

Markt.<sup>2</sup> Der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit erfordert eine gewisse **Dauerhaftigkeit der Tätigkeit** (was nicht für jede sportliche, kulturelle, künstlerische oder wissenschaftliche Tätigkeit der Fall sein wird).

Nach Art. 101 Abs. 1 AEUV muss die Wettbewerbsbeschränkung entweder **„bezweckt“** oder **3 „bewirkt“** sein. Ein Verhalten „bezweckt“ eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn es objektiv, „seiner Natur nach“,<sup>3</sup> dazu geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken. Hingegen ist von einer „bewirkten“ Wettbewerbsbeschränkung die Rede, wenn empirisch Beschränkungen des Wettbewerbs nachgewiesen werden können. In der jüngsten Zeit wird oft diskutiert, inwiefern eine andere Wettbewerbsbeschränkung als ein klassisches „Kartell“ schon allein aufgrund ihres Charakters oder ihrer Natur nach eine Wettbewerbsbeschränkung darstellt. In den letzten Jahren haben die europäischen Gerichte und die Kommission zunehmend bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen als bezweckt eingestuft, beispielsweise Absprachen im Hinblick auf Zinssätze für ungesicherte Interbankeneinlagen<sup>4</sup>. In der Sache kommt das einem *per se*-Verbot nahe:<sup>5</sup> Denn dann sind die konkreten Auswirkungen der Vereinbarung auf den Wettbewerb nicht mehr zu prüfen (jedenfalls nicht für die Anwendung von Abs. 1). Nach dem *Expedia*-Urteil des EuGH folgt aus dem wettbewerbsbeschränkenden Zweck zudem die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung.<sup>6</sup> Im Prinzip können auch bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen – ähnlich wie die sog. Kernbeschränkungen – nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt sein. Es gibt nämlich keine Kategorien von Wettbewerbsbeschränkungen, die von Abs. 3 (dazu sogleich) derart ausgenommen wären, dass diese Vorschrift von vorneherein nicht anwendbar wäre. Vielmehr ist unter Art. 101 AEUV stets die Abwägung zwischen den wettbewerbswidrigen und den wettbewerbsfördernden Effekten erforderlich. Nur wird diese Abwägung bei den bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen eben oft nur kursorisch sein und häufig(er) zu Lasten der Vereinbarung ausgehen (bei den Kernbeschränkungen ebenfalls).

Bei der Prüfung, ob ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten nach Art. 101 Abs. 1 AEUV vor- 4 liegt, reicht es nicht aus, nur die geschriebenen Tatbestandsmerkmale des Abs. 1 zu prüfen. Es muss zudem das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der „Spürbarkeit“ erfüllt sein. Dies erfordert eine zweifache Prüfung. Zum einen muss es sich um eine **spürbare Wettbewerbsbeschränkung** handeln, zum anderen muss der **Handel zwischen den Mitgliedstaaten** durch diese Wettbewerbsbeschränkung **spürbar** beeinträchtigt sein (dazu sogleich).

Art. 101 AEUV ist nur anwendbar, wenn ein Verhalten den „Handel zwischen den Mitglied- 5 staaten zu beeinträchtigen geeignet“ ist, also wenn die sog. **Zwischenstaatlichkeit** vorliegt. Dieses Tatbestandsmerkmal leistet die **Abgrenzung zum nationalen Recht**. Ist es nicht erfüllt, ist das europäische Kartellrecht nicht anwendbar, sondern (nur) die jeweiligen nationalen Vorschriften (die unter den Bedingungen des Art. 3 VO 1/2003 auch bei Zwischenstaatlichkeit anwendbar sein können). Die Kommission hat 2004 **Leitlinien** zum Begriff der Zwischenstaatlichkeit veröffentlicht, in denen die Rspr. und die Auffassung der Kommission dargestellt sind.<sup>7</sup> Der Begriff der Zwischenstaatlichkeit ist grds. **weit auszulegen**,<sup>8</sup> wie die Formulierung „zu beeinträchtigen geeignet“ andeutet. Es ist die Gesamtheit der objektiven rechtlichen und tatsächlichen Umstände zu prüfen, um zu entscheiden, ob die Vereinbarung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit unmittelbar oder mittelbar tatsächlich oder potenziell den Wirtschaftsverkehr zwischen Mitgliedstaaten beeinflussen kann.<sup>9</sup>

Verstößt ein Verhalten gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV und sind die Voraussetzungen des Abs. 3 6 nicht erfüllt (dazu sogleich), ist diese Vereinbarung (oder Beschluss) nach **Abs. 2 nichtig**. Die ausdrückliche Vorschrift über die Nichtigkeit wurde in den AEUV aufgenommen, da Art. 101

<sup>2</sup> EuGH 12.12.2013 – C-327/12, ECLI:EU:C:2013:827 EuZW 2014, 356 Rn. 27 – Ministero dello Sviluppo economico; EuGH 3.3.2011 – C-437/09, ECLI:EU:C:2011:112 Rn. 43, BeckRS 2011, 80182 – AG2R Prévoyance/Beaudout Père et Fils SARL; EuGH 22.1.2002 – C-218/00, ECLI:EU:C:2002:36, Slg. 2002, I-691, EuZW 2002, 146 Rn. 23 – Cisa; EuGH 25.10.2001 – C-475/99, ECLI:EU:C:2001:577, Slg. 2001, I-8089, EuZW 2002, 25 Rn. 19 – Ambulanz Glöckner.

<sup>3</sup> EuGH 4.6.2009 – C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Slg. 2009, I-4529 Rn. 29, BeckRS 2009, 70612 – T-Mobile Netherlands u. a.; EuGH 20.11.2008 – C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643, Slg. 2008, I-8637, Rn. 17, BeckRS 2008, 71211 – Beef Industry Development Society ua.

<sup>4</sup> EuG 24.9.2019, T-105/17, ECLI:EU:T:2019:675 Rn. 123, BeckRS 2019, 22072 – HSBC Zinsderivate (Absprachen im Hinblick auf Zinssätze für ungesicherte Interbankeneinlagen), bestätigt durch EuGH 12.1.2023 – C-883/19 P, ECLI:EU:2023:11, BeckRS 2023, 81 – HSBC Zinsderivate; EuGH 30.1.2020 – C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, NZKart 2020, 131 Rn. 19 – GSK Pay for Delay. Siehe zu „bezweckt“ und „bewirkt“ → AEUV Art. 101 Abs. 1 Rn. 265 ff.

<sup>5</sup> Kuhn ZWeR 2014, 143 (144).

<sup>6</sup> EuGH 13.12.2012 – C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, EuZW 2013, 113 Rn. 37 – Expedia.

<sup>7</sup> Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. 2004 C 101, 81.

<sup>8</sup> Kommission, Leitlinien zur Zwischenstaatlichkeit, ABl. 2004 C 101, 81 Rn. 19.

<sup>9</sup> Kommission, Leitlinien zur Zwischenstaatlichkeit, ABl. 2004 C 101, 81 Rn. 23 ff.; siehe auch EuGH 11.12.1980 – C-31/80, ECLI:EU:C:2006:461, Slg. 1980, 3775, GRUR Int 1981, 315 Rn. 18 – L'Oréal.

AEUV eine grundlegende Bestimmung des Unionsrechts ist und das europäische Wettbewerbsrecht für die Erfüllung der Aufgaben der Union und insbesondere für das Funktionieren des Binnenmarktes unerlässlich ist.<sup>10</sup>

- 7 Die Nichtigkeitsfolge erfasst zunächst die Wettbewerbsbeschränkung und alle mit ihr untrennbar verbundenen Vertragsbestandteile.<sup>11</sup> Können aber andere Teile der Vereinbarung (oder des Beschlusses) von der Wettbewerbsbeschränkung getrennt werden, so sind die Auswirkungen der Nichtigkeit auf die übrigen Bestandteile des Vertrags etc. nicht nach dem Unionsrecht zu beurteilen. Vielmehr richtet sich nach dem anwendbaren nationalen Recht, welche Auswirkungen eine etwaige Nichtigkeit bestimmter Vertragsbestandteile hat.<sup>12</sup> Die Nichtigkeit wirkt sowohl für die Vergangenheit<sup>13</sup> als auch für die Zukunft.<sup>14</sup>
- 8 Da die Nichtigkeit **absolut** ist, hat die Vereinbarung keine Wirkung zwischen den Vertragspartnern und kann auch Dritten nicht entgegengehalten werden.<sup>15</sup> Nach stRspr. kann die Nichtigkeit **von jedem** geltend gemacht werden<sup>16</sup> und da die Nichtigkeitsfolge **unmittelbare Wirkung** hat (die Nichtigkeit also nicht erst von einer Behörde festgestellt werden muss), kann jeder sich vor Gericht auf die Nichtigkeit wegen eines Verstoßes gegen Art. 101 AEUV berufen.<sup>17</sup>
- 9 Art. 101 Abs. 3 AEUV enthält eine Ausnahme vom Verbot des Abs. 1, d. h. auch wenn eine Vereinbarung oder Verhaltensweise als spürbar wettbewerbsbeschränkend von Abs. 1 erfasst wird, ist sie nicht nach Abs. 2 nichtig (und kann auch nicht mit einem Bußgeld geahndet werden), wenn die (Freistellungs-)Voraussetzungen des Abs. 3 erfüllt sind. Letzteres kann sich aus den zu Abs. 3 erlassenen **Gruppenfreistellungsverordnungen** ergeben. Abs. 3 wird generell gelesen als bestehend aus zwei positiven (Beitrag zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts; angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn) und zwei negativen Tatbestandsmerkmalen (keine unerlässlichen Beschränkungen; kein Ausschalten des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren). Sämtliche Voraussetzungen müssen **kumulativ** erfüllt sein.<sup>18</sup>
- 10 Konzeptionell erfolgt die Prüfung einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung etc. also **zweistufig**. Denn Art. 101 Abs. 1 AEUV erlaubt keine Abwägung zwischen den wettbewerbsfördernden und den wettbewerbswidrigen Auswirkungen der Vereinbarung etc. Unter Abs. 1 werden ausschließlich die negativen Effekte einer Vereinbarung ermittelt. Eine Abwägung der wettbewerbsfördernden und der wettbewerbswidrigen Auswirkungen einer Vereinbarung wird stattdessen (nur) nach Abs. 3 vorgenommen (zu den außerwettbewerblichen Erwägungen siehe aber → AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 323 ff.).
- 11 Mit der VO 1/2003<sup>19</sup> wurde das damalige „Anmeldesystem“ durch ein „System der Legalausnahme“ ersetzt. Das Verbot des Abs. 1 und die Nichtigkeitsfolge des Abs. 2 waren immer schon unmittelbar anwendbare Vorschriften. Aber vor Inkrafttreten der VO 1/2003 konnte eine Wettbewerbsbeschränkung – außer durch Gruppenfreistellungsverordnung – nur durch eine **Anmeldung** bei der Kommission („Formblatt A/B“) und deren förmliche Entscheidung freigestellt werden. Seit dem 1.5.2004 ist auch Abs. 3 unmittelbar, d. h. ohne behördliche Entscheidung, anwendbar; Unternehmen müssen (und dürfen) selbständig prüfen, ob die Freistellungsbedingungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV vorliegen.

<sup>10</sup> EuGH 20.9.2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Slg. 2001, I-6297, EuZW 2001, 715 Rn. 20 f. – Courage („Zweitens stellt Artikel 85 EG-Vertrag, wie sich aus Artikel 3 Buchstabe g EG-Vertrag [...] ergibt, eine grundlegende Bestimmung dar, die für die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinschaft und insbesondere für das Funktionieren des Binnenmarktes unerlässlich ist. Die Bedeutung dieser Bestimmung hat die Verfasser des EG-Vertrags im Übrigen dazu veranlasst, in Artikel 85 Absatz 2 EG-Vertrag ausdrücklich anzuordnen, dass die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse nichtig sind [...]“); EuGH 1.6.1999 – C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, Slg. 1999, I-3055, EuZW 1999, 565 Rn. 36 – Eco Swiss/Benetton.

<sup>11</sup> EuGH 30.6.1966 – C-56/65, ECLI:EU:C:1966:38, Slg. 1966, 282 (304), BeckRS 2004, 73331 – Maschinenbau Ulm; → AEUV Art. 101 Abs. 2 Rn. 19 ff.

<sup>12</sup> EuGH 11.9.2008 – C-279/06, ECLI:EU:C:2008:485, Slg. 2008, I-6681, EuZW 2008, 668 Rn. 79 – CEP SA/Tobar, mwN aus der Rspr.

<sup>13</sup> EuGH 12.12.1995 – C-319/93, ECLI:EU:C:1995:433, Slg. I 1995, 4471 Rn. 22 – Dijkstra ua; EuGH 6.2.1973 – C-48/72, ECLI:EU:C:1973:11, Slg. 1973, 77, BeckRS 2004, 73175 Rn. 27 – Brasserie de Haecht.

<sup>14</sup> EuGH 13.7.2006, C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, EuZW 2006, 529 Rn. 57 – Manfredi, mwN aus der Rspr.

<sup>15</sup> EuGH 13.7.2006, C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, EuZW 2006, 529 Rn. 57 – Manfredi, mwN aus der Rspr.

<sup>16</sup> EuGH 13.7.2006, C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, EuZW 2006, 529 Rn. 57 – Manfredi, mwN aus der Rspr.

<sup>17</sup> EuGH 13.7.2006, C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, EuZW 2006, 529 Rn. 58 f. – Manfredi.

<sup>18</sup> EuG 8.10.2002, T-185/00, T-216/00, T-299/00 und T-300/00, ECLI:EU:T:2002:242, Slg. 2002, I-3805, GRUR Int 2003, 172 (179) Rn. 86 – Métropole télévision mwN aus der Rspr.; Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3 EGV, ABl. 2004 C 101, 97 Rn. 42.

<sup>19</sup> Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1/1.

Die Möglichkeit, bestimmte Gruppen von Wettbewerbsbeschränkungen freizustellen, ergibt sich nach wie vor aus Art. 101 Abs. 3 AEUV.<sup>20</sup> Hiernach können auch Gruppen von Vereinbarungen, abgestimmten Verhaltensweisen oder Beschlüssen durch Verordnung (i. S. v. Art. 288 AEUV) der Kommission – sog. Gruppenfreistellungsverordnungen – von Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen werden. Solche Gruppen definieren sich nach bestimmten Voraussetzungen, die gewährleisten, dass mit hinreichender Sicherheit die Anforderungen des Abs. 3 erfüllt sind. Zu diesen Kriterien gehören insbesondere die Art der Vereinbarung (z. B. ein Liefervertrag als „vertikale Vereinbarung“), die Marktstellung der beteiligten Unternehmen (ausgedrückt durch den Marktanteil) und die Art der Wettbewerbsbeschränkung (in vielen Gruppenfreistellungsverordnungen nimmt eine Liste von „schwarzen Klauseln“ diese von der Befreiung aus). Gruppenfreistellungsverordnungen können allgemeine Charakter haben (z. B. die Vertikal-GVO<sup>21</sup>) oder für bestimmte Wirtschaftszweige erlassen werden (z. B. die Kfz-GVO<sup>22</sup> oder die frühere Seeschiffahrts-GVO<sup>23</sup>). Unter dem Anmeldesystem bis 2004 hatten Gruppenfreistellungsverordnungen konstitutive Wirkung. Unter dem System der Legalausnahme mag man ihnen dieselbe Funktion – eine konstitutive<sup>24</sup> – zuschreiben, wenn sich auch ihre Funktion gewandelt hat: Sie konkretisieren nun verbindlich (auch für die Gerichte, was Gruppenfreistellungsverordnungen von Leitlinien unterscheidet) die Voraussetzungen des Abs. 3.

Parallel zu den Gruppenfreistellungsverordnungen kann eine Vereinbarung o.ä. direkt unter Art. 101 Abs. 3 AEUV subsumiert werden. Ausführungen dazu, wie die Kommission Art. 101 Abs. 3 AEUV interpretiert, finden sich hauptsächlich in einer Bekanntmachung der Kommission.<sup>25</sup> Hier legt die Kommission die Kriterien dar, die sie auf die verschiedenen Arten von Vereinbarungen etc. anwendet.<sup>26</sup> Darüber hinaus findet man Hinweise über die Auslegung des Art. 101 Abs. 3 AEUV in den Leitlinien für vertikale Beschränkungen,<sup>27</sup> den Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit<sup>28</sup> und den Leitlinien über Technologietransfer.<sup>29</sup> Die Leitlinien zu Art. 101 Abs. 3 AEUV (wie die anderen Leitlinien auch) geben den nationalen Gerichten und Behörden lediglich eine **Anleitung** und schaffen ein **analytisches Gerüst** für die Anwendung der Vorschrift, sind aber **nicht bindend**.<sup>30</sup> Denn weil nun auch Art. 101 Abs. 3 AEUV direkt anwendbar ist (siehe Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003), sind auch nationale Wettbewerbsbehörden und Gerichte befugt zu prüfen und festzustellen, ob die Voraussetzungen dieser Vorschrift vorliegen.

<sup>20</sup> Die Ermächtigungen der Kommission waren und sind auf diverse Verordnungen verteilt, siehe z. B. Verordnung Nr. 19/65/EWG des Rates vom 2.3.1965 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. 1965 Nr. 36, 533 (vertikale Ausschließlichkeitsbindungen und Lizenzverträge); Verordnung (EWG) Nr. 2821/71 des Rates vom 20.12.1971 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. 1971 L 285, 46 Normen und Typen, Forschung und Entwicklung, Spezialisierung; Verordnung (EWG) Nr. 3976/87 des Rates vom 14.12.1987 zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Luftverkehr. ABl. 1987 L 374, 9; Verordnung (EWG) Nr. 1534/91 des Rates vom 14.12.1987 zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Bereich der Versicherungswirtschaft, ABl. 1991 L 143, 1, und Verordnung (EWG) Nr. 479/92 des Rates vom 25.2.1992 über die Anwendung des Artikels 85 Absatz 3 des Vertrages auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Seeschiffahrtsunternehmen (Konsortien), ABl. 1992, L 55, 3. Die VO 1/2003 enthält keine solche Ermächtigung, lediglich Vorschriften über den Entzug einer Freistellung in Art. 29.

<sup>21</sup> VO (EU) Nr. 2022/720 der Kommission vom 10.5.2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. 2022 L 134/4.

<sup>22</sup> VO (EU) Nr. 461/2010 der Kommission vom 27.5.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABl. 2010 L 129, 52, weiterhin in Kraft bis 31.5.2028 gem. VO (EU) Nr. 2023/822 der Kommission vom 17.4.2023 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 461/2010 hinsichtlich ihrer Geltungsdauer, ABl. 2023 L 102 I/1.

<sup>23</sup> VO (EG) Nr. 906/2009 der Kommission vom 28.9.2009 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Seeschiffahrtsunternehmen (Konsortien), ABl. 2009 L 256/31, in Kraft bis 24.4.2024 gem. VO (EU) Nr. 2020/436 der Kommission vom 24.3.2020 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 906/2009 hinsichtlich ihrer Geltungsdauer, ABl. 2020 L 90/1.

<sup>24</sup> Siehe dazu Liebscher/Flohr/Petsche/Metzlaff GVO-Hdb/Saria § 5 Rn. 5; Dreher/Kulka Wettbewerbs- und Kartellrecht § 7 Rn. 1035.

<sup>25</sup> Komm., Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3, ABl. 2004 C 101, 97.

<sup>26</sup> Komm., Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3, ABl. 2004 C 101, 97 Rn. 3.

<sup>27</sup> Komm., Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2022 C 248, 1.

<sup>28</sup> Komm., Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale, ABl. 2022 C 248, 1.

<sup>29</sup> Komm., Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. 2014 C 89, 3.

<sup>30</sup> Siehe z. B. Komm., Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3, ABl. 2004 C 101, 97 Rn. 4 und 5.

## II. Entstehungsgeschichte und wesentliche Entwicklungen

14 → Einl Rn. 68

### III. Regelungszweck

- 15 Art. 101 AEUV schützt primär den Wettbewerb. Zu diesem Schutzgut zählt der EuGH „nicht nur [...] die unmittelbaren Interessen einzelner Wettbewerber oder Verbraucher [...], sondern [auch] die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen“<sup>31</sup>. Selbst Abs. 3, welcher wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen etc. vom allgemeinen Verbot des Abs. 1 ausnimmt, kann nämlich nur erfüllt sein, wenn der Wettbewerb nicht „ausgeschaltet“ wird. Wie der Wortlaut von Abs. 3 weiter zeigt (nur wenn die Verbraucher an den Effizienzgewinnen angemessenen beteiligt werden, kommt eine Freistellung in Frage), liegt dabei ein besonderes Augenmerk auf dem Schutz der Interessen von „Verbrauchern“. Dieser Begriff wird allerdings weit verstanden und erfasst neben privaten Verbrauchern auch Unternehmen auf der Marktgegenseite.
- 16 Von praktischer Bedeutung ist die Norm-hierarchische Herleitung des Schutzes des Wettbewerbs, weil das zugleich darüber bestimmt, wann der Schutz des Wettbewerbs hinter andere Interessen und Politikziele zurücktreten muss. Das europäische Primärrecht bekennt sich ausdrücklich zu einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb (Art. 119 Abs. 1 AEUV) und zu einer sozialen Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV). Das Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb<sup>32</sup> betont, dass der Binnenmarkt „ein System umfasst, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt.“ Dies stellt keinen bloßen Programmsatz und auch keine Absichtserklärung dar, sondern wird vom EuGH als verbindlicher primärrechtlicher Rechtssatz anerkannt.<sup>33</sup> Daher bedarf es eines Systems von Vorschriften, das den Wettbewerb vor (bestimmten) Störungen schützt, nämlich vor staatlichen Eingriffen durch Beihilfen (Art. 107 ff. AEUV) und vor Beeinträchtigungen durch Private (Art. 101 ff. AEUV).
- 17 Zudem trägt Art. 101 AEUV zur räumlichen Verwirklichung des Binnenmarkts (Art. 26 Abs. 2 AEUV) bei. Nach der Rechtsprechung des EuGH stellen Verträge, die der Abschottung der Märkte entlang der mitgliedstaatlichen Grenzen dienen oder die gegenseitige Durchdringung nationaler Märkte erschweren, regelmäßig<sup>34</sup> wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen dar.<sup>35</sup> In ihrer De-minimis-Bekanntmachung stellt die Kommission fest, dass sie gegen die Aufteilung von Märkten auch dann vorgehen wird, wenn die betroffenen Unternehmen nicht die Bagatellschwellenwerte überschreiten.<sup>36</sup> Wenn solches Verhalten also als so schwerwiegend angesehen wird, dass die sonst gültigen Bagatellgrenzen nicht gelten, muss der Rechtfertigungsaufwand für Unternehmen oberhalb dieser Schwellenwerte *erst recht* besonders hoch sein. Wegen des Zusammenspiels mit Art. 26 Abs. 2 AEUV sind solche Verhaltensweisen damit **besonders schwer zu rechtfertigen**. Schließlich sichert Art. 101 AEUV auch die wettbewerbsrechtlichen Handlungsfreiheiten der einzelnen Marktbeteiligten, die den Wettbewerb ausmachen (wobei nicht schon aus der Beeinträchtigung dieser Handlungsfreiheit folgt, dass der Tatbestand erfüllt wäre).

### IV. Systematik

- 18 **1. Innere Systematik des Art. 101 AEUV. a) Abs. 1 und 3 als „unteilbares Ganzes“.** Der Formulierung nach ist Abs. 1 die Grundregel und Abs. 3 eine Ausnahme von dieser. Als analytisches Instrument mag die Trennung der Beurteilung einer Vereinbarung etc. in zwei Teile sinnvoll sein und auch als Anknüpfungspunkt für bestimmte Rechtsfolgen wie die Beweislast geeignet sein (die Anknüpfung unterschiedlicher Zuständigkeiten ist hingegen mit dem Übergang zum System der Legalausnahme entfallen). Wettbewerbspolitisch ist die Trennung kaum sinnvoll, weil wettbewerbsbeschränkende und wettbewerbsfördernde Wirkungen einer Vereinbarung etc. oft untrennbar sind in dem Sinne, dass sie (nur) gemeinsam auftreten. In st. Rspr. des EuGH werden Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 daher richtigerweise als „unteilbares Ganzes“ angesehen.<sup>37</sup> Es ist stets eine Gesamtbetrachtung

<sup>31</sup> EuGH 6.10.2009, C-501/06 P, C-513/6 P, C-515/06 P, C-516/06 P, Slg. 2009, I-9374 Rn. 63 – GlaxoSmith-Kline/Kommission.

<sup>32</sup> ABl. 2008 C 115, 309.

<sup>33</sup> Vgl. EuGH 17.2.2011 – C-52/09, EuZW 2011, 339 Rn. 20 – TeliaSonera Sverige.

<sup>34</sup> Bunte/Hengst AEUV Art. 101 Rn. 455; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Stockenhuber, 79. EL 2023, Art. 101 AEUV Rn. 190 f.

<sup>35</sup> EuGH 4.10.2011, verb. Rs. C-403/08 u. C-429/08, EuZW 2012, 466, 472 – Football Association Premier League Ltd/QC Leisure; EuGH 16.9.2008, C-468/06 bis C-478/06, Slg. 2008, I-7139 = EuZW 2008, 634 Rdnr. 65 – Sot. Lélou kai Sia u. a.

<sup>36</sup> Kommission, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung), ABl. 2014 C 291, 1 Rn. 13.

<sup>37</sup> Grabitz/Hilf/Nettesheim/Schuhmacher, 78. EL Januar 2023, AEUV Art. 101 Rn. 3; Vgl. EuGH 6.4.1962 – 13/61, ECLI:EU:C:1962:11, Slg. 1962, 97, 113 – Kledingverkoopbedrijf de Guis/Bosch; EuGH 30.4.1986 – 209–213/84, ECLI:EU:C:1986:188 Rn. 64 – Ministère Public/Asjes u. a.

vorzunehmen; ein Verhalten darf nicht isoliert anhand von Abs. 1 oder Abs. 3 AEUV bewertet werden.<sup>38</sup> Diesem Verständnis als Gesamtatbestand entspricht es, das Kartellverbot (erst) als durch Abs. 1 und Abs. 3 gemeinsam oder insgesamt kodifiziert anzusehen. Dogmatisch handelt es sich bei Abs. 3 um negative Tatbestandsmerkmale dieses Gesamtatbestands.<sup>39</sup> Es gibt deshalb **keinen Grundsatz der engen Auslegung** des Art. 101 Abs. 3 AEUV.<sup>40</sup>

**b) Ungeschriebene Ausnahmen vom Tatbestand.** Unübersichtlich und von Entscheidungen zu Einzelfällen geprägt ist dabei die Abgrenzung, welche Erwägungen zur Prüfung nach Abs. 1 und nach Abs. 3 gehören. Denn einer Freistellung gem. Abs. 3 **vorgelagert ist die Frage**, ob überhaupt das **Verbot des Abs. 1** greift.<sup>41</sup> Beide Bestimmungen sind offene Tatbestände<sup>42</sup>, die der Abwägung zugänglich sind. Zwar ist in der Rspr. des EuG<sup>43</sup> sowie der Entscheidungspraxis der Kommission anerkannt, dass unter Abs. 1 keine allgemeine Abwägung von wettbewerbsbeschränkenden mit wettbewerbsfördernden Wirkungen eines Verhaltens vorgenommen wird,<sup>44</sup> eine sog. (allgemeine) *rule of reason*<sup>45</sup> nicht existiert.<sup>46</sup> Dennoch ist anerkannt, dass bestimmte wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen schon vom Tatbestand des Abs. 1 ausgenommen sind<sup>47</sup>, insbesondere wo – vereinfacht – die Beschränkung erst den Wettbewerb oder zumindest ein sonst wettbewerbsneutrales Verhalten ermöglicht (so bei Nebenabreden zu einer Kooperation<sup>48</sup> oder beim „Arbeitsgemeinschafts-Gedanken“<sup>49</sup>), aber auch wo bestimmte Allgemeininteressen sich gegenüber Abs. 1 „Gehör verschaffen“.<sup>50</sup>

**c) Beispiels-Tatbestände des Abs. 1 lit. a–e.** Abs. 1 lit. a–e enthält eine nicht abschließende Liste von Beispielen für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen. Die Liste ist nicht abschließend, d. h. auch hier nicht genannte Verhaltensweisen können wettbewerbsbeschränkend sein und unter Abs. 1 fallen. Die genannten Vereinbarungen sind auch nicht „per se“ verboten<sup>51</sup>; selbst hier ist die Wettbewerbsbeschränkung festzustellen. Auch eine Freistellung nach Abs. 3 ist möglich<sup>52</sup>. Es ist selbst unstritten, ob den Beispielen eine **Indizwirkung** zukommt, welche die Prüfung der Spürbarkeit<sup>53</sup> entfallen ließe.<sup>54</sup> Im Ergebnis ist eine solche Indizwirkung abzulehnen, weder ist sie im Wortlaut angelegt noch verträgt sie sich systematisch mit dem Konzept der Gesamtbetrachtung.<sup>55</sup> Nicht von ungefähr hat die Aufzählung der Beispiele daher mit der zunehmenden Präzisierung des Grundtatbestands durch die Entscheidungspraxis der Gerichte und Behörden sowie durch die (Rechts- und Wirtschafts-)Wissenschaft ihre Bedeutung weitgehend verloren.

**2. Äußere Systematik und Stellung des Art. 101 im Normgefüge des AEUV.** Der AEUV ist untergliedert in sieben Teile. Art. 101 findet sich im siebten Titel des dritten Teils. Dieser siebte Titel – „Gemeinsame Regeln betreffend Wettbewerb, Steuerfragen und Angleichungen der Rechtsvorschriften“ – teilt sich wiederum in drei Kapitel, wovon das erste Kapitel die Wettbewerbsregeln (Art. 101 bis 109) enthält. Art. 101 bis 106 enthalten Vorschriften für Unternehmen, Art. 107 bis 109 das Recht der staatlichen Beihilfen.

<sup>38</sup> MüKoWettbR/Wolf AEUV Art. 101 Rn. 986 und 998.

<sup>39</sup> MüKoWettbR/Wolf AEUV Art. 101 Rn. Rn. 1010: „rechtstechnische Ausnahme“; für die Differenzierung zwischen positiven und negativen Tatbestandsmerkmalen auch Karsten Schmidt BB 2003, 1237, 1239.

<sup>40</sup> MüKoWettbR/Wolf AEUV Art. 101 Rn. Rn. 1010; aA: Immenga/Mestmäcker/Ellger AEUV Art. 101 Abs. 3 Rn. 55; Mestmäcker/Schweitzer EUWettbR § 3 Rn. 74.

<sup>41</sup> EuGH 11.9.2014 – C-382/12 P, NZKart 2015, 44 Rn. 230 ff. – Mastercard; Europäische Kommission, Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3 Rn. 31.

<sup>42</sup> MüKoWettbR/Wolf AEUV Art. 101 Rn. 977: „bewusst unscharf“.

<sup>43</sup> Der EuGH hat sich bisher nicht explizit zur Existenz einer *rule of reason* geäußert, MüKoWettbR/Säcker/Zorn, AEUV Art. 101 Rn. 206, 208.

<sup>44</sup> AA Säcker/Mohr WRP 2011, 793 (801).

<sup>45</sup> Differenzierend zur Terminologie: MüKoWettbR/Wolf AEUV Art. 101 Rn. 1000 ff.

<sup>46</sup> MüKoWettbR/Säcker AEUV Art. 101 Rn. 206; FK-KartellR AEUV Art. 101, Grundfragen zu Art. 81 Abs. 3 EG, Rn. 105, 108. → AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 320 ff.

<sup>47</sup> Calliess/Ruffert/Weiß AEUV Art. 101 Rn. 113, 115; Immenga/Mestmäcker/Zimmer AEUV Art. 101 Abs. 1 Rn. 146; → AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 323 ff.

<sup>48</sup> → AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 315 ff.

<sup>49</sup> Horizontallinien, ABl. 2023 C 259/01, Rn. 33; Komm E 24.10.1988 – IV/32.437/8, ABl. 1988 L 311/36 Rn. 17 – Eurotunnel; Mohr ZWeR 2015, 1, 18 f.; siehe auch → AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 306 ff.

<sup>50</sup> EuGH 19.2.2002 – C-309/09 EuZW 2002, 172 – Wouters, Rn. 92 ff.; EuGH 18.7.2006 – C-519/04, Slg. 2006, I-6991, Rn. 29, 30 – Meca-Medina/Majcen; EuGH 1.7.2008 – C-49/07, Slg. 2008, I-4863, Rdnr. 21–26 – MOTOE.

<sup>51</sup> NK-EuWettbR/Schröter/Voet van Vormizeele AEUV Art. 101 Rn. 132; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Schuhmacher AEUV Art. 101 Rn. 1.

<sup>52</sup> EuG 15.7.1994 – T-17/93, Slg 1994 II-595, EuZW 1995, 115 Rn. 85 – Matra-Hachette; EuGH 3.7.1985 – 243/83, Slg 1985, 2046, GRUR Int 1986, 51 (53 f.) – Binon/AMP; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Schuhmacher AEUV Art. 101 Rn. 1.

<sup>53</sup> → AEUV Art. 101 Abs. 1, Rn. 289 ff.

<sup>54</sup> Dafür: NK-EuWettbR/Schröter/Voet van Vormizeele AEUV Art. 101 Rn. 132; dagegen: Grabitz/Hilf/Nettesheim/Schuhmacher AEUV Art. 101 Rn. 1; wohl auch Bunte/Hengst, AEUV Art. 101 Rn. 287.

<sup>55</sup> So auch Grabitz/Hilf/Nettesheim/Schuhmacher AEUV Art. 101 Rn. 1.

- 22 Die Verträge über die Europäische Union (EUV und AEUV) enthalten diverse Normen, die zu dem System des unverfälschten Wettbewerbs (dazu sogleich) beitragen. Allgemein kann unterschieden werden zwischen Regelungen betreffend das Verhalten von Unternehmen als Marktteilnehmern (Art. 101 bis 105) und Bestimmungen, die den Wettbewerb vor mitgliedstaatlichem Eingreifen schützen. Zu Letzteren zählen die Vorschriften über (staatliche) **Beihilfen** in Art. 107 bis 109 sowie die **steuerlichen Vorschriften** der Art. 110 bis 113 (weiterhin zählen dazu die **Grundfreiheiten**). Ebenso tragen Art. 116 und 119 (**Angleichung von Rechtsvorschriften**) zu einem System unverfälschten Wettbewerbs bei. Eine Art Mittelstellung nimmt Art. 106 ein, dessen Abs. 1 sich an die Mitgliedstaaten richtet, wogegen Abs. 2 eine direkt anwendbare Ausnahme von Art. 101, 102 ist.<sup>56</sup>
- 23 Innerhalb der Art. 101 bis 106 sind Art. 101 und 102 die praktisch wichtigsten materiell-rechtlichen Vorschriften. Während Art. 101 das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen enthält, regelt Art. 102 AEUV das Verbot des (einseitigen) wettbewerbswidrigen, „missbräuchlichen“ Ausnutzens einer marktbeherrschenden Stellung. Art. 103 überträgt dem Rat die Befugnis zum Erlass aller zweckdienlichen Verordnungen und Richtlinien, die der Durchführung der Art. 101 und 102 dienen. In Art. 104 und 105 sind die Befugnisse der Mitgliedstaaten sowie die (hier sehr begrenzten) Befugnisse der Kommission zur Durchsetzung der Art. 101 und 102 AEUV niedergelegt.<sup>57</sup> Art. 106 AEUV unterstellt öffentliche Unternehmen grundsätzlich den kartellrechtlichen Bestimmungen des AEUV und trifft Regelungen für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind.
- 24 **a) Die Wettbewerbsregeln als Teil des Systems unverfälschten Wettbewerbs.** Nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV ist die **Errichtung eines Binnenmarktes** ein zentrales (Politik-)Ziel der EU. Dazu verfügt die Union gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV über die (ausschließliche) Kompetenz, die für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln festzulegen. Ein funktionierender Wettbewerb wird im AEUV als integraler Bestandteil der Verwirklichung eines Binnenmarktes angesehen.
- 25 Art. 101 AEUV ist daher Teil des Komplexes von Regelungen innerhalb des Rechts der Union, das den **Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen** gewährleisten soll.<sup>58</sup> Vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon war der Schutz des Wettbewerbs als Ziel der Union in Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV verankert.<sup>59</sup> Nunmehr bestimmt **Protokoll 27** zum EUV und AEUV,<sup>60</sup> dass der Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen zu den Zielen legislativer Maßnahmen der Union zählt. Im AEUV selbst ist der Schutz des Wettbewerbs hingegen nicht mehr als eigenständige Aufgabe der Union genannt. Vielmehr sind die Wettbewerbsregeln nach der Neufassung des Art. 3 AEUV ein Mittel, um das Funktionieren des Binnenmarktes zu gewährleisten.<sup>61</sup> Eine **Schwächung des Wettbewerbschutzes** geht damit jedoch weder in normativer noch in praktischer Hinsicht einher.<sup>62</sup> Wie sich aus Art. 51 EUV ergibt, sind die Protokolle ebenso wie die Verträge selbst Bestandteil des Primärrechts der Union, sodass die „versteckte“ Verortung des Wettbewerbschutzes in den Protokollen nicht zu einer qualitativen Änderung führt. Auch der **EuGH** scheint davon auszugehen, dass die Neuregelung durch den Vertrag von Lissabon nicht zu einer Schwächung des Systems unverfälschten Wettbewerbs in der Hierarchie der Politikziele führt. So wies der EuGH darauf hin, dass die Wettbewerbsregelungen (weiterhin) Ausdruck einer der **wesentlichen Unionsaufgaben** seien, was sich aus Art. 3 Abs. 3 EUV und dem Protokoll 27 ergebe.<sup>63</sup> Der Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen ist damit auch künftig ein fest im Unionsrecht verankerter Grundsatz, der wie die übrigen Unionsziele bei jedem hoheitlichen Handeln zu berücksichtigen ist.
- 26 **b) Verhältnis zu anderen kartellrechtlichen Vorschriften des Unionsrechts.** Das europäische Kartellrecht fußt auf drei wesentlichen Elementen: erstens dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (Art. 101 AEUV), zweitens dem Verbot des (einseitigen) wettbewerbswidrigen,

<sup>56</sup> Siehe z. B. EuGH 10.2.2000 – C-147/97, ECLI:EU:C:2000:74, BeckRS 2004, 74432 Rn. 41 – Deutsche Post.

<sup>57</sup> Die in Art. 104, 105 AEUV bestimmten Befugnisse stehen jedoch ausdrücklich unter dem Vorbehalt entgegenstehender Durchführungsbestimmungen, die auf Grundlage von Art. 103 erlassen werden. Durch die VO Nr. 17 und später die VO 1/2003 ist der Zuständigkeitsverteilung in Art. 104, 105 nunmehr weitestgehend, wenngleich auch nicht vollständig, der Anwendungsbereich entzogen, vgl. → AEUV Art. 103 Rn. 1; Art. 104 Rn. 3; Art. 105 Rn. 2.

<sup>58</sup> Siehe EuGH 13.10.2022 – C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207, EuZW 2023, 477 Rn. 39 – Towercast.

<sup>59</sup> „Die Tätigkeit der Gemeinschaft im Sinne des Artikels 2 umfasst nach Maßgabe dieses Vertrags und der darin vorgesehenen Zeitfolge: [...] ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt.“

<sup>60</sup> Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABl. 2008 C 115, 309.

<sup>61</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV: „Die Union hat ausschließliche Zuständigkeit in folgenden Bereichen: [...] Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln.“

<sup>62</sup> Ebenso Behrens EuZW 2008, 193; Daus/Ludwigs/Hoffmann, EU-Wirtschaftsrecht, 58. Lfg. 2023, H. I. § 1 Rn. 1.

<sup>63</sup> EuGH 17.11.2011 – C-496/09, Slg. 2011, I-11483, Rn. 60 – Kommission/Italien; siehe auch EuGH 17.2.2011 – C-52/09 Slg. 2011, I-527, Rn. 20–22 (zu Art. 102 AEUV) – TeliaSonera.

„missbräuchlichen“ Ausnutzens einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV) und drittens der Zusammenschlusskontrolle nach der FKVO.

**Art. 101 und 102 AEUV** verfolgen dasselbe Ziel, und zwar die Aufrechterhaltung eines wirk- 27  
samen, unverfälschten Wettbewerbs. Allerdings verfolgen sie dieses Ziel auf unterschiedliche Weise.<sup>64</sup> Dadurch ergänzen sie einander.<sup>65</sup> Sofern die jeweiligen Voraussetzungen vorliegen, sind sie nebeneinander anwendbar – es besteht Idealkonkurrenz.<sup>66</sup> Aufgrund des engen Zusammenhangs sind gemeinsame Tatbestandsmerkmale der beiden Vorschriften kongruent auszulegen.<sup>67</sup> Dennoch handelt es sich um unabhängige Rechtsinstrumente,<sup>68</sup> sodass nicht jede Beteiligung eines marktbeherrschenden Unternehmens an einem Verstoß gegen Art. 101 AEUV zugleich gegen Art. 102 AEUV verstößt.<sup>69</sup> Ebenso kann ein nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestelltes Verhalten dennoch unter Art. 102 AEUV fallen.<sup>70</sup> Die Kommission geht aber davon aus, dass Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht erfüllt ist, wenn ein Verhalten bereits nach Art. 102 AEUV verboten ist.<sup>71</sup>

Das Verhältnis zwischen Art. 101 (und 102) AEUV und den Regelungen der **FKVO** ist nicht 28  
einfach. Zuerst stellt sich die Frage, ob Art. 101 und 102 AEUV auf ein Verhalten anwendbar sind, das den Zusammenschlusstatbestand des Art. 3 FKVO erfüllt. In *Continental Can* ging der EuGH davon aus, dass Art. 102 AEUV auf Zusammenschlüsse anwendbar sei.<sup>72</sup> In *Philip Morris* erweiterte der Gerichtshof diese Ansicht und erklärte auch Art. 101 AEUV für grundsätzlich auf Zusammen-  
schlüsse anwendbar.<sup>73</sup> Die grundsätzliche Anwendbarkeit des Art. 102 auf Zusammenschlüsse i. S. v. Art. 3 FKVO hat der EuGH 2023 in *Towercast* bestätigt<sup>74</sup>. Für Art. 101 gilt das entsprechend. Dies entspricht der Normenhierarchie zwischen den primärrechtlichen Art. 101 und 102 und der sekundärrechtlichen FKVO. Die sekundärrechtlichen Vorschriften der FKVO vermögen nicht die primärrechtlichen Art. 101, 102 AEUV außer Kraft zu setzen.<sup>75</sup> Daher ist grundsätzlich weiterhin von einer parallelen Anwendbarkeit auszugehen. Selbst wenn die unmittelbare Wirkung von Art. 101, 102 „nicht vom vorherigen Erlass einer Verfahrensverordnung abhängt“, so folgt aus der Geltung dieser Vorschriften nicht zugleich die Geltung von behördlichen Eingriffsbefugnissen. Hier ist zu unterscheiden:

Bei **Zusammenschlüssen mit unionsweiter Bedeutung**, welche die Voraussetzungen des Art. 1 29  
FKVO erfüllen, hat die Frage der parallelen Anwendbarkeit nur geringe praktische Auswirkungen. Gemäß Art. 21 Abs. 1 FKVO ist auf Zusammenschlüsse im Sinne des Art. 3 FKVO die VO 1/2003 nicht anwendbar. Die Einschränkung des Anwendungsbereichs von Sekundärrecht durch anderes Sekundärrecht ist möglich. Wenn man aus Gründen der Normhierarchie Art. 101 und 102 AEUV grundsätzlich für auf einen Zusammenschluss anwendbar hält, folgt aus Art. 21 Abs. 1 FKVO, dass die Kommission bei der Anwendung dieser Vorschriften auf Zusammenschlüsse ihrer Durchsetzungsbefugnisse nach der VO 1/2003 beraubt ist. Es verbleiben ihr lediglich die äußerst begrenzten Befugnisse nach Art. 105 AEUV.<sup>76</sup> Zu beachten ist, dass gemäß Art. 2 Abs. 4 FKVO die Gründung eines **Gemeinschaftsunternehmens**, dass die Voraussetzungen des Art. 3 FKVO (und des Art. 1 FKVO) erfüllt, an Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV zu messen ist. Das Verfahren richtet sich aber nach der FKVO, nicht nach der VO 1/2003, sodass die Kommission zur „Durchsetzung“ des Art. 101 AEUV in solchen Fällen nicht auf die VO 1/2003 angewiesen ist. Für Zusammenschlüsse, die ursprünglich keine unionsweite Bedeutung hatten, aber nach Art. 22 FKVO an die Kommission verwiesen werden, gilt dies genauso. Die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden können wegen Art. 21 Abs. 3 UAbs. 1 FKVO keine Eingriffsbefugnisse haben (die Vorschrift schließt nationales „Wettbewerbsrecht“ aus, nicht nur die nationale Fusionskontrolle). Schließlich ist praktisch kaum denkbar, dass bei einem

<sup>64</sup> EuGH 21.2.1973 – 6/72, Slg. 1973, 215 Rn. 24 – *Continental Can*.

<sup>65</sup> EuG 10.6.1990 – T-51/89, Slg. 1990, II-309 Rn. 22 – *Tetra Pak*.

<sup>66</sup> EuGH 21.12.2023, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011 Rn. 119 – *Superleague*; EuGH 16.3.2000 – C-395/96 P, Slg. 2000, I-1365 Rn. 33 – *Compagnie Maritime Belge*.

<sup>67</sup> EuGH 21.12.2023, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011 Rn. 119 – *Superleague*.

<sup>68</sup> EuG 10.6.1990 – T-51/89, Slg. 1990, II-309 Rn. 22 – *Tetra Pak*.

<sup>69</sup> Anders wohl *Immenga/Mestmäcker/Fuchs GWB* § 19 Rn. 178, für Ausschließlichkeitsbindungen, die gegen Art. 101 AEUV § 1 GWB verstoßen, und § 19 GWB. Richtigerweise wäre aber auch hier im Einzelfall festzustellen, dass die Ausschließlichkeitsbindung tatsächlich zur Marktverschließung zumindest beiträgt.

<sup>70</sup> EuGH 16.3.2000 – C-395/96 P, Slg. 2000, I-1365, Rn. 130 f – *Compagnie Maritime Belge*.

<sup>71</sup> Kommission E 21.12.1988, IV/30.979 und 31.394, ABl. 1989 L 43/27, Rn. 122 – *Decca Navigator System*; vgl. auch *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Schuhmacher AEUV* Art. 101, Rn. 42 m. w. N.

<sup>72</sup> EuGH 21.2.1973 – C-6/72, Slg. 1973, 215, BeckRS 1973, 106883 Rn. 25 – *Continental Can*.

<sup>73</sup> EuGH 17.11.1987 – 142/84 und 156/84, Slg. 1987, 4487, NJW 1988, 3083 Rn. 36 ff – *British American Tobacco/R. J. Reynolds Industries (Philip Morris)*.

<sup>74</sup> EuGH 16.3.023 – C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207, EuZW 2023, 477 Rn. 44 ff – *Towercast*.

<sup>75</sup> Siehe dazu EuGH 16.3.023 – C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207, EuZW 2023, 477 Rn. 42 ff – *Towercast*.

<sup>76</sup> Nach Art. 105 AEUV ist die Kommission bei der Ermittlung von Verstößen gegen Art. 101, 102 AEUV auf die Amtshilfe der Mitgliedstaaten angewiesen. Stellt sie einen Verstoß fest, kann sie nicht selbst tätig werden, sondern lediglich den Mitgliedstaaten Maßnahmen vorschlagen. Die Kommission kann die Maßnahmen außerdem nicht selbst durchsetzen, sondern ermächtigt die Mitgliedstaaten dazu. Zu der Frage, ob Art. 105 AEUV als Übergangsvorschrift mittlerweile unanwendbar geworden ist, siehe *Immenga/Mestmäcker/Körper*, Einleitung zur FKVO Rn. 50 ff.

Zusammenschluss, den die Kommission nach der FKVO genehmigt hat, ein nationales Gericht die Voraussetzungen des Art. 101 oder 102 bejaht.

- 30 Bei **Zusammenschlüssen ohne unionsweite Bedeutung**, das heißt bei Zusammenschlüssen, die die Voraussetzungen des Art. 3 FKVO erfüllen, jedoch unterhalb der Umsatzschwellen des Art. 1 FKVO bleiben (und nicht nach Art. 22 FKVO verwiesen wurden), kommt es darauf an, ob es sich um ein Gemeinschaftsunternehmen handelt. Betrifft der Zusammenschluss *kein* Gemeinschaftsunternehmen, so sind auch hier im Ergebnis Art. 101, 102 AEUV anwendbar, jedoch nur mit den stark beschränkten Durchsetzungsbefugnissen der Kommission nach Art. 105 AEUV. Zwar stellt sich in diesem Fall nicht die Frage nach der Verdrängung der Art. 101 und 102 AEUV durch die FKVO, denn mangels unionsweiter Bedeutung ist die FKVO nicht anwendbar. Allerdings schließt Art. 21 Abs. 1 FKVO die Befugnisse der Kommission nach der VO 1/2003 für alle Zusammenschlüsse und nicht nur für solche mit unionsweiter Bedeutung aus. Im Ergebnis kann die Kommission im Falle eines Zusammenschlusses, der kein Gemeinschaftsunternehmen betrifft und unterhalb der Umsatzschwellen des Art. 1 FKVO bleibt, ausschließlich auf Grundlage des Art. 105 AEUV tätig werden. Dies erscheint sachgerecht, da Zusammenschlüsse ohne unionsweite Bedeutung grundsätzlich der Prüfung durch die Mitgliedstaaten anhand ihres eigenen Fusionskontrollrechts unterliegen.<sup>77</sup> Jedenfalls wenn auch die Voraussetzungen für eine Anmeldepflicht nach nationaler Fusionskontrolle nicht erfüllt sind, können die nationalen Wettbewerbsbehörden Art. 101 und 102 anwenden (gemäß ihren nationalen Verfahrensvorschriften).<sup>78</sup>
- 31 Für **Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen** ohne unionsweite Bedeutung, die die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen bezwecken oder bewirken, bleibt gemäß Art. 21 Abs. 1 Halbsatz 2 FKVO die VO 1/2003 anwendbar. Daraus folgt, dass ein solcher Zusammenschluss, auch wenn er unter die nationale Fusionskontrolle fällt, materiell-rechtlich weiterhin Art. 101 und 102 und verfahrensrechtlich der Kontrolle durch die Kommission nach der VO 1/2003 unterliegt. Mangels Erreichens der Umsatzschwellen des Art. 1 FKVO prüft die Kommission den Zusammenschluss hingegen nicht nach der FKVO.
- 32 Die **praktische Bedeutung von Art. 101 und 102 AEUV** für die Beurteilung von Zusammenschlüssen durch die Kommission außerhalb der FKVO ist (ebenfalls) gering. Das wird sich auch nach der *Towercast*-Entscheidung des EuGH<sup>79</sup> voraussichtlich nicht ändern. Denn die Kommission beabsichtigt im Normalfall nicht, Art. 101, 102 AEUV auf Zusammenschlüsse im Sinne des Art. 3 FKVO außerhalb von Verfahren nach der FKVO anzuwenden.<sup>80</sup> Dementsprechend ist sie bislang – soweit ersichtlich – auch nicht auf der Grundlage von Art. 105 AEUV tätig geworden. Die Kommission äußerte außerdem, dass sie Zusammenschlüsse nicht prüfen werde, wenn die Umsätze der beteiligten Unternehmen unter € 2 Mrd. (weltweiter Umsatz) und unter € 100 Mio. (unionsweiter Umsatz) lägen.<sup>81</sup> In einem solchen Fall sei in der Regel nicht von einer nennenswerten Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels auszugehen. Zwar ist die Rechtsverbindlichkeit dieser Äußerungen fraglich, allerdings kann für die Praxis davon ausgegangen werden, dass die Kommission lediglich in begründeten Ausnahmefällen von diesen Äußerungen abrücken würde.<sup>82</sup> In welchem Umfang die nationalen Kartellbehörden nach *Towercast* von Art. 101 und 102 auf Zusammenschlüsse – wohl nur unterhalb der nationalen Schwellenwerte für die Anmeldepflicht – anwenden werden, bleibt abzuwarten. In der Vergangenheit muss das praktische Bedürfnis jedenfalls gering gewesen sein. Jedenfalls ist der Verweisungsantrag nach Art. 22 FKVO für Fälle ohne nationale Anmeldepflicht<sup>83</sup> der nationalen Kartellbehörde versperrt.
- 33 Ebenfalls nicht ausgeschlossen ist die Anwendung dieser Vorschriften auf Zusammenschlüsse durch nationale Gerichte. Rechtspolitisch ist das unglücklich, aber wegen der Rechtsnatur der Art. 101 und 102 AEUV als Primärrecht kaum in den Griff zu bekommen. Ein Unternehmen ist also nicht daran gehindert, einen „Verstoß durch Zusammenschluss“ gegen Art. 101 oder 102 AEUV im Wege einer zivilrechtlichen Klage geltend zu machen.<sup>84</sup>
- 34 **c) Verhältnis zu Art. 4 Abs. 3 EUV (Loyalitätsgebot)**. Obwohl Art. 101 AEUV grundsätzlich an Unternehmen gerichtet ist, entsteht über Art. 4 Abs. 3 EUV **mittelbar eine Bindung der Mitgliedstaaten an Art. 101 AEUV**. Art. 4 Abs. 3 EUV bestimmt gegenseitige Loyalitätspflichten der Mitgliedstaaten und der Union.<sup>85</sup> Die Mitgliedstaaten sind zur loyalen Zusammenarbeit bei der

<sup>77</sup> So auch Immenga/Mestmäcker/Körper, Einleitung zur FKVO Rn. 48.

<sup>78</sup> EuGH 16.3.2023 – C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207, EuZW 2023, 477 Rn. 48, 53 – Towercast.

<sup>79</sup> EuGH 16.3.2023 – C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207, EuZW 2023, 477 Rn. 44 ff. – Towercast.

<sup>80</sup> Kommission, Erklärungen für das Ratsprotokoll vom 19.12.1989 zum Erlass der VO (EWG) Nr. 4064/89, WuW 1990, 240 (243).

<sup>81</sup> Kommission, Erklärungen für das Ratsprotokoll vom 19.12.1989 zum Erlass der VO (EWG) Nr. 4064/89, WuW 1990, 240 (243).

<sup>82</sup> Mestmäcker/Schweitzer/Mestmäcker/Schweitzer EuWettbR § 24 II Rn. 6.

<sup>83</sup> Vgl. EuGH 3.9.2024 – C-611/22 P, C-625/22 P, NZKart 2024, 517 Rn. 180 (solange Luxemburg keine nationale Fusionskontrolle hat, kann es allerdings immer einen Verweisungsantrag stellen).

<sup>84</sup> MüKoWettbR/Birmanns FKVO Art. 21 Rn. 10–13.

<sup>85</sup> Streinz/Streinz EUV/AEUV EUV Art. 4 Rn. 30 ff.