

gliedstaaten, wenn ein Kartell vorliegt, das sich auf das gesamte Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats erstreckt. Denn ein solches Kartell habe schon seinem Wesen nach die Wirkung, die Abschottung der Märkte auf nationaler Ebene zu verfestigen, indem es die vom AEUV gewollte wirtschaftliche Verflechtung behindere.⁵⁶² Die so begründete Vermutung entfalle nach der genannten Rspr. nur dann, „wenn sich bei Untersuchung der Merkmale und des wirtschaftlichen Gesamtzusammenhangs der Vereinbarung das Gegenteil herausstellt“.⁵⁶³

In Bezug auf *vertikale Ausschließlichkeitsbindungen* vertritt der EuGH in ständiger Rspr. die Ansicht, dass es entscheidend sei, ob die betreffende Ausschließlichkeitsbindung gemeinsam mit anderen gleichartigen Verträgen geeignet ist, die Freiheit des zwischenstaatlichen Handelsverkehrs zu beeinträchtigen, sog. *Bündeltheorie*.⁵⁶⁴ Hier sind die konkreten Auswirkungen zu prüfen, die das jeweilige Vertragssystem auf die Zutrittsmöglichkeiten zu dem relevanten Markt hat.⁵⁶⁵ 257

13. Spürbarkeit der Handelsbeeinträchtigung

a) Allgemeines

Nach ständiger Rspr. des EuGH setzt Art. 101 Abs. 1 AEUV als ungeschriebenes, 258 einschränkendes Tatbestandsmerkmal⁵⁶⁶ weiter die *Spürbarkeit* der Handelsbeeinträchtigung voraus.⁵⁶⁷ Die bloße Eignung zur Handelsbeeinträchtigung genügt.⁵⁶⁸ Das Merkmal der Spürbarkeit hat zur Folge, dass die Vorschrift auf sog. *Bagatellkartelle* nicht anwendbar ist (= Spürbarkeit als Bagatellklausel).

Der Beurteilungsmaßstab für die Spürbarkeit ist die hypothetische Situation ohne 259 die fragliche Wettbewerbsbeschränkung, d. h. bei Bestehen von Wettbewerb auf dem

⁵⁶² EuGH v. 24.9.2009 – verb. Rss. C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P und C-137/07 P, Slg. 2009, I-8681 Tz. 39 = WuW/E EU-R 1633 – Erste Group Bank/Kommission; EuGH v. 23.11.2006 – Rs. C-238/05, Slg. 2006, I-11125 Tz. 37 – Asnef-Equifax/Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc).

⁵⁶³ EuGH v. 24.9.2009 – verb. Rss. C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P und C-137/07 P, Slg. 2009, I-8681 Tz. 39 = WuW/E EU-R 1633 – Erste Group Bank/Kommission.

⁵⁶⁴ EuGH v. 12.12.1967 – Rs. 23/67, Slg. 1967, 543 (556) – Brasserie de Haecht/Wilkin Janssen; EuGH v. 1.2.1977 – Rs. 47/76, Slg. 1977, 65 Tz. 6/8 – De Norre/Brouwerij Concordia; EuGH v. 10.7.1980 – Rs. 99/79, Slg. 1980, 2511 Tz. 24 – Lancôme/Etos; EuGH v. 11.12.1980 – Rs. 31/80, Slg. 1980, 3775 Tz. 19 – L’Oréal/De Nieuwe Amck; EuGH v. 28.2.1991 – Rs. C-234/89, Slg. 1991, I-935 Tz. 19 ff. = EuZW 1991, 376 = WuW/E EWG/MUV 911 – Delimitis/Henninger Bräu; EuGH v. 27.4.1994 – Rs. C-393/92, Slg. 1994, I-1477 Tz. 33 ff. = EuZW 1994, 408 – Almelo. Zur Bündeltheorie siehe auch BGH v. 15.10.1991 – KZR 25/90, NJW 1992, 1456 – Zur Luft im Anschluss an die Entscheidung des EuGH in der Rs. Delimitis/Henninger Bräu.

⁵⁶⁵ S. zur Bündeltheorie ausführlich oben Rn. 159 ff.

⁵⁶⁶ *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 101 Rn. 217; *Mestmäcker/Schweitzer*, § 11 Rn. 69 f.

⁵⁶⁷ EuGH v. 30.6.1966 – Rs. 56/65, Slg. 1966, 281 = DVBl. 1966, 683 – LTM/MBU; EuGH v. 9.7.1969 – Rs. 5/69, Slg. 1969, 295 – Völk/Vervaecke; EuGH v. 6.5.1971 – Rs. 1/71, Slg. 1971, 351 – Cadillon/Höss; EuGH v. 25.11.1971 – Rs. 22/71, Slg. 1971, 949 Tz. 16/18 – Béguelin Import/G. L. Import Export; EuGH v. 16.12.1975 – Rs. 40/73, Slg. 1975, 1663 = WuW/E EWG/MUV 347 – Suiker Unie; EuGH v. 10.7.1980 – Rs. 30/78, Slg. 1980, 2229 = GRUR Int. 1981, 237 = RIW 1981, 844 – Distillers/Kommission; EuGH v. 25.10.1983 – Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151 = NJW 1984, 1281 – AEG; EuGH v. 21.2.1984 – Rs. 86/82, Slg. 1984, 883 = WuW/E EWG/MUV 663 – Hasselblad/Kommission; EuGH v. 10.12.1985 – Rs. 260/82, Slg. 1985, 3801 – NSO/Kommission; EuGH v. 28.4.1998 – Rs. C-306/96, Slg. 1998, I-1997 = EuZW 1998, 404 = WuW/E EU-R 57 – Javico/Yves Saint Laurent Parfums; EuGH v. 21.1.1999 – Rs. C-215/96, Slg. 1999, I-135 = EuZW 1999, 212 = WuW/E EU-R 151 – Bagnasco; ausführlich dazu *Schröter/Voet van Vormizeele*, in: *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer*, Art. 101 AEUV Rn. 199 ff.

⁵⁶⁸ *Emmerich*, in: Dausen, H. I. § 2 Rn. 53.

relevanten Markt. Die Spürbarkeit ist zu bejahen, wenn sich der Handel ohne die in Frage stehende Vereinbarung wesentlich anders entwickelt hätte.⁵⁶⁹

b) Die Leitlinien der Kommission zum Begriff der Handelsbeeinträchtigung

- 260 Die Kommission hat am 27. April 2004 *Leitlinien zum Begriff der Handelsbeeinträchtigung* veröffentlicht, in denen sie auch auf dem Begriff der Spürbarkeit eingeht.⁵⁷⁰ Diese Leitlinien gelten sowohl für Art. 101 AEUV als auch für Art. 102 AEUV. Sie haben allerdings lediglich eine verfahrensrechtliche und keine materiellrechtliche Wirkung, so dass zukünftige abweichende Entscheidungen des EuG und des EuGH möglich sind. Die Leitlinien zum Begriff der Handelsbeeinträchtigung enthalten keine Aussagen zu der Frage, was unter einer spürbaren Beeinträchtigung des *Wettbewerbs* im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV zu verstehen ist (Tz. 4). Diese Frage hat die Kommission nämlich bereits in ihrer Bekanntmachung vom 22. Dezember 2001⁵⁷¹ untersucht. Das Kriterium der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist mithin ein eigenständiges, gesondert zu beurteilendes Merkmal (Tz. 12). Beide Komplexe – Wettbewerbsbeschränkung einerseits und Handelsbeeinträchtigung andererseits – stehen aber auch nach Meinung der Kommission nicht völlig zusammenhanglos nebeneinander. Vielmehr können ihrer Ansicht nach die mutmaßlichen aus einer Vereinbarung resultierenden Wettbewerbsbeschränkungen einen deutlichen Hinweis darauf geben, dass die Vereinbarung geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beschränken (Tz. 16).
- 261 Nach den Leitlinien zum Begriff der Handelsbeeinträchtigung ist es nicht erforderlich, dass jeder einzelne Teil der Vereinbarung geeignet ist, den Handel zu beeinträchtigen. Ist die Vereinbarung als Ganzes geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, dann ist das Unionskartellrecht auf die gesamte Vereinbarung anwendbar, einschließlich jener Teile der Vereinbarung, die für sich genommen den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen. (Tz. 14).
- 262 Gemäß Tz. 52 der genannten Bekanntmachung gilt aus der Sicht der Kommission zunächst eine *negative Definition* der Spürbarkeit der Handelsbeeinträchtigung (sog. *NAAT-Regel*, die Abkürzung steht für *No Appreciable Affection of Trade*), die sie an bestimmten Marktanteils- und Umsatzwerten festmacht. Hinsichtlich der Einzelheiten ist auf den Text der Leitlinien zu verweisen.⁵⁷² Diese quantitative NAAT-Regel hat in der Praxis kaum Bedeutung, weil sich die Geeignetheit zur Handelsbeeinträchtigung i. d. R. bereits anhand qualitativer Kriterien eindeutig beurteilen lässt (z. B. wenn das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaats betroffen ist).
- 263 Bei Vereinbarungen, die ihrem Wesen nach geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, da sie beispielsweise Einfuhren und Ausfuhren betreffen oder sich auf mehrere Mitgliedstaaten erstrecken, geht die Kommission gemäß Tz. 53, 1. Satz von einer widerlegbaren *positiven Vermutung* des Inhalts aus, dass diese Beeinträchtigung des Handels spürbar ist, sofern es zu einer der in den Tz. 52 und 54 errechneten Umsatzschwellen kommt. Gleiches gilt gemäß Tz. 53, 2. Satz bei Überschreitung des Schwellenwertes von 5 % Marktanteil. Dies

⁵⁶⁹ *Mestmäcker/Schweitzer*, § 5 Rn. 33.

⁵⁷⁰ Leitlinien zum Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. EG 2004 Nr. C 101, S. 81.

⁵⁷¹ Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis), ABl. EG 2001 Nr. C 368, S. 13.

⁵⁷² S. dazu auch *Hoffmann*, in: Dauses, H.I. § 1 Rn. 38.

gilt gemäß Tz. 53, 3. Satz jedoch dann nicht, wenn sich die Vereinbarung nur auf einen Teil des Mitgliedstaats erstreckt.

III. Die Ersetzung der Einzelfreistellung durch das System der Legalausnahme gem. der VO 1/2003

1. Die frühere Rechtslage unter Geltung der Verordnung Nr. 17/62

Nach Art. 101 Abs. 3 AEUV kann das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV 264 unter bestimmten Voraussetzungen auf wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen (bzw. Gruppen von Vereinbarungen), Beschlüsse (bzw. Gruppen von Beschlüssen) sowie auf aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (bzw. Gruppen von solchen) *für nicht anwendbar erklärt* werden. Das war bis zum 30. April 2004 in verschiedenen Formen möglich:

Zum einen konnte die Kommission für einen konkreten Einzelfall Art. 81 Abs. 1 265 EG für nicht anwendbar erklären, sog. *Einzelfreistellung*. Die Erteilung einer solchen Freistellungsentscheidung im Sinne von Art. 81 Abs. 3 EG richtete sich verfahrensrechtlich nach Art. 9 VO 17/62. Außerdem bestand die Möglichkeit der Erteilung von (nationale Gerichte und Wettbewerbsbehörden bindenden) *Negativattesten* gem. Art. 2 VO 17/62. Vielfach erließ die Kommission aber anstelle förmlicher Freistellungsentscheidung aus Vereinfachungsgründen einen formlosen *comfort letter*, d. h. ein Verwaltungsschreiben mit der Mitteilung, dass sie keinen Anlass zum Einschreiten sehe.

2. Die Rechtslage seit Inkrafttreten der Verordnung Nr. 1/2003 zum 1. Mai 2004

a) Wegfall der Einzelfreistellung

Der Überlastung der Kommission in Bezug auf Freistellungen vom Kartellverbot 266 wird seit dem 1. Mai 2004 durch eine veränderte Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV mittels der Kartellverordnung 1/2003⁵⁷³ Rechnung getragen.⁵⁷⁴ Durch Art. 1 Abs. 2 der VO 1/2003 wird eine *Legalausnahme* für sämtliche Kartelle statuiert, welche die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen, und die danach ohne weiteres erlaubt sind. Einer Einzelfreistellungsentscheidung der Kommission bedarf es seither nicht mehr, denn die betreffenden Vereinbarungen sind vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV *ipso iure* freigestellt. Wie bisher für die Einzelfreistellung notwendig, müssen die vier Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV *kumulativ* erfüllt sein.⁵⁷⁵ Das bedeutet, dass die Vereinbarung (1) zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen muss, (2) die Verbraucher an dem entstehenden Gewinn angemessen beteiligen muss, (3) den beteiligten Unternehmen keine Beschränkungen auferlegen darf, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind und (4) keine Möglichkeit eröffnen darf, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschließen.

⁵⁷³ Verordnung Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG 2003 Nr. L 1, S. 1.

⁵⁷⁴ S. dazu *Hossenfelder/Lutz*, WuW 2003, 118 ff.; *Weitbrecht*, EuZW 2003, 69 ff.; *Bartosch*, EuZW 2001, 101 ff.

⁵⁷⁵ *Mestmäcker/Schweitzer*, § 14 Rn. 3 m. w. N.

- 267 Nach Art. 2 Abs. 1 VO 1/2003 obliegt die Beweislast für die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV demjenigen, der sich darauf beruft. Für das Bußgeldverfahren ist diese Beweislastregel problematisch, weil sie dem Grundsatz *in dubio pro reo* widerspricht. Die deutsche Bundesregierung hat deshalb eine Protokollerklärung abgegeben, wonach sie diese Beweislastregel im nationalen Bußgeldverfahren nicht anwenden will.⁵⁷⁶ Inwieweit die Kommission im europäischen Bußgeldverfahren tatsächlich mit dieser Beweislastregel arbeiten wird bzw. ob die europäischen Gerichte dies trotz der Unschuldsvermutung akzeptieren werden, bleibt abzuwarten. Für das Kartellverwaltungsrecht wird man die Beweislastregel jedenfalls in Bezug auf die materielle Beweislast anwenden können. Im Übrigen muss es ausreichen, wenn das Unternehmen die ihm zu Verfügung stehenden Sachverhaltsinformationen beibringt, die die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV seines Erachtens stützen, so dass die Kommission mit den ihr zur Verfügung stehenden Ermittlungsbefugnissen ggf. weitere Ermittlungen anstellen kann und muss. Hinsichtlich der Beweislastregeln im Kartellzivilprozess sei auf die Darstellung zum deutschen Kartellrecht verwiesen.⁵⁷⁷
- 268 Im Grundsatz kann jede Vereinbarung die genannten Freistellungsvoraussetzungen erfüllen. Die Kommission geht allerdings – mit Recht – davon aus, dass besonders schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen, wie sie beispielsweise in den *schwarzen Klauseln* von Gruppenfreistellungsverordnungen aufgelistet sind bzw. die in den Bekanntmachungen der Kommission als *Kernbeschränkungen* bezeichnet werden, die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV in der Regel nicht erfüllen.⁵⁷⁸

b) Feststellung der Nichtanwendbarkeit gem. Art. 10 VO 1/2003 und Beratungsschreiben

- 269 Diejenigen Unternehmen, die in Bezug auf die Freistellungsfähigkeit einer Vereinbarung Rechtsunsicherheiten bei der Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV oder einer Gruppenfreistellungsverordnung haben, stehen seit dem Inkrafttreten der VO 1/2003 vor dem Dilemma, eine „Selbstveranlagung“ betreffend die Einhaltung der Artt. 101 und 102 AEUV durchführen zu müssen. Das ist nicht zuletzt wegen des Entfallens der Bußgeldimmunität nach Art. 15 Abs. 5 der früheren Kartellverordnung 17/62 bedenklich. Das Problem wird durch die dezentrale Anwendung des Unionskartellrechts eher noch verschärft. Es ist nämlich nicht allein die Kommission dazu verpflichtet, Art. 101 Abs. 3 AEUV in vollem Umfang zu prüfen und anzuwenden, sondern Gleiches gilt nach der Aufgabe des Freistellungsmonopols der Kommission auch für die nationalen Kartellbehörden (s. Art. 5 VO 1/2003) und Gerichte (s. Art. 6 VO 1/2003) – Unterschiede bei der Norminterpretation und -anwendung inbegriffen. Aus alldem ergibt sich insgesamt rechtsstaatlich betrachtet ein bedenklicher Zustand. An dieser Einschätzung hat sich seit dem Erscheinen der ersten Auflage dieses Buches nichts geändert.
- 270 Die Rechtsunsicherheiten der Normadressaten werden immerhin durch verschiedene Umstände etwas abgemildert. Zum einen kann die Kommission gem. Art. 10 VO 1/2003 aus Gründen des öffentlichen Interesses von Amts wegen eine sog. *Posi-*

⁵⁷⁶ Protokollerklärung vom 25.11.2002, MD 75/02, einsehbar auf der Homepage des Bundeswirtschaftsministeriums unter der Rubrik: Wirtschaftspolitik/Wettbewerbspolitik/Europäisches Kartell- und Wettbewerbsrecht.

⁵⁷⁷ S. unten, 2. Teil, § 23 Rn. 51 ff.

⁵⁷⁸ Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. EU 2004 Nr. C 101, S. 97 Rn. 46; *Bechtold/Bosch/Brinker*, Art. 101 AEUV Rn. 150.

tiventscheidung treffen, welche zum Inhalt hat, dass die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. des Art. 102 AEUV nicht vorliegen respektive dass die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind. Zum anderen hat sie durch die „Bekanntmachung über die informelle Beratung bei neuartigen Fragen zu den Artikeln 81 und 82 des Vertrages, die in Einzelfällen auftreten (Beratungsschreiben)“⁵⁷⁹ die Möglichkeit eines *Beratungsschreibens* geschaffen. Schließlich haben die nationalen Kartellbehörden in Deutschland gem. Art. 5 S. 2 VO 1/2003 i. V. m. § 32c S. 1 GWB die Möglichkeit, eine Entscheidung zu treffen, dass für sie kein Anlass zum Tätigwerden besteht (sog. „kleine“ Positiventscheidung); wie sich klarstellend aus § 32c S. 3 GWB ergibt, hat die Entscheidung keine Freistellung von den Verboten des Art. 101 und 102 AEUV zum Inhalt.

IV. Erlass von Gruppenfreistellungsverordnungen durch die Kommission

Die Kommission hat außerdem die Möglichkeit, im Wege der sog. *Gruppenfreistellung* bestimmte Typen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV vom Anwendungsbereich des Kartellverbots des Absatzes 1 ausnehmen. 271

Der Rat hat die Kommission durch die „Verordnung Nr. 19/1965/EWG über die Anwendung von Art. 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen“⁵⁸⁰ dazu ermächtigt, Art. 101 Abs. 1 AEUV durch Verordnung auf bestimmte, einzeln aufgeführte Gruppen von Vereinbarungen für nicht anwendbar zu erklären. Die Kommission hat ihrerseits von dieser Ermächtigung durch spezielle *Gruppenfreistellungsverordnungen* Gebrauch gemacht. Jede Vereinbarung zwischen Unternehmen, die die Voraussetzung einer Gruppenfreistellungsverordnung erfüllt, ist *ipso iure* vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV freigestellt.⁵⁸¹ 272

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass überdies eine individuelle Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht kommt, falls die Voraussetzungen einer EU-Gruppenfreistellungsverordnung nicht gegeben sein sollten. Nach der Rspr. des EuGH besteht kein Anlass, die Bestimmungen, mit denen die Vereinbarungen oder Verhaltensweisen in die Gruppenfreistellung einbezogen werden, weit auszulegen, weil ein Unternehmen stets die Möglichkeit hat, individuell die Anwendbarkeit der Legalausnahme in Art. 101 Abs. 3 AEUV geltend zu machen.⁵⁸² Diese Konstellation ist praktisch geworden für ein *de facto*-Verkaufsverbot im Internet, das im Rahmen selektiver Vertriebsverträge vereinbart worden waren. Nach der Rspr. des EuGH verstieß dieses Verbot gegen Art. 4 lit. c der Vertikal-GVO mit der Folge, dass die Freistellung nach Art. 2 Vertikal-GVO nicht gegeben war.⁵⁸³ Der EuGH entschied, dass auf eine solche Vereinbarung die Legalausnahme in Art. 101 Abs. 3 AEUV individuell anwendbar sein kann, „wenn die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt sind“.⁵⁸⁴ 273

⁵⁷⁹ ABl. EU 2004 Nr. C 101, S. 78.

⁵⁸⁰ ABl. EG 1965 Nr. 36, S. 533.

⁵⁸¹ Die wichtigsten Gruppenfreistellungsverordnungen, insbesondere die Vertikal-GVO 330/2010, werden in diesem Kapitel ab Rn. 301 erläutert.

⁵⁸² EuGH v. 13.11.2011 – Rs. C-439/09, Slg. 2011, I-9419 Tz. 57 = WuW/E EU-R 2163 – Pierre Fabre Dermo-Cosmétique.

⁵⁸³ EuGH, a. a. O. (Fn. 582), Tz. 58 f.

⁵⁸⁴ EuGH, a. a. O. (Fn. 582), Tz. 59.

V. Die einzelnen Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV

274 Art. 101 Abs. 3 AEUV normiert vier kumulative Freistellungs Voraussetzungen, zwei positive und zwei negative.⁵⁸⁵ Diese vier Voraussetzungen, für deren Vorliegen die davon begünstigten Unternehmen beweispflichtig sind,⁵⁸⁶ werden im Folgenden erörtert. Wegen der Einzelheiten sei ergänzend auf die ausführlichen Leitlinien der Kommission zu Art. 81 Abs. 3 EG (jetzt: Art. 101 Abs. 3 AEUV) verwiesen.⁵⁸⁷

1. Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts

275 Art. 101 Abs. 3 AEUV setzt zunächst voraus, dass das Kartell einen Beitrag zur *Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung* oder zur *Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts* leistet. Damit sind *tatsächlich spürbare objektive Vorteile* für die Verbraucher gemeint, welche die mit dem Kartell verbundenen Nachteile deutlich überwiegen müssen (sog. *Effizienzvorteile* oder *Effizienzgewinne*).⁵⁸⁸

276 Siehe dazu die Rspr. des EuG in den Fällen *Langnese/Iglo*⁵⁸⁹ und *Schöller*.⁵⁹⁰

„Die Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung (...) kann nicht schon in jedem Vorteil gesehen werden, der sich aus der Vereinbarung für die Produktions- oder Vertriebstätigkeit der an ihr beteiligten Unternehmen ergibt. Es müssen unter dem Blickwinkel des Ge-

⁵⁸⁵ Eine mustergültige Prüfung, die zur Lektüre empfohlen sei, findet sich in der umfangreichen Fallpraxis der Kommission z.B. in Kommission v. 23.7.2003, Fall COMP/C.2–37.398, ABl. EU 2003 Nr. L 291, S. 25 Tz. 136 ff. – Gemeinsame Vermarktung der gewerblichen Rechte an der UEFA Champions League.

⁵⁸⁶ S. z.B. EuGH v. 7.2.2013 – Rs. C-68/12, ECLI:EU:C:2013:71 Tz. 31 f., 36 = WuW/E EU-R 2644 = NZKart 2013, 146 – Protimonopolný úrad Slovenskej republiky/Slovenská sporiteľňa a. s.: „[Tz. 31] *Damit die in Art. 101 Abs. 3 AEUV genannte Ausnahme zur Anwendung kommt, müssen entsprechend dem Vorbringen der Kommission die vier kumulativen Voraussetzungen erfüllt sein, die in dieser Bestimmung vorgesehen sind. Erstens müssen die Vereinbarungen zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, zweitens müssen sie den Verbraucher an dem entstehenden Gewinn angemessen beteiligen, drittens dürfen den beteiligten Unternehmen keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, und viertens dürfen den beteiligten Unternehmen keine Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren oder Dienstleistungen den Wettbewerb auszuschalten.*

[Tz. 32] *Wer sich auf diese Bestimmung beruft, muss mit überzeugenden Argumenten und Beweisen nachweisen, dass die Voraussetzungen für eine Freistellung erfüllt sind (...).*

[Tz. 36] *Demnach ist Art. 101 Abs. 3 AEUV dahin auszulegen, dass er auf eine nach Art. 101 Abs. 1 AEUV verbotene Vereinbarung nur dann anwendbar ist, wenn das Unternehmen, das sich auf diese Bestimmung beruft, nachgewiesen hat, dass die vier kumulativen Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt sind.*“; so schon EuGH v. 6.10.2009 – Rs. C-501/06 P u. a., Slg. 2009, I-9291 Tz. 82 f. = WuW/E EU-R 1641 – GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission; EuGH v. 11.7.1985 – Rs. 42/84, Slg. 1985, 2545 Tz. 45 – Remia u. a./Kommission.

⁵⁸⁷ ABl. EU 2004 Nr. C 101, S. 97.

⁵⁸⁸ EuGH v. 6.10.2009 – Rs. C-501/06 P u. a., Slg. 2009, I-9291 Tz. 92 = WuW/E EU-R 1641 – GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission; EuGH v. 13.7.1966 – Rs. 56/64 und 58/64, Slg. 1966, 322 Tz. 396 f. – Grundig und Consten; EuG v. 27.2.1992 – T-19/91, Slg. 1992, II-415 Tz. 90 ff. – Vichy/Kommission; EuG v. 15.7.1994 – Rs. T-17/93, Slg. 1994, II-595 Tz. 56 ff. – Matra Hachette/Kommission; EuG v. 8.6.1995 – Rs. T-7/93, Slg. 1995, II-1533 LS 10 – Langnese-Iglo/Kommission; EuG v. 8.6.1995 – Rs. T-9/93, Slg. II-1611 LS 6 – Schöller; *Bechtold/Bosch/Brinker*, Art. 101 AEUV Rn. 153; *Wolf*, in: MüKoEuWettbR, Art. 101 AEUV Rn. 891 f.

⁵⁸⁹ EuG v. 8.6.1995 – Rs. T-7/93, Slg. 1995, II-1533 LS 10 – Langnese-Iglo/Kommission.

⁵⁹⁰ EuG v. 8.6.1995 – Rs. T-9/93, Slg. 1995, II-1611 LS 6 – Schöller.

meinwohls spürbare objektive Vorteile feststellbar sein, die geeignet sind, die mit der Vereinbarung verbundenen Nachteile für den Wettbewerb auszugleichen.“⁵⁹¹

Die (vermuteten) Vor- und Nachteile des Kartells müssen also miteinander verglichen und abgewogen werden. Darlegungs- und beweispflichtig für das Vorliegen sog. *Effizienzgewinne* ist gem. Art. 2 der VO 1/2003 dasjenige Unternehmen, das sich auf sie beruft.⁵⁹² 277

a) Mögliche *Vorteile* des Kartells beziehen sich zunächst auf die Verbesserung der *Warenerzeugung und -verteilung*. Für die Erfüllung dieser Voraussetzung reicht jede Art von ökonomischem Vorteil (d.h. Effizienzgewinn) aus, sofern er objektiv (und nicht nur subjektiv nach den Vorstellungen der Parteien) gegeben ist.⁵⁹³ An einem ökonomischen Vorteil im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV fehlt es jedoch, wenn die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen die Vorteile ohne Kooperation mit anderen Unternehmen herbeiführen könnten.⁵⁹⁴ 278

– Bei der Verbesserung der *Warenerzeugung* geht es um Rationalisierungseffekte im weitesten Sinne,⁵⁹⁵ d.h. um quantitative und qualitative Effizienzgewinne, wie z.B. Kosteneinsparungen, die Verbesserung des Warenangebots und der Produktqualität, die Erschließung neuer Märkte, etc.⁵⁹⁶ Die Rspr. und die Kommission haben – wengleich bloß vereinzelt – sogar nichtwirtschaftliche Umstände wie die Erhaltung von Arbeitsplätzen⁵⁹⁷ und den Schutz der Umwelt⁵⁹⁸ unter dieses Tatbestandsmerkmal subsumiert.⁵⁹⁹ In aller Regel dient das Eingehen der Unionsorgane auf nichtwettbewerbliche Zielsetzungen der zusätzlichen Absicherung des nach Art. 101 Abs. 3 AEUV gefundenen Ergebnisses.⁶⁰⁰ Unerheblich ist, an wel- 279

⁵⁹¹ Ebenso EuG v. 23.10.2003 – Rs. T-65/98, Slg. 2003, II-4653 Tz. 140 – van den Bergh Foods Ltd./Kommission.

⁵⁹² Ausführlich dazu Leitlinien der Kommission zu Art. 81 Abs. 3, ABl. EG 2004 Nr. C 101, S. 8 Tz. 48 ff. (insbesondere Tz. 51).

⁵⁹³ *Bechtold/Bosch/Brinker*, Art. 101 AEUV Rn. 154.

⁵⁹⁴ Kommission v. 21.12.1973, ABl. EG 1974 Nr. L 19, S. 22 (25) – Kali und Salz II; *Bechtold/Bosch/Brinker*, Art. 101 AEUV Rn. 156.

⁵⁹⁵ *Hoffmann*, in: Dausies, H.I. § 2 Rn. 153.

⁵⁹⁶ *Bechtold/Bosch/Brinker*, Art. 101 AEUV Rn. 158; *Wolf*, in: MüKoEuWettbR, Art. 101 AEUV Rn. 920.

⁵⁹⁷ EuGH v. 25.10.1977 – Rs. 26/76, Slg. 1977, 1875 Tz. 43 – Metro/Kommission: „(...) Außerdem stellt der Abschluss von Lieferverträgen für einen angemessenen Zeitraum ein stabilisierendes Element für die Erhaltung von Arbeitsplätzen dar, die unter dem Gesichtspunkt der Verbesserung der allgemeinen Bedingungen der Warenerzeugung gerade unter den Voraussetzungen einer ungünstigen Wirtschaftskonjunktur zu den Zielen gehört, die Artikel 85 Absatz 3 zu verfolgen gestattet.“; EuGH v. 11.7.1985 – Rs. 42/84, Slg. 1985, 2545 Tz. 42 – Remia/Kommission (i.E. allerdings verneinend); EuG v. 15.7.1994 – Rs. T-17/93, Slg. 1994, II-595 Tz. 139 – Matra Hachette/Kommission betreffend die Auswirkungen des streitgegenständlichen Vorhabens „auf die staatlichen Infrastruktureinrichtungen und die Beschäftigung sowie auf die europäische Integration“; s. ferner Kommission v. 23.12.1992, Fall IV/33.814, ABl. EG 1993 Nr. L 20, S. 14 Tz. 36 – Ford/Volkswagen.

⁵⁹⁸ Besonders deutlich Kommission v. 24.1.1999, Fall IV.F.1/36.718 Tz. 55 ff., 63, ABl. 2000 L 187, S. 47 – CECEDE. In dieser Entscheidung bejahte die Kommission eine Freistellung vom europäischen Kartellverbot für ein Übereinkommen mehrerer Waschmaschinenhersteller, welches zum Inhalt hatte, dass die Hersteller künftig keine energieineffizienten Maschinen mehr produzieren. Nach Einschätzung der Kommission führte diese Vereinbarung nicht nur zu wirtschaftlichen Vorteilen in Form von Stromeinsparungen auf Seiten der Verbraucher, sondern auch zu einem erheblichen Umweltnutzen für die Gesellschaft, wobei der Umweltschutz eines der Vertragsziele darstelle.

⁵⁹⁹ S. dazu auch *Pohlmann*, in: FK-KartR Art. 81 Abs. 3 EG Grundfragen Rn. 48, 52; *Everling*, FS U. Huber, 2006, S. 1073 (1092); *W.H. Roth*, FS Mestmäcker, 2006, S. 413 (418).

⁶⁰⁰ Ebenso *Pohlmann*, in: FK-KartR Art. 81 Abs. 3 EG Grundfragen Rn. 56. Beispiel: In der Entscheidung Kommission v. 24.1.1999, Fall IV.F.1/36.718 Tz. 55 ff., 63, ABl. EG 2000 Nr. L 187,

chem Ort innerhalb der Union sich diese Rationalisierungseffekte auswirken. Die Vorteile können daher auch in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen, in dem die an der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung beteiligten Unternehmen ihren Sitz haben, eintreten.⁶⁰¹

- 280 – Bei der Verbesserung der *Warenverteilung* geht es vor allem um eine schnellere oder leichtere gegenseitige Durchdringung der Märkte aufgrund der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung.⁶⁰² S. dazu das Urteil des EuGH in der Rs. **van Landewyck**:⁶⁰³

„(...) Die Zahl der Händler und Marken stellt jedoch nicht unbedingt das wesentliche Kriterium für eine Verbesserung des Vertriebs im Sinne von Artikel 85 Absatz 3 [jetzt Art. 101 Abs. 3 AEUV] dar. Die Qualität eines Vertriebssektors bemisst sich vielmehr vor allem nach seiner geschäftlichen Flexibilität und seiner Fähigkeit, auf die von den Herstellern und den Verbrauchern ausgehenden Anregungen zu reagieren. Was den letztgenannten Aspekt angeht, hängt die Effizienz des Handels unter anderem davon ab, daß dieser seine Bemühungen auf die in den Augen der Verbraucher besten Erzeugnisse konzentriert; ferner bemisst sie sich nach der Fähigkeit des Handels, sich neuen Kaufgewohnheiten anzupassen, die bei den Käufern eventuell erkennbar werden. (...)“ (Klammerzusätze durch Verf.)

- 281 **Beispiel:** In dem Fall **Gemeinsame Vermarktung der gewerblichen Rechte an der UEFA Champions League**⁶⁰⁴ hat die Kommission in Bezug auf die Zentralvermarktung der Champions League-Sportrechte durch die an dem Wettbewerb beteiligten Vereine, nationalen Fußballverbände und die UEFA entschieden, dass die Warenerzeugung und -verteilung verbessert werde, „da ein hochwertiges Markenprodukt geschaffen wird, das wegen des zentralen Vertriebs und der Bündelung von ligaspezifischen Rechtepaketen für Medienunternehmen, Fußballvereine und Verbraucher von Vorteil ist“.⁶⁰⁵ Für diese Bewertung durch die Kommission waren u. a. verschiedene Einzelaspekte wie die „Schaffung eines einheitlichen Ligaprodukts“, die „Vermarktung der Rechtepakete durch eine zentrale Anlaufstelle“ und die „Stärkung des Markenprofils der UEFA Champions League und der einzelnen Vereine“ tragend.

- 282 b) Bei der *Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts* geht es hingegen um die schnellere Entwicklung und Durchsetzung neuer Technologien, d. h. um qualitative Effizienzgewinne, die mit technischen Innovationen sowie mit Forschungs- und Entwicklungskooperationen verbunden sind.⁶⁰⁶ Mit diesem Merkmal wird die Funktion der Unternehmen als Innovationsträger erfasst.⁶⁰⁷ Die Kommission bezeichnet technische und technologische Fortentwicklungen als einen unverzichtbaren und dynamischen Bestandteil des Wirtschaftsgeschehens, die zu bedeutenden Vorteilen in Form neuer und verbesserter Waren und Dienstleistungen führten. Demgemäß subsumiert sie die aus Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen resultierenden Effizienzgewinne zutreffend unter die erste Voraus-

S. 47 – CECED standen neben dem nichtwettbewerblichen Aspekt des *Umweltnutzens für die Gesellschaft* (Tz. 55 ff.) auch die Erzielung von *Energieeffizienzen* (s. Tz. 52 ff.) als wirtschaftliche Aspekte, die bei der Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV unstrittig Berücksichtigung finden können, im Raum.

⁶⁰¹ EuGH v. 17.1.1995 – Rs C-360/92 P, Slg. 1995, I-23 Tz. 29 – Publishers Association/Kommission (= Nettobücher).

⁶⁰² Hoffmann, in: Dausen, H. I. § 2 Rn. 154.

⁶⁰³ EuGH v. 29.10.1980 – verb. Rss. 209/78 bis 215/78 und 218/78, Slg. 1980, 3125 Tz. 184 – van Landewyck/Kommission.

⁶⁰⁴ Kommission v. 23.7.2003, Fall COMP/C.2–37.398, ABl. EU 2003 Nr. L 291, S. 25 Tz. 136 ff. – Gemeinsame Vermarktung der gewerblichen Rechte an der UEFA Champions League.

⁶⁰⁵ A. a. O. (Fn. 604), Tz. 168.

⁶⁰⁶ Hoffmann, in: Dausen, H. I. § 2 Rn. 155.

⁶⁰⁷ So Wolf, in: MüKoEuWettBR, Art. 101 AEUV Rn. 928.