

Christian Koenig /  
Kristina Schreiber  
Europäisches  
Wettbewerbsrecht

Mohr Siebeck

UTB



UTB 3452

### **Eine Arbeitsgemeinschaft der Verlage**

Böhlau Verlag · Köln · Weimar · Wien

Verlag Barbara Budrich · Opladen · Farmington Hills

facultas.wuv · Wien

Wilhelm Fink · München

A. Francke Verlag · Tübingen und Basel

Haupt Verlag · Bern · Stuttgart · Wien

Julius Klinkhardt Verlagsbuchhandlung · Bad Heilbrunn

Lucius & Lucius Verlagsgesellschaft · Stuttgart

Mohr Siebeck · Tübingen

Orell Füssli Verlag · Zürich

Ernst Reinhardt Verlag · München · Basel

Ferdinand Schöningh · Paderborn · München · Wien · Zürich

Eugen Ulmer Verlag · Stuttgart

UVK Verlagsgesellschaft · Konstanz

Vandenhoeck & Ruprecht · Göttingen

vdf Hochschulverlag AG an der ETH Zürich

Christian Koenig/Kristina Schreiber

# Europäisches Wettbewerbsrecht

Kartell- und Missbrauchsverbot, Fusionskontrolle,  
Beihilfen- und Vergaberecht

Mohr Siebeck

*Christian Koenig*, geboren 1961; 1980–85 Studium der Rechtswissenschaften in Berlin und Mainz; 1986 Master of Laws (London School of Economics); 1988 Promotion; 1991 zweites juristisches Staatsexamen; 1993 Habilitation; seit 1994 Univ.-Prof.; seit 1999 Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn.

*Kristina Schreiber*, geboren 1983; 2001–06 Studium der Rechtswissenschaft in Bonn; 2009 Promotion; 2010 zweites juristisches Staatsexamen; seit 2006 wissenschaftliche Mitarbeiterin am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn.

ISBN 978-3-8252-3452-2 (UTB)

ISBN 978-3-16-150595-9 (Mohr Siebeck)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2010 Mohr Siebeck, Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

# Vorwort

Das Europäische Wettbewerbsrecht ist entscheidend geprägt durch eine weitreichende Fallpraxis der Europäischen Gerichte sowie der Kommission. Mit der Darstellung dieser umfassenden Materie kann eine Vielzahl von Buchseiten gefüllt werden. Das vorliegende Werk aber bemüht sich um die Darstellung der Kartell- und Missbrauchsverbote, der Fusionskontrolle sowie des Beihilfen- und Vergaberechts in einem handhabbaren Umfang.

Bewusst ist das vorliegende Buch auf die Vermittlung eines grundlegenden Verständnisses des Europäischen Wettbewerbsrechts ausgerichtet und verzichtet dafür auf eine abschließende Darstellung jedes einzelnen Details. Vermittelt werden soll dem Leser vielmehr die hinter der umfassenden Fallpraxis liegende Intention der Anwendung des Europäischen Wettbewerbsrechts. Dem Praktiker soll ebenso wie dem Studenten ein Leitfaden für das Europäische Wettbewerbsrecht an die Hand gegeben werden, welcher auch zur Lösung bislang noch nicht entschiedener Sachverhaltskonstellationen befähigt. Die materiell-rechtlichen Ausführungen werden daher ergänzt durch die Darstellung des Verfahrensrechts mit einem Fokus auf die Kommissionsbefugnisse, die Beweislastverteilung und das prozessuale Vorgehen im Fall von Wettbewerbsrechtsverstößen.

Um dieses Ziel zu erreichen, orientiert sich der Aufbau des Buches an den klassischen Prüfungsschemata. Die einzelnen Abschnitte beginnen jeweils mit einer knappen Erläuterung der theoretischen Grundlagen. Ergänzt werden die theoretischen Ausführungen sodann anhand einer Vielzahl von Anwendungsbeispielen, die der aktuellen Rechtsprechung und Kommissionspraxis entnommen wurden. Durch eine Gegenüberstellung der Argumente werden die Gedankengänge der Gerichte, der Kommission und der Adressaten anschaulich und die konkrete Lösung verständlich.

Aufgrund dieser das vorliegende Lehrbuch prägenden Struktur wird dem Leser in unmittelbarem Anschluss an die theoretische Erläuterung der einzelnen Prüfungspunkte die Materie „greifbar“. Die Anwendung der Europäischen Wettbewerbsvorschriften in der Praxis wird erleichtert und auch die Klausurlösung ohne Kenntnis der im Einzelfall geprüften Fallkonstellation durch die Entwicklung eigener, tragfähiger Argumente auf der Grundlage von Rechtsprechung und Kommissionspraxis wird ermöglicht.

Das vorliegende Buch richtet sich zuvörderst an Juristen und Studenten der Rechtswissenschaften, die in Wissenschaft und Praxis mit wettbewerbsrechtlichen Fragen zu tun haben, seien es Wissenschaftler, Unternehmensjuristen, Richter oder Anwälte. Daneben sollen sich auch Vertreter anderer Disziplinen wie Betriebswirte, die sich

einen Überblick über das wettbewerbsrechtliche Umfeld verschaffen wollen, angesprochen fühlen.

Für die engagierte und zuverlässige Unterstützung bei Recherche- und Korrekturlesearbeiten, bei der Zusammenfassung von EuG, EuGH und Kommissionsentscheidungen und auch für inhaltliche Mitarbeit danken wir Frau *Beate Förtsch* und Frau *Mara Hellstern*. Frau *Henrike Oertel* danken wir für die intensive Unterstützung bei der Erstellung des 8. Kapitels sowie ihrem Einsatz bei der Endredaktion. Unser Dank gilt zudem Herrn *Martin Busch* für seine hilfreiche Unterstützung bei der Erstellung des 5. Kapitels sowie Korrekturlesearbeiten, Herrn *Christopher Hasenkamp* für die Ausarbeitung eines Anwendungsbeispiels im 8. Kapitel (Bank Burgenland) sowie Korrekturlesearbeiten im Rahmen der Endredaktion und Herrn *Alexander Koof* für die Unterstützung bei der Ausarbeitung des 7. Kapitels, Abschnitte I.–III.

Für die vorzügliche verlegerische Betreuung danken wir Herrn *Dr. Franz-Peter Gillig* vom Verlag Mohr Siebeck.

*Bonn im Juli 2010*

*Christian Koenig  
Kristina Schreiber*

# Inhaltsverzeichnis

|   |    |
|---|----|
| 1. Kapitel: Wettbewerb als Schutzgut des Unionsrechts . . . . .   | 1  |
| I. Die Struktur der allgemeinen Wettbewerbsvorschriften . . . . .   | 2  |
| II. Das Schutzgut der Art. 101 ff. AEUV. . . . .  | 2  |
| 1. „Wettbewerb“ im Sinne der Art. 101 ff. AEUV. . . . .   | 2  |
| a) Verbrauchernutzen . . . . .  | 3  |
| b) Handlungsfreiheit . . . . .  | 4  |
| c) Effizienz durch Wettbewerb . . . . .   | 4  |
| 2. Die Ermittlung von Wettbewerbsbeschränkungen . . . . .   | 5  |
| a) Anwendungsbeispiel: Einzelhandelspreisbindung. . . . .   | 6  |
| b) Anwendungsbeispiel: Kampfpreise . . . . .  | 7  |
| c) Folgen einer einzelfallorientierten Anwendung . . . . .  | 7  |
| 3. Der „more economic approach“ und der Verbraucherschutz . . . . .   | 8  |
| III. Allgemeine vs. sektorspezifische Wettbewerbsvorschriften . . . . .   | 9  |
| <br>  |    |
| 2. Kapitel: Die Verbote der Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101<br>und Art. 102 AEUV . . . . .                                      | 13 |
| I. Tatbestandliches Handeln eines Unternehmens und das davon zu<br>unterscheidende Zurechnungssubjekt auf Rechtsfolgenseite . . . . . | 13 |
| II. Tatbestand: Handeln eines Unternehmens . . . . .  | 14 |
| 1. Unternehmen . . . . .  | 14 |
| a) Wirtschaftliche Tätigkeit . . . . .  | 15 |
| Anwendungsbeispiele: Wirtschaftliche Tätigkeit . . . . .  | 16 |
| aa) Verknüpfung von Angebots- und Nachfragetätigkeit? . . . . .   | 17 |
| (1) Anwendungsbeispiel: Eurocontrol . . . . .   | 17 |
| (2) Anwendungsbeispiel: Soziale Sicherungssysteme . . . . .   | 20 |
| bb) Ausübung von Hoheitsgewalt . . . . .  | 21 |
| Anwendungsbeispiele: Hoheitsgewalt oder wirtschaftliche<br>Tätigkeit . . . . .  | 21 |
| b) Unternehmensvereinigung. . . . .   | 22 |
| Anwendungsbeispiel: Genossenschaftsverbände. . . . .  | 22 |
| 2. Öffentliche und mit ausschließlichen oder besonderen Rechten<br>ausgestattete Unternehmen (Art. 106 Abs. 1 AEUV) . . . . .         | 23 |
| Anwendungsbeispiele: Art. 106 Abs. 1 AEUV . . . . .   | 24 |
| III. Rechtsfolge: Zurechnungssubjekt . . . . .  | 25 |
| Anwendungsbeispiel: Akzo Nobel. . . . .   | 26 |
| IV. Mitgliedstaaten. . . . .  | 28 |

VIII Inhaltsverzeichnis

|   |    |
|---|----|
| 1. Anwendungsbeispiele: Mitgliedstaaten als Normadressaten . . . . .    | 29 |
| a) Gebührenordnung mit Genehmigungsvorbehalt . . . . .                  | 30 |
| b) Gebührenordnung für Zollspediteure. . . . .                          | 30 |
| c) Werbeverbot . . . . .  | 31 |
| 2. Verbleibende Verantwortlichkeit der Unternehmensrechtsträger . .     | 32 |
| a) Anwendungsbeispiel: Deutsche Telekom . . . . .                       | 33 |
| b) Anwendungsbeispiel: Sanktionsgefahr . . . . .                        | 36 |
| V. Marktabgrenzung . . . . .  | 38 |
| 1. Die Grundsätze der Marktabgrenzung – Kriterien und Methoden .        | 39 |
| a) Die Rolle der Nachfrager eines Produkts . . . . .                    | 40 |
| aa) SSNIP-Test . . . . .  | 40 |
| bb) Quantitative Tests – Preiskreuzelastizitäten. . . . .               | 41 |
| b) Die Rolle anderer (potentieller) Anbieter eines Produkts . . . . .   | 42 |
| c) Der potentielle Wettbewerb . . . . .                                 | 42 |
| 2. Die sachliche, räumliche und zeitliche Marktabgrenzung . . . . .     | 43 |
| VI. Anwendungsbeispiele: Die Marktabgrenzung in der Praxis. . . . .     | 43 |
| 1. Nachfragesubstituierbarkeit – Der Klassiker: United Brands . . . . . | 43 |
| 2. Vergleichbare Produkte – benachbarte Märkte . . . . .                | 45 |
| a) Clearstream Banking . . . . .  | 45 |
| b) Ersatzteile. . . . .   | 48 |
| c) Hauptprodukte und Verbrauchsgegenstände. . . . .                     | 49 |
| d) Autoreifen . . . . .   | 50 |
| 3. Angebotssubstituierbarkeit . . . . .                                 | 51 |
| a) Tetra Pak . . . . .  | 51 |
| aa) Der sachlich relevante Markt . . . . .                              | 51 |
| bb) Der räumlich relevante Markt . . . . .                              | 52 |
| b) Anpassungsmöglichkeit und Transportkosten. . . . .                   | 52 |
| aa) Der sachlich relevante Markt . . . . .                              | 52 |
| bb) Der räumlich relevante Markt . . . . .                              | 53 |
| 4. Regulierte Märkte. . . . .   | 53 |
| a) Telekommunikationssektor: Deutsche Telekom AG. . . . .               | 53 |
| b) Pharmasektor: Der Fall Astra Zeneca . . . . .                        | 54 |
| 5. Verknüpfte Dienstleistungen . . . . .                                | 55 |
| 6. Relevanz der Absatzwege. . . . .                                     | 56 |
| a) Bierlieferverträge . . . . .   | 56 |
| b) Bronner – Zugang zu wesentlichen Einrichtungen . . . . .             | 56 |
| 7. Ein Produkt – zwei Märkte . . . . .                                  | 57 |
| <br>  |    |
| 3. Kapitel: Das Kartellverbot des Art. 101 AEUV . . . . .               | 59 |
| I. Die Struktur des Verbotstatbestands. . . . .                         | 60 |
| II. Erfasste Verhaltensweisen . . . . .                                 | 61 |
| 1. Vereinbarungen von Unternehmen . . . . .                             | 61 |

|  |    |
|--|----|
| a) Unabhängig von tatsächlichem Verhalten . . . . .  | 61 |
| Anwendungsbeispiele: Absprachen . . . . .  | 61 |
| b) Horizontale und vertikale Abstimmung . . . . .  | 62 |
| Anwendungsbeispiele: Horizontal. . . . .   | 63 |
| Anwendungsbeispiele: Vertikal . . . . .  | 63 |
| c) Verträge und gentlemen's agreements. . . . .  | 65 |
| aa) Anwendungsbeispiel: Einseitige oder zweiseitige<br>Verhaltensweise? . . . . .                                | 66 |
| bb) Anwendungsbeispiele: Kartellvertrag und gemeinsamer Plan   | 68 |
| 2. Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen . . . . .  | 69 |
| Anwendungsbeispiele: Beschlüsse . . . . .  | 69 |
| 3. Abgestimmte Verhaltensweisen . . . . .  | 70 |
| a) Typisches Marktverhalten . . . . .  | 71 |
| Anwendungsbeispiele: Faktisches oder abgestimmtes<br>Parallelverhalten? . . . . .                                | 71 |
| b) Einseitige Handlungen – ausdrückliche Missbilligung . . . . .   | 73 |
| Anwendungsbeispiele: Einseitig oder abgestimmt? . . . . .  | 73 |
| c) „Aktivierung“ erforderlich? . . . . .   | 74 |
| Anwendungsbeispiel: Polypropylen . . . . .   | 74 |
| d) „Geheimwettbewerb“ – Informationsaustausch . . . . .  | 76 |
| aa) Anwendungsbeispiel: Vertragshändlervergütungen . . . . .   | 77 |
| bb) Anwendungsbeispiel: Infrastructure-Sharing. . . . .  | 79 |
| III. Wettbewerbsbeschränkung. . . . .  | 81 |
| 1. Ermöglichung des Marktzutritts und Belebung des Markts . . . . .  | 82 |
| a) Anwendungsbeispiel: Roamingvereinbarung . . . . .   | 83 |
| b) Anwendungsbeispiel: Google Book Settlement . . . . .  | 84 |
| 2. Erfasste Wettbewerbsbeschränkungen . . . . .  | 84 |
| a) Die Bedeutung der Marktabgrenzung. . . . .  | 85 |
| Anwendungsbeispiele: Marktabgrenzung und Art. 101 AEUV. . . . .  | 86 |
| b) Bezwecken oder bewirken . . . . .   | 86 |
| aa) Anwendungsbeispiel: Wettbewerbsbeschränkender Zweck<br>eines Informationsaustauschs. . . . .                 | 88 |
| bb) Anwendungsbeispiel: Bewirken einer Wettbewerbs-<br>beschränkung durch den Informationsaustausch . . . . .    | 89 |
| cc) Anwendungsbeispiel: Wettbewerbsbeschränkung durch<br>Behinderung des Parallelhandels – Arzneimittel. . . . . | 90 |
| dd) Anwendungsbeispiel: Wettbewerbsbeschränkung durch<br>Behinderung des Parallelhandels – Automobile . . . . .  | 92 |
| c) Koordinierung von Wettbewerbsparametern . . . . .   | 93 |
| Anwendungsbeispiele: Koordinierung . . . . .   | 93 |
| d) Anwendungsbeispiel: Standardisierung. . . . .   | 94 |
| aa) Informationsaustausch . . . . .  | 95 |
| bb) Gruppenvereinbarung. . . . .   | 96 |
| 3. Rückausnahme für die Funktionsfähigkeit des Markts? . . . . .   | 97 |

X Inhaltsverzeichnis

|  |     |
|--|-----|
| a) Anwendungsbeispiel: Schutz der Lauterkeit des Handelsverkehrs | 98  |
| b) Anwendungsbeispiel: Dopingregelungen                          | 98  |
| IV. Zwischenstaatlichkeitsklausel                                | 99  |
| V. Spürbarkeit   | 101 |
| 1. Spürbare Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels     | 102 |
| 2. Spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigung                          | 103 |
| VI. Die Ausnahnevorschrift des Art. 101 Abs. 3 AEUV              | 103 |
| 1. Die Anwendung der Ausnahnevorschrift                          | 104 |
| a) Effizienzgewinne  | 105 |
| b) Angemessene Gewinnbeteiligung der Verbraucher                 | 105 |
| c) Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkungen                | 106 |
| d) Keine Ausschaltung des Wettbewerbs                            | 107 |
| 2. Gruppenfreistellungsverordnungen                              | 108 |
| a) Vertikale Vereinbarungen                                      | 109 |
| Anwendungsbeispiele: VertikalGVO                                 | 110 |
| b) Horizontale Absprachen  | 111 |
| aa) Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen                   | 111 |
| Anwendungsbeispiele: F&E-GVO                                     | 112 |
| bb) Spezialisierungsvereinbarungen                               | 113 |
| Anwendungsbeispiele: Spezialisierungs-GVO                        | 114 |
| cc) Horizontalleitlinien der Kommission                          | 114 |
| c) Technologietransfervereinbarungen                             | 115 |
| Anwendungsbeispiele: Technologie-GVO                             | 115 |
| d) Kraftfahrzeugsektor   | 116 |
| Anwendungsbeispiele: KfZ-GVO                                     | 117 |
| e) Weitere sektorspezifische Gruppenfreistellungsverordnungen    | 117 |
| 3. Anwendungsbeispiele: Kartellverbot                            | 118 |
| a) Festsetzung von Endverkaufspreisen                            | 118 |
| b) Einzelfreistellung einer Alleinbezugsvereinbarung             | 119 |
| c) Freistellungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV                      | 120 |
| <br>   |     |
| 4. Kapitel: Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV              | 123 |
| I. Marktbeherrschende Stellung                                   | 124 |
| 1. Marktanteile  | 125 |
| Anwendungsbeispiel: HB Ice Cream                                 | 125 |
| 2. Anwendungsbeispiele: Maßgebliche Kriterien                    | 126 |
| a) Marktanteile der Wettbewerber                                 | 126 |
| b) Preissetzungsspielraum  | 126 |
| c) Marktzutrittschranken   | 127 |
| d) Nachfragemacht der Abnehmer                                   | 128 |
| 3. Kollektive Marktbeherrschung                                  | 128 |
| a) Kriterien   | 128 |

|  |     |
|--|-----|
| b) Anwendungsbeispiele: Wirtschaftliche Einheit mehrerer Unternehmen . . . . .   | 130 |
| 4. Wesentlicher Teil des Binnenmarkts . . . . .                                  | 130 |
| 5. Spürbarkeit und Zwischenstaatlichkeitsklausel . . . . .                       | 130 |
| II. Missbräuchliche Ausnutzung. . . . .  | 131 |
| 1. Beispielstatbestände des Art. 102 AEUV . . . . .                              | 132 |
| 2. Systematisierung: Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch . . . . .           | 132 |
| III. Anwendungsbeispiele: Missbrauchsfallgruppen . . . . .                       | 132 |
| 1. Preismisbräuche . . . . .   | 133 |
| a) Preishöhenmissbrauch – Unangemessene Preise. . . . .                          | 133 |
| b) Kampfpreise . . . . .   | 135 |
| c) Preis-Kosten-Scheren . . . . .  | 136 |
| 2. Lieferverweigerung . . . . .  | 137 |
| a) Ambulanz Glöckner. . . . .  | 138 |
| b) GlaxoSmithKline . . . . .   | 139 |
| 3. Diskriminierung . . . . .   | 142 |
| 4. Ausschließlichkeitsbindungen. . . . .   | 142 |
| a) BPB Industries . . . . .  | 142 |
| b) Michelin . . . . .  | 143 |
| 5. Zugangs- und Nutzungsverweigerung . . . . .                                   | 144 |
| a) Die Voraussetzungen . . . . .   | 145 |
| b) IMS Health . . . . .  | 146 |
| 6. Schutz des geistigen Eigentums und Missbrauch gesetzlicher Vorgaben . . . . . | 147 |
| 7. Produktkopplung, -bündelung und -rabatte. . . . .                             | 149 |
| a) Marktmachtübertragung – Microsoft. . . . .                                    | 149 |
| b) Rabattpolitik. . . . .  | 150 |
| 8. Verdrängungspraktiken . . . . .   | 151 |
| IV. Sachliche Rechtfertigung?. . . . .   | 151 |
| V. Das Verhältnis von Art. 101 und Art. 102 AEUV . . . . .                       | 152 |
| <br>   |     |
| 5. Kapitel: Anwendbarkeitsausnahmen nach Art. 106 Abs. 2 AEUV . . . . .          | 153 |
| I. Begünstigte . . . . .   | 154 |
| II. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse . . . . .        | 154 |
| 1. Dienstleistungen von wirtschaftlichem Interesse . . . . .                     | 155 |
| Anwendungsbeispiele: Wirtschaftsbezogenheit . . . . .                            | 156 |
| 2. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse . . . . .                          | 157 |
| 3. Unionsautonome Bestimmung – mitgliedstaatlicher Spielraum . . . . .           | 158 |
| 4. Anwendungsbeispiel: British United Provident Association Ltd (BUPA) . . . . . | 159 |
| III. Betrauungsakt . . . . .   | 161 |
| Anwendungsbeispiel: GVL . . . . .  | 161 |

|  |     |
|--|-----|
| 1. Anwendungsbeispiel: British United Provident Association Ltd (BUPA) . . . . . | 162 |
| 2. Anwendungsbeispiel: Umsatzsteuerbefreiung für Postdienstleistungen . . . . .  | 163 |
| IV. Verhinderungserfordernis. . . . .  | 165 |
| 1. Verhinderung der Aufgabenerfüllung . . . . .                                  | 165 |
| a) Anwendungsbeispiel: British United Provident Association Ltd (BUPA) . . . . . | 167 |
| b) Anwendungsbeispiel: International Mail Spain SL . . . . .                     | 167 |
| 2. Entwicklung des Handelsverkehrs . . . . .                                     | 168 |
| 3. Verhältnismäßigkeit . . . . .   | 169 |
| V. Die Kommissionsbefugnisse gem. Art. 106 Abs. 3 AEUV . . . . .                 | 169 |
| <br>   |     |
| 6. Kapitel: Kommissionsbefugnisse und Rechtsdurchsetzung . . . . .               | 171 |
| I. Ermittlungsverfahren . . . . .  | 171 |
| 1. Ermittlungsinstrumente . . . . .  | 172 |
| a) Förmliche Ermittlungsinstrumente . . . . .                                    | 172 |
| b) Anwendungsvoraussetzungen . . . . .   | 173 |
| 2. Rechte und Pflichten der Betroffenen. . . . .                                 | 174 |
| Anwendungsbeispiele: Rechte der Betroffenen. . . . .                             | 174 |
| 3. Sektorenuntersuchung . . . . .  | 175 |
| II. Vorläufige Bewertung . . . . .   | 176 |
| III. Entscheidung der Kommission . . . . .                                       | 176 |
| 1. Abhilfemaßnahmen . . . . .  | 176 |
| 2. Verpflichtungszusagen . . . . .   | 177 |
| IV. Die Beweislastverteilung . . . . .   | 177 |
| V. Die Verjährung. . . . .   | 178 |
| VI. Vorgehen gegen Kommissionsentscheidungen . . . . .                           | 179 |
| 1. Primärer Rechtsschutz . . . . .   | 179 |
| 2. Sekundärer Rechtsschutz. . . . .  | 179 |
| Anwendungsbeispiel: Schneider Electric . . . . .                                 | 180 |
| a) Hinreichend qualifizierter Verstoß . . . . .                                  | 180 |
| b) Kausalität zwischen Handlung und Schaden. . . . .                             | 181 |
| VII. Private Rechtsdurchsetzung Geschädigter . . . . .                           | 183 |
| VIII. Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln . . . . .                          | 184 |
| 1. Sachlicher und territorialer Anwendungsbereich . . . . .                      | 184 |
| 2. Kollision mit mitgliedstaatlichem Wettbewerbsrecht. . . . .                   | 185 |
| 3. Zusammenarbeit: Netz der Wettbewerbsbehörden . . . . .                        | 185 |

|  |     |
|--|-----|
| 7. Kapitel: Fusionskontrolle . . . . .                                 | 187 |
| I. Rechtsgrundlagen . . . . .  | 188 |
| 1. Anwendungsbeispiel: Missbrauchsverbot „Erst Recht“ . . . . .        | 188 |
| 2. Kommissionsmitteilungen . . . . .                                   | 188 |
| II. Adressaten und Verpflichtete der FKVO. . . . .                     | 189 |
| III. Zusammenschluss von unionsweiter Bedeutung. . . . .               | 190 |
| 1. Fusion . . . . .  | 190 |
| Anwendungsbeispiel: „Wirtschaftliche“ Fusion . . . . .                 | 191 |
| 2. Kontrollerwerb . . . . .  | 191 |
| a) Kontrollerwerber . . . . .  | 191 |
| b) Begriff der Kontrolle: Bestimmender Einfluss . . . . .              | 192 |
| aa) Erwerb von Anteils- und Vermögensrechten . . . . .                 | 193 |
| bb) Vertragliche Grundlage . . . . .                                   | 193 |
| cc) Vetorechte . . . . .   | 194 |
| dd) Interne Reorganisation . . . . .                                   | 194 |
| c) Kontrollarten. . . . .  | 194 |
| aa) Anwendungsbeispiel: Einzelkontrollerwerb. . . . .                  | 194 |
| bb) Anwendungsbeispiel: Gemeinsame Kontrolle. . . . .                  | 194 |
| d) Erforderliches Zeitmoment. . . . .                                  | 194 |
| e) Ausnahmen (Art. 3 Abs. 5 FKVO) . . . . .                            | 195 |
| f) Anwendungsbeispiel: Cementbouw . . . . .                            | 195 |
| 3. Unionsweite Bedeutung . . . . .                                     | 198 |
| 4. EU- und nationale Fusionskontrolle . . . . .                        | 199 |
| IV. Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt . . . . .                        | 200 |
| 1. Marktabgrenzung. . . . .  | 201 |
| Anwendungsbeispiel: CVC. . . . .                                       | 201 |
| 2. Marktbeherrschung. . . . .  | 202 |
| a) Anwendungsbeispiel: Marktanteile . . . . .                          | 203 |
| b) Anwendungsbeispiel: Kollektive Marktbeherrschung. . . . .           | 203 |
| aa) Transparente Tonträgermärkte? . . . . .                            | 204 |
| bb) Bloße Reaktionsverbundenheit? . . . . .                            | 207 |
| c) Anwendungsbeispiel: Marktbeherrschung durch einen Dritten . . . . . | 207 |
| 3. Wettbewerbsbehinderung . . . . .                                    | 208 |
| Anwendungsbeispiel: T-Mobile Austria und Tele.ring . . . . .           | 209 |
| 4. Horizontale vs. vertikale Zusammenschlüsse . . . . .                | 212 |
| a) Horizontale Zusammenschlüsse. . . . .                               | 212 |
| Anwendungsbeispiele: Horizontal. . . . .                               | 212 |
| b) Vertikale Zusammenschlüsse . . . . .                                | 213 |
| Anwendungsbeispiele: Vertikal . . . . .                                | 213 |
| 5. Beweislast . . . . .  | 214 |
| V. Fusionskontrollverfahren . . . . .                                  | 214 |
| 1. Anmeldepflicht . . . . .  | 214 |
| 2. Verfahren . . . . .   | 215 |

|   |     |
|---|-----|
| a) Erste Phase . . . . .  | 215 |
| b) Zweite Phase . . . . .   | 216 |
| 3. Abhilfemaßnahmen – Verpflichtungen . . . . .   | 216 |
| Anwendungsbeispiel: Otto und Quelle . . . . .   | 216 |
| <br>  |     |
| 8. Kapitel: Grundzüge des EU-Beihilfenrechts . . . . .  | 217 |
| I. System und Struktur des EU-Beihilfenrechts . . . . .   | 218 |
| II. Rechtsgrundlagen der EU-Beihilfenkontrolle . . . . .  | 218 |
| 1. Anwendungsvoraussetzungen . . . . .  | 219 |
| a) Beihilfenzwecke . . . . .  | 219 |
| b) Beihilfeninstrumente . . . . .   | 220 |
| c) Daseinsvorsorge . . . . .  | 220 |
| d) Sektorspezifische Sonderregelungen. . . . .  | 221 |
| 2. Verfahrensregeln . . . . .   | 221 |
| III. Der Verbotstatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV . . . . .   | 222 |
| 1. Begünstigung . . . . .   | 222 |
| a) Leistung. . . . .  | 222 |
| Anwendungsbeispiele: Leistungsformen . . . . .  | 223 |
| b) Fehlende Kompensation . . . . .  | 223 |
| aa) Der „private investor“-Test . . . . .   | 224 |
| (1) Prüfungsschema . . . . .  | 225 |
| (2) Anwendungsbeispiel: Vorteil durch Entlastung? . . . . .   | 225 |
| bb) Ausschreibungsverfahren . . . . .   | 226 |
| Anwendungsbeispiele: Gegenleistung. . . . .   | 227 |
| cc) Wertgutachten . . . . .   | 227 |
| Anwendungsbeispiel: Zuschlag für das zweithöchste Gebot<br>beim Verkauf der Bank Burgenland . . . . . | 228 |
| c) De-minimis-Beihilfen . . . . .   | 230 |
| 2. Staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt . . . . .   | 230 |
| a) Staatliche Zurechenbarkeit der Gewährung . . . . .   | 230 |
| Anwendungsbeispiel: Selbstständigkeit der öffentlichen<br>Einrichtung. . . . .                        | 231 |
| b) „Staatlichkeit“ der Mittelgewährung . . . . .  | 232 |
| 3. Bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige. . . . .  | 233 |
| a) Erfordernis der Selektivität. . . . .  | 233 |
| b) Anwendungsbeispiel: Steuerrechtliche Begünstigung. . . . .   | 234 |
| c) Anwendungsbeispiel: Infrastrukturfördermaßnahmen. . . . .  | 235 |
| d) Anwendungsbeispiel: Ganze Wirtschaftszweige . . . . .  | 236 |
| 4. Verfälschung des Wettbewerbs . . . . .   | 237 |
| Anwendungsbeispiele: Auswirkungen . . . . .   | 238 |
| 5. Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels. . . . .  | 238 |
| a) Anwendungsbeispiele: Verbesserte Marktposition . . . . .   | 239 |
| b) Anwendungsbeispiele: Regionale Tätigkeit . . . . .   | 240 |

|   |     |
|---|-----|
| 6. Der Ausschluss des Beihilfentatbestands nach den Altmark-                    |     |
| Voraussetzungen . . . . .   | 240 |
| Anwendungsbeispiele: Altmark-Voraussetzungen . . . . .                          | 242 |
| IV. Ausnahmen vom Beihilfenverbot . . . . .                                     | 242 |
| 1. Legalausnahmen – Art. 107 Abs. 2 AEUV . . . . .                              | 242 |
| Anwendungsbeispiele: Art. 107 Abs. 2 AEUV . . . . .                             | 243 |
| 2. Ermessensausnahmen – Art. 107 Abs. 3 AEUV . . . . .                          | 244 |
| a) Ermessensausübung der Kommission. . . . .                                    | 244 |
| b) Verbindlichkeit der Kommissionsakte? . . . . .                               | 244 |
| c) Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung . . . . .                          | 246 |
| aa) Formelle Freistellungsvoraussetzungen . . . . .                             | 246 |
| bb) Materielle Freistellungsvoraussetzungen . . . . .                           | 247 |
| 3. Art. 106 Abs. 2 AEUV im Beihilfenrecht . . . . .                             | 248 |
| a) Betrauungsakt . . . . .  | 249 |
| b) Notifizierungspflicht . . . . .  | 250 |
| c) Transparenz . . . . .  | 250 |
| d) Anwendungsbeispiel: Öffentlich-rechtlicher Rundfunk . . . . .                | 251 |
| V. Verfahren der Beihilfenkontrolle. . . . .                                    | 253 |
| 1. Das Anmeldeverfahren. . . . .  | 253 |
| a) Bestehende Beihilfen . . . . .   | 254 |
| b) Neue Beihilfen . . . . .   | 254 |
| 2. Vorprüfungsverfahren . . . . .   | 254 |
| 3. Förmliches Prüfverfahren . . . . .   | 254 |
| a) Positiventscheidung . . . . .  | 255 |
| b) Negativentscheidung . . . . .  | 255 |
| 4. Verstoß gegen das Beihilfenregime . . . . .                                  | 255 |
| a) Kommissionsbefugnisse . . . . .  | 255 |
| b) Rückzahlung gewährter Beihilfen bei späterer Notifizierung . . . . .         | 256 |
| aa) Anwendungsbeispiel: CELF/SIDE . . . . .                                     | 256 |
| bb) Anwendungsbeispiel: Totalabwicklung . . . . .                               | 256 |
| c) Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen . . . . .                       | 257 |
| aa) Rückforderungsschuldner. . . . .  | 257 |
| bb) Vertrauensschutz und Rechtssicherheit . . . . .                             | 258 |
| <br>  |     |
| 9. Kapitel: Grundzüge des EU-Vergaberechts . . . . .                            | 261 |
| I. Anwendungsbereich des Vergaberechts . . . . .                                | 262 |
| 1. Persönlicher Anwendungsbereich: Öffentlicher Auftraggeber. . . . .           | 262 |
| a) Im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art . . . . .      | 263 |
| aa) Anwendungsbeispiel: Ein Zentrum für technologische<br>Entwicklung . . . . . | 264 |
| bb) Anwendungsbeispiel: Gewerblicher Strafvollzug? . . . . .                    | 265 |
| b) Rechtspersönlichkeit . . . . .   | 266 |
| c) Staatliche Stelle . . . . .  | 266 |

|  |     |
|--|-----|
| aa) Überwiegende öffentliche Finanzierung. . . . .                   | 266 |
| Anwendungsbeispiel: Die GEZ – schon gezahlt? . . . . .               | 266 |
| bb) Staatliche Aufsicht . . . . .                                    | 268 |
| Anwendungsbeispiel: Rechtsaufsicht oder mehr? . . . . .              | 268 |
| d) Besonderheiten der Sektorenrichtlinie . . . . .                   | 269 |
| 2. Sachlicher Anwendungsbereich: Öffentliche Aufträge . . . . .      | 270 |
| a) Beschaffung von Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen. . . . .      | 270 |
| b) Rahmenvereinbarungen . . . . .                                    | 270 |
| Anwendungsbeispiel: Orthopädische Schuhe als Rahmen-                 |     |
| vereinbarung? . . . . .  | 271 |
| c) Konzessionen. . . . .   | 273 |
| aa) Baukonzessionen . . . . .  | 273 |
| Anwendungsbeispiel: Baukonzession oder städtebauliche                |     |
| Tätigkeit? . . . . .   | 273 |
| bb) Dienstleistungskonzessionen . . . . .                            | 276 |
| (1) Anwendungsbeispiel: Pferdewetten . . . . .                       | 277 |
| (2) Anwendungsbeispiel: Wasserversorgung . . . . .                   | 277 |
| d) In-House-Vergabe . . . . .  | 278 |
| aa) Kontrolle wie über die eigene Dienststelle. . . . .              | 279 |
| (1) Keine Beteiligung Privater . . . . .                             | 279 |
| (2) Tätigkeitszweck des Auftragnehmers . . . . .                     | 281 |
| Anwendungsbeispiel: Kabelfernsehnetzbetreiber. . . . .               | 281 |
| bb) Tätigwerden für die Anteilsinhaber . . . . .                     | 281 |
| cc) Anwendungsbeispiel: Ausschreibungspflicht für                    |     |
| Glücksspiele? . . . . .  | 282 |
| (1) Ausschreibungspflicht für Monopolkonzessionen? . . . . .         | 282 |
| (2) Ausnahme bei In-House-Vergabe . . . . .                          | 284 |
| (a) Kriterien des EuGH . . . . .                                     | 284 |
| (b) Anwendungsbeispiel: Lotteriegesellschaften in                    |     |
| Deutschland . . . . .  | 285 |
| e) Public Private Partnership (PPP) . . . . .                        | 286 |
| 3. Sachlicher Anwendungsbereich: Schwellenwerte . . . . .            | 286 |
| a) Gesamtwert des Auftrags. . . . .                                  | 286 |
| b) Addition von Einzelaufträgen?. . . . .                            | 287 |
| c) Leasing-, Miet-, Pacht- und Ratenkaufverträge . . . . .           | 288 |
| d) Daueraufträge und regelmäßige Aufträge . . . . .                  | 288 |
| e) Rahmenvereinbarungen und Lose. . . . .                            | 289 |
| 4. Bereichsausnahmen. . . . .  | 289 |
| II. Die Vergabeverfahren . . . . .                                   | 290 |
| III. Vergaberechtlicher Rechtsschutz. . . . .                        | 293 |
| Anwendungsbeispiel: Rechtsschutz trotz Ablauf der Fristen? . . . . . | 294 |
| Stichwortverzeichnis . . . . .                                       | 297 |
| Überblick: Wichtige Entscheidungen – Anwendungsbeispiele . . . . .   | 310 |

# 1. Kapitel

## Wettbewerb als Schutzgut des Unionsrechts

Ein entscheidendes Ziel der Europäischen Union ist nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV die Errichtung eines Binnenmarkts. Hinter dem Begriff des „Binnenmarkts“ verbirgt sich die Idee, den Marktteilnehmern unionsweit das größtmögliche Maß an wirtschaftlicher Handlungsfreiheit zu gewähren. Dabei handelt es sich beim Binnenmarkt nicht etwa um einen Markt im wettbewerbsrechtlichen Sinne, der nach Maßgabe der Abgrenzungsmethode zur Bestimmung des jeweils (sachlich, räumlich und zeitlich) relevanten Markts zu bestimmen ist. Vielmehr ist der Binnenmarkt der durch Unionsrecht gestaltete Raum, in dem sich die Wirtschaftsteilnehmer durch Angebot und Nachfrage ohne das Hindernis von Binnengrenzen auf unzähligen relevanten Märkten wettbewerblich betätigen können. Frei von sowohl staatlichen als auch privaten Beschränkungen sollen die Marktteilnehmer, geleitet von ihrer Orientierung am wirtschaftlichen Erfolg, das Marktergebnis selbst herbeiführen können. Die Wettbewerbsregeln der Art. 101 ff. AEUV dienen dabei der Herstellung und Erhaltung eben dieses Raums wirtschaftlicher Handlungsfreiheit.

Die Verwirklichung des Binnenmarkts ist nach Art. 3 Abs. 3 EUV der nachhaltigen Entwicklung Europas auf der Grundlage einer „in hohem Maße wettbewerbsfähige(n) soziale(n) Marktwirtschaft“ verpflichtet. Zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist dabei ein System, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt<sup>1</sup> und welches in den Art. 101 ff. AEUV primärrechtlich verankert ist.

Weitere Unionsziele – wie insbesondere der soziale Fortschritt, ein hohes Maß an Umweltschutz und die Verbesserung der Umweltqualität<sup>2</sup> – stehen auf gleichem Rang und beeinflussen somit die Auslegung der Wettbewerbsregeln. Ausdrücklich wird der Union an prominenter Stelle die ausschließliche Zuständigkeit für die „Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln“ übertragen (Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV).

Da Wettbewerbsverfälschungen die Güterströme in der Union verzerren, legt der AEUV für die Mitgliedstaaten und die Union – im Unterschied zu der vom BVerfG

---

1 Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb (Protokoll Nr. 27), ABl. EU 2007 Nr. C 306, S. 156. Dieses Protokoll – und damit auch das Ziel des Wettbewerbsschutzes – ist dabei gem. Art. 51 EUV Bestandteil des Unionsprimärrechts. Mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ist das Ziel der Schaffung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt, von prominenter Stelle (ex-Art. 3 Abs. 1 lit. g EG) in das „Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb“ verschoben worden. Zu einer durchgreifenden Änderung der Anwendung der Wettbewerbsregeln wird dies indes nicht führen, vgl. *Behrens*, EuZW 2008, 193; zweifelnd *Lippert*, DVBl. 2009, 492 (498 f.).

2 Vgl. Art. 3 EUV.

für das Grundgesetz angenommenen wirtschaftspolitischen Neutralität<sup>3</sup> – den Grundsatz einer „offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ fest (Art. 119 Abs. 1 AEUV, Art. 120 S. 2 AEUV).

## I. Die Struktur der allgemeinen Wettbewerbsvorschriften

Dem Ziel der Errichtung und Erhaltung des Binnenmarkts entgegenstehende *Wettbewerbsbeschränkungen* können zum einen durch das Verhalten der auf der Angebots- oder Nachfrageseite handelnden Wirtschaftssubjekte, nämlich den Unternehmen verursacht werden. Den Rechtsträgern von Unternehmen ist es daher zunächst nach Art. 101 AEUV grundsätzlich verboten, den Wettbewerb durch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zu beeinträchtigen (3. Kapitel). Unternehmen mit einer besonders starken Marktstellung ist es nach Art. 102 AEUV zudem verboten, diese Stellung missbräuchlich, d.h. vereinfacht ausgedrückt zum Schaden des Wettbewerbs, auszunutzen (4. Kapitel). Der Tatbestand dieser Verbotsnormen wird durch ein aktuelles bzw. in der Vergangenheit liegendes (unternehmerisches) Verhalten erfüllt. Die Fusionskontrolle dagegen wendet – um den Schutz der Marktstrukturen zu gewährleisten – den Blick in die Zukunft: Sie steht Zusammenschlüssen von Unternehmen dann entgegen, wenn diese geeignet sind, den Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen (7. Kapitel).

Zum anderen werden Wettbewerbsverzerrungen durch marktwidrige Interventionen der Mitgliedstaaten und ihrer Untergliederungen in die Marktabläufe hervorgerufen. Als sog. *staatsgerichtete Wettbewerbsvorschriften* umfassen die Art. 107 bis 109 AEUV daher ein System der Kontrolle staatlicher Beihilfen (8. Kapitel). Sekundärrechtlich sind die Mitgliedstaaten zudem bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, d.h. wenn sie Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt beschaffen, an wettbewerbskonforme Vorgaben durch das sog. Vergaberecht gebunden (9. Kapitel).

## II. Das Schutzgut der Art. 101 ff. AEUV

Den Instrumenten des EU-Wettbewerbsrechts ist gemein, dass sie den Schutz des Wettbewerbs vor Beeinträchtigungen bezwecken. Die Feststellung einer derartigen Beeinträchtigung setzt zunächst eine Konkretisierung des Schutzguts „Wettbewerb“ voraus.

### 1. „Wettbewerb“ im Sinne der Art. 101 ff. AEUV

Eine Annäherung an die Bedeutung des Begriffs „Wettbewerb“ ist über die Funktionen und die Zwecke von Wettbewerb im Lichte der im Unionsprimärrecht verankerten Ziele und Werte zu erreichen. Der Forderung nach einem unverfälschten

---

3 BVerfGE 4, 7 (17f.); BVerfGE 50, 290 (338).

Wettbewerb wird in Rechtsprechung und Kommissionspraxis durch das Modell des sog. *workable competition* Rechnung getragen.<sup>4</sup> Durch dieses kann die Verwirklichung des sog. „Binnenmarkts“ erreicht werden, der den Marktteilnehmern das größtmögliche Maß an wirtschaftlicher Handlungsfreiheit zugesteht. Die Wettbewerbsregeln dienen der effektiven Herstellung und Erhaltung eines wirksamen Wettbewerbs. Im Licht der primärrechtlichen Festlegung auf eine „offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ wirken sie damit gleichzeitig der Tendenz zu staatlicher Überregulierung entgegen und unterstützen die volkswirtschaftlich effiziente Allokation von Gütern sowie den Schutz von Verbrauchern.

Die Anwendung der Wettbewerbsregeln ist infolge der weiten Normenfassungen in hohem Maß einzelfallabhängig und bedarf damit der einzelfallbezogenen Analyse jedes möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens. Ihre Anwendung ist geprägt von dem Ziel, den (potentiell) Betroffenen des analysierten Handelns größtmögliche Betätigungsfreiheit zu erhalten.

Im Rahmen der unternehmensgerichteten Wettbewerbsregeln sind bei der Untersuchung einer Tätigkeit auf einen Verstoß gegen diese Vorschriften die Auswirkungen einerseits auf unbeteiligte Dritte auf allen Wertschöpfungsstufen – zuvörderst auf die Endverbraucher – und andererseits auf die beteiligten Unternehmen selbst zu berücksichtigen.

### a) Verbrauchernutzen

Bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln liegt ein besonderes Augenmerk auf der Erzielung eines bestmöglichen Verbrauchernutzens.<sup>5</sup> D. h., ob ein Handeln gegen die Wettbewerbsregeln verstößt, wird (auch) maßgeblich danach beurteilt, ob es schädliche Auswirkungen für die Endnutzer zeitigt.<sup>6</sup> Schädlich sind dabei insbesondere überhöhte Preise, ein die Nachfrage in qualitativer oder quantitativer Hinsicht nicht ausreichend bedienendes Angebot oder eine unter volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten unerwünschte ineffiziente Produktion, die eine optimale Ressourcennutzung verhindert und damit langfristig Nachteile für die Verbraucher herbeiführt. Das untersuchte Verhalten ist dabei nicht nur auf seine kurzfristigen Auswirkungen zu untersuchen, sondern ebenso sind die langfristigen Effekte zu berücksichtigen. Gemeinsam mit den Grundfreiheiten des AEUV dienen die Wettbewerbsregeln der Marktöffnung und -integration<sup>7</sup> zur Errichtung eines Binnenmarkts, welcher der Verwirklichung sämtlicher – insbesondere der in Art. 3 EUV niedergelegten – Ziele

4 Vgl. EuGH, Urt. v. 25. 10. 1977, Rs. 26/76, *Metro*, Slg. 1977, S. 1875, Rn. 20; Zumeist womöglich nicht gänzlich treffend als „wirksamer Wettbewerb“ übersetzt, siehe z. B. *Gippini-Fournier/Mojzesowicz*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rn. 6–8.

5 Vgl. nur *Kommission*, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EG auf Fälle von Behinderungsmisbrauch, ABl. EU 2009 Nr. C 45, S. 7, Rn. 5.

6 Vgl. EuG, Urt. v. 12. 12. 1996, Rs. T-88/92, *Luxuskosmetika*, Slg. 1996, S. II-1961, Rn. 112; EuG, Urt. v. 07. 06. 2006, verb. Rs. T-213/01 und T-214/01, *Österreichische Postsparkasse AG*, Slg. 2006, S. II-1601, Leitsatz 5, Rn. 115; EuG, Urt. v. 27. 09. 2006, Rs. T-168/01, *GlaxoSmithKline*, Slg. 2006, S. II-2969, Leitsatz 10, Rn. 118 f.

7 *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 81, Rn. 57.

sowie der – in Art. 2 EUV kodifizierten – Grundwerte der Union dient. Vor diesem Hintergrund dienen die Wettbewerbsregeln nicht lediglich den Interessen einzelner Verbraucher oder Wettbewerber, sondern auch dem Schutz der Struktur des Markts und damit dem Wettbewerb als solchem.<sup>8</sup>

### b) Handlungsfreiheit

Zum anderen zieht insbesondere die Rechtsprechung unter dem Stichwort des „Selbstständigkeitspostulats“ daneben das Erfordernis einer autonomen Bestimmung der Unternehmenspolitik als dem Grundgedanken der Wettbewerbsvorschriften für die Analyse heran.<sup>9</sup> Die Wettbewerbsregeln des AEUV basieren auf dem Grundsatz, dass jedes im Wettbewerb stehende Unternehmen sein Verhalten eigenständig, d. h. selbstständig bestimmt, wodurch jede Einschränkung dieser Handlungsfreiheit – beispielsweise durch Absprachen zwischen Unternehmen – grundsätzlich zu einem Verstoß gegen diese Verbote führt.<sup>10</sup>

### c) Effizienz durch Wettbewerb

Substanz erhält der Begriff des Wettbewerbs im Sinne der unionsrechtlichen Regelungen schließlich durch einen Blick auf die Vorteile des – ausschließlich in der Theorie existierenden – „perfekten“ Wettbewerbs. Die Vorteile des Wettbewerbs liegen, vereinfacht ausgedrückt, in niedrigen Preisen, die Nachfrage in qualitativer und quantitativer Hinsicht optimal bedienenden Produkten, ausreichender Auswahl und effizientester Produktion.<sup>11</sup> Im Gegensatz zu monopolistischen Märkten führt Wettbewerb – ausgehend von wirtschaftswissenschaftlichen Modellen der sog. Chicago School – zunächst zu bestmöglicher allokativer Effizienz. Diese ist mit Blick auf die gesamtwirtschaftliche Situation erreicht, wenn kein Individuum besser gestellt werden kann, ohne dass zugleich ein anderes schlechter gestellt wird, d. h. keine Veränderung der bestehenden Situation (mehr) denkbar ist, die einem Wirtschaftssubjekt nutzt und niemandem schadet (sog. „Pareto-Effizienz“). Wäre ein solcher Zustand erreicht, so wäre folglich der optimale Ausgleich geschaffen, in dem jedes Individuum die bestmögliche Effizienz erbringt und erfährt. Zudem wird durch bestmögliche produktive Effizienz gesichert, dass die notwendigen Produktionsfaktoren wie Ar-

<sup>8</sup> EuGH, Urt. v. 04. 06. 2009, Rs. C-8/08 (noch nicht in aml. Slg.), *T-Mobile Netherlands*, Rn. 38. Siehe zur Debatte um das Schutzgut des Art. 102 AEUV *Wish*, *Competition Law*, 6. Aufl. 2008, S. 191 ff. Die Kommission wies zuletzt darauf hin, dass der Schutz der Wettbewerber im Rahmen ihres Tätigwerdens nachrangig ist, *Kommission*, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EG auf Fälle von Behinderungsmissbrauch, ABl. EU 2009 Nr. C 45, S. 7, Rn. 6.

<sup>9</sup> EuGH, Urt. v. 16. 12. 1975, verb. Rs. 40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73 bis 56/73, 111/73, 113/73 und 114/73, *Suiker Unie*, Slg. 1975, S. 1663, Rn. 173, 174; EuGH, Urt. v. 14. 07. 1981, Rs. 172/80, *Züchner*, Slg. 1981, S. 2021, Rn. 13; EuGH, Urt. v. 28. 05. 1998, Rs. C-7/95 P, *Deere*, Slg. 1998, S. I-3111, Rn. 86; EuGH, Urt. v. 23. 11. 2006, Rs. C-238/05, *Asnef-Equifax*, Slg. 2006, S. I-11125, Rn. 52; EuGH, Urt. v. 04. 06. 2009, Rs. C-8/08 (noch nicht in aml. Slg.), *T-Mobile Netherlands*, Rn. 32.

<sup>10</sup> Vgl. *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG, 4. Aufl. 2007, Art. 81, Rn. 107.

<sup>11</sup> *Wish*, *Competition Law*, 6. Aufl. 2008, S. 4.

beitskraft und Rohstoffe im Unternehmen ohne vermeidbare Verluste eingesetzt werden.<sup>12</sup> Hinzu tritt mit der dynamischen Effizienz die fortschreitende Innovation und damit die Weiterentwicklung bestehender und die Entwicklung neuer Produkte.<sup>13</sup>

## 2. Die Ermittlung von Wettbewerbsbeschränkungen

Die stärker am Maßstab wohlfahrtsökonomischer Effizienz ausgerichtete Anwendung des Wettbewerbsrechts ist daher auch das Ziel einer umfassenden Modernisierung sekundärrechtlicher Wettbewerbsvorschriften, die einem „ökonomischen Ansatz“ (sog. *more economic approach*<sup>14</sup>) folgt. Während das EU-Wettbewerbsrecht früher von einem an Handlungsformen orientierten Ansatz geprägt war, überwiegt heute die Frage nach den ökonomischen Auswirkungen eines Verhaltens:<sup>15</sup> Ob ein Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln vorliegt, ist heute zuvörderst anhand der ökonomischen Auswirkungen des untersuchten Handelns zu beurteilen und nicht mehr danach, ob dieses festgelegten (strukturellen) Verboten widerspricht.

Dies bedeutet, dass die Auslegung der Tatbestandsmerkmale unter ökonomischen Aspekten erfolgt.<sup>16</sup> Diese wettbewerbspolitische Ausrichtung konzentriert sich auf eine stärkere Einbeziehung wirtschaftswissenschaftlicher Bewertungsmaßstäbe in die wettbewerbsrechtliche Kontrollpraxis. Dabei geht es vor allem um eine Darlegung der Effekte wettbewerbslich relevanten Handelns anhand empirischer Daten, die eine quantitative Abschätzung der Auswirkungen dieses Verhaltens auf die Wohlfahrtszielverfolgung der Union erlaubt. Diese Vorgehensweise knüpft an eine Praxis der Wettbewerbsaufsicht in der Union an, die im Sinne einer optimalen Nutzung knapper organisatorischer Ressourcen bemüht ist, sich auf die gewichtigsten Störungen des Wettbewerbsgefüges zu konzentrieren. Die Inbezugnahme wirtschaftswissenschaftlich erprobter Modelle hilft hier der Schwerpunktbildung im Entscheidungshandeln der Union und erhöht deren Nachvollziehbarkeit.

Schutz und Förderung des Wettbewerbs sollen zukünftig durch die explizite Berücksichtigung wettbewerbslicher Aspekte im Rahmen der allgemeinen Folgenabschätzung der Rechtsakte der Union weiter gestärkt werden.<sup>17</sup> Im Jahr 2005 hat die

<sup>12</sup> Vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 2, Rn. 89.

<sup>13</sup> Insbesondere dieser Aspekt ist indes umstritten, vgl. *Wish*, Competition Law, 6. Aufl. 2008, S. 5 f.

<sup>14</sup> *Monti*, The New Shape of European Competition Policy, 2003, S. 3; weiter gehend *Schmidtchen*, Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen „more economic approach“, in: Oberender, Effizienz und Wettbewerb, 2005; kritisch zum Begriff des „more economic approach“, *Röller*, Using economic analysis to strengthen competition policy enforcement in Europe, in: van Bergeijk/Kloosterhuis, Modelling European Mergers: Theory, Competition Policy and Case Studies, 2005; aus deutscher Sicht *Böge*, WuW 2004, 726 (733); *Immenga*, WuW 2006, 463; *Schmidtchen*, WuW 2006, 707; *Röller*, Der ökonomische Ansatz in der europäischen Wettbewerbspolitik, 2005 S. 37 ff.

<sup>15</sup> Vgl. *Wish*, Competition Law, 6. Aufl. 2008, S. 2.

<sup>16</sup> Siehe mit kritischer Würdigung dieser Entwicklung *Immenga/Mestmäcker*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht: EG, 4. Aufl. 2007, Einleitung, Rn. 30.

<sup>17</sup> *Kommission*, Better Regulation for Growth and Jobs in the European Union, COM (2005) 97 v. 16.03. 2005, S. 5.

Kommission ein Diskussionspapier zur Anwendung des Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EG) im Hinblick auf Behinderungsmisbräuche mit Marktverschließungswirkung vorgelegt.<sup>18</sup> Darin werden vor allem die Grundsätze der sog. ökonomischen Analyse des Rechts dargestellt und auf ihren Nutzen für die Missbrauchsaufsicht hin untersucht. Eingang gefunden haben dieses Papier und die Ergebnisse der anschließend geführten Diskussion in die Mitteilung der Kommission zur Behandlung von Behinderungsmisbräuchen.<sup>19</sup> Der neue Ansatz des sog. *more economic approach* beschränkt die Analyse potentiell wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens dabei nicht auf die Analyse der Auswirkungen des Verhaltens auf die Endverbraucher.<sup>20</sup>

### a) Anwendungsbeispiel: Einzelhandelspreisbindung

Deutlich wird dieser veränderte Ansatz beispielsweise an der Diskussion um die Einzelhandelspreisbindung infolge des Paradigmenwechsels in der US-Rechtsprechung:<sup>21</sup> Die verbindliche Vorgabe der Weiterverkaufspreise durch die Hersteller an deren Produkte abnehmende Einzelhändler stellt im Unionsrecht einen nicht zu rechtfertigenden Verstoß gegen Art. 101 AEUV dar (sog. „per se Verbot“). Jedoch können solche Preisfestsetzungen auch Vorteile – beispielsweise durch die Förderung serviceorientierter Angebote,<sup>22</sup> Marktzutrittserleichterungen und die Innovationsförderung<sup>23</sup> – mit sich bringen. Auch in der Union wurde daher diskutiert,<sup>24</sup> ob dieses ausnahmslose Verbot aufgehoben werden sollte und an dessen Stelle eine am „more economic approach“ ausgerichtete Einzelfallprüfung der wirtschaftlichen Auswirkungen entsprechender Vereinbarungen im Sinne einer „rule of reason“ treten sollte.

18 DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

19 *Kommission*, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EG auf Fälle von Behinderungsmisbrauch, ABl. EU 2009 Nr. C 45, S. 7.

20 Näher dazu unter 1. Kapitel II. 3.

21 Der US Supreme Court hat sich in seiner *Leegin*-Entscheidung (3rd Circuit) v. 28.06. 2007 (Nr. 06-480) gegen das bisherige per se Verbot vertikaler Preisbindung und für eine Behandlung vertikaler Preisbindungen nach der sog. „rule of reason“ ausgesprochen, wonach auch vertikale Preisbindungen in jedem Einzelfall auf ihre womöglich wettbewerbsschädlichen Auswirkungen hin zu untersuchen sind, vgl. dazu *Schultze/Pautke/Wagener*, BB 2009, 2266 (2267); *Schwaderer*, WuW 2008, 653 ff.

22 Mindestpreisbindungen können das Angebot von Serviceleistungen vor der Kaufentscheidung wie Produktvorführungen oder eine qualitativ hochwertige Beratung durch geschultes Personal fördern. Ohne eine Mindestpreisbindung ist es möglich, dass Kunden diese Leistungen bei serviceorientierten Händlern in Anspruch nehmen, das Produkt dann aber bei einem preisorientierten Händler, der solche Serviceleistungen nicht anbietet, kaufen, siehe dazu *Schwaderer*, WuW 2008, 653 (655 f.).

23 Die Sicherheit hinsichtlich des späteren Weiterverkaufspreises erleichtert Händlern die Entscheidung, in den Markt einzutreten oder in neue Produkte zu investieren, da das Risiko kalkulierbar wird.

24 Niedergeschlagen hat sich diese Diskussion in dem Entwurf der Kommission für Leitlinien zu vertikalen Beschränkungen, SEK (2009) 946 v. 28. 07. 2009, z. B. Rn. 219.

Die Kommission hat sich nun mit der neuen Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung gegen die Abschaffung des per se Verbots entschieden.<sup>25</sup>

### b) Anwendungsbeispiel: Kampfpreise

Das Angebot von Waren zu Preisen, die unterhalb der Kosten für die Warenerzeugung und ihren Vertrieb liegen, kann unter dem Stichwort der „Kampfpreise“ missbräuchlich i. S. d. Art. 102 AEUV sein, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen durch eine derartige Preispolitik mittel- und langfristig seine Wettbewerber vom Markt verdrängt. Ein Missbrauch kommt in diesen Fällen in Form einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung in Betracht, wenn durch sie Unternehmen daran gehindert werden, am Wettbewerb teilzunehmen, obwohl sie ebenso effizient wie das marktbeherrschende Unternehmen sind, aber beispielsweise aufgrund geringerer Finanzkraft dem Konkurrenzdruck nicht standhalten können.<sup>26</sup>

Unter dem Einfluss des „more economic approach“ zieht die Kommission es nun in Betracht, dass ein derartiges Verhalten dann nicht missbräuchlich i. S. d. Art. 102 AEUV ist, wenn es zu Effizienzvorteilen führt, die auch langfristig einen Schaden für die Verbraucher ausschließen. Dies soll in Betracht kommen, wenn u. a. das Verhalten für die Effizienzerzielung unverzichtbar ist, negative Auswirkungen durch die erzielten Vorteile aufgewogen werden und nicht jeglicher Wettbewerb ausgeschaltet wird.<sup>27</sup>

### c) Folgen einer einzelfallorientierten Anwendung

Die stärkere Gewichtung wirtschaftswissenschaftlicher Argumente wirft für die Anwendung des Wettbewerbsrechts zwei Probleme auf: Zum einen zeugt der dynamische Charakter fachwissenschaftlicher Diskussionen von einem unabgeschlossenen Erkenntnisprozess innerhalb der Wirtschaftswissenschaften selbst. Die Analyse wettbewerbsrechtlicher Sachverhalte mit Hilfe ökonomischer Modelle und Daten verbleibt somit nicht nur notwendig selektiv und einzelfallbezogen, sondern kann darüber hinaus auch die auf das EU-Primärrecht gestützte Legitimität institutioneller Entscheidungen, insbesondere mit Blick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 4 Abs. 1, Art. 5 EUV), in Frage stellen. Allerdings ist davon auszugehen, dass die Kommission die ökonomische Begründung ihrer Wettbewerbskontrollentscheidungen nicht auf diese „verfassungsrechtliche“ Legitimitätsprobe stellen wird. Zum anderen ist darauf zu achten, dass die normativen Annahmen der ökonomischen Wettbewerbstheorie nicht jene des Wettbewerbsrechts selbst verdrängen, damit das weit gefasste Verständnis des Letzteren nicht durch die Festlegung auf oder die Bevorzugung von einer bestimmten Wettbewerbsform verengt wird.

<sup>25</sup> Die Festsetzung des Verkaufspreises ist eine prinzipiell verbotene Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. a Verordnung (EG) Nr. 330/2010, ABl. EU 2010 Nr. L 102, S. 1; vgl. auch *Schultze/Pautke/Wagner*, BB 2009, 2266 (2267 f.).

<sup>26</sup> EuGH, Urt. v. 03. 07. 1991, Rs. 62/86, *Akzo*, Slg. 1991, S. I-3359, Rn. 72; EuG, Urt. v. 10. 04. 2008, Rs. T-271/03, *Deutsche Telekom AG*, Slg. 2008, S. II-477, Rn. 194.

<sup>27</sup> *Kommission*, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EG auf Fälle von Behinderungsmissbrauch, ABl. EU 2009 Nr. C 45, S. 7, Rn. 30.

Ist also ein höheres Maß an wirtschaftswissenschaftlicher Formalisierung wettbewerbsrechtlicher Entscheidungsfindung, etwa durch mathematisch-ökonomische Methoden, prinzipiell durchaus zu begrüßen, muss sie doch stets an den Maßstäben der Nachvollziehbarkeit und der normativen Vereinbarkeit mit geltendem Recht gemessen werden, soll sie die ihr zgedachten Funktionen größerer Transparenz und Effizienz EU-rechtskonform verwirklichen können. Der Blick auf kurzfristige Effekte darf zudem nicht zu Lasten der Berücksichtigung der langfristigen Auswirkungen eines unternehmerischen Handelns führen.

### 3. Der „more economic approach“ und der Verbraucherschutz

Zu kurz greift die Feststellung, durch den *more economic approach* werde der Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln auf den Endverbrauchernutzen beschränkt. Während der ökonomisierte Ansatz die Anwendung – d. h. die Auslegung der Wettbewerbsvorschriften – beeinflusst, stellt sich der Verbrauchernutzen als ein maßgebliches Schutzgut der Wettbewerbsregeln dar. Durch den ökonomisierten Ansatz wird die Anwendung der Wettbewerbsregeln flexibilisiert mit der Folge, dass die positiven und negativen Auswirkungen eines Verhaltens im Einzelfall unter ökonomischen Aspekten analysiert werden und gleichsam Eingang in die Prüfung der Art. 101 ff. AEUV finden. Der ökonomisierte Ansatz kann daher eine Verstärkung des Verbrauchernutzens insofern bewirken, als stärker einzelfallorientiert die Vorteile (auch) für die Endnutzer untersucht werden, während unter dem vormaligen formalistischen Ansatz in größerem Umfang auch solche Verhaltensweisen verboten waren, die ausnahmsweise zu positiven Effekten für die Endnutzer führten.

Dennoch sind die ökonomischen Auswirkungen des Verhaltens *auf jeder Marktstufe* zu untersuchen. Deutlich wurde dies in der Rechtssache *GlaxoSmithKline*.<sup>28</sup> Das EuG argumentierte, eine bloße Beschränkung des Handels würde für die Bejahung einer Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht ausreichen. Maßgeblich käme es vielmehr darauf an, ob die Vereinbarung zum Nachteil der Endverbraucher wirke.<sup>29</sup> Der EuGH wendete sich explizit gegen diese Argumentation. Er führte aus, dass es gerade nicht ausschließlich auf die Auswirkungen des Verhaltens auf die Endverbraucher ankäme, sondern die Auswirkungen auf allen Marktstufen und damit in der Rechtssache *GlaxoSmithKline* insbesondere auf Großhandelsebene zu berücksichtigen seien.<sup>30</sup> In ihren dem *more economic approach* angepassten neueren Verordnungen und Leitlinien bezieht die Kommission vielfach auf die Auswirkungen eines Verhaltens auf die „Verbraucher“. Den Begriff „Verbraucher“ aber definiert sie als „alle Nutzer der Produkte, auf die sich die Vereinbarung bezieht, einschließlich Produzenten, die die Ware als Vorprodukt benötigen, Großhändler,

<sup>28</sup> Ausführlich dazu 3. Kapitel III. 2. b) cc).

<sup>29</sup> EuG, Urt. v. 27. 09. 2006, Rs. T-168/01, *GlaxoSmithKline*, Slg. 2006, S. II-2969, Leitsatz 10.

<sup>30</sup> EuGH, Urt. v. 06. 10. 2009, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P (noch nicht in amtl. Slg.), *GlaxoSmithKline*, Rn. 64.

Einzelhändler und Endkunden<sup>31</sup> und versteht ihn damit nicht in dem engen Sinn eines Endverbrauchers.

### III. Allgemeine vs. sektorspezifische Wettbewerbsvorschriften

Die Regelungen des *allgemeinen Wettbewerbsrechts* nach Art. 101 ff. AEUV gelten unabhängig von den Gütern oder Dienstleistungen, die auf dem jeweils relevanten einzelnen Markt angeboten werden. Begrifflich unterscheiden lassen sich hiervon Regelungen der *sektorspezifischen Regulierung*, die schon tatbestandsmäßig nur auf bestimmte Einzelmärkte (u. a. Telekommunikation, Postwesen, Energieversorgung, Bahn) Anwendung finden und an die Besonderheiten dieser Märkte anknüpfen.

Sowohl Art. 101 f. AEUV, als auch die Regelungen der sektorspezifischen Regulierung verfolgen das Ziel, ein System unverfälschten Wettbewerbs zu gewährleisten. Die sektorspezifische Regulierung ist daneben gleichrangig der Verwirklichung anderer Aspekte wie insbesondere der Versorgungssicherheit, Betriebssicherheit oder des Umweltschutzes verpflichtet. Während die Regelungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts *symmetrisch* für alle Wirtschaftsteilnehmer gelten, knüpfen die Vorgaben der sektorspezifischen Regulierung *asymmetrisch* an bestimmte Eigenschaften – beispielsweise den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes oder eines Schienennetzes<sup>32</sup> – an. Die Unterschiede zwischen der sektorspezifischen Regulierung einerseits und dem allgemeinen Wettbewerbsrecht andererseits zeigen sich zudem insbesondere in den sektorspezifischen ex ante-Eingriffsbefugnissen der nationalen Regulierungsbehörden im Bereich der Netzzugangs- und Netzentgeltregulierung: Ex ante eingreifende Regulierungsinstrumente schreiben von vornherein hoheitlich Methoden und Maßstäbe vor, an denen ein Verhalten auszurichten ist. Ex post eingreifende Regulierungsinstrumente überlassen die Prozesse hingegen zunächst dem Markt und überprüfen die im Markt gefundene Lösung im Nachhinein an festgelegten Maßstäben.<sup>33</sup>

Art. 101 ff. AEUV verbieten unmittelbar<sup>34</sup> die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung und ermächtigen die Kommission z. B. entsprechend Art. 7 VO 1/2003 zum Erlass der erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensori-

31 *Kommission*, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, ABl. EU 2004 Nr. C 101, S. 97, Rn. 84; vgl. z. B. auch *Kommission*, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EG auf Fälle von Behinderungsmissbrauch, ABl. EU 2009 Nr. C 45, S. 7, Rn. 19, Fn. 2; *Kommission*, Entwurf, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, SEK (2010) 528, Rn. 47.

32 Vgl. für den Eisenbahnsektor *Micklitz/Keßler*, Kundenschutz auf den liberalisierten Märkten für Telekommunikation, Energie und Verkehr, 2006, S. 897.

33 *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 23.

34 Siehe zur unmittelbaren Wirkung des Missbrauchsverbots bereits EuGH, Urt. v. 11. 04. 1989, Rs. 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen*, Slg. 1989, S. 803, Rn. 32; *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG, 4. Aufl. 2007, Art. 82, Rn. 1.

entierter und struktureller Art.<sup>35</sup> Maßnahmen auf der Grundlage der Art. 101 f. AEUV sind damit auf die Beseitigung einzelner gegen Art. 101 f. AEUV verstoßender Verhaltensweisen gerichtet. Sie dienen nicht der aktiven Marktstrukturgestaltung für die Zukunft. So ist zwar anerkannt, dass auf der Grundlage der Art. 101 f. AEUV auch Anordnungen getroffen werden dürfen, eine bestimmte Verhaltensweise nicht mehr fortzuführen. Anordnungen für die Zukunft dürfen dagegen nicht auf der Grundlage der Art. 101 f. AEUV erlassen werden.<sup>36</sup>

Die ex ante-Eingriffsbefugnisse des sektorspezifischen Regulierungsrechts bezwecken dagegen gerade (auch) eine solche aktive, zukunftsorientierte Marktgestaltung. Zudem sind sie nicht auf die bloße Einzelintervention gerichtet, sondern ermöglichen eine umfassende (prognostische) Einflussnahme auf den Sektor. Die Liberalisierung der vormals monopolistisch geprägten Netzwirtschaftssektoren macht eine solche Gestaltung insbesondere mit Blick auf die Eröffnung umfassender Marktzutrittsmöglichkeiten erforderlich, die auf der Grundlage der Art. 101 f. AEUV nicht hätte verwirklicht werden können.

Die Regeln des allgemeinen Wettbewerbsrechts sind im Übrigen tatbestandlich so weit gefasst, dass häufig ohne eine Normkonkretisierung im Einzelfall (behördliche Verfügung) kein eindeutiger Verhaltensbefehl für den Normunterworfenen erkennbar ist. Demgegenüber sind Regeln der sektorspezifischen Regulierung von ihren Rechtsfolgen her (z. B. ex ante-Entgeltgenehmigungsvorbehalte) näher konkretisiert, so dass losgelöst von der Einzelfallentscheidung durch die dazu berufene staatliche Behörde die Steuerungswirkung der Norm schon vor dem tatbestandlichen Verhalten deutlicher einsetzt, also ex ante wirkt.

Die EU-Fusionskontrolle nimmt hier eine Zwitterstellung ein: Einerseits gilt sie für alle Wirtschaftssektoren, andererseits kommt ihr aufgrund von Genehmigungsvorbehalten und in der EU-Fusionskontrollverordnung verhältnismäßig präzise definierten Schwellenwerten eine präventive Steuerungswirkung zu, die der sektorspezifischen ex ante-Regulierung ähnelt.

Die Anwendung der allgemeinen, für grundsätzlich alle Wirtschaftssektoren geltenden Wettbewerbsbestimmungen auf traditionell monopolistisch oder in staatlicher Obhut organisierte Sektoren (u. a. Telekommunikation, Postwesen, Energieversorgung, Bahn) genügt nicht, um nach der Liberalisierung, d. h. der Zulassung von Wettbewerbern auf den vormaligen Monopolmärkten, tatsächlich wettbewerblich wirksamen Zugang zu den liberalisierten Märkten zu schaffen: Insbesondere in den leitungsgebundenen Netzwirtschaften ist es den neuen Wettbewerbern kaum möglich, die Netze zu errichten und zu unterhalten, welche die vorgelagerte physikalische Infrastruktur zur nachgelagerten Leistungserbringung (z. B. Sprachtelefondienst, Strom- und Gasversorgung der Endkunden, Verkehrsdienste etc.) bilden. Der eigene Leitungsbau durch einen Newcomer wäre mit betriebswirtschaftlich nicht zu

35 *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Vor Art. 7 VO 1/2003, Rn. 2–5.

36 Grundlegend dazu *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 7 VO 1/2003, Rn. 14.

refinanzierenden, sog. versunkenen Kosten („*sunk costs*“<sup>37</sup>) verbunden. Daher würde der Newcomer bzw. seine ihn refinanzierende Bank ohne ein besonderes Zugangsregime von einem Markteintritt und damit von der Erbringung von – auf den vorgelagerten physikalischen Netzen erst produzierten – nachgelagerten Dienstleistungen *a priori* abgeschreckt. Insbesondere im Energie- und Eisenbahnsektor ist eine Duplizierung der Netze zudem weitestgehend ökologisch nicht erstrebenswert.

Wird der Netzzugang und die Netznutzung vom Ex-Monopolisten, der über flächendeckende, in Zeiten des Monopols aufgebaute Infrastrukturen verfügt, verweigert und könnte dieser verbotene Marktmissbrauch (Art. 102 AEUV) erst im Rahmen der *ex post* ansetzenden allgemeinen Wettbewerbskontrolle sanktioniert werden, so würde der Newcomer den „Insolvenztod“ erleiden, bevor ihn wettbewerbliche Gerechtigkeit erreicht. Genau hier hat das Unionsrecht durch sektorspezifische Richtlinien und Verordnungen in den Bereichen Telekommunikation,<sup>38</sup> Gas, Strom,<sup>39</sup> Post und Bahn Vorgaben für eine *ex ante* eingreifende Netzzugangs-, -nutzungs- und -entgeltkontrolle durch mitgliedstaatliche Regulierungsbehörden (in Deutschland die *Bundesnetzagentur* mit Sitz in Bonn) geschaffen. Die Regulierungsbehörden sind durch sektorspezifisches Wettbewerbsrecht und die spezialgesetzlich verankerten Vorabkontrollbefugnisse ermächtigt, die Netzzugangs- und Nutzungsbedingungen *ex ante* zu überprüfen und die Netznutzungsentgelte konstitutiv zu genehmigen. Das sektorspezifische Wettbewerbsrecht greift mit dieser *ex ante*-Kontrolle in die Eigentums- und Berufsfreiheit der regulierten Unternehmen ein und bedarf daher einer besonders an dem Verhältnismäßigkeitsgebot der Erforderlichkeit zu messenden Rechtfertigung. Diese wird in der Schaffung eines wirksamen und funktionsfähigen Wettbewerbs gesehen, d. h. einem Wettbewerb, der sich selbst – so weit möglich auch ohne sektorspezifische Regulierung – dauerhaft trägt.

---

37 Der Begriff „*sunk costs*“ bezeichnet Betriebsausgaben, die bei einem Marktaustritt kaum mehr durch einen Verkaufspreis aufzufangen wären.

38 *Koenig/Loetz/Neumann*, Telekommunikationsrecht, 2004; *Koenig/Bartosch/Braun/Romes*, EC Competition and Telecommunications Law, 2009.

39 *Koenig/Kühling/Rasbach*, Energierecht, 2. Aufl. 2008; *Jones*, EU Energy Law, Vol. II, 2005.



## 2. Kapitel

### Die Verbote der Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 und Art. 102 AEUV

Dem Kartellverbot des Art. 101 AEUV und dem Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV ist gemein, dass sie durch die Tätigkeit von Unternehmen verursachte Wettbewerbsbeschränkungen auf einem bestimmten Markt verbieten und Rechtsgrundlagen für die Sanktionierung bereits erfolgter Wettbewerbsbeschränkungen darstellen. Bevor das Kartellverbot (3. Kapitel) und das Missbrauchsverbot (4. Kapitel) eingehend erläutert werden, sind daher die Voraussetzung eines unternehmerischen Verhaltens, die Zurechnung eines Verstoßes gegen Art. 101, 102 AEUV sowie die Marktabgrenzung zur Ermittlung des relevanten Markts darzustellen.

#### I. Tatbestandliches Handeln eines Unternehmens und das davon zu unterscheidende Zurechnungssubjekt auf Rechtsfolgenseite

Das Kartell- und das Missbrauchsverbot setzen als *materielle Tatbestandsvoraussetzung* das Handeln eines Unternehmens voraus. Nicht anwendbar sind diese Verbotstatbestände damit z. B. auf das Handeln eines Endverbrauchers. Davon strikt zu unterscheiden ist die Frage, wer das gegen die Verbotsnormen verstoßende Verhalten auf der Rechtsfolgenseite rechtlich zu verantworten hat und damit *Zurechnungssubjekt* insbesondere einer Untersagungsentscheidung oder verhängter Sanktionen ist.

Wem das gegen Art. 101 oder Art. 102 AEUV verstoßende Verhalten zuzurechnen ist, regeln die Verbotstatbestände nicht. Vielmehr enthalten sie lediglich ein *materielles Verbot* bestimmter Verhaltensweisen sowie – Art. 101 Abs. 2 AEUV – die *materielle Rechtsfolge* für kartellrechtswidrig getroffene Vereinbarungen.

Erst Art. 103 AEUV ermächtigt in Absatz 1 die EU-Gesetzgebungsorgane, Verordnungen oder Richtlinien zur Verwirklichung der in den Art. 101 und Art. 102 AEUV niedergelegten Grundsätze zu erlassen. Gem. Art. 103 Abs. 2 lit. a AEUV beziehen sich diese auch auf die Einführung von Geldbußen und Zwangsgeldern. Implizit ist davon auch die Regelung der Frage umfasst, *wer* Adressat derartiger Geldbußen und Zwangsgelder und damit Zurechnungssubjekt im Fall von gegen die Verbotsnormen verstoßenden Verhaltens ist.

Zu differenzieren ist damit zwischen:

| Handeln eines Unternehmens  | Verantwortlichkeit für einen Verstoß gegen Art. 101 f. AEUV   |
|---|---|
| <p><i>Tatbestandsseite:</i><br/>Materielle Tatbestandsvoraussetzung</p> <p>Bezug zur tatsächlich auf der Angebotsseite eines bestimmten Markts handelnden wirtschaftlichen Einheit</p> <p><i>Anwendungsbeispiel:</i><br/>Die Vertriebsabteilung des Unternehmens A vereinbart mit der Vertriebsabteilung des Unternehmens B künftig einheitliche Preise für die Produktgattung C zu verlangen</p> | <p><i>Rechtsfolgenseite:</i><br/>Zurechenbarkeit des Handelns und Adressaten von Art. 101 f. AEUV umsetzenden Entscheidungen</p> <p>Bezug zum Rechtssubjekt als Rechtsträger der tatsächlich handelnden wirtschaftlichen Einheit</p> <p><i>Anwendungsbeispiel:</i><br/>Für dieses Verhalten verhängt die Kommission eine Geldbuße gegen die A-GmbH als Rechtsträgerin der Vertriebsabteilung des Unternehmens A und gegen die B-AG als Rechtsträgerin der Vertriebsabteilung des Unternehmens B</p> |

## II. Tatbestand: Handeln eines Unternehmens

Als materielle Tatbestandsvoraussetzung erfordern das Kartell- und Missbrauchsverbot das *Handeln eines Unternehmens* und damit das Handeln einer auf der Angebotsseite eines bestimmten Markts wirtschaftlich tätigen Einheit.<sup>1</sup> Unerheblich ist es, ob diese Einheit privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich (Art. 106 Abs. 1 AEUV) organisiert ist. Um die Durchsetzung der Wettbewerbsbeschränkungsverbote zu sichern, ist es darüber hinaus auch den Mitgliedstaaten über Art. 4 Abs. 3 EUV verboten, gegen Art. 101, 102 AEUV verstoßende Verhaltensweisen von Unternehmen zu ermöglichen oder zu fördern.

### 1. Unternehmen

Das Kartellverbot des Art. 101 AEUV und das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV sind unmittelbar anwendbar auf ein tatbestandsmäßiges Verhalten von „Unternehmen“ und „Unternehmensvereinigungen“. Weder der EUV, noch der AEUV enthalten eine Legaldefinition des Unternehmensbegriffs. Rechtsprechung und Schrifttum gehen von einem einheitlichen Unternehmensbegriff im gesamten EU-Wettbewerbsrecht aus, der neben den Art. 101, 102 AEUV insbesondere auch im Beihilfenrecht Geltung beansprucht.

Es ist ein *funktionaler – also tätigkeitsbezogener – Unternehmensbegriff* zugrunde zu legen: Ein „Unternehmen“ i. S. d. Verbotstatbestände der Art. 101 f. AEUV ist „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> St. Rspr. seit EuGH, Urt. v. 23.04.1991, Rs. C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg. 1991, S. I-1979.

<sup>2</sup> St. Rspr. seit EuGH, Urt. v. 23.04.1991, Rs. C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg. 1991, S. I-1979, Rn. 21.