich, dass die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 in diesem Fall erfüllt wären. Auch wenn die Vereinbarung durch geringere Transport- und Verpackungskosten zu ähnlichen quantitativen Effizienzgewinnen wie in Beispiel 7 Randnummer 331 führen würde, so ist nicht zu erwarten, dass die geschlossene und private Natur der Normenvereinbarung und die Nichtveröffentlichung der detaillierten Spezifikationen zu den zu verwendenden Verpackungsmaterialien unerlässlich sind, um die mit der Vereinbarung angestrebten Effizienzgewinne zu erzielen.“

### **(8) Der Produktvergleich-Fall<sup>603</sup>**

---

<sup>603</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (72) Rn 335.

## **(a) Sachverhalt**

„Ein nationaler Verband der Versicherungsbranche verbreitet nicht verbindliche, standardisierte Bedingungen für Versicherungen für Wohngebäude. Die Bedingungen enthalten weder Angaben zu den vom Versicherungsnehmer zu zahlenden Versicherungsprämien noch Hinweise dazu, bis zu welcher Höhe das Risiko abgedeckt ist oder wie hoch die Selbstbeteiligung ist. Sie schreiben keine globale Deckung eingeschlossen für Risiken vor, denen eine große Anzahl von Versicherungsnehmern nicht gleichzeitig ausgesetzt ist, und verpflichten den Versicherungsnehmer nicht, unterschiedliche Risiken bei demselben Versicherer zu versichern. Während der größte Teil der Versicherungsgesellschaften standardisierte Versicherungsbedingungen verwendet, enthalten die Verträge nicht immer dieselben Konditionen, da diese an die Bedürfnisse des einzelnen Versicherungsnehmers angepasst werden; es gibt folglich keine De-facto-Norm für Versicherungsprodukte. Die standardisierten Versicherungsbedingungen ermöglichen es den Verbrauchern und den Verbraucherverbänden, die Versicherungen der verschiedenen Versicherungsgesellschaften miteinander zu vergleichen. Ein Verbraucherverband war an der Ausarbeitung der standardisierten Versicherungsbedingungen beteiligt. Sie sind für alle neuen Marktteilnehmer gleichermaßen zugänglich.“

## **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Diese standardisierten Versicherungsbedingungen betreffen die Zusammensetzung des endgültigen Versicherungsprodukts. Sollten die Marktbedingungen und andere Faktoren erkennen lassen, dass das Risiko einer Einschränkung der Produktvielfalt bestehen könnte, die darauf zurückzuführen ist, dass Versicherungsgesellschaften solche standardisierten Versicherungsbedingungen verwenden, ist es dennoch wahrscheinlich, dass eine solche mögliche Einschränkung durch gleichzeitig erwachsende Effizienzgewinne überwogen würde (so kann der Kunde etwa die von den Versicherungsgesellschaften gebotenen Bedingungen besser miteinander vergleichen). Solche Vergleiche wiederum erleichtern den Wechsel zwischen Versicherungsgesellschaften und beleben somit den Wettbewerb. Der Wechsel zwischen Anbietern sowie der Markteintritt von Wettbewerbern stellen einen Vorteil für die Verbraucher da. Die Tatsache, dass eine Verbraucherorganisation an dem Prozess beteiligt war, erhöht in bestimmten Fällen die Wahrscheinlichkeit, dass derartige Effizienzgewinne, die nicht automatisch den Verbrauchern zugutekommen, an diese weitergegeben werden. Außerdem ist es wahrscheinlich, dass die standardisierten Versicherungsbedingungen die Transaktionskosten senken und den Versicherungsgesellschaften den Eintritt in einen anderen räumlichen Markt und/oder einen anderen Produktmarkt erleichtern. Da die Beschränkungen zudem nicht über das zur Erzielung der angestrebten Effizienzgewinne erforderliche Maß hinauszugehen scheinen und der Wettbewerb nicht ausgeschaltet werden würde, ist es wahrscheinlich, dass die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt sind.“

## **bb. Grundlagen der Bewertung mit Art. 101 AEUV**

### **(1) Wettbewerbliches Umfeld der Vereinbarungen über Normen**

In ihren Leitlinien aus 2001 unterschied die Kommission drei relevante Märkte bezüglich der Vereinbarungen über Normen. Einmal die Produktmärkte, auf die sich die Normen



beziehen<sup>604</sup>, dann den Dienstleistungsmarkt für die Festsetzung von Normen und schließlich eventuell noch einen eigenständigen Markt für Erprobung und Beglaubigung von Normen<sup>605</sup>. In ihren Leitlinien 2011 sieht die Kommission auf vielen möglichen Märkten Auswirkungen: Produkt- und Dienstleistungsmärkte, auf die sich die Normung bezieht; Auswirkungen auf den Technologiemarkt; Markt für die Festsetzung von Normen, wenn mehrere Normenorganisationen oder Vereinbarungen bestehen; eigenständiger Markt für die Prüfung und Zertifizierung<sup>606</sup>. Die Auswirkungen von Standardbedingungen sieht die Kommission in der Regel auf nachgelagerten Märkten auf dem Unternehmen, die mit Standardbedingungen arbeiten, um den Absatz an entsprechende Letztverbraucher konkurrieren<sup>607</sup>.

## (2) Art. 101 Abs. 1 AEUV<sup>608</sup>

Art. 101 Abs. 1 AEUV greift nicht bei zugänglichen, transparenten, nicht verpflichtenden Normen und solchen, die Bestandteil einer umfassenden Vereinbarung zur Produktkompatibilität sind<sup>609</sup>. Diese Normen werden häufig von anerkannten Organisationen in einem offenen, transparenten und nicht diskriminierenden Verfahren gefunden<sup>610</sup>. Betreffen die Normen nur einen kleinen Teil des relevanten Marktes oder vereinheitlichen kleine und mittlere Unternehmen die Formen bzw. Bedingungen des Zugangs zu gemeinsamen Ausschreibungen oder normieren unbedeutende Produkteigenschaften, Formen oder Berichte, so greift Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht<sup>611</sup>. Stellt die Norm einen Teil im Rahmen einer umfassenden Vereinbarung zum Ausschluss anderer Konkurrenten dar, so greift Art. 101 Abs. 1 AEUV immer<sup>612</sup>. Außerhalb dieser Extremsituationen ist für die Bewertung relevant, ob die Vereinbarungspartner durch die Normierung die gemeinsame Kontrolle über die Produkte, die Produktion bzw. die Innovation im normierten Markt bekommen<sup>613</sup>. Dies ist anhand der Art der Norm, den anzunehmenden Marktwirkungen und dem Umfang der über

---

<sup>604</sup>Bei völlig neuen Produkten bestehen für Definition gleiche Probleme wie bei FuE-Vereinbarungen, *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (24) Rn 161.

<sup>605</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (24) Rn 161.

<sup>606</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (56) Rn 261.

<sup>607</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (56) Rn 262.

<sup>608</sup>Vgl. zur Auffassung der Kommission über mögliche Verstöße gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV im Bereich von Vereinbarungen über Normen und Standardbedingungen umfassend *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (56 - 64) Rn 263 - 307.

<sup>609</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (24) Rn 163.

<sup>610</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (24) Rn 163.

<sup>611</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (24) Rn 164.

<sup>612</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (24) Rn 165. Als Beispiel wird dort die Normsetzung durch einen nationalen Herstellerverband genannt, der Druck auf Dritt ausübt, nur normgemäße Produkte einzuführen.

<sup>613</sup>Sind diese Fragen zu bejahen, so ist die Fähigkeit der Wettbewerber zur Konkurrenz bei den Produktmerkmalen gefährdet und Lieferanten und Käufer des Produktes können Nachteile erleiden, *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (24) Rn 166.

das Hauptziel der Normierung hinausgehenden Auswirkungen abzuschätzen<sup>614</sup>. Zudem ist der Grad an Freiheit, alternative Normen und Produkte zu entwickeln, für die Bewertung wichtig<sup>615</sup>. Regelmäßig stellt die Einräumung des Ausschließlichkeitsrechts zur Überprüfung der Normeinhaltung für bestimmte Einrichtungen eine über den Hauptzweck der Normsetzung hinausgehende Wettbewerbsbeschränkung dar<sup>616</sup>. Vereinbarungen, die Beschränkungen bei der Festlegung der Vereinbarkeit mit Normen auferlegen, sind nur unbedenklich, wenn dies von Kommissionseite geschieht<sup>617</sup>. Bei Vereinbarungen über Normen ist (anders als sonst) Marktmacht nicht unbedingt problematisch, da die Wirksamkeit einer Norm häufig nur bei höheren Marktanteilen gegeben sein wird<sup>618</sup>. Allerdings besteht die Gefahr des Ausschlusses Dritter, wenn kein Zugang zur Norm gewährt wird, sodass der Frage der Marktzutrittschranken eine größere Bedeutung als der Frage nach den Marktanteilen der normsetzenden Unternehmen zukommt<sup>619</sup>.

### **(3) Art. 101 Abs. 3 AEUV**

#### **(aa) Effizienzen**

Leistungsgewinne können in Form der Förderung der Durchdringung der Märkte, der Entwicklung neuer Märkte sowie der Verbesserung der Lieferbedingungen liegen<sup>620</sup>. Dafür muss potenziellen Wettbewerbern Informationszugang gewährt werden und ein erheblicher Teil der Marktteilnehmer in die Normsetzung einbezogen werden<sup>621</sup>. Es darf nicht zu einer Einschränkung der Innovation kommen, was anhand der Lebensspanne der Erzeugnisse und der Marktphase zu beurteilen ist<sup>622</sup>. Bewirkt eine Norm, dass die bisherigen Erzeugnisse überproportional schnell überholt sind, so ist (falls es keine sonstigen Vorteile für die Verbraucher gibt) nachzuweisen, dass die gemeinsame Normierung leistungssteigernd ist<sup>623</sup>. Normierung führt nach Auffassung der Kommission häufig zu einem größeren Produktangebot und entsprechend niedrigeren Verbraucherpreisen<sup>624</sup>. Normen können darüber

---

<sup>614</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (24) Rn 166.

<sup>615</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (24) Rn 167.

<sup>616</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (24) Rn 167.

<sup>617</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (24) Rn 167. Im Hinblick auf die Äußerung in der vorigen Fußnote, muss dort wohl die Einschränkung gemacht werden, dass es unbedenklich ist, wenn eine staatliche Kommission die genannte Überprüfung vornimmt.

<sup>618</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (25) Rn 168.

<sup>619</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (25) Rn 168.

<sup>620</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (25) Rn 169.

<sup>621</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (25) Rn 169 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (64) Rn 309.

<sup>622</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (25) Rn 170.

<sup>623</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (25) Rn 170.

<sup>624</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (64) Rn 308.

hinaus dazu führen, dass die technische Interoperabilität und Kompatibilität geschaffen oder gefördert wird und damit eine Wettbewerbsförderung dadurch entsteht, dass Abnehmer nicht an bestimmte Anbieter gebunden sind<sup>625</sup>. Zudem betont die Kommission, dass es zu einer Innovationsförderung dadurch kommt, dass Unternehmen auf bereits vereinbarten Lösungen aufbauen können<sup>626</sup>. Einen weiteren Effizienzgewinn sieht die Kommission dann, wenn Gütesiegel und Logos eingesetzt werden, da hierdurch Kundensicherheit bei der Produktwahl erlangen würden<sup>627</sup>. Die Angleichung von Geschäftsbedingungen in Form von Standardbedingungen erfährt von der Kommission deshalb ein positives Urteil, weil zum einen die Rechtssicherheit für die Vertragsparteien erleichtert wird und auf der anderen Seite insbesondere bei komplexen Verträgen der Marktzutritt für neu in den Markt eintretende Unternehmen erleichtert wird<sup>628</sup>. Je mehr Wettbewerber auf einem Markt sind, desto größer sind die Effizienzgewinne durch die Nutzung von Standardbedingungen<sup>629</sup>.

### **(bb) Unerlässlichkeit**

Häufig ist es sowohl für die Verbraucher als auch für die Volkswirtschaft insgesamt gut, nur eine technische Lösung vorzufinden<sup>630</sup>. Allerdings ist es in einem solchen Fall wichtig, dass die Norm auf einer nicht diskriminierenden Grundlage entsteht, wobei deren Vorteile jedenfalls nachvollziehbar (wenn schon nicht der „Idealfall“ der technischen Neutralität erreicht werden kann) sein müssen<sup>631</sup>. An der Diskussion, die der Normsetzung vorangeht, sollten alle betroffenen Wettbewerber (jedenfalls durch Interessenvertretungen) beteiligt sein, solange dies nicht erhebliche Leistungsverluste mit sich bringt<sup>632</sup>. Wichtig ist die grundlegende Unterscheidung zwischen Setzung (bzw. auch Forschung und Entwicklung) und gewerblicher Nutzung der Norm<sup>633</sup>. Denn unerlässlich ist nur eine solche Normsetzung, die sich auf den Hauptzweck (Herstellung von Kompatibilität; Erstellung von Qualitätsstandards; etc.) beschränkt<sup>634</sup>, sodass die Frage zu stellen ist, welchen (wettbewerbsfreundlichen) Sinn

---

<sup>625</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (64) Rn 308.

<sup>626</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (64) Rn 308.

<sup>627</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (64) Rn 310.

<sup>628</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (64) Rn 312.

<sup>629</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (64) Rn 313.

<sup>630</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (25) Rn 171.

<sup>631</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (25) Rn 171.

<sup>632</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (25) Rn 172 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (65) Rn 316.

<sup>633</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (25) Rn 173.

<sup>634</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (65) Rn 317.

die Forderung des Boykotts der einzigen Alternativnorm für die Verbreitung der gesetzten Norm hat<sup>635</sup>.

Eine Ausschließlichkeit kann u. U. für einen bestimmten Zeitraum gerechtfertigt sein, wenn dadurch Anlaufkosten amortisiert werden sollen<sup>636</sup>. Dabei ist im Einzelfall darauf zu achten, dass die Normenvereinbarung Schutzklauseln vorsieht, die Wettbewerbsrisiken minimiert, indem z. B. Zertifizierungsgebühren vorgesehen sind, die zumutbar sind und in einem angemessenen Verhältnis zu den Kosten einer Konformitätsprüfung stehen müssen<sup>637</sup>. Bei Standardbedingungen gilt die Besonderheit, dass typischerweise nicht davon auszugehen ist, dass die Vorgabe von Standardbedingungen für eine Branche oder Mitglieder eines Wirtschaftsverbands unerlässlich sind; dies kann lediglich im Einzelfall gerechtfertigt sein<sup>638</sup>.

### (cc) Weitergabe an die Verbraucher

Mit einer Weitergabe an die Verbraucher ist bei Vereinbarungen übernommen dann zu rechnen, wenn über entsprechende Verfahren gewährleistet wird, dass die Interessen der Normen-Anwender und der Endkunden geschützt werden<sup>639</sup>. Von einer angemessenen Verbraucherbeteiligung ist dann auszugehen, wenn Normen die technische Interoperabilität und Kompatibilität fördern bzw. jedenfalls den Wettbewerb zwischen neuen und bereits angeführten Produkten, Dienstleistungen und Verfahren fördern<sup>640</sup>.

Der Marktanteil ist im Hinblick auf Standardbedingungen ambivalent zu beurteilen: Sowohl das Risiko wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen als auch die Wahrscheinlichkeit einer Weitergabe der Effizienzgewinne an die Verbraucher steigt mit einem Marktanteil der beteiligten Unternehmen<sup>641</sup>. Verallgemeinernde Aussagen trifft die Kommission im Hinblick auf Marktanteile an dieser Stelle daher nicht<sup>642</sup>. Bei bestimmten Effizienzgewinnen ist ein angemessener Verbrauchergewinn allerdings zwangsläufig, wie beispielsweise die Verbesserung von Vergleichsmöglichkeiten, der erleichterte Anbieterwechsel und die Erlangung von Rechtssicherheit bei standardisierten Klauseln<sup>643</sup>. Letztlich ist hier stets eine Einzelfallbewertung vorzunehmen<sup>644</sup>.

---

<sup>635</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (25) Rn 173.

<sup>636</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (20 ff.) Rn 319.

<sup>637</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (65) Rn 319.

<sup>638</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (66) Rn 320.

<sup>639</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (66) Rn 321.

<sup>640</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (66) Rn 321.

<sup>641</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (66) Rn 322.

<sup>642</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (66) Rn 322.

<sup>643</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (66) Rn 323.

<sup>644</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (66) Rn 323.

### **(dd) Keine Ausschaltung des Wettbewerbs<sup>645</sup>**

Bei der Normsetzung durch eine marktbeherrschende Gruppe kann es zu einer de-facto-Norm für den Wirtschaftszweig kommen<sup>646</sup>. Daher muss diese den übrigen Marktteilnehmern zu gerechten, vernünftigen und nicht diskriminierenden Bedingungen offen stehen<sup>647</sup>. Beim Ausschluss Dritter von einer Norm oder einer de-facto-Norm (in Form einer urheberrechtlich geschützten Technologie) wird der Wettbewerb ausgeschaltet<sup>648</sup>.

### **cc. Analyse und Kritik der Kommissionsauffassung**

Nach Auffassung der Kommission kommt dem Marktanteil der Vereinbarungspartner im Vergleich zum Problem der Marktzutrittsschranken nur eine geringe Bedeutung für die Freistellungsfähigkeit von Absprachen im Bereich der Normsetzung zu.

Hierbei übersieht die Kommission allerdings jedenfalls die ambivalente Rolle dieses Kriteriums. So ist es zweifelsfrei richtig, dass die Wirksamkeit einer Norm, also ihre Akzeptanz am Markt, erst durch eine möglichst große Verbreitung erreicht. Hiermit ist aber noch nicht gesagt, dass diese Akzeptanz nur dadurch zu erreichen ist, dass z. B. zwei marktführende Hersteller eine Absprache über die Entwicklung einer neuen technischen Norm treffen und als Folge dieser Absprache den anderen kleineren Herstellern im Hinblick auf die Akzeptanz ihrer Produkte bei den Verbrauchern nur die Übernahme der Norm als Alternative offen steht.

Es sind andere Wege zum Erreichen der Akzeptanz der Norm denkbar. So könnten sich die Hersteller alle zur Entwicklung einer neuen Norm entschließen, wobei am Ende des Entwicklungsprozesses die leistungsfähigste Lösung die angestrebte Akzeptanz findet. Auf diese Weise kommt es nicht zu einer nicht wettbewerblichen Verfestigung der Marktmacht der (im Beispiel) beiden marktführenden Hersteller.

Die Fallgestaltungen sowohl in den Leitlinien über horizontale Vereinbarungen aus 2001 als auch aus 2011 haben als roten Faden ein starkes „Schwarz und Weiß“-Prinzip gemein. Entweder eine Vereinbarung wird nicht einmal als wettbewerbsbeschränkend eingeordnet oder aber die Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung liegen regelmäßig vor. Dabei

---

<sup>645</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (66) Rn 324.

<sup>646</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (25) Rn 174. Vgl. hierzu § 20 VI GWB, der dieses Problem explizit anspricht.

<sup>647</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (25) Rn 174. Vgl. hierzu § 20 VI GWB, der dieses Problem explizit anspricht.

<sup>648</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (25) Rn 175.

vermischt die Kommission teilweise dogmatisch unsauber die Kriterien von Kartellverbot und Kartellausnahme.

Im Einzelnen:

In den Fallgestaltungen aus den Leitlinien über horizontale Vereinbarungen aus 2001 wird das „Schwarz-Weiß“-Prinzip plastisch. Dort wird im *Videozusatzgeräte-Fall* eine DIN-Norm vereinbart, die auf ihrer transparenten Konsultation als wettbewerblich unbedenklich eingeordnet wird. Die Frage der Einzelfreistellung stellt sich nicht, da nach Auffassung der Kommission nicht einmal das Kartellverbot eingreift.

Im Fall Videokassetten ist die Schaffung eines bloßen Gütezeichens unproblematisch. Problematisch wäre es nach Auffassung der Kommission allerdings dann, wenn die Vereinbarungspartner die Herstellung von Produkten vereinbart hätten, die ausschließlich den Anforderungen der Norm entsprechen. Die Möglichkeit einer Einzelfreistellung wird von der Kommission nicht erst in Erwägung gezogen. Im *Normsetzungs-Fall* wird die Einführung einer Norm mit entsprechend neuen Standards bei Marktmacht der Beteiligten als negativ beurteilt, insbesondere wenn es Beschränkungen beim Verkauf gibt. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor und eine Einzelfreistellung kommt nach Auffassung der Kommission nicht in Frage.

In den Fallgestaltungen aus den Leitlinien über horizontale Vereinbarungen aus 2011 setzt sich dieses „Schwarz-Weiß“-Prinzip fort. Hier erkennt man den klaren Trend, alljene Vereinbarungen, bei denen es keine objektive Rechtfertigung und kein transparentes Konsultationsverfahren für die Elemente der Norm gibt, als von vornherein negativ zu beurteilen. Die Wettbewerbsbeschränkung wird regelmäßig bejaht, eine Einzelfreistellung ist nicht möglich. Im *Fall Sicherheitsstandards* besteht keine objektive Rechtfertigung für die Norm. Die konkrete Fallgestaltung mutet dahingehend an, dass die Vereinbarungspartner - die Kommission benennt dies allerdings nicht explizit so - eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, in dem sie bewußt neue bzw. andere technische Lösungsmöglichkeiten mit gleicher Eignung ausschließen. Die Wettbewerbsbeschränkung wird bejaht, eine Einzelfreistellung kommt von vornherein nicht in Frage. In *Verpackungs-Fall 1* und *Verpackungs-Fall 2* lässt sich diese Tendenz ebenfalls ablesen. Die offene und transparente Schaffung einer Norm, bei dem Marktteilnehmer Zugang zu entsprechenden Kriterien haben, wird als positiv eingeordnet und eine Wettbewerbsbeschränkung sieht die Kommission nicht. Abermals dogmatisch unsauber argumentiert sie, dass selbst wenn ein Verstoß gegen das Kartellverbot vorliege, in jedem Fall eine Einzelfreistellung möglich sei, da Kostenersparnisse hochwahrscheinlich an Kunden weitergegeben würden. Weiterer positiver Aspekt ist die

Förderung der Marktdurchdringung im konkreten Fall und die Verringerung von Transportkosten. Im *Verpackungs-Fall 2* stellt sich die Sachlage anders dar. Dort findet keine offene Konsultation statt. Unternehmen aus dritten Mitgliedstaaten werden de facto diskriminiert, da ihnen keine Informationen über die Norm zugänglich sind und sie an der Konsultation nicht beteiligt waren. Daher lehnt die Kommission hier die Unerlässlichkeit ab. Das Kartellverbot ist erfüllt und eine Einzelfreistellung kommt nicht in Frage. Im *Versicherungs-Fall* wird abermals dogmatisch unsauber argumentiert. Eine transparente Normierung wird als wettbewerblich unbedenklich eingeordnet. Selbst wenn das Kartellverbot dennoch einschlägig sein sollte - die Kommission gibt hierfür keine Argumente mit, sei jedenfalls eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV in jedem Fall möglich. Schließlich werden auch nicht verbindliche Normen als positiv eingeordnet, insbesondere wenn im konkreten Fall (hier im *Produktvergleich-Fall*) eine Marktdurchdringung über Staatsgrenzen hinaus erleichtert wird. Eine Einzelfreistellung wäre in jedem Fall möglich. Als Fazit lässt sich festhalten, dass im Falle der Normierungen die Argumentation stets dahingeht, eine Vereinbarung als entweder wettbewerblich unbedenklich oder jedenfalls freistellungsfähig anzusehen. Die Argumente der Kommission erübrigen nach ihrer Auffassung eine nähere Spezifizierung der konkreten Einordnung. Im Legalausnahmesystem ist vom Ergebnis her eine entsprechende Einordnung selbstverständlich auch nicht möglich. Dogmatisch wäre sie wünschenswert gewesen. Andererseits gibt es Vereinbarungen, die von der Kommission als wettbewerbsbeschränkend eingeordnet werden und auch keine entsprechenden Effizienzen geben können. Kriterien sind die offene und nicht diskriminierende Konsultation und Handhabung von Normen. Letztlich hängt es an der Erfüllung dieser beiden Kriterien, ob eine positive oder negative Bewertung durch die Kommission möglich erscheint.

#### **f. Umweltschutzvereinbarungen<sup>649</sup>:**

##### **aa. Fallbeispiele der Kommission und deren Bewertungsgrundlagen**

###### **(1) Der Haushaltsgeräte-Fall<sup>650</sup>**

###### **(a) Sachverhalt**

---

<sup>649</sup>Siehe die Definition nach *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (26) Rn 179 ff. Mittlerweile (in den Leitlinien 2011) stellen Umweltschutzvereinbarungen in der Nomenklatur der EU-Kommission keine eigene Fallgruppe mehr dar. Vielmehr sind Umweltschutzvereinbarungen integriert in die Fallgruppe der Vereinbarungen über Normen und Standardbedingungen (vgl. soeben Fallgruppe e.). Der Übersichtlichkeit halber wird die Kategorie in der vorliegenden Darstellung allerdings beibehalten.

<sup>650</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (28) Rn 198.

„Beinahe sämtliche Hersteller und Einführer in der Gemeinschaft eines Haushaltsgeräts z. B. einer Waschmaschine vereinbaren mit Unterstützung einer staatlichen Kommission, Produkte nicht länger herzustellen und in die Gemeinschaft einzuführen, die bestimmte Umweltschutzkriterien z. B. hinsichtlich der Energieausbeute nicht erfüllen. Auf die Beteiligten entfallen 90 % des Gemeinschaftsmarktes dieses Erzeugnisses. Auf die Produkte, die mit dieser Vereinbarung aus dem Markt genommen werden, entfällt ein spürbarer Anteil des Gesamtabsatzes. Sie werden durch umweltfreundlichere, jedoch teurere Produkte ersetzt. Außerdem verringert die Vereinbarung indirekt den Ausstoß von Dritten (z. B. Stromversorger, Anbieter von Bauteilen, die in die auslaufenden Produkte eingebaut werden).“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Die Vereinbarung verschafft den Beteiligten die Kontrolle über die Produktion und die Einführen; sie betrifft einen spürbaren Anteil ihres Absatzes und des Gesamtausstoßes und verringert den Ausstoß von Dritten. Die Auswahlmöglichkeiten der Verbraucher, die zum Teil auf die Umweltschutzmerkmale des Produktes gerichtet sind, werden verringert, außerdem werden die Preise wahrscheinlich steigen. Die Vereinbarung wird somit von Artikel 81 Absatz 1 erfasst. Die Einbeziehung der Kommission ist für die Bewertung der Vereinbarung unerheblich.

Neue Produkte sind technisch fortgeschrittener und verringern die indirekt verbundenen Umweltprobleme wie Emissionen aufgrund der Stromerzeugung; sie schaffen oder erhöhen nicht unweigerlich ein anderes Umweltschutzproblem wie z. B. den Wasserverbrauch und die Verwendung von Waschmitteln. Der Nettobeitrag zum Umweltschutz wiegt insgesamt schwerer als die Kostensteigerungen. Außerdem können die Käufer teurere Produkte die Kosten umgehend wieder hereinholen, da die umweltfreundlicheren Produkte niedrigere Betriebskosten haben. Alternativen zu der Vereinbarung erweisen sich als ungewisser und weniger kosteneffizient bei der Erbringung der gleichen Nettovorteile, und den Beteiligten stehen unterschiedliche technische Mittel wirtschaftlich zur Verfügung, um Produkte herzustellen, die mit den vereinbarten Umweltschutzmerkmalen übereinstimmen. Außerdem wird der Wettbewerb bei anderen Produktmerkmalen fortbestehen. Somit sind die Voraussetzungen für ein Freistellung nach Artikel 81 Absatz 3 erfüllt.“

## **(2) Der Umweltnormen-Fall<sup>651</sup>**

### **(a) Sachverhalt**

„Fast alle Waschmaschinenhersteller vereinbaren mit Unterstützung einer öffentlichen Einrichtung, keine Waschmaschinen mehr herzustellen, die bestimmte Umweltnormen (zum Beispiel für Energieeffizienz) nicht erfüllen. Die Parteien versorgen 90 % des Marktes. Auf die Produkte, die mit dieser Vereinbarung vom Markt genommen werden, entfällt ein großer Anteil des Gesamtabsatzes. Sie werden durch umweltfreundlichere, jedoch teurere Produkte ersetzt. Außerdem führt die Vereinbarung indirekt zu Outputeinbußen bei Dritten (zum Beispiel bei Stromversorgern und Anbietern von Bauteilen, die in die auslaufenden Produkte eingebaut wurden).

---

<sup>651</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (68 f.) Rn 329.



Ohne die Vereinbarung hätten die Parteien ihre Produktion nicht umgestellt und keine Anstrengungen unternommen, um die umweltfreundlicheren Produkte zu vermarkten.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Die Vereinbarung verschafft den Parteien die Kontrolle über die Produktion; sie betrifft einen maßgeblichen Anteil ihres Absatzes und der Gesamtproduktionsmengen, während sie gleichzeitig den Output Dritter verringert. Zum einen wird die Produktvielfalt, die zum Teil auf die Umweltschutzmerkmale des Produkts ausgerichtet ist, eingeschränkt und zum anderen werden die Preise wahrscheinlich steigen. Aus diesen Gründen ist es wahrscheinlich, dass die Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 haben wird. Die Einbeziehung der Behörde ist für die Bewertung der Vereinbarung unerheblich. Neuere und umweltfreundlichere Produkte sind allerdings technisch anspruchsvoller; so bieten sie qualitative Verbesserungen, zum Beispiel in Form von mehr Waschprogrammen. Darüber hinaus ergeben sich für den Käufer dieser Waschmaschinen Kosteneinsparungen aufgrund niedrigerer Betriebskosten (geringerer Verbrauch an Wasser, Strom und Waschmittel). Diese Kosteneinsparungen werden auf Märkten erzielt, die nicht zum relevanten Markt der Vereinbarung gehören. Dennoch können diese Einsparungen berücksichtigt werden, da die Märkte, auf denen die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen und die Effizienzgewinne entstehen, miteinander verbunden sind und die Gruppe der Verbraucher, die von den Wettbewerbsbeschränkungen betroffen wären und von den Effizienzgewinnen profitieren würden, im Wesentlichen dieselben sind. Die Effizienzgewinne überwiegen die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen (höherer Preis). Alternativen zu der Vereinbarung erweisen sich als ungewisser und weniger kosteneffizient, wenn es um die Erbringung der gleichen Nettovorteile geht. Für die Parteien kommen in wirtschaftlicher Hinsicht für die Herstellung von Waschmaschinen, die den vereinbarten Umweltschutzmerkmalen entsprechen, verschiedene technische Mittel in Frage, wobei es weiterhin auch Wettbewerb bei den anderen Produktmerkmalen gibt. Daher dürften die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt sein.“

### **bb. Das Eingreifen des Kartellverbotes**

#### **(1) Vorgaben für Art. 101 Abs. 1 AEUV**

Übernehmen die Partner einer Umweltschutzvereinbarung keine konkreten Verpflichtungen oder wird nur die Absicht erklärt, zu einem bestimmten Umweltschutzziel einer Branche beizutragen (hierbei gilt, dass je größer die wirtschaftlichen und technischen Mittel zur Zielerreichung sind, desto geringer der Einfluss auf den Wettbewerb ist), so greift

Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht<sup>652</sup>. Wird bei einem Produkt oder Herstellungsverfahren ein bestimmtes Umweltergebnis festgesetzt, so ist das Kartellverbot nicht einschlägig, wenn die Produktvielfalt nicht berührt wird oder die Vereinbarung im Hinblick auf die Kaufentscheidung unbedeutend ist<sup>653</sup>. Werden Produktgruppen verboten oder vom Markt genommen, so bestehen nach Auffassung der Kommission hiergegen keine Bedenken, solange die nur kleine Marktanteile betroffen sind<sup>654</sup>. Schließlich bestehen auch keine Bedenken gegen Vereinbarungen, die zur Entstehung neuer Märkte beitragen, wenn die Partner einzeln nicht zur Durchführung der Tätigkeit in der Lage wären oder die Tätigkeit alternativlos ist oder keine Konkurrenz besteht<sup>655</sup>. Für alle genannten Vereinbarungen gilt das Gesagte (außer, Produkte werden verboten oder vom Markt genommen) unabhängig vom Marktanteil<sup>656</sup>.

Dient die Umweltschutzvereinbarung nur der Verschleierung eines Kartells in Form der Preisfestsetzung, Produktionsbeschränkung, Marktaufteilung oder ist Teil einer umfassenden Absprache zum Ausschluss von Konkurrenz, so greift Art. 101 Abs. 1 AEUV immer<sup>657</sup>.

Das Kartellverbot greift ein, wenn die Vereinbarungspartner in der Fähigkeit, Produktmerkmale oder Herstellungsverfahren festzulegen, in wesentlichem Umfang<sup>658</sup> beschränkt werden und dabei ein wesentlicher Teil<sup>659</sup> des Binnenmarktes betroffen ist<sup>660</sup>. Führt die Vereinbarung zur Einstellung eines wesentlichen Teils des Absatzes der Partner, dann kann Art. 101 Abs. 1 AEUV bei erheblichen Marktanteilen<sup>661</sup> der Partner greifen, ebenso bei der wechselseitigen Zuteilung von Verunreinigungsquoten<sup>662</sup>. Übertragen die Partner ihre Entsorgungs- bzw. Verwertungsdienstleistungen auf ein Unternehmen, so ist dies bedenklich, wenn die Partner erhebliche Marktanteile in einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes innehaben und das Dienstleistungsunternehmen Wettbewerber hat<sup>663</sup>.

---

<sup>652</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (27) Rn 185.

<sup>653</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (27) Rn 186.

<sup>654</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (27) Rn 186.

<sup>655</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (27) Rn 186.

<sup>656</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (26) Rn 186.

<sup>657</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (27) Rn 188.

<sup>658</sup> Hierdurch kann es zur Einflussnahme auf Produktion und Absatz der Wettbewerber kommen, *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (27) Rn 189.

<sup>659</sup> Fraglich ist hierbei, was „wesentlich“ heißt und ob demnach nur Vereinbarungen, die man als „marktumfassende“ Kartelle bezeichnen könnte, zu erfassen sein sollen.

<sup>660</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (27) Rn 189.

<sup>661</sup> Was ist erheblich? Von bloßer Wiederholung der Grundsätze der KMU-Bekanntmachung kann wohl kaum ausgegangen werden, schon allein, weil an anderer Stelle der Horizontalleitlinien auch von der KMU-Bekanntmachung abgewichen wird. Allerdings sind die Angaben zu Marktanteilen und Marktstruktur dort konkreter.

<sup>662</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (27) Rn 190.

<sup>663</sup> *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (27) Rn 191.

## **(2) Möglichkeiten für die Einzelfreistellung**

### **(aa) Effizienzen**

Umweltschutzvereinbarungen genießen im Rahmen der Verwirklichung der Ziele des AEUV und der Umweltschutzaktionspläne eine grundlegend positive Bewertung<sup>664</sup>. Doch auch hier müssen die Nutzen (im Sinne von Umweltvorteilen für die Verbraucher) die Kosten (im Sinne von Verlust an Wettbewerb) überwiegen<sup>665</sup>. Kosten sind im einzelnen die Verringerung des Wettbewerbs, Nachteile für die Unternehmen durch die Befolgung der Vorschriften und Nachteile für Dritte<sup>666</sup>. Bei den Vorteilen stellt sich die Frage, ob für die Verbraucher in angemessenen Amortisationsfristen ein Reingewinn entsteht und wenn dies nicht eindeutig der Fall ist, ob nach einer Kosten-Nutzen-Analyse ein Nettovorteil für die Umwelt besteht<sup>667</sup>.

### **(bb) Unerlässlichkeit**

Liegt eine objektive wirtschaftliche Effizienz vor, so kann von der Unerlässlichkeit ausgegangen werden<sup>668</sup>, sonst ist im Einzelfall eine Kosten-Nutzen-Analyse durchzuführen<sup>669</sup>.

### **(cc) Keine Ausschaltung des Wettbewerbs**

Die Unterscheidbarkeit von Produkten und Herstellungsverfahren muss ebenso wie technische Innovation und Marktzutritt stets gewährleistet sein, sonst ist von einer Ausschaltung des Wettbewerbs auszugehen<sup>670</sup>.

## **cc. Analyse und Kritik der Kommissionsauffassung**

Umweltschutzvereinbarungen werden von der Kommission in den Leitlinien 2011 zwar nicht mehr als eigene Fallgruppe behandelt. Vielmehr sind sie im Rahmen der Vereinbarungen zu Normierung und Standardbedingungen mit bewertet.

---

<sup>664</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (27) Rn 192, dort noch Verweis auf Art. 2 und 174 EG, nunmehr Kodifiziert in Art. 4 Abs. 2 lit. b sowie 191 AEUV.

<sup>665</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (27) Rn 193. Diese Feststellung der Kommission ist zwar zweifellos inhaltlich richtig, allerdings geht der Erkenntnisgewinn leider gegen null. Selbstverständlich muss auch eine Umweltschutzvereinbarung der grundlegenden Regel genügen, dass eine „Effizienz“ im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV nur vorliegt, wenn die Leistungsgewinne, die die Vereinbarung generiert, die Wettbewerbsnachteile entscheidend überwiegen (oder anders gesagt: Sie muss den Erfordernissen des Primärrechts genügen!).

<sup>666</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (27) Rn 194.

<sup>667</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (27) Rn 194.

<sup>668</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (27) Rn 195.

<sup>669</sup>*Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (27) Rn 196.

<sup>670</sup>So sollte bei der Dauer eines Ausschließlichkeitsvertrages mit einem Recycling-Unternehmen die potenzielle Konkurrenz in Rechnung gestellt werden, *Kommission*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (27) 197.

Sowohl in den Leitlinien aus 2001 als auch als 2011 zieht sich allerdings als roter Faden die klare Bewertung durch, wonach sowohl im *Haushaltsgeräte-Fall* als auch im *Umweltnormen-Fall* eine Vereinbarung als positiv eingeordnet wird, bei der Verbraucher Kosteneinsparungen erlangen, sei es auch nur im Rahmen geringerer Stromkosten und sonstiger Emissionen. Dass im Fall Umweltnormen sogar eine Verteuerung des Produktpreises durch die entsprechende Umweltschutzvereinbarung erreicht wird, sieht die Kommission nicht kritisch. Die Einsparungen in anderen Märkten (Stromversorgung) solle dies entsprechend aufwiegen. Auch hier wieder letztlich ein klares Schwarz oder Weiß. Eine Vereinbarung ist selbstverständlich wettbewerbsbeschränkend, insbesondere wenn sie erhebliche Marktmacht bindet (im Beispielsfall Umweltnormen 90 %!), allerdings hier nicht zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs führt, weil weitere Umweltschutzvereinbarungen noch denkbar sind und andere Waschmaschinenhersteller weiterhin auf den Markt drängen können. Letztlich eine bedenkliche Einordnung seitens der Kommission. Die entsprechenden Output-Beschränkungen und höhere Preise für die Kunden sind typischerweise klar negativ einzuordnen. Dass andere Unternehmen auf benachbarten Märkten sogar noch geschädigt werden (Stromversorger durch geringeren Stromabsatz) wird von der Kommission hier als positiv eingeordnet. Eine andere Bewertung wäre selbstverständlich auch möglich. Die Kommission nähert sich mit ihrer Argumentation hier leider etwas „esoterischen“ Bewertungen an. Im *Haushaltsgeräte-Fall* aus den Leitlinien 2001 war noch zu konstatieren, dass klare Effizienzgewinne für die Verbraucher zu verbuchen waren. Dort war es lediglich die Ausschaltung des Binnenwettbewerbs zwischen den Vereinbarungspartnern, die zur Bejahung einer Wettbewerbsbeschränkung führten. Dort war es noch nicht nötig, höhere Preise für die Verbraucher, durch Ersparungen auf benachbarten Märkten (Markt für Energieeinkauf) miteinander abzuwägen.

## **2. Fallgruppen aus dem Bereich der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen**

Im Folgenden wird nun die fallgruppenartige Erfassung von Sachverhalten, die für eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV in Frage kommen, vorgenommen. Auch hier erfolgt wieder eine Orientierung an der Praxis der Kommission. Dabei wird auch auf die von der Kommission aufgestellten Fallbeispiele einzugehen sein. Die Beispielfälle sind sämtlich den Leitlinien der Kommission über vertikale Beschränkungen<sup>671</sup> entnommen<sup>672</sup>.

### **a. Auferlegung eines Markenzwanges**

#### **aa. Fallbeispiele der Kommission und deren Bewertungsgrundlagen**

##### **(1) Wettbewerbsverbots-Fall<sup>673</sup>**

###### **(a) Sachverhalt**

„Ein Unternehmen, das in einem nationalen Markt bei einem Impluskonsumgut einen Marktanteil von 40 % hält und Marktführer ist, verkauft 90 % seiner Produkte über gebundene Einzelhändler (damit sind 36 % des Marktes gebunden). Die Einzelhändler sind auf Grund der mit dem Unternehmen geschlossenen Vereinbarungen verpflichtet, ihren Bedarf vier Jahre lang ausschließlich bei diesem zu decken. Der Marktführer ist in den dicht besiedelten Gebieten wie der Hauptstadt besonders stark vertreten. Auf seine zehn Wettbewerber, von denen einige nur in bestimmten Regionen vertreten sind, entfallen jeweils sehr viel kleinere Marktanteile, im Höchstfall 12 %. Diese zehn Wettbewerber setzen weitere 10 % der Produktmenge über gebundene Verkaufsstätten ab. Der Markt zeichnet sich durch ausgeprägte Marken- und Produktdifferenzierung aus. Der Marktführer vertreibt die stärksten Marken und führt als einziger regelmäßige landesweite Werbekampagnen durch. Er stellt den gebundenen Einzelhändlern spezielles Mobiliar zur Ausstellung seines Produkts bereit.“

###### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Diese Situation führt dazu, dass insgesamt 46 % des Marktes (36 % + 10 %) für potenzielle neue Anbieter und für im Markt etablierte Unternehmen ohne gebundene Verkaufsstätten unzugänglich, also abgeschottet, sind. Noch schwieriger gestaltet sich der Markteinstieg für neue Anbieter in den von ihnen möglicherweise bevorzugten dicht besiedelten Gebieten, weil dort die Marktabschottung noch ausgeprägter ist. Außerdem führt das Fehlen von Markenwettbewerb in den Verkaufsstätten angesichts der ausgeprägten Marken- und Produktdifferenzierung und der hohen Kosten der Beschaffung von Informationen in Bezug auf den Produktpreis zu einem zusätzlichen Wohlfahrtsverlust für die Verbraucher. Mögliche

---

<sup>671</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 ff. bzw. ABl. 2010 C 130/1 ff.

<sup>672</sup> Nicht gesondert besprochen werden die von der Kommission als eigene Fallgruppen ausgegliederten Vorauszahlungen für den Zugang (vgl. hierzu *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2010 C 130/1 (43) Rn 203 ff.) sowie Produktgruppenmanagement-Vereinbarungen (vgl. hierzu *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2010 C 130/1 (43) Rn 209 ff.). Diese beiden Vereinbarungstypen werden jeweils nach entsprechend anderen Bewertungskriterien je nach ihrer Wirkung behandelt und daher hier nicht gesondert dargestellt.

<sup>673</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (31) Rn 159 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (31) Rn 149.

Effizienzgewinne aufgrund der Ausschließlichkeitsbindung der Verkaufsstätte, die der Marktführer auf verringerte Transportkosten und eventuell ein Hold-up-Problem in Bezug auf das bewusste Mobiliar zurückführt, sind begrenzt und wiegen die negativen Folgen für den Wettbewerb nicht auf. Die Effizienzgewinne halten sich in Grenzen, weil die Transportkosten nicht mit der Ausschließlichkeitsbindung, sondern mit der Liefermenge zusammenhängen und weil das Mobiliar weder besonderes Know-how beinhaltet noch markenspezifisch ist. Aus diesen Gründen ist es unwahrscheinlich, dass die Voraussetzungen für eine Freistellung vom Kartellverbot erfüllt sind.“

## **(2) Der Mengenvorgaben-Fall<sup>674</sup>**

### **(a) Sachverhalt**

„Hersteller X (Marktanteil: 40 %) setzt 80 % seiner Produktion aufgrund von Verträgen ab, die die Wiederverkäufer verpflichten, mindestens 75 % ihres Bedarfs an dem betreffenden Produkttyp bei ihm zu decken. Als Gegenleistung stellt der Hersteller Kredite und Ausrüstungen zu günstigen Bedingungen bereit. Die Verträge haben eine Laufzeit von fünf Jahren, in denen die Kredite in gleichen Raten abzuzahlen sind. Nach Ablauf von zwei Jahren können die Käufer den Vertrag mit einer Frist von sechs Monaten kündigen, wenn sie den Kredit vollständig tilgen und die Ausrüstungen zum Marktwert übernehmen. Am Ende der fünfjährigen Laufzeit gehen die Ausrüstungen ins Eigentum des Käufers über. Die Wettbewerber - zwölf an der Zahl und zumeist kleinere Hersteller (der größte hält einen Marktanteil von 20 %) - schließen ähnliche Verträge mit unterschiedlichen Laufzeiten. Die Verträge der Hersteller, die weniger als 10 % Marktanteil halten, haben eine längere Laufzeit und weniger großzügige Kündigungsbedingungen. Die Käufer können nach den Verträgen, die sie mit Hersteller X geschlossen haben, 25 % ihres Bedarfs bei Wettbewerbern decken. In den letzten drei Jahren erfolgte der Marktzutritt zweier neuer Hersteller, die zusammen einen Marktanteil von rund 8 % erobert haben, indem sie u. a. eine Reihe von Wiederverkäufern aus ihren Kreditbindungen befreiten und selbst vertraglich an sich banden.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„24 % des Marktes sind durch die Vereinbarungen von Hersteller X ( $0,75 \cdot 0,8 \cdot 40 \%$ ), weitere 25 % durch die Vereinbarungen der übrigen Hersteller gebunden. Damit sind sowohl potenzielle Wettbewerber als auch etablierte Anbieter, die keine Verkaufsstätten an sich gebunden haben, zumindest in den ersten zwei Jahren der Laufzeit der Lieferverträge von 49 % des Marktes ausgeschlossen. Die Erfahrung zeigt, dass die Wiederverkäufer häufig auf Schwierigkeiten stoßen, wenn sie einen Kredit bei einer Bank aufnehmen wollen, und zumeist zu klein sind, um sich Kapital auf anderen Wegen, etwa durch die Emission von Aktien, zu beschaffen. Außerdem kann Hersteller X nachweisen, dass er seinen Absatz besser planen und Transportkosten einsparen kann, wenn er den Verkauf auf eine kleine Zahl von Wiederverkäufern begrenzt. In Anbetracht des Umstands, dass die Abnehmer von Hersteller X laut Vertrag 25 % ihres Bedarfs anderweitig decken können, der realen Möglichkeit zu einer vorzeitigen Vertragskündigung, des unlängst erfolgten Markteintritts neuer Hersteller

---

<sup>674</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (31 f.) Rn 160 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (31) Rn 150.

und der Tatsache, dass rund die Hälfte der Wiederverkäufer nicht gebunden sind, dürfte die vom Hersteller X gehandhabte Mengenvorgabe (75 %) die Voraussetzungen für eine Freistellung vom Kartellverbot erfüllen.“

## **bb. Die Erfassung mit Art. 101 AEUV**

### **(1) Verbotene Vereinbarungen**

Gefahren durch Markenzwang<sup>675</sup> sind die Abschottung des Marktes für Konkurrenten des Lieferanten, eine Erleichterung der Kollusion unter Lieferanten mit gleichartigen Vereinbarungen und der drohende Verlust von inter-brand-Wettbewerb bei der Bindung von Wiederverkäufern, die an Endverbraucher liefern<sup>676</sup>.

Im Rahmen der Schirm-GVO besteht eine Freistellung derartiger Vereinbarungen bis zu einem Marktanteil des Lieferanten bis zu 30 % (Art. 3 Abs. 1 GVO) bis zu einem Zeitraum von fünf Jahren (Art. 5 lit. a GVO). Die Marktstellung des Lieferanten ist für die Bewertung wichtig, da er das Wettbewerbsverbot stellt<sup>677</sup>. Bezüglich Ausmaß und Dauer eines Wettbewerbsverbots gilt, dass sich die Bindungsquote proportional zur Abschottungsquote verhält<sup>678</sup>. Die Kommission sieht Wettbewerbsverbote bis zu einem Jahr als unbedenklich an, da eine Wettbewerbsbeschränkung dann jedenfalls nicht spürbar sei<sup>679</sup>. Hingegen falle ein Wettbewerbsverbot, das zugunsten eines Marktbeherrschers vereinbart wird, immer unter Art. 101 Abs. 1 AEUV<sup>680</sup>. Die Marktstellung der Wettbewerber geht dahingehend in die Bewertung ein, als eine starke Konkurrenz durch eine ausreichende Anzahl an Konkurrenten „keine spürbaren Wirkungen“ auf den Wettbewerb durch den Markenzwang zulasse<sup>681</sup>. Dies gilt allerdings dann nicht, wenn die Konkurrenten erheblich kleiner als der Binder sind; der potenzielle Wettbewerb ist gefährdet, wenn Lieferanten gleicher Größe Wettbewerbsverbote

---

<sup>675</sup>Zur Definition der dieser Vereinbarungen vgl. *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (28) Rn 138 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (28) Rn 129.

<sup>676</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (28) Rn 138 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (28) Rn 129.

<sup>677</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (29) Rn 140 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (28 f.) Rn 132.

<sup>678</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (29) Rn 141 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (29) Rn 133.

<sup>679</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (29) Rn 141 ABl. 2010 C 130/1 (29) Rn 1133.

<sup>680</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (29) Rn 141 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (29) Rn 133.

<sup>681</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (29) Rn 142 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (29) Rn 134.

parallel handhaben, weil dadurch die Kollisionsgefahr unter den Lieferanten erhöht wird<sup>682</sup>. Dem Problem eventuell vorhandener Marktzutrittsschranken kommt Bedeutung bei der Frage zu, ob es tatsächlich zu einer Abschottung in dem jeweiligen Markt kommen kann<sup>683</sup>. Gegengewichtige Marktmacht ist insofern zu berücksichtigen, als sie gegen eine Möglichkeit der Auferlegung eines Markenzwanges spricht<sup>684</sup>. Gefahren für die Endverbraucher ergeben sich danach v. a. durch nur gelegentliche Einkäufer<sup>685</sup>. Allerdings stellt sich das Abschottungsproblem je gravierender dar, desto gewichtiger der gebundene Käufer ist<sup>686</sup>. Was Handelsstufe und Produktart angeht, so ist zwischen Einzel- und Großhandel sowie Zwischen- und Endprodukten zu unterscheiden<sup>687</sup>. Bei Zwischenprodukten ist mit einer Abschottung erst ab der Schwelle der Marktbeherrschung oder kumulativen Wirkungen von mindestens 50 % zu rechnen<sup>688</sup>. Wird ein Endprodukt auf der Großhandelsstufe vertrieben, so stellt sich die Frage, ob es Wettbewerbsprobleme unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle gibt<sup>689</sup>. Unter dem Gesichtspunkt von Marktzutrittsschranken gilt, dass der Markenzwang unbedenklich ist, wenn konkurrierende Hersteller problemlos einen eigenen Großhandelsbetrieb aufbauen können<sup>690</sup>. Betrachtet man die Art des Großhandels, so ist entscheidend, ob ein Händler allein mit einem Produkt rentabel wirtschaften kann oder auf den Vertrieb einer ganzen Produktpalette angewiesen ist<sup>691</sup>. Im ersten Fall greift Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht<sup>692</sup>. Abschottungswirkungen sind am wahrscheinlichsten, wenn ein Endprodukt auf dem Einzelhandelsmarkt vertrieben wird, da es eine erhebliche Marktzutrittsschranke darstellt, eine Verkaufsstätte ausschließlich für eigene Produkte

---

<sup>682</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (29) Rn 142 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (29) Rn 134.

<sup>683</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (29) Rn 144 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (29) Rn 136.

<sup>684</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (29) Rn 145 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (29) Rn 137.

<sup>685</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (29) Rn 145 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (29) Rn 137.

<sup>686</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (29) Rn 145 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (29) Rn 137.

<sup>687</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2010 C 130/1 (29) Rn 138.

<sup>688</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (29) Rn 146 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (29) Rn 138.

<sup>689</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2010 C 130/1 (29) Rn 139.

<sup>690</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (29 f.) Rn 147 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (29) Rn 139.

<sup>691</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (29 f.) Rn 147 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (29) Rn 139.

<sup>692</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (29 f.) Rn 147 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (29) Rn 139.



aufzubauen<sup>693</sup>. Zudem schränkt der Markenzwang auf der Einzelhandelsstufe den inter-brand-Wettbewerb in den Geschäften ein<sup>694</sup>. Ist der Lieferant marktbeherrschend, so kann schon die Bindung eines kleinen Teils der Abnehmer für schwere wettbewerbswidrige Wirkungen sorgen<sup>695</sup>. Schließlich wirken auch „englische Klauseln“<sup>696</sup> wie Wettbewerbsverbote bzw. Mengenvorgaben<sup>697</sup> und erleichtern die Kollusion unter den Lieferanten<sup>698</sup>.

## (2) Vorgaben für die Freistellung

Die Kommission hält Wettbewerbsverbote bis zu einem Jahr für „jedenfalls“ freistellbar<sup>699</sup>. Bei Wettbewerbsverboten von einem bis zu fünf Jahren müsse es zu einer Abwägung der positiven und negativen Aspekte kommen<sup>700</sup>.

Bei Wettbewerbsverboten über fünf Jahren Dauer kann davon ausgegangen werden, dass sie für (jedenfalls behauptete) Effizienzgewinne erlässlich sind bzw. den Abschottungseffekt nicht zu kompensieren vermögen<sup>701</sup>. Die Kommission relativiert diese Aussage in den Leitlinien aus 2010. Dort werden Wettbewerbsverbote, die länger als fünf Jahre dauern, als freistellungsfähig erachtet, wenn sie zum Schutz sehr umfangreicher Investitionen vereinbart werden.

Wettbewerbsverbote, die von Marktbeherrschern gestellt werden, sind nicht freistellbar, es sei denn, es gibt hierfür im Rahmen von Art. 102 AEUV eine sachliche Begründung<sup>702</sup>.

Allgemein sind beim Markenzwang Effizienzgewinne im Sinne der Lösung der Probleme des „Trittbrettfahrens unter Lieferanten“<sup>703</sup> (= Problem 1), des „Hold-up-Problems“ ganz

---

<sup>693</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (30) Rn 148 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (29) Rn 140.

<sup>694</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (30) Rn 148 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (29) Rn 141.

<sup>695</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (30) Rn 148 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (29) Rn 142.

<sup>696</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (30) Rn 152.

<sup>697</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (30) Rn 152. Diese kommen z. B. als Mindestbezugsanforderungen oder nichtlineare Preisfestsetzungen (mit Mengen- und Treuerabattregelungen bzw. zweiteiligen Tarifen [fixe Gebühr + Stückpreis]) daher; *Kommission* a.a.O.

<sup>698</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (30) Rn 152.

<sup>699</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (29) Rn 141. Die Auffassung der Kommission ist hier nicht eindeutig. Es werden die Nichterfassung mittels Art. 101 Abs. 1 EG („...wird nicht davon ausgegangen, dass sie spürbare wettbewerbswidrige Wirkungen...haben“) und die Freistellbarkeit nach Art. 101 Abs. 3 AEUV („...wird nicht davon ausgegangen, dass sie...im Saldo negative Folgen haben.“) gegenübergestellt.

<sup>700</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (29) Rn 141.

<sup>701</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (29) Rn 141.

<sup>702</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (29) Rn 141.

<sup>703</sup> Siehe dazu *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (23) Rn 116 Nr. 1 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (23) Rn 107 lit. a.

allgemein<sup>704</sup> (= Problem 2) und speziell bei der Übertragung wesentlichen Know-hows<sup>705</sup> (= Problem 3) und bei der Umgehung des Problems der „Unzulänglichkeiten der Kapitalmärkte“<sup>706</sup> (= Problem 4) zu erwarten<sup>707</sup>.

Im Hinblick auf die dritte Freistellungsvoraussetzung der „Unerlässlichkeit“ gilt, dass bei den Problemen 1, 2 und 4 Mengenvorgaben und bei Problem 3 Wettbewerbsverbote unerlässlich im Sinne von Art. 101 Abs. 3 lit. a AEUV sind<sup>708</sup>.

Beim 2. Problem sind Wettbewerbsverbote und Mengenvorgaben während der Abschreibungszeiträume freistellungsfähig<sup>709</sup>. Müssen umfangreiche vertragsspezifische Investitionen getätigt werden, so können auch mehr als fünf Jahre dauernde Wettbewerbsverbote unter Art. 101 Abs. 3 AEUV fallen<sup>710</sup>.

Mengenvorgaben und Wettbewerbsverbote können nur bei Gewährung eines Kredits durch den Lieferanten an den Käufer als Rechtfertigung für die Umgehung der Unzulänglichkeiten der Kapitalmärkte dienen<sup>711</sup>. Voraussetzung für eine Freistellbarkeit sind aber die jederzeitige sanktionslose Lösungsmöglichkeit vom Wettbewerbsverbot, die jederzeitige komplette Tilgungsmöglichkeit und gleich bleibende bzw. sinkende Raten<sup>712</sup>.

Die Lösung des „Hold-up-Problems bei der Übertragung wesentlichen Know-hows“ ist ein spezifisches Problem von Franchise-Vereinbarungen. Hier sind nach Auffassung der Kommission Wettbewerbsverbote sogar für die gesamte Vertragsdauer freistellbar<sup>713</sup>.

---

<sup>704</sup>Siehe dazu *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (23 f.) Rn 116 Nr. 4 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (24) Rn 107 lit. d.

<sup>705</sup>Siehe dazu *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (24) Rn 116 Nr. 5 ABl. 2010 C 130/1 (24) Rn 107 lit. e.

<sup>706</sup>Siehe dazu *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (24) Rn 116 Nr. 7 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (24) Rn 107 lit. h.

<sup>707</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (30) Rn 153.

<sup>708</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (30) Rn 154 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (30) Rn 145.

<sup>709</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (30 f.) Rn 155 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (30) Rn 145.

<sup>710</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (30 f.) Rn 155 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (30) Rn 146.

<sup>711</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (31) Rn 156 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (30) Rn 147.

<sup>712</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (31) Rn 156 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (30) Rn 147. Es stellt sich die Frage, ob die Kommission hier realistische Bedingungen aufstellt. Für eine tatsächliche Freistellbarkeit erscheinen die Anforderungen sehr hoch. Dahinter steht wohl eher die Tatsache, dass eine Freistellbarkeit in der in Rede stehenden Konstellation ausscheidet!

<sup>713</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (31) Rn 157 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (31) Rn 148. Die übersieht, dass schon kein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV vorliegt. Die Frage der Freistellbarkeit stellt sich gar nicht, vgl. statt aller *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., § 12 Rn 45.

Werden von einem nicht marktbeherrschenden Lieferanten Wettbewerbsverbote und Alleinvertrieb kombiniert, so dient dies der Förderung der Anstrengungen des Käufers, sodass Art. 101 Abs. 3 AEUV greift<sup>714</sup>.

### cc. Analyse und Kritik

Wesentliches Präjudiz für die Freistellungsmöglichkeiten des vertikalen Markenzwanges stellen Art. 3 Abs. 1 und 5 lit. a Schirm-GVO dar. Freigestellt sind nach der Verordnung solche Vereinbarungen über ein Wettbewerbsverbot, das ein Lieferant mit nicht mehr als 30 % Marktanteil für nicht mehr als fünf Jahre stellt. Die Einzelfreistellung wird somit bei höheren Marktanteilen und/oder längerer Dauer des Verbots aktuell. Diese zunächst einleuchtende Situation wird aber durch Äußerungen des Gesetzgebers<sup>715</sup> selbst in Frage gestellt. In ihren Leitlinien zu den vertikalen Beschränkungen entwirft die Kommission eine Konstellation, die sich in dieses System nicht einfügt<sup>716</sup>: In der Konstellation, dass der größte Lieferant einen Marktanteil von unter 30 % hat und die fünf größten Lieferanten insgesamt einen niedrigeren Marktanteil als 50 % haben, seien „einfache<sup>717</sup>...wettbewerbswidrige Wirkung[en] unwahrscheinlich“.

Diese Aussage der Kommission ist auf dreierlei Arten auslegbar:

Erstens kann die Formulierung so verstanden werden, dass ein Wettbewerbsverbot, das der Marktführer seinem Händler auferlegt, freigestellt ist. Hiermit würde die Kommission aber nur das wiederholen, was die Schirm-GVO aussagt. Eine solche Deutung des Beispiels als Klarstellung des Gesetzestextes der Schirm-GVO (insbesondere des Art. 3 Abs. 1 GVO) scheidet aus, wenn man Rn 139 der Leitlinien mitliest. Dort heißt es wörtlich: „Jenseits der genannten Marktanteilsschwelle [von 30 %, Anm. d. Verf.] und Wettbewerbsverbotsdauer [von 5 Jahren, Anm. d. Verf.] gelten für die Beurteilung individueller Fälle folgende Erwägungen:...“<sup>718</sup>.

Zweitens ist ein Verständnis der Aussage der Kommission dahingehend denkbar, dass schon das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV gar nicht greifen soll. Darauf deutet nach Auffassung des Verfassers der Wortlaut der Formulierung in den Leitlinien hin. Dies würde allerdings die Schirm-GVO im Bereich des Markenzwanges ihres Anwendungsbereichs

---

<sup>714</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (31) Rn 158.

<sup>715</sup>In diesem Fall der Kommission.

<sup>716</sup>Vgl. *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (29) Rn 143.

<sup>717</sup>Einfach ist hier als Gegenstück zu kumulativen Wirkungen gemeint, *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (29) Rn 143.

<sup>718</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (28) Rn 139 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (28) Rn 131.

berauben. Wenn das Kartellverbot bei allen Marktanteilen des Lieferanten unter 30 % nicht greifen soll, so gibt es auch nichts freizustellen, weder gruppenweise noch individuell. Dem dürfte sich die Kommission bewusst gewesen sein.

Wenn diese Konstellation überhaupt einen Sinn machen soll, so muss die dritte mögliche Deutung erwogen werden, in der der marktführende Lieferant mit seinem Handelspartner ein Wettbewerbsverbot von einer Dauer von über fünf Jahren vereinbart hat, da ansonsten eine Einzelfreistellung gar nicht notwendig ist<sup>719</sup>. Folgende Marktsituation ist also vorstellbar:

Lieferant A hat einen Marktanteil von 28 %, B von 6 %, C 6 %, D 4 % und E 4 % (kumulativer Marktanteil der fünf größten Lieferanten von 48 %)<sup>720</sup>. A hat mit dem Händler X einen Markenzwang von 10 Jahren vereinbart.

Selbst wenn man das Beispiel so bildet, muss man sich als doch fragen, ob in einem Markt, in dem der Marktführer einen klaren Marktanteilsvorsprung hat und einen (bzw. realistischerweise mehrere) Händler sehr lange an sich bindet, denn tatsächlich eine Einzelfreistellung in Betracht zu ziehen ist. Fehlt es an wirksamen Faktoren, die die klare Marktführerschaft von A in Gefahr bringen, so kann die Auferlegung eines Markenzwanges jenseits der Marke von fünf Jahren für die Zementierung der Marktstellung von A führen.

Des Weiteren führen die Aussagen der Kommission in den Beispielen (*Wettbewerbsverbots-Fall* sowie *Mengenvorgaben-Fall*) nicht entscheidend weiter. Im Wettbewerbsverbots-Fall werden die vom bindenden Vereinbarungspartner in Folge der Vereinbarung erzielten Einsparungen beim Transport nicht auf die Ausschließlichkeitsbindung zurückgeführt. Der Marktführer bindet 36 % des Marktes für vier Jahre. Ihn werden interessanterweise die 10 %, die durch weitere Wettbewerber gebunden werden jedenfalls der Wirkung nach zugerechnet. Die Bindung für vier Jahre wird von der Kommission hier als negativ im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV eingeordnet. Eine Einzelfreistellung (hier nötig, da die Marktanteilsschwelle von 30 % überschritten ist) wird als eher negativ zu erreichen bewertet. Die Kommission spart sich hier allerdings die Prüfung der einzelnen Voraussetzungen einer Einzelfreistellung, sodass der Aussagewert eher gering ist. Gegebenenfalls lässt sich begründen, dass eine Einzelfreistellung mangels Erfüllung des Unerlässlichkeitskriteriums nicht einschlägig ist. Wenn die Effizienzvorteile (Einsparung beim Transport) nicht durch die vereinbarte Ausschließlichkeit erreicht werden, dürfte das Unerlässlichkeitskriterium nicht erfüllt sein.

---

<sup>719</sup>Für den Fall, dass das Wettbewerbsverbot z. B. nur drei Jahre dauerte, würde schon die Schirm-GVO eingreifen, mithin eine Gruppenfreistellung vorliegen.

<sup>720</sup>Eine solche Situation ist im Übrigen nur denkbar, wenn die restlichen 52 % des Marktes auf eine Vielzahl unbedeutender Konkurrenten verteilt wären!

Der *Mengenvorgaben-Fall* taugt ohnehin nicht für die Prüfung einer Einzelfreistellung. Die Kommission sieht - ohne weitere Begründung eine Wettbewerbsbeschränkung gegeben, die einer Einzelfreistellung bedürfe, obwohl nur 24 % des Marktes gebunden sind. Eine Einzelfreistellung wäre in einem solchen Fall selbstverständlich nicht notwendig, da die Gruppenfreistellung hier noch eingreifen würde.

## **b. Alleinvertriebsvereinbarungen<sup>721</sup>**

### **aa. Fallbeispiele der Kommission und deren Bewertungsgrundlagen**

#### **(1) Großhandels-Fall<sup>722</sup>**

In diesem Fallbeispiel geht es um die Wirkung des Alleinvertriebs auf der Großhandelsstufe.

##### **(a) Sachverhalt**

„Auf dem Markt für ein dauerhaftes Konsumgut ist Unternehmen A Marktführer. A verkauft sein Produkt über Großhändler mit Ausschließlichkeitsbindung. Deren Gebiete entsprechen dem gesamten Staatsgebiet kleinerer Mitgliedstaaten und einer Region in größeren Mitgliedstaaten. Diese Alleinvertriebshändler verkaufen an alle Einzelhändler in ihrem jeweiligen Gebiet, nicht aber an den Endverbraucher. Sie sind für die Verkaufsförderung in ihren jeweiligen Märkten zuständig. Dazu gehören neben dem Sponsoring von örtlichen Veranstaltungen auch Maßnahmen, mit denen die neuen Produkte den Einzelhändlern in den jeweiligen Gebieten erläutert und deren Erwerb nahegelegt werden. Auf dem betreffenden Markt entwickeln sich Technologie, Produktion und Innovation relativ rasch; ferner spielt die Betreuung von Einzelhändlern und Endverbrauchern vor dem Verkauf eine wichtige Rolle. Die Großhändler sind nicht gezwungen, ihren gesamten Bedarf an Produkten der Marke von Lieferant A beim Hersteller selbst zu beziehen; Groß- wie Einzelhändler haben die Wahl bei der Kaufentscheidung, da die Beförderungskosten im Verhältnis zum Wert des Produkts verhältnismäßig gering sind. Die Großhändler unterliegen keinem Wettbewerbsverbot. Die Einzelhändler verkaufen zugleich Produkte von Marken konkurrierender Lieferanten, und auf der Einzelhandelsstufe bestehen keine Allein- oder Selektivvereinbarungen. Unternehmen A deckt europaweit rund 50 % aller Verkäufe an Großhändler ab. Im Einzelhandel der einzelnen Länder kommt es auf Marktanteile zwischen 40 und 60 %. A hat auf jedem nationalen Markt sechs bis zehn Wettbewerber; die größten von ihnen - Anbieter B, C und D - sind, mit Marktanteilen zwischen 20 und 5 %, ebenfalls in jedem Mitgliedstaat vertreten. Die restlichen Anbieter sind jeweils inländische Hersteller mit kleineren Marktanteilen. Während B, C und D ein ähnliches Vertriebssystem haben wie A, verkaufen die kleinen inländischen Hersteller ihre Produkte direkt an die Einzelhändler.

##### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Im beschriebenen Großhandel ist die Gefahr eines Verlusts an markeninternem Wettbewerb und der Preisdiskriminierung gering. Die Wahlmöglichkeiten werden nicht eingeschränkt, und das Fehlen markeninternen Wettbewerbs ist auf der Großhandelsstufe nicht sehr bedeutsam. Auf der Einzelhandelsstufe wird weder der Wettbewerb innerhalb einer Marke noch der zwischen Marken behindert. Auch bleibt der Markenwettbewerb durch die Ausschließlichkeitsbindungen im Großhandel weitgehend unberührt. Sofern überhaupt

---

<sup>721</sup>Zur Definition dieser Vereinbarungen vgl. *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (32) Rn 161.

<sup>722</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (34) Rn 175; vgl. auch ABl. 2010 C 130/1 (33) Rn 165.

wettbewerbswidrige Wirkungen auftreten, ist es in diesem Fall daher wahrscheinlich, dass die Voraussetzungen für eine Freistellung vom Kartellverbot erfüllt sind.“

## **(2) Der Oligopol-Fall<sup>723</sup>**

In diesem Beispiel geht es um die Wirkung des Alleinvertriebs mehrerer Marken in einem oligopolistischen Markt.

### **(a) Sachverhalt**

„Auf dem nationalen Markt für ein Endprodukt gibt es vier Marktführer mit einem Marktanteil von jeweils rund 20 %. Alle vier verkaufen ihr Produkt über Alleinvertriebshändler auf der Einzelhandelsstufe. Die Einzelhändler erhalten für die Stadt (bzw. den Stadtteil im Fall größerer Städte), in der ihre Verkaufsstätte liegt, Gebietsschutz. In den meisten Gebieten überlassen die vier Marktführer ein und demselben Einzelhändler den Alleinvertrieb (Alleinvertrieb mehrerer Marken), der sich auf das Produkt spezialisiert hat und dessen Geschäftsräume häufig zentral gelegen sind. Die restlichen 20 % des nationalen Marktes entfallen auf kleine inländische Hersteller, von denen der größte landesweit auf einen Marktanteil von 5 % kommt. Diese inländischen Produzenten setzen ihre Produkte in der Regel über andere Einzelhändler ab, weil die Alleinvertriebshändler der vier großen Lieferanten im allgemeinen kaum Interesse daran zeigen, billigere Produkte weniger bekannter Marken zu vertreiben. Auf dem Markt besteht eine starke Marken- und Produktdifferenzierung. Die vier Marktführer veranstalten große landesweite Werbekampagnen und verfügen jeweils über ein solides Markenimage, während die kleineren Hersteller für ihre Produkte nicht landesweit werben. Der Markt ist ziemlich reif und durch eine stabile Nachfrage sowie keine nennenswerte Produktinnovation und technische Entwicklung gekennzeichnet. Das Produkt ist verhältnismäßig einfach.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Auf einem solchen oligopolistischen Markt besteht die Gefahr der Kollusion unter den vier Marktführern, die durch den Alleinvertrieb mehrerer Marken erhöht wird. Der markeninterne Wettbewerb ist durch den Gebietsschutz begrenzt. Wettbewerb zwischen den vier führenden Marken findet auf der Einzelhandelsstufe nur in begrenztem Umfang statt, da in jedem Gebiet nur ein Einzelhändler den Preis für alle vier Marken festlegt. Der Alleinvertrieb mehrerer Marken bringt es mit sich, dass der Einzelhändler nicht darauf aus sein wird, Preissenkungen, die ein Hersteller bei seinem Markenprodukt vornimmt, an den Endverbraucher weiterzugeben, da dies seinen Absatz und Gewinn in Bezug auf die übrigen Markenprodukte schmälern würde. Den Herstellern ist somit wenig an einem Preiswettbewerb untereinander gelegen. Preiswettbewerb zwischen Marken gibt es im Wesentlichen nur bei den Produkten der unbedeutenderen Hersteller, die kein so ausgeprägtes Markenimage haben. Die potenziellen Effizienzgewinne eines (gemeinsamen) Alleinvertriebs halten sich in Grenzen, da das Produkt relativ einfach ist, der Weiterverkauf keine besonderen Investitionen oder Schulungen erfordert und Werbung in erster Linie auf Herstellerebene getrieben wird.“

---

<sup>723</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (34) Rn 176; vgl. auch ABl. 2010 C 130/1 (34) Rn 166.

Obwohl der Marktanteil von jedem der Marktführer unter dem zulässigen Wert liegt, ist eine Freistellung nach Artikel 81 Absatz 3 möglicherweise nicht gerechtfertigt, weshalb gegebenenfalls der Rechtsvorteil der Gruppenfreistellungsverordnung entzogen werden muss.“

### **(3) Alleinvertrieb-/Alleinbezug-Fall<sup>724</sup>**

In diesem Fall geht es um die Wirkung der Kombination aus Alleinvertrieb mit dem Alleinbezug.

#### **(a) Sachverhalt**

„Hersteller A ist europäischer Marktführer bei einem sperrigen dauerhaften Konsumgut; im Einzelhandel der meisten Mitgliedstaaten hält er einen Marktanteil zwischen 40 und 60 %. In jedem Mitgliedstaat hat er etwa sieben Wettbewerber, die alle auf einen viel niedrigeren Marktanteil - im Höchstfall 10 % - kommen. Die Konkurrenten sind jeweils nur auf einem oder zwei nationalen Märkten vertreten. A verkauft sein Produkt über nationale Tochtergesellschaften an Alleinvertriebshändler auf der Einzelhandelsstufe, die keine Befugnis haben, aktiv auf dem Gebiet des jeweils anderen Vertriebshändlers zu verkaufen. Die Einzelhändler sind verpflichtet, die Produkte von Hersteller A ausschließlich bei dessen jeweiliger nationaler Tochtergesellschaft, die sich im Land der Einzelhändler befindet, zu beziehen. Sie sind die wichtigsten Wiederverkäufer des fraglichen Produkts von Hersteller A in ihrem jeweiligen Gebiet. Sie führen konkurrierende Marken, aber mit unterschiedlich großem Einsatz und wechselndem Erfolg. A handhabt Preisdifferenzen von 10 bis 15 % zwischen den Märkten und kleinere Differenzen innerhalb der einzelnen Märkte. Diese Differenzen schlagen sich in kleinen Preisunterschieden im Einzelhandel nieder. Der Markt ist nachfrage- wie angebotsseitig relativ stabil, und es gibt keine nennenswerten technischen Weiterentwicklungen.“

#### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Der Gebietsschutz auf der Einzelhandelsebene führt in den beschriebenen Märkten zu einem Verlust markeninternem Wettbewerb, der durch die den Einzelhändlern auferlegte Alleinbezugsverpflichtung noch verschärft wird. Diese Verpflichtung trägt auch dazu bei, Märkte und Gebiete voneinander abzuschotten, weil sie den Alleinvertriebshändlern des Einzelhandels keine Wahlmöglichkeiten lässt. Die Einzelhändler können auch nicht aktiv auf dem Gebiet des jeweils anderen Vertriebshändlers verkaufen und neigen dazu, nicht in andere Gebiete zu liefern. Hier ist die Gefahr der Preisdiskriminierung gegeben. Die Wahlmöglichkeiten von Verbrauchern oder unabhängigen Händlern sind beschränkt, weil das Produkt sperrig ist.

Die potenziellen Effizienzgewinne des hier beschriebenen Systems in Bezug auf Größenvorteile beim Transport und Anstrengungen zur Verkaufsförderung auf der Ebene der Einzelhändler dürften kaum geeignet sein, die negative Wirkung der Preisdiskriminierung und des Verlusts an markeninternem Wettbewerb zu kompensieren. Es ist daher

---

<sup>724</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (35) Rn 177; vgl. auch ABl. 2010 C 130/1 (34) Rn 167.

unwahrscheinlich, dass die Voraussetzungen für eine Freistellung vom Kartellverbot erfüllt sind.“

#### **(4) Der Tiefkühlpizza - Fall<sup>725</sup>**

##### **(a) Sachverhalt**

„Das Unternehmen P fertigt und vertreibt gefrorene Pizza und hält einen Marktanteil von 15 % im Mitgliedstaat X. Die Produkte werden direkt an den Einzelhandel ausgeliefert. Da die Lagerkapazität der meisten Einzelhändler begrenzt ist, sind relativ häufige Anlieferungen erforderlich, was zu einer niedrigen Kapazitätsauslastung und dem Einsatz relativ kleiner Lieferfahrzeuge führt. Das Unternehmen T ist ein Großhändler für Tiefkühlpizza und andere Tiefkühlerzeugnisse und beliefert im Wesentlichen dieselben Kunden wie das Unternehmen P. Der Marktanteil der von dem Unternehmen T vertriebenen Pizzaerzeugnisse beträgt 30 %. T hat größere Lieferfahrzeuge im Einsatz und überschüssige Lieferkapazitäten. P schließt eine Alleinvertriebsvereinbarung mit T für den Mitgliedstaat X und verpflichtet sich zu gewährleisten, dass die Vertriebshändler in anderen Mitgliedstaaten im Gebiet von T weder aktiv noch passiv verkaufen werden. T verpflichtet sich seinerseits, für die Produkte zu werben, Verbrauchervorlieben und -zufriedenheit zu ermitteln und die Belieferung der Einzelhändler mit sämtlichen Produkten binnen 24 Stunden zu gewährleisten.“

##### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Die Vereinbarung führt zu einer Senkung der gesamten Vertriebskosten von 30 %, da die Kapazitäten besser ausgelastet werden und Doppelfahrten wegfallen. Die Vereinbarung führt auch zur Erbringung zusätzlicher Leistungen an die Verbraucher. Beschränkungen beim Passivverkauf sind Kernbeschränkungen gemäß der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und können nur unter außergewöhnlichen Umständen als unerlässlich angesehen werden. Die Marktstellung von T und die Art der ihm auferlegten Verpflichtungen lassen darauf schließen, dass dies kein außergewöhnlicher Fall ist. Das Verbot des aktiven Verkaufs muss hingegen wohl als unerlässlich angesehen werden. T wird weniger Anreize haben, die Marke P zu verkaufen und zu bewerben, wenn die Vertriebshändler in anderen Ländern aktiv im Mitgliedstaat X verkaufen und sich damit die Anstrengungen von T zunutze machen könnten (Trittbrettfahreneffekte). Dies um so mehr, als T ebenfalls Marken der Wettbewerber vertreibt und damit die Möglichkeit hat, die Marken bevorzugt auf den Markt zu bringen, die am wenigsten Nachahmern ausgesetzt sind.“

#### **(5) Der Kohlensäurelimonaden-Fall<sup>726</sup>**

##### **(a) Sachverhalt**

„S ist ein Hersteller von Kohlensäurelimonaden mit einem Marktanteil von 40 %; sein nächster Wettbewerber hält einen Marktanteil von 20 %. S hat Liefervereinbarungen mit Kunden geschlossen, auf die 25 % der Nachfrage entfallen, womit sich die Kunden verpflichten, in einem Zeitraum von 5 Jahren ausschließlich von S zu beziehen. Mit anderen Kunden, auf die 15 % der Nachfrage entfallen, hat S Vereinbarungen geschlossen, mit denen diesen vierteljährliche Zielrabatte eingeräumt werden, wenn ihre Bezüge bestimmte individuell festgesetzte Zielmengen übersteigen. S behauptet, dass ihn die Vereinbarungen in die Lage versetzen, die

---

<sup>725</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 C 101/97 (109) Rn 82.

<sup>726</sup> *Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 C 101/97 (109) Rn 82.



Nachfrage genauer abzuschätzen und damit die Produktion besser zu planen, wodurch die Lagerung von Rohstoffen und die Kosten für die Lagerhaltung verringert und Lieferengpässe vermieden werden könnten.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Angesichts der Marktstellung von S und des gesamten Anwendungsbereichs der Wettbewerbsbeschränkungen wird man kaum von einer Unerlässlichkeit dieser Beschränkungen ausgehen können. Die Alleinbezugsverpflichtung geht über das hinaus, was zur Planung der Produktion erforderlich ist, und das Gleiche gilt für die Zielrabattregelung. Die Vorhersehbarkeit der Nachfrage kann auf weniger einschränkende Weise erzielt werden. Es könnte z. B. Anreize schaffen, damit die Abnehmer große Mengen gleichzeitig bestellen, indem er ihnen Mengenrabatte einräumt oder er einen Rabatt für diejenigen Kunden anbietet, die feste Bestellungen für eine Lieferung zu bestimmten Terminen abgeben.“

### **(6) Der Brauerei-Fall<sup>727</sup>**

Auch der *Brauerei-Fall* ist den Leitlinien für die Beurteilung von Vereinbarungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV entnommen.

#### **(a) Sachverhalt**

„Das Unternehmen A ist eine Brauerei mit einem Anteil von 70 % an dem relevanten Markt, der den Verkauf von Bier in Schank- und sonstigen Verkaufsstätten erfasst. In den vergangenen fünf Jahren hat A seinen Marktanteil von 60 % ausgedehnt erhöhen können. Es gibt vier weitere Wettbewerber B, C, D und E mit Marktanteilen von 10, 10, 5 und 5 %. In der jüngeren Vergangenheit sind keine Markteintritte erfolgt und die von A durchgeführten Preiserhöhungen wurden in der Regel von den Wettbewerbern nachvollzogen. A schließt Vereinbarungen mit 20 % der Verkaufs- und Schankstätten, auf die 40 % des Mengenabsatzes entfällt, wobei sich die Abnehmer verpflichten, das Bier für einen Zeitraum von fünf Jahren ausschließlich von A zu beziehen.“

#### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Die Vereinbarungen erhöhen die Kosten der Mitbewerber und verringern deren Einkünfte, die keinen Zugang zu den umsatzträchtigen Verkaufsstätten haben. Angesichts der Marktstellung von A, die in den vergangenen Jahren gestärkt wurde, dem Fehlen von Marktzutritten und der bereits schwachen Stellung der Wettbewerber ist es wahrscheinlich, dass der Wettbewerb in diesem Markt im Sinne von Artikel 81 Absatz 3 beseitigt wird.“

### **bb. Voraussetzungen für die Freistellung vom Kartellverbot**

#### **(1) Erfassung des Alleinvertriebs mittels Art. 101 Abs. 1 AEUV**

Gefahren, die sich im Rahmen von Alleinvertriebsvereinbarungen ergeben können, sind die Verringerung des intra-brand-Wettbewerbs und die Gefahr von Marktaufteilungen, wodurch

---

<sup>727</sup>*Kommission*, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 C 101/97 (115) Rn 116.

Preisdiskriminierungen der Weg bereitet wird<sup>728</sup>. Bei weiter Verbreitung dieser Vertriebssysteme ist die Kollusion auf allen Handelsstufen wahrscheinlich<sup>729</sup>.

Die Marktstellung des Lieferanten ist für die Bewertung von erheblicher Bedeutung, da nur im Falle der Beschränkung des inter-brand-Wettbewerbs der intra-brand-Wettbewerb gefährdet werden kann<sup>730</sup>. Hat der Lieferant einen über der 30 %-Schwelle liegenden Marktanteil, so sieht sich eine Alleinvertriebsvereinbarung erheblichen Bedenken ausgesetzt<sup>731</sup>.

Der Marktstellung der Konkurrenten des Lieferanten kommt eine Doppelstellung zu; so kann die Existenz starker Konkurrenten grundsätzlich den inter-brand-Wettbewerb befördern<sup>732</sup>. Handelt es sich bei den Wettbewerbern aber um wenige starke Konkurrenten, die strukturell ähnlich aufgestellt sind, so wird Kollusion wahrscheinlich und die wettbewerbsrechtlichen Bedenken werden um so schwerer, wenn die Konkurrenten die gleichen Vertriebssysteme betreiben<sup>733</sup>.

Marktzutrittschranken sind im Bereich von Alleinvertriebsvereinbarungen nur insoweit von Bedeutung, als eine Ausschlusswirkung droht, die allerdings nur in Kombination mit Markenzwang zu erwarten ist<sup>734</sup>. Der Ausschluss anderer Vertriebshändler ist unproblematisch, wenn viele Händler eingeschaltet werden und diese jeweils nicht beim Wiederverkauf an Außenseiter beschränkt sind<sup>735</sup>.

Probleme können dann entstehen, wenn die Vertriebshändler nachfrage<sup>736</sup>-und marktmächtig sind, insbesondere, wenn es nur einen Händler für eine Marke am Markt gibt<sup>737</sup>. Die Problematik verschärft sich auch hier durch den Alleinvertrieb mehrerer Marken<sup>738</sup>.

---

<sup>728</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (32) Rn 161 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (31) Rn 151.

<sup>729</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (32) Rn 161 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (31) Rn 151.

<sup>730</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (32) Rn 163 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (32) Rn 153.

<sup>731</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (32) Rn 163 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (32) Rn 153.

<sup>732</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (32) Rn 164 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (32) Rn 154.

<sup>733</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (32) Rn 164 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (32) Rn 154.

<sup>734</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (32) Rn 165 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (32) Rn 155. Besonders schwer wirken sich solche Gestaltungen bei dichten Netzen von Alleinvertriebsvereinbarungen aus, bei denen jeweils nur ein kleines Gebiet bearbeitet wird und bei Kumulativwirkung, *dies.* a.a.O. S. 33 Rn 171.

<sup>735</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (33) Rn 166 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (32) Rn 156.

<sup>736</sup>Nachfragemacht birgt die Gefahr der Kollusion unter den Händlern, die Lieferanten Alleinvertriebsklauseln aufräumen können (Händler in unterschiedlichen Gebieten), *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (33) Rn 167 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (32) Rn 157.

Generell sind die beschriebenen Probleme in reifen Märkten gravierender<sup>739</sup>. Was die Handelsstufe angeht, so sind Vereinbarungen (bezüglich Endproduktmärkten<sup>740</sup>) die eigentlichen Problemfälle<sup>741</sup>.

Beim Alleinvertrieb auf Großhandelsebene wird häufig einem einzigen Großhändler der Alleinvertrieb in einem Mitgliedsstaat überlassen<sup>742</sup>. Hiergegen bestehen solange keine Bedenken<sup>743</sup>, wie es keine Beschränkungen hinsichtlich des Weiterverkaufs an Einzelhändler gibt<sup>744</sup>. Allerdings ist der Alleinvertrieb mehrerer Marken auf der Großhandelsebene gefährlicher für den Wettbewerb, als wenn dies auf der Einzelhandelsebene geschieht<sup>745</sup>.

Eine starke Bedrohung für den intra-brand-Wettbewerb stellt die Kombination von Alleinvertrieb mit Alleinbezug dar<sup>746</sup>.

## **(2) Vorgaben für die Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV**

Die Kommission sieht eine Freistellungsmöglichkeit bei Marktanteilen von Lieferanten über 30 % nur bei „echten Effizienzen“<sup>747</sup>.

Gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßende Alleinvertriebsvereinbarungen auf der Großhandelsebene, die wegen eines Verlustes an intra-brand-Wettbewerb bedenklich sind, können Effizienzen im Bereich der Logistik und der Verkaufsförderung generieren und sind insbesondere dann gesamtwirtschaftlich positiv zu bewerten, wenn der Hersteller aus dem Ausland kommt<sup>748</sup>.

---

<sup>737</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (33) Rn 166 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (32) Rn 156.

<sup>738</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (33) Rn 166 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (32) Rn 156.

<sup>739</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (33) Rn 168 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (32) Rn 158.

<sup>740</sup>So wie Gefahren für den Wettbewerb bei Zwischenprodukten eher gering sind, gilt dies im Hinblick auf die Art des Produkts für Nichtmarkenwaren: Gefahren für den Wettbewerb sind nur bei Markenwaren zu erwarten, *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (25) Rn 119 Nr. 5.

<sup>741</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (33) Rn 168 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (32) Rn 159.

<sup>742</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (33) Rn 170 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (33) Rn 160.

<sup>743</sup>Es sei denn der Hersteller ist marktbeherrschend, *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (33) Rn 170 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (33) Rn 160.

<sup>744</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (33) Rn 170 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (33) Rn 160.

<sup>745</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (33) Rn 170 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (33) Rn 160.

<sup>746</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (33) Rn 172. Dem Hersteller ist dann eine Marktaufteilung möglich und er kann hierdurch Preisdiskriminierungen vornehmen; ABl. 2010 C 130/1 (33) Rn 162.

<sup>747</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (32) Rn 163. Hiermit gibt die Kommission allerdings nur die allgemeinen Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV wieder.

<sup>748</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (33) Rn 170 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (33) Rn 164.

Alleinvertriebsvereinbarungen, die mit einem Markenzwang kombiniert sind und dennoch keine der beschriebenen Ausschlusseffekte hervorbringen, sind als wettbewerbsfördernd einzustufen und insbesondere auf der Großhandelsstufe freistellbar<sup>749</sup>.

Kombinierte Alleinvertriebs-/Alleinbezugsvereinbarungen sollen nur bei „klaren“ und „erheblichen“ Effizienzen mit niedrigeren Preisen für alle Endverbraucher freistellbar sein<sup>750</sup>.

Allgemein sind Effizienzgewinne denkbar, wenn vom Händler Investitionen zum Aufbau und Schutz des Markenimages verlangt werden<sup>751</sup>.

Gewinne sind zudem gerade bei neuen und komplexen Produkten, Erfahrungs- und Vertrauensprodukten, sowie im Bereich der Logistik (aufgrund von Größenvorteilen) vorstellbar<sup>752</sup>.

### cc. Analyse und Kritik der Kommissionsauffassung

Die von der Kommission mittlerweile in Kontinuität zweier Leitlinien dargestellten Voraussetzungen für Einzelfreistellungen von Alleinvertriebsvereinbarungen überzeugen zwar in der Theorie. Betrachtet man die von der Kommission - ebenfalls in Kontinuität - genannten Fallbeispiele für die Möglichkeit einer Einzelfreistellung, so zeigt sich, dass die Auffassung der Kommission jedenfalls nicht dogmatisch stringent ist.

Im *Großhandels-Fall* überrascht, dass eine 50 %-ige Bindung des Marktes durch den entsprechenden Vereinbarungspartner nicht mal als wettbewerbsbeschränkend eingestuft wird. Die Kommission lässt im genannten Beispiel überdies offen, ob eine freizustellende Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder aber eine unbedenkliche Vereinbarung. Sie benutzt abermals die Formulierung, wonach „*jedenfalls*“ eine Einzelfreistellung möglich sei. Im *Oligopol-Fall* wird - begrüßenswerter Weise - der Entzug der Möglichkeit zur Gruppenfreistellung angedacht, da - trotz „nur“ 20 %-igen Marktanteils des Vereinbarungspartners erhebliche wettbewerbsbeschränkende Wirkungen zu erwarten sind, da zusätzlich ein Gebietsschutz vereinbart wurde, der eine Behinderung des markeninternen

---

<sup>749</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (33) Rn 171. Es stellt sich hierbei die Frage, warum eine Vereinbarung, die wettbewerbsfördernd ist (und im Umkehrschluss also eben gerade nicht wettbewerbsbeschränkend) überhaupt freigestellt werden muss. Ein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG besteht dann ja gar nicht!

<sup>750</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (33) Rn 172. Art. 101 Abs. 3 AEUV stellt nicht das Erfordernis „klarer“ und „erheblicher“ Effizienzen auf.

Die Kommission sollte hier klarer formulieren und Stellung beziehen: Es sind bei der Kombination von Alleinvertrieb und Alleinbezug eben schwer überhaupt Effizienzen im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV denkbar, sodass eine Freistellung ausscheidet!

<sup>751</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (33 f.) Rn 174 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (33) Rn 164.

<sup>752</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (33 f.) Rn 174 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (33) Rn 164.

Wettbewerbs erwarten lässt. Da im Beispielsfall auch kaum Preiswettbewerb zu erwarten ist, sieht die Kommission die Möglichkeit bei einer Einzelfreistellung im *Oligopol-Fall* kritisch. Richtigerweise hätte nach Auffassung des Verfassers eher stärker von der Kommission herausgearbeitet werden müssen, dass eine Einzelfreistellung recht klar von vornherein ausscheidet, da es drei Wettbewerber gibt, die insgesamt 80 % des Marktes mit parallelen Vereinbarungsstrukturen überziehen. Der Wettbewerb im relevanten Markt wird dadurch de facto ausgeschaltet. Auf diesen Aspekt hätte die Kommission stärker abzielen müssen, um eine wettbewerbliche Gesamtbewertung der Wirkung der Vereinbarung erzielen zu können. Im Ergebnis ändert dies freilich nichts.

Konsistent zur theoretischen Aufbereitung sind die Aussagen allein Vertrieb/allein Bezugsfall. Bei einem Marktanteil zwischen 40 und 60 % und der Vereinbarung eines Gebietsschutzes sieht die Kommission Art. 101 Abs. 3 AEUV „wohl“ als nicht erfüllt an. Hier hätte die Kommission jedenfalls klarer formulieren können, dass eine Einzelfreistellung nicht in Frage kommt.

Die Aussagen der Kommission im *Tiefkühlpizza-Fall* sind ambivalent. Grundsätzlich wird die Vereinbarung eines Verbots passiven Verkaufs als kritisch angesehen und als nicht unerlässlich im Rahmen der Einzelfreistellung. Dagegen sei allerdings die Beschränkung des aktiven Verkaufs im Ergebnis unschädlich, da eine Markenförderung der Vereinbarungspartner nur durch die entsprechende Beschränkung zu erwarten sei. Die Beschränkung des aktiven Verkaufs sei daher einzelfreistellbar. Beim von der Kommission zitierten Beispiel überrascht, dass eine entsprechende Einzelfreistellung möglich erscheint, obwohl der Vereinbarungspartner 1 einen Marktanteil von 30 % hat und das gebundene Unternehmen einen Marktanteil von 15 %. Insgesamt nach Auffassung des Verfassers ist hier von erheblicher wettbewerbsbeschränkender Wirkung auszugehen. Im *Kohlensäurelimonaden-Fall* sind die Aussagen der Kommission zwar im Ergebnis korrekt, die Begründung ist nach Auffassung des Verfassers allerdings abermals dogmatisch nicht sauber. Trotz des 40 %-igen Marktanteils des Herstellers und entsprechender Bindung von 25 % der Nachfrage für fünf Jahre bzw. 15 % der Nachfrage über Quartalszielrabatte bei der Übersteigerung bestimmter Liefermengen, sieht die Kommission hier lediglich das Kriterium der Unerlässlichkeit als nicht erfüllt an. Vielmehr hätte jedenfalls auch darauf abgehoben werden, dass durch die Beschränkung lediglich betriebswirtschaftliche Vorteile generiert werden und im Hinblick auf den Marktanteil des Vereinbarungspartners eine angemessene Verbraucherbeteiligung sehr unwahrscheinlich ist.

Schließlich sind die Aussagen im *Brauerei-Fall* weder konsistent. Der Hersteller hat einen Marktanteil von 70 % und bindet 40 % der abgesetzten Menge für fünf Jahre an sich selbst. Hier geht die Kommission zu Recht von der Unmöglichkeit einer Einzelfreistellung aus. Im entsprechend von der Kommission in der Fallbeschreibung dargestellten vermacherten Marktstruktur ist nicht mit positiven Effekten auf die Verbraucher zu rechnen.

### **c. Kundenbeschränkungen<sup>753</sup>**

#### **aa. Fallbeispiel der Kommission und deren Bewertungsgrundlagen-Fall zur Kundenbeschränkung**

Im folgenden Fall geht es um Vertriebsvereinbarungen, die Kundenbeschränkungsklauseln enthalten<sup>754</sup>.

##### **(1) Sachverhalt**

„Ein Unternehmen hat eine hochmoderne Sprinkleranlage entwickelt. Zur Zeit hat die Firma auf dem Markt für Sprinkleranlagen einen Anteil von 40 %. Als sie mit dem Verkauf der neuen Anlage begann, hielt sie mit einem älteren Produkt einen Marktanteil von 20 %. Die Installation des neuen Anlagentyps hängt von der Art und dem Verwendungszweck des Gebäudes (Bürogebäude, Chemiefabrik, Krankenhaus usw.) ab. Die Firma ließ eine Anzahl von Händlern zum Verkauf und zur Installation der Sprinkleranlage zu. Jeder Händler musste seine Beschäftigten im Hinblick auf die allgemeinen und besonderen Anforderungen an den Einbau der Sprinkleranlage in den Gebäuden einer bestimmten Gruppe von Kunden schulen. Um die Spezialisierung der Händler sicherzustellen, wies die Firma jedem Händler eine bestimmte Kundengruppe zu und untersagte ihm aktive Verkäufe an anderen Händlern zugewiesene Kundengruppen. Nach fünf Jahren schließlich dürfen die Alleinvertriebshändler aktiv an sämtliche Kundengruppen verkaufen, d. h., die Kundenbeschränkung fällt weg. Der Lieferant darf dann seinerseits auch an neue Händler verkaufen. Der Markt ist recht dynamisch: Zwei Unternehmen sind erst kürzlich in den Markt eingetreten, und es gibt verschiedene Entwicklungen auf technischem Gebiet. Auch die Wettbewerber - mit Marktanteilen zwischen 25 und 5 % - modernisieren ihre Produkte.“

##### **(2) Bewertung durch die Kommission**

„Da der Alleinvertrieb von begrenzter Dauer ist und den Händlern hilft, ihre Investitionen zu amortisieren und ihre Verkaufsbemühungen zunächst - um das Geschäft kennen zu lernen - auf eine bestimmte Kundengruppe zu konzentrieren, und da mögliche wettbewerbswidrige Wirkungen wegen der Dynamik des Marktes offensichtlich geringfügig sind, dürften die Voraussetzungen für eine Freistellung vom Kartellverbot in diesem Fall erfüllt sein.“

#### **bb. Vorgaben für die Erfassung von Kundenbeschränkungsvereinbarungen**

##### **(1) Eingreifen des Kartellverbotes**

---

<sup>753</sup>Zur Definition dieser Klauseln vgl. *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (35) Rn 178 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (35) Rn 168.

<sup>754</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (36) Rn 183 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (35) Rn 173.

Für Kundenbeschränkungsklauseln gelten grundsätzlich (solange die Schirm-GVO nicht greift<sup>755</sup>) die für Alleinvertriebsvereinbarungen aufgestellten Regeln<sup>756</sup>.

Regelmäßige Wirkungen der Kundenschutzklauseln sind Beschaffungsschwierigkeiten für Händler, die keiner definierten Kundengruppe unterfallen, wodurch sich deren Wahlmöglichkeiten reduzieren<sup>757</sup>.

Die Kundenschutzklauseln kommen insbesondere bei Zwischenprodukten und (im Falle von Endprodukten) auf der Großhandelsstufe vor, da sich dort Kundengruppen mit unterschiedlichen Bedürfnissen unterscheiden lassen<sup>758</sup>.

## (2) Möglichkeiten der Freistellung

Kundenbeschränkungsklauseln sind nur bei „klaren“ und „erheblichen“ Effizienzen freistellbar<sup>759</sup>.

Leistungsgewinne können insbesondere in der Form der Händlerverpflichtung zu Investitionen<sup>760</sup>, die eine spezielle Bedürfnisbefriedigung der jeweiligen Kundengruppe ermöglichen, liegen<sup>761</sup>.

Indiz für den zulässigen Zeitraum der Kundenschutzklauseln sind die Amortisationszeiten für die getätigten Investitionen<sup>762</sup>.

Geeignet, Leistungsgewinne im genannten Sinne zu generieren, sind neue, komplexe Produkte, die eine Anpassung an die Kundenbedürfnisse erfordern<sup>763</sup>.

Deshalb sind Leistungsgewinne gerade im Bereich von Zwischenprodukten zu erwarten, da dort identifizierbare verschiedene Bedürfnisse der Gewerbetunden zu erwarten sind<sup>764</sup>.

---

<sup>755</sup>Siehe dort insbesondere die Marktanteilsschwelle von 30 % in Art. 3 Schirm-GVO.

<sup>756</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (35) Rn 179 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (35) Rn 169. So bestehen Gefahren für den intra-brand-Wettbewerb, es kann zu Marktaufteilungen kommen, wodurch Preisdiskriminierung ermöglicht wird. Bei einer Verbreitung von Kundenschutzklauseln droht Kollusion unter Lieferanten auf der einen und Händlern auf der anderen Seite, vgl. *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (35) Rn 178 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (35) Rn 168.

<sup>757</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (35) Rn 180 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (35) Rn 170.

<sup>758</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (35) Rn 181 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (35) Rn 171.

<sup>759</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (35) Rn 188 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (35) Rn 172.

<sup>760</sup>Die Kommission nennt Ausrüstungen, Know-how und Fertigkeiten als Beispiele, *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (35) Rn 182 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (35) Rn 172.

<sup>761</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (35) Rn 182 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (35) Rn 172.

<sup>762</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (35) Rn 182 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (35) Rn 172.

<sup>763</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (35) Rn 182 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (35) Rn 172.

<sup>764</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (35) Rn 182 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (35) Rn 172.

Bei Endverbrauchern ist die Spezialisierung auf Bedürfnisse bestimmter Kundengruppen eher unwahrscheinlich<sup>765</sup>.

### **(3) Analyse und Kritik der Kommissionsauffassung**

Grundsätzlich steht der von der Kommission gesetzte Rahmen zur Möglichkeit einer Einzelfreistellung von Kundenbeschränkungsvereinbarungen keinen Bedenken gegenüber. Allerdings fällt beim zitierten Fallbeispiel der Kommission auf, dass - wiederholt - dogmatisch nicht die Struktur von Art. 101 AEUV nachvollzogen wird. Obwohl im Fall eigentlich eine Konstellation geschildert wird, die gegebenenfalls nicht einmal eine Wettbewerbsbeschränkung darstellt, begnügt sich die Kommission damit, zu postulieren, dass eine Einzelfreistellung „wohl“ keine Bedenken gegenüberstünden. Es wäre wünschenswert gewesen, dass die Kommission hier klar Farbe bekennt und eine Wettbewerbsbeschränkung klar bejaht und danach sauber die Tatbestandsmerkmale der Einzelfreistellung subsummiert – oder gleich die Erfüllung einer Wettbewerbsbeschränkung ablehnt.

#### **d. Selektiver Vertrieb<sup>766</sup>**

Es folgen zwei Fallbeispiele aus dem Bereich des selektiven Vertriebs.

#### **aa. Fallbeispiele der Kommission und deren Bewertungsgrundlagen**

##### **(1) Spitzentechnologie-Fall<sup>767</sup>**

###### **(a) Sachverhalt**

„Auf einem Markt für dauerhafte Konsumgüter verkauft der Marktführer - Marktanteil 35 % - sein Produkt (Marke A) über ein System selektiver Vertriebsbindungen an die Endverbraucher. Die Vertragshändler müssen mehrere Zulassungskriterien erfüllen: Sie müssen geschultes Personal beschäftigen und Kundenbetreuung vor dem Verkauf bieten; in den Geschäftsräumen muss es einen besonderen Bereich für den Verkauf des Produkts und ähnlicher Spitzentechnologieprodukte geben, und es muss im Geschäft eine breite Palette von Modellen des Lieferanten angeboten und auf ansprechende Weise aufgestellt werden. Die Anzahl der Händler, die zu dem Vertriebsnetz zugelassen werden können, ist insofern direkt beschränkt, als eine Höchstzahl von Vertriebshändlern je Einwohnerzahl eines Bezirks oder eines Stadtgebiets festgelegt wurde. Hersteller A hat sechs Wettbewerber auf dem Markt. Die größten - die Hersteller B, C und D - haben einen Marktanteil von 25, 15 bzw. 10 %. A ist der einzige Hersteller, der sich des selektiven Vertriebs bedient. Die Vertragshändler für Marke A bieten stets auch einige konkurrierende Marken an. Diese werden aber auch in sehr vielen Geschäften verkauft, die nicht dem Vertriebsnetz von A angeschlossen sind. Die Vertriebswege sind dabei unterschiedlich: Die Marken B und C werden beispielsweise hauptsächlich in den von A zugelassenen Läden verkauft, aber auch in anderen Geschäften, die hochwertigen Service bieten, sowie in Verbrauchergroßmärkten. Marke D wird hauptsächlich in Geschäften mit hochwertigem Service verkauft. Die Technologie entwickelt sich auf diesem

---

<sup>765</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (35) Rn 182 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (35) Rn 172.

<sup>766</sup>Zur Definition des selektiven Vertriebs vgl. *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (36) Rn 184 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (36) Rn 174.

<sup>767</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (38 f.) Rn 197 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (38) Rn 187.



Markt recht schnell, und die großen Lieferanten sichern ihren Produkten durch Werbung ein wirksames Qualitätsimage.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Das selektive Vertriebssystem deckt hier 35 % des Markts ab. Der Markenwettbewerb wird durch das Vertriebssystem von A nicht unmittelbar beeinträchtigt. Der markeninterne Wettbewerb in Bezug auf Marke A ist möglicherweise reduziert; die Verbraucher haben aber Zugang zu Einzelhändlern mit wenig Service und niedrigen Preisen, die die Marken B und C anbieten, deren Qualitätsimage mit dem von Marke A vergleichbar ist. Auch ist anderen Marken der Zugang zu Einzelhändlern mit hoher Serviceleistung nicht verschlossen, da die Möglichkeiten für zugelassene Vertriebs Händler, konkurrierende Marken anzubieten, nicht eingeschränkt sind und die aufgrund quantitativer Kriterien vorgenommenen Begrenzung der Anzahl der Einzelhändler für Marke A dazu führt, dass für konkurrierende Marken andere Einzelhändler mit hochwertigem Service zur Verfügung stehen. In Anbetracht der Service-Anforderungen und der Effizienzgewinne, die diese bieten dürften, sowie der begrenzten Auswirkungen auf den markeninternen Wettbewerb, sind die Voraussetzungen für eine Freistellung des selektiven Vertriebssystems des Herstellers A vom Kartellverbot wahrscheinlich erfüllt.“

## **(2) Der Sportartikel-Fall<sup>768</sup>**

### **(a) Sachverhalt**

„Auf dem Markt für einen bestimmten Sportartikel gibt es sieben Hersteller mit einem Marktanteil von 25 %, 20 %, 15 %, 10 %, 8 % bzw. 7 %. Während die ersten fünf Anbieter ihre Produkte im Wege des quantitativen Selektivvertriebs absetzen, bedienen sich die beiden letzten anderer Vertriebsformen; damit sind 85 % des Markts durch selektive Vertriebsbindungen abgedeckt. Die Kriterien für die Zulassung zu den Selektivvertriebssystemen der einzelnen Hersteller sind bemerkenswert einheitlich: Die Geschäfte müssen geschultes Personal beschäftigen und Kundenbetreuung vor dem Verkauf bieten, und es muss im Geschäft einen besonderen Bereich für den Verkauf des betreffenden Artikels geben, der eine bestimmte Mindestgröße haben muss; in dem Laden muss eine breite Palette von Produkten der fraglichen Marke angeboten und der Artikel auf ansprechende Weise aufgestellt werden, das Geschäft muss in einer Geschäftsstraße liegen, und der Artikel muss mindestens 30 % des Gesamtumsatzes des Geschäfts ausmachen. Im Allgemeinen ist ein und derselbe Händler für den selektiven Vertrieb aller fünf Marken zugelassen. Die Marken der beiden Hersteller, die ohne Selektivvertrieb arbeiten, werden in der Regel von weniger spezialisierten Einzelhändlern mit wenig Service verkauft. Der Markt ist stabil, und zwar sowohl angebots- als auch nachfrageseitig; Markenimage und Produktdifferenzierung sind sehr ausgeprägt. Während die fünf Marktführer über ein gutes Markenimage verfügen, das durch Werbung und Sponsoring aufgebaut wurde, zielt die Absatzstrategie der beiden kleinen Hersteller auf billigere Produkte ohne besonderes Markenimage ab.“

### **(b) Bewertung durch die Kommission**

„Auf diesem Markt ist allgemeinen Discountern der Zugang zu den fünf führenden Marken verwehrt. Die Vorgabe, dass dieser Typ Artikel mit mindestens 30 % zum Umsatz der

---

<sup>768</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (39) Rn 198 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (39) Rn 188.

Händler beiträgt, und die Kriterien in Bezug auf Präsentation und verkaufsfördernden Kundendienst schließen nämlich die meisten Discounter vom Vertragshändlernetz aus. Die Verbraucher haben infolgedessen nur die Wahl, die fünf führenden Marken in Läden mit hoher Serviceleistung und hohen Preisen zu kaufen. Dies hat einen Verlust an Wettbewerb zwischen den fünf führenden Marken zur Folge. Der Umstand, dass die Marken der zwei kleinsten Hersteller in Läden mit wenig Service und niedrigen Preisen gekauft werden können, macht den Verlust nicht wett, weil die Marken der fünf Marktführer ein viel besseres Image haben. Der Markenwettbewerb wird auch dadurch eingeschränkt, dass ein und derselbe Händler gleichzeitig mehrere Marken vertreibt. Obwohl markeninterner Wettbewerb bis zu einem gewissen Grad vorhanden und die Anzahl der Einzelhändler nicht direkt begrenzt ist, sind die Zulassungskriterien doch so streng, dass für den Vertrieb der fünf führenden Marken in jedem Gebiet nur eine kleine Anzahl von Einzelhändlern zur Verfügung steht.

Die mit diesem quantitativen Selektivvertriebssystemen verbundenen Effizienzgewinne sind gering: Das Produkt ist nicht sehr komplex und rechtfertigt keinen besonders hochwertigen Service. Sofern die Hersteller nicht nachweisen können, dass ihre Selektivvertriebssysteme mit eindeutigen Effizienzgewinnen einhergehen, ist es wahrscheinlich, dass in dem hier beschriebenen Fall der Rechtsvorteil der Gruppenfreistellungsverordnung entzogen werden muss, da die kumulativen Wirkungen geringere Wahlmöglichkeiten und höhere Preis für die Verbraucher nach sich ziehen.“

## **bb. Behandlung des selektiven Vertriebs nach Art. 101 AEUV**

### **(1) Eingreifen des Kartellverbots**

Gefahren für den Wettbewerb können durch die Verwendung selektiver Vertriebssysteme in Form des Verlustes von intra-brand-Wettbewerb, des Ausschlusses bestimmter Kategorien bzw. einer bestimmten Kategorie von Händlern (hier bestehen Gefahren insbesondere durch eine kumulative Handhabung) und der Kollusion unter Lieferanten bzw. unter Händlern auftreten<sup>769</sup>. Zu unterscheiden sind der rein qualitative<sup>770</sup> und der quantitative selektive

---

<sup>769</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (36) Rn 185 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (36) Rn 175.

<sup>770</sup>Die Bewertung, ob Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllt ist, richtet sich nach der Erfüllung dreier Kriterien: (1) Ist der qualitative selektive Vertrieb durch die Beschaffenheit des Produkts bedingt? (2) Werden objektive Kriterien qualitativer Art einheitlich festgelegt und unterschiedslos gehandhabt? (3) Sind die Kriterien zum Betrieb des Systems erforderlich?, vgl. *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (36) Rn 185 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (36) Rn 175.

Vertrieb<sup>771</sup>. Mit der Stärke des Lieferanten<sup>772</sup> vergrößern sich die Probleme und der Verlust von intra-brand-Wettbewerb wird immer wahrscheinlicher<sup>773</sup>. Zudem bestehen Bedenken gegen die verbreitete parallele Handhabung der Systeme<sup>774</sup>. Der Marktstellung der Wettbewerber des das selektive Vertriebssystem praktizierenden Lieferanten hat eine ambivalente Rolle; so kann es freilich durch starke Konkurrenz zu einer Kompensation des Verlusts von intra-brand-Wettbewerb kommen<sup>775</sup>. Auf der anderen Seite zeigen sich bei einer starken Verbreitung von selektiven Vertriebssystemen auf einem Markt die typischen Gefahren (hier insbesondere die Gefahr des Ausschlusses leistungsfähiger Händler und dort speziell der Discounter) dieses Vertriebssystems erst recht und stärker als bei bloßem Alleinvertrieb<sup>776</sup>. Als problematisch kennzeichnet die Kommission eine Marktsituation, bei der über 50 % des Marktes mit selektiven Vertriebssystemen abgedeckt sind, zusätzlich die fünf größten Lieferanten einen Marktanteil von 50 % auf sich vereinen<sup>777</sup> und selbst selektiven Vertrieb durchführen und zusätzlich zu qualitativen auch noch quantitative Kriterien handhaben<sup>778</sup>. Marktzutrittsschranken sind wegen des Ausschlusses von Händlern relevant und den in Rede stehenden Märkten in der Regel hoch, da die Einführung eigener Marken zeit- und investitionsintensiv ist<sup>779</sup>. Nachfragemacht von Seiten der Händler erhöht die Kollusionsgefahr unter denselben und es besteht eine Ausschlussgefahr für leistungsfähige Einzelhändler, insbesondere dann, wenn die Händler den Lieferanten für sie positive Zulassungskriterien aufdrängen können<sup>780</sup>. Der Ausschluss anderer Lieferanten ist üblicherweise nur bei der Kombination des selektiven Vertriebssystems mit einem

---

<sup>771</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (36) Rn 185 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (36) Rn 175.

<sup>772</sup> Bedeutung gewinnt die Stellung des Lieferanten deshalb, da sich die Problematik des Verlustes von markeninternem Wettbewerb nur bei Verlust von Markenwettbewerb stellt, vgl. *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2010 C 130/1 (36) Rn 177.

<sup>773</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (37) Rn 187 ABl. 2010 C 130/1 (36) Rn 177.

<sup>774</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (37) Rn 187 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (36) Rn 177.

<sup>775</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (37) Rn 188 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (36) Rn 178.

<sup>776</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (37) Rn 188 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (36) Rn 178.

<sup>777</sup> Diese marktstrukturelle Faustregel wird im Folgenden als „50/50“-Regel bezeichnet. Diese marktstrukturelle Einordnung findet auch im Gesetz einen Anhaltspunkt. So findet sich bei einer 50 % -igen Abdeckung eines Marktes mit Netzen gleichartiger vertikaler Beschränkungen in Art. 6 Schirm-GVO die Möglichkeit, die Verordnung unter bestimmten Voraussetzungen für nicht anwendbar zu erklären.

<sup>778</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (37) Rn 189 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (37) Rn 179.

<sup>779</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (37) Rn 190 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (37) Rn 180.

<sup>780</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (37) Rn 191 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (37) Rn 181.

Markenzwang problematisch<sup>781</sup>. Diese Probleme treten bei Kumulativwirkung bzw. einem dichten Vertriebshändlernetz auf<sup>782</sup>. Doch auch ohne ein Wettbewerbsverbot können Probleme entstehen, wenn andere quantitative Kriterien (z. B. Mindestanteile am Gesamtumsatz oder bestimmte Anteile an Regalfläche) gefordert werden<sup>783</sup>. Marktstrukturell sieht die Kommission hier die Anwendung der 50/50-Regel angezeigt<sup>784</sup>. Insgesamt nehmen die beschriebenen Probleme in reiferen Märkten zu<sup>785</sup>.

## (2) Der Rahmen für die Freistellung

Nicht freigestellt ist ein selektives Vertriebssystem dann, wenn es Händler (insbesondere Discounter) ausschließt, die den adäquaten Verkauf gewährleisten können und dadurch bestimmte Vertriebskanäle zum Schaden der Verbraucher geschützt werden<sup>786</sup>.

Indirekte quantitative Kriterien (wie z. B. Mindestbezugsverpflichtungen) sieht die Kommission nicht negativ, wenn nur ein kleiner Anteil des Umsatzes des Händlers bei dem in Rede stehenden Produkt gebunden ist bzw. die Verpflichtung zur Amortisierung vertragsspezifischer Investitionen erforderlich ist oder aber für die Erzielung von Größenvorteilen notwendig<sup>787</sup>.

---

<sup>781</sup> Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (38) Rn 193 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (37) Rn 183.

<sup>782</sup> Es gelten dann die Regeln über den Markenzwang, vgl. Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (38) Rn 193 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (37) Rn 183.

<sup>783</sup> Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (38) Rn 193 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (37) Rn 183.

<sup>784</sup> Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (38) Rn 193 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (37) Rn 183.

<sup>785</sup> Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (38) Rn 194 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (38) Rn 184.

<sup>786</sup> Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (37) Rn 188 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (36 f.) Rn 178. An dieser Stelle stellt sich die Frage, wie diese Äußerung der Kommission gemeint sein soll. Die Leistungsfähigkeit von Discountern soll hier vom Verfasser nicht in Frage gestellt werden. Häufig sind Discounter der Wettbewerbsmotor bestimmter Branchen. Allerdings mutet die zitierte Äußerung doch eher so an, als wolle die Kommission hier für den Bereich des selektiven Vertriebs die Rolle der Discounter verabsolutieren und sie als generell positiv bewerten. Es ist aller jedenfalls auf den ersten Blick schwer einsichtig, dass Discountern gerade im Bereich des qualitativen Selektivvertriebs eine herausgehobene schützenswerte Rolle zukommen soll. Keinesfalls haltbar erscheint eine Position, die den Verkauf eines Edelparfums aus wettbewerbsrechtlichen Gründen bei ALDI vorschlägt!.

<sup>787</sup> Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (37) Rn 189 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (37) Rn 179. An dieser Stelle sind die Ausführungen der Kommission abermals unklar, was die Einordnung in das System von Verbot und Ausnahme angeht. Zwar äußert sie sich im zitierten Abschnitt vorher zur Freistellung, um dann aber nur von „weniger effektiven Negativwirkungen“ zu sprechen. Folgt man allerdings der von der Kommission selbst getroffenen Unterteilung in qualitative und quantitative Selektion, so sind die unter den beschriebenen Umständen als weniger negativ bezeichneten Klauseln als quantitative Beschränkungen einzuordnen und folglich durch ihre „weniger effektiven Negativwirkungen“ als freistellungsfähig.

Die Kombination eines Markenzwanges<sup>788</sup> mit dem selektiven Vertrieb ist dann nicht freistellungsfähig, wenn die fünf größten Lieferanten mindestens einen Marktanteil von 50 % auf sich vereinigen, es sei denn, der Binder gehört nicht zu der Gruppe<sup>789</sup>.

Generell gilt für alle Beschränkungen innerhalb selektiver Vertriebssysteme, dass beim Prüfungspunkt der „Unerlässlichkeit“ nach Art. 101 Abs. 3 lit. a AEUV zu überlegen ist, ob nicht schlichte Service-Anforderungen genauso effektiv wie die jeweiligen Bindungen sind<sup>790</sup>. Ein Leistungsgewinn durch die Erreichung von „Größenvorteilen beim Vertrieb“<sup>791</sup> ist - unabhängig von der Beschaffenheit des jeweiligen Produkts - durch die Senkung von Transportkosten denkbar, wobei Effizienzgewinne im Bereich der Logistik beim Selektivvertrieb nur eine geringe Rolle spielen<sup>792</sup>.

Effizienzen durch die „Lösung des Trittbrettfahrerproblems“<sup>793</sup> und der „Sicherung von Einheitlichkeit und Qualität“<sup>794</sup> sind von der Beschaffenheit des Produkts abhängig, sodass davon ausgegangen werden kann, dass sie nur bei neuen und komplexen Produkten sowie Erfahrungs- und Vertrauensgütern zu erwarten sind<sup>795</sup>.

In Konstellationen, bei denen Selektivvertrieb und Alleinvertrieb kombiniert werden und der Lieferant einen höheren Marktanteil als 30 % hat oder bei Kumulativwirkung, greift Art. 101 Abs. 3 AEUV selbst dann, wenn zwischen den einzelnen Gebieten der aktive Verkauf erlaubt ist<sup>796</sup>. Ist diese Vertriebskonstruktion zur „Lösung des Hold-up-Problems“<sup>797</sup> nötig, so greift Art. 101 Abs. 3 AEUV<sup>798</sup>.

### cc. Analyse und Kritik der Kommissionsauffassung

---

<sup>788</sup>Im Sinne von Art. 5 lit. c Schirm-GVO.

<sup>789</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (38) Rn 192 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (37) Rn 182.

<sup>790</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (38) Rn 196 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (38) Rn 186.

<sup>791</sup>Siehe näher dazu *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (24) Rn 116 Nr. 6 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (24) Rn 1107 lit. g).

<sup>792</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (38) Rn 195 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (38) Rn 185.

<sup>793</sup>Siehe näher dazu *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (23) Rn 116 Nr. 1 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (23) Rn 107 lit. a).

<sup>794</sup>Siehe näher dazu *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (24) Rn 116 Nr. 8 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (23) Rn 107 lit. i).

<sup>795</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (38) Rn 195 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (38) Rn 185.

<sup>796</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (38) Rn 195 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (38) Rn 185.

<sup>797</sup>Siehe näher dazu *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (23f.) Rn 116 Nr. 4 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (24) Rn 107 lit. d).

<sup>798</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (38) Rn 195.

Generell ist festzustellen, dass die Kommission im Bereich des selektiven Vertriebs klare Linien vorgibt. Wie in den Leitlinien aus 2000 so ist auch in den Leitlinien aus 2010 die klare Tendenz erkennbar, dem qualitativen selektiven Vertrieb positiv gegenüber eingestellt zu sein; eingeschränkt gilt dies auch für den quantitativen selektiven Vertrieb. Marktanteilsseitig ist festzustellen, dass dem Marktanteil des bindenden Unternehmers zunächst scheinbar weniger Bedeutung zukommt. In diese Richtung deutet der *Spitzentechnologie-Fall*. Dort ist der Marktanteil des Herstellers von 35 % quasi unbedeutend für die Bewertung durch die Kommission. Wichtig ist dort vielmehr u. a. auch die Übertragung der Service-Einrichtungen des bindenden Unternehmers auf dritte Markenwaren. Daher hält die Kommission dort eine Einzelfreistellung für möglich und die Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV für wahrscheinlich.

Gegenbeispiel hierzu ist der *Sportartikel-Fall*. Dort ist zunächst festzustellen, dass die Kommission von einem redaktionellen Fehler ausgeht. Die von der Kommission dargestellten Marktanteile gehen nicht wie in der Bewertung durch die Kommission skizziert auf. Für die Bewertung dieses Falles ist dies allerdings im Ergebnis nicht entscheidend. Marktmacht von 85 % - durch kumulative Wirkungen paralleler selektiver Vertriebssysteme führen nach Auffassung der Kommission - und nach Auffassung des Verfassers - zur Situation des Entzugs der Möglichkeit der Gruppenfreistellung. Allerdings handelt es sich dabei zugegebenermaßen um einen Extremfall. Nach den eigenen Kriterien und auch Art. 6 Schirm-GVO ist eine entsprechende kumulative Wirkung schon ab einer Bindung von 50 % des Marktes - durch fünf Unternehmen - anzunehmen. Damit spielt sich der für die Einzelfreistellung relevante Marktanteilskanon zwischen 30 % (Eingreifen der Schirm-GVO) und 50 % (bei entsprechender Marktstruktur) ab. Die Kriterien der Kommission zur Bewertung sind nachvollziehbar. Dort wo quantitative Beschränkungen unerlässlich sind, sind sie als positiv im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV einzuordnen. Dort wo sie überschießen und somit erlässlich sind, kommt eine Einzelfreistellung - selbstredend - nicht in Frage. Die Verdrängung paralleler Vertriebssysteme ist nicht gewünscht. Besondere Rolle wird Discountern zugemessen. Die Kommission verabsolutiert hier allerdings ihre eigenen Kriterien. Bei den klassischen Produkten, die für ein qualitatives selektives Vertriebssystem in Frage kommen, ist ein Angebot durch Discounter schlicht unrealistisch.

#### **e. Franchising<sup>799</sup>**

---

<sup>799</sup>Zur Definition des Franchising siehe *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (39) Rn 199 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (39) Rn 189 .

## aa. Der Fun Shop-Fall<sup>800</sup>

Nun folgt ein Fallbeispiel der Kommission aus dem Bereich des Franchising.

### (1) Sachverhalt

„Ein Hersteller hat eine neue Form des Bonbonverkaufs in sogenannten „Fun Shops“ entwickelt, in denen die Bonbons so gefärbt werden, wie es der Verbraucher wünscht. Der Bonbonhersteller hat auch Maschinen zum Bonbonfärben entwickelt und stellt selbst die nötigen Farbflüssigkeiten her, deren Qualität und Frische für die Produktion guter Bonbons von entscheidender Bedeutung sind. Der Hersteller hat seine Bonbons erfolgreich vermarktet, indem er sie eine Reihe von eigenen Einzelhandelsgeschäften absetzte, die alle unter demselben Handelsnamen firmierten und ein einheitliches „fun“-Image verbreiteten (Design der Läden, gemeinsame Werbung usw.). Zur Umsatzsteigerung lancierte der Hersteller ein Franchisesystem. Die Franchisenehmer sind verpflichtet, Bonbons, Farbflüssigkeiten und Färbemaschinen vom Hersteller zu kaufen, ihre Geschäfte mit identischer Aufmachung und unter demselben Handelsnamen zu betreiben, eine Franchisegebühr zu entrichten, zur gemeinsamen Werbung beizutragen und die Vertraulichkeit der vom Franchisegeber erstellten Betriebsanleitung zu gewährleisten. Außerdem dürfen sie nur in den anerkannten Räumlichkeiten und nur an Endverbraucher oder andere Franchisenehmer verkaufen; der Verkauf fremder Bonbons ist ihnen untersagt. Der Franchisegeber darf seinerseits in einem bestimmten Vertragsgebiet keine anderen Franchisenehmer zulassen oder selbst ein Einzelhandelsgeschäft betreiben. Er ist ferner verpflichtet, seine Produkte, die Geschäftsperspektiven und die Betriebsanleitung zu aktualisieren bzw. weiterzuentwickeln und diese Verbesserungen allen Franchisenehmern im Einzelhandel zur Verfügung zu stellen. Die Franchisevereinbarungen werden für zehn Jahre abgeschlossen.

Bonbon-Einzelhändler kaufen ihre Ware im Inland ein, und zwar entweder von inländischen Herstellern, die sich auf die Geschmackspräferenzen der Verbraucher des betreffenden Landes eingestellt haben, oder von Großhändlern, die ihre Ware auch von ausländischen Produzenten beziehen. Auf diesem Markt konkurrieren die Erzeugnisse des Franchisegebers mit anderen Bonbonmarken. Auf den Franchisegeber entfallen 30 % aller Bonbons, die an Einzelhändler verkauft werden. Konkurrenzdruck entsteht durch eine Reihe nationaler und internationaler Marken, die teilweise von großen diversifizierten Nahrungsmittelkonzernen hergestellt werden. Es bestehen viele potenzielle Bonbonverkaufsstellen in Form von Tabakläden, Lebensmitteläden, Cafeterias und Bonbonfachgeschäften. Bei Maschinen zum Einfärben von Lebensmitteln hält der Franchisegeber einen Marktanteil von weniger als 10 %.“

### (2) Bewertung durch die Kommission

„Bei den meisten der in den Franchisevereinbarungen enthaltenen Verpflichtungen kann darauf geschlossen werden, dass sie notwendig sind, um geistiges Eigentum zu schützen bzw. die Einheitlichkeit und den Ruf des Franchisenetzes zu erhalten, so dass sie nicht unter das Verbot des Artikels 81 Absatz 1 fallen. Die Beschränkungen in Bezug auf den Verkauf (Gebietsschutz und selektiver Vertrieb) sind ein Anreiz für die Franchisenehmer, in die Färbemaschine und das Franchisekonzept zu investieren, und tragen zumindest - auch wenn sie zu diesem Zweck nicht unbedingt erforderlich sind - dazu bei, die Einheitlichkeit des Netzes zu bewahren und damit den Verlust an markeninternen [sic!] Wettbewerb auszugleichen. Das Wettbewerbsverbot, durch das anderen Bonbonmarken der Zugang zu den Geschäften für die gesamte Vertragsdauer verwehrt wird, ermöglicht es dem Franchisegeber, die Läden einheitlich zu gestalten und zu verhindern, dass Wettbewerber von seinem Handelsnamen profitieren. Es hat keinen gravierenden Marktausschluss zur Folge, da andere

---

<sup>800</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (40) Rn 201 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (40) Rn 191.

Bonbonhersteller auf eine sehr große Zahl potenzieller Verkaufsstätten zurückgreifen können. Soweit die in den Franchisevereinbarungen dieses Franchisegebers enthaltenen Verpflichtungen unter das Verbot des Artikel 81 Absatz 1 fallen, dürften sie die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Artikel 81 Absatz 3 erfüllen.“

### **bb. Grundlagen der Freistellung von Franchise-Vereinbarungen**

Franchisevereinbarungen werden mittels Art. 101 AEUV nach den Regeln für die darin enthaltenen vertikalen bzw. horizontalen Beschränkungen behandelt<sup>801</sup>.

Als Besonderheit kann herausgegriffen werden, dass Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht greift, wenn Wettbewerbsverbote systemimmanent sind<sup>802</sup> und eine Freistellung um so wahrscheinlicher ist, je mehr Know-how übertragen wird<sup>803</sup>.

### **cc. Analyse und Kritik der Kommissionsauffassung**

Die Ausführungen der Kommission in ihren Leitlinien sind nicht besonders ergiebig. Festzustellen ist zweierlei: Zum einen besteht klare Kontinuität zwischen den Leitlinien aus 2000 und den Leitlinien aus 2010. Die Bewertung seitens der Kommission hat sich insoweit nicht geändert. Zum anderen fällt auch bei der Bewertung von Franchise-Vereinbarungen auf, dass keine stringente Trennung der Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 1 AEUV und Art. 101 Abs. 3 AEUV vorgenommen wird. Die Kommission unterscheidet im *Fun Shop-Fall* explizit nicht zwischen Verbot und Ausnahme. Die Kommission lässt – abermals ärgerlicherweise – offen, ob Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllt ist. Jedenfalls seien im dort gekennzeichneten Fall die Voraussetzungen für Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt. Im Hinblick auf die Einzelfreistellung bleiben die Ausführungen der Kommission daher im Wesentlichen unergiebig.

### **f. Alleinbelieferung<sup>804</sup>**

#### **aa. Der Komponententyp-Fall<sup>805</sup>**

##### **(1) Sachverhalt**

---

<sup>801</sup>Siehe dazu die Ausführungen zum Alleinvertrieb, dem selektiven Vertrieb und den Wettbewerbsverboten, Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkung, ABl. 2010 C 130/1 (39) Rn 190.

<sup>802</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (40) Rn 200 Nr. 2 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (40) Rn 190 lit.b).

<sup>803</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (40) Rn 200 Nr. 1 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (39) Rn 190 lit. a).

<sup>804</sup>Vgl. hierzu die Definition der *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (40) Rn 202 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (40) Rn 192.

<sup>805</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (42) Rn 213 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (24) Rn 202.



„Auf einem Markt für einen bestimmten Komponententyp (Zwischenprodukte) kommt Lieferant A mit Käufer B überein, mit eigenem Know-how und erheblichen Investitionen in neue Maschinen sowie mit Hilfe der von Käufer B vorgegebenen Spezifikationen einen neuen Typ von Bauteilen zu entwickeln. B muss erhebliche Investitionen tätigen, um die neue Komponente in sein Produkt einzubauen. Es wird vereinbart, dass A das neue Produkt ab dessen Markteinführung fünf Jahre lang ausschließlich an B verkauft. B darf das Produkt während desselben Zeitraums nur von A beziehen. Frühere Generationen des Produkts dürfen A und B jedoch weiterhin an andere Kunden verkaufen bzw. bei anderen Lieferanten beziehen. Der Marktanteil von Käufer B auf dem vorgelagerten Komponentenmarkt und dem nachgelagerten Endproduktmarkt beträgt jeweils 40 %. Der Komponentenlieferant hat einen Marktanteil von 35 %. Zwei weitere Komponentenlieferanten halten rund 20 bis 25 % Marktanteil; daneben gibt es noch eine Reihe kleinerer Anbieter.“

## **(2) Bewertung durch die Kommission**

„Wegen der erheblichen Investitionen dürfte die Vereinbarung in Anbetracht der Effizienzgewinne und des geringen Marktausschlusseffektes die Voraussetzungen für eine Freistellung erfüllen. Andere Käufer werden nur von dem Markt für eine bestimmte Version des Produktes eines Lieferanten ausgeschlossen, der einen Marktanteil von 35 % hat; außerdem gibt es noch andere Bauteillieferanten, die ähnliche neue Produkte entwickeln könnten. Desgleichen beschränkt sich der Ausschluss anderer Lieferanten nur auf den Teil des Beschaffungsmarkts, den Käufer B besetzt, d. h. höchstens 40 %.“

### **bb. Alleinbelieferung und Art. 101 AEUV**

#### **(1) Unter das Kartellverbot fallende Alleinbelieferungsvereinbarungen**

Auf Grund von Art. 3 Abs. 2 Schirm-GVO sind vorliegend nur die Fälle relevant, in denen der Käufer mehr als 30 % Marktanteil hat. Die Gefahr für den Wettbewerb besteht im Ausschluss anderer Käufer vom Markt<sup>806</sup>. Bedeutsam für die Bewertung der Alleinbelieferungsverpflichtungen ist die Stellung des Käufers insbesondere auf dem nachgelagerten Markt<sup>807</sup> (dessen Stellung auf dem vorgelagerten Markt ist nur Indikator für seine Fähigkeit, die Bindung des Lieferanten durchzusetzen)<sup>808</sup>. Die Kommission beurteilt Marktanteile von über 30 % im vor-<sup>809</sup>oder aber im nachgelagerten Markt als problematisch,

---

<sup>806</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (41) Rn 203 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (40 f.) Rn 194 f.

<sup>807</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2010 C 130/1 (41) Rn 195. Rechtspolitisch und gesetzestechnisch stellt sich daher die Frage, warum die Kommission (als Gesetzgeber der Schirm-GVO) gerade den Marktanteil auf dem vorgelagerten Markt als einzige speziell für einen bestimmten Vereinbarungstyp geschaffene Marktanteilsregel in die Verordnung aufgenommen hat.

<sup>808</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (41) Rn 204 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (41) Rn 196.

<sup>809</sup>Liegt der Marktanteil des Käufers im vorgelagerten Markt unter 30 %, so besteht eine Gruppenfreistellung. Für Art. 101 Abs. 1 AEUV ohne oder mit Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV ist hier kein Platz mehr. Lediglich für einen eventuellen Entzug des Vorteils der Gruppenfreistellung kann dieser Gesichtspunkt fruchtbar gemacht werden (eine solche Situation sieht die Kommission selbst an der zitierten Stelle dann gegeben, wenn im vorgelagerten Markt weniger als 30 % Marktanteil erreicht werden, aber im nachgelagerten Markt). Allerdings ist selbst dann der Aussagegehalt für die Bewertung nach Art. 101 AEUV gering, da kaum eine Freistellung in Betracht kommt, wenn sogar der Vorteil der Gruppenfreistellung entzogen wird. Für den

da eine erhebliche Abschottung zu erwarten sei<sup>810</sup>. Was den Umfang und die Dauer der Alleinbelieferungsverpflichtung angeht, so soll eine weniger als fünf Jahre andauernde Bindung (ohne Marktbeherrschung) einer Gegenüberstellung der positiven wie negativen Auswirkungen zugänglich sein<sup>811</sup>. Hinsichtlich der Stellung der Konkurrenten des Käufers auf dem vorgelagerten Markt soll gelten, dass ein Marktausschluss aus wettbewerbsfeindlichen Motiven (namentlich der Kostentreiberei) nur bei kleinen Wettbewerbern wahrscheinlich sei, wogegen nachfragemächtige Käufer, die den Lieferanten auskömmliche Absatzmöglichkeiten bieten können, durch die von ihrem Konkurrenten vereinbarte Alleinbelieferung nicht gefährdet seien<sup>812</sup>. Allerdings kann durch die im zweiten Fall beschriebene Situation eine Kumulativwirkung eintreten, wodurch ein Ausschluss potenzieller Konkurrenten herbeigeführt würde, die dann einen Entzug der Vorteile der Gruppenfreistellung<sup>813</sup> rechtfertigte<sup>814</sup> oder anders gewendet: Ein solcher Sachverhalt ist nach Auffassung der Kommission in keinem Fall einer Einzelfreistellung zugänglich. Marktzutrittschranken bei den Lieferanten sind für die Frage relevant, ob es zu einer tatsächlichen Abschottung kommt, wovon nicht auszugehen ist, wenn konkurrierenden Käufern über ein verbundenes Unternehmen im Wege vertikaler Integration die Beschaffung möglich ist, was allerdings häufig nicht der Fall sein wird<sup>815</sup>. Das Ausschlussproblem stellt sich in besonderer Schärfe bei einer Marktsituation mit starken Käufern und schwachen Verkäufern<sup>816</sup>. Häufig findet man eine Situation vor, bei der gegenmächtige Lieferanten den starken Käufern gegenüberreten und die Alleinbelieferung mit einem Markenzwang einhergeht<sup>817</sup>. Dann sollen laut

---

Fall, dass die Situation auf dem nachgelagerten Markt unbedenklich ist, aber im vorgelagerten Markt weniger als 30 % erreicht werden, greift die Schirm-GVO. Eines Hinweises darauf, dass sie bei Überschreiten der Grenze des Art. 3 Abs. 2 GVO nicht greift, hätte es nicht bedurft!

<sup>810</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (41) Rn 204 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (41) Rn 194.

<sup>811</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (41) Rn 205 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (41) Rn 195. Aus der Äußerung der Kommission wird vorliegend allerdings abermals nicht deutlich, ob damit eine Abwägung noch im Rahmen der Prüfung des Art. 101 Abs. 1 AEUV gemeint ist oder aber bei Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. dieser Bereich von Sachverhaltskonstellationen ihrer Auffassung nach beidem zugänglich sein soll.

<sup>812</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (41) Rn 206 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (41) Rn 196.

<sup>813</sup>Nach Art. 29 Abs. 1 VO 1/2003.

<sup>814</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (41) Rn 206 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (41) Rn 196.

<sup>815</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (41) Rn 207 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (41) Rn 197.

<sup>816</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (41) Rn 208 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (41) Rn 198.

<sup>817</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (41) Rn 208 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (41) Rn 198.

Kommission die Regeln für den Markenzwang greifen<sup>818</sup>. Bei homogenen Produkten ist der Verlust einer möglichen Lieferquelle weniger gravierend als bei heterogenen<sup>819</sup>. Ebenso ist bei Zwischenprodukten eine Abschottung weniger wahrscheinlich, da ein Hersteller, der vom Bezug eines Einsatzgutes ausgeschlossen ist, besser als ein Groß- oder Einzelhändler, der Endverbrauchern gegenübersteht, die ausgeprägte Markenpräferenzen haben, auf Wünsche seiner Abnehmer reagieren kann<sup>820</sup>. Hingegen ist bei Marken-Endprodukten bzw. differenzierten Zwischenprodukten auf Märkten mit Marktzutrittsschranken mit spürbaren Wettbewerbsbeschränkungen zu rechnen, wenn die Wettbewerber des in Rede stehenden Käufers klein sind, selbst wenn er im nachgelagerten Markt kein Marktbeherrscher<sup>821</sup> ist<sup>822</sup>.

## (2) Die Freistellbarkeit der verbotenen Alleinbelieferungsvereinbarungen

Für Alleinbelieferungsvereinbarungen von einer Länge über fünf Jahre gilt, dass sie für behauptete Effizienzen entweder als erlässlich einzustufen sind oder aber nicht zur Kompensation der Abschottungseffekte ausreichen<sup>823</sup>. Alleinbelieferungsverpflichtungen sind in Kombination mit einem Markenzwang nur dann als Rechtfertigung zur Lösung des „Hold-up-Problems“<sup>824</sup> geeignet, wenn keine Marktbeherrschung vorliegt<sup>825</sup>. Bei homogenen Zwischenprodukten sind Alleinbelieferungsvereinbarungen bis zur Grenze der Marktbeherrschung freistellbar<sup>826</sup>.

---

<sup>818</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (41) Rn 208 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (41) Rn 198.

<sup>819</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (41) Rn 209 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (41) Rn 199.

<sup>820</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (41) Rn 209 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (41) Rn 199.

<sup>821</sup>Hier zeigt sich eine sehr starke Fixierung der Kommission auf marktstrukturelle Daten und insbesondere eine sehr weite Sicht, was die Nichtanwendung des Verbotes bzw. das Eingreifen der Ausnahme angeht. Die Formulierung ist dahingehend zu verstehen, dass die Kommission normalerweise erst bei einer beherrschenden Stellung Bedenken hat. Es bleibt entweder nur ein sehr kleiner Anwendungsbereich für das Verbot oder aber die Ausnahme greift kaum. Fraglich ist allerdings, ob der Kommission zu folgen ist, dass i.d.R. das Verbot erst bei Marktbeherrschung greift und dann aber nicht mehr freigestellt werden kann. Dieser Rahmen erscheint sehr (zu?) weit.

Zudem ist fraglich, ob die Kommission dann, wenn sie in Rn 204/Rn 194 von über 30 % liegenden Marktanteilen im nachgelagerten Markt spricht, entweder meint, es läge dann schon Marktbeherrschung vor oder aber diese Marktanteile mit einem sehr viel höheren Wert beziffert, der dann der Marktbeherrschung nach der üblichen Entscheidungspraxis entspricht.

<sup>822</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (41) Rn 210 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (41) Rn 199.

<sup>823</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (41) Rn 205 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (41) Rn 195.

<sup>824</sup>Vgl. nochmals *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (23) Rn 116 Nr. 4 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (24) Rn 107 lit. d).

<sup>825</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (41) Rn 208 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (41) Rn 198.

<sup>826</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (41) Rn 210 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (41) Rn 199. Hier stellt sich die Frage, ob dieser sehr freizügigen Sichtweise (jedenfalls in dieser Allgemeinheit) gefolgt werden kann.

Generell sind Effizienzen in Form der Lösung der beiden „Hold-up-Probleme“<sup>827</sup> denkbar, wobei diese eher bei Zwischen- als bei Endprodukten zu erwarten sind<sup>828</sup>. Sonstige Leistungsgewinne sind unwahrscheinlich, insbesondere ist keine Generierung von „Größenvorteilen beim Vertrieb“<sup>829</sup> zu erwarten<sup>830</sup>. Ganz allgemein ist zu beachten, dass dem Lieferanten auferlegte Mengenvorgaben häufig gleich effizient und weniger wettbewerbsbeschränkend sind und mithin Alleinbelieferungsverpflichtungen erlässlich<sup>831</sup>.

### cc. Analyse und Kritik der Kommissionsauffassung

Positiv hervorzuheben ist die Kontinuität in der Auffassung seitens der Kommission. Sowohl die Leitlinien aus 2000 als auch die Leitlinien aus 2010 enthalten hier parallele Auslegungen. Verwunderlich stimmt die marktstrukturelle Einordnung seitens der Kommission. Obwohl im Rahmen der Schirm-GVO für beide Marktseiten ein 30 %-iger Marktanteil als gerade noch unbedenklich eingestuft wird (vgl. Art. 3 Abs. 1 und 2 Schirm-GVO), kommt die Kommission in ihrem *Komponententyp-Fall* zum Schluss, dass für Art. 3 Abs. 1 Schirm-GVO ein Marktanteil von 35 % unbedenklich und für Art. 3 Abs. 2 einen Marktanteil von 40 % unbedenklich sei. Generell zieht die Kommission den Rahmen hier sehr weit, indem sie eine Einzelfreistellung bis zur Grenze der Marktabschottung für möglich hält. Im Hinblick auf die Freistellungsvoraussetzung, dass eine Ausschaltung des Wettbewerbs nicht erfolgen darf, ist dies zwar nach den Buchstaben von Art. 101 Abs. 3 AEUV korrekt. Allerdings übersieht die Kommission dabei die Bedeutung des Tatbestandsmerkmals der angemessenen Verbraucherbeteiligung. Bei den von der Kommission genannten hohen Marktanteilen noch von einer unbedenklichen Vereinbarung zu sprechen, geht sehr weit. Die Kommission entfernt sich mit ihrer Auslegung stark von der - selbst erlassenen und mittlerweile in Kontinuität befindlichen Schirm-GVO. Der dortige Marktanteil von 30 % scheint nach Auffassung der Kommission für den Bereich der Alleinbelieferungsvereinbarungen kaum von Relevanz zu sein.

---

<sup>827</sup>Vgl. nochmals *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (23) Rn 116 Nr. 4 und 5 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (24) Rn 107 d) und e).

<sup>828</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (42) Rn 211 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (41) Rn 200.

<sup>829</sup>Vgl. nochmals *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (24) Rn 116 Nr. 6 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (24) Rn 107 lit. g).

<sup>830</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (42) Rn 211 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (41) Rn 200.

<sup>831</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (42) Rn 212 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (41) Rn 201.

## **g. Kopplungsbindungen<sup>832</sup>**

### **aa. Bewertung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV**

Gefahren durch Kopplungsbindungen liegen in der Marktabschottung für das gekoppelte Produkt, der Wirkung der Kopplung als eine Art Mengenvorgabe, wobei jeweils der Abschottungseffekt durch die Kombination mit einem Wettbewerbsverbot vertieft wird<sup>833</sup>. Zudem kann es zu nicht wettbewerbsgerechten Preisen kommen, wenn Kopplungsprodukt und gekoppeltes Produkt (jedenfalls teilweise) substituierbar sind<sup>834</sup>, die Vereinbarung je nach Verwendung des Produkts die Anwendung unterschiedlicher Preise zulässt<sup>835</sup> bzw. bei Verträgen mit langer Laufzeit oder Anschlussmärkten, bei denen die Erstausrüstung erst nach langer Zeit ersetzt wird, weil dann die Folgen der Kopplung für den Kunden nur schwer zu kalkulieren sind<sup>836</sup>. Zudem erhöhen sich durch die Kopplungsbindung die Marktzutrittsschranken auf dem Markt des Kopplungsprodukts und des gekoppelten Produkts<sup>837</sup>.

Eine starke Stellung des Lieferanten auf dem Markt des Kopplungsprodukts, ist der Grund für die geringe Chance des Käufers, sich der Kopplung zu entziehen<sup>838</sup>. Eine zahlreiche und starke Konkurrenz spricht dann gegen wettbewerbswidrige Wirkungen der Kopplungsbindung, wenn sie von den Konkurrenten des Lieferanten nicht ebenso praktiziert wird<sup>839</sup>. Nachfragemacht ist nur insoweit von Bedeutung, als es kaum möglich ist, marktmächtigen Käufern für sie unvorteilhafte Bindungen aufzuzwingen<sup>840</sup>.

### **bb. Freistellbare Kopplungsbindungen**

---

<sup>832</sup>Zur Definition der Kopplungsbindungen vgl. *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (42) Rn 215 f. bzw. ABl. 2010 C 130/1 (43) Rn 214.

<sup>833</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (42) Rn 216 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (44) Rn 216.

<sup>834</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (42) Rn 216 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (44) Rn 216.

<sup>835</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (42 f.) Rn 216 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (44) Rn 216.

<sup>836</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (43) Rn 216 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (44) Rn 216.

<sup>837</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (43) Rn 216 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (44) Rn 216.

<sup>838</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (43) Rn 219 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (44) Rn 219.

<sup>839</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (43) Rn 220 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (44) Rn 220.

<sup>840</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (43) Rn 221 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (44) Rn 221.

Leistungsgewinne beim Lieferanten sind denkbar durch gemeinsame Herstellung bzw. gemeinsamen Vertrieb von gekoppeltem- und Kopplungsprodukt<sup>841</sup>. Stellt der Lieferant nicht selbst her, so kann in größeren Bezugsmengen durch ihn ein Effizienzgewinn liegen<sup>842</sup>. Das Erfordernis der angemessenen Verbraucherbeteiligung ist dann nicht erfüllt, wenn es dem Käufer möglich wäre, das gekoppelte Produkt auf anderem Weg günstiger zu beziehen<sup>843</sup>. Wird die Kopplung zur Einhaltung bestimmter Produktstandards durchgeführt, so kann ein Effizienzgewinn im Sinne der „Sicherung von Einheitlichkeit und Qualität“<sup>844</sup> generiert werden<sup>845</sup>. Allerdings ist im Hinblick auf das Freistellungserfordernis der „Unerlässlichkeit“ zu beachten, dass die Pflicht, nur ein Produkt, das festgelegte Mindestqualitätsanforderungen erfüllt, zu nutzen oder weiterzuverkaufen, die Kopplungsbindung erlässlich machen kann<sup>846</sup>. Eine solche Verpflichtung fällt sogar nicht unbedingt unter Art. 101 Abs. 1 AEUV und zwar sogar dann, wenn in Ermangelung der Möglichkeit einen Qualitätsstandard für das in Rede stehende Produkt aufzustellen, die Bezugsquelle festgelegt wird, allerdings nur dann, wenn der Lieferant dadurch keinen direkten (finanziellen) Vorteil zieht<sup>847</sup>.

Werden durch die Kopplung über dem Wettbewerbsniveau liegende Preise erreicht, so ist dies „per se verboten“<sup>848</sup>.

Die Abschottungswirkung auf dem Markt des gekoppelten Produkts ist nach den für den Markenzwang geltenden Regeln zu beurteilen, sodass bei Marktanteilen über 30 % nur dann freigestellt werden kann, wenn „eindeutige Effizienzen“<sup>849</sup> vorliegen und die

---

<sup>841</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (43) Rn 222 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (44 f.) Rn 222.

<sup>842</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (43) Rn 222 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (44 f.) Rn 222.

<sup>843</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (43) Rn 222 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (44 f.) Rn 222. Ergänzen sollte man an dieser Stelle, dass auf einem Markt, der von einem umfassenden Kartell von Lieferanten beherrscht wird, die alle ausnahmslos die Kopplung zu gleichen Konditionen praktizieren, der Käufer keine günstigere Bezugsmöglichkeit vorfinden wird. Freilich heißt dies nicht, dass dann mit einer Verbraucherbeteiligung im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV zu rechnen wäre. Im Gegenteil: Diese wird nicht stattfinden und eine Freistellung scheidet hier *erst recht* aus!

<sup>844</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (24) Rn 116 Nr. 8 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (24) Rn 107 lit. i).

<sup>845</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (43) Rn 222 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (44) Rn 222.

<sup>846</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (43) Rn 222 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (44) Rn 222.

<sup>847</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (43) Rn 222 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (44) Rn 222.

<sup>848</sup> *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (43) Rn 223. Hier findet sich eine der wenigen Stellen, an denen die Kommission expressis verbis ein per se-Verbot anerkennt.

<sup>849</sup> Hier stellt die Kommission abermals eine von Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht geforderte Freistellungshürde auf.

Leistungsgewinne („jedenfalls teilweise“<sup>850</sup>) an die Verbraucher weitergegeben werden<sup>851</sup>. Schließlich ist eine Freistellung bei einem Markenzwang für das gekoppelte und/oder das Kopplungsprodukt „unwahrscheinlich“<sup>852</sup>.

### **cc. Analyse und Kritik der Kommissionsauffassung**

Die Anhaltspunkte für die kartellrechtliche Einordnung von Kopplungsbindungen seitens der Kommission sind stringent und nachvollziehbar. Auch hier findet sich eine starke Kontinuität zwischen den Leitlinien in 2000 und 2010. Interessanterweise bricht diese Kontinuität an relevanten Stellen ab. Dort, wo die Kommission in den Leitlinien aus 2000 ein per se-Verbot für über dem Wettbewerbsniveau liegende Preise in Folge der Kopplungsbindung statuiert, schweigen sich die Leitlinien aus 2010 aus. Auch der Verweis auf eine Frestellbarkeit im Bereich über 30 % bei ausschließlich „eindeutigen Effizienzen“ fehlt in der Neufassung der Leitlinien. Ob damit eine Abkehr der Kommission von den alten Aussagen (Leitlinien aus 2000) einhergeht, bleibt offen. Jedenfalls im Hinblick auf das per se Verbot nicht wettbewerbsgemäßer Preise ist der Kommission in ihren Leitlinien voll zuzustimmen. Keiner Wiederholung bedurfte es in den Leitlinien 2010 insoweit, als eine Einzelfreistellung nur beim Erreichen von „eindeutigen Effizienzen“ möglich sei. Eine entsprechende Leerformel war und ist überflüssig. Die Streichung ist daher zu begrüßen - auch wenn eine inhaltliche Aussage zu den Maßstäben für eine Einzelfreistellung seitens der Kommission nicht ersetzt werden kann. Ihre sonstigen Aussagen zur Lösung einzelner Wettbewerbsprobleme gibt allerdings einen guten Anhaltspunkt. Zu bedauern ist die fehlende Aufzählung entsprechender Beispiele für freistellungsfähige Kopplungsbindungen wie es ansonsten in den meisten Fällen vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen von der Kommission durchgeführt wurde. Dort, wo beispielsweise im Falle von Produktions- und Spezialisierungsvereinbarungen - um eine Beispiel aus dem Bereich horizontaler Wettbewerbsbeschränkung zu nennen - sogar fünfzehn Sachverhalte aufgezählt wurden, fehlt es hier gänzlich an konkretisierenden kasuistischen Vorgaben der Kommission.

### **h. Preisempfehlungen und Preisobergrenzen für den Weiterverkauf**

#### **aa. Gemeinschaftskartellrechtliche Einordnung der Preisabsprachen**

---

<sup>850</sup>Fraglich ist, was die Kommission mit „teilweiser“ Weitergabe meint. Art. 101 Abs. 3 AEUV fordert die „angemessene“ Verbraucherbeteiligung. Ob damit die „teilweise“ Einstreichung der Kartellrendite durch den Lieferanten vereinbar ist, erscheint m. E. zweifelhaft.

<sup>851</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (43) Rn 223.

<sup>852</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (43) Rn 223.

Preisabsprachen werden im Rahmen von Art. 101 AEUV ambivalent behandelt. Zum einen sind horizontale Preisabsprachen als Hardcore-Beschränkungen immer mittels des Kartellverbots zu erfassen<sup>853</sup>. Im Rahmen vertikaler Absprachen erfreuen sich Preisabsprachen im europäischen Kartellrecht einer vergleichsweise positiven Bewertung<sup>854</sup>. So sind nur Preisfestsetzungen und Mindestverkaufspreise von der Schirm-GVO als schwarze Klauseln erfasst<sup>855</sup>. Hingegen sind Preisempfehlungen und Preisobergrenzen ausdrücklich nicht als schwarze Klauseln einzuordnen.

### **bb. Bewertung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV**

Es bestehen zwei Konfliktherde für den Wettbewerb durch Preisempfehlungen und Preisobergrenzen. Einmal können sie als Orientierungspreis wirken, an den sich alle Händler halten<sup>856</sup>. Zum anderen wird hierdurch die Kollusion unter den Lieferanten begünstigt<sup>857</sup>. Zur Beurteilung derjenigen Preisobergrenzen und -empfehlungen, die von der Schirm-GVO nicht erfasst sind<sup>858</sup>, dienen die Marktstellung des Lieferanten und der Wettbewerber; mit der Marktgeltung des Lieferanten steigt die Gefahr, dass Empfehlungen und Obergrenzen als Festpreise wirken<sup>859</sup>. In Oligopolmärkten können Preisempfehlungen und -obergrenzen die Kollusion der Lieferanten erleichtern<sup>860</sup>.

### **cc. Vorgaben für die Bewertung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV/Analyse und Kritik der Kommissionsauffassung**

Fraglich ist, ob von Art. 101 Abs. 3 AEUV erfasste Preisobergrenzen bzw. -empfehlungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freistellbar sind.

---

<sup>853</sup>Siehe hierzu eingehend oben unter Zweiter Teil D. I..

<sup>854</sup>Vgl. z. B. die deutlich strengere Bewertung des GWB in § 14 bis zur 7. Novelle.

<sup>855</sup>Siehe ebenda Art. 4 lit. a.

<sup>856</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (44) Rn 226 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (46) Rn 227.

<sup>857</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (44) Rn 226 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (46) Rn 227.

<sup>858</sup>Hiermit sind nur die Fälle gemeint, bei denen die Marktanteilsschwelle von 30 % verletzt ist, da andernfalls (also bei der Erfassung von Art. 4 lit. a GVO) Art. 101 Abs. 1 AEUV immer greift und eine Einzelfreistellung per se ausscheidet.

<sup>859</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (44) Rn 227 bzw. ABl. 2010 C 130/1 (46) Rn 228.

<sup>860</sup>*Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 (44) Rn 228. Diese Analyse der Kommission trifft zwar zweifellos zu. Allerdings stellt sich die Frage, warum diese Frage in den Leitlinien für vertikale Beschränkungen behandelt wird. Beschrieben wird hier ja gerade die horizontale Auswirkung der Empfehlungen und Obergrenzen im Oligopolmarkt. Dies wurde von der Kommission gegebenenfalls mittlerweile erkannt. In den Leitlinien aus 2010 fehlt eine entsprechende Aussage.



Preisfestsetzungen und Mindestpreise sind Kernbeschränkungen nach Art. 4 lit. a Schirm-GVO. Preisempfehlungen und -obergrenzen, die sich wie Festpreise bzw. Mindestverkaufspreise auswirken, sind hiervon ebenfalls erfasst. Erfasst man Empfehlungen und Obergrenzen mit Art. 101 Abs. 1 AEUV, so ist der Grund hierfür, dass sie wie Fest- oder Mindestpreise wirken<sup>861</sup>. Fest- und Mindestpreise sind aber (in der Terminologie der Gruppenfreistellungsverordnungen) Kernbeschränkungen und (ganz allgemein) Hardcore-Beschränkungen.

Ganz nach der allgemeinen Rede, „Wer A sagt muss auch B sagen“, präjudiziert die Erfassung der in Rede stehenden Preisabsprachen mit dem Kartellverbot die Möglichkeit der Ausnahme.

Mit anderen Worten: Es gibt keine Einzelfreistellung für Preisempfehlungen bzw. -obergrenzen.

Insoweit ist die Kommission zu kritisieren, als sie diese entsprechend klare Äußerung selbst nicht trifft oder zu treffen im Stande ist. Man mag rechtspolitisch zu Art. 4 lit. a Schirm-GVO stehen wie man möchte, wenigstens die Klarstellung, dass eine Einzelfreistellung darüber hinausgehend nicht in Frage kommt, wäre sinnvoll gewesen. Bedenklich ist daran, dass de facto Höchstverkaufspreise auch bei 30 % übersteigenden Marktanteilen möglich sind. Im Hinblick auf das Wettbewerbskriterium „Preise“ an dieser Stelle ein wettbewerbspolitisch höchst fragwürdiges Verdikt der Kommission.

---

<sup>861</sup>Siehe dazu nochmals gerade unter bb.

### 3. Die Frestellbarkeit von Technologietransfer-Vereinbarungen

Der Bereich der Technologietransfer-Vereinbarungen kann mittlerweile auf eine kontinuierliche Entwicklung von Gruppenfreistellungsverordnung und Leitlinien zurückblicken. Im Folgenden werden daher parallel und integriert sowohl die ursprünglichen Gruppenfreistellungsverordnung<sup>862</sup> als auch die aktuelle Gruppenfreistellungsverordnung<sup>863</sup> jeweils samt der zugehörigen Leitlinien<sup>864</sup>.

#### a. Einleitung

Neben den schon durch die Technologietransfer-GVO freigestellten Vereinbarungen kommen für die Einzelfreistellung zwei Sachverhaltskonstellationen in Frage. Dies sind zum einen der Fall des Überschreitens der Marktanteilsschwellen der Gruppenfreistellungsverordnung<sup>865</sup>, zum anderen der Fall, dass eine Vereinbarung von mehr als zwei Vereinbarungspartnern getroffen wird<sup>866</sup>.

#### b. Allgemeine wettbewerbspolitische Einordnung der Technologietransfer-Vereinbarungen

##### aa. Die Bewertungskriterien

---

<sup>862</sup>Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. 2004 L 123/11.

<sup>863</sup>Verordnung (EU) nr. 316/2014 der Kommission vom 21. März 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. 2014 L 93/17.

<sup>864</sup>Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. 2004 C 101/2 sowie Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. 2014 C 89/3, nachfolgend jeweils Leitlinien Technologietransfer.

<sup>865</sup>Dies sind die Schwellenwerte aus Art. 3 Technologietransfer-GVO: 20 % (gemeinsam) für konkurrierende Unternehmen, 30 % (individuell) für nicht konkurrierende Unternehmen.

<sup>866</sup>Die Kommission schließt an dieser Stelle die Frestellbarkeit nach Art. 101 Abs. 3 AEUV für solche Vereinbarungen aus, die Kernbeschränkungen enthalten (vgl. Art. 4 Technologietransfer-GVO). Zu den in Art. 5 Technologietransfer-GVO von der Gruppenausnahme ausgenommenen Klauseln äußert sie sich nicht, vgl. Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (24) Rn 130 bzw. ABl. 2014 C 89/1 (31) Rn. 156. A. A. ist Mamane, der insgesamt vier Konstellationen aufzählt, die für eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV in Frage kämen ([1] Überschreitung der Marktanteilsschwellen, [2] Vereinbarungen mit mehr als zwei Partnern, [3] fehlende Gruppenfreistellung auf Grund von Kernbeschränkungen nach Art. 4 Technologietransfer-GVO, [4] fehlende Freistellung für Klauseln nach Art. 5 Technologietransfer-GVO). Wörtlich heißt es: „In all diesen Fällen besteht keine Regelvermutung für einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EGV oder für das Nichtvorliegen der Anforderungen einer Individualfreistellung gemäß Art. 81 Abs. 3 EGV.“ Vgl. Mamane, Technologietransfer-Reform, S. 26.

Bei der Beurteilung von Technologietransfer-Vereinbarungen muss der Marktanteil der Partner berücksichtigt werden<sup>867</sup>. Wie auch bei anderen Arten von Vereinbarungen steigt mit der Höhe des Anteils am Markt üblicherweise die Macht des Unternehmens, insbesondere dann, wenn er Wettbewerbsvorteile mit sich bringt<sup>868</sup>. Solche Vorteile sind insbesondere für Erstanbieter auf einem Markt, die Halter wesentlicher Patente und die Inhaber überlegener Technologien zu erwarten<sup>869</sup>.

Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang auch, ob der Lizenznehmer (obwohl er kein Konkurrent des Lizenzgebers ist) Inhaber einer konkurrierende Technologie ist, die er nicht lizenziert<sup>870</sup>. Der Wettbewerb wird erheblich stärker beschränkt, wenn ein Lizenznehmer mit einer starken Stellung auf dem Produktmarkt durch die Vereinbarung eine Exklusivlizenz für eine konkurrierende Technologie bekommt als wenn die Nichtausschließlichkeit vereinbart wird bzw. es noch andere Lizenznehmer gibt<sup>871</sup>.

Die allgemeine Regel, dass mit der Existenz vieler starker Wettbewerber das Risiko der Machtausübung der Vereinbarungspartner sinkt und umgekehrt in einem Markt mit wenigen Unternehmen, mit ähnlicher Größe, ähnlichem Kostenaufwand und ähnlichem FuE-Potenzial die Kollusionsgefahr in höherem Maß gegeben ist, gilt auch hier<sup>872</sup>.

Zu berücksichtigen ist weiterhin die Marktstellung der Abnehmer, aus der sich die Antwort auf die Frage nach Nachfragemacht ergibt<sup>873</sup>. Maßeinheit ist hier insbesondere der Marktanteil der Abnehmer auf dem Beschaffungsmarkt<sup>874</sup>. Zudem muss die Stellung des Abnehmers auf dem nachgelagerten Markt, die geografische Streuung seiner Betriebsanlagen sowie sein Markenimage bei den Endverbrauchern ins Kalkül gezogen werden<sup>875</sup>. Liegt danach

---

<sup>867</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (25) Rn 134 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (32) Rn 164.

<sup>868</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (25) Rn 134 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (32) Rn 164.

<sup>869</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (25) Rn 134 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (32) Rn 164.

<sup>870</sup> Dieses Beurteilungskriterium nimmt Bezug auf die Definition konkurrierender Unternehmen im Technologiemarkt in Art. 1 Abs. 1 lit. j) i) bzw. Art. 1 Abs. 1 lit. n) i) Technologietransfer-GVO 2004 bzw. 2014. Danach sind „konkurrierende Unternehmen auf dem `relevanten Technologiemarkt` solche Unternehmen..., *die Lizenzen für konkurrierende Technologien (bzw. Technologierechte)* (Hervorhebung durch den Verfasser) vergeben, ...“.

<sup>871</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (25) Rn 135 bzw. ähnlich ABl. 2014 C 89/3 (32) Rn 162.

<sup>872</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (25) Rn 136 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (32) Rn 162.

<sup>873</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (25) Rn 137 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (32) Rn 164.

<sup>874</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (25) Rn 137 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (32) Rn 164.

<sup>875</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (25) Rn 137 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (32) Rn 164.

Nachfragemacht vor, so kann dadurch die Macht von Lizenzgeber und -nehmer geschmälert werden<sup>876</sup>.

Bei der Beurteilung der Marktzutrittsschranken gelten die allgemeinen Regeln<sup>877</sup>. Im Hinblick auf die Marktphase gilt, dass auf einem ausgereiften Markt<sup>878</sup> wahrscheinlich negativere Wirkungen in Folge einer Beschränkung zu erwarten sind als bei einem dynamischen Markt<sup>879</sup>.

### **bb. Negative Auswirkungen von Technologietransfer-Vereinbarungen**

Technologietransfer-Vereinbarungen können insbesondere die folgenden drei negativen Auswirkungen erzeugen<sup>880</sup>: Es kann zu einer Verringerung des Technologien Wettbewerbs<sup>881</sup> zwischen den Unternehmen auf dem Technologie- bzw. Produktmarkt inklusive der Begünstigung von Absprachen<sup>882</sup> kommen (i). Wettbewerber können durch Kostensteigerung, die Beschränkung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen und die Errichtung sonstiger

---

<sup>876</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (25) Rn 13 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (32) Rn 164. Als Beispiel nennt die Kommission hier den Fall, dass bei kontinuierlicher Erhöhung der relativen Preise für starke Abnehmer eine Möglichkeit bzw. ein Anreiz bestehen kann, auf neue Versorgungsquellen zurückzugreifen. Kommt es zwar zur Aushandlung günstigerer Lieferbedingungen, erfolgt aber eine Weitergabe der Preiserhöhungen an die Endkunden, so ist die Marktmacht des Lizenzgebers bzw. -nehmers auf dem Produktmarkt ungebrochen.

<sup>877</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (26) Rn 138 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (32) Rn 165.

<sup>878</sup> Ein solcher ist dadurch gekennzeichnet, dass er seit einiger Zeit besteht, die Technologie bekannt und verbreitet ist sowie sich nicht mehr stark verändert und die Nachfrage sinkt bzw. jedenfalls relativ stabil ist. *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (26) Rn 139 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (33) Rn 167.

<sup>879</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (26) Rn 139 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (33) Rn 167.

<sup>880</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (26) Rn 141 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (33) Rn 169.

<sup>881</sup> Technologienwettbewerb ist der Wettbewerb zwischen Unternehmen, die auf der Basis substituierbarer Technologien Lizenzen vergeben oder produzieren. Zu einer Verringerung desselben kann es zunächst dadurch kommen, dass die Beteiligten wechselseitige Vereinbarungen abschließen, bei denen sie die Lizenzen für die konkurrierenden Technologien tauschen und sich zu einer Überlassung der jeweiligen Verbesserungen ihrer Technologien verpflichten, wodurch der Innovationswettbewerb beschränkt wird, vgl. *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (26) Rn 142 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (33) Rn 170.

<sup>882</sup> Die Kommission beschreibt hier zunächst allgemeine Merkmale von Märkten, die eine Absprachen fördern, also solche mit starker Konzentration, ähnlichen Interessen der Unternehmen, der Fähigkeit die Unternehmungen der anderen zu beobachten, Sanktionsmöglichkeiten sowie hohen Marktzutrittsschranken. Technologietransfer-Vereinbarungen, die die Markttransparenz erhöhen, das Marktverhalten kontrollieren und die Marktzutrittsschranken erhöhen, befördern nun die Absprachen. In Ausnahmefällen könnten auch Lizenzvereinbarungen Absprachen fördern, und zwar dann, wenn es vereinbarungsbedingt zu einer Kostenangleichung kommt, vgl. *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (26) Rn 143 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (33) Rn 171, wo die Kommission auch auf ihre Maßstäbe zur Kostenangleichung in den Horizontalleitlinien verweist, siehe ebenda *dies.*, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (4) Rn 23 bzw. *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (25) Rn 134 bzw. ABl. 2011 C 11/1 (10) Rn 36.

Marktzutrittsschranken ausgeschlossen werden(ii)<sup>883</sup>. Zudem kann es zu einer Verringerung des technologieinternen Wettbewerbs kommen (iii)<sup>884</sup>.

### cc. Grundsätze für die Freistellbarkeit von Technologietransfer-Vereinbarungen

Technologietransfer-Vereinbarungen werden von der Kommission generell als wettbewerbspolitisch positiv eingestuft<sup>885</sup>. Bei ihrer Beurteilung müssen die unwiederbringlichen Erstinvestitionen sowie der hierfür anzusetzende Amortisationszeitraum berücksichtigt werden, wobei für diese Phase entweder schon Art. 101 Abs. 1 AEUV ausscheiden soll oder aber jedenfalls Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sein soll<sup>886</sup>.

Effizienzgewinne können durch die Zusammenführung komplementärer Technologien bzw. sonstiger Gütern erreicht werden, um damit neue oder verbesserte Produkte herzustellen bzw. bei vorhandenen Produkten die Gestehungskosten zu senken<sup>887</sup>. Überhaupt ist ein häufiger Grund für die Lizenzierung, dass diese effizienter als die Eigenverwertung ist<sup>888-889-890</sup>. Auf der

---

<sup>883</sup>Spezifische Ausschlusseffekte von Technologietransfer-Vereinbarungen können dann auftreten, wenn der Lizenznehmer im Erwerb von Lizenzen von Dritten beschränkt ist. Als Beispiel dient hier die Auferlegung von Wettbewerbsverboten in großer Zahl durch marktstarke Lizenzgeber, sodass dritte Lizenzgeber keine Abnehmer für ihre Lizenzen finden. Zudem können Anbieter von Ersatztechnologien dadurch vom Markt ferngehalten werden, indem die marktstarken Lizenzgeber verschiedene Teile einer Technologie paketweise lizenzieren, obwohl dies zur Herstellung des relevanten Erzeugnisses erlässlich ist, vgl. Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (27) Rn 144 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (33 f.) Rn 172.

<sup>884</sup>Technologieinterner Wettbewerb wird hier definiert als „Wettbewerb zwischen Unternehmen, die auf der Grundlage derselben Technologie produzieren“. Problematisch sind insbesondere Gebietsbeschränkungen für Lizenznehmer. Zudem kann der technologieinterne Wettbewerb durch Absprachen der Lizenznehmer verringert werden. Hierdurch kann wiederum die Kollusion zwischen Inhabern konkurrierender Technologien befördert, sowie der Technologiewettbewerb durch Aufstellung von Zutrittsschranken geschmälert werden, Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (27) Rn 145 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (34) Rn 173.

<sup>885</sup>Wörtlich heißt es: „...die meisten restriktiven Lizenzvereinbarungen weisen wettbewerbsfördernde Wirkungen in Form von Effizienzgewinnen auf, die die wettbewerbsschädlichen Wirkungen aufwiegen können.“ Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (27) Rn 146. In ihren Leitlinien aus 2014 formuliert die Kommission vorsichtiger und spricht davon, dass restriktive Lizenzvereinbarungen in vielen Fällen positive Wirkungen aufweisen können. Ein Präjudiz im Sinne von „die meisten“ wird nicht mehr vorgenommen, Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (34) Rn 174.

<sup>886</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (27) Rn 146 f. bzw. ABl. 2014 C 89/3 (34) Rn 174 f.

<sup>887</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (27) Rn 148 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (34) Rn 176.

<sup>888</sup>Die Kommission konstatiert hier, dass dieses Motiv außerhalb der „echten Kartelle“ bzw. „Hardcore-Kartelle“ anzutreffen ist. Es wird aber nicht weiter ausgeführt, was denn diese echten Kartelle seien, vgl. Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (27) Rn 148 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (34) Rn 176. Mangels weiterer Anhaltspunkte geht der Verfasser von der allgemeinen Linie der Kommission und auch der eigenen Arbeit aus, in dem unter „echten Kartellen“ die Hardcore-Beschränkungen bzw. Kernbeschränkungen, mithin die per se verbotenen Beschränkungen, verstanden werden.

<sup>889</sup>Beispiel 1: Der Lizenznehmer hat schon Zugang zu den Produktionsgütern. Durch die Lizenzvereinbarung kann er neue und verbesserte Technologien mit den vorhandenen Produktionsgütern verbinden, vgl. Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (27) Rn 148 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (34) Rn 176.

<sup>890</sup>Beispiel 2: Ein Lizenznehmer verfügt über eine Technologie und kann in Verbindung mit der Technologie des Lizenzgebers Synergieeffekte nutzen. Eine Kombination beider Technologien kann dem Lizenznehmer ermöglichen, ein ohne die Vereinbarung nicht zu erreichendes Verhältnis von Produktionsmenge zu Kosten zu

Vertriebsebene sind Effizienzgewinne in Form von Kostenersparnissen und „nützlichen Dienstleistungen für die Verbraucher“ denkbar<sup>891</sup>. Durch Pool-Vereinbarungen<sup>892</sup> werden die Transaktionskosten gesenkt, da einzelne Verträge mit den Vereinbarungspartnern für die Lizenznehmer entfallen<sup>893</sup>. Wirtschaftszweige, bei denen eine Vielzahl von Schutzrechten anzutreffen sind, profitieren in wettbewerblicher Hinsicht vom Abschluss von Anspruchsregelungs- und Anspruchsverzichtsvereinbarungen, da auf diese Weise die Angst vor Verletzungsklagen entfällt und somit der Entwicklung neuer Technologien jedenfalls kein Prozessrisiko im Wege steht<sup>894</sup>.

Im Hinblick auf die angemessene Verbraucherbeteiligung gelten die allgemeinen Regeln; die Verbraucher müssen demnach aus den Erzeugnissen, die Gegenstand der Lizenzvereinbarung sind, jedenfalls einen Ausgleich der für sie negativen Folgen erhalten<sup>895</sup>.

Auch bei der Frage der Unerlässlichkeit ist weitgehend lediglich auf die allgemeinen Regeln bezüglich Art. 101 Abs. 3 AEUV zu verweisen<sup>896</sup>. Allerdings soll der Prüfung, ob die Vereinbarung als solche zur Generierung der Effizienzgewinne unerlässlich ist, erhöhte Bedeutung zukommen<sup>897</sup>. Bei der einfachen Lizenzvergabe gilt, dass es in der Regel keine weniger beschränkende Möglichkeit als die Lizenzierung gibt<sup>898</sup>.

Bezüglich der vierten Freistellungsvoraussetzung erinnert die Kommission daran, dass noch keine Ausschaltung des Wettbewerbs vorliegt, wenn es zu einer wesentlichen Einschränkung desselben kommt<sup>899</sup>.

---

erreichen, vgl. *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (27) Rn 148 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (34) Rn 176.

<sup>891</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (27) Rn 148 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (34) Rn 176. Fraglich ist an dieser Stelle, worin die Kostenersparnisse konkret bestehen sollen und unter welchen Bedingungen mit ihnen zu rechnen ist. Des Weiteren ist nicht klar, was denn „nützliche Dienstleistungen“ sein sollen.

<sup>892</sup>Bei einer Pool-Vereinbarung stellen mehrere Lizenzgeber ein Paket ihrer Technologien zusammen und lizenzieren dieses als Ganzes an Dritte. *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (45) Rn 244.

<sup>893</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (27) Rn 148 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (34) Rn 176.

<sup>894</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (27) Rn 148 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (34) Rn 176.

<sup>895</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (28) Rn 150 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (35) Rn 178.

<sup>896</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (27 f.) Rn 149 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (35) Rn 177.

<sup>897</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (28) Rn 149 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (35) Rn 177. Als Beispiel nennt die Kommission einen Technologiepool, der komplementäre Technologien enthält, die aber nicht wesentlich sind. Hierbei sei nun zu prüfen, ob durch ihre Einbeziehung besondere Effizienzen erzielt würden oder die Einbeziehung der substitutionslosen Technologien reichte.

<sup>898</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (28) Rn 149 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (35) Rn 177.

<sup>899</sup>Als Beispiel nennt die Kommission hier den Technologiepool, der zu einem Industriestandard führt und kaum Spielraum im Hinblick auf das verwendete technische Format gewährt. Sobald die Marktführer dieses Format

### **c. Art. 101 Abs. 1 AEUV greift nicht**

Ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 3 AEUV scheidet dann aus, wenn neben den von den Vertragsparteien kontrollierten Technologien mindestens vier von Dritten kontrollierte Substitutionstechnologien existieren<sup>900</sup>.

Des Weiteren greift Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht bei folgenden Beschränkungen und Praktiken:

Verpflichtung zur Wahrung der Vertraulichkeit; Verpflichtung, keine Unterlizenz zu vergeben; Nutzungsverbote für die Zeit nach Ablauf der Vereinbarung, für den Fall, dass die lizenzierte Technologie noch gültig und rechtswirksam ist; Unterstützung des Lizenzgebers bei der Durchsetzung seiner lizenzierten Schutzrechte, Zahlung von Mindestgebühren oder Verpflichtung zur Produktion einer Mindestmenge an Lizenzerzeugnissen; Verwendung des Markenzeichens des Lizenzgebers oder die Angabe des Namens des Lizenzgebers auf dem Produkt<sup>901</sup>.

### **d. Der Anwendungsbereich von Kartellverbot und -ausnahme**

Im Folgenden werden einzelne Unterarten von Technologietransfer-Vereinbarungen untersucht, aus deren Kreis sich der eigentliche Anwendungsbereich für Art. 101 Abs. 3 AEUV im Umfeld der nämlichen Sachverhaltstypen rekrutiert.

#### **aa. Vereinbarungen über Lizenzgebühren/Festsetzung von Lizenzgebühren**

Grundsätzlich sind die Festlegung von Lizenzgebühren und die Vereinbarung von Zahlungsmodalitäten kartellrechtlich unbedenklich<sup>902</sup>. Unschädlich ist es auch, die Gebühr auf Grund des Preises des Endprodukts zu berechnen, wenn die lizenzierte Technologie einem

---

übernehmen, haben andere Formate kaum eine Chance am Markt. Hiermit muss aber noch lange keine Ausschaltung des Wettbewerbs im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV einhergehen. Es kann zwischen den Verwendern der Technologie sehr wohl noch Preis- und Qualitätswettbewerb herrschen, sowie Konkurrenz um einzelne Produkteigenschaften. Allerdings sollte darauf geachtet werden, dass die eben genannten Wettbewerbsformen nicht im Übermaß behindert werden und insbesondere der Innovationswettbewerb nicht erstickt wird. Vgl. zum Ganzen *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (28) Rn 152 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (35) Rn 179 f.

<sup>900</sup>Maßstab, ob eine Substituierbarkeit angenommen werden kann, soll zum einen die relative Marktstärke dieser Technologien sein. Stellt eine Technologie keine wirtschaftliche Alternative dar, so geht die Kommission nur von einem geringen von ihr ausgehenden Wettbewerbsdruck aus. Als Beispiel dient das Vorhandensein von dem Verbraucherwunsch nach lizenzierter Technologie, sodass auch aktuelle Technologien bzw. der drohende potenzielle Markteintritt neuer Technologien möglicherweise wirkungslos bliebe, vgl. *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (24) Rn 131 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (31 f.) Rn 155.

<sup>901</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (27 f.) 155 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (36) Rn 183.

<sup>902</sup>Lizenzgebühren kommen in Form von Pauschalzahlungen, als Prozentsatz vom Verkaufspreis und als Festbetrag pro verkauftes Lizenzprodukt vor. *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (29) Rn 156 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (36) Rn 184.

Einsatzgut entspricht<sup>903</sup>. Bei Software-Lizenzen ist die Berechnung der Gebühr nach Gerät und Nutzer unbedenklich<sup>904</sup>.

Werden Lizenzgebühren zwischen Wettbewerbern vereinbart, so kann eine Preisfestsetzung vorliegen<sup>905</sup>.

Sonstige wettbewerbsbeschränkende Gebührenvereinbarungen fallen bis zur Marktanteilsgrenze von 20 % unter die Technologietransfer-GVO; außerhalb der Verordnung ist Art. 101 Abs. 1 AEUV u. U. dann zu bejahen, wenn Konkurrenten sich wechselseitig Lizenzen erteilen und die Lizenzgebühr im Vergleich zum Marktwert der Lizenz außer Verhältnis steht und es durch die Festsetzung der Gebühr zu einer erheblichen Beeinflussung des Marktpreises des Produkts kommt<sup>906</sup>. Die Unverhältnismäßigkeit des Marktpreises ist auf Grund eines Vergleiches der vereinbarten Gebühren mit den Gebühren, die für dieselbe Technologie bzw. eine Ersatztechnologie auf dem Markt gefordert werden, zu ermittelten<sup>907</sup>. Im Falle der Bejahung des Verbotstatbestandes ist die Erfüllung der

---

<sup>903</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (29) Rn 156 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (36) Rn 184.

<sup>904</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (29) Rn 156 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (36) Rn 184.

<sup>905</sup>Eine solche Preisfestsetzung stellt eine Kernbeschränkung nach Art. 4 Abs. 1 lit. a) Technologietransfer-GVO dar. Die Kommission sieht die Norm dann als erfüllt an, wenn Konkurrenten „wechselseitige Lizenzgebühren in Fällen vorsehen, in denen die Lizenz nur zum Schein geschlossen wurde, da sie weder die Integration ergänzender Technologien ermöglicht, noch den Wettbewerb in anderer Weise fördert“. Art. 4 Abs. 1 lit. a) und d) Technologietransfer-GVO sind erfüllt, wenn Lizenzgebühren für Produkte vorgesehen sind, die der Lizenznehmer ausschließlich auf der Grundlage seiner eigenen Technologie produziert, vgl. *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (29) Rn 157 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (36) Rn 185.

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch eine weitere Äußerung der Kommission. So sieht sie Art. 4 Abs. 1 lit. a) Technologietransfer-GVO dadurch als erfüllt an, dass die Parteien vereinbaren, dass die Lizenzgebühren auf Grundlage sämtlicher Produktverkäufe berechnet werden, ohne Ansehung, ob die lizenzierte Technologie überhaupt zum Einsatz kommt. Dieses Verhalten subsumiert sie auch unter Art. 4 Abs. 1 lit. d) Technologietransfer-GVO. Grund für die gesetzgeberische Einordnung als Kernbeschränkung einer Technologietransfer-Vereinbarung ist die Erhöhung der Kosten für die Nutzung der eigenen Technologie bei der verpflichteten Partei, wodurch es zu einer Einschränkung des Wettbewerbs kommt, der ohne die Vereinbarung stattgefunden hätte. Bis hierhin überrascht die Äußerung noch nicht. Allerdings macht die Kommission von ihrer gängigen Linie, Kernbeschränkungen als per se-Verbote anzusehen, die freistellungsschädlich sind, eine Ausnahme. Wenn die nämliche Vereinbarung auf Grund objektiver Aspekte für eine Lizenzvergabe unerlässlich ist, so könne Art. 101 Abs. 3 AEUV greifen. Dies soll dann der Fall sein, wenn es unmöglich oder unangemessen schwierig ist, die Lizenzgebühr zu berechnen bzw. zu überwachen. Dies sei z. B. dann anzunehmen, wenn die Technologie des Lizenzgebers keine sichtbaren Spuren auf dem Enderzeugnis hinterlässt und keine anderen praktikablen Überwachungsmethoden vorhanden sind. *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (16) Rn 80 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (22) Rn 101 f.

<sup>906</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 401/2 (29) Rn 158 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (36) Rn 186. Fraglich ist, was die Kommission hier mit „u. U.“ meint. Sollen dies weitere Voraussetzungen zusätzlich zu den wechselseitigen Lizenzerteilungen sein, die zu unverhältnismäßigen Lizenzgebühren führen, oder beschreibt dies gerade die „Umstände“?

<sup>907</sup>Hier ist die Kommission ebenfalls unklar. Bedarf es zusätzlicher Voraussetzungen oder ist der Sachverhalt abschließend damit beschrieben, dass die Steigerung der Lizenzgebühren tatsächlich ursächlich an den Ausstoß gekoppelt ist, was nur bei einem gewissen Maß an Marktmacht erwartet werden können soll?

Vgl. zum Ganzen *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (29) Rn 158 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (36) Rn 186.



Freistellungsvoraussetzungen unwahrscheinlich<sup>908</sup>. Art. 101 Abs. 3 AEUV ist u. U. auch dann zu bejahen, wenn wechselseitige Lizenzgebühren mit dem Output steigen<sup>909</sup>. Eine solche kausale Verknüpfung von Outputsteigerung und Anstieg der Lizenzgebühren soll insbesondere bei Marktmacht der Partner zu erwarten sein<sup>910</sup>.

Obwohl die Freistellung nach der Technologietransfer-GVO nur für die Dauer des technologischen Schutzrechts und dessen Rechtswirksamkeit gilt, können die Parteien ihre Lizenzvereinbarung bedenkenlos über diesen Zeitraum verlängern<sup>911</sup>. Sind nämlich die Schutzrechte erloschen, so besteht durch Dritte jedenfalls potenzieller Wettbewerb, sodass Art. 101 Abs. 3 AEUV verneint werden kann<sup>912</sup>.

Die positive Bewertung seitens der Kommission ist hier sehr weitgehend. Letztlich behauptet sie bloß die Entstehung potenziellen Wettbewerbs als unbedingte Folge des Wegfalls eines Schutzrechts. Diese Ableitung ist nach Auffassung des Verfassers nicht zwingend. Ob es zu potenziellem Wettbewerb kommt, ist in jedem Einzelfall zu untersuchen. Zulässig wäre allenfalls die Aussage, dass ein Wegfall des Schutzrechts die Vorbedingung für interessierte Marktzugänger ist, um tatsächlich einzutreten. In einem solchen Fall ist tatsächlich in Frage zu stellen, ob Art. 101 Abs. 1 AEUV noch einschlägig ist, da de facto keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung besteht, sondern nur die bilaterale Handlungsfreiheit der Vereinbarungspartner beschränkt wird.

Bei Gebührenvereinbarungen von Nicht-Wettbewerbern greift die Technologietransfer-GVO für Vereinbarungen, nach denen die Lizenzgebühren auf Grundlage aller hergestellten Produkte berechnet werden<sup>913</sup>. Durch eine solche Berechnungspraxis wird zwar die

---

<sup>908</sup>Hier ist die Kommission ebenfalls unklar. Bedarf es zusätzlicher Voraussetzungen oder ist der Sachverhalt abschließend damit beschrieben, dass die Steigerung der Lizenzgebühren tatsächlich ursächlich an den Ausstoß gekoppelt ist, was nur bei einem gewissen Maß an Marktmacht erwartet werden können soll?

Vgl. zum Ganzen Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (29) Rn 158 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (36) Rn 186.

<sup>909</sup>Hier ist die Kommission ebenfalls unklar. Bedarf es zusätzlicher Voraussetzungen oder ist der Sachverhalt abschließend damit beschrieben, dass die Steigerung der Lizenzgebühren tatsächlich ursächlich an den Ausstoß gekoppelt ist, was nur bei einem gewissen Maß an Marktmacht erwartet werden können soll?

Vgl. zum Ganzen Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (29) Rn 158 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (36) Rn 186.

<sup>910</sup>Hier ist die Kommission ebenfalls unklar. Bedarf es zusätzlicher Voraussetzungen oder ist der Sachverhalt abschließend damit beschrieben, dass die Steigerung der Lizenzgebühren tatsächlich ursächlich an den Ausstoß gekoppelt ist, was nur bei einem gewissen Maß an Marktmacht erwartet werden können soll?

Vgl. zum Ganzen Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (29) Rn 158 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (36) Rn 186.

<sup>911</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (29) Rn 159 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (36) Rn 187.

<sup>912</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (29) Rn 159 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (36) Rn 187.

<sup>913</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (29) Rn 160 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (37) Rn 188.

Gebührenberechnung erleichtert, allerdings können Abschottungseffekte durch die Erhöhung der Kosten des Inputs Dritter auftreten<sup>914</sup>. Dadurch entsteht eine ähnliche Wirkung wie bei Wettbewerbsverboten<sup>915</sup>. Durch die Einbeziehung fremder Technologien in die Gebührenberechnung werden diese weniger nachgefragt, da die Kosten steigen<sup>916</sup>. Daher ist außerhalb des Anwendungsbereichs der Verordnung die Frage aufzuwerfen, ob es zu einer Abschottung kommt<sup>917</sup>. Die Antwort kann unter Anwendung der Kriterien, die für Wettbewerbsverbote gelten, gefunden werden<sup>918</sup>. Kommt es hiernach zu einer Abschottung, so ist Art. 101 Abs. 1 AEUV zu bejahen<sup>919</sup>. Für Art. 101 Abs. 3 AEUV bleibt grundsätzlich kein Raum mehr, es sei denn, es handelt sich bei der Einbeziehung aller hergestellten Produkte um die einzige Möglichkeit der Berechnung und Kontrolle der Gebühren<sup>920</sup>.

## **bb. Exklusivlizenzen und Verkaufsbeschränkungen**

### **(1) Exklusiv-und Alleinlizenz<sup>921</sup>**

Verpflichtet sich der Lizenzgeber, weder selbst zu produzieren, noch an Dritte zu lizenzieren, so liegt eine Exklusivlizenz vor; fehlt die erste Verpflichtung, so handelt es sich um eine Alleinlizenz<sup>922</sup>. Beide Formen werden oft mit Verkaufsbeschränkungen<sup>923</sup> gekoppelt<sup>924</sup>.

Wechselseitige Exklusivlizenzen sind nach Art. 4 Abs. 1 lit. c) Technologietransfer-GVO Kernbeschränkungen, wohingegen wechselseitige Alleinlizenzen zwischen Konkurrenten<sup>925</sup>

---

<sup>914</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (29) Rn 160 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (37) Rn 188.

<sup>915</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (29) Rn 160 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (37) Rn 188.

<sup>916</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (29) Rn 160 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (37) Rn 188.

<sup>917</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (29) Rn 160 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (37) Rn 188.

<sup>918</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (29) Rn 160 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (37) Rn 188.

<sup>919</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (29) Rn 160 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (37) Rn 188.

<sup>920</sup>Vgl. dazu nochmals die Argumentation zur ausnahmsweisen Freistellungsmöglichkeit für die wechselseitige Vereinbarung der Lizenzgebühren zwischen Wettbewerbern, die Lizenzgebühren ohne Ansehung des Einsatzes der lizenzierten Technologie auf Grundlage sämtlicher Produktverkäufe zu berechnen.

Siehe zum Ganzen Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (29) Rn 160 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (36) Rn 188.

<sup>921</sup>Hierunter wird eine Produktionsbeschränkung in einem bestimmten Gebiet verstanden, vgl. Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (29) Rn 161 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (37) Rn 190 f.

<sup>922</sup>Hierunter wird eine Produktionsbeschränkung in einem bestimmten Gebiet verstanden, vgl. Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (29) Rn 161 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (37) Rn 190 f.

<sup>923</sup>Hierzu weiter unten bei (2).

<sup>924</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (29) Rn 162.

<sup>925</sup>Inhalt einer solchen wechselseitigen Alleinlizenz zwischen Konkurrenten ist die Verpflichtung, an Dritte keine Lizenz für die konkurrierenden Technologien zu vergeben. Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (37) Rn 192.

bis zu einem Marktanteil von 20 % freigestellt sind. Außerhalb des Anwendungsbereichs der Gruppenfreistellung besteht bei beträchtlicher bzw. erheblicher<sup>926</sup> Marktmacht Kollisionsgefahr auf Grund der Alleinstellung für die lizenzierte Technologie<sup>927</sup>.

Nicht wechselseitige Exklusivlizenzen zwischen Wettbewerbern werden bis zur Marktanteilsschwelle von 20 % gruppenweise freigestellt. Handelt es sich hierbei räumlich gesehen um eine weltweite Lizenz, so bedeutet dies den kompletten Marktrückzug des Lizenzgebers<sup>928</sup>. Umfasst die Lizenz räumlich gesehen nur ein bestimmtes Gebiet (z. B. einen Mitgliedsstaat), so kommt diese einer Produktionsaufgabe des Lizenzgebers in dem Gebiet gleich<sup>929</sup>. In beiden Fällen muss die Rolle des Lizenzgebers auf dem jeweiligen Produktmarkt untersucht werden. Art. 101 Abs. 1 AEUV ist zu verneinen, wenn der Lizenzgeber nur eine schwache Stellung hat oder aber nicht in der Lage ist, die Technologie auf dem Gebiet des Lizenznehmers effektiv einzusetzen<sup>930</sup>. Konkurrieren Lizenzgeber und Lizenznehmer lediglich auf dem Technologiemarkt und nicht auch auf dem Produktmarkt<sup>931</sup>, so greift Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht<sup>932</sup>.

Bei Exklusivlizenzen von Nicht-Wettbewerbern ist regelmäßig Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt, wenn denn überhaupt das Kartellverbot einschlägig ist<sup>933</sup>. Diese Vereinbarungen sind als Investitionsanreiz (insbesondere bei der Weiterentwicklung der lizenzierten Technologie durch den Lizenznehmer) und zur schnellen Markteinführung nötig<sup>934</sup>. Bei der Bewertung macht es keinen Unterschied, für welches Gebiet die Vereinbarung getroffen wird<sup>935</sup>.

Ist ein Lizenznehmer marktbeherrschend und Inhaber einer oder mehrerer Exklusivlizenzen, so ist Art. 101 Abs. 1 AEUV regelmäßig erfüllt und scheidet Art. 101 Abs. 3 AEUV regelmäßig aus<sup>936</sup>. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Eintritt in den relevanten

---

<sup>926</sup>Unklar bleibt hier leider, was unter „beträchtlicher“ bzw. „erheblicher“ Marktmacht zu verstehen ist.

<sup>927</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (30) Rn 163 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (37) Rn 193.

<sup>928</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (37) Rn 193.

<sup>929</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (37) Rn 193.

<sup>930</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (37) Rn 193.

<sup>931</sup>Hiermit ist die Situation angesprochen, dass der Lizenzgeber nicht in der Lage ist, selbst zu produzieren, wie es im Fall kleiner Forschungsunternehmen oder bei Instituten oft vorkommt. Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (37) Rn 193

<sup>932</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (30) Rn 164 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (37) Rn 193.

<sup>933</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (37) Rn 194.

<sup>934</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (37) Rn 194.

<sup>935</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (30) Rn 165 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (37) Rn 194.

<sup>936</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (38) Rn 195.

Technologiemarkt leicht ist bzw. die lizenzierte Technologie eine echte Wettbewerbsquelle auf dem Markt darstellt<sup>937</sup>.

Lizenzvereinbarungen von zwei oder mehr Partnern, durch die die lizenzierte Technologie zu einem Industriestandard wird und eine Weiterlizenzierung ausgeschlossen wird, sind besonders gefährlich und müssen wie Technologiepools bewertet werden<sup>938</sup>. Mithin muss zur Technologie ein diskriminierungsfreier Zugang gewährt werden<sup>939</sup>.

## (2) Verkaufsbeschränkungen<sup>940</sup>

Bei den Verkaufsbeschränkungen als Unterart möglicher Beschränkungen im Rahmen von Technologietransfer-Vereinbarungen ist die Unterscheidung von Absprachen zwischen Wettbewerbern auf der einen Seite und Nicht-Wettbewerbern auf der anderen Seite wesentlich<sup>941</sup>.

Treffen Wettbewerber wechselseitige Vereinbarungen, in denen der aktive und/oder passive Verkauf für einen oder beide Partner beschränkt wird, so liegt im Rahmen der Technologietransfer-GVO eine Kernbeschränkung nach Art. 4 Abs. 1 lit. c) vor<sup>942</sup>. Außerhalb des Anwendungsbereichs der Verordnung ist bei den nämlichen Vereinbarungen von der Erfüllung des Art. 101 Abs. 1 AEUV stets auszugehen<sup>943</sup>. Der Vorteil der Einzelfreistellung wird diesen Vereinbarungen nicht zu Teil werden können, da es sich bei den in Rede stehenden Absprachen um typische Marktaufteilungen handelt<sup>944</sup>. Ohne die Vereinbarung hätten die nun ausgeschlossenen Kunden beliefert werden können bzw. wird in Folge der Vereinbarung eine zuvor bestehende Lieferbeziehung abgebrochen<sup>945</sup>.

Nicht wechselseitige Vereinbarungen von Wettbewerbern, bei denen der Lizenzgeber oder der Lizenznehmer beim aktiven oder passiven Verkauf in ein Exklusivgebiet oder an eine Exklusivgruppe, das dem Partner bzw. die dem Partner vorbehalten ist, sind nach Art. 4

---

<sup>937</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (30) Rn 166 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (38) Rn 195.

<sup>938</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (38) Rn 196.

<sup>939</sup> Vgl. hierzu auch nochmals die Bewertung der Horizontalbeschränkungen bei den Vereinbarungen über Normen. Hierzu sind deutliche Parallelen zu erkennen. Siehe auch *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (42) Fn 65 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (38) Fn 85.

Siehe zum Ganzen *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (30) Rn 167.

<sup>940</sup> Dies ist die Beschränkung des Verkaufs der Produkte, die die Technologie enthalten, in ein gekennzeichnetes Gebiet oder einen abgegrenzten Kundenkreis, vgl. *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (29) Rn 157 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (38) Rn 197 f.

<sup>941</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (30) Rn 168 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (38) Rn 198.

<sup>942</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/ (38) Rn 198.

<sup>943</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/ (38) Rn 198.

<sup>944</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/ (38) Rn 198.

<sup>945</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (30) Rn 169 bzw. ABl. 2014 C 89/ (38) Rn 198.

Abs. 1 lit. c) Ziff. i) Technologietransfer-GVO freigestellt. Außerhalb der Geltung der Verordnung, in diesem Fall insbesondere bei Überschreiten der Marktanteilsschwelle von 20 %, ist Art. 101 Abs. AEUV dann erfüllt, wenn jedenfalls eine Partei über erhebliche Marktmacht verfügt<sup>946</sup>. Im Hinblick auf Art. 101 Abs. 3 AEUV gilt, dass die besprochenen Beschränkungen für die Verbreitung „wertvoller“ Technologien unerlässlich sein können<sup>947</sup>. Hat z. B. der Lizenzgeber in dem Gebiet, in dem er selbst die Technologie einsetzt, eine nur schwache Marktstellung, so kann für ihn insbesondere die Beschränkung des aktiven Verkaufs des Lizenznehmers Vorbedingung der Lizenzierung sein<sup>948</sup>. Umgekehrt gilt dasselbe. Ist der Lizenznehmer in dem ihm durch den Lizenzgeber zugewiesenen Gebiet nur schwach aufgestellt, so werden umfangreiche Investitionen zur effizienten Nutzung der Technologie nötig sein; dann ist aber für den Lizenznehmer Vorbedingung der Vereinbarung mit dem Lizenzgeber, dass dieser Beschränkungen seiner aktiven Verkaufsmöglichkeiten in dem in Rede stehenden Gebiet in Kauf nimmt<sup>949</sup>.

Beschränkungen des aktiven Verkaufs in Vereinbarungen, bei denen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses kein Wettbewerbsverhältnis von Lizenzgeber und -nehmer besteht, werden dann von der Technologietransfer-GVO erfasst, wenn sie nicht wechselseitig sind<sup>950</sup>. Wird allerdings die Marktanteilsschwelle der Verordnung überschritten, so ist in der Regel (wie auch sonst bei Verkaufsbeschränkungen in Technologietransfer-Vereinbarungen) bei Vorliegen erheblicher Marktmacht<sup>951</sup> von der Erfüllung des Art. 101 Abs. 1 AEUV auszugehen<sup>952</sup>. In Ansehung des Art. 101 Abs. 3 AEUV kann es unerlässlich sein, solche Beschränkungen zu vereinbaren, wenn der Lizenznehmer sie für die Erschließung eines neuen

---

<sup>946</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (38) Rn 199. Es ist hierfür freilich erst noch zu konkretisieren, was unter „erheblicher Marktmacht“ zu verstehen sein soll.

<sup>947</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (38) Rn 199. Problematisch ist hier m. E. die Kennzeichnung von Technologien als „wertvoll“. Die Kommission konkretisiert hier nicht näher, was sie damit meint. Entweder könnten damit z. B. besonders kompliziert und anspruchsvoll ausgestattete Verfahren gemeint sein oder aber es soll ein Element der Wertung in dem Begriff wertvoll enthalten sein. Bei der zweiten Lösung müsste dann aber wohl ernstlich in Frage gestellt werden, wie die Kommission diese Bewertung vornehmen will und was dies für die Unternehmen bedeutete. Sollen damit etwa „weniger wertvolle Technologien“ mit der vollen Härte des Kartellrechts bestraft werden. Hierdurch käme es zu einem Abschreckungseffekt, der die Unternehmen möglicherweise von der Technologieentwicklung in einigen Bereichen abhalte, das aus Gründen des fehlenden Wertes der Technologie das EU-Kartellrecht bei zu viel Marktmacht eingreifen würde. Eine ordnungspolitisch fragwürdige Bewertung.

<sup>948</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (38) Rn 199.

<sup>949</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (30 f.) Rn 170 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (38) Rn 199.

<sup>950</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (38) Rn 200.

<sup>951</sup> Es wird hier leider nicht klar, ob die Kommission das Erreichen erheblicher Marktmacht mit dem Übersteigen der Schwellenwerte in Art. 3 Technologietransfer-GVO gleichsetzt oder die Verfehlung des Marktanteilkriteriums nur klarstellend als Voraussetzung anführt, dass erst dann die Einzelfreistellung eine Rolle spielt.

<sup>952</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (38) Rn 200.

Marktes benötigt, oder aber seine Marktpräsenz gegenüber der ihm zugewiesenen Kundengruppe konsolidieren muss<sup>953</sup>. Rechtfertigen lässt sich die Berücksichtigung der nämlichen Aspekte für die Ausnahme der Verkaufsbeschränkung vom Kartellverbot durch die Notwendigkeit der Überwindung der Asymmetrie, die dadurch entsteht, dass dem Lizenznehmer bereits etablierte Lizenznehmer als Konkurrenz auf dem Markt begegnen<sup>954</sup>. Allerdings stellt die Beschränkung eines Lizenznehmers, passive Verkäufe in anderen Lizenznehmern zugewiesenen Gebiete vorzunehmen, eine Kernbeschränkung nach Art. 4 Abs. 1 lit.c) Technologietransfer-GVO dar<sup>955</sup>.

Vereinbarungen von Nicht-Wettbewerbern stellt die Technologietransfer-GVO bis zu einem Marktanteil von 30 % frei. Bei darüber liegenden Marktanteilen werden Verkaufsbeschränkungen von Nicht-Wettbewerbern u. U. dann nicht erfasst, wenn aus objektiven Faktoren geschlossen werden kann, dass es ohne Verkaufsbeschränkung nicht zu einer Lizenzierung gekommen wäre, da vom Technologieinhaber nicht verlangt werden kann, dass er sich Konkurrenz innerhalb seines eigenen „Technologiebereichs“ schafft<sup>956</sup>. Art. 101 Abs. 1 AEUV kann dann eingreifen, wenn ein einzelner Lizenzgeber sehr marktmächtig ist bzw. eine Kumulativwirkung durch eine Vielzahl von Vereinbarungen zusammen marktmächtiger Lizenzgeber entsteht<sup>957</sup>.

Bei Verkaufsbeschränkungen für den Lizenzgeber gilt, dass wenn überhaupt Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllt ist, dann jedenfalls immer Art. 101 Abs. 3 AEUV greift<sup>958</sup>. Grund für die Unerlässlichkeit einer solchen Beschränkung ist, dass es ansonsten keine Veranlassung für den Lizenznehmer gibt, in Herstellung, Vermarktung und Vertrieb der

---

<sup>953</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (38) Rn 200.

<sup>954</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (31) Rn 171. In den Leitlinien aus 2014 fehlt allerdings ein Hinweis der Kommission auf die Wettbewerbsasymmetrie zwischen den betroffenen Unternehmen.

<sup>955</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (31) Rn 171.

<sup>956</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (31) Rn 171. Wenn unter Geltung der Leitlinien 2004 noch die Frage zu stellen war, welche Umstände mit den von der Kommission genannten objektiven Faktoren gemeint waren, spezifiziert die Kommission ihre Auffassung in den Leitlinien aus 2014. Danach ist die Erfüllung von Art. 101 Abs. 3 AEUV anzunehmen, wenn der Lizenzgeber in dem Gebiet, in dem er die Technologie selbst nutzt, eine relativ schwache Marktstellung inne hat. Eine Beschränkung des aktiven Verkaufs soll insbesondere dann unerlässlich sein, um den Lizenzgeber zur Lizenzvergabe zu bewegen, vgl. *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (39) Rn 201.

<sup>957</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (31) Rn 172 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (39) Rn 201. Dies soll vom Verfasser gar nicht bestritten werden, aber ein Hinweis, ob hier eine Freistellung nach Auffassung der Kommission denkbar ist, wäre hilfreich. Gegen diese Möglichkeit spricht allerdings, dass die vierte Voraussetzung verneint werden könnte bzw. jedenfalls die zweite Voraussetzung, wenn man davon ausgeht, dass im Falle erheblicher Marktmacht kaum mit der Weitergabe der Gewinne - bzw. genauer gesagt einer angemessenen Beteiligung daran in Form zumindest des Ausgleichs der Nachteile der Beschränkung - zu rechnen ist.

<sup>958</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (39) Rn 202. Diese Aussage überrascht in dieser Form dann doch sehr. In Abstimmung mit den obigen Aussagen zu Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, muss die Aussage wohl auf Absprachen zwischen Nicht-Wettbewerbern begrenzt werden.

Lizenzprodukte zu investieren<sup>959</sup>. Etwas anderes gilt nur dann, wenn es keine echte Alternative zur Technologie des Lizenzgebers gibt oder der Lizenznehmer eine Lizenz für eine alternative Technologie besitzt<sup>960</sup>.

Die Technologietransfer-GVO stellt Beschränkungen des aktiven Verkaufs im Verhältnis der Lizenznehmer untereinander - wenn es sich bei den Unternehmen um Nicht-Wettbewerber handelt - frei. Oberhalb der Marktanteilsschwelle greift Art. 101 Abs. 3 AEUV bei erheblicher Marktmacht einzelner Lizenznehmer<sup>961</sup>. Art. 101 Abs. 3 AEUV ist dann erfüllt, wenn das Trittbrettfahrerproblem nicht weniger beschränkend gelöst werden kann<sup>962</sup>. Zudem kann Art. 101 Abs. 3 AEUV unter dem Gesichtspunkt greifen, dass durch die Beschränkung ein Anreiz für die Lizenznehmer geschaffen wird, die für die effiziente Nutzung der Technologie erforderlichen Investitionen vorzunehmen und Verkaufsförderung für das lizenzierte Produkt zu betreiben<sup>963</sup>.

### cc. Outputbeschränkungen

Wechselseitige Outputbeschränkungen zwischen Wettbewerbern stellen Kernbeschränkungen nach Art. 4 Abs. 1 lit. b) Technologietransfer-GVO dar<sup>964</sup>. Hiervon nicht erfasste Outputbeschränkungen sind bis zu einem Marktanteil von 20 % freigestellt. Außerhalb der Verordnung greift Art. 101 Abs. 1 AEUV eventuell bei erheblicher Marktmacht<sup>965</sup>.

---

<sup>959</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (39) Rn 202.

<sup>960</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (31) Rn 173 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (39) Rn 202.

<sup>961</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (39) Rn 203. Die Kommission sagt hier wörtlich: „Oberhalb der Marktanteilsschwelle behindern solche Beschränkungen des technologieinternen Wettbewerb und dürften unter Artikel 101 Absatz 1 AEUV fallen, wenn der einzelne Lizenznehmer beträchtliche Marktmacht besitzt.“

Wenn die Analyse, dass oberhalb der Marktanteilsschwelle der technologieinterne Wettbewerb beschränkt wird, stimmt, dann stellt sich (neben der schon bekannten Frage, warum erst oberhalb der Marktanteilsschwelle der Wettbewerb beschränkt wird, aber die Verordnung Vereinbarungen freistellt, die nach dieser Auffassung gar nicht beschränkend wirken) die Frage, warum Art. 101 Abs. 1 AEUV erst bei Marktmacht greift, obwohl schon vorher der Wettbewerb beschränkt sein soll.

<sup>962</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (39) Rn 203. Vgl. zum Trittbrettfahrerproblem nochmals die Ausführungen zu den Vertikal-Beschränkungen.

<sup>963</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (31) Rn 174 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (39) Rn 203.

<sup>964</sup>Art. 4 Abs. 1 lit. b) Technologietransfer-GVO lässt in Form von Rückausnahmen zwei Formen von Outputbeschränkungen zu:

1. Es ist erlaubt Outputbeschränkungen im Rahmen einer nicht wechselseitigen Vereinbarung vorzusehen.
2. Es ist erlaubt einem Lizenznehmer im Rahmen einer wechselseitigen Vereinbarung eine Outputbeschränkung aufzuerlegen.

<sup>965</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (39) Rn 204. Die Kommission sieht also einen Fall, bei dem eine Outputbeschränkung vorliegt, die von Parteien mit erheblicher Marktmacht vereinbart wird und die noch nicht einmal den Tatbestand des Kartellverbotes erfüllen soll. Dies wird durch die „eventuell“-Formulierung deutlich. Es bedarf also noch der Erfüllung anderer ungenannter Voraussetzungen, um Art. 101 Abs. 1 AEUV bejahen zu können.

Art. 101 Abs. 3 AEUV ist z. B. dann erfüllt, wenn der Lizenzgeber eine der Technologie des Lizenznehmers weit überlegene Technologie hat und der Ausstoß trotz der Beschränkung deutlich größer ist, als bei der eigenen Technologie des Lizenznehmers; hier gibt es nur beschränkte negative Auswirkungen auf Märkten mit wachsender Nachfrage<sup>966</sup>.

Die Beschränkung kann sich auch als notwendig erweisen, um dem Lizenzgeber einen Anreiz zu verschaffen, die Technologie weit zu verbreiten<sup>967</sup>. Ohne die Beschränkung wäre dieser möglicherweise nur zu einer Standortlizenz bereit<sup>968</sup>. Daher kann Art. 101 Abs. 3 AEUV greifen, wenn es zu einer echten Integration der komplementären Betriebsanlagen kommt<sup>969</sup>. Allerdings kann es bei erheblicher Marktmacht kaum zu einer Freistellung kommen<sup>970</sup>.

Outputbeschränkungen von Nicht-Wettbewerbern fallen bis zu einem Marktanteil von 30 % unter die Verordnung. Die größte Gefahr von Outputbeschränkungen zwischen Nicht-Wettbewerbern geht von einer Verringerung des technologieinternen Wettbewerbs zwischen den einzelnen Lizenznehmern aus<sup>971</sup>. Kriterien zur Bewertung sind hierbei die Marktstellung des Lizenzgebers und der Lizenznehmer sowie die Fähigkeit der Lizenznehmer trotz der Beschränkung die Nachfrage zu decken<sup>972</sup>.

Wird eine Outputbeschränkung noch mit Exklusivität gekoppelt, so werden die beschränkenden Wirkungen verstärkt; die Wahrscheinlichkeit einer Marktaufteilung steigt<sup>973</sup>.

Outputbeschränkungen für Lizenznehmer in Vereinbarungen von Nicht-Wettbewerbern können den Wettbewerb fördern (und damit Art. 101 Abs. 3 AEUV entsprechen), wenn dadurch die Verbreitung der jeweiligen Technologie gefördert wird<sup>974</sup>. Allerdings vermindert

---

<sup>966</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (31) Rn 175 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (39) Rn 204.

<sup>967</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (39) Rn 204.

<sup>968</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (39) Rn 204.

<sup>969</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (39) Rn 204.

<sup>970</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (32) Rn 175 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (39) Rn 204. Diese Aussage der Kommission vermag nicht ganz zu überzeugen. In Rede stehen sowieso nur solche Vereinbarungen, bei denen erhebliche Marktmacht vorhanden ist oder aber generiert wird. Sonst soll nach Auffassung der Kommission Art. 101 Abs. 1 AEUV gar nicht greifen. Bei erheblicher Marktmacht soll Art. 101 Abs. 1 AEUV auch nur u. U. greifen. Es ist also wenig einleuchtend, warum das Vorhandensein von erheblicher Marktmacht zum Maßstab des Eingreifens des Kartellverbotes gemacht wird, aber nur solche Vereinbarungen (jedenfalls im zweiten Beispiel) freigestellt werden können, die sich durch die Abwesenheit derselben auszeichnen.

<sup>971</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (39) Rn 205.

<sup>972</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (32) Rn 176 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (39) Rn 205.

<sup>973</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (32) Rn 177 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (39) Rn 206.

<sup>974</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (40) Rn 207. Es fehlt hier leider ein Hinweis der Kommission, wann bei derartigen Beschränkungen überhaupt Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllt ist.

Die Kommission argumentiert hier folgendermaßen: Der Lizenzgeber als Technologieanbieter sollte immer die Möglichkeit haben zu bestimmen, in welchem Umfang der Lizenznehmer mit der Technologie produziert. Ohne diese Möglichkeit komme es häufig gar nicht zu einer Lizenzierung, was für die Verbreitung der Technologie



sich die Wahrscheinlichkeit der Notwendigkeit der Beschränkungen für die Verbreitung der Technologie, wenn die Beschränkung nur zum Schutz des Lizenzgebers auferlegt wird<sup>975</sup>.

#### **dd. Nutzungsbeschränkungen**

Bei Nutzungsbeschränkungen wird die Lizenz auf einen oder mehrere technische Anwendungsbereiche bzw. einen oder mehrere Produktmärkte beschränkt<sup>976</sup>. Hintergrund solcher Beschränkungen ist, dass eine Technologie häufig nicht auf die Herstellung eines Produktes beschränkt ist bzw. in mehrere Produkte einfließen kann, die verschiedenen sachlichen Produktmärkten angehören<sup>977</sup>. Zudem können auch mehrere technische Anwendungsbereiche durch einen Produktmarkt<sup>978</sup> abgedeckt werden<sup>979</sup>.

Wichtig ist die Beachtung der Abgrenzung von Nutzungsbeschränkungen von Kundenkreisbeschränkungen, da die erste Gruppe von der Technologietransfer-GVO freigestellt ist, während die zweite nach Art. 4 Abs. 1 lit. c), Abs. 2 lit. b) als Kernbeschränkung eingestuft wird<sup>980</sup>. Eine Kundenkreisbeschränkung setzt die genaue Definition des Kundenkreises voraus, der nicht beliefert werden darf<sup>981</sup>. Eine Nutzungsbeschränkung kann sich so auswirken, als sei die Belieferung bestimmter Kundengruppen gestattet bzw. verboten<sup>982</sup>. Das heißt allerdings noch nicht, dass es sich um eine Kundenbeschränkung handelt<sup>983</sup>. Allerdings muss eine Absprache die genaue

---

negativ ist. Insbesondere ist der Lizenzgeber häufig selbst Hersteller, sodass er in dieser Eigenschaft durch den Produktfluss in „sein“ Gebiet direkt betroffen ist, vgl. *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (32) Rn 178 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (40) Rn 207.

<sup>975</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (32) Rn 178 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (40) Rn 207. Die Position der Kommission ist hier mehr als unklar. Zuerst wird die Freistellbarkeit damit begründet, dass ohne die Beschränkung keine Bereitschaft des Lizenzgebers zur Lizenzierung zu erwarten sei, wenn er dadurch sein eigenes Produktionsgeschäft bedroht. Auf der anderen Seite soll die Wahrscheinlichkeit der Notwendigkeit der Beschränkung zur Verbreitung der Technologie dann abnehmen, wenn die Beschränkung zum Schutz des Lizenzgebers auferlegt wird. Diese Argumentation ist - gelinde gesagt - nicht konsequent zu Ende gedacht.

<sup>976</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (40) Rn 208.

<sup>977</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (40) Rn 208. Als Beispiel nennt die Kommission die Entwicklung einer neuen Gießtechnik, die sowohl zur Herstellung von Kunststoffflaschen wie Kunststoffbechern verwendet werden kann.

<sup>978</sup>Hier wird von der Kommission zum einen das Beispiel einer neuen Motorentechnik genannt, die sowohl zur Entwicklung von Vier- wie Sechs-Zylinder-Motoren verwendet werden kann, zum anderen dient ihr zur Veranschaulichung das Beispiel der Technik zur Herstellung von Chipsätzen, die sowohl für Chipsätze mit bis zu vier sowie für Chipsätze mit über vier Zentraleinheiten, eingesetzt werden kann. *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (40) Rn 208.

<sup>979</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (32) Rn 179 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (40) Rn 208.

<sup>980</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (40) Rn 209.

<sup>981</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (40) Rn 209.

<sup>982</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (40) Rn 209.

<sup>983</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (40) Rn 209.

Bezeichnung der technischen Abgrenzungsmerkmale enthalten, auf die die Nutzung beschränkt werden soll, um objektiv als Nutzungsbeschränkung beurteilt werden zu können<sup>984</sup>.

Negativ ist an Nutzungsbeschränkungen, dass die Nutzungsmöglichkeiten des Lizenznehmers eingeschränkt werden, unbeschadet der Möglichkeit des Lizenzgebers, beliebig mit der Technologie zu verfahren<sup>985</sup>. Eine Nutzungsbeschränkung ist auch als Bestandteil einer Exklusiv- bzw. Alleinlizenz denkbar<sup>986</sup>. Durch diese Kombination wird dann auch der Lizenzgeber in seiner Verwertungsmöglichkeit beschränkt<sup>987</sup>. In Form der Kombination der Nutzungsbeschränkung mit einer Exklusivlizenz darf der Lizenzgeber die Technologie weder selber nutzen noch lizenzieren, im Falle der Kombination mit einer Alleinlizenz ist ihm lediglich die Lizenzierung versagt<sup>988</sup>. Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung erfolgt dann nach den Regeln für Exklusiv- bzw. Alleinlizenzen<sup>989</sup>. Dies bedeutet z. B., dass bei wechselseitigen Exklusivlizenzen (insbesondere zwischen Wettbewerbern) eine Kernbeschränkung nach Art. 4 Abs. 1 lit. c) Technologietransfer-GVO vorliegt<sup>990</sup>.

Zu den positiven Auswirkungen von Vereinbarungen, die Nutzungsbeschränkungsabreden enthalten, gehört, dass der Lizenzgeber auch außerhalb seines Tätigkeitsschwerpunkts zur Vergabe von Lizenzen bewegt wird<sup>991</sup>. Ohne die Nutzungsbeschränkung käme es entweder gar nicht zur Lizenzierung bzw. würden höhere Lizenzgebühren erhoben<sup>992</sup>. So kann es auch zu einer Lizenzvergabe aus dem Motiv der Vermeidung von Verletzungsklagen kommen<sup>993</sup>.

Nutzungsbeschränkungen, die von Wettbewerbern vereinbart werden, sind von der Technologietransfer-GVO bis zu einem Marktanteil von 20 % freigestellt<sup>994</sup>. Die Gefahr, die durch eine Nutzungsbeschränkung zwischen Wettbewerbern entsteht, ist, dass man die

---

<sup>984</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (32) Rn 180 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (40) Rn 209.

<sup>985</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (40) Rn 211.

<sup>986</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (40) Rn 211.

<sup>987</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (40) Rn 211.

<sup>988</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (40) Rn 211.

<sup>989</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (40) Rn 211.

<sup>990</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (32) Rn 181 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (40) Rn 211. Hier ist die Kommission etwas ungenau. Zum einen betrifft Art. 4 Abs. 1 lit. c) Technologietransfer-GVO nur Vereinbarungen von Wettbewerbern. Die Kernbeschränkungen für Vereinbarungen von Nicht-Wettbewerbern sind in Art. 4 Abs. 2 Technologietransfer-GVO nachzulesen. Zudem widerspricht sich die Kommission abermals selbst: Exklusivlizenzen von Nicht-Wettbewerbern beurteilt sie an anderer Stelle positiv, nämlich als entweder gar nicht wettbewerbsbeschränkend bzw. jedenfalls freistellungsfähig, vgl. Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (30) Rn 165 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (37) Rn 194.

<sup>991</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (40) Rn 212.

<sup>992</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (40) Rn 212.

<sup>993</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (33) Rn 183 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (40) Rn 212.

<sup>994</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (41) Rn 213.

Aufgabe der Konkurrenz außerhalb des lizenzierten Bereiches befürchten muss<sup>995</sup>. Die Gefahr ist noch größer, wenn die Vereinbarung wechselseitig getroffen wird und asymmetrisch ausgestaltet ist<sup>996</sup>. Bedenklich kann eine Situation sein, in der der Lizenznehmer die für die lizenzierte Technologie umgerüsteten Produktionsanlagen auf für die mit der eigenen Technologie herzustellenden Produkte nutzt<sup>997</sup>. Ist in einem solchen Fall eine Outputbeschränkung für die mit der eigenen Technologie hergestellten Produkte zu befürchten, so kann Art. 101 Abs. 1 AEUV greifen. Unbedenklich sind hingegen symmetrische Nutzungsbeschränkungen<sup>998</sup>. Unbedenklich ist es, wenn der Lizenznehmer die eigene Technologie im Rahmen der Lizenz weiterentwickeln und verwerten darf, damit er keine Verletzungsklagen des Lizenzgebers befürchten muss<sup>999</sup>. Die Nutzungsbeschränkung alleine ist dann nicht wettbewerbsbeschränkend, da vor Abschluss der Lizenzvereinbarung die Gefahr einer Verletzungsklage bestand<sup>1000</sup>. Stellt der Lizenznehmer in Folge der Vereinbarung allerdings seine Tätigkeit außerhalb des lizenzierten Bereichs ein, so ist dies ein Indiz für eine versteckte Marktaufteilung, die nach Art. 4 Abs. 1 lit. c) Technologietransfer-GVO eine Kernbeschränkung darstellt<sup>1001</sup>.

Nutzungsbeschränkungen für den Lizenznehmer oder -geber in Vereinbarungen von Nicht – Wettbewerbern werden von der Technologietransfer-GVO bis zu einem Marktanteil von 30 % freigestellt<sup>1002</sup>. Sonst gilt für solche Beschränkungen, dass sie entweder nicht wettbewerbsschädlich oder jedenfalls effizienzsteigernd sind<sup>1003</sup>. Durch sie wird die Verbreitung einer neuen Technologie gefördert, indem der Lizenzgeber einen Anreiz zur Lizenzierung in selbst nicht bearbeiteten Bereichen hat<sup>1004</sup>. Die Nutzungsbeschränkung ist hier schlicht unerlässlich<sup>1005</sup>.

---

<sup>995</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (41) Rn 213.

<sup>996</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (33) Rn 183: „Eine Nutzungsbeschränkung ist asymmetrisch, wenn die eine lizenzierte Technologie von einer Partei in einem Produktmarkt oder technischen Anwendungsbereich genutzt werden darf und die andere lizenzierte Technologie von der anderen Partei in einem anderen Produktmarkt oder Anwendungsbereich.“

<sup>997</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (41) Rn 213.

<sup>998</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (33) Rn 183: „...Vereinbarungen, in denen die Parteien einander Lizenzen zur Nutzung ihrer Technologien in denselben Anwendungsbereichen erteilen...“.

<sup>999</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (41) Rn 213.

<sup>1000</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (41) Rn 213.

<sup>1001</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (33) Rn 183 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (41) Rn 213.

<sup>1002</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (41) Rn 214.

<sup>1003</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (41) Rn 214.

<sup>1004</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (41) Rn 214.

<sup>1005</sup> Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (33) Rn 184 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (41) Rn 214.

Der Lizenzgeber hat grundsätzlich zwar das Recht, den einzelnen Lizenznehmern bestimmte Anwendungsbereiche der Technologie zuzuordnen<sup>1006</sup>. Wenn in Vereinbarungen von Nicht-Wettbewerbern die Nutzungsbeschränkung mit Exklusiv- oder Alleinlizenzen kombiniert wird, so muss die Beurteilung nach den für diese geltenden Regeln erfolgen<sup>1007</sup>.

### ee. Beschränkung auf den Eigenbedarf

Bei der Beschränkung auf den Eigenbedarf handelt es sich um eine Auflage für den Lizenznehmer, die Produktionsmenge auf das für die Herstellung, Wartung und die Reparatur erforderliche Maß zu begrenzen<sup>1008</sup>. Der Lizenznehmer muss sich mit anderen Worten mit dem für die eigene Produktion notwendigen Input begnügen und darf nicht für den Input anderer Hersteller produzieren<sup>1009</sup>. Die Technologietransfer-GVO sieht hier je nachdem, ob Wettbewerber oder Nicht-Wettbewerber die Vereinbarung treffen bis zu 20 bzw. 30 % eine Freistellung vor<sup>1010</sup>.

Treffen Wettbewerber die nämliche Vereinbarung, so kann der Lizenznehmer nicht als Zulieferer für Dritte auftreten<sup>1011</sup>. War der Lizenznehmer vor der Vereinbarung kein aktueller oder potenzieller Zulieferer für Dritte, so ändert sich durch die Beschränkung auf den Eigenbedarf nichts an dieser Situation<sup>1012</sup>. Die Vereinbarung ist dann wie eine solche von Nicht-Wettbewerbern zu prüfen<sup>1013</sup>. Ansonsten gilt, dass in der Umstellung des Lizenznehmers auf die Technologie des Lizenzgebers bei gleichzeitiger Aufgabe des Betriebs der eigenen Technologie in der Vereinbarung einer Beschränkung auf den Eigenbedarf eine Wettbewerbsbeschränkung zu sehen ist<sup>1014</sup>. Ist der Lizenzgeber marktmächtig, so sind erhebliche negative Folgen zu erwarten<sup>1015</sup>.

---

<sup>1006</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (41) Rn 215.

<sup>1007</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (33) Rn 185 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (41) Rn 215.

<sup>1008</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (41) Rn 216.

<sup>1009</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (41) Rn 216.

<sup>1010</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (33) Rn 186 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (41) Rn 216.

<sup>1011</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (41) Rn 217.

<sup>1012</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (41) Rn 217.

<sup>1013</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (41) Rn 217.

<sup>1014</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (41) Rn 217.

<sup>1015</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (33) Rn 187 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (41) Rn 217. Fraglich ist, was die Kommission hiermit meint. Soll Art. 101 Abs. 1 AEUV erst erfüllt sein, wenn der Lizenzgeber marktmächtig ist oder reicht es, dass der Lizenznehmer auf die Technologie des Lizenzgebers umstellt, wodurch der technologieinterne Wettbewerb beschränkt wird.

Man wird die Äußerung in zweierlei Richtung interpretieren können: Entweder scheitert die Erfüllung des Art. 101 Abs. 1 AEUV an der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung und ist erst beim Erreichen von Marktmacht des Lizenzgebers zu bejahen. Oder Art. 101 Abs. 1 AEUV ist schon erfüllt, wenn der Lizenznehmer die in Rede stehende Umstellung auf die Technologie des Lizenzgebers vollführt und Art. 101 Abs. 3 AEUV ist

Von Vereinbarungen von Nicht-Wettbewerbern gehen zwei Gefahren für den Wettbewerb aus: Zum einen kann es zu einer Beschränkung des technologieinternen Wettbewerbs auf dem Markt für die Lieferung von Einsatzmitteln kommen<sup>1016</sup>. Zum anderen kann die Arbitrage zwischen den Lizenznehmern ausgeschlossen werden, was es dem Lizenzgeber erleichtert eine Lizenzgebührendiskriminierung zu praktizieren<sup>1017</sup>.

Allerdings kann die Auflage der Beschränkung auf den Eigenbedarf auch zu Effizienzsteigerungen führen bzw. den Wettbewerb fördern<sup>1018</sup>. Ist der Lizenzgeber Zulieferer, so ist die Beschränkung zur Verbreitung der Technologie zwischen Nicht-Wettbewerbern erforderlich<sup>1019</sup>. Andernfalls würde es entweder nicht zu einer Lizenzierung kommen oder die Gebühr wäre höher<sup>1020</sup>. Es wäre aus Sicht des Lizenzgebers kaufmännisch unvernünftig, sich Konkurrenz auf dem Zuliefermarkt aufzubauen<sup>1021</sup>. In diesen Fällen scheidet entweder Art. 101 Abs. 1 AEUV aus oder aber Art. 101 Abs. 3 AEUV ist erfüllt<sup>1022</sup>. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass der Lizenznehmer die Lizenzware als Ersatzteil für seine eigenen Erzeugnisse verkaufen kann<sup>1023</sup>. Dies schließt auch die Belieferung unabhängiger Dienstleistungsunternehmen, die Wartungs- und Reparaturleistungen anbieten, mit ein<sup>1024</sup>.

Tritt der Lizenzgeber hingegen nicht selbst als Zulieferer auf, so gelten diese Gründe nicht<sup>1025</sup>. Eine Beschränkung auf den Eigenbedarf ist erlässlich, wohingegen die weniger

---

im Falle der „erheblichen Marktmacht“ auf Grund der „bedenklichen(n) (bzw. schwerwiegenden) negativen Folgen“ nicht mehr erfüllbar.

<sup>1016</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 218.

<sup>1017</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (34) Rn 188 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 218.

<sup>1018</sup>Der Wettbewerb wird hier durch die Lizenzvergabe an sich gefördert. *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 219.

<sup>1019</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 219.

<sup>1020</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 219.

<sup>1021</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 219.

<sup>1022</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 219.

<sup>1023</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 219.

<sup>1024</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (34) Rn 189 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 219. Es ist abermals zu bemängeln, dass die Kommission sich nicht zu entschließen vermag, über die Einordnung dieser positiven Aspekte Stellung zu beziehen.

M. E. ist die Verortung in Art. 101 Abs. 3 AEUV vorzugswürdig. Die Voraussetzungen hinsichtlich der Herstellung und des Verkaufs für Wartung und Reparatur kann als Ausgestaltung des Unerlässlichkeitserfordernisses verstanden werden.

Denkbar wäre natürlich auch die Einordnung bei Art. 101 Abs. 1 AEUV unter dem Gesichtspunkt des Immanenzgedankens. Allerdings würde man dann konsequenterweise die ganze Lizenzierungsproblematik dort einordnen müssen. Es geht schließlich bei der positiven Beurteilung von Beschränkungen in Technologietransfervereinbarungen immer um die Förderung der Lizenzierung an sich, die als wettbewerbspolitisch positiv eingeordnet wird.

Hierfür bietet aber Art. 101 Abs. 3 AEUV das erforderliche Rüstzeug: Die nämlichen positiven Aspekte können sowohl als Verbesserung der Warenerzeugung als auch als Förderung des technischen Fortschritts als Effizienzgewinne berücksichtigt werden. Ob einzelne Beschränkungen zu weit gehen, kann anhand der dritten Freistellungsvoraussetzung gemessen werden.

<sup>1025</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 220.

beschränkende Auflage für den Lizenznehmer, nicht an dem Lizenzgeber vorbehaltene Kundengruppen zu verkaufen, unerlässlich ist<sup>1026</sup>.

## ff. Kopplungs- und Paketvereinbarungen

Bei einer Kopplungsvereinbarung macht der Lizenzgeber es dem Lizenznehmer bei der Vergabe der Technologielizenz (dem Kopplungsprodukt) zur Auflage, ein gekoppeltes Produkt abzunehmen<sup>1027</sup>. Das gekoppelte Produkt kann entweder eine Lizenz für eine andere Technologie des Lizenzgebers sein oder ein Produkt des Lizenzgebers oder ein anderes vom Lizenzgeber näher bezeichnetes Produkt<sup>1028</sup>. Bei einer Paketvereinbarung werden zwei Technologien bzw. eine Technologie und ein Produkt in einem Angebot zusammengefasst<sup>1029</sup>. Voraussetzung für die Einschlägigkeit beider Vereinbarungstypen ist jeweils eine unterschiedliche Nachfrage nach den Technologien bzw. Produkten<sup>1030</sup>. Ist die Technologie bzw. das Produkt nicht ohne das andere nutzbar, so liegt keine der beiden Vereinbarungsarten vor<sup>1031</sup>.

Die Technologietransfer-GVO stellt innerhalb der Marktanteilsschwellen die beiden in Rede stehenden Vereinbarungstypen frei<sup>1032</sup>. Hierbei gelten die Schwellenwerte für jeden Technologie- und Produktmarkt, einschließlich der Märkte für die gekoppelten Produkte<sup>1033</sup>. Oberhalb der Schwellenwerte muss eine Abwägung der den Wettbewerb fördernden mit für ihn schädlichen Auswirkungen vorgenommen werden<sup>1034</sup>.

---

<sup>1026</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (34) Rn 190 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 220. Die Aussage der Kommission bezüglich des Auftretens als Zulieferer muss als Unterscheidung zwischen potenziellem und aktuellem Wettbewerb verstanden werden. Der Lizenzgeber tritt nur dann als Zulieferer am Markt auf, wenn er dies aktuell tatsächlich im Sinne der Definition des aktuellen Wettbewerbs tut. Genügte schon das potenzielle Auftreten als Zulieferer am Markt, so eröffnete man dem Lizenzgeber eine Möglichkeit stets die Schutzbehauptung aufzustellen, es sei in absehbarer Zeit mit einer eigenen Zulieferertätigkeit zu rechnen. Die Beschränkung auf den Eigenbedarf könnte stets in die Lizenzvereinbarungen aufgenommen werden.

<sup>1027</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 221.

<sup>1028</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 221.

<sup>1029</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 221.

<sup>1030</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 221.

<sup>1031</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (34) Rn 191 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 221.

<sup>1032</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 222.

<sup>1033</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 222.

<sup>1034</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (34) Rn 192 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 222. Aus dieser Äußerung könnte man versucht sein, der Lehre von der Gesamtbetrachtung das Wort zu reden und zu schließen, dass die Kommission offen für eine Abwägung aller positiven wie negativen Aspekte einer Vereinbarung schon im Rahmen des Tatbestandes des Kartellverbots sei.

Hierbei würde man dann aber übersehen, dass die Kommission (wie oben bereits mehrfach ausführlich erwähnt oder aber in bestimmten Konstellationen auch kritisiert wurde) damit lediglich meint, dass die Überschreitung der Marktanteilsschwellen aus Art. 3 Technologietransfer-GVO noch kein Präjudiz für die Erfüllung des Kartellverbots ist. Vielmehr gibt es viele Sachverhalte, die, obwohl sie an der Gruppenausnahme scheitern,

Die Gefahr, die durch die beiden hier behandelten Vereinbarungstypen entstehen kann, ist der Ausschluss von Konkurrenzunternehmen<sup>1035</sup>. Der Lizenzgeber kann seine Stellung auf dem Kopplungsmarkt durch die Errichtung von Marktzutrittsschranken für Konkurrenten in Form des Zwanges zur gleichzeitigen Präsenz auf mehreren Märkten erhalten<sup>1036</sup>. Zudem wird es dem Lizenzgeber ermöglicht, die Lizenzgebühren zu erhöhen, wenn die Produkte teilweise substituierbar sind und üblicherweise nicht in einem festen Verhältnis zueinander verwendet werden<sup>1037</sup>. Durch die Erhöhung der Lizenzgebühren wird der Lizenznehmer an der Verwendung anderer Einsatzmittel gehindert<sup>1038</sup>. Diese Aspekte sind ungeachtet eines vorhandenen Wettbewerbsverhältnisses einschlägig<sup>1039</sup>. Allerdings müssen für eine Beschränkung zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Der Lizenzgeber muss eine starke Stellung auf dem Kopplungsmarkt haben und zugleich einen bestimmten Anteil auf dem Markt des gekoppelten Produkts abdecken (ansonsten stellt sich das Abschottungsproblem nicht)<sup>1040</sup>. Fehlt es an Marktstärke auf dem Kopplungsmarkt, ist diese aber auf dem Markt des gekoppelten Produkts vorhanden, so ist die Vereinbarung wie eine Mengenvorgabe bzw. nach den Regeln für Wettbewerbsverbote zu behandeln<sup>1041</sup>.

Aber auch bei Kopplungs- und Paketvereinbarungen sind Effizienzsteigerungen denkbar und kann es zu einer Wettbewerbsförderung kommen<sup>1042</sup>. So können die Beschränkungen für die technisch befriedigende Anwendung der lizenzierten Technologie notwendig sein<sup>1043</sup>, sowie zur Gewährleistung des vom Lizenzgeber und anderen Lizenznehmern eingehaltenen Qualitätsstandards<sup>1044</sup>. In beiden Fällen scheidet entweder schon Art. 101 Abs. 1 AEUV aus, oder aber Art. 101 Abs. 3 AEUV muss bejaht werden<sup>1045</sup>. Verwendet nämlich der

---

durchaus der Einzelfreistellung zugänglich sind oder aber ganz aus dem Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV herausfallen. Lediglich der Wortlaut der Formulierung der Kommission klärt dies nicht auf.

<sup>1035</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 223.

<sup>1036</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 223.

<sup>1037</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 223.

<sup>1038</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 223.

<sup>1039</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 223.

<sup>1040</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 223.

<sup>1041</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (34) Rn 193 Fn 66 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 223 Fn 86.

<sup>1042</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 224.

<sup>1043</sup> M. E. ist aber fraglich, ob in diesem Fall überhaupt eine echte Kopplungs- oder Paketvereinbarung im Sinne der genannten Definitionen vorliegt. Hierfür ist ja gerade nötig, dass keine identische Nachfrage nach den gekoppelten Produkten vorliegt, was allerdings dann nicht der Fall ist, wenn eine Nutzung ohne beide Komponenten nicht möglich ist.

<sup>1044</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 224.

<sup>1045</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (42) Rn 224. Es wäre hier wünschenswert, wenn sich die Kommission für eine saubere Einordnung dieser Aspekte in das System des Art. 101 AEUV entschlossen hätte. M. E. liegt im ersten Beispiel schon allein deshalb keine Wettbewerbsbeschränkung vor, da gar keine definitionsgemäße Kopplung ersichtlich ist, die Vereinbarung also sogar noch unterhalb dieser Hürde

Lizenznehmer das Markenzeichen des Lizenzgebers oder ist aus anderen Gründen eine Verbindung der beiden Unternehmen offenkundig, so hat der Lizenzgeber ein legitimes Interesse an der Erhaltung des Werts<sup>1046</sup> seiner Technologie<sup>1047</sup>. Ist die Tatsache, dass Lizenzgeber und -nehmer auf Grundlage der gleichen Technologie herstellen bekannt, so besteht ein Interesse aller Lizenznehmer daran, dass alle Nutzer der Technologie den gleichen Qualitätsstandard bieten<sup>1048</sup>.

Ermöglicht das gekoppelte Produkt eine wesentlich effizientere Nutzung der lizenzierten Technologie, so wird hierdurch der Wettbewerb gefördert<sup>1049</sup>. Als Beispiel kann hier die Lizenzierung einer Verfahrenstechnik genannt werden, die an den Erwerb von speziellen Katalysatoren gekoppelt ist, die eine effizientere Nutzung als andere Katalysatoren gestatten<sup>1050, 1051, 1052</sup>.

### gg. Wettbewerbsverbote

---

einer Beschränkung bleibt, sodass man hier vorsichtig an eine Einordnung bei der Kategorie der Immanenz denken kann.

Beim zweiten Beispiel ist dann eine Verneinung schon des Tatbestandes des Kartellverbots denkbar, wenn man eine Analogie zu den Fällen des selektiven Vertriebs zieht: Dann muss man das Thema Qualität etwas abstrakter fassen und vom Thema der Kopplung lösen. So könnte man vertreten, dass die Lizenzierung nur unter der Voraussetzung der Einhaltung bestimmter Qualitätsstandards bei der Herstellung der Lizenzprodukte gewährt werden wird, dann allerdings auch gewähren muss. Nur wenn man bereit ist, derart weit zu gehen (dagegen spricht, dass einem Lizenzgeber die Verpflichtung zur Lizenzierung [Stichwort: Zwangslizenz] unter diskriminierungsfreien Bedingungen [Stichwort: Lizenz als wesentliche Einrichtung] nicht unbedingt gefallen wird, da es ihn nicht unerheblich in seiner Abschlussfreiheit einschränkt), kann Art. 101 Abs. 1 AEUV verneint werden.

Geht man (mit guten Gründen) nicht derart weit, so fällt es nicht schwer, einen Leistungsgewinn bei angemessener Verbraucherbeteiligung zu bejahen und damit Art. 101 Abs. 3 AEUV.

<sup>1046</sup>Unter „Wert“ wird hier die Qualität bzw. der Ruf auf dem Markt verstanden.

<sup>1047</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (34) Rn 194. Entsprechende Ausführungen fehlen in den Leitlinien aus 2014.

<sup>1048</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (34) Rn 194.

<sup>1049</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (43) Rn 225.

<sup>1050</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (35) Rn 195 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (43) Rn 225.

<sup>1051</sup>Hier ist wie schon oben die Erfüllung der Definition der beiden Arten der Kopplung in Zweifel zu ziehen. Es macht schließlich keinen Unterschied, ob die lizenzierte Technologie „nicht ohne das gekoppelte Produkt bzw. ein Bestandteil des Pakets nicht ohne den anderen genutzt werden kann“ oder man hier explizit ein Beispiel nennt, bei dem genau jene Voraussetzungen erfüllt sind: Hier kann die Verfahrenstechnik nicht ohne Katalysator genutzt werden. Die Nachfrage nach den entsprechenden Katalysatoren tritt stets zusammen mit der Nachfrage nach der Verfahrenstechnik als solcher auf. Diese Analyse muss jedenfalls dann gelten, wenn die Verfahrenstechnik (sei es auch nur aus rechtlichen Gründen, wie z. B. zur Erfüllung etwaiger Umweltschutzverordnungen) nicht ohne Katalysator genutzt werden kann.

Die Kommission lässt an dieser Stelle allerdings offen, ob Art. 101 Abs.1 AEUV erfüllt ist. Allerdings soll in jedem Fall auch jenseits der Marktanteilsschwellen des Art. 3 Technologietransfer-GVO Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sein.

<sup>1052</sup>An dieser Stelle zeigt sich im Übrigen wieder schön, dass das Vokabular der Kommission nicht eindeutig ist und sie die Begriffe „Wettbewerbsförderung“ und „Abwägung der wettbewerbsfördernden wie wettbewerbschädlichen Auswirkungen“ z. T. für Art. 101 Abs. 1 AEUV und z. T. für Art. 101 Abs. 3 AEUV verwendet.



Ein Wettbewerbsverbot ist im vorliegenden Zusammenhang die Auflage für den Lizenznehmer, keine mit der lizenzierten Technologie konkurrierende zu verwenden<sup>1053</sup>. Wird ein Wettbewerbsverbot für ein Produkt oder eine Zusatztechnologie auferlegt, so wird dieses nach den soeben behandelten Regeln für die Kopplung bewertet<sup>1054</sup>.

Innerhalb der Grenzen der Marktanteilsschwellen, sind Wettbewerbsverbote gruppenweise durch die Technologietransfer-GVO freigestellt<sup>1055</sup>.

Gefahren drohen durch Wettbewerbsverbote in Technologietransfer-Vereinbarungen vor allem durch die Fernhaltung fremder Technologien vom Markt<sup>1056</sup>. Durch die kumulative Anwendung von Wettbewerbsverboten wird die Kollusion unter den Lizenzgebern begünstigt<sup>1057</sup>. Der Wettbewerbsdruck auf die Lizenzgebühren und auf die marktbeherrschenden Technologien wird in Folge mangelnder Ausweichmöglichkeiten verringert<sup>1058</sup>. Es ist keine Unterscheidung von Vereinbarungen von Wettbewerbern und Nicht-Wettbewerbern zu ziehen, da sich das Problem der Abschottung jeweils in gleichem Maße stellt<sup>1059</sup>. Die 20 %-Schwelle ist allerdings für Cross-Licensing-Vereinbarungen<sup>1060</sup> von Wettbewerbern angezeigt, da hierdurch die Kollusion auf dem Produktmarkt erleichtert wird<sup>1061</sup>.

Eine Abschottungswirkung ist in Folge eines Wettbewerbsverbotes in einer Technologietransfer-Vereinbarung dann zu erwarten, wenn ein erheblicher Teil des Marktes durch das Verbot gebunden wird, mit anderen Worten also dann, wenn ein Lizenzgeber eine starke Marktstellung hat oder aber eine Bindung durch mehrere Lizenzgeber praktiziert wird<sup>1062</sup>. Nach Art. 7 Abs. 1 Technologietransfer-GVO ist mit einer solchen Kumulativwirkung ab einer Marktabdeckung von 50 % auszugehen. Wird ein kumulativer Marktanteil von über 50 % erreicht, so ist von einer erheblichen Marktabschottung auszugehen, es sei denn der Markt ist durch vergleichsweise niedrige Marktzutrittsschranken

---

<sup>1053</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (43) Rn 226.

<sup>1054</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (35) Rn 196 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (43) Rn 226.

<sup>1055</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (35) Rn 197 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (43) Rn 227.

<sup>1056</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (43) Rn 228.

<sup>1057</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (43) Rn 228.

<sup>1058</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (43) Rn 228.

<sup>1059</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (43) Rn 228. Zum einzigen Unterschied der Behandlung siehe sogleich.

<sup>1060</sup> Hierbei vereinbaren die Parteien, keine Technologie von Dritten zu verwenden. Vgl. *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (43) Rn 228.

<sup>1061</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (35) Rn 198 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (43) Rn 228.

<sup>1062</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (43) Rn 229.

gekennzeichnet<sup>1063</sup>. Denn dann ist es den Lizenznehmern möglich, wirtschaftliche attraktive Alternativen Dritter zu nutzen<sup>1064</sup>. Bei der Bewertung ist aber nicht nur die Zahl der für die Lizenzgeber zur Verfügung stehenden Lizenznehmer zu beachten, sondern auch die Zahl der Vertriebshändler, die ihrerseits die Lizenznehmer durch Wettbewerbsverbote an sich binden, sodass der Zugang zum Vertrieb<sup>1065</sup> neben der Zahl schlichten Anzahl der Lizenznehmer zu einem zweiten Beurteilungskriterium wird<sup>1066</sup>.

Werden Lizenznehmern Wettbewerbsverbote durch starke Lizenzgeber auferlegt, so ist von einer spürbaren Marktabschottungswirkung auszugehen<sup>1067</sup>. Diese Wirkung steigt mit der Marktstärke der Lizenzgeber<sup>1068</sup>. Dabei ist es nicht notwendig, dass durch das Verbot ein erheblicher Teil des Marktes betroffen ist<sup>1069</sup>. Ausreichend sind Wettbewerbsverbote, die sich gegen die Unternehmen richten, die am ehesten als Konkurrenten des Lizenzgebers in Frage kommen<sup>1070</sup>. Die Abschottung ist besonders gravierend, wenn es nur eine geringe Zahl potenzieller Lizenznehmer gibt und die Vereinbarung die für die Herstellung von Einsatzmitteln zum Eigenbedarf der Lizenznehmer genutzte Technologie betrifft<sup>1071</sup>. Dadurch werden hohe Marktzutrittsschranken für die anderen Lizenzgeber geschaffen<sup>1072</sup>. Eine Abschottung ist unwahrscheinlicher, wenn eine Technologie betroffen ist, mit der Produkte, die zum Verkauf bestimmt sind, hergestellt werden<sup>1073</sup>. Dann werden zwar Produktionskapazitäten der Lizenznehmer gebunden, aber die Nachfrage nach dem Produkt, das einen mit der nämlichen Technologie hergestellten Input enthält, ist nicht betroffen<sup>1074</sup>. Ein konkurrierender Lizenzgeber bedarf dann nur des Zugangs zu Lizenznehmern mit

---

<sup>1063</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (43) Rn 229.

<sup>1064</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (43) Rn 229.

<sup>1065</sup> Die Abschottung auf der Vertriebsstufe muss nach dem in den Leitlinien für vertikale Beschränkungen entwickelten Prüfungsrahmen behandelt werden. *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (43) Rn 229.

<sup>1066</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (35) Rn 199 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (43) Rn 229. Der Sachverhalt lässt sich wie folgt zusammenfassen: Wenn auf einem Markt mit Netzen kumulativer Wettbewerbsverbote niedrige Marktzutrittsschranken für Lizenznehmer bestehen, so können diese auf alternativ zur Verfügung stehende Technologien Dritter Anbieter zurückgreifen.

Ob diese Technologieanbieter auf dem Markt eine Chance haben, hängt aber nicht nur von der Anzahl der nachfragenden Lizenznehmer ab. Sind diese Lizenznehmer durch Wettbewerbsverbote der Vertriebshändler gebunden, stehen sie den konkurrierenden Lizenzgebern womöglich nicht zur Verfügung. Auch dies erschwert das Angebot alternativer Technologien.

<sup>1067</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (43) Rn 230.

<sup>1068</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (43) Rn 230.

<sup>1069</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (43) Rn 230.

<sup>1070</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (43) Rn 230.

<sup>1071</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (43) Rn 230.

<sup>1072</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (43) Rn 230.

<sup>1073</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (43) Rn 230.

<sup>1074</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (43) Rn 230.

geeigneter Produktionskapazität<sup>1075</sup>. Es ist nicht zu erwarten, dass ein Lizenzgeber durch Wettbewerbsverbote für seine Lizenznehmer den anderen Lizenzgebern den Zugang zu leistungsstarken Lizenznehmern verbauen kann<sup>1076</sup>. Etwas anderes gilt nur, wenn es nur eine geringe Anzahl von Lizenznehmern mit ausreichenden Kapazitäten gibt bzw. nur wenige, die sich den Aufbau entsprechender Anlagen und Kapazitäten leisten können<sup>1077</sup>.

Ein positiver Aspekt, der durch die Auferlegung von Wettbewerbsverboten in Technologietransfer-Vereinbarungen erreicht werden kann, ist die Förderung der Verbreitung der Technologie<sup>1078</sup>. Hierfür gibt es zwei Gründe: Zum einen lässt sich durch die Auferlegung von Wettbewerbsverboten das Risiko der unrechtmäßigen Nutzung der Technologie (und insbesondere des Know-hows) reduzieren<sup>1079</sup>. Zum anderen ist die Überwachung der Lizenzgebühren bei einer Parallelnutzung von Technologien in der Regel schwieriger<sup>1080</sup>.

Es kann zudem gegebenenfalls notwendig sein, ein Wettbewerbsverbot mit der Garantie eines Exklusivgebietes zu kombinieren, um dem Lizenznehmer einen Anreiz zu geben, in die Technologie zu investieren und sie effektiv zu nutzen<sup>1081</sup>. Wenn Art. 101 Abs. 1 AEUV auf Grund einer Abschottungswirkung bejaht werden muss, so kann bei der Prüfung des Art. 101 Abs. 3 AEUV eine Mindestproduktionsvorgabe bzw. die Vereinbarung von Mindestlizenzgebühren eine weniger restriktive Alternative darstellen<sup>1082</sup>.

Verpflichtet sich der Lizenzgeber zu erheblichen kundenspezifischen Investitionen<sup>1083</sup>, so können diese entweder ein Wettbewerbsverbot bzw. Mindestproduktionsvorgaben oder Mindestlizenzgebühren für den Lizenznehmer erforderlich machen<sup>1084</sup>. Allerdings ist im Falle der Bejahung von Art. 101 Abs. 1 AEUV im Rahmen der Unerlässlichkeitsprüfung des

---

<sup>1075</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (43) Rn 230.

<sup>1076</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (43 f.) Rn 230.

<sup>1077</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (35) Rn 200 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (43 f.) Rn 230.

<sup>1078</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (44) Rn 231.

<sup>1079</sup>Ansonsten besteht die Gefahr, dass das Know-how im Rahmen der Anwendung einer konkurrierenden Technologie genutzt wird, wovon der Konkurrent des Lizenzgebers profitierte. Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (44) Rn 231.

<sup>1080</sup>Ohne die Auferlegung eines Wettbewerbsverbotes kann es mithin zu einer Abnahme der Neigung zur Lizenzierung kommen. Vgl. Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (36) Rn 201 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (44) Rn 232.

<sup>1081</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (44) Rn 231.

<sup>1082</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (36) Rn 202 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (44) Rn 232.

<sup>1083</sup>Die Kommission nennt als Beispiele Ausgaben für die Ausbildung von Mitarbeitern der Lizenznehmer und die Anpassung der lizenzierten Technologie an die Bedürfnisse des Lizenznehmers als Beispiele für kundenspezifische Investitionen. Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (44) Rn 233.

<sup>1084</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (44) Rn 233.

Art. 101 Abs. 3 AEUV die Zahlung einer Pauschalsumme durch den Lizenznehmer als weniger beschränkend einzustufen<sup>1085</sup>.

#### **hh. Anspruchsregelungs- und Anspruchsverzichtsvereinbarungen**

Durch eine Lizenzvereinbarung kann der anderen Partei der Anreiz genommen werden, den Partner an der Nutzung dessen eigener Technologie durch die Geltendmachung geistiger Eigentumsrechte zu hindern<sup>1086</sup>. Anspruchsregelungs- und Anspruchsverzichtsvereinbarungen sind an sich nicht (auch nicht im Rahmen von Cross-Licensing-Vereinbarungen) wettbewerbsschädlich, da sie den Parteien die bedenkenlose Nutzung ihrer jeweiligen Technologien ermöglichen<sup>1087</sup>. Allerdings können einzelne Bestandteile der Vereinbarungen gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen<sup>1088</sup>. Sind die Technologien technisch gesehen austauschbar, so ist zu prüfen, ob eine ein- oder zweiseitige Sperrposition<sup>1089</sup> besteht. Ist dies zu bejahen, so besteht kein Wettbewerbsverhältnis<sup>1090</sup>.

Die in Rede stehenden Vereinbarungen sind gruppenweise freigestellt, wenn sie keine Kernbeschränkungen enthalten. Art. 4 Abs. 1 Technologietransfer-GVO ist insbesondere dann anwendbar, wenn die Parteien „um ihre fehlende Sperrposition wissen“<sup>1091</sup> und mithin im Wettbewerb zueinander stehen. Die Streitbeilegung verdeckt dann lediglich ein Kartell<sup>1092</sup>.

---

<sup>1085</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (36) Rn 203 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (44) Rn 233.

<sup>1086</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (36) Rn 204. In den Leitlinien aus 2014 wird diese Fallgruppe „Streitbeilegungsvereinbarung“ genannt und dort der Fokus auf die Vermeidung bzw. Beilegung von Streitigkeiten dahingehend gelegt, dass eine Partei ihre Rechte des geistigen Eigentums dazu nutzt, die andere Partei an der Nutzung ihrer eigenen Technologierechte zu hindern, vgl. *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (44) Rn 234.

<sup>1087</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (36) Rn 204 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (44) Rn 236.

<sup>1088</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (36) Rn 204 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (44) Rn 236.

<sup>1089</sup> Vgl. *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (7) Rn 32: „Eine einseitige Sperrposition besteht, wenn eine Technologie nicht genutzt werden kann, ohne Rechte an einer anderen Technologie zu verletzen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Patent für die Verbesserung einer Technologie besteht, für die es wiederum ein weiteres Patent gibt. In diesem Fall setzt die Nutzung des Patents für die Verbesserung voraus, dass der Inhaber eine Lizenz für das Basispatent erwirbt. Eine zweiseitige Sperrposition besteht, wenn keine der beiden Technologien genutzt werden kann, ohne die Rechte an der anderen Technologie zu verletzen, und die Inhaber sich daher wechselseitig eine Lizenz gewähren müssen oder einer von ihnen gegenüber dem anderen auf seine Rechte verzichten muss.“

<sup>1090</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (36) Rn 204.

<sup>1091</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (36) Rn 205. Es ist nicht ersichtlich, dass für das Eingreifen der Kernbeschränkungen aus Art. 4 Abs. 1 Technologietransfer-GVO die Erfüllung eines subjektiven Elements erforderlich wäre. Es bleibt also im Unklaren, was die Kommission mit ihrer Äußerung sagen will.

<sup>1092</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (36) Rn 205.

Es gibt des Weiteren auch Anspruchsregelungs- und -verzichtsvereinbarungen, die sich wettbewerbsneutral auswirken<sup>1093</sup>. Dies ist dann der Fall, wenn der Lizenznehmer ohne die Lizenzerteilung durch den konkreten Lizenzgeber vom Markt ausgeschlossen wäre<sup>1094</sup>. Eine etwaige Beschränkung des Wettbewerbs der Parteien tangiert Art. 101 Abs. 3 AEUV dann nicht<sup>1095</sup>.

Art. 101 Abs. 1 AEUV kann bei wechselseitiger Lizenzierung und wechselseitigen Verwendungsbeschränkungen (inklusive des Verbots der Lizenzierung an Dritte) greifen<sup>1096</sup>. Haben die Parteien erhebliche Marktmacht und enthalten die Vereinbarungen Beschränkungen, die nicht erforderlich sind, so greift Art. 101 Abs. 1 AEUV selbst dann, wenn eine zweiseitige Sperrposition wahrscheinlich ist<sup>1097</sup>. Dies gilt unter der Voraussetzung, dass in Folge der Vereinbarung zu erwarten ist, dass es zu einer Marktaufteilung kommt und die Lizenzgebühren wechselseitig festgesetzt werden, wodurch die Marktpreise spürbar beeinflusst werden<sup>1098</sup>.

Räumen sich die Partner der Technologietransfer-Vereinbarung Nutzungsrechte für die Technologie des Vereinbarungspartners einschließlich solcher für künftige Entwicklungen ein, so müssen die Auswirkungen der Vereinbarung auf den Anreiz zur Innovation geprüft werden<sup>1099</sup>. Das Kartellverbot ist dann einschlägig, wenn erhebliche Marktmacht gebunden wird und der Partner in Folge der Vereinbarung am Erreichen eines Wettbewerbsvorsprungs vor dem Partner gehindert wird<sup>1100</sup>. Wird die Möglichkeit des Erreichens eines solchen Vorsprungs derart verhindert bzw. verringert, so wird auch keine Freistellung möglich sein<sup>1101</sup>. Die Partizipation ist für den Wegfall einer Behinderung bei der Nutzung der eigenen Technologie als erlässlich anzusehen<sup>1102</sup>. Unerlässlich sind hingegen solche Lizenzvereinbarungen, die die Entwicklung der Technologien ermöglichen und den Partnern

---

<sup>1093</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (36) Rn 206.

<sup>1094</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (36) Rn 206

<sup>1095</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (36) Rn 206. Es handelt sich hier um eine konkrete Ausformulierung der Markterschließungsdoktrin.

<sup>1096</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (36) Rn 206

<sup>1097</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (36) Rn 207 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (45) Rn 240.

<sup>1098</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (36) Rn 207 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (45) Rn 240.

<sup>1099</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (36) Rn 208 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (45) Rn 241.

<sup>1100</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (36) Rn 208 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (45) Rn 241.

<sup>1101</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (36) Rn 208 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (45) Rn 241.

<sup>1102</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (36) Rn 208 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (45) Rn 241.

einen Anreiz geben, unterschiedliche Lösungen zu entwickeln<sup>1103</sup>. Hierdurch wird ein Vorsprung vor dem Vertragspartner möglich und künftige Klagen werden vermieden<sup>1104</sup>. Die Gestaltungsfreiheit ist gesichert<sup>1105</sup>.

Nichtangriffsklauseln schließlich verstoßen nicht gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV<sup>1106</sup>. Die Vermeidung von Angriffen ist schließlich der ureigene Zweck von Anspruchsregelungs- und -verzichtsklauseln<sup>1107</sup>.

## ii. Technologiepools<sup>1108</sup>

### (1) Einleitung

Ein Pool kann in der Form der Kooperation zwischen wenigen Parteien auf Grund simpler Vereinbarungen oder in der Form komplexer Organisationen mit einer zentralen Stelle vorkommen, die die Lizenzierung vornimmt<sup>1109</sup>. In jedem Fall tritt der Pool als Lizenzgeber gegenüber dem Lizenznehmer auf<sup>1110</sup>.

Es kann de facto bzw. de jure so sein, dass ein Pool einen Industriestandard unterstützt; allerdings muss dies nicht bedeuten, dass es nur einen einzigen Standard gibt oder einfacher gesagt, dann, wenn ein Pool einen Industriestandard stützt, automatisch eine Wettbewerbsbeschränkung vorläge; vielmehr kann es konkurrierende Pools und konkurrierende Standards geben<sup>1111</sup>.

Für die Vereinbarungen zur Gründung des Pools und die Festlegung der Funktionsweise gilt die Technologietransfer-GVO, unabhängig von der Anzahl der Pool-Mitglieder, nicht<sup>1112</sup>. Die wettbewerbsrechtliche Besonderheit der Pool-Vereinbarungen liegt in Fragestellungen

---

<sup>1103</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (36) Rn 208 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (45) Rn 241.

<sup>1104</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (36) Rn 208 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (45) Rn 241.

<sup>1105</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (36 f.) Rn 208 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (45) Rn 241.

<sup>1106</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (37) Rn 209 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (45) Rn 242 f.

<sup>1107</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (37) Rn 209 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (45) Rn 242 f.

<sup>1108</sup>Vgl. die Definition von Technologie-Pools nach Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (37) Rn 210 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (45) Rn 244: „Vereinbarungen, bei denen zwei oder mehr Parteien eine Technologiepaket zusammenstellen, das nicht nur an die Mitglieder des Pools, sondern auch an Dritt in Lizenz vergeben wird.“

<sup>1109</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (45) Rn 244.

<sup>1110</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (37) Rn 210 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (45) Rn 244.

<sup>1111</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (37) Rn 211 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (45) Rn 245.

<sup>1112</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (37) Rn 212.

bezüglich der Auswahl der teilnehmenden Technologien und im Hinblick auf die Funktionsweise des Technologiepools<sup>1113</sup>. Für die einzelnen Lizenzvereinbarungen zwischen dem Pool als Lizenzgeber und den einzelnen Lizenznehmern gelten allerdings die normalen Regeln, sodass dann auch die Gruppenfreistellung greift und z. B. eben auch die Kernbeschränkungen vermieden werden müssen<sup>1114</sup>.

Auf Grund des gemeinsamen Absatzes der Technologien durch den Pool liegt die Annahme einer Wettbewerbsbeschränkung nahe<sup>1115</sup>. Werden in erster Linie substituierbare Technologien gepoolt, so droht gar ein Preiskartell<sup>1116</sup>. Neben den Gefahren durch die Beschränkung zwischen den Parteien ist auch die Schaffung eines Industriestandards zu befürchten und durch den Ausschluss alternativer Technologien eine Verringerung des Innovationswettbewerbs<sup>1117</sup>. Besteht bereits ein Industriestandard und existiert daneben ein ihn unterstützender Pool, so sehen sich neue und verbesserte Technologien erheblichen Marktzutrittsschranken gegenüber<sup>1118</sup>.

Aber auch bei einem Technologiepool ist eine Wettbewerbsförderung und sind Effizienzgewinne denkbar<sup>1119</sup>. So ist eine Senkung der Transaktionskosten möglich<sup>1120</sup>. Es kann der Kumulierung von Lizenzgebühren eine Grenze gesetzt werden, wodurch eine doppelte Gewinnmaximierung ausscheidet<sup>1121</sup>. Die durch den Pool ermöglichte zentrale Lizenzvergabe wirkt sich insbesondere in Branchen positiv aus, in denen geistigem Eigentum eine große Bedeutung zukommt und die Marktpräsenz durch das Halten einer großen Anzahl an Lizenzen gesichert werden kann<sup>1122</sup>. Ist eine gemeinsame ständige Betreuung von Lizenznehmern nötig, so senkt der Poolung die hierfür anfallenden Kosten<sup>1123</sup>.

## (2) Art der zusammengefassten Technologien

Für die Bewertung der beschränkenden bzw. fördernden und effizienzsteigernden Aspekte der Pools müssen auf der einen Seite die Beziehungen der Technologien des Pools untereinander

---

<sup>1113</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (37) Rn 212.

<sup>1114</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (37) Rn 212. In den Leitlinien aus 2014 wird dieser sog. Safe-Harbour-Bereich durch sieben kumulative Voraussetzungen definiert, vgl. hierzu Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (48) Rn 261.

<sup>1115</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (37) Rn 213.

<sup>1116</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (37) Rn 213.

<sup>1117</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (37) Rn 213.

<sup>1118</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (37) Rn 213.

<sup>1119</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (37) Rn 214.

<sup>1120</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (37) Rn 214.

<sup>1121</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (37) Rn 214.

<sup>1122</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (37) Rn 214.

<sup>1123</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (37) Rn 214.

(hierbei werden *technologische Ergänzungen*<sup>1124</sup> *technologischer Substitute*<sup>1125</sup> gegenübergestellt) und die Beziehungen der Pool-Technologien zu Technologien außerhalb des Pools (dabei werden *wesentliche (essentielle)* den *nicht wesentlichen (nicht essentiellen) Technologien*<sup>1126</sup> gegenübergestellt) begutachtet<sup>1127</sup>.

Werden technologische Substitute gepoolt, so sind auf Grund der fehlenden Konkurrenz zwischen den Mitgliedern des Pools die Lizenzgebühren für die Lizenznehmer wahrscheinlich höher<sup>1128</sup>. Umgekehrt bedeutet die Poolung technologischer Ergänzungen eine Senkung der Transaktionskosten und niedrigere Lizenzgebühren für die Lizenznehmer, da für das Technologiepaket des Pools eine gemeinsame Gebühr fällig wird<sup>1129</sup>. Würde der Lizenznehmer mit jedem einzelnen Mitglied des Pools Vereinbarungen treffen, so würden die jeweiligen Einzelgebühren von den verschiedenen Lizenzgebern nicht berücksichtigt werden<sup>1130</sup>.

Sollte es im Einzelfall problematisch sein zu ermitteln, ob Ergänzungen oder Substitute vorliegen, so werden die Technologien als technologische Ergänzungen behandelt, wenn Effizienzgewinne durch die Integration zweier Technologien zu erwarten sind und deshalb von einer Nachfrage nach beiden Technologien durch die Lizenznehmer auszugehen ist<sup>1131</sup>. Käme es nicht zur Poolung, so würden die Lizenznehmer schlicht zwei Lizenzen erwerben<sup>1132</sup>.

Werden im Wesentlichen technologische Substitute gepoolt, so ist Art. 101 Abs. 1 AEUV auf Grund einer Einschränkung des Technologiewettbewerbs und der Herbeiführung kollektiver Kopplungsgeschäfte erfüllt<sup>1133</sup>.

---

<sup>1124</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (37) Rn 216: „Zwei Technologien [Die Kommission weist darauf hin, dass der Begriff der Technologie in diesem Zusammenhang sowohl Patente als auch Patentanmeldungen sowie andere geistige Schutzrechte umfasst, a. a. O. Fn 56.] ergänzen sich, wenn sie...beide erforderlich sind, um ein Produkt herzustellen oder das Verfahren anzuwenden, auf das sich die Technologien beziehen.“

<sup>1125</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (37) Rn 216: „...liegen zwei technologische Substitute vor, wenn jede der beiden Technologien dem Inhaber gestattet, das Produkt herzustellen oder das Verfahren anzuwenden, auf das sich die Technologien beziehen.“

<sup>1126</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (37) Rn 216: „Eine Technologie ist wesentlich, wenn es zu ihr...innerhalb oder außerhalb des Pools kein Substitut gibt und die betreffende Technologie notwendiger Bestandteil des Pakets an Technologien ist, die für die Herstellung der Produkte oder der Anwendung der Verfahren, auf die sich der Pool bezieht, unerlässlich sind. Eine Technologie, für die es keine Substitute gibt, ist wesentlich, solange wenigstens ein gültiges Schutzrecht für diese Technologie besteht.“ Aus dieser Definition ergibt sich, dass wesentliche Technologien sich ergänzen.

<sup>1127</sup>Vgl. hierzu im Ganzen *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (46 f.) Rn 250 ff.

<sup>1128</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (46 f.) Rn 253.

<sup>1129</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (46 f.) Rn 253.

<sup>1130</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (37) Rn 217.

<sup>1131</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (47) Rn 254.

<sup>1132</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (38) Rn 218.

<sup>1133</sup>*Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (47) Rn 255.



Art. 101 Abs. 3 AEUV kommt kaum in Betracht<sup>1134</sup>. Es sind keine Einsparungen von Transaktionskosten zu erwarten<sup>1135</sup>. Ohne den Pool würde der Lizenznehmer nicht mehrere Technologien nachfragen<sup>1136</sup>. Den Pool unter der Maßgabe zuzulassen, dass die Parteien unabhängig voneinander lizenzieren dürfen, ist kaum adäquat<sup>1137</sup>. Schließlich ist die gemeinsame Lizenzvergabe Sinn und Zweck des Pools<sup>1138</sup>. Die Parteien werden in erster Linie gemeinsam Marktmacht haben<sup>1139</sup>.

Art. 101 Abs. 1 AEUV scheidet unabhängig von Marktmacht der Parteien aus, wenn technologische Ergänzungen gepoolt werden<sup>1140</sup>. Dies berührt eine etwaige Wettbewerbswidrigkeit der Konditionen der Lizenzvergabe durch diesen Pool aber nicht<sup>1141</sup>.

Durch die Einbeziehung sich ergänzender aber nicht wesentlicher Patente in den Pool besteht die Gefahr des Ausschlusses fremder Technologien<sup>1142</sup>. Ist eine Technologie Bestandteil eines Pools und damit eines Lizenzpakets, so besteht kein Anreiz für die Lizenznehmer die konkurrierende Technologie zu erwerben, zumal wenn das Paket und die dafür gezahlte Gebühr schon ein Technologiesubstitut umfasst<sup>1143</sup>. Außerdem muss der Lizenznehmer auf Grund der fehlenden Notwendigkeit der Einbeziehung in den Pool Gebühren für eine nicht benötigte Technologie zahlen, wodurch es zu einer kollektiven Kopplung kommt<sup>1144</sup>. Daher ist Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllt, wenn der Pool eine bedeutende Stellung inne hat<sup>1145</sup>.

Mit der Zeit werden neue Technologien auf den Markt kommen, sodass die Beurteilung einer Technologie als wesentlich entfallen kann<sup>1146</sup>. Ein Ausschluss fremder Technologien ist zu vermeiden, wenn der Pool solche Technologien, die nicht mehr wesentlich sind, aus dem Pool herausnimmt<sup>1147</sup>. Es sind aber auch andere Möglichkeiten denkbar<sup>1148</sup>.

Es ist z. B. denkbar, dass die Einbeziehung einer nicht wesentlichen Technologie gleichwohl wettbewerbsfördernd ist<sup>1149</sup>. Unter Umständen besteht auch die Möglichkeit, dass die

---

<sup>1134</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (47) Rn 255.

<sup>1135</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (47) Rn 255.

<sup>1136</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (47) Rn 255.

<sup>1137</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (47) Rn 255.

<sup>1138</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (47) Rn 255.

<sup>1139</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (38) Rn 219.

<sup>1140</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (38) Rn 220.

<sup>1141</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (38) Rn 220.

<sup>1142</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (38) Rn 221.

<sup>1143</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (38) Rn 221.

<sup>1144</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (38) Rn 221.

<sup>1145</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (38) Rn 221.

<sup>1146</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (38) Rn 222.

<sup>1147</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (38) Rn 222.

<sup>1148</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (38) Rn 222.

<sup>1149</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (38) Rn 222 lit. a, b.

Lizenzgeber ihre Technologien unabhängig lizenzieren<sup>1150</sup>. Dies ermöglichte es dem Lizenznehmer sich ein Paket auch Pool-Technologien und fremden Technologien zu schnüren<sup>1151</sup>.

Des Weiteren kann ein Pool auch Technologien mit verschiedenen Anwendungsbereichen enthalten<sup>1152</sup>. Es gibt dann die Möglichkeit, dass entweder ein Gesamtpaket aller Technologien angeboten wird oder Einzelpakete, die jeweils nur einen bestimmten Anwendungsbereich abdecken angeboten werden<sup>1153</sup>. Ist ein Einzelpaket gegen die Entrichtung einer geringeren Gebühr erhältlich, so sinkt das Risiko der Fernhaltung fremder Technologien vom Markt<sup>1154</sup>. Voraussetzung hierfür ist aber, dass der einzelnen Technologie ein eigener Bestandteil der Lizenzgebühr zugeordnet werden kann oder wurde<sup>1155</sup>. Positiv wirkt sich auch die Kündigungsmöglichkeit für Teile des Pakets in angemessener Frist aus, wenn dies mit der Reduktion der Gebühr einhergeht<sup>1156</sup>. Hat eine Lizenzvereinbarung eine lange Laufzeit und stellt der Pool den Industriestandard dar, so ist die Gefahr der Fernhaltung von Ersatztechnologien schließlich besonders groß<sup>1157</sup>.

### **(3) Bewertung einzelner Beschränkungen**

Im Folgenden werden solche Beschränkungen behandelt, die in der Regel bei Technologie-Pools anzutreffen sind. Die Technologietransfer-GVO gilt dabei für die Vereinbarungen zwischen dem Pool als Lizenzgeber mit den einzelnen Lizenznehmern. Der Fokus wird also auf die Untersuchung von Beschränkung bei der Pool-Gründung und bei der Lizenzvergabe durch Pools gelegt<sup>1158</sup>.

Mit der Marktstärke des Pools wächst die Gefahr für den Wettbewerb<sup>1159</sup>. Ein marktstarker Pool sollte daher offen sein und Gleichbehandlung gewährleisten<sup>1160</sup>. Es darf nicht zu einer übermäßigen Abschottung fremder Technologien kommen und die Einrichtung alternativer Pools muss möglich bleiben<sup>1161</sup>.

---

<sup>1150</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (38) Rn 222, lit. a, b.

<sup>1151</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (38) Rn 222 lit. a, b bzw. auch ABl. 2014 C 89/3 (48) Rn 264, lit. a, b.

<sup>1152</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (39) Rn 222 lit. c, d.

<sup>1153</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (39) Rn 222 lit. c, d.

<sup>1154</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (39) Rn 222 lit. c, d.

<sup>1155</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (39) Rn 222 lit. c, d.

<sup>1156</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (39) Rn 222 lit. c, d.

<sup>1157</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (39) Rn 222 lit. c, d bzw. auch ABl. 2014 C 89/3 (48) Rn 264 lit. a, b.

<sup>1158</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (39) Rn 223.

<sup>1159</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (49) Rn 267 lit. a.

<sup>1160</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (49) Rn 268.

<sup>1161</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (39) Rn 224 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (49) Rn 268.

Die Partner eines Pools, der als solcher mit dem Kartellverbot vereinbar ist und einen Industriestandard schafft, sind in der Festsetzung der Gebühren für das Paket bzw. einzelne Bestandteile frei<sup>1162</sup>. Dies gilt sowohl für die Zeit vor und nach Setzung des Standards<sup>1163</sup>. Diese Vereinbarungen sind untrennbar mit der Festlegung des Standards bzw. der Bildung des Pools verbunden und für sich genommen nicht wettbewerbsbeschränkend, da sie „mögliche Effizienzen“ enthalten<sup>1164</sup>. Die Gebührenfestlegung vor der Festlegung des Standards kann sich zur Vermeidung der Generierung erheblicher Marktmacht einer oder mehrerer Technologien durch die Wahl des Standards als effizienter erweisen<sup>1165</sup>. In jedem Fall müssen die Lizenznehmer aber die Produktpreise selbst festlegen können<sup>1166</sup>. Es wirkt sich zudem günstig auf die Bewertung aus, wenn die Auswahl der Technologien des Pools durch einen unabhängigen Sachverständigen vorgenommen wird<sup>1167</sup>. Dadurch wird der Wettbewerb unter den verfügbaren Technologien gefördert<sup>1168</sup>.

Marktbeherrschende Pools müssen offen sein und dürfen keine Abschottungswirkungen sowie sonstige wettbewerbsschädliche Wirkungen auf nachgelagerten Märkte herbeiführen<sup>1169</sup>. Voraussetzung hierfür ist die Festlegung von Gebühren und Bedingungen in fairer und nicht diskriminierender Weise<sup>1170</sup>. Zudem dürfen keine Exklusivlizenzen erteilt werden<sup>1171</sup>. Hingegen ist es möglich, für unterschiedliche Verwendungszwecke unterschiedliche Gebühren zu nehmen<sup>1172</sup>. Dies gilt nur dann, wenn im Produktmarkt selbst nicht diskriminiert wird<sup>1173</sup>. Überdies darf in der Praxis der Gebührenauflegung keine Unterscheidung zwischen den Lizenznehmern getroffen werden, die lediglich in dieser

---

<sup>1162</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (39) Rn 225.

<sup>1163</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (39) Rn 225.

<sup>1164</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (39) Rn 225. Sprachlich ungenau: Die Erreichung von Effizienzen ist ein Thema des Art. 101 Abs. 3 AEUV und nicht der Erfüllung der Voraussetzungen des Kartellverbots, auch nicht nach der gängigen Einordnung durch die Kommission (es gilt auch nichts anderes im Rahmen dieser Leitlinien).

Durch solche Begriffsverwirrungen befördert die Kommission die Annahme von Vorstellungen wie der Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsbeschränkung bzw. die Forderung einer rule of reason.

Art. 101 AEUV ist aber maßgebend, nichts anderes. Der Rahmen des Primärrechts gibt de lege lata nichts für etwaige Annahmen her.

<sup>1165</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (39) Rn 225.

<sup>1166</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 98/3 (49) Rn 268.

<sup>1167</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (39) Rn 225.

<sup>1168</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (39) Rn 225.

<sup>1169</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (39) Rn 226.

<sup>1170</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (39) Rn 226.

<sup>1171</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (39) Rn 226.

<sup>1172</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (39) Rn 226.

<sup>1173</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (39) Rn 226.

Eigenschaft auftreten und solchen, die auch Lizenzgeber sind<sup>1174</sup>. Diese müssen die gleichen Gebühren zahlen<sup>1175</sup>.

Die Lizenzgeber und Lizenznehmer müssen frei in der Entwicklung konkurrierender Produkte und Standards sein, sowie fremde Lizenzen vergeben und erwerben können<sup>1176</sup>. Dies ist zum einen nötig, um die Begrenzung des Ausschlusses fremder Technologien zu gewährleisten<sup>1177</sup>. Darüber hinaus vermeidet es die Behinderung der Innovation und Ausgrenzung alternativer technologischer Lösungen<sup>1178</sup>. Unterstützt der Pool einen de facto-Standard und werden die Partner mit Wettbewerbsverboten belegt, so ist die Gefahr für den Wettbewerb am größten<sup>1179</sup>.

Rücklizenzverpflichtungen in Pool-Vereinbarungen sind gültig, wenn keine Exklusivität vereinbart wird und sich die Verpflichtungen auf für die Verwendung der gepoolten Technologien wesentliche bzw. jedenfalls wichtige Entwicklungen beschränken<sup>1180</sup>. Auf diese Weise ist den Pool-Partnern die Ziehung und Weitergabe der Vorteile aus der Weiterentwicklung der gepoolten Technologien möglich<sup>1181</sup>. Die Partner haben ein legitimes Interesse daran, dass jene Lizenznehmer, die wesentliche Patente inne haben, die Verwertung der Pool-Technologien nicht blockieren<sup>1182</sup>.

Unter Umständen schützen Technologie-Pools auch ungültige Patente, denn durch das Pooling erhöhen sich die Kosten und Risiken ihrer Anfechtung, da diese zum Scheitern verurteilt ist, wenn auch nur ein Patent des Pools noch gültig ist<sup>1183</sup>. Als Folge davon kann es zu höheren Lizenzgebühren kommen, da auch das ungültige Patent mitbezahlt wird<sup>1184</sup>. Des Weiteren wird die Innovation im Bereich des ungültigen Patents blockiert<sup>1185</sup>. Begrenzen lässt sich das Risiko dadurch, dass die Parteien der Lizenzvereinbarung eine isolierte Kündigungsmöglichkeit vorsehen und zwar für den Lizenzgeber, auf den sich die Anfechtung bezieht<sup>1186</sup>.

---

<sup>1174</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (39) Rn 226.

<sup>1175</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (39) Rn 226.

<sup>1176</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (39) Rn 227 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (250) Rn 270.

<sup>1177</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (39) Rn 227 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (250) Rn 270.

<sup>1178</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (39) Rn 227 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (250) Rn 270.

<sup>1179</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (39) Rn 227.

<sup>1180</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (50) Rn 271.

<sup>1181</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (50) Rn 271.

<sup>1182</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (40) Rn 228 bzw. ABl. 2014 C 89/3 (50) Rn 271.

<sup>1183</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (50) Rn 272.

<sup>1184</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (50) Rn 272.

<sup>1185</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (50) Rn 272.

<sup>1186</sup>Kommission, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (40) Rn 229.

#### (4) Der institutionelle Rahmen für die Leitung von Pools

Die Art und Weise der Gründung, Organisation und Verwaltung des Pools kann das Risiko verringern, dass durch der Pool eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt bzw. sichern, dass er den Wettbewerb fördert<sup>1187</sup>.

Ist die Festlegung des Standards und die Gründung für alle Interessenten offen, so kann angenommen werden, dass der Pool sich auf Preis- und Qualitätsvorstellungen gründet<sup>1188</sup>. Setzt sich das Kontrollgremium aus Vertretern unterschiedlicher Interessengruppen zusammen, werden die Bedingungen der Lizenzierung, die Gebühren offen und diskriminierungsfrei sein und den eigentlichen Wert der Technologien reflektieren<sup>1189</sup>.

Günstig wirkt sich auch die Einholung einer (zugegebenermaßen potenziell langwierigen) fachwissenschaftlichen Entscheidung durch einen unabhängigen Sachverständigen über die Wesentlichkeit einer Technologie für einen vom Pool unterstützten Standard aus<sup>1190</sup>.

Bewertet werden müssen auch die Vorkehrungen, die bezüglich der aus dem Austausch sensibler Informationen entstehenden Gefahren getroffen wurde<sup>1191</sup>. So ist der Austausch von Preis- und Umsatzziffern insbesondere in oligopolistischen Märkten brisant<sup>1192</sup>. Gefahren können durch die Einsetzung eines unabhängigen Sachverständigen oder ein lizenziertes Organ gebannt werden, der bzw. das für die Überwachung der Produktions- und Absatzdaten als Grundlage der Lizenzgebührenberechnung zuständig ist<sup>1193</sup>. Dadurch kann die Weitergabe der sensiblen Daten an die Konkurrenten auf den jeweiligen betroffenen Märkten vermieden werden<sup>1194</sup>.

Zu guter Letzt sollte in der Gründungsvereinbarung auch ein unabhängiges Gremium bzw. eine unabhängige Person mit den Verfahren zur internen Streitbeilegung betraut werden, um die Neutralität der konkreten Verfahren zu gewährleisten<sup>1195</sup>.

#### e. Fazit und Bewertung der Kommissionsauffassung

Als Fazit der aufgezeigten Auslegung der Kommission im Bereich der Technologietransfervereinbarung ist festzuhalten, dass sowohl durch die Gruppenfreistellungsverordnung aus 2004 und 2014 als auch die jeweils gleichzeitig

---

<sup>1187</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (40) Rn 230.

<sup>1188</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (46) Rn 249.

<sup>1189</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (40) Rn 231.

<sup>1190</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (40) Rn 232.

<sup>1191</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (47 f.) Rn 259.

<sup>1192</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (47 f.) Rn 259.

<sup>1193</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2014 C 89/3 (47 f.) Rn 259.

<sup>1194</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (40) Rn 234.

<sup>1195</sup> *Kommission*, Leitlinien Technologietransfer, ABl. 2004 C 101/2 (40) Rn 235.

veröffentlichten Leitlinien ein klarer Rahmen für die Einschlägigkeit von Kartellverbot und Kartellausnahme von der Kommission vorgezeichnet wurde.

Kurzgesagt: Auch im System der Legausnahme funktioniert die Selbstbewertung durch die Unternehmen. Die Kommission gibt hier sehr kleinteilig und in Kontinuität zweier Verordnungen und Leitlinienpakete Kriterien vor, an denen sich die Unternehmen selbst veranlassen können. Auffällig ist - anders als im Bereich der horizontalen sowie vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen -, dass der Marktanteil im Bereich von Technologietransfervereinbarungen keine derart große Rolle spielt. Gleichwohl setzen die Marktanteilsschwellen aus der TT-GVO erste Grenzen mit einem Präjudiz für eine prinzipielle Freistellbarkeit bzw. höheres Rechtfertigungspotenzial bei einem übersteigen der Marktanteilsschwellen für die beteiligten Vereinbarungspartner.

## II. Das „Gemeinwohl“ als eigenständige weitere Fallgruppe der Einzelfreistellung?

In diesem Abschnitt soll erörtert werden, ob es eine eigenständige Fallgruppe gibt, nach der Sachverhalte allein deshalb freigestellt sind, weil sie dem Gemeinwohl<sup>1196</sup> dienen.

Hiermit sind solche Fälle gemeint, bei denen die Erfüllung des Art. 101 Abs. 3 AEUV mangels Generierung von gesamtwirtschaftlichen Effizienzen, von denen die Verbraucher profitierten, verneint werden müsste, hierüber aber gegebenenfalls ein „Gemeinwohlaspekt“ hinweghelfen kann.

Gemeinwohlaspekte sollen hier verstanden werden als solche, die sich als Querschnittsaufgaben in Art. 7 AEUV ff., sich als Rechtfertigungsgrund für Verstöße gegen Art. 34 f. AEUV in Art. 36 AEUV oder aber generell als Politik der EU (vgl. z. B. Art. 191 AEUV) im AEUV wiederfinden.

Hierzu sollen zunächst die systematischen Voraussetzungen, die eine solche These bedingen, beleuchtet werden. Sodann ist die Rechtspraxis auf das Vorhandensein solcher Fälle zu untersuchen. Hernach sind sowohl die Rechtspraxis als auch die These von der Existenz der Fallgruppe einer kritischen Würdigung zu unterziehen.

### 1. Gesetzessystematischer Rahmen für eine mögliche Freistellung von Gemeinwohlaspekten

Die Freistellung von Absprachen im Bereich des Umweltschutzes, der Sozialpolitik sowie auch sport- und arbeitsmarktpolitische Konstellationen und ganz allgemein auch von Fällen, die im Rahmen der Frage eines Verstoßes gegen Art. 34 und 35 AEUV im Rahmen einer Ausnahme bzw. Rechtfertigung<sup>1197</sup> nach Art. 36 AEUV Beachtung finden können bzw. Gegenstand der Querschnittsaufgaben sind, kann nur im systematischen Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV unter Erfüllung seiner allgemein gültigen Voraussetzungen erfolgen. Es kann hier keine Rolle spielen, dass vermeintliche „gute“ Kartelle vereinbart werden sollen. Ob ein Kartell „gut“ oder „schlecht“ ist, kann nicht a priori durch das „gute“ oder „schlechte“ Ziel der Absprache entschieden werden. Ob das Kartell „gut“ oder „schlecht“ ist, wird ja

---

<sup>1196</sup> Der Begriff „Gemeinwohl“ wird hier in Abgrenzung zu den Sachverhalten gebraucht, bei denen der Wohlfahrt der Marktbürger schon dadurch gedient ist, dass Waren und Dienstleistungen im Wettbewerb angeboten und nachgefragt werden (kein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV) bzw. dem Wettbewerb erst durch eine Beschränkung gedient ist, die für die Konsumenten positive Leistungsgewinne mit sich bringt (Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV und Erfüllung des Art. 101 Abs. 3 AEUV unter Effizienzgesichtspunkten).

<sup>1197</sup> Vgl. zu dieser Frage umfassend *Füller*, Warenverkehrsfreiheiten.

gerade mit der Prüfung von Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV festgestellt und zwar unabhängig vom hehren Ziel der Vereinbarung.

Die Begründung einer Einzelfreistellung mit dem Verweis auf ein solches hehres Ziel ist letztlich tautologisch und führt zur Konfusion.

Stellt sich z. B. die Frage, ob im Einzelfall eine Umweltschutzvereinbarung freigestellt werden kann, so kann der Verweis auf Art. 191 AEUV zu keiner Erkenntnis für die Frage der Freistellung beitragen oder diese auch nur präjudizieren. Vielmehr ist es eine Frage der Effizienzerzielung, ob eine Vereinbarung freigestellt werden kann, sei das Ziel der Vereinbarung auch noch so edel. Um im Beispiel zu bleiben stellt sich die Frage: Kann die einzelne Umweltschutzvereinbarung also zu Leistungsgewinnen in diesem Sinne führen?

Die Antwort hierauf kann sich nicht darauf reduzieren zu sagen, dass Umweltschutz „gut“ sei und deshalb immer zu Effizienzen führe. Dies ist konkret festzustellen. Unterstellt, diese Hürde der Freistellung sei erfüllt, so ist bei den hier relevanten Fallgestaltungen der entscheidende Aspekt der nächste Gesichtspunkt: Effizienz bedeutet bei Art. 101 Abs. 3 AEUV immer einen Leistungsgewinn, der an die Verbraucher weitergegeben wird, sodass hier die Wegscheide für die Beantwortung der Frage liegt. Bei der erwähnten Umweltschutzvereinbarung ist die Beantwortung vergleichsweise einfach. Erzielt sie einen Leistungsgewinn, der z. B. in einer energiesparenden Technik besteht, ist die Weitergabe an die Verbraucher leicht nachzuweisen<sup>1198</sup>.

Schwierig wird es bei anderen Vereinbarungen. Das Problem besteht darin, dass zweifelsohne Absprachen denkbar sind, die einem der in Rede stehenden Ziele dienen und zusätzlich Leistungsgewinne hervorbringen, von denen auch bestimmte Personen, Personengruppen oder die Allgemeinheit pauschal profitieren.

Dies mag zwar erfreulich sein. Entscheidend ist vorliegend jedoch nicht, dass es lediglich irgendjemanden (außerhalb der Vereinbarungspartner) gibt, der innerhalb einer direkten Kausalkette von der Vereinbarung profitiert. Entscheidend ist, dass der in Art. 101 Abs. 3 AEUV genannte „Verbraucher“ an den generierten Leistungsgewinnen partizipieren kann.

An dieser Stelle ist freilich zuzugeben, dass die Entscheidungspraxis der Kommission und des EuGH hier sehr großzügig zu sein scheint. Z. T. legen die Äußerungen im Schrifttum zu den einschlägigen Entscheidungen nahe, dass sobald „Gemeinwohlinteressen“ berührt sind, bloß irgendein Dritter außerhalb des Kreises der Vereinbarungspartner profitieren muss, ohne dass

---

<sup>1198</sup> Vgl. hierzu nochmals zur Freistellbarkeit von Umweltschutzvereinbarungen, *Zweiter Teil, E., I., 1., f.*



ein engerer zeitlicher oder kausaler Zusammenhang mit der Absprache gegeben sein muss, um den Anforderungen der Kommission für eine Freistellung zu genügen<sup>1199</sup>.

Zu erklären ist dieser Eindruck durch das z. T. sehr weite Verständnis des Tatbestandsmerkmals der Verbraucherbeteiligung. Entgegen der vorherrschenden Ansicht, dass unter den Kreis der „Verbraucher“ im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV sowohl unmittelbare als auch mittelbare Abnehmer fallen - und zwar unabhängig davon, ob es sich um Verbraucher im allgemeinen Sinne, Groß- oder Einzelhändler oder aber industrielle Weiterverarbeiter handelt<sup>1200</sup> - wird (unter Verweis auf die angebliche ständige Entscheidungspraxis von EuGH und Kommission) auch vertreten, dass alle unbeteiligten Dritten erfasst sein sollten<sup>1201</sup>.

Folglich wird zu überprüfen sein, ob dieser (im Schrifttum vermittelte) Eindruck sich durch eine Untersuchung der in Rede stehenden Fallpraxis belegen lässt oder es nicht vielmehr so ist, dass die Freistellung aufgrund konkret feststellbarer Leistungsgewinne für einen identifizierbaren Kreis von Verbrauchern zustande kam.

Erforderlich wird diese Untersuchung schon allein deshalb, weil die Paarung der Auffassung, dass jeder unbeteiligte Dritte Verbraucher sei und zusätzlich Vereinbarungen allein aufgrund von Gemeinwohlaspekten freistellbar seien, in einem Freistellungssystem der Legalausnahme zwangsläufig entweder zu enormer Rechtsunsicherheit oder aber zu der Möglichkeit für Unternehmen Generalschutzbehauptungen aufzustellen, führen muss<sup>1202</sup>.

Exemplifiziert werden soll die These dabei an zwei Unterfallgruppen: dem Gemeinwohlaspekt Arbeitsplatzbeschaffung/sozialverträgliche Gestaltung von Umstrukturierungsmaßnahmen (nachfolgen 2.) sowie dem Aspekt der langfristigen Sicherstellung der Energieversorgung (nachfolgend 3.).

## **2. Arbeitsplatzschaffung/sozialverträgliche Gestaltung von Umstrukturierungsmaßnahmen**

Im Rahmen dieses Abschnitts wird untersucht, ob es möglich ist, Kartelle vom Verbot des Art. 101 Abs. 3 AEUV freizustellen, weil aufgrund der wettbewerbsbeschränkenden Absprache Arbeitsplätze erhalten oder geschaffen werden bzw.

---

<sup>1199</sup> *Schröter/Jakob/Mederer-Schröter*, Artikel 81 Absatz 3 Rn 340 und 353.

<sup>1200</sup> *Schröter/Jakob/Mederer-Schröter*, Artikel 81 Absatz 3 Rn 353 Fn 1504 m. w. N.

<sup>1201</sup> *Schröter/Jakob/Mederer-Schröter*, Artikel 81 Absatz 3 Rn 353 Fn 1505.

<sup>1202</sup> Es scheint dabei fast so, als ob die besonders scharfe Kritik am Legalausnahmesystem unter dem Gesichtspunkt der Rechts(un)sicherheit gerade durch die sehr weite Auslegung des Freistellungsregimes (ohne Not!) erst selbst für eine solche Unsicherheit sorgt.

Umstrukturierungsmaßnahmen einer ganzen Branche oder eines oder mehrerer Unternehmen sozialverträglich gestaltet werden.

Hierbei soll gezeigt werden, dass diese Aspekte in der Praxis der Unionsorgane nur scheinbar eine Rolle in den jeweiligen Freistellungsentscheidungen gespielt haben. Nichtsdestotrotz soll der Frage nachgegangen werden, ob die Existenz einer solchen Fallgruppe theoretisch denkbar ist bzw. ordnungspolitisch wünschenswert wäre.

#### **a. Die Entscheidung Ford/VW<sup>1203</sup>**

Im Schrifttum wird als Beleg dafür, dass Arbeitsplatzschaffung und -sicherung im Rahmen einer durch Gemeinwohlaspekte geprägten Fallgruppe zu einer Freistellung führten, mit Vorliebe die Entscheidung *Ford/VW* der Kommission angeführt. So formuliert etwa *Schröter* unter Verweis auf ebenjene Entscheidung, dass „*die Erhaltung von Arbeitsplätzen in Zeiten ungünstiger Konjunktur*“ von der Kommission als „*Verbesserung*“ bzw. „*Fortschritt*“ im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV gewertet würden<sup>1204</sup>. Des Weiteren gehöre es zur gesicherten Praxis von Kommission und EuGH, dass jenseits wirtschaftlicher Effizienz auch Gemeinwohlinteressen berücksichtigt würden, wie z. B. „*wettbewerbsbeschränkende(n) Absprachen, die unter anderem darauf abzielen...Arbeitsplätze zu schaffen*“<sup>1205</sup>.

Sachlich behandelte die Entscheidung die Gründungsabsprache zwischen „Ford of Europe“<sup>1206</sup> und der „Volkswagen AG“<sup>1207</sup> zur Errichtung eines Gemeinschaftsunternehmens für Entwicklung und Bau eines sog. „MPV“<sup>1208</sup> in Portugal.

Verwiesen wird zum Beweis der eben zitierten Aussagen auf Randnummer 36 der Entscheidung<sup>1209</sup>. Allerdings taugt dieses Zitat keinesfalls zur Unterfütterung der getätigten Behauptung. Zum einen äußert sich die Kommission an genannter Stelle nicht zur ersten Freistellungsvoraussetzung des Art. 101 Abs. 3 AEUV, auf die die Begriffe „*Verbesserung*“ und „*Fortschritt*“ anspielen. Die Kommission äußert sich vielmehr zur dritten Freistellungsvoraussetzung der „*Unerlässlichkeit*“<sup>1210</sup>. Richtig ist, dass im genannten Abschnitt Bezug auf die Schaffung von Arbeitsplätzen genommen wird. Namentlich erwartet die Kommission durch die Gründung des MPV-GU durch Ford und VW die Schaffung von

---

<sup>1203</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1992, ABl. 1993 L 20/14-Ford/Volkswagen.

<sup>1204</sup> *Schröter/Jakob/Mederer-Schröter*, Artikel 81 Absatz 3 Rn 340.

<sup>1205</sup> *Schröter/Jakob/Mederer-Schröter*, Artikel 81 Absatz 3 Rn 353.

<sup>1206</sup> Im Folgenden „Ford“.

<sup>1207</sup> Im Folgenden „VW“.

<sup>1208</sup> Als MPV bezeichnet man eine Großraumlimousine. Hinter der Abkürzung steht der Begriff „multipurpose-vehicle“.

<sup>1209</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1992, ABl. 1993 L 20/14 (19) Rn 36-Ford/Volkswagen.

<sup>1210</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1992, ABl. 1993 L 20/14 (17-19) Rn 28-36 -Ford/Volkswagen.

direkt 5000 und weiteren 10 000 indirekten Arbeitsplätzen<sup>1211</sup>. Dies bewertet die Kommission insoweit als positiv, als damit ein Beitrag zur harmonischen Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft<sup>1212</sup> und zur Verringerung des Abstandes zwischen den Regionen geleistet werde, wodurch auch ein elementares Ziel des Vertrages verwirklicht werde<sup>1213</sup>. Für die hier interessierende Frage aber, ob Arbeitsplatzsicherung bzw. -sicherung zur Freistellung einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung führt, ist allerdings entscheidend, dass die Kommission ausdrücklich darlegt, dass diese Aspekte nicht zu einer Freistellung führen könnten<sup>1214</sup>. Wörtlich heißt es in der Entscheidung, dass die Arbeitsplatzsicherung „*allein eine Freistellung nicht rechtfertigen könnte(n), sofern nicht im Übrigen die Voraussetzungen des Artikels 85 [101] Absatz 3 erfüllt sind*“<sup>1215</sup>. Aus dieser Äußerung ist nun zweierlei ersichtlich. Zum einen kann - entgegen anders lautender Äußerungen im Schrifttum (vgl. oben beispielhaft *Schröter*) - die Arbeitsplatzsicherung nicht zur Rechtfertigung einer Einzelfreistellung herangezogen werden. Zum anderen behandelt die Kommission die Frage nach einer solchen Möglichkeit außerhalb der vier Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV. Zwar platziert sie ihre Aussage bei der Behandlung der Frage nach der „Unerlässlichkeit“, spricht aber gleichzeitig davon, dass nur eine Freistellung in Frage kommt, wenn „*die Voraussetzungen des Artikel 85 [101] Absatz 3 erfüllt sind*“<sup>1216</sup>. Als Essenz ihrer Äußerung im Fall *Ford/VW* bleibt also festzuhalten, dass entscheidend ist, ob die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind. Arbeitsplatzsicherung ist freilich erwünscht und freistellungsunschädlich, kann aber alleine nicht zur Freistellung führen.

### **b. Die Entscheidung Stichting Baksteen<sup>1217</sup>**

Eine weitere häufig genannte Entscheidung, die die These von der Existenz der in Rede stehenden gemeinwohlorientierten Fallgruppe stützen soll<sup>1218</sup>, ist die Entscheidung *Stichting Baksteen*.

Gegenstand war hier eine Vereinbarung der Stichting Baksteen mit einer Reihe niederländischer Ziegelhersteller zur Umstrukturierung und Sanierung der niederländischen Ziegelsteinproduktion<sup>1219</sup>. Notwendig war die Absprache aufgrund der Situation in der

---

<sup>1211</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1992, ABl. 1993 L 20/14 (19) Rn 36-*Ford/Volkswagen*.

<sup>1212</sup> Da es sich um Zitate handelt, wird der zum Zeitpunkt der Entscheidung gültige Begriff verwendet.

<sup>1213</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1992, ABl. 1993 L 20/14 (19) Rn 36-*Ford/Volkswagen*.

<sup>1214</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1992, ABl. 1993 L 20/14 (19) Rn 36-*Ford/Volkswagen*.

<sup>1215</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1992, ABl. 1993 L 20/14 (19) Rn 36-*Ford/Volkswagen*.

<sup>1216</sup> Siehe nochmals *Kommission* v. 23. 12. 1992, ABl. 1993 L 20/14 (19) Rn 36-*Ford/Volkswagen*.

<sup>1217</sup> *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15-*Stichting Baksteen*.

<sup>1218</sup> Statt aller *Schröter/Jakob/Mederer-Schröter*, Artikel 81 Absatz 3 Rn 353.

<sup>1219</sup> *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15-*Stichting Baksteen*.

niederländischen Ziegelindustrie<sup>1220</sup>. Diese war durch erhebliche Überkapazitäten gekennzeichnet<sup>1221</sup>. Die Hersteller sahen sich aufgrund ihres Unvermögens mit dem technischen Fortschritt mitzuhalten, der ungünstigen Nachfrageentwicklung und der äußerst geringen Preiselastizität der Nachfrage außerstande, die Überkapazitäten ohne die Absprache abzubauen<sup>1222</sup>.

Bedeutsam für die hier in Rede stehende Frage ist die Äußerung in Randnummer 27 der Entscheidung, wo die Kommission feststellt, dass das koordinierte Vorgehen der Vereinbarungspartner bei der Schließung von Produktionsstätten „überdies“ [Hervorhebung durch den Verfasser] „*annehmbare soziale Bedingungen*“ ermögliche und für die betroffenen Arbeitnehmer verbesserte Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten eröffne<sup>1223</sup>.

Die Einleitung mit dem „überdies“-Satz bezieht sich auf die Äußerungen in den Randnummern 19-26. Dort nimmt die Kommission Bezug auf das Ziel der Vereinbarung, die Kapazitäten in der Branche zu verringern, um langfristig ein Gleichgewicht von Angebot und Nachfrage herzustellen<sup>1224</sup>. Hierfür sei zwar genuin jedes Unternehmen im Rahmen einer marktwirtschaftlichen Ordnung selbst zuständig<sup>1225</sup>, doch seien bisher alle Versuche der einzelnen Marktteilnehmer, das Ziel allein zu erreichen, fehlgeschlagen<sup>1226</sup>. Gründe hierfür seien zum einen die fehlende Preiselastizität der Nachfrage<sup>1227</sup>, technische Probleme bei der Kapazitätsverringern<sup>1228</sup>, sowie generell Risiken für die Unternehmer, die notwendigen Aktionen selbst durchzuführen, ohne sich mit den andern Marktteilnehmern abzusprechen<sup>1229</sup>. Aufgrund der Absprache konnte der Output in der Branche bei gleichzeitiger Kapazitätsverringern durch die effiziente Auslastung der Produktionsanlagen konstant gehalten werden<sup>1230</sup>. Dies wurde durch die ausschließliche Schließung der veralteten Anlagen und Verlagerung der Herstellung auf die modernen leistungsfähigen Maschinen erreicht, wodurch die Produktivität gesteigert werden konnte<sup>1231</sup>. Hierdurch verringerte sich die Abhängigkeit von den Festkosten, die ehemals den Großteil der Herstellungskosten

---

<sup>1220</sup> *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15 (19) Rn 18-*Stichting Baksteen*.

<sup>1221</sup> *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15 (19) Rn 18-*Stichting Baksteen*.

<sup>1222</sup> *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15 (19) Rn 18-*Stichting Baksteen*.

<sup>1223</sup> *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15 (20) Rn 27-*Stichting Baksteen*.

<sup>1224</sup> *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15 (19) Rn 19-*Stichting Baksteen*.

<sup>1225</sup> *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15 (19) Rn 20-*Stichting Baksteen*.

<sup>1226</sup> *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15 (19) Rn 21-*Stichting Baksteen*.

<sup>1227</sup> *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15 (19) Rn 22-*Stichting Baksteen*.

<sup>1228</sup> *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15 (19) Rn 23-*Stichting Baksteen*.

<sup>1229</sup> *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15 (19) Rn 24-*Stichting Baksteen*.

<sup>1230</sup> *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15 (20) Rn 26-*Stichting Baksteen*.

<sup>1231</sup> *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15 (20) Rn 26-*Stichting Baksteen*.

ausmachen<sup>1232</sup>. Infolge der Verbesserung der Rentabilität konnte die Wettbewerbsfähigkeit der niederländischen Ziegelindustrie wiederhergestellt werden<sup>1233</sup>.

An all diese Ausführungen schließt sich nun der „*überdies*“-Satz an, dem wiederum die Feststellung, dass „*daher*“ die erste Freistellungsvoraussetzung erfüllt sei, folgt<sup>1234</sup>. M. E. ist schon an diesen Formulierungen zu erkennen, dass - so wie im Fall *Ford/VW* die Äußerungen zur Arbeitsplatzschaffung<sup>1235</sup>- die Kommission wohlwollend zur Kenntnis nimmt, dass einerseits „*annehmbare soziale Bedingungen*“ geschaffen werden und andererseits die „*Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten*“ der „*betroffenen Arbeitnehmer*“ „*verbessert*“ werden. Sicherheit bezüglich dieser Annahme erlangt man aber, wenn man die Äußerungen der Kommission zur zweiten Freistellungsvoraussetzung der „*Verbraucherbeteiligung*“ liest.

Die Kommission sieht langfristige Vorteile für die Verbraucher darin, dass ihnen ein gesunder Wirtschaftszweig mit wettbewerbsfähigen Angebotsstrukturen gegenüberstünde<sup>1236</sup>. Kurzfristig profitierten sie dadurch, dass noch Konkurrenz unter den Vereinbarungspartnern herrschte<sup>1237</sup>. Zudem komme es zu einer für die Verbraucher günstigen Auslese, wobei veraltete Kapazitäten zugunsten moderner und leistungsfähiger Kapazitäten den Markt verließen<sup>1238</sup>. Des Weiteren komme es zu keiner bedenklichen Anbieterkonzentration, sodass noch genügend Wettbewerber in der Ziegelbranche verblieben, die eine ausreichende Auswahl gewährleisteten<sup>1239</sup>. Zwar sei der Kapazitätsabbau mit einem Finanzplan gekoppelt, wodurch das Risiko kurzfristiger Preiserhöhungen bestünde<sup>1240</sup>. Dieses Risiko werde aber durch die erhebliche Senkung der Kosten der Vorratshaltung bei den Herstellern ausgeglichen<sup>1241</sup>. Aufgrund der weitgehenden Abhängigkeit der Stückkosten von der Auslastung der vorhandenen Kapazitäten, sei aufgrund der Absprache vielmehr mit sinkenden Verbraucherpreisen zu rechnen<sup>1242</sup>. Zudem hätten die Verbraucher im Falle unangemessener Preise seitens einzelner Hersteller genügend Auswahlmöglichkeiten, um sich zu angemessenen Preisen zu versorgen<sup>1243</sup>.

---

<sup>1232</sup> *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15 (20) Rn 26-*Stichting Baksteen*.

<sup>1233</sup> *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15 (20) Rn 26-*Stichting Baksteen*.

<sup>1234</sup> *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15 (20) Rn 28-*Stichting Baksteen*.

<sup>1235</sup> Siehe nochmals *Kommission* v. 23. 12. 1992, ABl. 1993 L 20/14 (19) Rn 36-*Ford/Volkswagen*.

<sup>1236</sup> *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15 (20) Rn 29-*Stichting Baksteen*.

<sup>1237</sup> *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15 (20) Rn 29-*Stichting Baksteen*.

<sup>1238</sup> *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15 (20) Rn 29-*Stichting Baksteen*.

<sup>1239</sup> *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15 (20) Rn 30-*Stichting Baksteen*.

<sup>1240</sup> *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15 (20) Rn 31-*Stichting Baksteen*.

<sup>1241</sup> *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15 (20) Rn 31-*Stichting Baksteen*.

<sup>1242</sup> *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15 (20) Rn 31-*Stichting Baksteen*.

<sup>1243</sup> *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15 (20) Rn 31-*Stichting Baksteen*.

Gemäß der allgemeinen Regel, dass im Rahmen der Bewertung einer Vereinbarung mittels Art. 101 Abs. 3 AEUV nur solche Effizienzgewinne im Sinne der ersten Freistellungsvoraussetzung berücksichtigt werden können, an denen die Verbraucher angemessen beteiligt werden<sup>1244</sup>, könnte die Tatsache, dass im Fall *Stichting Baksteen* „*annehmbare soziale Bedingungen*“ geschaffen und die „*Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten der betroffenen Arbeitnehmer verbessert*“ wurden, nur bei einem Profit für die Verbraucher an diesem Gewinn, berücksichtigt werden. Allein die Bewertung als positiv für das „*Gemeinwohl*“ vermag nicht auszureichen.

Zugegebenermaßen ist in den Ausführungen der Kommission aber auch keine solche Aussage auszumachen. Vielmehr wird über mehrere Randnummern dargelegt, worin die Leistungsgewinne der Absprache lägen. En passant spricht die Kommission noch ihr Wohlwollen gegenüber den positiven Effekten für die bei den Ziegelherstellern Beschäftigten aus, um dann die Frage aufzuwerfen, ob und inwiefern die Verbraucher von den durch die Vereinbarung generierten Leistungsgewinne profitierten. In ihrer Antwort in den Randnummern 29 bis 31 verliert sie dann aber kein Wort über die positiven sozialen Nebeneffekte der Absprache der Hersteller mit der Stichting Baksteen.

Mithin schiebt man der Kommission dadurch, dass man behauptet, die in Rede stehende Entscheidung sei ein Beleg dafür, dass zum einen die sozialverträgliche Umstrukturierung in einer Branche zu einer Freistellung führte und zum anderen die hiervon profitierenden Mitarbeiter als „Verbraucher“ im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV anzusehen seien, eine Aussage unter, die sie nicht macht.

Aus all dem ergibt sich, dass auch die Entscheidung der Kommission im Fall *Stichting Baksteen* nicht als Beleg für eine an Gemeinwohlinteressen orientierte Fallgruppe der Arbeitsplatzschaffung/-sicherung bzw. sozialverträglichen Umstrukturierung taugt<sup>1245</sup>.

### **c. Die Entscheidung Kunstfasern<sup>1246</sup>**

---

<sup>1244</sup> Siehe Nachweise bei *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., § 13 Rn 58 Fn 124.

<sup>1245</sup> Die Ausführungen der Kommission stellen in ihrer Gänze im Fall *Stichting Baksteen* dann auch bei Lichte betrachtet eine schulmäßige Begründung für die Freistellbarkeit von Strukturkrisenkartellen dar. Es wird Punkt für Punkt an den einzelnen Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV abgearbeitet, worin konkret die gesamtwirtschaftlichen Vorteile des Strukturkrisenkartells der belgischen Ziegelhersteller liegen. Allerdings ergibt sich auch daraus keine Begründung für eine Meta-Fallgruppe „*Gemeinwohl*“. Es sind abermals Leistungsgewinne (erste Voraussetzung), die konkret benennbaren Verbrauchern angemessen zugute kommen (zweite Voraussetzung), wobei die Existenz des Krisenkartells für die Erreichung der Leistungsgewinne nicht hinweggedacht werden kann (dritte Voraussetzung) und es darüber hinaus zu keiner Ausschaltung des Wettbewerbs kommt (vierte Voraussetzung).

<sup>1246</sup> *Kommission* v. 4. 7. 1984, ABl. 1984 L 207/17-Kunstfasern.

Erstaunliche Parallelen zum Fall *Stichting Baksteen* weist die Entscheidung *Kunstfasern* auf. Inhaltlich ging es bei der Entscheidung um eine Vereinbarung von neun europäischen Kunstfaserherstellern, die einen umfassenden Plan zur Kapazitätsherabsetzung bei der Kunstfaserherstellung vorsah<sup>1247</sup>. Die Kommission sah darin einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 lit. b AEUV<sup>1248</sup>.

Anlass für die Behauptung, dass sozialverträgliche Umstrukturierungsmaßnahmen den Unterfall einer Fallgruppe „*Gemeinwohlinteressen*“ des Art. 101 Abs. 3 AEUV bildeten, ist die Äußerung in Randnummer 37 der Entscheidung, wo davon die Rede ist, dass die „*Koordinierung...weiter [Hervorhebung durch den Verfasser] sowohl die Umstrukturierung unter annehmbaren sozialen Bedingungen als auch eine bessere Umsetzung der Beschäftigten*“ ermögliche<sup>1249</sup>. Ebenso wie im Fall *Stichting Baksteen* schließt sich die Aussage im „*weiter*“-Satz<sup>1250</sup> an die ausführliche Darlegung der Generierung von Effizienzgewinnen durch die Kapazitätsverringerung an<sup>1251</sup>, um in Randnummer 38 von der Feststellung der Erfüllung der ersten Freistellungsvoraussetzung gefolgt zu werden<sup>1252</sup>. Die Annahme, dass durch die Ausführungen im „*weiter*“-Satz<sup>1253</sup> nur das Wohlwollen gegenüber diesen Nebeneffekten der Kartellierung ausgedrückt wird, wird von den Erwägungen der Kommission im Rahmen der Untersuchung der Frage nach der angemessenen Verbraucherbeteiligung gestützt<sup>1254</sup>. Dort finden sich z. T. wortwörtlich die gleichen Erwägungen wie im Fall *Stichting Baksteen* und zudem keine Erwähnung der in Rede stehenden Gemeinwohlaspekte. Mithin fehlt auch im Fall *Kunstfasern* die Spiegelung des Gesichtspunktes der sozialverträglichen Umstrukturierung im Rahmen der Verbraucherbeteiligung.

Auch die Entscheidung *Kunstfasern* spricht gegen die Existenz der gemeinwohlorientierten Fallgruppe der Arbeitsplatzschaffung/-sicherung bzw. sozialverträglichen Umstrukturierung.

#### **d. Das Urteil im Fall Metro-SABA I<sup>1255</sup>**

---

<sup>1247</sup> *Kommission* v. 4. 7. 1984, ABl. 1984 L 207/17 (19f.) Rn 16-18-Kunstfasern.

<sup>1248</sup> *Kommission* v. 4. 7. 1984, ABl. 1984 L 207/17 (22) Rn 26-Kunstfasern.

<sup>1249</sup> *Kommission* v. 4. 7. 1984, ABl. 1984 L 207/17 (23) Rn 37-Kunstfasern.

<sup>1250</sup> Dort im „*überdies*“-Satz, vgl. *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15 (20) Rn 27-*Stichting Baksteen*.

<sup>1251</sup> Vgl. für die Entscheidung *Kunstfasern* *Kommission* v. 4. 7. 1984, ABl. 1984 L 207/17 (23) Rn 29-36-*Kunstfasern* und für den Fall *Stichting Baksteen* *Kommission* v. 29. 4. 1994, ABl. 1994 L 131/15 (19f.) Rn 19-26-*Stichting Baksteen*.

<sup>1252</sup> *Kommission* v. 4. 7. 1984, ABl. 1984 L 207/17 (23) Rn 38-Kunstfasern.

<sup>1253</sup> Sowie in der Entscheidung *Stichting Baksteen* im „*überdies*“-Satz.

<sup>1254</sup> *Kommission* v. 4. 7. 1984, ABl. 1984 L 207/17 (23f.) Rn 39-41-Kunstfasern.

<sup>1255</sup> *EuGH* v. 25. 10. 1977, Rs. 26-76-Metro-SABA/*Kommission I*.

Auch dem EuGH wird die Gemeinwohl-Fallgruppe des Art. 101 Abs. 3 AEUV untergeschoben<sup>1256</sup>. Ein gern zitiertes Urteil ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung im Fall *Metro-SABA I*. Sachlich ging es hier um die Beurteilung des Vertriebssystems der *Schwarzwälder Apparate-Bau-Anstalt August Schwer und Söhne GmbH*<sup>1257</sup>, das sie zum Absatz ihrer Fernseh-, Rundfunk- und Tonbandgeräte mit dem Fachhandel unterhielt<sup>1258</sup>.

Für den relevanten Fragenkreis ist die Aussage des EuGH in Randnummer 43 der Entscheidung interessant. Dort wird der Abschluss der in Rede stehenden Lieferverträge als „*stabilisierendes Element für die Erhaltung von Arbeitsplätzen*“ bezeichnet<sup>1259</sup>. Weiter heißt es, dass darin ein Aspekt zur „*Verbesserung der allgemeinen Bedingungen der Warenerzeugung*“ zu sehen sei, der insbesondere „*unter den Voraussetzungen einer ungünstigen Wirtschaftskonjunktur zu den Zielen gehört, die Artikel 85 [101] Absatz 3 zu verfolgen gestattet*“<sup>1260</sup>.

Hierin ist jedenfalls eine teilweise klare Aussage des EuGH zu erblicken. Wenn auch die Voraussetzungen reichlich schwammig erscheinen mögen, so kann diese Äußerung als Votum dafür angesehen werden, dass nach Auffassung des EuGH der Erhalt von Arbeitsplätzen (jedenfalls in Zeiten einer ungünstigen Konjunktur) als Effizienzgewinn zu berücksichtigen sei<sup>1261</sup>.

Es fragt sich allerdings, was durch diese Stellungnahme des EuGH (die wie die vorgenannten Entscheidungen der Kommission im Übrigen durch einen „*außerdem*“-Satz eingeleitet wird!) gewonnen ist. Denn nachdem der EuGH richtigerweise feststellt, dass für eine Freistellung auch eine angemessene Verbraucherbeteiligung notwendig ist<sup>1262</sup>, wird die „*regelmäßige Versorgung*“ der Verbraucher mit den fraglichen Vertragswaren als Vorteil im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV angesehen<sup>1263</sup>. Hierbei lässt der EuGH lediglich offen, ob tatsächlich mit Weitergabe dieses Vorteils aufgrund ausreichenden Wettbewerbsdrucks zu rechnen ist<sup>1264</sup>. Mit anderen Worten: Die Frage nach der Erhaltung von Arbeitsplätzen spielt im Rahmen der Frage nach der Verbraucherbeteiligung keine Rolle mehr. Diese Frage wird nicht einmal

---

<sup>1256</sup> Statt aller *Schröter/Jakob/Mederer-Schröter*, Artikel 81 Absatz 3 Rn 353.

<sup>1257</sup> Im Folgenden SABA.

<sup>1258</sup> *EuGH* v. 25. 10. 1977, Rs. 26-76 Rn 1– *Metro-SABA/Kommission I*.

<sup>1259</sup> *EuGH* v. 25. 10. 1977, Rs. 26-76 Rn 43– *Metro-SABA/Kommission I*.

<sup>1260</sup> *EuGH* v. 25. 10. 1977, Rs. 26-76 Rn 43– *Metro-SABA/Kommission I*.

<sup>1261</sup> Allerdings erscheint es mir an dieser Stelle angebracht darauf hinzuweisen, dass Begriffe wie „*stabilisierendes Element*“ und „*ungünstige Wirtschaftskonjunktur*“ nicht gerade griffig und handhabbar sind. Sie müssen entweder dazu führen, dass es sehr einfach wird, vor Gericht Schutzbehauptungen aufzustellen bzw. für die Kommission und Gerichte ein Einfaches, die Erfüllung dieser „*Tatbestandsmerkmale*“ und damit die Freistellung zu verneinen.

<sup>1262</sup> *EuGH* v. 25. 10. 1977, Rs. 26-76 Rn 46– *Metro-SABA/Kommission I*.

<sup>1263</sup> *EuGH* v. 25. 10. 1977, Rs. 26-76 Rn 47f.– *Metro-SABA/Kommission I*.

<sup>1264</sup> *EuGH* v. 25. 10. 1977, Rs. 26-76 Rn 48– *Metro-SABA/Kommission I*.



offen gelassen. Die Freistellung war also letztlich auch nach Auffassung des EuGH nicht auf eine stabilisierende Wirkung im Hinblick auf die Arbeitsplatzhaltung zu stützen.

Im Übrigen kann hier auch nicht das Argument gelten, dass der EuGH mit seiner Äußerung in Randnummer 43 schon alles gesagt hat, was für eine Freistellung ausreichte. Erstens trennt der EuGH selbst sauber zwischen den einzelnen Freistellungs Voraussetzungen. Zweitens hätte es eines Kommentars dazu, ob die gesicherte Versorgung der Verbraucher einen Vorteil im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV darstellt, nicht bedurft, wenn der EuGH selbst davon ausgehen würde, dass die von der Arbeitsplatzsicherung profitierenden Arbeitnehmer (oder noch weiter: die Gesellschaft als Ganzes) als „Verbraucher“ im nämlichen Sinne anzusehen seien.

Eine solche Auffassung würde darüber hinaus freilich eine unzulässige Vermischung der einzelnen, isoliert zu prüfenden Merkmale der Freistellungsnorm darstellen.

Nach alledem ist den relevanten Passagen des in Rede stehenden Urteils nicht zu entnehmen, dass eine Freistellung darauf zu stützen wäre, dass Arbeitsplätze in Folge einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache geschaffen oder gesichert werden.

Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang weiterhin, dass die Entscheidung der Kommission<sup>1265</sup>, gegen die sich die hier besprochene Klage richtet, keinen Anlass dafür gibt, den nämlichen Gemeinwohlaspekt aufzuwerfen. Dort werden als Effizienzgewinne im Sinne der ersten Freistellungs voraussetzung ein verbesserter Kundendienst, eine kontinuierliche Versorgung der Verbraucher, eine Anpassung der SABA-Geräte an die Verbraucherwünsche, eine Vergrößerung der Vorräte an Geräten bei den Großhändlern, ein breiteres Warenangebot bei den Einzelhändlern, sowie die Rationalisierung von Fertigung und Vertrieb angesehen<sup>1266</sup>. An keiner Stelle wird eine den Lieferverträgen in Zeiten schlechter Konjunktur eigene, Arbeitsplätze erhaltende Wirkung entscheidungserheblich zugesprochen.

Somit scheiden sowohl das Urteil *Metro/SABA I* als auch die Entscheidung *SABA* als Belege für die hier untersuchte angebliche Fallgruppe aus<sup>1267</sup>.

#### **e. Das Urteil im Fall van Landewyk<sup>1268</sup>**

---

<sup>1265</sup> *Kommission* v. 15. 12. 1975, ABl. 1976 L 28/19-SABA.

<sup>1266</sup> *Kommission* v. 15. 12. 1975, ABl. 1976 L 28/19 (26f.) Rn 39-41-SABA.

<sup>1267</sup> Anderer Meinung ist diesbezüglich *Teichmann*, die in dem Urteil im Fall *Metro/SABA I* des EuGH zu erkennen glaubt, dass dieser die in Rede stehende Fallgruppe anerkennt. Im Widerspruch hierzu steht allerdings, dass *Teichmann* die Äußerung des Gerichtshofs in einem *obiter dictum* verortet, womit lediglich eine positive Einstellung des *EuGH* zur Fallgruppe zum Ausdruck kommen könnte. Keinesfalls taugte die Arbeitsplatzsicherung in einem solchen Fall zur Begründung einer Freistellung. Trotz alledem sieht *Teichmann* ebenso wie der Verfasser in Art. 101 Abs. 3 AEUV keinen Raum für die Berücksichtigung der nämlichen Aspekte im Rahmen einer Freistellung, vgl. zum Ganzen *Teichmann*, Warenerzeugung, S. 89.

Das Urteil im Fall *van Landewyk* behandelt die Klage der FEDETAB<sup>1269</sup> sowie sieben ihrer bedeutendsten Mitglieder gegen eine Entscheidung der Kommission<sup>1270</sup>. Für den hier interessierenden Fragenkreis ist sachlich das als „FEDETAB-Empfehlung“ bezeichnete System der Festsetzung von Verdienstspannen, Vergütungen zum Jahresende und Zahlungsfristen, mit denen Fachgroß- und Facheinzelhändler zulasten der nicht spezialisierten Tabakhändler von der FEDETAB bevorzugt wurden<sup>1271</sup>, relevant.

Es stellt sich allerdings ernsthaft die Frage, warum das in Rede stehende Urteil als Beleg für die These von der gemeinwohlorientierten Fallgruppe Arbeitsplatzzerhaltung angeführt wird<sup>1272</sup>. Es findet sich zwar im Urteil des EuGH eine Passage, in der die fragliche These angesprochen wird<sup>1273</sup>. Allerdings handelt es sich dabei nur um die Wiedergabe eines Vorbringens der Kläger durch den EuGH. In concreto führte die FEDETAB die Entscheidung im Fall *Metro/SABA I*<sup>1274</sup> des EuGH an, in der der EuGH betont habe, „*dass sozialpolitische Erwägungen - namentlich die Sorge um die Erhaltung der Arbeitsplätze unter konjunkturell ungünstigen Bedingungen - im Rahmen von Artikel 85 [101] Absatz 3 Berücksichtigung finden könnten*“<sup>1275</sup>. Der EuGH geht dann aber im weiteren Verlauf seiner Ausführungen nicht mehr direkt auf dieses Vorbringen ein. Vielmehr legt er dar, dass die große Anzahl an Tabakhändlern und dort insbesondere von Fachhändlern nicht zwingend zu einer Verbesserung der Warenverteilung im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV führte<sup>1276</sup>. Es sei vielmehr dann von einer Verbesserung auszugehen, wenn sich die Händler flexibel auf die Verbraucherinteressen konzentrierten, was offenkundig den nicht-spezialisierten Händlern gelungen sei, was an der Entwicklung der Verkäufe bei diesen im Vergleich zu den Fachhändlern ablesbar sei<sup>1277</sup>. Diese Äußerungen kann man nun entweder als ein Übergehen des angeführten „*Sozialpolitik*“-Arguments ansehen, oder aber vielmehr als Darlegung, warum die künstliche Erhaltung der Arbeitsplätze der Fachhändler (die im Wettbewerb wohl *zugunsten solcher im Bereich der nicht-spezialisierten Händler* wegfallen würden) kein

---

<sup>1268</sup> *EuGH* v. 29. 10. 1980, verbundene Rs. 209 bis 215 und 218-78-*van Landewyk*.

<sup>1269</sup> Hierbei handelt es sich um einen Berufsverband, in dem zum Zeitpunkt der Entscheidung nahezu alle belgischen Tabakhersteller zusammengeschlossen waren.

<sup>1270</sup> *Kommission* v. 20. 7. 1978, ABl. 1978 L 224/29-FEDETAB-Empfehlung.

<sup>1271</sup> Vgl. zu diesem Sachverhalt die Entscheidung der *Kommission* v. 20. 7. 1978, ABl. 1978 L 224/29ff.-FEDETAB-Empfehlung.

<sup>1272</sup> *Groeben/Schwarze-Schröter*, Artikel 81 Absatz 3 Rn 304 Fn 1309.

<sup>1273</sup> *EuGH* v. 29. 10. 1980, verbundene Rs. 209 bis 215 und 218-78 Rn 182- *van Landewyk*.

<sup>1274</sup> *EuGH* v. 25. 10. 1977, Rs. 26-76-*Metro-SABA/Kommission I*.

<sup>1275</sup> *EuGH* v. 29. 10. 1980, verbundene Rs. 209 bis 215 und 218-78 Rn 182- *van Landewyk*.

<sup>1276</sup> *EuGH* v. 29. 10. 1980, verbundene Rs. 209 bis 215 und 218-78 Rn 183f.-*van Landewyk*.

<sup>1277</sup> *EuGH* v. 29. 10. 1980, verbundene Rs. 209 bis 215 und 218-78 Rn 183f.-*van Landewyk*.

Argument für die Erfüllung der ersten Freistellungsvoraussetzung ist bzw. generell nicht für eine Freistellungsrechtfertigung taugt.

Wie dem auch sei, das Urteil im Fall *van Landewyk* kann kaum als Beleg für die Existenz der hier untersuchten Fallgruppe herhalten<sup>1278</sup>.

#### f. Das Urteil im Fall *Remia*<sup>1279</sup>

Das Urteil im Fall *Remia* behandelte sachlich den Verkauf der beiden Tochtergesellschaften *Remia B. V.*<sup>1280</sup> und *Luycks Producenten B. V.*<sup>1281</sup> an die *Zuid-Hollandse Conservenfabriek B. V.* durch die *N. V. Verenigde Bedrijven Nutricia*<sup>1282</sup> und insbesondere die die Veräußerung flankierenden Wettbewerbsverbote. Dem Urteil lag die *Nutricia*-Entscheidung der Kommission zugrunde<sup>1283</sup>. Für den hier interessierenden Untersuchungsgegenstand ist der Versuch der Kläger relevant, das im Rahmen des Verkaufs der *Remia* vereinbarte 10-jährige Wettbewerbsverbot u. a. damit zu rechtfertigen, dass bei der Unternehmensübertragung Arbeitsplätze gesichert worden seien, worin eine Förderung des wirtschaftlichen Fortschritts zu sehen sei und mithin Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt<sup>1284</sup>.

Der EuGH nutzt die Gelegenheit des klägerischen Vorbringens, um auf seine Äußerungen im Urteil *Metro/SABA I* zu verweisen<sup>1285</sup>. Der EuGH beleuchtet entsprechend seiner Überprüfungscompetenz, ob die Begründung der Kommission ihre Ablehnung gerade unter dem erwähnten Gesichtspunkt ausreichend ist<sup>1286</sup>. Dies bejaht der EuGH<sup>1287</sup> unter Verweis auf die Randnummern 27 und 31 der *Nutricia*-Entscheidung<sup>1288</sup>. Dort legt die Kommission zum einen dar, warum ein vierjähriges Wettbewerbsverbot der *Remia* genügte, um gegenüber *Luyck* eine wettbewerbsfähige Marktposition zu erreichen<sup>1289</sup> und zum anderen, dass für den Fall, dass ein Unternehmen am Markt (insbesondere auf Grund früherer Management-Fehler)

---

<sup>1278</sup> Im Übrigen soll auch hier nicht verschwiegen werden, dass auch in der zugrunde liegenden Entscheidung der Kommission das „sozialpolitische Argument“ keine Rolle spielte, vgl. ebenda *Kommission* v. 20. 7. 1978, ABl. 1978 L 224/29ff.-*FEDETAB-Empfehlung*.

<sup>1279</sup> *EuGH* v. 11. 7. 1985, Rs. 42/84-*Remia*.

<sup>1280</sup> *Remia* stellte Soßen, Margarine und Erzeugnisse für die Backindustrie her.

<sup>1281</sup> *Luycks* war Hersteller für Soßen, Essigfrüchte und Würzstoffe, wie insbesondere Essig und Senf.

<sup>1282</sup> Bei *Nutricia* handelte es sich um einen Hersteller von Gesundheits- und Babynahrung.

<sup>1283</sup> *Kommission* v. 12. 12. 1983, ABl. 1983 L 376/22-*Nutricia*.

<sup>1284</sup> *EuGH* v. 11. 7. 1985, Rs. 42/84 Rn 39-*Remia*. Auch hier soll darauf hingewiesen werden, dass in der *Nutricia*-Entscheidung der Kommission dieser Aspekt keine Erwähnung fand.

<sup>1285</sup> *EuGH* v. 25. 10. 1977, Rs. 26-76 Rn 43– *Metro-SABA/Kommission I*.

<sup>1286</sup> *EuGH* v. 11. 7. 1985, Rs. 42/84 Rn 42-*Remia*.

<sup>1287</sup> *EuGH* v. 11. 7. 1985, Rs. 42/84 Rn 42-*Remia*.

<sup>1288</sup> *Kommission* v. 12. 12. 1983, ABl. 1983 L 376/22 (26) Rn 27;31-*Nutricia*.

<sup>1289</sup> *Kommission* v. 12. 12. 1983, ABl. 1983 L 376/22 (26) Rn 31-*Nutricia*.

nicht überlebensfähig ist, dies kein Rechtfertigungsgrund für ein längeres Wettbewerbsverbot (und hier im Endeffekt für eine Freistellung desselben) sei<sup>1290</sup>.

Mit anderen Worten hält der EuGH zwar an seiner Auffassung, dass die Arbeitsplatzzerhaltung ein Ziel sei, dass unter dem Gesichtspunkt der Verbesserung der allgemeinen Bedingungen der Warenerzeugung - insbesondere in Zeiten schlechter Konjunktur - mittels Art. 101 Abs. 3 AEUV verfolgt werden könne, fest. Allerdings konnte auch in diesem Fall die tatsächliche oder vermeintliche Arbeitsplatzzerhaltung nicht zu einer Freistellung beitragen oder genügen. Denn die Ablehnung der Erfüllung der ersten Freistellungsvoraussetzung durch die Kommission stützte sich ja nicht darauf, dass es zur behaupteten Arbeitsplatzzerhaltung nicht gekommen ist, sondern auf zwei andere Aspekte<sup>1291</sup>. Interessant ist insbesondere der Bezug des EuGH auf die Ausführungen der Kommission in Randnummer 27 der Kommissionsentscheidung. Hier wird deutlich, dass selbst der EuGH, der grundsätzlich den Faktor Arbeitsplatzzerhaltung im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV für berücksichtigungsfähig hält, hiermit kein generelles Sanierungsargument ausgesprochen haben will. Dadurch wird, wenn sich schon praktisch kein Fall für eine Relevanz des Arguments für eine Freistellung finden lässt, die angebliche Fallgruppe auch in der Theorie um einen denkbaren Bereich von Sachverhalten eingekürzt.

Als Fazit lässt sich festhalten, dass das Urteil *Remia* ebenfalls kein Beleg für die Existenz der Gemeinwohl-Fallgruppe ist.

### **g. Kritisches Fazit zu dieser Fallgruppe**

#### **aa. Ergebnis der Untersuchung der Rechtspraxis**

Die Analyse der Entscheidungs- und Urteilspraxis von Kommission und EuGH zu der gemeinwohlorientierten Fallgruppe der Arbeitsplatzschaffung und -erhaltung bzw. sozialverträglichen Gestaltung von Umstrukturierungsmaßnahmen hat zu dem Ergebnis geführt, dass sie in der Rechtspraxis streng genommen nicht existiert.

Hierbei ist nach der Durchsicht des Sachverhaltsmaterials der Unionsorgane zwar zwischen der Auffassung der Kommission und der des Gerichtshofs zu unterscheiden. Kennzeichnend für die Praxis der Kommission ist es, sich wohlwollend gegenüber den in Rede stehenden Aspekten der Vereinbarungen zu äußern. Hingegen bezieht der EuGH explizit Stellung und

---

<sup>1290</sup> *Kommission* v. 12. 12. 1983, ABl. 1983 L 376/22 (26) Rn 27-*Nutricia*.

<sup>1291</sup> Siehe nochmals *EuGH* v. 11. 7. 1985, Rs. 42/84 Rn 42-*Remia* mit Verweis auf *Kommission* v. 12. 12. 1983, ABl. 1983 L 376/22 (26) Rn 27;31-*Nutricia*.

qualifiziert die genannten sozial- und arbeitsmarktpolitischen Kriterien als im Rahmen der ersten Freistellungsvoraussetzung berücksichtigungswürdig.

Gemein sind den Auffassungen der Organe freilich die rechtlichen Auswirkungen ihrer Auffassungen. So konnte trotz positiver Stellungnahmen zu Arbeitsplatzschaffung/-erhaltung und sozialverträglichen Umstrukturierung noch keine Freistellung aus diesen Gründen gerechtfertigt werden.

Der Grund hierfür ist darin zu sehen, dass die positive Bewertung bei der ersten Freistellungsvoraussetzung keine Resonanz bei der Frage nach der Verbraucherbeteiligung findet.

### **bb. Dogmatische Begründung der Fallgruppe**

Nichtsdestotrotz bindet diese Praxis der Organe den Rechtsanwender freilich nicht. Mithin ist die Frage gestattet, ob sich die positive Bewertung im Rahmen der ersten Freistellungsvoraussetzung nicht theoretisch bei der zweiten Freistellungsvoraussetzung widerspiegeln könnte.

Dafür wäre es erforderlich, dass entweder alle Verbraucher von der Arbeitsplatzhaltung etc. im konkreten Fall profitieren müssen bzw. die jeweils betroffenen Arbeitnehmer als Verbraucher im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV anzusehen sind.

#### **(1) Die Gesellschaft als Verbraucher im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV**

Wenn man, die Gesellschaft als Verbraucher im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV verstehen will, so muss man sich zunächst über die Konsequenzen dieser Auffassung im Klaren sein. Es handelt sich um das weitest denkbare Verständnis des Begriffs Verbraucher.

Die Konsequenz wäre freilich, dass man in allen Fällen, in denen durch eine Kartellabsprache in den jeweiligen Unternehmen Arbeitsplätze gesichert werden, jeweils mit einer Freistellung zu rechnen wäre. Klammert man die vierte Freistellungsvoraussetzung der Nichtausschaltung des Wettbewerbs aus, so dürfte die Freistellung auch nicht an der Unerlässlichkeit scheitern. Der positiven Beweis der Erhaltung eines Arbeitsplatzes lässt sich schließlich nur führen, wenn man aktiv in den Wettbewerb mittels einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache eingreift. Unsicher ist die Prognose, ob die Arbeitsplätze, die möglicherweise aufgrund des Fehlens der Absprache wegfallen, bei anderen Unternehmen entstehen.

Allerdings bedeutete diese Auslegung die Abkehr vom Prinzip des Wettbewerbs. Der Wettbewerb als Entdeckungsprozess sorgt eben von alleine für die optimale Allokation der Ressource Arbeit. Werden in einer Branche Arbeitnehmer benötigt, so werden diese bei den leistungsfähigen Marktteilnehmern beschäftigt sein.

Benötigt ein leistungsfähiges Unternehmen weniger Arbeitnehmer, so kann nicht ein weniger effektives Unternehmen ein Kartell mit dem Argument durchführen, ihm ermögliche die generierte Kartellrendite die Beschäftigung anderer - volkswirtschaftlich nicht benötigter - Arbeitnehmer.

Stellte man die sich kartellmäßig organisierenden Unternehmen vom Verbot der Wettbewerbsbeschränkungen frei, so verfälschte man zum einen die optimale Allokation der Ressource Arbeit und setzte auf der anderen Seite eine Abwärtsspirale in Gang, die Unternehmen produziert, die (obwohl eigentlich Sanierungsfälle) nur durch die Kartellierung noch wettbewerbsfähig sind.

Dies kann kaum dem Gemeinwohl, wie es der AEUV versteht, entsprechen. Zudem bleibt zu überlegen, warum es bis ins Kleinste ausgearbeitete und begründete Regelungen und Bewertungsgrundlagen für die verschiedensten Formen wettbewerbsbeschränkender Absprachen gibt, wenn mit dem Federstrich der Arbeitsplatzzerhaltung die Freistellung zu erlangen wäre.

Aus diesen Gründen ist es abzulehnen, die Gesellschaft als Verbraucher im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV zu verstehen<sup>1292</sup>.

## **(2) Positiv betroffene Beschäftigte als Verbraucher im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV**

Noch weiter zugespitzt ist die Situation für den Fall, dass man die im konkreten Fall von der Absprache profitierenden Beschäftigten als Verbraucher im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV ansieht.

Es drängt sich dann nämlich die Frage förmlich auf, warum es positiv sein soll, dass der Beschäftigte des Kartellteilnehmers A seinen Arbeitsplatz behält, während ein Arbeitsplatz beim nichtkartellierten potenziellen Marktzugänger B aufgrund zu hoher Marktzutrittsschranken infolge des freigestellten Kartells nicht entstehen kann.

### **3. Langfristige Sicherung der Energieversorgung**

Als zweite Unterfallgruppe soll der Aspekt der langfristigen Sicherung der Energieversorgung darauf untersucht werden, ob sich damit die Existenz der Gemeinwohl-Fallgruppe belegen lässt.

#### **a. Entscheidung United Reprocessors<sup>1293</sup>**

---

<sup>1292</sup> Hiervon ist die Situation zu unterscheiden, in der jeder einzelne Unionsbürger von einem Leistungsgewinn profitiert und daher die Frage im Raum steht, ob dann jeder Bewohner als Verbraucher zu verstehen ist. Bejahendenfalls wäre das Kollektiv der Unionsbürger auch Verbraucher in diesem Sinne.

Eine solche Situation ist aber eine gänzlich andere als die oben besprochene, bei der ein abstraktes Gemeinwohl beschworen wird.

Im vorliegenden Fall koordinierten drei Unternehmen den Vertrieb von Wiederaufarbeitungsdienstleistungen für oxydische Kernbrennstoffe und die Beschaffung damit verbundener Transportdienste in dem paritätischen Gemeinschaftsunternehmen *United Reprocessors GmbH*.

Die erste Freistellungsvoraussetzung sah die Kommission als erfüllt an<sup>1294</sup>. Grund hierfür war die durch die koordinierte Investitionstätigkeit ermöglichte Schaffung wirtschaftlich tragbarer Kapazitäten<sup>1295</sup>. Aufgrund erheblicher Größeneffekte in dem in Rede stehenden Markt, konnte durch das durch die Koordination ermöglichte Abwarten der optimalen Marktlage eine signifikante Verringerung der Gestehungskosten im Hinblick auf den Bau von Wiederaufbereitungsanlagen erreicht werden<sup>1296</sup>. Zudem führte die effiziente Auslastung der Kapazitäten der Anlagen zur Senkung der Fixkosten, die einen Großteil der Gestehungskosten der Wiederaufbereitung selbst ausmachten<sup>1297</sup>.

Eine angemessene Verbraucherbeteiligung sah die Kommission in dem verbesserten Dienstleistungsangebot für die Nachfrager nach Wiederaufbereitungsleistungen<sup>1298</sup>. Namentlich trugen die erhöhte Sicherheit und die Gewährleistung einer regelmäßigen Wiederaufbereitung zu diesem Gewinn bei<sup>1299</sup>. Zudem werden die stärkere Auffächerung des Dienstleistungsangebots sowie die Möglichkeit, von den Erfahrungen der drei Vereinbarungspartner zu profitieren, als Gewinn bezeichnet<sup>1300</sup>. Namentlich profitierten nach Auffassung der Kommission hiervon die „Benutzer“ der Anlagen. Wörtlich heißt es, dass die Vorteile „*allen Kunden zugute*“ kämen<sup>1301</sup>.

Es zeigt sich also, dass die Gründe für die Freistellung nicht darin zu sehen sind, dass die Kommission die langfristige Energieversorgung im Rahmen einer Orientierung am Gemeinwohl ausspricht. Vielmehr sind klar definierte wirtschaftliche Leistungsgewinne ausschlaggebend für die Entscheidung. Auch im Rahmen der Betrachtung der Verbraucherbeteiligung ergibt sich kein anderes Bild. Verbraucher sind auch nach dem

---

<sup>1293</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1975, ABl. 1976 L 51/7-*United Reprocessors*.

<sup>1294</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1975, ABl. 1976 L 51/7 (11)-*United Reprocessors*.

<sup>1295</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1975, ABl. 1976 L 51/7 (11)-*United Reprocessors*.

<sup>1296</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1975, ABl. 1976 L 51/7 (11)-*United Reprocessors*.

<sup>1297</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1975, ABl. 1976 L 51/7 (11)-*United Reprocessors*.

<sup>1298</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1975, ABl. 1976 L 51/7 (11)-*United Reprocessors*.

<sup>1299</sup> Zur Bedeutung dieses Umstandes vgl. die *Kommission* a. a. O. wörtlich: „Diese Garantie ist wichtig, da Kernbrennstoffe ein auf jeden Fall anfallendes radioaktives Produkt sind, dessen Wiederaufbereitungstermin aus technischen Gründen festgelegt ist. So haben die Anlagen der Kernkraftwerke für die Lagerung der bestrahlten Brennstoffe nur eine begrenzte Kapazität; man müsste daher entweder die Kraftwerke stilllegen oder mit hohem Kostenaufwand zusätzliche Wasserbecken bauen, wenn das Angebot an Wiederaufbereitungsdienstleistungen unzureichend ist.“

<sup>1300</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1975, ABl. 1976 L 51/7 (11)-*United Reprocessors*.

<sup>1301</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1975, ABl. 1976 L 51/7 (11)-*United Reprocessors*.

Verständnis der Kommission in der vorliegenden Entscheidung nicht identisch mit der ganzen Gesellschaft. Vielmehr sind es die Kunden in Gestalt der Nachfrager nach Wiederaufbereitungsdienstleistungen, die ganz konkret und direkt von der Vereinbarung profitieren.

Lediglich im Rahmen der Untersuchung der Frage der Unerlässlichkeit wird die Allgemeinheit erwähnt. Allerdings geschieht dies nicht, weil sie als Verbraucher im nämlichen Sinne zu verstehen wären, sondern nur als Hintergrundinformation für die Motivation der von der Vereinbarung betroffenen Regierungen zur Befürwortung derselben; keineswegs macht sich die Kommission diese Motivation der Regierungen zur Befürwortung zur eigenen Motivation zur Freistellung<sup>1302</sup>.

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Entscheidung im Fall *United Reprocessors GmbH* die These vom Vorhandensein der gemeinwohlorientierten Fallgruppe der Sicherung der langfristigen Energieversorgung nicht stützt.

#### **b. Entscheidung KEWA<sup>1303</sup>**

Dem Fall *KEWA* lag eine Vereinbarung zwischen den Farbenfabriken Bayer AG (Bayer), der Farbwerke Hoechst AG (Hoechst), der Gelsenberg AG (Gelsenberg) und der Nukem AG (Nukem) über die Gründung der Kernbrennstoffwiederaufbereitungsgesellschaft mbh (KEWA) zugrunde. Zweck der Gründung war der Bau und Betrieb einer Wiederaufbereitungsanlage für Kernbrennstoffe, sowie der Vertrieb der im Zuge der Wiederaufbereitung gewonnenen Erzeugnisse<sup>1304</sup>.

Effizienzgewinne sieht die Kommission darin, dass den Vereinbarungspartnern der schnelle Übergang zur großtechnischen Wiederaufarbeitung ermöglicht werde, sowie gemeinsam auf einem neuen wirtschaftlichen Gebiet tätig zu sein, was jedem einzelnen Unternehmen allein aufgrund der Besonderheiten dieses Wirtschaftszweigs nicht möglich sei<sup>1305</sup>. Überdies

---

<sup>1302</sup> Wörtlich heißt es an der in Rede stehenden Stelle der Entscheidung: „Die drei von Vereinbarung betroffenen Regierungen haben im Übrigen den Abschluss der Vereinbarung befürwortet, um einen wirtschaftlich nicht tragbaren Wettbewerb auf Kosten der Allgemeinheit zu vermeiden. Dies galt besonders für die deutsche Regierung, die in dem Bestreben, die bisher mit ihren Mitteln vorgenommenen Forschungen auf industrieller Ebene zum Abschluss zu bringen, den Bau einer nationalen Anlage im großtechnischen Maßstab fördern würde. Die Vereinbarung entspricht genau ihrem Bemühen, ohne neue finanzielle Belastungen ihren privaten Unternehmen den Zugang zur Technologie und anschließend zum Wiederaufarbeitungsmarkt unter den bestmöglichen wirtschaftlichen und technischen Bedingungen zu ermöglichen.

Aus diesem Grund muss die Notwendigkeit der Koordinierung der Investitionen während eines Zeitraums anerkannt werden, der jeder der in der Vereinbarung vorgesehenen Anlagen eine wirtschaftlich vertretbare Kapazitätsauslastung gewährleistet, bevor eine neue Anlage in Betrieb genommen wird.“

<sup>1303</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1975, ABl. 1976 L 51/15-KEWA.

<sup>1304</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1975, ABl. 1976 L 51/15-KEWA.

<sup>1305</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1975, ABl. 1976 L 51/15 (19)-KEWA.



forschten und entwickelten die Partner weiterhin bezüglich des Baus einer großtechnischen Wiederaufarbeitungsanlage zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen<sup>1306</sup>.

Zum Thema der angemessenen Verbraucherbeteiligung stellt die Kommission folgende Kausalkette auf: Bayer, Hoechst, Gelsenberg und Nukem können auf dem nämlichen Gebiet weiterhin gemeinsam forschen und ihr Know-how austauschen, wodurch ihre Gesteungskosten sinken und eine regelmäßige Wiederaufarbeitung gewährleistet werden kann<sup>1307</sup>. Auf Grund dessen kann erwartet werden, dass die Benutzer günstigere Preise von ihren Kunden verlangen werden<sup>1308</sup>.

Es zeigt sich folglich auch in der Entscheidung *KEWA*, dass nicht Gemeinwohlüberlegungen zu einer Freistellung führten, sondern lediglich Effizienzüberlegungen. Im Rahmen der ersten Freistellungs Voraussetzung werden für Art. 101 Abs. 3 AEUV übliche Erwägungen angestellt. Und auch im Rahmen der zweiten Freistellungs Voraussetzung wird nicht auch einen abstrakten Verbraucherbegriff, der als „*die Gesellschaft*“ definiert wird, abgestellt. Vielmehr wird erwartet, dass die Benutzer ihren Kunden (also den privaten wie industriellen Abnehmern) günstigere Angebote machen werden. Hierin findet sich auch bei noch so wohlwollender Betrachtung nicht der Aspekt der langfristigen Energieversorgung wieder. Die Kommission ist lediglich darauf bedacht, die Nachfrage nach der Wiederaufarbeitung von Kernbrennstoffen zu befriedigen. Es finden sich als Anbieter dieser Leistung einige Unternehmen, die allerdings nicht einzeln in der Lage sind, die Leistung zu erbringen. Kollektiv ist ihnen dies möglich<sup>1309</sup>. Freilich soll nicht abgeleugnet werden, dass es ein gesamtgesellschaftliches Interesse an der Erbringung dieser Leistung gibt. Es besteht aber auch ein Bedürfnis einer Gesellschaft daran, dass jeder einzelne z. B. Backwaren kaufen kann. Allein aus diesem Grund wäre bei einer etwaigen Freistellung eine Absprache von Herstellern von Backwaren noch nicht das Gemeinwohl für die Rechtfertigung derselben heranzuziehen.

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Entscheidung nicht zum Beweis der Existenz der gemeinwohlorientierten Fallgruppe der langfristigen Energieversorgung taugt.

#### 4. Fazit

Die Untersuchung hat gezeigt, dass es keine eigenständige Fallgruppe des „*Gemeinwohls*“ gibt.

---

<sup>1306</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1975, ABl. 1976 L 51/15 (19)-*KEWA*.

<sup>1307</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1975, ABl. 1976 L 51/15 (19)-*KEWA*.

<sup>1308</sup> *Kommission* v. 23. 12. 1975, ABl. 1976 L 51/15 (19)-*KEWA*.

<sup>1309</sup> Eine andere Frage ist, ob man die Einschätzung der *Kommission* teilt, die davon ausgeht, dass die Benutzer „*ihr wirtschaftliches Gewicht*“ (so wörtlich a. a. O.) zur Erreichung der Preissenkungen einsetzen werden.

Vielmehr sind in all jenen Fällen, in denen von den Unionsorganen die in Rede stehenden Aspekte positiv gewürdigt wurden, schlichte Effizienzerwägungen für die Freistellung ausschlaggebend gewesen.

Gemeinwohlaspekte, die über positive Auswirkungen für die Allgemeinheit durch den Schutz des Wettbewerbs hinausgingen, sind bei Gelegenheit der Erfüllung der Freistellungs Voraussetzungen quasi miterfüllt worden. Sie trugen aber nicht zur Freistellung bei.

Des Weiteren sprechen Gründe der Konturenlosigkeit, der Rechtsunsicherheit sowie der Verkennung der systematischen Stellung des Art. 101 Abs. 3 AEUV im AEUV gegen die Berücksichtigung von Gemeinwohlaspekten im Rahmen der Freistellung.

### **Dritter Teil: Zusammenfassung und Thesen**

1. Trotz der Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe, kann Art. 101 Abs. 3 AEUV rechtssicher angewandt werden.
2. Das Dogma der Kommission, wonach es keine Vereinbarungstypen gäbe, die von vornherein nicht für eine Einzelfreistellung in Frage kommen, ist mit Blick auf die Rechtswirklichkeit nicht haltbar.
3. Es gibt zwei Fallgruppen, die von vornherein nicht für eine Einzelfreistellung in Betracht kommen bzw. diese nicht benötigen. Diese Fallgruppen sind die negativen Fallgruppen der Einzelfreistellung.
4. Von vornherein kommen Hardcore-Kartelle nicht für eine Einzelfreistellung in Betracht. Ihre Freistellung scheitert jedenfalls daran, dass es denkbare nicht zu einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher am (Kartell-)Gewinn kommen kann. Eine Einzelfreistellung von Hardcore-Beschränkungen scheidet daher aus Rechtsgründen aus.
5. Des Weiteren bedarf es keiner individuellen Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV bei all jenen Sachverhalten, die bereits durch eine Gruppenfreistellungsverordnung vom Kartellverbot ausgenommen werden. Diese Sachverhalte kommen de facto nicht mehr für die Behandlung im Rahmen der Einzelfreistellung in Betracht.
6. Den Gruppenfreistellungsverordnungen kommt in tatsächlicher Hinsicht eine Doppelstellung im Hinblick auf die Möglichkeit einer Einzelfreistellung zu. Diese besteht neben der in der vorherigen These beschriebenen Wirkung noch darin, dass die von den Verordnungen nicht freigestellten Vereinbarungen - jedenfalls dann, wenn sie in deren sachlichen Anwendungsbereich fallen - nur in Ausnahmefällen noch individuell freistellbar sind.
7. Da es nur in Ausnahmefällen zu einer Einzelfreistellung dieser Sachverhalte kommen kann, werden sie als atypische Sachverhalte bezeichnet.
8. Die Ausstrahlungswirkung der Gruppenfreistellungsverordnungen rührt in diesem Bereich daher, dass der Gesetzgeber in ihren Voraussetzungen die einzelnen Freistellungsbedingungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV umgesetzt hat. Nur wenn die Überlegungen des Gesetzgebers insoweit unzureichend waren oder sich in den wirtschaftlichen Gegebenheiten betreffend des jeweiligen, von der Verordnung

erfassten Sachverhaltes entscheidende Veränderungen ergeben haben, kann es noch Raum für die individuelle Freistellung geben.

9. Limitierender Faktor sind bei dieser Betrachtung zum einen die Effizienzgewinne und zum anderen Marktanteilsüberlegungen sowie das Zusammenspiel der beiden Faktoren.
10. Eine für einen Vereinbarungstyp einschlägige Gruppenfreistellungsverordnung berücksichtigt im Regelfall all jene Effizienzgewinne, die durch die jeweilige Beschränkung typischerweise generiert werden können.
11. Des Weiteren berücksichtigen die Gruppenfreistellungsverordnungen auch die Frage, unter welchen Voraussetzungen mit einer angemessenen Verbraucherbeteiligung an den generierten Effizienzgewinnen ernsthaft zu rechnen ist.
12. Zudem vertypen die jeweiligen Marktanteilsgrenzen in den Gruppenfreistellungsverordnungen im Hinblick auf die Einzelfreistellung einen tatsächlichen Richtwert für die Frage, wann der Spielraum der Vereinbarungspartner derart weit geht, dass es nicht mehr zu einer Weitergabe der Vorteile kommen kann.
13. Darüber hinaus geben die Marktanteilsgrenzen einen weitgehenden Anhaltspunkt dafür, ob es den Vereinbarungspartnern ermöglicht wird, Marktmacht in Folge der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung auszuüben. Zweifelsohne wird es Fälle geben, in denen auch bei höheren Marktanteilen noch eine Freistellung erfolgen kann. Dabei wird es sich aber um atypische Konstellationen handeln.
14. Erreichen die Vereinbarungspartner einen deutlich höheren Marktanteil als ihn die Gruppenfreistellungsverordnung für zulässig erachtet, so bestehen zwei Möglichkeiten:
15. Entweder es handelt sich nur um vorübergehende Marktstärke - etwa durch Pioniergewinne - in dynamischen Märkten, bei denen ausreichend starker Wettbewerb herrscht, sodass der Wettbewerb erst gar nicht spürbar beschränkt wird. Dann scheidet schon eine Wettbewerbsbeschränkung und damit Art. 101 Abs. 1 AEUV aus. Die Frage, ob trotz eines (vorübergehend) hohen Marktanteils mit einer Weitergabe der Effizienzgewinne an die Verbraucher zu rechnen ist, stellt sich nicht. Ohne Wettbewerbsbeschränkung keine Notwendigkeit zur Einzelfreistellung.
16. Oder aber es kann offensichtlich auf Grund überragender Marktmacht der Partner nicht zu einer Freistellung kommen, da der Wettbewerb ausgeschaltet wird.

17. Vermeintliche Freistellungen aus Gemeinwohlaspekten in den Entscheidungen der Gemeinschaftsorgane stellen sich bei näherer Betrachtung stets als solche auf Grund von vorliegenden Effizienzgewinnen heraus.
18. Eine Fallgruppe - „*Einzelfreistellung aus Gemeinwohlgründen*“ - lässt sich nicht belegen. Sie ist darüber hinaus auch unionsrechtlich nicht begründbar, sowie wettbewerbspolitisch verfehlt.

## Literaturverzeichnis

- Ackermann**.....Art. 85 Abs. 1 EGV und die rule of reason: zur Konzeption der Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs, Köln/Berlin/Bonn/München, 1997 (Zit.: Ackermann, rule of reason).
- Axster**.....Abgrenzung antikompetitiver von den zulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Niederleithinger, Ernst/Werner, Rosemarie/Wiedemann, Gerhard (Hrsg.), Festschrift für Otfried Lieberknecht zum 70. Geburtstag, S. 225 ff., München, 1997 (Zit.: Axster, FS Lieberknecht).
- Bahr**.....Verbundgruppenfranchising und Kartellrecht: eine Untersuchung zum deutschen und europäischen Recht, 1. Aufl., Baden Baden, 2002 (Zit.: Bahr, Verbundgruppenfranchising).
- Bauer/  
de Bronett**.....Die EU-Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 1. Aufl., Köln, 2001 (Zit.: Bauer/de Bronett, Vertikal-GVO).
- Bechthold**.....Maßstäbe der „Selbstveranlagung“ nach Art. 101 Abs. 3 AEUV, in: WuW 2003, 343 (Zit.: Bechthold WuW 2003).
- Black**.....Per Se Rules and Rules of Reason: What Are They?, in: ECLR 1997, S. 145 ff. (Zit.: Black ECLR 1997).

- Bright**.....Deregulation of EC Competition Policy: Rethinking Article 85 (1), in: Hawk, Barry E. (ed.), International antitrust law & policy 1994: annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute; on October 27 and 28, 1994, 505 ff. (Zit.: Bright FCLI 1994).
- Bundeskartellamt** .....Bonusregelung-SKK-Kartellbekämpfung, Bonn, 2004 (Zit.: BKartA, Bonusregelung).
- Caspar**.....Wettbewerbliche Gesamtwürdigung von Vereinbarungen im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EGV, Köln/Berlin/Bonn/München, 2001 (Zit.: Caspar, Gesamtwürdigung).
- Dauses (Hrsg.)**.....Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 2, Stand: Mai 2004 (Zit.: Dauses/Handbuch-Bearbeiter).
- Deringer**.....Stellungnahme zum Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag, in: EuZW 2000, 5 ff. (Zit.: Deringer EuZW 2000).
- Ders.**.....Verordnung Nr. 17/62 und Verordnung Nr. 1/2003-die historische Perspektive, Vortrag beim Seminar „Ein halbes Jahrhundert Europäisches Wettbewerbsrecht“ am 17. 7. 2003 in Brüssel (Zit.: Deringer, Vortrag zur Kartellverordnung).
- Europäisches Parlament**.....Bericht im Namen des Binnenmarktausschusses zu den Konsultationen des Europäischen Parlaments durch den Rat der Europäische Gemeinschaft betreffend eine erste Durchführungsverordnung zu den Art. 85 und 86 EWG-Vertrages, Sitzungsdokumente 1961-1962, Dok. 57 v. 7. 9. 1961 (Zit.: Deringer-Bericht).

- Ehlermann**.....The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution, in: 37 CMLRev (2000), 537 ff. (Zit.: Ehlermann CMLRev 2000).
- Emmerich**.....Kartellrecht, 9. Aufl., München, 2001 (Zit.: Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl.).
- Emmerich**.....Kartellrecht, 12. Aufl., München, 2012 (Zit.: Emmerich, Kartellrecht, 12. Aufl.).
- Fikentscher**.....Das Unrecht einer Wettbewerbsbeschränkung: Kritik an Weißbuch und Verordnungsentwurf zu Art. 81, 82 EG-Vertrag, in: WuW 2001, 446 ff. (Zit.: Fikentscher WuW 2001).
- Forrester/  
Norall**.....The Laizisation of Community Law: Self Help and the Rule of Reason, How Competition Law is and could be applied, in: CMLR 1984, 21 ff. (Zit.: Forrester/Norall CMLR 1984).
- Fritsche**.....Notwendige Wettbewerbsbeschränkungen im Spannungsfeld von Verbot und Freistellung nach Artikel 85 EG-Vertrag, in: ZHR 1996, 31 ff. (Zit.: Fritsche ZHR 1996).
- Füller**.....Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheiten nach dem EG-Vertrag, Baden Baden, 2000 (Zit.: Füller, Warenverkehrsfreiheiten).



- Geiger**.....Das Weißbuch der EG-Kommission zu Art. 81, 82 EG-  
Eine Reform besser als ihr Ruf, in: EuZW 2000, 165 ff.  
(Zit.: Geiger EuZW 2000).
- Gleiss/Hirsch**  
(Hrsg.).....Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und  
Gruppenfreistellungsverordnungen, 4. Aufl., Heidelberg,  
1993 (Zit.: Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht).
- Gemeinschaftskommentar  
von der Groeben/  
Schwarze**(Hrsg.).....Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union  
und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band  
2, Art. 81-97 EGV, 6. Aufl., Baden-Baden, 2004 (Zit.:  
Groeben/Schwarze-Bearbeiter).
- Green**.....Article 85 in Perspective: Stetching Jurisdiction,  
Narrowing the Concept of Restriction and Plugging a  
Few Gaps, in: ECLR 1988, 190 ff. (Zit.: Green ECLR  
1988).
- Gyselen**.....Vertical Restraints in the Distribution Process, Strength  
and Weakness of the Free Rider Rationale under EEC  
Competition Law, in: CMLR 1984, 648 ff. (Zit.: Gyselen  
CMLR 1984).
- Hawk**.....The American (Antitrust) Revolution: Lessons for the  
EEC, in: ECLR 1988, 53 ff. (Zit.: Hawk ECLR 1988).
- Herdzina**.....Wettbewerbspolitik, 5. Aufl., Stuttgart, 1999 (Zit.:  
Herdzina, Wettbewerbspolitik).
- Hootz** (Hrsg.).....Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und  
europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar,

Köln, 5. Aufl., 2003 mit 7. Ergänzungslieferung (Zit.: GK/Bearbeiter).

**Immenga/**

**Mestmäcker**

(Hrsg.).....EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, 2 Bände, München, 1997 (Zit.: Immenga/Mestmäcker-Bearbeiter).

**Joliet**.....The Rule of Reason in Antitrust Law-American, German and Common Market Laws in Comparative Perspective, Ort, 1967 (Zit.: Joliet, rule of reason).

**Kommission**.....Weißbuch über die Modernisierung des Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag, in: ABl. 1999 C 132/1 ff. (Zit.: Kommission, Weißbuch Art. 85, 86 EG).

**Kommission**.....Leitlinien für vertikale Beschränkungen, in: ABl. 2000 C 291/1 ff. bzw. ABl. 2010 C 130/1 ff. (Zit.: Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen).

**Kommission**.....Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag bzw. Artikel 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, in: ABl. 2001 C 3/2 ff. bzw. ABl. 2011 C 11/1 ff. (Zit.: Kommission, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit).

**Kommission**.....Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag bzw. Artikel 101 AEUV auf Technologietransfer-Vereinbarungen, in: ABl. 2004 C 101/2 ff. bzw. ABl. 2014 C 89/3 ff. (Zit.: Kommission, Leitlinien Technologietransfer).

- Kommission***.....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), in: ABl. 2001 C 368/13 ff. (Zit.: Kommission, de minimis-Bekanntmachung).
- Kommission***.....Bekanntmachung der Kommission über informelle Beratung bei neuartigen Fragen zu den Artikeln 81 und 82 des Vertrages, die in Einzelfällen auftreten (Beratungsschreiben), in: ABl. 2004 C 101/78 ff. (Zit.: Kommission, Bekanntmachung informelle Beratung).
- Kommission***.....Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, in: ABl. 2004 C 101/81 ff. (Zit.: Kommission, Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels).
- Kommission***.....Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, in: ABl. 2004 C 101/97ff. (Zit.: Kommission, Leitlinien Art. 81 Abs. 3 EG).
- Korah/***  
***O’Sullivan***.....Distribution Agreements under the EC Competition Rules, 1st vol., Oxford, 2002 (Zit.: Korah/O’Sullivan, Distribution Agreements).
- Mamane***.....Reform der EU-Wettbewerbsregeln für Technologietransfer-Verträge: Einfahrt in den sicheren Hafen?, in: Research Papers In Law des College of Europe 2/2004 (Zit.: Mamane, Technologietransfer-Reform).

- Markert**.....US-Antitrustrecht 1987: Stand und Entwicklungstendenzen aus der Sicht eines deutschen Kartellrechtsanwenders; 10. Vortrag im Rahmen einer Ringvorlesung über „Recht, Rechnungslegung, Steuern und Wirtschaftsprüfung in den USA“, veranstaltet im Fachbereich 2, Wirtschaftswissenschaften, vom University of Michigan Alumni Club of West Germany in Zusammenarbeit mit dem Europa-Institut am 22. Januar 1987 (Zit.: Markert, US-Antitrustrecht).
- Massey**.....Reform EC Competition Law: Substance, Procedure and Institutions, in: Hawk, Barry E. (ed.), International antitrust law & policy 1994: annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute; on October 17 and 18, 1996, 91 (107 ff.) (Zit.: Massey FCLI 1996).
- Mestmäcker**.....Versuch einer kartellpolitischen Wende in der EU, in: EuZW 1999, 523 ff. (Zit.: Mestmäcker EuZW 1999).
- Mestmäcker/  
Schweitzer**.....Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., München 2004 (Zit.: Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl.).
- Mestmäcker/  
Schweitzer**.....Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., München 2014 (Zit.: Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl.).
- Monopolkommission**.....Sondergutachten XXIII, 1994 (Zit.: Monopolkommission, Sondergutachten XXIII).
- Möschel**.....Systemwechsel im europäischen Wettbewerbsrecht, in: JZ 2000, 61 ff. (Zit.: Möschel JZ 2000).

**OECD**.....Recommendation of the Council concerning effective action against hard core cartels, 1998 (Zit.: OECD, Recommendation).

**OECD**.....Hard core cartels-harm and effective sanctions, in: Policy Brief, Mai 2002 (Zit.: OECD, Policy Brief 2002).

**Säcker/**

**Jaecks**.....Langfristige Energielieferverträge und Wettbewerbsrecht-Zur Leitbildfunktion der Schirm-GFVO für das deutsche Kartellverbot, Berlin, 2002 (Zit.: Säcker/Jaecks, Energielieferverträge).

**Schaub/**

**Dohms**.....Das Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendbarkeit der Art. 81 und 82 EG-Vertrag. Die Reform der Verordnung Nr. 17, in: WuW 1999, 1055 ff. (Zit.: Schaub/Dohms WuW 1999).

**Schlechter**.....The Rule of Reason in European Competition Law, in: LIEI 1982, 1 ff. (Zit.: Schlechter LIEI 1982).

**Schmidt**.....Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 6. Aufl., Stuttgart, 1999 (Zit.: Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht).

**Schröter/**

**Jakob/**

**Mederer**.....Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 1. Aufl., Baden Baden, 2003 (Zit.: Schröter/Jakob/Mederer-Bearbeiter).

**Schulte/**

**Geiger**.....Das Schicksal der Verbundgruppen unter der neuen Gruppenfreistellungsverordnung (EG) Nr. 2790/99 für Vertikalvereinbarungen, in: EuZW 2000, 396 ff. (Zit.: Schulte/Geiger EuZW 2000).

**Schultze/**

**Pautke/**

**Wagener**(Hrsg.).....Die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen, Praxiskommentar, 1. Aufl., Heidelberg, 2001 (Zit.: Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO-Kommentar).

**Siragusa**.....The Millenium Approaches: Rethinking Article 85 and the Problems of Challenges in the Design and Enforcement of the EC Competition Rules, in: FILJ 1998, 650 ff. (Zit.: Siragusa FILJ 1998).

**Steindorff**.....Art. 85 and the Rule of Reason, in: CMLR 1984, 639 ff. (Zit.: Steindorff CMLR 1984).

**Teichmann**.....Die Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung und die Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts nach Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag: ein Beitrag zur Freistellungspraxis der EG-Kommission, Frankfurt a. M., Berlin u. a., 1994 (Zit.: Teichmann, Warenerzeugung).

**Toepke**.....Per se Verbot und rule of reason, in: WuW 1990, 563 ff. (Zit.: Toepke WuW 1990).

***Der Wissenschaftliche Beirat***

***beim Bundesministerium***

- für Wirtschaft***.....Gutachten zur Reform der europäischen Kartellpolitik v. 7. 1. 2000 (Zit.: Der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, Gutachten 2000).
- Ulmer***.....Rule of reason im Rahmen von Artikel 85 EWG-Vertrag, in: RIW 1985, 517 ff. (Zit.: Ulmer RIW 1985).
- Venit***.....Slouching Towards Bethlehem: The Rule of Reason and Notification in EEC Antitrust Law, in: ICLRev. 1987, 17 ff. (Zit.: Venit ICLRev. 1987).
- Martinek/Habermeier***.....Das Chaos der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen. Analyse, Kritik und Verbesserungsvorschläge, in: ZHR 1994, 107 ff. (Zit.: Martinek/Habermeier, 1994).

Der Lebenslauf ist in der Online-Version aus Gründen des Datenschutzes nicht enthalten