

Professor Dr. Peter Krebs

Arbeitsgliederung - Kartellrecht

**Gliederungsvorschlag für die Prüfung des Kartellverbotes
gemäß Art. 81 EG**

A Anwendbarkeit des Art. 81 EG

- I. Unmittelbare Anwendbarkeit trotz Primärrecht und Anwendbarkeit auch durch deutsche Behörden und Gerichte (Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003)
- II. Anwendungsvorrang und inhaltliche Sperrwirkung gegenüber dem GWB als Mindest- und Höchststandard bei formaler Anwendungsparallelität (vgl. Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003; § 22 GWB)
- III. Anwendbarkeit auf horizontale und vertikale Verhältnisse (inhaltliche Differenzierung bei Spürbarkeit und GVO)
- IV. Verhältnis zur Zusammenschlusskontrolle gemäß FKVO und § 35 GWB speziell bei Gemeinschaftsunternehmen

Gemäß Art. 3 Abs. 4 FKVO liegt bei Vollfunktionsunternehmen (primär) ein Zusammenschluss vor. Eine zusätzliche Prüfung des Art. 81 EG ist jedoch bei Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Muttergesellschaften (kooperatives Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen) durchzuführen (vgl. Art. 2 Abs. 4, 5 FKVO). Formal liegt keine Doppelprüfung sondern eine Prüfung verschiedener Gegenstände vor (Zusammenschluss Gemeinschaftsunternehmen, Koordinierung Muttergesellschaften).

Im Anwendungsbereich des § 35 GWB ist bei Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens ebenfalls Art. 81 EG zu prüfen, es sei denn, es handelt sich um einen rein konzentrativen Vorgang, wobei ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen nicht vorausgesetzt wird.

V. Verhältnis zu Art. 82 EG

Anwendungsvorrang des Art. 82 EG aber nach h.M. keine Spezialität des Art. 82 EG

VI. Legalausnahmen (z.B. Landwirtschaft Art. 2 VO 26/62)

B Beteiligung von mindestens zwei Unternehmen oder mindestens einer Unternehmensvereinigung

Unternehmen: jede wirtschaftlich selbständige Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform, Abgrenzung gegenüber privater oder rein hoheitlicher Tätigkeit; teilweise schon hier Erörterung der Konzernproblematik.

Unternehmensvereinigungen: Vereinigungen von Unternehmen, deren Zweck es zumindest auch ist, die wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder zu wahren. Eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit ist nicht erforderlich. Bei eigener wirtschaftlicher Tätigkeit sind sie zugleich Unternehmen. Bei einer rein hoheitlichen Tätigkeit insbesondere bei einer im Wesentlichen gesetzlich determinierten Tätigkeit liegt keine Unternehmensvereinigung vor. Eine gesetzliche Verpflichtung, Allgemeininteressen zu wahren, dürfte jedenfalls bei fehlender effektiver Überprüfung dieser Regelung nicht ausreichen, die Einordnung als Unternehmensvereinigung abzulehnen (str.). Sinnvoll sind eine großzügige Bejahung der Unternehmensvereinigung und eine separate Prüfung des konkreten Beschlusses.

C Zusammenwirken

I. Vereinbarungen

Hierzu gehören alle horizontalen oder vertikalen Abreden mit Bindungswillen ohne dass es auf die Wirksamkeit der Abrede oder eine allgemeine Zwang- oder Druck-situation ankommt (z.B. bei Missbrauch von Marktmacht). Verlangt z.B. ein marktbeherrschendes Unternehmen ein bestimmtes Verhalten und erfolgt dieses Verhalten unter diesem Druck so liegt im Regelfall zumindest eine konkludente Vereinbarung vor. Dies gilt nicht bei zumindest teilweiser Nichtbefolgung (EuGH GRUR Int. 2004, 508 – Bayer). Eine Vereinbarung, die einer zwingenden gesetzlichen Regelung folgt (z.B. gesetzliche Buchpreisbindung, die allerdings an Art. 28, 30 EG zu messen ist), ist in diesem Sinne keine Vereinbarung, da diese einen freien Spielraum voraussetzt.

Streitig ist die Erfassung so genannter gentlemen agreements, bei denen zumindest kein Bindungswille im Sinne einer gewollten Einklagbarkeit besteht. Es handelt sich hierbei zumindest um aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, weshalb es keiner Entscheidung bedarf, ob auch eine Einordnung als Vereinbarung gerechtfertigt ist.

II. Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen

Auffangtatbestand, der einen (auch konkludenten) gemeinschaftlichen Willen und ein dadurch verlangtes kausales Marktverhalten verlangt. Bei Parallelverhalten von Unternehmen kann nicht generell ein aufeinander abgestimmtes Verhalten unterstellt werden (Unschuldsvermutung). Anders ist dies bei vorheriger Information über das beabsichtigte Verhalten und einer Wiederholung dieses Vorgangs. Schon die Übermittlung von Informationen selbst kann ein abgestimmtes Verhalten beinhalten.

III. Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen

Erfasst sind alle Beschlüsse unabhängig von ihrer Form und Wirksamkeit und zwar grundsätzlich auch durch ein unzuständiges Gremium. Ist der Beschluss inhaltlich im Wesentlichen hoheitlich bestimmt, liegt insoweit kein Beschluss vor, da hier nur

der eigenverantwortliche Eingriff in den Wettbewerb erfasst sein soll. Empfehlungen einer Unternehmensvereinigung sind dann als Beschlüsse anzusehen, wenn sie verbindlich sind oder zumindest geeignet sind, die Empfänger zur Einhaltung zu veranlassen, weil ansonsten Nachteile drohen. Werden Empfehlungen nur rein tatsächlich befolgt, liegt zumindest eine abgestimmte Verhaltensweise vor.

IV. Ausnahme bei konzerninternen Vereinbarungen (Konzernprivileg)

Bei gesellschaftsrechtlich legaler Möglichkeit von Weisungen eines Konzerns anstelle der zu beurteilenden Vereinbarung besteht kein durch das Kartellverbot schutzfähiges Wettbewerbsverhältnis zwischen den Konzernunternehmen, weshalb Vereinbarungen in solchen Konzernen unter Beteiligung oder mit Einverständnis der Muttergesellschaft nicht erfasst sind (EuGH Slg. 1998, I 2111-Stora Kopparbergs Bergslags). Problematisch sind die Fälle, in denen das Weisungsrecht selbst umstritten ist (deutscher faktischer Aktienrechtskonzern vgl. §§ 311, 317 AktG) oder Tochtergesellschaften selbstständig ohne Beteiligung der Muttergesellschaft den zwischen ihnen bestehenden Wettbewerb beschränken.

D Bezwecken oder Bewirken der Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung von Wettbewerb innerhalb des gemeinsamen Marktes

Geschützt werden alle Marktteilnehmer, der Vertragspartner wie auch alle Dritten, aktueller und potenzieller Wettbewerb ohne Einschränkungen hinsichtlich der Absatzstufe. Unlauterer Wettbewerb wird nicht geschützt. Daher sind Wettbewerbsregeln, die das einschlägige nationale Lauterkeitsrecht zutreffend umsetzen, nicht erfasst, wenn dieses mit den europäischen Vorgaben vereinbar ist.

I. Bezwecken oder Bewirken

Bezweckt ist eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie Ziel/Inhalt einer bestimmten Regelung ist. Ist die Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, muss ein Bewirken nicht geprüft werden. Bewirkt wird eine Wettbewerbsbeschränkung bereits dann, wenn sie adäquat kausale Folge ist. Hierfür sind die tatsächlichen mit den hypothetischen Marktverhältnissen zu vergleichen.

II. Verhinderung

Verhinderung ist die Ausschaltung von Wettbewerb. Selbst wenn man nur auf den Wettbewerb zwischen den Beteiligten abstellen würde, wird dies nur selten der Fall sein. Am ehesten kann man dies bei einer Gebietsaufteilung o.ä. annehmen.

III. Einschränkung

Eine Einschränkung von Wettbewerb liegt bei jeder Einschränkung des Spielraums einer der den Wettbewerb bestimmenden Variablen vor (z.B. Preis, Produktpalette, Produkteigenschaften, AGB, Forschung, Vertrieb, Marketing, Zusammenarbeit mit anderen Marktteilnehmern). Die Folgen eines legitimen Wettbewerbsverhaltens sind nicht erfasst, weshalb z.B. der Kauf aller vorhandenen Rohstoffe dann, wenn sie selbst benötigt werden, keine unzulässige Einschränkung des Wettbewerbs ist.

IV. Verfälschung

Eine Verfälschung liegt vor, wenn ein Marktteilnehmer gezielt begünstigt oder ein anderer gezielt behindert wird. Da jeder erfolgreiche Vertragsschluss sich zu Lasten der anderen Wettbewerber auswirkt, ist darauf zu achten, dass es sich tatsächlich um eine Verfälschung also nicht um eine natürliche Folge des Wettbewerbs selbst handelt.

V. Beispielsfälle Art. 81 Abs. 1 2. HS EG

1. Art. 81 Abs. 1 2. HS EG lit. a) Verbotene Festsetzung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen

Erfasst sind nicht nur unmittelbare Preisabreden, sondern auch preisbeeinflussende mittelbare Preisabreden (Beispiele: Preisobergrenzen, Preisuntergrenzen, Referenzpreise, Zielpreise, Submissionsabsprachen, Prämienempfehlungen, Abreden über die Existenz einer Vergütungspflicht, Preisnachlässe/Rabatte, Wiederverkaufspreise, Meistbegünstigungsklauseln bezüglich des Preises). **Achtung:** Preisbindungen zu Lasten von Vertriebspartnern sind durch Art. 4a) der Vertikal GVO recht weitgehend zugelassen (vgl. unten I). Sonstige Geschäftsbedingungen sind nicht nur bei Regelungen über Preise gleichgestellt. Auch dort enthaltene Absprachen über Öffnungszeiten oder andere Modalitäten der Geschäftsausübung sollen nach der Auffassung der Kommission erfasst sein.

2. Art. 81 lit. b) Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen

Dies ist weit auszulegen. Daher sind auch die Festlegung von Produktionsstandorten, Bezugspflichten, Produktnormen und Produkttypen und den Abnehmern auferlegte Verwendungsbeschränkungen erfasst. Vereinbarungen über die Entwicklung neuer Produkte sind bei einer Bündelung der Entwicklungsaktivitäten ebenfalls erfasst (Einschränkung separater Entwicklung).

3. Art. 81 lit. c) Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen

Die Marktaufteilung erfasst auch Maßnahmen, die nur mittelbar zu einer Marktaufteilung führen (z.B. Vereinbarungen über Mindestmengen). Die Aufteilung der Versorgungsquellen erfasst nur den Nachfragemarkt. Erfasst sind auch Vereinbarungen bezüglich eines vorgelagerten Marktes, die mittelbar die Versorgung beeinflussen.

4. Art. 81 lit. d) Benachteiligende Diskriminierung durch unterschiedliche Bedingungen

Die Vereinbarung und nicht ein einseitiges Verhalten muss die Diskriminierung enthalten (sonst kommt nur Art. 82 EG in Betracht). Ein koordiniertes Parallelverhalten mehrerer reicht.

5. Art. 81 lit. e) Kopplungsverbot für Absatzgeschäfte ggü. Dritten

Auch hier ist darauf zu achten, dass eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise erforderlich ist. Die Kopplung ggü. dem unmittelbaren Vertragspartner ist nicht erfasst.

VI. Innerhalb des gemeinsamen Marktes

Hierdurch werden Vereinbarungen, die nur in Drittstaaten wirken, ausgeschlossen.

E Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung (de minimis Grenze)

Dieses ungeschriebene Tatbestandsmerkmal beruht auf einer teleologischen Reduktion des Art. 81 EG, die sich sowohl mit dem generell europarechtlich anerkannten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als auch wettbewerbstheoretisch rechtfertigen lässt.

Spürbarkeit liegt erst dann vor, wenn der gemeinsame Marktanteil der Beteiligten bei konkurrierenden oder potenziell konkurrierenden Unternehmen 10 % erreicht. Bei nicht konkurrierenden Unternehmen müssen 15 % durch eines der Unternehmen auf einem der Märkte überschritten werden. Falls mehrere Vereinbarungen einen kumulativen Marktabstottungseffekt nach sich ziehen, reichen 5 % und zwar sowohl zwischen Konkurrenten als auch Nichtkonkurrenten. Bei besonders gravierenden Verhaltensweisen, z.B. Preisabsprachen, behält sich die Kommission das Recht zum Eingriff auch bei geringeren Marktanteilen vor (siehe die Bagatellbekanntmachung der Kommission vom 22.12.2001 WuW 2002,146 II. 7.). Obwohl diese Zahlen nur die Kommission, aber nicht die deutschen Kartellbehörden oder die deutschen und europäischen Gerichte binden, richten sich Behörden und Gerichte meist nach diesen Werten.

F Eignung, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen (Zwischenstaatlichkeitsklausel - hierzu Leitlinien der Kommission 2004/C 101/07 ABI. 2004 C 101/82)

I. Grundsatz

Erfasst sind alle Fälle, die unmittelbar oder mittelbar tatsächlich oder potentiell den Waren- oder Dienstleistungsaustausch einschließlich der Errichtung von Niederlassungen zwischen den Mitgliedstaaten mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit beeinträchtigen können und damit für das Ziel einheitlicher europäischer Märkte nachteilig sein können (weite funktionale Auslegung EuGH Slg. 1980, 3775 L'Oreal).

Rein innerstaatliche Fälle oder Fälle, die sich nur im Verhältnis zu Nichtmitgliedsstaaten auswirken, fallen nicht unter Art. 81 EG, sondern sind nach nationalem Kartellrecht zu beurteilen.

Für die Anwendbarkeit von Art. 81 EG reicht eine abstrakte Einigung zur Beeinträchtigung, auch wenn sich die Wettbewerbsbeschränkung unmittelbar nur in einem Mitgliedsstaat auswirkt (z.B. reicht die Möglichkeit der Marktabstottung gegenüber ausländischen Unternehmen).

II. Spürbarkeit der Zwischenstaatlichkeit (vgl. Leitlinien zum zwischenstaatlichen Handel 2004/C 101/07, ABI. 2004 C 101/82 Tz. 50 ff.)

Um nicht alle Fälle als zwischenstaatlich ansehen zu müssen, wird nicht nur bei der Wettbewerbsbeschränkung, sondern auch bei der Zwischenstaatlichkeit eine Spürbarkeit verlangt. Auch diese Einschränkung beruht auf einer teleologischen Reduktion. Hierfür ist eine Abwägung geboten.

Die Kommission geht davon aus, dass Vereinbarungen grundsätzlich nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- a) der gemeinsame Marktanteil der Parteien überschreitet auf keinem von der Vereinbarung betroffenen relevanten Markt innerhalb der Gemeinschaft 5 %, und
- b) im Falle horizontaler Vereinbarungen überschreitet der gesamte Jahresumsatz der beteiligten Unternehmen innerhalb der Gemeinschaft mit den von der Vereinbarung erfassten Waren nicht den Betrag von 40 Mio. EUR vor Steuern.

Im Falle vertikaler Vereinbarungen überschreitet der Jahresumsatz des Lieferanten mit den von der Vereinbarung erfassten Waren in der Gemeinschaft nicht den Betrag von 40 Mio. EUR vor Steuern. Im Falle von parallelen Verträgen mit verschiedenen Vertragspartnern sind die erfassten Umsätze zusammenzurechnen.

Die Werte dürfen für zwei aufeinander folgende Kalenderjahre um 10 % beim Umsatz bzw. 2 Prozentpunkte beim Marktanteil überschritten werden.

Werden die Anteilswerte überschritten, kann es an der Spürbarkeit der Zwischenstaatlichkeit insbesondere trotzdem fehlen, wenn innerstaatliche Regionalmärkte und keine Exporte oder Importe betroffen sind.

G Ungeschriebene Einschränkungen zum Kartellverbot (teleologische Reduktion)

I. Allgemeine „rule of reason“?

Allgemeine Vernunftgründe als Einschränkung des Kartellverbots, wie im amerikanischen Recht z.B. die Kompensation einer Wettbewerbsbeschränkung durch eine damit verbundene Verbesserung des Wettbewerbes in einem anderen Bereich oder industriepolitische Gründe, werden vom EuGH und der h.M. nicht als generelle Kategorie anerkannt. Dies ist strittig und daher in einer Klausur ggf. zu diskutieren. Anerkannt sind jedoch speziellere Ausnahmen, insbesondere die Immanenztheorie.

II. Immanenztheorie (insbesondere „ancillary restraints“)

Die Zulässigkeit der für den Vertragserfolg notwendigen und verhältnismäßigen (immanenten) Wettbewerbsbeschränkungen als Nebenbestimmung eines als solchen kartellrechtlich unbedenklichen Vertrages ist anerkannt. Anerkannt ist dies z.B. für ein begrenztes Wettbewerbsverbot beim Unternehmenskauf (EuGH Slg. 1985, 2545, 2571 - Remia), da das Unternehmen seinen Wert durch die Abnehmer, Lieferanten und Arbeitnehmer bekommt, der Unternehmenserwerber also eines befristeten Wettbewerbsverbots des Veräußerers bedarf, um wenigstens eine Chance zu haben, die Marktstellung des Veräußerers zu übernehmen. Die wirtschaftliche Geschäftsidee des Franchisings erfordert einheitliche Produkte und ein im Wesentlichen einheitliches Auftreten am Markt, weshalb die Standardisierung, soweit notwendig und verhältnismäßig, nicht gegen das Kartellverbot verstößt. Bei anderen Verträgen wird dies schon durch eine spezielle GVO berücksichtigt.

III. Kartellfreie Kooperationen (ARGE-Gedanke)

Werden Mittelständler durch Kooperationen überhaupt erst befähigt, am Wettbewerb teilzunehmen, so ist dies schon unter Kausalitätsgesichtspunkten keine Wettbewerbsbeschränkung. Musterbeispiel sind die Arbeitsgemeinschaften bei großen Bauprojekten.

IV. Effizienzgewinne bei Nebenbestimmungen?

Bei einigen lediglich bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen durch Nebenleistungen eines Vertrages liegen häufig erhebliche Effizienzgewinne vor, ohne dass dies stets ein Fall des Art. 81 Abs. 3 EG oder der einschlägigen GVO wäre. Hier kommt subsidiär eine Gesamtabwägung der wettbewerblichen Auswirkungen in Betracht, wobei die Rechtslage noch weitgehend ungeklärt ist (hierzu Leitlinie der Kommission für horizontale Zusammenarbeit ABl. EG 2001 C3/2 ff.). Keine Abwägung bei Hardcorefällen (Regelungen zu Preisen oder Mengen, Marktaufteilung, Kundenaufteilung), sonst erfolgt die Gesamtabwägung unter Berücksichtigung von Effizienzgewinnen.

H Legale Ausnahmen vom Kartellverbot und Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG

Art. 81 Abs. 3 EG als Legalausnahme (self executing norm)
(vgl. näher Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3 2004/C 101/08 ABl. 2004 C 101/97)

1. Abs. 3 hat zwei positive und zwei negative Voraussetzungen:

- a) Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts durch die an sich verbotene Maßnahme (echte Effizienzgewinne in Form von Kosteneinsparungen oder Qualitätsgewinnen).
- b) angemessene Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn (Verbraucher sind alle Abnehmer, auch wenn sie Unternehmer sind. Angemessen ist die Beteiligung, wenn sie mindestens die Wettbewerbsbeschränkung kompensiert.)
- c) Beschränkungen gehen nicht über das für diese Ziele unerlässliche Maß hinaus (Erforderlichkeit).
- d) Beschränkungen eröffnen nicht die Möglichkeit, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. (Dies wird grundsätzlich ab einem Marktanteil von 80 % vermutet. Generell sind keine Fälle erfasst, die als Missbrauch von Marktmacht einzuordnen sind. Besonders problematisch sind die Errichtung von Marktzutrittsschranken und die Lähmung eines wettbewerblichen Störenfrieds (sog. Maverick).)

2. Liegen diese Voraussetzungen vor, ist das wettbewerbsbeschränkende Verhalten ex lege gestattet.

- Das Prinzip der Legalausnahme ergibt sich aus Art. 1 Abs. 2 der VO 1/2003, während der Wortlaut von Art. 81 Abs. 3 EG eine konstitutive Freistellungsentscheidung zu erfordern scheint (Problem Rechtmäßigkeit VO 1/2003).
- Für den Rechtsanwender (Kommission, nationale Kartellbehörden oder Gerichte) verbleibt angesichts der unbestimmten Begriffe ein erheblicher Beurteilungsspielraum.

I Gruppenfreistellungen

I. Grundsatz

Gruppenfreistellungen konkretisieren per abstrakt genereller VO für bestimmte Vertragstypen die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG, in dem sie für die geregelten Vertragstypen zulässige (weiße Liste) und unzulässige die Freistellung generell ausschließende Bestimmungen (schwarze Liste) und unzulässige Bestimmungen, die nicht die Freistellung des Restvertrages ausschließen (graue Liste) vorgeben oder aber die weiße Liste durch wirtschaftliche Kriterien ersetzen (z.B. Kfz-GVO 1400/2002, Vertikal-GVO 2790/1999, Technologietransfervereinbarungen GVO 772/2004, Spezialisierungsvereinbarungen GVO 2658/2000, Forschung und Entwicklung-GVO 2659/2000). Auch wenn dies mit dem Wortlaut des Art. 81 Abs. 3 EG nur schwer in Einklang zu bringen ist, müssen die Vereinbarungen nach h.M. bei Einhaltung der GVO grundsätzlich nicht Art. 81 Abs. 3 EG genügen. Sie gelten vielmehr als Fall des Art. 81 Abs. 3 EG (unwiderlegliche Vermutung bzw. sogar Fiktion).

Achtung: Entzug der Rechtsvorteile einer GruppenfreistellungsVO durch die Kommission oder nationale Kartellbehörde nach Art. 29 VO 1/2003 ist jedoch möglich, wenn einzelne Maßnahmen im Anwendungsbereich der GVO Wirkungen haben, die mit Art. 81 Abs. 3 EG unvereinbar sind (Missbrauchsaufsicht).

Hinweis: Erfüllt eine GVO nicht die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG (z.B. keine echten Effizienzgewinne oder keine angemessene Beteiligung der Verbraucher, so müsste Art. 81 Abs. 3 EG an sich als Primärrecht zur Unwirksamkeit der GVO führen. Die Praxis duldet jedoch diese GVO (vgl. auch Art. 2 Abs. 1 Vertikal GVO „wird für unanwendbar erklärt“).

II. Vertikal GVO (Schirm GVO)

Diese als einzige in den Becktexten enthaltene GVO soll beispielhaft knapp dargestellt werden (näher Leitlinien für vertikale Beschränkungen 2000/C 291/01 ABl. 2000 C 291/1).

1. Anwendungsbereich

a) Grundsatz Art. 2 Abs. 1, 2 Vertikal GVO

Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise zwischen zwei oder mehr Unternehmen im Rahmen eines zumindest kaufähnlichen Vertrages mit einer Lieferung von einer in die nächste Absatzstufe (Vertikalverhältnis) und zwar auch in selektiven Vertriebssystemen. Gleichgestellt sind Vereinbarungen zwischen Unternehmensvereinigungen und Mitgliedern bei maximalem Gesamtumsatz von jeweils 50 Mio. EUR. (Art. 2 Abs. 2 GVO).

b) Speziellere GVO

Die Vertikal GVO gilt gemäß Art. 2 Abs. 3 GVO grundsätzlich nicht für Lizenzverträge über gewerbliche Schutzrechte (Anwendungsbereich der VO 772/2004), es sei denn, es handelt sich um eine Nebenbestimmung und auch nicht für Vertikalvereinbarungen im Automobilsektor (zum generellen

Spezialitätsgrundsatz Art. 2 Abs. 5 GVO, KfZ-GVO geregelt in VO 1400/2002).

c) Vertikalvereinbarungen zwischen Wettbewerbern (Art. 2 Abs. 4 GVO)

Diese sind nur erfasst, wenn keine wechselseitige Vereinbarungen vorliegen (Beteiligte nicht mal Käufer und mal Verkäufer) und zumindest eine der drei Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 4 Vertikal GVO erfüllt ist. Dies sind ein Gesamtumsatz des Abnehmers bis 100 Mio. EUR und zwei Fälle nur potentiellen Wettbewerbs (lit. b) und lit. c)).

d) Marktanteilsschwellen (Art. 3 GVO)

Der Lieferant darf nicht mehr als 30 % Umsatz an dem Relevanten Markt haben. Bei Käufern gilt diese Schwelle nur bei Alleinbezugsverpflichtungen. In diesem Fall ist der Marktanteil des Lieferanten nicht relevant. Die Berechnung und die Zulässigkeit kurzfristigen Überschreitens ist in Art. 9 – Art. 11 GVO geregelt.

2. Kernbeschränkungen Art. 4 GVO (schwarze Klauseln)

Ein Verstoß sorgt dafür, dass nicht nur diese Klausel, sondern die gesamte Vereinbarung gegen Art. 81 EG verstößt.

a) Preisbindungsverbot mit Ausnahmen

b) Gebiets- und Kundenkreisbeschränkungen

c) Endverbraucher- Verkaufsbeschränkungen in selektiven Vertriebssystemen

d) Beschränkungen von Querlieferungen in selektiven Vertriebssystemen.

3. Nicht freigestellte Verpflichtungen Art. 5 GVO (graue Klauseln)

Die konkrete Klausel ist unwirksam. Der Restvertrag wird entweder über § 306 Abs. 2 BGB oder im Rahmen der Anwendung des § 139 BGB aufrechterhalten.

4. Entzug des Vorteils der VO/Nichtanwendbarkeitsverordnung (Art. 6-8 GVO)

III. Beispiel: KFZ-GVO (VO 1400/2002 EG)

Zulässig ist entweder ein selektiver Vertrieb mit qualitativer und quantitativer Händlerauswahl ohne Alleinvertriebsgebiet mit Zulässigkeit des Verbots des Verkaufs an nicht autorisierte Wiederverkäufer, Marktanteil < 40 %, oder exklusiver Vertrieb mit Alleinvertriebsgebiet aber Zulässigkeit des Verkaufs an nicht autorisierte Wiederverkäufer, Marktanteil < 30 %.

J Freistellungsentscheidungen

Vor Erlass der VO 1/2003 gab es konstitutive Einzelfreistellungen, deklaratorisch feststellende Negativatteste und formlose unverbindliche comfort letter, die den betroffenen Unternehmen Rechtssicherheit gewährte. Diese wurden zur Entlastung der Kommission durch das heutige für die Unternehmen gefährliche System der Legalausnahme ersetzt.

Die Kommission hat heute bei einem öffentlichen Interesse, insbesondere bei neuartigen Problemen und einem Bedürfnis nach einer Leitentscheidung die Möglichkeit einer deklaratorischen Nichtanwendungsentscheidung gem. Art. 10 VO 1/2003. Auf eine solche besteht keinerlei Anspruch. Sie bindet nur die Kommission.

Daneben gibt es die Möglichkeit so genannter guidance letters. Dies sind unverbindliche Beratungsschreiben an Unternehmen bei neuen bedeutenden und bisher ungelösten Fragen. Trotz der Unverbindlichkeit ist die praktische Wirkung eines solchen Schreibens groß.

K Rechtsfolgen der Kartellrechtswidrigkeit

- I. Nichtigkeit von Verträgen und Beschlüssen, die gegen Art. 81 EG verstoßen, gemäß Art. 81 Abs. 2 EG
- II. Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch gemäß anwendbarem nationalem Recht (§ 33 Abs. 1 GWB)

Der nationale Gesetzgeber ist zur Gewährleistung von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen gemäß dem Grundsatz des *effet utile* und unter Wahrung des Äquivalenzgrundsatzes (Rechtsfolgen des nationalen Kartellrechts müssen auch bei Verletzung des Art. 81 EG gewährt werden) verpflichtet (EuGH Slg. 2001, I 6297 Rn. 29 Courage).

Im deutschen Recht gewährt § 33 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GWB bei Verstößen gegen § 1 GWB einen Beseitigungsanspruch. § 33 Abs. 1 S. 1 2. Alt. GWB i.V.m. § 33 Abs. 1 S. 2 GWB gewährt einen Unterlassungsanspruch bei Wiederholungsgefahr oder drohender Erstbegehung (Rückgriff auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1004 BGB analog ist nicht erforderlich und wohl auch nicht zulässig). Klageberechtigt sind gemäß § 33 Abs. 1 S. 3 GWB beeinträchtigte Marktteilnehmer (Konkurrenten, Zulieferer und Abnehmer von Konkurrenten, Abnehmer, Lieferanten, weitere Unternehmen in der Leistungskette und wohl auch Verbraucher als Marktteilnehmer) und Unternehmensverbände unter den Voraussetzungen des § 33 Abs. 2 GWB.

Streitig ist, ob aus dem Anspruch auf Unterlassung einer Nichtbelieferung bei Verstoß gegen Art. 81 EG auch ein Erfüllungsanspruch auf Belieferung (Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung) folgt (ablehnend BGH EuZW 1998, 766 zu Art. 81 EG).

- III. Schadensersatzanspruch gemäß § 33 Abs. 3 GWB

Hinweis: Die Regelung des § 33 Abs. 3 GWB ist neu und in vielerlei Hinsicht unklar. Sie könnte sogar verfassungswidrig sein, da sie möglicherweise gegen das Übermaßverbot verstößt und mit dem bisher in Deutschland anerkannten Bereicherungsverbot für Geschädigte nicht vereinbar scheint. Unklar ist auch, in wieweit sie durch das europäische Effektivitätsgebot gefordert wird und damit nicht zur Disposition des deutschen Gesetzgebers und deutscher Gerichte steht. Diese Problematik ist klausurrelevant (!).

1. Voraussetzungen

Klageberechtigung (wohl jeder Geschädigte einschließlich der Verbraucher, da die Schutzgesetzkonstruktion bewusst aufgegeben wurde, problematisch wegen Uferlosigkeit der Zahl der Geschädigten und des Umfangs der Ersatzpflicht und Ausschluss der *passing off defence* in § 33 Abs. 3 S. 2 GWB; Verstoß gegen Art. 81 EG (Beachte Bindungswirkung von Feststellungen gem. § 33 Abs. 4 GWB); Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Schädigers; kausaler Schaden (Ausschluss bzw. Einschränkung der sog. *passing off defence* bei in der Leistungskette weitergegebenen erhöhten Preisen gem. § 33 Abs. 3 S. 2 GWB aufgrund derer rein rechnerisch kein Schaden des unmittelbar Geschädigten vorliegt, sich dieser Schaden vielmehr innerhalb der Absatzkette verlagert); keine Verjährung (§§ 195, 198 ff. BGB; § 33 Abs. 5 GWB).

2. Rechtsfolgen

a) Genereller Schadensersatzumfang

Schadensersatz (Schätzung gem. § 287 ZPO unter möglicher („kann“) Berücksichtigung der Gewinne des Schädigers durch diese Handlung - neuartiges und unklares Abschreckungs- und Abschöpfungselement, welches bisher nur bei Verletzung des immateriellen Persönlichkeitsrechts verwendet wurde § 33 Abs. 3 S. 3 GWB und Ablehnung (?) der *passing off defence* § 33 Abs. 3 S. 2 GWB mit Unklarheit darüber, ob dieser Teil des Schadensersatzes etwa in der Lieferkette weitergegeben werden muss) und Verzinsung des Schadensersatzes gem. § 33 Abs. 3 S. 4, 5 GWB.

b) Problem paralleler und den Schaden überkompensierender Schadensersatzpflichten:

Völlig unklar ist, was passiert, wenn gleichzeitig oder nacheinander alle Geschädigten Schadensersatz verlangen.

Lösung a): Der Schadensersatz wird uneingeschränkt an alle gewährt und zwar jeweils unter Ablehnung der *passing off defence* und unter Berücksichtigung des Verletzergewinns (Argumente: Wortlaut, unproblematisch handhabbar, Abschreckungswirkung, Versagen der bisherigen Schadensersatzregelung).

Lösung b): Der Schädiger ersetzt maximal den insgesamt entstandenen Schaden, kann sich also letztlich bei Inanspruchnahme durch alle doch auf die *passing off defence* berufen. Der Ersatz muss entsprechend zwischen allen Geschädigten verteilt werden (Argumente: Verhinderung der Überkompensation, Sicherung der Handlungsfreiheit des Schädigers).

Lösung c): Man grenzt von vornherein die Zahl der Klageberechtigten aus dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm und der Vorhersehbarkeit auf die unmittelbaren Vertragspartner und bei Handlungen zu Lasten von Konkurrenten auf diese Konkurrenten ein und vermeidet somit das Problem der Überkompensation (Argumente; Vermeidung der Überkompensation, leichte Handhabbarkeit, Nähe zur bisherigen Praxis).

IV. Vorteilsabschöpfung durch Kartellbehörde (allenfalls als vorläufige Maßnahme von Bedeutung)

Voraussetzung: Verstoß gegen Art. 81, 82 EG, gegen Normen des GWB oder Verfügung der Kartellbehörde; vorsätzlich oder fahrlässig; keine Abschöpfung durch

Schadensersatz, Geldbuße, Verfall (Nachrangigkeit des § 34 GWB) – bei Restbetrag Restabschöpfung bei nachträglicher Buße/Schadensersatz Rückzahlungsanspruch § 34 Abs. 2 S. 2 GWB; Abschöpfung binnen 5 Jahren § 34 Abs. 5 S. 1 GWB.

- V. Vorteilsabschöpfung durch Verbände (§§ 34a, 34, 33 Abs. 2 GWB) bei vorsätzlich verursachten Streuschäden, soweit nicht die Kartellbehörde den Vorteil abschöpft oder Schadensersatzleistungen oder Geldbußen den Vorteil abschöpfen (sehr theoretische Regelung).
- VI. Feststellung der Missbräuchlichkeit, Untersagung (sowie Anordnung erforderlicher Abhilfemaßnahmen ggf. auch einstweilig gem. Art. 8 VO Nr. 1/2003) durch die Kommission nach Art. 7 ff. VO Nr. 1/2003 oder durch die nationale Kartellbehörde gem. §§ 32 ff. GWB.
- VII. Verbindlicherklärung von Verpflichtungszusagen des Unternehmens durch die Kommission (Art. 9 VO 1/2003)
- VIII. Bußgeld durch die Kommission (Art. 23 VO 1/2003) oder durch die nationale Kartellbehörde (Obergrenze 10 % des weltweiten Konzernumsatzes des vergangenen Geschäftsjahres) gem. Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 bzw. § 81 Abs. 4 GWB (nur nach Art. 23 Abs. 4 VO 1/2003 ist bei Zahlungsunfähigkeit von Unternehmensvereinigungen ein Durchgriff auf die Unternehmen möglich).
- IX. Zwangsgelder durch die Kommission zur Durchsetzung einer Untersagungsverfügung (Art. 24 VO 1/2003 bis zum fünffachen durchschnittlichen Tagesumsatz des vergangenen Jahres) bzw. in Deutschland Geldbußen gem. § 81 Abs. 4, 2 Nr. 1 GWB in kaum spürbarer Höhe (deutliche Sanktionendifferenz).