

**Professor Dr. Peter Krebs**

## **5. Übungsklausur im Wettbewerbsrecht – WS 2018/19**

**Behandelte Gebiete:** Europäische und deutsche Fusionskontrolle, deutsche Ministererlaubnis, Zulässigkeit von Forschungs- und Entwicklungskooperationen nach der FuE-GVO und gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV

### **Lösungsvorschlag:**

#### **A. Europäische Fusionskontrolle gemäß der FKVO**

##### **I. Anwendbarkeit der FKVO**

Die FKVO ist als VO unmittelbar anwendbar. Bei einem Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung verdrängt die FKVO grundsätzlich die deutsche Fusionskontrolle (Art. 21 Abs. 3 S. 1 FKVO, § 35 Abs. 3 GWB). Bei beiden Unternehmen handelt es sich um Aktiengesellschaften, die in dieser Bezeichnung nur in Deutschland, Österreich und der Schweiz existieren. Aufgrund der ganz überwiegenden Tätigkeit in Deutschland ist von deutschen Unternehmen auszugehen. Das Problem der Anwendung der FKVO auf außereuropäische Zusammenschlüsse stellt sich damit nicht. Somit sind die Voraussetzungen der FKVO zu prüfen.

##### **II. Gemeinschaftsweite Bedeutung**

Die Fusionskontrolle gemäß der FKVO setzt gemäß Art. 1 FKVO einen Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung voraus. Liegt ein solcher nicht vor, ist das nationale Recht zu prüfen. Beteiligte Unternehmen sind bei dem hier vorliegenden Beteiligungserwerb, bei dem der Anteilsveräußerer keine Beziehungen zum Erwerber unterhält, nur der Erwerber und das erworbene Unternehmen, also die A-AG und die B-AG.

##### **1. Primäre gemeinschaftsweite Bedeutung**

Es könnte eine primäre gemeinschaftsweite Bedeutung gemäß Art. 1 Abs. 2 FKVO vorliegen. Die A-AG und ihre gemäß Art. 5 Abs. 4 lit. b) FKVO zuzurechnenden Töchter erzielen einen Gesamtumsatz weltweit von 3 Mrd. €. Zusammen mit dem Umsatz der B-AG von 1,6 Mrd. € ergibt sich ein Gesamtumsatz von 4,6 Mrd. €. Art. 1 Abs. 2 lit. a) FKVO verlangt demgegenüber einen weltweiten Umsatz von 5 Mrd. €. Damit liegt kein Fall einer primären gemeinschaftsweiten Bedeutung vor.

## **2. Sekundäre gemeinschaftsweite Bedeutung**

Es könnte jedoch ein Fall einer sekundären gemeinschaftsweiten Bedeutung gemäß Art. 1 Abs. 3 FKVO vorliegen. Die weltweite Umsatzschwelle von 2,5 Mrd. € gemäß Art. 1 Abs. 3 lit. a) FKVO wird mit 4,6 Mrd. € deutlich überschritten. Der notwendige Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in mindestens drei Mitgliedsstaaten von jeweils über 100 Mio. € gemäß Art. 1 Abs. 3 lit. b) FKVO wird bei einem Umsatz in vier Staaten von mindestens 150 Mio. € ebenfalls überschritten. Auch Art. 1 Abs. 3 lit. d) FKVO, mit der Voraussetzung eines gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von jeweils mehr als 100 Mio. € wird mit einem Umsatz von über 600 Mio. € allein in vier Staaten der Europäischen Union erfüllt. Aus dem Sachverhalt nicht eindeutig entnehmbar ist, ob Art. 1 Abs. 3 lit. c) FKVO erfüllt ist. A und B müssten hierfür in mindestens drei Ländern, die schon bei lit. b) erfasst waren, jeder mindestens 25 Mio. € pro Land erzielen. Dies ist nicht klar, weil es auch schon sein kann, dass ein Unternehmen das erfüllt, das andere jedoch nicht. Darauf kommt es dann nicht an, wenn es sich um eine im Wesentlichen nationale Fusion i.S.d. Art. 1 Abs. 3, 2. HS FKVO handeln würde. Voraussetzung wäre, dass alle beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Umsatzes in ein und demselben Mitgliedsstaat erzielen. Die A-AG erzielt 67 % und die B-AG 70 % des europäischen Umsatzes in Deutschland. Beides ist mehr als zwei Drittel. Damit handelt es sich um einen im Wesentlichen nationalen Zusammenschluss, der grundsätzlich nicht von der FKVO erfasst ist.

Anhaltspunkte für Sonderzuständigkeiten der Europäischen Kommission gemäß Art. 4 Abs. 5 FKVO oder Art. 22 FKVO bestehen nicht.

## **3. Zwischenergebnis**

Mangels gemeinschaftsweiter Bedeutung oder Sonderzuständigkeit liegen die Voraussetzungen für eine europäische Fusionskontrolle nicht vor.

## **B. Nationale Fusionskontrolle gemäß den §§ 35 ff. GWB**

### **I. Keine vorrangige europäische Fusionskontrolle**

Wie festgestellt, handelt es sich nicht um eine Fusion von gemeinschaftsweiter Bedeutung, welche gemäß Art. 21 Abs. 3 FKVO und § 35 Abs. 3 GWB grundsätzlich ausschließlich nach europäischem Recht zu behandeln wäre.

### **II. Überschreitung der Umsatzschwellen für die beteiligten Unternehmen**

#### **1. Beteiligte Unternehmen**

Soweit, wie hier, keine gemeinsame Kontrolle mit anderen Unternehmen beabsichtigt ist, sind ausschließlich das erwerbende und das erworbene Unternehmen beteiligte Unternehmen. A sind dabei gemäß § 36 Abs. 2 S. 1 GWB ihre Konzerngesellschaften, also auch C zuzurechnen.

## **2. Schwellenwerte des § 35 Abs. 1 GWB**

Der weltweite Umsatz muss gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB insgesamt mehr als 500 Mio. € betragen. Er beträgt hier 4,6 Mrd. €, womit diese Voraussetzung erfüllt ist.

Die zweite und zusätzlich zu erfüllende Voraussetzung ist ein nationaler Umsatz, mindestens eines der beteiligten Unternehmen, von mehr als 25 Mio. € und eines anderen beteiligten Unternehmens von mehr als 5 Mio. € gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Der nationale Umsatz der A-AG und der B-AG ist nicht ausdrücklich genannt. Jedoch erzielen sie 70 % bzw. 67 % ihres europäischen Umsatzes in Deutschland. Da der europäische Umsatz insgesamt über 600 Mio. € liegen muss (vier Staaten von jeweils zusammen mindestens 150 Mio. €), muss mindestens ein Unternehmen 200 Mio. € Inlandsumsatz haben ( $1/2 \times 2/3 \times 600$  Mio. €). Ein Inlandsumsatz von mehr als 5 Mio. € des anderen Unternehmens ist insofern ebenfalls naheliegend. Damit ist auch diese Voraussetzung des § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB erfüllt.

## **3. Kein privilegierter Vorgang gemäß § 35 Abs. 2 GWB**

Es handelt sich hier nicht um den Anschluss eines selbständigen Unternehmens mit unter 10 Mio. € Umsatz i.S.d. § 35 Abs. 2 S. 1 GWB. Somit handelt es sich nicht um einen privilegierten Vorgang gemäß § 35 Abs. 2 GWB.

## **III. Zusammenschluss gemäß § 37 GWB**

### **1. Anteilserwerb gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB**

A will 40 % der Anteile an B erwerben. Dies unterschreitet zwar die Schwelle von 50 % aus § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) GWB. Mit mehr als 25 % der Kapital- und Stimmrechte an der B-AG ist jedoch § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b) GWB erfüllt. Zusammen mit den von C gehaltenen 4 % (§ 36 Abs. 2 S. 1 GWB) werden sogar 44 % erreicht. Somit liegt ein Anteilserwerb gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB vor.

### **2. Kontrollerwerb gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB**

Zugleich könnte ein Kontrollerwerb gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB vorliegen. Streitig ist, ob § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB die speziellere Regelung zu § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB ist. Gegen eine solche Spezialität spricht jedoch, dass Kontrollerwerb und Anteilserwerb nicht notwendig parallel gehen müssen. Jedenfalls schadet die parallele Bejahung des Kontrollerwerbes in keinem Fall. Mit einem Anteil von 40 % plus der 4 %, die die Tochter C-AG hält, über die die A-AG also auch die mittelbare Kontrolle ausübt (vgl. § 36 Abs. 1 S. 2 GWB), hat die A-AG insgesamt einen Einfluss von 44 %. Angesichts der Hauptversammlungspräsenz bei der B-AG, die zwischen 50 % und 82 % im Laufe der letzten zehn Jahre geschwankt hat, kommt die A-AG in jedem Fall über 50 % des anwesenden Kapitals und kann somit die alleinige Kontrolle ausüben. Somit handelt es sich auch um einen Kontrollerwerb gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB in Form der Einzelkontrolle (sole control).

### **3. § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB**

§ 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB ist spezieller als § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB. Daher ist § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB als Auffangvorschrift nicht zu prüfen.

### **4. Ausnahmen**

Ausnahmen vom Zusammenschluss in den Fällen der fehlenden wesentlichen Verstärkung der schon bestehenden Unternehmensmacht gemäß § 37 Abs. 2 GWB bzw. in den Bankenfällen gemäß § 37 Abs. 3 GWB liegen hier fern.

### **5. Zwischenergebnis**

Es liegt sowohl ein Anteilserwerb gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB als auch ein Kontrollerwerb gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB vor.

## **IV. Wettbewerbsbehinderung, vor allem durch Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 36 Abs. 1 S. 1 GWB**

### **1. Marktabgrenzung**

Bei einer Fusion sind regelmäßig zahlreiche Märkte betroffen. Diese sind gegeneinander abzugrenzen. Die Marktabgrenzung erfolgt nach dem Bedarfsmarktkonzept aus Sicht der Gegenseite in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht. Entscheidend ist die funktionale Austauschbarkeit der Leistung/ Ware. Ein Markt könnte die Herstellung von Waschmitteln sein. Der Sachverhalt differenziert jedenfalls nicht zwischen verschiedenen Waschmitteln, sodass davon auszugehen ist, dass aus Sicht der Abnehmer keine wesentlichen Unterschiede bestehen.

In räumlicher Hinsicht wird nur der Marktanteil in Deutschland angegeben. Somit geht der Sachverhalt von einem nationalen Markt aus. Angesichts der extremen Konzentration von A und B auf Deutschland ist es zwangsläufig, dass in den anderen Ländern ganz andere Marktanteilsverteilungen vorliegen müssen. Eine zeitliche Begrenzung gibt es nicht. Der zweite Markt ist der Markt für Reinigungssubstanzen in Deutschland.

### **2. Markt für Waschmittel**

Der Begriff der Marktbeherrschung ist für die Fusion nicht eigenständig geregelt. Sprachliche, systematische und teleologische Gesichtspunkte sprechen für eine analoge Anwendbarkeit des § 18 Abs. 1, 3 GWB. Die Vermutung des § 18 Abs. 4 GWB ist nach h.M. ebenfalls anwendbar, auch wenn ihr wegen der umfassenderen Analyse durch das Kartellamt hier eher geringere Bedeutung zukommt. Mit insgesamt 31 % (Zusammenrechnung aufgrund des fehlenden Wettbewerbes innerhalb eines Konzerns gerechtfertigt, also kein Oligopol, vgl. § 36 Abs. 2 GWB), wird jedoch die Vermutung des § 18 Abs. 4 GWB nicht erreicht. Eine Marktbeherrschung von A/B gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 1, 2 GWB kommt aufgrund des vorhandenen Wettbewerbs nicht in Betracht. Für eine Marktbeherrschung in dem Bereich Waschmittel gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 GWB könnte der Abstand beim Marktanteil zum nächsten Konkurrenten von immerhin 13 % sprechen. Andererseits ist er nicht so groß, dass dies das Konkurrenzverhältnis ausschließt. Zudem

ist zu berücksichtigen, dass der nächste Konkurrent die Tochtergesellschaft eines diversifizierten internationalen Großkonzerns ist. Dies bedeutet, dass der nächste Konkurrent über erhebliche Finanzkraft verfügt. Schon aus diesem Grund kann eine Marktbeherrschung in dem Bereich Waschmittel von A/B alleine nicht bejaht werden (a.A. mit näherer Begründung noch vertretbar). Bei einer Zusammenrechnung mit dem nächsten Konkurrenten (18 %) und dem drittstärksten Unternehmen (8 %) ist die Vermutungsschwelle des § 18 Abs. 6 Nr. 1 GWB überschritten. Auch wenn der Sachverhalt hier kurz ist (normale Wettbewerbsbedingungen), ist doch davon auszugehen, dass die Beteiligten wesentlichen Wettbewerb i.S.d. § 18 Abs. 7 Nr. 1 GWB nachweisen können. Im Ergebnis ist eine Marktbeherrschung im Bereich der Waschmittel abzulehnen.

### **3. Markt für chemische Reinigungssubstanzen**

Für den Bereich chemische Reinigungssubstanzen sind die zunächst zu Stande kommenden 65 % ein Fall des § 18 Abs. 4 GWB. Anhaltspunkte für eine Widerlegung der Vermutung bestehen nicht. Die Tatsache, dass A und B in Zukunft bisher nicht sinnvolle Großforschungen betreiben wollen, führt beim Erfolg dieser Forschungen eher zur Gefahr einer weiteren Vergrößerung ihres Marktanteils. Sonstige Anhaltspunkte für eine Verschiebung der Quoten i.S.d. dynamischen Betrachtung bestehen nicht. Somit würde durch den Erwerb der Beteiligung von A an B auf dem Gebiet der Reinigungssubstanzen für chemische Reinigungen eine marktbeherrschende Stellung entstehen bzw. verstärkt werden.

### **V. Überwiegende Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen, § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB**

A und B sind in ihrem Hauptgebiet, der Herstellung von Waschmitteln, auch ohne Anteilsübernahme durch A konkurrenzfähig. Hieraus ergibt sich also keine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen. Die beabsichtigte Forschung dient dem technischen Fortschritt, aber nicht einer Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen. Somit liegt keine Verbesserung, erst recht keine überwiegende Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen vor. Daher sind die Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 S. 1 GWB (Untersagung) erfüllt. Ein anderes Ergebnis wäre nur vertretbar, wenn man auch außerhalb des § 42 GWB eine umfassende Rechtsgüterabwägung als zulässig ansehen würde. Hiergegen spricht jedoch, dass der Gesetzgeber dieses Problem nicht übersehen hat und die Abwägungen des § 42 GWB auch einen rechtspolitischen Anteil haben, der nicht sinnvoll auf das Kartellamt übertragen werden kann (a. A. vertretbar).

### **VI. Ministererlaubnis gemäß § 42 Abs. 1 GWB**

Hinweis: Ob nach der Fragestellung überhaupt eine Ministererlaubnis zu prüfen ist, könnte problematisch sein, da der Sachverhalt nach der Entscheidung der Kartellbehörde fragt. Aber im Interesse der Beteiligten ist es natürlich wichtig, zu sehen, ob hier eine Ministererlaubnis erteilt werden könnte.

Im Rahmen der Ministererlaubnis gemäß § 42 Abs. 1 GWB ist eine industriepolitische Entscheidung möglich. Dies erfordert gesamtwirtschaftliche Vorteile, die die

Wettbewerbsbeschränkung überwiegen oder ein überragendes Interesse der Allgemeinheit. Gesamtwirtschaftliche Vorteile sind nicht erkennbar. Hier könnte jedoch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit an umweltfreundlichen Reinigungsmitteln vorliegen. Nach dem Sachverhalt besteht insoweit ein dringendes Interesse des Bundesumweltministeriums. Eine staatliche Forschungsförderung ist nicht möglich. Für A und B lohnt sich die aufwendige Forschung ohne Zusammenschluss nicht. Dem Bedenken, A und B wollten gar nicht forschen, wäre durch eine entsprechende Auflage beizukommen. Zu beachten ist jedoch, dass für A und B die Möglichkeit bestünde, ohne Beteiligungserwerb, eine Forschungskooperation einzugehen. Diese Forschungskooperation könnte gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. der Forschungs- und Entwicklung-GVO (FuE GVO) bzw. § 2 GWB freigestellt sein und würde auch bei den Reinigungssubstanzen für chemische Reinigungen zwei unabhängige Wettbewerber erhalten und daher den Wettbewerb weitaus geringer beeinträchtigen. Selbst wenn auch die Forschungskooperation nach europäischem Recht unzulässig sein sollte, so bliebe sie doch das mildere Mittel. Daher bedarf es an dieser Stelle keiner Prüfung, ob eine solche Kooperation tatsächlich freigestellt werden könnte (a.A. vertretbar, dann müsste die Prüfung aus der Abwandlung vorgezogen werden). Wegen dieser geringeren Beeinträchtigung durch eine Forschungskooperation sollte eine Ministererlaubnis nicht erteilt werden (a.A. vertretbar). Wer eine Fusionserlaubnis erteilen wollte, müsste diese durch Auflagen hinsichtlich der tatsächlichen Durchführung der Forschung und durch eine Pflicht zur Weitergabe der Forschungsergebnisse (Lizenzierung) gegen angemessenes Entgelt an die Konkurrenz beschränken, um sowohl die tatsächliche Durchführung der Forschung zu sichern als auch um zu verhindern, dass die Forschungsergebnisse zu einer noch stärkeren Marktmacht der A/B-Gruppe führen. Diese Auflagen wären wohl noch keine in der Fusion unzulässige Marktverhaltenskontrolle (a.A. vertretbar).

Zuständig für das Verfahren ist das Bundeskartellamt bzw. für die Ministererlaubnis der Bundeswirtschaftsminister. R kann, wenn sie unmittelbar Betroffene ist gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB auf ihren Antrag zu dem Verfahren beigeladen werden. Als Abnehmer ist R durch die Fusion unmittelbar und erheblich betroffen. Damit stände R gemäß § 63 Abs. 2 GWB auch ein Beschwerderecht gegen eine Entscheidung des Bundeskartellamtes zu. (Ein Vorziehen dieses Punktes ist zulässig.)

## **Abwandlung:**

### **I. Regelungsmaßstab**

Mangels Unternehmenszusammenschlusses ist bei einer bloßen Forschungskooperation keine Zusammenschlusskontrolle gemäß Art. 1 ff. FKVO bzw. §§ 35 ff. GWB durchzuführen. Näher läge die Prüfung des Missbrauchs von Marktmacht gemäß Art. 102 AEUV bzw. §§ 18 ff. GWB. Zumindest für den Reinigungsmittelmarkt läge das Vorliegen eines marktbeherrschenden Oligopols nahe. Dem ist jedoch dann nicht nachzugehen, wenn selbst bei unterstellter Marktmacht kein Missbrauch vorliegt. Eine Forschungskooperation selbst kann gegenüber Lieferanten, Abnehmern und Konkurrenten weder wettbewerbswidrig diskriminierend noch wettbewerbswidrig hindernd sein. Problematisch könnte allenfalls die spätere Lizenzpolitik sein, bei der sowohl Behinderungen als auch Diskriminierungen möglich sind. Da die Aufgabenstellung nur nach der Forschungskooperation und nicht nach der möglichen Lizenzvergabepolitik fragt, muss hierauf und damit insgesamt

auf den kartellrechtswidrigen Missbrauch von Marktmacht nicht näher eingegangen werden.

Hinweis: Wer die Aufgabenstellung (fälschlich) anders verstand, musste den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung näher insbesondere in Bezug auf eine spätere Lizenzvergabepolitik prüfen. Die strengen Voraussetzungen für einen Anspruch von Konkurrenten auf eine Lizenzerteilung dürften nicht erfüllt sein, da es hier um die Konkurrenz auf dem gleichen und nicht einem abgeleiteten Markt geht. Im Übrigen könnten die Beteiligten einen Missbrauch durch Lizenzierung der Ergebnisse an Konkurrenten selbst bei Annahme der Möglichkeit eines Missbrauchs vermeiden.

Somit ist die Forschungsk Kooperation nur an Art. 101 AEUV und §§ 1 ff. GWB zu messen.

## **II. Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV**

### **1. Anwendbarkeit**

Die Voraussetzungen der FKVO bzw. des Art. 102 AEUV liegen nicht vor. Somit gibt es keine noch nicht geprüften Regelungen mit Anwendungsvorrang. Art. 101 AEUV ist trotz seines Charakters als Primärrecht unmittelbar anwendbar. Dies wird durch Art. 3 VO 1/2003 und § 22 GWB bestätigt. Da A und B ihren Sitz in der EU haben und das Handeln sich auch primär auf den europäischen Markt bezieht, ist die territoriale Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV ohne weitere Prüfung zu bejahen.

### **2. Vereinbarungen/abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen**

Art. 101 AEUV erfordert das Vorliegen von Vereinbarungen/abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Unternehmen bzw. Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen. A und B sind selbständige wirtschaftlich tätige Rechtssubjekte, die auch nicht hoheitlich bestimmt handeln. Sie sind damit Unternehmen. Die Forschungsk Kooperation würde durch eine Vereinbarung begründet. Selbst wenn die Beteiligten dies vermeiden wollten, würde ihre gemeinsame Forschung doch zumindest auf einem abgestimmten Verhalten beruhen. Damit ist diese erste Voraussetzung des Art. 101 AEUV erfüllt.

### **3. Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt**

Die Vereinbarung/abgestimmte Verhaltensweise muss eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken (siehe Art. 101 Abs. 1, 1. HS AEUV und insbesondere die Beispiele Art. 101 Abs. 1, 2. HS AEUV). Einschlägig ist Art. 101 Abs. 1, 2. HS lit. b) AEUV. Da die Forschungen ohne Kooperation nicht lohnend sind, führt die Kooperation nicht zu einer Einschränkung bei der technischen Entwicklung, sondern zu einer Verbesserung. Durch die Kooperation wird die Forschung auf diesem Gebiet allerdings von beiden Unternehmen gemeinsam kontrolliert. Sie schließt laut Sachverhaltsvorgabe die entsprechende parallele Forschung aus.

Hinweis: Ohne Ausschluss der separaten Forschung oder sonstige andersartige Beschränkung liegt in der Forschung selbst keine Einschränkung des Wettbewerbs i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV (vgl. auch Erwägungsgrund 6 FuE-GVO).

Dies wird bewirkt und dürfte darüber hinaus zumindest Nebenzweck sein. Damit ist diese Voraussetzung erfüllt.

#### **4. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung**

Die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung ist eine allgemein anerkannte ungeschriebene Voraussetzung des Art. 101 AEUV, die rechtstechnisch auf einer teleologischen Reduktion beruht. Diese rechtfertigt sich damit, dass es bei den nicht spürbaren Wettbewerbsbeschränkungen, aus Sicht des zu schützenden freien Wettbewerbs, nicht erforderlich ist einzugreifen und die allgemeine Handlungsfreiheit daher vorrangig sein sollte. In horizontalen Verhältnissen wie zwischen A und B reicht ein Marktanteil von mehr als 10 % auf dem betrachteten Markt aus. Markt ist hier der Markt für chemische Reinigungssubstanzen in Deutschland. Hier haben A und B zusammen einen Marktanteil von 65 %, weshalb die gemeinsam über die Forschung ausgeübte Kontrolle zu einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung führt.

#### **5. Spürbare potentielle oder tatsächliche Zwischenstaatlichkeit**

Die Geeignetheit den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen, wird grundsätzlich extensiv ausgelegt. Auch rein inländische Vorgänge sind erfasst, soweit mit ihnen zumindest die Möglichkeit des Entstehens einer Marktzutrittsschranke verbunden ist. Sollten A und B mit ihrer Forschungs Kooperation erfolgreich sein, so dürfte sich dies nicht nur auf die Exporte von A und B in andere Länder der EU auswirken, sondern zugleich würde durch den Entwicklungsvorsprung von A und B eine Marktzutrittsschranke geschaffen. Aufgrund der heute weiten Interpretation der Zwischenstaatlichkeitsklausel wird als Korrektiv eine Spürbarkeit der (potentiellen oder tatsächlichen) Zwischenstaatlichkeit verlangt. Wiederum handelt es sich um eine teleologische Reduktion, die sich mit der fehlenden Relevanz nicht spürbarer zwischenstaatlicher Wirkungen für den freien Austausch von Waren und Leistungen rechtfertigt. Die Kommission hat versucht, diese notwendige Spürbarkeit in ihren Leitlinien zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels zu konkretisieren. Bei horizontalen Kartellabreden, die räumlich ein komplettes großes Land wie Deutschland betreffen, wird grundsätzlich die Spürbarkeit der Zwischenstaatlichkeit angenommen. Die doppelt zu erfüllenden Grenzen für fehlende Spürbarkeit, höchstens 5 % Marktanteil, höchstens 40 Mio. € Umsatz, werden beide überschritten. Bei einem gemeinsamen Marktanteil von 65 % kann auch hinsichtlich der Größe kein Zweifel an der Spürbarkeit bestehen. Somit ist die Zwischenstaatlichkeitsvoraussetzung erfüllt.

#### **6. Ungeschriebene Ausnahmen vom Kartellverbot**

Nebenbestimmungen von kartellrechtlich neutralen Verträgen, die zur Verwirklichung des dem Vertragstyp innewohnenden Geschäftsmodells erforderlich sind (z.B. bei Franchising oder Unternehmenskauf), sind soweit dieses Erfordernis reicht, freigestellt bzw. werden nicht als wettbewerbsbeschränkend angesehen. Ei-

ne Forschungskooperationsvereinbarung zwischen Konkurrenten ist jedoch nicht neutral. Es könnte jedoch eine andere ungeschriebene Ausnahme vom Kartellverbot vorliegen.

Denken könnte man für eine Privilegierung an den Arbeitsgemeinschaftsgedanken, der insbesondere bei Bieterarbeitsgemeinschaften anerkannt ist, deren Mitglieder jeder für sich allein aufgrund ihrer zu geringen Größe nicht sinnvoll an einer Ausschreibung teilnehmen können. Nach dem Sachverhalt haben A und B für sich allein die in Rede stehenden Forschungen bisher nicht als lohnend angesehen. In soweit besteht eine gewisse Parallelität zum Arbeitsgemeinschaftsgedanken. Zu bedenken ist allerdings, dass beim Arbeitsgemeinschaftsgedanken grundsätzlich nur kleine und mittelständische Unternehmen privilegiert werden. Die Gefahr einer Marktbeherrschung besteht daher nicht. Dies ist in diesem Fall anders. Daher kann mit dem Arbeitsgemeinschaftsgedanken die beabsichtigte gemeinsame Forschung von A und B nicht freigestellt werden. Somit liegt keine ungeschriebene Ausnahme vom Kartellverbot vor.

### **III. Freistellung gemäß Art. 2 Abs. 1, 2 FuE-GVO i.V.m. Art. 101 Abs. 3 AEUV**

Hinweis: In der Regel wird mit der Freistellung vom Kartellverbot nach der einschlägigen GVO begonnen und nur hilfsweise Art. 101 Abs. 3 AEUV angewendet. Dies rechtfertigt sich nicht nur mit der Spezialität der jeweiligen GVO, sondern auch damit, dass man nach Ablehnung des Art. 101 Abs. 3 AEUV in unmittelbarer Anwendung große dogmatische Probleme mit der Prüfung der jeweiligen GVO bekommt, die sich als niederrangiges Recht an sich nicht gegen Art. 101 Abs. 3 AEUV durchsetzen darf.

#### **1. Vereinbarung über gemeinsame Forschung und Entwicklung gemäß Art. 1 Abs. 1 FuE-GVO**

Die FuE GVO erfasst Vereinbarungen über gemeinsame Forschung mit anschließender gemeinsamer Verwertung (Art. 1 Abs. 1 lit. a), i) FuE-GVO), Vereinbarungen über gemeinsame Verwertung von Ergebnissen vorheriger gemeinsamer Forschung (Art. 1 Abs. 1 lit. a), ii) FuE-GVO) und Vereinbarungen über gemeinsame Forschung ohne gemeinsame Verwertung (Art. 1 Abs.1 lit. a), iii) FuE-GVO), sowie verschiedene Varianten der Auftragsforschung (Art. 1 Abs. 1 lit. a), iv)-vi) FuE-GVO). Die von A und B zu schließende Vereinbarung wäre also entweder von Art. 1 Abs. 1 lit. a), i) oder lit. a), iii) FuE-GVO erfasst.

#### **2. Freistellungs Voraussetzungen gemäß Art. 3 Abs. 2-5 FuE-GVO**

Alle Parteien müssen, soweit sie sich nicht abstrakt-generell auf die Forschung und Entwicklung beschränken (vgl. Art. 3 Abs. 2 S. 3 FuE-GVO) Zugang zu den Ergebnissen für weitere Forschung und Verwertung bekommen (Art. 3 Abs. 2 S. 1 FuE-GVO). Weder A noch B dürfen daher im Verhältnis zur jeweils anderen Partei Exklusivrechte hinsichtlich der Verwertung eingeräumt werden.

Gemäß Art. 3 Abs. 3 FuE-GVO gilt dies auch bei Vereinbarungen, die nur die Forschung und Entwicklung zum Gegenstand haben, wenn das vorhandene Know-how der anderen Partei für die Verwertung der Ergebnisse unerlässlich ist. Dabei

kann eine Vergütung für den Zugang zum vorhandenen Know-how der anderen Partei zu angemessenen Konditionen vorgesehen werden.

Eine gemeinsame Verwertung ist gemäß Art. 3 Abs. 4 FuE-GVO nur zulässig, wenn die Forschungsergebnisse durch Rechte am geistigen Eigentum geschützt werden (hier liegt eine Patentfähigkeit nahe) oder Know-how darstellen. In beiden Alternativen ist zusätzliche Voraussetzung, dass die Ergebnisse bei der Verwertung unerlässlich sind. Die umweltfreundlichen Reinigungssubstanzen als Ziel der Forschung würden einen wesentlichen Beitrag zum technischen Fortschritt liefern und hätten die entscheidende Bedeutung für die Verwertung der neuen Reinigungssubstanzen. Die Vereinbarung zwischen A und B könnte jedenfalls insoweit auch die Verwertung mit umfassen.

Gemäß Art. 3 Abs. 5 FuE-GVO muss derjenige, der mit der Produktion betraut ist, auch die anderen Vertragspartner beliefern, es sei denn es ist auch ein gemeinsamer Vertrieb vereinbart. Auch dieses Erfordernis wäre aus Sicht von A und B keine große Hürde.

Die Voraussetzungen des Art. 3 FuE-GVO ließen sich somit ohne weiteres erfüllen.

### **3. Keine schwarze Klausel i.S.d. Art. 5 FuE-GVO**

Die FuE Vereinbarung darf keine schwarze Klausel aus der Liste des Art. 5 FuE-GVO enthalten. Anderenfalls ist die gesamte Vereinbarung nicht freistellungsfähig i.S.d. FuE-GVO. Zu beachten sind dabei die Ausnahmen von der schwarzen Liste in Art. 5 lit. b), i)-iv) FuE-GVO. Vereinfacht und summarisch handelt es sich bei den schwarzen Klauseln um Wettbewerbsbeschränkungen von einigem Gewicht, die für den Erfolg des FuE Vertrages nicht erforderlich sind. A und B müssten also die entsprechenden Klauseln vermeiden, was ohne weiteres möglich wäre.

### **4. Keine Überschreitung der Marktanteilsschwellen für Konkurrenten bei Vertragsschluss (Art. 4 Abs. 2 lit. a) FuE-GVO) bzw. abgestufte Rechtsfolgen bei nachträglicher Überschreitung (Art. 4 Abs. 3, Art. 7 lit. d), e) FuE-GVO)**

Bei Vertragsschluss unter Konkurrenten und unter Modifikationen (dann auch bei fehlendem Konkurrenzverhältnis) auch später darf ein Marktanteil von 25 % nicht überschritten werden.

A und B haben bei den Reinigungssubstanzen als Konkurrenten zusammen einen Marktanteil von 65 %. Eine FuE Vereinbarung bezüglich umweltfreundlicher Reinigungsmittel wäre daher gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. a) FuE-GVO nicht über die FuE-GVO freistellungsfähig.

Hinweis: Hier wurde nur aus didaktischen Gründen, zur Veranschaulichung der Prüfungspunkte nach der FuE-GVO, nicht sofort Art. 4 Abs. 2 FuE-GVO angeführt. In einer Klausur darf und sollte das erkennbar nicht vorliegende Tatbestandsmerkmal vorgezogen werden.

## **5. Zwischenergebnis**

Eine Freistellung gemäß der FuE-GVO ist nicht möglich.

## **IV. Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV**

### **1. Zulässigkeit der unmittelbaren Prüfung des Art. 101 Abs. 3 AEUV**

Fraglich ist, ob die nicht mögliche Freistellung gemäß der FuE-GVO eine Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV unmittelbar ausschließt. Zum einen kann aber eine VO als Sekundärrecht Primärrecht grundsätzlich nicht einschränken. Außerdem pauschalisieren die GVOen, während Art. 101 Abs. 3 AEUV eine individuelle Abwägung erfordert. Diese individuelle Abwägung kann für den konkreten Fall zur Freistellung führen, auch wenn die abstrakte Konstellation nach der FuE-GVO grundsätzlich nicht freistellungsfähig ist. Somit ist Art. 101 Abs. 3 AEUV unmittelbar zu prüfen.

### **2. Voraussetzung der Verbesserung der Warenerzeugung/Warenverteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts**

Zu prüfen ist ob, die positive Voraussetzung der Verbesserung der Warenerzeugung/Warenverteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts erfüllt wäre. Die neuen Reinigungssubstanzen würden bei erfolgreicher Entwicklung einen erheblichen technischen Fortschritt darstellen. Sollte die Forschung hingegen nicht erfolgreich sein, so käme es bei geeigneter Vertragsgestaltung generell nicht zu einer Wettbewerbsbeschränkung. Somit wäre diese Voraussetzung erfüllt.

### **3. Angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem Gewinn**

Die positive gesetzliche Voraussetzung des angemessenen Gewinns ist zu konkretisieren. Sie ist jedenfalls dann erfüllt, wenn die Verbraucher (Abnehmer) durch die wettbewerbsbeschränkende Handlung einen Vorteil haben. Hier profitieren die Verbraucher bereits von der Umweltfreundlichkeit der neuen Reinigungssubstanzen und den sich dadurch möglicherweise ergebenden neuen Marktchancen für Reinigungen bei umweltbewussten Kunden bzw. Kunden mit Allergien.

### **4. Keine für das Ziel unerlässliche Wettbewerbsbeschränkung**

Weiterhin darf als negative Voraussetzung keine für das Ziel der Verbesserung/des Fortschritts nicht unerlässliche Wettbewerbsbeschränkung bestehen. Zu klären ist, ob solche Beschränkungen drohen. Drohender Nachteil für den Wettbewerb sind weiter steigende Marktanteile von A und B, der Ausschluss von wesentlichem Wettbewerb, also die Bildung eines Oligopols und damit letztlich steigende Preise. Diese Wettbewerbsbeschränkungen sind auch nicht für die Entwicklung umweltfreundlicher Reinigungssubstanzen notwendig und damit nicht unerlässlich. Es kommt daher darauf an, ob sich diese Nachteile durch geeignete Vertragsgestaltung deutlich reduzieren ließen. Würde man auf die gemeinsame Vermarktung verzichten, reduzierte sich die Gefahr einer Oligopolbildung. Es bliebe allerdings das Problem, dass die Konkurrenten Marktanteile verlieren dürften und dadurch der Wettbewerb beschränkt würde. Sollten sich allerdings A und B verpflichten,

gegen angemessene Vergütung jedem Konkurrenten eine Lizenz zu erteilen, wäre auch diese Gefahr gebannt. Auch die oben genannte negative Voraussetzung lässt sich also erfüllen.

#### **5. Keine Möglichkeit für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten**

Letzte negative Voraussetzung ist, dass durch die Vereinbarung nicht die Möglichkeit eröffnet werden darf, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Sollte die Forschung erfolglos bleiben, so hätte die gemeinsame Forschung kaum relevante Folgen für den Wettbewerb, wenn man davon ausgeht, dass es im europäischen Kartellrecht keine Oligopolvermutung gibt. Allenfalls könnte man verlangen, dass die Forschungskooperation sachlich und zeitlich begrenzt wird, um die Gefahr der Oligopolbildung weiter zu reduzieren. Ist die Forschung erfolgreich, so dürften sich bei Einzelvermarktung und der Pflicht gegen angemessenes Entgelt, allen Konkurrenten Lizenzen einzuräumen, ebenfalls keinen Ausschluss von Wettbewerb geben. Auch diese Voraussetzung lässt sich daher erfüllen.

#### **V. Ergebnis der Prüfung des Art. 101 AEUV**

Jedenfalls bei einer sehr restriktiven, den Wettbewerb sichernden Ausgestaltung der FuE-Vereinbarung erfüllt diese die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV und ist damit vom europäischen Kartellverbot freigestellt.

#### **VI. §§ 1 ff. GWB**

Gemäß Art. 3 VO 1/2003 ist zwar eine Prüfung gemäß dem nationalen Kartellverbot möglich. Bei Erfüllung der Zwischenstaatlichkeitsvoraussetzung dürfen jedoch keine anderen Ergebnisse nach nationalem Kartellrecht (im Vergleich zur Prüfung nach europäischem Recht, s.o.) erzielt werden. Daher ist diese Prüfung mangels Ergebnisrelevanz entbehrlich.