

Große Lehrbücher

Europäisches Wettbewerbsrecht

von
Ernst-Joachim Mestmäcker, Heike Schweitzer

3. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 406 66836 4

2. Kapitel. Der Anwendungsbereich der europäischen Wettbewerbsregeln

§ 5. Der sachliche Anwendungsbereich

Literatur: *Jonathan Faull*, Effect on trade between Member States and Community – Member State jurisdiction, 1989 Fordham Corp. L. Inst. (Barry Hawk, ed.), p. 485–508; *Koenigs*, Die Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten als Abgrenzungskriterium zwischen dem EWG-Kartellrecht und dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten, in FS Pfeiffer, S. 569–587; *Reich*, Die Bedeutung der Binnenmarktkonzeption für die Anwendung der EWG-Wettbewerbsregeln, in FS Steindorff, S. 1065–1084; *Soltész*, Die Zwischenstaatlichkeitsklausel(n) im europäischen Kartell- und Beihilfenrecht – Parallelen, Gegensätze und Perspektiven, in FS Bechtold, München 2006, S. 501–513.

Übersicht

	Rn.
I. Funktionen der Zwischenstaatlichkeitsklausel	1
1. Abgrenzung von Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Recht	1
2. Binnenmarkt	7
II. Die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	11
1. Der Handel	11
2. Die unionsrechtliche Relevanz von Wettbewerbsbeschränkungen	12
3. Die betroffenen Märkte	16
4. Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur	24
5. Handel mit Drittstaaten	27
6. Spürbarkeit	33
III. Die Spürbarkeit der Handelsbeeinträchtigung in der Bekanntmachung der Kommission zu Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81, 82 EG-Vertrag (Art. 101, 102 AEUV)	36
1. Anwendungsbereich	36
2. Vermutungstatbestände	38

I. Funktionen der Zwischenstaatlichkeitsklausel

1. Abgrenzung von Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Recht. Im Spaak-Bericht¹ wird es als die Aufgabe des zukünftigen Vertrages angesehen, grundsätzliche Regeln gegen die Monopolbildung innerhalb des Gemeinsamen Marktes zu entwickeln. Die gemeinsamen Regeln und Verfahren seien jedoch auf die Praktiken zu beschränken, die den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigten. Dagegen könne es den einzelnen Staaten überlassen bleiben, Diskriminierungen oder Absprachen mit nur örtlicher Wirkung zu verhindern. Dieses Programm ist in den Vertrag von Rom übernommen worden. Im Gegensatz zu Art. 65, 66 EGKS-Vertrag begründet der AEUV also keine ausschließliche wettbewerbsrechtliche Kompetenz der Union. Daraus folgt die wichtigste Funktion der Zwischenstaatlichkeitsklausel. Sie hat die Aufgabe, den Anwendungsbereich des mitgliedstaatlichen von dem des Unionsrechts abzugrenzen.² Über dessen Anwendbarkeit im Ver-

¹ S. 59.

² EuGH 30.6.1966, Rs. 56–65, Slg. 1966, 282, 303 – *Maschinenbau Ulm*; EuGH 13.7.1966, verb. Rs. 56 u. 58–64, Slg. 1966, 322, 389 – *Consten und Grundig*; seither st. Rspr.; GA Warner, Schlussanträge, EuGH 22.1.1974, verb. Rs. 6 u. 7/73, Slg. 1974, 223 Rn. 31 – *Commercial Solvents u. a./Kommission*; EuGH 31.5.1979, Rs. 22/78, Slg. 1979, 1869 Rn. 17 – *Hugin/Kommission*; EuGH 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006 I 6619 Rn. 41 – *Manfredi u. a.*

hältnis zu Drittstaaten entscheidet die Auswirkung der Wettbewerbsbeschränkung im Binnenmarkt, sofern zugleich der zwischenstaatliche Handel beeinträchtigt wird (dazu § 7 IV). Die jurisdiktionelle Funktion der Zwischenstaatlichkeitsklausel bedingt zugleich, dass in Wettbewerbsfällen die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels zuerst und vor dem Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung zu prüfen ist.

- 2 Im Verhältnis zum mitgliedstaatlichen Recht kommt die Zwischenstaatlichkeitsklausel als ausschließliches Abgrenzungsmerkmal in Betracht, wenn ein Sachverhalt allein dem mitgliedstaatlichen Recht oder allein dem Unionsrecht unterliegt. Der erstgenannte Fall liegt vor, wenn eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nicht festgestellt werden kann. Der zuletzt genannte Fall – die ausschließliche Anwendbarkeit des Unionsrechts – ergibt sich nur dann, wenn das mitgliedstaatliche Recht keine mit der unionsrechtlichen Regelung konkurrierende Regelung enthält. Andernfalls trifft das Unionsrecht stets mit dem mitgliedstaatlichen Recht zusammen.
- 3 Ist das Unionsrecht anwendbar, weil eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels vorliegt, so führte das nach bisher geltendem Recht noch nicht zur Unanwendbarkeit des mitgliedstaatlichen Rechts. Die Zwischenstaatlichkeitsklausel schloss nämlich die parallele Anwendbarkeit des staatlichen Rechts weder in ihrem abstrakten Geltungsbereich noch in ihrer Anwendung auf den einzelnen Fall aus. Sie bezeichnete lediglich den Bereich, innerhalb dessen die Rangfrage im Verhältnis zum mitgliedstaatlichen Recht praktisch werden konnte. Daraus entstehende Konflikte waren nach den Grundsätzen zu lösen, die für den Vorrang des Unionsrechts gelten.³
- 4 Diese Rechtslage ist mit Inkrafttreten der VO 1/03 zwar in ihren Grundzügen unverändert geblieben, in ihrer konkreten Wirkungsweise aber erheblich modifiziert worden. Erhalten geblieben ist der Grundsatz der parallelen Anwendbarkeit von nationalem Recht und Unionsrecht, sofern der relevante Sachverhalt geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen (s. Art. 3 VO 1/03). Der EuGH betont auf der Grundlage seiner ständigen Rechtsprechung, dass die nationalen Wettbewerbsrechte und Art. 81, 82 EG (Art. 101, 102 AEUV) restriktive Praktiken dabei nach verschiedenen Gesichtspunkten beurteilen. Während das Unionsrecht wettbewerbsbeschränkendes Verhalten wegen der mit ihm verbundenen Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels erfasst, gehe jedes der innerstaatlichen Wettbewerbsgesetze von seinen eigenen Erwägungen aus und beurteile restriktive Praktiken allein nach diesen.⁴ Art. 3 VO 1/03 regelt das Verhältnis zwischen Art. 101 und Art. 102 AEUV und den mitgliedstaatlichen Vorschriften im Einzelnen.
- 5 Nach Art. 3 Abs. 1 VO 1/03 sind die staatlichen Stellen, die ihr eigenes Recht auf Sachverhalte i. S. v. Art. 101, 102 AEUV anwenden, verpflichtet, „auch“ diese Vorschriften anzuwenden, wenn die relevanten Sachverhalte geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Die Zwischenstaatlichkeitsklausel behält zwar im Grundsatz ihre doppelte Funktion als Zuständigkeitsnorm und als Sachnorm. Ihre neue Tragweite folgt daraus, dass das nationale Recht nicht mehr selbständig angewendet werden darf, wenn und soweit das Unionsrecht anwendbar ist. Jede Abweichung des „auch“ anwendbaren Unionsrechts führt nämlich kraft dessen Vorrang dazu, dass das mitgliedstaatliche Recht zurückzutreten hat. Wollen Behörden oder Gerichte Konflikte vermeiden, so werden sie im Zweifel das Unionsrecht anwenden und das mitgliedstaatliche Recht in dessen Lichte auslegen.⁵

³ Im Einzelnen dazu § 5. Im *Téerfarben-Fall* (EuGH 13.2.1969, Rs. 14–68, Slg. 1969, 1 Rn. 3 – *Wilhelm/Bundeskartellamt*) betont der EuGH diesen Zusammenhang unter Hinweis darauf, dass die Unterscheidung von gemeinschaftsrechtlichen und einzelstaatlichen Gesichtspunkten nicht in allen Fällen als ausschlaggebendes Merkmal für die Abgrenzung der Zuständigkeiten brauchbar sei.

⁴ EuGH 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006 I 6619 Rn. 38 – *Manfredi u. a.*

⁵ Vor diesem Hintergrund wird im Schrifttum z. T. die These vertreten, die VO 1/03 und die nachfolgende Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen habe zu einem Bedeutungsverlust der Zwischenstaatlichkeitsklausel geführt, vgl. z. B. *Soltész*, in FS Bechtold, S. 507. Dem läuft allerdings die in vielen Mitgliedstaaten verbreitete Gerichtspraxis zuwider, in den meisten Fällen ausschließlich nationales Wettbewerbsrecht anzuwenden und damit implizit eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels zu verneinen – wohl auch, um sich so einer unionsrechtlichen Kontrolle zu entziehen.

Die eingeschränkte Anwendbarkeit des materiellen mitgliedstaatlichen Wettbewerbsrechts lässt die Geltung des mitgliedstaatlichen Verfahrensrechts unberührt.

Es ist nicht die Zwischenstaatlichkeitsklausel allein, die in ihrem Geltungsbereich nach Art. 3 Abs. 1 VO 1/03 das mitgliedstaatliche Recht zurücktreten lässt. Sie hat diese Wirkung nur im Zusammenhang mit materiellrechtlichen Tatbestandsmerkmalen der Wettbewerbsregeln. Nach Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/03 darf das mitgliedstaatliche Recht Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen, die geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, nicht verbieten, sofern diese unionsrechtlich zulässig sind. Das trifft unabhängig davon zu, ob es an einer Wettbewerbsbeschränkung fehlt, ob Art. 101 Abs. 3 AEUV oder eine Gruppenfreistellung anwendbar ist. Bei einseitigen Handlungen von Unternehmen, die unionsrechtlich nur unter Art. 102 AEUV fallen können, bleibt strengeres mitgliedstaatliches Recht hingegen anwendbar (Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/03) (dazu § 6 III. 4.).

2. Binnenmarkt. Nach der Rechtsprechung des EuGH hat die Zwischenstaatlichkeitsklausel neben ihrer jurisdiktionellen eine integrationspolitische Funktion. Sie soll den Anwendungsbereich des Verbots in der Weise abgrenzen, dass sie zu einer vorausschauenden Beurteilung zwingt, ob die fragliche Vereinbarung oder Verhaltensweise der Errichtung eines einheitlichen Marktes zwischen den Mitgliedstaaten hinderlich sein kann.⁶ Der maßgebliche Bezug ist der Binnenmarkt als ein Raum ohne Binnengrenzen, in dem der Freiverkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist (Art. 26 Abs. 2 AEUV).

Es ist ungewiss, wie sich die veränderten Funktionen der Zwischenstaatlichkeitsklausel auf ihre Auslegung auswirken werden. Wollte man die Kompetenz der Mitgliedstaaten stärken, so wäre eine enge Auslegung der Klausel geboten.⁷ Soweit man auf die integrationspolitische Funktion des Binnenmarktes abhebt, wird eine einschränkende Interpretation der Klausel anhand der „Spürbarkeit“ der Handelsbeeinträchtigung für überholt gehalten.⁸ Die im Folgenden darzustellende Rechtsprechung lässt keine grundlegende Veränderung der bisherigen Kriterien erkennen. Eine Veränderung ergibt sich jedoch daraus, dass über die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels vor ihrem materiellrechtlichen Bezug auf die Tatbestände der Wettbewerbsbeschränkung zu entscheiden ist.

Im Schrifttum wird die Frage erörtert, ob es sich bei der Zwischenstaatlichkeitsklausel um eine Kollisionsnorm oder um eine Sachnorm handelt.⁹ Der Charakter der Kollisionsnorm wird daraus gefolgert, dass die Klausel den Anwendungsbereich des EU-Kartellrechts bestimme. Das Kollisionsrecht setzt aber Verweisungen zwischen Rechtsordnungen voraus, die in ihrem Verhältnis zueinander unabhängig und gleichrangig sind.¹⁰ Diese Voraussetzungen liegen im Verhältnis des staatlichen Rechts zum Unionsrecht nicht vor.¹¹ Die kollisionsrechtliche Betrachtung geht vom staatlichen Recht aus und vermag den Vorbehalt zugunsten des Vorrangs des Unionsrechts nicht zu erklären. Die Frage kann jedoch offenbleiben; jedenfalls regelt das Unionsrecht mit der Klausel seinen eigenen Anwendungsbereich und ist Teil des zwingenden Sachrechts.¹²

⁶ EuGH 30.6.1966, Rs. 56–65, Slg. 1966, 282, 303 – *Maschinenbau Ulm*; seither st. Rspr. Siehe auch EuGH 8.7.1999, Rs. C-235/92 P, Slg. 1999 I 4539 Rn. 170 – *Montecatini/Kommission*; EuG 6.7.2000, Rs. T-62/98, Slg. 2000 II 2707 Rn. 179 – *Volkswagen/Kommission*.

⁷ Dazu, dass eine solche enge Auslegung nur vor Verabschiedung der VO 1/03 vertreten wurde, siehe *Roth/Ackermann*, in FK, EG-Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 Grundfragen Rn. 424 m. v. N.

⁸ *Reich*, in FS Steindorff, S. 1064, 1072. *Reich* plädiert für eine vom Gemeinschaftsgesetzgeber zu verwirklichende „Wesentlichkeitstheorie“. Artikel 3 VO 1/03 trägt dazu nicht bei.

⁹ *Roth/Ackermann*, in FK, EG-Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 Grundfragen Rn. 422; *Zimmer*, in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, Art. 101 AEUV Rn. 194.

¹⁰ Dazu *Schnyder*, Wirtschaftskollisionsrecht, S. 95 f.

¹¹ Gegen den Charakter als Kollisionsnorm schon *Steindorff*, in Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt a. M. (Hrsg.), Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, S. 157, 177 ff.

¹² So auch *Roth/Ackermann*, in FK, EG-Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 Grundfragen Rn. 422.

- 10 Nach allgemeinen Grundsätzen des internationalen Verwaltungsrechts gilt das Unionsrecht ebenso wie nationales Recht nach dem Auswirkungsprinzip für alle Handlungen, die sich im Hoheitsbereich der Gemeinschaft auswirken. Diese internationale Anwendbarkeit und die Handelsbeeinträchtigung sind jeweils gesondert zu prüfen (s. § 7 IV).

II. Die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

- 11 **1. Der Handel.** Der Begriff „Handel“ hat einen „weiten Umfang“.¹³ Gegenstand des Handels im Sinne der Wettbewerbsregeln ist die Gesamtheit des Wirtschaftsverkehrs im Binnenmarkt. Es gibt keine Ausnahmen für bestimmte Wirtschaftsbereiche. Der Begriff des Handels umfasst mithin das Angebot oder die Nachfrage nach Waren und Dienstleistungen jeglicher Art. Dazu gehören juristische Beratungsleistungen,¹⁴ die Wahrnehmung von Urheberrechten¹⁵ oder der Geldverkehr.¹⁶ Die Wettbewerbsregeln gelten für die am grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr teilnehmenden Unternehmen unabhängig davon, inwieweit der AEUV das Recht der Mitgliedstaaten zur hoheitlichen Regelung dieses Wirtschaftsverkehrs einschränkt oder nicht. Aus den Vorschriften über den Kapital- und Dienstleistungsverkehr können deshalb keine Hinweise für die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln entnommen werden. Die daraus entstehenden Konflikte sind im Rahmen von Art. 106 AEUV zu lösen.¹⁷
- 12 **2. Die unionsrechtliche Relevanz von Wettbewerbsbeschränkungen.** a) *Beeinträchtigung.* Der Begriff der „Beeinträchtigung“ erlaubt es nicht, die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln von zusätzlichen negativen Wirkungen auf dem Binnenmarkt abhängig zu machen. Maßgeblich ist, wie es GA *Trabucchi* formuliert hat, die „Gemeinschaftsrelevanz“ der Wettbewerbsbeschränkung.¹⁸ Sie ist gegeben, wenn der Handel unter Bedingungen stattfindet, die nicht dem Grundsatz der Freiheit des Handels und der freien Bildung der Warenpreise entsprechen.¹⁹ Die Ziele der Union und des Binnenmarktes beschränken sich nicht auf den Außenhandel zwischen Mitgliedstaaten. Deshalb konnte eine Regelung, die nicht die Ein- und Ausfuhr i. S. v. Art. 4 Abs. 2 VO 17 betraf, gleichwohl den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen.²⁰ Auch auf das Volumen des betroffenen Wirtschaftsverkehrs kommt es nicht an. Selbst wenn der grenzüberschreitende Umsatz beträchtlich erhöht wird, wird er „beeinträchtigt“, wenn die Erhöhung auf eine Wettbewerbsbeschränkung zurückzuführen ist oder mit ihr zusammentrifft.²¹ Mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist ferner eine Auslegung der Klausel, die wettbewerbsbeschränkende Sachverhalte in europäische und nationale Bestandteile zerlegt, um so den Geltungsbereich des Unionsrechts einzuschränken. Zeitweise haben Bundesregierung und Bundeskartellamt diese Position vertreten.²² Sogar die Kommission hat diese Auffassung in Negativtesten für Düngemittelsyndikate praktiziert.²³ Negativteste wurden mit der Be-

¹³ EuGH 14.7.1981, Rs. 172/80, Slg. 1981, 2021 Rn. 18 – *Züchner/Bayerische Vereinsbank*.

¹⁴ EuGH 19.2.2002, Rs. C-309/99, Slg. 2002 I 1577 Rn. 95 – *Wouters u. a.*

¹⁵ EuGH 25.10.1979, Rs. 22/79, Slg. 1979, 3275 Rn. 11 – *Greenwich Film Production/SACEM*.

¹⁶ EuGH 14.7.1981, Rs. 172/80, Slg. 1981, 2021 Rn. 18 – *Züchner/Bayerische Vereinsbank*. Weitere Beispiele für die weite Auslegung des Handelsbegriffs bei *Bellamy/Child*, EC Competition Law, Rn. 1.117.

¹⁷ Im Einzelnen dazu § 36 IV.

¹⁸ GA *Trabucchi*, Schlussanträge, in EuGH 26.11.1975, Rs. 73–74, Slg. 1975, 1491, 1523 – *Papiers Peints/Kommission*.

¹⁹ GA *Trabucchi*, Schlussanträge, in EuGH 26.11.1975, Rs. 73–74, Slg. 1975, 1491, 1523 – *Papiers Peints/Kommission*.

²⁰ EuGH 18.3.1970, Rs. 43–69, Slg. 1970, 127 Rn. 5 – *Bilger/Jehle*.

²¹ Grundlegend EuGH 13.7.1966, verb. Rs. 56 u. 58–64, Slg. 1966, 322, 389 – *Consten und Grundig*; übereinstimmend EuGH 23.11.2006, Rs. C-238/05, Slg. 2006, 11125 Rn. 38 – *ASNEF-Equifax*; EuG 14.12.2006, verb. Rs. T-259/02 u. a., Slg. 2006 II 5169 Rn. 7 – *Raiffeisen Zentralbank Österreich u. a.*

²² BKartA, Tätigkeitsbericht 1964, S. 3.

²³ KomE 6.11.1968, ABl. 1968 Nr. L 276/13 – *Cobelaz-Syntheshersteller*; KomE 6.11.1968, ABl. 1968 Nr. L 276/19 – *Cobelaz-Kokereien*; KomE 6.11.1968, ABl. 1968 Nr. L 276/29 – *C.F.A.*; KomE 30.6.1969, ABl. 1969 Nr. L 173/8 – *SEIFA*. Die Kommission hat diese Praxis korrigiert in KomE 20.7.1978, ABl. 1978 Nr. L 242/15 – *CSV*.

gründung erteilt, dass die Syndikatsregelung nicht geeignet sei, die Freiheit der Mitglieder oder Dritter zur Einfuhr oder Ausfuhr innerhalb des Gemeinsamen Marktes zu beschränken. Diese Betrachtungsweise ist mit der angeführten Rechtsprechung unvereinbar.

b) *Eignung zur Handelsbeeinträchtigung.* Maßgeblich ist nach ständiger Rechtsprechung, ob 13 Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmte Verhaltensweisen oder die Verhaltensweise eines beherrschenden Unternehmens geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu beeinflussen.²⁴ Der zwischenstaatliche Handel wird beeinflusst, wenn die Handelsströme in eine andere Richtung gelenkt werden oder mit Wahrscheinlichkeit gelenkt werden können, als es ohne die Vereinbarung der Fall wäre.²⁵ Die Entscheidung, ob eine Vereinbarung die genannte Eignung hat, enthält ein Wahrscheinlichkeitsurteil über die vorhersehbare zukünftige Entwicklung der Wettbewerbsbedingungen und der Handelsströme.²⁶ Das gilt unabhängig davon, ob der zu beurteilende wettbewerbsbeschränkende Sachverhalt bereits praktiziert wurde oder erst geplant ist. Tatsächlich festgestellte Wirkungen können zum Beweis der Eignung beitragen. Stets muss „vorausschauend“ beurteilt werden, ob eine Vereinbarung geeignet ist, der Errichtung eines einheitlichen Marktes zwischen den Mitgliedstaaten hinderlich zu sein.²⁷ Anhand eines Gesamturteils von rechtlichen und tatsächlichen Umständen ist zu beurteilen, ob die nationalen Märkte abgeschottet werden oder die Wettbewerbsstruktur im Binnenmarkt verändert würde.²⁸ Ist die Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, so folgt daraus in aller Regel auch die Eignung, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.²⁹

Die zu beurteilenden Vereinbarungen oder Verhaltensweisen sind nicht isoliert auf ihre 14 Eignung zu prüfen, die vom Vertrag gewollte gegenseitige wirtschaftliche Durchdringung zu erschweren. Maßgeblich ist vielmehr die Gesamtheit rechtlicher oder tatsächlicher Umstände, aus denen sich hinreichend wahrscheinlich ergibt, dass der Handel beeinträchtigt wird. Eine Vereinbarung, die auf den Schutz von Inlandsmärkten gerichtet ist, etwaige Produktionsüberschüsse in den Export in Drittländer weiterleitet und einen Informationsaustausch unterhält, ist geeignet, den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen.³⁰ Bei vertikalen Ausschließlichkeitsbindungen kommt es darauf an, ob sie gemeinsam mit anderen gleichartigen Verträgen geeignet sind, die Freiheit des zwischenstaatlichen Warenverkehrs zu beeinträchtigen („Bündeltheorie“).³¹ Konkret zu prüfen sind die Auswirkungen, die das Vertragssystem auf den sachlich und räumlich relevanten Markt und auf die Zugangsbedingungen hat.

Bestimmte Vereinbarungen oder Verhaltensweisen sind offensichtlich und „ihrem Wesen 15 nach“ geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.³² Das trifft zu für

²⁴ EuGH 30.6.1966, Rs. 56–65, Slg. 1966, 281, 303 – *Maschinenbau Ulm*; seither st. Rspr. Siehe auch EuGH 24.9.2009, verb. Rs. C-125/07 P u. a., Slg. 2009 I 8681 Rn. 46 – *Erste Bank der österreichischen Sparkassen u. a./Kommission*.

²⁵ EuGH 15.5.1975, Rs. 71/74, Slg. 1975, 563 Rn. 37/38 – *Frubo/Kommission*.

²⁶ EuGH 23.10.2006, Rs. C-238/05, Slg. 2006, 11125 Rn. 44 – *ASNEF-Equifax*.

²⁷ EuGH 30.6.1966, Rs. 56–65, Slg. 1966, 281, 303 – *Maschinenbau Ulm*; übereinstimmend EuGH 29.10.1980, verb. Rs. 209/78 u. a., Slg. 1980, 3125 Rn. 170–173 – *Van Landewyck u. a./Kommission*; EuGH 1.2.1978, Rs. 19/77, Slg. 1978, 131 Rn. 15 – *Miller/Kommission*; EuGH 17.7.1997, Rs. C-219/95 P, Slg. 1997 I 4411 Rn. 19 – *Ferriere Nord/Kommission u. a.*; EuGH 21.1.1999, verb. Rs. C-215/96 u. C-216/96, Slg. 1999 I 135 Rn. 48 – *Bagnasco u. a.*

²⁸ EuGH 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006 I 6619 Rn. 42 – *Manfredi u. a.*

²⁹ EuGH 11.1.1990, Rs. C-277/87, Slg. 1990 I 45, 46 – *Sandoz Prodotti Farmaceutici/Kommission* (Leitatzurteil).

³⁰ EuG 15.3.2000, verb. Rs. T-25/95 u. a., Slg. 2000 II 491 Rn. 4612 – *Cimenteries CBR u. a./Kommission*.

³¹ Zuerst EuGH 12.12.1967, Rs. 23–67, Slg. 1967, 544, 556 – *Brasserie de Haecht*; seither st. Rspr.; EuGH 1.2.1977, Rs. 47/76, Slg. 1977, 65 Rn. 6/8 – *De Norre/Brouwerij Concordia*; EuGH 10.7.1980, Rs. 99/79, Slg. 1980, 2511 Rn. 24 – *Lancôme/Etos*; EuGH 11.12.1980, Rs. 31/80, Slg. 1980, 3775 Rn. 19 – *L'Oréal/De Nieuwe Amck*. Differenzierend EuGH 28.2.1991, Rs. C-234/89, Slg. 1991 I 935 Rn. 19–27 – *Delimitis*; EuGH 27.4.1994, Rs. C-393/92, Slg. 1994 I 1477 Rn. 33–39 – *Almelo*. Näher § 11 III. 2. c), Rn. 58 ff.

³² Z. B. EuGH 23.11.2006, Rs. C-238/05, Slg. 2006, 11125 Rn. 35 – *ASNEF-Equifax*; EuGH 24.9.2009, verb. Rs. C-125/07 P u. a., Slg. 2009 I 8681 Rn. 38 – *Erste Bank der österreichischen Sparkassen*

Vereinbarungen von Produzenten über den gegenseitigen Schutz ihrer Heimatmärkte, über die gemeinsame Festsetzung von Verkaufspreisen im Gemeinsamen Markt sowie über Produktionseinschränkungen.³³ Preis- und Rabattkartelle, die sich auf das Gebiet eines einzigen Mitgliedstaates erstrecken, können gleichwohl den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen, wenn sie die Abschottung der Märkte verfestigen.³⁴ Das gilt besonders dann, wenn sie den Zugang von Konkurrenten zum Markt verhindern oder wesentlich erschweren. Das Entsprechende gilt für Treuerabatte eines national beherrschenden Unternehmens³⁵ und für innerstaatliche kollektive gegenseitige Ausschließlichkeitsverträge.³⁶ Bei nationalen Preisabsprachen genügt es, wenn sie Vorprodukte oder Zwischenprodukte erfassen, die teilweise aus anderen Mitgliedstaaten stammen, oder wenn die Endprodukte am zwischenstaatlichen Handel teilnehmen.³⁷ In den zuletzt genannten Fällen ist die Kommission im Amtsverfahren jedoch verpflichtet, die tatsächlichen Umstände zu ermitteln und zu würdigen, aus denen sich die Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ergibt.³⁸

- 16 **3. Die betroffenen Märkte.** a) *Grenzüberschreitender Handel.* Die unionsrechtliche Relevanz von Vereinbarungen oder Verhaltensweisen ist besonders deutlich, wenn die unternehmerische Handlungsfreiheit unmittelbar im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr beeinträchtigt wird. Das trifft vor allem dann zu, wenn die beteiligten Unternehmen oder Mutter- und Tochtergesellschaften in verschiedenen Mitgliedstaaten tätig sind. Im Rahmen von Vertriebssystemen beschränken Export- und Importverbote den *intra-brand*-Wettbewerb. Sie sind ihrem Wesen nach ebenso wie jede Behinderung der Möglichkeit von Paralleleinfuhren geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.³⁹ Entsprechende mittelbare Wirkungen gehen von Vereinbarungen aus, die zwar auf das Gebiet eines Mitgliedstaates begrenzt sind, aber gleichwohl bewirken, dass der Händler nicht außerhalb seines Vertragsgebiets tätig wird oder keine importierten Produkte vertreibt.⁴⁰ Parallel importierte Erzeugnisse dürfen vom Hersteller und von den zum Vertriebsnetz des Herstellers gehörenden Händlern nicht schlechter behandelt werden als die unmittelbar gelieferten Erzeugnisse. Deshalb wird der zwischenstaatliche Handel beeinträchtigt, wenn der Hersteller für parallel importierte Erzeugnisse die normalerweise gewährten Garantieleistungen nicht erbringt.⁴¹
- 17 b) *Nationale Märkte.* Die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels setzt nicht voraus, dass an den Vereinbarungen oder Verhaltensweisen Unternehmen aus verschiedenen Mitgliedstaaten beteiligt sind. Dies folgt aus dem Grundsatz, dass mittelbare Auswir-

u. a./Kommission. Allerdings soll dies nach dem letztgenannten Urteil lediglich eine „starke“ – aber widerlegliche – „Vermutung für eine Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten“ begründen, a. a. O., Rn. 39, 43.

³³ Im Wesentlichen übereinstimmend Urteile zum *Chinin*-Kartell EuGH 15.7.1970, Rs. 41–69, Slg. 1970, 661 Rn. 133 ff.– *ACF Chemiapharma/Kommission*; EuGH 15.7.1970, Rs. 44–69, Slg. 1970, 733 Rn. 24 ff.– *Bucher/Kommission*; EuGH 15.7.1970, Rs. 45–69, Slg. 1970, 769 Rn. 27 ff.– *Boehringer/Kommission*.

³⁴ EuGH 17.10.1972, Rs. 8–72, Slg. 1972, 977 Rn. 28/30 – *Cementhandelaren/Kommission*; EuGH 11.7.1989, Rs. 246/86, Slg. 1989, 2117 Rn. 33–38 – *Belasco u. a./Kommission*.

³⁵ EuGH 9.11.1983, Rs. 322/81, Slg. 1983, 3461 Rn. 103 – *Michelin/Kommission*; übereinstimmend EuG 30.3.2003, Rs. T-203/01, Slg. 2003 II 4071 Rn. 237 – *Michelin/Kommission*.

³⁶ KomE 3.6.1975, ABl. 1975 Nr. L 159/22 – *Haarden- en Kachelhandel*; KomE 21.11.1975, ABl. 1975 Nr. L 329/30 – *Bomee-Stichting*; KomE 2.12.1977, ABl. 1978 Nr. L 20/18 – *Centraal Bureau voor de Rijwielhandel*; KomE 10.7.1986, ABl. 1986 Nr. L 232/15 – *Dach- und Dichtungsbahnen*; KomE 26.11.1986, ABl. 1986 Nr. L 348/50 – *MELDOC*.

³⁷ EuGH 10.12.1985, verb. Rs. 240/82 u. a., Slg. 1985, 3831 Rn. 49 – *Stichting Sigarettenindustrie u. a./Kommission*; übereinstimmend EuGH 30.1.1985, Rs. 123/83, Slg. 1985, 391 Rn. 29 – *BNIC/Clair*.

³⁸ EuGH 26.11.1975, Rs. 73–74, Slg. 1975, 1491 Rn. 25/27 – *Papiers Peints/Kommission*.

³⁹ EuGH 1.2.1978, Rs. 19/77, Slg. 1978, 131 Rn. 7 – *Miller/Kommission*.

⁴⁰ EuGH 16.6.1981, Rs. 126/80, Slg. 1981, 1563 Rn. 11–20 – *Salonia/Poidomani und Giglio* („Italienischer Zeitungsvertrieb“).

⁴¹ EuGH 21.2.1984, Rs. 86/82, Slg. 1984, 883 Rn. 32–34 – *Hasselblad/Kommission*; übereinstimmend EuGH 10.12.1985, Rs. 31/85, Slg. 1985, 3933 Rn. 13 – *ETA/DK Investment*.

kungen genügen. Andernfalls würden selbst diejenigen Wettbewerbsbeschränkungen nicht erfasst, die durch nationale Maßnahmen den Zugang zum Markt versperren. Deshalb sind die Nationalität oder der Sitz der Unternehmen für die Feststellung der Handelsbeeinträchtigung nicht ausschlaggebend. Der notwendige Einfluss auf den zwischenstaatlichen Handel kann auch von Vereinbarungen zwischen Unternehmen eines Mitgliedstaates oder – im Falle des Art. 102 AEUV – von dem Verhalten eines nationalen Unternehmens ausgehen.

Missbräuchliche Verhaltensweisen eines auf einem nationalen Markt beherrschenden Unternehmens sind in der Regel geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Maßgeblich sind jedoch die Wirkungen des in Frage stehenden Verhaltens. Hat ein Hersteller von Registrierkassen eine beherrschende Stellung für Ersatzteile, die für die Reparatur seiner Produkte notwendig sind, und verweigert das Unternehmen die Belieferung anderer nicht zugelassener Reparaturwerkstätten, so kommt die Anwendung von Art. 102 AEUV in Betracht. Der EuGH prüfte die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels vor dem Missbrauch. Für die Handelsbeeinträchtigung sei die Marktstellung des von der Belieferung ausgeschlossenen Reparaturbetriebs maßgeblich.⁴² Sei dessen Geschäftsbetrieb lokal begrenzt und habe das Unternehmen am Handel mit Ersatzteilen nicht teilgenommen, so fehle es an einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.

Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, die das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaates erfassen, beeinträchtigen notwendig den zwischenstaatlichen Handel. Das erste maßgebliche Urteil betraf ein holländisches Zementkartell, das den Wettbewerb in den Niederlanden ausschloss, ohne aber die Ein- oder Ausfuhr zu regeln. Der EuGH hat dazu entschieden:

„Ein sich auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaates erstreckendes Kartell hat schon seinem Wesen nach die Wirkung, die Vermachtung der Märkte auf nationaler Ebene zu verfestigen; es verhindert somit die vom Vertrag gewollte gegenseitige wirtschaftliche Durchdringung und schützt die inländische Produktion. Insbesondere die Kartellbestimmungen, welche die Mitglieder der klagenden Vereinigungen unter sich binden, sowie das Verbot jeglicher Verkäufe an nicht anerkannte Wiederverkäufer erschweren die Betätigung oder das Vordringen von Herstellern oder Verkäufern der übrigen Mitgliedstaaten auf dem niederländischen Markt.“⁴³

Das Entsprechende gilt für Wettbewerbsbeschränkungen, die ein Mitgliedstaat unter Verstoß gegen Art. 101 AEUV auf seinem Territorium veranlasst.⁴⁴

Von dieser Rechtsprechung ist der EuGH in einem Fall abgewichen, in dem einheitliche Bankbedingungen des italienischen Bankenverbandes zu beurteilen waren.⁴⁵ Diese Bedingungen sahen u. a. vor, dass die Verbandsmitglieder die Gewährung eines Kontokorrentkredits von der Übernahme einer Generalbürgschaft abhängig zu machen hatten. Insofern war die wettbewerbliche Handlungsfreiheit eingeschränkt. Der EuGH prüfte vor der Wettbewerbsbeschränkung, ob die Vereinbarung geeignet war, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (Rn. 46). GA *Ruiz-Jarabo Colomer* kam anhand der früheren Rechtsprechung des Gerichts zu dem Ergebnis, dass die für ganz Italien geltende Regelung wettbewerbsbeschränkende Wirkungen habe und geeignet sei, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.⁴⁶ Der EuGH entschied dagegen in Übereinstimmung mit der Kommission, dass die in Frage stehenden Bankdienstleistungen nur einen sehr beschränk-

⁴² EuGH 31.5.1979, Rs. 22/78, Slg. 1979, 1869 Rn. 18 – *Hugin/Kommission*.

⁴³ EuGH 17.10.1972, Rs. 8–72, Slg. 1972, 977 Rn. 28/30 – *Cementhandelaren*; übereinstimmend EuGH 19.2.2002, Rs. C-309/99, Slg. 2002, 1577 Rn. 95 – *Wouters u. a.*; übereinstimmend EuG 13.12.2006, verb. Rs. T-217/03 u. T-245/03, Slg. 2006 II 4987 Rn. 67 – *FNCBV u. a.*; bestätigt EuGH 18.12.2008, verb. Rs. C-101/07 P u. C-110/07 P, Slg. 2008 I 10193 – *Coop de France u. a.* für die Festsetzung von Mindestpreisen für das gesamte Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates. EuGH 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006 I 6619 Rn. 45 – *Manfredi u. a.*

⁴⁴ EuGH 30.1.1985, Rs. 123/83, Slg. 1985, 391 Rn. 29 – *BNIC/Clair*. Näher zu diesen Sachverhalten unter dem Gesichtspunkt der Klausel *Reich*, in FS Steindorff, S. 1065, 1077. Zu diesen Sachverhalten im Einzelnen § 31 VII.

⁴⁵ EuGH 21.1.1999, verb. Rs. C-215/96 u. C-216/96, Slg. 1999 I 135, 161 – *Bagnasco u. a.*

⁴⁶ GA *Ruiz-Jarabo Colomer*, Schlussanträge, in EuGH 21.1.1999, verb. Rs. C-215/96 u. C-216/96, Slg. 1999 I 135 Rn. 42 – *Bagnasco u. a.*

ten Einfluss auf den innergemeinschaftlichen Handel hätten und die Beteiligung nicht-italienischer Finanzinstitute am italienischen Markt gering sei. Auch beeinflusse die in Frage stehende Regelung nicht die Entscheidung ausländischer Banken, sich in Italien niederzulassen. Das Urteil beruht auf der von der Kommission zugrunde gelegten, vom GA jedoch mit Recht kritisierten Unterscheidung von nationalen und grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungen. Ein grundlegender Wandel in der Auslegung der Klausel mit Bezug auf Wettbewerbsbeschränkungen, die das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaats erfassen, ist daraus nicht zu folgern.⁴⁷

- 23 Auch bei Vereinbarungen und Verhaltensweisen, die sich auf nationale Teilmärkte beziehen, ist eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nicht ausgeschlossen. Das ist selbstverständlich, wenn der betroffene Warenverkehr im Grenzgebiet von mehreren Mitgliedstaaten stattfindet. Bei wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen kommt es auf die Wahrscheinlichkeit an, ob der Zugang zum Markt für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten spürbar behindert wird. Für die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen ist maßgeblich, ob sie infolge der Vereinbarung rechtlich oder tatsächlich gehindert werden, an einem wirtschaftlich möglichen grenzüberschreitenden Warenverkehr teilzunehmen.
- 24 **4. Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur.** Eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels liegt auch dann vor, wenn zu erwarten ist, dass die Wettbewerbsbeschränkung Auswirkungen auf die Struktur eines wirksamen Wettbewerbs im Binnenmarkt hat.⁴⁸ Zumal marktbeherrschende Unternehmen sind in der Lage, durch ihr Verhalten, z. B. durch Geschäftsverweigerungen oder Diskriminierungen, die Wettbewerbsbedingungen so zu gestalten, dass zwischenstaatlicher Handel nicht stattfinden kann⁴⁹ oder der Zustand wirksamen Wettbewerbs wesentlich beeinträchtigt wird.⁵⁰ Das ist auch dann der Fall, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Konkurrenten im Zugang zum Markt eines einzigen Mitgliedstaats behindert.⁵¹ Verdrängt ein Unternehmen in beherrschender Stellung einen Wettbewerber durch strategisches Verhalten vom Markt, so wird dadurch der zwischenstaatliche Handel unabhängig davon beeinträchtigt, ob sich dieses Verhalten auf die Exportfähigkeit des bekämpften Unternehmens oder auf dessen Teilnahme am Handel innerhalb des Binnenmarktes auswirkt. Es genügt, dass die Ausschaltung des Wettbewerbers Auswirkungen auf die Wettbewerbsstrukturen im Binnenmarkt haben wird.⁵²
- 25 Diese Rechtsprechung zeigt, dass die Wettbewerbsregeln auch den einzelnen Wettbewerber vor Machtmissbrauch schützen. Der vermeintliche Gegensatz von Individualschutz

⁴⁷ Übereinstimmend EuG 14.12.2006, verb. Rs. T-259/02 u. a., Slg. 2006 II 5169 Rn. 182, 183 – *Raiffeisen Zentralbank Österreich u. a.* Generell einschränkend aber die Kommission, Leitlinien zwischenstaatlicher Handel (dazu unten III.), Rn. 39, 83 ff. für Gemeinschaftsunternehmen.

⁴⁸ EuGH 4.5.1988, Rs. 30/87, Slg. 1988, 2479 Rn. 24 – *Bodson/Pompes funèbres des régions libérées*. Aus dem Schrifttum *Fuchs/Möschel*, in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV Rn. 22.

⁴⁹ Repräsentativ EuGH 14.2.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207 Rn. 197–202 – *United Brands/Kommission*; auch EuGH 6.4.1995, verb. Rs. C-241/91 P u. C-242/91 P, Slg. 1995 I 743 Rn. 70 – *RTE und ITP/Kommission* („Magill“): Ausschluss potentiellen Wettbewerbs und Beeinträchtigung potentieller Handelsströme.

⁵⁰ EuGH 13.2.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461 Rn. 125 f. – *Hoffmann-La Roche/Kommission*: Abschottung von Märkten unter Aufrechterhaltung verschiedener Preisniveaus in den Mitgliedstaaten; auch EuGH 25.10.1979, Rs. 22/79, Slg. 1979, 3275 Rn. 11 – *Greenwich Film Production/ACEM* (für Dienstleistungen). KomE 13.12.2000, ABl. 2003 Nr. L 10/33 Rn. 154 – *Natriumkarbonat – ICI*: Aufrechterhaltung einer beherrschenden Stellung durch Maßnahmen gegen Wettbewerber aus Drittstaaten.

⁵¹ EuGH 9.11.1983, Rs. 322/81, Slg. 1983, 3461 Rn. 103 – *Michelin/Kommission*.

⁵² EuGH 22.1.1974, verb. Rs. 6 u. 7–73, Slg. 1974, 223 Rn. 33 – *Commercial Solvents u. a./Kommission*; auch EuGH 2.3.1983, Rs. 7/82, Slg. 1983, 483 Rn. 37–39 – *GVL/Kommission*; EuGH 14.2.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207 Rn. 198/202 – *United Brands/Kommission*; EuG 8.10.1996, verb. Rs. T-24/93 u. a., Slg. 1996 II 1201 Rn. 203 – *Compagnie maritime belge transports u. a./Kommission*; einschränkend EuGH 31.5.1979, Rs. 22/78, Slg. 1979, 1869 Rn. 19–26 – *Hugin/Kommission* für örtlich begrenzte Märkte; KomE 18.7.1988, ABl. 1988 Nr. L 284/41 Rn. 78/79 – *Napier Brown/British Sugar*. Einschränkend aber im Gegensatz zu dieser Rechtsprechung die Kommission, Leitlinien zwischenstaatlicher Handel (dazu unten III.), Rn. 94.