

DE

DE

DE



EUROPÄISCHE KOMMISSION

Brüssel,
SEK(2010) 528

Entwurf

MITTEILUNG DER KOMMISSION

Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit

MITTEILUNG DER KOMMISSION

Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit

(Text von Bedeutung für den EWR)

INHALTSVERZEICHNIS

1.	Einleitung	5
1.1.	Zweck und Anwendungsbereich	5
1.2.	Allgemeine Grundsätze für die Prüfung nach Artikel 101.....	9
1.2.1	Artikel 101 Absatz 1	10
1.2.2.	Artikel 101 Absatz 3	15
1.3.	Aufbau dieser Leitlinien.....	17
2.	Allgemeine Grundsätze für die wettbewerbsrechtliche Würdigung des Informationsaustauschs	17
2.1.	Definition und Anwendungsbereich	17
2.2.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1.....	18
2.2.1.	Grundlegende kartellrechtliche Bedenken	18
2.2.2.	Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung.....	20
2.2.3.	Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen	21
2.3.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3.....	26
2.3.1.	Effizienzgewinne.....	26
2.3.2.	Unerlässlichkeit.....	28
2.3.3.	Weitergabe an die Verbraucher.....	28
2.3.4.	Keine Ausschaltung des Wettbewerbs	28
2.4.	Beispiele.....	28
3.	Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung (FuE)	33
3.1.	Definition	33
3.2.	Relevante Märkte	33
3.3.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1.....	37

3.3.1.	Grundlegende kartellrechtliche Bedenken	37
3.3.2.	Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen	37
3.3.3.	Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen	38
3.4.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3.....	41
3.4.1.	Effizienzgewinne.....	41
3.4.2.	Unerlässlichkeit.....	41
3.4.3.	Weitergabe an die Verbraucher.....	41
3.4.4.	Keine Ausschaltung des Wettbewerbs	41
3.4.5.	Zeitpunkt der Prüfung	41
3.5.	Beispiele	43
4.	Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion	47
4.1.	Definition und Geltungsbereich	47
4.2.	Relevante Märkte	48
4.3.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1.....	49
4.3.1.	Grundlegende kartellrechtliche Bedenken	49
4.3.2.	Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen	49
4.3.3.	Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen	50
4.4.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3.....	54
4.4.1.	Effizienzgewinne.....	54
4.4.2.	Unerlässlichkeit.....	54
4.4.3.	Weitergabe an die Verbraucher.....	55
4.4.4.	Keine Ausschaltung des Wettbewerbs	55
4.5.	Beispiele	56
5.	Einkaufsvereinbarungen.....	62
5.1.	Definition	62
5.2.	Relevante Märkte	63
5.3.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1.....	64
5.3.1.	Grundlegende kartellrechtliche Bedenken	64
5.3.2.	Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen	64
5.3.3.	Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen	65
5.4.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3.....	67

5.4.1.	Effizienzgewinne.....	67
5.4.2.	Unerlässlichkeit.....	67
5.4.3.	Weitergabe an die Verbraucher.....	67
5.4.4.	Keine Ausschaltung des Wettbewerbs	67
5.5.	Beispiele.....	68
6.	Vermarktungsvereinbarungen	71
6.1.	Definition	71
6.2.	Relevante Märkte	72
6.3.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1.....	72
6.3.1.	Grundlegende kartellrechtliche Bedenken	72
6.3.2.	Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen	73
6.3.3.	Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen	73
6.4.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3.....	75
6.4.1.	Effizienzgewinne.....	75
6.4.2.	Unerlässlichkeit.....	76
6.4.3.	Weitergabe an die Verbraucher.....	76
6.4.4.	Keine Ausschaltung des Wettbewerbs	76
6.5.	Beispiele.....	76
7.	Vereinbarungen über Normen.....	80
7.1.	Definition	80
7.2.	Relevante Märkte	81
7.3.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1.....	82
7.3.1.	Grundlegende kartellrechtliche Bedenken	82
7.3.2.	Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen	83
7.3.3.	Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen	84
7.4.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3.....	90
7.4.1.	Effizienzgewinne.....	90
7.4.2.	Unerlässlichkeit.....	90
7.4.3.	Weitergabe an die Verbraucher.....	91
7.4.4.	Keine Ausschaltung des Wettbewerbs	92
7.5.	Beispiele.....	92

1. EINLEITUNG

1.1. Zweck und Anwendungsbereich

1. Diese Leitlinien enthalten die Grundsätze für die Prüfung von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen über horizontale Zusammenarbeit (nachstehend gemeinsam „horizontale Vereinbarungen“ genannt) nach Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (nachstehend „Artikel 101“ genannt). Eine horizontale Zusammenarbeit liegt vor, wenn tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber eine Vereinbarung schließen. Diese Leitlinien gelten auch für horizontale Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern, also z. B. zwischen zwei Unternehmen, die auf demselben Produktmarkt, aber verschiedenen räumlichen Märkten tätig sind, ohne potenzielle Wettbewerber zu sein.
2. Horizontale Vereinbarungen können erheblichen wirtschaftlichen Nutzen bringen, vor allem wenn sie komplementäre Tätigkeiten, Fähigkeiten oder Vermögenswerte zusammenführen. Horizontale Zusammenarbeit kann ein Mittel sein, Risiken zu teilen, Kosten zu sparen, Investitionen zu steigern, Know-how zu bündeln, die Produktqualität und -vielfalt zu verbessern und Innovation zu beschleunigen.
3. Horizontale Vereinbarungen können aber auch zu Wettbewerbsproblemen führen. Dies ist z. B. der Fall, wenn die Parteien vereinbaren, Preise oder Produktionsmengen festzulegen oder Märkte aufzuteilen, oder wenn die Zusammenarbeit die Parteien in die Lage versetzt, Marktmacht zu behalten, zu erlangen oder auszubauen, und sie sich dadurch wahrscheinlich in Bezug auf Preise, Produktionsmenge, Innovation oder Produktvielfalt und -qualität negativ auf den Markt auswirken wird.
4. Während die Kommission anerkennt, dass horizontale Vereinbarungen Nutzen bringen können, muss sie doch dafür sorgen, dass der wirksame Wettbewerb aufrechterhalten bleibt. Artikel 101 ist der rechtliche Rahmen für eine ausgewogene Prüfung, bei der sowohl die wettbewerbsbeschränkenden als auch die wettbewerbsfördernden Auswirkungen berücksichtigt werden.
5. In diesen Leitlinien wird der analytische Rahmen für die üblichsten Formen von horizontalen Vereinbarungen abgesteckt – behandelt werden Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen, Produktionsvereinbarungen einschließlich Zuliefer- und Spezialisierungsvereinbarungen, Einkaufsvereinbarungen, Vermarktungsvereinbarungen, Normenvereinbarungen einschließlich Standardbedingungen und der Informationsaustausch. Dieser Rahmen stützt sich in erster Linie auf rechtliche und wirtschaftliche Kriterien, anhand deren eine horizontale Vereinbarung und das Umfeld, in dem sie geschlossen wird, untersucht werden können. Wirtschaftliche Kriterien wie die Marktmacht der Parteien und andere Merkmale der Marktstruktur sind zentrale Elemente in der Ermittlung der voraussichtlichen Auswirkungen einer horizontalen Vereinbarung und damit für die Prüfung nach Artikel 101.
6. Diese Leitlinien gelten für die üblichsten Formen von horizontalen Vereinbarungen ungeachtet des durch sie bewirkten Integrationsgrads; sie gelten nicht für Vorgänge,

die einen Zusammenschluss im Sinne von Artikel 3 der Fusionskontrollverordnung¹ darstellen (z. B. Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen²).

7. Horizontale Zusammenarbeit kann in unterschiedlichen Arten und Formen vorkommen – angesichts einer solchen Vielfalt und der jeweiligen Marktbedingungen kann in diesen Leitlinien nicht auf jedes mögliche Szenario eingegangen werden. Diese auf rechtlichen und wirtschaftlichen Kriterien beruhenden Leitlinien sollen den Unternehmen als Hilfestellung dienen, wenn sie ihre jeweiligen horizontalen Vereinbarungen auf Vereinbarkeit mit Artikel 101 prüfen. Diese Kriterien sind jedoch nicht als „Checkliste“ zu verstehen, die systematisch in jedem Fall anwendbar ist. Vielmehr muss jeder Fall anhand des jeweiligen Sachverhalts geprüft werden, was eine flexible Anwendung dieser Leitlinien erforderlich macht.
8. Die in diesen Leitlinien dargelegten Kriterien gelten für horizontale Vereinbarungen für Waren und Dienstleistungen (nachstehend gemeinsam „Produkte“ genannt). Diese Leitlinien ergänzen die FuE-Gruppenfreistellungsverordnung³ und die Gruppenfreistellungsverordnung für Spezialisierungsvereinbarungen⁴.
9. Obwohl in diesen Leitlinien auf Kartelle Bezug genommen wird, sind sie nicht als Orientierungshilfe dafür gedacht, was nach der Beschlusspraxis der Kommission und nach Rechtsprechung der Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ein Kartell darstellt und was nicht.
10. Der Begriff „Wettbewerber“ bezeichnet in diesen Leitlinien sowohl tatsächliche als auch potentielle Wettbewerber. Zwei Unternehmen gelten als tatsächliche Wettbewerber, wenn sie auf demselben relevanten Markt tätig sind. Ein Unternehmen gilt als potenzieller Wettbewerber eines anderen Unternehmens, wenn wahrscheinlich ist, dass es ohne die Vereinbarung im Falle eines geringen aber anhaltenden Anstiegs der relativen Preise innerhalb kurzer Zeit die zusätzlichen Investitionen tätigen oder sonstigen Umstellungskosten auf sich nehmen würde, die erforderlich wären, um in den relevanten Markt einzutreten, auf dem das andere Unternehmen tätig ist. Diese Prüfung muss auf hinreichend objektiver Grundlage erfolgen, die rein theoretische Möglichkeit eines Marktzutritts reicht nicht aus⁵.

¹ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. L 24 vom 29.1.2004, S. 1).

² Siehe Artikel 3 Absatz 4 der Fusionskontrollverordnung; zum Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, d. h. eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt, siehe auch Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen, Rdnrn. 91-109 (ABl. C 95 vom 16.4.2008, S. 1).

³ Verordnung (EG) Nr. [...] der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung (ABl. L [...] (nachstehend „FuE-Gruppenfreistellungsverordnung“ genannt)).

⁴ Verordnung (EG) Nr. [...] der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen (ABl. L [...] (nachstehend „Gruppenfreistellungsverordnung für Spezialisierungsvereinbarungen“ genannt)).

⁵ Siehe Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (ABl. C 372 vom 9.12.1997, S. 5, Nummer 24 (nachstehend „Bekanntmachung über die Marktabgrenzung“ genannt); siehe auch Dreizehnter Bericht über die

11. Unternehmen, die Teil ein und desselben „Unternehmens“ im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 sind, werden in diesen Leitlinien nicht als Wettbewerber angesehen. Artikel 101 gilt nur für Vereinbarungen zwischen unabhängigen Unternehmen. Übt eine Gesellschaft („Muttergesellschaft“) bestimmenden Einfluss über eine andere Gesellschaft („Tochtergesellschaft“) aus, so bilden beide ein einzige wirtschaftliche Einheit und sind folglich Teil desselben Unternehmens⁶. Dasselbe gilt für Schwesterunternehmen, d. h. Tochtergesellschaften, über die dieselbe Muttergesellschaft bestimmenden Einfluss ausübt. Sie werden folglich nicht als Wettbewerber angesehen, selbst wenn beide auf demselben relevanten sachlichen und räumlichen Markt tätig sind. Da ein Gemeinschaftsunternehmen eine Einheit mit jeder der Muttergesellschaften bildet, die gemeinsam bestimmenden Einfluss und die Kontrolle über das Gemeinschaftsunternehmen ausüben⁷, gilt Artikel 101 nicht für Vereinbarungen zwischen den Muttergesellschaften und einem solchen Gemeinschaftsunternehmen, sofern die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens dem EU-Wettbewerbsrecht nicht zuwiderlief. Artikel 101 könnte jedoch für Vereinbarungen zwischen den Muttergesellschaften, die nicht das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, gelten sowie für Vereinbarungen zwischen den Muttergesellschaften über die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens.
12. Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die auf unterschiedlichen Ebenen der Produktions- oder Vertriebskette tätig sind, d. h. vertikale Vereinbarungen, sind grundsätzlich von diesen Leitlinien ausgenommen und werden in der Gruppenfreistellungsverordnung über vertikale Beschränkungen⁸ und den Leitlinien für vertikale Beschränkungen⁹ behandelt. Vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, z. B. Vertriebsvereinbarungen, können jedoch ähnliche Auswirkungen auf den Markt haben und ähnliche Wettbewerbsprobleme aufwerfen wie horizontale Vereinbarungen, und müssen deshalb nach den in den vorliegenden Leitlinien beschriebenen Grundsätzen geprüft werden¹⁰. Sollte es notwendig sein,

Wettbewerbspolitik, Nummer 55 und Entscheidung der Kommission in der Sache IV/32.009, *Elopak/Metal Box-Odin* (ABl. L 209 vom 8.8.1990, S. 15).

⁶ Siehe z. B. Rs. C-73/95, *Vihoo*, Slg. 1996, I-5457, Rdnr. 51. Im Falle 100 %iger Tochtergesellschaften kann von bestimmendem Einfluss der Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft ausgegangen werden; siehe z. B. Rs. 107/82, *AEG*, Slg. 1983, S. 3151, Rdnr. 50; Rs. C-286/98 P, *Stora*, Slg. 2000, I-9925, Rdnr. 29; Rs. C-97/08 P, *Akzo*, 2009 (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht), Rdnrn. 60ff. Im Falle mehrerer Muttergesellschaften kann von einem bestimmenden Einfluss ausgegangen werden, wenn die Muttergesellschaften alle Anteile an dem Gemeinschaftsunternehmen kontrollieren und wenn sie den vorliegenden Beweisen zufolge eine gemeinsame Leitungsbefugnis haben, siehe Rs. T-314/01, *Avebe*, Slg. 2006, II-3085, Rdnrn. 138 und 139.

⁷ Vgl. Rs. T-314/01, *Avebe*, Rdnrn. 138 und 139, vgl. auch Fußnote 6. Zum Begriff der Kontrolle siehe Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen, Rdnrn. 11-82, vgl. auch Fußnote 2.

⁸ Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (ABl. L 102 vom 23.4.2010, S. 2).

⁹ ABl. C [...].

¹⁰ Dies gilt nicht, wenn Wettbewerber eine nicht gegenseitige vertikale Vereinbarung treffen und i) der Anbieter zugleich Hersteller und Händler von Waren ist, der Abnehmer dagegen Händler, jedoch kein Wettbewerber auf der Herstellungsebene, oder ii) der Anbieter ein auf mehreren Handelsstufen tätiger Dienstleister ist, der Abnehmer dagegen Waren oder Dienstleistungen auf der Einzelhandelsstufe anbietet und auf der Handelsstufe, auf der er die Vertragsdienstleistungen bezieht, keine mit diesen im Wettbewerb stehenden Dienstleistungen erbringt. Solche Vereinbarungen werden ausschließlich auf der Grundlage der Gruppenfreistellungsverordnung und der Leitlinien für vertikale Vereinbarungen geprüft (siehe Artikel 2 Absatz 4 der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen, vgl. auch Fußnote 8).

solche Vereinbarungen auch nach der Gruppenfreistellungsverordnung und den Leitlinien für vertikale Vereinbarungen zu prüfen, wird dies im jeweiligen Kapitel dieser Leitlinien ausdrücklich festgelegt. Andernfalls sind einzig die folgenden Kapitel dieser Leitlinien anwendbar.

13. Horizontale Vereinbarungen können verschiedene Stufen der Zusammenarbeit betreffen, so z. B. FuE sowie die Produktion und/oder die Vermarktung ihrer Ergebnisse. Auch solche Vereinbarungen fallen in der Regel unter diese Leitlinien. Der „am weitesten vorgelagerte unerlässliche Baustein“ einer solchen integrierten Zusammenarbeit bestimmt darüber, welches Kapitel dieser Leitlinien bei der Prüfung der gesamten fraglichen Vereinbarung als Ausgangspunkt dient. In der Regel werden dann alle Stufen einer solchen integrierten Zusammenarbeit nach dem so ermittelten Kapitel umfassend geprüft. Allerdings werden normalerweise auch die in den Kapiteln über die nachgelagerten Tätigkeiten der integrierten Zusammenarbeit dargelegten wettbewerbsrechtlichen Bedenken und Ausführungen bei der Prüfung dieser Tätigkeiten berücksichtigt. Was die anwendbaren Freistellungen („safe harbours“) angeht, so werden nur diejenigen für die gesamte integrierte Zusammenarbeit gelten, die in dem Kapitel über den „am weitesten vorgelagerten unerlässlichen Baustein“ aufgeführt sind.
14. Ausgangspunkt für die Analyse einer horizontalen Vereinbarung, die sowohl eine gemeinsame FuE als auch die gemeinsame Produktion der Ergebnisse umfasst, wäre somit das Kapitel „Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung“, da es zu der gemeinsamen Produktion nur dann kommt, wenn die gemeinsame FuE erfolgreich verläuft. Dies setzt voraus, dass die Ergebnisse der gemeinsamen FuE für die spätere gemeinsame Produktion maßgeblich sind. Damit kann die FuE-Vereinbarung als der am weitesten vorgelagerte unerlässliche Baustein der Zusammenarbeit betrachtet werden. Die Prüfung würde anders ansetzen, wenn die Parteien die gemeinsame Produktion auf jeden Fall, d. h. ungeachtet der gemeinsamen FuE, vereinbaren. In diesem Fall würden die möglichen wettbewerbswidrigen und wettbewerbsfördernden Auswirkungen der Zusammenarbeit weitgehend die gemeinsame Produktion betreffen, so dass die Vereinbarung nach den Grundsätzen des Kapitels über „Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion“ zu untersuchen wäre.
15. Artikel 101 gilt nur für horizontale Vereinbarungen, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen können. Den nachstehenden Grundsätzen über die Anwendbarkeit von Artikel 101 liegt die Annahme zugrunde, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten durch eine horizontale Vereinbarung erheblich beeinträchtigt werden kann.
16. Die in diesen Leitlinien erläuterte Prüfung nach Artikel 101 erfolgt unbeschadet einer etwaigen parallelen Anwendung des Artikels 102 auf horizontale Vereinbarungen¹¹.
17. Diese Leitlinien lassen die Rechtsprechung des Gerichts und des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Anwendung von Artikel 101 auf horizontale Vereinbarungen unberührt.

¹¹ Siehe Rs. T-51/89, *Tetra Pak I*, Slg. 1990, II-309, Rdnrn. 25ff. und Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen (ABl. C 45 vom 24.2.2009, S. 7, nachstehend „Erläuterungen zu Artikel 82“ genannt).

18. Diese Leitlinien ersetzen die Horizontalen Leitlinien der Kommission von 2001¹² und gelten nicht, wenn wie im Falle bestimmter Vereinbarungen in den Bereichen Landwirtschaft¹³, Verkehr¹⁴ und Versicherungen¹⁵ sektorspezifische Regeln anwendbar sind. Die Kommission wird die Anwendung der FuE-Gruppenfreistellungsverordnung und der Gruppenfreistellungsverordnung für Spezialisierungsvereinbarungen¹⁶ sowie die Anwendung dieser Leitlinien anhand der Informationen, die sie von Marktteilnehmern und nationalen Wettbewerbsbehörden erhält, aufmerksam verfolgen und diese Leitlinien gegebenenfalls im Lichte künftiger Entwicklungen und neuer Erfahrungen anpassen.
19. Die sogenannten „Allgemeinen Leitlinien“¹⁷ enthalten allgemeine Erläuterungen zur Auslegung von Artikel 101. Die vorliegenden Leitlinien sind deshalb durchweg in Verbindung mit den Allgemeinen Leitlinien zu lesen.

1.2. Allgemeine Grundsätze für die Prüfung nach Artikel 101

20. Die Prüfung nach Artikel 101 erfolgt in zwei Schritten. Im ersten Schritt wird nach Artikel 101 Absatz 1 geprüft, ob eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann, einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt oder tatsächliche bzw. potenzielle¹⁸ wettbewerbswidrige Auswirkungen hat. Nach Artikel 101 Absatz 3 werden dann in einem zweiten Schritt, der nur erfolgt, wenn festgestellt wurde, dass eine Vereinbarung im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 wettbewerbsbeschränkend ist, die wettbewerbsfördernden Auswirkungen dieser Vereinbarung ermittelt, die zudem darauf geprüft werden, ob sie gegebenenfalls die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen¹⁹.

¹² Leitlinien der Kommission zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (ABl. C 3 vom 6.1.2001, S. 2).

¹³ Verordnung (EG) Nr. 1184/2006 des Rates zur Anwendung bestimmter Wettbewerbsregeln auf die Produktion landwirtschaftlicher Erzeugnisse und den Handel mit diesen Erzeugnissen (ABl. L 214 vom 4.8.2006, S. 7).

¹⁴ Verordnung (EG) Nr. 487/2009 des Rates zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Luftverkehr (ABl. L 148 vom 11.6.2009, S. 1); Verordnung (EG) Nr. 169/2009 über die Anwendung von Wettbewerbsregeln auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs (ABl. L 61 vom 5.3.2009, S. 1); Verordnung (EG) Nr. 246/2009 des Rates über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Seeschiffahrtsunternehmen (Konsortien) (ABl. L 79 vom 25.3.2009, S. 1); Verordnung (EG) Nr. 823/2000 der Kommission zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Seeschiffahrtsunternehmen (Konsortien) (ABl. L 100 vom 20.4.2000, S. 24), zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 611/2005 der Kommission (ABl. L 101 vom 20.4.2005, S. 10); Leitlinien für die Anwendung von Artikel 81 des EG-Vertrags auf Seeverkehrsdienstleistungen (ABl. C 245 vom 26.9.2008, S. 2).

¹⁵ Verordnung (EU) Nr. 267/2010 der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Versicherungssektor (ABl. L 83 vom 31.3.2010, S. 1).

¹⁶ Vgl. Fußnoten 3 und 4.

¹⁷ Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (ABl. C 101 vom 27.4.2004, S. 97).

¹⁸ Nach Artikel 101 Absatz 1 sind sowohl tatsächliche als auch potenzielle wettbewerbswidrige Auswirkungen verboten, siehe z. B. Rs. C-7/95, *John Deere*, Slg. 1998, I-3111, Rdnr. 77; Rs. C-238/05, *Asnef-Equifax*, Slg. 2006, I-11125, Rdnr. 50.

¹⁹ Siehe verbundene Rs. C-501/06 P et al, *GlaxoSmithKline*, Slg. 2009, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rdnr. 95.

Diese Abwägungsprüfung erfolgt ausschließlich in dem von Artikel 101 Absatz 3 gesteckten Rahmen²⁰. Wenn die wettbewerbsfördernden Auswirkungen die wettbewerbsbeschränkenden nicht überwiegen, ist die betreffende Vereinbarung nach Artikel 101 Absatz 2 automatisch nichtig.

21. In bestimmten Fällen werden Unternehmen von staatlicher Seite ermutigt, horizontale Vereinbarungen zu schließen, um im Wege der Selbstregulierung ein staatspolitisches Ziel zu erreichen. Die Wettbewerbsvorschriften behalten jedoch ihre Gültigkeit, sofern das nationale Recht nicht jede Möglichkeit eines Wettbewerbsverhaltens der betroffenen Unternehmen ausschließt. Mit anderen Worten: Der Umstand, dass nationale Behörden eine horizontale Vereinbarung befürworten, billigen oder unterstützen, bedeutet nicht, dass sie nach Artikel 101 zulässig ist²¹. Nicht wettbewerbsbeschränkend sind Vereinbarungen hingegen, wenn mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften einen rechtlichen Rahmen bilden, der jede Möglichkeit für ein Wettbewerbsverhalten seitens der Parteien ausschließt²². Die betroffenen Unternehmen sind überdies vor jeglichen Konsequenzen eines Verstoßes gegen Artikel 101 geschützt, wenn sie durch ein nationales Gesetz gezwungen werden, sich wettbewerbswidrig zu verhalten²³, oder von den nationalen Behörden durch die Ausübung übermächtigen Drucks zu einem solchen Verhalten veranlasst werden²⁴. Jeder Fall muss nach Faktenlage und anhand der nachstehend dargelegten Grundsätze geprüft werden.

1.2.1 Artikel 101 Absatz 1

22. Artikel 101 Absatz 1 verbietet alle Vereinbarungen, die eine Wettbewerbsbeschränkung²⁵ bezwecken oder bewirken.

i) Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen

23. Eine *bezweckte* Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn die Beschränkung ihrem Wesen nach geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken. Weitere Erläuterungen zum Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung enthalten die Allgemeinen Leitlinien²⁶.

²⁰ Rs. T-65/98, *Van den Bergh Foods*, Slg. 2003, II-4653, Randnr. 107. Rs. T-112/99, *Métropole télévision (M6) und andere*, Slg. 2001, II-2459, Rdnr. 74. In der Rs. T-328/03, *O2*, Slg. 2006, II-1231, Rdnrn. 69 ff. befand das Gericht erster Instanz (jetzt: das Gericht), dass die wettbewerbsfördernden und die wettbewerbswidrigen Aspekte einer Beschränkung nur im Rahmen von Artikel 101 Absatz 3 gegeneinander abgewogen werden dürfen.

²¹ Siehe Rs. C-198/01, *CIF*, Slg. 2003, I-8055, Rdnrn. 56-58; verbundene Rs. T-217/03 und T-245/03, *French Beef*, Slg. 2006, II-4987, Rdnr. 92; Rs. T-7/92, *Asia Motor France II*, Slg. 1993, II-669, Rdnr. 71; und Rs. T-148/89, *Tréfilunion*, Slg. 1995, II-1063, Rdnr. 118.

²² Diese Möglichkeit wurde eng ausgelegt; siehe z. B. die verbundene Rs. 209/78 et al., *Van Landewyck*, Slg. 1980, S. 3125, Rdnrn. 130-134; verbundene Rs. 240/82 et al., *Stichting Sigarettenindustrie*, Slg. 1985, S. 3831, Rdnrn. 27-29; verbundene Rs. C-359/95 P und C-379/95 P, *Ladbroke Racing*, Slg. 1997, I-6265, Rdnr. 33 ff..

²³ Dies gilt jedenfalls, bis eine Entscheidung, das betreffende nationale Gesetz nicht mehr anzuwenden, erlassen wird und Bestandskraft erlangt hat; siehe Rs. C-198/01, *CIF*, Rdnrn. 54 ff., vgl. auch Fußnote 21.

²⁴ Siehe Rs. C-198/01, *CIF*, Rdnrn. 54 ff., vgl. auch Fußnote 21; Rs. T-387/94, *Asia Motor France III*, Slg. 1996, II-961, Rdnr. 65.

²⁵ Für die Zwecke dieser Leitlinien ist unter „Wettbewerbsbeschränkung“ auch die Verhinderung und Verfälschung des Wettbewerbs zu verstehen.

²⁶ Vgl. Fußnote 17.

ii) Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen

24. Wenn eine horizontale Vereinbarung keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, ist zu prüfen, ob sie spürbare wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat. Dabei sind die tatsächlichen wie auch die potenziellen Auswirkungen zu berücksichtigen. Es muss also zumindest wahrscheinlich sein, dass eine Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat.
25. Eine Vereinbarung hat dann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1, wenn sie eine tatsächliche oder wahrscheinliche spürbare negative Auswirkung auf mindestens einen Wettbewerbsparameter des Marktes (z. B. Preis, Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt, Innovation) hat. Vereinbarungen können solche Auswirkungen haben, wenn sie den Wettbewerb zwischen den Parteien der Vereinbarung oder zwischen einer der Parteien und Dritten spürbar verringern. Die Vereinbarung muss die Parteien – entweder durch in der Vereinbarung festgelegte Pflichten, die das Marktverhalten von mindestens einer Partei regeln, oder durch Einflussnahme auf das Marktverhalten mindestens einer Partei durch Veränderung ihrer Anreize – in ihrer Entscheidungsfreiheit einschränken²⁷.
26. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen auf den relevanten Markt sind dann wahrscheinlich, wenn die Parteien aufgrund der Vereinbarung in der Lage wären, gewinnbringend den Preis zu erhöhen oder Produktionsmenge, Innovation, Produktqualität oder Produktvielfalt zu reduzieren. Dies wird von mehreren Faktoren abhängen, so z. B. von Art und Inhalt der Vereinbarung, inwieweit die Parteien einzeln oder gemeinsam einen gewissen Grad an Marktmacht haben oder erlangen und die Vereinbarung zur Begründung, Erhaltung oder Stärkung dieser Marktmacht beiträgt oder es den Parteien ermöglicht, ihre Marktmacht auszunutzen. Von einem Vorliegen wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen ist dann auszugehen, wenn sie hinreichend wahrscheinlich sind.
27. Ob eine horizontale Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 hat, ist vor dem Hintergrund des tatsächlichen rechtlichen und wirtschaftlichen Umfelds zu prüfen, in dem der Wettbewerb ohne die Vereinbarung und sämtliche damit mutmaßlich verbundenen Beschränkungen stattfindet, d. h. ohne die zum Zeitpunkt der Prüfung bestehende Vereinbarung (falls diese bereits umgesetzt wird) bzw. ohne die geplante Vereinbarung (wenn sie noch nicht umgesetzt ist). Zum Nachweis tatsächlicher oder potenzieller wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen muss also der Wettbewerb zwischen den Parteien und der Wettbewerb seitens Dritter berücksichtigt werden, insbesondere der tatsächliche oder potenzielle Wettbewerb, der ohne die Vereinbarung stattgefunden hätte. Nicht berücksichtigt werden bei diesem Vergleich etwaige durch die Vereinbarung erzeugte potenzielle Effizienzgewinne, da diese nur bei der Prüfung nach Artikel 101 Absatz 3 untersucht werden.
28. Folglich werden horizontale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die das Projekt oder die Tätigkeit, die Gegenstand der Vereinbarung sind, nicht unabhängig

²⁷ Siehe Rs. C-7/95 P, *John Deere*, Rdnr. 88, vgl. auch Fußnote 18; Rs. C-238/05, *Asnef-Equifax*, Rdnr. 51, vgl. auch Fußnote 18.

voneinander durchführen könnten, normalerweise keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 haben, es sei denn, sie hätten das Projekt mit weniger spürbaren Wettbewerbsbeschränkungen durchführen können.

29. Allgemeine Erläuterungen zum Begriff der bewirkten Wettbewerbsbeschränkung befinden sich in den Allgemeinen Leitlinien²⁸. Die folgenden Abschnitte enthalten weitere Ausführungen zur Prüfung horizontaler Vereinbarungen.

Horizontale Vereinbarungen und horizontale Zusammenschlüsse

30. Die Analyse horizontaler Vereinbarungen und die Analyse horizontaler Zusammenschlüsse haben einige Elemente gemein, was die potenziellen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen insbesondere von Gemeinschaftsunternehmen angeht. Häufig ist die Trennungslinie zwischen Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen, die unter die Fusionskontrollverordnung²⁹ fallen, und Nichtvollfunktionsgemeinschaftsunternehmen, die nach Artikel 101 geprüft werden, haarfein, und ihre Auswirkungen können recht ähnlich sein.

Art und Inhalt der Vereinbarung

31. Art und Inhalt einer Vereinbarung ergeben sich unter anderem aus dem Gebiet und Zweck der Zusammenarbeit, der Wettbewerbsbeziehung zwischen den Parteien und dem Umfang, in dem sie ihre Tätigkeiten zusammenlegen. Diese Faktoren bestimmen, in welcher Hinsicht eine horizontale Vereinbarung wettbewerbsrechtlich bedenklich sein könnte.
32. Horizontale Vereinbarungen können den Wettbewerb in unterschiedlicher Weise beschränken. Die Vereinbarung kann
- exklusiv sein, weil sie z. B. infolge vertraglicher Verpflichtungen die Möglichkeiten der Parteien einschränkt, als unabhängige Wirtschaftsbeteiligte oder als Partei anderer konkurrierender Vereinbarungen miteinander oder mit Dritten zu konkurrieren;
 - die Parteien verpflichten, Vermögenswerte in einem solchen Umfang einzubringen, dass ihre Entscheidungsfreiheit spürbar beeinträchtigt wird, oder
 - die finanziellen Interessen der Parteien in einer Weise berühren, dass ihre Entscheidungsfreiheit spürbar beeinträchtigt wird. Sowohl die Finanzbeteiligungen im Rahmen der Vereinbarung als auch die Finanzbeteiligungen an anderen Parteien der Vereinbarung sind für die Prüfung von Belang.
33. Eine mögliche Folge solcher Vereinbarungen ist, dass der Wettbewerb zwischen den Parteien der Vereinbarung zurückgeht. Die Wettbewerber könnten sich zudem die Tatsache, dass der Wettbewerbsdruck aufgrund der Vereinbarung abnimmt, zunutze machen und möglicherweise gewinnbringend ihre Preise erhöhen. Der Rückgang dieses Wettbewerbsdrucks kann zu Preissteigerungen auf dem relevanten Markt

²⁸ Vgl. Fußnote. 17.

²⁹ Vgl. Fußnote 1.

führen. Für die wettbewerbsrechtliche Würdigung der Vereinbarung ist es wichtig, ob die Parteien der Vereinbarung hohe Marktanteile haben, ob sie in engem Wettbewerb stehen, ob die Möglichkeiten der Kunden, den Anbieter zu wechseln, begrenzt sind, wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, dass die Wettbewerber ihr Angebot erhöhen, sollten die Preise steigen, und ob eine der Parteien der Vereinbarung ein wichtiger Wettbewerber ist.

34. Eine horizontale Vereinbarung kann auch
- zur Offenlegung sensibler Geschäftsinformationen führen und damit die Wahrscheinlichkeit einer Koordinierung zwischen den Parteien innerhalb oder außerhalb des Bereichs der Zusammenarbeit erhöhen und/oder
 - eine spürbare Angleichung der Kosten bewirken, so dass die Parteien Marktpreise und Produktion leichter koordinieren können. Dies wäre denkbar, wenn auf den Bereich der Zusammenarbeit (z. B. Produktion oder Einkauf) ein hoher Anteil der variablen Kosten auf einen bestimmten Markt entfällt und die Parteien ihre Tätigkeiten im Bereich der Zusammenarbeit in erheblichem Umfang zusammenlegen. Dies könnte z. B. der Fall sein, wenn sie ein wichtiges Zwischenprodukt oder einen Großteil ihres Gesamtoutputs eines Endprodukts gemeinsam herstellen bzw. einkaufen.
35. Eine horizontale Vereinbarung kann also die Entscheidungsfreiheit der Parteien einschränken und folglich die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass Unternehmen ihr Verhalten koordinieren, um ein Kollusionsergebnis zu erzielen; sie kann aber auch Unternehmen, die schon vorher koordinierten, die Koordinierung erleichtern und Stabilität und Wirksamkeit der Koordinierung erhöhen, indem sie die Koordinierung entweder festigt oder es den Parteien ermöglicht, noch höhere Preise zu verlangen.
36. Einige horizontale Vereinbarungen, z. B. Produktionsvereinbarungen oder Normenvereinbarungen, können auch Anlass zu Bedenken wegen möglicher wettbewerbswidriger Marktverschließung gegenüber Wettbewerbern geben.

Marktmacht und andere Markteigenschaften

37. Marktmacht ist die Fähigkeit, die Preise über einen gewissen Zeitraum hinweg gewinnbringend oberhalb des Wettbewerbsniveaus oder die Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt bzw. Innovation für einen gewissen Zeitraum gewinnbringend unterhalb des Wettbewerbsniveaus zu halten.
38. Auf Märkten mit Fixkosten müssen die Unternehmen ihre Preise oberhalb der variablen Produktionskosten festsetzen, um eine wettbewerbsfähige Investitionsrendite zu erzielen. Die Tatsache an sich, dass Unternehmen ihre Preise oberhalb der variablen Kosten festsetzen, ist daher noch kein Hinweis darauf, dass der Wettbewerb auf dem jeweiligen Markt nicht gut funktioniert und Unternehmen über genügend Marktmacht verfügen, um die Preise oberhalb des Wettbewerbsniveaus festzusetzen. Marktmacht im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 liegt dann vor, wenn der Wettbewerbsdruck nicht ausreicht, um Preise, Produktionsmenge, Innovation sowie Produktqualität und -vielfalt auf Wettbewerbsniveau zu halten.

39. Die Begründung, Erhaltung oder Stärkung von Marktmacht kann sich aus einer Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Parteien einer Vereinbarung ergeben. Sie kann auch die Folge reduzierten Wettbewerbs zwischen einer Partei und Dritten sein, weil die Vereinbarung zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung gegenüber Wettbewerbern führt oder die Kosten der Wettbewerber erhöht und damit ihre Fähigkeit begrenzt, mit den Vertragsparteiern wirksam in den Wettbewerb zu treten.
40. Marktmacht ist ein graduelles Phänomen. Das Maß an Marktmacht, ab dem Vereinbarungen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken, gegen Artikel 101 Absatz 1 verstoßen, ist geringer als das – beträchtliche – Maß an Marktmacht, ab dem eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 102 festgestellt werden kann.
41. Ausgangspunkt für die Untersuchung der Marktmacht ist die Stellung der Parteien in den von der Zusammenarbeit betroffenen Märkten. Hierzu müssen die relevanten Märkte anhand der in der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes³⁰ verwendeten Methode abgegrenzt werden. Für bestimmte Arten von Märkten (z. B. Einkaufs- oder Technologiemarkte) enthalten diese Leitlinien zusätzliche Regeln.
42. Ist der gemeinsame Marktanteil der Parteien niedrig³¹, ist es unwahrscheinlich, dass die horizontale Vereinbarung wettbewerbswidrige Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 haben wird, und eine weitere Untersuchung in der Regel nicht erforderlich. Wenn eine von nur zwei Parteien einen unbedeutenden Marktanteil hält und nicht über bedeutende Ressourcen verfügt, dann ist in der Regel auch ein hoher gemeinsamer Marktanteil nicht als Anzeichen für eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung am Markt zu werten³². Angesichts der Vielzahl unterschiedlicher horizontaler Vereinbarungen und der von ihnen je nach Marktverhältnissen verursachten Wirkungen ist es kaum möglich, eine allgemein verbindliche Marktanteilsschwelle zu nennen, oberhalb derer davon ausgegangen werden kann, dass die Marktmacht ausreicht, um wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen zu verursachen.
43. Je nach Marktstellung der Parteien und Konzentration des Marktes sind auch andere Faktoren wie die langfristige Stabilität der Marktanteile, Marktzutrittschranken, die Wahrscheinlichkeit eines Marktzutritts sowie die Nachfragemacht der Abnehmer/Anbieter zu berücksichtigen.
44. Normalerweise legt die Kommission bei ihrer wettbewerbsrechtlichen Prüfung die aktuellen Marktanteile zugrunde³³. Vor dem Hintergrund eines Austritts, Zutritts oder der Expansion auf dem relevanten Markt können jedoch auch hinreichend

³⁰ Bekanntmachung über die Marktabgrenzung, vgl. Fußnote 5.

³¹ Wann ein „gemeinsamer Marktanteil“ als „niedrig“ anzusehen ist, richtet sich nach der Art der untersuchten Vereinbarung; die jeweils anzuwendenden Schwellen sind den jeweiligen Kapiteln dieser Leitlinien zu entnehmen und generell der Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag nicht spürbar beschränken, sogenannte „De-Minimis-Bekanntmachung“ (ABl. C 368 vom 22.12.2001, S. 13).

³² Sind mehr als zwei Parteien beteiligt, muss der gemeinsame Marktanteil aller kooperierenden Wettbewerber beträchtlich höher sein als der Marktanteil des größten unter ihnen.

³³ Zur Berechnung der Marktanteile siehe die Bekanntmachung über die Marktabgrenzung. Nummern 54 und 55, vgl. auch Fußnote 5.

gesicherte künftige Entwicklungen berücksichtigt werden. Die Verwendung historischer Daten bietet sich an, wenn die Marktanteile in der Vergangenheit stark schwankten, z. B. wenn der Markt durch seltene Großaufträge gekennzeichnet ist. Die bisherige Entwicklung der Marktanteile kann nützliche Informationen über den Wettbewerbsprozess und die voraussichtliche künftige Bedeutung der einzelnen Wettbewerber liefern, weil sie beispielsweise Auskunft darüber gibt, ob Unternehmen Marktanteile gewonnen oder verloren haben. Die Kommission bewertet die Marktanteile grundsätzlich im Kontext der wahrscheinlichen Marktbedingungen, berücksichtigt also z. B., ob der Markt sehr dynamisch oder die Marktstruktur aufgrund von Innovation oder Wachstum instabil ist.

45. Ist ein Marktzutritt relativ leicht möglich, ist normalerweise nicht zu erwarten, dass eine Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat. Damit ein Marktzutritt genügend Wettbewerbsdruck auf die Parteien einer Vereinbarung ausübt, muss er nachweislich wahrscheinlich sein, sowie zeitnah und in ausreichendem Maße erfolgen können, um potenzielle wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen der Vereinbarungen zu verhindern oder aufzuheben. Die Analyse des Marktzutritts kann durch bestehende Vereinbarungen beeinflusst werden. Die wahrscheinliche oder mögliche Beendigung einer Vereinbarung kann sich auf die Wahrscheinlichkeit eines Marktzutritts auswirken.

1.2.2. Artikel 101 Absatz 3

46. Die Prüfung bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen nach Artikel 101 Absatz 1 ist lediglich eine Seite der Untersuchung. Die andere Seite ist die Prüfung der wettbewerbsfördernden Auswirkungen wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 3. Wird im Einzelfall eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 nachgewiesen, kann Artikel 101 Absatz 3 geltend gemacht werden. Gemäß Artikel 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003³⁴ obliegt die Beweislast den Unternehmen, die sich auf die Ausnahmeregelung nach Artikel 101 Absatz 3 berufen. Die von den Unternehmen vorgetragenen Sachargumente und vorgelegten Beweise müssen es deshalb der Kommission ermöglichen, zu der Überzeugung zu gelangen, dass das Eintreten eines objektiven Vorteils für den Wettbewerb hinreichend wahrscheinlich oder aber nicht hinreichend wahrscheinlich ist³⁵.
47. Die Ausnahmeregelung von Artikel 101 Absatz 3 gilt nur, wenn zwei positive und zwei negative Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:
- Die Vereinbarung trägt zur Verbesserung der Warenproduktion bzw. des Warenvertriebs oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts bei, d. h., sie führt zu Effizienzgewinnen.
 - Die Beschränkungen sind unerlässlich, um diese Ziele, d. h. die Effizienzgewinne, zu erreichen.

³⁴ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. L 1 vom 4.1.2003, S. 1), nachstehend „Verordnung 1/2003“ genannt.

³⁵ Siehe z. B. verbundene Rs. C-501/06 P et al., *GlaxoSmithKline*, Rdnrn. 93-95, vgl. auch Fußnote 19.

- Die Verbraucher werden angemessen an dem entstehenden Gewinn beteiligt, d. h., die durch die unerlässlichen Beschränkungen erreichten Effizienzgewinne müssen in ausreichendem Maße an die Verbraucher weitergegeben werden. Es genügt folglich nicht, wenn nur den Parteien der Vereinbarung Effizienzgewinne entstehen. Für die Zwecke dieser Leitlinien bezeichnet der Begriff „Verbraucher“ alle potenziellen bzw. tatsächlichen Kunden der Parteien der Vereinbarung.
 - Die Vereinbarung eröffnet den Parteien nicht die Möglichkeit, für einen wesentlichen Teil der betroffenen Produkte den Wettbewerb auszuschalten.
48. Sind diese vier Voraussetzungen erfüllt, kann davon ausgegangen werden, dass die wettbewerbsfördernden Auswirkungen der Vereinbarung deren wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen überwiegen und damit für die Verbraucher ein Ausgleich für die nachteiligen Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung geschaffen wird.
49. Im Bereich der horizontalen Vereinbarungen gibt es Gruppenfreistellungsverordnungen nach Artikel 101 Absatz 3 für Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen³⁶ und für Spezialisierungsvereinbarungen (einschließlich gemeinsamer Produktion)³⁷. Diese Gruppenfreistellungsverordnungen basieren auf der Annahme, dass aus der Zusammenlegung komplementärer Fähigkeiten oder Vermögenswerte im Rahmen von Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen oder Spezialisierungsvereinbarungen erhebliche Effizienzgewinne gewonnen werden können. Dies kann auch bei anderen Arten horizontaler Vereinbarungen der Fall sein. Bei der Analyse der Effizienzgewinne einer Vereinbarung nach Artikel 101 Absatz 3 geht es folglich vor allem darum festzustellen, welche komplementären Fähigkeiten und Vermögenswerte jede Partei in die Vereinbarung einbringt, und zu prüfen, ob die entstehenden Effizienzgewinne die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllen.
50. Aus horizontalen Vereinbarungen können sich in verschiedener Weise Komplementaritäten ergeben. Im Rahmen einer Forschungs- und Entwicklungsvereinbarung können verschiedene Forschungskapazitäten zusammengelegt werden, so dass die Parteien bessere Produkte billiger produzieren und die Zeit bis zur Marktreife verkürzen können. Eine Produktionsvereinbarung kann den Parteien Größen- oder Verbundvorteile ermöglichen, die sie einzeln nicht erreichen könnten.
51. Sehen horizontale Vereinbarungen keine Zusammenlegung komplementärer Fähigkeiten oder Vermögenswerte vor, sind Effizienzgewinne zugunsten der Verbraucher weniger wahrscheinlich. Derartige Vereinbarungen können die Duplizierung bestimmter Kosten mindern, z. B. indem bestimmte Fixkosten vermieden werden. Allerdings ist es generell weniger wahrscheinlich, dass Einsparungen bei den Fixkosten an die Verbraucher weitergegeben werden als Einsparungen bei den variablen oder den Grenzkosten.

³⁶ FuE-Gruppenfreistellungsverordnung, vgl. auch Fußnote 3.

³⁷ Gruppenfreistellungsverordnung für Spezialisierungsvereinbarungen, vgl. auch Fußnote 4.

52. Weitere Erläuterungen zur Anwendung der Kriterien von Artikel 101 Absatz 3 durch die Kommission enthalten die Allgemeinen Leitlinien³⁸.

1.3. Aufbau dieser Leitlinien

53. Im folgenden Kapitel werden zunächst einige allgemeine Grundsätze für die wettbewerbsrechtliche Würdigung des Informationsaustauschs dargelegt, die für alle Arten von horizontalen Vereinbarungen gelten, die einen Informationsaustausch beinhalten. Die danach folgenden Kapitel sind jeweils einer Art von horizontaler Vereinbarung gewidmet. In jedem dieser Kapitel werden der in Abschnitt 1.2 dargelegte analytische Rahmen sowie die für den Informationsaustausch dargelegten allgemeinen Grundsätze auf die jeweilige Art von Zusammenarbeit angewandt.

2. ALLGEMEINE GRUNDSÄTZE FÜR DIE WETTBEWERBSRECHTLICHE WÜRDIGUNG DES INFORMATIONSAUSTAUSCHS

2.1. Definition und Anwendungsbereich

54. Dieses Kapitel dient als Anleitung für die wettbewerbsrechtliche Prüfung des Informationsaustauschs. Es gibt unterschiedliche Formen des Informationsaustauschs: den direkten Datenaustausch zwischen Wettbewerbern, den Austausch über eine gemeinsame Einrichtung (z. B. Wirtschaftsverband), über eine dritte Partei³⁹ oder durch Veröffentlichung⁴⁰.
55. Ein Informationsaustausch kann nur dann nach Artikel 101 geprüft werden, wenn er eine Vereinbarung, eine abgestimmte Verhaltensweise oder einen Beschluss einer Unternehmensvereinigung begründet oder Teil davon ist.
56. Nach Rechtsprechung des EuGH bezeichnet das Konzept der abgestimmten Verhaltensweise eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen, die zwar noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrags im eigentlichen Sinn gediehen ist, jedoch bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt⁴¹. Wenn keine Vereinbarung über Informationsaustausch vorliegt, wird im Einzelfall zu prüfen sein, ob eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt oder ob z. B. die regelmäßige Verbreitung von Informationen durch ein Unternehmen tatsächlich eine einseitige Handlung ist, die nicht unter Artikel 101 Absatz 1 fällt⁴².

³⁸ Vgl. Fußnote 17.

³⁹ Ein Informationsaustausch über Dritte kann z. B. den indirekten Austausch von Informationen über Marktforschungsorganisation oder über Zulieferer und Einzelhändler der Parteien beinhalten.

⁴⁰ Als Veröffentlichung anzusehen wären ein Austausch strategischer Informationen zwischen einer Gruppe von Wettbewerbern z. B. über eine gemeinsame Website oder die Veröffentlichung strategischer Antworten auf Ankündigungen von Wettbewerbern (und Änderungen eigener Ankündigungen), die sich letztlich als Strategie zur Verständigung über die Koordinierungsmodalitäten erweisen könnten.

⁴¹ Siehe z. B. Rs. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009, Bd. I, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rdnr. 26; verbundene Rs. C-89/85 et al., *Wood Pulp*, Slg. 1993, S. 1307, Rdnr. 63.

⁴² Es kann jedoch durchaus eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegen, wenn nur ein Unternehmen Informationen offenlegt und andere Unternehmen diese akzeptieren. Siehe z. B. verbundene Rs. T-25/95 etc., *Cimenteries CBR et al./Kommission*, Slg. 2000, II-491, Rdnr. 1849: „[...] dass der Begriff

57. Informationen werden in verschiedensten Zusammenhängen ausgetauscht. So gibt es Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und abgestimmte Verhaltensweisen bezüglich des Informationsaustauschs, deren wichtigste wirtschaftliche Funktion im Informationsaustausch selbst liegt (z. B. Austausch von Sterbetafeln). Ein Informationsaustausch kann aber auch Teil einer anderen Art der horizontalen Vereinbarung sein (z. B. Austausch bestimmter Kosteninformationen zwischen den Parteien einer Produktionsvereinbarung). Die letztgenannte Art des Informationsaustauschs sollte dann in Verbindung mit der jeweiligen horizontalen Vereinbarung geprüft werden.
58. Informationsaustausch ist häufig wettbewerbsfördernd, denn er kann beispielsweise zur Intensivierung des Wettbewerbs oder zu beträchtlichen Effizienzgewinnen führen. In Situationen hingegen, in denen der Austausch von Marktinformationen Unternehmen Aufschluss über die Marktstrategien ihrer Wettbewerber geben könnte, sind wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen zu befürchten⁴³. Das Wettbewerbsergebnis des Informationsaustauschs richtet sich nach den Eigenschaften des Marktes (z. B. Konzentration, Transparenz, Stabilität, Komplexität), auf dem er stattfindet, und nach der Art der ausgetauschten Informationen, da sich dadurch das Umfeld des relevanten Marktes so verändern kann, dass er koordinierungsanfällig wird.
59. Die Verbreitung von Informationen unter den Wettbewerbern kann eine Vereinbarung, eine abgestimmte Verhaltensweise oder einen Beschluss einer Unternehmensvereinigung mit dem Zweck der Preisfestsetzung oder der Aufteilung von Märkten oder Kunden darstellen. Solche Arten des Informationsaustauschs werden aller Wahrscheinlichkeit nach untersucht und letztlich als Kartell mit Geldbußen belegt werden⁴⁴. Ein Informationsaustausch kann zudem die Durchführung eines Kartells erleichtern, indem er die Unternehmen in die Lage versetzt zu beobachten, ob die Kartellmitglieder sich an die vereinbarten Modalitäten halten. Diese Arten des Informationsaustauschs werden in Verbindung mit dem Kartell geprüft⁴⁵.

2.2. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1

2.2.1. Grundlegende kartellrechtliche Bedenken

60. Für Fälle, in denen das Vorliegen einer Vereinbarung, einer abgestimmten Verhaltensweise oder eines Beschlusses einer Unternehmensvereinigung nachgewiesen wurde, werden in den folgenden Abschnitten die wichtigsten kartellrechtlichen Bedenken in Bezug auf den Informationsaustausch dargelegt.

der abgestimmten Verhaltensweise tatsächlich die Existenz gegenseitiger Kontakte voraussetzt. [...] Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein Konkurrent seine Absichten oder sein künftiges Verhalten auf dem Markt einem anderen auf dessen Wunsch mitteilt oder dieser die Mitteilung zumindest akzeptiert.“

⁴³ Siehe Rs. C-7/95 P, *John Deere*, Rdnr. 88, vgl. auch Fußnote 18.

⁴⁴ Für die Feststellung, dass eine abgestimmte Maßnahme einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt, ist ein unmittelbarer Zusammenhang mit den Verbraucherpreisen nicht unbedingt erforderlich; siehe Rs. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Rdnr. 39, vgl. auch Fußnote 41.

⁴⁵ Wie bereits in Randnummer 9 dargelegt, sind diese Leitlinien, auch wenn gelegentlich auf Kartelle Bezug genommen wird, nicht als Orientierungshilfe dafür gedacht, was nach der Beschlusspraxis der Kommission und nach Rechtsprechung des Gerichts und des Gerichtshofs der Europäischen Union ein Kartell darstellt und was nicht.

Kollusionsergebnis

61. Indem der Austausch sensibler (d. h. strategisch nützlicher) Geschäftsinformationen die Transparenz auf dem Markt erhöht, kann er zu koordiniertem (d. h. abgestimmtem) Wettbewerbsverhalten der Unternehmen führen und letztlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben. Dies kann auf unterschiedliche Weise geschehen.
62. Denkbar ist erstens, dass Unternehmen sich durch den Austausch von Informationen auf Koordinierungsmodalitäten verständigen, was auf dem Markt zu einem Kollusionsergebnis führen kann. Der Informationsaustausch kann dazu beitragen, dass Unternehmen ähnliche Erwartungen hinsichtlich der Unsicherheiten auf dem Markt entwickeln. Auf dieser Grundlage können die Unternehmen sich dann auf die Modalitäten der Koordinierung ihres Wettbewerbsverhaltens verständigen, ohne die Koordinierung ausdrücklich vereinbaren zu müssen. Vor allem der Austausch von Informationen über geplantes künftiges Verhalten dürfte Unternehmen eine solche Verständigung ermöglichen. Aber auch Informationen über gegenwärtiges Verhalten, die Aufschluss über das geplante künftige Verhalten geben, können in diesem Zusammenhang sehr nützlich sein.
63. Zweitens kann der Informationsaustausch aber auch dadurch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen zur Folge haben, dass er die innere Stabilität eines Kollusionsergebnisses auf dem Markt erhöht. Dies kann insbesondere dadurch geschehen, dass er den beteiligten Unternehmen die Überwachung von Abweichungen erleichtert. Der Informationsaustausch kann nämlich die Markttransparenz so weit erhöhen, dass die kolludierenden Unternehmen ausreichend überwachen können, ob andere Unternehmen vom Kollusionsergebnis abweichen, und folglich wissen, wann sie Vergeltungsmaßnahmen ergreifen müssen. Sowohl der Austausch aktueller Daten als auch der Austausch historischer Daten kann ein solcher Überwachungsmechanismus sein. Dies kann entweder die Unternehmen in die Lage versetzen, ein Kollusionsergebnis auf Märkten zu erreichen, auf denen ihnen dies andernfalls nicht möglich gewesen wäre, oder es kann die Stabilität eines bereits bestehenden Kollusionsergebnisses auf dem Markt weiter ausbauen (siehe Beispiel 3). Wie bereits oben dargelegt, wird jedoch ein Überwachungsmechanismus im Rahmen eines Kartells als Teil dieses Kartells gewürdigt und als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung behandelt.
64. Drittens kann ein Informationsaustausch auch dadurch zu wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen führen, dass er die äußere Stabilität eines Kollusionsergebnisses auf dem Markt erhöht. Ein Informationsaustausch, der den Markt hinreichend transparent macht, kann es kolludierenden Unternehmen erleichtern zu überwachen, wo und wann andere Unternehmen in den Markt einzutreten versuchen, und die kolludierenden Unternehmen so in die Lage versetzen, gezielt gegen den neuen Marktteilnehmer vorzugehen. Dies mündet logisch in die nachstehend dargelegten Bedenken wegen wettbewerbswidriger Marktverschließung. Sowohl beim Austausch aktueller als auch beim Austausch historischer Daten kann es sich um einen solchen Überwachungsmechanismus handeln.

Wettbewerbswidrige Marktverschließung

65. Ein exklusiver Informationsaustausch könnte zur einer wettbewerbswidrigen Verschließung des Marktes führen, auf dem der Informationsaustausch stattfindet. Dies kann dann der Fall sein, wenn der Austausch sensibler Geschäftsinformationen die nicht am Informationsaustausch beteiligten Wettbewerber wettbewerbsmäßig deutlich schlechter stellt als die beteiligten Unternehmen. Diese Art der Marktverschließung ist nur dann möglich, wenn die betreffenden Informationen für den Wettbewerb von großer strategischer Bedeutung sind und einen beträchtlichen Teil des relevanten Marktes betreffen.
66. Es ist nicht auszuschließen, dass ein Informationsaustausch auch Dritte auf einem verbundenen Markt vom Markt ausschließen kann. Indem z. B. die an einem Informationsaustausch beteiligten Parteien auf einem vorgelagerten Markt genügend Marktmacht erlangen, können sie den Preis eines wesentlichen Inputs für einen nachgelagerten Markt erhöhen. Dadurch können sie die Kosten ihrer nachgelagerten Konkurrenten in die Höhe treiben, was letztlich zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung führen kann.

2.2.2. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

67. Im Falle des Austauschs von Informationen über geplantes künftiges Preis- oder Mengenverhalten⁴⁶ ist die Wahrscheinlichkeit besonders groß, dass es zu einem Kollusionsergebnis kommt. Wenn Wettbewerber sich über ihre diesbezüglichen Absichten informieren, könnten sie ein gemeinsames höheres Preisniveau erreichen, ohne Gefahr zu laufen, Marktanteile einzubüßen, oder während des Zeitraums der Anpassung an die neuen Preise einen Preiskrieg zu riskieren. Es ist weniger wahrscheinlich, dass diese Art von Informationsaustausch zum Zwecke der Wettbewerbsförderung erfolgt.
68. Der Austausch unternehmensspezifischer Daten über geplantes künftiges Preis- oder Mengenverhalten zwischen Wettbewerbern sollte deshalb als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 betrachtet werden⁴⁷. Dies gilt auch für den Austausch von Informationen über gegenwärtiges Verhalten, die Aufschluss über geplantes künftiges Verhalten geben, oder für Fälle, in denen die Verknüpfung verschiedener Arten von Daten direkte Rückschlüsse auf geplante künftige Preise oder Mengen zulässt. Ungeachtet dessen können jedoch auch viele andere Arten des Informationsaustauschs (vor allem der private individuelle Austausch zwischen Wettbewerbern über Preise und Marktanteile) eine Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Markt zum Ziel haben und sind demzufolge als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung anzusehen. Diese Arten des Informationsaustauschs laufen Gefahr, untersucht und letztlich als Kartelle mit Geldbußen belegt zu werden⁴⁸.

⁴⁶ Informationen betreffend geplantes Mengenverhalten wären z. B. Angaben zu Verkaufs- und Marktanteilszielen, künftigen Geschäftsgebieten oder Kundenlisten.

⁴⁷ Zum Begriff „geplantes künftiges Preisverhalten“ siehe Beispiel 1.

⁴⁸ Die Feststellung, dass mit einer abgestimmten Maßnahme ein wettbewerbswidriger Zweck verfolgt wird, setzt nicht voraus, dass ein unmittelbarer Zusammenhang mit den Verbraucherpreisen festgestellt wird; siehe Rs. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Rdnr. 39, vgl. auch Fußnote 45.

2.2.3. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen

69. Die voraussichtlichen Auswirkungen eines Informationsaustauschs auf den Wettbewerb müssen (außer im Falle des Austauschs unternehmensspezifischer Daten über geplante künftige Preise und Mengen oder andere Formen des Informationsaustauschs, die als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung gelten) in jedem Einzelfall geprüft werden, da das Ergebnis der Prüfung von einer Reihe fallspezifischer Faktoren abhängt. Bei der Prüfung sind die voraussichtlichen Auswirkungen des Informationsaustauschs der Wettbewerbssituation gegenüberzustellen, die ohne den Informationsaustausch bestanden hätte⁴⁹. Ein Informationsaustausch hat dann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1, wenn es wahrscheinlich ist, dass er spürbare negative Auswirkungen auf mindestens einen Wettbewerbsparameter wie Preis, Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt oder Innovation haben wird. Ob ein Informationsaustausch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat oder nicht, hängt sowohl von den wirtschaftlichen Bedingungen auf den relevanten Märkten als auch von den Eigenschaften der ausgetauschten Informationen ab.
70. Bestimmte Marktbedingungen erleichtern die Koordinierung und erhöhen die innere oder die äußere Stabilität. Ein Informationsaustausch kann auf solchen Märkten mehr wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben als auf Märkten, auf denen andere Bedingungen herrschen. Aber auch wenn die Marktbedingungen so beschaffen sind, dass eine Koordinierung vor dem Informationsaustausch nur schwer aufrechtzuerhalten wäre, kann der Informationsaustausch die Marktbedingungen so verändern, dass eine Koordinierung nach dem Austausch möglich wird, weil z. B. die Transparenz des Marktes erhöht, seine Komplexität verringert, Instabilitäten aufgefangen bzw. Asymmetrien ausgeglichen werden. Deshalb ist es wichtig, die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen des Informationsaustauschs sowohl vor dem Hintergrund der ursprünglichen Marktbedingungen zu prüfen als auch im Hinblick auf die Frage, wie der Informationsaustausch diese Bedingungen ändert. Hierzu gehört auch die Untersuchung der charakteristischen Eigenschaften des betreffenden Systems, insbesondere seines Zwecks, der Zugangsvoraussetzungen und der Bedingungen der Teilnahme am Informationsaustausch, der Art der ausgetauschten Informationen, bei denen es sich z. B. um veröffentlichte oder vertrauliche, zusammengefasste oder detaillierte, historische oder gegenwärtige Angaben handeln kann, deren Periodizität und ihrer Bedeutung für die Preisfestsetzung sowie des Umfangs oder der Bedingungen der Leistung⁵⁰. Die folgenden Faktoren sind für diese Prüfung von Bedeutung.

i) Marktabdeckung

71. Ein Informationsaustausch wird dann wahrscheinlich spürbare wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, wenn die an dem Austausch beteiligten Unternehmen einen hinreichend großen Teil des relevanten Marktes abdecken. Andernfalls könnten die nicht am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen die beteiligten Unternehmen in ihrem wettbewerbswidrigen Verhalten disziplinieren. So könnten nicht am Informationsaustauschsystem beteiligte

⁴⁹ Siehe Rs. C-7/95 P, *John Deere / Kommission*, Rdnr. 76, vgl. auch Fußnote 18.

⁵⁰ Rs. C-238/05, *Asnef-Equifax*, Rdnr. 54, vgl. auch Fußnote 18.

Unternehmen beispielsweise die äußere Stabilität eines Kollusionsergebnisses aushöhlen, indem sie ihre Preise unterhalb des koordinierten Preisniveaus festsetzen.

72. Was ein „hinreichend großer Teil des relevanten Markts“ ist, lässt sich nicht theoretisch festlegen und hängt von den konkreten Fakten jedes Einzelfalls und der Art des jeweiligen Informationsaustauschs ab. Erfolgt hingegen der Informationsaustausch im Rahmen einer anderen Art von horizontaler Vereinbarung und geht er nicht über das Maß hinaus, das zu deren Umsetzung erforderlich ist, ist eine Marktabdeckung, die unterhalb der in dem einschlägigen Kapitel dieser Leitlinien, der Gruppenfreistellungsverordnung oder der De-Minimis-Bekanntmachung⁵¹ für die fragliche Art von Vereinbarung festgelegten Marktanteilsschwellen liegt, in der Regel nicht so groß, dass der Informationsaustausch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben könnte.

ii) Markteigenschaften

73. Auf hinreichend transparenten, konzentrierten, einfachen, stabilen und symmetrischen Märkten ist es eher wahrscheinlich, dass Unternehmen ein Kollusionsergebnis erreichen. Durch einen Informationsaustausch könnten Unternehmen jedoch auch in anderen Marktsituationen Kollusionsergebnisse erzielen, in denen dies ohne Informationsaustausch nicht möglich wäre. Der Informationsaustausch kann also ein Kollusionsergebnis befördern, indem er die Transparenz des Marktes erhöht, seine Komplexität reduziert, Instabilitäten auffängt und Asymmetrien ausgleicht. In diesem Zusammenhang hängt das Wettbewerbsergebnis eines Informationsaustauschs nicht nur von den ursprünglichen Eigenschaften des Marktes (z. B. Konzentration, Transparenz, Stabilität, Komplexität) ab, auf dem dieser Austausch erfolgt, sondern auch davon, wie die Art der ausgetauschten Informationen diese Eigenschaften verändern kann⁵².
74. Kollusionsergebnisse sind auf transparenten Märkten wahrscheinlicher als auf intransparenten. Transparenz kann eine Kollusion erleichtern, denn sie ermöglicht es den Unternehmen, sich über die Koordinierungsmodalitäten zu verständigen, und/oder die innere und äußere Stabilität der Kollusion zu erhöhen. Der Informationsaustausch ist der Transparenz zuträglich und kann damit Unsicherheiten in Bezug auf die strategischen Wettbewerbsvariablen (z. B. Preise, Produktionsmenge, Nachfrage, Kosten) begrenzen. Je geringer die Markttransparenz vor dem Informationsaustausch ist, desto größer kann der Beitrag sein, den der Informationsaustausch zur Erzielung eines Kollusionsergebnisses leistet. Die Wahrscheinlichkeit spürbarer negativer Auswirkungen ist jedoch bei einem Informationsaustausch, der wenig zur Transparenz auf dem Markt beiträgt, geringer als bei einem Informationsaustausch, der die Transparenz deutlich erhöht. Ausschlaggebend für die Feststellung der Wahrscheinlichkeit spürbarer negativer Auswirkungen ist also sowohl der Transparenzgrad vor dem Informationsaustausch als auch die Veränderung der Transparenz durch den Informationsaustausch. Der Transparenzgrad vor dem Informationsaustausch hängt unter anderem von der Anzahl der Marktteilnehmer und der Art der Transaktionen ab, die von öffentlichen

⁵¹ Vgl. Fußnote 31.

⁵² In der Folge werden nicht alle relevanten Eigenschaften genannt. Es kann durchaus noch andere Markteigenschaften geben, die für bestimmte Formen des Informationsaustauschs von Bedeutung sind.

Transaktionen bis zu vertraulichen bilateralen Verhandlungen zwischen Käufern und Verkäufern alles umfassen können. Um die Veränderung des Transparenzgrads auf dem Markt bewerten zu können, muss vor allem festgestellt werden, inwieweit die verfügbaren Informationen es den Unternehmen gestatten, Rückschlüsse auf die Handlungen ihrer Wettbewerber zu ziehen.

75. Enge Oligopole können ein Kollusionsergebnis auf dem Markt begünstigen, denn wenige Unternehmen können sich leichter auf Koordinierungsmodalitäten verständigen und Abweichungen überwachen. Außerdem dürfte ein Kollusionsergebnis zwischen wenigen Unternehmen auch stabiler sein. Sind mehr Unternehmen an einer Koordinierung beteiligt, kann aus einer Abweichung größerer Nutzen gezogen werden, weil durch Preisunterbietung ein größerer Marktanteil gewonnen werden kann. Gleichzeitig ist der Nutzen eines Kollusionsergebnisses geringer, denn wenn mehr Unternehmen beteiligt sind, sinkt der Anteil am Ertrag des Kollusionsergebnisses. Ein Informationsaustausch wird auf solchen Märkten mit größerer Wahrscheinlichkeit spürbare negative Auswirkungen haben, denn indem er mehr Transparenz schafft oder das Marktumfeld anderweitig verändert (siehe unten), kann er dazu beitragen, dass mehr Unternehmen ihr Verhalten koordinieren und sich gegenseitig überwachen als es ohne den Informationsaustausch möglich wäre.
76. Auf einem komplexen Markt könnte es sich für Unternehmen als schwierig erweisen, ein Kollusionsergebnis zu erreichen. Der Informationsaustausch kann jedoch ein solches komplexes Umfeld vereinfachen. In einem komplexen Marktumfeld ist normalerweise ein umfassenderer Informationsaustausch notwendig, um sich auf die Koordinierungsmodalitäten zu verständigen und Abweichungen zu überwachen. So dürfte es leichter sein, für den Preis eines einzigen homogenen Produkts ein Kollusionsergebnis zu erzielen, als für hunderte von Preisen auf einem Markt mit vielen differenzierten Produkten. Es ist jedoch denkbar, dass Unternehmen, die die mit der Herbeiführung eines Kollusionsergebnisses für eine Vielzahl von Preisen zu bewältigenden Schwierigkeiten umgehen wollen, Informationen austauschen, um einfache Preisregeln (z. B. Preispunkte) einzuführen.
77. Kollusionsergebnisse sind wahrscheinlicher, wenn die Angebots- und Nachfragebedingungen relativ stabil sind⁵³. In einem instabilen Umfeld kann ein Unternehmen möglicherweise nur schwer erkennen, ob seine Verkaufseinbußen auf eine generell niedrige Nachfrage zurückzuführen sind oder auf einen Wettbewerber, der besonders niedrige Preise anbietet. Deshalb ist es schwer, auf Dauer ein Kollusionsergebnis zu erzielen. In diesem Kontext können eine stark schwankende Nachfrage, starkes inneres Wachstum einiger Unternehmen am Markt oder häufiger Marktzutritt neuer Unternehmen ein Anhaltspunkt dafür sein, dass die gegenwärtige Lage nicht so stabil ist, dass eine Koordinierung wahrscheinlich ist⁵⁴. In bestimmten Situationen kann der Informationsaustausch zur Stabilisierung des Marktes beitragen und auf diese Weise ein Kollusionsergebnis auf dem Markt ermöglichen. Außerdem könnte auf Märkten, auf denen Innovation von Bedeutung ist, eine Koordinierung schwieriger zu erreichen sein, weil besonders wichtige Innovationen einem

⁵³ Rs. T-35/92, *John Deere / Kommission*, Slg. 1994, II-957, Randnr. 78.

⁵⁴ Siehe Entscheidung 92/157/EWG in der Sache IV/31.370, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange* (ABl. L 68 vom 13.3.1992, S. 19), Erwägungsgrund 51 und Rs. T-35/92, *John Deere / Kommission*, Rdnr. 78, vgl. auch Fußnote 53. Absolute Stabilität der Marktanteile und Abwesenheit ausgeprägten Wettbewerbs sind aber keine notwendigen Voraussetzungen.

Unternehmen erhebliche Vorteile gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen könnten. Damit ein Kollusionsergebnis Bestand haben kann, muss ausgeschlossen sein, dass die Reaktionen von Außenstehenden (z. B. derzeitige und künftige, nicht an der Koordinierung beteiligte Wettbewerber und Kunden) das erwartete Kollusionsergebnis gefährden können. Bestehen Marktzutrittsschranken, ist es in diesem Zusammenhang wahrscheinlicher, dass auf dem Markt dauerhaft ein Kollusionsergebnis erzielt werden kann.

78. Ein Kollusionsergebnis ist in symmetrischen Marktstrukturen eher wahrscheinlich. Wenn Unternehmen in Bezug auf Kosten, Nachfrage, Marktanteile, Produktpalette, Kapazitäten usw. homogen sind, ist es eher wahrscheinlich, dass sie sich auf Koordinierungsmodalitäten verständigen. Durch Informationsaustausch kann jedoch auch in heterogeneren Marktstrukturen ein Kollusionsergebnis möglich werden. Der Informationsaustausch könnte Unternehmen bewusst machen, wo Unterschiede zwischen ihnen bestehen, und ihnen helfen, Mittel und Wege zu finden, um ihrer Heterogenität im Rahmen der Koordinierung gerecht zu werden.
79. Die Stabilität eines Kollusionsergebnisses hängt auch davon ab, welchen Stellenwert die Unternehmen künftigen Gewinnen beimessen. Je höher die Unternehmen die kurzfristigen durch Unterbietung erzielbaren Gewinne gegenüber allen künftigen mit dem Kollusionsergebnis erzielbaren Gewinnen bewerten, desto unwahrscheinlicher ist es, dass sie in der Lage sein werden, sich überhaupt auf ein Kollusionsergebnis zu einigen.
80. Ein Kollusionsergebnis ist unter Unternehmen, die langfristig auf demselben Markt tätig sind, wahrscheinlicher, weil sie ein größeres Interesse an einer Koordinierung haben. Wenn ein Unternehmen weiß, dass es mit anderen auf lange Sicht interagieren wird, bestehen für dieses Unternehmen mehr Anreize, das Kollusionsergebnis zu erreichen, da die künftigen Gewinne aus dem Kollusionsergebnis mehr wert sein werden als die kurzfristigen Gewinne, die es aus einer Abweichung erzielen könnte.

iii) Eigenschaften des Informationsaustauschs

Sensible Geschäftsinformationen

81. Der Austausch sensibler, d. h. strategisch wertvoller Geschäftsdaten zwischen Wettbewerbern fällt mit größerer Wahrscheinlichkeit unter das Verbot von Artikel 101 als andere Arten des Informationsaustauschs. Die Weitergabe strategischer Daten kann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, wenn sie die Entscheidungsfreiheit der Parteien dadurch einschränkt, dass sie deren Wettbewerbsanreize reduziert. Strategische Informationen können sich beziehen auf Preise (aktuelle Preise, Preisnachlässe, -erhöhungen, -senkungen und Rabatte), Kundenlisten, Produktionskosten, Mengen, Umsätze, Verkaufszahlen, Kapazitäten, Qualität, Marketingpläne, Risiken, Pläne, Investitionen, Technologien, FuE-Programme und -Ergebnisse. Strategisch am wichtigsten sind generell Preis- und Mengeninformationen, gefolgt von Informationen über die Kosten und die Nachfrage. Wenn Unternehmen jedoch im FuE-Bereich miteinander konkurrieren, sind es die Technologiedaten, die für den Wettbewerb von größter strategischer Relevanz sind. Der strategische Nutzen der Daten hängt auch von ihrer Aufbereitung und ihrem Alter ab.

Öffentliche/nicht öffentliche Informationen

82. Der Austausch echter öffentlicher Informationen dürfte kaum einen Verstoß gegen Artikel 101 darstellen⁵⁵. *Echte öffentliche Informationen* sind Informationen, zu denen alle gleichermaßen leicht (d. h. kostenlos) Zugang haben. Auch wenn die Daten den sogenannten „öffentlichen Bereich“ betreffen, sind sie keine echten öffentlichen Daten, wenn die mit der Beschaffung der Daten verbundenen Kosten so hoch sind, dass andere Unternehmen und Abnehmer darauf verzichten, sich diese Informationen zu beschaffen. Informationen sind nur dann echte öffentliche Informationen, wenn es für Abnehmer und nicht am Austauschsystem beteiligte Unternehmen nicht teurer ist, sich diese Informationen zu beschaffen, als für die am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen. Auch wenn es möglich ist, die Informationen auf dem Markt, z. B. bei den Kunden, zu erhalten, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass es sich um für Wettbewerber ohne Weiteres zugängliche Marktdaten handelt⁵⁶.
83. Selbst wenn die Informationen öffentlich zugänglich sind (z. B. von Regulierungsbehörden veröffentlichte Informationen), kann ein zusätzlicher Informationsaustausch zwischen den Wettbewerbern den Wettbewerb beschränken. In diesem Fall ist es die über den Informationsaustausch erhaltene marginale Zusatzinformation, die auf dem Markt den Ausschlag dafür gibt, dass es zu einem Kollusionsergebnis kommt.

Öffentlicher/nicht öffentlicher Informationsaustausch

84. Ein *Informationsaustausch* ist dann wirklich öffentlich, wenn die ausgetauschten Daten allen Wettbewerbern und Abnehmern gleichermaßen zugänglich gemacht werden. Die Tatsache, dass Informationen öffentlich ausgetauscht werden, kann die Wahrscheinlichkeit eines Kollusionsergebnisses auf dem Markt so weit reduzieren, dass nicht am Informationsaustausch beteiligte Wettbewerber, potenzielle neue Marktteilnehmer und Abnehmer in der Lage sein können, die potenziellen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen in Grenzen zu halten.

Aggregierte/unternehmensspezifische Daten

85. Im Falle des Austauschs echter aggregierter Daten, d. h. von Daten, die nur mit hinreichender Schwierigkeit Rückschlüsse auf individuelle unternehmensspezifische Daten zulassen, sind wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen weniger wahrscheinlich als beim Austausch unternehmensspezifischer Daten. Der Austausch individueller Daten erleichtert die Verständigung auf dem Markt ebenso wie Bestrafungsstrategien, denn er ermöglicht es den koordinierenden Unternehmen, abweichende Unternehmen und neue Marktteilnehmer zu identifizieren. Aber auch der Austausch aggregierter Daten kann zu einem Kollusionsergebnis führen. So können Mitglieder eines engen, stabilen Oligopols, die aggregierte Daten austauschen, automatisch davon ausgehen, dass ein Unternehmen vom Kollusionsergebnis abgewichen ist, wenn der Marktpreis unter ein bestimmtes Niveau fällt (Beispiel 4).

⁵⁵ Verbundene Rs. T-191/98, T-212/98 und T-214/98, *Atlantic Container Line (TACA)*, Slg. 2003, II-3275, Rdnr. 1154. Dies trifft nicht zu, wenn der Informationsaustausch einem Kartell dient.

⁵⁶ Siehe verbundene Rs. T-202/98 u.a., *Tate & Lyle / Kommission*, Slg. 2001, II-2035, Rdnr. 60.

Alter der Daten

86. Der Austausch historischer Daten wird kaum zu einem Kollusionsergebnis führen, da diese Daten wahrscheinlich keinen Aufschluss über das künftige Verhalten der Wettbewerber geben und nicht zu einem gemeinsamen Verständnis des Marktes führen⁵⁷. Je älter die Daten sind, desto weniger nützlich sind sie, um Abweichungen rasch zu entdecken, so dass kein ernstzunehmendes Risiko prompter Vergeltungsmaßnahmen besteht. Ob Daten wirklich historisch sind, richtet sich nach den konkreten Eigenschaften des relevanten Marktes wie der Häufigkeit von Vertragsverlängerungen (wenn dies einen Anhaltspunkt für die Häufigkeit neuer Preisverhandlungen gibt). So können Daten als historisch gelten, wenn sie um ein Mehrfaches älter sind als die durchschnittliche branchenübliche Vertragsdauer (siehe Beispiel 5).

Häufigkeit des Informationsaustauschs

87. Häufiger Informationsaustausch, der sowohl eine bessere Kenntnis des Marktes als auch die Überwachung von Abweichungen ermöglicht, erhöht die Gefahr eines Kollusionsergebnisses. Auf Märkten mit langen Vertragslaufzeiten (die ein Anhaltspunkt dafür sind, dass nur selten Preisverhandlungen stattfinden) könnte deshalb schon ein weniger häufiger Informationsaustausch für ein Kollusionsergebnis ausreichen als auf Märkten mit kurzen Vertragslaufzeiten und häufigen Preisverhandlungen. Je nach Struktur des Marktes kann jedoch schon ein einziger Informationsaustausch grundsätzlich ausreichen, um den beteiligten Unternehmen eine Abstimmung ihres Marktverhaltens zu ermöglichen (d. h. sich auf Koordinierungsmodalitäten zu verständigen) und so eine praktische Zusammenarbeit zu erreichen, die an die Stelle des Wettbewerbs und die mit ihm verbundenen Risiken tritt.⁵⁸

2.3. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3

2.3.1. Effizienzgewinne

88. Informationsaustausch kann zu erheblichen Effizienzgewinnen führen. So können Unternehmen aufgrund von Informationen über die Kosten der Wettbewerber effizienter arbeiten, wenn sie ihre eigene Leistung an der besten Praxis in der Branche messen und entsprechende interne Anreizsysteme entwickeln.
89. In bestimmten Situationen kann der Informationsaustausch außerdem den Unternehmen helfen, ihre Produktion auf nachfragestarke Märkte auszurichten (aufgrund von Nachfrageinformationen) oder Low-Cost-Unternehmen zuzuweisen (aufgrund von Kosteninformation). Die Wahrscheinlichkeit solcher Effizienzgewinne hängt von den Markteigenschaften ab (Art der Unsicherheiten, strategische

⁵⁷ So vertrat die Kommission in der Vergangenheit die Auffassung, dass der Austausch von Daten, die älter sind als ein Jahr, als historisch und nicht wettbewerbsbeschränkend im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 anzusehen sind, während Informationen, die weniger als ein Jahr alt sind, als „jung“ erachtet wurden; Entscheidung Nr. 92/157/EWG der Kommission in der Sache IV/31.370, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, Rdnr. 50, vgl. auch Fußnote 54; Entscheidung Nr. 98/4/EGKS der Kommission in der Sache IV/36.069, *Wirtschaftsvereinigung Stahl* (ABl. L 1 vom 3.1.1998, S. 10, Rdnr. 17).

⁵⁸ Siehe Rs. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Rdnr. 59, vgl. auch Fußnote 41.

Wettbewerbsvariable usw.). Manche Formen des Informationsaustauschs können in diesem Kontext beträchtliche Kosteneinsparungen ermöglichen, wenn sie z. B. unnötige Lagerbestände abbauen helfen oder eine schnelle Auslieferung verderblicher Ware in Gebieten mit hoher Nachfrage bzw. deren Reduzierung in Gebieten mit niedriger Nachfrage ermöglichen (Beispiel 7).

90. Auch der Austausch von Verbraucherdaten zwischen Unternehmen auf Märkten mit asymmetrischen Informationen über Verbraucher kann Effizienzgewinne erzeugen. So ist die Aufzeichnung vergangenen Verbraucherverhaltens bei Unfällen oder Kreditausfällen für Verbraucher einen Anreiz, ihre Risikoexposition in Grenzen zu halten. Zudem ermöglicht ein solcher Austausch den Unternehmen festzustellen, welche Verbraucher geringere Risiken tragen und in den Genuss niedrigerer Preise kommen sollten. In diesem Zusammenhang kann ein Informationsaustausch auch ein Kunden-Lock-In lockern und damit den Wettbewerb stimulieren. Schließlich ist zu bedenken, dass die Informationen grundsätzlich je nach vertraglicher Beziehung variieren und die Verbraucher im Falle eines Wechsels zu einem anderen Wettbewerber die mit diesen Informationen verbundenen Vorteile verlieren würden. Beispiele für derartige Effizienzgewinne finden sich im Banken- und Versicherungssektor, in dem häufig Informationen über Kundenverzug und Risikomerkmale ausgetauscht werden.
91. Der Austausch von Informationen über frühere und aktuelle Marktanteile kann sowohl den Unternehmen als auch den Verbrauchern Vorteile bringen, denn die Unternehmen können diese Informationen gegenüber den Verbrauchern als Qualitätsbeweis verwenden. In Fällen unvollständiger Informationen über die Produktqualität verschaffen sich die Verbraucher häufig auf indirektem Wege Informationen über die relativen Produkteigenschaften wie Preise und Marktanteile (so verwenden sie z. B. Bestsellerlisten vor dem Bücherkauf). Vor allem auf Märkten mit Umstellungskosten oder Netzexternalitäten bietet die Bekanntgabe von Marktanteilen einen wichtigen (glaubwürdigen) Anhaltspunkt für die künftige Leistungsfähigkeit. In diesem Kontext kann ein Austausch von Absatzinformationen sowohl für die Unternehmen als auch für die Verbraucher von Vorteil sein.
92. Ein echter öffentlicher Informationsaustausch kann für die Verbraucher auch dadurch von Vorteil sein, dass er ihnen hilft, eine fundierte Entscheidung zu treffen (indem er die Suchkosten senkt). Ein solcher unmittelbarer Verbrauchernutzen entsteht aber nur, wenn die Unternehmen auch tatsächlich ihre wahren Absichten mitteilen. Dies kann der Fall sein, wenn Unternehmen wiederholt mit Verbrauchern interagieren⁵⁹. Ebenso kann ein Informationsaustausch über Inputpreise die Suchkosten für die Unternehmen senken, was letztlich den Verbrauchern zugutekommen könnte.
93. Wie oben dargelegt, führt der Austausch aktueller und historischer Daten mit größerer Wahrscheinlichkeit zu Effizienzgewinnen als der Austausch von Informationen über künftige Absichten. Dennoch kann unter bestimmten Umständen die Ankündigung künftiger Absichten auch Effizienzgewinne erzeugen. So könnten

⁵⁹ Dennoch sollte nicht grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass eine Preisverpflichtung gegenüber den Verbrauchern eine gute Sache ist. Dies zeigen z. B. Preisanpassungs- oder Bestpreisgarantien, die Wettbewerber von Preissenkungen abhalten können.

Unternehmen Ressourcenverschwendung vermeiden, wenn sie schon früh wüssten, wer den Forschungswettbewerb gewinnt.

2.3.2. *Unerlässlichkeit*

94. Wettbewerbsbeschränkungen, die über das Maß hinaus gehen, das zur Verwirklichung der Effizienzgewinne durch einen Informationsaustausch notwendig ist, erfüllen nicht die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3. Um die Voraussetzung der Unerlässlichkeit zu erfüllen, müssen die Parteien nachweisen, dass die Daten aufgrund ihrer Art und Aggregation, ihres Alters, und ihrer Vertraulichkeit sowie der Häufigkeit des Austauschs so beschaffen sind, dass sie nur mit den Risiken verbunden sind, die im Hinblick auf die Verwirklichung der geltend gemachten Effizienzgewinne unerlässlich sind. Außerdem sollte der Austausch keine anderen Informationen betreffen als die Variablen, die für die Erzielung der Effizienzgewinne relevant sind. So wäre für Benchmarking-Zwecke ein Austausch unternehmensspezifischer Daten normalerweise nicht unerlässlich, weil z. B. aggregierte Informationen in Form eines Unternehmensrankings die geltend gemachten Effizienzgewinne genauso gut und mit geringerem Risiko eines Kollusionsergebnisses hervorbringen können (Beispiel 4). Schließlich ist es grundsätzlich unwahrscheinlich, dass der Austausch zukunftsbezogener Daten unerlässlich ist, vor allem, wenn er Preise und Mengen betrifft.
95. Gleichermaßen wird ein Informationsaustausch im Rahmen horizontaler Vereinbarungen die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 wahrscheinlich eher erfüllen, wenn er nicht über das zur Verwirklichung des wirtschaftlichen Zwecks der Vereinbarung erforderliche Maß hinausgeht (z. B. die gemeinsame Nutzung der für eine FuE-Vereinbarung erforderlichen Technologie oder der Austausch von Kostendaten im Rahmen einer Produktionsvereinbarung).

2.3.3. *Weitergabe an die Verbraucher*

96. Durch unerlässliche Beschränkungen erzielte Effizienzgewinne müssen in dem Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen eines Informationsaustauschs überwiegen. Je weniger Marktmacht die an dem Informationsaustausch beteiligten Parteien haben, desto wahrscheinlicher ist es, dass die Effizienzgewinne an die Verbraucher in einem Maße weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen.

2.3.4. *Keine Ausschaltung des Wettbewerbs*

97. Die Kriterien des Artikels 101 Absatz 3 sind nicht erfüllt, wenn die am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen die Möglichkeit haben, den Wettbewerb für einen beträchtlichen Teil der betroffenen Produkte auszuschalten.

2.4. **Beispiele**

98. Austausch der geplanten Preise als bezweckte Beschränkung

Beispiel 1

Sachverhalt: Ein Verband von Busunternehmen in Land X verbreitet unternehmensspezifische Informationen über die für die Zukunft geplanten Preise an die Mitgliedsunternehmen. Die Informationen betreffen u. a. den geplanten

Fahrpreis und die Strecke, für die der Preis gilt, und mögliche Beschränkungen, die in Verbindung mit diesem Preis gelten, z. B. Verbrauchergruppen, die eine Fahrkarte zu diesem Preis kaufen können, Notwendigkeit einer Anzahlung oder eines Mindestaufenthalts, zulässiger Verkaufszeitraum (Anfangs- und Enddatum) und zulässiger Verwendungszeitraum (erster und letzter Geltungstag) für Fahrkarten mit diesem Preis.

Analyse: Bei diesem Informationsaustausch, der auf Beschluss einer Unternehmensvereinigung erfolgt, handelt es sich um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 101 Absatz 1. Er wird aller Wahrscheinlichkeit nach untersucht und am Ende als Kartell mit einer Geldbuße belegt werden. In diesem Fall betrifft der Informationsaustausch die Preisabsichten der Wettbewerber. Dieser Informationsaustausch ist ein sehr wirksames Instrument, um ein Kollusionsergebnis zu erreichen, und ist deshalb als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 anzusehen, denn die Unternehmen können jederzeit die angekündigten Preise ändern, wenn sie erfahren, dass ihre Wettbewerber höhere Preise verlangen. Auf diese Weise können die Unternehmen gemeinsam ein höheres Preisniveau erreichen, ohne Marktanteileinbußen zu riskieren. So kann Busunternehmen A heute für Reisen ab dem nächsten Monat höhere Preise für die Strecke von Stadt 1 zu Stadt 2 ankündigen. Da diese Information allen anderen Busunternehmen zugänglich ist, kann A dann abwarten, wie seine Wettbewerber auf diese Preisankündigung reagieren. Wenn ein Wettbewerber, z. B. Unternehmen B, auf derselben Strecke die Preise an dasselbe Niveau anpasst, würde die Ankündigung von A unverändert bestehen bleiben und später wahrscheinlich auch umgesetzt werden. Sollte hingegen Unternehmen B seine Preise nicht auf dasselbe Niveau anheben, könnte Unternehmen A seine Fahrpreise immer noch korrigieren. Die Anpassung würde so lange fortgesetzt, bis alle Unternehmen auf einem gemeinsamen höheren, aber wettbewerbswidrigen Preisniveau konvergieren. Dieser Informationsaustausch dürfte kaum die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllen. Der Informationsaustausch ist auf Wettbewerber beschränkt, d. h., die Kunden der Busunternehmen haben keinen direkten Nutzen.

99. Austausch aktueller Preise mit ausreichenden Effizienzgewinnen für die Verbraucher

Beispiel 2

Sachverhalt: Ein nationales Fremdenverkehrsamt und ein Busunternehmen in Land X vereinbaren, Informationen über die aktuellen Preise von Busfahrkarten über eine frei zugängliche Website auszutauschen (anders als in Beispiel 1 können die Verbraucher bereits Fahrkarten zu den ausgetauschten Preisen und Konditionen kaufen; es handelt sich also nicht um für die Zukunft geplante Preise, sondern um die aktuellen Preise jetziger und künftiger Dienstleistungen). Die Information betreffen u. a. den geplanten Fahrpreis und die Strecke, für die der Preis gilt, und mögliche Beschränkungen, die in Verbindung mit diesem Preis gelten, z. B. Verbrauchergruppen, die eine Fahrkarte zu diesem Preis kaufen können, Notwendigkeit einer Anzahlung oder eines Mindestaufenthalts, zulässiger Verwendungszeitraum (erster und letzter Geltungstag) für Fahrkarten mit diesem Preis. Busreisen in Land X gehören nicht zu demselben relevanten Markt wie Zug- und Flugreisen. Der relevante Markt ist konzentriert, stabil und nicht sehr komplex.

Analyse: Bei diesem Informationsaustausch handelt es sich nicht um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung. Die Unternehmen tauschen sich über die aktuellen, nicht über die künftigen Preise aus, denn sie verkaufen bereits Fahrkarten zu diesen Preisen (anders als in Beispiel 1). Dieser Informationsaustausch wird deshalb wahrscheinlich kein geeignetes Instrument sein, um einen Orientierungspunkt für die Koordinierung zu bestimmen. Angesichts der Marktstruktur und der strategischen Relevanz der Daten wird dieser Informationsaustausch aber wahrscheinlich ein wirksamer Mechanismus sein, um Abweichungen von einem Kollusionsergebnis zu überwachen. Deshalb könnte dieser Informationsaustausch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 haben. Auch wenn die Möglichkeit, Abweichungen zu überwachen, gewisse wettbewerbswidrige Auswirkungen haben könnte, ist dennoch wahrscheinlich, dass die durch den Informationsaustausch erzielten Effizienzgewinne in einem Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die voraussichtlichen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen. Anders als in Beispiel 1 ist der Informationsaustausch öffentlich, und die Verbraucher können wirklich Fahrkarten zu den ausgetauschten Preisen und Konditionen kaufen. Es ist deshalb wahrscheinlich, dass dieser Informationsaustausch für die Verbraucher von unmittelbarem Nutzen ist, indem er ihre Suchkosten verringert und ihre Auswahlmöglichkeiten verbessert und damit letztlich auch den Preiswettbewerb stimuliert. Aus diesen Gründen ist davon auszugehen, dass die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt sind.

100. Aktuelle aus den ausgetauschten Informationen ableitbare Preise

Beispiel 3

Sachverhalt: Luxushotels in der Hauptstadt des Landes A – einem engen, stabilen Oligopol auf einem nichtkomplexen, konzentrierten Markt – tauschen direkt unternehmensspezifische Informationen über aktuelle Belegungsquoten und Einnahmen aus. In diesem Fall können die Parteien aus den ausgetauschten Informationen die aktuellen Preise direkt ableiten.

Analyse: Solange dieser Informationsaustausch keinen Aufschluss über künftiges Verhalten gibt, handelt es sich im Prinzip⁶⁰ nicht um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, weil die Hotels lediglich Gegenwartsdaten austauschen und keine Informationen über für die Zukunft geplante Preise oder Mengen. Der Informationsaustausch könnte jedoch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 haben, weil das Wissen um die tatsächlich praktizierten Preise wahrscheinlich dazu führen würde, dass die Unternehmen ihr Wettbewerbsverhalten koordinieren (Abstimmung). Er würde aller Wahrscheinlichkeit nach dazu verwendet werden, Abweichungen vom Kollusionsergebnis zu überwachen. Der Informationsaustausch erhöht die Transparenz auf dem Markt, denn obwohl die Hotels normalerweise ihre Preislisten veröffentlichen, bieten sie doch nach Preisverhandlungen oder für Frühbucher und Gruppen eine Reihe von Nachlässen vom Listenpreis an. Deshalb handelt es sich bei der marginalen Zusatzinformation, die zwischen den Hotels nichtöffentlich ausgetauscht wird, um sensible Geschäftsinformationen, d. h. um Informationen von

⁶⁰ Sollte allerdings festgestellt werden, dass dieser Informationsaustausch auf eine Beschränkung des Wettbewerbs abzielt, würde es sich um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung handeln.

strategischem Nutzen. Dieser Austausch wird wahrscheinlich zu einem Kollusionsergebnis führen, weil die beteiligten Parteien ein enges, nichtkomplexes und stabiles Oligopol bilden und langfristig in einer Wettbewerbsbeziehung stehen (wiederholte Interaktion). Außerdem sind die Kostenstrukturen der Hotels weitgehend homogen. Und schließlich können weder die Verbraucher noch der Marktzutritt eines neuen Marktteilnehmers das wettbewerbswidrige Verhalten der etablierten Unternehmen begrenzen, da die Verbraucher geringe Nachfragemacht haben und die Marktzutrittsschranken hoch sind. In diesem Fall könnten die Parteien wahrscheinlich nicht nachweisen, dass der Informationsaustausch Effizienzgewinne erzeugt, die in einem solchen Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbswidrigen Auswirkungen überwiegen. Infolgedessen ist es unwahrscheinlich, dass die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt sind.

101. Benchmarking-Vorteile – Die Kriterien des Artikels 101 Absatz 3 sind nicht erfüllt

Beispiel 4

Sachverhalt: Drei große Unternehmen mit einem Marktanteil von insgesamt 80 % auf einem stabilen, nichtkomplexen, konzentrierten Markt mit hohen Zutrittsschranken tauschen häufig und direkt in nichtöffentlicher Weise untereinander Informationen über ihre individuellen Kosten aus, um ihre Leistungsfähigkeit mit der ihrer Wettbewerber zu vergleichen und auf diese Weise effizienter zu werden.

Analyse: Bei diesem Informationsaustausch handelt es sich im Prinzip nicht um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung. Deshalb müssen seine Auswirkungen auf den Markt geprüft werden. Wegen der Marktstruktur, der individualisierten Präsentation der Daten und der weitreichenden Abdeckung des relevanten Marktes wird dieser Informationsaustausch wahrscheinlich ein Kollusionsergebnis zur Folge und damit auch wettbewerbswidrige Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 haben. Es ist unwahrscheinlich, dass die Kriterien des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt sind, denn die geltend gemachten Effizienzgewinne könnten mit weniger wettbewerbsbeschränkenden Mitteln erreicht werden, z. B. durch Aggregation der Daten in einem Unternehmensranking. Nur die Informationen, die für die Ermittlung der leistungsfähigsten Praxis von Belang sind, hätten in diesem Zusammenhang weitergegeben werden dürfen. Individuelle Daten könnten in diesem Fall sogar kontraproduktiv sein, denn sie würden die jeweiligen Anreizsysteme für unternehmensspezifische Eigenschaften und Schocks anfällig machen. Da die Parteien außerdem ein enges, nichtkomplexes und stabiles Oligopol bilden, könnte schließlich sogar der Austausch aggregierter Daten zu einem Kollusionsergebnis führen, wenn er den Parteien die Möglichkeit bietet, einen Orientierungspunkt für die Koordinierung zu bestimmen.

102. Historische Daten

Beispiel 5

Sachverhalt: Unternehmen einer durch kurzfristige Verträge charakterisierten Branche, in der die Preise alle drei Monate neu ausgehandelt werden, tauschen Preisdaten aus, die drei Jahre alt sind.

Analyse: In einem Kontext, in dem alle drei Monate neue Verträge geschlossen werden und Preisverhandlungen stattfinden, können drei Jahre alte Daten als historische Informationen betrachtet werden, deren Austausch auf dem Markt wahrscheinlich nicht zu einem Kollusionsergebnis führen wird und keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 3 haben dürfte.

103. Echte öffentliche Informationen

Beispiel 6

Sachverhalt: Vier Unternehmen, denen sämtliche Tankstellen in Land A gehören, tauschen per Telefon ihre aktuellen Benzinpreise aus. Sie behaupten, dieser Informationsaustausch könne keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen haben, weil die Informationen öffentlich seien und an jeder Tankstelle auf großen Schildern bekanntgegeben würden.

Analyse: Bei den per Telefon ausgetauschten Preisdaten handelt es sich nicht um echte öffentliche Informationen, denn sie bieten den beteiligten Unternehmen einen Informationsvorteil durch Kostenersparnis. Verbraucher und neue Marktteilnehmer hingegen, die dieselben Information haben möchten, müssten beträchtliche Zeit- und Transportkosten tragen, denn sie müssten sich die Informationen durch Aufsuchen der verschiedenen Tankstellen und Prüfung der dort angeschlagenen Preise selbst beschaffen. Die Kosten hierfür können jedoch so hoch sein, dass die Information im Grunde nur durch den Informationsaustausch beschafft werden können. Außerdem ist der Austausch systematisch und deckt den gesamten relevanten Markt ab, bei dem es sich um ein enges, nichtkomplexes, stabiles Oligopol handelt. Deshalb wird er wahrscheinlich ein Klima gegenseitiger Sicherheit über die Preispolitik der Wettbewerber schaffen und auf diese Weise wahrscheinlich zu einem Kollusionsergebnis führen. Infolgedessen könnte dieser Informationsaustausch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 haben.

104. Effizienzgewinn in Form einer besseren Bedienung der Nachfrage

Beispiel 7

Sachverhalt: Es gibt fünf Hersteller von frischem Karottensaft in Flaschen auf dem relevanten Markt. Die Nachfrage nach diesem Produkt ist sehr instabil und heterogen. Der Saft muss nach der Produktion innerhalb eines Tages verkauft und verbraucht werden. Die Hersteller vereinbaren die Gründung eines unabhängigen Marktforschungsunternehmens, das täglich Informationen über die nicht verkauften Saftmengen in jeder Verkaufsstelle erhebt und diese dann in der nächsten Woche in aggregierter Form (je Verkaufsstelle) auf seiner Webseite veröffentlicht. Die veröffentlichten Statistiken ermöglichen es den Herstellern und den Einzelhändlern, die Nachfrage besser vorherzusehen und das Produkt besser zu positionieren. Die Hersteller weisen nach, dass ohne den Informationsaustausch Marktversagen vorliegt. Vor Aufnahme des Informationsaustauschs meldeten die Einzelhändler große Mengen verdorbener Säfte und reduzierten deshalb ihre Safteinkäufe bei den Herstellern. Dies hatte zur Folge, dass wegen der Risikoaversion der Einzelhändler die Nachfrage in bestimmten Zeiträumen und Gebieten häufiger nicht gedeckt

wurde. Dank des Informationsaustauschsystems, das eine bessere Vorhersage von Über- und Unterangebot ermöglichte, nahmen die Fälle ungedeckter Verbrauchernachfrage stark ab und die Saftnachfrage seitens der Einzelhändler zu.

Analyse: Obwohl dieser Informationsaustausch wegen der konzentrierten Struktur des Marktes und der strategischen Bedeutung der Informationen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 hat, werden diese wahrscheinlich durch die Effizienzgewinne infolge des erhöhten Angebots an Orten mit hoher Nachfrage und des abnehmenden Angebots an Orten mit geringer Nachfrage überwogen. Die Informationen werden öffentlich und in aggregierter Form ausgetauscht, was weniger Risiken für den Wettbewerb birgt, als ein nicht öffentlicher Austausch individueller Daten. Der Informationsaustausch geht infolgedessen nicht über das zur Behebung des von den Parteien festgestellten Marktversagens erforderliche Maß hinaus. Daher ist anzunehmen, dass dieser Informationsaustausch die Kriterien des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt.

3. VEREINBARUNGEN ÜBER FORSCHUNG UND ENTWICKLUNG (FuE)

3.1. Definition

105. Form und Geltungsbereich von FuE-Vereinbarungen sind sehr unterschiedlich. Sie reichen vom Outsourcing bestimmter FuE-Arbeiten über die gemeinsame Verbesserung bestehender Technologien bis zur Zusammenarbeit bei Forschung, Entwicklung und Marketing völlig neuer Produkte. Mögliche Formen sind die Vereinbarung einer Zusammenarbeit oder ein gemeinsam kontrolliertes Unternehmen. Dieses Kapitel gilt für sämtliche Formen von FuE-Vereinbarungen, einschließlich miteinander verbundener Vereinbarungen über die Produktion oder die Vermarktung der FuE-Ergebnisse, sofern die FuE-Vereinbarung der am weitesten vorgelagerte unerlässliche Baustein der Zusammenarbeit ist.

3.2. Relevante Märkte

106. Bei der Abgrenzung der relevanten Märkte für die Würdigung der Auswirkungen einer FuE-Vereinbarung müssen zunächst die Produkte, Technologien oder FuE-Arbeiten ermittelt werden, von denen der größte Wettbewerbsdruck auf die Parteien ausgehen wird. Am einen Ende des Spektrums möglicher Fälle kann die Innovation zu Produkten oder Technologien führen, die auf einem bestehenden Produkt- oder Technologiemarkt mit anderen im Wettbewerb stehen. Dies ist unter anderem bei Forschung und Entwicklung der Fall, die kleine Verbesserungen oder Abwandlungen, zum Beispiel neue Modelle bestimmter Produkte zum Ziel hat. Hier betreffen mögliche Auswirkungen den Markt für bestehende Produkte. Am anderen Ende des Spektrums kann die Innovation zu einem völlig neuen Produkt führen, für das ein eigener neuer Produktmarkt entsteht (z. B. ein neuer Impfstoff für eine vorher unheilbare Krankheit). Viele Fälle liegen jedoch zwischen diesen beiden Extremen, d. h. aus den Innovationsanstrengungen gehen Produkte oder Technologien hervor, die im Laufe der Zeit bestehende Produkte oder Technologien ersetzen (wie z. B. die CD die Schallplatte ersetzt hat). Bei einer sorgfältigen Prüfung dieser Fälle sind sowohl die bestehenden Märkte als auch die Auswirkungen der Vereinbarung auf die Innovation zu berücksichtigen.

Bestehende Produktmärkte

107. Geht es bei der Zusammenarbeit um Forschung und Entwicklung zur Verbesserung bestehender Produkte, so bilden die bestehenden Produkte und ihre nahen Substitute den von der Zusammenarbeit betroffenen relevanten Markt⁶¹.
108. Zielen die FuE-Arbeiten auf eine wesentliche Änderung bestehender Produkte oder gar auf neue Produkte, die bestehende Produkte ersetzen, ab, so kann die Substitution der bestehenden Produkte unvollkommen sein oder erst langfristig erfolgen. Es kann daher der Schluss gezogen werden, dass die alten und die möglicherweise neu entstehenden Produkte nicht demselben relevanten Markt angehören⁶². Der Markt für bestehende Produkte kann jedoch betroffen sein, wenn es wahrscheinlich ist, dass die Bündelung der FuE-Arbeiten zum Beispiel wegen des Austauschs wettbewerbsrelevanter Informationen über den Markt für bestehende Produkte dazu führt, dass die Parteien als Anbieter bestehender Produkte ihr Verhalten koordinieren.
109. Betrifft die Forschung und Entwicklung eine wichtige Komponente eines Endprodukts, so kann nicht nur der Markt für diese Komponente, sondern auch der bestehende Markt für das Endprodukt für die Prüfung von Bedeutung sein. Wenn z. B. Automobilhersteller bei der Forschung und Entwicklung für einen neuen Motorentyp zusammenarbeiten, kann der Automobilmarkt von dieser Zusammenarbeit betroffen sein. Der Markt für die Endprodukte ist für die Prüfung jedoch nur von Belang, wenn es sich bei der Komponente, die Gegenstand der Forschung und Entwicklung ist, um einen technisch oder wirtschaftlich wesentlichen Bestandteil dieser Endprodukte handelt und wenn die Parteien der FuE-Vereinbarung hinsichtlich der Endprodukte über Marktmacht verfügen.

Bestehende Technologiemarkte

110. Die FuE-Zusammenarbeit kann sich über die Produkte hinaus auch auf die entsprechende Technologie erstrecken. Werden die Rechte des geistigen Eigentums getrennt von den Produkten vermarktet, auf die sie sich beziehen, so muss auch der relevante Technologiemarkt abgegrenzt werden. Technologiemarkte bestehen aus dem geistigen Eigentum, für das Lizenzen erteilt werden, und seinen nahen Substituten, d. h. anderen Technologien, die die Kunden stattdessen nutzen könnten.
111. Für die Abgrenzung von Technologiemarkten gelten die gleichen Grundsätze wie für die Abgrenzung von Produktmärkten⁶³. Ausgehend von der Technologie, die von den Parteien vermarktet wird, sind die anderen Technologien zu ermitteln, zu denen die Kunden als Reaktion auf eine geringe, nicht nur vorübergehende Erhöhung der relativen Preise überwechseln könnten. Sobald diese Technologien ermittelt sind, können die Marktanteile berechnet werden, indem man die Lizenzeinnahmen der Parteien durch die Gesamtheit der Lizenzeinnahmen aller Lizenzgeber dividiert.

⁶¹ Siehe die in Fußnote 5 genannte Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes.

⁶² Siehe auch die Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen („Leitlinien für den Technologietransfer“), Rdnr. 33 (ABl. C 101 vom 27.4.2004, S. 2).

⁶³ Siehe die in Fußnote 5 genannte Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes; siehe auch die in Fußnote 62 genannten Leitlinien für den Technologietransfer, Rdnrn. 19 ff.

112. Die Stellung der Parteien auf dem Markt für die bestehende Technologie ist als Prüfungskriterium von Bedeutung, wenn die FuE-Zusammenarbeit auf eine erhebliche Verbesserung einer bestehenden Technologie oder auf eine neue Technologie abzielt, die die bestehende Technologie wahrscheinlich ablösen wird. Der Marktanteil der Parteien kann bei dieser Prüfung jedoch nur als Ausgangspunkt dienen. Auf Technologiemarkten muss dem potenziellen Wettbewerb besondere Bedeutung beigemessen werden. Wenn Unternehmen, die derzeit keine Lizenzen für ihre Technologie erteilen, potenzielle neue Anbieter auf dem Technologiemarkt sind, könnten sie die Möglichkeiten der Parteien beschränken, die Preise für ihre Technologie gewinnbringend zu erhöhen. Dieser Aspekt kann auch unmittelbar bei der Berechnung der Marktanteile berücksichtigt werden, indem diese anhand der Umsätze ermittelt werden, die mit den Produkten, die die lizenzierte Technologie enthalten, auf nachgelagerten Produktmärkten erzielt werden (siehe den Abschnitt über die Berechnung der Marktanteile).

Wettbewerb im Bereich der Innovation (FuE-Arbeiten)

113. Die FuE-Zusammenarbeit kann nicht nur den Wettbewerb auf bestehenden Märkten, sondern auch oder ausschließlich den Wettbewerb im Bereich der Innovation und auf neuen Produktmärkten beeinträchtigen. Dies ist der Fall, wenn die FuE-Zusammenarbeit auf die Entwicklung neuer Produkte oder Technologien abzielt, die eines Tages bestehende Produkte bzw. Technologien ersetzen könnten oder die für einen neuen Verwendungszweck entwickelt werden und deshalb nicht bestehende Produkte ersetzen, sondern eine völlig neue Nachfrage schaffen sollen. Die Auswirkungen auf den Wettbewerb im Bereich der Innovation sind erheblich, können aber in einigen Fällen durch die Analyse des tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbs auf bestehenden Produkt- bzw. Technologiemarkten nicht hinreichend gewürdigt werden. Hier sind je nach Art des in einer Branche stattfindenden Innovationsprozesses zwei Szenarien zu unterscheiden.
114. Im ersten Szenario, das z. B. in der pharmazeutischen Industrie anzutreffen ist, ist der Innovationsprozess so strukturiert, dass bereits in der Anfangsphase konkurrierende FuE-Pole ausgemacht werden können. Konkurrierende FuE-Pole sind FuE-Arbeiten, die auf ein neues Produkt oder eine neue Technologie gerichtet sind, und die Substitute für diese Forschung und Entwicklung, d. h. FuE-Arbeiten mit ähnlichem Zeitplan, die auf die Entwicklung von Substituten für die im Rahmen der Zusammenarbeit entwickelten Produkte oder Technologien abzielen. In diesem Fall kann geprüft werden, ob nach Abschluss der Vereinbarung eine ausreichende Anzahl von FuE-Polen übrigbleibt. Ausgangspunkt ist die Forschung und Entwicklung der Parteien. Anschließend sind ernstzunehmende konkurrierende FuE-Pole zu ermitteln. Bei der Prüfung, ob es sich um ernstzunehmende Wettbewerber handelt, sind die folgenden Gesichtspunkte zu berücksichtigen: Art, Bereich und Umfang möglicher anderer FuE-Arbeiten, Zugang zu Finanz- und Humanressourcen, Know-how/Patenten oder anderen spezifischen Vermögenswerten sowie Zeitplan und Fähigkeit zur Verwertung der Ergebnisse. Ein FuE-Pol ist kein ernstzunehmender Wettbewerber, wenn er z. B. hinsichtlich des Zugangs zu Ressourcen oder des Zeitplans nicht als nahes Substitut für die FuE-Arbeiten der Parteien angesehen werden kann.
115. Die Zusammenarbeit kann nicht nur unmittelbare Auswirkungen auf die Innovation selbst haben, sondern auch einen neuen Produktmarkt beeinträchtigen. Es wird

häufig schwierig sein, die Auswirkungen auf einen solchen Markt direkt zu prüfen, der ja per definitionem noch nicht besteht. Die Analyse solcher Märkte wird daher häufig indirekt im Rahmen der Analyse des Wettbewerbs im Bereich der Innovation vorgenommen werden. Es kann jedoch notwendig sein, die Auswirkungen bestimmter Aspekte der Vereinbarung, die über die FuE-Phase hinausgehen, auf einen solchen Markt direkt zu prüfen. Eine FuE-Vereinbarung, die die gemeinsame Produktion und Vermarktung auf dem neuen Produktmarkt umfasst, kann zum Beispiel anders geprüft werden als eine reine FuE-Vereinbarung.

116. Im zweiten Szenario sind die Innovationsarbeiten einer Branche nicht so klar strukturiert, dass FuE-Pole ausgemacht werden können. Sofern keine außergewöhnlichen Umstände vorliegen, versucht die Kommission in diesem Fall nicht, die Auswirkungen einer FuE-Zusammenarbeit auf die Innovationsmärkte zu ermitteln, sondern beschränkt ihre Prüfung vielmehr auf die bestehenden Produkt- und/oder Technologiemarkte, die mit der betreffenden FuE-Zusammenarbeit verbunden sind.

Berechnung der Marktanteile

117. Bei der Berechnung der Marktanteile für die Zwecke der FuE-Gruppenfreistellungsverordnung⁶⁴ und dieser Leitlinien ist zwischen bestehenden Märkten und dem Wettbewerb im Bereich der Innovation zu unterscheiden. Ausgangspunkt zu Beginn einer FuE-Zusammenarbeit ist der bestehende Markt für die Produkte, die durch die zu entwickelnden Produkte verbessert oder ersetzt werden können. Zielt die FuE-Vereinbarung nur auf die Verbesserung oder Verfeinerung bestehender Produkte ab, so umfasst dieser Markt die unmittelbar von der Forschung und Entwicklung betroffenen Produkte. Die Marktanteile können somit anhand des Absatzwerts der bestehenden Produkte berechnet werden.
118. Zielt die Forschung und Entwicklung jedoch auf die Ersetzung eines bestehenden Produkts ab, so wird das neue Produkt im Erfolgsfall zum Substitut des bestehenden Produkts. Um die Wettbewerbsstellung der Parteien zu ermitteln, können die Marktanteile auch hier anhand des Absatzwerts der bestehenden Produkte berechnet werden. Deshalb wird in der FuE-Gruppenfreistellungsverordnung für die Freistellung in diesen Fällen der Anteil am relevanten Markt für die Produkte zugrundegelegt, die durch die Vertragsprodukte verbessert oder ersetzt werden können. Eine Vereinbarung fällt nur unter die FuE-Gruppenfreistellungsverordnung, wenn dieser Marktanteil höchstens 25 % beträgt⁶⁵.
119. Bei den Technologiemarkten besteht eine mögliche Vorgehensweise darin, die Marktanteile auf der Grundlage des Anteils jeder Technologie an der Gesamtheit der Lizenzeinnahmen zu berechnen, womit der Anteil der Technologie an dem Markt dargestellt wird, auf dem konkurrierende Technologien lizenziert werden. Dies dürfte häufig jedoch eine eher theoretische, nicht sehr praktische Möglichkeit sein, weil genaue Angaben über Lizenzgebühren fehlen, Lizenzen gebührenfrei ausgetauscht werden o. ä. Ein alternativer Ansatz besteht darin, die Marktanteile auf dem Technologiemarkt anhand der Umsätze mit den Waren oder Dienstleistungen zu

⁶⁴ Vgl. Fußnote 3.

⁶⁵ Artikel 4 Absatz 2 der FuE-Gruppenfreistellungsverordnung (vgl. Fußnote 3).

berechnen, die auf den nachgelagerten Produktmärkten die lizenzierte Technologie enthalten. Dabei werden sämtliche Umsätze auf dem relevanten Produktmarkt berücksichtigt, unabhängig davon, ob das Produkt eine lizenzierte Technologie enthält oder nicht⁶⁶. Auch auf diesem Markt darf der Anteil (unabhängig von der Berechnungsmethode) höchstens 25 % betragen, wenn die Rechtsvorteile der FuE-Gruppenfreistellungsverordnung gelten sollen.

120. Zielt die Forschung und Entwicklung auf die Entwicklung eines Produkts ab, das eine völlig neue Nachfrage schaffen soll, so können die Marktanteile nicht anhand der Umsätze berechnet werden. Es können lediglich die Auswirkungen der Vereinbarung auf den Wettbewerb im Bereich der Innovation analysiert werden. Deshalb werden diese Vereinbarungen in der FuE-Gruppenfreistellungsverordnung als Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern behandelt und unabhängig vom Marktanteil für sieben Jahre nach der Erstvermarktung des Produkts freigestellt⁶⁷. Der Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung kann jedoch entzogen werden, wenn die Vereinbarung wirksamen Wettbewerb im Bereich der Innovation ausschaltet⁶⁸. Nach Ablauf der sieben Jahre können die Marktanteile anhand des Absatzwerts berechnet werden, wobei die 25 %-Schwelle anwendbar wird⁶⁹.

3.3. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1

3.3.1. Grundlegende kartellrechtliche Bedenken

121. Die FuE-Zusammenarbeit kann den Wettbewerb auf verschiedene Weise beschränken. Erstens kann sie zu geringerer oder langsamerer Innovation führen, so dass weniger oder schlechtere Produkte später auf den Markt kommen, als dies ohne sie der Fall wäre. Zweitens kann die FuE-Zusammenarbeit auf Waren- oder Technologiemarkten den Wettbewerb zwischen den Parteien außerhalb des Geltungsbereichs der Vereinbarung erheblich verringern oder eine wettbewerbswidrige Koordinierung auf diesen Märkten wahrscheinlich machen. Das Problem der Marktverschließung kann nur im Falle einer Zusammenarbeit auftreten, an der wenigstens ein Unternehmen mit einem erheblichen Grad an Marktmacht bei einer Schlüsseltechnologie (der nicht auf Marktbeherrschung hinauslaufen muss) beteiligt ist, sofern die ausschließliche Verwertung der Ergebnisse vereinbart wurde.

3.3.2. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen

122. Bei einer FuE-Vereinbarung handelt es sich um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie nicht wirklich gemeinsame Forschung und Entwicklung betrifft, sondern als Mittel zur Bildung eines verschleierte Kartells für verbotene Praktiken wie Preisfestsetzung, Produktionsbeschränkung oder Marktaufteilung genutzt wird. Eine FuE-Vereinbarung, die die gemeinsame Verwertung möglicher künftiger Ergebnisse umfasst, beschränkt allerdings nicht notwendigerweise den Wettbewerb.

⁶⁶ Siehe auch die in Fußnote 62 genannten Leitlinien für den Technologietransfer, Rdnr. 23.

⁶⁷ Artikel 4 Absatz 1 der FuE-Gruppenfreistellungsverordnung (vgl. Fußnote 3).

⁶⁸ Siehe die Erwägungsgründe 19 und 20 der FuE-Gruppenfreistellungsverordnung (vgl. Fußnote 3).

⁶⁹ Artikel 4 Absatz 3 der FuE-Gruppenfreistellungsverordnung (vgl. Fußnote 3).

3.3.3. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen

123. Die meisten FuE-Vereinbarungen fallen nicht unter Artikel 101 Absatz 1. Dies gilt vor allem für Vereinbarungen über die FuE-Zusammenarbeit in einem eher frühen Stadium, weit entfernt von der Verwertung möglicher Ergebnisse.
124. Zudem hat die FuE-Zusammenarbeit zwischen nicht konkurrierenden Unternehmen im Allgemeinen keine wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen⁷⁰. Die Wettbewerbsbeziehungen zwischen den Parteien müssen im Rahmen der betroffenen bestehenden Märkte und/oder der betroffenen Innovation untersucht werden. Wenn die Parteien alleine nicht in der Lage wären, die notwendige Forschung und Entwicklung durchzuführen, hat die FuE-Vereinbarung in der Regel keine wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen. Dies gilt z. B. für Unternehmen, die Fähigkeiten, Technologien und sonstige Ressourcen in die Zusammenarbeit einbringen, die einander ergänzen. Die Frage des potenziellen Wettbewerbs muss auf einer realistischen Grundlage geprüft werden. So können Parteien nicht nur deshalb als potenzielle Wettbewerber eingestuft werden, weil die Zusammenarbeit sie in die Lage versetzt, die FuE-Tätigkeiten durchzuführen. Entscheidend ist vielmehr, ob jede Partei für sich über die erforderlichen Mittel (Vermögenswerte, Know-how und sonstige Ressourcen) verfügt.
125. Das Outsourcing von zuvor selbst durchgeführter Forschung und Entwicklung ist eine besondere Form der FuE-Zusammenarbeit. Bei dieser Fallgestaltung wird die Forschung und Entwicklung häufig von spezialisierten Unternehmen, Forschungsinstituten oder Hochschulen durchgeführt, die an der Verwertung der Ergebnisse nicht beteiligt sind. Solche Vereinbarungen umfassen in der Regel einen Transfer von Know-how und/oder eine die möglichen Ergebnisse betreffende Alleinbelieferungsklausel, was aber wegen der Komplementarität der zusammenarbeitenden Parteien keine wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 hat.
126. Eine FuE-Zusammenarbeit, die nicht die gemeinsame Verwertung möglicher Ergebnisse im Wege der Lizenzerteilung, der Produktion und/oder des Marketings umfasst, hat selten wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1. Reine FuE-Vereinbarungen können nur dann Wettbewerbsprobleme verursachen, wenn sich der Innovationswettbewerb spürbar verringert, so dass nur eine begrenzte Zahl von ernstzunehmenden konkurrierenden FuE-Polen übrigbleibt.
127. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen von FuE-Vereinbarungen sind nur wahrscheinlich, wenn die an der Zusammenarbeit beteiligten Parteien über Marktmacht auf den bestehenden Märkten verfügen und/oder wenn sich der Wettbewerb im Bereich der Innovation spürbar verringert.
128. Es gibt keine absolute Schwelle, bei deren Überschreiten davon ausgegangen werden kann, dass eine FuE-Vereinbarung Marktmacht begründet oder aufrechterhält und

⁷⁰ Eine FuE-Zusammenarbeit zwischen Nichtwettbewerbern kann jedoch im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 marktverschließend wirken, wenn sie die ausschließliche Verwertung der Ergebnisse betrifft und zwischen Unternehmen vereinbart wird, von denen eines bei einer Schlüsseltechnologie über einen erheblichen Grad an Marktmacht verfügt (der nicht auf Marktbeherrschung hinauslaufen muss).

damit wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 hat. FuE-Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern fallen jedoch unter die Gruppenfreistellung, sofern deren gemeinsamer Marktanteil höchstens 25 % beträgt und die übrigen Voraussetzungen für die Anwendung der FuE-Gruppenfreistellungsverordnung erfüllt sind.

129. Vereinbarungen, die nicht unter die FuE-Gruppenfreistellungsverordnung fallen, weil der gemeinsame Marktanteil der Parteien 25 % überschreitet, müssen keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen haben. Je stärker jedoch die gemeinsame Stellung der Parteien auf den bestehenden Märkten ist und/oder je mehr der Wettbewerb im Bereich der Innovation beschränkt wird, desto wahrscheinlicher sind wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen der FuE-Vereinbarung.
130. Ist die Forschung und Entwicklung auf die Verbesserung oder Verfeinerung bestehender Produkte oder Technologien gerichtet, so sind Auswirkungen auf die relevanten Märkte für diese bestehenden Produkte bzw. Technologien möglich. Auswirkungen auf Preise, Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt oder Innovation auf den bestehenden Märkten sind jedoch nur wahrscheinlich, wenn die Parteien gemeinsam eine starke Stellung innehaben, der Marktzutritt schwierig ist und nur wenige andere Innovationsanstrengungen zu erkennen sind. Außerdem sind Auswirkungen auf den Wettbewerb bei Endprodukten – wenn überhaupt – nur in sehr begrenztem Umfang zu erwarten, wenn die Forschung und Entwicklung ausschließlich eine relativ unbedeutende Vorleistung für das Endprodukt betrifft.
131. Grundsätzlich ist zu unterscheiden zwischen reinen FuE-Vereinbarungen und Vereinbarungen über eine umfassendere Zusammenarbeit, die verschiedene Stufen der Verwertung der Ergebnisse (z. B. Lizenzerteilung, Produktion, Marketing) umfasst. Wie bereits erwähnt, haben reine FuE-Vereinbarungen nur selten wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1. Dies gilt insbesondere für Forschung und Entwicklung, die eine begrenzte Verbesserung bestehender Produkte oder Technologien zum Ziel hat. Umfasst in einem solchen Fall die FuE-Zusammenarbeit lediglich die gemeinsame Verwertung im Wege der Erteilung von Lizenzen an Dritte, so sind beschränkende Auswirkungen wie z. B. eine Marktverschließung unwahrscheinlich. Sind jedoch die gemeinsame Produktion der geringfügig verbesserten Produkte oder Technologien und/oder das Marketing in die Zusammenarbeit einbezogen, so müssen deren Auswirkungen auf den Wettbewerb genauer untersucht werden. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen in Form von höheren Preisen oder geringerem Output auf bestehenden Märkten sind eher wahrscheinlich, wenn starke Wettbewerber beteiligt sind.
132. Ist die Forschung und Entwicklung auf völlig neue Produkte oder Technologien gerichtet, für die ein eigener neuer Markt entsteht, so sind Auswirkungen auf Preise und Output auf bestehenden Märkten eher unwahrscheinlich. Die Prüfung muss sich dann auf Innovationsbeschränkungen z. B. bei der Qualität und Vielfalt möglicher künftiger Produkte bzw. Technologien oder der Geschwindigkeit der Innovation konzentrieren. Derartige beschränkende Auswirkungen können entstehen, wenn zwei oder mehr der wenigen an der Entwicklung des neuen Produkts beteiligten Unternehmen ihre Zusammenarbeit in einer Phase aufnehmen, in der sie einzeln jeweils kurz vor der Einführung des neuen Produkts stehen. Solche Auswirkungen sind in der Regel eine unmittelbare Folge der Vereinbarung zwischen den Parteien. Die Innovation kann sogar durch eine reine FuE-Vereinbarung beschränkt werden.

Im Allgemeinen ist es jedoch unwahrscheinlich, dass eine FuE-Zusammenarbeit bei völlig neuen Produkten wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat, es sei denn, es besteht nur eine begrenzte Zahl ernstzunehmender alternativer FuE-Pole. Diese Grundannahme ändert sich nicht wesentlich, wenn auch die gemeinsame Verwertung der Ergebnisse oder sogar gemeinsames Marketing vereinbart wird. In diesen Fällen kann die gemeinsame Verwertung nur dann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, wenn Marktverschließung bei Schlüsseltechnologien eine Rolle spielt. Derartige Probleme treten allerdings nicht auf, wenn die Parteien Lizenzen an Dritte erteilen, die diese in die Lage versetzen, wirksam mit ihnen zu konkurrieren.

133. Viele FuE-Vereinbarungen werden zwischen den beiden geschilderten Sachlagen angesiedelt sein. Sie können sich also auf die Innovation und auf bestehende Märkte auswirken. Somit können sowohl die bestehenden Märkte als auch die Wirkung auf die Innovation für die Bewertung der gemeinsamen Stellung der Parteien, des Konzentrationsgrads, der Zahl der Anbieter/innovativen Unternehmen und der Marktzutrittsbedingungen von Bedeutung sein. In einigen Fällen können wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen in Form von höheren Preisen oder geringerer Produktionsmenge, Innovation, Produktqualität oder -vielfalt auf bestehenden Märkten und in Form von negativen Folgen für die Innovation durch Verlangsamung der Entwicklung auftreten. Wenn z. B. wichtige Wettbewerber auf einem bestehenden Technologiemarkt zusammenarbeiten, um eine neue Technologie zu entwickeln, mit der eines Tages bestehende Produkte ersetzt werden könnten, kann diese Zusammenarbeit die Entwicklung der neuen Technologie verlangsamen, sofern die Parteien auf dem bestehenden Markt über Marktmacht verfügen und auch in Forschung und Entwicklung eine starke Stellung innehaben. Eine ähnliche Wirkung ist möglich, wenn der größte Anbieter auf einem bestehenden Markt mit einem viel kleineren oder sogar nur potenziellen Wettbewerber zusammenarbeitet, der kurz vor der Einführung eines neuen Produkts/einer neuen Technologie steht, die die Stellung des etablierten Anbieters gefährden könnte.
134. Vereinbarungen können auch unabhängig von der Marktmacht der Parteien nicht unter die FuE-Gruppenfreistellungsverordnung fallen. Dies gilt beispielsweise für Vereinbarungen, die den Zugang zu den Ergebnissen der FuE-Zusammenarbeit für eine Partei beschränken⁷¹. Die FuE-Gruppenfreistellungsverordnung enthält eine Ausnahme von dieser Regel für Hochschulen, Forschungsinstitute und spezialisierte Unternehmen, die Forschung und Entwicklung als Dienstleistung erbringen und sich nicht mit der gewerblichen Verwertung der Ergebnisse der Forschung und Entwicklung befassen⁷². Dennoch können Vereinbarungen, die ausschließliche Zugangsrechte vorsehen und unter Artikel 101 Absatz 1 fallen, die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllen, vor allem, wenn diese Rechte angesichts des Marktes, der Risiken und des Umfangs der für die Verwertung der Ergebnisse der Forschung und Entwicklung erforderlichen Investitionen wirtschaftlich unerlässlich sind.

⁷¹ Siehe Artikel 3 Absatz 3 der FuE-Gruppenfreistellungsverordnung (vgl. Fußnote 3).

⁷² Siehe Artikel 3 Absatz 3 der FuE-Gruppenfreistellungsverordnung (vgl. Fußnote 3).

3.4. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3

3.4.1. Effizienzgewinne

135. Viele FuE-Vereinbarungen führen – mit oder ohne gemeinsame Verwertung möglicher Ergebnisse – durch Bündelung komplementärer Fähigkeiten und Vermögenswerte zu Effizienzgewinnen und damit zu einer schnelleren Entwicklung und Vermarktung verbesserter oder neuer Produkte und Technologien, als dies ohne Vereinbarung der Fall wäre. FuE-Vereinbarungen können auch Kostensenkungen zur Folge haben.

3.4.2. Unerlässlichkeit

136. Wettbewerbsbeschränkungen, die weiter gehen, als zur Erzielung der mit einer FuE-Vereinbarung angestrebten Effizienzgewinne notwendig ist, erfüllen nicht die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3. Bei Vorliegen der in Artikel 5 der FuE-Gruppenfreistellungsverordnung aufgeführten Beschränkungen kann es weniger wahrscheinlich sein, dass nach einer Einzelfallprüfung festgestellt wird, dass die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt sind. Die Parteien einer FuE-Vereinbarung werden daher im Allgemeinen nachweisen müssen, dass diese Beschränkungen für die Zusammenarbeit unerlässlich sind.

3.4.3. Weitergabe an die Verbraucher

137. Durch unerlässliche Beschränkungen erzielte Effizienzgewinne müssen in einem Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der FuE-Vereinbarung überwiegen. Im Allgemeinen ist es eher wahrscheinlich, dass eine FuE-Vereinbarung Effizienzgewinne erzeugt, die den Verbrauchern Vorteile bringen, wenn die FuE-Vereinbarung zur Bündelung komplementärer Fähigkeiten und Vermögenswerte führt. Die Parteien einer Vereinbarung können zum Beispiel über unterschiedliche Forschungskapazitäten verfügen. Wenn dagegen die Fähigkeiten und Vermögenswerte der Parteien sehr ähnlich sind, dürfte die FuE-Vereinbarung vor allem zur Folge haben, dass eine oder mehrere der Parteien Forschung und Entwicklung ganz oder teilweise einstellen. Für die Parteien der Vereinbarung würden dadurch zwar (feste) Kosten wegfallen, es ist aber unwahrscheinlich, dass sich daraus Vorteile ergeben, die an die Verbraucher weitergegeben werden. Und je mehr Marktmacht die Parteien haben, desto weniger wahrscheinlich ist es, dass sie die Effizienzgewinne in einem Maße an die Verbraucher weitergeben, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen.

3.4.4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs

138. Die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 können nicht erfüllt sein, wenn die Vereinbarung den Parteien die Möglichkeit eröffnet, für einen beträchtlichen Teil der betreffenden Produkte (oder Technologien) den Wettbewerb auszuschalten.

3.4.5. Zeitpunkt der Prüfung

139. Die Prüfung nach Artikel 101 Absatz 3 erfolgt in dem konkreten Zusammenhang der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und auf der Grundlage des zu einem bestimmten Zeitpunkt gegebenen Sachverhalts. Wesentliche Änderungen des

Sachverhalts werden bei der Prüfung berücksichtigt. Die Ausnahmeregelung des Artikels 101 Absatz 3 findet Anwendung, solange die vier Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt sind, und findet keine Anwendung mehr, wenn dies nicht mehr der Fall ist. Bei der Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 nach diesen Grundsätzen müssen die verlorenen Erstinvestitionen (*sunk investment*) der Parteien berücksichtigt werden sowie der Zeitraum und die Wettbewerbsbeschränkungen, die erforderlich sind, um eine leistungssteigernde Investition vorzunehmen und ihre Kosten zu amortisieren. Eine Anwendung von Artikel 101 ohne angemessene Berücksichtigung der vorausgegangenen Investitionen ist nicht möglich. Das Risiko, vor dem die Parteien stehen, und die verlorenen Investitionen, die zur Umsetzung der Vereinbarung vorgenommen werden müssen, können somit bewirken, dass die Vereinbarung nicht unter Artikel 101 Absatz 1 fällt bzw. die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 für den Zeitraum erfüllt, der erforderlich ist, um die Investitionskosten zu amortisieren. Sollte für die sich aus der Investition ergebende Erfindung irgendeine Form von Exklusivität gelten, die den Parteien nach Vorschriften zum Schutz der Rechte des geistigen Eigentums gewährt wird, so wird der Amortisierungszeitraum für diese Investition im Allgemeinen nicht über den Exklusivitätszeitraum nach diesen Vorschriften hinausgehen.

140. In einigen Fällen ist die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung ein irreversibles Ereignis. Wenn die Vereinbarung einmal umgesetzt ist, kann die Ausgangslage nicht wiederhergestellt werden. In diesen Fällen muss die Prüfung allein anhand des zum Zeitpunkt der Umsetzung gegebenen Sachverhalts erfolgen. So kann es z. B. im Falle einer FuE-Vereinbarung, in deren Rahmen die Parteien übereinkommen, ihre jeweiligen Forschungsarbeiten einzustellen und ihre Kapazitäten zusammenzulegen, technisch und wirtschaftlich objektiv unmöglich sein, ein einmal aufgegebenes Projekt wieder aufzunehmen. Die Prüfung der wettbewerbswidrigen und der wettbewerbsfördernden Auswirkungen der Vereinbarung, die individuellen Forschungsprojekte einzustellen, muss daher zu dem Zeitpunkt erfolgen, an dem die Umsetzung abgeschlossen ist. Wenn die Vereinbarung zu diesem Zeitpunkt mit Artikel 101 vereinbar ist, z. B. weil eine ausreichende Zahl konkurrierender FuE-Projekte von Dritten betrieben wird, bleibt die Übereinkunft der Parteien, ihre eigenen Projekte aufzugeben, mit Artikel 101 vereinbar, selbst wenn zu einem späteren Zeitpunkt die Drittprojekte nicht erfolgreich sind. Artikel 101 kann jedoch auf andere Teile der Vereinbarung anwendbar sein, für die sich die Frage der Irreversibilität nicht stellt. Wenn eine Vereinbarung z. B. neben der gemeinsamen Forschung und Entwicklung auch die gemeinsame Verwertung umfasst, kann Artikel 101 auf diesen Teil der Vereinbarung anwendbar sein, sofern sie aufgrund der zwischenzeitlich erfolgten Marktentwicklungen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat und die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 nicht (mehr) erfüllt, wobei die verlorenen Ex-ante-Investitionen angemessen zu berücksichtigen sind.

3.5. Beispiele

141. Auswirkungen gemeinsamer Forschung und Entwicklung auf Innovationsmärkte/neue Produktmärkte

Beispiel 1

Sachverhalt: A und B sind zwei große Unternehmen auf dem europäischen Markt für die Herstellung bestehender elektronischer Bauelemente. Beide haben einen Marktanteil von 30 %. Sie haben beide erhebliche FuE-Investitionen zur Entwicklung elektronischer Miniaturkomponenten vorgenommen und erste Prototypen entwickelt. Nunmehr beschließen sie, ihre FuE-Arbeiten zu bündeln und ein Jointventure für die Vervollständigung von Forschung und Entwicklung und die Herstellung der Komponenten zu gründen, die an die Muttergesellschaften verkauft werden, von denen sie wiederum getrennt auf den Markt gebracht werden. Der übrige Markt verteilt sich auf kleine Unternehmen, die nicht über ausreichende Ressourcen für die notwendigen Investitionen verfügen.

Analyse: Elektronische Miniaturkomponenten mögen zwar auf einigen Gebieten mit den bestehenden Komponenten im Wettbewerb stehen, sind im Wesentlichen jedoch eine neue Technologie, weshalb die diesem künftigen Markt gewidmeten Forschungspole untersucht werden müssen. Ist das Jointventure erfolgreich, so wird es nur einen Weg zu der entsprechenden Herstellungstechnologie geben, während A und B getrennt mit eigenen Produkten wahrscheinlich die Marktreife erreichen könnten. Die Vereinbarung beschränkt somit die Produktvielfalt. Die gemeinsame Produktion dürfte auch den Wettbewerb zwischen den Parteien der Vereinbarung unmittelbar beschränken und sie dazu verleiten, sich über Output, Qualität oder andere wettbewerbsrelevante Parameter zu verständigen. Dadurch würde der Wettbewerb beschränkt, auch wenn jede Partei die Produkte selbst vermarktet. Die Parteien könnten zum Beispiel die Produktion des Jointventures beschränken, so dass eine geringere Menge von Waren auf den Markt kommt, als wenn jede Partei selbst über ihren Output entschieden hätte. Das Jointventure könnte den Parteien auch einen hohen Verrechnungspreis in Rechnung stellen, so dass die Inputkosten der Parteien steigen, was höhere Preise auf nachgelagerten Märkten zur Folge haben könnte. Die Parteien haben auf dem bestehenden nachgelagerten Markt einen großen gemeinsamen Marktanteil, der übrige Markt verteilt sich auf eine Vielzahl kleiner Anbieter. Dieses Verhältnis dürfte auf dem neuen nachgelagerten Produktmarkt noch ausgeprägter sein, da die kleineren Wettbewerber nicht in neue Komponenten investieren können. Es ist daher ziemlich wahrscheinlich, dass die gemeinsame Produktion den Wettbewerb beschränkt. Darüber hinaus dürfte sich der Markt für elektronische Miniaturkomponenten in Zukunft zu einem Duopolmarkt entwickeln, auf dem in hohem Maße eine Angleichung der Kosten stattfindet und sensible Geschäftsinformationen zwischen den Parteien ausgetauscht werden. Daher könnte auch eine ernste Gefahr wettbewerbswidriger Koordinierung bestehen, die zu einem Kollusionsergebnis auf diesem Markt führt. Dass die FuE-Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 hat, ist daher wahrscheinlich. Mit der Vereinbarung könnten zwar Effizienzgewinne in Form einer schnelleren Einführung der neuen Technologie erzielt werden, die Parteien wären jedoch auf der FuE-Ebene keinem Wettbewerb ausgesetzt, so dass sich für sie der Anreiz erheblich verringert, die Einführung der neuen Technologie zu beschleunigen. Wenn auch einige dieser

Bedenken dadurch ausgeräumt werden könnten, dass sich die Parteien verpflichten, Dritten zu zumutbaren Bedingungen Lizenzen für das wesentliche Know-how zur Herstellung von Miniaturkomponenten zu erteilen, erscheint es unwahrscheinlich, dass auf diese Weise sämtliche Bedenken ausgeräumt und die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt werden können.

Beispiel 2

Sachverhalt: Das kleine Forschungsunternehmen A, das keine eigene Marketingorganisation unterhält, hat mit einer neuen Technologie eine pharmazeutische Substanz entdeckt und patentieren lassen, mit der neue Wege zur Behandlung einer bestimmten Krankheit beschritten werden können. A geht eine FuE-Vereinbarung mit dem großen Arzneimittelhersteller B ein, dessen Produkte bisher für die Behandlung dieser Krankheit verwendet worden sind. B verfügt über kein vergleichbares Fachwissen und FuE-Programm und wäre auch nicht in der Lage, entsprechendes Fachwissen innerhalb einer angemessenen Frist aufzubauen. Bei den bestehenden Produkten hält B einen Marktanteil von rund 75 % in sämtlichen Mitgliedstaaten, seine Patente laufen jedoch in den nächsten fünf Jahren aus. Es gibt zwei weitere Forschungspole, die sich ungefähr in der gleichen Entwicklungsphase befinden und die gleiche neue Grundlagentechnologie anwenden. B wird umfangreiche Geldmittel und Know-how für die Produktentwicklung bereitstellen und den künftigen Zugang zum Markt ermöglichen. Für die Laufzeit des Patents erhält B eine Lizenz als Alleinhersteller und Alleinvertriebshändler für das neue Produkt. Es wird erwartet, dass das Produkt in fünf bis sieben Jahren auf den Markt gebracht werden kann.

Analyse: Das Produkt gehört voraussichtlich einem neuen relevanten Markt an. Die Partner bringen komplementäre Ressourcen und Fähigkeiten in die Zusammenarbeit ein, und die Wahrscheinlichkeit, dass das Produkt auf den Markt kommt, nimmt erheblich zu. Zwar dürfte B auf dem bestehenden Markt eine erhebliche Marktmacht haben, die aber in Kürze abnehmen wird. Die Vereinbarung wird nicht zu einem Verlust von Forschung und Entwicklung bei B führen, da das Unternehmen auf diesem Forschungsgebiet nicht über Fachwissen verfügt, und wegen des Vorhandenseins weiterer Forschungspole besteht kein Anreiz, die FuE-Anstrengungen zu verringern. B wird die Verwertungsrechte während der verbleibenden Patentlaufzeit benötigen, um die erforderlichen umfangreichen Investitionen tätigen zu können, außerdem hat A keine eigenen Marketingressourcen. Dass die Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 hat, ist daher unwahrscheinlich. Und selbst wenn solche Auswirkungen festgestellt würden, wären wahrscheinlich die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt.

142. Gefahr der Marktverschließung

Beispiel 3

Sachverhalt: Das kleine Forschungsunternehmen A, das keine eigene Marketingorganisation unterhält, hat eine neue Technologie entdeckt und patentieren lassen, die den Markt für ein bestimmtes Produkt tiefgreifend verändern wird, auf dem der Hersteller B ein weltweites Monopol besitzt, da kein Wettbewerber mit seiner derzeitigen Technologie konkurrieren kann. Es gibt zwei weitere Forschungspole, die sich ungefähr in der gleichen Entwicklungsphase befinden und die gleiche neue Grundlagentechnologie anwenden. B wird umfangreiche Geldmittel und Know-how für die Produktentwicklung bereitstellen und den künftigen Zugang zum Markt ermöglichen. Für die Laufzeit des Patents erhält B eine ausschließliche Lizenz für die Nutzung der Technologie und verpflichtet sich im Gegenzug, nur die Entwicklung der Technologie von A zu

finanzieren.

Analyse: Das Produkt gehört voraussichtlich einem neuen relevanten Markt an. Die Partner bringen komplementäre Ressourcen und Fähigkeiten in die Zusammenarbeit ein, und die Wahrscheinlichkeit, dass das Produkt auf den Markt kommt, nimmt erheblich zu. Die Tatsache, dass B eine Verpflichtung in Bezug auf die Technologie von A eingeht, könnte es jedoch wahrscheinlich machen, dass die beiden konkurrierenden Forschungspole ihre Projekte aufgeben, da die weitere Finanzierung schwierig sein könnte, nachdem sie den wahrscheinlichsten potenziellen Abnehmer für ihre Technologie verloren haben. In einem solchen Fall sind potenzielle Wettbewerber künftig nicht in der Lage, die Monopolstellung von B anzugreifen. Die marktverschließende Wirkung der Vereinbarung würde dann wahrscheinlich als wettbewerbsbeschränkende Auswirkung im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 angesehen. Um für die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 in Betracht zu kommen, müssten die Parteien nachweisen, dass die gewährte Ausschließlichkeit unerlässlich ist, um die neue Technologie auf den Markt zu bringen.

143. Auswirkungen der FuE-Zusammenarbeit auf dynamische Produkt- und Technologiemarkte

Beispiel 4

Sachverhalt: Zwei Mechanik-Unternehmen, die Fahrzeugteile herstellen, vereinbaren die Bündelung ihrer FuE-Arbeiten in einem Jointventure, um die Produktion und die Leistung einer bestehenden Komponente zu verbessern. Außerdem legen sie ihr bestehendes Technologie-Lizenzgeschäft in diesem Bereich zusammen, werden jedoch die Komponenten weiter getrennt herstellen und verkaufen. Der Marktanteil der beiden Unternehmen auf dem europäischen Erstausrüstermarkt beträgt 15 bzw. 20 %. Es gibt zwei weitere wichtige Wettbewerber sowie mehrere hauseigene Forschungsprogramme großer Fahrzeughersteller. Auf dem Weltmarkt für die Erteilung von Lizenzen für die entsprechende Technologie halten die Parteien, gemessen an den erzielten Einnahmen, einen Anteil von 20 bzw. 25 %; es gibt noch zwei andere wichtige Technologien für dieses Produkt. Der Produktzyklus der Komponente beträgt in der Regel zwei bis drei Jahre. In jedem der vergangenen fünf Jahre wurde von einem der führenden Unternehmen eine neue oder verbesserte Version eingeführt.

Analyse: Da die FuE-Arbeiten beider Unternehmen nicht auf ein völlig neues Produkt abzielen, sind die Märkte für die bestehenden Komponenten und für die Erteilung von Lizenzen für die entsprechende Technologie heranzuziehen. Der gemeinsame Anteil der Parteien am Erstausrüstermarkt (35 %) und vor allem am Technologiemarkt (45 %) ist relativ hoch. Die Parteien werden die Komponenten jedoch weiter getrennt herstellen und verkaufen. Ferner gibt es mehrere konkurrierende Technologien, die regelmäßig verbessert werden. Außerdem sind auch die Fahrzeughersteller, die derzeit keine Lizenzen für ihre Technologien erteilen, potenzielle neue Anbieter auf dem Technologiemarkt und beschränken somit die Möglichkeiten der Parteien, die Preise gewinnbringend zu erhöhen. Wenn das Jointventure den Wettbewerb im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 beschränken würde, was unwahrscheinlich erscheint, wären auf jeden Fall die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt.

4. VEREINBARUNGEN ÜBER DIE GEMEINSAME PRODUKTION

4.1. Definition und Geltungsbereich

144. Form und Geltungsbereich von Produktionsvereinbarungen sind sehr unterschiedlich. Die Produktion kann von nur einer Partei oder von zwei oder mehr Parteien übernommen werden. Die Unternehmen können gemeinsam in einem Jointventure produzieren, also einem gemeinsam kontrollierten Unternehmen, das eine oder mehrere Produktionsanlagen betreibt, oder in einer lockereren Form der Zusammenarbeit bei der Produktion wie Zuliefervereinbarungen, mit denen eine Partei (der „Auftraggeber“) eine andere Partei (den „Zulieferer“) mit der Herstellung einer Ware betraut.
145. Es gibt verschiedene Arten von Zuliefervereinbarungen. Horizontale Zuliefervereinbarungen werden zwischen Unternehmen geschlossen, die auf demselben Produktmarkt tätig sind, unabhängig davon, ob es sich um tatsächliche oder um potenzielle Wettbewerber handelt. Vertikale Zuliefervereinbarungen werden

zwischen Unternehmen geschlossen, die auf verschiedenen Stufen des Marktes tätig sind.

146. Zu den horizontalen Zuliefervereinbarungen gehören Vereinbarungen über die einseitige und die gegenseitige Spezialisierung sowie Zuliefervereinbarungen zur Steigerung der Produktion. Vereinbarungen über die einseitige Spezialisierung sind Vereinbarungen zwischen zwei auf demselben sachlich relevanten Markt bzw. denselben sachlich relevanten Märkten tätigen Parteien, mit denen sich die eine Vertragspartei verpflichtet, die Produktion bestimmter Produkte ganz oder teilweise einzustellen oder von deren Produktion abzusehen und diese Produkte von der anderen Partei zu beziehen, die sich ihrerseits verpflichtet, diese Produkte zu produzieren und zu liefern. Vereinbarungen über die gegenseitige Spezialisierung sind Vereinbarungen zwischen zwei oder mehr auf demselben sachlich relevanten Markt bzw. denselben sachlich relevanten Märkten tätigen Parteien, mit denen sich zwei oder mehr Parteien auf der Grundlage der Gegenseitigkeit verpflichten, die Produktion bestimmter, aber unterschiedlicher Produkte ganz oder teilweise einzustellen oder von deren Produktion abzusehen und diese Produkte von den anderen Parteien zu beziehen, die sich ihrerseits verpflichten, diese Produkte zu produzieren und zu liefern. Im Falle von Zuliefervereinbarungen zur Steigerung der Produktion betraut der Auftraggeber den Zulieferer mit der Produktion einer Ware, stellt jedoch gleichzeitig weder seine eigene Produktion der Ware ein noch begrenzt er sie.
147. Diese Leitlinien gelten für alle Formen von Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion und horizontalen Zuliefervereinbarungen. Unter bestimmten Voraussetzungen können Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion sowie Vereinbarungen über die einseitige und die gegenseitige Spezialisierung unter die Gruppenfreistellungsverordnung für Spezialisierungsvereinbarungen⁷³ fallen.
148. Vertikale Zuliefervereinbarungen sind nicht Gegenstand dieser Leitlinien. Sie können unter die Leitlinien für vertikale Beschränkungen⁷⁴ und unter bestimmten Voraussetzungen unter die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Beschränkungen⁷⁵ fallen. Zudem kann auf sie die Bekanntmachung über die Beurteilung von Zulieferverträgen Anwendung finden⁷⁶.

4.2. Relevante Märkte

149. Um die Wettbewerbsbeziehungen zwischen den zusammenarbeitenden Parteien untersuchen zu können, müssen zunächst die von der Zusammenarbeit in der Produktion unmittelbar betroffenen Märkte abgegrenzt werden, d. h. die Märkte, denen die der Produktionsvereinbarung unterliegenden Produkte angehören.
150. Eine Produktionsvereinbarung kann auch Spillover-Effekte auf Märkten haben, die dem von der Zusammenarbeit unmittelbar betroffenen Markt benachbart sind, zum

⁷³ Vgl. Fußnote 4.

⁷⁴ Vgl. Fußnote 9.

⁷⁵ Vgl. Fußnote 8.

⁷⁶ Bekanntmachung der Kommission über die Beurteilung von Zulieferverträgen nach Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages (ABl. C 1 vom 3.1.1979, S. 2).

Beispiel auf vor- oder nachgelagerten Märkten (den „Spillover-Märkten“)⁷⁷. Die Spillover-Märkte dürften relevant sein, wenn die Märkte voneinander abhängig sind und die Parteien auf dem Spillover-Markt eine starke Stellung innehaben.

4.3. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1

4.3.1. Grundlegende kartellrechtliche Bedenken

151. Produktionsvereinbarungen und insbesondere Produktions-Jointventures können die Parteien dazu verleiten, sich direkt über Produktionsmengen und Qualität, die Preise, zu denen das Jointventure seine Produkte verkauft, oder andere wettbewerbsrelevante Parameter zu verständigen. Dadurch kann der Wettbewerb beschränkt werden, auch wenn die Parteien die Produkte unabhängig voneinander vermarkten und damit auf dem nachgelagerten Markt miteinander im Wettbewerb stehen.
152. Produktionsvereinbarungen können auch zu einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Parteien als Anbieter führen und höhere Preise oder geringere Produktionsmenge, Innovation, Produktqualität oder -vielfalt, also ein Kollusionsergebnis zur Folge haben. Dies kann dann der Fall sein, wenn die Angleichung der Kosten der Parteien aufgrund der Produktionsvereinbarung einen Grad erreicht, der ihnen ein Kollusionsergebnis ermöglicht, oder wenn die Vereinbarung einen Austausch sensibler Geschäftsinformationen vorsieht, der zu einem Kollusionsergebnis führen kann.
153. Produktionsvereinbarungen können darüber hinaus zu einer wettbewerbswidrigen Verschließung eines verbundenen Marktes gegenüber Dritten führen (z. B. eines nachgelagerten Marktes, der von Vorleistungen des Marktes, für den die Produktionsvereinbarung geschlossen wird, abhängig ist). Wenn zum Beispiel gemeinsam produzierende Parteien genügend Marktmacht auf einem vorgelagerten Markt erlangen, können sie den Preis einer wesentlichen Komponente für einen nachgelagerten Markt erhöhen. Dadurch können sie die Kosten ihrer Konkurrenten auf nachgelagerten Märkten in die Höhe treiben und sie letztlich vom Markt verdrängen. Dies wiederum würde die Marktmacht der Parteien auf den nachgelagerten Märkten stärken und sie möglicherweise in die Lage versetzen, die Preise oberhalb des Wettbewerbsniveaus zu halten oder den Verbrauchern auf andere Weise zu schaden. Derartige Wettbewerbsprobleme können unabhängig davon auftreten, ob die Parteien der Vereinbarung auf dem Markt, auf dem die Zusammenarbeit stattfindet, Wettbewerber sind. Damit diese Form der Marktverschließung wettbewerbswidrige Auswirkungen hat, muss jedoch mindestens eine der Parteien auf dem Markt, für den die Gefahr der Verschließung festgestellt wird, eine starke Stellung innehaben.

4.3.2. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen

154. Bei einer Produktionsvereinbarung handelt es sich um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie nicht wirklich gemeinsame Produktion oder horizontale Zulieferung betrifft, sondern als Mittel zur Bildung eines verschleierte

⁷⁷ Siehe auch Artikel 2 Absatz 4 der Fusionskontrollverordnung (vgl. Fußnote 1).

Kartells für verbotene Praktiken wie Preisfestsetzung, Produktionsbeschränkung oder Marktaufteilung genutzt wird.

155. Vereinbarungen, mit denen Preise festgesetzt, die Produktion beschränkt oder Märkte oder Kunden aufgeteilt werden, bezwecken im Allgemeinen eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 101 Absatz 1. Für Produktionsvereinbarungen gilt dies jedoch nicht, sofern
- die Parteien den unmittelbar unter die Produktionsvereinbarung fallenden Output vereinbaren (z. B. die Kapazität oder das Produktionsvolumen eines Jointventures oder die Menge der Outsourcing-Produkte) oder
 - in einer Produktionsvereinbarung, die auch den gemeinsamen Vertrieb der hergestellten Produkte umfasst, die gemeinsame Festsetzung der Verkaufspreise für diese Produkte vorgesehen ist, sofern dies für die Integration der Produktions- und der Vertriebsfunktion der Vereinbarung erforderlich ist.

In diesen beiden Fällen sind die wahrscheinlichen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 zu prüfen. Dabei wird die Vereinbarung über den Output oder die Preise nicht getrennt gewürdigt, sondern unter Berücksichtigung aller Auswirkungen, die die Produktionsvereinbarung auf den Markt hat.

4.3.3. *Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen*

156. Ob die Wettbewerbsprobleme, die Produktionsvereinbarungen aufwerfen können, tatsächlich auftreten, hängt von den Merkmalen des Marktes ab, für den die Produktionsvereinbarung geschlossen wird, sowie von der Art und der Marktabdeckung der Zusammenarbeit und des Produkts, die sie betrifft. Diese Variablen bestimmen die wahrscheinlichen Auswirkungen einer Produktionsvereinbarung auf den Wettbewerb und damit die Anwendbarkeit von Artikel 101 Absatz 1.
157. Ob es wahrscheinlich ist, dass eine Produktionsvereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat, hängt von der entsprechenden kontrafaktischen Situation ab, d. h. von der Situation, die ohne die Vereinbarung und alle damit mutmaßlich verbundenen Beschränkungen bestehen würde. Bei Produktionsvereinbarungen zwischen Unternehmen, die auf den Märkten, auf denen die Zusammenarbeit stattfindet, miteinander im Wettbewerb stehen, sind wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen daher nicht wahrscheinlich, wenn infolge der Zusammenarbeit ein neuer Markt entsteht, d. h. wenn die Vereinbarung die Parteien in die Lage versetzt, eine neue Ware oder Dienstleistung einzuführen, was den Parteien anderenfalls nicht möglich gewesen wäre.
158. Eine Produktionsvereinbarung kann den Wettbewerb zwischen den Parteien der Vereinbarung unmittelbar beschränken, zu einem Kollusionsergebnis führen oder eine wettbewerbswidrige Marktverschließung zur Folge haben, indem die Marktmacht der Unternehmen zunimmt, ihre Kosten sich stärker angleichen und/oder sensible Geschäftsinformationen ausgetauscht werden. Dagegen ist eine unmittelbare Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Parteien, ein Kollusionsergebnis oder eine wettbewerbswidrige Marktverschließung

unwahrscheinlich, wenn die Parteien der Vereinbarung auf dem Markt, für den die wettbewerbsrechtlichen Bedenken geprüft werden, keine Marktmacht haben. Nur mit Marktmacht können sie die Preise gewinnbringend oberhalb des Wettbewerbsniveaus halten oder die Produktmenge, -qualität oder -vielfalt gewinnbringend unterhalb des Niveaus halten, das der Wettbewerb bestimmen würde.

159. In Fällen, in denen ein Unternehmen mit Marktmacht auf einem Markt mit einem potenziellen neuen Wettbewerber, z. B. einem Anbieter desselben Produkts auf einem benachbarten geografischen oder Produktmarkt zusammenarbeitet, kann die Vereinbarung die Marktmacht des etablierten Unternehmens stärken. Dies kann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, wenn auf dem Markt des etablierten Unternehmens kaum Wettbewerb besteht und der drohende Marktzutritt eine wichtige Quelle von Wettbewerbsdruck ist.
160. Bei Produktionsvereinbarungen, die Vermarktungsfunktionen wie gemeinsamen Vertrieb und/oder gemeinsames Marketing umfassen, ist die Gefahr wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen größer als bei Vereinbarungen, die lediglich die gemeinsame Produktion betreffen. Im Falle gemeinsamer Vermarktung liegt die Zusammenarbeit näher am Verbraucher und umfasst in der Regel die gemeinsame Festsetzung von Preisen und Verkaufszahlen, also die Praktiken mit den höchsten Risiken für den Wettbewerb.
161. Dennoch ist bei Vermarktungsvereinbarungen, die Teil einer Vereinbarung über die gemeinsame Produktion sind, die Wahrscheinlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung geringer als bei eigenständigen Vermarktungsvereinbarungen. So beschränkt im Falle einer integrierten Vereinbarung über die gemeinsame Produktion und die gemeinsame Vermarktung die Festsetzung der Verkaufspreise für die der Vereinbarung unterliegenden Produkte nicht notwendigerweise den Wettbewerb, sofern die Preisfestsetzung durch das Jointventure für die Integration der Produktions- und der Vermarktungsfunktion der Vereinbarung erforderlich ist. Auch wenn die Parteien den unmittelbar unter eine Produktionsvereinbarung fallenden Output vereinbaren (z. B. die Kapazität oder das Produktionsvolumen eines Jointventures oder die Menge der Outsourcing-Produkte), beschränkt die Vereinbarung nicht notwendigerweise den Wettbewerb und muss unter Berücksichtigung aller ihrer Auswirkungen auf den Markt gewürdigt werden, um feststellen zu können, ob Artikel 101 Absatz 1 anwendbar ist.

Marktmacht

162. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen einer Produktionsvereinbarung sind unwahrscheinlich, wenn die Parteien der Vereinbarung auf dem Markt, für den eine Wettbewerbsbeschränkung geprüft wird, keine Marktmacht haben. Ausgangspunkt der Prüfung, ob Marktmacht vorliegt, ist der Marktanteil der Parteien. Anschließend werden in der Regel der Konzentrationsgrad und die Zahl der Anbieter sowie andere dynamische Faktoren wie potenzielle Marktzutritte und Veränderungen bei den Marktanteilen geprüft.
163. Unterhalb eines bestimmten Marktanteils ist es unwahrscheinlich, dass ein Unternehmen Marktmacht besitzt. Vereinbarungen über die einseitige oder die gegenseitige Spezialisierung sowie Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion

mit bestimmten integrierten Vermarktungsfunktionen (z. B. gemeinsamer Vertrieb) fallen unter die Gruppenfreistellung, sofern sie zwischen Parteien mit einem gemeinsamen Anteil an den relevanten Märkten von nicht mehr als 20 % geschlossen werden und die übrigen Voraussetzungen für die Anwendung der Gruppenfreistellungsverordnung für Spezialisierungsvereinbarungen⁷⁸ erfüllt sind. Liegt der gemeinsame Marktanteil der Parteien jedoch über 20 %, so müssen die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen geprüft werden, da die Vereinbarung dann nicht unter die Gruppenfreistellungsverordnung fällt.

164. Ein geringfügig höherer Marktanteil als nach der Gruppenfreistellungsverordnung für Spezialisierungsvereinbarungen zulässig lässt jedoch nicht automatisch auf einen stark konzentrierten Markt schließen, der ein wichtiges Prüfungselement darstellt. Ein gemeinsamer Marktanteil der Parteien von etwas mehr als 20 % kann auf einem mäßig konzentrierten Markt auftreten. Dass eine Produktionsvereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat, ist im Allgemeinen auf einem konzentrierten Markt wahrscheinlicher als auf einem nicht konzentrierten Markt. Desgleichen kann eine Produktionsvereinbarung auf einem konzentrierten Markt die Gefahr eines Kollusionsergebnisses erhöhen, selbst wenn die Parteien nur einen mäßigen gemeinsamen Marktanteil haben.
165. Auch bei hohem Marktanteil der Parteien der Vereinbarung und starker Marktkonzentration kann die Gefahr wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen gering sein, wenn der Markt dynamisch ist, d. h. wenn es Marktzutritte gibt und sich die Marktstellung häufig verändert.
166. Für die Prüfung, ob die Parteien einer Produktionsvereinbarung Marktmacht haben, sind auch die Zahl und die Intensität der Verbindungen (z. B. weitere Vereinbarungen über Zusammenarbeit) zwischen den Wettbewerbern auf dem Markt von Bedeutung.
167. Für die wettbewerbsrechtliche Würdigung der Vereinbarung ist es wichtig, ob die Parteien der Vereinbarung hohe Marktanteile haben, ob sie in engem Wettbewerb stehen, ob die Möglichkeiten der Kunden, den Anbieter zu wechseln, begrenzt sind, wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, dass Wettbewerber ihr Angebot erhöhen, sollten die Preise steigen, und ob eine der Parteien der Vereinbarung ein wichtiger Wettbewerber ist.

Unmittelbare Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Parteien

168. Der Wettbewerb zwischen den Parteien einer Produktionsvereinbarung kann auf verschiedene Weise unmittelbar beschränkt sein. Die an einem Produktions-Jointventure beteiligten Parteien könnten zum Beispiel die Produktion des Jointventures beschränken, so dass eine geringere Menge von Waren auf den Markt kommt, als wenn jede Partei selbst über ihren Output entschieden hätte. Ein anderes Beispiel wäre, dass das Jointventure den Parteien einen hohen Verrechnungspreis in Rechnung stellt, so dass die Inputkosten der Parteien steigen, was höhere Preise auf nachgelagerten Märkten zur Folge haben könnte. Für die Wettbewerber könnte es

⁷⁸ Vgl. Fußnote 4.

gewinnbringend erscheinen, ihre Preise ebenfalls zu erhöhen, so dass auch sie zu höheren Preisen auf dem relevanten Markt beitragen.

Angleichung der Kosten

169. Eine Produktionsvereinbarung zwischen Parteien mit Marktmacht hat wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen, wenn die Angleichung ihrer Kosten (d. h. der Anteil der ihnen gemeinsamen Kosten) ein Niveau erreicht, das ihnen eine Kollusion ermöglicht. Maßgebend sind die variablen Kosten des Produkts, mit dem die Parteien der Produktionsvereinbarung miteinander im Wettbewerb stehen.
170. Ein Kollusionsergebnis infolge einer Produktionsvereinbarung ist eher wahrscheinlich, wenn den Parteien bereits vor Abschluss der Vereinbarung ein hoher Anteil der variablen Kosten gemeinsam ist, so dass der weitere Zuwachs (d. h. die Produktionskosten für das der Vereinbarung unterliegende Produkt) den Ausschlag für das Vorliegen eines Kollusionsergebnisses geben kann. Bei hohem Zuwachs kann die Gefahr eines Kollusionsergebnisses auch bei ursprünglich geringer Kostenangleichung groß sein.
171. Die Angleichung der Kosten erhöht die Gefahr eines Kollusionsergebnisses nur, wenn auf die Produktionskosten ein großer Teil der betreffenden variablen Kosten entfällt. Dies ist beispielsweise nicht der Fall, wenn die Zusammenarbeit Produkte mit hohen Vermarktungskosten betrifft. Ein Beispiel wären neue oder heterogene Produkte, die ein aufwändiges Marketing erfordern oder hohe Transportkosten mit sich bringen.
172. Ein anderer Fall, in dem die Angleichung der Kosten zu einem Kollusionsergebnis führen kann, wäre, dass die Parteien die gemeinsame Produktion eines Zwischenprodukts vereinbaren, auf das ein großer Teil der variablen Kosten des Endprodukts entfallen, mit dem die Parteien auf dem nachgelagerten Markt miteinander im Wettbewerb stehen. Die Parteien könnten die Produktionsvereinbarung nutzen, um den Preis für diese gemeinsame wichtige Vorleistung für ihre Produkte auf dem nachgelagerten Markt zu erhöhen. Dies würde den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt schwächen und wahrscheinlich zu höheren Endpreisen führen. Der Gewinn würde vom nachgelagerten auf den vorgelagerten Markt verschoben und dann von den Parteien im Rahmen des Jointventures geteilt.
173. Ebenso erhöht die Angleichung der Kosten die von einer horizontalen Zuliefervereinbarung ausgehenden Gefahren für den Wettbewerb, wenn auf die Vorleistung, die der Auftraggeber vom Zulieferer bezieht, ein großer Teil der variablen Kosten des Endprodukts entfällt, mit dem die Parteien miteinander im Wettbewerb stehen.

Informationsaustausch

174. Negative Auswirkungen des Informationsaustauschs werden nicht getrennt gewürdigt, sondern unter Berücksichtigung der Gesamtauswirkungen der Vereinbarung. Eine Produktionsvereinbarung kann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, wenn sie einen Austausch strategisch wichtiger Geschäftsinformationen umfasst, der zu einem Kollusionsergebnis oder einer

wettbewerbswidrigen Marktverschließung führen kann. Ob es wahrscheinlich ist, dass der Informationsaustausch im Rahmen einer Produktionsvereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat, sollte nach Maßgabe des Kapitels zu den allgemeinen Grundsätzen für die wettbewerbsrechtliche Würdigung des Informationsaustauschs geprüft werden.

175. Wenn der Informationsaustausch nicht über den Austausch der Daten hinausgeht, die für die gemeinsame Produktion der unter die Produktionsvereinbarung fallenden Waren erforderlich sind, dürfte der Informationsaustausch, selbst wenn er wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 hat, eher die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllen, als wenn er über das für die gemeinsame Produktion erforderliche Maß hinausgeht. In diesem Fall ist es wahrscheinlich, dass die sich aus der gemeinsamen Produktion ergebenden Effizienzgewinne die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Koordinierung des Verhaltens der Parteien überwiegen. Dagegen ist es weniger wahrscheinlich, dass die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt sind, wenn im Rahmen einer Produktionsvereinbarung Daten ausgetauscht werden, die für die gemeinsame Produktion nicht erforderlich sind, zum Beispiel Informationen über Preise und Verkaufszahlen.

4.4. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3

4.4.1. Effizienzgewinne

176. Produktionsvereinbarungen können den Wettbewerb fördern, wenn sie zu Effizienzgewinnen in Form von Kosteneinsparungen oder besseren Produktionstechnologien führen. Indem sie gemeinsam produzieren, können Unternehmen Kosten einsparen, die sie anderenfalls vervielfachen würden. Ferner können sie zu niedrigeren Kosten produzieren, wenn die Zusammenarbeit sie in die Lage versetzt, die Produktion zu erhöhen, wenn die Grenzkosten bei steigendem Output, d. h. aufgrund von Größenvorteilen sinken. Die gemeinsame Produktion kann den Unternehmen auch bei der Verbesserung der Produktqualität helfen, wenn sie Fähigkeiten und Know-how in die Zusammenarbeit einbringen, die einander ergänzen. Außerdem kann die Zusammenarbeit die Unternehmen in die Lage versetzen, eine größere Vielfalt an Produkten anzubieten, die sie sich anderenfalls nicht leisten oder nicht herstellen könnten. Wenn die gemeinsame Produktion es den Parteien ermöglicht, die Zahl der Produkttypen zu erhöhen, kann sie durch Verbundvorteile auch Kosteneinsparungen mit sich bringen.

4.4.2. Unerlässlichkeit

177. Wettbewerbsbeschränkungen, die weiter gehen, als zur Erzielung der mit einer Produktionsvereinbarung angestrebten Effizienzgewinne notwendig ist, erfüllen nicht die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3. So werden zum Beispiel Beschränkungen, die den Parteien in einer Produktionsvereinbarung für ihr Wettbewerbsverhalten hinsichtlich des Outputs außerhalb der Zusammenarbeit auferlegt werden, in der Regel nicht als unerlässlich angesehen. Ebenso können gemeinsam festgesetzte Preise nicht als unerlässlich gelten, wenn die Produktionsvereinbarung keine gemeinsame Vermarktung umfasst.

4.4.3. *Weitergabe an die Verbraucher*

178. Durch unerlässliche Beschränkungen erzielte Effizienzgewinne müssen in Form von niedrigeren Preisen, höherer Produktqualität oder größerer Produktvielfalt in einem Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen. Effizienzgewinne, die nur den Parteien zugutekommen, oder Kosteneinsparungen, die auf einer Verringerung des Outputs oder einer Aufteilung des Marktes beruhen, sind keine ausreichende Grundlage für die Erfüllung der Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3. Wenn die Parteien der Produktionsvereinbarung Einsparungen bei ihren variablen Kosten erzielen, ist die Wahrscheinlichkeit, dass sie sie an die Verbraucher weitergeben, größer, als wenn sie ihre Fixkosten verringern. Und je mehr Marktmacht die Parteien haben, desto weniger wahrscheinlicher ist es, dass sie die Effizienzgewinne in einem Maße an die Verbraucher weitergeben, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen.

4.4.4. *Keine Ausschaltung des Wettbewerbs*

179. Die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 können nicht erfüllt sein, wenn die Vereinbarung den Parteien die Möglichkeit eröffnet, für einen beträchtlichen Teil der betreffenden Produkte den Wettbewerb auszuschalten. Dies ist auf dem relevanten Markt, dem die unter die Zusammenarbeit fallenden Produkte angehören, und auf möglichen Spillover-Märkten zu prüfen.

4.5. Beispiele

180. Entstehung eines neuen Marktes – kontrafaktische Situation

Beispiel 1

Sachverhalt: Die Unternehmen A und B produzieren und vermarkten gemeinsam ein Produkt, das keiner von ihnen alleine produzieren oder vermarkten könnte.

Analyse: Selbst wenn sie die Menge und/oder den Preis des neuen Produkts festsetzen, liegt keine Beschränkung des Wettbewerbs vor, da der Markt ohne die Zusammenarbeit nicht bestehen würde.

181. Angleichung der Kosten und Kollusionsergebnisse

Beispiel 2

Sachverhalt: Die Unternehmen A und B, die das Produkt X anbieten, beschließen, ihre bestehenden, veralteten Produktionsanlagen zu schließen und eine größere, moderne und effizientere Produktionsanlage zu errichten, die von einem Jointventure betrieben werden soll und über eine höhere Kapazität verfügen wird als die alten Anlagen von A und B zusammen. Die Wettbewerber, deren Anlagen voll ausgelastet sind, planen keine solchen Investitionen. A und B haben einen Marktanteil von 20 % bzw. 25 %. Ihre Produkte sind in einem bestimmten Segment des konzentrierten Marktes die nächsten Substitute. Der Markt befindet sich in Stagnation, es gibt keine Marktzutritte, und die Marktanteile sind über längere Zeit stabil geblieben. Die Produktionskosten stellen bei A und B den größten Teil der variablen Kosten für X dar, d. h. die Vermarktungskosten sind gering (die Kosten für Marketing sind niedrig, da es sich um eine homogene, eingeführte Ware handelt, Transportkosten fallen kaum an).

Analyse: Es ist wahrscheinlich, dass das Produktions-Jointventure von A und B wegen der bestehenden Marktmacht von A und B, der nahen Substituierbarkeit ihrer Produkte und der Angleichung der Kosten wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 auf dem Markt für X hätte. Jedoch kann die Ersetzung zweier kleinerer, alter Produktionsanlagen durch eine größere, moderne und effizientere Anlage dazu führen, dass das Jointventure zum Vorteil der Verbraucher größere Mengen zu niedrigeren Preisen produziert. Die Produktionsvereinbarung kann die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 allerdings nur erfüllen, wenn die Parteien durch substantiierten Vortrag den Nachweis erbringen, dass die Effizienzgewinne in einem Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen.

182. Verbindungen zwischen Wettbewerbern und Kollusionsergebnisse

Beispiel 3

Sachverhalt: Die Unternehmen A und B gründen ein Jointventure für die Produktion des Produkts Y. Der Anteil von A und B am Markt für Y beträgt jeweils 15 %. Es gibt drei weitere Anbieter auf diesem Markt, nämlich C, D und E mit einem Marktanteil von 30 %, 25 % bzw. 15 %. B betreibt bereits mit D eine gemeinsame Produktionsanlage.

Analyse: Der Markt ist durch sehr wenige Anbieter und eher symmetrische Strukturen gekennzeichnet. Mit der Zusammenarbeit zwischen A und B würde eine zusätzliche Verbindung auf dem Markt geschaffen und damit die Konzentration verstärkt, da auch D mit A und B verbunden würde. Diese Zusammenarbeit würde wahrscheinlich die Gefahr eines Kollusionsergebnisses erhöhen und damit wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 haben. Die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 könnten nur im Falle erheblicher Effizienzgewinne erfüllt sein.

183. Wettbewerbswidrige Verschließung eines nachgelagerten Marktes

Beispiel 4

Sachverhalt: A und B gründen ein Jointventure, das ihre gesamte Produktion des Zwischenprodukts X übernimmt. Die Produktionskosten für X machen 70 % der variablen Kosten des Endprodukts Y aus, mit dem A und B auf dem nachgelagerten Markt miteinander im Wettbewerb stehen. Der Anteil von A und B am Markt für Y beträgt jeweils 20 %, es gibt nur wenige Marktzutritte, und die Marktanteile sind über längere Zeit stabil geblieben. A und B decken nicht nur ihren eigenen Bedarf an X, sondern verkaufen X auch auf dem Handelsmarkt, an dem sie einen Anteil von jeweils 40 % haben. Auf dem Markt für X bestehen hohe Zutrittschranken, und die vorhandenen Hersteller sind fast voll ausgelastet. Auf dem Markt für Y gibt es zwei weitere wichtige Anbieter mit einem Marktanteil von jeweils 15 % und mehrere kleinere Wettbewerber. Mit der Vereinbarung werden Größenvorteile erzielt.

Analyse: Über das Produktions-Jointventure könnten A und B die Lieferungen der wesentlichen Vorleistung X an ihre Wettbewerber auf dem Markt für Y weitgehend kontrollieren. Dies würde A und B die Möglichkeit eröffnen, die Kosten ihrer Konkurrenten durch künstliche Erhöhung der Preise für X oder durch Verringerung des Outputs in die Höhe zu treiben. Dies könnte zu einer Verschließung des Marktes für Y gegenüber den Wettbewerbern von A und B führen. Wegen der wahrscheinlichen wettbewerbswidrigen Verschließung des nachgelagerten Marktes ist es wahrscheinlich, dass die Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 hat. Dass die mit dem Produktions-Jointventure erzielten Größenvorteile die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen, ist unwahrscheinlich, so dass die Vereinbarung aller Wahrscheinlichkeit nach nicht die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt.

184. Spezialisierungsvereinbarung als Marktaufteilung

Beispiel 5

Sachverhalt: A und B stellen beide die Produkte X und Y her. Der Anteil von A am Markt für X beträgt 30 %, sein Anteil am Markt für Y 10 %. Der Anteil von B am Markt für X beträgt 10 %, sein Anteil am Markt für Y 30 %. Zur Erzielung von Größenvorteilen schließen sie eine Vereinbarung über die gegenseitige Spezialisierung, nach der A nur noch X und B nur noch Y produziert. Sie beliefern sich nicht gegenseitig mit der Ware, so dass A nur X und B nur Y verkauft. Die Parteien behaupten, sie würden durch diese Spezialisierung dank der Größenvorteile Kosten einsparen und durch die Konzentration auf ein einziges Produkt ihre Produktionstechnologien verbessern, was zu qualitativ besseren Produkten führen werde.

Analyse: Hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf den Wettbewerb auf dem Markt kommt diese Spezialisierungsvereinbarung einem Hardcore-Kartell nahe, bei dem die Parteien den Markt unter sich aufteilen. Daher bezweckt die Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 101 Absatz 1. Da die geltend gemachten Effizienzgewinne in Form von Größenvorteilen und verbesserten Produktionstechnologien einzig und allein mit der Marktaufteilung

zusammenhängen, ist es unwahrscheinlich, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen, so dass die Vereinbarung nicht die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllen würde. Wenn das Unternehmen A oder das Unternehmen B glaubt, dass es effizienter wäre, sich auf ein einziges Produkt zu konzentrieren, kann es einseitig beschließen, nur noch X oder nur noch Y zu produzieren, ohne gleichzeitig mit dem anderen Unternehmen zu vereinbaren, dass dieses sich auf die Produktion des anderen Produkts konzentriert.

Die Analyse würde anders ausfallen, wenn A und B einander mit dem Produkt belieferten, auf das sie sich konzentrieren, so dass beide X und Y verkaufen. In diesem Falle könnten A und B noch auf beiden Märkten preislich konkurrieren, vor allem wenn auf die Produktionskosten (die durch die Produktionsvereinbarung zu gemeinsamen Kosten werden) kein wesentlicher Teil der variablen Kosten ihrer Produkte entfiel. Maßgebend sind in diesem Zusammenhang die Vermarktungskosten. Eine Beschränkung des Wettbewerbs durch die Spezialisierungsvereinbarung wäre somit unwahrscheinlich, wenn es sich bei X und Y um weitgehend heterogene Produkte mit einem sehr hohen Anteil an Marketing- und Vertriebskosten (z. B. 65-70 % der Gesamtkosten) handelte. In diesem Szenario wäre die Gefahr eines Kollusionsergebnisses nicht hoch, und die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 wären möglicherweise erfüllt, sofern die Effizienzgewinne in einem Maße an die Verbraucher weitergegeben würden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen.

185. Potenzielle Wettbewerber

Beispiel 6

Sachverhalt: A produziert das Endprodukt X, B produziert das Endprodukt Y. X und Y stellen zwei getrennte Produktmärkte dar, auf denen A bzw. B über große Marktmacht verfügt. Beide Unternehmen verwenden Z als Vorleistung für die Produktion von X bzw. Y, und beide produzieren Z ausschließlich für den Eigenbedarf. X ist ein Produkt mit niedriger Wertschöpfung, für das Z eine wesentliche Vorleistung ist (X ist eine recht einfache Verarbeitung von Z). Y ist ein Produkt mit hoher Wertschöpfung, für das Z eine von vielen Vorleistungen ist (auf Z entfällt nur ein geringer Teil der variablen Kosten für Y). A und B vereinbaren, Z gemeinsam zu produzieren, und erzielen dadurch bescheidene Größenvorteile.

Analyse: A und B sind hinsichtlich X, Y und Z keine tatsächlichen Wettbewerber. Da es sich bei X aber um eine einfache Verarbeitung der Vorleistung Z handelt, könnte B wahrscheinlich leicht in den Markt für X eintreten und damit die Stellung von A auf diesem Markt angreifen. Der Anreiz für B, dies zu tun, könnte durch die Vereinbarung über die gemeinsame Produktion von Z gemindert werden, da die gemeinsame Produktion Anlass für „Prämienzahlungen“ sein könnte, die die Wahrscheinlichkeit verringern, dass B das Produkt X verkauft (da A wahrscheinlich die Kontrolle über die Menge von Z hat, die B von dem Jointventure bezieht). Die Wahrscheinlichkeit, dass B ohne die Vereinbarung in den Markt für X eingetreten wäre, hängt jedoch von der erwarteten Rentabilität des Markteintritts ab. Da X ein Produkt mit niedriger Wertschöpfung ist, wäre ein Markteintritt möglicherweise nicht rentabel und damit für B ohne die Vereinbarung unwahrscheinlich. Da A und B bereits über Marktmacht verfügen, ist es wahrscheinlich, dass die Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 hat, sofern die Vereinbarung tatsächlich die Wahrscheinlichkeit verringert, dass B in den Markt von A, also den Markt für X eintritt. Die mit der Vereinbarung erzielten Effizienzgewinne in Form von Größenvorteilen sind bescheiden, so dass es unwahrscheinlich ist, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen.

186. Informationsaustausch im Rahmen einer Produktionsvereinbarung

Beispiel 7

Sachverhalt: Die Unternehmen A und B, die ein hohes Maß an Marktmacht besitzen, beschließen, gemeinsam zu produzieren, um effizienter zu werden. Im Rahmen ihrer Vereinbarung tauschen sie heimlich Informationen über ihre künftigen Preise aus. Die Vereinbarung umfasst nicht den gemeinsamen Vertrieb.

Analyse: Dieser Informationsaustausch macht ein Kollusionsergebnis wahrscheinlich und dürfte eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 bezwecken. Dass er die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt, ist unwahrscheinlich, da der Austausch der Informationen über die künftigen Preise der Parteien für die gemeinsame Produktion und die Erzielung der entsprechenden Kosteneinsparungen nicht unerlässlich ist.

187. Swaps und Informationsaustausch

Beispiel 8

Sachverhalt: A und B produzieren beide Z, einen chemischen Grundstoff. Z ist ein homogenes Produkt, das nach einer europäischen Norm hergestellt wird, die keine Produktvarianten zulässt. Die Produktionskosten sind ein erheblicher Kostenfaktor für Z. Der Anteil von A und B am EU-Markt für Z beträgt 20 % bzw. 25 %. Auf dem Markt für Z gibt es vier weitere Hersteller mit Marktanteilen von 20 %, 15 %, 10 % und 10 %. Die Produktionsanlage von A befindet sich im Mitgliedstaat X in Nordeuropa, die Produktionsanlage von B im Mitgliedstaat Y in Südeuropa. Obwohl die Kunden von A zum größten Teil in Nordeuropa ansässig sind, hat A auch einige Kunden in Südeuropa. Das gleiche gilt für B, der einige Kunden in Nordeuropa hat. Derzeit beliefert A seine südeuropäischen Kunden mit Z, das in seiner Produktionsanlage in X hergestellt und dann per Lkw nach Südeuropa transportiert wird. Entsprechend beliefert B seine nordeuropäischen Kunden mit Z, das in Y hergestellt und dann ebenfalls per Lkw nach Nordeuropa transportiert wird. Die Transportkosten sind recht hoch, aber nicht so hoch, dass die Lieferungen von A nach Südeuropa und die Lieferungen von B nach Nordeuropa unrentabel wären. Die Kosten für den Transport von X nach Südeuropa sind niedriger als die Kosten für den Transport von Y nach Nordeuropa.

A und B kommen zu dem Schluss, dass es effizienter wäre, wenn A Z nicht mehr von X nach Südeuropa und B Z nicht mehr von Y nach Nordeuropa transportieren würde, wollen aber gleichzeitig ihre jeweiligen Kunden auf jeden Fall behalten. Zu diesem Zweck beabsichtigen A und B, eine Swap-Vereinbarung zu treffen, nach der sie eine vereinbarte Jahresmenge Z bei der Anlage der anderen Partei kaufen können, um das erworbene Z an diejenigen ihrer Kunden zu verkaufen, deren Standort näher an der Anlage der anderen Partei liegt. Um einen Kaufpreis ermitteln zu können, bei dem keine Partei gegenüber der anderen bevorzugt wird und der den unterschiedlichen Produktionskosten der Parteien und ihren unterschiedlichen Einsparungen bei den Transportkosten Rechnung trägt, und um beiden Parteien eine angemessene Marge zu sichern, vereinbaren sie, einander ihre wichtigsten Kosten in Bezug auf Z (d. h. die Produktions- und die Transportkosten) offenzulegen.

Analyse: Die Tatsache, dass die Wettbewerber A und B für einen Teil ihrer Produktion einen Swap vornehmen, ist an sich noch kein Anlass für wettbewerbsrechtliche Bedenken. In der geplanten Swap-Vereinbarung zwischen A und B ist jedoch der Austausch der Produktions- und der Transportkosten beider Parteien in Bezug auf Z vorgesehen. Zudem haben A und B zusammen eine starke Stellung auf einem relativ konzentrierten Markt für einen homogenen Grundstoff inne. Daher ist es wegen des umfassenden Informationsaustauschs über einen wesentlichen Wettbewerbsparameter in Bezug auf Z wahrscheinlich, dass die Swap-Vereinbarung zwischen A und B wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 haben wird, da sie zu einem Kollusionsergebnis führen kann. Mit der Vereinbarung werden zwar erhebliche Effizienzgewinne in Form von Kosteneinsparungen für die Parteien erzielt, jedoch sind die sich aus der Vereinbarung ergebenden Wettbewerbsbeschränkungen dafür nicht unerlässlich. Die Parteien könnten ähnliche Kosteneinsparungen erzielen, indem sie sich auf eine Preisformel einigen, die nicht die Offenlegung ihrer Produktions- und Transportkosten erfordert. In ihrer derzeitigen Form erfüllt die Swap-Vereinbarung daher nicht die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3.

188. Marktmacht mit niedrigen Marktanteilen – Entzug des Rechtsvorteils der Gruppenfreistellungsverordnung für Spezialisierungsvereinbarungen

Beispiel 9

Sachverhalt: A und B gründen ein Jointventure für die Produktion des Grundstoffs X, aber nicht für die gemeinsame Vermarktung. Zu diesem Zweck schließen A und B ihre bestehenden Produktionsanlagen und bauen eine neue Anlage mit einer höheren Kapazität als ihre bestehenden Anlagen, so dass ihre Produktionskosten sinken. A und B könnten jedoch auch jeweils eine eigene neue, moderne und effiziente Produktionsanlage bauen. A und B haben einen Marktanteil von jeweils 9 %. Es gibt viele kleinere Hersteller von X mit Marktanteilen zwischen 1 % und 5 %. Die Anlagen dieser Hersteller sind voll ausgelastet, und es ist trotz steigender Nachfrage unwahrscheinlich, dass in absehbarer Zeit Anlagen erweitert oder neu gebaut werden. Wegen ihres Produktions-Jointventures sind rund 80 % der Kosten von A und B gemeinsame Kosten. Die Kundenseite ist fragmentiert und kann keine Nachfragemacht ausüben.

Analyse: Obwohl der gemeinsame Marktanteil von A und B lediglich 18 % beträgt, ist wahrscheinlich, dass das geplante Produktions-Jointventure wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 hat. Indem es zu einer erheblichen Kostenangleichung führt, erleichtert es wahrscheinlich ein Kollusionsergebnis. Da alle anderen Hersteller eher klein sind und über begrenzte Kapazitäten verfügen, hätten sie einer Preiserhöhung durch A und B nicht entgegensetzen. Dies gilt auch für die Kunden, die keine ausgleichende Nachfragemacht haben. Das Produktions-Jointventure erfüllt jedoch die Voraussetzungen der Gruppenfreistellungsverordnung für Spezialisierungsvereinbarungen, insbesondere da der gemeinsame Marktanteil der Parteien nicht mehr als 20 % beträgt. Dennoch würde die Kommission den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellungsverordnung für Spezialisierungsvereinbarungen in diesem Fall entziehen, da es unwahrscheinlich ist, dass das Produktions-Jointventure die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt. Obwohl die Parteien mit dem Produktions-Jointventure Kosteneinsparungen erzielen, ist es unter Berücksichtigung ihres gemeinsamen Marktanteils unwahrscheinlich, dass sie diese Effizienzgewinne in einem Maße an die Verbraucher weitergeben, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen.

5. EINKAUFSVEREINBARUNGEN

5.1. Definition

189. Gegenstand dieses Kapitels sind Vereinbarungen über den gemeinsamen Einkauf von Produkten. Der gemeinsame Einkauf kann über ein gemeinsam kontrolliertes Unternehmen oder ein Unternehmen erfolgen, an dem viele andere Unternehmen Minderheitsbeteiligungen halten, oder im Rahmen einer vertraglichen Regelung oder lockererer Formen der Zusammenarbeit („gemeinsame Einkaufsregelungen“). Ziel gemeinsamer Einkaufsregelungen ist in der Regel, Nachfragemacht zu schaffen, die zu niedrigeren Preisen für die Verbraucher führen kann. Nachfragemacht kann jedoch unter bestimmten Umständen auch Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken geben.

190. Gemeinsame Einkaufsregelungen können sowohl horizontale als auch vertikale Vereinbarungen enthalten. In diesen Fällen ist eine Analyse in zwei Stufen erforderlich. Zunächst müssen die horizontalen Vereinbarungen zwischen den gemeinsam einkaufenden Unternehmen anhand der in diesen Leitlinien beschriebenen Grundsätze gewürdigt werden. Ergibt diese Würdigung, dass die gemeinsame Einkaufsvereinbarung keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gibt, müssen auch die anschließend geschlossenen vertikalen Vereinbarungen geprüft werden. Diese Prüfung wird nach den Vorschriften der Gruppenfreistellungsverordnung und der Leitlinien für vertikale Beschränkungen⁷⁹ erfolgen.
191. Eine übliche Form der gemeinsamen Einkaufsregelung ist die „Allianz“, eine Unternehmensvereinigung, die von einer Gruppe von Einzelhändlern für den gemeinsamen Einkauf von Produkten gegründet wird. Die horizontalen Vereinbarungen zwischen den Mitgliedern der Allianz oder Beschlüsse der Allianz müssen zunächst als Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit nach diesen Leitlinien geprüft werden. Nur wenn nach dieser Prüfung keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen, müssen die anschließenden vertikalen Vereinbarungen zwischen der Allianz und einzelnen Mitgliedern sowie zwischen der Allianz und den Anbietern gewürdigt werden. Diese Vereinbarungen fallen unter bestimmten Voraussetzungen unter die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Beschränkungen. Bei vertikalen Vereinbarungen, die nicht unter diese Gruppenfreistellungsverordnung fallen, wird nicht davon ausgegangen, dass sie rechtswidrig sind; sie sind jedoch einer Einzelprüfung zu unterziehen.

5.2. Relevante Märkte

192. Zwei Märkte können von gemeinsamen Einkaufsregelungen betroffen sein: erstens die unmittelbar von der gemeinsamen Einkaufsregelung betroffenen Märkte, d. h. die relevanten Einkaufsmärkte, und zweitens die Verkaufsmärkte, d. h. die nachgelagerten Märkte, auf denen die Parteien der gemeinsamen Einkaufsregelung als Verkäufer tätig sind.
193. Die Definition der relevanten Einkaufsmärkte stützt sich auf die in der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes⁸⁰ beschriebenen Grundsätze und den Begriff der Substituierbarkeit zur Ermittlung des Wettbewerbsdrucks. Der einzige Unterschied zur Definition der „Verkaufsmärkte“ besteht darin, dass die Substituierbarkeit aus der Sicht des Angebots und nicht der Sicht der Nachfrage zu definieren ist. Mit anderen Worten: Bei der Ermittlung des Wettbewerbsdrucks auf die Einkäufer sind die Alternativen der Anbieter ausschlaggebend. Dieser könnte z. B. durch die Untersuchung der Reaktion der Anbieter auf eine geringe, nicht nur vorübergehende Preissenkung ermittelt werden. Sobald der Markt abgegrenzt ist, kann der Marktanteil als Prozentsatz der Einkäufe der Parteien am Gesamtumsatz des eingekauften Produkts auf dem relevanten Markt berechnet werden.

⁷⁹ Vgl. die Fußnoten 8 und 9.

⁸⁰ Vgl. Fußnote 5.

194. Sind die Parteien darüber hinaus Wettbewerber auf einem oder mehreren Verkaufsmärkten, so sind diese Märkte ebenfalls für die Prüfung relevant. Die Verkaufsmärkte sind nach der in der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes beschriebenen Methode abzugrenzen.

5.3. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1

5.3.1. Grundlegende kartellrechtliche Bedenken

195. Gemeinsame Einkaufsregelungen können wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen auf den Einkaufsmärkten und/oder auf nachgelagerten Verkaufsmärkten haben, zum Beispiel höhere Preise, geringere Produktionsmenge, Produktqualität oder -vielfalt, Marktaufteilung oder wettbewerbswidrige Verschließung des Marktes für andere mögliche Einkäufer.
196. Wenn Wettbewerber auf nachgelagerten Märkten einen erheblichen Teil ihrer Produkte zusammen einkaufen, kann sich für sie der Anreiz für einen Preiswettbewerb auf den Verkaufsmärkten erheblich verringern. Falls die Parteien dort über einen erheblichen Grad an Marktmacht verfügen (der nicht auf Marktbeherrschung hinauslaufen muss), ist es wahrscheinlich, dass die mit der gemeinsamen Einkaufsregelung erzielten niedrigeren Einkaufspreise nicht an die Verbraucher weitergegeben werden.
197. Verfügen die Parteien über einen erheblichen Grad an Marktmacht auf dem Einkaufsmarkt (Nachfragemacht), so besteht die Gefahr, dass sie Anbieter zwingen, die Palette oder die Qualität der angebotenen Produkte zu verringern, was wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben könnte, zum Beispiel Qualitätsrückgang, Nachlassen von Innovationsanstrengungen oder letzten Endes ein suboptimales Angebot.
198. Die Nachfragemacht der Parteien der gemeinsamen Einkaufsregelung könnte genutzt werden, um den Markt für konkurrierende Einkäufer zu verschließen, indem ihr Zugang zu effizienten Anbietern beschränkt wird. Dies ist nur möglich, wenn die Zahl der Anbieter begrenzt ist und auf der Angebotsseite des vorgelagerten Marktes Zutrittsschranken bestehen.
199. Im Allgemeinen ist es jedoch weniger wahrscheinlich, dass gemeinsame Einkaufsregelungen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken geben, wenn die Parteien auf dem Verkaufsmärkten nicht über Marktmacht verfügen.

5.3.2. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen

200. Bei einer gemeinsamen Einkaufsregelung handelt es sich um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie nicht wirklich den gemeinsamen Einkauf betrifft, sondern als Mittel zur Bildung eines verschleierte Kartells für verbotene Praktiken wie Preisfestsetzung, Produktionsbeschränkung oder Marktaufteilung genutzt wird.

201. Vereinbarungen, mit denen unter anderem Einkaufspreise festgesetzt werden, können eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 bezwecken⁸¹. Im Zusammenhang mit Einkaufsregelungen gilt dies jedoch nicht, wenn die Parteien einer gemeinsamen Einkaufsregelung sich über die Einkaufspreise einigen, die den Anbietern auf der Grundlage der gemeinsamen Einkaufsregelung für unter den Liefervertrag fallenden Produkte gezahlt werden können. In diesem Fall sind die wahrscheinlichen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 zu prüfen. Dabei wird die Vereinbarung über die Einkaufspreise nicht getrennt gewürdigt, sondern unter Berücksichtigung aller Auswirkungen, die die Einkaufsvereinbarung auf den Markt hat.

5.3.3. *Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen*

202. Einkaufsvereinbarungen, die keine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken, müssen in ihrem rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang auf ihre tatsächlichen und wahrscheinlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb geprüft werden. Die Analyse der wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen einer Einkaufsvereinbarung muss die negativen Auswirkungen auf den Einkaufs- und auf den Verkaufsmärkten umfassen.

Marktmacht

203. Es gibt keine absolute Schwelle, bei deren Überschreiten davon ausgegangen werden kann, dass eine Einkaufsvereinbarung Marktmacht begründet und wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 hat. In den meisten Fällen ist es jedoch unwahrscheinlich, dass Marktmacht besteht, wenn die Parteien der Einkaufsvereinbarung sowohl auf den Einkaufsmärkten als auch auf den Verkaufsmärkten einen gemeinsamen Marktanteil von nicht mehr als 15 % haben. Beträgt der gemeinsame Anteil der Parteien an beiden Märkten nicht mehr als 15 %, so ist es auf jeden Fall wahrscheinlich, dass die Einkaufsvereinbarung die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt.
204. Überschreitet ein Marktanteil eine oder beide Schwellen, so heißt dies nicht automatisch, dass die Einkaufsvereinbarung wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat. Eine Einkaufsvereinbarung, die nicht unter diese Freistellung fällt, muss eingehend auf ihre Auswirkungen auf den Markt geprüft werden, unter anderem unter Berücksichtigung von Faktoren wie Marktkonzentration und mögliche Gegenmacht starker Anbieter.
205. Nachfragemacht kann unter bestimmten Umständen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben. Wettbewerbswidrige Nachfragemacht ist wahrscheinlich, wenn eine Einkaufsvereinbarung einen hinreichend großen Teil des Gesamtvolumens eines Einkaufsmarkts betrifft, so dass der Zugang zu dem Markt für konkurrierende Einkäufer verschlossen werden könnte. Ein hohes Maß an Nachfragemacht könnte mittelbar die Produktmenge, -qualität und -vielfalt auf dem Verkaufsmarkt beeinflussen.

⁸¹ Siehe Artikel 101 Absatz 1 Buchstabe a, das in Fußnote 18 zitierte Urteil in den verbundenen Rs. T-217/03 und T-245/03, *French Beef*, Rdnrn. 83 ff., und das in Fußnote 39 zitierte Urteil in der Rs. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Rdnr. 37.

206. Für die Prüfung, ob die Parteien einer gemeinsamen Einkaufsregelung Marktmacht haben, sind auch die Zahl und die Intensität der Verbindungen (z. B. weitere Einkaufsvereinbarungen) zwischen den Wettbewerbern auf dem Markt von Bedeutung.
207. Wenn jedoch konkurrierende Einkäufer zusammenarbeiten, die nicht auf demselben relevanten Verkaufsmarkt tätig sind (z. B. Einzelhändler, die auf verschiedenen räumlichen Märkten verkaufen und nicht als potenzielle Wettbewerber angesehen werden können), sind wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen der Vereinbarung unwahrscheinlich, es sei denn, es besteht die Wahrscheinlichkeit, dass die Parteien ihre Stellung auf den Einkaufsmärkten nutzen könnten, um die Wettbewerbsstellung anderer Unternehmen auf ihren jeweiligen Verkaufsmärkten zu beeinträchtigen.

Angleichung der Kosten

208. Einkaufsvereinbarungen können zu einem Kollusionsergebnis führen, sofern sie die Koordinierung des Verhaltens der Parteien auf dem Verkaufsmarkt erleichtern. Dies kann der Fall sein, wenn sie durch den gemeinsamen Einkauf ein hohes Maß an Kostenangleichung erzielen.
209. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen sind eher wahrscheinlich, wenn ein erheblicher Teil der variablen Kosten der Parteien der Einkaufsvereinbarung auf dem relevanten nachgelagerten Markt gemeinsame Kosten sind. Dies gilt zum Beispiel, wenn Einzelhändler, die auf denselben relevanten Einzelhandelsmärkten tätig sind, einen erheblichen Teil der Produkte, die sie weiterverkaufen, gemeinsam einkaufen. Ferner kann dies der Fall sein, wenn konkurrierende Hersteller und Verkäufer eines Endprodukts einen großen Teil ihrer Vorleistungen gemeinsam einkaufen.

Informationsaustausch

210. Für die Umsetzung einer Einkaufsvereinbarung kann der Austausch sensibler Geschäftsinformationen z. B. über Einkaufspreise und -mengen erforderlich sein. Der Austausch dieser Informationen kann die Koordinierung hinsichtlich der Verkaufspreise und des Outputs erleichtern und damit zu einem Kollusionsergebnis auf den Verkaufsmärkten führen. Die Spillover-Effekte des Austauschs sensibler Geschäftsinformationen können minimiert werden, wenn die Daten von einer gemeinsamen Einkaufsorganisation zusammengestellt werden, die die Informationen nicht an ihre Mitglieder weitergibt.
211. Negative Auswirkungen des Informationsaustauschs werden nicht getrennt gewürdigt, sondern unter Berücksichtigung der Gesamtauswirkungen der Vereinbarung. Ob es wahrscheinlich ist, dass der Informationsaustausch im Rahmen einer Einkaufsvereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat, sollte nach Maßgabe des Kapitels zu den allgemeinen Grundsätzen für die wettbewerbsrechtliche Würdigung des Informationsaustauschs geprüft werden. Wenn der Informationsaustausch nicht über den Austausch der Daten hinausgeht, die für den gemeinsamen Einkauf der unter die Einkaufsvereinbarung fallenden Waren erforderlich sind, dürfte der Informationsaustausch, selbst wenn er wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 hat, eher die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllen, als wenn er über das für den gemeinsamen Einkauf erforderliche Maß hinausgeht.

5.4. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3

5.4.1. Effizienzgewinne

212. Mit Einkaufsvereinbarungen können erhebliche Effizienzgewinne erzielt werden. Insbesondere können Einkaufsvereinbarungen zu Kosteneinsparungen, z. B. niedrigeren Einkaufspreisen oder geringeren Transaktions-, Transport- und Lagerkosten führen und dadurch Größenvorteile erleichtern.

5.4.2. Unerlässlichkeit

213. Wettbewerbsbeschränkungen, die weiter gehen, als zur Erzielung der mit einer Einkaufsvereinbarung angestrebten Effizienzgewinne notwendig ist, erfüllen nicht die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3. Die Verpflichtung, ausschließlich im Rahmen der Zusammenarbeit einzukaufen, kann in bestimmten Fällen unerlässlich sein, um das für die Erzielung von Größenvorteilen erforderliche Volumen zu erreichen. Eine solche Verpflichtung muss jedoch im Einzelfall geprüft werden.

5.4.3. Weitergabe an die Verbraucher

214. Durch unerlässliche Beschränkungen erzielte Effizienzgewinne müssen in einem Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Einkaufsvereinbarung aufwiegen. Kosteneinsparungen, die nur den Parteien der Einkaufsvereinbarung zugutekommen, reichen folglich nicht aus. Die Kosteneinsparungen müssen z. B. in Form von niedrigeren Preisen auf den Verkaufsmärkten an die Verbraucher, also die Kunden der Parteien weitergegeben werden. Wenn die Einkäufer zusammen über Marktmacht auf den Verkaufsmärkten verfügen, ist es nicht wahrscheinlich, dass niedrigere Einkaufspreise, die mit der bloßen Ausübung von Nachfragemacht erzielt wurden, an die Verbraucher weitergegeben werden, so dass die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 nicht erfüllt sind. Und je mehr Marktmacht die Parteien auf den Verkaufsmärkten haben, desto weniger wahrscheinlicher ist es, dass sie die Effizienzgewinne in einem Maße an die Verbraucher weitergeben, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen.

5.4.4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs

215. Die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 können nicht erfüllt sein, wenn die Vereinbarung den Parteien die Möglichkeit eröffnet, für einen beträchtlichen Teil der betreffenden Produkte den Wettbewerb auszuschalten. Dies muss sowohl für die Einkaufs- als auch für die Verkaufsmärkte geprüft werden.

5.5. Beispiele

216. Gemeinsamer Einkauf kleiner Unternehmen mit bescheidenen gemeinsamen Marktanteilen

Beispiel 1

Sachverhalt: 150 kleine Einzelhändler schließen eine Vereinbarung zur Gründung einer gemeinsamen Einkaufsorganisation. Sie verpflichten sich, ein Mindestvolumen über die Organisation einzukaufen, auf das rund 50 % der Gesamtkosten jedes Einzelhändlers entfallen. Die Einzelhändler können über die Organisation mehr als das Mindestvolumen einkaufen und dürfen auch außerhalb ihrer Zusammenarbeit einkaufen. Sie haben einen gemeinsamen Anteil von 20 % am Einkaufs- wie am Verkaufsmarkt. A und B sind ihre zwei großen Wettbewerber. A hat am Einkaufs- wie am Verkaufsmarkt einen Anteil von 25 %, B einen Anteil von 35 %. Es bestehen keine Schranken, die die übrigen kleineren Wettbewerber daran hindern würden, ebenfalls eine Einkaufsgruppe zu bilden. Die 150 Einzelhändler erzielen durch den gemeinsamen Einkauf über die Einkaufsorganisation erhebliche Kosteneinsparungen.

Analyse: Die Einzelhändler haben eine bescheidene Stellung auf dem Einkaufs- und dem Verkaufsmarkt. Ferner führt die Zusammenarbeit zu gewissen Größenvorteilen. Obwohl die Einzelhändler ein hohes Maß an Kostenangleichung erzielen, ist es unwahrscheinlich, dass sie Marktmacht auf dem Verkaufsmarkt besitzen, da dort die Wettbewerber A und B präsent sind, von denen jeder einzelne größer ist als die gemeinsame Einkaufsorganisation. Eine Koordinierung des Verhaltens der Einzelhändler und ein sich daraus ergebendes Kollusionsergebnis sind daher unwahrscheinlich. Damit ist auch unwahrscheinlich, dass die Gründung der gemeinsamen Einkaufsorganisation wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 hat.

217. Kostenangleichung und Marktmacht auf dem Verkaufsmarkt

Beispiel 2

Sachverhalt: Zwei Supermarktketten schließen eine Vereinbarung über den gemeinsamen Einkauf von Produkten, auf die rund 80 % ihrer variablen Kosten entfallen. Auf den relevanten Märkten für die verschiedenen Produktgruppen liegt der gemeinsame Marktanteil der Parteien zwischen 25 % und 40 %. An dem relevanten Verkaufsmarkt haben sie einen gemeinsamen Anteil von 60 %. Es gibt vier weitere bedeutende Einzelhändler mit einem Marktanteil von je 10 %. Mit einem Marktzutritt ist nicht zu rechnen.

Analyse: Es ist wahrscheinlich, dass diese Einkaufsvereinbarung den Parteien die Möglichkeit eröffnet, ihr Verhalten auf dem Verkaufsmarkt zu koordinieren, was ein Kollusionsergebnis zur Folge hätte. Die Parteien haben Marktmacht auf dem Verkaufsmarkt, und die Einkaufsvereinbarung führt zu einer erheblichen Kostenangleichung. Zudem ist ein Marktzutritt unwahrscheinlich. Der Anreiz für die Parteien, ihr Verhalten zu koordinieren, wäre noch stärker, wenn sie bereits vor Abschluss der Vereinbarung ähnliche Kostenstrukturen gehabt hätten. Auch ähnliche Margen der Parteien würden die Gefahr eines Kollusionsergebnisses weiter erhöhen. Durch die Vereinbarung entsteht ferner das Risiko, dass durch

zurückhaltende Nachfrage der Parteien und damit infolge geringerer Mengen die Verkaufspreise auf dem nachgelagerten Markt steigen. Aus diesen Gründen ist es wahrscheinlich, dass die Einkaufsvereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 hat. Auch wenn mit der Vereinbarung mit großer Wahrscheinlichkeit Effizienzgewinne in Form von Kosteneinsparungen erzielt werden, ist es wegen der erheblichen Marktmacht der Parteien auf dem Verkaufsmarkt unwahrscheinlich, dass sie in einem Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen. Es ist daher unwahrscheinlich, dass die Einkaufsvereinbarung die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt.

218. Parteien, die auf verschiedenen räumlichen Märkten tätig sind

Beispiel 3

Sachverhalt: Sechs große Einzelhändler aus verschiedenen Mitgliedstaaten gründen eine Einkaufsallianz, um gemeinsam mehrere Markenprodukte aus Hartweizenmehl einzukaufen. Die Parteien dürfen andere, ähnliche Markenprodukte auch außerhalb ihrer Zusammenarbeit einkaufen. Fünf von ihnen bieten zusätzlich ähnliche Eigenmarkenprodukte an. Die Mitglieder der Einkaufsallianz haben einen gemeinsamen Anteil von rund 20 % am relevanten europaweiten Einkaufsmarkt. Auf dem Einkaufsmarkt gibt es drei weitere ähnlich große Unternehmen. Der Anteil der Parteien der Einkaufsallianz an den nationalen Verkaufsmärkten, auf denen sie tätig sind, beträgt jeweils zwischen 20 % und 40 %. Keine von ihnen ist in einem Mitgliedstaat präsent, auf dem ein anderes Mitglied der Allianz tätig ist. Die Parteien sind keine potenziellen neuen Anbieter auf den Märkten der anderen Parteien.

Analyse: Die Einkaufsallianz wird in der Lage sein, auf dem Einkaufsmarkt mit den anderen bestehenden großen Unternehmen zu konkurrieren. Die Verkaufsmärkte sind (nach Umsatz und räumlicher Ausdehnung) erheblich kleiner als der europaweite Einkaufsmarkt, und auf diesen Märkten könnten einige Mitglieder der Allianz über Marktmacht verfügen. Auch wenn die Mitglieder der Einkaufsallianz einen gemeinsamen Anteil von mehr als 15 % am Einkaufsmarkt haben, ist eine Koordinierung des Verhaltens oder eine Kollusion der Parteien auf den Verkaufsmärkten unwahrscheinlich, da sie auf den nachgelagerten Märkten weder tatsächliche noch potenzielle Wettbewerber sind.

219. Informationsaustausch

Beispiel 4

Sachverhalt: Die drei konkurrierenden Hersteller A, B und C betrauen eine unabhängige gemeinsame Einkaufsorganisation mit dem Einkauf des Produkts Z, bei dem es sich um ein Zwischenprodukt handelt, das die drei Parteien bei der Herstellung des Endprodukts X verwenden. Die Kosten für Z sind kein wesentlicher Kostenfaktor bei der Herstellung von X. Auf dem Verkaufsmarkt für X steht die gemeinsame Einkaufsorganisation mit den Parteien nicht im Wettbewerb. Alle für den Einkauf erforderlichen Informationen (z. B. Qualitätsvorgaben, Mengen, Liefertermine, Höchsteinkaufspreise) werden nur der gemeinsamen Einkaufsorganisation, nicht aber den anderen Parteien offengelegt. Die gemeinsame Einkaufsorganisation handelt die Einkaufspreise mit den Anbietern aus. Der gemeinsame Anteil von A, B und C am Einkaufs- wie am Verkaufsmarkt beträgt 30 %. Auf diesen Märkten gibt es sechs Wettbewerber, von denen zwei einen Marktanteil von 20 % haben.

Analyse: Da zwischen den Parteien kein direkter Informationsaustausch stattfindet, ist es unwahrscheinlich, dass die Übermittlung der für den Einkauf erforderlichen Angaben an die gemeinsame Einkaufsorganisation zu einem Kollusionsergebnis führt. Es ist daher unwahrscheinlich, dass der Informationsaustausch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 hat.

6. VERMARKTUNGSVEREINBARUNGEN

6.1. Definition

220. Vermarktungsvereinbarungen regeln die Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern in Bezug auf den Verkauf, den Vertrieb oder die Verkaufsförderung ihrer untereinander austauschbaren Produkte. Der Geltungsbereich dieser Vereinbarungen kann je nach den von ihnen erfassten Marketingfunktionen stark variieren. Am einen Ende des Spektrums steht der gemeinsame Verkauf, der zur gemeinsamen Festlegung sämtlicher mit dem Verkauf eines Produkts verbundenen geschäftlichen Gesichtspunkte einschließlich des Preises führt. Am anderen Ende stehen Vereinbarungen, die nur ganz bestimmte Marketingfunktionen wie Vertrieb, Kundendienst oder Werbung regeln.
221. Zu diesen auf bestimmte Aspekte beschränkten Vereinbarungen zählen insbesondere Vertriebsvereinbarungen. Diese fallen in der Regel unter die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Beschränkungen⁸² und die dazugehörigen Leitlinien für vertikale Beschränkungen⁸³, es sei denn, die Parteien sind tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber. Sind die Parteien Wettbewerber, so gilt die Gruppenfreistellungsverordnung über vertikale Beschränkungen nur dann für nicht gegenseitige vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, wenn a) der Anbieter zugleich Hersteller und Händler von Waren ist, der Abnehmer dagegen Händler, jedoch kein Wettbewerber auf der Herstellungsebene, oder b) der Anbieter ein auf mehreren Handelsstufen tätiger Dienstleister ist, der Abnehmer dagegen Waren oder Dienstleistungen auf der Einzelhandelsstufe anbietet und auf der Handelsstufe, auf der er die Vertragsdienstleistungen bezieht, kein Wettbewerber ist.⁸⁴
222. Vereinbaren die Wettbewerber, ihre untereinander austauschbaren Produkte auf gegenseitiger Grundlage (aber auf unterschiedlichen räumlichen Märkten) zu vertreiben, so besteht in bestimmten Fällen die Möglichkeit, dass die Vereinbarungen eine Aufteilung der Märkte bezwecken oder bewirken oder dass sie zu einem Kollusionsergebnis führen. Das gleiche gilt für nicht gegenseitige Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern ab einer bestimmten Größe. Gegenseitige Vereinbarungen und nicht gegenseitige Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern ab einer bestimmten Größe müssen deshalb zunächst nach den weiter unten ausgeführten Grundsätzen geprüft werden. Führt diese Prüfung zu der Schlussfolgerung, dass die in Rede stehende Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern des Vertriebssektors grundsätzlich akzeptiert werden kann, so müssen in einer weiteren Prüfung die in derartigen Vereinbarungen enthaltenen vertikalen Beschränkungen untersucht werden. Diese Würdigung sollte anhand der in den Leitlinien für vertikale Beschränkungen niedergelegten Grundsätze erfolgen.⁸⁵
223. Vereinbarungen, bei denen sich die gemeinsame Vermarktung auf eine andere ihr vorgelagerte Art der Zusammenarbeit (z. B. gemeinsame Herstellung oder

⁸² Vgl. Fußnote 8.

⁸³ Vgl. Fußnote 9.

⁸⁴ Artikel 2 Absatz 4 der Gruppenfreistellungsverordnung über vertikale Beschränkungen (vgl. Fußnote 8).

⁸⁵ Vgl. Fußnote 9.

gemeinsamer Einkauf) bezieht, sind von reinen Vermarktungsvereinbarungen zu unterscheiden. Die Analyse von Vermarktungsvereinbarungen, die sich auf verschiedene Stufen der Zusammenarbeit beziehen, sollte sich als erstes auf das Kapitel stützen, in dem der „am weitesten vorgelagerte, unerlässliche Baustein der Zusammenarbeit“⁸⁶ behandelt wird.

6.2. Relevante Märkte

224. Für die Prüfung des Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Parteien müssen zunächst die von der Zusammenarbeit unmittelbar betroffenen sachlich und räumlich relevanten Märkte (d. h. die Märkte, denen die von der Vereinbarung betroffenen Produkte angehören) definiert werden. Da sich eine Vermarktungsvereinbarung auf einem Markt auch auf das Wettbewerbsverhalten der Parteien auf einem benachbarten Markt auswirken kann, der eng mit dem direkt von der Zusammenarbeit betroffenen Markt verbunden ist, muss gegebenenfalls der benachbarte Markt ebenfalls definiert werden. Dieser kann horizontal oder vertikal mit dem von der Zusammenarbeit betroffenen Markt verbunden sein.

6.3. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1

6.3.1. Grundlegende kartellrechtliche Bedenken

225. Vermarktungsvereinbarungen können den Wettbewerb in mehrerer Hinsicht beeinträchtigen. Erstens, die offensichtlichste Wettbewerbsbeschränkung besteht in der Preisfestsetzung, die Teil einer Vermarktungsvereinbarung sein kann, da für die gemeinsame Vermarktung eines Produkts ein gemeinsamer Preis inhärenter Bestandteil der Vermarktung ist, der einer eingehenden wettbewerbsrechtlichen Prüfung bedarf.

226. Zweitens, Vermarktungsvereinbarungen können mit Beschränkungen der Produktionsmengen einhergehen, da die Parteien vertraglich vereinbaren könnten, in welchen Mengen sie das Produkt auf den Markt bringen, wodurch sie das Angebot einschränken.

227. Drittens, Vermarktungsvereinbarungen könnten von den Parteien für eine Marktaufteilung oder Zuweisung von Aufträgen oder Kunden missbraucht werden, und zwar insbesondere dann, wenn sich die Produktionsstätten der Parteien in unterschiedlichen räumlichen Märkten befinden oder wenn es sich um gegenseitige Vereinbarungen handelt.

228. Ferner könnten Vermarktungsvereinbarungen den Austausch von Informationen über innerhalb oder außerhalb der Zusammenarbeit angesiedelte Aspekte oder über die Angleichung der Kosten (insbesondere bei Vereinbarungen ohne Preisfestsetzung) begünstigen, was wiederum zu einem Kollusionsergebnis führen könnte.

⁸⁶ Siehe die Rdnrn. 13 und 14 dieser Leitlinien.

6.3.2. *Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen*

229. Wettbewerbsrechtlich besonders kritisch ist bei Vermarktungsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern die Festsetzung von Preisen. Mit Vereinbarungen, die auf den gemeinsamen Verkauf beschränkt sind, sollen in der Regel die Preise konkurrierender Hersteller oder Dienstleister abgestimmt werden. In diesem Falle wird nicht nur der Preiswettbewerb zwischen den Parteien in Bezug auf untereinander austauschbare Produkte ausgeschaltet, sondern auch die Produktmenge beschränkt, die insgesamt von den Parteien im Rahmen des Systems der Zuteilung von Bestellungen zu liefern ist. Der Zweck derartiger Vereinbarungen besteht deshalb eher in einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 101 Absatz 1.
230. Diese Einschätzung gilt auch für Vereinbarungen nicht ausschließlicher Art, nach denen die Parteien die Produkte grundsätzlich auch selbst verkaufen dürfen, solange davon ausgegangen werden kann, dass die Vereinbarung insgesamt zu einer Abstimmung der von den Parteien verlangten Preise führt.
231. Des Weiteren besteht aus kartellrechtlicher Sicht die Gefahr, dass Vertriebsvereinbarungen zwischen Parteien, die auf verschiedenen räumlichen Märkten tätig sind, als Mittel zur Marktaufteilung missbraucht werden könnten. Nutzen die Parteien eine gegenseitige Vertriebsvereinbarung, um über den Vertrieb der Produkte der anderen Partei gezielt Märkte oder Kunden zuzuteilen und den Wettbewerb untereinander auszuschalten, ist es wahrscheinlich, dass der Zweck dieser Vereinbarung in einer Wettbewerbsbeschränkung besteht. Bei Vereinbarungen ohne Bestimmungen über Gegenseitigkeit besteht ein geringeres Risiko der Marktaufteilung. Bei derartigen Vereinbarungen muss allerdings geprüft werden, ob sie die Grundlage für ein beiderseitiges Einvernehmen bilden, nicht in den Markt der jeweils anderen Partei einzutreten.

6.3.3. *Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen*

232. Eine Vermarktungsvereinbarung ist in der Regel wettbewerbsrechtlich unbedenklich, wenn sie objektiv erforderlich ist, um einer Partei den Eintritt in einen Markt zu ermöglichen, auf dem sie sich alleine oder in einer Gruppe, die kleiner als die an der Zusammenarbeit beteiligte ist, nicht hätte behaupten können (z. B. aufgrund der mit dem Markteintritt verbundenen Kosten). Eine spezifische Anwendung dieses Grundsatzes wären Konsortialvereinbarungen, die es den beteiligten Unternehmen erlauben, sich an Vorhaben zu beteiligen, die sie alleine nicht bewältigen könnten. Da es sich bei den Vertragspartnern einer Konsortialvereinbarung folglich nicht um potenzielle Wettbewerber für die Projektdurchführung handelt, liegt keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 vor.
233. Desgleichen bezwecken nicht alle gegenseitigen Vertriebsvereinbarungen eine Wettbewerbsbeschränkung. Je nach Sachlage können sich bestimmte gegenseitige Vertriebsvereinbarungen dennoch nachteilig auf den Wettbewerb auswirken. Bei der Prüfung dieser Art von Vereinbarung ist vor allem die Frage zu stellen, ob sie für die Parteien tatsächlich erforderlich ist, um in den Markt der jeweils anderen Partei(en) eintreten zu können. Nur in diesem Fall verursacht die Vereinbarung keine horizontalen Wettbewerbsprobleme. Schränkt die Vereinbarung allerdings die Entscheidungsfreiheit einer der Parteien in Bezug auf den Eintritt in den Markt der

anderen Partei(en) ein, weil der betreffenden Partei der Anreiz an einem Markteintritt genommen wird, so sind wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen wahrscheinlich. Gleiches gilt für nicht gegenseitige Vereinbarungen, bei denen allerdings das Risiko wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen weniger ausgeprägt ist.

234. Außerdem kann eine Vertriebsvereinbarung, die vertikale Beschränkungen enthält (z. B. Beschränkungen des passiven Verkaufs, Preisbindung bei Weiterverkauf usw.), wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben.

Marktmacht

235. Vermarktungsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern können nur dann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, wenn die Parteien über ein gewisses Maß an Marktmacht verfügen. In den meisten Fällen ist es unwahrscheinlich, dass Marktmacht besteht, wenn die Parteien gemeinsam einen Marktanteil von nicht mehr als 15 % halten. Liegt der gemeinsame Marktanteil der Parteien nicht über 15 %, ist es wahrscheinlich, dass die fragliche Vereinbarung die im Folgenden beschriebenen Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt.
236. Beträgt der gemeinsame Marktanteil der Parteien mehr als 15 %, so fällt die Vermarktungsvereinbarung nicht mehr unter die Gruppenfreistellung und muss auf ihre voraussichtlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb geprüft werden.

Angleichung der Kosten

237. Eine Vermarktungsvereinbarung, die keine Preisfestsetzung beinhaltet, kann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, wenn sie den Parteien eine Angleichung der variablen Kosten auf einem Niveau ermöglicht, das zu einem Kollusionsergebnis führen könnte. Dies wäre bei einer Vermarktungsvereinbarung dann der Fall, wenn bereits vor Abschluss der Vereinbarung ein hoher Anteil der variablen Kosten der Parteien gemeinsam ist, so dass der weitere Zuwachs (d. h. die Vermarktungskosten für das Produkt, das Gegenstand der Vereinbarung ist) den Ausschlag für ein Kollusionsergebnis geben kann. Bei hohem Zuwachs kann das Risiko eines Kollusionsergebnisses sogar bei einem ursprünglich niedrigen Angleichungsniveau hoch sein.
238. Die Angleichung der Kosten erhöht das Risiko eines Kollusionsergebnisses nur dann, wenn die Parteien über Marktmacht verfügen und wenn die Vermarktungskosten einen hohen Teil der variablen Kosten für das betreffende Produkt ausmachen. Dies wäre bei homogenen Produkten nicht der Fall, da für sie die Produktion der größte Kostenfaktor ist. Eine Angleichung der Vermarktungskosten erhöht jedoch das Risiko eines Kollusionsergebnisses, wenn sich die Vermarktungsvereinbarung auf Produkte bezieht, deren Vermarktung aufgrund hoher Vertriebs- oder Marketingkosten sehr teuer ist. Folglich können gemeinsame Werbungs- und Verkaufsförderungsvereinbarungen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, wenn diese Kosten einen wichtigen Kostenfaktor ausmachen.

Informationsaustausch

239. Eine gemeinsame Vermarktung beinhaltet in der Regel den Austausch sensibler Geschäftsdaten, insbesondere Angaben zur Marketingstrategie und zu den Preisen. In

den meisten Vermarktungsvereinbarungen ist für die Umsetzung der Vereinbarung ein gewisser Informationsaustausch erforderlich. Deshalb muss geprüft werden, ob der Informationsaustausch zu einem Kollusionsergebnis in Bezug auf die Geschäftstätigkeiten der Parteien innerhalb und außerhalb der Kooperation führen könnte. Etwaige nachteilige Auswirkungen im Zuge des Informationsaustausches werden nicht getrennt, sondern als Teil der Auswirkungen, die die betreffende Vereinbarung insgesamt haben könnte, gewürdigt.

240. Wenn die Parteien zum Beispiel im Rahmen einer gemeinsamen Werbungsvereinbarung Preisinformationen untereinander austauschen, kann dies hinsichtlich des Verkaufs der gemeinsam beworbenen Produkte zu einem Kollusionsergebnis führen. Ein Austausch derartiger Informationen, der im Rahmen einer Vereinbarung über gemeinsame Werbung erfolgt, geht ohnehin über das für die Umsetzung einer solchen Vereinbarung erforderliche Maß hinaus. Die voraussichtlichen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen eines Informationsaustausches im Rahmen von Vermarktungsvereinbarungen hängen von den Merkmalen des Marktes und der Art der ausgetauschten Daten ab und sollten auf der Grundlage der Ausführungen im Kapitel über den Informationsaustausch geprüft werden.

6.4. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3

6.4.1. Effizienzgewinne

241. Mit Vermarktungsvereinbarungen können erhebliche Effizienzgewinne erzielt werden. Welche Effizienzgewinne bei der Prüfung, ob eine Vermarktungsvereinbarung die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt, zu berücksichtigen sind, hängt von der Art der Geschäftstätigkeit und von den Kooperationsparteien ab. Eine Festsetzung von Preisen ist nur dann zu rechtfertigen, wenn sie für die Integration anderer Marketingfunktionen erforderlich ist und durch diese Integration erhebliche Effizienzgewinne entstehen. Durch den gemeinsamen Vertrieb können – insbesondere für kleinere Hersteller – erhebliche Effizienzgewinne erzielt werden, die aus Größen- oder Verbundvorteilen erwachsen.
242. Bei den Effizienzgewinnen sollte es sich nicht um Einsparungen handeln, die sich aus dem Wegfall der unmittelbar mit dem Wettbewerb verbundenen Kosten ergeben, sondern um Effizienzgewinne, die aus der Zusammenlegung wirtschaftlicher Tätigkeiten hervorgehen. Eine Senkung der Transportkosten, die lediglich das Ergebnis einer Kundenzuteilung ist, aber keine Integration des logistischen Systems beinhaltet, kann deshalb nicht als Effizienzgewinn im Sinne von Artikel 101 Absatz 3 angesehen werden.
243. Effizienzgewinne müssen nachgewiesen werden. Ein wichtiger Faktor ist dabei, dass die Vertragsparteien in erheblichem Umfang Kapital, Technologie oder sonstige Vermögenswerte einbringen. Kosteneinsparungen aufgrund niedrigerer Doppelaufwendungen im Bereich der Ressourcen und Anlagen wären ebenfalls zulässig. Besteht die gemeinsame Vermarktung jedoch nur in einer Verkaufsstelle und werden keine Investitionen vorgenommen, so handelt es sich wahrscheinlich um ein verschleiertes Kartell, das als solches kaum die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllen dürfte.

6.4.2. *Unerlässlichkeit*

244. Wettbewerbsbeschränkungen, die weiter gehen, als es für die Erzielung der mit einer Vermarktungsvereinbarung angestrebten Effizienzgewinne notwendig ist, erfüllen nicht die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3. Die Frage der Unerlässlichkeit ist insbesondere bei jenen Vereinbarungen wichtig, die eine Festlegung von Preisen und eine Marktaufteilung beinhalten, was nur unter außergewöhnlichen Umständen als unerlässlich angesehen werden kann.

6.4.3. *Weitergabe an die Verbraucher*

245. Durch unerlässliche Beschränkungen erzielte Effizienzgewinne müssen in einem Umfang an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Vermarktungsvereinbarung überwiegen. Dies kann über niedrigere Preise, höhere Produktqualität oder ein breiteres Angebot geschehen. Je mehr Marktmacht die an dem Informationsaustausch beteiligten Parteien haben, desto unwahrscheinlicher ist es, dass die Effizienzgewinne an die Verbraucher in einem Maße weitergegeben werden, das sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen. Liegt der gemeinsame Marktanteil der Parteien unter 15 %, so ist es wahrscheinlich, dass etwaige nachgewiesene Effizienzgewinne, die durch die Vereinbarung erzielt werden, in ausreichendem Maße an die Verbraucher weitergegeben werden.

6.4.4. *Keine Ausschaltung des Wettbewerbs*

246. Die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 können nicht als erfüllt gelten, wenn die Vereinbarung den Parteien die Möglichkeit eröffnet, für einen beträchtlichen Teil der betreffenden Produkte den Wettbewerb auszuschalten. Dies ist auf dem relevanten Markt, dem die unter die Zusammenarbeit fallenden Produkte angehören, und auf möglichen Spillover-Märkten zu prüfen.

6.5. **Beispiele**

247. Gemeinsame Vermarktungsvereinbarungen, die für den Marktzutritt erforderlich sind

Beispiel 1

Sachverhalt: Vier gewerbliche Wäschereien mit einem Anteil von jeweils 3 % am gesamten Wäscheimarkt in einer Stadt kommen überein, eine gemeinsame Marketingfirma zu gründen, die ihre Dienstleistungen bei institutionellen Kunden (z. B. Hotels, Krankenhäuser und Büros) anbieten soll. Ansonsten konkurrieren sie weiterhin alleine und unabhängig um Einzelkunden vor Ort. Da institutionelle Kunden ein neues Nachfragesegment bilden, entwickeln sie einen gemeinsamen Markennamen, vereinbaren einen gemeinsamen Preis und gemeinsame Standardbedingungen (u. a. Reinigung und Auslieferung binnen höchstens 24 Stunden) und Lieferpläne. Sie richten eine gemeinsame Anrufzentrale ein, bei der die institutionellen Kunden die Abholung und/oder Auslieferung der Wäsche vereinbaren. Sie stellen eine Empfangsperson (für die Anrufzentrale) und mehrere Fahrer ein. Des Weiteren investieren sie in Lieferwagen sowie in Markenwerbung, um ihre Sichtbarkeit zu verbessern. Die Vereinbarung senkt zwar nicht komplett ihre eigenen Infrastrukturkosten (da sie ihre eigenen Geschäfte behalten und nach

wie vor um Einzelkunden vor Ort konkurrieren), bringt ihnen jedoch Größenvorteile und ermöglicht es ihnen, anderen Kundengruppen umfassendere Dienstleistungen anzubieten (u. a. längere Geschäftszeiten und einen größeren Lieferradius). Das Vorhaben kann nur dann rentabel durchgeführt werden, wenn alle vier der Vereinbarung beitreten. Der Markt ist hoch fragmentiert, und kein Wettbewerber hat mehr als 15 % des Marktes.

Analyse: Obwohl der gemeinsame Marktanteil der Parteien unter 15 % liegt, könnte Artikel 101 Absatz 1 in diesem Fall Anwendung finden, da die Vereinbarung eine Preisfestsetzung beinhaltet. Allerdings wäre den Parteien, ob als einzelner Wettbewerber oder in Zusammenarbeit mit weniger als vier Parteien, so wie es derzeit für die Vereinbarung vorgesehen ist, der Zutritt zum Markt für Wäschereidienste für institutionelle Kunden verwehrt. Deshalb wäre die Vereinbarung als solche – ungeachtet der in diesem Fall für die Verkaufsförderung der gemeinsamen Marke und den Erfolg als unerlässlich betrachtete Preisfestsetzung – wettbewerbsrechtlich unbedenklich.

248. Vermarktungsvereinbarung mit mehr als für den Marktzutritt eigentlich erforderlichen Parteien

Beispiel 2

Sachverhalt: Es liegt derselbe Sachverhalt wie in Beispiel 1 vor, wobei ein wichtiger Unterschied besteht: Das Vorhaben hätte auch mit nur drei, anstatt der vier tatsächlich an dem Kooperationsvorhaben beteiligten Parteien rentabel durchgeführt werden können.

Analyse: Obwohl der gemeinsame Marktanteil der Parteien unter 15 % liegt, findet Artikel 101 Absatz 1 in diesem Fall Anwendung, da die Vereinbarung eine Preisfestsetzung beinhaltet und von weniger als vier Parteien hätte durchgeführt werden können. Die Vereinbarung muss deshalb nach Artikel 101 Absatz 3 geprüft werden. Die Vereinbarung eröffnet Effizienzgewinne, da die Parteien fortan für ein neues Kundensegment bessere Dienstleistungen in größerem Umfang anbieten können (was die Parteien alleine, ohne die Vereinbarung nicht hätten leisten können). Da der gemeinsame Marktanteil der Parteien weniger als 15 % beträgt, ist es wahrscheinlich, dass sie etwaige Effizienzgewinne in ausreichendem Maße an die Verbraucher weitergeben. Des Weiteren muss geprüft werden, ob die mit der Vereinbarung verbundenen Beschränkungen für die Erzielung von Effizienzgewinnen unerlässlich sind und ob die Vereinbarung den Wettbewerb ausschalten könnte. Da das Ziel der Vereinbarung in einer umfassenderen Dienstleistungspalette (einschließlich der bislang nicht angebotenen Auslieferung) für ein neues Kundensegment besteht und unter einer gemeinsamen Marke und zu gemeinsamen Standardbedingungen angeboten werden soll, kann die Preisfestsetzung als unerlässlich für die Verkaufsförderung der gemeinsamen Marke und folglich für den Erfolg des Vorhabens und für die angestrebten Effizienzgewinne betrachtet werden. Angesichts der Marktfragmentierung kann eine Ausschaltung des Wettbewerbs aufgrund der Vereinbarung ausgeschlossen werden. Die Tatsache, dass sich vier Parteien an der Vereinbarung beteiligen (obwohl streng genommen drei Parteien ausreichen würden), verspricht Kapazitätssteigerungen und trägt gleichzeitig dazu bei, dass im Falle mehrerer institutioneller Kunden deren Nachfrage im Einklang mit den Standardbedingungen

(z. B. Einhaltung der Auslieferfristen) nachgekommen werden kann. Die Effizienzgewinne als solche dürften somit die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen aufgrund einer Verringerung des Wettbewerbs zwischen den Parteien überwiegen, so dass die Vereinbarung die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 wahrscheinlich erfüllt.

249. Gemeinsame Internet-Plattform

Beispiel 3

Sachverhalt: Eine große Zahl von Spezialgeschäften eines Landes schließt sich einer webgestützten Plattform an, über die Obst-Geschenkkörbe angeboten, verkauft und ausgeliefert werden. Die Finanzierung der laufenden Kosten für die Plattform und der gemeinsamen Markenwerbung erfolgt über einen monatlich zu entrichtenden Betrag. Die Kunden bestellen und bezahlen über die Website, auf der die verschiedenen zur Auswahl stehenden Obstkörbe abgebildet sind. Anschließend wird die Bestellung an das Spezialgeschäft weitergeleitet, das sich am nächsten zu der Auslieferungsadresse befindet. Dieses Spezialgeschäft trägt die Kosten für die Zusammenstellung des Geschenkkorbs und die Auslieferung an den Kunden. Es erhält 90 % des auf der webgestützten Plattform angegebenen und für alle beteiligten Spezialgeschäfte geltenden Verkaufspreises. Die restlichen 10 % fließen in die gemeinsame Verkaufsförderung und die laufenden Kosten der webgestützten Plattform. Außer dem monatlichen Beitrag gibt es für ein Spezialgeschäft, das sich der Plattform anschließen möchte, innerhalb eines jeweiligen nationalen Hoheitsgebiets keine weiteren Auflagen. Zudem können Spezialgeschäfte, die eine eigene Website betreiben, Obst-Geschenkkörbe auch unter eigenem Namen über das Internet vertreiben, so dass sie außerhalb der Zusammenarbeit über die webgestützte Plattform weiterhin als Einzelanbieter miteinander im Wettbewerb stehen.

Analyse: Obwohl sich die Vereinbarung nur auf den gemeinsamen und zudem über einen ganz bestimmten Vertriebskanal (in diesem Fall eine webgestützte Plattform) erfolgenden Verkauf einer bestimmten Produktart bezieht und sie somit in ihrer Anwendung begrenzt ist, ist es wahrscheinlich, dass sie aufgrund der in der Vereinbarung vorgesehenen Preisfestsetzung zu einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 führt. Deshalb muss die Vereinbarung nach Artikel 101 Absatz 3 geprüft werden. Die Vereinbarung ermöglicht Effizienzgewinne, z. B. ein größeres Angebot und einen besseren Service. Diese Effizienzgewinne kommen den Verbrauchern zugute und dürften die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Vereinbarung überwiegen. Da die an der Zusammenarbeit beteiligten Spezialgeschäfte nach wie vor die Möglichkeit haben, als eigenständige Unternehmen ihre Produkte sowohl über ihre Geschäfte als auch über das Internet anzubieten und somit miteinander in Wettbewerb zu treten, könnte die Preisfestsetzung als unerlässlich für die Verkaufsförderung des Produkts (Verbraucher, die das Produkt über die webgestützte Plattform erwerben, wissen nicht, bei wem sie den Obst-Geschenkkorb kaufen) und folglich auch für die Erzielung der Effizienzgewinne betrachtet werden. Da keine anderen Beschränkungen vorliegen, erfüllt die Vereinbarung die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3.

250. Vertriebs-Jointventures

Beispiel 4

Sachverhalt: Unternehmen A und B sind in zwei unterschiedlichen Ländern ansässig und stellen Fahrradreifen her. Ihr Anteil am EU-Markt für Fahrradreifen beträgt zusammengenommen 14 %. Sie beschließen, ein Jointventure (mit eingeschränkten Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit) zu gründen, über das sie ihre Reifen Fahrradherstellern anbieten wollen; außerdem vereinbaren sie, ihre gesamte Produktion über dieses Gemeinschaftsunternehmen zu verkaufen. Die Produktions- und Transportinfrastrukturen der beiden Parteien bleiben getrennt. Die Parteien versprechen sich aus der Vereinbarung erhebliche Effizienzgewinne, die im Wesentlichen auf Größenvorteilen beruhen, da die Parteien in der Lage sein werden, der Nachfrage ihrer bestehenden und ihrer potenziellen neuen Kunden nachzukommen und besser mit aus Drittländern eingeführten Reifen zu konkurrieren. Das Jointventure handelt die Preise aus und weist die Bestellung dem am nächsten gelegenen Werk zu; auf diese Weise können bei der Auslieferung an die Kunden Transportkosten eingespart werden.

Analyse: Obwohl der Marktanteil der beiden Parteien insgesamt unter 15 % liegt, fällt die Vereinbarung unter Artikel 101 Absatz 1. Es handelt sich hier um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, da die Vereinbarung eine Kundenzuweisung und eine Preisfestsetzung durch das Jointventure beinhaltet. Die geltend gemachten Effizienzgewinne erwachsen weder aus der Integration wirtschaftlicher Tätigkeiten noch aus gemeinsamen Investitionen. Das Jointventure hätte einen sehr begrenzten Wirkungskreis und würde nur als Schnittstelle für die Weiterleitung von Bestellungen an die jeweiligen Produktionsstätten dienen. Deshalb ist es unwahrscheinlich, dass etwaige Effizienzgewinne in einem Umfang an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Vereinbarung überwiegen. Die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 wären somit nicht erfüllt.

251. Abwerbverbot in Vereinbarungen über die Auslagerung (*Outsourcing*) von Dienstleistungen

Beispiel 5

Sachverhalt: A und B sind Wettbewerber in der Branche für gewerbliche Gebäudereinigung. Beide haben einen Marktanteil von 15 %. Es gibt weitere Wettbewerber mit Marktanteilen zwischen 10 % und 15 %. Unternehmen A hat beschlossen, sich fortan ausschließlich auf Großkunden zu konzentrieren, da die Bedienung von Groß- und Kleinkunden eine unterschiedliche Arbeitsorganisation erfordert. Deshalb wird das Unternehmen keine Verträge mehr mit Kleinkunden schließen. Zudem haben A und B eine Outsourcing-Vereinbarung unterzeichnet, der zufolge Unternehmen B direkt die Reinigungsdienste für die Kleinkunden von A (ein Drittel der Kundenbasis von A) übernimmt. Da A jedoch seine vertraglichen Beziehungen mit diesen Kleinkunden auf keinen Fall verlieren will, wird es seine vertraglichen Beziehungen zu den Kleinkunden aufrechterhalten, auch wenn die Reinigungsdienste von B erbracht werden. Damit B die Outsourcing-Vereinbarung erfüllen kann, muss A die Namen der Kleinkunden, die Gegenstand der Vereinbarung sind, an B weitergeben. Da A befürchtet, B könnte diese Kunden durch kostengünstigere Angebote abwerben (und somit Unternehmen A umgehen), besteht A darauf, eine Klausel in die Vereinbarung aufzunehmen, die das Abwerben

von Kunden verbietet („Abwerbeverbot“). Nach dieser Klausel darf B nicht mit eigenen Angeboten für die direkte Erbringung von Dienstleistungen an die Kleinkunden, die Gegenstand der Outsourcing-Vereinbarung sind, herantreten. Darüber hinaus vereinbaren A und B, dass B selbst dann, wenn sich diese Kleinkunden von sich aus an B wenden, keine Dienstleistungen direkt für diese erbringen darf. Ohne das Abwerbeverbot hätte A die Outsourcing-Vereinbarung mit B oder einem anderen Unternehmen nicht unterzeichnet.

Analyse: Die Outsourcing-Vereinbarung schaltet Unternehmen B als unabhängigen Anbieter von Gebäudereinigungsdiensten für die Kleinkunden von Unternehmen A aus, da es für diese Kunden nicht mehr möglich ist, in ein direktes Vertragsverhältnis mit Unternehmen B einzutreten. Diese Kunden machen allerdings nur ein Drittel der Kundenbasis von A, d. h. 5 % des Marktes, aus. Sie können sich allerdings nach wie vor an die Wettbewerber von A und B wenden, auf die 70 % des Marktes entfällt. Für A wird es folglich nicht möglich sein, seinen Kunden, die Gegenstand der Outsourcing-Vereinbarung sind, höhere Preise in Rechnung zu stellen. Des Weiteren ist es unwahrscheinlich, dass die Outsourcing-Vereinbarung zu einem Kollusionsergebnis führt, da A und B gemeinsam nur über einen Marktanteil von 30 % verfügen und mit mehreren anderen Unternehmen im Wettbewerb stehen, die über ähnlich große Marktanteile verfügen wie sie. Die Tatsache, dass sich die Dienstleistungserbringung für Groß- und für Kleinkunden in gewisser Hinsicht unterscheidet, ist die Gefahr von Spillover-Effekten der Outsourcing-Vereinbarung auf das Verhalten von A und B im Wettbewerb um Großkunden sehr gering. Infolgedessen ist es unwahrscheinlich, dass die Outsourcing-Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 AEUV haben wird.

7. VEREINBARUNGEN ÜBER NORMEN

7.1. Definition

Vereinbarungen über Normen

252. Vereinbarungen über Normen bezwecken im Wesentlichen die Festlegung technischer oder qualitätsbezogener Anforderungen an bestehende oder zukünftige Produkte, Herstellungsverfahren, Dienstleistungen und Methoden⁸⁷. Vereinbarungen über Normen erstrecken sich über unterschiedliche Bereiche wie die Normierung unterschiedlicher Ausführungen oder Größen eines Produkts oder technische Spezifikationen in Produkt- oder Dienstleistungsmärkten, bei denen die Kompatibilität und Interoperabilität mit anderen Produkten oder Systemen unerlässlich ist. Auch die Bedingungen des Zugangs zu einem bestimmten Gütezeichen oder der Genehmigung durch eine Regulierungsbehörde kann als Norm angesehen werden. Vereinbarungen, in denen Normen für die Umweltleistung von Produkten oder Herstellungsverfahren festgelegt sind, sind ebenfalls Gegenstand dieses Kapitels.

⁸⁷ Die Normierung kann unterschiedliche Formen annehmen, von der einvernehmlichen nationalen Festlegung von Normen durch die anerkannten europäischen oder nationalen Normenorganisationen, über Konsortien oder Foren bis hin zu Vereinbarungen zwischen einzelnen Unternehmen.

253. Die Vorbereitung und Ausarbeitung technischer Normen als Teil der Ausübung hoheitlicher Befugnisse fallen nicht unter diese Leitlinien⁸⁸. Die nach der Richtlinie 93/34/EG⁸⁹ anerkannten europäischen Normenorganisationen unterliegen insoweit dem Wettbewerbsrecht, als sie als Unternehmen oder Unternehmensvereinigung im Sinne der Artikel 101 und 102 AEUV betrachtet werden können. Normen, die sich auf die Berufsausübung beziehen (z. B. Vorschriften über den Zugang zu einem freien Beruf) sind nicht Gegenstand dieser Leitlinien.

Standardbedingungen

254. In einigen Branchen verwenden Unternehmen Standardverkaufsbedingungen⁹⁰, die entweder von einem Wirtschaftsverband oder aber direkt von den Wettbewerbern ausgearbeitet worden sind (nachstehend „Standardbedingungen“ genannt). Derartige Standardbedingungen fallen dann unter diese Leitlinien, wenn es sich um Standardverkaufsbedingungen handelt, die zwischen Wettbewerbern und Verbrauchern (und nicht zwischen Wettbewerbern) für untereinander austauschbare Produkte vereinbart wurden. Ist in einer Branche die Verwendung von Standardbedingungen gängig, dann können solche Verkaufsbedingungen de facto die Norm für die Branche werden. Branchen, in denen Standardbedingungen eine wichtige Rolle spielen, sind der Bankensektor (z. B. Verträge für die Kartenausgabe, Benutzung von Geldautomaten und Kontobedingungen) und die Versicherungsbranche.
255. Bei Standardbedingungen, die von einem einzelnen Unternehmen ausschließlich für eigene Zwecke für Verträge mit Zulieferern oder Kunden ausgearbeitet wurden, handelt es sich nicht um horizontale Vereinbarungen; sie sind folglich nicht Gegenstand dieser Leitlinien.

7.2. Relevante Märkte

256. Vereinbarungen über Normen können sich auf vier möglichen Märkten auswirken, die in Übereinstimmung mit der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft⁹¹ abgegrenzt werden können. Erstens, die Normung kann sich auf die Produkt- und Dienstleistungsmärkte auswirken, auf die sich die Normen beziehen. Zweitens, beinhaltet die Normung die Technologiewahl und werden die Rechte des geistigen Eigentums getrennt von den Produkten vermarktet, auf die sie sich beziehen, so kann sich die Norm auf den entsprechenden Technologiemarkt auswirken⁹². Drittens kann der Dienstleistungsmarkt für die Festsetzung von Normen betroffen sein, wenn mehrere Normenorganisationen oder Vereinbarungen bestehen. Viertens kann sich eine Normung gegebenenfalls auf einen eigenständigen Markt für die Prüfung und Zertifizierung auswirken.

⁸⁸ Siehe Rs. C-113/07, *SELEX Sistemi Integrati SpA/Kommission*, Slg. 2009, Bd. I (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht), Rdnr. 92.

⁸⁹ Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften (ABl. L 204 vom 21.7.1998, S. 37).

⁹⁰ Solche Standardbedingungen können einen sehr kleinen Teil der Klauseln im endgültigen Vertrag oder aber schon einen großen Teil des Vertrags abdecken.

⁹¹ Vgl. Fußnote 5.

⁹² Siehe Kapitel „Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung“.

257. Bei Standardbedingungen zeigen sich die Auswirkungen in der Regel auf den nachgelagerten Märkten, auf denen Unternehmen, die mit Standardbedingungen arbeiten, über den Verkauf ihres Produkts an ihre Kunden miteinander konkurrieren.

7.3. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1

7.3.1. Grundlegende kartellrechtliche Bedenken

Vereinbarungen über Normen

258. Vereinbarungen über Normen wirken sich in der Regel positiv auf die Wirtschaft aus, indem sie unter anderem die wirtschaftliche Durchdringung im Binnenmarkt fördern und zur Entwicklung neuer Märkte und besserer Lieferbedingungen beitragen. Normen können einen stärkeren Wettbewerb bewirken und niedrigere Output- und Verkaufskosten herbeiführen, was den Volkswirtschaften insgesamt zugutekommt. Normen leisten einen Beitrag zur Aufrechterhaltung und Verbesserung von Qualität, sind eine Informationsquelle und gewährleisten Interoperabilität (und wirken somit wertsteigernd für die Verbraucher).

259. Normung kann jedoch auch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, da sie potenziell den Preiswettbewerb beeinträchtigen und Produktionsmengen, Märkte, Innovation und technische Entwicklung einschränken oder kontrollieren kann. Diskussionen über Normung (wie alle Treffen zwischen Wettbewerbern) könnten dazu verleiten, den Preiswettbewerb auf den betreffenden Märkten zu mindern oder gar auszuschalten, wodurch leichter ein Kollusionsergebnis auf dem Markt herbeigeführt werden könnte.

260. Normen, mit denen detaillierte technische Spezifikationen für eine Ware oder Dienstleistung festgelegt werden, könnten zudem die technische Entwicklung und Innovation behindern. In der Entwicklungsphase einer Norm könnten auch andere Technologien für die Aufnahme in die Norm in Frage kommen. Sobald aber eine bestimmte Technologie ausgewählt und die Norm festgelegt worden ist, besteht für die anderen Technologien eine Zutrittsschranke, so dass sie potenziell vom Markt ausgeschlossen sind.

261. Normung, die mit einer Marktverschließung oder einer Einschränkung von Innovation einhergeht, weil die Wahl der in die Norm einfließenden Technologien de facto von einem oder mehreren Akteuren kontrolliert oder der Normungsprozess mehr auf die Interessen eines oder mehrerer Beteiligten ausgerichtet ist, kann ebenfalls wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben.

262. Da eine Norm eine Marktzutrittsschranke sein kann, könnte ein Unternehmen, das in Bezug auf die Norm über wesentliche Rechte des geistigen Eigentums verfügt (potenziell könnten es auch mehr als ein Unternehmen sein), die Anwendung der Norm und folglich auch den Produkt- oder Dienstleistungsmarkt, auf den sich die betreffende Norm bezieht, kontrollieren. Dies wiederum könnte das Unternehmen dazu verleiten, seine marktbeherrschende Stellung zu missbrauchen, indem es nach der Annahme der Norm von den Anwendern überhöhte Gebühren verlangt (sogenanntes „Hold-up“). In Anbetracht der besonderen Risiken, die in diesem Zusammenhang bestehen, konzentriert sich dieses Kapitel auf

Normenvereinbarungen, bei denen es auch um Rechte des geistigen Eigentums geht; die hier dargelegten Regeln gelten jedoch für alle Normenvereinbarungen⁹³.

Standardbedingungen

263. Standardbedingungen können zu wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen führen, indem sie Produktangebot und Innovation einschränken. Wenn ein großer Teil der Branche Standardbedingungen verwendet und auch in einzelnen Fällen nicht von diesen abweicht (oder nur in Ausnahmefällen besonders hoher Nachfragemacht von diesen abweicht), haben die Kunden keine andere Wahl, als die Standardbedingungen zu akzeptieren. Das Risiko einer Einschränkung der Auswahlmöglichkeiten und Innovation würde allerdings nur dann bestehen, wenn, wie in Versicherungsverträgen der Fall, in den Standardbedingungen der Anwendungsbereich des Endprodukts festgelegt ist. Bei typischen Verbrauchsgütern schränken die allgemeinen Verkaufsbedingungen weder die Innovation des tatsächlichen Produkts noch die Qualität und Vielfalt des Produkts ein.
264. Je nach inhaltlicher Ausgestaltung könnten Standardbedingungen das Risiko bergen, dass sie sich auf die kommerziellen Bedingungen für das Endprodukt auswirken. So besteht durchaus eine große Gefahr, dass Standardbedingungen, die sich auf Preise beziehen, den Preiswettbewerb beeinträchtigen.
265. Wenn zudem Standardbedingungen branchenübliche Praxis werden, könnte sich der Zugang zu diesen Bedingungen für den Marktzutritt als entscheidend erweisen. Wird der Zugang zu den Standardbedingungen verweigert, bestünde die Gefahr einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung. Solange allen, die Zugang zu den Standardbedingungen wünschen, dieser Zugang nicht verwehrt wird, ist eine wettbewerbswidrige Marktverschließung unwahrscheinlich.

7.3.2. *Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen*

266. Vereinbarungen, die eine Norm oder Standardbedingungen als Teil einer breiteren restriktiven Vereinbarung verwenden, mit der der tatsächliche oder potenzielle Wettbewerb ausgeschlossen werden sollen, bezwecken eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 101 Absatz 1. Zu dieser Gruppe gehören z. B. Vereinbarungen, mit der ein nationaler Herstellerverband eine Norm setzt und Druck auf Dritte ausübt, keine Produkte auf den Markt zu bringen, die mit dieser Norm nicht übereinstimmen. Aber auch im Falle eines Wirtschaftsverbands, der einem neuen Marktteilnehmer den Zugang zu seinen Standardbedingungen verweigert, obwohl die Anwendung dieser Bedingungen für den Marktzutritt entscheidend sind, würde es sich um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung handeln.
267. Jeder Versuch, den Wettbewerb zu beschränken, indem vor Annahme einer Norm wesentliche Rechte des geistigen Eigentums oder die restriktivsten Lizenzregelungen offengelegt werden, um letztendlich gemeinsame Preise festzulegen, wird als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 betrachtet. Vereinbarungen, die vor der Annahme einer Norm zwischen Inhabern von Rechten

⁹³ Normalerweise haben die Normenorganisationen eigene Regelwerke und Verfahren zum Schutz der Rechte geistigen Eigentums. Diese Regeln sind im vorliegenden Zusammenhang besonders wichtig.

des geistigen Eigentums über die Bedingungen der Lizenzvergabe, die sie offenzulegen gedenken, geschlossen werden, gelten als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1.

268. Bei Standardbedingungen mit Bestimmungen, die sich auf die Preise für die Abnehmer auswirken (z. B. Preisempfehlungen oder Rabatte), handelt es sich ebenfalls um bezweckte Wettbewerbsbeschränkung.

7.3.3. *Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen*

Vereinbarungen über Normen

269. Bei der Prüfung einer Vereinbarung über Normen müssen die Art der Norm und ihre anzunehmende Auswirkung auf die betreffenden Märkte berücksichtigt werden. Ob Normenvereinbarungen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, hängt unter anderem davon ab, in welchem Maße die Beteiligten weiterhin die Freiheit haben, andere Normen oder Produkte zu entwickeln, die mit der vereinbarten Norm nicht übereinstimmen.
270. Im Normungsprozess sind gewisse Spannungen nicht zu vermeiden, da jedes Unternehmen seine eigenen Lösungen in die Norm einbringen möchte. Gleichzeitig muss jedes Unternehmen mit Blick auf die Entwicklung, Setzung und Einhaltung der Norm mit den anderen Mitgliedern der Normenorganisation zusammenarbeiten.
271. Etwaige im Laufe des Normungsprozesses auftretende Spannungen werden zudem durch die Tatsache verstärkt, dass sich die an der Normung beteiligten Unternehmen in der Bandbreite ihrer Wirtschaftstätigkeiten, in ihren Einnahmequellen und folglich auch in den für sie bestehenden Anreizen unterscheiden.
272. Ausschließlich auf vorgelagerten Märkten angesiedelte Unternehmen sind nur in der Entwicklung und Vermarktung von Technologien tätig. Normalerweise sind Lizenzeinnahmen ihre einzige Einnahmequelle, so dass für sie ein Anreiz besteht, die Lizenzgebühren zu maximieren.
273. Umgekehrt beruht die Produktion in den ausschließlich auf nachgelagerten Märkten angesiedelten Unternehmen auf Technologien, die von anderen Unternehmen entwickelt wurden; sie selbst verfügen nicht über die entsprechenden Rechte des geistigen Eigentums. Da Lizenzgebühren für sie ein Kostenfaktor und keine Einnahmequelle sind, besteht ein Anreiz für sie, sich für eine Senkung der Lizenzgebühren einzusetzen.
274. Die Interessenlage vertikal integrierter Unternehmen, die sowohl Technologien entwickeln als auch Produkte verkaufen, ist wiederum anders gelagert. Einerseits erzielen diese Unternehmen, falls sie sich dafür entscheiden, Einnahmen aus ihren Rechten des geistigen Eigentums. Andererseits müssen sie eventuell an andere Unternehmen Lizenzgebühren für Rechte des geistigen Eigentums zahlen, die für die für ihre Produkte maßgebliche Norm wesentlich sind. Erwirtschaften die Unternehmen einen Großteil ihrer Einnahmen (und Gewinne) auf den nachgelagerten Märkten, so sind sie im Gegensatz zu den ausschließlich auf vorgelagerten Märkten tätigen Unternehmen weniger von Lizenzeinnahmen für ihre wesentlichen Rechte des geistigen Eigentums abhängig. Für sie könnte deshalb ein größerer Anreiz

bestehen, Lizenzen für ihre eigenen wesentlichen Rechte des geistigen Eigentums gegen Lizenzen anderer Unternehmen zu tauschen (sogenanntes „cross-licensing“), anstatt Lizenzgebühren zu verlangen.

275. Unabhängig von der Marktstellung der verschiedenen Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums kann allerdings die Normensetzung, die sich über mehrere Jahre erstrecken kann, diesen Rechteinhabern Marktmacht verschaffen oder ihre Marktmacht stärken und in einigen Fällen zu einer missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung führen. Bei der Entwicklung einer Norm konkurrieren gegebenenfalls verschiedene patentierte Technologien um die Aufnahme in die Norm. Bis zur Annahme einer Norm verfügt die Branche möglicherweise über einen gewissen Spielraum hinsichtlich der genauen technischen Spezifikationen der Normen; in dieser Zeit hat sie eventuell die Möglichkeit, die Norm so anzupassen kann, dass sie noch auf bestimmte Patente verzichten kann. Sobald jedoch eine bestimmte patentierte Technologie in eine Norm aufgenommen worden ist (und andere Möglichkeiten damit ausgeschlossen wurden), könnte die Branche, unter anderem aufgrund der Kosten einer etwaigen Umstellung oder einer möglichen Abkehr von der Norm, in ihren Möglichkeiten eingeschränkt und an die Norm gebunden sein.
276. In den folgenden Abschnitten wird erläutert, unter welchen Voraussetzungen Normenvereinbarungen nicht unter den Artikel 101 Absatz 1 fallen. Diese Voraussetzungen müssen nicht immer erfüllt sein, aber in der Regel stellen sie sicher, dass Artikel 101 Absatz 1 keine Anwendung findet. Erfüllt eine Normenvereinbarung diese Voraussetzungen nicht, ist eine Einzelprüfung erforderlich, um festzustellen, ob die Vereinbarung unter Artikel 101 Absatz 1 fällt und ob sie in diesem Fall dann auch die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt, so dass die Vereinbarung unter die Legalausnahme zum Verbot von Artikel 101 Absatz 1 fällt.
277. Ist eine uneingeschränkte und transparente Beteiligung am Normungsprozess sowie ein offenes und transparentes Verfahren für die Annahme der betreffenden Norm gewährleistet, so liegt bei Normenvereinbarungen, die keine Verpflichtung zur Einhaltung der Norm enthalten und Dritten den Zugang zu der Norm zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen gewähren, keine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 vor.
278. Erstens sollten die Regeln der Normenorganisationen und insbesondere deren Politik zum Schutz der Rechte des geistigen Eigentums sicherstellen, dass sich alle einschlägigen Akteure an dem zur Normensetzung führenden Prozess beteiligen können. So dürfen die einschlägigen Regeln keine spezifische Gruppe von Inhabern dieser Rechte ausschließen oder sie benachteiligen. In Bezug auf die relativen Vorzüge gebührenfreier Normen gegenüber anderen Alternativen sollte weder eine positive noch eine negative Voreingenommenheit herrschen. Die Normenorganisationen sollten die Stimmrechte in einem objektiven und diskriminierungsfreien Verfahren zuweisen.
279. Zweitens sollten die einschlägigen Normenorganisationen Transparenz durch Verfahren gewährleisten, die es den Akteuren ermöglichen, sich über die anstehende, laufende oder abgeschlossene Normungsarbeit zu informieren.

280. Drittens sollten die Regeln der Normenorganisationen einen Missbrauch des Normungsprozesses durch die Inhaber der Rechte des geistigen Eigentums mittels Hold-ups und überhöhter Gebührensätze für Lizenzen verhindern. Die Normenorganisationen sollten durch verbindliche Regeln für ihre Mitglieder sicherstellen, dass die vorgenannten Vorgaben erfüllt sind.
281. Dies setzt eine klare und ausgewogene Politik zum Schutz der Rechte des geistigen Eigentums voraus, die die Unternehmen in Bezug auf die Einhaltung einer Norm vor einer missbräuchlichen Ausnutzung von Marktmacht schützt. Eine solche Politik muss eine gutgläubige Offenlegung jener Rechte des geistigen Eigentums⁹⁴ verlangen, die für die Anwendung einer in Ausarbeitung befindlichen Norm erforderlich sein könnten, bevor die Norm angenommen wird. Dies setzt voraus, dass sich die Inhaber dieser Rechte nach Kräften darum bemühen, sich in Bezug auf die potenzielle Norm darüber zu informieren, welche ihrer bestehenden oder beantragten Rechte des geistigen Eigentums für die anvisierte Norm in Betracht kämen.
282. Die Politik zum Schutz der Rechte des geistigen Eigentums sollte auch verlangen, dass alle Inhaber von wesentlichen Rechten im Technologiebereich, die als Bestandteil in eine Norm einfließen könnten, eine unwiderrufliche schriftliche Verpflichtung abgeben, Dritten zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen Lizenzen für diese Rechte zu erteilen („FRAND-Selbstverpflichtung“).
283. Im Normungskontext soll durch die FRAND-Selbstverpflichtung sichergestellt werden, dass die in eine Norm aufgenommene patentierte Technologie den Anwendern dieser Norm zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen zugänglich ist. So sollen die Inhaber dieser Rechte durch die FRAND-Selbstverpflichtungen insbesondere davon abgehalten werden, dass sie die Anwendung einer Norm erschweren, indem sie die Lizenzerteilung ablehnen oder unfaire bzw. unangemessene (d. h. überhöhte) Gebühren verlangen, nachdem sich die Branche der Norm angeschlossen hat, und/oder indem sie diskriminierende Lizenzgebühren verlangen.
284. Eine missbräuchliche Ausnutzung von Marktmarkt, die aus in eine Norm eingeflossenen Rechten des geistigen Eigentums erwachsen ist, verstößt gegen Artikel 102. In diesem Zusammenhang und im Falle eines Rechtsstreits wird bei der wettbewerbsrechtlichen Prüfung, ob im Rahmen der Normung unfaire oder unzumutbare Gebühren für Patente verlangt wurden, untersucht, ob die Gebühren in einem angemessenen Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert der Patente stehen⁹⁵. Für diese Prüfung stehen verschiedene Methoden zur Verfügung. Grundsätzlich eignen sich in diesem Kontext kostenbezogene Methoden eher weniger, da es schwierig ist, die Kosten einzuschätzen, die mit der Entwicklung eines bestimmten Patents oder von Patentbündeln verbunden sind. Stattdessen könnten die Lizenzgebühren, die das betreffende Unternehmen in einem Wettbewerbsumfeld für die einschlägigen Patente in Rechnung stellt, bevor die Branche an die Norm gebunden ist (ex ante), mit jenen verglichen werden, die der Branche in Rechnung gestellt werden, nachdem sie an die Norm gebunden ist (ex post). Dies setzt voraus,

⁹⁴ Hierzu zählen unter anderem Patente und Patentanmeldungen.

⁹⁵ Siehe Rs. 27/76, *United Brands/Kommission*, Slg. 1978, 207, Rdnr. 250. Siehe auch Rs. C-385/07 P, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH*, Slg. 2009, Bd. I, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rdnr. 142.

dass der Vergleich in kohärenter und verlässlicher Weise vorgenommen werden kann⁹⁶.

285. Zur Bewertung des Verhältnisses zwischen den Gebühren für Rechte des geistigen Eigentums und dem wirtschaftlichen Wert der Patente, könnte auch ein unabhängiges Expertengutachten eingeholt werden, in dem die objektive Qualität des Portfolios und dessen Stellenwert für die betreffende Norm untersucht werden. Es könnten aber auch frühere unilateral und vorab offengelegte Angaben zu den restriktivsten Lizenzbedingungen herangezogen werden. Dies setzt voraus, dass der Vergleich in kohärenter und verlässlicher Weise vorgenommen werden kann. Diese Leitlinien enthalten keine vollständige Liste aller in Frage kommenden Methoden für die Prüfung, ob überhöhte Lizenzgebühren verlangt werden.
286. Um die Wirksamkeit einer FRAND-Selbstverpflichtung zu gewährleisten, sollte von allen Inhabern von Rechten des geistigen Eigentums, die eine solche Verpflichtung vorgelegt haben, verlangt werden, mit entsprechenden Vorkehrungen dafür zu sorgen, dass auch jedes Unternehmen, an das sie ihre Rechte am geistigen Eigentum, einschließlich des Rechts, entsprechende Lizenzen zu erteilen, übertragen, an diese Verpflichtung gebunden ist.
287. Neben der Erfüllung der vorgenannten Voraussetzungen, durch die in der Regel wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen ausgeschlossen werden können, besteht allerdings die Möglichkeit, dass Normenvereinbarungen zusätzliche Bestimmungen enthalten, die je nach Sachlage wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben könnten. Zur Verdeutlichung folgendes Beispiel: Verlangen Normenorganisationen eine vorherige Offenlegung der restriktivsten Lizenzbedingungen, führt dies (unter dem vorstehend erläuterten Vorbehalt) nicht zu wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1. Deshalb ist es wichtig, dass Parteien, die an der Wahl einer Norm beteiligt sind, umfassend informiert werden, und zwar nicht nur über die zur Auswahl stehenden technischen Optionen und die damit verbundenen Rechte des geistigen Eigentums, sondern auch über die voraussichtlichen Kosten dieser Rechte. Sollte die von einer Normenorganisation verfolgte Politik zum Schutz von Rechten des geistigen Eigentums es vorsehen, dass Rechteinhaber ihre restriktivsten Lizenzbedingungen (einschließlich der höchsten Lizenzgebühren, die sie vor der Annahme der Norm verlangen würden) offenlegen dürfen oder müssen, würde dies keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 haben, solange die Bestimmungen keine gemeinsame Aushandlung oder Erörterung der Lizenzbedingungen für ganz bestimmte Lizenzgebühren erlauben. Eine derartige unilaterale vorherige Offenlegung der restriktivsten Lizenzbedingungen wäre eine Möglichkeit für die Normenorganisationen, eine fundierte Entscheidung zu treffen, bei der sie nicht nur aus technischer Sicht, sondern auch in preislicher Hinsicht die Vor- und Nachteile der verschiedenen in Rede stehenden Technologien berücksichtigen.
288. Die Einbeziehung substituierbarer Technologien (d. h. von Technologien, die von den Nutzern/Lizenznehmern aufgrund der spezifischen Merkmalen und in Bezug auf ihren Zweck als untereinander austauschbar oder als Ersatz für eine andere

⁹⁶ Siehe Rs. 395/87, *Ministère public/Jean-Louis Tournier*, Slg. 1989, 2521, Rdnr. 38; verbundene Rs. 110/88, 241/88 und 242/88, *Francois Lucazeau/SACEM*, Slg. 1989, 2811, Rdnr. 33.

Technologie betrachtet werden und die im vorliegenden Kontext in eine andere Norm aufgenommen werden könnten) könnte den Wettbewerb zwischen Technologien einschränken. Setzt sich eine Norm aus substituierbaren Technologien zusammen, kann eine solche Lösung in der Praxis zu einem Ausschluss von Wettbewerbern führen, weil dadurch verhindert wird, dass eine alternative, potenziell in Frage kommende Technologie nicht in eine andere Norm aufgenommen wird. In der Regel gilt, dass es im Falle der Aufnahme von substituierbaren Technologien in eine Norm wahrscheinlich ist, dass dies wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 hat.

289. Andererseits können Normen Dritte (d. h. Unternehmen, die nicht Mitglied der jeweiligen Normenorganisation sind), für die diese Normen nicht zugänglich sind, benachteiligen oder vom Markt ausschließen (Marktabstottung) oder Märkte je nach ihrem räumlichen Anwendungsbereich segmentieren. Die Prüfung, ob die Vereinbarung den Wettbewerb einschränkt, wird sich folglich auf diese Aspekte konzentrieren.
290. Da sich die Wirksamkeit von Normenvereinbarung häufig proportional zum Anteil der an der Setzung und/oder Anwendung der Norm beteiligten Branche verhält, lassen hohe Anteile der Parteien an den von der Norm betroffenen Märkten nicht unbedingt den Schluss zu, dass die Norm wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben dürfte.

Standardbedingungen

291. Die Vereinbarung und Anwendung von Standardbedingungen müssen in einem geeigneten wirtschaftlichen Kontext und unter Berücksichtigung der Lage auf dem relevanten Markt untersucht werden, wenn geprüft werden soll, ob die Standardbedingungen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben könnten.
292. Die Wahrscheinlichkeit, dass die Vereinbarung und Anwendung von Standardbedingungen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 hat, hängt unter anderem davon ab, inwieweit die Parteien weiterhin auch andere Bedingungen verwenden dürfen, wenn sie ihr Produkt an die Verbraucher verkaufen. Dies bedeutet, dass geprüft werden muss, ob die Standardbedingungen nicht verbindlich sind.
293. Solange (über einen Wirtschaftsverband oder direkt) eine uneingeschränkte und transparente Beteiligung an der tatsächlichen Festlegung von Standardbedingungen gewährleistet ist und es sich um nicht verbindliche und uneingeschränkt zugängliche Standardbedingungen handelt, haben derartige Vereinbarungen im Allgemeinen keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen (unter dem Vorbehalt in den Randnummern 295 und 297-298).
294. Ist die Verwendung der Standardbedingungen zwingend, müssen sie auf ihre Auswirkungen auf Produktqualität, Produktvielfalt und Innovation geprüft werden (insbesondere, wenn die Standardbedingungen für den gesamten Markt verbindlich sind).
295. Sollten die (verbindlichen oder nicht verbindlichen) Standardbedingungen zudem Bestimmungen enthalten, bei denen es wahrscheinlich ist, dass sie sich negativ auf

den Wettbewerb in Bezug auf Preise, Rabatte, Zinsen oder Parameter, die den tatsächlichen Verkaufspreis beeinflussen (selbst wenn sie nicht direkt für den Preis ausschlaggebend sind) auswirken, würden sie wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 haben.

296. Zugängliche und nicht verbindliche Standardbedingungen für den Verkauf von Verbrauchsgütern oder Dienstleistungen haben somit (in der Annahme, dass sie sich nicht auf den Preis auswirken) in der Regel keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen, da es unwahrscheinlich ist, dass sie sich negativ auf Produktqualität, Produktvielfalt oder Innovation auswirken. Es gibt jedoch zwei allgemeine Ausnahmen, bei denen eine eingehendere Prüfung angezeigt ist.
297. Erstens könnten Standardbedingungen für den Verkauf von Verbrauchsgütern oder Dienstleistungen, in denen der Anwendungsbereich des verkauften Produkts festgelegt ist, so dass ein höheres Risiko einer Einschränkung des Produktangebots besteht, zu wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 führen. Dies könnte der Fall sein, wenn Standardbedingungen aufgrund ihrer allgemein gängigen Anwendung de facto zu einer Einschränkung von Innovation und Produktvielfalt führen. Ein solcher Fall könnte vorliegen, wenn die Standardbedingungen in Versicherungsverträgen den Kunden in seiner praktischen Wahl zentraler Vertragselemente (z. B. abgedeckte Standardrisiken) einschränken würde. Selbst wenn die Verwendung von Standardbedingungen nicht vorgeschrieben ist, könnten sie den Wettbewerber den Anreiz nehmen, auf der Grundlage von Produktvielfalt mit den anderen Wettbewerbern zu konkurrieren.
298. Zweitens, selbst wenn in den Standardbedingungen der tatsächliche Anwendungsbereich des Endprodukts nicht festgelegt ist, können sie sich aus anderen Gründen als entscheidender Teil des Geschäfts mit dem Kunden erweisen und dadurch aus den in der vorhergehenden Randnummer dargestellten Gründen wettbewerbsrechtlich bedenklich sein. Ein Beispiel wäre das Online-Shopping, bei dem das Kundenvertrauen eine maßgebliche Rolle spielt (Vertrauen in die Sicherheit der verwendeten Zahlungssysteme, die Verlässlichkeit der Beschreibung der angebotenen Produkte, in die Klarheit und Transparenz der Preisbildungsregeln, das Rückgaberecht usw.). Da es für Kunden schwierig ist, all diese Elemente getrennt zu prüfen, entscheiden sie sich für die gängigsten Verfahren. Deshalb könnten sich Standardbedingungen, die die vorgenannten Aspekte abdecken, sehr schnell in der Branche durchsetzen und eine De-facto-Norm werden, denn je mehr Kunden zu diesen Bedingungen einkaufen, umso mehr gewinnen die Bedingungen an Vertrauenswürdigkeit und um so häufiger werden sie dann auch von anderen Kunden verwendet. Daraufhin würden mehr Unternehmen diese Standardbedingungen übernehmen, so dass deren Einhaltung für den Verkauf auf dem betreffenden Markt unabdingbar wäre. Auch wenn diese Standardbedingungen nicht verbindlich sind, würden sie sich zu einer De-facto-Norm entwickeln, die in ihren Auswirkungen einer verbindlichen Norm sehr nahe käme und entsprechend untersucht werden müsste.
299. Je größer der gemeinsame Marktanteil der Wettbewerber ist, die die Standardbedingungen anwenden, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen in Form einer eingeschränkten Produktvielfalt.

7.4. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3

7.4.1. Effizienzgewinne

Vereinbarungen über Normen

300. Mit Normenvereinbarungen können erhebliche Effizienzgewinne erzielt werden. So kann durch EU-weite Normen die Marktintegration erleichtert und den Unternehmen die Möglichkeit gegeben werden, ihre Waren und Dienstleistungen in allen Mitgliedstaaten anzubieten, was für die Verbraucher ein größeres Produktangebot und niedrigere Preise bedeutet. Normen, durch die technologische Interoperabilität geschaffen wird, erweisen sich häufig als wettbewerbsfördernd, weil sie die Technologien verschiedener Unternehmen zusammenführen und verhindern helfen, dass Abnehmer an einen bestimmten Anbieter gebunden sind. Darüber hinaus tragen Normen zu niedrigeren Transaktionskosten für Verkäufer und Käufer bei. Außerdem können Qualitäts-, Sicherheits- und Umweltnormen für Produkte den Verbrauchern ihre Wahl erleichtern und einen Beitrag zu mehr Produktqualität leisten. Auch für die Innovation spielen Normen eine wichtige Rolle. So verkürzen sie die Zeit bis zur Markteinführung einer neuen Technologie und fördern die Innovationstätigkeit, indem sie den Unternehmen die Möglichkeit geben, auf bereits vereinbarten Lösungen aufzubauen.

301. Um im Falle von Normenvereinbarungen Nutzen aus den vorgenannten Effizienzgewinnen zu ziehen, müssen den potenziellen neuen Marktteilnehmern die für die Normanwendung erforderlichen Informationen zur Verfügung stehen. Außerdem muss ein erheblicher Teil der betreffenden Branche auf transparente Weise in die Normensetzung einbezogen sein. Die Regeln der Normenorganisationen sollten genügend Schutzklauseln enthalten, die verhindern helfen, dass die Normsetzung auf die Interessen eines oder mehrerer Beteiligten ausgerichtet ist. Die Auswirkungen auf die Innovationstätigkeit müssen in jedem Einzelfall untersucht werden. Bei Normen, die auf horizontaler Ebene die Kompatibilität zwischen verschiedenen Technologieplattformen sicherstellen, ist es allerdings wahrscheinlich, dass durch sie Effizienzgewinne entstehen.

Standardbedingungen

302. Aus der Anwendung von Standardbedingungen können wirtschaftliche Vorteile erwachsen, unter anderem für die Verbraucher, für die der Vergleich der gebotenen Konditionen und die Entscheidung, gegebenenfalls zu einem anderen Anbieter zu wechseln, einfacher wird. Standardbedingungen ermöglichen Effizienzgewinne (z. B. in Form geringerer Transaktionskosten) und können in bestimmten Branchen (insbesondere in jenen mit komplexen Verträgen) den Marktzutritt erleichtern.

7.4.2. Unerlässlichkeit

303. Wettbewerbsbeschränkungen, die weiter gehen, als es für die Erzielung der mit einer Normenvereinbarung oder mit Standardbedingungen angestrebten Effizienzgewinne notwendig ist, erfüllen nicht die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3.

Vereinbarungen über Normen

304. Bei der Bewertung von Normenvereinbarungen müssen einerseits die Art der Norm und ihre anzunehmende Auswirkung auf die betreffenden Märkte und andererseits der Umfang der Beschränkungen, die möglicherweise über das Ziel hinausgehen, Effizienzgewinne zu erzeugen, berücksichtigt werden.
305. Normenvereinbarungen, die bestimmten Einrichtungen das ausschließliche Recht übertragen, die Konformität mit der Norm zu prüfen, oder die Beschränkungen bei der Kennzeichnung der Vereinbarkeit mit Normen auferlegen, gehen, sofern sie nicht behördlich auferlegt wurden, über das Ziel von Effizienzgewinnen hinaus und sind nicht für die Erreichung dieses Ziels möglicherweise nicht unerlässlich.
306. Normen müssen (und sollten) nicht alle möglichen Spezifikationen oder Technologien regeln. Liegt nur eine technologische Lösung im Interesse der Verbraucher oder der Wirtschaft insgesamt, so muss die Normsetzung diskriminierungsfrei erfolgen. Technologisch neutrale Normen dürften größere Effizienzgewinne ermöglichen. Auf jeden Fall muss nachvollziehbar sein, warum einer bestimmten Norm der Vorzug gegeben wurde.
307. Sämtliche Wettbewerber auf den von der Norm betroffenen Märkten sollten die Möglichkeit erhalten, an der Normsetzung teilzunehmen. Die Beteiligung an der Normierung sollte allen offenstehen, es sei denn, die Parteien weisen nach, dass dies ineffizient wäre, oder es sind anerkannte Verfahren für die kollektive Interessenvertretung vorgesehen.
308. Vereinbarungen über Normen sollten sich in der Regel nur auf das erstrecken, was zur Erfüllung ihres Zwecks – sei es technische Kompatibilität oder ein bestimmtes Qualitätsniveau – erforderlich ist.
309. Normenvereinbarungen, die eine Norm für eine Branche verbindlich machen und ihre Verwendung verpflichtend vorschreiben, sind im Prinzip nicht unerlässlich.

Standardbedingungen

310. In der Regel ist es nicht vertretbar, Standardbedingungen als für die Branche oder für die Mitglieder eines Wirtschaftsverbands, der diese Standardbedingungen festgelegt hat, für verbindlich und obligatorisch zu erklären. Es kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass in bestimmten Fällen verbindliche Standardbedingungen für die Erzielung der mit ihnen angestrebten Effizienzgewinne unerlässlich sind.

7.4.3. Weitergabe an die Verbraucher

Vereinbarungen über Normen

311. Effizienzgewinne, die durch unerlässliche Beschränkungen erzielt wurden, müssen in einem Umfang an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Normenvereinbarung oder der Standardbedingungen überwiegen. Bei der Prüfung, ob die Effizienzgewinne auch an die Verbraucher weitergegeben werden, wird insbesondere darauf geachtet, mit welchen Verfahren gewährleistet wird, dass die Interessen der Anwender der Normen geschützt sind. Fördern Normen die Interoperabilität und den Wettbewerb zwischen neuen und bereits eingeführten Produkten, Dienstleistungen und Verfahren

und gewährleisten sie, dass weiterhin verschiedene Bezugsquellen bestehen, so kann davon ausgegangen werden, dass die betreffende Norm den Verbrauchern zugutekommt.

Standardbedingungen

312. Das Risiko wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen wie auch die Wahrscheinlichkeit sich ergebender Effizienzgewinne steigen mit wachsenden Marktanteilen der Unternehmen und mit dem Umfang, in dem Standardbedingungen angewendet werden. Deshalb gibt es keinen allgemeinen geschützten Bereich („safe harbour“), für den erklärt werden kann, dass kein Risiko wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen besteht, oder für den grundsätzlich die Annahme zulässig wäre, dass Effizienzgewinne in einem Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen.
313. Bestimmte, durch die Verwendung von Standardbedingungen entstehende Effizienzgewinne werden jedoch unvermeidlich an die Verbraucher weitergegeben. Hierzu zählen die besseren Vergleichsmöglichkeiten für die Verbraucher in Bezug auf das Angebot auf einem bestimmten Markt. Bei anderen möglichen Effizienzgewinnen (z. B. niedrigere Transaktionskosten) sollte im Einzelfall und unter Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Bedingungen geprüft werden, ob eine Weitergabe dieser Effizienzgewinne an die Verbraucher wahrscheinlich ist.

7.4.4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs

314. Ob eine Normenvereinbarung den Parteien möglicherweise die Ausschaltung des Wettbewerbs ermöglicht, hängt davon ab, welche Quellen des Wettbewerbs auf dem Markt bestehen, wie viel Wettbewerbsdruck diese auf die Parteien ausüben und wie sich wiederum die Vereinbarung auf diesen Wettbewerbsdruck auswirkt. Während Marktanteile zwar für eine solche Prüfung von Bedeutung sind, kann das Ausmaß der verbleibenden Quellen tatsächlichen Wettbewerbs nicht allein anhand von Marktanteilen beurteilt werden, es sei denn, eine Norm hat sich in der betreffenden Branche als De-facto-Norm durchgesetzt. In letzterem Fall könnte der Wettbewerb ausgeschaltet werden, wenn Dritten ein zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen erfolgender Zugang zu dieser Norm verwehrt ist. Verwendet ein Großteil einer Branche Standardbedingungen, könnte dies dazu führen, dass mit diesen Bedingungen eine De-facto-Norm geschaffen wird, so dass die vorgenannten wettbewerbsrechtlichen Bedenken auch hier bestehen würden.

7.5. Beispiele

315. Festsetzung von Normen, die Wettbewerber nicht erfüllen können

Beispiel 1

Sachverhalt: Eine Normenorganisation vereinbart und veröffentlicht Qualitätsstandards, die in der betreffenden Branche weitverbreitet sind. Die Branche ist umfassend in die Festlegung der Norm eingebunden. Vor der Annahme der Norm entwickelt ein neuer Marktteilnehmer ein Produkt, das in Bezug auf Leistung und funktionale Anforderungen technisch gleichwertig ist, was auch von dem technischen Ausschuss der Normenorganisation anerkannt wird. Die technischen Spezifikationen der Qualitätsnorm sind allerdings so formuliert, dass weder dieses

spezifische Produkt noch andere neue Produkte die Norm erfüllen.

Analyse: Bei dieser Normenvereinbarung sind wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 wahrscheinlich, aber es ist unwahrscheinlich, dass sie die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt. Auch wenn es üblich ist, dass Qualitätsnormen nicht alle möglichen Spezifikationen abdecken, haben die Mitglieder der Normenorganisation die Norm so formuliert, dass die Produkte von Wettbewerbern, die sich auf dieselben technologischen Lösungen stützen und eine gleichwertige Leistung erbringen können, die Norm nicht erfüllen. Eine solche Vereinbarung, für die kein diskriminierungsfreier Zugang besteht, begrenzt bzw. verhindert Innovation und Produktvielfalt. Es ist unwahrscheinlich, dass die Art und Weise, in der die Norm aufgesetzt ist, höhere Effizienzgewinne erzielt als eine neutral formulierte Norm.

316. Eine Normenorganisation ohne klares Regelwerk für den Schutz der Rechte des geistigen Eigentums

Beispiel 2

Sachverhalt: Die Regeln der Normenorganisation X empfehlen den Mitgliedern, alle ihnen zustehenden bestehenden (und anhängigen) Rechte des geistigen Eigentums, die für eine vorgeschlagene Norm von Bedeutung sein könnten, offenzulegen. Verpflichtet sind die Mitglieder hierzu allerdings nicht.

Analyse: Es ist davon auszugehen, dass die von der Normenorganisation X geschlossenen Normenvereinbarungen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 haben, gleichzeitig ist es aber unwahrscheinlich, dass sie die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllen. Wollen die Parteien einer Normenvereinbarung vermeiden, dass ihre Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat, sollten sie sicherstellen, dass die Unternehmen mit einschlägigen Regeln für den Schutz der Rechte des geistigen Eigentums noch während der Normsetzung (d. h. vor der vorläufigen Annahme der Norm) verpflichtet werden anzugeben, ob sie bestehende (oder anhängige) Rechte des geistigen Eigentums, innehaben (oder glauben, über derartige Rechte zu verfügen), die für die vorgeschlagene Norm wesentlich sein könnten, und dass diese Unternehmen vor der offiziellen Veröffentlichung der betreffenden Norm angeben, welche wesentlichen ihnen zustehenden bestehenden (und anhängigen) Rechte des geistigen Eigentums sie innehaben (oder glauben innezuhaben). Auch wenn keine allgemeinverbindliche Auflage besteht, dass die Parteien einer Normenvereinbarung erklären müssen, dass sie für ihre Rechte des geistigen Eigentums zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen Lizenzen erteilen werden, kann es im gegenteiligen Fall zu einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 kommen.

317. Nicht verbindliche und transparente Normen, die für einen großen Teil des Marktes gelten

Beispiel 3

Sachverhalt: Mehrere Unterhaltungselektronikhersteller mit erheblichen Marktanteilen vereinbaren, eine neue Norm für ein DVD-Nachfolgeprodukt zu entwickeln.

Analyse: Vorausgesetzt, dass a) es den Herstellern weiterhin freisteht, andere neue Produkte herzustellen, die nicht der neuen Norm entsprechen, b) eine uneingeschränkte und transparente Beteiligung an der Normsetzung gewährleistet ist und c) die Normenvereinbarung den Wettbewerb ansonsten nicht einschränkt, liegt kein Verstoß gegen Artikel 101 Absatz 1 vor. Vereinbaren die Parteien, nur noch Produkte nach der neuen Norm herzustellen, dann würde die Vereinbarung die technische Entwicklung einschränken, innovationshemmend wirken und die Parteien am Verkauf anderer Produkte hindern und somit zu wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 führen.

Beispiel 4

Sachverhalt: Eine Gruppe von Versicherungsgesellschaften einigt sich auf nicht verbindliche Normen für die Installation bestimmter Sicherheitsvorkehrungen (d. h. Bestandteile und Anlagen, die zur Verhinderung oder Verringerung von Verlusten konzipiert wurden, und aus diesen Elementen gebildete Systeme), für die es momentan keine harmonisierte EU-Norm gibt. Diese nicht verbindlichen Normen können für einen Mitgliedstaat oder aber auch für mehrere Mitgliedstaaten gelten. Die Versicherer sind bereits bei den zuständigen Normungsgremien der EU wegen diesbezüglich fehlender Normen vorstellig geworden und arbeiten mit diesen zusammen, um eine auf EU-Ebene harmonisierte Norm zu entwickeln, die dem angezeigten Bedarf Rechnung trägt. Die nicht verbindlichen Normen der Versicherungsgesellschaften wurden a) vereinbart, um eine bestimmte Lücke zu schließen, die Versicherer beim Risikomanagement zu unterstützen und Versicherungsprämien auf einem niedrigen Niveau zu halten, b) mit der Mehrheit der Unternehmen, die in den betroffenen Mitgliedstaaten solche Sicherheitsvorkehrungen installieren, erörtert, um deren Meinung vor der endgültigen Formulierung der Norm zu hören, c) von den einschlägigen Dachverbänden der Versicherungsgesellschaften in einem eigenen Bereich ihrer Websites veröffentlicht, damit sie für alle Unternehmen, die die betroffenen Sicherheitsvorkehrungen einbauen, und alle anderen interessierten Parteien leicht zugänglich sind, und werden d) außer Kraft treten, sobald eine EU-weite Norm eingeführt ist.

Analyse: Der Normungsprozess ist transparent, und alle interessierten Parteien können an der Normsetzung teilnehmen. Das Ergebnis ist leicht zugänglich, da es auf zumutbarer und diskriminierungsfreier Grundlage allen, die dies wünschen, zugänglich gemacht wird. Wenn die Norm keine negativen Auswirkungen auf den nachgelagerten Markt hat (indem auf sehr spezifische oder nicht gerechtfertigte Anforderungen an die Installation verzichtet wurde, die bestimmte Montageunternehmen nicht erfüllen können, und diese dann ausgeschlossen wären), ist es unwahrscheinlich, dass sie zu wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen führt. Aber selbst wenn die Normen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hätten, könnten gegebenenfalls die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 erfüllt sein. Die Normen würden den Versicherern helfen festzustellen, inwieweit solche Installationen das einschlägige Risiko mindern und Verluste verhindern würden; entsprechend könnten sie dann ihre Versicherungsprämien senken. Außerdem würden die Normen, solange der genannte Vorbehalt bezüglich des nachgelagerten Marktes berücksichtigt ist, den Montageunternehmen Effizienzgewinne bringen, da alle Versicherungsgesellschaften in einem bestimmten Mitgliedstaat von dem Unternehmen die Einhaltung ein und derselben Normen verlangen würden. Derartige Normen würden den Verbrauchern den Wechsel zu einem anderen Versicherer erleichtern. Darüber hinaus könnten sich diese Normen für kleinere Versicherungsunternehmen, die nicht über die Kapazitäten für separate Überprüfungen haben, als vorteilhaft erweisen. In Bezug auf die anderen Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 besteht der Eindruck, dass die nicht verbindlichen Normen nicht über das hinausgehen, was für die Erzielung der fraglichen Effizienzgewinne erforderlich ist, dass die sich daraus ergebenden Vorteile an die Verbraucher weitergegeben werden (einige der Normen würden den

Verbrauchern sogar direkt zugutekommen) und dass die Beschränkungen nicht zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs führen würden. Deshalb dürften diese Normen die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 solange erfüllen, bis EU-weite Normen eingeführt werden, die dem ausgewiesenen Bedarf, der mit den Normen gedeckt wurde, Rechnung tragen.

319. Umweltnormen

Beispiel 5

Sachverhalt: Fast alle Waschmaschinenhersteller vereinbaren mit Unterstützung einer öffentlichen Einrichtung, keine Waschmaschinen mehr herzustellen, die bestimmte Umweltnormen (z. B. für Energieeffizienz) nicht erfüllen. Die Parteien versorgen 90 % des Marktes. Auf die Produkte, die mit dieser Vereinbarung vom Markt genommen werden, entfällt ein großer Anteil des Gesamtabsatzes. Sie werden durch umweltfreundlichere, jedoch teurere Produkte ersetzt. Außerdem führt die Vereinbarung indirekt zu Outputeinbußen bei Dritten (z. B. bei Stromversorgern und Anbietern von Bauteilen, die in die auslaufenden Produkte eingebaut wurden).

Analyse: Die Vereinbarung verschafft den Parteien die Kontrolle über die Produktion; sie betrifft einen maßgeblichen Anteil ihres Absatzes und der Gesamtproduktionsmengen, während sie gleichzeitig den Output Dritter verringert. Zum einen wird die Produktvielfalt, die zum Teil auf die Umweltschutzmerkmale des Produkts ausgerichtet ist, eingeschränkt und zum anderen werden die Preise wahrscheinlich steigen. Aus diesen Gründen ist es wahrscheinlich, dass die Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 haben wird. Die Einbeziehung der Behörde ist für die Bewertung der Vereinbarung unerheblich. Neuere und umweltfreundlichere Produkte sind allerdings technisch anspruchsvoller; so bieten sie qualitative Verbesserungen, z. B. in Form von mehr Waschprogrammen. Darüber hinaus ergeben sich für den Käufer dieser Waschmaschinen Kosteneinsparungen aufgrund niedrigerer Betriebskosten (geringerer Verbrauch an Wasser, Strom und Waschmittel). Diese Kosteneinsparungen werden auf Märkten erzielt, die nicht zum relevanten Markt der Vereinbarung gehören. Dennoch können diese Einsparungen berücksichtigt werden, da die Märkte, auf denen die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen und die Effizienzgewinne entstehen, miteinander verbunden sind und die Gruppe der Verbraucher, die von den Wettbewerbsbeschränkungen betroffen wären und von den Effizienzgewinnen profitieren würden, im Wesentlichen dieselben sind. Die Effizienzgewinne überwiegen die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen (höherer Preis). Alternativen zu der Vereinbarung erweisen sich als ungewisser und weniger kosteneffizient, wenn es um die Erbringung der gleichen Nettovorteile geht. Für die Parteien kommen in wirtschaftlicher Hinsicht für die Herstellung von Waschmaschinen, die den vereinbarten Umweltschutzmerkmalen entsprechen, verschiedene technische Mittel in Frage, wobei es weiterhin auch Wettbewerb bei den anderen Produktmerkmalen gibt. Deshalb sind die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 AEUV erfüllt.

320. Normen, die von staatlicher Seite befürwortet werden

Beispiel 6

Sachverhalt: Aufgrund der neuesten Erkenntnisse einer staatlich finanzierten Forschungsgruppe, die sich in einem Mitgliedstaat mit dem für bestimmte verarbeitete Nahrungsmittel empfohlenen Fettgehalt befasste, vereinbarten mehrere große nahrungsmittelverarbeitende Unternehmen desselben Landes im Rahmen offizieller Gespräche, die bei einem Verband der Branche stattfinden, Richtwerte für den Fettgehalt dieser Erzeugnisse festzulegen. In diesem Mitgliedstaat werden 70 % aller verarbeiteten Nahrungsmittel von den an der Vereinbarung beteiligten Parteien verkauft. Die Initiative der Parteien wird durch eine nationale Informationskampagne unterstützt, die von der Forschungsgruppe finanziert wird und die über die Gefahren eines zu hohen Fettgehalts in verarbeiteten Nahrungsmitteln aufklärt.

Analyse: Obwohl es sich um empfohlene Richtwerte handelt, deren Einhaltung freiwillig ist, dürften sie aufgrund der großen Verbreitung im Zuge der nationalen Informationskampagne von allen nahrungsmittelverarbeitenden Unternehmen des betreffenden Mitgliedstaats zugrunde gelegt werden, so dass sie sich de facto für die verarbeitende Nahrungsmittelindustrie als allgemein akzeptierter Höchstwert für Fett durchsetzen werden. Dadurch könnte die den Verbrauchern auf dem Produktmarkt zur Verfügung stehende Produktpalette eingeschränkt werden. Die Parteien werden jedoch weiterhin in der Lage sein, mit einer Reihe anderer Produktmerkmale (z. B. Preis, Produktgröße, Qualität, Geschmack, andere Ernährungswerte, Salzgehalt, Ausgewogenheit der Zutaten und Markenname) mit ihren Produkten auf dem Markt zu konkurrieren. Außerdem könnte sich der Wettbewerb bezüglich des Fettgehalts in dem Produktangebot verschärfen, wenn sich die Wettbewerber darum bemühen, Produkte mit dem niedrigsten Fettgehalt anzubieten. Es ist daher unwahrscheinlich, dass die Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 haben wird.

321. Nicht verbindliche, offene Standardbedingungen, die in Verträgen mit Endkunden verwendet werden

Beispiel 7

Sachverhalt: Ein Stromversorgerverband legt nicht verbindliche Standardbedingungen für Stromlieferungen an Endkunden („Standardbedingungen für den Stromverkauf“) fest. Die Ausarbeitung dieser Standardbedingungen erfolgte in transparenter und diskriminierungsfreier Weise. Sie enthalten unter anderem Angaben zum Einspeisepunkt, zum Standort der Anschlussstelle und zur Anschlussspannung, Bestimmungen zur Versorgungszuverlässigkeit sowie die Verfahren für die Abrechnung zwischen den Vertragsparteien (z. B. was geschieht, wenn der Kunde den Stromzähler nicht abliest und dem Stromanbieter keine Angaben über seinen Verbrauch übermittelt?). Die Standardbedingungen enthalten keine Angaben zu Preisen, d. h. sie enthalten keine empfohlenen Preise oder anderen Preisklauseln. Jedes in dieser Branche tätige Unternehmen kann selbst entscheiden, ob es die Standardbedingungen verwendet oder nicht. Rund 80 % der Verträge mit Endkunden auf dem relevanten Markt stützen sich auf diese Standardbedingungen.

Analyse: Es ist nicht wahrscheinlich, dass die Standardbedingungen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 haben. Selbst wenn sie in der Branche üblich sind, scheinen sie keine spürbaren negativen Auswirkungen auf Preise, Produktqualität oder Produktvielfalt zu haben.

322. Standardbedingungen für Verträge zwischen Unternehmen

Beispiel 8

Sachverhalt: Bauunternehmen eines bestimmten Mitgliedstaats haben nicht verbindliche, offene Standardbedingungen vereinbart, die ein Auftragnehmer seinen Kostenvoranschlägen beifügen kann. Vorgesehen ist ein Formblatt für den Kostenvorschlag, dem auf die Baubranche zugeschnittene Standardbedingungen beigelegt sind. Gemeinsam bilden diese Unterlagen den Bauvertrag. Abgedeckt sind Aspekte wie Vertragsabschluss, allgemeine Pflichten des Auftragnehmers und des Kunden sowie preisunabhängige Zahlungsbedingungen (z. B. eine Klausel, der zufolge der Auftragnehmer das Recht hat, die Arbeiten aufgrund ausbleibender Zahlungen auszusetzen), Versicherungen, Dauer, Übergabe und Mängel, Haftungsbeschränkungen und Kündigung. Im Gegensatz zu Beispiel 7 würden diese Standardbedingungen häufig für Verträge zwischen Unternehmen Anwendung finden, von denen eines auf dem vorgelagerten und das andere auf dem nachgelagerten Markt tätig wäre.

Analyse: Es ist nicht wahrscheinlich, dass die Standardbedingungen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 haben. Normalerweise würde der Kunden in der Wahl des Endprodukts, in diesem Fall der Bauarbeiten, nicht eingeschränkt werden. Andere wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen sind unwahrscheinlich. Einige der genannten Klauseln (Übergabe und Mängel, Vertragskündigung usw.) sind häufig gesetzlich geregelt.

323. Standardbedingungen, die den Produktvergleich erleichtern

Beispiel 9

Sachlage: Ein nationaler Verband der Versicherungsbranche verbreitet nicht verbindliche, standardisierte Bedingungen für Versicherungen für Wohngebäude. Diese Bedingungen enthalten weder Hinweise dazu, bis zu welcher Höhe das Risiko abgedeckt ist, noch Angaben zu den vom Versicherungsnehmer zu zahlenden Versicherungsprämien oder Selbstbeteiligungen. Während der größte Teil der Versicherungsgesellschaften standardisierte Versicherungsbedingungen verwendet, enthalten die Verträge nicht immer dieselben Konditionen, da diese an die Bedürfnisse des einzelnen Versicherungsnehmers angepasst werden; es gibt folglich keine De-facto-Norm für Versicherungsprodukte. Die standardisierten Versicherungsbedingungen ermöglichen es den Verbrauchern und den Verbraucherverbänden, die Versicherungen der verschiedenen Versicherungsgesellschaften miteinander zu vergleichen. Ein Verbraucherverband war an der Ausarbeitung der standardisierten Versicherungsbedingungen beteiligt. Sie sind für alle neue Marktteilnehmer gleichermaßen zugänglich.

Analyse: Diese standardisierten Versicherungsbedingungen betreffen die

Zusammensetzung des endgültigen Versicherungsprodukts. Die erzielten Effizienzgewinne dürften jegliche Einschränkung der Produktvielfalt, die darauf zurückzuführen ist, dass Versicherungsgesellschaften solche standardisierten Versicherungsbedingungen verwenden, überwiegen (so kann der Kunde die von den Versicherungsgesellschaften gebotenen Bedingungen besser miteinander vergleichen). Ein solcher Vergleich erleichtert den Wechsel zu einer anderen Versicherungsgesellschaft und stimuliert folglich den Wettbewerb. Die Tatsache, dass eine Verbraucherorganisation an dem Prozess beteiligt war, erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass die Effizienzgewinne an die Verbraucher weitergegeben werden. Außerdem ist es wahrscheinlich, dass die standardisierten Versicherungsbedingungen die Transaktionskosten senken und den Versicherungsgesellschaften den Eintritt in einen anderen räumlichen Markt und/oder einen anderen Produktmarkt erleichtern. Da die Beschränkungen zudem nicht über das zur Erzielung der angestrebten Effizienzgewinne erforderliche Maß hinauszugehen scheinen und der Wettbewerb nicht ausgeschaltet werden würde, ist es wahrscheinlich, dass die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 AEUV erfüllt sind.