

Wettbewerbsrecht Band 1: EU. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M., Prof. Dr. Heike Schweitzer, LL.M., und Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M., Begründet von Ulrich Immenga, und Prof. Dr. Dr. mult. Ernst-Joachim Mestmäcker, Bearbeitet von Jörg Biermann, Prof. Dr. Daniel Dittert, Prof. Dr. Reinhard Ellger, Prof. Dr. Andreas Fuchs, LL.M., Dr. Thomas Tobias Hennig, LL.M., Rechtsanwalt, Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.Eur., Prof. Dr. Eckard Rehbinder, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt, Prof. Dr. Dieter Schweizer, Ministerialrat, Prof. Dr. Sven B. Völcker, LL.M., Rechtsanwalt, Dr. Markus Wirtz, LL.M., Rechtsanwalt

6. Auflage 2019. Buch. XXXII, 2455 S. Hardcover (In Leinen)

ISBN 978 3 406 72481 7

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Wettbewerbsrecht, Kartellrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

überschreitende Zusammenarbeit von Wettbewerbsbehörden. Der Erfolg dürfte maßgeblich mit der Organisation als informelles virtuelles Netzwerk mit wechselnder Führung zusammenhängen. Anzuerkennen ist, dass der pragmatische Ansatz des ICN nicht nur in kurzer Zeit nachweisbare Ergebnisse erzielt hat, sondern auch zu einer Verbreitung des Wettbewerbsgedankens geführt hat, die schwerfällige intergouvernementale Prozesse mit der unausweichlichen Verquickung mit vielfältigen Handelsinteressen niemals erlaubt hätten. Zugegebenermaßen kann die im ICN erstrebte „*soft convergence*“ ebenso wenig wie die relativ unverbindlichen Kooperationspflichten des EU-US Abkommens und vergleichbarer bilateraler Abkommen divergierende Entscheidungen der Kartellbehörden in Einzelfällen nicht mit letzter Sicherheit vermeiden. Letztlich ist die völlige Vermeidung solcher Entwicklungen aufgrund der Sachverhaltsspezifität des Kartellrechts nicht durch eine Vereinheitlichung des materiellen Rechts, sondern nur durch Schaffung einer ausschließlichen Behördenzuständigkeit möglich, sei es durch Einrichtung einer „Weltkartellbehörde“ oder eines bindenden Zuweisungssystems an die für den jeweiligen Sachverhalt bestplatzierte Behörde. Die Verständigung der internationalen Staatengemeinschaft auf ein solches System scheint jedoch – wenn man es überhaupt als erstrebenswert ansieht – auf absehbare Zeit unrealistisch, so dass eine weitere Verbesserung der bi- und multilateralen Kooperationsmechanismen wie bilateralen Abkommen und dem ICN mittelfristig der einzig gangbare Weg zur Herstellung größerer Harmonie bei der internationalen Kartellrechtsdurchsetzung darstellt.³³⁷

Ausgrenzung von Entwicklungsländern ohne spezifisches Kartellrecht *Martin*, 7 *Rich. J. Global L. & Bus.* (2008) 297, 306.

³³⁷ Ebenso schon *Möschel*, *WuW* 2005, 479.

III. Abschnitt. AEUV

Art. 101 Abs. 1 AEUV

Art. 101 [Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen]

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

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

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

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

- Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen,
 - Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen,
 - aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen,
- die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne daß den beteiligten Unternehmen

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

Übersicht

	Rn.
A. Tatbestand	1
I. Einführung	1
II. Der Unternehmensbegriff	9
1. Die Abgrenzungsfunktion	9
a) Privater Verbrauch	10
b) Abhängige Arbeit	11
c) Hoheitliches Handeln	12
d) Abgrenzung nichtwirtschaftlicher Beschaffungstätigkeit?	13
2. Wirtschaftliche Tätigkeit	14
a) Grundsatz	14

	Rn.
b) Nicht rein private Nachfrage	16
c) Selbständigkeit	19
d) Art der Marktteilnahme	24
3. Einheit	26
a) Voraussetzungen „Einheit“	28
b) Konzernproblematik	30
aa) Konzerne und Kartellverbot: Zurechnungsfragen	31
bb) Die rechtliche Einordnung konzerninterner Vereinbarungen	35
cc) Gesamtschuldnerische Haftung innerhalb des Konzerns	38
c) Gemeinschaftsunternehmen	39
d) Rechtsnachfolge/Unternehmenskontinuität	43
4. Einzelne Abgrenzungsfragen	46
a) Nicht auf Gewinnerzielung oder Erwerbstätigkeit gerichtete Organisationen	46
b) Handelsvertreter	52
c) Freie Berufe, Wissenschaftler und Künstler	53
5. Unternehmensvereinigungen	58
a) Zur Abgrenzung: Vereinigung von Nichtunternehmen	59
b) Vereinigungen von Unternehmen	61
III. Das Mittel der Wettbewerbsbeschränkung	63
1. Übersicht über die Koordinierungsformen	63
2. Vereinbarungen	68
a) Ausgangspunkt: Bedeutung des zivilrechtlichen Vertragsbegriffes	68
b) Tatsächliche Bindung (gentlemen's agreements)	70
c) Scheinbar einseitige Maßnahmen	73
d) Algorithmenbasierte Vereinbarungen	75
3. Beschlüsse	79
4. Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen	86
a) Grundsätzliches	86
b) Formen der Verhaltensabstimmung	90
c) Verhaltensabstimmung über den Markt?	95
d) Beweisfragen	100
IV. Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs	107
1. Der geschützte Wettbewerb	107
a) Zum Begriff des Wettbewerbs	107
b) Potentieller Wettbewerb	108
c) Wettbewerbsbeziehungen im Konzern	109
d) Rechtswidriger Wettbewerb?	115
e) Nachfragewettbewerb	119
2. Verhältnis der drei Beschränkungsformen	123
3. Wettbewerbsbeschränkung: Verhaltens- oder ergebnisorientierte Beurteilung?	125
a) Fragestellung	125
b) Differenzierende Praxis	127
4. „Bezwecken“ oder „Bewirken“ der Wettbewerbsbeschränkung	128
a) Bezwecken einer Wettbewerbsbeeinträchtigung	129
b) Bewirken einer Wettbewerbsbeeinträchtigung	132
c) Zusammenfassende Kennzeichnung zum ‚Bezwecken‘ oder ‚Bewirken‘	135
5. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung	138
a) Kriterien der Rechtsprechung	139
b) Kriterien der Kommission/„De-minimis-Bekanntmachung“	141
V. Tatbestandsrestriktionen	145
1. So genannter Immanenzgedanke	146
a) Grundsätzliches	146
b) Insbesondere: Wettbewerbsverbote in Unternehmenskauf- und Gesellschaftsverträgen	149
2. Markterschließungsdoktrin	152
3. Ausnahmen bei selektivem Vertrieb und Franchising	154
4. Ausnahmen bei (Prozess- und anderen) Vergleichen	158

	Rn.
5. Gesetzesimmanente Wettbewerbsbeschränkung auf dem Arbeitsmarkt	161
VI. Berücksichtigung außerwettbewerblicher Ziele	164
1. Berücksichtigung in Art. 101 Abs. 1 oder Art. 101 Abs. 3 AEUV?	164
2. Herstellung praktischer Konkordanz	169
B. Zwischenstaatlichkeitsklausel	
I. Funktion des Merkmals	171
II. Auslegung	174
1. Allgemeines	174
2. Prognose	178
3. Bündeltheorie	179
4. Eignung zur Handelsbeeinträchtigung	180
III. Spürbarkeit der Handelsbeeinträchtigung	181
IV. Spürbarkeit nach den Kommissionsleitlinien	187
V. Fallgruppen	191
1. Vereinbarungen zwischen Unternehmen aus verschiedenen Mitglied- staaten	192
2. Vereinbarungen zwischen Unternehmen aus demselben Mitgliedstaat	193
3. Beschränkung von Exporten aus der Gemeinschaft in Drittstaaten	199
4. Beschränkung von Importen aus Drittstaaten	204
C. Beispiele, Fallgruppen	
I. Grundentscheidung: Anwendung auf Horizontal- und Vertikalvereinba- rungen	208
II. Die Regelbeispiele des Abs. 1	210
1. Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedin- gungen	213
2. Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der techni- schen Entwicklung oder der Investitionen	218
3. Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen	220
a) Geographische Marktaufteilung	220
b) Aufteilung von Produktmärkten und Kundengruppen	222
c) Vereinbarungen über den Zugang zu einer wesentlichen Einrich- tung	223
4. Anwendung unterschiedlicher Bedingungen gegenüber Handelspart- nern	224
5. Abschluss von Verträgen unter der Bedingung der Annahme zusätzlicher Leistungen, die nicht in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen	229
III. Anwendung von Art. 101 AEUV auf Kooperationen von Wettbewerbern .	232
1. Einkaufsgemeinschaften	234
2. Vermarktungsvereinbarungen	240
3. Marktinformationssysteme	244
a) Insbesondere: Marktinformationssysteme als Bestandteile von Kar- tellvereinbarungen	246
b) Selbständige Marktinformationssysteme	248
4. Gemeinsame Forschung und Entwicklung	251
5. Produktions- und Spezialisierungsvereinbarungen	252
IV. Anwendung von Art. 101 AEUV auf Vertriebssysteme	253
1. Vertikale Preisbindung	253
2. Alleinbezugsvereinbarungen/Markenzwang	257
3. Alleinvertriebsvereinbarungen und „offene“ Exklusivlizenzen	264
4. Exportverbote und absoluter Gebietsschutz	267
5. Franchise-Vereinbarungen	275
6. Selektiver Vertrieb	278
a) Qualitative Selektion	278
b) Quantitative Selektion	283
7. Handelsvertreter- und Kommissionsverhältnisse	285
V. Gemeinschaftsunternehmen	287
1. Grundlagen	287

	Rn.
2. Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen	292
a) Prüfung anhand des SIEC-Kriteriums	292
b) Gruppen- oder <i>Spillover</i> -Effekte	294
aa) Keine separate „Vereinbarung“ erforderlich	295
bb) Gründung als bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung	296
cc) Ermittlung von Prüf- bzw. Kandidatenmärkten	297
dd) Anreize zu einer Koordinierung	302
ee) Kausalität	308
c) Freistellungsmöglichkeiten	309
d) Nebenabreden	310
aa) Wettbewerbsverbote, Abwerbverbote, Vertraulichkeitsklauseln ..	311
bb) Bezugs- und Lieferpflichten	312
3. Sonstige GU, insbes. Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen	313
a) Prüfung nach Art. 101 AEUV	313
b) Aktueller oder potentieller Wettbewerb	315
c) Spürbare Auswirkungen	317
aa) GU in marktfernen Bereichen	318
bb) GU in marktnahen Bereichen	319
d) Netzeffekte	321
e) Gruppen- oder <i>Spillover</i> -Effekte	323
f) Freistellungsmöglichkeiten	325
g) Nebenabreden	329

A. Tatbestand

I. Einführung

Schrifttum: *Behrens*, Abschied vom „more economic approach“? Festschrift Möschel 2011, 115; *Drexel/Kerber/Podszun* (Hrsg.), Competition Policy and the Economic Approach, 2011; *Haberer*, Die Intel-Entscheidung des EuGH, WuW 2017, 526; *Hellwig*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur normativen Grundlegung der Wettbewerbspolitik, in: Engel/Möschel (Hrsg.), Recht und spontane Ordnung, 2006, S. 233; *Mestmäcker*, Herausforderungen der Wirtschafts- und Währungsunion, EuR Beiheft 2/2011; *Mestmäcker*, Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union, 2. Auflage 2006, S. 725; *Mestmäcker*, Die Interdependenz von Recht und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik in: Monopolkommission, Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik, Kolloquium anlässlich des 30-jährigen Bestehens der Monopolkommission am 5.11.2004 in der Humboldt Universität zu Berlin, S. 19; *Petit*, The Judgment of the EU Court of Justice in Intel and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases, European Law Review, Ausgabe Oktober 2018; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2. Auflage 2011; *Zimmer*, Der rechtliche Rahmen für die Implementierung moderner ökonomischer Ansätze, WuW 2007, 1198.

Art. 101 Abs. 1 AEUV enthält das zentrale **Kartellverbot** des europäischen Unionsrechts.¹ Im deutschen Recht findet sich in § 1 GWB ein weitgehend identisch gefasstes Verbot: „Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten.“ Wegen der besonderen Fragen der Auslegung der Vorschrift des deutschen Rechts, des Verhältnisses der beiden Vorschriften und der Reichweite eines Anwendungsvorranges des europäischen Rechts wird auf die Erläuterungen zu § 1 GWB in Band 2 verwiesen.

Vereinbarungen und Beschlüsse, die gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen, sind gemäß Abs. 2 der Vorschrift **nichtig**. Ein anderes gilt nach Abs. 3, soweit die dort näher be-

¹ Die vorliegende Neubearbeitung der Kommentierung zu Art. 101 Abs. 1 AEUV ist mit Unterstützung wissenschaftlicher Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter erfolgt: Wichtige Vorarbeiten haben Frau *Laura Bolz* LL.M., Herr *Jan-Frederick Göhsl* LL.M., LL.B., Herr *Jan Kaufmann*, Frau *Gianna Perino* und Frau *Claudia Zschoch* geleistet.

zeichneten Voraussetzungen einer Freistellung gegeben sind. Zwar formuliert Abs. 3 lediglich, dass die Bestimmungen des Abs. 1 in einem solchen Fall für nicht anwendbar erklärt werden „können“. Aber Art. 1 Abs. 2 der VO 1/2003 ordnet an, dass die Rechtsfolge der **Freistellung automatisch** eintritt: „Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen ..., die die Voraussetzungen des Artikels 81 Absatz 3 des Vertrags erfüllen, sind nicht verboten, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf.“²

- 3 Neben der im letzten Absatz angesprochenen Folge der zivilrechtlichen Nichtigkeit von Verträgen und Beschlüssen kann ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV – soweit nicht die Voraussetzungen einer Freistellung nach Abs. 3 vorliegen (Rn. 2) – **weitere Rechtsfolgen** nach sich ziehen: Die Europäische Kommission und eine nationale Wettbewerbsbehörde wie das Bundeskartellamt können im Verwaltungsverfahren Unternehmen durch Verfügung zur **Abstellung** von Zuwiderhandlungen verpflichten (Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003, § 32 Abs. 1 GWB). Die Wettbewerbsbehörden können zudem unter bestimmten Voraussetzungen im **Ordnungswidrigkeitenverfahren** Bußgelder verhängen (Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003, § 81 Abs. 1 GWB i.V.m. den Vorschriften des OWiG). Schließlich können Verstöße gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV kartellzivilrechtliche **Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche** (§ 33 GWB) sowie bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit **Schadensersatzansprüche** (§ 33a GWB) auslösen.
- 4 Die Frage nach dem Normzweck des Kartellverbots ist verbunden mit der Diskussion um das Schutzobjekt des Kartellrechts. Dem Schutz des Wettbewerbs als Institution wird herkömmlich der Schutz von Handlungsfreiheiten einzelner gegenübergestellt. Die Kontroverse geht damit um **Institutionen- oder Individualschutz**.³ Dem Unionskartellrecht ist zudem stets auch der Zweck der Förderung der **Marktintegration** zugeschrieben worden: Der EuGH hat schon 1966 im *Consten/Grundig*-Urteil ausgeführt, der EWG-Vertrag, der nach seiner Präambel und seinem Inhalt auf die Beseitigung von Marktschranken zwischen den Mitgliedstaaten gerichtet sei, könne nicht zulassen, dass Unternehmen mit privatautonomen Mitteln solche Schranken erneut errichten.⁴ Im Hinblick auf diesen *integrationspolitischen Schutzzweck*⁵ hat es der Gerichtshof Inhabern gewerblicher Schutzrechte verwehrt, durch Maßnahmen der Lizenzvergabe mitgliedstaatliche Verkaufsgebiete voneinander abzuschotten.⁶ Die Unionsorgane sind zudem immer wieder Versuchen von Unternehmen entgegengetreten, durch Klauseln und Praktiken in Vertriebssystemen den freien grenzüberschreitenden Verkehr von im Handel befindlicher Ware zu behindern.⁷
- 5 In neuerer Zeit ist eine Akzentverschiebung zu beobachten. Die EU-Kommission betreibt immer deutlicher eine inhaltliche Ausrichtung der Wettbewerbspolitik an **Verbraucherinteressen**. Hierbei kann sie sich im Ausgangspunkt auf Art. 101 Abs. 3 AEUV berufen, der eine Freistellung vom Kartellverbot nur im Fall „angemessener Beteiligung der Verbraucher“ an einem aus der freigestellten Vereinbarung entstehenden „Gewinn“ vorsieht. Einen konkreten normativen Niederschlag findet diese Verbraucherorientierung, soweit in Gruppenfreistellungsverordnungen vertragliche Höchstpreisbindungen (Preisobergrenzen) milder behandelt werden als Mindest- oder Festpreisbindungen.⁸ Nicht immer wird deutlich, von welchem Verbraucherkonzept die Kommission im Rahmen ihrer

² Zur Wirkungsweise und zur Entstehungsgeschichte dieser sog. Legalausnahme *K. Schmidt*, Art. 1 VO 1/2003 (in diesem Band).

³ Vgl. schon *K. Schmidt*, Kartellverfahrensrecht, 1977, S. 63 ff.

⁴ EuGH 13.7.1966 Slg. 1966, 321, 388 „*Consten/Grundig*“.

⁵ Hierzu eingehend *Mestmäcker/Schweitzer* § 2.

⁶ Vgl. neben dem *Consten/Grundig*-Urteil (Fn. 25) die Entscheidung „*Nungesser*“: EuGH 8.6.1982, Slg. 1982, 2015, 2070 Rn. 61.

⁷ Exemplarisch EuGH 28.4.1998 Slg. I-1983, 2003 „*Javico*“; Komm. 15.7.1992 ABl. EG 1992 Nr. L 233/27 „*Vihio/Parker Pen*“; Komm. 15.12.1992, ABl. EG 1993 Nr. L 20/1 „*Ford Agricultural*“; Komm. 28.1.1998, ABl. EG 1998 Nr. L124/60 „*Völkswagen*“.

⁸ Vgl. für Vertikalvereinbarungen Art. 4 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 330/2010, ABl. EG 2010 Nr. L 102/1.

Politik ausgeht. Während das Tatbestandsmerkmal des Verbrauchers im Zusammenhang des Art. 101 Abs. 3 AEUV in einem weiten, alle Nutzer unter Einschluss von Weiterverarbeitern, Groß- und Einzelhändlern sowie Endverbrauchern einbeziehenden Sinn verstanden wird,⁹ vermitteln andere Publikationen der Kommission mitunter den Eindruck einer stärkeren Fokussierung auf Endverbraucher.¹⁰

Oft wird eine verbraucherschützende Wettbewerbspolitik im Sinne der Zielsetzung einer Steigerung der Konsumentenwohlfahrt formalisiert.¹¹ In diese Richtung geht es, wenn die Kommission ihre Wettbewerbspolitik in neuerer Zeit verstärkt am Ziel der Erreichung niedriger Verbraucherpreise orientiert.¹² Von einem solchen, die Wohlfahrt eines bestimmten Interessentenkreises adressierenden Ansatz sind Forderungen zu unterscheiden, die Wettbewerbspolitik am Ziel der Steigerung der Gesamtwohlfahrt auszurichten.¹³ Im Kontext des Kartellverbotes würde eine solche Konzeption darauf hinauslaufen, vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen selbst dann zuzulassen, wenn sie in Folge von Produktionsreduktionen und Preissteigerungen zu Nachteilen für Verbraucher führten, soweit diese Nachteile bspw. durch kooperationsbedingte Einsparungen auf Seiten der Anbieter überkompensiert würden. Die beiden vorstehend skizzierten Konzepte setzen sich, indem sie eine Ausrichtung der Wettbewerbspolitik an bestimmten **Wohlfahrtszielen** – sei es das einer Steigerung der Konsumenten-, sei es das der Förderung der Gesamtwohlfahrt – propagieren, in Widerspruch zu dem zuvor ansatzweise beschriebenen, an der Aufrechterhaltung von individuellen Handlungsfreiheiten und einem reflexhaften Schutz des Wettbewerbs als Institution orientierten Konzept. Zwar mögen gute Gründe für die Annahme sprechen, dass die Effekte der Freiheitsförderung und die der Steigerung der Konsumenten- sowie der Gesamtwohlfahrt in der Regel konvergieren – dass also eine Gewährleistung individueller Handlungsfreiheiten zumeist eine wohlfahrtsteigernde Wirkung haben wird. Indessen gibt es Situationen, in denen ein Zielkonflikt entsteht¹⁴ und daher eine Entscheidung für das eine oder andere Konzept vonnöten ist.

Außer Frage dürfte stehen, dass jedenfalls unter dem geltenden Kartellverbotstatbestand eine Ausrichtung der Rechtsanwendung am Ziel einer Maximierung (allein) der Gesamtwohlfahrt ausscheidet: Eine privatautonom veranlasste Beschränkung des Wettbewerbs, die für Konsumenten nachteilig ist, kann angesichts der klaren Fassung des Art. 101 Abs. 3 AEUV auch durch überwiegende Gesamtwohlfahrtsgewinne nicht gerechtfertigt werden. Gute Gründe sprechen dafür, im *Tatbestand* des Kartellverbots des Art. 101 Abs. 1 AEUV zudem weiterhin von einer **individual- und institutionenschützenden, nicht** aber von einer **allein verbraucherorientierten Zwecksetzung** auszugehen: Für die Rechtfertigung einer *tatbestandsmäßigen* Wettbewerbsbeschränkung unter dem Gesichtspunkt einer Förderung von Verbraucherinteressen ist erst im Rahmen und unter den engen Voraussetzungen des Freistellungstatbestandes des Art. 101 Abs. 3 AEUV Raum. Die neuere Rechtsprechung des EuGH stützt diese Interpretation: In jüngeren Urteilen führte der Gerichtshof aus, dass das Kartellverbot, wie auch die übrigen Wettbewerbsregeln des Vertrags, nicht

⁹ So auch die Bekanntmachung der Kommission: Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, ABl. EG 2004 Nr. C 101/08, Rn. 84.

¹⁰ Eingehende Analyse bei Möller, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt, 2008.

¹¹ Vgl. für eine Darstellung der verschiedenen in Betracht kommenden Wohlfahrtsziele (Gesamtwohlfahrtstandard, Konsumentenwohlfahrtstandard) Schwalbe/Zimmer 2011 S. 11 ff., 438 ff.; zum Verhältnis von Wettbewerbsfreiheit, Effizienz und Verbraucherinteressen Hellwig in: FS Mestmäcker, 2006, S. 231 ff.

¹² Die Kommission setzt Marktmacht von Anbietern mit einer Fähigkeit zur Preisüberhöhung gleich; vgl. exemplarisch die Entscheidung im Zusammenschlussfall „PhilipMorris/Papastratos“ Komm. v. 2.10.2003 (IV/M.3191), Rn. 36. Das Abheben auf Preiseffekte findet auch im Rahmen der Marktabgrenzung Niederschlag, soweit die Kommission auf Effekte eines ‚small, but significant nontransitory increase in price‘ abstellt; zu diesem sog. SSNIP-Test die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes, ABl. EG 1997 Nr. C 372/5, Rn. 13 ff.

¹³ Hierzu Schmidtchen WuW 2006, 6, 10 f.

¹⁴ Gegen eine sog. Non-Dilemma-These daher auch Schmidtchen, a. a. O. (vorige Fn.).

nur dazu bestimmt sei, die unmittelbaren Interessen einzelner Wettbewerber oder Verbraucher zu schützen, sondern die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen. Daher setze die Feststellung, dass mit einer Vereinbarung ein wettbewerbswidriger Zweck verfolgt werde, nicht voraus, dass dadurch den Endverbrauchern die Vorteile eines wirksamen Wettbewerbs hinsichtlich der Bezugsquellen oder der Preise vorenthalten würden.¹⁵ Für einen Überblick über die wettbewerbspolitischen Konzeptionen einerseits der Leitlinienpolitik der Kommission und andererseits der Rechtsprechung des Gerichtshofes wird auf Abschnitt C der allgemeinen Einleitung (in diesem Band) verwiesen.

- 8 Die **Neubearbeitung** hatte wichtige Entwicklungen der Anwendungspraxis zu berücksichtigen. Einzuarbeiten waren eine Vielzahl von seit der Voraufgabe hinzugekommenen Entscheidungen von Kommission und Gerichten, die u. a. die Bedeutung von Unternehmens-Presserlautbarungen¹⁶ sowie von Kommunikation über den Einsatz computergestützter Preissetzungssoftware für das Vorliegen einer verbotenen gestimmten Verhaltensweise,¹⁷ die fehlende Erforderlichkeit einer Spürbarkeitsprüfung in Fällen bezweckter Wettbewerbsbeschränkungen¹⁸ sowie eine Präzisierung der Voraussetzungen eines zulässigen selektiven Vertriebssystems¹⁹ zum Gegenstand hatten.

II. Der Unternehmensbegriff

Schrifttum: *Bornkamm*, Hoheitliches und unternehmerisches Handeln der öffentlichen Hand im Visier des europäischen Kartellrechts, FS Hirsch 2008, S. 231; *Heinichen*, Unternehmensbegriff und Haftungsnachfolge im Europäischen Kartellrecht, 2010; *Jennert*, Wirtschaftliche Tätigkeit als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts, WuW 2004, 37; *Könen*, Die Passivlegitimation des Kartellschadensersatzes nach der 9. GWB-Novelle, NZKart 2017, 15; *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983; *Roth*, Zum Unternehmensbegriff im europäischen Kartellrecht, FS Bechtold 2006, S. 393; *Schwarze*, Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2000, 613; *Thomas/Legner*, Die wirtschaftliche Einheit im Kartellzivilrecht, NZKart 2016, 155; *von Hülsen/Kasten*, Passivlegitimation von Konzernen im Kartell-Schadensersatzprozess? – Gedanken zur Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU, NZKart 2015, 296; *Werner*, Der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit im europäischen Kartellrecht, 2012.

- 9 **1. Die Abgrenzungsfunktion.** Die meisten Kartellrechtsvorschriften richten sich an „Unternehmen“. Neben Art. 101 Abs. 1 AEUV verwenden insbesondere auch Art. 102 AEUV und Art. 106 AEUV den Unternehmensbegriff. Dieser entfaltet außerdem Wirkung auf die prozessrechtliche Abwicklung von Kartellrechtsverstößen, da sich die Beschlüsse der Kommission nach der VO (EG) 01/2003 an die Unternehmen als Normadressaten richten.²⁰ Der Unternehmensbegriff hat daher zentrale Bedeutung. Grundsätzlich ist von einem für das Kartellrecht **einheitlichen Unternehmensbegriff** auszugehen, was

¹⁵ EuGH 6.10.2009 Rs. C-501/06 P u. a., Slg. 2009, I-9291 Rn. 63 „*GlaxoSmithKline*“; inhaltlich übereinstimmend EuGH 4.6.2009, Rs. C-8/08 Slg. 2009 I-4529 Rn. 38 „*T-Mobile Netherlands*“; EuGH 17.2.2011, Rs. C-52/09, Rn. 24 „*TeliaSonera*“; EuGH 27.3.2012 Rs. C-209/10, Rn. 23 „*Post Danmark I*“; EuGH 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, Rn. 135 „*Intel*“.

¹⁶ KOMM., 7.7.2016, Rs. AT.39850, Az. C(2016) 4215 „*Container Shipping*“ (hierzu unten Rn. 94).

¹⁷ EuGH 21.1.2016, Rs. C-74/14, Rn. 6 ff. „*Eturas*“ = EuZW 2016, 435 (hierzu unten Rn. 93).

¹⁸ EuGH 13.12.2012, Rs. C 226/11, Rn. 37 „*Expedia*“ (hierzu unten Rn. 140).

¹⁹ EuGH 6.12.2017, Rs. C-230/16 Rn. 24 „*Coty Germany*“ (hierzu unten Rn. 156).

²⁰ Zudem hat der Unternehmensbegriff Auswirkungen auf die Schadensersatzhaftung, da die Schadensersatz-Richtlinie (Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union Text von Bedeutung für den EWR, ABl. 2014, L 349/1) nach Art. 1, 2 die Haftung an den Unternehmensbegriff knüpft. Kritisch hinsichtlich der Begriffsbestimmung in Art. 1 und 2 Schadensersatz-Richtlinie und der Bedeutung für die Umsetzung in das deutsche Recht: *Könen* NZKart 2017, 15, 16; *Thomas/Legner*, NZKart 2016, 155; *von Hülsen/Kasten* NZKart 2015, 296.