

ANHANG

MITTEILUNG DER KOMMISSION – Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit

ENTWURF

INHALT

1.	Einleitung	6
1.1.	Zweck und Aufbau dieser Leitlinien.....	6
1.2.	Anwendbarkeit des Artikels 101 auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit	8
1.2.1.	Einleitung	8
1.2.2.	Analytischer Rahmen	11
1.2.3.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1.....	12
1.2.4.	Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen	14
1.2.5.	Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen	15
1.2.6.	Nebenabreden.....	16
1.2.7.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3.....	17
1.2.8.	Grundsätzlich nicht unter Artikel 101 Absatz 1 fallende Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit.....	18
1.3.	Verhältnis zu anderen Leitlinien und Rechtsvorschriften	20
2.	Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung.....	22
2.1.	Einleitung	22
2.2.	Relevante Märkte	24
2.3.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1.....	24
2.3.1.	Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken	24
2.3.2.	Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen	24
2.3.3.	Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen	25
2.4.	Vereinbarungen, die unter die FuE-GVO fallen	28
2.4.1.	Unterscheidung zwischen „gemeinsamer Forschung und Entwicklung“ und „Auftragsforschung und -entwicklung“ und das Konzept der „Spezialisierung im Rahmen der Forschung und Entwicklung“	29
2.4.2.	Gemeinsame Verwertung der FuE-Ergebnisse und der Begriff der Spezialisierung im Rahmen der gemeinsamen Verwertung	30
2.4.3.	Übertragung von Rechten des geistigen Eigentums oder die Erteilung diesbezüglicher Lizenzen	31
2.5.	Freistellungsvoraussetzungen nach der FuE-GVO	32

2.5.1.	Zugang zu den Endergebnissen.....	32
2.5.2.	Zugang zu bereits vorhandenem Know-how	33
2.5.3.	Bedingungen im Zusammenhang mit der gemeinsamen Verwertung	34
2.5.4.	Schwellenwerte, Marktanteile und Freistellungsdauer	34
2.6.	Kernbeschränkungen und nicht freigestellte Beschränkungen	43
2.6.1.	Kernbeschränkungen.....	43
2.6.2.	nicht freigestellte Beschränkungen	46
2.7.	Entzug des Rechtsvorteils der FuE-GVO	46
2.8.	Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3 von FuE-Vereinbarungen, die nicht in den Anwendungsbereich der FuE-GVO fallen	49
2.8.1.	Effizienzgewinne.....	49
2.8.2.	Unerlässlichkeit.....	50
2.8.3.	Weitergabe an die Verbraucher.....	50
2.8.4.	Keine Ausschaltung des Wettbewerbs	50
2.9.	Zeitpunkt der Prüfung	50
2.10.	Beispiel.....	51
3.	Produktionsvereinbarungen.....	55
3.1.	Einleitung	55
3.2.	Relevante Märkte	56
3.3.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1.....	56
3.3.1.	Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken	56
3.3.2.	Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen	57
3.3.3.	Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen	58
3.4.	Vereinbarungen, die unter die Spezialisierungs-GVO fallen.....	62
3.4.1.	Spezialisierungsvereinbarungen.....	63
3.4.2.	Sonstige Bestimmungen in Spezialisierungsvereinbarungen.....	64
3.4.3.	Gemeinsamer Vertrieb und der Begriff „gemeinsam“ im Rahmen der Spezialisierungs-GVO.....	65
3.4.4.	Dienstleistungen im Rahmen der Spezialisierungs-GVO	65
3.4.5.	Konkurrierende Unternehmen: tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber	66
3.4.6.	Marktanteilsschwellenwert und Freistellungsdauer	66
3.4.7.	Kernbeschränkungen in der Spezialisierungs-GVO	67
3.4.8.	Entzug des Rechtsvorteils der Spezialisierungs-GVO.....	68
3.5.	Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3 von Produktionsvereinbarungen, die nicht in den Anwendungsbereich der Spezialisierungs-GVO fallen.....	69
3.5.1.	Effizienzgewinne.....	69

3.5.2.	Unerlässlichkeit.....	70
3.5.3.	Weitergabe an die Verbraucher.....	70
3.5.4.	Keine Ausschaltung des Wettbewerbs	70
3.6.	Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen	70
3.7.	Beispiele.....	74
4.	Einkaufsvereinbarungen.....	78
4.1.	Einleitung	78
4.2.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1.....	80
4.2.1.	Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken	80
4.2.2.	Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen	80
4.2.3.	Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen	82
4.3.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3.....	87
4.3.1.	Effizienzgewinne.....	87
4.3.2.	Unerlässlichkeit.....	87
4.3.3.	Weitergabe an die Verbraucher.....	87
4.3.4.	Keine Ausschaltung des Wettbewerbs	88
4.4.	Beispiele.....	88
5.	Vermarktungsvereinbarungen	92
5.1.	Einleitung	92
5.2.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1.....	93
5.2.1.	Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken	93
5.2.2.	Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen	93
5.2.3.	Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen	94
5.3.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3.....	96
5.3.1.	Effizienzgewinne.....	96
5.3.2.	Unerlässlichkeit.....	97
5.3.3.	Weitergabe an die Verbraucher.....	97
5.3.4.	Keine Ausschaltung des Wettbewerbs	98
5.4.	Bieterkonsortien	98
5.5.	Beispiele.....	101
6.	Informationsaustausch.....	107
6.1.	Einleitung	107
6.2.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1.....	109
6.2.1.	Einleitung	109
6.2.2.	Grundlegende kartellrechtliche Bedenken im Zusammenhang mit dem Informationsaustausch.....	110

6.2.3.	Zur Natur der ausgetauschten Informationen.....	112
6.2.4.	Merkmale des Austauschs.....	117
6.2.5.	Marktmerkmale	122
6.2.6.	Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung.....	123
6.2.7.	Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen	124
6.3.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3.....	126
6.3.1.	Effizienzgewinne.....	126
6.3.2.	Unerlässlichkeit.....	126
6.3.3.	Weitergabe an die Verbraucher.....	127
6.3.4.	Keine Ausschaltung des Wettbewerbs	127
6.4.	Beispiele.....	127
7.	Normenvereinbarungen.....	130
7.1.	Einleitung	130
7.2.	Relevante Märkte	130
7.3.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1.....	131
7.3.1.	Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken	131
7.3.2.	Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen	133
7.3.3.	Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen	134
7.4.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3.....	141
7.4.1.	Effizienzgewinne.....	141
7.4.2.	Unerlässlichkeit.....	142
7.4.3.	Weitergabe an die Verbraucher.....	144
7.4.4.	Keine Ausschaltung des Wettbewerbs	144
7.5.	Beispiele.....	144
8.	Standardbedingungen.....	146
8.1.	Begriffsbestimmungen	146
8.2.	Relevante Märkte	146
8.3.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1.....	147
8.3.1.	Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken	147
8.3.2.	Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung.....	147
8.3.3.	Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen	147
8.4.	Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3.....	149
8.4.1.	Effizienzgewinne.....	149
8.4.2.	Unerlässlichkeit.....	149
8.4.3.	Weitergabe an die Verbraucher.....	149

8.4.4.	Keine Ausschaltung des Wettbewerbs	150
8.5.	Beispiele	150
9.	Nachhaltigkeitsvereinbarungen	152
9.1.	Einleitung	152
9.2.	Nachhaltigkeitsvereinbarungen, die keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken aufwerfen	154
9.3.	Kartellrechtliche Würdigung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 1	155
9.3.1.	Grundlagen	155
9.3.2.	Vereinbarungen zur Normung der Nachhaltigkeit	156
9.4.	Kartellrechtliche Würdigung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 3	160
9.4.1.	Effizienzgewinne	160
9.4.2.	Unerlässlichkeit	161
9.4.3.	Weitergabe an die Verbraucher	163
9.4.4.	Keine Ausschaltung des Wettbewerbs	168
9.5.	Beteiligung der öffentlichen Hand	169
9.6.	Beispiele	169

1. EINLEITUNG

1.1. Zweck und Aufbau dieser Leitlinien

1. Diese Leitlinien¹ sollen Rechtssicherheit schaffen, indem sie den Unternehmen bei der Prüfung ihrer Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit nach den Wettbewerbsvorschriften der Union helfen und gleichzeitig einen wirksamen Schutz des Wettbewerbs gewährleisten. Ferner sollen sie es den Unternehmen erleichtern, in wirtschaftlich wünschenswerter Weise zusammenzuarbeiten und so zum Beispiel zum grünen und zum digitalen Wandel sowie zur Förderung der Resilienz des Binnenmarktes beizutragen².
2. In diesen Leitlinien werden die Grundsätze für die Prüfung von Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen gemäß Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union* (im Folgenden „Artikel 101“) dargelegt und ein analytischer Rahmen für die üblichsten Formen von Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit abgesteckt:
 - Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen, einschließlich Erläuterungen zur Anwendung der Verordnung (EU) Nr. [...] der Kommission vom [...] Dezember 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung (im Folgenden „FuE-GVO“) (Kapitel 2),
 - Produktionsvereinbarungen einschließlich Erläuterungen zur Anwendung der Verordnung (EU) Nr. [...] der Kommission vom [...] Dezember 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen (im Folgenden „Spezialisierungs-GVO“) (Kapitel 3),
 - Einkaufsvereinbarungen (Kapitel 4),
 - Vermarktungsvereinbarungen (Kapitel 5),
 - Informationsaustausch (Kapitel 6),
 - Normenvereinbarungen (Kapitel 7),
 - Standardbedingungen (Kapitel 8).
3. Da sich die Kommission für die Verwirklichung der Ziele des europäischen Grünen Deals³ einsetzt, enthalten diese Leitlinien ferner Orientierungshilfen dafür, wie die

¹ Diese Leitlinien ersetzen die Mitteilung der Kommission – Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (ABl. C 11 vom 14.1.2011, S. 1).

² Vgl. ferner die Mitteilung „Aktualisierung der neuen Industriestrategie von 2020: einen stärkeren Binnenmarkt für die Erholung Europas aufbauen“ vom 5. Mai 2021 (COM(2021) 350 final).

* Mit Wirkung vom 1. Dezember 2009 ist an die Stelle des Artikels 81 EG-Vertrag der Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) getreten. Artikel 81 EG-Vertrag und Artikel 101 AEUV sind im Wesentlichen identisch. Im Rahmen dieser Leitlinien sind Bezugnahmen auf Artikel 101 AEUV als Bezugnahmen auf Artikel 81 EG-Vertrag zu verstehen, wo dies angebracht ist. Mit dem AEUV wurden auch bestimmte terminologische Änderungen eingeführt; so wurde zum Beispiel „Gemeinschaft“ durch „Union“ und „Gemeinsamer Markt“ durch „Binnenmarkt“ ersetzt. Die Terminologie des AEUV wird in diesen Leitlinien durchgängig verwendet.

³ Mitteilung der Kommission „Der europäische Grüne Deal“ (COM(2019) 640 final).

gängigsten Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit nach Artikel 101 zu bewerten sind, wenn sie Nachhaltigkeitsziele verfolgen (Kapitel 9).

4. 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 Leitlinien sind nicht als „Checkliste“ zu verstehen, die systematisch in jedem Fall anwendbar ist. Jeder Fall muss auf der Grundlage des jeweiligen Sachverhalts beurteilt werden.
5. Diese Leitlinien gelten für Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit in Bezug auf Waren, Dienstleistungen und Technologien.
6. Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit können verschiedene Stufen der Zusammenarbeit betreffen, so zum Beispiel Forschung und Entwicklung (im Folgenden „FuE“) und die Produktion und/oder die Vermarktung von Ergebnissen. Auch solche Vereinbarungen fallen unter diese Leitlinien. Wenn diese Leitlinien zur Prüfung einer solchen integrierten Zusammenarbeit herangezogen werden, sind in der Regel alle Kapitel zu den verschiedenen Aspekten der Zusammenarbeit für die Prüfung relevant. Für die Beurteilung der Frage, ob ein bestimmtes Verhalten in der Regel eine bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung darstellt, gelten jedoch für die gesamte Zusammenarbeit die Bestimmungen des Kapitels, das sich auf den Teil einer integrierten Zusammenarbeit bezieht, der als ihr Schwerpunkt angesehen werden kann.
7. Zwei Faktoren sind besonders wichtig, wenn der Schwerpunkt einer integrierten Zusammenarbeit bestimmt werden soll: erstens der Ausgangspunkt der Zusammenarbeit und zweitens der Grad der Integration der verschiedenen miteinander kombinierten Funktionen. Obwohl es nicht möglich ist, eine genaue und eindeutige Regel aufzustellen, die für alle Fälle und alle möglichen Kombinationen gilt, kann aufgrund der gesammelten Erfahrungen davon ausgegangen werden, dass in der Regel Folgendes gilt:
 - Der Schwerpunkt einer horizontalen Vereinbarung, die sowohl eine gemeinsame FuE als auch die gemeinsame Erstellung von Ergebnissen umfasst, wäre die gemeinsame FuE, falls es zu der gemeinsamen Produktion nur dann kommt, wenn die gemeinsame FuE erfolgreich verläuft. Dies bedeutet, dass die Ergebnisse der gemeinsamen FuE für die spätere gemeinsame Produktion maßgeblich sind. In diesem Fall sind die Orientierungshilfen im Kapitel über FuE-Vereinbarungen maßgebend. Das Ergebnis der Beurteilung des Schwerpunkts wäre anders, wenn die Parteien die gemeinsame Produktion in jedem Fall, d. h. unabhängig von der gemeinsamen FuE, durchgeführt hätten. Dies bedeutet, dass solche Vereinbarungen stattdessen als Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion zu bewerten sind und dass die Orientierungshilfen im Kapitel über Produktionsvereinbarungen maßgeblich sind. Sieht die Vereinbarung eine vollständige Integration im Bereich der Produktion und nur eine teilweise Integration einiger FuE-Tätigkeiten vor, würde der Schwerpunkt der Zusammenarbeit ebenfalls in der gemeinsamen Produktion liegen.
 - Auch bei einer Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit, die sowohl eine Spezialisierung als auch eine gemeinsame Vermarktung der Ergebnisse beinhaltet, liegt der Schwerpunkt in der Regel auf der Spezialisierung, da die

gemeinsame Vermarktung nur aufgrund der Zusammenarbeit bei der Spezialisierung erfolgt.

- Der Schwerpunkt einer Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit, die eine gemeinsame Produktion und eine gemeinsame Vermarktung der Produkte umfasst, liegt in der Regel auf der gemeinsamen Produktion, da die gemeinsame Vermarktung im Allgemeinen nur aufgrund der Zusammenarbeit bei der Haupttätigkeit der gemeinsamen Produktion erfolgt.
8. Der Schwerpunkt-Test gilt nur für die Beziehung zwischen den unterschiedlichen Kapiteln dieser Leitlinien, nicht aber für die Beziehung zwischen den verschiedenen Gruppenfreistellungsverordnungen. Der Anwendungsbereich einer Gruppenfreistellungsverordnung ergibt sich aus deren eigenen Bestimmungen. Siehe Kapitel 2 für Vereinbarungen, die unter die FuE-GVO fallen, und Kapitel 3 für Vereinbarungen, die unter die Spezialisierungs-GVO fallen.
9. Diese Leitlinien sind wie folgt gegliedert:
- Das erste Kapitel ist eine Einleitung, in der der Kontext dargelegt wird, in dem Artikel 101 auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit Anwendung findet. Dieses Kapitel enthält zudem Informationen über das Verhältnis zwischen diesen Leitlinien und anderen Rechtsvorschriften und Orientierungshilfen, die Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit betreffen.
 - Die Kapitel 2 bis 8 enthalten Orientierungshilfen zur Erleichterung der Selbstprüfung gemäß Artikel 101 für die gängigsten Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit. Kapitel 9 enthält zusätzliche Orientierungshilfen für den Fall, dass diese Vereinbarungen Nachhaltigkeitsziele verfolgen. Die Orientierungshilfen in den Kapiteln 2 bis 9 ergänzen die allgemeineren Orientierungshilfen in dieser Einleitung. Es wird daher empfohlen, immer zuerst die Einleitung zu lesen und sich dann mit den einzelnen Kapiteln zu befassen.

1.2. Anwendbarkeit des Artikels 101 auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit

1.2.1. Einleitung

10. Mit Artikel 101 soll unter anderem sichergestellt werden, dass Unternehmen Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit nicht zur Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs auf dem Markt und damit letztlich zum Nachteil der Verbraucher einsetzen.
11. Artikel 101 gilt für Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Ein Unternehmen ist jede Einheit aus persönlichen, materiellen und immateriellen Elementen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von ihrem rechtlichen Status und ihrer Finanzierungsform⁴. Eine Unternehmensvereinigung ist ein Zusammenschluss, in dem Unternehmen gleicher Art ihr Verhalten auf dem

⁴ Vgl. beispielsweise Urteil des Gerichtshofs vom 25. März 2021, Deutsche Telekom/Kommission, C-152/19 P, ECLI:EU:C:2021:238, Rn. 72 und die dort zitierte Rechtsprechung.

Markt koordinieren⁵. Diese Orientierungshilfen gelten für Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit zwischen Unternehmen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen.

12. Übt ein Unternehmen bestimmenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen aus, so bilden beide eine einzige wirtschaftliche Einheit und sind folglich Teil desselben Unternehmens⁶. Unternehmen, die zu demselben Unternehmen gehören, gelten im Sinne dieser Leitlinien nicht als Wettbewerber, selbst wenn sie auf denselben sachlich und räumlich relevanten Märkten tätig sind.
13. Für die Feststellung der Haftung für einen Verstoß gegen Artikel 101 Absatz 1 hat der Gerichtshof festgestellt, dass Muttergesellschaften und ihre Gemeinschaftsunternehmen eine wirtschaftliche Einheit und damit ein einziges Unternehmen in Bezug auf das Wettbewerbsrecht und den relevanten Markt bzw. die relevanten Märkte bilden, sofern nachgewiesen ist, dass die Muttergesellschaften eines Gemeinschaftsunternehmens einen bestimmenden Einfluss auf das Gemeinschaftsunternehmen ausüben⁷. Wenn also nachgewiesen wird, dass die Muttergesellschaften einen bestimmenden Einfluss auf das Gemeinschaftsunternehmen ausüben, wird die Kommission in der Regel Artikel 101 Absatz 1 nicht auf Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen zwischen der Muttergesellschaft bzw. den Muttergesellschaften und dem Gemeinschaftsunternehmen anwenden, die deren Tätigkeiten auf dem relevanten Markt bzw. den relevanten Märkten betreffen, auf dem bzw. denen das Gemeinschaftsunternehmen tätig ist. Dennoch wird die Kommission in der Regel Artikel 101 Absatz 1 auf folgende Vereinbarungen anwenden:
 - Vereinbarungen zwischen den Muttergesellschaften zur Gründung des Gemeinschaftsunternehmens,
 - Vereinbarungen zwischen den Muttergesellschaften, um den Tätigkeitsbereich des Gemeinschaftsunternehmens zu ändern,
 - Vereinbarungen zwischen den Muttergesellschaften und dem Gemeinschaftsunternehmen außerhalb des sachlichen und räumlichen Tätigkeitsbereichs des Gemeinschaftsunternehmens und
 - Vereinbarungen zwischen den Muttergesellschaften ohne Beteiligung des Gemeinschaftsunternehmens, selbst auf dem relevanten Markt, auf dem das Gemeinschaftsunternehmen tätig ist.

⁵ Im Sinne des Urteils des Gerichtshofs vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, Rn. 76, und der Schlussanträge des Generalstaatsanwalts Léger vom 10. Juli 2001, Wouters u. a., C-309/99, ECLI:EU:C:2001:390, Rn. 61.

⁶ Vgl. beispielsweise Urteil des Gerichtshofs vom 24. Oktober 1996, Viho/Kommission, C-73/95 P, ECLI:EU:C:1996:405, Rn. 51. Die Ausübung eines bestimmenden Einflusses der Muttergesellschaft auf das Verhalten einer Tochtergesellschaft kann vermutet werden, wenn es sich um eine 100%ige Tochtergesellschaft handelt oder wenn die Muttergesellschaft alle mit den Anteilen ihrer Tochtergesellschaft verbundenen Stimmrechte hält; vgl. beispielsweise Urteil des Gerichtshofs vom 10. September 2009, Akzo Nobel u. a./Kommission, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 60 und Urteil des Gerichtshofs vom 27. Januar 2021, The Goldman Sachs Group/Kommission, C-595/18 P, ECLI:EU:C:2021:73, Rn. 36.

⁷ Urteil des Gerichtshofs vom 26. September 2013, EI du Pont de Nemours/Kommission, C-172/12 P, ECLI:EU:C:2013:601, Rn. 47; Urteil des Gerichtshofs vom 14. September 2017, LG Electronics/Kommission, C-588/15 P und C-622/15 P, ECLI:EU:C:2017:679, Rn. 71 und 76.

14. Dass ein Gemeinschaftsunternehmen und seine Muttergesellschaften auf einem bestimmten Markt als Teil desselben Unternehmens angesehen werden, hindert die Muttergesellschaften aber nicht daran, auf allen anderen Märkten unabhängig zu bleiben.⁸
15. Damit Artikel 101 auf eine horizontale Zusammenarbeit Anwendung findet, muss eine Form der Koordinierung zwischen Wettbewerbern vorliegen, d. h. eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder eine abgestimmte Verhaltensweise.

*Die horizontale Zusammenarbeit kann in Form **einer Vereinbarung** erfolgen, mit der zwei oder mehr Unternehmen ihren übereinstimmenden Willen zur Zusammenarbeit bekunden⁹. Eine **abgestimmte Verhaltensweise** ist eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen, bei der sie keine Vereinbarung getroffen haben, sondern wissentlich die Risiken des Wettbewerbs durch praktische Zusammenarbeit ersetzen¹⁰. Der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise setzt über die Abstimmung zwischen den betroffenen Unternehmen hinaus ein dieser entsprechendes Marktverhalten und einen Kausalzusammenhang zwischen beiden voraus¹¹.*

16. Das Vorliegen einer Vereinbarung, einer abgestimmten Verhaltensweise oder eines Beschlusses einer Unternehmensvereinigung ist für sich genommen noch kein Hinweis auf eine Einschränkung des Wettbewerbs im Sinne des Artikels 101 Absatz 1. Zur einfacheren Bezugnahme schließt der Begriff „Vereinbarung“ in diesen Leitlinien, sofern nicht anders angegeben, auch abgestimmte Verhaltensweisen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen ein.
17. Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit können zwischen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbern geschlossen werden. Zwei Unternehmen gelten als tatsächliche Wettbewerber, wenn sie auf demselben sachlich und räumlich relevanten Markt tätig sind. Ein Unternehmen gilt als potenzieller Wettbewerber eines anderen Unternehmens, wenn wahrscheinlich ist, dass es ohne die Vereinbarung innerhalb kurzer Zeit¹² 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. Dieser Einschätzung müssen

⁸ Urteil des Gerichtshofs vom 14. September 2017, LG Electronics/Kommission, C-588/15 P und C-622/15 P, ECLI:EU:C:2017:679, Rn. 79.

⁹ Vgl. beispielsweise Urteil des Gerichtshofs vom 13. Juli 2006, Kommission/Volkswagen, C-74/04 P, ECLI:EU:C:2006:460, Rn. 37.

¹⁰ Vgl. beispielsweise Urteil des Gerichtshofs vom 4. Juni 2009, T-Mobile Netherlands u. a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 26 und Urteil des Gerichtshofs vom 31. März 1993, Ahlström Osakeyhtiö u. a./Kommission, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 und C-125/85 bis C-129/85, ECLI:EU:C:1993:120, Rn. 63.

¹¹ Urteil des Gerichtshofs vom 19. März 2015, Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, Rn. 126 und die dort angeführte Rechtsprechung.

¹² Was unter „kurzer Zeit“ zu verstehen ist, hängt vom rechtlichen und wirtschaftlichen Kontext und von der Sachlage im konkreten Fall ab, insbesondere davon, ob das betreffende Unternehmen Partei einer Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit ist oder ob es sich um einen Dritten handelt. Wenn geprüft wird, ob die Partei einer Vereinbarung als potenzieller Wettbewerber oder als Dritter anzusehen ist, würde die Kommission normalerweise unter „kurzer Zeit“ einen längeren Zeitraum fassen, als wenn geprüft wird, inwieweit ein Dritter Wettbewerbsdruck auf die Parteien einer Vereinbarung ausüben kann. Damit ein Dritter als potenzieller Wettbewerber gelten kann, müsste der Marktzutritt so rasch geschehen, dass die Aussicht auf einen potenziellen Marktzutritt das Verhalten der Parteien der Vereinbarung und anderer Marktteilnehmer beeinflusst. Aus diesen Gründen gilt nach der FuE-GVO und der Spezialisierungs-GVO ein Zeitraum von höchstens drei Jahren als „kurze Zeit“.

realistische Erwägungen zugrunde liegen; die rein theoretische Möglichkeit eines Marktzutritts reicht hierzu nicht aus¹³. Wenn in diesen Leitlinien von Wettbewerbern die Rede ist, sind, sofern nicht anders angegeben, sowohl tatsächliche als auch potenzielle Wettbewerber gemeint.

Für die Beurteilung der Frage, ob ein Unternehmen als potenzieller Wettbewerber eines anderen Unternehmens angesehen werden kann, können die folgenden Erwägungen von Bedeutung sein:

- *die Frage, ob das Unternehmen die feste Absicht und die Fähigkeit hat, innerhalb kurzer Zeit in den Markt einzutreten und nicht auf unüberwindbare Hindernisse für den Eintritt stößt¹⁴,*
- *die Frage, ob das Unternehmen ausreichende Vorbereitungsmaßnahmen getroffen hat, um in den betreffenden Markt eintreten zu können,*
- *die realen und konkreten Möglichkeiten des noch nicht tätigen Unternehmens, in diesen Markt einzutreten und mit einem oder mehreren anderen Unternehmen zu konkurrieren – die rein theoretische Möglichkeit, in einen Markt einzutreten, reicht nicht aus –,*
- *die Struktur des Marktes und der wirtschaftliche und rechtliche Rahmen, in dem er sich bewegt,*
- *die Wahrnehmung des etablierten Unternehmens, die einen Faktor darstellt, der für die Beurteilung des Bestehens eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen diesem und einem marktfremden Unternehmen von Bedeutung ist, da dieses, wenn es als potenzieller Marktteilnehmer wahrgenommen wird, allein durch seine Existenz einen Wettbewerbsdruck auf den auf diesem Markt etablierten Betreiber ausüben kann,*
- *der Abschluss einer Vereinbarung zwischen mehreren Unternehmen, die auf derselben Ebene der Produktionskette tätig sind und von denen einige auf dem betreffenden Markt nicht vertreten waren¹⁵.*

1.2.2. Analytischer Rahmen

18. 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 geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt oder tatsächliche bzw. potenzielle¹⁶ wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat.
19. Nach Artikel 101 Absatz 3 werden dann in einem zweiten Schritt, der nur erfolgt, wenn festgestellt wurde, dass eine Vereinbarung im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 wettbewerbsbeschränkend ist, die wettbewerbsfördernden Auswirkungen dieser

¹³ Urteil vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 37 und 38.

¹⁴ Das Vorhandensein eines Patents kann als solches nicht als unüberwindbares Hindernis angesehen werden. Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 25. März 2021, Lundbeck/Kommission, C-591/16 P, ECLI:EU:C:2021:243, Rn. 38 und 58–59.

¹⁵ Vgl. beispielsweise Urteil des Gerichtshofs vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 36–58.

¹⁶ Artikel 101 Absatz 1 verbietet sowohl tatsächliche als auch potenzielle wettbewerbswidrige Auswirkungen; vgl. beispielsweise Urteil des Gerichtshofs vom 28. Mai 1998, Deere/Kommission, C-7/95 P, ECLI:EU:C:1998:256, Rn. 77 und Urteil des Gerichtshofs vom 23. November 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 50.

Vereinbarung ermittelt, die zudem darauf geprüft werden, ob sie gegebenenfalls die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen¹⁷. Diese Abwägungsprüfung erfolgt ausschließlich in dem von Artikel 101 Absatz 3 gesteckten Rahmen¹⁸. Wenn die wettbewerbsfördernden Auswirkungen die wettbewerbsbeschränkenden nicht überwiegen, ist die betreffende Vereinbarung nach Artikel 101 Absatz 2 automatisch nichtig.

20. Artikel 101 gilt nicht, wenn das wettbewerbswidrige Verhalten von Unternehmen entweder durch nationale Rechtsvorschriften oder durch einen nationalen Rechtsrahmen vorgeschrieben ist, der jeglichen Spielraum für Wettbewerbstätigkeiten der beteiligten Unternehmen ausschließt¹⁹. In solchen Situationen ist es den Unternehmen untersagt, eigenständige Verhaltensweisen an den Tag zu legen, die den Wettbewerb verhindern, einschränken oder verfälschen könnten²⁰. Der Umstand, dass Behörden eine Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit gutheißen, bedeutet nicht, dass sie nach Artikel 101 zulässig ist²¹. Diese Unternehmen bleiben weiterhin Artikel 101 unterworfen, wenn ein nationales Gesetz sich darauf beschränkt, selbstständige wettbewerbswidrige Verhaltensweisen der Unternehmen zu veranlassen oder zu erleichtern. In bestimmten Fällen werden Unternehmen von staatlicher Seite ermutigt, horizontale Vereinbarungen zu schließen, um im Wege der Selbstregulierung ein staatspolitisches Ziel zu erreichen.

1.2.3. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1

1.2.3.1. Wichtigste wettbewerbsrechtliche Bedenken im Zusammenhang mit der horizontalen Zusammenarbeit

21. Horizontale Vereinbarungen können erheblichen wirtschaftlichen Nutzen bringen, auch im Hinblick auf die Nachhaltigkeit, 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. Ebenso kann die horizontale Zusammenarbeit ein Mittel sein, um Engpässe und Unterbrechungen in den Lieferketten zu beheben oder die Abhängigkeit von bestimmten Produkten, Dienstleistungen und Technologien zu verringern.
22. Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit können den Wettbewerb allerdings auch in unterschiedlicher Weise beschränken. Die Vereinbarung kann z. B.

¹⁷ Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 6. Oktober 2009, GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission u. a., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610, Rn. 95.

¹⁸ Vgl. Urteil des Gerichts vom 23. Oktober 2003, Van den Bergh Foods/Kommission, T-65/98, Slg. 2003 II-04653, ECLI:EU:T:2003:281, Rn. 107; Urteil des Gerichts vom 18. September 2001, M6 u. a./Kommission, T-112/99, Slg. 2001 II-02459, ECLI:EU:T:2001:215, Rn. 74; Urteil des Gerichts vom 2. Mai 2006, O2 (Germany)/Kommission, T-328/03, Slg. 2006 II-01231, ECLI:EU:T:2006:116, Rn. 69 ff.

¹⁹ Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 14. Oktober 2010, Deutsche Telekom/Kommission, C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rn. 80 und 81. Diese Möglichkeit wurde eng ausgelegt; vgl. beispielsweise Urteil des Gerichtshofs vom 29. Oktober 1980, Van Landewyck/Kommission, verbundene Rechtssachen 209 bis 215 und 218/78, ECLI:EU:C:1980:248, Rn. 130–134; Urteil des Gerichtshofs vom 11. November 1997, Kommission und Frankreich/Ladbroke Racing, C-359/95 P und C-379/95 P, ECLI:EU:C:1997:531, Rn. 33 ff.

²⁰ Urteil des Gerichtshofs vom 9. September 2003, CIF, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430, Rn. 54 ff.

²¹ Vgl. beispielsweise Urteil des Gerichts vom 13. Dezember 2006, FNCBV bzw. FNSEA u. a./Kommission, T-217/03 und T-245/03, ECLI:EU:T:2006:391, Rn. 92.

zu einem Wettbewerbsverlust auf dem relevanten Markt führen, das Risiko von Absprachen zwischen den Parteien bergen oder Anlass zu Bedenken hinsichtlich einer wettbewerbswidrigen Marktabstottung geben.

1.2.3.2. Wettbewerbsverlust auf dem relevanten Markt

23. Eine mögliche Folge von Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit ist, dass der Wettbewerb zwischen den Parteien der Vereinbarung zurückgeht. Die Wettbewerber können sich die Tatsache, dass der Wettbewerbsdruck aufgrund der Vereinbarung abnimmt, zunutze machen und möglicherweise gewinnbringend ihre Preise erhöhen oder die anderen Wettbewerbsparameter auf dem Markt beeinträchtigen.
24. Für die wettbewerbsrechtliche Würdigung der Vereinbarung ist es von Bedeutung, ob
- die Parteien der Vereinbarung hohe Marktanteile haben,
 - sie tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber sind,
 - die Möglichkeiten der Kunden für einen Anbieterwechsel ausreichen,
 - es wahrscheinlich ist, dass Wettbewerber im Falle einer Preissteigerung ihr Angebot erweitern,
 - eine der Parteien der Vereinbarung ein wichtiger Wettbewerber ist.

1.2.3.3. Kollusionsrisiko

25. Eine Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit kann ferner die Entscheidungsfreiheit der Parteien verringern und damit die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass sie ihr Verhalten koordinieren, um ein Kollusionsergebnis zu erzielen. Sie kann aber auch die Koordinierung für Parteien, die sich bereits vorher abgestimmt haben, einfacher, stabiler oder effektiver machen, indem sie entweder die Koordinierung stärkt oder es ihnen ermöglicht, noch höhere Preise zu erzielen. Horizontale Zusammenarbeit kann beispielsweise zur Offenlegung strategischer Informationen führen und damit die Wahrscheinlichkeit einer Koordinierung zwischen den Parteien innerhalb oder außerhalb des Bereichs der Zusammenarbeit erhöhen. Darüber hinaus können Parteien eine erhebliche Angleichung der Kosten (d. h. des Anteils der für alle Parteien anfallenden variablen Kosten) erzielen, sodass sie die Marktpreise und ihre Produktion einfacher koordinieren können.
26. Für die wettbewerbsrechtliche Würdigung der Vereinbarung ist es von Bedeutung, ob
- die Parteien der Vereinbarung hohe Marktanteile haben,
 - sie tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber sind,
 - die Marktmerkmale die Koordinierung begünstigen,
 - auf den Bereich der Zusammenarbeit ein hoher Anteil der variablen Kosten der Parteien in einem bestimmten Markt entfällt,
 - die Parteien ihre Anstrengungen in dem Bereich der Zusammenarbeit in einem erheblichen Umfang zusammenlegen. Dies wäre zum Beispiel der Fall, wenn sie ein wichtiges Zwischenprodukt gemeinsam herstellen oder einkaufen oder einen Großteil ihrer Gesamtproduktion eines Endprodukts gemeinsam herstellen oder vertreiben.

1.2.3.4. Marktabschottung

27. Einige Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit, zum Beispiel Produktionsvereinbarungen oder Normenvereinbarungen, können auch Anlass zu Bedenken wegen möglicher wettbewerbswidriger Marktabschottung gegenüber Wettbewerbern geben. Mit wettbewerbswidrigen Mitteln würden die Wettbewerber dann an einem wirksamen Wettbewerb gehindert, indem ihnen beispielsweise der Zugang zu einem wichtigen Marktsegment verwehrt oder ein wichtiger Marktzugang blockiert wird. Der Austausch sensibler Geschäftsinformationen oder -daten kann ferner dazu führen, dass nicht am Informationsaustausch beteiligte Wettbewerber wettbewerbsmäßig deutlich schlechtergestellt sind als die beteiligten Unternehmen.

1.2.4. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen

28. Bestimmte Formen der Zusammenarbeit zwischen Unternehmen können ihrem Wesen nach als schädlich für das ordnungsgemäße Funktionieren des normalen Wettbewerbs angesehen werden²². In solchen Fällen ist es nicht erforderlich, die tatsächlichen oder potenziellen Auswirkungen des Verhaltens auf den Markt zu prüfen, sobald sein wettbewerbswidriger Zweck festgestellt worden ist²³.
29. Für eine Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit reicht es bereits aus, wenn die abgestimmte Verhaltensweise das *Potenzial* hat, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu entfalten. Mit anderen Worten muss die Vereinbarung lediglich konkret, unter Berücksichtigung ihres jeweiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs, geeignet sein, zu einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts zu führen²⁴.
30. Um festzustellen, dass eine Vereinbarung einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt, muss kein direkter Zusammenhang zwischen der Vereinbarung und den Verbraucherpreisen bestehen²⁵. Mit Artikel 101 sollen nicht nur die unmittelbaren Interessen einzelner Wettbewerber oder Verbraucher geschützt werden, sondern auch die Marktstruktur und damit der Wettbewerb als solcher²⁶.
31. Der Begriff der „bezweckten“ Wettbewerbsbeschränkung kann auf Verhaltensweisen angewandt werden, bei denen nach einer individuellen und eingehenden Prüfung nachgewiesen wird, dass sie den Wettbewerb in ausreichendem Maße beeinträchtigen²⁷.

²² Vgl. beispielsweise Urteil des Gerichtshofs vom 11. September 2014, CB/Kommission, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 49 und 50.

²³ Vgl. beispielsweise Urteil des Gerichtshofs vom 6. Oktober 2009, GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission u. a., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610, Rn. 55; Urteil des Gerichtshofs vom 20. November 2008, Beef Industry Development Society und Barry Brothers, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643, Rn. 16; Urteil des Gerichtshofs vom 4. Juni 2009, T-Mobile Netherlands u. a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 29 ff.; Urteil des Gerichtshofs vom 28. Mai 1998, Deere/Kommission, C-7/95 P, ECLI:EU:C:1998:256, Rn. 77.

²⁴ Urteil des Gerichtshofs vom 4. Juni 2009, T-Mobile Netherlands u. a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 31.

²⁵ Der Preis ist einer der Wettbewerbsparameter, neben Parametern wie Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt oder Innovation.

²⁶ Urteil des Gerichtshofs vom 4. Juni 2009, T-Mobile Netherlands u. a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 38 und 39; Urteil des Gerichtshofs vom 19. März 2015, Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, Rn. 125.

²⁷ Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 25. März 2021, Sun Pharmaceutical Industries und Ranbaxy (UK)/Kommission, C-586/16 P, ECLI:EU:C:2021:241, Rn. 86.

32. Um zu beurteilen, ob eine Vereinbarung einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt, werden die folgenden Merkmale berücksichtigt:
- der Inhalt der Vereinbarung,
 - die Ziele, die sie zu erreichen sucht,
 - der wirtschaftliche und rechtliche Kontext, in den sie eingebettet ist.
33. Bei der Festlegung dieses rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmens muss ferner Folgendes berücksichtigt werden²⁸:
- die Art der betroffenen Waren oder Dienstleistungen,
 - die tatsächlichen Bedingungen für das Funktionieren und die Struktur des betreffenden Marktes oder der betreffenden Märkte²⁹.
34. Wenn die Parteien mögliche wettbewerbsfördernde Auswirkungen der Vereinbarung anführen, die nicht nur nachgewiesen und relevant, sondern auch spezifisch mit der betreffenden Vereinbarung zusammenhängen und hinreichend bedeutend sein müssen, wird die Kommission dies gebührend berücksichtigen³⁰.
35. Die *Absicht* der Parteien ist kein ausschlaggebender Aspekt bei der Ermittlung, ob eine Vereinbarung einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt, sie kann jedoch in Betracht gezogen werden³¹.

1.2.5. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen

36. Eine Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit, die für sich genommen keine ausreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt, kann dennoch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben. Eine Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit hat dann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen, wenn sie eine tatsächliche oder wahrscheinliche spürbare negative Auswirkung auf mindestens einen Wettbewerbsparameter des Marktes (zum Beispiel Preis, Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt, Innovation) hat. Um festzustellen, ob dies der Fall ist, muss der Wettbewerb in dem konkreten Zusammenhang beurteilt werden, in dem er stattfinden würde, wenn es diese Vereinbarung nicht gegeben hätte³². Vereinbarungen können beschränkende

²⁸ Bei Vereinbarungen, die der Europäische Gerichtshof bereits als besonders schwerwiegende Verstöße gegen die Wettbewerbsvorschriften eingestuft hat, kann die Analyse des rechtlichen und wirtschaftlichen Kontextes auf das beschränkt werden, was unbedingt erforderlich ist, um das Vorliegen einer bezweckten Beschränkung festzustellen, vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 20. Januar 2016, Toshiba Corporation/Kommission, C-373/14 P, ECLI:EU:C:2016:26, Rn. 29.

²⁹ Vgl. ferner Urteil des Gerichtshofs vom 11. September 2014, CB/Kommission, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 53; Urteil des Gerichtshofs vom 19. März 2015, Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, Rn. 117; Urteil des Gerichtshofs vom 2. April 2020, Budapest Bank u. a., C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265, Rn. 51.

³⁰ Urteil des Gerichtshofs vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 103–107.

³¹ Vgl. beispielsweise Urteil des Gerichtshofs vom 14. März 2013, Allianz Hungária Biztosító u. a., C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160, Rn. 37; Urteil des Gerichtshofs vom 11. September 2014, CB/Kommission, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 54; Urteil des Gerichtshofs vom 19. März 2015, Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, Rn. 118.

³² Urteil des Gerichtshofs vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 118; Urteil des Gerichts vom 12. Dezember 2018, Krka/Kommission, T-684/14, ECLI:EU:T:2018:918, Rn. 315; Urteil des Gerichtshofs vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, Rn. 166.

Auswirkungen haben, wenn sie den Wettbewerb zwischen den an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen oder zwischen einer der Parteien und Dritten spürbar verringern³³.

37. Um zu beurteilen, ob eine Vereinbarung beschränkende Auswirkungen hat, sind die folgenden Merkmale von Bedeutung:
- Art und Inhalt der Vereinbarung,
 - der tatsächliche Kontext, in dem die Zusammenarbeit stattfindet, insbesondere der wirtschaftliche und rechtliche Rahmen, in dem die beteiligten Unternehmen tätig sind, die Art der betroffenen Waren oder Dienstleistungen sowie die tatsächlichen Bedingungen für das Funktionieren und die Struktur des betreffenden Marktes oder der betreffenden Märkte³⁴,
 - die Frage, 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 auszunutzen³⁵,
 - die Feststellung, dass die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen tatsächlich oder potenziell sein können, sie aber in jedem Fall hinreichend spürbar sein müssen³⁶.
38. Es kommt vor, dass Unternehmen Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit schließen, weil sie das Projekt oder die Tätigkeit, das oder die Gegenstand der Zusammenarbeit ist, aufgrund objektiver Faktoren, z. B. wegen der begrenzten technischen Möglichkeiten der Parteien, nicht selbstständig durchführen können. Solche Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit haben in der Regel keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1, es sei denn, die Parteien hätten das Projekt auch mit weniger strengen Beschränkungen durchführen können³⁷.

1.2.6. Nebenabreden

39. Eine Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit, die mit Artikel 101 Absatz 1 vereinbar ist, kann die wirtschaftliche Unabhängigkeit der Parteien der Vereinbarung dennoch einschränken. Eine solche sogenannte „Nebenabrede“ kann für sich genommen ebenfalls mit Artikel 101 Absatz 1 vereinbar sein, wenn sie für die Durchführung der Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit objektiv erforderlich ist und in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen der

³³ Urteil des Gerichtshofs vom 28. Mai 1998, Deere/Kommission, C-7/95 P, ECLI:EU:C:1998:256, Rn. 88; Urteil des Gerichtshofs vom 23. November 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 51.

³⁴ Urteil des Gerichtshofs vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 116 und die dort angeführte Rechtsprechung.

³⁵ 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. Für die Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen Artikel 101 Absatz 1 muss in der Regel ein geringeres Maß an Marktmacht vorliegen als für die Feststellung der Marktbeherrschung im Sinne des Artikels 102, bei der ein erhebliches Maß an Marktmacht erforderlich ist.

³⁶ Urteil des Gerichtshofs vom 11. September 2014, CB/Kommission, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 52.

³⁷ Vgl. ferner Rn. 18 der Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (ABl. C 101 vom 27.4.2004, S. 97).

Vereinbarung steht³⁸. In solchen Fällen ist zu prüfen, ob die Vereinbarung ohne die betreffende Beschränkung nicht durchführbar wäre³⁹. Die Tatsache, dass das Vorhaben oder die Tätigkeit, um die es geht, ohne die betreffende Beschränkung nur schwieriger durchzuführen oder weniger rentabel ist, macht diese Beschränkung nicht „objektiv notwendig“ und damit akzessorisch⁴⁰.

1.2.7. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3

40. Die Prüfung bezweckter oder bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen nach Artikel 101 Absatz 1 ist lediglich eine Seite der Untersuchung. Die andere Seite, die sich in Artikel 101 Absatz 3 widerspiegelt, ist die Prüfung der wettbewerbsfördernden Auswirkungen wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen⁴¹. Wird im Einzelfall eine bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 nachgewiesen, kann Artikel 101 Absatz 3 geltend gemacht werden. Nach Artikel 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln⁴² 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 ist⁴³.
41. 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 Produktion bzw. des Vertriebs 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.
 - Verbraucher müssen in angemessener Weise an den erwachsenden Vorteilen beteiligt werden, d. h., die durch die unerlässlichen Beschränkungen erreichten Effizienzgewinne einschließlich der qualitativen Effizienzgewinne müssen in ausreichendem Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, damit diese

³⁸ Urteil des Gerichtshofs vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, Rn. 89; Urteil des Gerichtshofs vom 11. Juli 1985, Remia/Kommission, C-42/84, ECLI:EU:C:1985:327, Rn. 19 und 20; Urteil des Gerichtshofs vom 28. Januar 1986, Pronuptia, C-161/84, ECLI:EU:C:1986:41, Rn. 15–17; Urteil des Gerichtshofs vom 15. Dezember 1994, Gøtttrup-Klim u. a. Grovvareforeninger/Dansk Landbrugs Grovvarereselskab, C-250/92, ECLI:EU:C:1994:413, Rn. 35; Urteil des Gerichtshofs vom 12. Dezember 1995, Oude Luttikhuis u. a./Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco, C-399/93, ECLI:EU:C:1995:434, Rn. 12–15.

³⁹ Urteil des Gerichtshofs vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, Rn. 91.

⁴⁰ Urteil des Gerichtshofs vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, Rn. 91.

⁴¹ Die allgemeine Vorgehensweise für die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 wird in den Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (ABl. C 101 vom 27.4.2004, S. 97) dargelegt.

⁴² ABl. L 1 vom 4.1.2003, S. 1.

⁴³ Vgl. beispielsweise Urteil des Gerichtshofs vom 6. Oktober 2009, GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission u. a., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610, Rn. 93–95.

zumindest für die beschränkenden Wirkungen der Vereinbarung entschädigt 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 Vereinbarung⁴⁴.

- Die Vereinbarung eröffnet den Parteien nicht die Möglichkeit, für einen wesentlichen Teil der betroffenen Produkte den Wettbewerb auszuschalten.

42. Die FuE-GVO und die Spezialisierungs-GVO stützen sich auf Artikel 101 Absatz 3. Sie basieren auf der Annahme, dass aus der Zusammenlegung komplementärer Fähigkeiten oder Vermögenswerte im Rahmen von FuE- oder Spezialisierungs-Vereinbarungen erhebliche Effizienzgewinne erzielt 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 des Artikels 101 Absatz 3 erfüllen.

Aus horizontalen Vereinbarungen können sich in verschiedener Weise Komplementaritäten ergeben. Eine FuE-Vereinbarung kann unterschiedliche Forschungskapazitäten zusammenführen und komplementäre Fähigkeiten und Vermögenswerte kombinieren, was dazu führen kann, dass bessere oder neue Produkte und Technologien entwickelt und vermarktet werden, als dies sonst der Fall wäre. Andere Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit können es den Parteien ermöglichen, ihre Kräfte zu bündeln, um Produkte zu entwerfen, zu produzieren und zu vermarkten oder gemeinsam Produkte oder Dienstleistungen einzukaufen, die sie für ihre Tätigkeit benötigen.

43. 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, zum Beispiel indem bestimmte Fixkosten vermieden werden. Allerdings ist es generell weniger wahrscheinlich, dass bei den Fixkosten Einsparungen an die Verbraucher weitergegeben werden als bei den variablen oder den Grenzkosten.

1.2.8. Grundsätzlich nicht unter Artikel 101 Absatz 1 fallende Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit

44. Vereinbarungen, die nicht geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen (keine Auswirkung auf den Handel) oder die keine spürbare Einschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken (De-minimis-Vereinbarungen), fallen nicht unter Artikel 101 Absatz 1⁴⁵. Die Kommission hat in ihren Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags (im Folgenden „Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des Handels“)⁴⁶ Orientierungshilfen für die Feststellung

⁴⁴ Nähere Einzelheiten zum Begriff des Verbrauchers finden sich in Randnummer 84 der Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (ABl. C 101 vom 27.4.2004, S. 97).

⁴⁵ Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 13. Dezember 2012, Expedia, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, Rn. 16 und 17 und die dort angeführte Rechtsprechung.

⁴⁶ ABl. C 101 vom 27.4.2004, S. 81.

des Nichtvorliegens von Auswirkungen auf den Handel und in ihrer Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (im Folgenden „De-minimis-Bekanntmachung“)⁴⁷ Erläuterungen zu De-minimis-Vereinbarungen gegeben. Die vorliegenden Leitlinien lassen die Anwendung der Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des Handels und der De-minimis-Bekanntmachung sowie künftiger diesbezüglicher Leitlinien der Kommission unberührt.

45. In den Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des Handels sind die Grundsätze dargelegt, die von den Gerichten der Union in Bezug auf die Auslegung des Begriffs der Beeinträchtigung des Handels entwickelt wurden, und es wird angegeben, wann Vereinbarungen nicht geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen. Sie beinhalten eine widerlegbare Negativvermutung, die für alle Vereinbarungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1, unabhängig von der Art der darin enthaltenen Beschränkungen, gilt und somit auch auf Vereinbarungen, die Kernbeschränkungen enthalten, anzuwenden ist⁴⁸. Nach dieser Vermutung sind Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit grundsätzlich nicht geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen, wenn
- der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf keinem von der Vereinbarung betroffenen relevanten Markt innerhalb der Union 5 % überschreitet und
 - der gesamte Jahresumsatz der betreffenden Unternehmen in der Union mit den von der Vereinbarung erfassten Produkten 40 Mio. EUR nicht überschreitet⁴⁹.
 - Bei Vereinbarungen über den gemeinsamen Einkauf von Waren gilt als relevanter Umsatz der gemeinsame Einkauf der von der Vereinbarung erfassten Produkte durch die Parteien. Die Kommission kann die Vermutung widerlegen, falls eine Prüfung der Merkmale der Vereinbarung und des wirtschaftlichen Zusammenhangs das Gegenteil beweist.
46. Wie in der De-minimis-Bekanntmachung dargelegt, schränken Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit zwischen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbern den Wettbewerb nicht spürbar im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 ein, wenn der gesamte von den beteiligten Unternehmen gehaltene Marktanteil auf keinem der von der Vereinbarung betroffenen relevanten Märkte 10 % überschreitet⁵⁰. Zu dieser allgemeinen Regel gibt es zwei Ausnahmen. Erstens gilt Artikel 101 Absatz 1 im Fall von Kernbeschränkungen unabhängig von den Marktanteilen der beteiligten Unternehmen⁵¹. Denn eine Vereinbarung, die geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, und die einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt, kann ihrer Natur nach und unabhängig von konkreten Auswirkungen eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung darstellen⁵².

⁴⁷ ABl. C 291 vom 30.8.2014, S. 1.

⁴⁸ Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des Handels, Rn. 50.

⁴⁹ Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des Handels, Rn. 52.

⁵⁰ De-minimis-Bekanntmachung, Rn. 8.

⁵¹ Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 9. Juli 1969, Völk/Vervaecke, C-5/69, ECLI:EU:C:1969:35; Urteil des Gerichtshofs vom 6. Mai 1971, Cadillon/Höss, C-1/71, ECLI:EU:C:1971:47; Urteil des Gerichtshofs vom 28. April 1998, Javico/Yves Saint Laurent Parfums, C-306/96, ECLI:EU:C:1998:173, Rn. 16 und 17.

⁵² Urteil des Gerichtshofs vom 13. Dezember 2012, Expedia, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, Rn. 37.

Zweitens wird der Marktanteilsschwellenwert von 10 % auf 5 % herabgesetzt, wenn der Wettbewerb auf einem relevanten Markt durch die kumulative Wirkung von nebeneinander bestehenden Netzen von Vereinbarungen beschränkt wird⁵³.

47. Es wird außerdem nicht davon ausgegangen, dass horizontale Vereinbarungen, die von Unternehmen geschlossen werden, von denen eines oder mehrere einen einzelnen Marktanteil haben, der 10 % überschreitet, automatisch unter Artikel 101 Absatz 1 fallen. Auch solche Vereinbarungen haben unter Umständen keine spürbaren Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten bzw. stellen möglicherweise keine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs dar⁵⁴. Sie sind deshalb in ihrem rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang zu prüfen. Diese Leitlinien enthalten Kriterien für die Einzelfallprüfung solcher Vereinbarungen.

1.3. Verhältnis zu anderen Leitlinien und Rechtsvorschriften

48. Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die auf unterschiedlichen Ebenen der Produktions- oder Vertriebskette tätig sind, d. h. vertikale Vereinbarungen, werden grundsätzlich in der Verordnung (EU) Nr. .../2022 der Kommission vom XX. April 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen⁵⁵ (im Folgenden „Verordnung (EU) Nr. .../2022“ oder „Vertikal-GVO“) und in der Mitteilung der Kommission – Bekanntmachung der Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen (im Folgenden „Vertikal-Leitlinien“)⁵⁶ behandelt. Vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, zum Beispiel Vertriebsvereinbarungen, können jedoch ähnliche Auswirkungen auf den Markt haben und ähnliche Wettbewerbsprobleme aufwerfen wie horizontale Vereinbarungen. Sie fallen deshalb unter diese Leitlinien⁵⁷. Sollte es notwendig sein, solche Vereinbarungen auch nach der Vertikal-GVO und den Vertikal-Leitlinien zu prüfen, wird dies im jeweiligen Kapitel dieser Leitlinien ausdrücklich festgelegt. Andernfalls sind nur diese Leitlinien auf vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern anwendbar.
49. Wenn sich diese Leitlinien auf den relevanten Markt beziehen, enthält die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Union (im Folgenden „Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes“) Orientierungshilfen zu den Regeln, Kriterien und Beweismitteln, die die Kommission bei der Abgrenzung des betroffenen Marktes anwendet⁵⁸. Daher sollte der relevante Markt für die Zwecke der Anwendung des Artikels 101 auf Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit auf der Grundlage

⁵³ De-minimis-Bekanntmachung, Rn. 10.

⁵⁴ Siehe Urteil des Gerichts vom 8. Juni 1995, Langnese-Iglo/Kommission, T-7/93, ECLI:EU:T:1995:98, Rn. 98.

⁵⁵ [...]

⁵⁶ [...]

⁵⁷ 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 nach der Vertikal-GVO und den Vertikal-Leitlinien geprüft (siehe Artikel 2 Absatz 4 der Vertikal-GVO).

⁵⁸ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (ABl. C 372 vom 9.12.1997, S. 5).

dieser Orientierungshilfen und etwaiger zukünftiger Erläuterungen zur Abgrenzung der relevanten Märkte im Sinne des Wettbewerbsrechts der Union abgegrenzt werden.

50. 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 des Gerichtshofs der Europäischen Union ein Kartell darstellt und was nicht.
51. Diese Leitlinien gelten für die üblichsten Formen von Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit ungeachtet des durch sie bewirkten Integrationsgrads; sie gelten nicht für Vorgänge, die einen Zusammenschluss im Sinne des Artikels 3 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen⁵⁹ (im Folgenden „Fusionskontrollverordnung“) darstellen, wie zum Beispiel ein Gemeinschaftsunternehmen, das auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (im Folgenden „Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen“)⁶⁰.
52. Diese Leitlinien gelten nicht für Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Erzeugern landwirtschaftlicher Erzeugnisse, die sich auf die Produktion von oder den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen beziehen und die darauf abzielen, einen höheren Nachhaltigkeitsstandard als den nach Unionsrecht oder nationalem Recht vorgeschriebenen anzuwenden, und die gemäß Artikel 210a der Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse von Artikel 101 Absatz 1 ausgenommen sind⁶¹. Diese Leitlinien gelten unbeschadet der Leitlinien, die die Kommission gemäß Artikel 210a Absatz 5 der vorgenannten Verordnung erlassen wird. Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Erzeugern landwirtschaftlicher Erzeugnisse, die sich auf die Produktion von oder den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen beziehen und die die Voraussetzungen des Artikels 210a der genannten Verordnung nicht erfüllen, unterliegen jedoch Artikel 101 Absatz 1.

⁵⁹ ABl. L 24 vom 29.1.2004, S. 1.

⁶⁰ Vgl. Artikel 3 Absatz 4 der Fusionskontrollverordnung. Um zu beurteilen, ob es sich um ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen handelt, prüft die Kommission, ob das Gemeinschaftsunternehmen in operativer Hinsicht selbstständig ist. Das bedeutet nicht, dass es unabhängig von seinen Muttergesellschaften strategische Entscheidungen treffen könnte (siehe Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. C 95 vom 16.4.2008, S. 1, Randnummern 91–109) (im Folgenden „Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen“)). Wenn die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, die einen Zusammenschluss im Sinne des Artikels 3 der Fusionskontrollverordnung darstellt, eine Abstimmung des Wettbewerbsverhaltens von weiterhin unabhängigen Unternehmen bezweckt oder bewirkt, so wird diese Abstimmung nach Artikel 101 (Vgl. Artikel 2 Absatz 4 der Fusionskontrollverordnung) geprüft.

⁶¹ Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2013 über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 922/72, (EWG) Nr. 234/79, (EG) Nr. 1037/2001 und (EG) Nr. 1234/2007 (ABl. L 347 vom 20.12.2013, S. 671) in der durch die Verordnung (EU) 2021/2117 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 2. Dezember 2021 geänderten Fassung (ABl. L 435 vom 6.12.2021, S. 262).

53. Die in diesen Leitlinien beschriebene Prüfung gemäß Artikel 101 erfolgt unbeschadet einer parallelen Anwendung des Artikels 102 AEUV auf Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit⁶².
54. Diese Leitlinien lassen die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Anwendung des Artikels 101 auf Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit unberührt.
55. Diese Leitlinien ersetzen die Leitlinien der Kommission zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit⁶³, die von der Kommission im Jahr 2011 veröffentlicht wurden, und gelten nicht, wenn wie im Falle bestimmter Vereinbarungen in den Bereichen Landwirtschaft⁶⁴ und Verkehr⁶⁵ sektorspezifische Regeln anwendbar sind. Die Kommission wird die Anwendung der FuE-GVO und der Spezialisierungs-GVO 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.

2. VEREINBARUNGEN ÜBER FORSCHUNG UND ENTWICKLUNG

2.1. Einleitung

56. Dieses Kapitel soll eine Orientierungshilfe für den Geltungsbereich und die wettbewerbsrechtliche Würdigung von FuE-Vereinbarungen bieten.
57. Form und Geltungsbereich von FuE-Vereinbarungen sind sehr unterschiedlich. Dazu gehören Outsourcing-Vereinbarungen für bestimmte FuE-Tätigkeiten, Vereinbarungen über die gemeinsame Verbesserung bestehender Technologien und die Zusammenarbeit bei der Erforschung, Entwicklung und Vermarktung völlig neuer Produkte. Die FuE-Zusammenarbeit kann im Rahmen einer Vereinbarung über die Zusammenarbeit oder im Rahmen eines gemeinsam kontrollierten Unternehmens⁶⁶ erfolgen. Dazu gehört auch die Zusammenarbeit zwischen

⁶² Vgl. Urteil des Gerichts vom 10. Juli 1990, Tetra Pak/Kommission, T-51/89, Slg. 1990 II-00309, ECLI:EU:T:1990:41, Rn. 25 ff.

⁶³ ABl. C 11 vom 14.1.2011, S. 1.

⁶⁴ Verordnung (EG) Nr. 1184/2006 des Rates vom 24. Juli 2006 zur Anwendung bestimmter Wettbewerbsregeln auf die Produktion landwirtschaftlicher Erzeugnisse und den Handel mit diesen Erzeugnissen (ABl. L 214 vom 4.8.2006, S. 7).

⁶⁵ Verordnung (EG) Nr. 169/2009 des Rates vom 26. Februar 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 vom 26. Februar 2009 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Seeschiffahrtsunternehmen (Konsortien) (ABl. L 79 vom 25.3.2009, S. 1) und Verordnung (EG) Nr. 906/2009 der Kommission vom 28. September 2009 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Seeschiffahrtsunternehmen (Konsortien) (ABl. L 256 vom 29.9.2009), zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2020/436 der Kommission vom 24. März 2020 (ABl. L 90 vom 25.3.2020, S. 1), Leitlinien für die Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Seeverkehrsdienstleistungen (ABl. C 245 vom 26.9.2008, S. 2).

⁶⁶ Vgl. Randnummer 51 („Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen“) und Randnummer 13 („Haftung für einen Verstoß gegen Artikel 101 Absatz 1“) dieser Leitlinien.

Wettbewerbern in lockerer Form, wie die technische Zusammenarbeit in Arbeitsgruppen.

58. FuE-Vereinbarungen können von Großunternehmen, KMU⁶⁷, akademischen Einrichtungen, Forschungsinstituten oder einer beliebigen Kombination von ihnen geschlossen werden⁶⁸.
59. Die FuE-Zusammenarbeit kann nicht nur den Wettbewerb auf bestehenden Produkt- oder Technologiemarkten, sondern auch den Wettbewerb im Bereich der Innovation beeinträchtigen.
60. Für die Zwecke der FuE-GVO und dieses Kapitels der Leitlinien bezieht sich der Begriff „Wettbewerb im Bereich der Innovation“⁶⁹ auf FuE-Anstrengungen in Bezug auf neue Produkte und/oder Technologien, die einen eigenen neuen Markt schaffen⁷⁰, und auf FuE-Pole, d. h. FuE-Anstrengungen, die in erster Linie auf ein bestimmtes Ziel ausgerichtet sind, das sich aus der FuE-Vereinbarung ergibt⁷¹. Dieses bestimmte Ziel eines FuE-Pols kann noch nicht als Produkt oder Technologie definiert werden oder umfasst ein wesentlich breiter angelegtes Ziel als Produkte oder Technologien auf einem bestimmten Markt.
61. Die Prüfung von FuE-Vereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 1 ist Gegenstand des Abschnitts 2.3 dieser Leitlinien. FuE-Vereinbarungen können in den durch die FuE-GVO⁷² geschaffenen geschützten Bereich fallen. Die Gruppenfreistellung beruht auf der Überlegung, dass FuE-Vereinbarungen, soweit sie unter Artikel 101 Absatz 1 fallen und die in der FuE-GVO festgelegten Kriterien erfüllen, in der Regel auch die vier Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllen. In Abschnitt 2.4 dieser Leitlinien wird beschrieben, welche Vereinbarungen unter die FuE-GVO fallen. Die Voraussetzungen für die Freistellung von FuE-Vereinbarungen werden in Abschnitt 2.5 – Freistellungsvoraussetzungen – erläutert. Mit den in Abschnitt 2.6 dieser Leitlinien beschriebenen Kernbeschränkungen und nicht freigestellten Beschränkungen soll gewährleistet werden, dass die Freistellung nach Artikel 2 FuE-GVO nur für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen gilt, von denen vernünftigerweise erwartet werden kann, dass sie die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllen.
62. Die Freistellung gilt so lange, wie der Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung nicht von der Kommission oder der Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaats gemäß Artikel 29 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln⁷³ (Abschnitt 2.7 dieser Leitlinien) entzogen worden ist.

⁶⁷ Gemäß der Definition im Anhang der Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (ABl. L 124 vom 20.5.2003, S. 36).

⁶⁸ Einschließlich Unternehmensneugründungen.

⁶⁹ Vgl. Artikel 1 Absatz 1 Nummer 18 FuE-GVO in Bezug auf die Parteien der Vereinbarung und Absatz 1 Nummer 19 in Bezug auf Dritte.

⁷⁰ Artikel 1 Absatz 1 Nummer 7 FuE-GVO.

⁷¹ Artikel 1 Absatz 1 Nummer 8 FuE-GVO.

⁷² Verordnung (EU) Nr. [...] der Kommission vom [...] Dezember 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung.

⁷³ ABl. L 1 vom 4.1.2003, S. 1.

63. Gilt der geschützte Bereich („Safe Harbour“) der FuE-GVO nicht für eine FuE-Vereinbarung, muss geprüft werden, ob die FuE-Vereinbarung im Einzelfall unter Artikel 101 Absatz 1 fällt und ob die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt sind; dies wird in Abschnitt 2.8 dieser Leitlinien beschrieben, während in Abschnitt 2.9 der maßgebliche Zeitpunkt für die Prüfung dargelegt wird.

2.2. Relevante Märkte

64. Die Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes enthält Orientierungshilfen zu den Regeln, Kriterien und Belegen, die die Kommission bei der Prüfung von Fragen der Marktabgrenzung heranzieht⁷⁴. Daher sollte der relevante Markt für die Zwecke der Anwendung des Artikels 101 auf FuE-Vereinbarungen auf der Grundlage dieser Orientierungshilfen oder ggf. zukünftiger Erläuterungen zur Abgrenzung der relevanten Märkte im Sinne des Wettbewerbsrechts der EU abgegrenzt werden.
65. Gemäß der FuE-GVO ist ein relevanter Produkt- oder Technologiemarkt der Markt für die Produkte oder Technologien, die durch die Vertragsprodukte oder -technologien verbessert, ausgetauscht oder ersetzt werden können⁷⁵.

2.3. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1

2.3.1. Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken

66. FuE-Vereinbarungen können Anlass zu verschiedenen wettbewerbsrechtlichen Bedenken geben, insbesondere können sie den Wettbewerb zwischen den Parteien unmittelbar einschränken, zu einer wettbewerbswidrigen Abschottung gegenüber Dritten oder zu einem Kollusionsergebnis auf dem Markt führen.
67. Wenn die FuE-Zusammenarbeit **den Wettbewerb zwischen den Parteien unmittelbar einschränkt oder ein Kollusionsergebnis auf dem Markt fördert**, kann dies zu höheren Preisen, einer geringeren Auswahl für die Verbraucher oder einer geringeren Qualität von Produkten oder Technologien führen. Dies könnte ferner zu einer geringeren oder verlangsamten Innovation führen, sodass schlechtere oder weniger Produkte oder Technologien auf den Markt kommen. Es kann auch dazu führen, dass Produkte oder Technologien später auf den Markt kommen, als dies sonst der Fall wäre.
68. Eine **wettbewerbswidrige Abschottung gegenüber Dritten** kann insbesondere dann vorliegen, wenn mindestens eine Partei der FuE-Vereinbarung das Recht auf ausschließliche Verwertung der FuE-Ergebnisse hat und mindestens eine Partei über einen erheblichen Grad an Marktmacht verfügt.

2.3.2. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen

69. Vereinbarungen in Bezug auf FuE führen zu einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung, wenn ihr Hauptzweck nicht in der FuE besteht, sondern als Mittel zur Bildung eines Kartells oder zur Beteiligung an anderen bezweckten Verstößen nach Artikel 101 Absatz 1 dient, z. B. Preisfestsetzung, Produktionsbeschränkung, Marktaufteilung oder Beschränkung der technischen Entwicklung.

⁷⁴ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03).

⁷⁵ Artikel 1 Absatz 1 Nummer 21 sowie Absatz 1 Nummer 22 FuE-GVO.

70. Eine FuE-Vereinbarung kann die technische Entwicklung einschränken, wenn die Parteien, anstatt zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts zusammenzuarbeiten, die FuE-Zusammenarbeit dazu nutzen, a) den Markteintritt von Produkten oder Technologien zu verhindern oder zu verzögern, b) die Merkmale von Produkten oder Technologien, die nicht unter die FuE-Vereinbarung fallen, koordinieren oder c) das Potenzial eines gemeinsam entwickelten Produkts oder einer gemeinsam entwickelten Technologie zu begrenzen, wenn sie ein solches Produkt oder eine solche Technologie selbst auf den Markt bringen.

2.3.3. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen

2.3.3.1. Einleitung – Vereinbarungen, die den Wettbewerb normalerweise nicht einschränken

71. Viele FuE-Vereinbarungen fallen nicht unter Artikel 101 Absatz 1, wenn sie von Unternehmen mit komplementären Fähigkeiten geschlossen werden, die andernfalls nicht in der Lage gewesen wären, die FuE allein durchzuführen.
72. Außerdem hat die FuE-Zusammenarbeit zwischen nicht konkurrierenden Unternehmen⁷⁶ im Allgemeinen keine wettbewerbsbeschränkenden horizontalen Auswirkungen.
73. Die Wettbewerbsbeziehungen zwischen den Parteien müssen im Rahmen der betroffenen bestehenden Märkte⁷⁷ und im Rahmen der betroffenen Innovation⁷⁸ untersucht werden.
74. Wenn die Parteien aufgrund objektiver Faktoren allein nicht in der Lage wären, die notwendige Forschung und Entwicklung durchzuführen, hat die FuE-Vereinbarung in der Regel keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen. Eine Partei kann unter Umständen nicht in der Lage sein, die FuE eigenständig durchzuführen, wenn sie z. B. nur über begrenzte technische Möglichkeiten oder einen begrenzten Zugang zu Finanzmitteln, Fachkräften, Technologien oder anderen Ressourcen verfügt.
75. 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. Derartige Vereinbarungen sehen in der Regel die Weitergabe von Know-how und/oder eine ausschließliche Lieferklausel für die entstehenden Ergebnisse vor. Da sich die kooperierenden Parteien in einem solchen Fall ergänzen (z. B. hinsichtlich ihrer Fähigkeiten oder Technologien), haben solche Vereinbarungen in der Regel keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1.
76. Eine FuE-Zusammenarbeit, die nicht die gemeinsame Verwertung möglicher Ergebnisse durch Lizenzvergabe, Produktion und/oder Marketing umfasst, hat nur selten wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1. Diese FuE-Vereinbarungen können jedoch wettbewerbswidrige Auswirkungen haben, wenn z. B. der Wettbewerb auf der Innovationsebene aufgrund der FuE-Vereinbarung spürbar eingeschränkt wird.

⁷⁶ Begriffsbestimmung siehe Artikel 1 Absatz 1 Nummer 20 FuE-GVO.

⁷⁷ Im Rahmen der FuE-GVO, siehe Artikel 1 Absatz 1 Nummer 17 der FuE-GVO.

⁷⁸ Im Rahmen der FuE-GVO, siehe Artikel 1 Absatz 1 Nummer 18 FuE-GVO.

2.3.3.2. Marktmacht

77. FuE-Vereinbarungen dürften nur dann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, wenn die an der FuE-Zusammenarbeit beteiligten Unternehmen über Marktmacht verfügen.
78. Es gibt keinen absoluten Schwellenwert, bei dessen Überschreiten davon ausgegangen werden kann, dass eine FuE-Vereinbarung Marktmacht begründet oder aufrechterhält und damit wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 hat. FuE-Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die in Bezug auf ein bestehendes Produkt und/oder eine bestehende Technologie am Wettbewerb teilnehmen, fallen jedoch unter die Freistellung der FuE-GVO, sofern ihr gemeinsamer Marktanteil auf den relevanten Produkt- und Technologiemarkten 25 % nicht überschreitet und die übrigen Voraussetzungen für die Anwendung der FuE-GVO erfüllt sind.
79. Die FuE-GVO gilt auch für FuE-Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die in Bezug auf Innovation am Wettbewerb teilnehmen. Diese Vereinbarungen fallen unter die Freistellung der FuE-GVO, sofern es drei oder mehr konkurrierende FuE-Anstrengungen gibt⁷⁹, die zu denen der Parteien der Vereinbarung hinzukommen und mit ihnen vergleichbar sind. Die übrigen Voraussetzungen für die Anwendung der FuE-GVO müssen ebenfalls erfüllt sein. Unter diesen Voraussetzungen dürfte eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, die in Bezug auf Innovation am Wettbewerb teilnehmen⁸⁰, keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Binnenmarkt haben, da die Parteien wahrscheinlich nicht in der Lage sein werden, die Innovationstätigkeit über einen längeren Zeitraum gewinnbringend unter dem Wettbewerbsniveau zu halten.
80. Je stärker die gemeinsame Stellung der Parteien auf bestehenden Märkten ist und/oder je geringer die Zahl der konkurrierenden FuE-Anstrengungen ist, die zu denen der Parteien hinzukommen und mit ihnen vergleichbar sind, desto wahrscheinlicher ist es, dass die FuE-Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben kann⁸¹.

⁷⁹ In Artikel 1 Absatz 1 Nummer 19 FuE-GVO wird eine konkurrierende FuE-Anstrengung definiert als „eine FuE-Anstrengung, die ein Dritter allein oder in Zusammenarbeit mit weiteren Dritten unternimmt oder zu der ein Dritter in der Lage ist und die er wahrscheinlich unabhängig unternehmen wird und die a) die Forschung zu und Entwicklung von neuen Produkten und/oder Technologien betrifft, die mit denen identisch sind bzw. wahrscheinlich austauschbar sind, auf die sich die FuE-Vereinbarung beziehen soll, oder b) FuE-Pole betrifft, die Ziele verfolgen, die im Wesentlichen mit den Zielen, auf die sich die FuE-Vereinbarung beziehen soll, identisch sind.“ Diese Dritten müssen von den Parteien der FuE-Vereinbarung unabhängig sein.

⁸⁰ In Artikel 1 Absatz 1 Nummer 18 FuE-GVO wird ein Unternehmen, das in Bezug auf Innovation am Wettbewerb teilnimmt, definiert als „ein Unternehmen, das nicht in Bezug auf ein bestehendes Produkt und/oder eine bestehende Technologie am Wettbewerb teilnimmt und das unabhängig FuE-Anstrengungen unternimmt bzw. ohne die FuE-Vereinbarung dazu in der Lage wäre und solche Anstrengungen wahrscheinlich unternehmen würde; die FuE-Anstrengungen betreffen dabei a) die Forschung zu und Entwicklung von neuen Produkten und/oder Technologien, die mit denen identisch bzw. wahrscheinlich austauschbar sind, auf die sich die FuE-Vereinbarung beziehen soll, oder b) FuE-Pole, die Ziele verfolgen, die im Wesentlichen mit den Zielen, auf die sich die FuE-Vereinbarung beziehen soll, identisch sind.“

⁸¹ Dies gilt unbeschadet der Analyse potenzieller Effizienzgewinne, einschließlich derjenigen, die in der Regel bei öffentlich kofinanzierter Forschung und Entwicklung entstehen.

2.3.3.3. FuE zur Verbesserung, zum Austausch oder zum Ersatz bestehender Produkte oder Technologien

81. Ist die Forschung und Entwicklung auf die **Verbesserung** 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 technische Entwicklung auf den bestehenden Märkten sind jedoch nur wahrscheinlich, wenn die Parteien gemeinsam eine starke Stellung innehaben, der Marktzutritt schwierig ist und nur wenige andere Wettbewerber übrig sind. Außerdem sind Abschottungseffekte 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.
82. Zielt die FuE auf den **Austausch oder den Ersatz** eines bestehenden Produkts oder einer bestehenden Technologie ab, so kann sich die Entwicklung des ersetzenden Produkts oder der ersetzenden Technologie verlangsamen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Parteien auf dem bestehenden Produkt- oder Technologiemarkt über Marktmacht verfügen und zudem die einzigen sind, die FuE betreiben, um einen Ersatz für das bestehende Produkt oder die bestehende Technologie zu entwickeln. Eine ähnliche Wirkung ist möglich, wenn einer der größten Anbieter auf einem bestehenden Markt mit einem viel kleineren oder potenziellen Wettbewerber zusammenarbeitet, der kurz vor der Einführung eines Produkts/einer Technologie steht und die die Stellung des etablierten Anbieters gefährden könnte.
83. Wenn die Parteien in ihrer Vereinbarung auch die gemeinsame Verwertung (z. B. die Produktion und/oder den Vertrieb) der Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien vorsehen, müssen die Auswirkungen auf den Wettbewerb genauer untersucht werden. Insbesondere wenn es sich bei den Parteien um starke Wettbewerber handelt, sind wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen in Form von höheren Preisen oder geringeren Produktionsmengen auf bestehenden Märkten wahrscheinlicher. Erfolgt die gemeinsame Verwertung jedoch nur im Wege der Erteilung von Lizenzen an Dritte, sind beschränkende Auswirkungen wie zum Beispiel eine Marktabschottung unwahrscheinlich.

2.3.3.4. FuE-Pole und FuE-Anstrengungen, die auf einen neuen Markt schaffende Produkte oder Technologien ausgerichtet sind

84. FuE-Anstrengungen, die sich auf die FuE in Bezug auf neue Produkte oder Technologien beziehen, sowie FuE-Pole fallen für die Zwecke dieses Kapitels unter das Konzept des Wettbewerbs im Bereich der Innovation.
85. Ein neues Produkt oder eine neue Technologie dient nicht nur der Verbesserung, dem Austausch oder dem Ersatz bestehender Produkte oder Technologien. Die Nachfrage nach dem neuen Produkt oder der neuen Technologie wird, wenn sie entsteht, einen neuen, gesonderten Markt schaffen.
86. FuE-Pole sind FuE-Anstrengungen, die in erster Linie auf ein bestimmtes Ziel ausgerichtet sind. Das spezifische Ziel eines FuE-Pols kann noch nicht als Produkt oder Technologie definiert werden oder umfasst ein wesentlich weiter gefasstes Ziel als Produkte oder Technologien auf einem bestimmten Markt.
87. Auswirkungen auf Preis und Produktion auf bestehenden Märkten sind bei solchen FuE-Anstrengungen zum Zeitpunkt der Bewertung der FuE-Zusammenarbeit eher

unwahrscheinlich, da die FuE-Anstrengungen noch nicht als auf ein Produkt oder eine Technologie abzielend definiert werden können. Die Prüfung müsste sich daher auf mögliche Wettbewerbsbeschränkungen auf der Innovationsebene konzentrieren, die zum Beispiel die Qualität und Vielfalt möglicher künftiger Produkte bzw. Technologien und/oder die Innovationsgeschwindigkeit bzw. das Innovationsniveau betreffen. Diese wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen können entstehen, wenn zwei oder mehr der wenigen Unternehmen, die unabhängig voneinander (beispielsweise) in der FuE eines neuen Produkts tätig sind (insbesondere wenn sie sich in einem Stadium befinden, in dem sie kurz vor der Markteinführung des neuen Produkts stehen), beginnen, zusammenzuarbeiten, anstatt das neue Produkt getrennt zu entwickeln. Solche Auswirkungen sind in der Regel eine unmittelbare Folge der Zusammenarbeit zwischen den Parteien.

88. Die Innovation kann sogar durch eine reine FuE-Vereinbarung beschränkt werden. Im Allgemeinen ist es jedoch unwahrscheinlich, dass eine FuE-Zusammenarbeit in Bezug auf neue Produkte oder Technologien bzw. FuE-Pole wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat, es sei denn, es gibt nur eine begrenzte Anzahl konkurrierender FuE-Anstrengungen, die zusätzlich zu denen der an der FuE-Zusammenarbeit beteiligten Unternehmen verbleiben.

2.4. Vereinbarungen, die unter die FuE-GVO fallen

89. Der durch die FuE-GVO gewährte Rechtsvorteil der Freistellung gilt für diejenigen FuE-Vereinbarungen, bei denen mit hinreichender Sicherheit angenommen werden kann, dass sie die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllen⁸².
90. Die FuE-GVO gilt für FuE-Vereinbarungen zwischen zwei oder mehr Parteien, die die Bedingungen für die Verfolgung der nachstehenden Ziele durch diese Parteien betreffen⁸³:
- a) gemeinsame FuE von Vertragsprodukten oder Vertragstechnologien, einschließlich oder ausschließlich der gemeinsamen Verwertung der Ergebnisse,
 - b) Auftragsforschung und -entwicklung von Vertragsprodukten oder Vertragstechnologien, einschließlich oder ausschließlich der gemeinsamen Verwertung der FuE-Ergebnisse,
 - c) gemeinsame Verwertung der Ergebnisse von Forschung zu und Entwicklung von Vertragsprodukten oder Vertragstechnologien, die nach einer zuvor geschlossenen Vereinbarung über gemeinsame FuE (siehe Buchstabe a) zwischen denselben Parteien durchgeführt worden ist, oder
 - d) gemeinsame Verwertung der Ergebnisse von Forschung zu und Entwicklung von Vertragsprodukten oder Vertragstechnologien, die nach einer zuvor geschlossenen Vereinbarung über gemeinsame Auftragsforschung und -entwicklung (siehe Buchstabe b) zwischen denselben Parteien durchgeführt worden ist.

⁸² Die Verordnung (EWG) Nr. 2821/71 ermächtigt die Kommission, gemäß Artikel 101 Absatz 3 Gruppenfreistellungsverordnungen für Vereinbarungen zu erlassen, die die FuE von Produkten, Technologien oder Verfahren bis zur Produktionsreife und die Verwertung der Ergebnisse einschließlich der Bestimmungen über Rechte des geistigen Eigentums zum Gegenstand haben.

⁸³ Artikel 1 Absatz 1 Nummer 1 FuE-GVO.

91. In der FuE-GVO wird zwischen Vertragsprodukten und Vertragstechnologien unterschieden:
- a) „Vertragsprodukt“⁸⁴ ist ein Produkt⁸⁵, das aus gemeinsamer Forschung und Entwicklung bzw. Auftragsforschung und -entwicklung hervorgeht oder unter Anwendung der Vertragstechnologien produziert oder bereitgestellt wird. Dies schließt auch Produkte ein, die aus einem FuE-Pol hervorgehen, sowie neue Produkte⁸⁶.
 - b) „Vertragstechnologie“⁸⁷ ist eine Technologie oder ein Verfahren, die bzw. das aus der gemeinsamen Forschung und Entwicklung bzw. der Auftragsforschung und -entwicklung hervorgeht. Dies schließt auch Technologien oder Verfahren ein, die aus einem FuE-Pol hervorgehen, sowie neue Technologien oder Verfahren.
92. Im Rahmen der FuE-GVO steht das Konzept der „Forschung und Entwicklung“ für Tätigkeiten mit dem Ziel des Erwerbs von Know-how über bestehende oder neue Produkte, Technologien oder Verfahren, die Durchführung von theoretischen Analysen, systematischen Studien oder Versuchen einschließlich der versuchsweisen Produktion und der technischen Erprobung von Produkten oder Verfahren, die Errichtung der dafür erforderlichen Anlagen und die Erlangung von Rechten des geistigen Eigentums an den Ergebnissen.
- 2.4.1. *Unterscheidung zwischen „gemeinsamer Forschung und Entwicklung“ und „Auftragsforschung und -entwicklung“ und das Konzept der „Spezialisierung im Rahmen der Forschung und Entwicklung“*
93. In der FuE-GVO wird zwischen „gemeinsamer Forschung und Entwicklung“ und „Auftragsforschung und -entwicklung“ unterschieden.
94. Wenn die Parteien **gemeinsame FuE** betreiben, kann ihre Vereinbarung eine der folgenden Arten der Durchführung der FuE-Tätigkeiten vorsehen⁸⁸:
- a) Die FuE-Tätigkeiten werden durch ein gemeinsames Team, eine gemeinsame Organisation oder ein gemeinsames Unternehmen durchgeführt.
 - b) Die Parteien beauftragen gemeinsam einen Dritten mit den FuE-Tätigkeiten.
 - c) Die Parteien teilen die Tätigkeiten im Wege der „Spezialisierung im Rahmen der FuE“ untereinander auf. Das bedeutet, dass jede der Parteien an den FuE-Tätigkeiten beteiligt ist und sie die FuE-Arbeiten so untereinander aufteilen,

⁸⁴ Artikel 1 Absatz 1 Nummer 6 FuE-GVO.

⁸⁵ Für die Zwecke der FuE-GVO bezeichnet der Begriff „Produkt“ eine Ware oder eine Dienstleistung; darunter fallen sowohl Zwischenwaren und -dienstleistungen als auch Endwaren und -dienstleistungen (Artikel 1 Absatz 1 Nummer 4 der FuE-GVO).

⁸⁶ Für die Zwecke der FuE-GVO bezeichnet ein „neues Produkt oder eine neue Technologie“ Produkte, Technologien oder Verfahren, die es zum Zeitpunkt des Abschlusses der FuE-Vereinbarung, die unter Artikel 1 Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe a oder b der FuE-GVO fällt, noch nicht gibt, die im Falle des Entstehens einen eigenen neuen Markt schaffen und durch die kein bestehendes Produkt, keine bestehende Technologie bzw. kein bestehendes Verfahren verbessert, ausgetauscht oder ersetzt wird (Artikel 1 Absatz 1 Nummer 7 FuE-GVO).

⁸⁷ Artikel 1 Absatz 1 Nummer 5 FuE-GVO.

⁸⁸ Artikel 1 Absatz 1 Nummer 12 FuE-GVO.

wie es ihres Erachtens am zweckmäßigsten ist. Dies beinhaltet nicht die Auftragsforschung und -entwicklung⁸⁹.

95. **Auftragsforschung und -entwicklung** bedeutet FuE, die von mindestens einer Partei durchgeführt wird, während mindestens eine andere Partei die FuE finanziert, aber selbst keine FuE-Tätigkeiten durchführt (die finanzierende Partei).
96. Die Unterscheidung zwischen gemeinsamer FuE und Auftragsforschung und -entwicklung in der FuE-GVO ist für die Berechnung der Marktanteile von Bedeutung. Bei Auftragsforschung und -entwicklung müssen die Parteien für die Berechnung der gemeinsamen Marktanteile auch FuE-Vereinbarungen einbeziehen, die die finanzierende Partei mit Dritten in Bezug auf dieselben Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien geschlossen hat – siehe Abschnitt 2.5.4.2.
- 2.4.2. *Gemeinsame Verwertung der FuE-Ergebnisse und der Begriff der Spezialisierung im Rahmen der gemeinsamen Verwertung*
97. Die FuE-GVO deckt ausdrücklich Vereinbarungen ab, die die gemeinsame Verwertung von FuE-Ergebnissen umfassen. Für derartige Vereinbarungen gelten jedoch besondere Bestimmungen.
98. Der **Begriff „Verwertung der Ergebnisse“** ist eher weit gefasst und beinhaltet die Produktion oder den Vertrieb der Vertragsprodukte, die Anwendung der Vertragstechnologien, die Übertragung von Rechten des geistigen Eigentums oder die Erteilung diesbezüglicher Lizenzen oder die Weitergabe von Know-how, das für die Produktion oder Anwendung erforderlich ist⁹⁰.
99. Nach der FuE-GVO kann sich die gemeinsame Verwertung der FuE-Ergebnisse nur auf Ergebnisse beziehen, die
- a) für die Produktion der Vertragsprodukte oder die Anwendung der Vertragstechnologien unerlässlich sind und
 - b) durch Rechte des geistigen Eigentums geschützt sind oder Know-how darstellen.
100. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass sich der Geltungsbereich einer FuE-Vereinbarung, die eine gemeinsame Verwertung vorsieht, nicht auf Ergebnisse beziehen darf, die nicht durch Rechte des geistigen Eigentums oder Know-how geschützt sind und die für die Produktion der Vertragsprodukte oder die Anwendung der Vertragstechnologien nicht unerlässlich sind, damit die Freistellung nach Artikel 2 FuE-GVO gilt.
101. Die gemeinsame Verwertung der Ergebnisse aus gemeinsamer FuE oder Auftragsforschung und -entwicklung kann entweder im Rahmen der **ursprünglichen** FuE-Vereinbarung oder im Rahmen einer **späteren** Vereinbarung über die gemeinsame Verwertung der Ergebnisse einer früheren FuE-Vereinbarung zwischen denselben Parteien erfolgen⁹¹. Entscheiden sich die Parteien dafür, die Ergebnisse einer früheren FuE-Vereinbarung im Rahmen einer späteren Vereinbarung gemeinsam zu verwerten, muss auch die frühere FuE-Vereinbarung die Voraussetzungen der FuE-GVO erfüllen, damit die spätere Vereinbarung über die gemeinsame Verwertung unter die Freistellung nach Artikel 2 FuE-GVO fällt.

⁸⁹ Artikel 1 Absatz 1 Nummer 13 FuE-GVO.

⁹⁰ Artikel 1 Absatz 1 Nummer 9 FuE-GVO.

⁹¹ Gemäß Artikel 1 Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe c und Nummer 1 Buchstabe d FuE-GVO.

102. In der FuE-GVO sind **drei verschiedene Möglichkeiten** vorgesehen, wie die FuE-Ergebnisse gemeinsam genutzt werden können⁹²:
- a) Die Verwertung kann **gemeinsam von den Parteien** in einem Team, einer gemeinsamen Organisation oder einem gemeinsamen Unternehmen durchgeführt werden.
 - b) Die Parteien können **gemeinsam einen Dritten** mit den Verwertungsarbeiten **beauftragen**.
 - c) Schließlich können die Parteien die Arbeit gemäß **Spezialisierung im Rahmen der Verwertung** untereinander aufteilen, was bedeutet, dass⁹³
 - i) die Parteien einzelne Aufgaben wie Produktion oder Vertrieb untereinander aufteilen oder
 - ii) sich gegenseitig Beschränkungen hinsichtlich der Verwertung der Ergebnisse auferlegen, z. B. Beschränkungen in Bezug auf bestimmte Gebiete, Kunden oder Anwendungsbereiche; dies umfasst den Fall, dass nur eine Partei die Vertragsprodukte auf der Grundlage einer von den anderen Parteien erteilten ausschließlichen Lizenz produziert und vertreibt.
103. Verhaltensweisen, die eine Spezialisierung im Rahmen der Verwertung darstellen, werden nicht als Kernbeschränkungen behandelt⁹⁴. Darüber hinaus können die Parteien, wenn sie sich im Rahmen der Verwertung spezialisieren, den Zugang zu den Ergebnissen für die Zwecke dieser Verwertung entsprechend beschränken⁹⁵. Dies bedeutet, dass eine FuE-Vereinbarung beispielsweise die Verwertungsrechte der Parteien für bestimmte Gebiete, Kunden oder Anwendungsbereiche einschränken kann. Wenn die Parteien vereinbaren, dass jede von ihnen die Vertragsprodukte vertreiben kann (sie sich also nicht für ein gemeinsames Vertriebsmodell entschieden haben und nicht vereinbart haben, dass nur die Partei, die die Vertragsprodukte produziert, diese auch vertreiben darf), müssen die im Wege der Spezialisierung mit der Produktion der Vertragsprodukte betrauten Parteien verpflichtet sein, Aufträge der anderen Parteien über die Belieferung mit Vertragsprodukten zu erfüllen⁹⁶.
104. Gemäß Abschnitt 2.5.4 gilt die Freistellung nach der FuE-GVO, wenn die FuE-Vereinbarung die gemeinsame Verwertung der FuE-Ergebnisse umfasst, i) für die Dauer der FuE und ii) für einen weiteren Zeitraum von sieben Jahren nach dem ersten Inverkehrbringen der Vertragsprodukte oder -technologien im Binnenmarkt⁹⁷.
- 2.4.3. *Übertragung von Rechten des geistigen Eigentums oder die Erteilung diesbezüglicher Lizenzen*
105. Die Freistellung der FuE-GVO gilt auch für Vereinbarungen, die Bestimmungen über die Übertragung von Rechten des geistigen Eigentums oder die Erteilung diesbezüglicher Lizenzen enthalten, sofern diese Bestimmungen nicht den

⁹² Artikel 1 Absatz 1 Nummer 12 FuE-GVO.

⁹³ Artikel 1 Absatz 1 Nummer 14 FuE-GVO.

⁹⁴ Siehe Abschnitt 2.6 über Kernbeschränkungen sowie Artikel 8 Absatz 3 Buchstabe c FuE-GVO.

⁹⁵ Artikel 3 Absatz 4 FuE-GVO.

⁹⁶ Artikel 5 Absatz 2 FuE-GVO.

⁹⁷ Vgl. ferner Artikel 6 Absatz 4 FuE-GVO.

Hauptgegenstand der FuE-Vereinbarung bilden, sondern mit der Durchführung der Vereinbarung unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind⁹⁸.

106. Diese Freistellung gilt für die Übertragung von Rechten oder die Erteilung diesbezüglicher Lizenzen an eine oder mehrere der Parteien oder an eine von den Parteien zur Durchführung der gemeinsamen FuE, der Auftragsforschung und -entwicklung oder der gemeinsamen Verwertung gegründete Einheit⁹⁹.
107. In diesen Fällen unterliegt die Übertragung von Rechten oder die Erteilung diesbezüglicher Lizenzen daher den Bestimmungen der FuE-GVO und nicht denen der Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung¹⁰⁰. Im Rahmen einer FuE-Vereinbarung können die Parteien allerdings auch die Bedingungen für die Erteilung von Lizenzen für die FuE-Ergebnisse an Dritte festlegen. Solche Lizenzvereinbarungen fallen nicht unter die FuE-GVO, können aber unter die Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung¹⁰¹ fallen, wenn die darin festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind.

2.5. Freistellungsvoraussetzungen nach der FuE-GVO

2.5.1. Zugang zu den Endergebnissen

108. Die erste Voraussetzung für eine Freistellung nach der FuE-GVO ist, dass alle Parteien zu zwei Zwecken uneingeschränkten Zugang zu den FuE-Endergebnissen haben¹⁰²:
- a) für die Durchführung weiterer Forschungsarbeiten und
 - b) für die Verwertung der FuE-Ergebnisse.
109. Nach der FuE-GVO umfasst der uneingeschränkte Zugang zu den FuE-Endergebnissen auch daraus erwachsende Rechte des geistigen Eigentums und daraus erwachsendes Know-how. Er wird gewährt, sobald die FuE-Ergebnisse vorliegen¹⁰³.
110. Je nach ihren Kapazitäten und ihren wirtschaftlichen Interessen können die Parteien ungleiche Beiträge zu ihrer FuE-Zusammenarbeit leisten. Um den unterschiedlichen Wert oder die unterschiedliche Art der Beiträge der Parteien zu berücksichtigen und auszugleichen, kann eine FuE-Vereinbarung deshalb vorsehen, dass eine Partei einer anderen Partei für den Zugang zu den Ergebnissen für die Zwecke weiterer Forschung oder Verwertung eine Vergütung zahlt. Eine Vergütung ist nicht zwingend vorgeschrieben, aber wenn sie in der FuE-Vereinbarung vorgesehen ist, darf sie nicht so hoch sein, dass der uneingeschränkte Zugang zu den Ergebnissen tatsächlich verhindert wird.

⁹⁸ Artikel 2 Absatz 3 FuE-GVO.

⁹⁹ Artikel 2 Absatz 3 FuE-GVO.

¹⁰⁰ Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Kommission vom 21. März 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen. Siehe ferner die Randnummern 73 und 74 der Leitlinien zur Anwendung des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen (ABl. C 89 vom 28.3.2014) (im Folgenden „Technologietransfer-Leitlinien“).

¹⁰¹ Technologietransfer-Leitlinien, Randnummer 74.

¹⁰² Artikel 3 FuE-GVO.

¹⁰³ Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a FuE-GVO.

111. Um für eine Freistellung nach der FuE-GVO in Frage zu kommen, **darf** das Recht auf Zugang zu den FuE-Ergebnissen **nicht eingeschränkt werden**, wenn dieser Zugang für die Durchführung **weiterer Forschungsarbeiten** erforderlich ist¹⁰⁴.
112. Unter bestimmten Umständen **kann** der Zugang zu den Ergebnissen für die **Zwecke der Verwertung** jedoch **eingeschränkt werden** und die FuE-Vereinbarung kann trotzdem unter die Freistellung nach der FuE-GVO fallen. Dies gilt für FuE-Vereinbarungen mit den folgenden Parteien, die sich damit einverstanden erklären können, die Ergebnisse nur zu Zwecken der weiteren Forschung (und somit nicht zur Verwertung) zu nutzen:
- a) Forschungsinstitute,
 - b) Hochschulen oder
 - c) Unternehmen, die FuE-Leistungen in Form gewerblicher Dienste erbringen und sich üblicherweise nicht mit der Verwertung von Ergebnissen befassen¹⁰⁵.
113. Darüber hinaus kann der Zugang zu den Ergebnissen für die Zwecke der Verwertung auch dann beschränkt werden, wenn die Parteien ihre Verwertungsrechte gemäß der FuE-GVO einschränken, insbesondere wenn sie sich im Rahmen der Verwertung spezialisieren¹⁰⁶. Dies bedeutet, dass die Parteien sich gegenseitig Beschränkungen hinsichtlich der Verwertung der Ergebnisse auferlegen können (z. B. Beschränkungen in Bezug auf bestimmte Gebiete, Kunden oder Anwendungsbereiche).

2.5.2. Zugang zu bereits vorhandenem Know-how

114. Die zweite Voraussetzung für eine Freistellung nach der FuE-GVO ist der Zugang zu bereits vorhandenem Know-how. Diese Voraussetzung gilt nur für FuE-Vereinbarungen, die die gemeinsame Verwertung der FuE-Ergebnisse ausschließen, und ist auf Know-how beschränkt, das für die Verwertung der FuE-Ergebnisse unerlässlich ist¹⁰⁷.
115. In solchen Vereinbarungen muss festgelegt werden, dass jede Partei Zugang zu bereits vorhandenem Know-how der anderen Partei erhält, wenn dieses Know-how für die Verwertung der Ergebnisse durch die Partei unerlässlich ist. Dies bedeutet nicht, dass die Parteien ihr gesamtes bereits vorhandenes Know-how in den Geltungsbereich der FuE-Vereinbarung einbeziehen müssen. Sie müssen vielmehr das Know-how festlegen, das für die Nutzung der Ergebnisse unerlässlich ist. Die FuE-Vereinbarung kann vorsehen, dass die Parteien sich gegenseitig für den Zugang zu ihrem bereits vorhandenen Know-how eine Vergütung zahlen. Die Vergütung sollte jedoch nicht so hoch sein, dass sie diesen Zugang praktisch verhindern würde¹⁰⁸.
116. Die Bedingung, Zugang zu bereits vorhandenem Know-how zu gewähren, gilt unbeschadet der Bedingung, uneingeschränkten Zugang zu den FuE-Ergebnissen

¹⁰⁴ Artikel 3 FuE-GVO bezieht sich lediglich auf die Möglichkeit, den Zugang unter bestimmten Umständen zum Zwecke der Verwertung zu beschränken, die in Artikel 3 Absätze 3 und 4 FuE-GVO aufgeführt sind.

¹⁰⁵ Dabei kann es sich zum Beispiel um KMU handeln.

¹⁰⁶ Vgl. Artikel 1 Absatz 1 Nummer 14 FuE-GVO für die Begriffsbestimmung der Spezialisierung im Rahmen der Verwertung sowie Abschnitt 2.4 dieser Leitlinien.

¹⁰⁷ Vgl. Artikel 4 FuE-GVO und Abschnitt 2.4.2 dieser Leitlinien.

¹⁰⁸ Artikel 4 Absatz 2 FuE-GVO.

gemäß Artikel 3 FuE-GVO zu gewähren. Dies bedeutet, dass eine bestimmte FuE-Vereinbarung für die Freistellung unter bestimmten Voraussetzungen sowohl Bestimmungen über den Zugang zu bereits vorhandenem Know-how als auch über die FuE-Endergebnisse enthalten muss.

2.5.3. *Bedingungen im Zusammenhang mit der gemeinsamen Verwertung*

- 117. Die FuE-GVO enthält zwei weitere Bedingungen, die die gemeinsame Verwertung der FuE-Ergebnisse betreffen. Wie in Abschnitt 2.4.2 dargelegt, muss sich der Umfang der gemeinsamen Verwertung auf FuE-Ergebnisse beschränken, die durch Rechte des geistigen Eigentums geschützt sind oder Know-how darstellen und die für die Produktion der Vertragsprodukte oder die Anwendung der Vertragstechnologien unerlässlich sind.
- 118. Wenn die Parteien zudem vereinbaren, dass jede von ihnen die Vertragsprodukte vertreiben kann (sie sich also nicht für ein gemeinsames Vertriebsmodell entschieden haben und nicht vereinbart haben, dass nur die Partei, die die Vertragsprodukte produziert, diese auch vertreiben darf), müssen die im Wege der Spezialisierung mit der Produktion der Vertragsprodukte betrauten Parteien verpflichtet sein, Aufträge der anderen Parteien über die Belieferung mit Vertragsprodukten zu erfüllen¹⁰⁹.

2.5.4. *Schwellenwerte, Marktanteile und Freistellungsdauer*

- 119. Solange ein gewisser Grad an Marktmacht nicht erreicht ist, kann im Hinblick auf die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die positiven Auswirkungen von FuE-Vereinbarungen die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb überwiegen¹¹⁰.
 - 120. Die FuE-GVO stützt sich auf zwei Messgrößen, um diejenigen FuE-Vereinbarungen zu erfassen, die einen gewissen Grad an Marktmacht nicht überschreiten: i) einen Marktanteilsschwellenwert für Unternehmen, die in Bezug auf ein bestehendes Produkt und/oder eine bestehende Technologie am Wettbewerb teilnehmen, und ii) einen Schwellenwert für Unternehmen, die in Bezug auf Innovation am Wettbewerb teilnehmen, die auf dem Vorhandensein einer Mindestzahl konkurrierender FuE-Anstrengungen beruht (drei zusätzlich zu derjenigen der Parteien der FuE-Vereinbarung).
- 2.5.4.1. Unternehmen, die in Bezug auf ein bestehendes Produkt und/oder eine bestehende Technologie am Wettbewerb teilnehmen, und Unternehmen, die in Bezug auf Innovation am Wettbewerb teilnehmen
- 121. Um das Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien zu bestimmen, muss geprüft werden, ob die Parteien ohne die FuE-Vereinbarung Wettbewerber hätten sein können¹¹¹.
 - 122. In der Regel stellen Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die in Bezug auf ein bestehendes Produkt und/oder eine bestehende Technologie am Wettbewerb teilnehmen, und Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die in Bezug auf Innovation am Wettbewerb teilnehmen, eine größere Gefahr für den Wettbewerb dar als Vereinbarungen zwischen nicht konkurrierenden Unternehmen. Vereinbarungen

¹⁰⁹ Artikel 5 Absatz 2 FuE-GVO.

¹¹⁰ Erwägungsgrund 5 FuE-GVO.

¹¹¹ Vgl. ferner Abschnitt 2.3 dieses Kapitels über die Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1.

zwischen nicht konkurrierenden Unternehmen haben nur in seltenen Fällen horizontale wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen¹¹².

- a) Unternehmen, die in Bezug auf ein bestehendes Produkt und/oder eine bestehende Technologie am Wettbewerb teilnehmen
123. Für die Zwecke der FuE-GVO handelt es sich bei einem „Unternehmen, das in Bezug auf ein bestehendes Produkt und/oder eine bestehende Technologie am Wettbewerb teilnimmt“, um einen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerber:
- a) Ein „tatsächlicher Wettbewerber“ ist ein Unternehmen, das bestehende Produkte oder Technologien anbietet, die auf dem räumlich relevanten Markt durch das Vertragsprodukt bzw. die Vertragstechnologie verbessert, ausgetauscht oder ersetzt werden können.
 - b) Ein „potenzieller Wettbewerber“ ist ein Unternehmen, bei dem realistisch und nicht nur hypothetisch davon ausgegangen werden kann, dass es ohne die FuE-Vereinbarung wahrscheinlich innerhalb von höchstens drei Jahren die zusätzlichen Investitionen tätigen oder die sonstigen Kosten auf sich nehmen würde, die erforderlich wären, um Produkte oder Technologien anbieten zu können, die auf dem räumlich relevanten Markt durch das Vertragsprodukt bzw. die Vertragstechnologie verbessert, ausgetauscht oder ersetzt werden können.
124. Potenzieller Wettbewerb 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) verfügt¹¹³.
125. FuE-Vereinbarungen, die unter die FuE-GVO fallen und bestehende Produkte und/oder Technologien betreffen, können z. B. die folgenden Formen annehmen:
- a) eine FuE-Vereinbarung zwischen zwei Unternehmen, die bereits ein bestehendes Produkt anbieten, das durch das Produkt aus der FuE-Zusammenarbeit verbessert, ausgetauscht oder ersetzt werden kann (tatsächliche Wettbewerber),
 - b) eine FuE-Vereinbarung zwischen a) einem Unternehmen, das bereits ein Produkt anbietet, das durch das Vertragsprodukt verbessert, ausgetauscht oder ersetzt werden kann (tatsächlicher Wettbewerber), und b) einem Unternehmen, das ein Produkt erforscht und wahrscheinlich die erforderlichen zusätzlichen Investitionen tätigen würde, um dieses Produkt, das durch das aus der FuE-Zusammenarbeit hervorgehende Produkt (Vertragsprodukt) verbessert, ausgetauscht oder ersetzt werden kann, auf dem räumlich relevanten Markt anzubieten (potenzieller Wettbewerber).
- b) Unternehmen, die in Bezug auf Innovation am Wettbewerb teilnehmen
126. Für die Zwecke der FuE-GVO sind Unternehmen, die in Bezug auf Innovation am Wettbewerb teilnehmen, Unternehmen, die nicht in Bezug auf ein bestehendes

¹¹² Etwaige vertikale Auswirkungen müssen gegebenenfalls gemäß den Vertikal-Leitlinien bewertet werden.

¹¹³ Vgl. ferner Abschnitt 1.2.1. dieser Leitlinien.

Produkt und/oder eine bestehende Technologie am Wettbewerb teilnehmen¹¹⁴ und die unabhängig voneinander FuE-Anstrengungen unternehmen oder ohne die FuE-Vereinbarung in der Lage dazu wären und wahrscheinlich unabhängig voneinander FuE-Anstrengungen unternehmen würden, die Folgendes betreffen:

- a) FuE von neuen Produkten und/oder Technologien, die mit denen identisch bzw. wahrscheinlich austauschbar sind, auf die sich die FuE-Vereinbarung beziehen soll oder
 - b) FuE-Pole, die Ziele verfolgen, die im Wesentlichen mit den Zielen, auf die sich die FuE-Vereinbarung beziehen soll, identisch sind.
127. Betrifft die FuE-Vereinbarung sowohl neue Produkte als auch neue Technologien, so prüfen die Parteien, ob es sich bei ihnen um Unternehmen handelt, die sowohl in Bezug auf die Technologie als auch auf das zu entwickelnde Produkt am Wettbewerb teilnehmen.
128. Die Bewertung der voraussichtlichen Austauschbarkeit neuer Produkte und/oder Technologien sollte sich darauf konzentrieren, ob die Verbraucher diese neuen Produkte und/oder Technologien nach ihrem Markteintritt aufgrund ihrer Merkmale¹¹⁵, ihrer voraussichtlichen Preise und ihrer vorgesehenen Verwendung als austauschbar oder substituierbar ansehen werden.
129. Um als am Wettbewerb teilnehmend zu gelten, müssen FuE-Pole im Wesentlichen denselben Zweck oder dasselbe Ziel verfolgen wie die FuE-Vereinbarung. Dies wird auf der Grundlage zuverlässiger Informationen, z. B. über Art und Umfang der FuE-Anstrengungen, festgelegt.
130. FuE-Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die im Bereich der von der FuE-GVO erfassten Innovationen am Wettbewerb teilnehmen, können beispielsweise folgende Formen annehmen:
- a) eine FuE-Vereinbarung zwischen a) einem Unternehmen, das ein neues Produkt entwickelt, und b) einem Unternehmen, das dasselbe oder ein voraussichtliches Substitut dieses neuen Produkts entwickelt,
 - b) eine FuE-Vereinbarung zwischen a) einem Unternehmen, das ein neues Produkt entwickelt, und b) einem Unternehmen, das in der Lage ist, sich unabhängig an der FuE desselben Produkts oder eines voraussichtlichen Substituts dieses neuen Produkts zu beteiligen und sich wahrscheinlich beteiligen wird (aber noch nicht beteiligt ist),
 - c) eine FuE-Vereinbarung zwischen a) einem Unternehmen, das an FuE-Anstrengungen beteiligt ist, die einen FuE-Pol betreffen, und b) einem Unternehmen, das an einem FuE-Pol beteiligt ist und im Wesentlichen denselben Zweck oder dasselbe Ziel verfolgt,
 - d) eine FuE-Vereinbarung zwischen a) einem Unternehmen, das in einem FuE-Pol tätig ist und b) einem Unternehmen, das in der Lage ist sich unabhängig an einem FuE-Pol zu beteiligen und sich wahrscheinlich beteiligen wird (aber noch nicht beteiligt ist), der im Wesentlichen denselben Zweck oder dasselbe Ziel verfolgt.

¹¹⁴ Vgl. Abschnitt 2.5.4.1 Buchstabe a.

¹¹⁵ Dies kann auch die zugrunde liegenden Technologien für die Produktion der neuen Produkte umfassen.

c) Nicht konkurrierende Unternehmen

131. In der FuE-GVO wird ein „nicht konkurrierendes Unternehmen“ als ein Unternehmen definiert, bei dem es sich weder um ein Unternehmen handelt, das in Bezug auf ein bestehendes Produkt und/oder eine bestehende Technologie am Wettbewerb teilnimmt, noch um ein Unternehmen, das in Bezug auf Innovation am Wettbewerb teilnimmt. Die Parteien einer FuE-Vereinbarung würden als nicht konkurrierende Unternehmen angesehen, wenn beispielsweise ein Unternehmen FuE-Anstrengungen an einem Produkt durchführt, das durch das Vertragsprodukt verbessert, ausgetauscht oder ersetzt werden kann, und ein Unternehmen Forschung in Bezug auf einen FuE-Pol betreibt.
- 2.5.4.2. Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die in Bezug auf ein bestehendes Produkt und/oder eine bestehende Technologie am Wettbewerb teilnehmen
- a) Marktanteilsschwellenwerte für Unternehmen, die in Bezug auf ein bestehendes Produkt und/oder eine bestehende Technologie am Wettbewerb teilnehmen
132. Handelt es sich bei zwei oder mehr der Parteien der FuE-Vereinbarung um konkurrierende Unternehmen für bestehende Produkte und/oder Technologien, so gilt die Freistellung bis zu einem Marktanteilsschwellenwert von 25 %, der zum Zeitpunkt des Abschlusses der FuE-Vereinbarung berechnet wird. Je nachdem, ob es sich bei der FuE-Vereinbarung um eine gemeinsame FuE oder um Auftragsforschung und -entwicklung handelt, gilt dieser Schwellenwert wie folgt¹¹⁶:
- a) Bei FuE-Vereinbarungen, die **gemeinsame FuE** beinhalten, darf der gemeinsame Marktanteil der Parteien der Vereinbarung auf den relevanten Produkt- und Technologiemärkten 25 % nicht übersteigen¹¹⁷.
- b) Bei FuE-Vereinbarungen über **Auftragsforschung und -entwicklung** gilt derselbe Marktanteilsschwellenwert von 25 %, der jedoch nicht nur für die finanzierende Partei selbst gilt, sondern auch alle Parteien einschließen muss, mit denen die finanzierende Partei FuE-Vereinbarungen über dieselben Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien geschlossen hat¹¹⁸.
133. Werden die Ergebnisse der gemeinsamen FuE bzw. der Auftragsforschung und -entwicklung **nicht gemeinsam verwertet**, gilt die Freistellung nach der FuE-GVO für die Dauer der FuE.
134. Werden die Ergebnisse der gemeinsamen FuE bzw. der Auftragsforschung und -entwicklung jedoch **gemeinsam verwertet**, so gilt die Freistellung für die Dauer von sieben Jahren ab dem Zeitpunkt des ersten Inverkehrbringens der Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien im Binnenmarkt¹¹⁹, wenn der Marktanteilsschwellenwert i) zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung über die gemeinsame FuE bzw. die Auftragsforschung und -entwicklung, die die

¹¹⁶ Vgl. Abschnitt 2.4.1 über die Unterscheidung zwischen gemeinsamer FuE und Auftragsforschung und -entwicklung. Vgl. ferner Artikel 1 Absatz 1 Nummer 1 FuE-GVO.

¹¹⁷ Artikel 6 Absatz 2 Buchstabe a FuE-GVO.

¹¹⁸ Artikel 6 Absatz 2 Buchstabe b FuE-GVO. Derartige FuE-Vereinbarungen müssen nicht in den Geltungsbereich der FuE-GVO fallen.

¹¹⁹ Artikel 6 Absatz 4 FuE-GVO.

gemeinsame Verwertung einschließt¹²⁰, oder ii) bei FuE-Vereinbarungen, in denen die Parteien die Ergebnisse einer früheren Vereinbarung gemeinsam verwerten, zum Zeitpunkt des Abschlusses einer solchen vorherigen Vereinbarung¹²¹, erreicht wurde¹²².

135. Nach Ablauf des in Artikel 6 Absatz 4 FuE-GVO genannten Zeitraums von sieben Jahren gilt die Freistellung solange weiter, wie der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf den Märkten, zu denen die Vertragsprodukte oder -technologien gehören, 25 % nicht überschreitet. Dies bedeutet, dass die Parteien zu diesem Zeitpunkt prüfen müssen, zu welchem Markt das Vertragsprodukt oder die Vertragstechnologien gehören und ob ihr gemeinsamer Marktanteil 25 % nicht überschreitet. Überschreitet der gemeinsame Marktanteil nach Ablauf des Zeitraums von sieben Jahren 25 %, gilt die Freistellung in der FuE-GVO noch für zwei aufeinanderfolgende Kalenderjahre nach dem Jahr, in dem der Schwellenwert erstmals überschritten wurde¹²³.

b) Berechnung der Marktanteile für bestehende Produkt- und Technologiemarkte

136. Zu Beginn einer FuE-Zusammenarbeit für ein bestehendes Produkt und/oder eine bestehende Technologie ist der Bezugspunkt der bestehende Markt für Produkte oder Technologien, die durch die Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien verbessert, ausgetauscht oder ersetzt werden können.
137. Wenn die FuE-Vereinbarung auf die **Verbesserung**, den **Austausch** oder den **Ersatz bestehender** Produkte oder Technologien abzielt, können die Marktanteile unter Bezugnahme auf die bestehenden Produkte oder Technologien berechnet werden, die verbessert, ausgetauscht oder ersetzt werden sollen. Wird ein bestehendes Produkt oder eine bestehende Technologie in erheblichem Maße verändert, sind die Marktanteile unter Bezugnahme auf bestehende Produkte oder Technologien weniger aussagekräftig, können aber dennoch als Anhaltspunkt für die Bewertung der Marktstellung der Parteien herangezogen werden. Wenn keine Absatzwerte verfügbar sind, kann die Marktanteilsberechnung auch auf anderen zuverlässigen Marktinformationen beruhen, einschließlich der Ausgaben für FuE¹²⁴.
138. Gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b FuE-GVO müssen die Marktanteile anhand der Angaben für das vorangegangene Kalenderjahr ermittelt werden¹²⁵. Für bestimmte Märkte kann es erforderlich sein, die Marktanteile auf der Grundlage des Durchschnitts der Marktanteile der Parteien in den letzten drei vorangegangenen Kalenderjahren zu berechnen. Dies kann z. B. dann relevant sein, wenn es Auftragsmärkte gibt und sich die Marktanteile von einem Jahr zum anderen erheblich

¹²⁰ Gemäß der Begriffsbestimmung in Artikel 1 Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe a Ziffer ii und Nummer 1 Buchstabe b Ziffer ii FuE-GVO.

¹²¹ Gemäß Artikel 1 Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe c und Nummer 1 Buchstabe d.

¹²² Wie in Abschnitt 2.4.2 dieser Leitlinien erwähnt, muss auch die vorherige Vereinbarung über eine gemeinsame FuE bzw. Auftragsforschung und -entwicklung die Voraussetzungen erfüllen, um unter die Freistellung der FuE-GVO zu fallen.

¹²³ Artikel 6 Absatz 5 FuE-GVO.

¹²⁴ Artikel 7 Absatz 1 FuE-GVO.

¹²⁵ In Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b FuE-GVO ist vorgesehen, dass in Fällen, in denen das vorangegangene Kalenderjahr für die Marktanteile der Parteien auf dem relevanten Markt bzw. den relevanten Märkten nicht repräsentativ ist, die Marktanteile auf der Grundlage eines Durchschnitts der Marktanteilsdaten der Parteien für die letzten drei vorangegangenen Kalenderjahre ermittelt werden.

verändern können (z. B. von 0 % auf 100 %), je nachdem, ob eine Partei im Ausschreibungsverfahren erfolgreich war oder nicht. Dies kann auch für Märkte relevant sein, die durch seltene Großaufträge gekennzeichnet sind, für die der Marktanteil des vorangegangenen Kalenderjahres möglicherweise nicht repräsentativ ist, z. B. wenn im vorangegangenen Kalenderjahr kein Großauftrag erteilt wurde. Eine weitere Situation, in der es notwendig sein kann, die Marktanteile auf der Grundlage eines Durchschnitts der letzten drei vorangegangenen Kalenderjahre zu berechnen, ist das Auftreten einer Störung von Angebot oder Nachfrage in dem Kalenderjahr, das der Vereinbarung über die Zusammenarbeit vorausgeht.

139. In der FuE-GVO ist vorgesehen, dass die Berechnung der Marktanteile auf der Grundlage des Absatzwerts erfolgen soll. Liegen keine Angaben über den Absatzwert vor, so können zur Ermittlung des Marktanteils Schätzungen vorgenommen werden, die auf anderen verlässlichen Marktdaten unter Einschluss der Absatzmengen, der Ausgaben für FuE oder der FuE-Kapazitäten beruhen.
140. 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. Ein alternativer Ansatz ist die Berechnung der Marktanteile auf dem Technologiemarkt auf der Grundlage der Verkäufe von Produkten oder Dienstleistungen, die die lizenzierte Technologie auf nachgelagerten Produktmärkten enthalten. Dabei werden sämtliche Umsätze auf dem relevanten Produktmarkt berücksichtigt, unabhängig davon, ob das Produkt eine lizenzierte Technologie enthält oder nicht¹²⁶.

2.5.4.3. Vereinbarungen über neue Produkte und/oder Technologien und FuE-Pole¹²⁷

a) Schwellenwert für neue Produkte und/oder Technologien und FuE-Pole

141. Handelt es sich bei zwei oder mehr der Parteien der FuE-Vereinbarung um Unternehmen, die in Bezug auf Innovation am Wettbewerb teilnehmen, so gilt die Freistellung, wenn zum Zeitpunkt des Abschlusses der FuE-Vereinbarung neben den FuE-Anstrengungen der Parteien der FuE-Vereinbarung drei oder mehr konkurrierende FuE-Anstrengungen bestehen, die mit diesen vergleichbar sind¹²⁸.
142. Eine FuE-Vereinbarung zwischen Unternehmen, die in Bezug auf Innovation am Wettbewerb teilnehmen, kann ferner zu Ergebnissen führen, die die Parteien gemeinsam verwerten können (Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien). Ob in der Vereinbarung eine solche gemeinsame Verwertung vorgesehen ist oder nicht, wirkt sich auf die Dauer der Freistellung nach der FuE-GVO aus.
143. Werden die Ergebnisse der gemeinsamen FuE bzw. der Auftragsforschung und -entwicklung über neue Produkte und/oder Technologien oder FuE-Pole **nicht gemeinsam verwertet** und erfüllt die Vereinbarung die

¹²⁶ Vgl. auch die Technologietransfer-Leitlinien zu den relevanten Merkmalen für die Berechnung von Marktanteilen auf Technologiemarkten.

¹²⁷ In Artikel 12 FuE-GVO ist vorgesehen, dass Artikel 1 Absatz 1 Nummer 18 und Artikel 6 Absatz 3 FuE-GVO nur für nach dem 31. Dezember 2022 in Kraft tretende FuE-Vereinbarungen zwischen in Bezug auf Innovation am Wettbewerb teilnehmende Unternehmen gelten.

¹²⁸ Artikel 6 Absatz 3 FuE-GVO. Betrifft die FuE-Vereinbarung neue Produkte und neue Technologien, so gilt die Freistellung, wenn zum Zeitpunkt des Abschlusses der FuE-Vereinbarung neben den FuE-Anstrengungen der Parteien der FuE-Vereinbarung auf Technologie- und Produktebene noch drei oder mehr konkurrierende FuE-Anstrengungen bestehen, die mit diesen vergleichbar sind.

Freistellungsvoraussetzungen der FuE-GVO, so gilt die Freistellung **für die Dauer der FuE**.

144. Werden die Ergebnisse der gemeinsamen FuE bzw. der Auftragsforschung und -entwicklung in Bezug auf neue Produkte und/oder Technologien oder FuE-Pole jedoch **gemeinsam verwertet**, so gilt die Freistellung für die Dauer von sieben Jahren ab dem Zeitpunkt, zu dem die daraus resultierenden Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien erstmals im Binnenmarkt in Verkehr gebracht werden¹²⁹. Dies gilt, wenn die Vereinbarung die Freistellungsvoraussetzungen der FuE-GVO¹³⁰: i) zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung erfüllt, die gemeinsame FuE bzw. Auftragsforschung und -entwicklung zum Gegenstand hat und eine gemeinsame Verwertung vorsieht¹³¹ oder ii) bei FuE-Vereinbarungen, mit denen die Parteien die gemeinsame Verwertung der Ergebnisse einer früheren Vereinbarung¹³² verfolgen, zum Zeitpunkt des Abschlusses einer solchen früheren Vereinbarung¹³³.
145. Nach Ablauf des Zeitraums von sieben Jahren sollten die Parteien in der Lage sein, ihre Marktanteile auf den Märkten für das resultierende Vertragsprodukt oder die Vertragstechnologie zu berechnen. Die Freistellung gilt daher nur so lange, wie der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf den Märkten, zu denen die Vertragsprodukte oder -technologien gehören, 25 % nicht überschreitet¹³⁴. Überschreitet der gemeinsame Marktanteil nach Ablauf des Zeitraums von sieben Jahren 25 %, gilt die Freistellung in der FuE-GVO noch für zwei aufeinanderfolgende Kalenderjahre nach dem Jahr, in dem der Schwellenwert erstmals überschritten wurde¹³⁵.
- b) Prüfung des Vorliegens konkurrierender und vergleichbarer FuE-Anstrengungen
146. Damit eine FuE-Zusammenarbeit im Bereich der Innovation freigestellt werden kann, müssen drei **konkurrierende** und **vergleichbare** FuE-Anstrengungen vorliegen.
147. Aus der Definition des Begriffs „konkurrierende FuE-Anstrengungen“ in Artikel 1 Absatz 1 Nummer 19 FuE-GVO¹³⁶ ergibt sich, dass bei der Ermittlung **konkurrierender FuE-Anstrengungen** zu berücksichtigen ist, ob

¹²⁹ Artikel 6 Absatz 4 FuE-GVO.

¹³⁰ Die Freistellungsvoraussetzungen sind in Titel III der FuE-GVO beschrieben und umfassen u. a. den in Artikel 6 Absatz 3 FuE-GVO beschriebenen Schwellenwert.

¹³¹ Gemäß der Begriffsbestimmung in Artikel 1 Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe a Ziffer ii und Nummer 1 Buchstabe b Ziffer ii FuE-GVO.

¹³² Gemäß der Begriffsbestimmung in Artikel 1 Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe c und Nummer 1 Buchstabe d FuE-GVO.

¹³³ Wie in Abschnitt 2.4.2 dieser Leitlinien erwähnt, muss auch die vorherige Vereinbarung über eine gemeinsame FuE bzw. Auftragsforschung und -entwicklung die Voraussetzungen erfüllen, um unter die Freistellung der FuE-GVO zu fallen.

¹³⁴ Artikel 6 Absatz 5 FuE-GVO.

¹³⁵ Artikel 6 Absatz 5 FuE-GVO.

¹³⁶ „Konkurrierende FuE-Anstrengungen“ sind FuE-Anstrengungen, die ein Dritter allein oder in Zusammenarbeit mit weiteren Dritten unternimmt oder zu der ein Dritter in der Lage ist und die er wahrscheinlich unabhängig unternimmt und die a) die Forschung zu und Entwicklung von neuen Produkten und/oder Technologien betrifft, die mit denen identisch sind bzw. wahrscheinlich austauschbar sind, auf die sich die FuE-Vereinbarung beziehen soll, oder b) FuE-Pole betrifft, die Ziele verfolgen, die im Wesentlichen mit den Zielen, auf die sich die FuE-Vereinbarung beziehen soll, identisch sind. Diese Dritten müssen von den Parteien der FuE-Vereinbarung unabhängig sein.

- a) die FuE-Anstrengungen die FuE derselben oder wahrscheinlich austauschbarer neuer Produkte und/oder Technologien oder FuE-Pole betreffen, die im Wesentlichen denselben Zweck oder dasselbe Ziel verfolgen wie die von der FuE-Vereinbarung zu erfassenden,
 - b) es Dritte gibt, die bereits an den FuE-Anstrengungen beteiligt sind oder die in der Lage sind, solche Anstrengungen unabhängig durchzuführen und wahrscheinlich durchführen werden, und
 - c) diese Dritten von den Parteien der FuE-Vereinbarung unabhängig sind.
148. Erstens kann die Frage, ob die **FuE-Anstrengungen dieselben oder wahrscheinlich austauschbare** neue Produkte und/oder Technologien oder FuE-Pole **betreffen**, die **im Wesentlichen denselben Zweck oder dasselbe Ziel**, auf dieselbe Weise beantwortet werden wie bei der in Abschnitt 2.5.4.1 dargelegten Bewertung von Unternehmen, die in Bezug auf Innovation am Wettbewerb teilnehmen.
149. Zweitens können konkurrierende FuE-Anstrengungen solche sein, an denen die **Dritten bereits** allein oder in Zusammenarbeit mit anderen Dritten **beteiligt** sind. Dies bedeutet, dass die FuE-Anstrengungen entweder von einem einzelnen Dritten oder gemeinsam von mehreren Dritten durchgeführt werden können. Als konkurrierende FuE-Anstrengungen können auch solche Anstrengungen bezeichnet werden, an denen sich ein Dritter **unabhängig beteiligen kann und wahrscheinlich beteiligen wird**. Ob ein Dritter in der Lage ist, dieselben oder wahrscheinlich austauschbare neue Produkte und/oder Technologien oder FuE-Pole, die im Wesentlichen denselben Zweck oder dasselbe Ziel wie die von der FuE-Vereinbarung erfassten zu verfolgen, zu erforschen und zu entwickeln und diese wahrscheinlich erforschen und entwickeln wird, kann anhand des Zugangs des Dritten zu den einschlägigen finanziellen und personellen Ressourcen, seines geistigen Eigentums, seines Know-hows oder anderer spezialisierter Vermögenswerte oder seiner bisherigen FuE-Anstrengungen ermittelt werden.
150. Drittens sollen in Bezug auf die Frage, ob die FuE-Anstrengungen **von Dritten** unternommen werden, die von den Parteien der FuE-Vereinbarung **unabhängig sind**, nur solche FuE-Anstrengungen in die Bewertung einbezogen werden, an denen die Parteien der FuE-Vereinbarung nicht beteiligt sind.
151. Die **Bewertung der Vergleichbarkeit konkurrierender FuE-Anstrengungen** mit denen der Parteien der FuE-Vereinbarung erfolgt gemäß der FuE-GVO auf der Grundlage zuverlässiger Informationen über i) Umfang, Stadium und Zeitplan der FuE-Anstrengungen, ii) die finanziellen und personellen Ressourcen der Dritten, ihr geistiges Eigentum, ihr Know-how oder andere spezialisierte Vermögenswerte, ihre früheren FuE-Anstrengungen (bzw. den Zugang dazu) und iii) die Fähigkeit und Wahrscheinlichkeit der Dritten, mögliche Ergebnisse ihrer FuE-Anstrengungen direkt oder indirekt auf dem Binnenmarkt zu verwerten¹³⁷.
152. Die Kriterien müssen auf der Grundlage einer Einzelfallprüfung angewandt werden, bei der die Faktoren abgewogen werden, die für und gegen die Vergleichbarkeit sprechen. Anhand dieser Abwägung soll letztlich festgestellt werden, ob die

¹³⁷ Artikel 7 Absatz 2 FuE-GVO. Für Dritte, die in der Lage sind, konkurrierende FuE-Anstrengungen zu unternehmen und diese wahrscheinlich unternehmen werden, wären nur die zweite und dritte Gruppe von Merkmalen für die Beurteilung der Vergleichbarkeit relevant.

konkurrierenden FuE-Anstrengungen einen Wettbewerbsdruck auf die Parteien der FuE-Vereinbarung ausüben.

153. Die erste Gruppe von Merkmalen zur Bewertung der Vergleichbarkeit ist **mit den FuE-Anstrengungen selbst verbunden**. Sie betreffen den Umfang, das Stadium und den Zeitplan der FuE-Anstrengungen. Dies bedeutet beispielsweise, dass konkurrierende FuE-Anstrengungen eines Dritten, die mindestens denselben oder einen ähnlichen Umfang haben oder sich in einem ähnlichen oder fortgeschritteneren Entwicklungsstadium befinden als die von der FuE-Vereinbarung erfassten FuE-Anstrengungen, einen Wettbewerbsdruck ausüben können, was für die Vergleichbarkeit sprechen würde. So sind z. B. auch FuE-Anstrengungen Dritter in Bezug auf den Zeitplan, die sechs bis acht Jahre vor dem Markteintritt liegen, mit FuE-Anstrengungen der Parteien der FuE-Vereinbarung, die ein Jahr vor dem Markteintritt liegen, nicht unbedingt vergleichbar.
154. Die zweite Gruppe von Merkmalen **hängt mit den Fähigkeiten des/der Dritten zusammen, die die FuE-Anstrengungen durchführen**. Sie betrifft die finanziellen und personellen Ressourcen, das geistige Eigentum, das Know-how, andere spezielle Vermögenswerte oder die bisherigen FuE-Anstrengungen des/der Dritten (bzw. den Zugang dazu). Diese Merkmale sind wichtig, um festzustellen, ob die Ressourcen und Fähigkeiten, mit denen die FuE-Anstrengungen Dritter unterstützt werden, vergleichbar sind und daher zumindest eine ähnliche Entwicklungsgeschwindigkeit und ähnliche Ergebnisse erwarten lassen und somit einen Wettbewerbsdruck ausüben. So sind die FuE-Anstrengungen eines Dritten möglicherweise nicht vergleichbar, wenn er nicht über die finanziellen und personellen Ressourcen verfügt, um ähnliche FuE-Anstrengungen zu unternehmen. Entsprechend sind die positiven Erfahrungswerte eines Dritten bei ähnlichen FuE-Projekten wie dem, das Gegenstand der FuE-Vereinbarung sein soll, Merkmal für eine Vergleichbarkeit. Darüber hinaus kann in bestimmten Sektoren auch ein ähnlicher Zugang zu und/oder ein ähnlicher Besitz von einschlägigen Rechten des geistigen Eigentums (z. B. Patenten) oder von einschlägigem Know-how des Dritten für die Vergleichbarkeit sprechen.
155. Die dritte Gruppe von **Merkmalen steht im Zusammenhang mit der Verwertung der Ergebnisse**. Sie bezieht sich auf die Fähigkeit und die Wahrscheinlichkeit (d. h. die Anreize, sich weiter zu beteiligen, um die Ergebnisse auf den Markt zu bringen) der Dritten, mögliche Ergebnisse der FuE-Anstrengungen auf dem Binnenmarkt zu verwerten. Dies bedeutet beispielsweise, dass FuE-Anstrengungen, die wahrscheinlich nur außerhalb der EU verwertet werden und nicht auf den Binnenmarkt gelangen, nicht mit den FuE-Anstrengungen vergleichbar sind, die Gegenstand der FuE-Vereinbarung sind und deren Ergebnisse im Binnenmarkt in Verkehr gebracht würden.
- 2.5.4.4. Vereinbarungen zwischen nicht konkurrierenden Unternehmen
156. Handelt es sich bei den Parteien der FuE-Vereinbarung um **nicht konkurrierende Unternehmen**, gelten für die Parteien keine Schwellenwerte¹³⁸. Werden die FuE-Ergebnisse **nicht gemeinsam verwertet**, gilt die Freistellung für die gesamte Dauer der FuE-Vereinbarung.

¹³⁸ Artikel 6 Absatz 1 FuE-GVO.

157. Werden die FuE-Ergebnisse **gemeinsam verwertet**, so gilt die Freistellung weitere sieben Jahre ab dem Moment des ersten Inverkehrbringens der Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien im Binnenmarkt.
158. Nach Ablauf des Zeitraums von sieben Jahren sollten die Parteien in der Lage sein, ihre Marktanteile auf den Märkten für das resultierende Vertragsprodukt oder die Vertragstechnologie zu berechnen. Die Freistellung gilt nur so lange, wie der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf den Märkten, zu denen die Vertragsprodukte oder -technologien gehören, 25 % nicht überschreitet. Überschreitet der gemeinsame Marktanteil auf einem dieser Märkte nach Ablauf des Zeitraums von sieben Jahren 25 %, gilt die Freistellung in der FuE-GVO noch für zwei aufeinanderfolgende Kalenderjahre nach dem Jahr, in dem der Schwellenwert erstmals überschritten wurde¹³⁹.

2.6. Kernbeschränkungen und nicht freigestellte Beschränkungen

2.6.1. Kernbeschränkungen

159. In Artikel 8 FuE-GVO sind die sogenannten Kernbeschränkungen aufgelistet. Diese werden als schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen angesehen, die in den meisten Fällen wegen des Schadens, den sie dem Markt und den Verbrauchern zufügen, verboten werden sollten. FuE-Vereinbarungen, die eine oder mehrere Kernbeschränkungen enthalten, sind insgesamt vom Geltungsbereich der Freistellung nach der FuE-GVO ausgeschlossen.
160. Die in Artikel 8 FuE-GVO aufgeführten Kernbeschränkungen lassen sich in die folgenden Kategorien einteilen: i) Beschränkungen der Freiheit der Parteien, andere FuE-Anstrengungen durchzuführen, ii) Beschränkungen von Produktion oder Absatz und Festsetzung der Preise, iii) aktive und passive Verkaufsbeschränkungen und iv) sonstige Kernbeschränkungen.
- 2.6.1.1. Beschränkung der Freiheit der Parteien, andere FuE-Anstrengungen durchzuführen
161. Nach Artikel 8 Absatz 1 FuE-GVO sind FuE-Vereinbarungen von der Freistellung ausgenommen, die die Freiheit der Parteien einschränken, unabhängig oder in Zusammenarbeit mit Dritten FuE-Anstrengungen durchzuführen, und zwar entweder
- a) in einem Bereich, der nicht mit dem der FuE-Vereinbarung zusammenhängt, oder
 - b) in dem Bereich, auf den sich die FuE-Vereinbarung bezieht, oder in einem damit verbundenen Bereich nach Abschluss der FuE-Anstrengungen.
162. Mit anderen Worten: Die Parteien einer FuE-Vereinbarung müssen jederzeit die Freiheit haben, FuE-Anstrengungen in Bereichen durchzuführen, die nicht mit den von der FuE-Vereinbarung erfassten Bereichen verbunden sind. Die Parteien müssen auch nach Abschluss der von der FuE-Vereinbarung erfassten FuE-Anstrengungen frei bleiben, um FuE-Anstrengungen in dem Bereich, auf den sich die FuE-Vereinbarung bezieht, oder in einem damit verbundenen Bereich durchzuführen. Andernfalls gilt die Freistellung nach der FuE-GVO nicht für die FuE-Vereinbarung.

¹³⁹ Artikel 6 Absatz 5 FuE-GVO.

2.6.1.2. Beschränkungen von Produktion oder Absatz und Festsetzung der Preise

163. Artikel 8 Absatz 2 FuE-GVO schließt FuE-Vereinbarungen, die Beschränkungen von Produktion oder Absatz beinhalten, von der Freistellung aus. Wenn Wettbewerber vereinbaren, die Menge zu begrenzen, die jeder von ihnen produzieren oder verkaufen darf, stellt dies in der Regel eine schwerwiegende Einschränkung des Wettbewerbs dar. Die Festlegung von Produktionszielen ist jedoch nicht als Kernbeschränkung zu betrachten, wenn die gemeinsame Verwertung der Ergebnisse die gemeinsame Produktion der Vertragsprodukte umfasst¹⁴⁰. Ebenso ist die Festlegung von Absatzzielen nicht als Kernbeschränkung zu betrachten, wenn die gemeinsame Verwertung der Ergebnisse den gemeinsamen Vertrieb der Vertragsprodukte oder die gemeinsame Erteilung von Lizenzen für die Vertragstechnologien umfasst und durch ein gemeinsames Team, eine gemeinsame Organisation oder ein gemeinsames Unternehmen oder durch einen von den Parteien gemeinsam beauftragten Dritten durchgeführt wird¹⁴¹. Dies gilt auch für Verhaltensweisen, die eine Spezialisierung im Rahmen der Verwertung darstellen¹⁴² und bestimmte Wettbewerbsverbote¹⁴³.
164. Gemäß Artikel 8 Absatz 3 FuE-GVO gelten auch die Festsetzung von Preisen beim Verkauf von Produkten oder die Festsetzung von Lizenzgebühren bei der Lizenzierung von Technologien an Dritte als Kernbeschränkungen. Die Festsetzung der Preise für direkte Abnehmer und die Festsetzung der Lizenzgebühren für direkte Lizenznehmern, wenn die gemeinsame Verwertung der Ergebnisse den gemeinsamen Vertrieb der Vertragsprodukte oder die gemeinsame Erteilung von Lizenzen für die Vertragstechnologien umfasst und durch ein gemeinsames Team, eine gemeinsame Organisation oder ein gemeinsames Unternehmen oder durch einen von den Parteien gemeinsam beauftragten Dritten durchgeführt wird, ist jedoch nicht als Kernbeschränkung zu behandeln.

2.6.1.3. Aktive und passive Verkaufsbeschränkungen

165. Artikel 8 Absätze 4, 5 und 6 FuE-GVO betreffen aktive und passive Verkaufsbeschränkungen. In Bezug auf FuE-Vereinbarungen werden „**passive Verkäufe**“ in Artikel 1 Absatz 1 Nummer 24 FuE-GVO definiert als auf unaufgeforderte Anfragen einzelner Kunden zurückgehenden Verkäufe – einschließlich der Lieferung von Produkten an oder der Erbringung von Dienstleistungen für den bzw. die Kunden –, der nicht durch aktive Ansprache des betreffenden Kunden, der betreffenden Kundengruppe bzw. des betreffenden Gebiets ausgelöst wurde; zu den passiven Verkäufen gehören Verkäufe, die sich aus der Teilnahme an privaten oder öffentlichen Ausschreibungen ergeben.
166. „Aktiver Verkauf“ bezeichnet jegliche Art des Verkaufs außer passivem Verkauf, einschließlich
- a) des gezielten Ansprechens von Kunden durch Besuche, Schreiben, E-Mails, Anrufe oder sonstige Formen der direkten Kommunikation oder durch gezielte Werbung oder Absatzförderung, offline oder online, beispielsweise durch Printmedien oder digitale Medien, einschließlich Online-Medien,

¹⁴⁰ Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe a FuE-GVO.

¹⁴¹ Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe b FuE-GVO.

¹⁴² Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe c FuE-GVO. Zur Begriffsbestimmung der „Spezialisierung im Rahmen der Verwertung“ siehe Artikel 1 Absatz 1 Nummer 14 FuE-GVO und Abschnitt 2.4.2 dieser Leitlinien.

¹⁴³ Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe d FuE-GVO.

- Preisvergleichsinstrumenten oder Suchmaschinenwerbung, die auf Kunden in bestimmten Gebieten oder aus bestimmten Kundengruppen ausgerichtet ist,
- b) des Anbietens von Sprachoptionen auf einer Website, die sich von den in dem Gebiet, in dem der Händler niedergelassen ist, üblicherweise verwendeten Sprachoptionen unterscheiden,
 - c) des Anbietens einer Website mit einem Domännennamen, der einem anderen Gebiet entspricht als dem, in dem der Händler niedergelassen ist.
167. Mit Artikel 8 Absatz 4 FuE-GVO wird die Freistellung der FuE-GVO für FuE-Vereinbarungen, die passive Verkaufsbeschränkungen enthalten, aufgehoben. Dies gilt für alle passiven Verkaufsbeschränkungen in Bezug auf a) das Gebiet oder b) die Abnehmer, in dem bzw. an die die Parteien die Vertragsprodukte passiv verkaufen oder Lizenzen für die Vertragstechnologien erteilen dürfen, nicht aber für die Verpflichtung, Lizenzen für die Ergebnisse exklusiv einer anderen Partei zu erteilen. Der Grund für die letztgenannte Ausnahme liegt darin, dass den Parteien ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt wird, dass nur eine Partei die Vertragsprodukte auf der Grundlage einer von den anderen Parteien erteilten ausschließlichen Lizenz herstellt und vertreibt¹⁴⁴.
168. Gemäß Artikel 8 Absatz 5 FuE-GVO wird die Freistellung der FuE-GVO für FuE-Vereinbarungen, die bestimmte Beschränkungen des aktiven Verkaufs enthalten, aufgehoben. Dies gilt für die Verpflichtung, die Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien nicht oder nur in beschränktem Umfang aktiv in Gebieten oder an Kunden zu verkaufen, die einer der Parteien nicht im Wege der Spezialisierung im Rahmen der Verwertung ausschließlich zugewiesen sind.
169. Dies bedeutet, dass der aktive Verkauf nicht unter den Parteien eingeschränkt werden darf, es sei denn, die Parteien weisen sich im Rahmen einer Spezialisierung der Verwertung gegenseitig Gebiete oder Kunden zu¹⁴⁵.
- 2.6.1.4. Sonstige Kernbeschränkungen
170. Die FuE-GVO enthält zwei weitere Kernbeschränkungen. Erstens: Wenn die Parteien im Rahmen der Verwertung die Gebiete untereinander aufgeteilt oder die Abnehmer im Rahmen der Spezialisierung zugewiesen haben, dann handelt es sich um eine Kernbeschränkung, wenn eine Partei sich weigern muss, die Nachfrage von Abnehmern zu befriedigen, die der anderen Partei zugewiesen wurden, wenn diese Abnehmer die Vertragsprodukte oder die Vertragstechnologien in anderen Gebieten des Binnenmarktes vertreiben würden¹⁴⁶.
171. Zweitens: Die Verpflichtung, Nutzern oder Wiederverkäufern den Bezug der Vertragsprodukte von anderen Wiederverkäufern auf dem Binnenmarkt zu erschweren gilt, ebenfalls als Kernbeschränkung¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Gemäß der Begriffsbestimmung der „Spezialisierung im Rahmen der Verwertung“ in Artikel 1 Absatz 1 Nummer 14 FuE-GVO.

¹⁴⁵ Vgl. Begriffsbestimmung der „Spezialisierung im Rahmen der Verwertung“ in Artikel 1 Absatz 1 Nummer 14 FuE-GVO.

¹⁴⁶ Artikel 8 Absatz 6 FuE-GVO.

¹⁴⁷ Artikel 8 Absatz 7 FuE-GVO.

2.6.2. nicht freigestellte Beschränkungen

172. In Artikel 9 FuE-GVO werden bestimmte in FuE-Vereinbarungen enthaltene Verpflichtungen von der Freistellung durch die FuE-GVO ausgeschlossen. Dabei handelt es sich um Verpflichtungen, bei denen nicht mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass sie die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllen. Anders als bei Kernbeschränkungen, die unter Artikel 8 FuE-GVO fallen, wird durch die nicht freigestellte Beschränkungen nicht der Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung für die gesamte FuE-Vereinbarung aufgehoben. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn die betreffende Beschränkung vom Rest der Vereinbarung getrennt werden kann. Ist die Beschränkung trennbar, gilt für den Rest der Vereinbarung weiterhin die Freistellung nach der FuE-GVO.
173. nicht freigestellte Beschränkungen unterliegen einer Einzelfallprüfung nach Artikel 101. Es ist nicht davon auszugehen, dass die nicht freigestellten Beschränkungen in den Anwendungsbereich des Artikels 101 Absatz 1 fallen oder die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 nicht erfüllen.
174. Die erste nicht freigestellte Beschränkung ist die Verpflichtung, die Gültigkeit von Rechten des geistigen Eigentums, die die Parteien im Binnenmarkt besitzen, nicht anzufechten,
- a) nachdem die FuE für Rechte des geistigen Eigentums, die für die FuE relevant sind, abgeschlossen wurde oder
 - b) nachdem die FuE-Vereinbarung für Rechte des geistigen Eigentums, die die Ergebnisse der FuE schützen, abgelaufen ist¹⁴⁸.
175. Der Grund für den Ausschluss solcher Verpflichtungen von der Gruppenfreistellung liegt darin, dass Parteien, die über einschlägige Informationen verfügen, um ein irrtümlich erteiltes Recht des geistigen Eigentums zu identifizieren, nicht daran gehindert werden sollten, die Gültigkeit dieser Rechte des geistigen Eigentums anzufechten. Bei solchen Beschränkungen kann nicht grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt sind, sodass die Parteien die Beschränkungen selbst prüfen müssen. Bei Bestimmungen, die eine Beendigung der FuE-Vereinbarung für den Fall vorsehen, dass eine der Parteien die Gültigkeit von Rechten des geistigen Eigentums anzweifelt, die für die FuE-Vereinbarung von Bedeutung sind oder die FuE-Ergebnisse schützen, handelt es sich jedoch um freigestellte Beschränkungen.
176. Die zweite nicht freigestellte Beschränkung ist die Verpflichtung, Dritten keine Lizenzen für die Produktion der Vertragsprodukte oder die Anwendung der Vertragstechnologien zu erteilen. Dies bedeutet, dass es den Parteien grundsätzlich freistehen sollte, Lizenzen an Dritte zu vergeben. Eine Ausnahme gilt, wenn FuE-Vereinbarungen die Verwertung der Ergebnisse der gemeinsamen FuE oder der Auftragsforschung und -entwicklung durch mindestens eine der Parteien vorsehen und diese Verwertung im Binnenmarkt gegenüber Dritten erfolgt.

2.7. Entzug des Rechtsvorteils der FuE-GVO

177. Die Kommission kann den Rechtsvorteil der FuE-GVO gemäß Artikel 29 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 entziehen, wenn sie feststellt, dass eine FuE-Vereinbarung, für die die Freistellung nach der FuE-GVO gilt, im Einzelfall doch

¹⁴⁸ Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a FuE-GVO.

bestimmte Auswirkungen hat, die mit Artikel 101 Absatz 3 unvereinbar sind. Hat eine solche Vereinbarung im Einzelfall Auswirkungen, die mit Artikel 101 Absatz 3 im Gebiet eines Mitgliedstaats oder in einem Teil davon, der alle Merkmale eines gesonderten räumlichen Marktes aufweist, unvereinbar sind, kann die nationale Wettbewerbsbehörde ferner gemäß Artikel 29 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 den Rechtsvorteil der FuE-GVO in Bezug auf dieses Gebiet entziehen. In Artikel 29 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 werden die Gerichte der Mitgliedstaaten nicht erwähnt, die daher nicht befugt sind, den Rechtsvorteil der FuE-GVO zu entziehen, es sei denn, das betreffende Gericht ist eine benannte Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaats gemäß Artikel 35 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003.

178. Die Kommission und die nationalen Wettbewerbsbehörden können den Rechtsvorteil der FuE-GVO insbesondere dann entziehen, wenn
- a) das Bestehen einer FuE-Vereinbarung den Anwendungsbereich Dritter für die Durchführung von FuE-Arbeiten auf dem Gebiet (den Gebieten) der Vertragsprodukte, Vertragstechnologien oder FuE-Pole erheblich einschränkt, was zum Beispiel auf begrenzte Forschungskapazitäten zurückzuführen sein könnte,
 - b) der Zugang Dritter zum Markt für die Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien durch das Bestehen der FuE-Vereinbarung erheblich eingeschränkt wird, was zum Beispiel auf die besondere Angebotsstruktur zurückzuführen sein könnte,
 - c) die Parteien die Ergebnisse der gemeinsamen FuE oder der Auftragsforschung und -entwicklung ohne objektiv gerechtfertigten Grund nicht gegenüber Dritten verwerten,
 - d) wenn die Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien im Binnenmarkt oder in einem wesentlichen Teil desselben nicht mit Produkten oder Technologien im wirksamen Wettbewerb stehen, die aufgrund ihrer Eigenschaften, ihres Preises und ihres Verwendungszwecks von den Nutzern als gleichartig angesehen werden.
179. Gemäß Artikel 29 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 kann die Kommission den Rechtsvorteil der FuE-GVO von sich aus oder aufgrund einer Beschwerde entziehen. Dies schließt die Möglichkeit für die nationalen Wettbewerbsbehörden ein, die Kommission zu ersuchen, den Rechtsvorteil der FuE-GVO in einem bestimmten Fall zu entziehen, unbeschadet der Anwendung der Regeln für die Fallzuweisung und Unterstützung innerhalb des Europäischen Wettbewerbsnetzes¹⁴⁹ sowie unbeschadet ihrer eigenen Entzugsbefugnis gemäß Artikel 29 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003. Wenn mindestens drei nationale Wettbewerbsbehörden die Kommission ersuchen, Artikel 29 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 in einem bestimmten Fall anzuwenden, erörtert die Kommission den Fall im Rahmen des Europäischen Wettbewerbsnetzes, um zu entscheiden, ob der Rechtsvorteil der FuE-GVO zu entziehen ist oder nicht. In diesem Zusammenhang berücksichtigt die Kommission weitestgehend die Ansichten der nationalen Wettbewerbsbehörden, die die Kommission um Entzug des

¹⁴⁹ Vgl. Kapitel IV der Verordnung (EG) Nr. 1/2003.

Rechtsvorteils der FuE-GVO ersucht haben, um fristgerecht zu entscheiden, ob die Voraussetzungen für einen Entzug im konkreten Fall erfüllt sind.

180. Nach Artikel 29 Absätze 1 und 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 hat die Kommission die ausschließliche Zuständigkeit für den unionsweiten Entzug des Rechtsvorteils der FuE-GVO, d. h., sie kann den Rechtsvorteil der FuE-GVO in Bezug auf FuE-Vereinbarungen entziehen, die den Wettbewerb auf einem räumlich relevanten Markt, der größer ist als das Gebiet eines einzelnen Mitgliedstaats, beschränken, während die nationalen Wettbewerbsbehörden den Rechtsvorteil der Verordnung nur in Bezug auf das Gebiet ihres jeweiligen Mitgliedstaats entziehen können.
181. Daher bezieht sich die Entzugsbefugnis einer einzelnen nationalen Wettbewerbsbehörde auf Fälle, in denen der relevante Markt einen einzigen Mitgliedstaat oder eine Region umfasst, die sich ausschließlich in einem Mitgliedstaat oder einem Teil davon befindet. In einem solchen Fall ist die nationale Wettbewerbsbehörde befugt, den Rechtsvorteil der FuE-GVO in Bezug auf die FuE-Vereinbarung zu entziehen, die auf diesem nationalen oder regionalen Markt Wirkungen hat, die mit Artikel 101 Absatz 3 unvereinbar sind. Es handelt sich insofern um eine konkurrierende Zuständigkeit, da Artikel 29 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 die Kommission ferner ermächtigt, den Rechtsvorteil der FuE-GVO in Bezug auf einen nationalen oder regionalen Markt zu entziehen, sofern die betreffende FuE-Vereinbarung den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann.
182. Wenn mehrere getrennte nationale oder regionale Märkte betroffen sind, können mehrere zuständige nationale Wettbewerbsbehörden den Rechtsvorteil der FuE-GVO gleichzeitig entziehen.
183. Aus dem Wortlaut des Artikels 29 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 ergibt sich, dass die Kommission, wenn sie den Rechtsvorteil der FuE-GVO entzieht, erstens nachweisen muss, dass die betreffende FuE-Vereinbarung spürbare wettbewerbswidrige Auswirkungen hat, sodass sie in den Anwendungsbereich des Artikels 101 Absatz 1 fällt. Zweitens muss sie nachweisen, dass die Vereinbarung Auswirkungen hat, die mit Artikel 101 Absatz 3 unvereinbar sind, d. h., dass sie mindestens eine der vier Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 nicht erfüllt. Gemäß Artikel 29 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 gelten die gleichen Anforderungen, wenn eine nationale Wettbewerbsbehörde den Rechtsvorteil der FuE-GVO in Bezug auf ihren Mitgliedstaat entzieht. Was die Beweislast für das Vorliegen der zweiten Voraussetzung anbelangt, so muss die zuständige nationale Wettbewerbsbehörde nach Artikel 29 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 nachweisen, dass mindestens eine der vier Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 nicht erfüllt ist¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Die Anforderung nach Artikel 29 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 in Bezug auf die Beweislast der zuständigen nationalen Wettbewerbsbehörde ergibt sich aus der Situation, in der die FuE-GVO nicht anwendbar ist und sich ein Unternehmen in einem Einzelfall auf Artikel 101 Absatz 3 beruft. In einer solchen Situation trägt das Unternehmen gemäß Artikel 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 die Beweislast dafür, dass alle vier Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt sind. Zu diesem Zweck muss es seine Behauptungen untermauern; vgl. z. B. Beschluss der Kommission in der Sache AT.39226 – Lundbeck, bestätigt durch das Urteil des Gerichts vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, T-472/13, ECLI:EU:T:2016:449 sowie das Urteil des Gerichtshofs vom 25. März 2021, Lundbeck/Kommission, C-591/16 P, ECLI:EU:C:2021:243.

184. Sind die Voraussetzungen des Artikels 29 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 erfüllt, kann die Kommission den Rechtsvorteil der FuE-GVO in einem Einzelfall entziehen. Ein solcher Entzug und die in den vorangegangenen Randnummern dargelegten Anforderungen sind von den Feststellungen in einem Zuwiderhandlungsbeschluss der Kommission gemäß Kapitel III der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 zu unterscheiden. Ein Entzug kann jedoch z. B. mit der Feststellung einer Zuwiderhandlung und der Verhängung einer Abhilfemaßnahme und sogar mit einstweiligen Maßnahmen verbunden werden, wie dies in früheren Beschlüssen der Kommission geschehen ist¹⁵¹.
185. Entzieht die Kommission den Rechtsvorteil der FuE-GVO gemäß Artikel 29 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, muss sie berücksichtigen, dass der Entzug nur eine Rechtswirkung in die Zukunft (ex nunc) haben kann, d. h., der Freistellungsstatus der betreffenden Vereinbarungen bleibt für den Zeitraum vor dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Entzugs unberührt. Im Falle eines Entzugs gemäß Artikel 29 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 muss die betreffende nationale Wettbewerbsbehörde auch ihren Verpflichtungen gemäß Artikel 11 Absatz 4 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 Rechnung tragen, insbesondere ihrer Verpflichtung, der Kommission alle einschlägigen geplanten Beschlüsse zu übermitteln.

2.8. Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3 von FuE-Vereinbarungen, die nicht in den Anwendungsbereich der FuE-GVO fallen

186. Es ist nicht davon auszugehen, dass FuE-Vereinbarungen, die nicht in den Anwendungsbereich der FuE-GVO fallen, in den Anwendungsbereich des Artikels 101 Absatz 1 fallen oder dass sie die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 nicht erfüllen. Solche FuE-Vereinbarungen erfordern eine Einzelfallprüfung nach Artikel 101.
187. Eine solche Einzelfallprüfung beginnt mit der Frage, ob die Vereinbarung den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 einschränken würde¹⁵². Ist dies der Fall, müssten die Unternehmen prüfen, ob die FuE-Vereinbarung die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 AEUV erfüllt.

2.8.1. Effizienzgewinne

188. 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 eine größere Verbreitung von Wissen zur Folge haben, was wiederum Innovationen befördern kann. FuE-Vereinbarungen können außerdem zu Kostensenkungen führen und die

¹⁵¹ Die Kommission hat in ihren Beschlüssen vom 25. März 1992 (einstweilige Maßnahmen) und vom 23. Dezember 1992 in einem Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag in der Sache IV/34.072 – Mars/Langnese und Schöller, bestätigt durch das Urteil des Gerichtshofs vom 1. Oktober 1998, Langnese-Iglo/Kommission, C-279/95 P, ECLI:EU:C:1998:447, sowie in den Beschlüssen der Kommission vom 4. Dezember 1991 (einstweilige Anordnung) und vom 4. Dezember 1991 in einem Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag in der Sache IV/33.157 – Eco System/Peugeot, von ihrer Befugnis Gebrauch gemacht, den Rechtsvorteil einer der zuvor geltenden Gruppenfreistellungsverordnungen zu entziehen.

¹⁵² Vgl. ferner Abschnitt 2.3 dieser Leitlinien.

Abhängigkeit von einer zu geringen Zahl der Anbieter bestimmter Technologien, Produkte und Dienstleistungen verringern. Diese Effizienzgewinne können zu einem widerstandsfähigen Binnenmarkt beitragen.

2.8.2. *Unerlässlichkeit*

189. Wettbewerbsbeschränkungen, die weiter gehen, als zur Erzielung der mit einer FuE-Vereinbarung angestrebten Effizienzgewinne notwendig ist, erfüllen nicht die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3. Insbesondere bei den in Artikel 8 FuE-GVO¹⁵³ aufgeführten Kernbeschränkungen ist es weniger wahrscheinlich, dass sie das Kriterium der Unerlässlichkeit bei einer Einzelfallprüfung erfüllen.

2.8.3. *Weitergabe an die Verbraucher*

190. Durch unerlässliche Beschränkungen erzielte Effizienzgewinne müssen in einem Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der FuE-Vereinbarung überwiegen. Zum Beispiel müssen die Vorteile der Markteinführung neuer oder verbesserter Produkte die Nachteile in Form von Preiserhöhungen oder anderen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen.
191. 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.
192. Wenn die Fähigkeiten und Vermögenswerte der Parteien sehr ähnlich sind, dürfte die FuE-Vereinbarung vor allem zur Folge haben, dass eine oder mehrere der Parteien die 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 könnten.
193. 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.

2.8.4. *Keine Ausschaltung des Wettbewerbs*

194. Die Voraussetzungen des Artikels 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.

2.9. **Zeitpunkt der Prüfung**

195. Die Prüfung nach Artikel 101 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.
196. Die Ausnahmeregelung gemäß Artikel 101 Absatz 3 AEUV findet Anwendung, solange die vier kumulativen Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt sind, und findet keine Anwendung mehr, wenn dies nicht mehr der Fall ist. Bei der

¹⁵³ Vgl. ferner Abschnitt 2.6 dieser Leitlinien über Kernbeschränkungen.

Anwendung der vier kumulativen Kriterien nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV 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. Artikel 101 kann nicht angewandt werden, ohne derartige verlorene Ex-ante-Investitionen zu berücksichtigen. Das Risiko der Parteien und die verlorenen Investitionen, die zur Durchführung der Vereinbarung erforderlich sind, können daher dazu führen, dass die Vereinbarung in der Zeit bis zur Amortisierung der Investition nicht unter Artikel 101 Absatz 1 fällt oder die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt. 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.

197. 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.
198. So kann es zum Beispiel 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. Wenn die Vereinbarung zu diesem Zeitpunkt mit Artikel 101 vereinbar ist, zum Beispiel weil eine ausreichende Zahl konkurrierender FuE-Anstrengungen von Dritten betrieben wird, bleibt die Übereinkunft der Parteien, ihre eigenen Projekte aufzugeben, mit Artikel 101 Absatz 1 vereinbar, selbst wenn zu einem späteren Zeitpunkt die Drittprojekte nicht erfolgreich sind.
199. Das Verbot des Artikels 101 Absatz 1 kann jedoch auf andere Teile der Vereinbarung anwendbar sein, für die sich die Frage der Irreversibilität nicht stellt. Wenn eine Vereinbarung zum Beispiel 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 des Artikels 101 Absatz 3 nicht (mehr) erfüllt, wobei die verlorenen Ex-ante-Investitionen angemessen zu berücksichtigen sind.

2.10. Beispiel

200. FuE-Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die in Bezug auf Innovation am Wettbewerb teilnehmen

Beispiel 1

Sachverhalt: Die Unternehmen A und B haben unabhängig voneinander erhebliche Investitionen in FuE getätigt, um eine neue, elektronische Miniaturkomponente zu entwickeln, die bestehende Bauteile weder verbessern noch ersetzen wird und deren Nachfrage im Erfolgsfall einen eigenen neuen Markt schaffen wird. A und B haben erste Prototypen entwickelt. Sie vereinbaren nun, diese FuE-Anstrengungen zu bündeln, indem sie ein Gemeinschaftsunternehmen gründen, um die FuE zu vervollständigen, wobei sie sich nur auf eine der beiden FuE-Anstrengungen konzentrieren (der FuE-Teil der Vereinbarung) und das neue Bauteil herstellen (der

Teil der Vereinbarung zur gemeinsamen Verwertung), das an A und B zurückverkauft wird, damit diese das neue Bauteil getrennt vermarkten können (die „FuE-Vereinbarung“).

Es gibt keine anderen Unternehmen, die derzeit das gleiche oder ein austauschbares elektronisches Bauteil entwickeln oder in der Lage sind, unabhängig voneinander FuE-Anstrengungen zur Entwicklung des gleichen oder eines austauschbaren Bauteils zu unternehmen, und dies wahrscheinlich auch tun werden.

Analyse: Bei der elektronischen Miniaturkomponente handelt es sich um ein völlig neues Produkt, sodass zu prüfen ist, ob die FuE-Vereinbarung den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 einschränkt. Außerdem sollte geprüft werden, ob die FuE-Vereinbarung unter die FuE-GVO fällt.

Zum Zeitpunkt des Abschlusses der FuE-Vereinbarung sind A und B die einzigen Unternehmen, die FuE-Anstrengungen für das neue Bauteil durchführen (oder durchführen können und wahrscheinlich durchführen werden). Jedes von ihnen wäre in der Lage gewesen, die FuE des neuen Bauteils unabhängig zu betreiben und das neue Bauteil auf den Markt zu bringen. Durch das Gemeinschaftsunternehmen werden sich A und B nun auf eine einzige FuE-Anstrengung konzentrieren, anstatt zwei getrennte Anstrengungen voranzutreiben. Daher kann die FuE-Vereinbarung durchaus wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 haben, da sie die Zahl der FuE-Anstrengungen und damit die Zahl der Produkte, die auf den Markt gelangen könnten, verringert.

Sollte die Vereinbarung zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen, müssten die Parteien prüfen, ob sie nach der FuE-GVO freigestellt werden können. Die FuE-Vereinbarung zwischen A und B erfüllt jedoch nicht die Freistellungsvoraussetzungen. Insbesondere wird der Schwellenwert für Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die in Bezug auf Innovation am Wettbewerb teilnehmen, nicht erreicht, da es keine anderen konkurrierenden FuE-Anstrengungen gibt (Artikel 6 Absatz 3 FuE-GVO). Daher ist eine Einzelfallprüfung erforderlich, um festzustellen, ob die FuE-Vereinbarung die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt.

Nach Artikel 101 Absatz 3 könnte die FuE-Vereinbarung zwar zu Effizienzgewinnen in Form einer schnelleren Entwicklung eines neuen Produkts führen, doch würde die FuE-Vereinbarung den einzigen Wettbewerbsdruck beseitigen, dem die Parteien auf der Innovationsebene ausgesetzt sind. Infolgedessen würde dies wahrscheinlich zu einem Innovationsverlust und zu höheren Preisen auf nachgelagerten Märkten führen. Die FuE-Vereinbarung würde voraussichtlich ein Duopol auf dem künftigen Markt für neue elektronische Miniaturkomponenten schaffen. Ein solches Duopol wäre durch eine starke Angleichung der Kosten und einen möglichen Austausch sensibler Geschäftsinformationen zwischen den Parteien gekennzeichnet, da ihr Gemeinschaftsunternehmen für die einzigen Verkäufer des neuen Bauteils, die Unternehmen A und B, produzieren würde. Es besteht daher ferner die ernste Gefahr einer wettbewerbswidrigen Koordinierung, die zu einem Kollusionsergebnis auf dem neuen Markt führen könnte. Zwar könnten einige dieser Bedenken ausgeräumt werden, wenn sich die Parteien verpflichten würden, Lizenzen für Know-how oder Recht des geistigen Eigentums in Bezug auf die Herstellung des neuen Bauteils zu angemessenen Bedingungen an Dritte zu erteilen, doch erscheint es unwahrscheinlich, dass damit alle Bedenken ausgeräumt und die Voraussetzungen

des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt werden könnten. Es ist daher unwahrscheinlich, dass die FuE-Vereinbarung nach Artikel 101 Absatz 3 freigestellt werden kann.

201. FuE-Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die in Bezug auf ein bestehendes Produkt und/oder eine bestehende Technologie am Wettbewerb teilnehmen

Beispiel 2

Sachverhalt: Unternehmen A hat einen Marktanteil von 51 % auf einem Markt, der sein Blockbuster-Arzneimittel (verkaufsstarkes Arzneimittel) umfasst. Ein kleines Unternehmen, Unternehmen B, ist in der pharmazeutischen Forschung und Entwicklung sowie in der Produktion von pharmazeutischen Wirkstoffen und in der Produktion von Generika tätig. B hat ein Verfahren erfunden, das es ermöglicht, den Wirkstoff des Blockbuster-Arzneimittels von A auf wirtschaftlichere Weise herzustellen. B hat für dieses Verfahren ein Patent angemeldet (Verfahrenspatent). Das Stoffpatent des Blockbuster-Arzneimittels von A läuft in etwas weniger als drei Jahren aus; danach wird es noch eine Reihe von Verfahrenspatenten für das Arzneimittel geben. B ist der Auffassung, dass das von ihm entwickelte neue, effizientere Verfahren die bestehenden Verfahrenspatente von A nicht verletzt und die Produktion einer generischen Version des Blockbuster-Arzneimittels möglich ist, sobald das Stoffpatent von A erloschen ist. B würde das Produkt wahrscheinlich entweder selbst herstellen oder interessierten Dritten, zum Beispiel Generikaherstellern oder Unternehmen A, Lizenzen für das Verfahren erteilen.

Vor Abschluss seiner Forschung und Entwicklung auf diesem Gebiet schließt B eine Vereinbarung mit A, nach der A einen finanziellen Beitrag zu dem von B durchgeführten FuE-Projekt leistet und im Gegenzug eine ausschließliche Lizenz für die Verfahrenspatente von B im Zusammenhang mit der Herstellung des Wirkstoffs des Blockbuster-Arzneimittels von A erwirbt.

Es gibt zwei weitere unabhängige FuE-Anstrengungen, die ein Verfahren für die Herstellung des Wirkstoffs des Blockbuster-Arzneimittels entwickeln, das die Verfahrenspatente von A und B nicht verletzen würde, aber es ist noch nicht klar, ob sie die Phase der industriellen Produktion erreichen werden.

Analyse: Das von der Patentanmeldung von B erfasste Verfahren verbessert lediglich ein bestehendes Herstellungsverfahren. A ist sowohl auf dem Markt für die bestehende Technologie (das Herstellungsverfahren) als auch auf dem Markt für das bestehende Produkt (das Blockbuster-Arzneimittel) tätig. B ist ein potenzieller Wettbewerber auf der Technologieebene. Würde B das Verfahrenspatent verwerten, könnte das Unternehmen wahrscheinlich z. B. mit einem Generikum in den Produktmarkt eintreten. Daher sind A und B potenzielle Wettbewerber auf dem Produktmarkt, zu dem das Blockbuster-Arzneimittel gehört. Die Vereinbarung ist nicht nach der FuE-GVO freigestellt, da der Marktanteil von A zumindest auf dem Produktmarkt 25 % überschreitet. Daher muss eine Einzelfallprüfung vorgenommen werden.

A verfügt auf dem bestehenden Markt, dem sein Blockbuster-Arzneimittel angehört, über Marktmacht. Diese würde zwar erheblich geschwächt, wenn tatsächlich Generikahersteller als konkurrierende Anbieter in den Markt einträten, die ausschließliche Lizenz für das Verfahrenspatent schließt aber Dritte vom Zugang zu dem von B entwickelten Verfahren aus und kann somit den Markteintritt von Generika verzögern (nicht zuletzt, weil das Produkt noch durch Verfahrenspatente des Unternehmens A geschützt ist). Da unklar ist, ob die beiden anderen FuE-

Anstrengungen, die derzeit an einer nicht patentverletzenden Alternative zum Verfahrenspatent von A arbeiten, die Phase der industriellen Produktion erreichen würden, ist das Verfahrenspatent von B der einzige glaubwürdige Weg zur Einführung von Generika, die mit dem Blockbuster-Arzneimittel von A konkurrieren könnten. Folglich schränkt die Vereinbarung den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 ein. Die durch das neue Herstellungsverfahren erzielten Kosteneinsparungen bei A überwiegen die Wettbewerbsbeschränkung allerdings nicht. In Ermangelung anderer Wettbewerber auf dem Produktmarkt, wie z. B. Generikahersteller, ist es unwahrscheinlich, dass die Einsparungen bei den Produktionskosten an die Verbraucher weitergegeben werden würden. Außerdem ist die ausschließliche Lizenz für solche Einsparungen nicht unerlässlich. Es ist daher unwahrscheinlich, dass die Vereinbarung die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt.

202. Forschungspartnerschaften

Beispiel 3

Sachverhalt: Die Unternehmen A, B und C sind führende Akteure im Bereich der Technologien für erneuerbare Energien. Sie planen die Gründung einer Forschungspartnerschaft, die eine FuE-Agenda mit einer langfristigen gemeinsamen Vision für die Entwicklung neuer und die Verbesserung bestehender Technologien für erneuerbare Energien festlegen soll, die in einer Reihe von separaten FuE-Projekten umgesetzt werden soll.

Diese Agenda würde eine FuE-Zusammenarbeit darstellen und in einer Absichtserklärung festgeschrieben werden, in der die Ziele und Bedingungen der Zusammenarbeit, einschließlich Governance- und Überwachungsmechanismen, festgelegt werden. Die Absichtserklärung schafft somit einen Rahmen für die Zusammenarbeit, innerhalb dessen spezifische FuE-Kooperationsprojekte zugunsten der vereinbarten langfristigen Agenda durchgeführt werden.

Analyse: Diese Art von Forschungspartnerschaft kann konkurrierende Unternehmen entweder in Bezug auf die Entwicklung oder die Anwendung dieser Technologien oder beides einbeziehen. Wenn sich die Forschungspartnerschaft jedoch auf die Festlegung einer umfassenden Agenda beschränkt, ist diese Art der Zusammenarbeit wahrscheinlich nicht problematisch.

Wenn sich die Forschungspartnerschaft mit einer Herausforderung befasst, die ein einzelnes Unternehmen nicht bewältigen kann und die die Mobilisierung mehrerer Akteure erfordert, würde sie zudem Innovationen ermöglichen, die sonst nicht stattfinden würden, und somit einen Beitrag zum technischen und wirtschaftlichen Fortschritt leisten.

Auch wenn eine solche Forschungspartnerschaft keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken geben dürfte, müssten die einzelnen Vereinbarungen über die FuE-Zusammenarbeit unabhängig voneinander geprüft werden.

3. PRODUKTIONSVEREINBARUNGEN

3.1. Einleitung

203. In diesem Kapitel sollen Orientierungshilfen für den Geltungsbereich und die wettbewerbsrechtliche Würdigung von Produktionsvereinbarungen gegeben werden, die unter Artikel 101 Absatz 1 fallen und entweder a) unter die Spezialisierungs-GVO fallen (Abschnitt 3.4) oder b) nicht in den Anwendungsbereich der Spezialisierungs-GVO fallen und nach Artikel 101 Absätze 1 und 3 geprüft werden müssen (Abschnitt 3.5).
204. 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 Gemeinschaftsunternehmen, d. h. einem gemeinsam kontrollierten Unternehmen, das eine oder mehrere Produktionsanlagen betreibt, produzieren, oder im Rahmen einer lockereren Form der Produktionszusammenarbeit wie Zuliefervereinbarungen.
205. Diese Leitlinien gelten für alle Formen von Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion und von horizontalen Zuliefervereinbarungen¹⁵⁴.
206. Bei Zuliefervereinbarungen handelt es sich um Vereinbarungen, bei denen eine Partei (der „Auftraggeber“) eine andere Partei (den „Zulieferer“) mit der Produktion eines Produkts betraut. Horizontale Zuliefervereinbarungen werden zwischen Unternehmen geschlossen, die auf demselben Produktmarkt tätig sind, unabhängig davon, ob es sich um tatsächliche oder um potenzielle Wettbewerber handelt. Zu den horizontalen Zuliefervereinbarungen gehören Vereinbarungen über die einseitige und die gegenseitige Spezialisierung sowie sonstige horizontale Zuliefervereinbarungen.
207. Vereinbarungen über die einseitige Spezialisierung sind Vereinbarungen zwischen zwei oder mehr auf demselben sachlich relevanten Markt tätigen Parteien, mit denen sich eine oder mehrere Parteien verpflichten, die Produktion bestimmter Produkte ganz oder teilweise einzustellen oder von deren Produktion abzusehen und diese Produkte von der anderen Partei bzw. den anderen Parteien zu beziehen, die sich ihrerseits verpflichten, diese Produkte zu produzieren und an die Partei(en) zu liefern, die die Produktion einstellen oder aufgeben.
208. Vereinbarungen über die gegenseitige Spezialisierung sind Vereinbarungen zwischen zwei oder mehr auf demselben sachlich relevanten Markt 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 an die Partei(en) zu liefern, die die Produktion einstellen oder aufgeben.

¹⁵⁴ Vertikale Zuliefervereinbarungen sind nicht Gegenstand dieser Leitlinien. Vertikale Zuliefervereinbarungen werden zwischen Unternehmen geschlossen, die auf verschiedenen Stufen des Marktes tätig sind. Sie können unter die Leitlinien für vertikale Beschränkungen und unter bestimmten Voraussetzungen unter die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Beschränkungen fallen. Zudem kann auf sie die Bekanntmachung der Kommission vom 18. Dezember 1978 über die Beurteilung von Zulieferverträgen nach Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (ABl. C 1 vom 3.1.1979, S. 2) (im Folgenden „Bekanntmachung über die Beurteilung von Zulieferverträgen“) Anwendung finden.

209. Diese Leitlinien gelten ferner für andere horizontale Zuliefervereinbarungen. Dazu gehören auch Zuliefervereinbarungen zur Produktionsausweitung, bei denen der Auftraggeber nicht gleichzeitig seine eigene Produktion des Produkts einstellt oder begrenzt.

3.2. Relevante Märkte

210. Eine Produktionsvereinbarung wirkt sich auf die von der Zusammenarbeit unmittelbar betroffenen Märkte aus, d. h. auf die Märkte, zu denen die im Rahmen der Produktionsvereinbarung hergestellten Produkte gehören. Diese Märkte werden gemäß der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes definiert¹⁵⁵. Eine Produktionsvereinbarung kann ferner Spillover-Effekte auf Märkten haben, die dem von der Zusammenarbeit unmittelbar betroffenen Markt vor- oder nachgelagert bzw. benachbart sind (im Folgenden „Spillover-Märkte“)¹⁵⁶. Die Spillover-Märkte dürften relevant sein, wenn die Märkte voneinander abhängig sind und die Parteien auf dem Spillover-Markt eine starke Stellung innehaben.

3.3. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1

211. Die Prüfung einer Spezialisierungsvereinbarung beginnt mit der Frage, ob die Vereinbarung Wettbewerbsbeschränkungen enthält, die in den Anwendungsbereich des Artikels 101 Absatz 1 fallen. Falls dies der Fall ist,
- a) wird zunächst geprüft, ob die Freistellung nach der Spezialisierungs-GVO für die Spezialisierungsvereinbarung gilt,
 - b) wäre eine Einzelfallprüfung der Vereinbarung erforderlich, um festzustellen, ob die Spezialisierungsvereinbarung die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt, sollte die Vereinbarung nicht in den Anwendungsbereich der Spezialisierungs-GVO fallen.

3.3.1. Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken

212. Produktionsvereinbarungen können verschiedene wettbewerbsrechtliche Bedenken aufwerfen, z. B:
- a) eine unmittelbare Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Parteien,
 - b) die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Parteien als Anbieter,
 - c) eine wettbewerbswidrige Abschottung eines verbundenen Marktes gegenüber Dritten.
213. Produktionsvereinbarungen können zu einer **unmittelbaren Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Parteien** führen. Produktionsvereinbarungen und insbesondere Gemeinschaftsunternehmen für die Produktion¹⁵⁷ können die Parteien dazu verleiten, i) Produktionsmengen, ii) Qualität, iii) Preise, zu denen das Gemeinschaftsunternehmen seine Produkte verkauft, oder iv) andere wettbewerbsrelevante Parameter (z. B. Innovation, Nachhaltigkeit) direkt

¹⁵⁵ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (ABl. C 372 vom 9.12.1997, S. 5).

¹⁵⁶ Artikel 2 Absatz 5 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. L 24 vom 29.1.2004, S. 1).

¹⁵⁷ Vgl. Randnummer 51 („Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen“) und Randnummer 13 („Haftung für einen Verstoß gegen Artikel 101 Absatz 1“) dieser Leitlinien.

anzugleichen. Dadurch kann der Wettbewerb beschränkt werden, auch wenn die Parteien die Produkte unabhängig voneinander verkaufen.

214. Produktionsvereinbarungen können ferner zu einer **Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Parteien als Anbieter** führen, d. h. zu einem **Kollusionsergebnis**, das i) höhere Preise, ii) geringere Produktionsmengen, iii) eine geringere Produktqualität, iv) eine geringere Produktvielfalt oder v) eine geringere Innovation zur Folge hat. Dies ist möglich, wenn
- a) die Parteien über Marktmacht verfügen und
 - b) der Markt Merkmale aufweist, die eine solche Koordinierung begünstigen, insbesondere:
 - i) wenn die Produktionsvereinbarung die Angleichung der Kosten der Parteien (d. h. des Anteils der für alle Parteien anfallenden variablen Kosten) in einem Maße verstärkt, das es ihnen ermöglicht, ein Kollusionsergebnis zu erzielen, oder
 - ii) wenn die Vereinbarung einen Austausch sensibler Geschäftsinformationen beinhaltet, der zu einem Kollusionsergebnis führen kann.
215. Produktionsvereinbarungen können darüber hinaus zu einer **wettbewerbswidrigen Abschottung eines verbundenen Marktes gegenüber Dritten** führen (zum Beispiel auf einem nachgelagerten Markt, der von Vorleistungen des Marktes, für den die Produktionsvereinbarung geschlossen wird, abhängig ist). 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 Marktabshottung wettbewerbswidrige Auswirkungen hat, muss jedoch mindestens eine der Parteien auf dem Markt, für den die Gefahr der Abschottung festgestellt wird, eine starke Stellung innehaben.
216. *Beispiel.* Wenn gemeinsam produzierende Parteien genügend Marktmacht auf einem vorgelagerten Markt erlangen, können sie den Preis einer wesentlichen Komponente (oder Input) für einen nachgelagerten Markt erhöhen. Auf diese Weise können sie die gemeinsame Produktion nutzen, um die Kosten ihrer Konkurrenten auf nachgelagerten Märkten in die Höhe zu treiben und sie an den Rand zu drängen oder sie letztendlich vom Markt zu 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.

3.3.2. *Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen*

217. Vereinbarungen, mit denen a) Preise festgesetzt, b) die Produktion beschränkt oder c) Märkte oder Kunden aufgeteilt werden, sind im Allgemeinen bezweckte Wettbewerbsbeschränkung.
218. Für Produktionsvereinbarungen gilt dies jedoch nicht, sofern
- a) die Parteien den unmittelbar unter die Produktionsvereinbarung fallenden Output vereinbaren (zum Beispiel die Kapazität oder das Produktionsvolumen eines Gemeinschaftsunternehmens oder die Menge der Outsourcing-Produkte), vorausgesetzt, dass die übrigen Wettbewerbsparameter (z. B. Preise) nicht ausgeschaltet werden, oder

- b) in einer Produktionsvereinbarung, die auch den gemeinsamen Vertrieb der gemeinsam hergestellten Produkte umfasst, die gemeinsame Festsetzung der Verkaufspreise für diese Produkte, aber auch nur für diese Produkte vorgesehen ist, vorausgesetzt, dass die Beschränkung für die gemeinsame Produktion erforderlich ist, dass also andernfalls kein Anreiz für die Parteien bestünde, die Produktionsvereinbarung überhaupt zu schließen.
219. In diesen beiden Fällen müssen die Produktionsvereinbarungen, die diese Beschränkungen enthalten, dahin gehend geprüft werden, ob sie wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 haben. Diese Beschränkungen und die Produktionsvereinbarungen werden nicht getrennt, sondern unter Berücksichtigung der Auswirkungen der gesamten Produktionsvereinbarung auf den Markt beurteilt.
- 3.3.3. *Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen*
220. Ob die möglichen wettbewerbsrechtlichen Bedenken, die Produktionsvereinbarungen aufwerfen können, in einem bestimmten Fall zutreffen, hängt von mehreren Variablen ab. Diese Variablen bestimmen die wahrscheinlichen Auswirkungen einer Produktionsvereinbarung auf den Wettbewerb und damit die Anwendbarkeit des Artikels 101 Absatz 1. Zu diesen Variablen gehören:
- a) die Merkmale des Marktes, auf dem die Vereinbarung geschlossen wird,
 - b) die Art der Zusammenarbeit,
 - c) die Marktabdeckung der der Zusammenarbeit,
 - d) die von der Zusammenarbeit betroffenen Produkte.
221. Ob es wahrscheinlich ist, dass eine Produktionsvereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat, hängt von der Situation ab, die ohne die Vereinbarung und alle damit mutmaßlich verbundenen Beschränkungen bestehen würde.
222. Für die wettbewerbsrechtliche Würdigung der Vereinbarung ist es wichtig, ob die Parteien der Vereinbarung in engem Wettbewerb miteinander stehen, ob die Möglichkeiten der Kunden für einen Anbieterwechsel begrenzt sind, ob es unwahrscheinlich ist, dass Wettbewerber im Falle einer Preissteigerung ihr Angebot erweitern, und ob eine der Parteien der Vereinbarung ein wichtiger Wettbewerber ist.
223. **Produktionsvereinbarungen, die auch Vermarktungsfunktionen umfassen** (z. B. gemeinsamer Vertrieb oder gemeinsames Marketing). Bei diesen Vereinbarungen 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.
224. Bei Vereinbarungen über den gemeinsamen Vertrieb gemeinsam hergestellter Produkte ist jedoch die Wahrscheinlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung geringer als bei eigenständigen Vereinbarungen über den gemeinsamen Vertrieb.
225. Außerdem ist bei einer Vereinbarung über den gemeinsamen Vertrieb, die die Vereinbarung über die gemeinsame Produktion erst ermöglicht, eine Wettbewerbsbeschränkung weniger wahrscheinlich, als wenn sie nicht für die gemeinsame Produktion erforderlich wäre.

226. **Produktionsvereinbarungen, die kaum wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben dürften.** Bestimmte Produktionsvereinbarungen dürften keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen haben:
227. Bei Produktionsvereinbarungen zwischen Unternehmen, die auf den Märkten, auf denen die Zusammenarbeit stattfindet, miteinander im Wettbewerb stehen, sind wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen nicht wahrscheinlich, wenn *infolge der Produktionsvereinbarungen ein neuer Markt entsteht*¹⁵⁸, d. h., wenn die Vereinbarung die Parteien in die Lage versetzt, ein neues Produkt einzuführen, was den Parteien aufgrund objektiver Faktoren (z. B. wegen ihrer technischen Möglichkeiten) andernfalls nicht möglich gewesen wäre;
228. Produktionsvereinbarungen führen wahrscheinlich nicht zu einer unmittelbaren Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Parteien, einem Kollusionsergebnis oder einer wettbewerbswidrige Marktabstottung, *wenn die Parteien der Vereinbarung auf dem Markt, auf dem eine Wettbewerbsbeschränkung geprüft wird, keine Marktmacht haben*. Nur mit Marktmacht können die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen die Preise gewinnbringend oberhalb des Wettbewerbsniveaus halten oder die Produktmenge, -qualität oder -vielfalt gewinnbringend unterhalb des Niveaus halten, das der Wettbewerb bestimmen würde.
- 3.3.3.1. Marktmacht
229. Ausgangspunkt der Prüfung, ob Marktmacht vorliegt, ist a) der individuelle und gemeinsame Marktanteil der Parteien. Anschließend werden in der Regel b) der Konzentrationsgrad und die Zahl der Anbieter auf dem Markt und c) dynamische Faktoren wie potenzielle Marktzutritte und Veränderungen bei den Marktanteilen sowie d) andere für die Beurteilung der Marktmacht relevante Faktoren geprüft.
- a) Marktanteile
230. Unterhalb eines bestimmten Marktanteils ist es unwahrscheinlich, dass ein Unternehmen Marktmacht besitzt.
231. **Spezialisierungs-GVO.** Der Marktanteilsschwellenwert im Rahmen der Spezialisierungs-GVO liegt bei 20 %. Spezialisierungsvereinbarungen¹⁵⁹ fallen unter die Spezialisierungs-GVO, wenn sie zwischen Parteien geschlossen werden, deren gemeinsamer Marktanteil auf dem relevanten Markt oder den relevanten Märkten 20 % nicht überschreitet, sofern die übrigen Voraussetzungen für die Anwendung der Spezialisierungs-GVO erfüllt sind.
232. **Geschützte Bereiche („Safe Harbours“).** Bei horizontalen Zuliefervereinbarungen, die nicht unter die Begriffsbestimmung von Spezialisierungsvereinbarungen der Spezialisierungs-GVO fallen (Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe a), ist es in den meisten Fällen unwahrscheinlich, dass Marktmacht besteht, wenn die Parteien der Vereinbarung einen gemeinsamen Marktanteil von höchstens 20 % haben. In jedem Fall dürften horizontale Zuliefervereinbarungen, bei denen der gemeinsame Marktanteil der Parteien 20 % nicht überschreitet, die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllen.

¹⁵⁸ Für die Zwecke dieses Kapitels ist der Begriff „neuer Markt“ in einem weiteren Sinne zu verstehen als im Zusammenhang mit den unter Kapitel 2 fallenden FuE-Vereinbarungen (vgl. z. B. Randnummer 60).

¹⁵⁹ Artikel 1 Absatz 1 Spezialisierungs-GVO.

233. **Marktanteil von über 20 %.** Wenn der gemeinsame Marktanteil der Parteien 20 % übersteigt, müssen die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen untersucht werden. Insgesamt ist die Gefahr, dass eine Produktionsvereinbarung den Anreiz für die Parteien der Vereinbarung verstärkt, ihre Preise zu erhöhen (und/oder Qualität und Angebot zu verringern), umso wahrscheinlicher, je höher die gemeinsamen Marktanteile der Parteien sind.

b) Grad der Marktkonzentration

234. Dass eine Produktionsvereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat, ist im Allgemeinen auf einem konzentrierten Markt wahrscheinlicher als auf einem nicht konzentrierten Markt. Eine Produktionsvereinbarung auf einem konzentrierten Markt die Gefahr eines Kollusionsergebnisses erhöhen, selbst wenn die Parteien nur einen mäßigen gemeinsamen Marktanteil haben.

235. Ein gemeinsamer Marktanteil der Parteien von etwas mehr als 20 % bedeutet jedoch nicht zwangsläufig einen stark konzentrierten Markt. Ein gemeinsamer Marktanteil der Parteien von etwas mehr als 20 % kann auf einem mäßig konzentrierten Markt auftreten.

c) Dynamische Faktoren

236. 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 Marktanteile häufig verändern.

d) Andere für die Beurteilung der Marktmacht relevante Faktoren

237. Die Anzahl und Intensität der Verbindungen (z. B. sonstige Kooperationsvereinbarungen) zwischen den Wettbewerbern auf dem Markt sind ebenfalls für die Bewertung der Marktmacht der Parteien von Bedeutung.

238. Darüber hinaus kann die Vereinbarung in Fällen, in denen ein Unternehmen mit Marktmacht auf einem Markt mit einem potenziellen neuen Wettbewerber, zum Beispiel einem Anbieter desselben Produkts auf einem benachbarten geografisch oder sachlich relevanten Markt zusammenarbeitet, die Marktmacht des etablierten Unternehmens stärken. Dies kann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, wenn: a) auf dem Markt des etablierten Unternehmens kaum Wettbewerb besteht und b) der drohende Marktzutritt eine wichtige Quelle von Wettbewerbsdruck ist.

3.3.3.2. Unmittelbare Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Parteien

239. Der Wettbewerb zwischen den Parteien einer Produktionsvereinbarung kann auf verschiedene Weise unmittelbar beschränkt sein. Beispiele hierfür sind:

a) Die an einem Gemeinschaftsunternehmen zur Produktion beteiligten Parteien könnten die Produktion des Gemeinschaftsunternehmens so weit beschränken, dass eine geringere Menge von Produkten auf den Markt kommt, als wenn jede Partei selbst über ihren Output entschieden hätte.

b) Wenn die wichtigsten Merkmale in der Produktionsvereinbarung festgelegt werden, können dadurch die wesentlichen Elemente des Wettbewerbs zwischen den Parteien ausgeschaltet und letztlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen verursacht werden.

c) Ein Gemeinschaftsunternehmen, das den Parteien der Produktionsvereinbarung einen hohen Verrechnungspreis in Rechnung stellt, würde die Inputkosten für

die Parteien erhöhen, was höhere nachgelagerte Preise zur Folge haben könnte. Für die Wettbewerber könnte es gewinnbringend erscheinen, ihre Preise ebenfalls zu erhöhen, sodass auch sie zu höheren Preisen auf dem relevanten Markt beitragen.

240. Darüber hinaus kann in einigen Branchen, in denen die Produktion den Schwerpunkt der wirtschaftlichen Tätigkeit bildet, selbst eine reine Produktionsvereinbarung wesentliche Elemente des Wettbewerbs ausschalten und dadurch den Wettbewerb zwischen den Parteien der Vereinbarung unmittelbar beschränken.

3.3.3.3. Kollusionsergebnis und wettbewerbswidrige Marktabstimmung

241. Die Wahrscheinlichkeit eines Kollusionsergebnisses hängt von der Marktmacht der Parteien (siehe Abschnitt 3.3.3.1) und den Merkmalen des relevanten Marktes ab. Ein Kollusionsergebnis kann insbesondere (aber nicht nur) dann entstehen, wenn die Produktionsvereinbarung eine Angleichung der Kosten oder einen Informationsaustausch zur Folge hat.

242. Eine Produktionsvereinbarung kann ferner zu einer wettbewerbswidrigen Marktabstimmung führen: a) durch die Stärkung der Marktmacht der Unternehmen oder b) durch eine stärkere Angleichung ihrer Kosten oder c) dadurch, dass es sich um den Austausch von sensiblen Geschäftsinformationen handelt.

a) Angleichung der Kosten

243. Eine Produktionsvereinbarung zwischen Parteien mit Marktmacht kann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, wenn sie ihre Angleichung der Kosten auf ein Niveau erhöht, das es ihnen ermöglicht, Absprachen zu treffen (z. B. über Preise oder andere Wettbewerbsparameter) oder Spillover-Märkte gegenüber Dritten abzuschotten.

244. Die Angleichung der Kosten bezieht sich auf den Anteil der variablen Kosten, den die Parteien der Vereinbarung gemeinsam haben. Maßgebend sind die variablen Kosten des Produkts, bezüglich dessen die Parteien der Produktionsvereinbarung im Wettbewerb stehen.

245. Es ist wahrscheinlicher, dass eine Produktionsvereinbarung zu einem Kollusionsergebnis oder zu einer Marktabstimmung führt, wenn die Parteien bereits vor der Vereinbarung einen hohen Anteil der variablen Kosten gemein haben, da der weitere Zuwachs bei den Produktionskosten der Produkte, die Gegenstand der Vereinbarung sind, den Ausschlag für das Vorliegen eines Kollusionsergebnisses geben kann. Umgekehrt kann das Risiko eines Kollusionsergebnisses oder einer Marktabstimmung auch dann hoch sein, wenn die anfängliche Angleichung der Kosten gering ist und der Zuwachs (durch die Produktionskosten der Produkte, die Gegenstand der Vereinbarung sind) groß ist.

246. Die Angleichung der Kosten erhöht die Gefahr eines Kollusionsergebnisses bzw. einer Abstimmung nur, wenn auf die Produktionskosten ein großer Teil der betreffenden variablen Kosten entfällt.

- a) Ein 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 entfällt, 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 Gemeinschaftsunternehmens geteilt.

- b) Ebenso erhöht die Angleichung der Kosten die von einer horizontalen Zuliefervereinbarung ausgehende Gefahr einer wettbewerbswidrigen Marktabstimmung, 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.
247. Die Angleichung der Kosten ist jedoch weniger geeignet, das Risiko eines Kollusionsergebnisses zu erhöhen, wenn die Zusammenarbeit Produkte betrifft, die eine kostspielige Vermarktung erfordern, zum Beispiel neue oder heterogene Produkte, die ein aufwendiges Marketing oder hohe Transportkosten erfordern.
- b) Informationsaustausch
248. Eine Produktionsvereinbarung kann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, wenn sie einen Austausch strategisch wichtiger Geschäftsinformationen umfasst, der zu einem Kollusionsergebnis oder einer wettbewerbswidrigen Marktabstimmung führen kann.
249. Ob es wahrscheinlich ist, dass der Informationsaustausch im Rahmen einer Produktionsvereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat, sollte nach Maßgabe des Kapitels 6 dieser Leitlinien geprüft werden. Etwaige negative Auswirkungen dieses Informationsaustauschs werden nicht getrennt gewürdigt, sondern unter Berücksichtigung der Gesamtauswirkungen der Produktionsvereinbarung bewertet.
250. Es ist wahrscheinlicher, dass die Produktionsvereinbarung die Kriterien des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt, wenn der Informationsaustausch nicht über die Weitergabe von Daten hinausgeht, die für die Produktion der unter die Vereinbarung fallenden Produkte erforderlich sind, selbst wenn der Informationsaustausch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 hätte. In diesem Fall dürften die Effizienzgewinne, die sich aus der gemeinsamen Produktion ergeben, die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Koordinierung des Verhaltens der Parteien überwiegen.
251. Die Wahrscheinlichkeit, dass die Produktionsvereinbarung die Kriterien des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt, ist geringer, wenn der Informationsaustausch über das hinausgeht, was für die gemeinsame Produktion erforderlich ist, z. B. Informationen über Preise und Verkaufszahlen.

3.4. Vereinbarungen, die unter die Spezialisierungs-GVO fallen

252. In der Spezialisierungs-GVO ist unter bestimmten Voraussetzungen ein geschützter Bereich für bestimmte Produktionsvereinbarungen vorgesehen, die als „Spezialisierungsvereinbarungen“ bezeichnet werden.
253. Der Rechtsvorteil der Freistellung durch die Spezialisierungs-GVO ist auf diejenigen Spezialisierungsvereinbarungen beschränkt, bei denen mit hinreichender Sicherheit angenommen werden kann, dass sie die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllen.

3.4.1. Spezialisierungsvereinbarungen

254. Zu den Spezialisierungsvereinbarungen gehören die folgenden Arten von horizontalen Produktionsvereinbarungen: Vereinbarungen über die einseitige Spezialisierung, Vereinbarungen über die gegenseitige Spezialisierung sowie Vereinbarungen über eine Gemeinschaftsproduktion, die die Herstellung von Waren oder die Vorbereitung von Dienstleistungen betreffen.
255. **Vereinbarung über die einseitige Spezialisierung.** Die wichtigsten Merkmale dieser Vereinbarungen im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer i Spezialisierungs-GVO sind folgende:
- a) Sie betreffen zwei oder mehr Parteien.
 - b) Die Parteien der Vereinbarungen sind bereits auf demselben sachlich relevanten Markt tätig.
 - c) Die Vereinbarung betrifft die gleichen Produkte.
 - d) Eine oder mehrere Parteien vereinbaren, die Produktion bestimmter Produkte ganz oder teilweise einzustellen und diese von der anderen Partei bzw. den anderen Parteien zu beziehen.
 - e) Eine oder mehrere andere Parteien erklären sich bereit, diese Produkte für die andere Partei bzw. die anderen Parteien zu produzieren und zu liefern, die die Produktion einstellt/einstellen.
256. Die Definition von Vereinbarungen über die einseitige Spezialisierung schreibt nicht vor, dass i) die Parteien auf demselben räumlich relevanten Markt tätig sind oder ii) die Parteien, die die Produktion bestimmter Produkte einstellen, ihre Kapazitäten verringern müssen (z. B. Verkauf von Fabriken, Stilllegung von Produktionslinien usw.), da es ausreicht, wenn sie ihre Produktionsmengen reduzieren.
257. **Vereinbarungen über die gegenseitige Spezialisierung.** Die in Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer ii Spezialisierungs-GVO definierten Schlüsselmerkmale dieser Vereinbarungen sind folgende:
- a) Sie betreffen zwei oder mehr Parteien.
 - b) Die Parteien der Vereinbarungen sind bereits auf demselben sachlich relevanten Markt tätig.
 - c) Die Vereinbarung betrifft verschiedene Produkte.
 - d) Zwei oder mehr Parteien vereinbaren auf der Grundlage der Gegenseitigkeit ganz oder teilweise, die Produktion bestimmter, aber unterschiedlicher Produkte einzustellen und diese Produkte von den anderen Parteien zu beziehen.
 - e) Diese anderen Parteien erklären sich bereit, diese Produkte zu produzieren und an die Parteien zu liefern, die ihre Produktion einstellen.
258. Die Definition der Vereinbarungen über die gegenseitige Spezialisierung schreibt nicht vor, dass i) die Parteien auf demselben räumlich relevanten Markt tätig sind oder ii) die Parteien, die die Produktion bestimmter, aber unterschiedlicher Produkte einstellen, ihre Kapazitäten verringern müssen (z. B. Verkauf von Fabriken, Stilllegung von Produktionslinien usw.); es reicht aus, wenn sie ihre Produktionsmengen reduzieren.

259. **Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion.** Die in Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer iii Spezialisierungs-GVO definierten Schlüsselmerkmale dieser Vereinbarungen sind folgende:
- a) Sie betreffen zwei oder mehr Parteien.
 - b) Die Parteien stellen bestimmte Produkte gemeinsam her (vgl. Abschnitt 3.4.3).
260. Die Definition von Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion schreibt nicht vor, dass i) die Parteien bereits auf demselben sachlich relevanten Markt tätig sein müssen oder ii) eine Partei oder mehrere Parteien, die Produktion von Produkten einstellen muss/müssen.
- 3.4.2. *Sonstige Bestimmungen in Spezialisierungsvereinbarungen*
261. In der Spezialisierungs-GVO werden ferner gewisse Bestimmungen freigestellt, die in Spezialisierungsvereinbarungen enthalten sein können.
262. **Bestimmungen über die Übertragung von Rechten des geistigen Eigentums oder die Erteilung diesbezüglicher Lizenzen an eine oder mehrere Parteien** (Artikel 2 Absatz 3 Spezialisierungs-GVO). Für diese Bestimmungen gilt die in Artikel 2 Spezialisierungs-GVO vorgesehene Freistellung, wenn sie zwei kumulative Voraussetzungen erfüllen:
- a) Sie stellen nicht den Hauptgegenstand der Spezialisierungsvereinbarung dar und
 - b) sie beziehen sich unmittelbar auf die Umsetzung der Vereinbarung und sind dafür erforderlich.
263. **Bestimmungen über Liefer- und Bezugsverpflichtungen** (Artikel 2 Absatz 4 und Erwägungsgrund 11 Spezialisierungs-GVO). In der Spezialisierungs-GVO ist vorgesehen, dass Vereinbarungen über die einseitige bzw. die gegenseitige Spezialisierung nur dann freigestellt werden, wenn sie Liefer- und Bezugsverpflichtungen enthalten. Solche Verpflichtungen können ausschließlicher oder nicht ausschließlicher Art sein (Erwägungsgrund 11 Spezialisierungs-GVO).
264. In Bezug auf Alleinbelieferungs- bzw. Alleinbezugsverpflichtungen ist in Artikel 2 Absatz 4 Spezialisierungs-GVO festgelegt, dass die Freistellung für Spezialisierungsvereinbarungen gilt, wenn die Parteien eine Alleinbezugs- oder eine Alleinbelieferungsverpflichtung akzeptieren.
- a) Eine „Alleinbelieferungsverpflichtung“ im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 Buchstabe j Spezialisierungs-GVO ist eine Verpflichtung, die Spezialisierungsprodukte (im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 Buchstabe c Spezialisierungs-GVO) nicht an Wettbewerber zu liefern, es sei denn, es handelt sich dabei um eine oder mehrere Parteien der Vereinbarung. Daher hindert eine Alleinbelieferungsverpflichtung die Parteien nicht daran, die Spezialisierungsprodukte an Dritte zu liefern, bei denen es sich um nicht konkurrierende Unternehmen handelt.
 - b) Eine „Alleinbezugsverpflichtung“ im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 Buchstabe k Spezialisierungs-GVO ist eine Verpflichtung, die Spezialisierungsprodukte nur von einer oder mehreren Parteien der Vereinbarung zu beziehen.

265. Für andere Bestimmungen in Spezialisierungsvereinbarungen, die Nebenabreden darstellen, gilt ferner die Freistellung nach Artikel 2 Spezialisierungs-GVO, sofern die in der Rechtsprechung der Union¹⁶⁰ festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind.

3.4.3. *Gemeinsamer Vertrieb und der Begriff „gemeinsam“ im Rahmen der Spezialisierungs-GVO*

266. In der Spezialisierungs-GVO wird der Begriff „gemeinsam“ in Zusammenhang mit dem Vertrieb definiert. Der gemeinsame Vertrieb kann Teil einer Spezialisierungsvereinbarung sein und für eine Freistellung nach der Spezialisierungs-GVO infrage kommen, wenn die Vertriebstätigkeiten auf eine der beiden folgenden Arten durchgeführt werden:

- a) Der Vertrieb erfolgt durch ein gemeinsames Team, eine gemeinsame Organisation oder ein gemeinsames Unternehmen.
- b) Der Vertrieb erfolgt über einen dritten Vertriebshändler, der drei kumulative Voraussetzungen erfüllt:
 - i) Er wird von den Parteien der Spezialisierungsvereinbarung gemeinsam ernannt.
 - ii) Er wird auf ausschließlicher oder nicht-ausschließlicher Basis ernannt.
 - iii) Es handelt sich nicht um einen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerber der Parteien der Spezialisierungsvereinbarung.

267. Die in der Spezialisierungs-GVO vorgesehene Freistellung gilt auch¹⁶¹ für Spezialisierungsvereinbarungen, bei denen die Parteien a) die Spezialisierungsprodukte gemeinsam vertreiben und b) sie nicht unabhängig voneinander verkaufen.

268. Auch die Spezialisierungs-GVO verwendet den Begriff „gemeinsam“ in der Definition von „Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion“ (Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer iii) Spezialisierungs-GVO). Der Begriff „gemeinsam“ ist jedoch im Zusammenhang mit der Produktion nicht definiert. Im Rahmen der Spezialisierungs-GVO kann die gemeinsame Produktion daher in jeder Form erfolgen.

3.4.4. *Dienstleistungen im Rahmen der Spezialisierungs-GVO*

269. Spezialisierungsvereinbarungen, die unter die Freistellung der Spezialisierungs-GVO fallen, können auch die Vorbereitung von Dienstleistungen betreffen. Die Vorbereitung von Dienstleistungen bezieht sich auf die der Erbringung von Dienstleistungen für Kunden vorgelagerten Tätigkeiten (Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe e Spezialisierungs-GVO). So könnte beispielsweise eine Spezialisierungsvereinbarung über die Schaffung einer Plattform, über die eine

¹⁶⁰ Urteil des Gerichtshofs vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, Rn. 89; Urteil des Gerichtshofs vom 11. Juli 1985, Remia/Kommission, C-42/84, ECLI:EU:C:1985:327, Rn. 19 und 20; Urteil des Gerichtshofs vom 28. Januar 1986, Pronuptia, C-161/84, ECLI:EU:C:1986:41, Rn. 15–17; Urteil des Gerichtshofs vom 15. Dezember 1994, Göttrup-Klim u. a. Grovvareforeninger/Dansk Landbrugs Grovvareselskab, C-250/92, ECLI:EU:C:1994:413, Rn. 35; Urteil des Gerichtshofs vom 12. Dezember 1995, Oude Luttikhuis u. a./Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco, C-399/93, ECLI:EU:C:1995:434, Rn. 12–15.

¹⁶¹ Artikel 2 Absatz 4 Buchstabe b und Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe l Spezialisierungs-GVO.

Dienstleistung erbracht wird, als Vereinbarung über die Vorbereitung von Dienstleistungen angesehen werden.

270. Wie in Erwägungsgrund 9 Spezialisierungs-GVO erläutert, fällt die Erbringung von Dienstleistungen jedoch nicht in den Anwendungsbereich der Spezialisierungs-GVO, außer im Zusammenhang mit dem Vertrieb, wenn die Parteien die im Rahmen der Spezialisierungsvereinbarung vorbereiteten Dienstleistungen erbringen.

3.4.5. *Konkurrierende Unternehmen: tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber*

271. Nach der Spezialisierungs-GVO (Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe i) zählen zu den konkurrierenden Unternehmen: a) tatsächliche Wettbewerber, wenn sie auf demselben relevanten Markt tätig sind, oder b) „potenzielle Wettbewerber“, bei denen realistisch und nicht nur hypothetisch davon ausgegangen werden kann, dass sie ohne die Produktionsvereinbarungen wahrscheinlich innerhalb von höchstens drei Jahren die zusätzlichen Investitionen tätigen oder sonstigen Kosten auf sich nehmen würde, die erforderlich wären, um in den relevanten Markt einzutreten.
272. Potenzieller Wettbewerb muss auf einer realistischen Grundlage geprüft werden. So können Parteien nicht nur deshalb als potenzielle Wettbewerber eingestuft werden, weil Spezialisierungsvereinbarungen ihnen ermöglichen, bestimmte Produktionstätigkeiten durchzuführen. Die entscheidende Frage ist vielmehr, ob jeder Beteiligte für sich über die erforderlichen Mittel verfügt, um dies zu tun.

3.4.6. *Marktanteilsschwellenwert und Freistellungsdauer*

3.4.6.1. Marktanteilsschwellenwert

273. Gemäß Artikel 3 Spezialisierungs-GVO werden Spezialisierungsvereinbarungen freigestellt, wenn die folgenden Marktanteilsschwellenwerte eingehalten werden:
- a) Der gemeinsame Marktanteil der Parteien beträgt höchstens 20 % auf dem relevanten Markt bzw. den relevanten Märkten, die von der Spezialisierungsvereinbarung betroffen sind, sofern die übrigen Freistellungs Voraussetzungen der Spezialisierungs-GVO erfüllt sind.
 - b) Handelt es sich bei den Spezialisierungsprodukten um Zwischenprodukte, die eine oder mehrere der Parteien ganz oder teilweise intern als Vorleistung für die Produktion nachgelagerter Produkte verwenden, die sie auch verkaufen, so ist die Freistellung von der Spezialisierungs-GVO an eine Bedingung geknüpft:
 - i) Der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf dem relevanten Markt bzw. den relevanten Märkten, zu dem bzw. denen das Spezialisierungsprodukt gehört, beträgt höchstens 20 % und
 - ii) der gemeinsame Marktanteil auf dem relevanten Markt bzw. den relevanten Märkten, zu dem bzw. denen die nachgelagerten Produkte gehören, beträgt höchstens 20 %. Gemäß der Spezialisierungs-GVO wird ein „nachgelagertes Produkt“ als ein Produkt definiert, für das ein Spezialisierungsprodukt von einer oder mehreren der Parteien als Vorleistung verwendet wird und das von diesen Parteien auf dem Markt vertrieben wird (Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe g).

3.4.6.2. Berechnung der Marktanteile

274. Gemäß Artikel 4 Spezialisierungs-GVO müssen die Marktanteile anhand der Angaben für das vorangegangene Kalenderjahr ermittelt werden.

275. Für bestimmte Märkte kann es erforderlich sein, die Marktanteile auf der Grundlage des Durchschnitts der Marktanteile der Parteien in den letzten drei vorangegangenen Kalenderjahren zu berechnen. Dies kann z. B. dann relevant sein, wenn es Auftragsmärkte gibt und sich die Marktanteile von einem Jahr zum anderen erheblich verändern können (z. B. von 0 % auf 100 %), je nachdem, ob eine Partei im Ausschreibungsverfahren erfolgreich war oder nicht. Dies kann auch für Märkte relevant sein, die durch seltene Großaufträge gekennzeichnet sind, für die der Marktanteil des vorangegangenen Kalenderjahres möglicherweise nicht repräsentativ ist, z. B. wenn im vorangegangenen Kalenderjahr kein Großauftrag erteilt wurde. Eine weitere Situation, in der es notwendig sein kann, die Marktanteile auf der Grundlage eines Durchschnitts der letzten drei vorangegangenen Kalenderjahre zu berechnen, ist das Auftreten einer Störung von Angebot oder Nachfrage in dem Kalenderjahr, das der Vereinbarung über die Zusammenarbeit vorausgeht.
276. In der Spezialisierungs-GVO ist vorgesehen, dass die Berechnung der Marktanteile auf der Grundlage des Absatzwerts erfolgen soll. Liegen keine Angaben über den Absatzwert vor, so können zur Ermittlung des Marktanteils der Parteien Schätzungen vorgenommen werden, die auf anderen verlässlichen Marktdaten, wie u. a. den Absatzmengen, beruhen.
277. Für die Zwecke der Spezialisierungs-GVO umfassen die Ausdrücke „Unternehmen“ und „Parteien“ die jeweiligen verbundenen Unternehmen im Sinne des Artikels 1 Absatz 2. Gemäß Artikel 4 Absatz 3 Spezialisierungs-GVO wird der Marktanteil der Parteien der Spezialisierungsvereinbarung und der mit ihnen verbundenen Unternehmen zu gleichen Teilen jedem Unternehmen zugerechnet, das folgende Rechte oder Befugnisse hat:
- a) die Befugnis, direkt oder indirekt mehr als die Hälfte der Stimmrechte auszuüben,
 - b) die Befugnis, direkt oder indirekt mehr als die Hälfte der Mitglieder des Aufsichts- oder Leitungsorgans oder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe zu bestellen, oder
 - c) das Recht, die Geschäfte des Unternehmens direkt oder indirekt zu führen.

3.4.6.3. Dauer der Freistellung

278. Die Freistellung von der Spezialisierungs-GVO ist nicht befristet. Die Freistellung gilt für die Dauer der Spezialisierungsvereinbarung, solange die Marktanteilsschwellenwerte eingehalten werden.
279. In der Spezialisierungs-GVO ist vorgesehen, dass in dem Fall, dass der gemeinsame Marktanteil der Parteien in mindestens einem der von der Spezialisierungsvereinbarung betroffenen Märkte 20 % übersteigt, die Freistellung für einen Zeitraum von zwei aufeinanderfolgenden Kalenderjahren nach dem Jahr, in dem der Schwellenwert von 20 % erstmals überschritten wurde, weiter gilt.

3.4.7. Kernbeschränkungen in der Spezialisierungs-GVO

3.4.7.1. Kernbeschränkungen

280. In Artikel 5 Spezialisierungs-GVO sind die sogenannten Kernbeschränkungen aufgelistet. Kernbeschränkungen werden als schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen angesehen, die in den meisten Fällen wegen des Schadens, den sie dem Markt und den Verbrauchern zufügen, verboten werden sollten. Spezialisierungsvereinbarungen, die eine oder mehrere Kernbeschränkungen

enthalten, sind insgesamt vom Geltungsbereich der Freistellung nach der Spezialisierungs-GVO ausgeschlossen.

281. Die in Artikel 5 Spezialisierungs-GVO aufgeführten Kernbeschränkungen lassen sich in die folgenden Kategorien einteilen:

- a) die Festsetzung der Preise beim Verkauf der Spezialisierungsprodukte an Dritte,
- b) die Beschränkung von Produktion oder Absatz,
- c) die Zuweisung von Märkten oder Kunden.

282. Solche Beschränkungen können a) direkt oder indirekt und b) für sich allein oder in Verbindung mit anderen Faktoren, die unter der Kontrolle der Parteien der Spezialisierungsvereinbarung stehen, erreicht werden.

3.4.7.2. Ausnahmen

283. Artikel 5 Spezialisierungs-GVO enthält ferner mehrere Ausnahmen von den Kernbeschränkungen. Spezialisierungsvereinbarungen, die diese Bestimmungen enthalten, können dennoch freigestellt werden, wenn die übrigen Freistellungsvoraussetzungen der Spezialisierungs-GVO erfüllt sind.

- a) Festsetzung von Preisen: Im Rahmen des gemeinsamen Vertriebs erlaubt die Spezialisierungs-GVO die Festsetzung von Preisen für direkte Abnehmer (Artikel 5 Absatz 1 Unterabsatz 2).
- b) Beschränkung von Produktion oder Absatz:
 - i) Im Rahmen von einseitigen oder gegenseitigen Spezialisierungsvereinbarungen erlaubt die Spezialisierungs-GVO Bestimmungen über die festgelegte Menge an Produkten, die i) eine oder mehrere Parteien nicht mehr herstellen oder vorbereiten und/oder die ii) eine oder mehrere Parteien für die andere Partei bzw. die anderen Parteien herstellen oder vorbereiten (Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a).
 - ii) Im Rahmen von Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion erlaubt die Spezialisierungs-GVO Bestimmungen über die Festlegung von Kapazitäten und Produktionsvolumen der Parteien für die Spezialisierungsprodukte (Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b).
 - iii) Im Rahmen des gemeinsamen Vertriebs erlaubt die Spezialisierungs-GVO Bestimmungen zur Festlegung von Absatzzielen für die Spezialisierungsprodukte (Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe c).

3.4.8. Entzug des Rechtsvorteils der Spezialisierungs-GVO

284. In den Artikeln 6 und 7 Spezialisierungs-GVO ist vorgesehen, dass die Kommission und die nationalen Wettbewerbsbehörden den Rechtsvorteil der Spezialisierungs-GVO gemäß den Bestimmungen des Artikels 29 Absätze 1 und 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 entziehen können, insbesondere wenn

- a) der relevante Markt sehr konzentriert ist und
- b) der Wettbewerb bereits schwach ist, insbesondere aufgrund i) der individuellen Marktstellung anderer Marktteilnehmer oder ii) der Verbindungen zwischen anderen Marktteilnehmern, die durch parallele Spezialisierungsvereinbarungen entstehen.

285. Die Leitlinien für den Entzug der Rechtsvorteile der FuE-GVO gelten auch für den Entzug der Rechtsvorteile der Spezialisierungs-GVO (Vgl. Abschnitt 2.7 dieser Leitlinien).

3.5. Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3 von Produktionsvereinbarungen, die nicht in den Anwendungsbereich der Spezialisierungs-GVO fallen

286. Es ist nicht davon auszugehen, dass Spezialisierungsvereinbarungen, die nicht in den Anwendungsbereich der Spezialisierungs-GVO fallen, in den Anwendungsbereich des Artikels 101 Absatz 1 fallen oder dass sie die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 nicht erfüllen. Solche Produktionsvereinbarungen erfordern eine Einzelfallprüfung.
287. Die Einzelfallprüfung einer solchen Produktionsvereinbarung beginnt mit der Frage, ob die Vereinbarung den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 einschränken würde¹⁶². Ist dies der Fall, müssten die Unternehmen prüfen, ob die Produktionsvereinbarung die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 AEUV erfüllt.

3.5.1. Effizienzgewinne

288. Produktionsvereinbarungen können zu Effizienzgewinnen führen, indem sie
- a) Unternehmen ermöglichen, Kosten einzusparen, die sie anderenfalls vervielfachen würden,
 - b) helfen, die Produktqualität zu verbessern, wenn Unternehmen Fähigkeiten und Know-how in die Zusammenarbeit einbringen, die einander ergänzen,
 - c) Unternehmen ermöglichen, eine größere Vielfalt an Produkten anzubieten, die sie sich andernfalls nicht leisten oder nicht herstellen könnten,
 - d) Unternehmen ermöglichen, Produktionstechnologien zu verbessern oder neue Produkte (z. B. nachhaltige Produkte) auf den Markt zu bringen, wozu sie andernfalls nicht in der Lage gewesen wären (z. B. aufgrund ihrer technischen Fähigkeiten),
 - e) Anreize und Möglichkeiten für Unternehmen schaffen, ihre Produktionskapazitäten an einen plötzlichen Anstieg der Nachfrage oder einen Rückgang des Angebots bestimmter Produkte anzupassen, um das Risiko von Engpässen zu vermeiden,
 - f) Engpässe und Unterbrechungen in der Lieferkette in kritischen Wirtschaftssektoren beheben, wodurch die Parteien die Abhängigkeit von einer zu geringen Anzahl von Anbietern bestimmter Produkte, Dienstleistungen und Technologien verringern können,
 - g) Unternehmen ermöglichen, zu niedrigeren Kosten zu produzieren, wenn die Zusammenarbeit sie in die Lage versetzt, die Produktion dann zu erhöhen, wenn die Grenzkosten bei steigendem Output, d. h. aufgrund von Größenvorteilen, sinken,
 - h) Kosteneinsparungen durch Verbundvorteile ermöglichen, wenn die Vereinbarung es den Parteien ermöglicht, die Anzahl der verschiedenen Produkttypen zu erhöhen.

¹⁶² Absatz 2.3 dieser Leitlinien.

289. Diese Effizienzgewinne können zu einem widerstandsfähigen Binnenmarkt beitragen.

3.5.2. *Unerlässlichkeit*

290. Wettbewerbsbeschränkungen, die weiter gehen, als zur Erzielung der mit einer Produktionsvereinbarung angestrebten Effizienzgewinne notwendig ist, erfüllen nicht die Voraussetzungen des Artikels 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.

3.5.3. *Weitergabe an die Verbraucher*

291. Effizienzgewinne, die durch unerlässliche Beschränkungen erzielt wurden, müssen in einem solchen Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwogen werden, z. B. in Form von niedrigeren Preisen oder einer besseren Qualität oder Vielfalt der Produkte.
292. 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 des Artikels 101 Absatz 3.
293. 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.
294. 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.

3.5.4. *Keine Ausschaltung des Wettbewerbs*

295. Die Voraussetzungen des Artikels 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 den möglichen Spillover-Märkten zu prüfen.

3.6. **Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen**

296. In diesem Abschnitt gibt die Kommission Orientierungshilfen zur bestimmten Art von Produktionsvereinbarungen über Mobilfunkinfrastrukturen – Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen¹⁶³. Konnektivitätsnetze bilden die Grundlage der digitalen Wirtschaft und Gesellschaft und sind für praktisch

¹⁶³ Es sei darauf hingewiesen, dass sich der Begriff „Mobilfunkinfrastruktur“ in diesem Abschnitt nicht nur auf die Nutzung der Infrastruktur für mobile Dienste wie Funk-Weitverkehrsnetze bezieht, sondern auch auf die Bereitstellung eines drahtlosen Zugangs an einem festen Standort, wie den drahtlosen Festnetzzugang, der als Alternative zu drahtgebundenen Verbindungen genutzt wird.

alle Unternehmen und Verbraucher von Bedeutung. Mobilfunknetzbetreiber arbeiten häufig zusammen, um die Kosteneffizienz ihres Netzausbaus zu erhöhen¹⁶⁴.

297. Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen sind ein Beispiel für Spezialisierungsvereinbarungen, die die gemeinsame Vorbereitung von Dienstleistungen betreffen. In Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen vereinbaren die Mobilfunknetzbetreiber die gemeinsame Nutzung bestimmter Infrastrukturelemente. Dies kann die gemeinsame Nutzung der grundlegenden Standortinfrastruktur wie Masten, Verteilerkästen, Antennen oder Stromversorgungseinheiten umfassen (sogenannte „passive gemeinsame Nutzung“ oder „Standortmitbenutzung“). Mobilfunknetzbetreiber können ferner die Ausrüstung des Funkzugangsnetzes (Radio Access Network, RAN) an den Standorten gemeinsam nutzen, z. B. Transceiver-Basisstationen oder Controller-Knoten („aktive RAN-Mitbenutzung“) oder ihr Spektrum, z. B. Frequenzbänder („gemeinsame Frequenznutzung“)¹⁶⁵.
298. Die Kommission erkennt die potenziellen Vorteile von Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen an, die sich aus Kostensenkungen oder Qualitätsverbesserungen ergeben. Kostensenkungen, z. B. beim Ausbau und bei der Wartung, können den Verbrauchern in Form von niedrigeren Preisen zugutekommen. Eine bessere Qualität der Dienste oder eine größere Vielfalt an Produkten und Diensten kann z. B. durch einen schnelleren Ausbau neuer Netze und Technologien, eine größere Reichweite oder ein dichteres Netz entstehen. Die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen kann ferner das Entstehen von Wettbewerb ermöglichen, den es sonst nicht geben würde¹⁶⁶. Die Kommission hat ferner allgemein festgestellt, dass Mobilfunknetzbetreiber durch Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen von großen, effizienten Netzen profitieren können, ohne dass eine Konsolidierung durch Fusionen erforderlich ist.

¹⁶⁴ Der Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation sieht die Möglichkeit der gemeinsamen Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen unter bestimmten, sehr spezifischen Umständen vor. Dies kann beispielsweise in weniger dicht besiedelten Gebieten der Fall sein, in denen eine Replikation nicht praktikabel ist und Endnutzer Gefahr laufen, von der digitalen Anbindung ausgeschlossen zu werden. Vgl. die Bedingungen in Artikel 61 Absatz 4 der Richtlinie (EU) 2018/1992 vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (EKEK), wonach die Mitgliedstaaten gewährleisten müssen, dass ihre zuständigen Behörden befugt sind, Unternehmen Verpflichtungen in Bezug auf die gemeinsame Nutzung passiver Infrastrukturen oder Verpflichtungen zum Abschluss von Vereinbarungen über den Zugang zu lokalem Roaming sowie in Ausnahmefällen zur aktiven gemeinsamen Nutzung aufzuerlegen. Vgl. ferner die Empfehlung der Kommission für ein gemeinsames Instrumentarium der Union zur Senkung der Kosten des Aufbaus von Netzen mit sehr hoher Kapazität und zur Gewährleistung eines raschen und investitionsfreundlichen Zugangs zu 5G-Funkfrequenzen im Hinblick auf die Förderung der Konnektivität zur Unterstützung der wirtschaftlichen Erholung von der COVID-19-Krise in der Union.

¹⁶⁵ Schließlich können die Mobilfunknetzbetreiber nicht nur den RAN-Teil ihres Netzes gemeinsam nutzen, sondern auch einige Knoten ihrer jeweiligen Kernnetze, wie z. B. Mobilfunkvermittlungsstellen und Mobility Management Entities.

¹⁶⁶ Die gemeinsame Nutzung der Mobilfunkinfrastruktur kann beispielsweise einen Wettbewerb auf der Endkundenebene ermöglichen, den es ohne die Vereinbarung nicht gäbe. Vgl. entsprechend das Urteil des Gerichts vom 2. Mai 2006, O2 (Germany)/Kommission, T-328/03, ECLI:EU:T:2006:116, Rn. 77–79. Dieses Urteil bezieht sich auf Vereinbarungen über Inlandsroaming, die Grundsätze können jedoch sinngemäß auf Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen angewendet werden.

299. Die Kommission ist der Auffassung, dass Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen, einschließlich einer möglichen gemeinsamen Frequenznutzung, grundsätzlich keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 darstellen, es sei denn, sie dienen als Mittel zur Bildung eines Kartells.
300. Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen können jedoch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben. Sie können den Infrastrukturwettbewerb einschränken, der stattfinden würde, wenn es die Vereinbarung nicht gäbe¹⁶⁷. Ein geringerer Infrastrukturwettbewerb kann wiederum den Wettbewerb auf der Vorleistungs- wie auch auf der Endkundenebene einschränken. Dies liegt daran, dass ein begrenzter Wettbewerb auf der Infrastrukturebene Parameter wie die Anzahl und die Lage der Standorte, den Zeitplan für den Ausbau der Standorte sowie den Umfang der an jedem Standort vorhandenen Kapazität beeinflussen kann, was sich wiederum auf die Qualität der Dienste und die Preise auswirken kann.
301. Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen können ferner de facto die Entscheidungsfreiheit der Parteien einschränken und die Möglichkeiten und Anreize der Parteien begrenzen, miteinander in einen Infrastrukturwettbewerb einzutreten. Dies könnte zum Beispiel auf technische,¹⁶⁸ vertragliche oder finanzielle Bedingungen der Vereinbarung¹⁶⁹ zurückzuführen sein. Der Informationsaustausch zwischen den Parteien kann auch aus wettbewerbsrechtlicher Sicht problematisch sein, insbesondere wenn er über das hinausgeht, was für das Funktionieren der Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen unbedingt erforderlich ist.
302. Die wettbewerbsrechtliche Würdigung nach Artikel 101 muss zwar immer im Einzelfall vorgenommen werden¹⁷⁰, doch lassen sich allgemeine Grundsätze als Richtschnur für die Durchführung einer solchen Würdigung für die verschiedenen Arten von Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen angeben:
- a) Es ist unwahrscheinlich, dass die passive gemeinsame Nutzung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat, solange die Netzbetreiber ein hohes Maß an Unabhängigkeit und Flexibilität bei der Festlegung ihrer

¹⁶⁷ Die Auswirkungen der Vereinbarung sind einer Prüfung zu unterziehen, bei der festgestellt werden muss, ob die Voraussetzungen für eine erhebliche Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs vorliegen, damit sie unter das Verbot fällt. Der fragliche Wettbewerb muss in dem tatsächlichen Kontext verstanden werden, in dem er ohne die streitige Vereinbarung stattfinden würde; die Beeinträchtigung des Wettbewerbs kann insbesondere dann angezweifelt werden, wenn die Vereinbarung für die Erschließung eines neuen Gebiets durch ein Unternehmen unbedingt notwendig erscheint. Vgl. Urteil des Gerichts vom 2. Mai 2006, O2 (Germany)/Kommission, T-328/03, ECLI:EU:T:2006:116, Rn. 68.

¹⁶⁸ Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen könnten zu Situationen führen, in denen eine Partei die andere Partei ausbremst. So kann beispielsweise eine Partei eine bestimmte Technologie nicht in einem Gebiet einsetzen, das von der anderen Partei beliefert wird.

¹⁶⁹ Zum Beispiel im Falle einer geografischen Aufteilung, wenn die Netzaufrüstung von einer Partei der anderen zu einem Preis in Rechnung gestellt wird, der höher ist als die zugrunde liegenden Grenzkosten.

¹⁷⁰ Urteil des Gerichts vom 2. Mai 2006, O2 (Germany)/Kommission, T-328/03, ECLI:EU:T:2006:116, Rn. 65–71.

Geschäftsstrategie, der Merkmale ihrer Dienste und ihrer Netzinvestitionen bewahren.

- b) Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen bei Vereinbarungen über die aktive RAN-Mitbenutzung sind wahrscheinlicher. Dies liegt daran, dass die aktive RAN-Mitbenutzung im Vergleich zur passiven gemeinsamen Nutzung wahrscheinlich eine umfassendere Zusammenarbeit bei den Netzelementen erfordert, die sich nicht nur auf die Abdeckung, sondern auch auf die unabhängige Bereitstellung von Kapazitäten auswirken dürfte.
- c) Vereinbarungen über die gemeinsame Frequenznutzung (auch als „Frequenzpooling“ bezeichnet) bedeuten eine umfassendere Zusammenarbeit und können die Möglichkeiten der Parteien zur Differenzierung ihrer Endkunden- und/oder Vorleistungsangebote weiter einschränken und den Wettbewerb zwischen ihnen unmittelbar begrenzen¹⁷¹. Zwar dürfen die zuständigen Behörden die gemeinsame Frequenznutzung in den an die Frequenznutzungsrechte geknüpften Bedingungen nicht verhindern,¹⁷² doch müssen diese Vereinbarungen gemäß Artikel 101 sorgfältig geprüft werden¹⁷³.

303. Bei der Prüfung der Frage, ob eine Vereinbarung über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben kann, sind eine Reihe von Faktoren von Bedeutung, darunter:

- a) die Art und das Ausmaß der gemeinsamen Nutzung (einschließlich des Grades der Unabhängigkeit, den die Netzbetreiber beibehalten),¹⁷⁴

¹⁷¹ Es sei darauf hingewiesen, dass der Begriff „gemeinsame Frequenznutzung“ in diesem Abschnitt nur die Art von Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Infrastrukturen betrifft, bei denen zwei oder mehr Mobilfunknetzbetreiber ihre jeweiligen Frequenzanteile in einem oder mehreren Frequenzbändern als gemeinsame Ressource nutzen (sogenanntes „Pooling“). Die Überlegungen zur gemeinsamen Frequenznutzung lassen jedoch andere Arten der gemeinsamen Frequenznutzung unberührt, z. B. zwischen Nichtwettbewerbern (einschließlich zwischen Mobilfunknetzbetreibern und Betreibern nicht-mobiler Netze), die dieselben Frequenzbänder dynamisch nutzen und so die effiziente Nutzung dieser knappen Ressource sowie neue Möglichkeiten für die 5G-Einführung fördern. Darüber hinaus sollte der Begriff „gemeinsame Frequenznutzung“ in diesem Abschnitt nicht mit der sogenannten „dynamischen gemeinsamen Frequenznutzung“ verwechselt werden, einer Technologie, die die dynamische Zuweisung der Kapazitätsressourcen eines Mobilfunkbetreibers in einem bestimmten Frequenzband ermöglicht, um den gleichzeitigen Betrieb mehrerer Generationen von Mobilfunktechnologien, wie 3G, 4G und 5G, in diesem Frequenzband zu ermöglichen.

¹⁷² Vgl. die Bestimmungen in Artikel 47 Absatz 2 des EKEK, wonach die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten die gemeinsame Nutzung des Frequenzspektrums nicht durch die mit den Funkfrequenznutzungsrechten verbundenen Bedingungen verhindern dürfen. Darüber hinaus können die zuständigen Behörden, wenn sie einzelne Funkfrequenznutzungsrechte an Bedingungen knüpfen, folgende Möglichkeiten vorsehen: a) gemeinsame Nutzung von passiven oder aktiven Infrastrukturen, b) kommerzielle Roamingzugangvereinbarungen, c) gemeinsamer Ausbau von Infrastrukturen für die Bereitstellung von auf Funkfrequenzen gestützten elektronischen Kommunikationsnetzen oder -diensten.

¹⁷³ Eine Vereinbarung über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen zwischen zwei Mobilfunkbetreibern mit stabilen gemeinsamen Marktanteilen von 90 %, die das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaats, alle Technologien (2G–5G) und die gemeinsame Nutzung von Frequenzen abdeckt, rechtfertigt beispielsweise eine eingehende Prüfung, bei der vermutlich mit hoher Wahrscheinlichkeit wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen auf den Markt zum Nachteil der Verbraucher festgestellt werden. Unter bestimmten Umständen (z. B. wenn die Vereinbarung nur auf dünn besiedelte Gebiete beschränkt ist) haben solche Vereinbarungen jedoch keine derart restriktiven Auswirkungen.

¹⁷⁴ Entscheidung der Kommission vom 16. Juli 2003 in der Sache COMP/38.369, T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Rahmenvertrag über Gemeinsame Netznutzung, Erwägungsgrund 12);

- b) den Umfang der gemeinsam genutzten Dienste und Technologien, die Dauer und die durch die Vereinbarungen geschaffene Struktur,
 - c) der räumliche Anwendungsbereich und die Marktabdeckung der Vereinbarung über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen (z. B. die Versorgung der Bevölkerung und die Frage, ob die Vereinbarung dicht besiedelte Gebiete betrifft),¹⁷⁵
 - d) die Marktstruktur und -merkmale (Marktanteile der Parteien, Umfang der von den Parteien gehaltenen Frequenzen, Intensität des Wettbewerbs zwischen den Parteien, Anzahl der Betreiber außerhalb der Vereinbarung und Ausmaß des von ihnen ausgeübten Wettbewerbsdrucks, Marktzutrittsschranken usw.).
304. Auch wenn dies nicht automatisch bedeutet, dass eine Vereinbarung über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen mit Artikel 101 vereinbar ist, so müsste sie doch zumindest die folgenden Anforderungen erfüllen, damit prima facie davon ausgegangen werden kann, dass sie keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen gemäß Artikel 101 hat:
- a) Die Betreiber kontrollieren und betreiben ihr eigenes Kernnetz, und es gibt keine technischen, vertraglichen, finanziellen oder sonstigen Hemmnisse, die die Betreiber daran hindern, ihre Infrastruktur individuell/einseitig einzurichten, aufzurüsten und zu erneuern, wenn sie dies wünschen.
 - b) Die Betreiber behalten ihre Unabhängigkeit im Endkunden- und Vorleistungsgeschäft (technische, kommerzielle und sonstige Entscheidungsfreiheit). Dazu gehört die Freiheit der Betreiber, die Preise für ihre Dienste festzulegen, die Produkt-/Paketparameter zu bestimmen, unabhängige Frequenzstrategien zu verfolgen und ihre Dienste auf der Grundlage von Qualität sowie anderer Parameter zu differenzieren.
 - c) Die Betreiber tauschen nicht mehr Informationen aus, als für die gemeinsame Nutzung der Mobilfunkinfrastrukturen unbedingt erforderlich sind, und es wurden die notwendigen Hindernisse für den Informationsaustausch errichtet.
305. Erfüllt die Vereinbarung über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen diese Mindestvoraussetzungen nicht, so ist dies ein Hinweis darauf, dass die Vereinbarung über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 haben wird.

3.7. Beispiele

306. Unmittelbare Beschränkung des Wettbewerbs

Beispiel 1

Sachverhalt: Die Unternehmen A und B, die das Produkt X anbieten, beschließen, ihre bestehenden, veralteten Produktionsanlagen zu schließen und eine neue, größere

¹⁷⁵

Entscheidung der Kommission vom 30. April 2003 in der Sache COMP/38.370, O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited („UK Network Sharing Agreement“), Erwägungsgrund 11.

Vgl. den gemeinsamen Standpunkt des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) zur gemeinsamen Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen vom 13. Juni 2019, Abschnitt 4.2. Aktive gemeinsame Nutzung. Vgl. z. B. ferner der Beschluss der Kommission vom 6. März 2020 in der Sache M.9674, Vodafone Italia/TIM/INWIT JV und die dazugehörige Pressemitteilung: [Fusionskontrolle: INWIT/Telecom Italia, Vodafone \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/competition/press/20200306_italy_vodafone_tim_inwit_jv_en).

und effizientere Produktionsanlage zu errichten, die von einem Gemeinschaftsunternehmen betrieben werden soll und über eine höhere Kapazität verfügen wird als die alten Anlagen von A und B zusammen. Die Wettbewerber sind mit ihren bestehenden Anlagen voll ausgelastet und haben keine Erweiterungspläne. A und B haben einen Marktanteil von 20 % bzw. 25 % auf dem relevanten Markt für Produkt X. Der Markt ist konzentriert, stagnierend, es gab in letzter Zeit keine Marktzutritte und die Marktanteile sind im Laufe der Zeit stabil geblieben. Die Produktionskosten machen einen Großteil der variablen Kosten von A und B für Produkt X aus. Die Kosten und die strategische Bedeutung der Vermarktung sind im Vergleich zur Produktion gering: Die Kosten für Marketing sind niedrig, da es sich bei Produkt X um ein homogenes, eingeführtes Produkt handelt, und der Transport ist kein ausschlaggebender Wettbewerbsfaktor.

Analyse: Die Spezialisierungs-GVO findet in diesem Beispiel keine Anwendung, da der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf dem relevanten Markt für Produkt X mehr als 20 % beträgt. Daher wäre eine Einzelfallprüfung der Vereinbarung erforderlich.

Wenn A und B alle oder den größten Teil ihrer variablen Kosten gemeinsam tragen, könnte diese Produktionsvereinbarung zu einer direkten Einschränkung des Wettbewerbs zwischen ihnen führen. Dies kann die Parteien dazu veranlassen, die Produktion des Gemeinschaftsunternehmens zu beschränken, sodass eine geringere Menge von Waren auf den Markt kommt, als wenn jede Partei selbst über ihren Output entschieden hätte. In Anbetracht der begrenzten Kapazitätsbeschränkungen, die die Wettbewerber ausüben werden, könnte dieser geringere Output zu höheren Preisen führen.

Es ist daher wahrscheinlich, dass das Gemeinschaftsunternehmen für die Produktion von A und B auf dem Markt für Produkt X wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 haben wird.

Der Ersatz von zwei kleineren alten Produktionsanlagen durch eine neue könnte dazu führen, dass das Gemeinschaftsunternehmen zum Vorteil der Verbraucher größere Mengen zu niedrigeren Preisen produziert. Die Produktionsvereinbarung könnte jedoch nur dann die Kriterien des Artikels 101 Absatz 3 erfüllen, wenn die Parteien durch substantiierten Vortrag den Nachweis erbringen, dass die erheblichen Effizienzgewinne in einem solchen Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen.

307. Kollusionsergebnisse

Beispiel 2

Sachverhalt: Zwei Anbieter, die Unternehmen A und B, gründen ein Gemeinschaftsunternehmen für die Produktion des Produkts Y. A und B haben auf dem Markt für Y einen Anteil von 15 % bzw. 10 %. Es gibt noch drei weitere Anbieter auf dem Markt: Unternehmen C, D und E mit einem Marktanteil von 30 %, 25 % bzw. 20 %. B hat bereits eine gemeinsame Produktionsanlage mit D. Y ist homogen, die zugrunde liegende Technologie ist einfach und die Anbieter haben sehr ähnliche variable Kosten.

Analyse: Der Markt ist durch sehr wenige Akteure mit ähnlichen Marktanteilen und variablen Produktionskosten 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 des Artikels 101 Absatz 1 haben. Die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 könnten nur im Falle erheblicher Effizienzgewinne, die in einem Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen überwiegen, erfüllt sein. In diesem Beispiel erscheint dies jedoch angesichts der homogenen Merkmale von Y und der Einfachheit der ihm zugrunde liegenden Technologie unwahrscheinlich.

308. Wettbewerbswidrige Marktabstimmung

Beispiel 3

Sachverhalt: Die Unternehmen A und B gründen ein Gemeinschaftsunternehmen für die Produktion des Zwischenprodukts X, das ihre gesamte Produktion von X umfasst. X ist der wichtigste Input für die Produktion des nachgelagerten Produkts Y, und es gibt kein anderes Produkt, das stattdessen als Input verwendet werden könnte. 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 (Eigenbedarf), sondern verkaufen X auch auf dem Handelsmarkt (Verkäufe an Dritte), an dem sie einen Anteil von jeweils 40 % haben. Auf dem Markt für X bestehen hohe Zutrittsschranken, 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. Diese Vereinbarung führt zu Fixkosteneinsparungen in Form einer Senkung der Kosten für den Hauptsitz, was zu Größenvorteilen für das Gemeinschaftsunternehmen führt.

Analyse: Die Spezialisierungs-GVO findet in diesem Beispiel keine Anwendung, da der gemeinsame Marktanteil der Parteien sowohl auf dem Markt für X als auch auf dem Markt für das nachgelagerte Produkt Y 20 % übersteigt. Daher wäre eine Einzelfallprüfung der Produktionsvereinbarung erforderlich.

Durch das Gemeinschaftsunternehmen für die Produktion wären A und B in der Lage, die Lieferungen des wesentlichen Inputs X an ihre Konkurrenten auf dem nachgelagerten Markt für Y weitgehend zu kontrollieren. Dies würde A und B die Möglichkeit geben, die Kosten ihrer Konkurrenten zu erhöhen, indem sie den Preis für X künstlich erhöhen oder den Output verringern. Dies könnte die Wettbewerber von A und B auf dem Markt für Y ausschließen. Wegen der wahrscheinlich wettbewerbswidrigen Abschottung des nachgelagerten Marktes dürfte diese Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 haben. Es ist unwahrscheinlich, dass die durch das Gemeinschaftsunternehmen für die Produktion erzielten Größenvorteile die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen aufwiegen, sodass diese Vereinbarung höchstwahrscheinlich nicht die Kriterien des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt.

309. Produktionsvereinbarung als Marktaufteilung

Beispiel 4

Sachverhalt: Die Unternehmen A und B stellen jeweils die beiden Produkte X und Y her, die zu unterschiedlichen sachlich relevanten Märkten gehören. 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 %. Um Größenvorteile in der Produktion zu erzielen, schließen A und B eine gegenseitige Spezialisierungsvereinbarung, wonach A nur X und B nur Y produzieren wird. Sie beliefern sich nicht gegenseitig, sodass Unternehmen A nur X und Unternehmen B nur Y verkauft. Die Parteien erklären, dass sie durch diese Spezialisierung aufgrund von Größenvorteilen erhebliche Fixkosten einsparen und dass sie durch die Konzentration auf nur ein Produkt ihre Produktionstechniken verbessern können, was zu einer besseren Produktqualität führt.

Analyse: Die Spezialisierungs-GVO findet keine Anwendung, da der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf den sachlich relevanten Märkten X und Y jeweils mehr als 20 % beträgt. Außerdem fällt die zwischen A und B geschlossene Vereinbarung nicht unter die Definition einer gegenseitigen Spezialisierungsvereinbarung im Sinne der Spezialisierungs-GVO, da es keine gegenseitigen Lieferungen gibt (d. h., es besteht keine Vereinbarung, die Produkte X und Y von den Unternehmen B bzw. A zu beziehen, die sich ihrerseits bereit erklären, sie zu produzieren und zu liefern). Daher wäre eine Einzelfallprüfung der Produktionsvereinbarung erforderlich.

Was die Auswirkungen auf den Wettbewerb auf dem Markt betrifft, so werden durch diese Produktionsvereinbarung die Märkte für die Produkte X und Y zwischen den Parteien aufgeteilt. Daher bezweckt die Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung. Da die geltend gemachten Effizienzgewinne in Form einer Senkung der Fixkosten und verbesserten Produktionstechnologien einzig und allein mit der Marktaufteilung zusammenhängen, ist es unwahrscheinlich, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Vereinbarung überwiegen, sodass die Vereinbarung nicht die Voraussetzungen des Artikels 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.

310. Informationsaustausch

Beispiel 5

Sachverhalt: Die Unternehmen 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 Unionsmarkt 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. Der Großteil der Kunden von B befindet sich in Südeuropa, obwohl das Unternehmen auch 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.

A und B kommen zu dem Schluss, dass es effizienter wäre, wenn das Unternehmen A Z nicht mehr von Mitgliedstaat X nach Südeuropa und das Unternehmen B Z nicht mehr von Mitgliedstaat Y nach Nordeuropa transportieren würde, wollen aber gleichzeitig ihre jeweiligen Bestandskunden 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 Vereinbarung ist jedoch auch der Austausch der Produktions- und der Transportkosten der 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. Aufgrund des umfassenden Informationsaustauschs über einen zentralen Wettbewerbsparameter in Bezug auf Z ist es daher wahrscheinlich, dass die Swap-Vereinbarung zwischen A und B wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 hat, da sie zu einem Kollusionsergebnis führen kann. Auch wenn die Vereinbarung zu erheblichen Effizienzgewinnen in Form von Kosteneinsparungen für die Parteien führen würde, sind die durch die Vereinbarung verursachten Wettbewerbsbeschränkungen für die Verwirklichung dieser Gewinne nicht unerlässlich. Die Parteien könnten ähnliche Kosteneinsparungen erzielen, wenn sie sich auf eine Preisformel einigen würden, die keine Offenlegung ihrer Produktions- und Transportkosten erfordert. Folglich erfüllt die Swap-Vereinbarung in ihrer derzeitigen Form nicht die Kriterien des Artikels 101 Absatz 3.

4. EINKAUFSSVEREINBARUNGEN

4.1. Einleitung

311. Gegenstand dieses Kapitels sind Vereinbarungen über den gemeinsamen Einkauf von Produkten durch mehrere Unternehmen. Der gemeinsame Einkauf kann über ein gemeinsam kontrolliertes Unternehmen oder ein Unternehmen erfolgen, an dem verschiedene Unternehmen Minderheitsbeteiligungen halten, durch eine Genossenschaft oder einen Zusammenschluss von Genossenschaften oder im Rahmen einer vertraglichen Regelung oder lockererer Formen der Zusammenarbeit, z. B. durch einen Einkäufer oder Verhandlungsführer, der eine Gruppe von Einkäufern vertritt (im Folgenden „gemeinsame Einkaufsregelungen“).
312. Gemeinsame Einkaufsregelungen sind in einer Vielzahl von Wirtschaftszweigen anzutreffen und beinhalten die Bündelung von Einkaufstätigkeiten. Sie können darin bestehen, die tatsächlichen Einkäufe im Rahmen der gemeinsamen Einkaufsregelung zusammen zu tätigen. Sie können sich auch darauf beschränken, gemeinsam den Kaufpreis, bestimmte Preiselemente oder andere Bedingungen auszuhandeln, während die tatsächlichen Einkäufe zu dem gemeinsam ausgehandelten Preis und den gemeinsam ausgehandelten Bedingungen den einzelnen Parteien überlassen

werden. Eine gemeinsame Einkaufsregelung kann ferner zusätzliche Tätigkeiten wie den gemeinsamen Vertrieb, die gemeinsame Qualitätskontrolle und die gemeinsame Lagerung umfassen, wodurch doppelte Lieferkosten vermieden werden. Je nach Sektor kann der Einkäufer die Produkte verbrauchen oder sie als Input für seine eigenen Tätigkeiten verwenden, z. B. Energie oder Düngemittel. Gruppen potenzieller Lizenznehmer können ferner gemeinsam Lizenzvereinbarungen für standardessenzielle Patente mit Lizenzgebern aushandeln, um die jeweilige Technologie in ihren Produkten verwenden zu können (bisweilen auch als „Lizenzverhandlungsgruppen“ bezeichnet). Im Vertriebssektor können die Einkäufer die Produkte einfach weiterverkaufen, wie z. B. kurzlebige Konsumgüter, Unterhaltungselektronik oder andere Konsumgüter. Die letztgenannten Gruppen von Einkäufern, die sich aus unabhängigen Einzelhändlern, Einzelhandelsketten oder Einzelhandelsgruppen zusammensetzen, werden üblicherweise als „Einzelhandelsallianzen“¹⁷⁶ bezeichnet.

313. Gemeinsame Einkaufsregelungen haben in der Regel das Ziel, ein gewisses Maß an Nachfragemacht gegenüber großen Anbietern zu erreichen, das die einzelnen Parteien der gemeinsamen Einkaufsregelung nicht erreichen würden, wenn sie getrennt statt gemeinsam handeln würden. Bei ihrer Prüfung wird sich daher hauptsächlich auf den Einkaufsmarkt konzentriert, auf dem durch die gemeinsame Einkaufsregelung die Nachfragemacht ihrer Parteien gebündelt und mit Anbietern verhandelt oder bei diesen eingekauft wird. Die Nachfragemacht einer gemeinsamen Einkaufsregelung kann zu niedrigeren Preisen, einer größeren Vielfalt oder einer besseren Qualität der Produkte oder Dienstleistungen für die Verbraucher führen. Unternehmen können sich ferner an gemeinsamen Einkaufsregelungen beteiligen, wenn sie dadurch Engpässen oder Störungen im Produktionsablauf bei bestimmten Produkten vorbeugen und so eine Unterbrechung der Lieferkette vermeiden können. Nachfragemacht kann jedoch unter bestimmten Umständen auch Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken geben, wie in Absatz 4.2.3 dargelegt.
314. Gemeinsame Einkaufsregelungen können sowohl horizontale als auch vertikale Vereinbarungen enthalten. In solchen Fällen ist eine Analyse in zwei Stufen erforderlich. Zunächst müssen die horizontalen Vereinbarungen zwischen den gemeinsam einkaufenden Wettbewerbern oder die von der Unternehmensvereinigung angenommenen Beschlüsse anhand der in diesen Leitlinien beschriebenen Grundsätze gewürdigt werden. Führt diese Prüfung zu dem Ergebnis, dass die gemeinsame Einkaufsregelung keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gibt, ist eine weitere Prüfung erforderlich, um die einschlägigen vertikalen Vereinbarungen zwischen der gemeinsamen Einkaufsregelung und einem einzelnen Mitglied sowie zwischen der gemeinsamen Einkaufsregelung und den Anbietern zu untersuchen. Diese Prüfung wird nach den Vorschriften der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Beschränkungen und der Leitlinien für vertikale Beschränkungen erfolgen. Bei vertikalen Vereinbarungen, die nicht unter die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen fallen, wird nicht davon ausgegangen, dass sie rechtswidrig sind; sie sind jedoch einer Einzelprüfung zu unterziehen.

¹⁷⁶ Vgl. Colen, L., Bouamra-Mechemache, Z., Daskalova, V., Nes, K., Retail alliances in the agricultural and food supply chain (Einzelhandelsallianzen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette), EUR 30206 EN, Europäischen Kommission, 2020, ISBN 978-92-76-18585-7, DOI:10.2760/33720, JRC120271.

4.2. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1

4.2.1. Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken

315. Einkaufsvereinbarungen können wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen auf den vorgelagerten Einkaufsmärkten und/oder auf nachgelagerten Verkaufsmärkten haben, zum Beispiel höhere Preise, geringere Produktionsmenge, Produktqualität oder -vielfalt, oder Innovation, Marktaufteilung oder wettbewerbswidrige Abschottung des Marktes für andere mögliche Einkäufer.

4.2.2. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen

316. Gemeinsame Einkaufsregelungen stellen in der Regel keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar, wenn es sich tatsächlich um gemeinsame Einkäufe handelt, d. h., wenn die gemeinsame Einkaufsregelung die kollektive Aushandlung und den Abschluss einer Vereinbarung im Namen ihrer Mitglieder mit einem bestimmten Anbieter über eine oder mehrere Handelsbedingungen umfasst. Solche Absprachen sind von Einkaufskartellen zu unterscheiden, d. h. von Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zwischen zwei oder mehreren Käufern, die darauf abzielen,
- a) das individuelle Wettbewerbsverhalten dieser Einkäufer auf dem Markt zu koordinieren oder die relevanten Wettbewerbsparameter durch Verhaltensweisen zu beeinflussen, wie z. B. durch die Festsetzung oder Koordinierung von Einkaufspreisen oder Teilen davon (einschließlich Vereinbarungen über die Festsetzung von Löhnen oder die Weigerung zur Zahlung eines Preises für ein Produkt) oder anderer Handelsbedingungen, die Zuteilung von Einkaufskontingenten, die Aufteilung von Märkten und Anbietern und
 - b) die individuellen Verhandlungen dieser Einkäufer mit den Anbietern oder der individuellen Einkäufe bei ihnen zu beeinflussen, z. B. durch die Koordinierung der Preisverhandlungsstrategien der Einkäufer oder den Austausch über den Stand entsprechender Verhandlungen mit den Anbietern.
317. Einkaufskartelle bezwecken die Verfälschung des Wettbewerbs im Binnenmarkt¹⁷⁷ und verstoßen damit gegen Artikel 101 Absatz 1 Buchstabe a¹⁷⁸. In einem Einkaufskartell koordinieren die Einkäufer ihr Verhalten untereinander im Hinblick auf ihre individuelle Interaktion mit dem Anbieter auf dem Einkaufsmarkt. Wenn die Einkäufer individuell mit den Anbietern verhandeln, sollten sie ihre eigenen Einkaufsentscheidungen unabhängig voneinander treffen, ohne dass sie durch Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen die strategische Ungewissheit untereinander beseitigen oder die Transparenz ihres künftigen Marktverhaltens künstlich erhöhen. Dies ist eindeutig nicht der Fall, wenn die Einkäufer den Kaufpreis zunächst untereinander festlegen und jeder der Einkäufer anschließend einzeln mit dem Anbieter verhandelt und bei ihm kauft.
318. Ein Einkaufskartell kann auch vorliegen, wenn Einkäufer vereinbaren, untereinander sensible Geschäftsinformationen über ihre individuellen Einkaufsabsichten oder

¹⁷⁷ Urteil des Gerichts vom 7. November 2019, Campine und Campine Recycling/Kommission, T-240/17, ECLI:EU:T:2019:778, Rn. 297.

¹⁷⁸ Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 4. Juni 2009, T-Mobile Netherlands u. a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 37; Urteil des Gerichts vom 13. Dezember 2006, FNCEB bzw. FNSEA u. a./Kommission, T-217/03 und T-245/03, ECLI:EU:T:2006:391, Rn. 83 ff.

Verhandlungen mit Anbietern auszutauschen, und zwar außerhalb einer echten gemeinsamen Einkaufsregelung, in deren Rahmen sie im Namen ihrer Mitglieder kollektiv mit Anbietern interagieren¹⁷⁹. Dies betrifft insbesondere den Austausch zwischen Einkäufern über zu zahlende Einkaufspreise (Höchstpreise, Mindestrabatte und andere Preisaspekte), Bedingungen, Bezugsquellen (sowohl in Bezug auf Anbieter als auch auf Gebiete), Volumen und Mengen, Qualität oder andere Wettbewerbsparameter (z. B. Zeitplanung, Lieferung und Innovation).

319. Die folgende nicht erschöpfende Liste von Faktoren kann Unternehmen bei der Beurteilung helfen, ob die Vereinbarung, an der sie zusammen mit anderen Einkäufern beteiligt sind, ein Einkaufskartell darstellt. Diese Faktoren müssen jeweils im Rahmen einer Einzelfallprüfung beurteilt werden:
- a) Durch die gemeinsame Einkaufsregelung wird den Anbietern verdeutlicht, dass die Bedingungen für die einzelnen Einkäufe oder die gemeinsamen Einkäufe ihrer Mitglieder gemeinsam ausgehandelt werden und für sie verbindlich sind. Dies bedeutet nicht, dass die gemeinsame Einkaufsregelung die genaue Identität ihrer Mitglieder offenlegen muss, insbesondere wenn es sich um kleine oder mittlere Unternehmen handelt, die mit großen Anbietern zusammenarbeiten. Indirekte Kenntnis der gemeinsamen Einkaufsregelung aufseiten der Anbieter, z. B. durch Dritte oder Presseberichte, wird jedoch wahrscheinlich nicht als ausreichend angesehen¹⁸⁰.
 - b) Die Parteien der gemeinsamen Einkaufsregelung haben die Form ihrer Zusammenarbeit, ihren Umfang und ihre Funktionsweise in einer schriftlichen Vereinbarung festgelegt, sodass die Einhaltung des Artikels 101 Absatz 1 im Nachhinein überprüft und mit der tatsächlichen Durchführung der gemeinsamen Einkaufsregelung abgeglichen werden kann. Eine schriftliche Vereinbarung kann die Vereinbarung jedoch nicht vor einer wettbewerbsrechtlichen Prüfung schützen.
320. Ein Einkaufskartell stellt, sofern es den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt, seiner Natur nach und unabhängig von etwaigen konkreten Auswirkungen eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung dar¹⁸¹. Daher ist es für die Prüfung von Einkaufskartellen im Gegensatz zu gemeinsamen Einkaufsvereinbarungen nicht erforderlich, den relevanten Markt bzw. die relevanten Märkte zu definieren, die Marktstellung der Einkäufer auf dem vorgelagerten Einkaufsmarkt zu berücksichtigen oder zu prüfen, ob sie auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt miteinander am Wettbewerb teilnehmen.
321. Gemeinsame Einkaufsregelungen können auch dann zu einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung führen, wenn sie als Mittel zur Bildung eines verschleierte Kartells dienen, d. h. einer Vereinbarung zwischen Einkäufern zur Festsetzung von Preisen, zur Beschränkung der Produktion oder zur Aufteilung von Märkten oder Kunden auf dem oder den nachgelagerten Verkaufsmärkten.

¹⁷⁹ Vgl. Kapitel 6 über den Informationsaustausch und insbesondere Abschnitt 6.2.6, der auch für den Austausch von sensiblen Geschäftsinformationen zwischen Einkäufern gilt.

¹⁸⁰ Die Geheimhaltung ist jedoch keine Voraussetzung für die Feststellung eines Einkaufskartells. Die Kommission hat Käuferkartelle sanktioniert, die nicht vollständig im Verborgenen operierten, sondern zumindest auf relativ transparente Weise begannen. Vgl. Entscheidung 2003/600/EG der Kommission vom 2. April 2003 in der Sache Viandes bovines français (ABl. L 209 vom 19.8.2003, S. 12).

¹⁸¹ Urteil des Gerichtshofs vom 13. Dezember 2012, Expedia, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, Rn. 37.

322. Eine gemeinsame Einkaufsvereinbarung zwischen einer Gruppe von Einkäufern, die darauf abzielt, einen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerber von derselben Ebene des Verkaufsmarktes auszuschließen, ist als kollektiver Boykott zu betrachten und stellt ebenfalls eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar.

4.2.3. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen

323. Gemeinsame Rechtsvereinbarungen, bei denen Einkäufer und Anbieter im Rahmen der Vereinbarung zusammenarbeiten, müssen in ihrem rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang auf ihre tatsächlichen und wahrscheinlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb geprüft werden. Die Untersuchung der wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen einer gemeinsamen Einkaufsregelung muss sich sowohl auf den Einkaufsmarkt bzw. die Einkaufsmärkte erstrecken, auf dem/denen im Rahmen der gemeinsamen Einkaufsregelung mit den Anbietern interagiert wird, als auch auf den oder die Verkaufsmärkte, auf denen die Parteien der gemeinsamen Einkaufsregelung als Verkäufer im Wettbewerb stehen können.
324. Im Allgemeinen ist es jedoch weniger wahrscheinlich, dass gemeinsame Einkaufsregelungen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken geben, wenn die Parteien auf den Verkaufsmärkten nicht über Marktmacht verfügen.
325. Bestimmte vertragliche Beschränkungen, die den Mitgliedern einer gemeinsamen Einkaufsregelung auferlegt werden, beschränken den Wettbewerb möglicherweise nicht gemäß Artikel 101 Absatz 1 und wirken sich sogar positiv auf den Wettbewerb aus, wenn sie sich auf das beschränken, was objektiv notwendig ist, um das ordnungsgemäße Funktionieren der Vereinbarung zu gewährleisten und ihre Nachfragemacht gegenüber den Anbietern auszuüben¹⁸². Dies gilt z. B. für das Verbot für Parteien einer gemeinsamen Einkaufsregelung, sich an anderen konkurrierenden Regelungen zu beteiligen, soweit dies ihre Geschäftstätigkeit und Nachfragemacht gefährden könnte. Ausschließliche Bezugspflichten, bei denen die Mitglieder einer gemeinsamen Einkaufsregelung verpflichtet sind, ihren gesamten oder den größten Teil ihres Bedarfs über die Regelung zu beziehen, können dagegen negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben und erfordern eine Bewertung im Lichte der Gesamtauswirkungen der gemeinsamen Einkaufsregelung.

4.2.3.1. Relevante Märkte

326. Zwei Märkte können von gemeinsamen Einkaufsregelungen betroffen sein. Erstens der Markt bzw. die Märkte, auf den bzw. die sich die gemeinsame Einkaufsregelung unmittelbar bezieht, d. h. der relevante Einkaufsmarkt bzw. die relevanten Einkaufsmärkte, auf dem bzw. denen die Parteien mit Anbietern verhandeln oder Einkäufe tätigen. Zweitens der Verkaufsmarkt bzw. die Verkaufsmärkte, d. h. der nachgelagerte Markt bzw. die nachgelagerten Märkte, auf denen die Parteien der gemeinsamen Einkaufsregelung als Verkäufer tätig sind.
327. Die Definition der relevanten Einkaufsmärkte folgt den Grundsätzen, die in der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes und in künftigen Erläuterungen zur Abgrenzung der relevanten Märkte für die Zwecke des Wettbewerbsrechts der Union beschrieben sind, und basiert auf dem Konzept der Austauschbarkeit, um Wettbewerbsbeschränkungen zu ermitteln. Der einzige Unterschied zur Definition der „Verkaufsmärkte“ besteht darin, dass die

¹⁸² Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 15. Dezember 1994, Gøttrup-Klim u. a. Grovvareforeninger/Dansk Landbrugs Grovvarereselskab, C-250/92, ECLI:EU:C:1994:413, Rn. 34.

Austauschbarkeit 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. Diese Alternativen könnten zum Beispiel 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 Gesamtabsatz des eingekauften Produkts oder der eingekauften Produkte auf dem relevanten Markt berechnet werden.

328. 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 und in künftigen Erläuterungen zur Abgrenzung der relevanten Märkte im Sinne des Wettbewerbsrechts der Union beschriebenen Methode abzugrenzen.

4.2.3.2. Marktmacht

329. Es gibt keinen absoluten Schwellenwert, bei dessen Überschreiten davon ausgegangen werden kann, dass eine gemeinsame Einkaufsregelung Marktmacht begründet, sodass sie wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 hat. In den meisten Fällen ist es jedoch unwahrscheinlich, dass Marktmacht besteht, wenn die Parteien der gemeinsamen Einkaufsregelung sowohl auf den Einkaufsmärkten als auch auf den Verkaufsmärkten einen gemeinsamen Marktanteil von nicht mehr als 15 % haben. Liegt der gemeinsame Anteil der Parteien an beiden Märkten nicht über 15 %, so ist es ohnehin wahrscheinlich, dass die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt sind.
330. Überschreitet ein Marktanteil diesen Schwellenwert auf einem oder beiden Märkten, so heißt dies nicht automatisch, dass die gemeinsame Einkaufsregelung wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat. Eine gemeinsame Einkaufsregelung mit einem gemeinsamen Marktanteil, der über diesem Schwellenwert liegt, muss eingehend auf ihre Auswirkungen auf den Markt geprüft werden, unter anderem unter Berücksichtigung von Faktoren wie Marktkonzentration, Gewinnspannen und mögliche Gegenmacht starker Anbieter.
331. Verfügen die Parteien der gemeinsamen Einkaufsregelung über ein erhebliches Maß an Nachfragemacht auf dem Einkaufsmarkt, besteht die Gefahr, dass sie den Wettbewerb auf dem vorgelagerten Markt beeinträchtigen, was letztlich auch den Verbrauchern auf dem nachgelagerten Markt schaden kann. So kann die gemeinsam ausgeübte Nachfragemacht die Investitionshilfe beeinträchtigen und die Anbieter dazu zwingen, das Angebot oder die Qualität der von ihnen hergestellten Produkte zu verringern. Dies kann sich wettbewerbsbeschränkend auswirken, z. B. in Form von Qualitätseinbußen, nachlassenden Innovationsanstrengungen oder einem letztlich suboptimalen Angebot.
332. Das Risiko, dass eine gemeinsame Einkaufsregelung Investitionen oder Innovationen, die den Verbrauchern zugutekommen, verhindert, kann bei Großabnehmern, auf die ein großer Teil der Einkäufe entfällt, größer sein – vor allem, wenn sie mit kleinen Anbietern zusammenarbeiten. Solche Anbieter können durch eine gemeinsame Einkaufsregelung mit einem erheblichen Anteil am Einkaufsmarkt bzw. an den Einkaufsmärkten besonders anfällig für Gewinneinbußen sein, vor allem wenn kleine Anbieter spezifische Investitionen für die Belieferung

der Mitglieder einer gemeinsamen Einkaufsregelung getätigt haben. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen sind weniger wahrscheinlich, wenn die Anbieter auf dem Einkaufsmarkt bzw. auf den Einkaufsmärkten über ein erhebliches Maß an Nachfragemacht verfügen (was nicht zwangsläufig auf eine beherrschende Stellung hinausläuft), z. B. weil sie Produkte oder Dienstleistungen verkaufen, die die Einkäufer brauchen, um auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt bzw. auf den nachgelagerten Verkaufsmärkten konkurrieren zu können.

333. So kann beispielsweise eine Vereinbarung zwischen den Mitgliedern einer gemeinsamen Einkaufsregelung, keine Produkte mehr von bestimmten Anbietern zu kaufen, weil diese Produkte nicht nachhaltig sind, während gemäß der Einkaufsregelung nur nachhaltige Produkte gekauft werden sollen, zu einer Einschränkung des Wettbewerbs in Bezug auf Preis und Auswahl führen. In Anbetracht ihres Inhalts, ihrer Ziele und ihres rechtlichen und wirtschaftlichen Kontexts¹⁸³ hat eine solche Vereinbarung grundsätzlich nicht den Zweck, Anbieter, die nicht nachhaltige Produkte herstellen, vom Einkaufsmarkt auszuschließen. Unter diesen Umständen sollten die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen einer gemeinsamen Einkaufsregelung, die nur den Bezug nachhaltiger Produkte vorsieht, insbesondere unter Berücksichtigung der Art der Produkte, der Marktstellung der Einkäufer und der Marktstellung der Anbieter geprüft werden. In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, ob die betreffenden Anbieter noch andere Kunden haben als die, die an der gemeinsamen Einkaufsregelung beteiligt sind (einschließlich Kunden in anderen Märkten), oder ob sie sich leicht dazu entschließen können, ebenfalls nachhaltige Produkte herzustellen
334. Die Nachfragemacht der Parteien einer gemeinsamen Einkaufsregelung kann ferner dazu genutzt werden, konkurrierende Einkäufer vom Einkaufsmarkt abzuschotten, indem ihr Zugang zu effizienten Anbietern beschränkt wird, und erfordert eine Bewertung der wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Vereinbarung. Dies ist am wahrscheinlichsten, wenn die Zahl der Anbieter begrenzt ist und auf der Angebotsseite des vorgelagerten Einkaufsmarktes Zutrittsschranken bestehen. Umgekehrt ist eine gemeinsame Einkaufsregelung einer Gruppe von Käufern, die darauf abzielt, einen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerber von derselben Ebene des Verkaufsmarktes auszuschließen, als kollektiver Boykott zu betrachten und stellt eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar.
335. Handelt es sich bei den Parteien einer gemeinsamen Einkaufsregelung um tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt bzw. den nachgelagerten Märkten, können ihre Anreize für einen Preiswettbewerb auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt bzw. den nachgelagerten Verkaufsmärkten deutlich verringert werden, wenn sie einen erheblichen Teil ihrer Produkte gemeinsam einkaufen. Erstens können die durch die gemeinsame Einkaufsregelung erzielten niedrigeren Einkaufspreise mit geringerer Wahrscheinlichkeit an die Verbraucher weitergegeben werden, wenn die Parteien gemeinsam über ein erhebliches Maß an Marktmacht auf dem Verkaufsmarkt bzw. den Verkaufsmärkten verfügen (was nicht zwangsläufig einer beherrschenden Stellung gleichkommt). Zweitens erhöht sich das Risiko der Koordinierung der vorgelagerten Einkäufe, die ferner zu einer Koordinierung der nachgelagerten Verkäufe führen kann, je höher der gemeinsame Marktanteil der Einkäufer auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt ist. Dieses Risiko

¹⁸³

Siehe Abschnitt 1.2.4.

ist besonders hoch, wenn die gemeinsame Einkaufsregelung die Möglichkeiten ihrer Mitglieder einschränkt (oder Anreize entzieht), zusätzliche Mengen des Inputs unabhängig auf dem Einkaufsmarkt zu erwerben, entweder über die gemeinsame Einkaufsregelung oder außerhalb dieser Regelung. Die Verpflichtung der Mitglieder einer gemeinsamen Einkaufsregelung, ihren gesamten Bedarf oder den größten Teil ihres Bedarfs über die Regelung zu beziehen, erfordert eine Prüfung der wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen auf den Wettbewerb. Bei dieser Prüfung werden insbesondere der Umfang der Verpflichtung, der Marktanteil der gemeinsamen Einkaufsregelung auf dem Verkaufsmarkt und der Konzentrationsgrad der Anbieter auf dem Einkaufsmarkt berücksichtigt sowie die Frage, ob eine solche Verpflichtung notwendig ist, um eine ausreichend starke Verhandlungsposition der Regelung gegenüber starken Anbietern zu gewährleisten.

336. Für die Prüfung, ob die Parteien einer gemeinsamen Einkaufsregelung Marktmacht haben, sind auch die Zahl und die Intensität der Verbindungen (zum Beispiel weitere Einkaufsvereinbarungen) zwischen Wettbewerbern auf dem Einkaufsmarkt von Bedeutung.
337. Wenn jedoch konkurrierende Einkäufer, die zusammenarbeiten, nicht auf demselben relevanten Verkaufsmarkt tätig sind (z. B. Einzelhändler, die auf unterschiedlichen räumlich relevanten Märkten tätig sind und nicht als potenzielle Wettbewerber angesehen werden können), ist es weniger wahrscheinlich, dass die gemeinsame Einkaufsregelung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen auf den Verkaufsmarkt hat. Eine solche gemeinsame Einkaufsregelung mit Mitgliedern, die nicht auf demselben Verkaufsmarkt tätig sind, kann jedoch eher zu wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen führen, wenn sie eine so bedeutende Stellung auf den Einkaufsmärkten einnehmen, dass dies den Wettbewerbsprozess für andere Akteure auf den Einkaufsmärkten beeinträchtigen kann (z. B. durch erhebliche Beeinträchtigung der Investitionsanreize im vorgelagerten Bereich).

4.2.3.3. Kollusionsergebnis

338. Gemeinsame Einkaufsregelungen können zu einem Kollusionsergebnis führen, sofern sie die Koordinierung des Verhaltens der Parteien auf dem Verkaufsmarkt erleichtern, wenn es sich um tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber handelt. Dies kann vor allem dann der Fall sein, wenn die Marktstruktur auf dem Verkaufsmarkt Kollusion begünstigt (z. B. weil der Markt konzentriert ist und ein hohes Maß an Transparenz aufweist). Ein Kollusionsergebnis ist ferner wahrscheinlicher, wenn die gemeinsame Einkaufsregelung eine erhebliche Anzahl von Unternehmen auf dem Verkaufsmarkt umfasst und über die bloße gemeinsame Aushandlung von Einkaufsbedingungen hinausgeht (z. B. durch Festsetzung der Einkaufsmengen ihrer Mitglieder), wodurch der Spielraum der an der Regelung beteiligten Parteien für den Wettbewerb auf dem Verkaufsmarkt erheblich eingeschränkt wird.
339. Kollusion kann ferner erleichtert werden, wenn die Parteien durch den gemeinsamen Einkauf ein hohes Maß an Kostenangleichung erzielen, vorausgesetzt, die Parteien verfügen über Marktmacht auf dem Verkaufsmarkt und die Marktmerkmale begünstigen eine Koordinierung.
340. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen sind eher wahrscheinlich, wenn ein erheblicher Teil der variablen Kosten der Parteien der gemeinsamen Einkaufsregelung auf dem Verkaufsmarkt 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.

341. Für die Umsetzung einer gemeinsamen Einkaufsregelung kann der Austausch sensibler Geschäftsinformationen zum Beispiel über Einkaufspreise (oder Teile davon) und Einkaufsmengen 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 beim Austausch sensibler Geschäftsinformationen können beispielsweise minimiert werden, wenn die Daten im Rahmen der gemeinsamen Einkaufsregelung zwar erhoben, aber nicht an die Parteien weitergegeben werden, indem technische oder praktische Maßnahmen zum Schutz der Vertraulichkeit ergriffen werden. Außerdem sollte die Beteiligung eines Unternehmens an mehreren gemeinsamen Einkaufsregelungen nicht zu einem wettbewerbswidrigen Informationsaustausch oder anderen Formen der Koordinierung zwischen den verschiedenen Einkaufsregelungen führen.
342. Etwaige Auswirkungen auf den Wettbewerb, die sich aus dem Austausch sensibler Geschäftsinformationen ergeben, werden im Lichte der Gesamtauswirkungen der gemeinsamen Einkaufsregelung beurteilt, sofern dieser Austausch für das Funktionieren der gemeinsamen Einkaufsregelung erforderlich ist. Ob es wahrscheinlich ist, dass der Informationsaustausch im Rahmen einer gemeinsamen Einkaufsregelung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat, sollte ferner nach Maßgabe des Kapitels 6 geprüft werden. Wenn der Informationsaustausch nicht über den Austausch der Daten hinausgeht, die für den gemeinsamen Einkauf der unter die gemeinsame Einkaufsregelung fallenden Produkte erforderlich sind, dürfte der Informationsaustausch, selbst wenn er wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 hat, eher die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllen, als wenn er über das für den gemeinsamen Einkauf erforderliche Maß hinausgeht.
343. Bei der Aushandlung von Bedingungen mit Anbietern kann über eine gemeinsame Einkaufsregelung den Anbietern damit gedroht werden, die Verhandlungen abubrechen oder den Einkauf vorübergehend einzustellen, wenn keine besseren Bedingungen oder niedrigeren Preise angeboten werden. Solche Drohungen sind in der Regel Teil eines Verhandlungsprozesses und können ein kollektives Vorgehen der Einkäufer beinhalten, wenn die Verhandlungen über eine gemeinsame Einkaufsregelung geführt werden. Starke Anbieter können auf ähnliche Weise drohen, die Verhandlungen mit den Einkäufern oder die Lieferung von Produkten einzustellen. Solche Drohungen stellen in der Regel keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar, und etwaige negative Auswirkungen, die sich aus solchen kollektiven Drohungen ergeben, werden nicht gesondert, sondern im Lichte der Gesamtauswirkungen der gemeinsamen Einkaufsregelung beurteilt. Ein Beispiel für eine solche verhandlungsbezogene Drohung ist die vorübergehende Einstellung der Bestellung bestimmter von den Mitgliedern einer Einzelhandelsallianz separat für ihre eigenen Geschäfte ausgewählter Produkte bei einem Anbieter während der Verhandlungen über die Bedingungen für ihre künftige Belieferungsvereinbarung.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Die von Einzelhändlern veranlasste vorübergehende Einstellung der Bestellungen bestimmter Produkte von Anbietern ist zu unterscheiden von der sogenannten „Auslistung“, d. h. einer Maßnahme, bei der

Solche vorübergehenden Einstellungen können dazu führen, dass die von den einzelnen Mitgliedern der Allianz ausgewählten Produkte für einen begrenzten Zeitraum nicht in den Regalen der Einzelhändler zu finden sind, und zwar so lange, bis sich die Einzelhandelsallianz und der Anbieter über die Bedingungen für künftige Lieferungen geeinigt haben.

4.3. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3

4.3.1. Effizienzgewinne

344. Mit gemeinsamen Einkaufsregelungen können erhebliche Effizienzgewinne erzielt werden. Insbesondere können sie zu Kosteneinsparungen, zum Beispiel niedrigeren Einkaufspreisen oder geringeren Transaktions-, Transport- und Lagerkosten führen und dadurch Größenvorteile erleichtern. Ferner können gemeinsame Einkaufsregelungen qualitative Effizienzgewinne mit sich bringen, indem sie Anbieter zu Innovationen und zur Markteinführung neuer oder verbesserter Produkte veranlassen. Solche qualitativen Effizienzgewinne können den Verbrauchern zugutekommen, indem Abhängigkeiten verringert und Engpässe durch widerstandsfähigere Lieferketten vermieden werden und ein Beitrag zu einem widerstandsfähigeren Binnenmarkt geleistet wird.

4.3.2. Unerlässlichkeit

345. Wettbewerbsbeschränkungen, die weiter gehen, als zur Erzielung der mit einer Einkaufsvereinbarung angestrebten Effizienzgewinne notwendig ist, erfüllen nicht die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3. Die Verpflichtung, ausschließlich im Rahmen der gemeinsamen Einkaufsregelung einzukaufen oder zu verhandeln, kann in bestimmten Fällen unerlässlich sein, um das für die Erzielung von Größenvorteilen erforderliche Maß an Nachfragemacht oder -volumen zu erreichen. Eine solche Verpflichtung muss jedoch im Einzelfall geprüft werden.

4.3.3. Weitergabe an die Verbraucher

346. Durch unerlässliche Beschränkungen erzielte Effizienzgewinne, zum Beispiel kostensenkende Einkaufseffizienz oder qualitative Verbesserungen in Form der Markteinführung neuer oder verbesserter Produkte, müssen in einem Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der gemeinsamen Einkaufsregelung überwiegen. Kosteneinsparungen oder andere Effizienzgewinne, die nur den Parteien der gemeinsamen Einkaufsregelung zugutekommen, reichen folglich nicht aus. Stattdessen müssen die Kosteneinsparungen an die eigenen Kunden, d. h. die Verbraucher, weitergegeben werden. Im Beispiel der niedrigeren Einkaufskosten kann die Weitergabe durch niedrigere Preise auf dem Verkaufsmarkt oder den Verkaufsmärkten erfolgen.
347. In der Regel haben Unternehmen einen Anreiz, eine Senkung der variablen Kosten zumindest teilweise an ihre eigenen Kunden weiterzugeben. Die höhere Gewinnspanne, die sich aus der Senkung der variablen Kosten ergibt, bietet den Unternehmen einen erheblichen wirtschaftlichen Anreiz, die Produktion durch Preissenkungen auszuweiten. Die Mitglieder einer gemeinsamen Einkaufsregelung, die gemeinsam über eine erhebliche Marktmacht auf dem Verkaufsmarkt bzw. den Verkaufsmärkten verfügen, sind jedoch möglicherweise weniger geneigt, Senkungen

ein Einzelhändler bestimmte Produkte eines Anbieters dauerhaft aus dem Sortiment nimmt und den entsprechenden Platz in seinen Regalen freigibt.

der variablen Kosten an die Verbraucher weiterzugeben. Außerdem ist es unwahrscheinlich, dass reine Fixkostensenkungen (z. B. Pauschalzahlungen der Anbieter) an die Verbraucher weitergegeben werden, da sie den Unternehmen in der Regel keinen Anreiz bieten, den Output zu erhöhen. Es ist daher eine sorgfältige Prüfung der jeweiligen gemeinsamen Einkaufsregelung erforderlich, um festzustellen, ob sie einen wirtschaftlichen Anreiz bieten, den Output zu erhöhen, und damit Kostensenkungen oder Effizienzgewinne weiterzugeben¹⁸⁵. Ferner sind niedrigere Verkaufspreise für die Verbraucher besonders unwahrscheinlich, wenn die gemeinsame Einkaufsregelung die Möglichkeiten ihrer Mitglieder einschränkt (oder Anreize entzieht), zusätzliche Mengen entweder über die gemeinsame Einkaufsregelung oder außerhalb dieser zu kaufen. Gemeinsame Einkaufsregelungen, die die unabhängige Bestellung zusätzlicher Mengen durch die Mitglieder einschränken, bieten einen Anreiz zur Erhöhung der Verkaufspreise. Denn eine gemeinsame Beschränkung des Bezugs von Inputs kann auch eine Beschränkung des Absatzvolumens auf dem Verkaufsmarkt oder den Verkaufsmärkten zur Folge haben.

4.3.4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs

348. Die Voraussetzungen des Artikels 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 muss sowohl für die Einkaufs- als auch für die Verkaufsmärkte geprüft werden.

4.4. Beispiele

349. Einkaufskartell

Beispiel 1

Sachverhalt: Viele kleine Unternehmen sammeln gebrauchte Mobiltelefone in Einzelhandelsgeschäften, wo diese beim Kauf eines neuen Mobiltelefons zurückgegeben werden. Diese Sammler verkaufen gebrauchte Mobiltelefone an Recyclingunternehmen weiter, die daraus wertvolle Rohstoffe wie Gold, Silber und Kupfer gewinnen, um sie als nachhaltigere Alternative zum handwerklichen Bergbau wiederzuverwenden. Fünf Recyclingunternehmen, die 12 % des Einkaufsmarktes für gebrauchte Mobiltelefone repräsentieren, haben sich auf einen gemeinsamen Höchsteinkaufspreis pro Telefon geeinigt. Diese fünf Recyclingunternehmen halten sich gegenseitig über die Preisgespräche auf dem Laufenden, die sie mit den Sammlern gebrauchter Mobiltelefone führen, über die Angebote der Sammler und über den Preis, den sie den Sammlern schließlich pro Mobiltelefon zu zahlen bereit sind.

Analyse: Die fünf Recyclingunternehmen sind alle Teil eines Einkaufskartells. Sie verhandeln und kaufen jeweils einzeln bei den Sammlern von Mobiltelefonen. Es handelt sich nicht um eine gemeinsame Einkaufsregelung, im Rahmen derer die Käufer bei den Verhandlungen mit den Sammlern oder beim Einkauf bei diesen gemeinsam vertreten werden. Ungeachtet des relativ geringen Marktanteils, den die Recyclingunternehmen auf dem Einkaufsmarkt für Elektronikschrott haben, ist die

¹⁸⁵

So kann z. B. ein Rabatt zwar die vertragliche Form einer Pauschalzahlung haben, aber tatsächlich davon abhängig sein, dass der Einkäufer bei der Neuverhandlung des Vertrags im folgenden Jahr bestimmte erwartete Absatzziele erreicht.

Vereinbarung zwischen ihnen als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung einzustufen und erfordert weder eine Marktabgrenzung noch eine Prüfung ihrer möglichen Auswirkungen auf den Markt.

350. Gemeinsame Verhandlung einer europäischen Einzelhandelsallianz

Beispiel 2

Sachverhalt: Eine europäische Einzelhandelsallianz, der sieben große Einzelhandelsketten aus verschiedenen Mitgliedstaaten angehören, verhandelt gemeinsam mit einem großen Markenhersteller von Süßwaren über zusätzliche Bedingungen für ihre künftige Belieferungsvereinbarung. Die Allianz hat einen Marktanteil von höchstens 18 % auf jedem relevanten Einkaufsmarkt für Süßwaren, und jedes ihrer Mitglieder hat einen Marktanteil zwischen 15 % und 20 % auf den Einzelhandelsmärkten in ihrem jeweiligen Mitgliedstaat. Gegenstand der Verhandlungen ist insbesondere ein zusätzlicher Rabatt auf den normalen Listenpreis des Herstellers als Gegenleistung für bestimmte Werbedienstleistungen in den sieben Mitgliedstaaten, in denen die Mitglieder der Allianz auf dem Verkaufsmarkt tätig sind. Beide Seiten verhandeln eisern, um das bestmögliche Ergebnis zu erzielen. Zu einem bestimmten Zeitpunkt während der Verhandlungen droht die Einzelhandelsallianz dem Markenhersteller und beschließt daraufhin, die Bestellung bestimmter Produkte beim Hersteller vorübergehend einzustellen, um den Druck zu erhöhen. Bei der Umsetzung dieser Entscheidung entscheidet jedes Mitglied der Allianz individuell, welche Produkte des Herstellers es während des Stillstands der Verhandlungen nicht mehr bestellt. Nach einer weiteren Verhandlungsrunde einigen sich der Hersteller und die Allianz schließlich auf den zusätzlichen Rabatt, der für die nachfolgenden Einzelkäufe der Mitglieder gelten soll, und sie nehmen ihre Bestellungen des gesamten Produktsortiments beim Hersteller wieder auf.

Analyse: Die europäische Einzelhandelsallianz gilt auch dann als gemeinsame Einkaufsregelung, wenn sie im Namen ihrer Mitglieder nur bestimmte Bedingungen mit dem Hersteller aushandelt, auf deren Grundlage diese ihre benötigten Mengen einzeln beziehen. Die nationalen Einzelhandelsketten, die Mitglieder der Allianz sind, sind nicht auf denselben Verkaufsmärkten tätig. Daher ist es weniger wahrscheinlich, dass die gemeinsame Einkaufsregelung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen auf den nachgelagerten Markt hat, sofern ein ausreichender Wettbewerbsdruck durch konkurrierende Einzelhändler besteht. Etwaige negative Auswirkungen des zusätzlichen Rabatts auf den Wettbewerb für die Hersteller im vorgelagerten Bereich (z. B. in Bezug auf die Innovationstätigkeit der Anbieter) müssen im Lichte der Gesamtauswirkung der gemeinsamen Einkaufsregelung beurteilt werden. Die vorübergehende Einstellung von Bestellungen scheint den Verbrauchern kurzfristig nicht zu schaden, da sie bei anderen konkurrierenden Einzelhändlern dieselben Produkte oder Substitute kaufen können, und kann den Verbrauchern langfristig durch niedrigere Preise zugutekommen.

351. Gemeinsamer Einkauf kleiner Unternehmen mit mäßigen gemeinsamen Marktanteilen

Beispiel 3

Sachverhalt: 150 kleine Einzelhändler schließen eine Vereinbarung zur Gründung einer gemeinsamen Einkaufsregelung. Sie verpflichten sich, ein Mindestvolumen

über die Regelung einzukaufen, auf das rund 50 % der Gesamtkosten jedes Einzelhändlers entfallen. Die Einzelhändler können über die Regelung mehr als das Mindestvolumen einkaufen und dürfen auch außerhalb ihrer Zusammenarbeit einkaufen. Sie haben einen gemeinsamen Anteil von 23 % am Einkaufs- wie am Verkaufsmarkt. Unternehmen A und B sind zwei große Wettbewerber der Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung. 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 gemeinsame Einkaufsregelung zu bilden. Die 150 Einzelhändler erzielen durch den gemeinsamen Einkauf über die gemeinsame Einkaufsregelung erhebliche Kosteneinsparungen.

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

352. Kostenangleichung und Marktmacht auf dem Verkaufsmarkt

Beispiel 4

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 %. Auf dem relevanten Verkaufsmarkt haben sie einen gemeinsamen Marktanteil von 60 %, und es gibt vier weitere bedeutende Einzelhändler mit einem Marktanteil von jeweils 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, da es dort nur wenige, wesentlich kleinere Wettbewerber gibt, 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 des Artikels 101 Absatz 1 haben wird. Auch wenn die Vereinbarung höchstwahrscheinlich zu Effizienzgewinnen in Form von Kosteneinsparungen führen wird, ist es aufgrund der beträchtlichen Marktmacht der Parteien auf dem Verkaufsmarkt unwahrscheinlich, dass diese an die Verbraucher in einem Maße weitergegeben werden, das die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen aufwiegen würde. Es ist daher

unwahrscheinlich, dass die Einkaufsvereinbarung die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt.

353. Parteien, die auf unterschiedlichen räumlich relevanten Märkten tätig sind

Beispiel 5

Sachverhalt: Sechs große Einzelhändler aus verschiedenen Mitgliedstaaten schließen sich zu einer gemeinsamen Einkaufsregelung zusammen, um gemeinsam mehrere Markenprodukte aus Hartweizengrieß einzukaufen. Die Parteien dürfen andere, ähnliche Markenprodukte auch außerhalb ihrer Zusammenarbeit einkaufen. Fünf von ihnen bieten zusätzlich ähnliche Eigenmarkenprodukte an. Die Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung haben einen gemeinsamen Anteil von rund 22 % am relevanten unionsweiten Einkaufsmarkt. Auf dem Einkaufsmarkt gibt es drei weitere ähnlich große Abnehmer. Der Marktanteil der an der gemeinsamen Einkaufsregelung beteiligten Unternehmen liegt zwischen 20 % und 30 % auf den nationalen Verkaufsmärkten, auf denen sie tätig sind. Keines von ihnen ist in einem Mitgliedstaat präsent, auf dem ein anderes Mitglied der Gemeinschaft tätig ist. Die Parteien sind keine potenziellen neuen Anbieter auf den Märkten der anderen Parteien.

Analyse: Die gemeinsame Einkaufsregelung wird in der Lage sein, auf dem Einkaufsmarkt mit den anderen bestehenden großen Abnehmern zu konkurrieren. Die Verkaufsmärkte sind (nach Umsatz und räumlicher Ausdehnung) erheblich kleiner als der unionsweite Einkaufsmarkt, und auf diesen Märkten könnten einige Mitglieder der Regelung über Marktmacht verfügen. Auch wenn die Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung 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. Außerdem werden sie die Preissenkungen wahrscheinlich weitergeben, da sie auf den Verkaufsmärkten einem starken Wettbewerb ausgesetzt sind. Es ist daher unwahrscheinlich, dass die gemeinsame Einkaufsregelung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 erfüllt.

354. Informationsaustausch

Beispiel 6

Sachverhalt: Drei konkurrierende Hersteller A, B und C erwerben über eine unabhängige gemeinsame Einkaufsregelung das Produkt Z, bei dem es sich um ein Zwischenprodukt handelt, das von den drei Parteien für die Produktion des Endprodukts X verwendet wird. Die Kosten für Z sind kein wesentlicher Kostenfaktor für die Herstellung von X. Die gemeinsame Einkaufsregelung konkurriert nicht mit den Parteien auf dem Verkaufsmarkt für X. Alle für die Einkäufe erforderlichen Informationen (z. B. Qualitätsspezifikationen, Mengen, Liefertermine, Höchsteinkaufspreise) werden nur über die gemeinsame Einkaufsregelung und nicht den anderen Parteien mitgeteilt. In der gemeinsamen Einkaufsregelung werden die Einkaufspreise mit den Anbietern ausgehandelt. 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 im Rahmen der gemeinsamen Einkaufsregelung

erfolgende Übermittlung der für den Einkauf erforderlichen Angaben zu einem Kollusionsergebnis führt. Folglich ist es unwahrscheinlich, dass der Informationsaustausch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 hat.

5. VERMARKTUNGSVEREINBARUNGEN

5.1. Einleitung

355. 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 Vermarktungsfunktionen stark variieren. Am einen Ende des Spektrums steht die gemeinsame Verkaufsvereinbarung, die 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 Vermarktungsfunktionen wie Vertrieb, Kundendienst oder Werbung regeln.
356. Zu diesen auf bestimmte Aspekte beschränkten Vereinbarungen zählen insbesondere Vertriebsvereinbarungen. Diese fallen in der Regel unter die Vertikal-GVO und die Vertikal-Leitlinien, es sei denn, die Parteien der Vereinbarung sind tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber. Vereinbaren die Wettbewerber, ihre untereinander austauschbaren Produkte (insbesondere auf unterschiedlichen räumlich relevanten Märkten) zu vertreiben, so besteht in bestimmten Fällen die Gefahr, dass die Vereinbarungen eine Aufteilung der Märkte zwischen den Parteien bezwecken oder bewirken oder dass sie zu einem Kollusionsergebnis führen. Dies kann sowohl für gegenseitige als auch für nicht gegenseitige Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern gelten, die daher zunächst nach den in diesem Kapitel dargelegten Grundsätzen geprüft werden müssen. 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 mit derartigen Vereinbarungen verbundenen vertikalen Beschränkungen untersucht werden. Dieser zweite Schritt der Prüfung sollte anhand der in den Vertikal-Leitlinien niedergelegten Grundsätze erfolgen.
357. Die einzige Ausnahme von dem unter der vorigen Randnummer erwähnten zweistufigen Verfahren bilden nicht gegenseitige Vertriebsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern, wenn a) der Anbieter zugleich Hersteller, Großhändler oder Importeur und Händler von Waren ist, der Abnehmer dagegen ein Händler, jedoch kein Wettbewerber auf der Herstellungs-, Großhandels- oder Einfuhrebene, oder b) der Anbieter ein auf mehreren Handelsstufen tätiger Dienstleister ist, der Abnehmer dagegen seine Dienstleistungen auf der Einzelhandelsstufe anbietet und kein konkurrierendes Unternehmen auf der Handelsstufe ist, auf der er die unter die Vertikal-GVO¹⁸⁶ fallenden Vertragsdienstleistungen erwirbt, auf die diese Leitlinien nicht anwendbar sind. Randnummer 48 enthält zusätzliche Hinweise zur allgemeinen Beziehung zwischen diesen Leitlinien und der Vertikal-GVO sowie den Vertikal-Leitlinien.

¹⁸⁶ Artikel [...] der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Beschränkungen.

358. Vereinbarungen, bei denen sich die gemeinsame Vermarktung auf eine andere, ihr vorgelagerte Art der Zusammenarbeit (zum Beispiel gemeinsame Produktion oder gemeinsamer Einkauf) bezieht, sind von reinen Vermarktungsvereinbarungen zu unterscheiden. Bei der Analyse von Vermarktungsvereinbarungen, in denen verschiedene Stufen der Zusammenarbeit kombiniert werden, ist eine Prüfung gemäß den Randnummern 6 und 7 vorzunehmen.
359. Für die Vermarktung von landwirtschaftlichen Erzeugnissen gelten besondere Vorschriften. Unter Berücksichtigung der besonderen Voraussetzungen, die in diesen Vorschriften festgelegt sind, gilt Artikel 101 weder für i) die Vermarktung landwirtschaftlicher Erzeugnisse durch anerkannte Erzeugerorganisationen und Vereinigungen von Erzeugerorganisationen¹⁸⁷ noch ii) für bestimmte Vermarktungsvereinbarungen, die nicht die Preise für gemeinsame Verkäufe betreffen und die zwischen Landwirten und ihren Vereinigungen geschlossen werden¹⁸⁸. Darüber hinaus gibt es besondere Bestimmungen für die Vermarktung von Rohmilch¹⁸⁹.

5.2. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1

5.2.1. Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken

360. Vermarktungsvereinbarungen können den Wettbewerb in vielerlei Hinsicht beeinträchtigen. Erstens und dies ist das Offensichtlichste, können Vermarktungsvereinbarung zu Preisfestsetzung führen.
361. Zweitens können Vermarktungsvereinbarungen mit Produktionsbeschränkungen einhergehen, da die Parteien vereinbaren können, in welchen Mengen sie das Produkt auf den Markt bringen, wodurch sie das Angebot einschränken.
362. Drittens können Vermarktungsvereinbarungen von den Parteien für eine Marktaufteilung oder Zuweisung von Aufträgen oder Kunden missbraucht werden, zum Beispiel wenn sich die Produktionsstätten der Parteien in unterschiedlichen räumlich relevanten Märkten befinden oder wenn es sich um gegenseitige Vereinbarungen handelt.
363. Ferner können 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.

5.2.2. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen

364. Zunächst führen Vermarktungsvereinbarungen zu einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie als Mittel zur Bildung eines verschleierte Kartells dienen. In jedem Fall sind Vermarktungsvereinbarungen, die Preisfestsetzungen, Produktionsbeschränkungen oder eine Marktaufteilung beinhalten, geeignet, zu einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung zu führen.

¹⁸⁷ Artikel 152 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2013 über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse, geändert durch die Verordnung (EU) 2021/2117 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 2. Dezember 2021.

¹⁸⁸ Artikel 209 derselben Verordnung.

¹⁸⁹ Artikel 149 derselben Verordnung.

365. Bei Vermarktungsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern ist wettbewerbsrechtlich die Festsetzung von Preisen besonders kritisch. Vereinbarungen, die sich auf den gemeinsamen Verkauf beschränken, und allgemeine Vermarktungsvereinbarungen, die eine gemeinsame Preisgestaltung beinhalten, führen in der Regel zu einer Koordinierung der Preispolitik konkurrierender Hersteller oder Dienstbringer. In diesem Falle wird nicht nur der Preiswettbewerb zwischen den Parteien in Bezug auf untereinander austauschbare Produkte ausgeschaltet, sondern auch die Produktmenge, die insgesamt von den Parteien im Rahmen des Systems der Zuteilung von Bestellungen zu liefern ist, wird möglicherweise beschränkt. Es ist somit wahrscheinlich, dass derartige Vereinbarungen eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken.
366. 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 zu einer Koordinierung der Preise führt, die die Parteien allen oder einem Teil ihrer Kunden in Rechnung stellen.
367. Auch Produktionsbeschränkungen sind ein wichtiges Wettbewerbskriterium, das sich aus Vermarktungsvereinbarungen ergeben kann. Wenn die Parteien der Vereinbarung gemeinsam über die Menge der zu vermarktenden Produkte entscheiden, könnte sich das verfügbare Angebot an Vertragsprodukten verringern, wodurch sich deren Preis erhöht. Jede Partei der Vereinbarung sollte grundsätzlich eigenständig entscheiden, ob sie ihre Produktion erhöht oder reduziert, um der Marktnachfrage gerecht zu werden. Die Gefahr von Produktionsbeschränkungen ist bei nicht ausschließlichen Vermarktungsvereinbarungen geringer, solange die Parteien frei und tatsächlich verfügbar bleiben, um jede zusätzliche Nachfrage individuell zu bedienen, und sofern die Vereinbarung nicht zu einer Koordinierung der Angebotspolitik der Parteien führt.
368. Des Weiteren besteht aus kartellrechtlicher Sicht die Gefahr, dass Vermarktungsvereinbarungen zwischen Parteien, die auf unterschiedlichen räumlich relevanten Märkten oder für verschiedene Kategorien von Kunden tätig sind, als Mittel zur Marktaufteilung missbraucht werden könnten. Nutzen die Parteien eine gegenseitige Vermarktungsvereinbarung, um tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerb untereinander durch gezielte Zuteilung von Märkten oder Kunden auszuschalten, ist es wahrscheinlich, dass mit der Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wird. 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.

5.2.3. *Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen*

369. Eine Vermarktungsvereinbarung, die keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, kann dennoch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, die anhand der in Randnummer 37 genannten Merkmale zu überprüfen sind. In Bezug auf wettbewerbswidrige Auswirkungen von Vermarktungsvereinbarungen können die folgenden Erläuterungen hinzugefügt werden.
370. Um die möglichen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen einer Vermarktungsvereinbarung beurteilen zu können, 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)

abgegrenzt werden. Bei einer Vermarktungsvereinbarung ist in der Regel der Markt am stärksten betroffen, auf dem die Parteien der Vereinbarung die Vertragsprodukte gemeinsam vermarkten werden. Da sich eine Vermarktungsvereinbarung auf einem Markt jedoch auch auf das Wettbewerbsverhalten der Parteien auf benachbarten Märkten auswirken kann, die eng mit dem direkt von der Zusammenarbeit betroffenen Markt verbunden sind, müssen die benachbarten Märkte gegebenenfalls ebenfalls definiert werden. Diese können horizontal oder vertikal mit den von der Zusammenarbeit betroffenen Märkten verbunden sein.

371. In Fällen, in denen sie keine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, haben Vermarktungsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern in der Regel nur dann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen, wenn die Parteien über eine gewisse Marktmacht verfügen, die auch unter Berücksichtigung einer möglichen Nachfragemacht zu beurteilen ist. In Vermarktungsvereinbarungen bündeln die Parteien ihre marktbezogenen Tätigkeiten (oder einen Teil davon) in direkter Beziehung zu ihren Kunden. Bei gemeinsamer Marktmacht besteht daher in der Regel eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass die Parteien in der Lage sind, die Preise zu erhöhen oder die Produktionsmenge, die Produktqualität, die Produktvielfalt oder die Innovation zu verringern. Die direkte Beziehung zu den Kunden erhöht das Risiko wettbewerbswidriger Auswirkungen der Vereinbarung.
372. 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 allein oder in einer Gruppe, die kleiner als die an der Zusammenarbeit beteiligte ist, nicht hätte behaupten können (zum Beispiel aufgrund der mit dem Markteintritt verbundenen Kosten).
373. Bei der Prüfung einer gegenseitigen Vermarktungsvereinbarung 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.

5.2.3.1. Kollusionsergebnis

374. Eine Vermarktungsvereinbarung, die keine Preisfestsetzung, Produktionsbeschränkung oder Marktaufteilung 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 ist bei einer gemeinsamen Vermarktungsvereinbarung wahrscheinlich der Fall, wenn die Parteien bereits vor der Vereinbarung einen hohen Anteil ihrer variablen Kosten gemeinsam haben. In einer solchen Situation kann der zusätzliche Anstieg des Angleichungsniveaus (d. h. die Vermarktungskosten für das Produkt, das Gegenstand der Vereinbarung ist) das Gleichgewicht zugunsten eines Kollusionsergebnisses verschieben. Bei hohem Zuwachs kann das Risiko eines Kollusionsergebnisses sogar bei einem ursprünglich niedrigen Angleichungsniveau hoch sein.

375. Die Wahrscheinlichkeit eines Kollusionsergebnisses hängt von der Marktmacht der Parteien und den Merkmalen des relevanten Marktes ab. Eine Angleichung der Kosten kann das Risiko eines Kollusionsergebnisses nur dann erhöhen, wenn die Parteien über Marktmacht verfügen und wenn die Vermarktungskosten einen hohen Teil der variablen Kosten für das betreffende Produkt ausmachen. Dies ist beispielsweise bei homogenen Produkten nicht der Fall, da für sie die Produktion der größte Kostenfaktor ist. Eine Angleichung der Vermarktungskosten erhöht das Risiko eines Kollusionsergebnisses, wenn sich die Vermarktungsvereinbarung auf Produkte bezieht, deren Vermarktung aufgrund hoher Vertriebs- oder Marketingkosten sehr teuer ist. Folglich können Vereinbarungen, die nur gemeinsame Werbung oder gemeinsame Verkaufsförderung betreffen, wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, wenn diese Kosten einen wichtigen Kostenfaktor ausmachen.
376. Eine gemeinsame Vermarktung beinhaltet in der Regel den Austausch sensibler Geschäftsinformationen, 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 Zusammenarbeit führen könnte. Negative Auswirkungen des Informationsaustauschs werden nicht getrennt gewürdigt, sondern unter Berücksichtigung der Gesamtauswirkungen der Vereinbarung.
377. In jedem Fall hängen die voraussichtlichen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen eines Informationsaustausches im Rahmen von Vermarktungsvereinbarungen von den Merkmalen des Marktes und der Art der ausgetauschten Daten ab und sollten auf der Grundlage der allgemeinen Ausführungen in Kapitel 6 geprüft werden.
- 5.2.3.2. Zusammenarbeit, die im Allgemeinen keinen Anlass zu Bedenken gibt
378. Wie bereits vorstehend in Randnummer 367 erwähnt, können Vermarktungsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern im Allgemeinen 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 der Vereinbarung gemeinsam einen Marktanteil von nicht mehr als 15 % auf dem Markt halten, auf dem sie die Vertragsprodukte gemeinsam vermarkten. Liegt der gemeinsame Marktanteil der Parteien nicht über 15 %, ist es wahrscheinlich, dass die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt sind.
379. Beträgt der gemeinsame Marktanteil der Parteien mehr als 15 %, kann nicht davon ausgegangen werden, dass ihre Vereinbarung keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen hat, sodass die voraussichtlichen Auswirkungen der gemeinsamen Vermarktungsvereinbarung auf den Markt geprüft werden müssen.

5.3. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3

5.3.1. Effizienzgewinne

380. Mit Vermarktungsvereinbarungen können erhebliche Effizienzgewinne erzielt werden. Welche Effizienzgewinne bei der Prüfung, ob eine Vermarktungsvereinbarung die Voraussetzungen des Artikels 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. Ein gemeinsamer Vertrieb kann aufgrund von Größen- oder Verbundvorteilen zu erheblichen Effizienzgewinnen führen, insbesondere für kleinere Hersteller oder Gruppen unabhängiger Einzelhändler, beispielsweise wenn sie neue Vertriebsplattformen nutzen, um mit globalen oder großen Anbietern zu konkurrieren. Der gemeinsame Vertrieb kann insbesondere für die Erreichung von Umweltzielen von Bedeutung sein, sofern diese konkret, quantifizierbar und dokumentiert sind. Vermarktungsvereinbarungen können ferner zu einem widerstandsfähigen Binnenmarkt beitragen und Effizienzgewinne erzielen, die den Verbrauchern zugutekommen, indem sie Abhängigkeiten verringern und/oder Engpässe und Unterbrechungen in den Lieferketten abmildern.

381. Bei den Effizienzgewinnen darf es sich nicht um Einsparungen handeln, die sich aus dem Wegfall der unmittelbar mit dem Wettbewerb verbundenen Kosten ergeben, sondern es muss sich um Effizienzgewinne handeln, 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 des Artikels 101 Absatz 3 angesehen werden.
382. Effizienzgewinne müssen von den Parteien der Vereinbarung nachgewiesen werden. Ein wichtiger Faktor ist dabei, dass die Parteien 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 dürfte sie die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 nicht erfüllen.

5.3.2. Unerlässlichkeit

383. Wettbewerbsbeschränkungen, die weiter gehen, als es für die Erzielung der mit einer Vermarktungsvereinbarung angestrebten Effizienzgewinne notwendig ist, erfüllen nicht die Voraussetzungen des Artikels 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.

5.3.3. Weitergabe an die Verbraucher

384. Durch unerlässliche Beschränkungen erzielte Effizienzgewinne müssen in dem Maße 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, dass 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.

5.3.4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs

385. Die Voraussetzungen des Artikels 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.

5.4. Bieterkonsortien

386. Der Begriff Bieterkonsortium bezieht sich auf eine Situation, in der zwei oder mehr Parteien zusammenarbeiten, um ein gemeinsames Angebot in einem öffentlichen oder privaten Ausschreibungsverfahren abzugeben.¹⁹⁰
387. Für die Zwecke dieses Abschnitts sind Bieterkonsortien von Angebotsabsprachen (oder Submissionsbetrug) zu unterscheiden, bei denen es sich um rechtswidrige Vereinbarungen zwischen Wirtschaftsbeteiligten mit dem Ziel handelt, den Wettbewerb bei Vergabeverfahren zu verzerren. Die Angebotsabsprache ist eine der schwerwiegendsten Formen von bezweckten Beschränkungen und kann verschiedene Formen annehmen, wie beispielsweise die vorherige Festlegung des Inhalts der Angebote (insbesondere des Preises), um das Ergebnis des Verfahrens zu beeinflussen, die Unterlassung der Einreichung eines Angebots, die Aufteilung des Marktes auf der Grundlage der geografischen Lage, des öffentlichen Auftraggebers oder des Auftragsgegenstands oder die Einführung von Rotationssystemen für eine Reihe von Verfahren. Ziel all dieser Praktiken ist es, einen im Voraus bestimmten Bieter in die Lage zu versetzen, sich einen Auftrag zu sichern und dabei gleichzeitig den Eindruck zu erwecken, dass das Verfahren tatsächlich nach den Grundsätzen des Wettbewerbs verläuft.¹⁹¹ Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist die Angebotsabsprache eine Form des Kartells und besteht in der Manipulation eines Ausschreibungsverfahrens für die Vergabe eines Auftrags¹⁹².
388. Bei der Angebotsabsprache geht es in der Regel nicht um eine gemeinsame Teilnahme am Ausschreibungsverfahren. Es handelt sich in der Regel eher um eine versteckte oder stillschweigende Vereinbarung zwischen potenziellen Teilnehmern zur Koordinierung ihrer scheinbar individuellen Entscheidungen in Bezug auf die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren. In einigen Fällen ist jedoch die Unterscheidung zwischen Angebotsabsprachen und rechtmäßigen Formen der gemeinsamen Angebotsabgabe nicht einfach, insbesondere bei der Vergabe von

¹⁹⁰ Die Zusammenarbeit bei der Angebotsabgabe kann entweder durch die Vergabe von Unteraufträgen erfolgen, wobei der offizielle Bieter zustimmt, im Falle eines Zuschlags einen Teil der Tätigkeit an eine oder mehrere andere Parteien weiter zu vergeben, oder durch ein Konsortium, wobei alle Konsortialpartner gemeinsam – normalerweise mit einer bestimmten juristischen Person – am Ausschreibungsverfahren teilnehmen. Aus dem Blickwinkel der Vergabe öffentlicher Aufträge besteht der Unterschied zwischen der Vergabe von Unteraufträgen und einem Konsortium darin, dass im ersten Fall der Hauptauftragnehmer die Namen seiner Unterauftragnehmer nicht sofort offenlegen muss, während die Namen der Mitglieder des Konsortiums der ausschreibenden Behörde unverzüglich mitgeteilt werden müssen. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht handelt es sich sowohl bei der Weitervergabe an Subunternehmen als auch bei Konsortien um eine gemeinsame Angebotsabgabe. In diesem Abschnitt wird der Einfachheit halber der Begriff Bieterkonsortium verwendet.

¹⁹¹ Bekanntmachung der Kommission über Instrumente zur Bekämpfung geheimer Absprachen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und über Leitlinien für die Anwendung des entsprechenden Ausschlussgrundes (ABl. C 91 vom 18.3.2021, S. 1).

¹⁹² Urteil des Gerichtshofs vom 14. Januar 2021, Kilpailu- ja kuluttajavirasto, C-450/19, ECLI:EU:C:2021:10, Rn. 35.

Unteraufträgen. So können beispielsweise Fälle, in denen sich zwei Bieter gegenseitig Unteraufträge erteilen, ein potenzielles Indiz für eine Kollusion sein, da solche Vereinbarungen in der Regel dazu führen, dass die Parteien das finanzielle Angebot des jeweils anderen kennen, was die Unabhängigkeit der Parteien bei der Formulierung ihrer eigenen Angebote in Frage stellt. Es besteht jedoch keine allgemeine Vermutung, dass die Vergabe von Unteraufträgen durch den erfolgreichen Bieter an einen anderen Bieter im Rahmen desselben Verfahrens eine Absprache zwischen den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern darstellt, und die betroffenen Parteien können das Gegenteil beweisen¹⁹³.

389. Vereinbarungen von Bieterkonsortien können ein erhebliches Maß an Integration von Ressourcen und Tätigkeiten der Parteien beinhalten, insbesondere wenn Formen der gemeinsamen Produktion in die vertragliche Tätigkeit einbezogen werden, um an dem Ausschreibungsverfahren teilzunehmen. In Fällen, in denen die gemeinsame Vermarktung lediglich eine Nebenrolle bei der Hauptintegration der Parteien in das Produktionsverfahren spielt, liegt der Schwerpunkt der Vereinbarung in der Produktionstätigkeit, und die wettbewerbsrechtliche Würdigung muss nach den Regeln erfolgen, die für die betreffende Zusammenarbeit, d. h. die gemeinsame Produktion, gelten. In diesem Fall wird die Preisfestsetzung für die Vertragsprodukte oder -dienstleistungen in der Regel nicht als bezweckte Beschränkung angesehen, sodass eine Prüfung der Auswirkungen erforderlich ist (vgl. Randnummer 216 über Produktionsvereinbarungen).
390. Grundsätzlich sind jedoch Konsortialvereinbarungen, die hauptsächlich oder ausschließlich die gemeinsame Vermarktung beinhalten, als Vermarktungsvereinbarungen zu betrachten und daher nach den in diesem Kapitel dargelegten Grundsätzen zu beurteilen.
391. Die Konsortialvereinbarung für die gemeinsame Angebotsabgabe schränkt – unabhängig von ihrer rechtlichen Qualifikation – den Wettbewerb nicht ein, wenn sie den beteiligten Unternehmen die Teilnahme an Projekten ermöglicht, die sie einzeln nicht durchführen könnten. Da es sich bei den Parteien von Konsortialvereinbarungen folglich nicht um potenzielle Wettbewerber für die Projektdurchführung handelt, liegt keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 vor. Dies kann bei Unternehmen der Fall sein, die verschiedene Dienstleistungen erbringen, die sich für die Zwecke der Teilnahme an der Ausschreibung ergänzen. Eine andere Möglichkeit besteht, wenn die beteiligten Unternehmen, obwohl sie alle auf denselben Märkten tätig sind, den Auftrag nicht einzeln ausführen können, z. B. aufgrund des Umfangs oder der Komplexität des Auftrags.
392. Die Beurteilung der Frage, ob die Parteien jeweils einzeln an einer Ausschreibung teilnehmen können und somit Wettbewerber sind, hängt in erster Linie von den in den Ausschreibungsregeln enthaltenen Anforderungen ab. Allein die theoretische Möglichkeit, die vertragliche Tätigkeit auszuüben, macht die Parteien jedoch nicht automatisch zu Wettbewerbern: Es muss realistisch eingeschätzt werden, ob ein Unternehmen in der Lage sein wird, den Auftrag aus eigener Kraft zu erfüllen, wobei die besonderen Umstände des Falles, wie die Größe und die Möglichkeiten des

¹⁹³ Bekanntmachung der Kommission über Instrumente zur Bekämpfung geheimer Absprachen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und über Leitlinien für die Anwendung des entsprechenden Ausschlussgrundes (ABl. C 91 vom 18.3.2021, S. 1, Abschnitt 5.6).

Unternehmens, sowie seine gegenwärtige und künftige Leistungsfähigkeit unter Berücksichtigung der Entwicklung der vertraglichen Anforderungen zu berücksichtigen sind.

393. Im Falle von Ausschreibungen, bei denen es möglich ist, Angebote für Teile des Auftrags (Lose) abzugeben, sind Unternehmen, die in der Lage sind, für ein oder mehrere Lose – aber vermutlich nicht für die gesamte Ausschreibung – zu bieten, als Wettbewerber anzusehen. In ähnlichen Situationen wird die Zusammenarbeit häufig damit begründet, dass die Parteien durch die Zusammenarbeit im Rahmen der Konsortialvereinbarung die Möglichkeit hätten, sich um den gesamten Auftrag zu bewerben und somit einen kombinierten Rabatt für den gesamten Auftrag anbieten könnten. Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass die Parteien grundsätzlich zumindest für einen Teil der Ausschreibung Wettbewerber sind und die möglichen Effizienzgewinne, die mit einem gemeinsamen Angebot für die gesamte Ausschreibung erzielt werden können, nach den Grundsätzen des Artikels 101 Absatz 3 zu bewerten sind.
394. Wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Parteien der Konsortialvereinbarung einzeln an der Ausschreibung teilnehmen können (oder wenn eine Konsortialvereinbarung mehr Parteien als erforderlich umfasst), kann das gemeinsame Angebot den Wettbewerb einschränken. Die Beschränkung kann je nach dem Inhalt der Vereinbarung und den besonderen Umständen des Falles bezweckt oder bewirkt sein (siehe Randnummern 360–375).
395. In jedem Fall kann eine Konsortialvereinbarung zwischen Wettbewerbern die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllen. In der Regel ist eine spezifische und konkrete Prüfung erforderlich, die sich auf verschiedene Merkmale stützt, z. B. die Stellung der Parteien auf dem relevanten Markt, die Anzahl und die Marktstellung der anderen Teilnehmer an der Ausschreibung, den Inhalt der Konsortialvereinbarung, die betreffenden Produkte oder Dienstleistungen und die Marktbedingungen.
396. Effizienzgewinne können in Form von niedrigeren Preisen, aber auch in Form von besserer Qualität, größerer Auswahl oder schnellerer Bereitstellung der von der Ausschreibung betroffenen Produkte oder Dienstleistungen erzielt werden. Darüber hinaus müssen alle anderen Kriterien des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt sein (Unerlässlichkeit, Weitergabe an die Verbraucher und keine Ausschaltung des Wettbewerbs). In Ausschreibungsverfahren sind diese häufig miteinander verknüpft: Die Effizienzgewinne eines gemeinsamen Angebots im Rahmen einer Konsortialvereinbarung werden leichter an die Verbraucher weitergegeben – in Form von niedrigeren Preisen oder einer besseren Qualität des Angebots –, wenn der Wettbewerb in Bezug auf die Ausschreibung nicht ausgeschaltet wird und andere relevante Wettbewerber an dem Ausschreibungsverfahren beteiligt sind.
397. Die Kriterien des Artikels 101 Absatz 3 können im Wesentlichen erfüllt sein, wenn die gemeinsame Teilnahme an der Ausschreibung es den Parteien ermöglicht, ein Angebot abzugeben, das in Bezug auf Preise und/oder Qualität wettbewerbsfähiger ist als die Angebote, die sie allein abgegeben hätten, und wenn die Vorteile für die Verbraucher und den Auftraggeber die Wettbewerbsbeschränkungen überwiegen. Effizienzgewinne müssen an die Verbraucher weitergegeben werden und reichen nicht aus, um die Kriterien des Artikels 101 Absatz 3 zu erfüllen, wenn sie nur den Parteien der Konsortialvereinbarung zugutekommen.

5.5. Beispiele

398. Gemeinsame Vermarktungsvereinbarungen, die für den Marktzutritt erforderlich sind

Beispiel 1

Sachverhalt: Vier gewerbliche Wäschereien in einer großen Stadt nahe der Grenze zu einem anderen Mitgliedstaat mit einem Anteil von jeweils 3 % am gesamten Wäschereimarkt dieser Stadt kommen überein, eine gemeinsame Marketingfirma zu gründen, die ihre Dienstleistungen bei institutionellen Kunden (zum Beispiel Hotels, Krankenhäuser und Büros) anbieten soll. Ansonsten konkurrieren sie weiterhin allein 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. Da die Parteien jedoch nicht in der Lage gewesen wären, einzeln oder in Zusammenarbeit mit einer geringeren Anzahl von Parteien als den vier, die derzeit an der Vereinbarung beteiligt sind, in den Markt für Wäschereidienstleistungen für institutionelle Kunden einzutreten, würde die Vereinbarung ungeachtet der Preisfestsetzungsbeschränkung, die in diesem Fall als unerlässlich für die Förderung der gemeinsamen Marke und den Erfolg des Projekts angesehen werden kann, keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken aufwerfen.

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

Beispiel 2

Sachverhalt: Es liegt derselbe Sachverhalt wie in Beispiel 1, Randnummer 398, 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 allein, 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. Außerdem kann angesichts der Marktfragmentierung 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 (zum Beispiel Einhaltung der Auslieferfristen) nachgekommen werden kann. Die Effizienzgewinne als solche dürften somit die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen aufgrund einer Verringerung des Wettbewerbs zwischen den Parteien überwiegen, sodass die Vereinbarung die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 wahrscheinlich erfüllt.

400. Gemeinsame Internet-Plattform – 1

Beispiel 3

Sachverhalt: Einige kleine Fachgeschäfte eines Mitgliedstaates schließen sich einer Internetplattform an, über die Obst-Geschenkkörbe angeboten, verkauft und ausgeliefert werden. Es gibt mehrere Konkurrenten, die ebenfalls Internetplattformen betreiben. 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 eine große Auswahl an Geschenkkörben abgebildet ist. Anschließend wird die Bestellung an das Fachgeschäft weitergeleitet, das sich am nächsten bei der Auslieferungsadresse befindet. Dieses Fachgeschäft trägt die Kosten für die Zusammenstellung des Geschenkkorbs und die Auslieferung an den Kunden. Es erhält 90 % des auf der Internetplattform angegebenen und für alle beteiligten Fachgeschäfte geltenden Verkaufspreises. Die restlichen 10 % fließen in die gemeinsame Verkaufsförderung und die laufenden Kosten der Internetplattform. Außer dem monatlichen Beitrag gibt es für ein Fachgeschäft, das sich der Plattform anschließen möchte, innerhalb eines jeweiligen nationalen Hoheitsgebiets keine weiteren Auflagen. Zudem können Fachgeschäfte, die eine eigene Website betreiben, Obst-Geschenkkörbe auch unter eigenem Namen über das Internet vertreiben (was sie auch tun), sodass sie außerhalb der Mitarbeit als Einzelanbieter miteinander im Wettbewerb stehen. Kunden, die über die Plattform bestellen, wird die Lieferung des Geschenkkorbs am selben Tag zugesichert und die Möglichkeit gegeben, die von ihnen gewünschte Lieferzeit auszuwählen.

Analyse: Obwohl sich die Vereinbarung nur auf den gemeinsamen und zudem über einen ganz bestimmten Vertriebskanal (in diesem Fall eine Internetplattform) 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 führt. Deshalb muss die Vereinbarung nach Artikel 101 Absatz 3 geprüft werden. Die Vereinbarung ermöglicht Effizienzgewinne, zum Beispiel ein größeres Angebot und einen besseren Service sowie geringere Suchkosten, was den Verbrauchern zugutekommt und die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Vereinbarung aufwiegen dürfte. Da die an der Zusammenarbeit beteiligten Fachgeschäfte 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 Internetplattform erwerben, wissen nicht, bei wem sie den Obst-Geschenkkorb kaufen, und möchten nicht mit vielen unterschiedlichen Preisen konfrontiert werden) und folglich auch für die Erzielung der Effizienzgewinne sowie in Anbetracht des gemeinsamen Online-Markenauftritts betrachtet werden. Da keine anderen Beschränkungen vorliegen, erfüllt die Vereinbarung die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3. Da außerdem andere konkurrierende Internetplattformen existieren und die Parteien auch weiterhin entweder über ihre Geschäfte oder über das Internet miteinander am Wettbewerb teilnehmen, wird der Wettbewerb nicht ausgeschaltet.

401. Gemeinsame Internet-Plattform – 2

Beispiel 4

Sachverhalt: Eine Reihe kleiner unabhängiger Buchhandlungen richtet eine elektronische Internetplattform ein, über die sie die in ihren Geschäften erhältlichen Bücher bewerben, verkaufen und ausliefern. Die Buchhandlungen decken ein großes Gebiet ab, das an mehrere Mitgliedstaaten angrenzt. Jede Buchhandlung zahlt eine jährliche Gebühr, die zur Deckung der Kosten für den Betrieb und die Bewerbung der Plattform bestimmt ist. Die Gebühr wird auf der Grundlage eines festen Prozentsatzes des Jahresumsatzes jeder Buchhandlung auf der Plattform bis zu einem bestimmten Höchstbetrag berechnet. Dieser Höchstbetrag wird jährlich vereinbart und richtet sich nach den Betriebskosten der Plattform, die im Vorjahr angefallen sind. Für den Anfangszeitraum von drei Jahren ist der Prozentsatz auf 10 % des Jahresumsatzes festgelegt, aber die Mitglieder sind sich einig, dass sie die Beiträge mit zunehmendem Wachstum des Unternehmens wahrscheinlich senken können. Die Buchhandlungen erklären sich bereit, mit einem Lieferunternehmen eine Vereinbarung über die taggleiche Lieferung der online bestellten Bücher auszuhandeln. Aufgrund der Anzahl der beteiligten Buchhandlungen kann das Lieferunternehmen eine Zustellung am selben Tag garantieren. Für diesen Zustelldienst wird ein Preis vereinbart, der die Kosten für die Verpackung der Sendungen einschließt. Es gibt keine Vereinbarung zwischen den einzelnen Buchhandlungen über den Online-Preis für ihre Bücher, der nur von jeder Buchhandlung an die Plattform übermittelt wird, und es werden keine Informationen zwischen den Buchhandlungen über künftige Preise oder Werbeaktionen ausgetauscht. Der Online-Preis der Bücher entspricht in der Regel dem Ladenpreis (und dem mit dem Versandunternehmen vereinbarten Zuschlag für Porto und Verpackung). Die Aufnahme in die Plattform steht allen unabhängigen Geschäften gegen Zahlung der Jahresgebühr offen. Es gibt mehrere andere Internetplattformen, die einen ähnlichen Dienst in derselben Region anbieten. Keine einzelne Plattform hat mehr als 15 % Marktanteil in den jeweiligen Regionen.

Analyse: Da die Vereinbarung die Festsetzung des Preises für die Verpackung und Lieferung der Bestellungen sowie eine Gebühr auf der Grundlage eines Prozentsatzes der Einzelhandelspreise beinhaltet, könnte Artikel 101 Absatz 1 anwendbar sein. Die Parteien legen Beweise dafür vor, dass die Vorteile der ausgehandelten Vereinbarung – einschließlich der Klausel über die taggleiche Lieferung – nicht für jede einzelne Buchhandlung allein verfügbar gewesen wären. Darüber hinaus ist aufgrund der Vereinbarung ein deutlicher Anstieg der Buchverkäufe zu verzeichnen – sowohl online als auch in den Geschäften. Es scheint klar zu sein, dass diese Vorteile ohne die Vereinbarung nicht hätten erzielt werden können. Da es in derselben Region mehrere andere Plattformen mit ähnlichen Marktanteilen gibt, wird der Wettbewerb nicht ausgeschaltet und die Vereinbarung wirft keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken auf.

402. Vertriebs-Gemeinschaftsunternehmen

Beispiel 5

Sachverhalt: Unternehmen A und B sind in zwei unterschiedlichen Mitgliedstaaten ansässig und stellen Fahrradreifen her. Ihr Anteil am Unionsmarkt für Fahrradreifen beträgt zusammengekommen 14 %. Sie beschließen, ein Gemeinschaftsunternehmen (mit eingeschränkten Funktionen einer selbstständigen 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 Gemeinschaftsunternehmen 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 Gemeinschaftsunternehmen beinhaltet. Die geltend gemachten Effizienzgewinne erwachsen weder aus der Integration wirtschaftlicher Tätigkeiten noch aus gemeinsamen Investitionen. Das Gemeinschaftsunternehmen 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 Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Vereinbarung überwiegen. Die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 wären somit nicht erfüllt.

403. Abwerbeverbot in Vereinbarungen über die Auslagerung (Outsourcing) von Dienstleistungen

Beispiel 6

Sachverhalt: Die Unternehmen 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 %. 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 B direkt die Reinigungsdienste für die Kleinkunden von A (ein Drittel der Kundenbasis von A) übernimmt. Gleichzeitig ist A daran interessiert, die Kundenbeziehung zu diesen Kleinkunden nicht zu verlieren. Daher wird A seine vertraglichen Beziehungen zu den Kleinkunden beibehalten, aber die direkte Erbringung der Reinigungsdienste wird von B übernommen. Um die Outsourcing-Vereinbarung umzusetzen, muss A dem B die Identität der Kleinkunden von A mitteilen, die Gegenstand der Vereinbarung sind. Da A befürchtet, B könnte diese Kunden durch kostengünstigere Angebote abwerben (und somit A umgehen), besteht A darauf, ein Abwerbverbot in die Vereinbarung aufzunehmen. 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 Abwerbverbot hätte A die Outsourcing-Vereinbarung mit B oder einem anderen Unternehmen nicht unterzeichnet.

Analyse: Die Outsourcing-Vereinbarung schaltet B als unabhängigen Anbieter von Gebäudereinigungsdiensten für die Kleinkunden von A aus, da es für diese Kunden nicht mehr möglich ist, in ein direktes Vertragsverhältnis mit B einzutreten. Daher kann Artikel 101 Absatz 1 Anwendung finden. Diese Kunden machen jedoch nur ein Drittel der Kundenbasis von A, d. h. 5 % des Marktes, aus. Sie können sich nach wie vor an die Wettbewerber von A und B wenden, auf die 70 % des Marktes entfallen. 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. Angesichts der 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. Daher ist es unwahrscheinlich, dass die Outsourcing-Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat, weshalb sie nach Artikel 101 Absatz 3 freigestellt werden kann.

404. Vertriebsplattform für Medieninhalte

Beispiel 7

Sachverhalt: Rundfunkveranstalter A und Rundfunkveranstalter B, die beide hauptsächlich auf dem Markt des frei empfangbaren Fernsehens in einem Mitgliedstaat tätig sind, gründen ein Gemeinschaftsunternehmen, um auf demselben nationalen Markt eine Online-Video-on-Demand-Plattform einzuführen, auf der die Verbraucher gegen eine Gebühr Filme oder Serien ansehen können, die von den beiden Rundfunkveranstaltern oder von Dritten produziert wurden, die einem der beiden Rundfunkveranstalter eine Lizenz für die entsprechenden audiovisuellen Rechte erteilt haben. Die Gruppe von A hat einen Marktanteil von rund 25 % auf dem Markt für frei empfangbares Fernsehen und B hat einen Marktanteil von rund 15 %. Es gibt zwei weitere große Anbieter mit Marktanteilen zwischen 10 % und 15 % sowie eine Reihe kleinerer Rundfunkveranstalter. Der nationale Video-on-

Demand-Markt, auf dem das Gemeinschaftsunternehmen hauptsächlich tätig sein wird, ist ein junger Markt, für den allgemein ein erhebliches Wachstumspotenzial erwartet wird. Der Preis für das Ansehen eines Videos wird zentral von dem Gemeinschaftsunternehmen festgelegt, das auch die Preise für den Erwerb von Video-on-Demand-Lizenzen auf dem vorgelagerten Markt koordiniert.

Analyse: In Anbetracht ihrer Größe auf dem nationalen Fernsehmarkt und ihres umfangreichen Bestands an audiovisuellen Rechten könnten sowohl A als auch B getrennt voneinander eine Video-on-Demand-Plattform einführen. Daher sind sie potenzielle Wettbewerber auf dem im Entstehen begriffenen Verbrauchermarkt für Video-on-Demand. Des Weiteren beinhaltet die Vereinbarung eine Preisfestsetzung, sodass Artikel 101 Absatz 1 Anwendung findet. Die Wettbewerbsbeschränkung erscheint erheblich, da der Preiswettbewerb zwischen den beiden Rundfunkveranstaltern ausgeschaltet wird. Außerdem wird auch die Preisgestaltung für Video-on-Demand-Lizenzen koordiniert werden. Diese Wettbewerbsbeschränkungen werden in Anbetracht der Tätigkeiten und der Größe der beteiligten Unternehmen spürbar sein. Was die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 anbelangt, so scheinen die Vorteile, die sich aus einem größeren Angebot an Video-on-Demand-Diensten und einer vereinfachten Navigation durch die Inhalte ergeben, die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht aufzuwiegen. Insbesondere scheinen die Beschränkungen nicht notwendig zu sein, um die genannten Effizienzgewinne zu erzielen, da diese auch mit einer offenen Plattform und einer rein technischen Zusammenarbeit erreicht werden könnten. Somit scheint die Vereinbarung die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 nicht zu erfüllen.

405. Bieterkonsortien

Beispiel 8

Sachverhalt: Die Unternehmen A und B sind konkurrierende Anbieter von speziellen Medizinprodukten für Krankenhäuser. Sie beschließen, eine Konsortialvereinbarung abzuschließen, um bei einer Reihe von Ausschreibungen des nationalen Gesundheitssystems eines Mitgliedstaates gemeinsame Angebote für die Bereitstellung einer Reihe von aus Plasma gewonnenen Arzneimitteln für öffentliche Krankenhäuser abzugeben. Das Kriterium für die Auftragsvergabe ist das wirtschaftlich günstigste Angebot, wobei ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Preis und Qualität berücksichtigt wird. Insbesondere werden zusätzliche Punkte vergeben, wenn das Angebot eine Reihe von optionalen Produkten umfasst. A und B könnten sich auf der Grundlage der in den Ausschreibungsregeln enthaltenen Anforderungen jeweils einzeln an den Ausschreibungen beteiligen. Tatsächlich haben A und B bereits einzeln an einer der betreffenden Ausschreibungen teilgenommen, die einem anderen Teilnehmer zugesprochen wurde, da ihre beiden Einzelangebote in Bezug auf Preis und Qualität unterlegen waren, insbesondere aufgrund eines begrenzten Angebots an optionalen Produkten. In der Regel gibt es mindestens zwei weitere Teilnehmer an den betreffenden Ausschreibungsverfahren.

Analyse: Da A und B jeweils einzeln an den Ausschreibungen teilnehmen könnten, ist Artikel 101 Absatz 1 anwendbar und die gemeinsame Teilnahme kann den Wettbewerb einschränken. Deshalb muss die Vereinbarung nach Artikel 101 Absatz 3 geprüft werden. Nach den Ergebnissen des vorangegangenen Ausschreibungsverfahrens, bei dem die Parteien getrennt miteinander konkurrierten, scheint ein gemeinsames Angebot wettbewerbsfähiger zu sein als die Einzelangebote, was die Preisgestaltung und die angebotenen Produkte, insbesondere

die optionalen Produkte, betrifft. Die Konsortialvereinbarung scheint objektiv erforderlich zu sein, damit die beteiligten Parteien im Rahmen der Ausschreibungsverfahren wirklich wettbewerbsfähige Angebote im Vergleich zu den Angeboten der anderen Teilnehmer vorlegen können. Der Wettbewerb bei den Ausschreibungen wird nicht ausgeschaltet, da mindestens zwei weitere relevante Wettbewerber an dem Ausschreibungsverfahren teilnehmen werden. Dies bedeutet, dass die Effizienzgewinne des gemeinsamen Angebots dem Auftraggeber und letztlich den Verbrauchern zugutekommen könnten. Daher scheint die Vereinbarung die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 zu erfüllen.

6. INFORMATIONSAUSTAUSCH

6.1. Einleitung

406. Dieses Kapitel soll Unternehmen und Vereinigungen bei der wettbewerbsrechtlichen Prüfung des Informationsaustauschs¹⁹⁴ als Anleitung dienen. Der Informationsaustausch kann verschiedene Formen annehmen und in unterschiedlichen Kontexten stattfinden.
407. Der Informationsaustausch im Sinne dieses Kapitels umfasst den Austausch von i) unbearbeiteten und unstrukturierten digitalen Inhalten, die verarbeitet werden müssen, um sie nutzbar zu machen (Rohdaten), ii) vorverarbeiteten Daten, die bereits aufbereitet und validiert wurden, iii) Daten, die bearbeitet wurden, um aussagekräftige Informationen jeglicher Form zu generieren, sowie iv) jeder anderen Art von Informationen, einschließlich nicht-digitaler Informationen. Er umfasst den physischen Informations- und Datenaustausch zwischen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbern¹⁹⁵. In diesem Kapitel umfasst der Begriff „Informationen“ alle oben genannten Arten von Daten und Informationen.
408. Informationen können direkt zwischen Wettbewerbern (in Form einer einseitigen Offenlegung oder eines bi- oder multilateralen Austauschs) oder indirekt durch oder über einen Dritten (z. B. einen Dienstleister, eine Plattform, ein Online-Tool oder einen Algorithmus), eine gemeinsame Stelle (z. B. einen Wirtschaftsverband), ein Marktforschungsinstitut oder über Lieferanten oder Einzelhändler ausgetauscht werden. Dieses Kapitel gilt sowohl für direkte als auch für indirekte Formen des Informationsaustauschs.
409. Der Informationsaustausch kann Teil einer anderen Art von Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit sein. Die Durchführung einer solchen Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit kann den Austausch von sensiblen Geschäftsinformationen erfordern. In einem solchen Fall muss geprüft werden, ob der Austausch zu einem Kollusionsergebnis in Bezug auf die Geschäftstätigkeiten

¹⁹⁴ Soweit es sich bei den ausgetauschten Informationen ganz oder teilweise um personenbezogene Daten handelt, lassen diese Leitlinien das Unionsrecht zum Datenschutz, insbesondere die Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1), unberührt. Keine Bestimmung dieser Leitlinien sollte in einer Weise angewandt oder ausgelegt werden, die das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten schmälert oder einschränkt.

¹⁹⁵ Der Begriff „Datenaustausch“ wird verwendet, um alle möglichen Formen und Modelle des Datenzugangs und der Datenübertragung zwischen Unternehmen zu beschreiben. Dazu gehören Datenpools, zu denen sich Dateninhaber zusammenschließen, um Datenressourcen gemeinsam zu nutzen.

der Parteien innerhalb und außerhalb der Zusammenarbeit führen könnte. Negative Auswirkungen solcher Austausche werden nicht getrennt gewürdigt, sondern unter Berücksichtigung der Gesamtauswirkungen der Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit. Wenn der Informationsaustausch nicht über das hinausgeht, was für die rechtmäßige Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern erforderlich ist, erfüllt die Vereinbarung, selbst wenn sie wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 hat, eher die Kriterien des Artikels 101 Absatz 3, als wenn der Austausch über das hinausgeht, was für die Zusammenarbeit erforderlich ist. Wenn der Informationsaustausch an sich das Hauptziel der Zusammenarbeit ist, sollte die Prüfung des Austauschs gemäß den in diesem Kapitel enthaltenen Erläuterungen erfolgen.

410. Der Informationsaustausch kann auch Teil eines Akquisitionsprozesses sein. In solchen Fällen kann der Austausch je nach den Umständen den Vorschriften der Fusionskontrollverordnung unterliegen¹⁹⁶. Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen, die nicht unmittelbar mit dem Kontrollerwerb verbunden und für diesen notwendig sind, fallen weiterhin unter Artikel 101 AEUV.
411. Der Informationsaustausch kann auch auf Regulierungsinitiativen zurückgehen. Auch wenn Unternehmen ermutigt oder verpflichtet werden können, bestimmte Informationen und Daten weiterzugeben, um Anforderungen der Union oder der Regierung zu erfüllen, gilt weiterhin Artikel 101 Absatz 1. In der Praxis bedeutet dies, dass diejenigen, die rechtlichen Anforderungen unterliegen, diese Anforderungen nicht als Mittel zur Verletzung des Artikels 101 Absatz 1 nutzen dürfen. Sie sollten den Umfang des Informationsaustauschs auf das beschränken, was auf der Grundlage der geltenden Verordnung erforderlich ist, und sie müssen möglicherweise Vorsichtsmaßnahmen ergreifen, falls sensible Geschäftsinformationen ausgetauscht werden.

Eine EU-Verordnung kann beispielsweise einen Informationsaustausch zwischen denjenigen vorsehen, die der Verordnung unterliegen, um die Notwendigkeit von Tierversuchen zu vermeiden oder zu verringern und/oder um die Forschungskosten zu senken. Ein solcher Austausch unterliegt der Anwendung des Artikels 101 Absatz 1. Unternehmen, die an den in der Verordnung vorgesehenen Austauschen teilnehmen, dürfen daher keine sensiblen Geschäftsinformationen weitergeben, die ihre Marktstrategie oder technische Informationen offenlegen, die über die Anforderungen der Verordnung hinausgehen. Die Unternehmen können die Häufigkeit des Austauschs verringern, um die wirtschaftliche Sensibilität der Informationen einzuschränken. Wenn möglich, sollten aggregierte Informationen oder Spannen verwendet werden, um den Austausch einzelner oder detaillierter Zahlen zu vermeiden. Die Inanspruchnahme eines unabhängigen dritten Dienstleisters („Trustee“), der auf der Grundlage von Vertraulichkeitsvereinbarungen Einzelinformationen aus verschiedenen Quellen erhält und diese anschließend zusammenstellt, prüft und zu einer Gesamterklärung aggregiert, die keine Rückschlüsse auf einzelne Zahlen zulässt, kann von den Unternehmen ebenfalls in Betracht gezogen werden.

¹⁹⁶ Artikel 4 Absatz 1 und Artikel 7 Absatz 1 der Verordnung Nr. 139/2004. Vgl. ferner Urteil des Gerichts vom 22. September 2021, Altice Europe/Kommission, T-425/18, noch nicht veröffentlicht, ECLI:EU:T:2021:607, Rn. 239.

6.2. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1

6.2.1. Einleitung

412. Der Informationsaustausch ist ein gemeinsames Merkmal vieler Wettbewerbsmärkte und bringt verschiedene Arten von Effizienzgewinnen hervor. Durch ihn können Informationsasymmetrien¹⁹⁷ behoben werden, was die Märkte effizienter gestaltet. In den letzten Jahren hat die gemeinsame Nutzung von Daten an Bedeutung gewonnen und ist durch den Einsatz von Big-Data-Analysen und Techniken des maschinellen Lernens für die Entscheidungsfindung unerlässlich geworden¹⁹⁸. Unternehmen können häufig ihre interne Effizienz durch Benchmarking verbessern, anhand der bewährten Praxis anderer Unternehmen. Der Austausch von Informationen kann den Unternehmen ferner helfen, Kosten zu sparen, indem sie ihre Lagerbestände verringern, verderbliche Produkte schneller an die Verbraucher liefern oder auf Nachfrageschwankungen besser reagieren können usw. Der Austausch gleichartiger oder ergänzender Informationen kann Unternehmen ermöglichen, neue oder bessere Produkte oder Dienstleistungen zu entwickeln oder Algorithmen auf einer breiteren, aussagekräftigeren Basis zu verfeinern. Außerdem kann der Informationsaustausch den Verbrauchern direkt zugutekommen, indem er ihre Kosten für Suchanfragen senkt und die Auswahl verbessert.
413. Wie in Randnummer 15 dargelegt, kann ein Informationsaustausch nur dann nach Artikel 101 Absatz 1 geprüft werden, wenn er eine Vereinbarung, eine abgestimmte Verhaltensweise oder einen Beschluss einer Unternehmensvereinigung begründet oder Teil davon ist. Wie in Randnummer 15 dargelegt, setzt der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise über die Abstimmung zwischen den betroffenen Unternehmen hinaus ein dieses entsprechendes Marktverhalten und einen Kausalzusammenhang zwischen beiden voraus¹⁹⁹. Findet ein Austausch sensibler Geschäftsinformationen zwischen Wettbewerbern zur Vorbereitung einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung statt, so reicht dies als Beweis für das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 aus. In diesem Fall ist es nicht erforderlich, nachzuweisen, dass sich diese Wettbewerber förmlich zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet haben oder dass sie ihr künftiges Verhalten auf dem Markt abgesprochen haben²⁰⁰. Außerdem ist davon auszugehen, dass Unternehmen, die sich an einer abgestimmten Verhaltensweise beteiligen und weiterhin auf dem Markt tätig sind, bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen berücksichtigen²⁰¹.
414. Der wichtigste Grundsatz des Wettbewerbs ist, dass jedes Unternehmen sein wirtschaftliches Verhalten auf dem relevanten Markt selbst bestimmt. Dieser

¹⁹⁷ Die Wirtschaftstheorie über Informationsasymmetrien beschäftigt sich mit der Studie von Transaktionen in denen eine Partei über mehr Informationen verfügt als die andere Partei.

¹⁹⁸ Die gemeinsame Nutzung von Daten wird auch in der europäischen Datenstrategie gefördert.

¹⁹⁹ Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 21. Januar 2016, Eturas u. a., C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, Rn. 39 und 40; Urteil des Gerichtshofs vom 19. März 2015, Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, Rn. 126.

²⁰⁰ Urteil des Gerichtshofs vom 26. Januar 2017, Duravit u. a./Kommission, C-609/13 P, ECLI:EU:C:2017:46, Rn. 135.

²⁰¹ Urteil des Gerichts vom 10. November 2017, Icap u. a./Kommission, T-180/15, ECLI:EU:T:2017:795, Rn. 57; Urteil des Gerichtshofs vom 4. Juni 2009, T-Mobile Netherlands u. a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 51; Urteil des Gerichtshofs vom 19. März 2015, Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, Rn. 127.

Grundsatz hindert die Unternehmen nicht daran, sich in kluger Weise auf das bestehende oder zu erwartende Verhalten ihrer Wettbewerber oder auf die marktüblichen Bedingungen einzustellen. Die Unternehmen sollten jedoch einen Informationsaustausch vermeiden, der bezweckt oder bewirkt, dass Wettbewerbsbedingungen geschaffen werden, die nicht den normalen Bedingungen des betreffenden Marktes entsprechen. Dies ist dann der Fall, wenn der Austausch entweder das Marktverhalten eines tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbers beeinflusst oder einem solchen Wettbewerber das Verhalten offenbart, das ein anderer Wettbewerber selbst auf dem Markt an den Tag gelegt hat oder zu legen gedenkt²⁰².

415. In diesem Abschnitt werden zunächst die beiden wichtigsten wettbewerbsrechtlichen Bedenken im Zusammenhang mit dem Informationsaustausch dargelegt (Abschnitt 6.2.2). Anschließend wird näher auf die Relevanz der Art der ausgetauschten Informationen für die Prüfung nach Artikel 101 Absatz 1 (Abschnitt 6.2.3), die Merkmale des Austauschs selbst (Abschnitt 6.2.4) und die Merkmale des Marktes (Abschnitt 6.2.5) eingegangen. Zwei spezielle Abschnitte befassen sich mit bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen (Abschnitt 6.2.6) und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen (Abschnitt 6.2.7).

6.2.2. Grundlegende kartellrechtliche Bedenken im Zusammenhang mit dem Informationsaustausch²⁰³

6.2.2.1. Kollusionsergebnis

416. Indem der Austausch sensibler Geschäftsinformationen die Transparenz zwischen den Wettbewerbern auf dem Markt künstlich erhöht, kann er die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Unternehmen erleichtern und zu Wettbewerbsbeschränkungen führen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Austausch eine andere wettbewerbswidrige Vereinbarung untermauert²⁰⁴.
417. Der Austausch sensibler Geschäftsinformationen *an sich* kann es den Unternehmen ermöglichen, sich über die Koordinierungsmodalitäten zu verständigen, was auf dem Markt zu einem Kollusionsergebnis führen kann. Der Austausch kann dazu beitragen, dass Unternehmen ähnliche Erwartungen hinsichtlich der Unsicherheiten auf dem Markt entwickeln. Auf dieser Grundlage können die Unternehmen sich auch ohne ausdrückliche Vereinbarung über die Koordinierung über ihr Verhalten auf dem Markt verständigen²⁰⁵.
418. Der Austausch sensibler Geschäftsinformationen kann ferner als Methode zur Erhöhung der *internen Stabilität* einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise auf dem Markt eingesetzt werden. Der

²⁰² Urteil des Gerichtshofs vom 21. Januar 2016, Eturas u. a., C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, Rn. 27; Urteil des Gerichtshofs vom 4. Juni 2009, T-Mobile Netherlands u. a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 32 und 33.

²⁰³ Mit der Formulierung „Grundlegende kartellrechtliche Bedenken“ soll verdeutlicht werden, dass die nachfolgende Beschreibung der wettbewerbsrechtlichen Bedenken weder abschließend noch erschöpfend ist.

²⁰⁴ Urteil des Gerichtshofs vom 26. Januar 2017, Duravit u. a./Kommission, C-609/13 P, ECLI:EU:C:2017:46, Rn. 134; Urteil des Gerichtshofs vom 7. Januar 2004, Aalborg Portland u. a./Kommission, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, ECLI:EU:C:2004:6, Rn. 281.

²⁰⁵ Vgl. beispielsweise Urteil des Gerichts vom 7. November 2019, Campine und Campine Recycling/Kommission, T-240/17, ECLI:EU:T:2019:778, Rn. 305.

Informationsaustausch kann 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 beim Austausch aktueller als auch beim Austausch historischer Daten kann es sich um einen solchen Überwachungsmechanismus handeln. 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.

Die Verwendung von Algorithmen durch Wettbewerber kann zum Beispiel das Risiko eines Kollusionsergebnisses auf dem Markt erhöhen²⁰⁶. Algorithmen können es den Wettbewerbern ermöglichen, die Markttransparenz zu erhöhen, Preisabweichungen in Echtzeit zu erkennen und Sanktionsmechanismen effektiver zu gestalten. Andererseits sind für die Möglichkeit algorithmischer Kollusionen neben der spezifischen Gestaltung der Algorithmen einige strukturelle Marktbedingungen erforderlich, wie z. B. eine hohe Interaktionshäufigkeit, begrenzte Nachfragemacht und das Vorhandensein homogener Produkte/Dienstleistungen.

419. Schließlich kann der Informationsaustausch ferner als Methode eingesetzt werden, um die *äußere Stabilität* einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise auf dem Markt zu erhöhen. Ein Austausch, 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. Sowohl der Austausch von aktuellen als auch von historischen Informationen kann einen solchen Überwachungsmechanismus schaffen.

6.2.2.2. Wettbewerbswidrige Marktabstimmung

420. Ein Informationsaustausch kann nicht nur Kollusionen erleichtern, sondern auch zu einer wettbewerbswidrigen Marktabstimmung desselben Marktes, auf dem der Austausch stattfindet, oder eines verbundenen Marktes führen²⁰⁷.
421. Eine Abstimmung desselben Marktes kann eintreten, wenn der Austausch sensibler Geschäftsinformationen dazu führt, dass die nicht am Informationsaustausch beteiligten Wettbewerber gegenüber den am Austauschsystem beteiligten Unternehmen einen erheblichen Wettbewerbsnachteil erleiden. Diese Art der Marktabstimmung ist möglich, wenn die betreffenden Informationen von strategischer Bedeutung sind und der Austausch einen erheblichen Teil des relevanten Marktes betrifft. Dies kann zum Beispiel bei Initiativen zur gemeinsamen Nutzung von Daten der Fall sein, wenn die gemeinsam genutzten Daten von strategischer Bedeutung sind, einen großen Teil des Marktes ausmachen und der

²⁰⁶ Die algorithmische Kollusion muss von der sogenannten „Kollusion auf Code-Ebene“ unterschieden werden, die sich auf die absichtliche Anwendung gemeinsamer Algorithmen zur Verhaltenskoordinierung durch Wettbewerber bezieht. Bei Kollusion auf Code-Ebene handelt es sich typischerweise um Kartelle und damit eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, unabhängig von den Marktbedingungen und den ausgetauschten Informationen.

²⁰⁷ Zu den wettbewerbsrechtlichen Bedenken im Zusammenhang mit Marktabstimmung, die vertikale Vereinbarungen aufwerfen können, siehe Randnummer [...] der Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

Zugang Dritter verhindert wird²⁰⁸. Derartige Initiativen erschweren ferner den Markteintritt neuer Teilnehmer.

422. Es ist nicht auszuschließen, dass ein Informationsaustausch auch zu einer wettbewerbswidrigen Abschottung eines verbundenen Marktes gegenüber Dritten führen kann. So können beispielsweise vertikal integrierte Unternehmen, die auf einem vorgelagerten Markt Informationen austauschen, Marktmacht erlangen und kollusiv vorgehen, um den Preis für eine Schlüsselkomponente auf einem nachgelagerten Markt zu erhöhen. Dadurch können sie die Kosten ihrer nachgelagerten Konkurrenten in die Höhe treiben, was letztlich zu einer wettbewerbswidrigen Abschottung des nachgelagerten Marktes führen kann. Darüber hinaus können Unternehmen, die undurchsichtige und diskriminierende Bedingungen für den Zugang zu gemeinsamen Informationen verwenden, Dritte in ihrer Fähigkeit einschränken, Entwicklungen für potenzielle neue Produkte auf verbundenen Märkten zu erkennen.

6.2.3. Zur Natur der ausgetauschten Informationen

6.2.3.1. Sensible Geschäftsinformation

423. Artikel 101 Absatz 1 findet Anwendung, wenn der Austausch sensibler Geschäftsinformation geeignet ist, die Geschäftsstrategie von Wettbewerbern zu beeinflussen. Dies ist dann der Fall, wenn die ausgetauschten Informationen die Ungewissheit über das künftige oder jüngste Verhalten eines oder mehrerer Wettbewerber auf dem Markt verringern, und zwar unabhängig davon, ob die an dem Austausch beteiligten Unternehmen einen gewissen Nutzen aus ihrer Zusammenarbeit ziehen oder nicht. Häufig handelt es sich um Informationen, die ein Unternehmen schützen muss, um seine Wettbewerbsposition auf dem Markt bzw. den Märkten zu erhalten oder zu verbessern. Bei Informationen über die Preisgestaltung handelt es sich beispielsweise um sensible Geschäftsinformation, aber Artikel 101 Absatz 1 gilt auch, wenn sich der Austausch nicht unmittelbar auf die von den Endverbrauchern gezahlten Preise auswirkt²⁰⁹. Die Tatsache, dass die ausgetauschten Informationen an sich unrichtig oder irreführend sein können, beseitigt nicht die Gefahr, dass sie das Verhalten der Wettbewerber auf dem Markt beeinflussen können²¹⁰.
424. Zu den Informationen, die als besonders sensible Geschäftsinformation eingestuft wurden und deren Austausch als bezweckte Beschränkung eingestuft wurde, gehören:

*der Austausch mit Wettbewerbern über die Preisgestaltung und Preisabsichten eines Unternehmens*²¹¹,

²⁰⁸ Im Urteil des Gerichtshofs vom 23. November 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 57 und 58, wird hervorgehoben, wie wichtig es ist, die zugrunde liegende Marktstruktur zu analysieren, um festzustellen, ob die Gefahr einer Abschottung wahrscheinlich ist.

²⁰⁹ Urteil des Gerichtshofs vom 19. März 2015, Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, Rn. 123, und Urteil des Gerichts vom 4. Juni 2009, T-Mobile Netherlands u. a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 36.

²¹⁰ Urteil des Gerichts vom 15. Dezember 2016, Philips und Philips France/Kommission, T-762/14, ECLI:EU:T:2016:738, Rn. 91.

²¹¹ Vgl. ferner Urteil des Gerichts vom 8. Juli 2020, Infineon Technologies/Kommission, T-758/14 RENV, noch nicht veröffentlicht, ECLI:EU:T:2020:307, Rn. 96; Urteil des Gerichts vom 15. Dezember 2016, Philips und Philips France/Kommission, T-762/14, ECLI:EU:T:2016:738, Rn. 134–136. Es ist nicht

der Austausch mit Wettbewerbern über die derzeitigen und künftigen Produktionskapazitäten eines Unternehmens²¹²,

der Austausch mit Wettbewerbern über die geplante Geschäftsstrategie eines Unternehmens²¹³,

der Austausch mit Wettbewerbern über die Vereinbarungen eines Unternehmens in Bezug auf die aktuelle und künftige Nachfrage²¹⁴,

der Austausch mit Wettbewerbern über den künftigen Absatz eines Unternehmens²¹⁵,

der Austausch mit Wettbewerbern über die aktuelle Situation eines Unternehmens und seine Geschäftsstrategie²¹⁶,

der Austausch mit Wettbewerbern über zukünftige, für den Verbraucher relevante Produkteigenschaften²¹⁷,

der Austausch von Informationen mit Wettbewerbern über Marktpositionen und Strategien bei Auktionen für Finanzprodukte²¹⁸.

6.2.3.2. Informationen für die Öffentlichkeit

425. „Echte öffentliche Informationen“ sind Informationen, zu denen alle Wettbewerber und Kunden (im Hinblick auf die Zugangskosten) gleichermaßen leicht Zugang haben²¹⁹. Da die Informationen öffentlich zugänglich sind, kann es sein, dass sie ihren wirtschaftlich sensiblen Charakter verloren haben. Der Austausch echter öffentlicher Informationen dürfte kaum einen Verstoß gegen Artikel 101 darstellen²²⁰. Die Tatsache, dass es sich um echte öffentliche Informationen handelt, kann die Wahrscheinlichkeit eines Kollusionsergebnisses auf dem Markt allerdings so weit reduzieren, dass nicht am Informationsaustausch beteiligte Unternehmen,

notwendig, dass sich die Informationen unmittelbar auf die Preise beziehen. Der Austausch von Informationen, die ein entscheidendes Element des vom Endverbraucher zu zahlenden Preises darstellen, kann ebenfalls eine bezweckte Beschränkung darstellen. Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 4. Juni 2009, T-Mobile Netherlands u. a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 37.

²¹² Urteil des Gerichts vom 8. Juli 2020, Infineon Technologies/Kommission, T-758/14 RENV, noch nicht veröffentlicht, ECLI:EU:T:2020:307, Rn. 85 und 96; Urteil des Gerichts vom 15. Dezember 2016, Philips und Philips France/Kommission, T-762/14, ECLI:EU:T:2016:738, Rn. 104.

²¹³ Urteil des Gerichts vom 8. Juli 2020, Infineon Technologies/Kommission, T-758/14 RENV, noch nicht veröffentlicht, ECLI:EU:T:2020:307, Rn. 98.

²¹⁴ Urteil des Gerichts vom 9. September 2015, Samsung SDI u. a./Kommission, T-84/13, ECLI:EU:T:2015:611, Rn. 51.

²¹⁵ Urteil des Gerichts vom 8. Juli 2020, Infineon Technologies/Kommission, T-758/14 RENV, noch nicht veröffentlicht, ECLI:EU:T:2020:307, Rn. 96.

²¹⁶ Urteil des Gerichts vom 8. Juli 2020, Infineon Technologies/Kommission, T-758/14 RENV, noch nicht veröffentlicht, ECLI:EU:T:2020:307, Rn. 70.

²¹⁷ Beschluss der Kommission vom 8. Juli 2021 im Fall AT.40178, Pkw-Emissionen, Erwägungsgründe 84, 107 und 124–126.

²¹⁸ Beschluss der Kommission vom 20. Mai 2021 in der Sache AT.40324, Europäische Staatsanleihen, Erwägungsgrund 94.

²¹⁹ Dabei ist nicht ausgeschlossen, dass Kunden eine kostengünstige Datenbank angeboten wird, wobei diese selbst Daten beigesteuert haben und ihnen dadurch Kosten entstanden sein dürften.

²²⁰ Vgl. Urteil des Gerichts vom 30. September 2003, Atlantic Container Line u. a./Kommission, T-191/98, T-212/98 bis T-214/98, Slg. 2003 II-03275, ECLI:EU:T:2003:245, Rn. 1154. Dies trifft nicht zu, wenn der Informationsaustausch einem Kartell dient.

potenzielle Wettbewerber und Kunden in der Lage sind, die potenziellen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen in Grenzen zu halten²²¹.

426. Informationen sind nur dann echte öffentliche Informationen, wenn ihre Beschaffung für Kunden und Unternehmen, die sich nicht am Austausch beteiligen, nicht teurer ist als für die Unternehmen, die die Informationen austauschen. Die Wettbewerber würden sich in der Regel nicht dafür entscheiden, Informationen auszutauschen, die sie ebenso leicht auf dem Markt beschaffen können, und daher ist es in der Praxis unwahrscheinlich, dass echte öffentliche Informationen ausgetauscht werden. Selbst wenn die zwischen Wettbewerbern ausgetauschten Informationen als „öffentlich“ angesehen werden, sind sie dagegen nicht echt öffentlich, wenn die mit der Erhebung der Informationen verbundenen Kosten andere Unternehmen und Kunden von der Erhebung abhalten²²². Die Möglichkeit, die Informationen auf dem Markt zu beschaffen, z. B. bei den Kunden, bedeutet nicht zwangsläufig, dass diese Informationen Marktdaten darstellen, die für die Wettbewerber leicht zugänglich sind²²³.

Ein typisches Beispiel für eine echte öffentliche Information ist die Werbung von Tankstellen für ihre aktuellen Preise, die sowohl für Verbraucher als auch für Wettbewerber in der Nähe gelten. Liegt keine wettbewerbswidrige Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise vor, kommt eine solche Werbung den Verbrauchern zugute, da sie den Vergleich zwischen den Tankstellen erleichtert, bevor sie ihr Auto betanken, selbst wenn die Werbung es den Wettbewerbern ermöglicht, sich über die Preise ihrer nahe gelegenen Konkurrenten zu informieren.

Würden die Tankstellenbesitzer den Austausch von Informationen zum Realtime-Pricing nur untereinander aufnehmen, würde die Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1 wahrscheinlich anders ausfallen. Bei den durch die Besitzer ausgetauschten Preisdaten handelt es sich nicht um echte öffentliche Informationen, weil beträchtliche Zeit- und Transportkosten aufgebracht werden müssten, um dieselben Informationen auf andere Weise zu erhalten. In der Tat müsste man ständig unterwegs sein, um die auf den Anzeigetafeln der über das ganze Land verteilten Tankstellen ausgewiesenen Preise zu ermitteln. Die Kosten hierfür können theoretisch jedoch hoch sein, sodass die Information im Grunde nur durch den Informationsaustausch beschafft werden kann. Außerdem ist der Austausch systematisch und deckt den gesamten relevanten Markt ab, auf dem es nur wenige Wettbewerber gibt und neue Marktteilnehmer unwahrscheinlich sind. Der Austausch wird wahrscheinlich ein Klima gegenseitiger Sicherheit zwischen den Wettbewerbern in Bezug auf ihre Preispolitik schaffen und damit wahrscheinlich ein Kollusionsergebnis begünstigen.

²²¹ Um feststellen zu können, ob nicht am Informationsaustausch Beteiligte die aufgrund der Koordination erwarteten Ergebnisse gefährden könnten, ist es wichtig, etwaige Marktzutrittsschranken und die ausgleichende „Nachfragemacht“ auf dem Markt zu untersuchen. Erhöhte Transparenz gegenüber den Kunden kann die Wahrscheinlichkeit eines Kollusionsergebnisses entweder verringern oder erhöhen, weil sich Abweichungen angesichts einer höheren Preiselastizität der Nachfrage zwar eher lohnen, die Vergeltungsmaßnahmen aber auch härter ausfallen.

²²² Die Tatsache, dass die an dem Austausch beteiligten Parteien die Daten vorab öffentlich bekannt gegeben haben (z. B. in einer Tageszeitung oder auf ihrer Website), bedeutet im Übrigen nicht unbedingt, dass ein anschließender nicht öffentlicher Datenaustausch nicht gegen Artikel 101 Absatz 1 verstoßen würde.

²²³ Vgl. Urteil des Gerichts vom 12. Juli 2001, Tate & Lyle u. a./Kommission, T-202/98, T-204/98 und T-207/98, Slg. 2001 II-02035, ECLI:EU:T:2001:185, Rn. 60.

427. Selbst wenn die Informationen öffentlich zugänglich sind (zum Beispiel von Regulierungsbehörden veröffentlichte Informationen), könnte ein zusätzlicher Informationsaustausch zwischen den Wettbewerbern den Wettbewerb beschränken, wenn dadurch die Ungewissheit auf dem Markt verringert wird. In diesem Fall könnte es die über den Informationsaustausch erhaltene marginale Zusatzinformation sein, die auf dem Markt den Ausschlag dafür gibt, dass es zu einem Kollusionsergebnis kommt.

In einem bestimmten Sektor kann es zum Beispiel allgemein bekannt sein, dass die Kosten für Lieferungen steigen. Bei bilateralen Sitzungen oder bei Sitzungen des zuständigen Berufsverbands kann dieses Phänomen von den Teilnehmern zur Sprache gebracht werden. Die Wettbewerber können sich zwar auf die steigenden Lieferkosten berufen – da diese öffentlich bekannt sind –, sie können die steigenden Kosten jedoch nicht gemeinsam bewerten, wenn dies die Unsicherheit über das künftige oder jüngste Vorgehen eines einzelnen Wettbewerbers auf dem Markt verringert²²⁴. Ein Wettbewerber muss selbstständig entscheiden, welche Politik er auf dem Binnenmarkt zu verfolgen gedenkt. Dies bedeutet, dass jeder Wettbewerber für sich entscheiden muss, wie er auf die steigenden Lieferkosten reagieren wird.

6.2.3.3. Aggregierte/individualisierte Informationen und Daten

428. Ob es sich bei einer Information um sensible Geschäftsinformationen handelt, hängt auch davon ab, welchen Nutzen sie für die Wettbewerber hat. Den Umständen entsprechend kann der Austausch von Rohdaten wirtschaftlich weniger sensibel sein als der Austausch von Daten, die bereits zu aussagekräftigen Informationen vorverarbeitet wurden. Ebenso sind Rohdaten möglicherweise wirtschaftlich weniger sensibel als aggregierte Daten, wobei die Unternehmen durch den Austausch dieser Daten möglicherweise Effizienzgewinne erzielen können. Gleichzeitig ist es sehr viel weniger wahrscheinlich, dass der Austausch echter aggregierter Informationen, bei denen Rückschlüsse auf individuelle Informationen auf Unternehmensebene hinreichend schwierig oder unsicher sind, zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt als der Austausch unternehmensspezifischer Informationen.
429. Die Sammlung und Veröffentlichung von aggregierten Marktinformationen (wie Verkaufsdaten, Daten über Kapazitäten, Kosten von Vorleistungen und Komponenten) durch einen Berufsverband oder ein Marktforschungsunternehmen kann sowohl für die Wettbewerber als auch für die Kunden von Vorteil sein, da sie Kosten sparen und sich ein klareres Gesamtbild von der Wirtschaftslage eines Sektors machen können. Eine solche Informationssammlung und -veröffentlichung kann es einzelnen Wettbewerbern ermöglichen, besser informierte Entscheidungen zu treffen, um ihre individuelle Wettbewerbsstrategie effizient an die Marktbedingungen anzupassen. Generell ist es unwahrscheinlich, dass der Austausch aggregierter Informationen zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt, es sei denn, er findet zwischen einer relativ kleinen Anzahl von Unternehmen mit einem ausreichend großen Marktanteil statt. Umgekehrt kann der Austausch individueller Informationen ein gemeinsames Verständnis des Marktes und der Bestrafungsstrategien erleichtern, indem er den koordinierenden Unternehmen die Möglichkeit gibt, abweichende Unternehmen oder neue Marktteilnehmer besser zu identifizieren. Dennoch kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch der Austausch

²²⁴ Vgl. z. B. Urteil des Gerichts vom 14. März 2013, Dole Food Company und Dole Germany/Kommission, T-588/08, ECLI:EU:T:2013:130, Rn. 291–295.

aggregierter Informationen und Daten auf Märkten mit besonderen Merkmalen ein Kollusionsergebnis begünstigen kann. So können Mitglieder eines sehr engen, stabilen Oligopols, die aggregierte Informationen austauschen und feststellen, dass der Marktpreis unter ein bestimmtes Niveau fällt, automatisch davon ausgehen, dass ein Unternehmen vom Kollusionsergebnis abgewichen ist, und können auf dem gesamten Markt Vergeltungsmaßnahmen auslösen. Mit anderen Worten: Um eine Kollusion stabil zu halten, müssen Unternehmen eines sehr engen, stabilen Oligopols nicht immer wissen, wer abgewichen ist; es mag ausreichen, zu wissen, dass „jemand“ abgewichen ist.

6.2.3.4. Das Informationszeitalter

430. In vielen Branchen werden Informationen relativ schnell historisch und verlieren damit ihren wirtschaftlich sensiblen Charakter. Der Austausch historischer Information wird kaum zu einem Kollusionsergebnis führen, da diese Daten wahrscheinlich keinen Aufschluss über das beabsichtigte Verhalten der Wettbewerber geben und nicht zu einem gemeinsamen Verständnis des Marktes führen²²⁵. Grundsätzlich gilt: Je älter die Informationen sind, desto weniger nützlich sind sie für die rechtzeitige Aufdeckung von Abweichungen und damit als glaubwürdige Drohung mit sofortigen Vergeltungsmaßnahmen²²⁶. Dies erfordert jedoch eine Einzelfallprüfung der Relevanz der Informationen²²⁷.
431. Ob es sich um historische Informationen handelt, hängt von den spezifischen Merkmalen des relevanten Marktes, der Häufigkeit von Kauf- und Verkaufsverhandlungen in der Branche und dem Alter der Informationen ab, auf die man sich in der Branche bei Geschäftsentscheidungen üblicherweise verlässt. So können Informationen als historisch gelten, wenn sie um ein Mehrfaches älter sind als die durchschnittliche Dauer der Preisbildungszyklen oder der Verträge in der Branche, sofern letztere Aufschluss über Preisneuverhandlungen geben. Andererseits kann der Austausch aktueller Informationen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, insbesondere wenn dieser Austausch dazu dient, die Transparenz zwischen den Unternehmen und nicht gegenüber den Verbrauchern künstlich zu erhöhen.

Wenn Unternehmen beispielsweise in der Regel auf Daten über die Verbraucherpräferenzen (Käufe oder andere Entscheidungen) des Vorjahres angewiesen sind, um die strategischen Geschäftsentscheidungen ihrer Marken zu optimieren, sind Informationen, die diesen Zeitraum abdecken, im Allgemeinen wirtschaftlich sensibler als ältere Daten. Die Informationen des Vorjahres werden dann nicht als „historisch“ betrachtet.

²²⁵ Die Erhebung historischer Daten kann auch für den Beitrag eines Branchenverbands zur Überprüfung der staatlichen Politik bestimmt sein.

²²⁶ So vertrat die Kommission in der Vergangenheit die Auffassung, dass der Austausch individueller Daten, die älter sind als ein Jahr, als Austausch historischer Daten und somit als nicht wettbewerbsbeschränkend im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 anzusehen ist, während Informationen, die weniger als ein Jahr alt sind, als „jung“ erachtet wurden; Entscheidung der Kommission in der Sache IV/31.370, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, Erwägungsgrund 50; Entscheidung der Kommission in der Sache IV/36.069, Wirtschaftsvereinigung Stahl (ABl. L 1 vom 3.1.1998, S. 10, Erwägungsgrund 17).

²²⁷ Im Urteil des Gerichts vom 12. Juli 2019, Sony und Sony Electronics/Kommission, T-762/15, ECLI:EU:T:2019:515, Rn. 127, vertrat das Gericht die Auffassung, dass die Kenntnis früherer Auktionsergebnisse unter den gegebenen Umständen für die Wettbewerber sowohl zu Überwachungszwecken als auch im Hinblick auf künftige Aufträge von großer Bedeutung ist.

6.2.4. Merkmale des Austauschs

6.2.4.1. Einseitige Offenlegungen

432. Eine abgestimmte Verhaltensweise kann vorliegen, wenn nur ein Unternehmen gegenüber einem oder mehr Wettbewerbern sensible Geschäftsinformationen offenlegt und dieser bzw. diese dies akzeptiert bzw. akzeptieren²²⁸. Eine solche Offenlegung könnte z. B. durch Beiträge auf Websites, in (Chat-)Nachrichten, E-Mails, Telefongesprächen, durch Eingaben in ein gemeinsames algorithmisches Tool, bei Sitzungen usw. erfolgen. Dabei ist es unerheblich, ob nur ein Unternehmen seine Wettbewerber einseitig über das beabsichtigte Marktverhalten informiert oder ob alle beteiligten Unternehmen sich gegenseitig von ihren jeweiligen Erwägungen und Absichten unterrichten. Wenn nur ein einziges Unternehmen seinen Wettbewerbern sensible Geschäftsinformationen über seine künftige Geschäftspolitik preisgibt, verringert sich dadurch für alle Wettbewerber die Ungewissheit über das künftige Marktgeschehen und es entsteht die Gefahr einer Verringerung des Wettbewerbs und eines kollusiven Verhaltens unter ihnen²²⁹.

So ist es wahrscheinlich, dass die Teilnahme an einer Sitzung²³⁰, in der ein Unternehmen seine Preispläne gegenüber seinen Wettbewerbern offenlegt, auch dann unter Artikel 101 Absatz 1 fällt, wenn nicht ausdrücklich eine Preiserhöhung vereinbart wird²³¹. Auch die Einführung einer Preisregel in einem gemeinsam genutzten algorithmischen Tool (z. B. der niedrigste Preis auf der/den betreffenden Online-Plattform(en) oder in den Geschäften +5 % oder der Preis eines Wettbewerbers -5 %) dürfte unter Artikel 101 Absatz 1 fallen, selbst wenn keine ausdrückliche Vereinbarung über die Angleichung künftiger Preise vorliegt.

Andererseits bedeutet der Versand einer E-Mail-Nachricht an persönliche Postfächer an sich nicht, dass die Empfänger vom Inhalt dieser Nachricht hätten Kenntnis haben müssen²³². Es kann in Anbetracht anderer objektiver und übereinstimmender Indizien die Vermutung rechtfertigen, dass die Empfänger von dem Inhalt Kenntnis hatten, diese Empfänger müssen allerdings noch die Möglichkeit haben, diese Vermutung zu widerlegen²³³.

433. Erhält ein Unternehmen sensible Geschäftsinformationen von einem Wettbewerber (in einer Sitzung, per Telefon, elektronisch oder als Eintrag in einem algorithmischen Tool), wird davon ausgegangen, dass es die Informationen zur Kenntnis nimmt und sein Marktverhalten entsprechend anpasst, es sei denn, es erklärt ausdrücklich, dass

²²⁸ Vgl. Urteil des Gerichts vom 15. März 2000, Cimenteries CBR/Kommission, T-25/95 u. a., Slg. 2000 II-00491, ECLI:EU:T:2000:77, Rn. 1849.

²²⁹ Vgl. Stellungnahme des Generalanwalts Kokott vom 19. Februar 2009, T-Mobile Netherlands u. a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:110, Rn. 54.

²³⁰ Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 4. Juni 2009, T-Mobile Netherlands u. a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 59.

²³¹ Vgl. Urteil des Gerichts vom 12. Juli 2001, Tate & Lyle u. a./Kommission, T-202/98, T-204/98 und T-207/98, Slg. 2001 II-02035, ECLI:EU:T:2001:185, Rn. 54.

²³² Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 21. Januar 2016, Eturas u. a., C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, Rn. 39 und 40.

²³³ Im Urteil des Gerichtshofs vom 21. Januar 2016, Eturas u. a., C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, Rn. 41 hat der Gerichtshof Beispiele genannt, wie diese Vermutung widerlegt werden kann, indem der Empfänger nachweist, dass er die Nachricht nicht erhalten hat oder dass er den betreffenden Abschnitt nicht oder erst einige Zeit nach der Absendung eingesehen hat.

es solche Informationen nicht erhalten möchte²³⁴, oder es erstattet den Verwaltungsbehörden Bericht.

434. Handelt es sich um eine einseitige Bekanntmachung eines Unternehmens, die auch echt öffentlich ist, zum Beispiel durch einen Beitrag auf einer öffentlich zugänglichen Website, eine öffentliche Erklärung oder in einer Zeitung, liegt im Allgemeinen keine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 vor²³⁵. Je nach Sachverhalt, der dem vorliegenden Fall zugrunde liegt, kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt. Wie in Randnummer 426 erläutert, kann die Bereitstellung echter öffentlicher Informationen und Daten den Kunden helfen, fundierte Entscheidungen zu treffen. Diese Effizienzgewinne sind jedoch weniger wahrscheinlich, wenn sich die Informationen auf künftige Absichten beziehen, die möglicherweise nicht verwirklicht werden und das Unternehmen gegenüber seinen Kunden nicht binden²³⁶.

Eine einseitige öffentliche Ankündigung, die sich beispielsweise auf künftige Preisabsichten bezieht, bindet das Unternehmen, das die Ankündigung macht, nicht gegenüber seinen Kunden, kann aber wichtige Signale über die beabsichtigte Marktstrategie eines Unternehmens an seine Wettbewerber aussenden. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die Informationen hinreichend spezifisch sind. Solche Ankündigungen bringen daher in der Regel keine Effizienzgewinne für die Verbraucher, sondern können Kollusionen erleichtern.

Einseitige öffentliche Bekanntmachungen können ferner ein Hinweis auf eine zugrunde liegende wettbewerbswidrige Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise sein. Auf einem Markt, auf dem nur wenige Wettbewerber vertreten sind und hohe Marktzutrittsschranken bestehen, können Unternehmen, die kontinuierlich Informationen ohne erkennbaren Nutzen für die Verbraucher veröffentlichen (z. B. Informationen über FuE-Kosten, Kosten für die Anpassung an Umweltauflagen usw.), in Ermangelung einer anderen plausiblen Erklärung einen Verstoß gegen Artikel 101 Absatz 1 begehen. Die einseitigen öffentlichen Bekanntmachungen können zur Umsetzung oder Überwachung ihrer Kollusionsvereinbarungen genutzt werden. Ob ein solcher Verstoß tatsächlich festgestellt wird, hängt von der Gesamtheit der verfügbaren Beweise ab.

- 6.2.4.2. Indirekter Informationsaustausch und Austausch von Informationen in gemischten vertikalen/horizontalen Beziehungen

435. Der Austausch wirtschaftlich sensibler Informationen zwischen Wettbewerbern kann über einen Dritten (z. B. einen Drittanbieter von Dienstleistungen, einschließlich einer Plattform oder eines Drittanbieters von Optimierungsinstrumenten), eine gemeinsame Stelle (z. B. eine Handelsorganisation), über einen ihrer Anbieter oder

²³⁴ Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 21. Januar 2016, Eturas u. a., C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, Rn. 48; Urteil des Gerichtshofs vom 8. Juli 1999, Hüls/Kommission, C-199/92 P, ECLI:EU:C:1999:358, Rn. 162; Urteil des Gerichtshofs vom 8. Juli 1999, Kommission/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356, Rn. 121.

²³⁵ Vgl. Urteil des Gerichts vom 5. Oktober 2020, Casino, Guichard-Perrachon und AMC/Kommission, T-249/17, noch nicht veröffentlicht, ECLI:EU:T:2020:458, Rn. 263–267.

²³⁶ Vgl. z. B. Beschluss der Kommission vom 7. Juli 2016, Fall AT.39850, Container Shipping, Erwägungsgründe 40–43.

Kunden²³⁷ oder über einen gemeinsamen Algorithmus (zusammen im Folgenden „Dritter“) erfolgen. Die größten wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen darin, dass der Austausch die Ungewissheit über die Handlungen der Wettbewerber verringern und somit zu einem Kollusionsergebnis auf dem Markt führen könnte. Die Kollusion wird in solchen Fällen entweder durch den Dritten erleichtert oder durchgeführt. Je nach Sachverhalt können sowohl die Wettbewerber als auch der Dritte für solche Kollusionen haftbar gemacht werden. Der Wortlaut des Artikels 101 Absatz 1 enthält keinen Anhaltspunkt dafür, dass das Verbot dieser Vorschrift nur die Parteien von Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen betrifft, die auf den davon betroffenen Märkten tätig sind²³⁸.

436. Im Falle eines indirekten Austauschs sensibler Geschäftsinformationen ist eine Einzelfallanalyse der Rolle jedes Beteiligten erforderlich, um festzustellen, ob der Austausch eine wettbewerbswidrige Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise darstellt und wer für die Kollusion haftet. Bei dieser Bewertung muss insbesondere berücksichtigt werden, inwieweit die Anbieter oder Empfänger der Informationen über den Austausch zwischen anderen Empfängern oder Anbietern von Informationen und dem Dritten informiert sind.

Es können mehrere Umstände unterschieden werden:

Bestimmte indirekte Informationsaustausche werden als „Hub-and-Spoke“-Vereinbarungen bezeichnet. In solchen Fällen fungiert ein gemeinsamer Anbieter oder Hersteller als Drehscheibe, um Informationen an verschiedene Einzelhändler weiterzuleiten; es kann aber auch sein, dass ein Einzelhändler die Koordination zwischen mehreren Anbietern oder Herstellern ermöglicht. Eine Online-Plattform kann ebenfalls als Drehscheibe fungieren, wenn sie wettbewerbswidrige Praktiken unter den Nutzern ihrer Plattformdienste ermöglicht, koordiniert oder durchführt.

Online-Plattformen können zum Beispiel den Informationsaustausch zwischen Plattformnutzern ermöglichen, um bestimmte Gewinnspannen oder Preisniveaus zu sichern. Plattformen können ferner genutzt werden, um dem System Betriebsbeschränkungen aufzuerlegen, die verhindern, dass Plattformnutzer den Endkunden niedrigere Preise oder andere Vorteile anbieten. Ein weiterer indirekter Informationsaustausch kann darin bestehen, dass sich (potenzielle) Wettbewerber auf einen gemeinsamen Optimierungsalgorithmus stützen, der Geschäftsentscheidungen auf der Grundlage sensibler Geschäftsinformationen von verschiedenen Wettbewerbern trifft, oder dass in den einschlägigen automatisierten Werkzeugen abgestimmte/koordinierte Optimierungsfunktionen oder -mechanismen implementiert sind. Während die Verwendung öffentlich zugänglicher Daten zur Einspeisung in algorithmische Software legal ist, könnte die Zusammenführung sensibler Informationen in einem Preisbildungsinstrument, das von einem einzigen IT-Unternehmen angeboten wird und zu dem mehrere Wettbewerber Zugang haben, einer horizontalen Kollusion gleichkommen.

²³⁷ Während die Vertikal-GVO und die entsprechenden Leitlinien Orientierungshilfen für die Prüfung von vertikalen Vertriebsvereinbarungen liefern, können vertikale Vertriebsvereinbarungen unter bestimmten Umständen für horizontale Kollusionen genutzt werden.

²³⁸ Urteil des Gerichts vom 10. November 2017, Icap u. a./Kommission, T-180/15, ECLI:EU:T:2017:795, Rn. 103; Urteil vom 22. Oktober 2015, AC-Treuhand/Kommission, C-194/14 P, ECLI:EU:C:2015:717, Rn. 27 und 34-35.

Eine gemeinsame Stelle, wie z. B. ein Wirtschaftsverband, kann auch den Austausch zwischen seinen Mitgliedern erleichtern.

437. Ein Unternehmen, das indirekt sensible Geschäftsinformationen erhält oder weitergibt, kann für einen Verstoß gegen Artikel 101 Absatz 1 haftbar gemacht werden. Dies kann der Fall sein, wenn das Unternehmen, das die Informationen erhalten oder weitergegeben hat, sich der wettbewerbswidrigen Ziele seiner Wettbewerber und des Dritten bewusst war und durch sein eigenes Verhalten zu diesen Zielen beitragen wollte. Dies wäre der Fall, wenn das Unternehmen ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat, dass der Drittanbieter diese Informationen an seine Wettbewerber weitergibt, oder wenn es beabsichtigt, über den Dritten sensible Geschäftsinformationen an seine Wettbewerber weiterzugeben. Die Bedingung wäre ebenfalls erfüllt, wenn das Unternehmen, das die Informationen erhält oder weitergibt, vernünftigerweise vorhersehen konnte, dass der Dritte seine Geschäftsinformationen an seine Wettbewerber weitergeben würde, und wenn es bereit war, das damit verbundene Risiko einzugehen. Andererseits ist die Bedingung nicht erfüllt, wenn der Dritte sensible Geschäftsinformationen eines Unternehmens verwendet und ohne dieses Unternehmen zu informieren, an seine Wettbewerber weitergegeben hat²³⁹.
438. Ebenso kann ein Dritter, der sensible Geschäftsinformationen weitergibt, für eine solche Zuwiderhandlung haftbar gemacht werden, wenn er mit seinem Verhalten zu den gemeinsamen Zielen aller an der Vereinbarung Beteiligten beitragen wollte und Kenntnis von dem tatsächlichen Verhalten hatte, das von anderen Unternehmen in Verfolgung derselben Ziele geplant oder durchgeführt wurde, oder dies vernünftigerweise hätte vorhersehen können und bereit war, das Risiko einzugehen²⁴⁰.

6.2.4.3. Häufigkeit des Informationsaustauschs

439. Häufiger Informationsaustausch, der sowohl eine bessere Kenntnis des Marktes als auch die Überwachung von Abweichungen ermöglicht, erhöht die Gefahr eines Kollusionsergebnisses. Auf instabilen Märkten kann ein häufigerer Informationsaustausch als auf stabilen Märkten nötig sein, damit ein Kollusionsergebnis begünstigt wird. Auf Märkten mit langen Vertragslaufzeiten (die ein Anhaltspunkt für seltene Ein- und Verkaufsverhandlungen sind) könnte deshalb schon ein weniger häufiger Informationsaustausch für ein Kollusionsergebnis ausreichen. Dagegen reicht ein weniger häufiger Informationsaustausch auf Märkten, auf denen die Verträge kurze Laufzeiten haben und auf häufige Neuverhandlungen schließen lassen, möglicherweise nicht für ein Kollusionsergebnis aus²⁴¹. Die Häufigkeit mit der Informationen ausgetauscht werden müssen, um ein Kollusionsergebnis zu begünstigen, hängt in der Regel auch von der Art, dem Alter und der Aggregation dieser Informationen ab²⁴². Angesichts der zunehmenden

²³⁹ Urteil des Gerichtshofs vom 21. Juli 2016, VM Remonts u. a., C-542/14, ECLI:EU:C:2016:578, Rn. 30; Urteil des Gerichtshofs vom 22. Oktober 2015, AC-Treuhand/Kommission, C-194/14 P, ECLI:EU:C:2015:717, Rn. 30.

²⁴⁰ Urteil des Gerichts vom 10. November 2017, Icap u. a./Kommission, T-180/15, ECLI:EU:T:2017:795, Rn. 100.

²⁴¹ So könnten beispielsweise sporadische Verträge die Wahrscheinlichkeit von Vergeltungsmaßnahmen verringern.

²⁴² Je nach Struktur des Marktes und Gesamtkontext des Austauschs kann nicht ausgeschlossen werden, dass schon ein einziger Informationsaustausch grundsätzlich ausreicht, um den Unternehmen eine

Bedeutung von Echtzeitdaten für die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen wird der größte Wettbewerbsvorteil durch den automatisierten Informationsaustausch in Echtzeit erzielt.

6.2.4.4. Maßnahmen zur Beschränkung und/oder Kontrolle der Datenverwendung

440. Unternehmen, die Informationen austauschen wollen (oder müssen), können Maßnahmen ergreifen, um den Zugang zu Informationen zu beschränken und/oder zu kontrollieren, wie die Informationen verwendet werden²⁴³. Solche Maßnahmen können verhindern, dass sensible Geschäftsinformationen das Verhalten eines Wettbewerbers beeinflussen können.

Unternehmen können zum Beispiel „Clean Teams“ einsetzen, um Informationen zu erhalten und zu verarbeiten. Ein „Clean Team“ ist im Allgemeinen eine begrenzte Gruppe von Personen aus einem Unternehmen, die nicht in das Tagesgeschäft eingebunden und an strenge Vertraulichkeitsprotokolle in Bezug auf sensible Geschäftsinformationen gebunden ist. Ein „Clean Team“ kann beispielsweise bei der Umsetzung einer anderen Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit eingesetzt werden, um sicherzustellen, dass die für die Zwecke dieser Zusammenarbeit bereitgestellten Informationen nach dem Grundsatz „Kenntnis nur, wenn nötig“ und in aggregierter Form bereitgestellt werden.

Die Teilnehmer an einem Datenpool sollten grundsätzlich nur Zugang zu ihren eigenen Informationen und zu den endgültigen, aggregierten Informationen der anderen Teilnehmer haben. Technische und praktische Maßnahmen können sicherstellen, dass ein Teilnehmer nicht in der Lage ist, sensible Geschäftsinformationen von anderen Teilnehmern zu erhalten. Die Verwaltung eines Datenpools kann beispielsweise einem unabhängigen Dritten übertragen werden, der strengen Vertraulichkeitsregeln in Bezug auf die von den Teilnehmern des Datenpools erhaltenen Informationen unterliegt. Diejenigen, die einen Datenpool verwalten, sollten ferner sicherstellen, dass nur Informationen gesammelt werden, die für die Umsetzung des rechtmäßigen Zwecks des Datenpools erforderlich sind.

6.2.4.5. Informationsfreiheit und Datensammlung

441. In Fällen, in denen die ausgetauschten Informationen von strategischer Bedeutung für den Wettbewerb sind und einen erheblichen Teil des relevanten Marktes abdecken, aber keine Gefahr einer Kollusion besteht, sind die Bedingungen für den Zugang zu diesen Informationen ein wichtiges Element für die Bewertung möglicher Abschottungseffekte. Der Austausch solcher strategischer Informationen ist nur dann zulässig, wenn die Informationen allen auf dem betreffenden Markt tätigen Unternehmen in nichtdiskriminierender Weise zugänglich gemacht werden. Wäre diese Zugänglichkeit nicht gewährleistet, würden einige Wettbewerber benachteiligt, da sie über weniger Informationen verfügen würden, was auch den Markteintritt neuer Anbieter erschweren würde²⁴⁴.

Abstimmung ihres Marktverhaltens zu ermöglichen; vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 4. Juni 2009, T-Mobile Netherlands u. a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 59.

²⁴³ Solche Verpflichtungen können sich bereits aus der Datenschutz-Grundverordnung (ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1) ergeben, wenn personenbezogene Daten Teil des Austauschs sind.

²⁴⁴ Urteil des Gerichtshofs vom 23. November 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 60.

442. Dies kann insbesondere bei Initiativen zur gemeinsamen Nutzung von Daten der Fall sein, wenn die in einem Datenpool gemeinsam genutzten Daten einen großen Teil des Marktes repräsentieren. Wenn die gemeinsam genutzten Daten ein wertvolles Gut für den Wettbewerb auf dem Markt darstellen, könnten Konkurrenten, denen der Zugang verweigert (oder nur zu weniger günstigen Bedingungen gewährt) wird, vom Markt abgeschottet werden. Die Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1 hängt unter anderem von der Art der gemeinsam genutzten Daten, den Bedingungen der Vereinbarung über die gemeinsame Nutzung von Daten und den Zugangsvoraussetzungen sowie von der Marktstellung der betreffenden Parteien ab. Unter der Annahme, dass der Datenpool nicht zu einem Kollusionsergebnis führen kann, würde eine Form der offenen Mitgliedschaft oder des offenen Zugangs zum Datenpool das Risiko einer wettbewerbswidrigen Marktabstottung begrenzen. Bei der Bewertung sollte berücksichtigt werden, dass die Verweigerung des Zugangs zu einem Datenpool erhebliche Abschottungseffekte haben kann, insbesondere bei einem hohen Grad an Markt- und Datenkonzentration und wenn die im Pool gesammelten Daten einen bedeutenden Wettbewerbsvorteil bei der Bedienung nicht nur des relevanten Marktes, sondern auch benachbarter Märkte darstellen.

6.2.5. Marktmerkmale

443. Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Informationsaustausch zu Kollusion oder Marktabstottung führt, hängt von den Marktmerkmalen ab. Auch der Austausch können diese Marktmerkmale beeinflussen. Zu den relevanten Marktmerkmalen gehören unter anderem der Grad der Transparenz eines Marktes, die Anzahl der vorhandenen Unternehmen, das Vorhandensein von Marktzutrittsschranken, die Homogenität des vom Austausch betroffenen Produkts oder der Dienstleistung, die Homogenität der beteiligten Unternehmen²⁴⁵ und die Stabilität der Nachfrage- und Angebotsbedingungen auf dem Markt²⁴⁶.
444. Auf einem Markt, auf dem nur wenige Unternehmen vertreten sind, ist es einfacher, sich auf die Bedingungen der Koordinierung zu verständigen und Abweichungen zu überwachen. Bei einer hochgradigen Konzentration des Markt kann der Austausch bestimmter Informationen je nach Art der ausgetauschten Informationen geeignet sein, den Unternehmen Aufschluss über Position und Geschäftsstrategie ihrer Mitbewerber auf dem Markt zu geben, wodurch der Wettbewerb auf diesem Markt verfälscht und die Wahrscheinlichkeit eines kollusiven Zusammenwirkens erhöht oder ein solches erleichtert werden könnte. Ist dagegen ein Markt zersplittert, können die Verbreitung und der Austausch von Informationen unter Wettbewerbern neutrale oder sogar positive Wirkung für die Wettbewerbssituation des Marktes haben²⁴⁷.
445. Ein sehr transparenter Markt kann eine Kollusion erleichtern, denn er ermöglicht es den Unternehmen, sich über die Koordinierungsmodalitäten zu verständigen und die innere und äußere Stabilität der Kollusion zu erhöhen²⁴⁸.

²⁴⁵ Wenn Unternehmen in Bezug auf Kosten, Nachfrage, Marktanteile, Produktpalette, Kapazitäten usw. homogen sind, ist es eher wahrscheinlich, dass sie sich auf Koordinierungsmodalitäten verständigen, weil ihre Anreize stärker aufeinander abgestimmt sind.

²⁴⁶ Es werden nicht alle relevanten Eigenschaften genannt. Es kann durchaus noch andere Markteigenschaften geben, die für bestimmte Formen des Informationsaustauschs von Bedeutung sind.

²⁴⁷ Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 23. November 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 58 und die dort angeführte Rechtsprechung.

²⁴⁸ Vgl. ferner Randnummer 452.

446. Kollusionsergebnisse sind ferner wahrscheinlicher, wenn die Nachfrage- und Angebotsbedingungen auf dem Markt relativ stabil sind²⁴⁹. Eine schwankende Nachfrage, ein erhebliches internes Wachstum einiger Unternehmen auf dem Markt oder der häufige Eintritt neuer Unternehmen können darauf hindeuten, dass die derzeitige Situation nicht stabil genug ist, um eine Koordinierung wahrscheinlich zu machen²⁵⁰, oder dass ein häufigerer Austausch erforderlich ist, um Auswirkungen auf den Wettbewerb zu haben.
447. Außerdem könnte auf Märkten, auf denen Innovation von Bedeutung ist, eine Koordinierung schwieriger zu erreichen sein, weil besonders wichtige Innovationen einem Unternehmen erhebliche Vorteile gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen könnten. Damit ein Kollusionsergebnis Bestand haben kann, sollten ausgeschlossen sein, dass die Reaktionen von Außenstehenden (zum Beispiel derzeitigen und potenziellen, nicht an der Koordinierung beteiligten Wettbewerbern 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.

6.2.6. *Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung*

448. Ein Informationsaustausch wird als bezweckte Beschränkung angesehen, wenn es sich um sensible Geschäftsinformationen handelt und der Austausch geeignet ist, Unsicherheiten zwischen den Teilnehmern hinsichtlich des Zeitpunkts, des Umfangs und der Einzelheiten der von den beteiligten Unternehmen in ihrem Marktverhalten geplanten Änderungen zu beseitigen²⁵¹. Bei der Prüfung des wettbewerbsbeschränkenden Zwecks eines Informationsaustauschs stellt die Kommission insbesondere ab auf den Inhalt, die Ziele und den rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang, in dem er stattfindet²⁵². Im Rahmen der Beurteilung dieses Zusammenhangs sind auch die Art der betroffenen Waren und Dienstleistungen, die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte zu berücksichtigen²⁵³.
449. Aus den in Randnummer 424 angeführten Beispielen geht hervor, dass kein direkter Zusammenhang zwischen den ausgetauschten Informationen und den Verbraucherpreisen bestehen muss, damit der Austausch eine bezweckte

²⁴⁹ Vgl. Urteil des Gerichts vom 27. Oktober 1994, Deere/Kommission, T-35/92, ECLI:EU:T:1994:259, Rn. 78.

²⁵⁰ Vgl. Entscheidung der Kommission in den Sachen IV/31.370 und 31.446, UK Agricultural Tractor Registration Exchange (ABl. L 68 vom 13.3.1992, S. 19, Erwägungsgrund 51) und Urteil des Gerichts vom 27. Oktober 1994, Deere/Kommission, T-35/92, ECLI:EU:T:1994:259, Rn. 78.

²⁵¹ Urteil des Gerichts vom 8. Juli 2020, Infineon Technologies/Kommission, T-758/14 RENV, noch nicht veröffentlicht, ECLI:EU:T:2020:307, Rn. 100. Vgl. ferner: Urteil des Gerichtshofs vom 19. März 2015, Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, Rn. 122, und Urteil des Gerichtshofs vom 4. Juni 2009, T-Mobile Netherlands u. a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 41.

²⁵² Vgl. beispielsweise Urteil des Gerichtshofs vom 6. Oktober 2009, GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission u. a., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610, Rn. 58; Urteil des Gerichtshofs vom 20. November 2008, Beef Industry Development Society und Barry Brothers, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643, Rn. 15 ff.

²⁵³ Urteil des Gerichts vom 26. September 2018, Philips und Philips France/Kommission, C-98/17, ECLI:EU:C:2018:774, Rn. 35.

Beschränkung darstellt. Um festzustellen, ob ein bezweckter Verstoß vorliegt, ist das entscheidende Kriterium die Art der Kontakte, nicht ihre Häufigkeit²⁵⁴.

Beispiele hierfür sind: Eine Gruppe von Wettbewerbern befürchtet, dass ihre Produkte immer strengeren Umweltauflagen unterworfen werden könnten. Im Rahmen der gemeinsamen Lobby-Anstrengungen treffen sie sich regelmäßig und tauschen sich aus. Um einen gemeinsamen Standpunkt zu künftigen Legislativvorschlägen zu erreichen, tauschen sie bestimmte Informationen über die Umwelteigenschaften ihrer bestehenden Produkte aus. Solange es sich um historische Informationen handelt und die Unternehmen keine Kenntnis von den geplanten Marktstrategien ihrer Wettbewerber erhalten, stellt der Austausch keine Beschränkung im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 dar.

Sobald die Unternehmen jedoch damit beginnen, Informationen über die Entwicklung künftiger Produkte auszutauschen, besteht die Gefahr, dass dieser Austausch das Verhalten der Wettbewerber auf dem Markt beeinflusst. Dieser Austausch kann dazu führen, dass sich die Wettbewerber darauf verständigen, keine Produkte zu vermarkten, die umweltfreundlicher sind als gesetzlich vorgeschrieben. Eine solche Koordinierung wirkt sich auf das Verhalten der Parteien auf dem Markt aus und schränkt die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher und den Wettbewerb in Bezug auf die Produkteigenschaften ein. Dieser Sachverhalt wird daher als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung angesehen.

450. Ein Informationsaustausch kann als Kartell angesehen werden, wenn er darauf abzielt, das Wettbewerbsverhalten zu koordinieren oder die relevanten Wettbewerbsparameter auf dem Markt zwischen zwei oder mehr Wettbewerbern zu beeinflussen. Ein Informationsaustausch stellt ein Kartell dar, wenn es sich um eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise zwischen zwei oder mehr Wettbewerbern zwecks Abstimmung ihres Wettbewerbsverhaltens auf dem Markt oder Beeinflussung der relevanten Wettbewerbsparameter durch Verhaltensweisen handelt, wie unter anderem – aber nicht ausschließlich – die Festsetzung oder Koordinierung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen, auch im Zusammenhang mit den Rechten des geistigen Eigentums, die Aufteilung von Produktions- oder Absatzquoten, die Aufteilung von Märkten und Kunden einschließlich Angebotsabsprachen, Ein- und Ausfuhrbeschränkungen oder gegen andere Wettbewerber gerichtete wettbewerbschädigende Maßnahmen. Ein Informationsaustausch, der ein Kartell darstellt, verstößt nicht nur gegen Artikel 101 Absatz 1, sondern erfüllt höchstwahrscheinlich auch nicht die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3. 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 geprüft.

6.2.7. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen

451. Ein Informationsaustausch, der keine bezweckte Beschränkung darstellt, kann dennoch wettbewerbsbeschränkende *Auswirkungen* haben.

²⁵⁴ Urteil des Gerichts vom 7. November 2019, Campine und Campine Recycling/Kommission, T-240/17, ECLI:EU:T:2019:778, Rn. 308.

452. Wie in Randnummer 37 dargelegt, müssen die voraussichtlichen Auswirkungen eines Informationsaustauschs auf den Wettbewerb in jedem Einzelfall geprüft werden, da das Ergebnis der Prüfung von einer Reihe fallspezifischer Faktoren abhängt. Bei dieser Prüfung vergleicht die Kommission die tatsächlichen oder potenziellen Auswirkungen des Informationsaustauschs auf die derzeitige Marktlage mit der Situation, die ohne diesen spezifischen Informationsaustausch bestehen würde²⁵⁵. Ein Informationsaustausch hat dann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 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.
453. Für die Beurteilung möglicher wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen sind die Art der ausgetauschten Informationen (vgl. Abschnitt 6.2.3), die Merkmale des Austauschs (vgl. Abschnitt 6.2.4) und die Marktmerkmale (vgl. Abschnitt 6.2.5) von Bedeutung²⁵⁶.
454. Ein Informationsaustausch wird dann wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, wenn die an dem Austausch beteiligten Unternehmen einen hinreichend großen Teil des relevanten Marktes abdecken. Andernfalls könnten die nicht am Austausch beteiligten Unternehmen die beteiligten in ihrem wettbewerbswidrigen Verhalten disziplinieren.
455. Was ein „hinreichend großer Teil des relevanten Markts“ ist, lässt sich nicht theoretisch festlegen, sondern hängt von den konkreten Fakten jedes Einzelfalls und der Art des jeweiligen Austauschs ab. Findet ein Informationsaustausch im Rahmen einer anderen Art von Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit statt, so wird ein solcher Austausch, der nicht über das hinausgeht, was für seine Durchführung erforderlich ist, in der Regel keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen haben, wenn die Marktabdeckung unterhalb der Marktanteilsschwellenwerte liegt, die in dem entsprechenden Kapitel dieser Leitlinien, der einschlägigen Gruppenfreistellungsverordnung²⁵⁷ oder der *De-minimis-Bekanntmachung* für die betreffende Art von Vereinbarung²⁵⁸ festgelegt sind.
456. Die Wahrscheinlichkeit von wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen ist 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 von wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen ist also sowohl der Transparenzgrad vor dem Austausch als auch die Veränderung der Transparenz durch. Im Rahmen enger Oligopole wirkt sich der Informationsaustausch deutlich wettbewerbsbeschränkender aus als in weniger engen Oligopolen; auf stark fragmentierten Märkten hat er wahrscheinlich noch geringere wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen.

²⁵⁵ Urteil des Gerichtshofs vom 28. Mai 1998, *Deere/Kommission*, C-7/95 P, ECLI:EU:C:1998:256, Rn 76.

²⁵⁶ Urteil des Gerichtshofs vom 23. November 2006, *ASNEF-EQUIFAX*, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 54.

²⁵⁷ Für den Informationsaustausch im Kontext von FuE-Vereinbarungen gilt nach der FuE-GVO ein geschützter Bereich von 25 %, wenn er nicht das für die Durchführung der Vereinbarung erforderliche Maß überschreitet. Für die Spezialisierungs-GVO gilt ein geschützter Bereich von 20 %.

²⁵⁸ Vgl. Abschnitt 1.2.8.

6.3. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3

6.3.1. Effizienzgewinne²⁵⁹

457. Der Informationsaustausch kann je nach den Merkmalen des Marktes zu Effizienzgewinnen führen. Unternehmen können zum Beispiel effizienter werden, wenn sie ihre Leistung mit den bewährten Verfahren der Branche vergleichen. Der Informationsaustausch kann ferner zu einem widerstandsfähigen Markt beitragen, indem er die Unternehmen in die Lage versetzt, schneller auf Veränderungen bei Angebot und Nachfrage zu reagieren und interne und externe Risiken von Unterbrechungen der Lieferkette oder Schwachstellen abzumildern. Er kann sowohl den Verbrauchern als auch den Unternehmen zugutekommen, indem er Aufschluss über die relative Qualität von Produkten gibt, z. B. durch die Veröffentlichung von Bestsellerlisten oder Preisvergleichsdaten. Ein echter öffentlicher Informationsaustausch kann für die Verbraucher dadurch von Vorteil sein, dass er ihnen hilft, eine fundierte Entscheidung zu treffen (und die Suchkosten senkt). Ein öffentlicher Austausch von Informationen über aktuelle Inputpreise kann die Suchkosten von Unternehmen verringern, ein Umstand, der Verbrauchern normalerweise in Form niedrigerer Endpreise zugutekommt.
458. 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 ein 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 fördern. 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.

6.3.2. Unerlässlichkeit

459. 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 Bedingung der Unerlässlichkeit zu erfüllen, müssen die Parteien nachweisen, dass die Art der Informationen und der Kontext, in dem der Austausch stattfindet, keine Risiken für den ungehinderten Wettbewerb bergen, die für die Erzielung der geltend gemachten Effizienzgewinne verzichtbar 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 zum Beispiel aggregierte Informationen (z. B.

²⁵⁹ Die Erörterung potenzieller Effizienzgewinne durch den Informationsaustausch ist weder abschließend noch erschöpfend.

durch ein Unternehmensranking) die geltend gemachten Effizienzgewinne genauso gut und mit geringerem Risiko eines Kollusionsergebnisses hervorbringen können.

6.3.3. Weitergabe an die Verbraucher

460. 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.

6.3.4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs

461. Die Voraussetzungen 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.

6.4. Beispiele

Beispiel 1

Sachverhalt: Die Luxushotels in der Hauptstadt des Landes A arbeiten in einem engen, nicht komplexen, stabilen Oligopol mit weitgehend homogenen Kostenstrukturen und bilden somit einen von anderen Hotels getrennten relevanten Markt. Sie 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 kein verdecktes Mittel ist, um Informationen über künftige Absichten auszutauschen handelt es sich 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 des Artikels 101 Absatz 1 haben, weil das Wissen um die tatsächlich praktizierten Preise es für die Unternehmen wahrscheinlich leichter machen würde, ihr Wettbewerbsverhalten zu koordinieren. 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. Dieser Austausch wird ein Kollusionsergebnis auf dem Markt wahrscheinlich begünstigen, 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. Daher ist es unwahrscheinlich, dass die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt werden können.

Beispiel 2

Sachverhalt: Drei große Unternehmen mit einem gemeinsamen Marktanteil von 80 % auf einem stabilen, nicht-komplexen, konzentrierten Markt mit hohen Marktzutrittsschranken tauschen häufig nicht öffentliche Informationen über einen erheblichen Teil ihrer individuellen Kosten direkt untereinander aus. Die Unternehmen behaupten, dass sie dies tun, um ihre Leistung mit der ihrer Konkurrenten zu vergleichen und dadurch effizienter zu werden.

Analyse: Bei diesem Informationsaustausch handelt es sich grundsätzlich nicht um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung. Deshalb müssen seine Auswirkungen auf den Markt geprüft werden. Wegen der Marktstruktur, der Tatsache, dass die ausgetauschten Informationen einen großen Anteil der variablen Kosten der Unternehmen betreffen, der individualisierten Präsentation der Daten und der weitreichenden Abdeckung des relevanten Marktes wird dieser Informationsaustausch ein Kollusionsergebnis wahrscheinlich begünstigen und damit auch wettbewerbswidrige Auswirkungen im Sinne des Artikels 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, zum Beispiel durch Erhebung, Anonymisierung und Aggregation der Daten durch einen Dritten in einer Art Unternehmensranking. Da die Parteien in diesem Fall ein sehr enges, nicht komplexes und stabiles Oligopol bilden, könnte sogar der Austausch aggregierter Daten ein Kollusionsergebnis auf dem Markt erleichtern. Dies wäre jedoch sehr unwahrscheinlich, wenn dieser Informationsaustausch auf einem intransparenten, fragmentierten, instabilen und komplexen Markt stattfände.

Beispiel 3

Sachverhalt: Es gibt fünf Hersteller von frischem Karottensaft in Flaschen auf dem relevanten Markt. Die Nachfrage nach diesem Produkt schwankt stark und ist von Ort zu Ort und zu unterschiedlichen Zeitpunkten unterschiedlich. Der Saft muss nach der Produktion innerhalb eines Tages verkauft und verbraucht werden. Die Hersteller vereinbaren die Gründung eines unabhängigen Marktforschungsunternehmens, das täglich aktuelle Informationen über die nicht verkauften Saftmengen in jeder Verkaufsstelle erhebt und diese dann in der nächsten Woche in aggregierter Form (je Verkaufsstelle) auf seiner Website veröffentlicht. Die veröffentlichten Statistiken ermöglichen es den Herstellern und den Einzelhändlern, die Nachfrage besser vorherzusehen und das Produkt besser zu positionieren. Vor Aufnahme des Informationsaustauschs meldeten die Einzelhändler große Mengen verdorbener Säfte und reduzierten deshalb ihre Safteinkäufe bei den Herstellern, d. h., der Markt funktionierte nicht effizient. Dies hatte zur Folge, dass die Nachfrage in bestimmten Zeiträumen und Gebieten häufiger nicht gedeckt wurde. Dank des Informationsaustauschsystems, das eine bessere Vorhersage von Über- und Unterangebot ermöglicht, nehmen die Fälle ungedeckter Verbrauchernachfrage stark ab und die auf dem Markt verkaufte Saftmenge zu.

Analyse: Obwohl der Markt relativ konzentriert und die ausgetauschten Daten aktuell und strategisch relevant sind, ist es nicht sehr wahrscheinlich, dass dieser

Austausch ein Kollusionsergebnis begünstigen würde, da die Marktnachfrage instabil ist. Auch wenn der Austausch ein gewisses Risiko wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen mit sich bringt, dürfte er durch die bessere Abstimmung von Angebot und Nachfrage und die damit verbundene Verringerung der Verschwendung zu Effizienzgewinnen führen. 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 deshalb nicht über das für die Behebung des Marktversagens erforderliche Maß hinaus. Daher ist anzunehmen, dass dieser Informationsaustausch die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt.

Beispiel 4

Sachverhalt: Auf einem Markt, der häufig von Lieferengpässen betroffen ist, gibt es mehrere Hersteller von wesentlichen Produkten. Um das Angebot zu verbessern und die Produktion so effizient und zweckmäßig wie möglich zu steigern, schlägt der Industrieverband vor, Daten zu sammeln und die Nachfrage und das Angebot für die betreffenden wesentlichen Produkte modellhaft darzustellen. Außerdem schlägt er vor, Daten zu sammeln, um die Produktionskapazität, die vorhandenen Bestände und das Potenzial zur Optimierung der Lieferkette zu ermitteln. Ein Beratungsunternehmen würde den Verband bei der Erfassung der Daten und ihrer modellhaften Zusammenstellung unterstützen, wobei mit jedem Hersteller eine Geheimhaltungsvereinbarung geschlossen wird. Die aggregierten Daten würden an die Hersteller weitergeleitet, um ihre individuelle Kapazitätsauslastung, ihre Produktion und ihr Angebot neu auszustatieren und anzupassen.

Analyse: Bei den gesammelten Daten handelt es sich um sensible Geschäftsinformationen, die, wenn sie zwischen den Herstellern ausgetauscht würden, geeignet wären, die Unsicherheit zwischen den Teilnehmern hinsichtlich des Zeitpunkts, des Umfangs und der Einzelheiten der von den betreffenden Unternehmen in ihrem Marktverhalten vorzunehmenden Änderungen zu beseitigen. Darüber hinaus können Hersteller, die nicht Mitglied des Industrieverbands sind, im Vergleich zu den im Austauschsystem verbundenen Unternehmen einen erheblichen Wettbewerbsnachteil erleiden.

Um das Risiko von Kollusionen zu vermeiden, könnten mehrere Maßnahmen ergriffen werden. Wenn ein Austausch von sensiblen Geschäftsinformationen zwischen den Herstellern unbedingt erforderlich ist, der über die Informationen hinausgeht, die der Industrieverband und die Beratungsfirma in aggregierter Form sammeln und weitergeben würden (z. B. um gemeinsam zu ermitteln, wo die Produktion am besten umgestellt oder die Kapazität erhöht werden kann), müsste ein solcher Austausch strikt auf das beschränkt werden, was für die effektive Erreichung der Ziele unerlässlich ist. Jegliche Information und jeglicher Austausch im Zusammenhang mit dem Projekt müsste gut dokumentiert werden, um die Transparenz der Interaktionen zu gewährleisten. Die Teilnehmer müssten sich verpflichten, Gespräche über Preise oder eine Koordinierung in Bezug auf andere Fragen, die für die Erreichung der Ziele nicht unbedingt erforderlich sind, zu unterlassen. Das Projekt sollte zudem zeitlich begrenzt sein, sodass der Austausch sofort eingestellt wird, sobald die Gefahr von Engpässen nicht mehr so dringlich ist, dass die Zusammenarbeit gerechtfertigt ist. Nur der Berater würde die sensiblen Geschäftsinformationen erhalten und mit deren Aggregation beauftragt werden. Die Bedenken hinsichtlich der Marktabstimmung könnten ausgeräumt werden, wenn das

Projekt jedem Hersteller offenstünde, der das betreffende Produkt herstellt, unabhängig davon, ob er Mitglied des betreffenden Industrieverbands ist.

7. NORMENVEREINBARUNGEN

7.1. Einleitung

462. Normenvereinbarungen bezwecken im Wesentlichen die Festlegung technischer oder qualitätsbezogener Anforderungen an bestehende oder zukünftige Produkte, Produktionsverfahren, Due-Diligence-Prozesse in der Wertschöpfungskette, Dienstleistungen und Methoden.²⁶⁰ Sie erstrecken sich auf unterschiedliche Bereiche wie die Normierung unterschiedlicher Ausführungen oder Größen eines Produkts oder technische Spezifikationen auf Produkt- oder Dienstleistungsmärkten, bei denen die Kompatibilität und Interoperabilität mit anderen Produkten oder Systemen unerlässlich ist. Auch die Bedingungen für den Zugang zu einem bestimmten Gütezeichen oder für die Genehmigung durch eine Regulierungsbehörde können als Norm angesehen werden, ebenso wie Vereinbarungen zur Festlegung von Nachhaltigkeitsstandards. Nachhaltigkeitsstandards haben zwar Ähnlichkeiten mit den in diesem Kapitel behandelten Normenvereinbarungen, weisen aber auch Merkmale auf, die für Normenvereinbarungen untypisch oder bei diesen weniger ausgeprägt sind. Einschlägige Orientierungshilfen für solche Nachhaltigkeitsstandards finden sich daher in Kapitel 9.
463. Die Vorbereitung und Ausarbeitung technischer Normen als Teil der Ausübung hoheitlicher Befugnisse fallen nicht unter diese Leitlinien.²⁶¹ Die gemäß der Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur europäischen Normung²⁶² anerkannten europäischen Normungsorganisationen unterliegen insofern dem Wettbewerbsrecht, als sie als Unternehmen oder Unternehmensvereinigung im Sinne der Artikel 101 und 102²⁶³ angesehen werden können. Normen, die sich auf die Berufsausübung beziehen (zum Beispiel Vorschriften über den Zugang zu einem freien Beruf) sind nicht Gegenstand dieser Leitlinien.

7.2. Relevante Märkte

464. Normenvereinbarungen können ihre Wirkungen auf vier möglichen Märkten entfalten, die gemäß der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes und künftiger Erläuterungen zur Abgrenzung der relevanten Märkte im Sinne des Wettbewerbsrechts der Union definiert werden. Erstens kann sich die

²⁶⁰ Die Normierung kann auf unterschiedliche Weise erfolgen, von der einvernehmlichen Festlegung von Normen durch anerkannt internationale, europäische oder nationale Normungsorganisationen über konsensbasierte technische Spezifikationen, die von Konsortien und Foren entwickelt werden, bis hin zu Vereinbarungen zwischen einzelnen Unternehmen.

²⁶¹ Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 26. März 2009, Selex Sistemi Integrati/Kommission, C-113/07 P, ECLI:EU:C:2009:191, Rn. 92.

²⁶² Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur europäischen Normung, zur Änderung der Richtlinien 89/686/EWG und 93/15/EWG des Rates sowie der Richtlinien 94/9/EG, 94/25/EG, 95/16/EG, 97/23/EG, 98/34/EG, 2004/22/EG, 2007/23/EG, 2009/23/EG und 2009/105/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung des Beschlusses 87/95/EWG des Rates und des Beschlusses Nr. 1673/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates.

²⁶³ Vgl. Urteil des Gerichts vom 12. Mai 2010, EMC Development/Kommission, T-432/05, ECLI:EU:T:2010:189.

Entwicklung von Normen auf die Produkt- und Dienstleistungsmärkte auswirken, auf die sich die Normen beziehen. Beinhaltet die Entwicklung von Normen die Technologieentwicklung oder -auswahl oder werden die Rechte des geistigen Eigentums getrennt von den Produkten vermarktet, auf die sie sich beziehen, so kann sich die Norm zweitens auf den entsprechenden Technologiemarkt auswirken²⁶⁴. Drittens kann der Markt für die Entwicklung von Normen betroffen sein, wenn mehrere Normungsorganisationen oder Vereinbarungen bestehen. Viertens kann sich die Entwicklung von Normen gegebenenfalls auf einen eigenständigen Markt für die Prüfung und Zertifizierung auswirken.

7.3. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1

7.3.1. Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken

465. Normenvereinbarungen wirken sich in der Regel sehr positiv auf die Wirtschaft aus²⁶⁵, indem sie unter anderem die wirtschaftliche Durchdringung im Binnenmarkt fördern und zur Entwicklung neuer, besserer Produkte/Märkte und besserer Lieferbedingungen beitragen. Folglich bewirken Normen in der Regel einen stärkeren Wettbewerb und niedrigere Produktions- und Verkaufskosten, was den Volkswirtschaften insgesamt zugutekommt. Normen leisten einen Beitrag zur Aufrechterhaltung und Verbesserung von Qualität und Sicherheit, sind eine Informationsquelle und gewährleisten Interoperabilität und Kompatibilität (und wirken somit wertsteigernd für die Verbraucher).
466. Die Teilnehmer an der Normenvereinbarung sind nicht unbedingt Wettbewerber. Die Entwicklung von Normen kann unter bestimmten Umständen, in denen Wettbewerber involviert sind, jedoch auch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, da sie potenziell den Preiswettbewerb beeinträchtigen und Produktionsmengen, Märkte, Innovation und technische Entwicklung einschränken oder kontrollieren kann. Wie weiter unten erläutert, kann dies im Wesentlichen über drei Wege geschehen, und zwar durch i) eine Verringerung des Preiswettbewerbs, ii) die Marktabstottung gegenüber innovativen Technologien und iii) den Ausschluss oder die Diskriminierung bestimmter Unternehmen, indem ihnen effektiv der Zugang zu der Norm verwehrt wird.
467. Wenn Unternehmen sich im Rahmen der Entwicklung von Normen in wettbewerbswidriger Weise absprechen, kann dies erstens den Preiswettbewerb auf den betreffenden Märkten verringern oder ausschließen oder die Produktion einschränken oder kontrollieren und so ein Kollusionsergebnis auf dem Markt begünstigen²⁶⁶.
468. Zweitens können Normen, mit denen detaillierte technische Spezifikationen für ein Produkt oder eine Dienstleistung festgelegt werden, die technische Entwicklung und Innovation behindern. In der Entwicklungsphase einer Norm können auch andere

²⁶⁴ Vgl. Kapitel 2 über FuE-Vereinbarungen sowie die Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen (ABl. C 89 vom 28.3.2014, S. 3, Randnummern 20–26) (im Folgenden „Technologietransfer-Leitlinien“), die sich mit Aspekten der Marktabgrenzung befassen, die im Bereich der Lizenzierung von Technologierechten von besonderer Bedeutung sind. Ein Beispiel für eine Marktabgrenzung gemäß diesen Leitlinien findet sich im Beschluss der Kommission in der Sache AT.39985, Motorola – Durchsetzung standardessenzieller GPRS-Patente, Erwägungsgründe 184–220.

²⁶⁵ Vgl. ferner Randnummer 501.

²⁶⁶ Je nachdem, wer an der Entwicklung von Normen beteiligt ist, kommt es entweder auf der Anbieter- oder auf der Abnehmerseite des Marktes für das genormte Produkt zu Wettbewerbsbeschränkungen.

Technologien für die Aufnahme in die Norm infrage kommen. Sobald aber eine bestimmte Technologie ausgewählt oder entwickelt und die Norm festgelegt worden ist, kann für bestimmte Technologien und Unternehmen eine Zutrittschranke bestehen, sodass sie potenziell vom Markt ausgeschlossen sind. Außerdem können Normen, die vorschreiben, dass für die betreffende Norm ausschließlich eine bestimmte Technologie zu verwenden ist, dazu führen, dass die Entwicklung und Verbreitung anderer Technologien behindert wird. Die Entwicklung anderer Technologien zu verhindern, indem die Mitglieder der Normungsorganisation ausschließlich eine bestimmte Norm verwenden dürfen, kann dieselbe Wirkung haben. Die Gefahr der Einschränkung von Innovation steigt, wenn ein oder mehr Unternehmen in ungerechtfertigter Weise von der Entwicklung von Normen ausgeschlossen werden.

469. Im Zusammenhang mit Normen, die Rechte des geistigen Eigentums²⁶⁷ betreffen, können theoretisch drei Hauptgruppen von Unternehmen mit unterschiedlichen Interessen an der Entwicklung von Normen ausgemacht werden: Erstens gibt es ausschließlich auf vorgelagerten Märkten angesiedelte Unternehmen, die nur in der Entwicklung und Vermarktung von Technologien tätig sind. Dazu können auch Unternehmen gehören, die Technologien mit dem Ziel der Lizenzierung erwerben. Die Lizenzeinnahmen sind ihre einzige Einnahmequelle und ihr Anreiz besteht darin, die Lizenzgebühren zu maximieren. Zweitens gibt es auf nachgelagerten Märkten angesiedelte Unternehmen, deren Produkte und Dienstleistungen ausschließlich auf Technologien beruhen, die von anderen Unternehmen entwickelt wurden. Sie selbst sind nicht Inhaber der entsprechenden Rechte des geistigen Eigentums. Lizenzgebühren sind für sie ein Kostenfaktor und keine Einnahmequelle und ihr Anreiz besteht für sie darin, Lizenzgebühren zu verringern. Und schließlich gibt es integrierte Unternehmen, die sowohl durch Rechte des geistigen Eigentums geschützte Technologien entwickeln als auch Produkte verkaufen, für die sie eine Lizenz benötigen würden. Die Interessenlage dieser Unternehmen ist vielfältig. Einerseits könnten diese Unternehmen Lizenzeinnahmen aus ihren eigenen Rechten des geistigen Eigentums erzielen. Andererseits müssen sie eventuell Lizenzgebühren an andere Unternehmen zahlen, die über wesentliche Rechte des geistigen Eigentums der für ihre eigenen Produkte relevanten Norm verfügen. Sie könnten deshalb Lizenzen für ihre eigenen wesentlichen Rechte des geistigen Eigentums gegen Lizenzen anderer Unternehmen tauschen oder ihre Rechte des geistigen Eigentums defensiv nutzen (sogenanntes „cross-licensing“). Darüber hinaus können Unternehmen ihre Rechte des geistigen Eigentums auch durch andere Methoden als Lizenzgebühren würdigen. In der Praxis handelt es sich häufig um Mischformen.
470. Drittens kann Normung wettbewerbswidrige Folgen haben, wenn bestimmte Unternehmen am effektiven Zugang zu den Ergebnissen des Prozesses zur Entwicklung von Normen (zum Beispiel zur Spezifikation und/oder zu den für die Einführung der Norm wesentlichen Rechten des geistigen Eigentums) gehindert werden. Wenn einem Unternehmen der Zugang zum Normungsergebnis entweder gänzlich verwehrt oder nur zu prohibitiven oder diskriminierenden Bedingungen gewährt wird, besteht die Gefahr wettbewerbswidriger Auswirkungen. In einem

²⁶⁷ In diesem Kapitel werden mit dem Ausdruck „Rechte des geistigen Eigentums“ insbesondere Patente (mit Ausnahme nicht veröffentlichter Patentanträge) bezeichnet. Gibt jedoch ein anderes Recht an geistigem Eigentum dem Inhaber in der Praxis die Kontrolle über die Verwendung der Norm, so ist derselbe Grundsatz anzuwenden.

System, in dem potenziell relevante Rechte des geistigen Eigentums vorab offengelegt werden, wird die Gewährung des Zugangs zu der Norm wahrscheinlicher²⁶⁸, weil die Beteiligten erfahren können, welche Technologien durch Rechte des geistigen Eigentums geschützt sind. Das Recht an geistigem Eigentum und das Wettbewerbsrecht verfolgen dieselben Ziele²⁶⁹, nämlich die Förderung des Verbraucherwohls und der Innovation sowie eine effiziente Ressourcenallokation. Rechte des geistigen Eigentums beleben den Wettbewerb, weil sie Unternehmen dazu bewegen, in neue und verbesserte Produkte und Verfahren zu investieren. Rechte des geistigen Eigentums sind deshalb im Allgemeinen wettbewerbsfördernd. Allerdings könnte ein Teilnehmer, der Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums ist, die für die Einführung einer Norm benötigt werden, im Kontext der Entwicklung einer Norm auch die Kontrolle über die Nutzung einer Norm erlangen. Wenn eine Norm eine Marktzutrittsschranke darstellt, könnte ein Unternehmen den Produkt- oder Dienstleistungsmarkt, auf den sich die betreffende Norm bezieht, kontrollieren. Dies würde es Unternehmen wiederum ermöglichen, sich wettbewerbswidrig zu verhalten, zum Beispiel indem sie sich weigern, die erforderlichen Rechte des geistigen Eigentums zu lizenzieren, oder indem sie durch diskriminierende oder überhöhte Lizenzgebühren übermäßige²⁷⁰ Erträge erzielen und so den effektiven Zugang zur Norm verhindern (sogenanntes „Hold-up“). Der umgekehrte Fall kann auch eintreten, wenn sich die Lizenzverhandlungen aus Gründen hinziehen, die allein auf den Nutzer der Norm zurückzuführen sind. Dazu könnte beispielsweise die Weigerung gehören, eine FRAND-Lizenzgebühr zu zahlen oder Verzögerungsstrategien anzuwenden (sogenanntes „Hold-out“).

471. Selbst wenn die Festlegung einer Norm die Marktmacht von Inhabern von Rechten des geistigen Eigentums, die für eine Norm benötigt werden, begründen oder vergrößern kann, wird nicht unterstellt, dass die Inhaberschaft oder die Ausübung dieser Rechte dem Besitz oder der Ausübung von Marktmacht gleichkommt. Die Frage der Marktmacht kann nur im Einzelfall geprüft werden²⁷¹.

7.3.2. *Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen*

472. Vereinbarungen, die eine Norm als Teil einer umfassenderen restriktiven Vereinbarung verwenden, wodurch der tatsächliche oder potenzielle Wettbewerb ausgeschlossen werden soll, bezwecken eine Wettbewerbsbeschränkung. Zu dieser Gruppe gehören zum Beispiel 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, oder solche, bei denen die Hersteller des etablierten Produkts kollusiv handeln, um neue Technologien von einer bestehenden Norm²⁷² auszuschließen.

²⁶⁸ Wenn sie ferner mit einer FRAND-Selbstverpflichtung einhergehen. Vgl. Randnummern 482–484.

²⁶⁹ Vgl. Technologietransfer-Leitlinien, Randnummer 7.

²⁷⁰ Hohe Lizenzgebühren können nur als überhöht eingestuft werden, wenn die Voraussetzungen für den Missbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne des Artikels 102 AEUV und der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union erfüllt sind; vgl. z. B. Urteil des Gerichtshofs vom 14. Februar 1978, *United Brands/Kommission*, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22.

²⁷¹ Vgl. Beschluss der Kommission in der Sache AT.39985, *Motorola – Durchsetzung standardessenzieller GPRS-Patente*, Erwägungsgründe 221–270.

²⁷² Vgl. z. B. Entscheidung der Kommission in der Sache IV/35.691, *Fernwärmetechnik-Kartell*, Erwägungsgrund 147, in der der Verstoß gegen Artikel 101 zum Teil in der „Nutzung von Normen und

473. Vereinbarungen, die den Wettbewerb beschränken sollen, indem vor Annahme einer Norm wesentliche Rechte des geistigen Eigentums oder die restriktivsten Lizenzregelungen offengelegt werden, um letztendlich gemeinsame Preise entweder für nachgelagerte Produkte oder für austauschbare Technologien oder austauschbares geistiges Eigentum festzulegen, werden als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung betrachtet²⁷³.

7.3.3. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen

7.3.3.1. Den Wettbewerb normalerweise nicht beschränkende Vereinbarungen

474. Normenvereinbarungen, die keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen, müssen in ihrem rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang geprüft werden, wobei auch die Art der betroffenen Waren oder Dienstleistungen, die tatsächlichen Bedingungen für das Funktionieren und die Struktur des betreffenden Marktes bzw. der betreffenden Märkte im Hinblick auf ihre tatsächlichen und voraussichtlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb zu berücksichtigen sind. Wenn keine Marktmacht besteht²⁷⁴, können Normenvereinbarungen keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen haben. Solche Auswirkungen sind deshalb in Fällen, in denen wirksamer Wettbewerb zwischen mehreren freiwillig vereinbarten Normen herrscht, sehr unwahrscheinlich.
475. Für Vereinbarungen zur Entwicklung von Normen, bei denen die Gefahr besteht, dass sie Marktmacht entstehen lassen, wird in den Randnummern 477 bis 483 aufgezeigt, unter welchen Voraussetzungen sie normalerweise in den Anwendungsbereich des Artikels 101 Absatz 1 fallen.
476. Die Nichteinhaltung der in diesem Abschnitt dargelegten Grundsätze führt nicht zu der Annahme, dass eine Einschränkung des Wettbewerbs im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 vorliegt. Dennoch müssen die Beteiligten selbst prüfen, ob die Vereinbarung unter Artikel 101 Absatz 1 fällt und ob die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 gegebenenfalls erfüllt sind. In diesem Zusammenhang wird anerkannt, dass es verschiedene Modelle zur Entwicklung von Normen gibt und dass ein Wettbewerb innerhalb dieser Modelle sowie der Modelle untereinander zu den positiven Aspekten einer Marktwirtschaft gehört. Deshalb steht es Normungsorganisationen nach wie vor frei, andere als die in den Randnummern 477 bis 483 beschriebenen Regeln und Verfahren festzulegen, sofern sie nicht gegen die Wettbewerbsvorschriften verstoßen.
477. Wenn die Beteiligung an der Entwicklung von Normen **nicht beschränkt** und das **Verfahren** für die Annahme der betreffenden Norm **transparent** ist, liegt bei Normenvereinbarungen, die **keine Verpflichtung zur Einhaltung**²⁷⁵ der Norm enthalten und Dritten den **Zugang** zu der Norm zu **fairen, zumutbaren und**

Standards, um die Einführung einer neuen Technik, die eine Verringerung der Preise zur Folge hätte, zu verhindern oder zu verzögern“ bestand.

²⁷³ Dieser Absatz sollte nicht verhindern, dass einzelne Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums im Voraus die restriktivsten Lizenzbedingungen für standardessenzielle Patente oder einen maximalen kumulierten Lizenzsatz für alle Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums offenlegen, wie in Randnummer 500 beschrieben. Ebenso wenig steht er Patentpools, die gemäß den Grundsätzen in Abschnitt IV.4 der Technologietransfer-Leitlinien gebildet werden, oder Beschlüssen entgegen, die die Nutzung von Rechten des geistigen Eigentums, die für eine Norm notwendig sind, lizenzgebührenfrei zuzulassen wie in diesem Kapitel ausgeführt.

²⁷⁴ Vgl. ferner Kapitel 1 Einleitung. Zu Marktanteilen vgl. ferner Randnummer 498.

²⁷⁵ Vgl. diesbezüglich ferner Randnummer 490.

diskriminierungsfreien Bedingungen (FRAND-Bedingungen) gewähren, keine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 vor.

478. Um eine **uneingeschränkte Beteiligung** zu gewährleisten, müssten die Regeln der Normungsorganisation insbesondere vorsehen, dass sich alle Wettbewerber auf den von der Norm betroffenen Märkten am Normungsprozess beteiligen können. Die Normungsorganisationen sollten die Stimmrechte in einem objektiven und diskriminierungsfreien Verfahren zuweisen sowie gegebenenfalls objektive Kriterien für die Auswahl der für den Standard relevanten Technik anwenden.
479. Die einschlägigen Normungsorganisationen sollten durch Verfahren, die es den Akteuren ermöglichen, sich über die anstehende, laufende oder abgeschlossene Normungsarbeit zu informieren, **Transparenz** gewährleisten.
480. Des Weiteren müssen die Regeln der Normungsorganisationen den effektiven Zugang zu der Norm zu **fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen** gewährleisten²⁷⁶.
481. Bei einer Norm, die Rechte des geistigen Eigentums betrifft, erhöht sich durch ein **klares, ausgewogenes und auf Rechte des geistigen Eigentums ausgelegtes Konzept**²⁷⁷, **das auf die betreffende Branche** und den Bedarf der jeweiligen Normungsorganisation **zugeschnitten ist**, die Wahrscheinlichkeit, dass die Umsetzer der Norm auch tatsächlich Zugang zu der Norm erhalten.
482. Zur **Gewährleistung eines tatsächlichen Zugangs** zu der Norm müsste das Konzept für Rechte des geistigen Eigentums auch vorsehen, dass die Beteiligten (wenn ihre Rechte des geistigen Eigentums Bestandteil der Norm werden sollen) eine unwiderrufliche schriftliche Verpflichtung abgeben müssen, Dritten zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen Lizenzen für diese Rechte zu erteilen („FRAND-Selbstverpflichtung“)²⁷⁸. Diese Selbstverpflichtung sollte vor Annahme der Norm abgegeben werden. Gleichzeitig sollte das Konzept für Rechte des geistigen Eigentums den Inhabern der entsprechenden Rechte ermöglichen, gewisse Technologien von dem Normentwicklungsprozess und damit von der Lizenzangebotspflicht auszuschließen, vorausgesetzt, dieser Ausschluss erfolgt zu einem frühen Zeitpunkt der Normentwicklung. Um die Wirksamkeit einer FRAND-Selbstverpflichtung zu gewährleisten, sollten alle teilnehmenden Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums, die eine solche Verpflichtung eingegangen sind, sicherstellen müssen, dass auch Unternehmen, an die sie ihre Rechte des geistigen Eigentums (einschließlich des Rechts zur Lizenzerteilung) übertragen, an diese Verpflichtung gebunden sind. Dies könnte beispielsweise mittels einer

²⁷⁶ So sollte z. B. effektiv Zugang zu der Normspezifikation gewährt werden.

²⁷⁷ Wie in den Randnummern 482 und 483 dargelegt. Vgl. ferner die Mitteilung der Europäischen Kommission über den Umgang der EU mit standardessenziellen Patenten (COM(2017) 712 final).

²⁷⁸ Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 16. Juli 2015, Huawei Technologies, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477, Rn. 53: „Unter diesen Umständen und in Anbetracht der Tatsache, dass eine Zusage, Lizenzen zu FRAND-Bedingungen zu erteilen, bei Dritten die berechnete Erwartung weckt, dass der Inhaber des SEP ihnen tatsächlich Lizenzen zu diesen Bedingungen gewähren wird, kann eine Weigerung des Inhabers des SEP, eine Lizenz zu diesen Bedingungen zu erteilen, grundsätzlich einen Missbrauch im Sinne von Art. 102 AEUV darstellen.“ Vgl. ferner Beschluss der Kommission in der Sache AT.39985, Motorola – Durchsetzung standardessenzieller GPRS-Patente, Randnummer 417: „Angesichts des Normungsprozesses, der zur Annahme des GPRS-Standards geführt hat, und der freiwilligen Verpflichtung von Motorola, das Cudak-SEP zu FRAND-Bedingungen zu lizenzieren, haben die Anwender des GPRS-Standards die berechnete Erwartung, dass Motorola ihnen eine Lizenz für dieses SEP erteilt, sofern sie bereit sind, eine Lizenz zu FRAND-Bedingungen einzugehen“.

entsprechenden Klausel zwischen Käufer und Verkäufer geregelt werden. FRAND kann auch gebührenfreie Lizenzen umfassen.

483. Das Konzept für Rechte des geistigen Eigentums müsste Mitglieder zur **gutgläubigen Offenlegung** derjenigen Rechte des geistigen Eigentums verpflichten, die für die Anwendung einer in Ausarbeitung befindlichen Norm erforderlich sein könnten. Dies ist wichtig, um i) die Industrie in die Lage zu versetzen, eine fundierte Entscheidung hinsichtlich der in eine Norm aufzunehmenden Technologie zu treffen²⁷⁹ und ii) das Ziel eines effektiven Normenzugangs zu erreichen. Eine solche Offenlegungsverpflichtung könnte auf angemessenen Bemühungen beruhen, um die Rechte des geistigen Eigentums zu ermitteln, die sich auf die potenzielle Norm beziehen²⁸⁰, und um die Offenlegung zu aktualisieren, wenn sich die Norm weiterentwickelt. Bei Patenten sollte die Offenlegung von Rechten des geistigen Eigentums zumindest die Patentnummer oder die Nummer der Patentanmeldung enthalten. Wenn diese Informationen noch nicht öffentlich zugänglich sind, reicht es ferner aus, wenn Beteiligte erklären, dass sie bei einer bestimmten Technologie wahrscheinlich Rechte des geistigen Eigentums geltend machen werden, ohne Nennung der Ansprüche oder des Verwertungszwecks (sogenannte pauschale Offenlegung)²⁸¹. Abgesehen von diesem Fall wäre eine pauschale Offenlegung weniger geeignet, die Industrie in die Lage zu versetzen, eine fundierte Wahl der Technologie zu treffen und einen effektiven Zugang zur Norm zu gewährleisten. Die Teilnehmer sollten ferner dazu angehalten werden, ihre Angaben zum Zeitpunkt der Annahme einer Norm zu aktualisieren, insbesondere wenn es Änderungen gibt, die sich auf die Notwendigkeit oder Gültigkeit ihrer Rechte des geistigen Eigentums auswirken könnten. Da die Gefahr einer Beschränkung des Zugangs nicht besteht, wenn es sich um eine Normungsorganisation handelt, die mit gebührenfreien Lizenzen arbeitet, ist die Offenlegung von Rechten des geistigen Eigentums in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung.
484. Die FRAND-Selbstverpflichtung soll sicherstellen, dass die für eine Norm wesentliche patentierte Technologie den Anwendern dieser Norm zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen zugänglich ist. So können 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,

²⁷⁹ Umgekehrt liegt ein „Patenthinterhalt“ vor, wenn ein Unternehmen, das an der Entwicklung einer Norm beteiligt ist, absichtlich die Tatsache verbirgt, dass es wesentliche Patente in Bezug auf die zu entwickelnde Norm besitzt, und mit der Geltendmachung dieser Patente erst beginnt, nachdem die Norm vereinbart wurde und andere Unternehmen somit an deren Verwendung „gebunden“ sind. Wenn ein „Patenthinterhalt“ während des Normentwicklungsprozesses auftritt, untergräbt dies das Vertrauen in diesen, da ein wirksamer Normentwicklungsprozess eine Voraussetzung für die technische Entwicklung und die Entwicklung des Marktes im Allgemeinen zum Nutzen der Verbraucher ist. Vgl. zum Beispiel den Beschluss der Kommission vom 9. Dezember 2009 in der Sache COMP/38.636 – RAMBUS (ABl. C 30 vom 6.2.2010, S. 17).

²⁸⁰ Um das gewünschte Ergebnis zu erzielen, muss die gutgläubige Offenlegung nicht so weit gehen, dass von den Beteiligten verlangt wird, ihre Rechte des geistigen Eigentums mit der potenziellen Norm zu vergleichen und dann zusätzlich zu bestätigen, dass ihre Rechte des geistigen Eigentums für die geplante Norm nicht in Betracht kommen.

²⁸¹ Die Teilnehmer werden aufgefordert, ihre Offenlegungsangaben zu vervollständigen, sobald die Patentnummer und/oder die Nummer der Patentanmeldung öffentlich zugänglich sind.

und/oder indem sie diskriminierende Lizenzgebühren verlangen²⁸². Gleichzeitig ermöglichen FRAND-Selbstverpflichtungen den Inhabern von Rechten des geistigen Eigentums, ihre Technologien über FRAND-Lizenzgebühren zu vermarkten und einen angemessenen Ertrag für ihre Investitionen in Forschung und Entwicklung zu erzielen, die naturgemäß mit Risiken verbunden sind. Dadurch kann sichergestellt werden, dass weiterhin Anreize bestehen, die beste verfügbare Technologie in die Norm einzubringen.

485. Zur Einhaltung des Artikels 101 durch eine Normungsorganisation ist es nicht erforderlich, dass diese selbst überprüft, ob die Lizenzierung nach dem FRAND-Grundsatz erfolgt²⁸³. Die Beteiligten müssen selbst prüfen, ob die Lizenzbedingungen und insbesondere die erhobenen Gebühren die FRAND-Voraussetzungen erfüllen. Deshalb müssen sich die Beteiligten bei den betreffenden Rechten des geistigen Eigentums vorab über die Bedeutung einer FRAND-Selbstverpflichtung im Klaren sein, und zwar insbesondere hinsichtlich ihrer Möglichkeit, die Gebühren frei festzulegen.
486. Im Falle eines Rechtsstreits wird bei der wettbewerbsrechtlichen Prüfung, ob im Rahmen der Normentwicklung unfaire oder unzumutbare Gebühren für den Zugang zu Rechten des geistigen Eigentums verlangt wurden, untersucht, ob die Gebühren in einem angemessenen Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert der Rechte des geistigen Eigentums stehen²⁸⁴. Der wirtschaftliche Wert des Rechts des geistigen Eigentums könnte auf dem gegenwärtigen Mehrwert des geschützten Rechts des geistigen Eigentums beruhen und sollte unabhängig vom Markterfolg der Produkte sein, der in keinem Zusammenhang mit der patentrechtlich geschützten Technologie steht²⁸⁵. Im Allgemeinen gibt es verschiedene Methoden für die Bewertung²⁸⁶, und in der Praxis werden oft mehrere Methoden verwendet, um die Mängel einer bestimmten Methode auszugleichen und die Ergebnisse miteinander zu vergleichen²⁸⁷. Es kann möglich sein, die Lizenzgebühren, die das betreffende Unternehmen für die einschlägigen Patente in einem wettbewerbsorientierten Umfeld erhebt, bevor die Branche die Norm entwickelt hat (ex ante), mit dem Wert/der Lizenzgebühr der nächstbesten verfügbaren Alternative (ex ante) oder mit dem

²⁸² Vergleiche ferner Urteil des Gerichtshofs vom 16. Juli 2015, Huawei Technologies, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477, Rn. 71, wonach eine Patentverletzungsklage einen Machtmissbrauch im Sinne des Artikels 102 darstellen kann, wenn sie gegen einen gewillten Lizenznehmer erhoben wird, ohne dass die vom Gerichtshof in seinem Urteil dargelegten Verfahrensschritte eingehalten werden.

²⁸³ Organisationen, die sich mit der Entwicklung von Normen befassen, sind nicht an den Lizenzverhandlungen oder den daraus resultierenden Vereinbarungen beteiligt.

²⁸⁴ Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 14. Februar 1978, United Brands/Kommission, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22, Rn. 250; vgl. ferner Urteil des Gerichtshofs vom 16. Juli 2009, Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/Kommission, C-385/07 P, ECLI:EU:C:2009:456, Rn. 142.

²⁸⁵ Mitteilung der Europäischen Kommission über den Umgang der EU mit standardessenziellen Patenten (COM(2017) 712 final), Seite 7.

²⁸⁶ Im Grundsatz sind kostenbasierte Methoden möglicherweise nicht am besten geeignet, da sie die Bewertung der Kosten, die der Entwicklung eines bestimmten Patents oder einer Gruppe von Patenten zuzuschreiben sind, erschweren und die Innovationsanreize verzerren können.

²⁸⁷ Die hier beschriebenen Methoden sind nicht ausschließlich, und es können auch andere Methoden zur Ermittlung der FRAND-Sätze verwendet werden, die denselben Grundgedanken wie die beschriebenen Methoden widerspiegeln. Vgl. ferner Chryssoula Pentheroudakis, Justus A. Baron, „Science for Policy: Licensing Terms of Standard Essential Patents. A Comprehensive Analysis of Cases“ (Lizenzierungsbedingungen für standardessenzielle Patente – Umfassende Analyse von Fällen), JRC Science for Policy Report, Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union, Luxemburg, 2017, EUR 28302 EN, DOI:10.2791/193948.

Wert/der Lizenzgebühr zu vergleichen, der/die erhoben wird, nachdem sich die Branche verpflichtet hat (ex post). Dies setzt voraus, dass der Vergleich in kohärenter und verlässlicher Weise vorgenommen werden kann²⁸⁸.

487. Es könnte auch ein unabhängiges Expertengutachten zur Untersuchung des objektiven Stellenwerts der Rechte des geistigen Eigentums und deren Notwendigkeit für die fragliche Norm eingeholt werden. In einem geeigneten Fall können ferner die Lizenzbedingungen, einschließlich der Einzel- oder Gesamtlizenzgebühren für einschlägige Rechte des geistigen Eigentums, im Rahmen eines bestimmten Normungsprozesses vorab offengelegt werden. Ebenso kann es möglich sein, die Lizenzbedingungen in Vereinbarungen des Inhabers von Rechten des geistigen Eigentums mit anderen Umsetzern derselben Norm zu vergleichen. Auch die bei vergleichbaren Normen für dasselbe Recht des geistigen Eigentums geltenden Gebührensätze können als Orientierung für die FRAND-Gebührensätze dienen. Bei diesen Methoden wird davon ausgegangen, dass der Vergleich auf kohärente und zuverlässige Weise durchgeführt werden kann und nicht das Ergebnis einer unzulässigen Ausübung von Marktmacht ist. Eine andere Methode besteht darin, erstens einen angemessenen Gesamtwert für alle relevanten Rechte des geistigen Eigentums zu ermitteln und zweitens den Anteil zu bestimmen, der einem bestimmten Rechteinhaber zusteht. Diese Leitlinien enthalten keine vollständige Liste aller infrage kommenden Methoden für die Prüfung, ob überhöhte oder diskriminierende Lizenzgebühren gemäß Artikel 102 verlangt werden.
488. Von diesen Leitlinien unberührt bleibt die Möglichkeit der Beteiligten, die zuständigen Zivil- und Handelsgerichte zur Beilegung von Streitfällen betreffend die Höhe der FRAND-Gebührensätze anzurufen oder alternative Methoden der Streitbeilegung zu nutzen²⁸⁹.

7.3.3.2. Prüfung der Wirkung von Normenvereinbarungen

489. Bei der kartellrechtlichen Prüfung einer Vereinbarung über Normen muss die anzunehmende Auswirkung der Norm auf die betreffenden Märkte betrachtet werden. Bei der Analyse von Normenvereinbarungen sind die Merkmale des Sektors und der Branche zu berücksichtigen. Die folgenden Erwägungen gelten für alle Normenvereinbarungen, die auf den Grundsätzen der Randnummern 477–483 basieren.

a) Freiwilliger Charakter der Norm

490. Ob Normenvereinbarungen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, kann davon abhängen, ob die Beteiligten weiterhin die Freiheit haben, andere Normen oder Produkte zu entwickeln, die nicht der vereinbarten Norm entsprechen²⁹⁰. Wenn

²⁸⁸ Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 13. Juli 1989, Tournier, C-395/87, ECLI:EU:C:1989:319, Rn. 38; Urteil des Gerichtshofs vom 13. Juli 1989, Lucazeau u. a./SACEM u. a., C-110/88, C-241/88 und C-242/88, ECLI:EU:C:1989:326, Rn. 33.

²⁸⁹ Wenn beide Parteien einverstanden sind, können Streitigkeiten über die FRAND-Bedingungen für SEP auch von einem unabhängigen Dritten, d. h. einem Schlichter, entschieden werden. Vgl. z. B. Urteil des Gerichtshofs vom 16. Juli 2015, Huawei Technologies, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477, Rn. 68, und Beschluss der Kommission vom 29. April 2014 in der Sache AT.39939, Samsung – Durchsetzung standardessenzieller UMTS-Patente, Erwägungsgrund 78.

²⁹⁰ Vgl. Entscheidung der Kommission vom 20. Dezember 1977 in der Sache IV/29.151, Philips Video-Cassetterecorders, Erwägungsgrund 23): „Da es sich hierbei um Normen für die Herstellung von Geräten und Kassetten des VCR-Systems handelt, ergibt sich daraus die Verpflichtung der beteiligten Unternehmen, nur Kassetten und Geräte nach diesem von Philips lizenzierten System herzustellen und zu vertreiben. Diese

die Normenvereinbarung die Beteiligten zum Beispiel dazu verpflichtet, nur Produkte herzustellen, die die Norm erfüllen, erhöht sich die Wahrscheinlichkeit wettbewerbswidriger Auswirkungen erheblich und kann unter bestimmten Umständen zu einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung führen²⁹¹. Zugleich werfen Normen, die lediglich untergeordnete Aspekte oder Bestandteile des Endprodukts betreffen, wahrscheinlich geringere wettbewerbsrechtliche Bedenken auf als umfassendere Normen, insbesondere wenn die Norm keine wesentlichen Rechte des geistigen Eigentums beinhaltet.

b) Zugang zur Norm

491. Zu den zentralen Punkten der Prüfung, ob eine bestimmte Vereinbarung wettbewerbsbeschränkend ist, gehört ferner der Aspekt des Zugangs zu der Norm. Ist das Ergebnis einer Norm (d. h. die Spezifikation zur Einhaltung der Norm und gegebenenfalls die für die Einführung der Norm wesentlichen Rechte des geistigen Eigentums) keineswegs für alle Mitglieder oder Dritte (d. h. Unternehmen, die nicht Mitglied der jeweiligen Normungsorganisation sind) zugänglich, kann dies zu einer Abschottung oder Segmentierung von Märkten führen und damit den Wettbewerb beschränken. Der Wettbewerb kann ebenfalls beschränkt werden, wenn das Ergebnis einer Norm nur zu diskriminierenden oder unverhältnismäßigen Bedingungen für Mitglieder oder Dritte zugänglich ist. Bei mehreren konkurrierenden Normen oder in Fällen, in denen wirksamer Wettbewerb zwischen den genormten und den nicht genormten Lösungen herrscht, hat eine Zugangsbeschränkung dagegen nicht notwendigerweise wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen.
492. Was Normungsvereinbarungen mit **anderen Arten der Offenlegung von Rechten des geistigen Eigentums** als den in Randnummer 483 genannten betrifft, müsste im Einzelfall geprüft werden, ob das betreffende Offenlegungsmodell (zum Beispiel eines, das die Offenlegung von Rechten des geistigen Eigentums nicht vorschreibt, sondern nur dazu anregt) effektiv Zugang zu der Norm gewährt. Vereinbarungen über die Entwicklung von Normen, die die Offenlegung von Informationen über die Merkmale und den Mehrwert der einzelnen Rechte des geistigen Eigentums für eine Norm vorsehen und damit die Transparenz für die an der Entwicklung einer Norm beteiligten Parteien erhöhen, schränken den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 in der Regel nicht ein.

c) Beteiligung an der Entwicklung von Normen

493. Wenn die Teilnahme an der Entwicklung der Norm offen ist, verringert sich das Risiko einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung, die sich aus dem Ausschluss bestimmter Unternehmen von der Möglichkeit der Einflussnahme auf die Auswahl und Ausarbeitung der Norm ergeben würde²⁹².

Unternehmen waren danach gehindert, ... zur Herstellung oder dem Vertrieb von anderen Video-Kassettensystemen ... überzugehen. ... Darin lag eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 Buchstabe b“.

²⁹¹ Vgl. Entscheidung der Kommission in der Sache IV/29.151, Philips Video-Cassetterecorders, Erwägungsgrund 23.

²⁹² In ihrer Entscheidung in der Sache IV/31.458, X/Open Group vertrat die Kommission den Standpunkt, dass die wettbewerbsbeschränkende Mitgliedschaftspraxis selbst bei einer Veröffentlichung der angenommenen Normen dazu führte, dass Nichtmitglieder keinen Einfluss auf die Ergebnisse der Arbeit der Gruppe nehmen konnten und auch nicht das mit der Norm verbundene Know-how und technische Wissen erhielten, das die Mitglieder wahrscheinlich erwarben. Außerdem konnten Nichtmitglieder im Gegensatz zu den Mitgliedern die Norm nicht übernehmen, solange sie nicht angenommen war (siehe Randnummer 32 der Entscheidung).

494. Eine offene Beteiligung kann dadurch erreicht werden, dass alle Wettbewerber und/oder relevanten Interessengruppen auf dem von der Norm betroffenen Markt die Möglichkeit haben, sich an der Entwicklung und Auswahl der Norm zu beteiligen.
495. Je größer die Wahrscheinlichkeit ist, dass eine Norm sich auf den Markt auswirkt, und je größer ihr potenzieller Anwendungsbereich desto wichtiger ist es, gleichen Zugang zum Normungsprozess zu ermöglichen.
496. In bestimmten Situationen kann die Beschränkung der Beteiligung jedoch keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 haben, z. B. wenn i) mehrere Normen und Normungsorganisationen miteinander konkurrieren, ii) ohne eine Beschränkung des Teilnehmerkreises²⁹³ die Annahme der Norm nicht möglich oder unwahrscheinlich gewesen wäre²⁹⁴ oder iii) die Beschränkung des Teilnehmerkreises zeitlich begrenzt und auf ein rasches Vorankommen ausgerichtet ist (z. B. zu Beginn der Normungsarbeiten) und solange bei wichtigen Meilensteinen alle Wettbewerber die Möglichkeit haben, sich zu beteiligen, um die Entwicklung der Norm weiterzuführen.
497. Unter bestimmten Umständen können potenziell negative Auswirkungen einer eingeschränkten Mitwirkung beseitigt oder zumindest begrenzt werden, und zwar wenn die Akteure über den Stand der Arbeiten informiert und dazu konsultiert werden²⁹⁵. Anerkannte Verfahren für die kollektive Vertretung von Interessengruppen (z. B. Verbraucher) können in Betracht gezogen werden. Je mehr Interessenträger auf den Prozess, der zur Auswahl der Norm führt, Einfluss nehmen können und je transparenter das Annahmeverfahren für eine Norm ist, desto wahrscheinlicher ist es auch, dass bei der endgültigen Norm die Interessen aller Interessenträger berücksichtigt sind.

d) Marktanteile

498. Um die Auswirkungen einer Normenvereinbarung prüfen zu können, sollten die Marktanteile der auf der betreffenden Norm basierenden Waren, Dienstleistungen oder Technologien berücksichtigt werden. Möglicherweise ist es nicht immer möglich, frühzeitig mit Bestimmtheit festzustellen, ob eine Norm in der Praxis von einem großen Teil der Branche angenommen werden wird oder ob sie nur von einem geringen Teil der Branche verwendet wird. In Fällen, in denen Unternehmen, die Technologien zu der Norm beisteuern, vertikal integriert sind, bieten sich die einschlägigen Marktanteile der Unternehmen, die sich an der Entwicklung der Norm beteiligen, als Richtwert an, um den voraussichtlichen Marktanteil der Norm zu schätzen (diese Unternehmen dürften in der Regel ein Interesse an der Einführung der Norm haben)²⁹⁶. Da sich die Wirksamkeit von Normenvereinbarung jedoch häufig proportional zum Anteil der an der Entwicklung und/oder Anwendung der Norm beteiligten Branche verhält, lassen hohe Anteile der Parteien an den von der

Die Vereinbarung wurde deshalb unter den gegebenen Umständen als wettbewerbsbeschränkend im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 angesehen.

²⁹³ Eine solche Einschränkung kann durch den Ausschluss von Interessengruppen von der Normenvereinbarung oder durch einen eingeschränkten Teilnehmerstatus erfolgen.

²⁹⁴ Auch in dem Fall, dass die Annahme der Norm durch einen ineffizienten Normungsprozess erheblich verzögert würde, könnten etwaige Effizienzgewinne anfängliche Beschränkungen nach Artikel 101 Absatz 3 überwiegen.

²⁹⁵ Vgl. ferner die Entscheidung der Kommission vom 14. Oktober 2009 in der Sache 39.416, Schiffsklassifikation.

²⁹⁶ Vgl. Randnummer 464.

Norm betroffenen Märkten nicht unbedingt den Schluss zu, dass die Norm wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat.

e) Diskriminierung

499. Normenvereinbarungen, die eindeutig tatsächliche oder potenzielle Mitglieder diskriminieren, könnten zu Wettbewerbsbeschränkungen führen. Werden durch Normungsorganisationen zum Beispiel ausdrücklich nur Unternehmen des vorgelagerten Marktes (also Unternehmen, die nicht auf dem nachgelagerten Markt tätig sind) ausgeschlossen, könnte dies zu einem Ausschluss potenziell besserer vorgelagerter Technologien führen.

f) Vorherige Offenlegung der Lizenzgebührensätze

500. Normenvereinbarungen, in denen einzelne Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums vorab die restriktivsten Lizenzbedingungen für standardessenzielle Patente oder alle Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums einen kumulierten Höchstsatz²⁹⁷ für Lizenzgebühren offenlegen, stellen grundsätzlich keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 dar. 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. Sieht das von einer Normungsorganisation entworfene Konzept zum Schutz von Rechten des geistigen Eigentums also vor, dass Rechteinhaber vor Annahme der Norm ihre restriktivsten Lizenzbedingungen (einschließlich der höchsten Lizenzgebühren oder der höchsten kumulierten Lizenzgebühren, die sie verlangen würden) einzeln offenlegen, würde dies in der Regel keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 haben²⁹⁸. Eine solche einseitige vorherige Offenlegung der restriktivsten Lizenzbedingungen oder der höchsten kumulierten Lizenzgebühren wäre eine Möglichkeit, die an der Entwicklung einer Norm beteiligten Parteien in die Lage zu versetzen, eine fundierte Entscheidung auf der Grundlage der Vor- und Nachteile der verschiedenen alternativen Technologien zu treffen.

7.4. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3

7.4.1. Effizienzgewinne

501. Mit Normenvereinbarungen werden oft erhebliche Effizienzgewinne erzielt. So kann durch unionsweite 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 technische Interoperabilität und Kompatibilität geschaffen werden, 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

²⁹⁷ Um die Transparenz der potenziellen Kosten für die Umsetzung einer Norm zu erhöhen, könnten Normungsorganisationen eine aktive Rolle bei der Offenlegung der höchsten Lizenzgebühren für die Norm übernehmen. Ähnlich wie beim Konzept eines Patentpools können sich die Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums die Gesamtlizenzgebühren teilen.

²⁹⁸ Eine einseitige oder gemeinsame vorherige Offenlegung der restriktivsten Lizenzbedingungen sollte nicht als Deckmantel für eine gemeinsame Preisfestsetzung von nachgelagerten Produkten oder Ersatzrechten an geistigem Eigentum/Ersatztechnologien dienen, die eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen.

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. Diese Effizienzgewinne können zu einem widerstandsfähigen Binnenmarkt beitragen.

502. Um im Falle von Normenvereinbarungen Nutzen aus Effizienzgewinnen zu ziehen, müssen potenziellen neuen Marktteilnehmern die für die Normanwendung erforderlichen Informationen zur Verfügung stehen²⁹⁹.
503. Die Verbreitung einer Norm kann durch die Verwendung von Gütesiegeln und Logos verbessert werden, die die Normerfüllung belegen und den Kunden dadurch Sicherheit geben. Prüfungs- und Zertifizierungsvereinbarungen gehen über das Hauptziel der Normierung hinaus und stellen normalerweise eine eigene Vereinbarung und einen eigenen Markt dar.
504. Während die Auswirkungen auf die Innovationstätigkeit in jedem Einzelfall untersucht werden müssen, ist es bei Normen, die auf horizontaler Ebene die Kompatibilität zwischen verschiedenen Technologieplattformen sicherstellen, allerdings wahrscheinlich, dass durch sie Effizienzgewinne entstehen.
- 7.4.2. *Unerlässlichkeit*
505. Wettbewerbsbeschränkungen, die weiter gehen, als es für die Erzielung der durch eine Normenvereinbarung oder Standardbedingungen möglichen Effizienzgewinne notwendig ist, erfüllen nicht die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3.
506. Bei der Prüfung von Normenvereinbarungen müssen einerseits ihre anzunehmende Auswirkung auf die betreffenden Märkte und andererseits der Umfang der Beschränkungen, die möglicherweise über das Ziel hinausgehen, Effizienzgewinne zu erzeugen, berücksichtigt werden³⁰⁰.
507. Die Beteiligung an der Normentwicklung sollte in der Regel allen Wettbewerbern auf dem Markt/den Märkten, für den/die die Norm gilt, offenstehen, es sei denn, die Parteien weisen nach, dass dies ineffizient wäre³⁰¹. Alternativ sollten etwaige

²⁹⁹ Vgl. Entscheidung der Kommission vom 15. Dezember 1986 in der Sache IV/31.458, X/Offene Gruppe, Erwägungsgrund 42: „Die Kommission erachtet die Bereitschaft der Gruppe, die Arbeitsergebnisse so schnell als möglich zugänglich zu machen, als einen wesentlichen Bestandteil ihrer Freistellungsentscheidung“.

³⁰⁰ In der Entscheidung der Kommission in der Sache IV/29/151, Philips Video-Cassetterecorders führte die Einhaltung der VCR-Normen zu einem Ausschluss anderer, möglicherweise besserer Systeme. Bei der herausragenden Marktstellung von Philips war dieser Ausschluss besonders gravierend, denn „damit [wurden] den beteiligten Unternehmen Beschränkungen auferlegt, die nicht unerlässlich waren, um die obengenannten Verbesserungen zu erreichen. Die Verwendbarkeit der Video-Kassetten des VCR-Systems für die von anderen Herstellern stammenden Geräte wäre auch dann gesichert gewesen, wenn diese sich lediglich hätten verpflichten müssen, bei der Herstellung nach dem VCR-System die VCR-Normen einzuhalten.“ (Erwägungsgrund 31).

³⁰¹ Vgl. Entscheidung der Kommission vom 15. Dezember 1986 in der Sache IV/31.458, X/Offene Gruppe, Erwägungsgrund 45: „Die Zielsetzungen der Gruppe könnten nicht erreicht werden, wenn Unternehmen, die sich für diese engagieren wollen, ein Anrecht darauf hätten, Mitglied zu werden. Dies würde praktische und logistische Schwierigkeiten für die Organisation der Arbeit mit sich bringen und möglicherweise bewirken, dass geeignete Vorschläge nicht berücksichtigt werden.“ Vgl. ferner die Entscheidung der Kommission in der Sache 39.416, Schiffsklassifikation, Randnummer 36: „[D]ie Verpflichtungszusagen [schaffen] ein angemessenes Verhältnis zwischen der Aufrechterhaltung anspruchsvoller Kriterien für eine IACS-Mitgliedschaft einerseits sowie der Beseitigung unnötiger Hindernisse für eine IACS-Mitgliedschaft andererseits. Die neuen Kriterien gewährleisten, dass nur technisch geeignete KGs für eine IACS-

restriktive Auswirkungen einer beschränkten Beteiligung auf andere Weise beseitigt oder abgeschwächt werden³⁰². Darüber hinaus könnte eine Beschränkung des Teilnehmerkreises durch Effizienzgewinne nach Artikel 101 Absatz 3 aufgewogen werden, wenn die Annahme der Norm durch ein allen Wettbewerbern offenstehendes Verfahren erheblich verzögert worden wäre.

508. Vereinbarungen über Normen sollten sich in der Regel nur auf das erstrecken, was zur Erfüllung ihres Zwecks – sei es technische Interoperabilität und Kompatibilität oder ein bestimmtes Qualitätsniveau – erforderlich ist. Liegt in bestimmten Fällen nur eine technologische Lösung im Interesse der Verbraucher oder der Wirtschaft insgesamt, so sollte die Normsetzung diskriminierungsfrei erfolgen. Technologieneutrale Normen können unter bestimmten Umständen größere Effizienzgewinne ermöglichen. Werden austauschbare Rechte des geistigen Eigentums³⁰³ als wesentlicher Bestandteil einer Norm einbezogen und die Nutzer der Norm gleichzeitig gezwungen, mehr für diese Rechte des geistigen Eigentums zu zahlen, als technisch notwendig wäre, so geht dies über das Maß hinaus, das für die Erzielung der angestrebten Effizienzgewinne notwendig wäre. Ebenso würden die Einbeziehung austauschbarer Rechte des geistigen Eigentums als wesentlicher Bestandteil einer Norm und die gleichzeitige Beschränkung der Nutzung der betreffenden Technologie auf diese bestimmte Norm (d. h. eine ausschließliche Nutzung) den Wettbewerb zwischen Technologien einschränken und wären zudem nicht notwendig, um die angestrebten Effizienzgewinne zu erzielen.
509. Beschränkungen in Normenvereinbarungen, die eine Norm für eine Branche verbindlich machen und ihre Verwendung verpflichtend vorschreiben, sind im Prinzip nicht unerlässlich.
510. Ebenso gehen Normenvereinbarungen, die bestimmten Einrichtungen das ausschließliche Recht übertragen, die Normkonformität zu prüfen, über das primäre Ziel der Normierung hinaus und könnten den Wettbewerb ebenfalls beschränken. Die Ausschließlichkeit kann jedoch für einen bestimmten Zeitraum gerechtfertigt sein, um zum Beispiel die Anlaufkosten zu amortisieren³⁰⁴. Die Normenvereinbarung sollte in diesem Fall angemessene Schutzklauseln vorsehen, um mögliche sich aus der Ausschließlichkeit ergebende Wettbewerbsrisiken zu minimieren. Dies betrifft

Mitgliedschaft infrage kommen, wodurch verhindert wird, dass die Wirksamkeit und Qualität der IACS-Tätigkeiten durch zu milde Anforderungen für eine Mitwirkung bei IACS unzulässig beeinträchtigt wird. Gleichzeitig hindern die neuen Kriterien KGs, die technisch kompetent und hierzu bereit sind, nicht am Beitritt zur IACS“.

³⁰² Vgl. Randnummer 477 zur Sicherstellung, dass die Beteiligten über die laufenden Arbeiten informiert und konsultiert werden, wenn die Beteiligung eingeschränkt ist.

³⁰³ Technologien, die von den Nutzern/Lizenznehmern aufgrund der spezifischen Merkmale der Technologie und in Bezug auf ihren Zweck als untereinander austauschbar oder als Ersatz für eine andere Technologie betrachtet werden.

³⁰⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang die Entscheidung der Kommission vom 29. November 1995 in den Sachen IV/34.179, 34.202, 216, Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf und Federatie van Nederlandse Kraanverhuurbedrijven, Erwägungsgrund 23: „Das Verbot, Firmen ohne SCK-Zertifikat als Subunternehmer einzuschalten, schränkt die Handlungsfreiheit der zertifizierten Unternehmen ein. Die Frage, ob dieses Verbot als Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 zu beanstanden ist, muss unter den rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen gesehen werden. Ginge das Verbot mit einem allen offenstehenden, unabhängigen und transparenten Zertifizierungssystem einher, das auch die Anerkennung gleichwertiger Garantien anderer Systeme beinhaltet, ließe sich argumentieren, dass es keine Wettbewerbsbeschränkungen bewirkt, sondern ausschließlich darauf ausgerichtet ist, die Qualität der zertifizierten Gegenstände oder Dienstleistungen vollständig zu gewährleisten.“

unter anderem die Zertifizierungsgebühr, die zumutbar sein und in einem angemessenen Verhältnis zu den Kosten der Konformitätsprüfung stehen muss.

7.4.3. Weitergabe an die Verbraucher

511. Durch unerlässliche Beschränkungen erzielte Effizienzgewinne müssen in einem Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Normenvereinbarung überwiegen. Bei der Prüfung, ob die Effizienzgewinne auch tatsächlich an die Verbraucher weitergegeben werden, wird insbesondere darauf geachtet, mit welchen Verfahren gewährleistet wird, dass die Interessen der Normenanwender und der Endkunden geschützt sind. Fördern Normen die technische Interoperabilität und Kompatibilität und/oder den Wettbewerb zwischen neuen und bereits eingeführten Produkten, Dienstleistungen und Verfahren, so kann davon ausgegangen werden, dass die betreffende Norm den Verbrauchern zugutekommt.

7.4.4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs

512. 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 ein wichtiger Anhaltspunkt bei einer solchen Prüfung sind, kann das Ausmaß der verbleibenden Quellen tatsächlichen Wettbewerbs nicht allein anhand der Marktanteile ermessen werden, es sei denn, eine Norm hat sich in der betreffenden Branche als De-facto-Norm durchgesetzt³⁰⁵. In letzterem Fall könnte der Wettbewerb ausgeschaltet werden, wenn Dritten effektiv der Zugang zu dieser Norm verwehrt ist.

7.5. Beispiele

513. Festsetzung von Normen, die Wettbewerber nicht erfüllen können

Beispiel 1

Sachverhalt: Eine Normungsorganisation vereinbart und veröffentlicht Sicherheitsstandards, die in der betreffenden Branche weitverbreitet sind. Die Branche ist umfassend in die Entwicklung 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 und von dem technischen Ausschuss der Normungsorganisation anerkannt wird. Die technischen Spezifikationen der Sicherheitsnorm sind allerdings ohne objektive Begründung so formuliert, dass weder dieses spezifische Produkt noch andere neue Produkte die Norm erfüllen.

Analyse: Bei dieser Normenvereinbarung sind wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 wahrscheinlich, aber es ist unwahrscheinlich, dass sie die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt. Die Mitglieder der Normungsorganisation haben die Norm ohne objektive Begründung 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, die nicht auf

³⁰⁵

Mit De-facto-Norm wird eine Situation bezeichnet, in der eine (nicht rechtsverbindliche) Norm in der Praxis vom Großteil einer Branche verwendet wird.

diskriminierungsfreier Grundlage festgelegt wurde, 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.

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

Beispiel 2

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 Entwicklung der Norm gewährleistet ist und c) die Normenvereinbarung den Wettbewerb ansonsten nicht einschränkt, liegt wahrscheinlich 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 wahrscheinlich zu wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 führen.

515. Normenvereinbarung ohne Offenlegung der Rechte des geistigen Eigentums

Beispiel 3

Sachverhalt: Eine private Normungsorganisation für die Normierung im Informations- und Kommunikationstechnologiesektor vertritt im Bereich Rechte des geistigen Eigentums einen Ansatz, der die Offenlegung von Rechten des geistigen Eigentums, die für die künftige Norm erforderlich sein könnten, weder notwendig macht noch fördert. Die Normungsorganisation hat insbesondere deswegen bewusst entschieden, eine solche Verpflichtung nicht aufzunehmen, da in der Regel alle für die künftige Norm möglicherweise relevanten Technologien bereits durch zahlreiche Rechte des geistigen Eigentums geschützt sind. Daher kam die Normungsorganisation zu dem Schluss, dass eine Verpflichtung zur Offenlegung der Rechte des geistigen Eigentums zum Einen nicht den Vorteil mit sich bringen würde, dass die Beteiligten eine Lösung wählen könnten, die keine oder nur wenige Rechte des geistigen Eigentums umfassen würde, und zum Anderen zu zusätzlichen Kosten bei der Prüfung der Frage führen würde, ob die Rechte des geistigen Eigentums entscheidend für die künftige Norm sein könnten. Dieser von der Normungsorganisation vertretene Ansatz zum Schutz der Rechte des geistigen Eigentums erfordert jedoch von allen Beteiligten, sich zu FRAND-Bedingungen zur Lizenzierung aller Rechte des geistigen Eigentums zu verpflichten, die in die künftige Norm einfließen müssten. Dieses Konzept zum Schutz der Rechte des geistigen Eigentums sieht jedoch eine Freistellungsmöglichkeit vor, wenn Inhaber eines bestimmten Rechts dieses von der pauschalen Lizenzierungsverpflichtung ausnehmen wollen. In der betreffenden Branche gibt es mehrere im Wettbewerb stehende Normungsorganisationen. Die Mitwirkung in der Normungsorganisation steht allen Akteuren der Branche frei.

Analyse: In vielen Fällen würde sich eine Verpflichtung zur Offenlegung von Rechten des geistigen Eigentums wettbewerbsfördernd auswirken, indem der

Wettbewerb zwischen Technologien vorab verstärkt wird. Grundsätzlich ermöglicht es eine solche Verpflichtung den Mitgliedern einer Normungsorganisation, den Umfang der einfließenden Rechte des geistigen Eigentums an einer bestimmten Technologie zu berücksichtigen, wenn sie zwischen im Wettbewerb stehenden Technologien entscheiden (oder, wenn möglich, eine Technologie zu wählen, die nicht durch Rechte des geistigen Eigentums geschützt ist). Der Umfang der zu berücksichtigenden Rechte des geistigen Eigentums, die für eine Technologie gelten, hat oft direkte Auswirkungen auf die Zugangskosten zu der Norm. In diesem speziellen Zusammenhang scheinen jedoch alle verfügbaren Technologien durch (zahlreiche) Rechte des geistigen Eigentums geschützt zu sein. Daher hätte eine Offenlegung der Rechte des geistigen Eigentums nicht die positive Wirkung, dass die Mitglieder den Umfang der einzubeziehenden Rechte des geistigen Eigentums berücksichtigen können, wenn sie sich für eine Technologie entscheiden, da unabhängig davon, welche Technologie ausgewählt wird, sie wahrscheinlich durch Rechte des geistigen Eigentums geschützt ist. Die Vereinbarung hat wahrscheinlich keine wettbewerbsschädigenden Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1.

8. STANDARDBEDINGUNGEN

8.1. Begriffsbestimmungen

516. In einigen Branchen verwenden Unternehmen Standardverkaufsbedingungen, die entweder von einem Wirtschaftsverband oder aber direkt von den Wettbewerbern ausgearbeitet worden sind (im Folgenden „Standardbedingungen“)³⁰⁶. Derartige Standardbedingungen fallen dann unter diese Leitlinien, wenn es sich um Standardbedingungen für den Kauf oder Verkauf von Waren oder Dienstleistungen 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, kann dies de facto eine Angleichung der Kauf- bzw. Verkaufsbedingungen in der Branche zur Folge haben³⁰⁷. Branchen, in denen Standardbedingungen eine wichtige Rolle spielen, sind der Bankensektor (zum Beispiel Kontobedingungen) und die Versicherungsbranche.
517. 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.

8.2. Relevante Märkte

518. 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.

³⁰⁶ Solche Standardbedingungen machen unter Umständen nur einen sehr kleinen oder aber einen großen Teil der im endgültigen Vertrag enthaltenen Klauseln aus.

³⁰⁷ Gemeint ist eine Situation, in der (nicht rechtsverbindliche) Standardbedingungen in der Praxis vom Großteil der Branche und/oder für den Großteil der Aspekte des Produkts/der Dienstleistung verwendet werden, was zu einer Einschränkung oder gar einem Mangel an Wahlmöglichkeiten für die Verbraucher führt.

8.3. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 1

8.3.1. Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken

519. Standardbedingungen können wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, 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 in den Standardbedingungen der Anwendungsbereich des Endprodukts festgelegt ist. Bei typischen Konsumgütern schränken die allgemeinen Verkaufsbedingungen weder die Innovation des tatsächlichen Produkts noch die Qualität und Vielfalt des Produkts ein.
520. 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.
521. 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 Marktabstottung. Solange allen, die Zugang zu den Standardbedingungen wünschen, dieser Zugang nicht verwehrt wird, ist eine wettbewerbswidrige Marktabstottung unwahrscheinlich.

8.3.2. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

522. Vereinbarungen, die Standardbedingungen als Teil einer umfassenderen restriktiven Vereinbarung verwenden, wodurch der tatsächliche oder potenzielle Wettbewerb ausgeschlossen werden soll, bezwecken ferner eine Wettbewerbsbeschränkung. Ein Beispiel wäre, wenn ein Berufsverband einem neuen Marktteilnehmer den Zugang zu seinen Standardbedingungen verwehrt, deren Verwendung für den Markteintritt unerlässlich ist.
523. Bei Standardbedingungen mit Bestimmungen, die sich direkt auf Kundenpreise auswirken (zum Beispiel Preisempfehlungen oder Rabatte), handelt es sich ebenfalls um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung.

8.3.3. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen

524. 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.
525. Solange (über einen Wirtschaftsverband oder direkt) eine **uneingeschränkte** Beteiligung der Wettbewerber auf dem relevanten Markt an der tatsächlichen Festlegung von Standardbedingungen gewährleistet ist und es sich um **nicht verbindliche** und **uneingeschränkt zugängliche** Standardbedingungen handelt, ist (unter dem in den Randnummern 527–531 erläuterten Vorbehalt) nicht damit zu rechnen, dass derartige Vereinbarungen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben.

526. Zugängliche und nicht verbindliche Standardbedingungen für den Verkauf von Konsumgütern 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.
527. Erstens könnten Standardbedingungen für den Verkauf von Konsumgütern oder Dienstleistungen, in denen der Anwendungsbereich des verkauften Produkts festgelegt ist, sodass ein höheres Risiko einer Einschränkung des Produktangebots besteht, zu wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 führen, wenn ihre allgemeine Anwendung de facto wahrscheinlich zu einer Abstimmung führen würde. Dies könnte der Fall sein, wenn Standardbedingungen aufgrund ihrer allgemein gängigen Anwendung de facto zu einer Einschränkung von Innovation und Produktvielfalt am Markt führen. Ein solcher Fall könnte vorliegen, wenn die Standardbedingungen in Versicherungsverträgen den Kunden in seiner praktischen Wahl zentraler Vertragselemente (zum Beispiel abgedeckte Standardrisiken) einschränken würden. Selbst wenn die Verwendung von Standardbedingungen nicht vorgeschrieben ist, könnten sie den Wettbewerbern den Anreiz nehmen, auf der Grundlage von Produktvielfalt mit den anderen Wettbewerbern zu konkurrieren. Dieses Problem könnte dadurch gelöst werden, dass den Versicherungsgesellschaften die Möglichkeit eröffnet wird, auch andere Risiken als die Standardrisiken in ihre Versicherungsverträge aufzunehmen.
528. Bei der Prüfung, ob das Risiko besteht, dass die Standardbedingungen sich wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkend auswirken, indem das Produktangebot eingeschränkt wird, sollten Faktoren wie der auf dem Markt bestehende Wettbewerb berücksichtigt werden. Gibt es beispielsweise eine große Zahl kleinerer Wettbewerber, scheint das Risiko einer Einschränkung des Produktangebots geringer, als wenn es nur einige große Wettbewerber gibt³⁰⁸. Die Marktanteile der bei der Festlegung der Standardbedingungen beteiligten Unternehmen könnten ebenfalls einen gewissen Aufschluss darüber geben, wie wahrscheinlich es ist, dass die Standardbedingungen positiv angenommen oder dass sie von einem Großteil des Markts angewandt werden. In diesem Zusammenhang ist jedoch nicht nur zu prüfen, ob die Standardbedingungen wahrscheinlich von einem Großteil des Markts angewandt werden, sondern auch, ob die Standardbedingungen nur einen Teil des Produkts oder aber das gesamte Produkt abdecken (je kleiner der Anwendungsbereich der Standardbedingungen ist, desto unwahrscheinlicher ist es, dass sie insgesamt zu einer Beschränkung des Produktangebots führen). In Fällen, in denen es ohne Standardbedingungen nicht möglich wäre, ein bestimmtes Produkt anzubieten, wären wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 sehr unwahrscheinlich. Das Produktangebot würde in einem solchen Fall durch das Festlegen von Standardbedingungen eher ausgeweitet und nicht eingeschränkt.
529. Zweitens können sich die Standardbedingungen, selbst wenn in ihnen nicht der tatsächliche Anwendungsbereich des Endprodukts festgelegt ist, aus anderen

³⁰⁸ Sollten bisherige Erfahrungen mit Standardbedingungen auf dem relevanten Markt zeigen, dass die Standardbedingungen nicht zu weniger Wettbewerb bei der Produktvielfalt geführt haben, könnte dies auch ein Hinweis darauf sein, dass dieselbe Art Standardbedingungen für ein verwandtes Produkt auch keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen hat.

Gründen als entscheidender Teil des Geschäfts mit dem Kunden erweisen. 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, 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; Standardbedingungen, die die vorgenannten Aspekte abdecken, könnten deshalb sehr schnell eine De-facto-Norm werden, die Unternehmen erfüllen müssten, um auf dem Markt erfolgreich zu sein. 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.

530. Ist die Verwendung von Standardbedingungen zwingend, müssen sie auf ihre Auswirkungen auf Produktqualität, Produktvielfalt und Innovation geprüft werden (insbesondere, wenn die Standardbedingungen für den gesamten Markt verbindlich sind).
531. Sollten die (verbindlichen oder nicht verbindlichen) Standardbedingungen zudem Bestimmungen enthalten, bei denen es wahrscheinlich ist, dass sie sich in Bezug auf Preise negativ auf den Wettbewerb auswirken (zum Beispiel Bestimmungen über Rabattarten), würden sie wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 haben.

8.4. Kartellrechtliche Würdigung nach Artikel 101 Absatz 3

8.4.1. Effizienzgewinne

532. 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 werden. Standardbedingungen ermöglichen Effizienzgewinne (zum Beispiel in Form geringerer Transaktionskosten) und können in bestimmten Branchen (insbesondere in jenen mit komplexen Verträgen) den Marktzutritt erleichtern. Standardbedingungen können auch die Rechtssicherheit für die Vertragsparteien erhöhen. Diese Effizienzgewinne können zu einem widerstandsfähigen Binnenmarkt beitragen.
533. Je mehr Wettbewerber es auf einem Markt gibt, desto größer sind die Effizienzgewinne, die in Bezug auf einen erleichterten Vergleich der angebotenen Bedingungen erzielt werden.

8.4.2. Unerlässlichkeit

534. Wettbewerbsbeschränkungen, die weiter gehen, als es für die Erzielung der durch Standardbedingungen möglichen Effizienzgewinne notwendig ist, erfüllen nicht die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3. Es ist in der Regel nicht gerechtfertigt, Standardbedingungen für die Branche verbindlich und obligatorisch zu machen. Es kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass in bestimmten Fällen für verbindlich erklärte Standardbedingungen für die Erzielung der mit ihnen angestrebten Effizienzgewinne unerlässlich sind.

8.4.3. Weitergabe an die Verbraucher

535. 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, 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.

536. Bestimmte, durch die Verwendung von Standardbedingungen entstehende Effizienzgewinne sind zwangsläufig zum Vorteil der Verbraucher, zum Beispiel bessere Vergleichsmöglichkeiten auf einem Markt, der erleichterte Wechsel zu einem anderen Anbieter und die Rechtssicherheit der Klauseln in den Standardbedingungen. Bei anderen möglichen Effizienzgewinnen (zum Beispiel niedrigeren Transaktionskosten) ist im Einzelfall und unter Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Bedingungen zu prüfen, ob eine Weitergabe dieser Effizienzgewinne an die Verbraucher wahrscheinlich ist.

8.4.4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs

537. Verwendet ein Großteil einer Branche Standardbedingungen, könnte dies dazu führen, dass mit diesen Bedingungen eine De-facto-Norm geschaffen wird. In einem solchen Fall könnte der Wettbewerb ausgeschaltet werden, wenn Dritten effektiv der Zugang zu dieser Norm verwehrt ist. Betreffen die Standardbedingungen jedoch nur einen begrenzten Teil des Produkts oder der Dienstleistung, ist es unwahrscheinlich, dass der Wettbewerb ausgeschaltet wird.

8.5. Beispiele

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

Beispiel 1

Sachverhalt: Ein Stromversorgerverband legt nicht verbindliche Standardbedingungen für Stromlieferungen an Endkunden 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 (zum Beispiel 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 des Artikels 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.

539. Standardbedingungen für Verträge zwischen Unternehmen

Beispiel 2

Sachverhalt: Unternehmen 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 (zum Beispiel eine Klausel, der zufolge der Auftragnehmer das Recht hat, die Arbeiten aufgrund ausbleibender Zahlungen auszusetzen), Versicherungen, Dauer, Übergabe und Mängel, Haftungsbeschränkungen und Kündigung usw. Diese Standardbedingungen finden häufig für Verträge zwischen Unternehmen Anwendung, 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 des Artikels 101 Absatz 1 haben. Normalerweise würde der Kunde 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.

540. Standardbedingungen, die den Produktvergleich erleichtern

Beispiel 3

Sachverhalt: Ein nationaler Verband der Versicherungsbranche verbreitet nicht verbindliche, standardisierte Bedingungen für Versicherungen für Wohngebäude. Die Bedingungen enthalten weder Angaben zu den vom Versicherungsnehmer zu zahlenden Versicherungsprämien noch Hinweise dazu, bis zu welcher Höhe das Risiko abgedeckt ist oder wie hoch die Selbstbeteiligung ist. Sie schreiben keine globale Deckung eingeschlossen Deckungen für Risiken vor, denen eine große Anzahl von Versicherungsnehmern nicht gleichzeitig ausgesetzt ist, und verpflichten den Versicherungsnehmer nicht, unterschiedliche Risiken bei demselben Versicherer zu versichern. 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 neuen Marktteilnehmer gleichermaßen zugänglich.

Analyse: Diese standardisierten Versicherungsbedingungen betreffen die Zusammensetzung des endgültigen Versicherungsprodukts. Sollten die Marktbedingungen und andere Faktoren erkennen lassen, dass das Risiko einer Einschränkung der Produktvielfalt bestehen könnte, die darauf zurückzuführen ist, dass Versicherungsgesellschaften solche standardisierten Versicherungsbedingungen verwenden, ist es dennoch wahrscheinlich, dass eine solche mögliche Einschränkung durch gleichzeitig erwachsende Effizienzgewinne überwogen würde (so kann der Kunde etwa die von den Versicherungsgesellschaften gebotenen Bedingungen besser miteinander vergleichen). Solche Vergleiche wiederum erleichtern den Wechsel

zwischen Versicherungsgesellschaften und beleben somit den Wettbewerb. Der Wechsel zwischen Anbietern sowie der Markteintritt von Wettbewerbern stellen einen Vorteil für die Verbraucher da. Die Tatsache, dass eine Verbraucherorganisation an dem Prozess beteiligt war, erhöht in bestimmten Fällen die Wahrscheinlichkeit, dass derartige Effizienzgewinne, die nicht automatisch den Verbrauchern zugutekommen, an diese weitergegeben werden. Außerdem ist es wahrscheinlich, dass die standardisierten Versicherungsbedingungen die Transaktionskosten senken und den Versicherungsgesellschaften den Eintritt in einen anderen räumlich und/oder sachlich relevanten Markt 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 des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt sind.

9. NACHHALTIGKEITSVEREINBARUNGEN

9.1. Einleitung

541. Im Mittelpunkt dieses Kapitels steht die Prüfung von Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die ein oder mehrere Nachhaltigkeitsziele verfolgen (im Folgenden „Nachhaltigkeitsvereinbarungen“).
542. Die nachhaltige Entwicklung ist ein Grundprinzip des Vertrags über die Europäische Union und ein vorrangiges Ziel für die politischen Maßnahmen der Union³⁰⁹. Die Kommission hat sich verpflichtet, die Ziele der Vereinten Nationen für nachhaltige Entwicklung³¹⁰ umzusetzen. Im Einklang mit dieser Verpflichtung wird im europäischen Grünen Deal³¹¹ eine Wachstumsstrategie dargelegt, mit der die Union zu einer fairen und wohlhabenden Gesellschaft mit einer modernen, ressourceneffizienten und wettbewerbsfähigen Wirtschaft werden soll, in der ab 2050 keine Netto-Treibhausgasemissionen mehr freigesetzt werden und das Wirtschaftswachstum von der Ressourcennutzung abgekoppelt ist.
543. Im weitesten Sinne bezeichnet die nachhaltige Entwicklung die Fähigkeit der Gesellschaft, die heute verfügbaren Ressourcen zu verbrauchen und zu nutzen, ohne die Fähigkeit künftiger Generationen zu gefährden, ihre eigenen Bedürfnisse zu decken. Sie umfasst Tätigkeiten, die die wirtschaftliche, ökologische und soziale Entwicklung (einschließlich Arbeitnehmer- und Menschenrechte) unterstützen³¹². Der Begriff des Nachhaltigkeitsziels umfasst daher unter anderem die Bekämpfung des Klimawandels (z. B. durch die Verringerung der Treibhausgasemissionen), die Vermeidung von Umweltverschmutzung, die Begrenzung der Nutzung natürlicher Ressourcen, die Achtung der Menschenrechte, die Förderung einer widerstandsfähigen Infrastruktur und von Innovationen, die Verringerung der

³⁰⁹ Artikel 3 EUV.

³¹⁰ Die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung, im Jahr 2015 angenommen von allen Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen.

³¹¹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Der europäische Grüne Deal (COM(2019) 640 final).

³¹² Vgl. zum Beispiel die am 27. Juli 2012 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen angenommene Resolution 66/288.

Nahrungsmittelverschwendung, die Erleichterung des Übergangs zu gesunden und nährstoffreichen Nahrungsmitteln, die Gewährleistung des Tierschutzes.³¹³

544. Die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts trägt zu einer nachhaltigen Entwicklung bei, indem es einen wirksamen Wettbewerb gewährleistet, der Innovationen anregt, die Qualität und die Auswahl an Produkten erhöht, eine effiziente Ressourcenallokation sicherstellt, die Produktionskosten senkt und damit zum Verbraucherwohl beiträgt.
545. Ein Problem im Zusammenhang mit der nachhaltigen Entwicklung besteht jedoch darin, dass einzelne Produktions- und Verbrauchsentscheidungen negative Auswirkungen (im Folgenden „negative externe Effekte“), beispielsweise auf die Umwelt, haben können, die von den Wirtschaftsbeteiligten oder Verbrauchern, die sie verursachen, nicht ausreichend berücksichtigt werden. Solches Marktversagen kann durch kollektive Maßnahmen abgemildert oder behoben werden, z. B. durch öffentliche Maßnahmen, sektorspezifische Vorschriften oder Kooperationsvereinbarungen zwischen Unternehmen, die eine nachhaltige Produktion oder einen nachhaltigen Verbrauch fördern.
546. Wenn Marktversagen durch geeignete Vorschriften, z. B. verbindliche Unionsnormen in Bezug auf Umweltverschmutzung, Preisbildungsmechanismen wie das EU-Emissionshandelssystem (EHS) und Steuern, behoben wird, sind zusätzliche Maßnahmen der Unternehmen, z. B. durch Kooperationsvereinbarungen, möglicherweise nicht erforderlich. Kooperationsvereinbarungen können jedoch notwendig werden, wenn das Marktversagen weiterhin besteht und die staatlichen Maßnahmen und Vorschriften nicht ausreichen, um dies zu beheben.
547. Nachhaltigkeitsziele können mit verschiedenen Arten von Kooperationsvereinbarungen verfolgt werden, einschließlich derer, die in den vorstehenden Kapiteln dieser Leitlinien behandelt wurden. Vereinbarungen, die Nachhaltigkeitsziele verfolgen, sind keine eigene Art von Kooperationsvereinbarungen. Der in diesen Leitlinien verwendete Begriff „Nachhaltigkeitsvereinbarung“ bezieht sich in der Regel auf jede Art von horizontaler Kooperationsvereinbarung, die tatsächlich ein oder mehrere Nachhaltigkeitsziele verfolgt, unabhängig von der Form der Zusammenarbeit. Betrifft eine Nachhaltigkeitsvereinbarung eine Art der Zusammenarbeit, die in einem der vorstehenden Kapitel dieser Leitlinien beschrieben ist, so richtet sich ihre Prüfung nach den in diesen Kapiteln dargelegten Grundsätzen und Erwägungen, wobei das verfolgte spezifische Nachhaltigkeitsziel zu berücksichtigen ist.

³¹³ In der Agenda 2030 der Vereinten Nationen für nachhaltige Entwicklung werden 17 Ziele für nachhaltige Entwicklung genannt (darunter zum Beispiel Ziel 7: Zugang zu bezahlbarer, verlässlicher, nachhaltiger und moderner Energie für alle sichern; Ziel 9: Eine widerstandsfähige Infrastruktur aufbauen, breitenwirksame und nachhaltige Industrialisierung fördern und Innovationen unterstützen; Ziel 13: Umgehend Maßnahmen zur Bekämpfung des Klimawandels und seiner Auswirkungen ergreifen) und 169 Zielvorgaben (darunter z. B. die Zielvorgabe 9.1: Eine hochwertige, verlässliche, nachhaltige und widerstandsfähige Infrastruktur aufbauen, einschließlich regionaler und grenzüberschreitender Infrastruktur, um die wirtschaftliche Entwicklung und das menschliche Wohlergehen zu unterstützen, und dabei den Schwerpunkt auf einen erschwinglichen und gleichberechtigten Zugang für alle legen; und Zielvorgabe 13.1: Die Widerstandskraft und die Anpassungsfähigkeit gegenüber klimabedingten Gefahren und Naturkatastrophen in allen Ländern stärken).

548. Nachhaltigkeitsvereinbarungen geben nur dann Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken nach Artikel 101 Absatz 1, wenn sie schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen in Form von bezweckten Beschränkungen mit sich bringen oder entgegen Artikel 101 Absatz 1 spürbare negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben. Wenn Nachhaltigkeitsvereinbarungen gegen Artikel 101 Absatz 1 verstoßen, können sie dennoch nach Artikel 101 Absatz 3 gerechtfertigt sein, wenn die vier Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt sind. Ausführliche Hinweise zur Prüfung dieser Voraussetzungen finden sich in den Leitlinien der Kommission für die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3³¹⁴. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen können allein deshalb nicht von dem Verbot des Artikels 101 Absatz 1 ausgenommen werden, weil sie für die Verfolgung eines Nachhaltigkeitsziels erforderlich sind³¹⁵. Beschränkungen, die eine Nebenbedingung einer Nachhaltigkeitsvereinbarung sind, die mit Artikel 101 Absatz 1 vereinbar ist, fallen ebenso nicht in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung³¹⁶.
549. Dieses Kapitel enthält zusätzliche Orientierungshilfen für die Prüfung dieser Bedingungen, insbesondere durch die Klärung der Frage, wann Nachhaltigkeitsvorteile als qualitative oder quantitative Effizienzgewinne bei der Prüfung nach Artikel 101 Absatz 3 berücksichtigt werden können.
550. Dieses Kapitel ist folgendermaßen aufgebaut: In Abschnitt 9.2 werden Beispiele für Nachhaltigkeitsvereinbarungen aufgeführt, die wahrscheinlich keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken geben, da sie weder eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen noch spürbare Auswirkungen auf den Wettbewerb haben und somit nicht unter Artikel 101 Absatz 1 fallen; Abschnitt 9.3 enthält Orientierungshilfen zu spezifischen Aspekten der Prüfung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 1 und konzentriert sich auf die üblichsten Nachhaltigkeitsvereinbarungen, durch die Nachhaltigkeitsstandards festgelegt werden. Abschnitt 9.4 enthält spezifische Aspekte der Würdigung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 3. In Abschnitt 9.5 werden die Folgen der Beteiligung der öffentlichen Hand am Abschluss von Nachhaltigkeitsvereinbarungen behandelt. In Abschnitt 9.7 werden schließlich hypothetische Beispiele für Nachhaltigkeitsvereinbarungen geprüft.

9.2. Nachhaltigkeitsvereinbarungen, die keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken aufwerfen

551. Nicht alle Nachhaltigkeitsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern werden von Artikel 101 erfasst. Wenn solche Vereinbarungen keine Auswirkungen auf

³¹⁴ Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (im Folgenden „Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3“) (ABl. C 101 vom 27.4.2004, S. 97).

³¹⁵ Der AEUV sieht ausdrückliche Ausnahmen von der Anwendung der Wettbewerbsvorschriften nur für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gemäß Artikel 106 Absatz 2 AEUV und für die Verwirklichung der Ziele der gemeinsamen Agrarpolitik gemäß Artikel 42 des AEUV vor. Vergleiche ferner die Fälle, in denen der Gerichtshof anerkannt hat, dass Beschränkungen, die mit den legitimen Zielen bestimmter Berufe verbunden sind, vom Verbot des Artikels 101 Absatz 1 ausgenommen werden können, wenn die sich daraus ergebenden wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen mit der Verfolgung dieser Ziele verbunden sind (siehe Urteil des Gerichtshofs vom 19. Februar 2002, Wouters u. a., C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98; Urteil des Gerichtshofs vom 16. Juli 2006, Meca-Medina und Majcen/Kommission, C-519/04 P, ECLI:EU:C:2006:492).

³¹⁶ Vgl. Abschnitt 1.2.6.

Wettbewerbsparameter wie Preis, Menge, Qualität, Auswahl oder Innovation haben, können sie keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken aufwerfen. Die folgenden Beispiele sind illustrativ und nicht erschöpfend.

- 552. Erstens fallen Vereinbarungen, die nicht die wirtschaftliche Tätigkeit von Wettbewerbern, sondern deren unternehmensinternes Verhalten betreffen, in der Regel nicht in den Anwendungsbereich des Artikels 101. Die Wettbewerber können sich bemühen, den Ruf der Branche als umweltbewusst zu verbessern, und zu diesem Zweck beispielsweise Maßnahmen zur Beseitigung von Einwegplastik in ihren Geschäftsräumen, zur Einhaltung bestimmter Raumtemperaturen in Gebäuden oder zur Begrenzung der Anzahl von Drucksachen pro Tag vereinbaren.
- 553. Zweitens werfen Vereinbarungen über die Einrichtung einer Datenbank mit Informationen über Anbieter, die über nachhaltige Wertschöpfungsketten verfügen, nachhaltige Produktionsverfahren anwenden und nachhaltige Inputs liefern, oder über Händler, die Produkte auf nachhaltige Weise verkaufen, im Allgemeinen keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken im Sinne des Artikels 101 auf, solange die Parteien nicht verpflichtet sind, bei diesen Anbietern zu kaufen oder an diese Händler zu verkaufen.
- 554. Drittens sind Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern über die Organisation von branchenweiten Sensibilisierungskampagnen oder von Kampagnen zur Sensibilisierung der Kunden für den ökologischen Fußabdruck ihres Konsums, ohne dass solche Kampagnen auf eine gemeinsame Werbung für bestimmte Produkte hinauslaufen, im Allgemeinen ebenfalls nicht geeignet, wettbewerbsrechtliche Bedenken nach Artikel 101 aufzuwerfen.

9.3. Kartellrechtliche Würdigung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 1

9.3.1. Grundlagen

- 555. Wenn Nachhaltigkeitsvereinbarungen einen oder mehrere Wettbewerbsparameter beeinträchtigen, müssen sie möglicherweise nach Artikel 101 Absatz 1 gewürdigt werden.
- 556. Nachhaltigkeitsvereinbarungen, die einer der in den vorstehenden Kapiteln dieser Leitlinien behandelten Arten von Kooperationsvereinbarungen entsprechen, werden nach Artikel 101 Absatz 1 wie in diesen Kapiteln beschrieben gewürdigt. Eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern, gemeinsam eine Produktionstechnologie zu entwickeln, die den Energieverbrauch senkt, muss beispielsweise nach den in Kapitel 2 (FuE-Vereinbarungen) dargelegten Grundsätzen geprüft werden. Eine Vereinbarung zur gemeinsamen Nutzung von Infrastrukturen mit dem Ziel, den ökologischen Fußabdruck eines Produktionsprozesses zu verringern, muss nach den in Kapitel 3 (Produktionsvereinbarungen) dargelegten Grundsätzen beurteilt werden.
- 557. Eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern, gemeinsam Produkte zu kaufen, die einen begrenzten ökologischen Fußabdruck als Input für ihre Produktion haben, oder nur bei Anbietern zu kaufen, die bestimmte Nachhaltigkeitsgrundsätze einhalten, muss nach den in Kapitel 4 (Einkaufsvereinbarungen)³¹⁷ dargelegten Grundsätzen beurteilt werden.

³¹⁷ Vgl. Abschnitt 4.2.3.2.

558. Ebenso fallen Nachhaltigkeitsvereinbarungen in Form von FuE- oder Spezialisierungsvereinbarungen unter die jeweiligen Gruppenfreistellungsverordnungen, wenn die dort genannten Voraussetzungen für eine Freistellung erfüllt sind.
559. Die Tatsache, dass eine Vereinbarung tatsächlich ein Nachhaltigkeitsziel verfolgt, kann bei der Entscheidung, ob die betreffende Beschränkung eine bezweckte oder bewirkte Beschränkung im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 ist, berücksichtigt werden³¹⁸.
560. Wenn Parteien vorgeben, dass eine Vereinbarung, die dem Anschein nach der Preisfestsetzung, der Aufteilung von Märkten oder Kunden, der Beschränkung der Produktion oder der Innovation dient, in Wirklichkeit ein Nachhaltigkeitsziel verfolgt, müssen sie alle Tatsachen und Nachweise vorlegen, die belegen, dass die Vereinbarung tatsächlich ein solches Ziel verfolgt und nicht dazu dient, eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zu verschleiern. Lässt sich anhand der Nachweise feststellen, dass die Vereinbarung tatsächlich ein echtes Nachhaltigkeitsziel verfolgt, so sind ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb zu prüfen³¹⁹.

9.3.2. *Vereinbarungen zur Normung der Nachhaltigkeit*

9.3.2.1. Begriffsbestimmungen und Eigenschaften

561. Um einen Beitrag zur nachhaltigen Entwicklung zu leisten, können Wettbewerber vereinbaren, nicht nachhaltige Produkte (z. B. fossile Brennstoffe wie Öl und Kohle, Kunststoffe) und Verfahren (z. B. Abfackeln von Gas) auslaufen zu lassen, vom Markt zu nehmen oder in einigen Fällen durch nachhaltige zu ersetzen. Die Wettbewerber könnten ferner vereinbaren, die Verpackungsmaterialien zu harmonisieren, um die Wiederverwertung zu erleichtern, oder die Verpackungsgrößen (und damit den Produktinhalt) zu harmonisieren, um den Abfall zu verringern. Die Wettbewerber können ferner vereinbaren, Produktionsmittel nur dann zu kaufen, wenn die gekauften Produkte auf nachhaltige Weise hergestellt werden. Ebenso können Wettbewerber bestimmte Bedingungen vereinbaren, um die artgerechte Tierhaltung zu verbessern (z. B. vereinbarte Standards, um den Tieren mehr Platz zu bieten). Zu diesem Zweck können sich die Wettbewerber verpflichten, bestimmte Nachhaltigkeitsstandards anzunehmen und einzuhalten. Solche Vereinbarungen werden in diesem Kapitel als „Vereinbarungen zur Normung der Nachhaltigkeit“ oder „Nachhaltigkeitsstandards“ bezeichnet.
562. In Vereinbarungen zur Normung der Nachhaltigkeit werden die Anforderungen festgelegt, die Erzeuger, Händler, Hersteller, Einzelhändler oder Dienstleister in einer Lieferkette in Bezug auf eine breite Auswahl von Nachhaltigkeitskriterien –

³¹⁸ Bei der Prüfung der Frage, ob eine Vereinbarung zwischen Unternehmen eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt, um als „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 aufgefasst zu werden, sind der Inhalt ihrer Bestimmungen, ihre Ziele und der wirtschaftliche und rechtliche Kontext, in den sie sich einfügt, zu berücksichtigen. Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 11. September 2014, CB/Kommission, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 53.

³¹⁹ Grundsätzlich sollten die Nachweise für die Verfolgung eines Nachhaltigkeitsziels so beschaffen sein, dass ein begründeter Zweifel am wettbewerbswidrigen Zweck der Vereinbarung besteht. Die Verfolgung des Nachhaltigkeitsziels sollte jedoch nicht in Zweifel gezogen werden. Vgl. entsprechend Urteil des Gerichtshofs vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 107 und 108.

wie beispielsweise die Umweltauswirkungen der Produktion – erfüllen müssen³²⁰. Vereinbarungen zur Normung der Nachhaltigkeit enthalten üblicherweise Regeln, Leitlinien oder Merkmale für Produkte und Produktionsmethoden in Bezug auf derartige Nachhaltigkeitskriterien und werden manchmal auch als Nachhaltigkeitssysteme bezeichnet. Häufig handelt es sich um private Initiativen, die von einseitig von Unternehmen festgelegten Verhaltenskodizes über von zivilgesellschaftlichen Organisationen angeregte Standards bis hin zu Initiativen mehrerer Interessenträger reichen können, an denen Unternehmen der gesamten Wertschöpfungskette beteiligt sind³²¹. Diese Leitlinien beziehen sich nur auf Nachhaltigkeitsstandards, die von Wettbewerbern entwickelt wurden oder an denen Wettbewerber beteiligt sind, einschließlich Qualitätszeichen und Gütesiegel.

- 563. Vereinbarungen zur Normung der Nachhaltigkeit weisen Ähnlichkeiten mit den in Kapitel 7 behandelten Normenvereinbarungen auf. Sie weisen jedoch auch Merkmale auf, die für diese Normenvereinbarungen untypisch oder weniger ausgeprägt sind.
- 564. Erstens kann die Annahme eines Nachhaltigkeitsstandards dazu führen, dass ein ökologisches Gütesiegel, Logo oder Markenname für Produkte eingeführt wird, die bestimmte Mindestanforderungen erfüllen. Die Verwendung eines solchen Gütesiegels, Logos oder Markennamens verpflichtet in der Regel zur Einhaltung der Norm. Die Unternehmen können das Gütesiegel/das Logo/den Markennamen verwenden, solange sie die Nachhaltigkeitsbedingungen erfüllen, und verlieren entsprechen das Recht auf die Verwendung, wenn sie diese Anforderungen nicht mehr erfüllen.
- 565. Zweitens können die Kosten für die Einhaltung eines Nachhaltigkeitsstandards hoch sein, insbesondere wenn Änderungen an bestehenden Produktions- oder Handelsverfahren erforderlich sind, um dem Nachhaltigkeitsstandard zu entsprechen. Daher kann die Einhaltung eines Nachhaltigkeitsstandards zu einer Erhöhung der Produktions- oder Vertriebskosten und folglich zu einem Anstieg des Preises der von den Parteien verkauften Produkte führen.
- 566. Drittens sind Fragen der Interoperabilität und Kompatibilität zwischen Technologien bei Nachhaltigkeitsnormen im Gegensatz zu technischen Normen, die die Interoperabilität gewährleisten und den Wettbewerb zwischen Technologien verschiedener Unternehmen bei der Entwicklung von Normen fördern, in der Regel irrelevant.
- 567. Viertens sind viele Nachhaltigkeitsstandards prozess-, management- oder leistungsbezogen. Das bedeutet, dass Nachhaltigkeitsstandards im Gegensatz zu vielen technischen Normen häufig ein zu erreichendes Ziel vorgeben, ohne bestimmte Technologien oder Produktionsmethoden vorzuschreiben. Wer Nachhaltigkeitsstandards einführt, kann sich zwar auf das Ziel verpflichten, bleibt aber frei in der Entscheidung über den Einsatz einer bestimmten Technologie oder eines bestimmten Produktionsverfahrens zur Erreichung dieses Ziels.

³²⁰ Vgl. z. B. United Nations Forum on Sustainability Standards, <https://unfss.org/home/objective-of-unfss>.
³²¹ Vgl. z. B. Konferenz der Vereinten Nationen für Handel und Entwicklung, „Framework for the Voluntary Sustainability Standards (VSS) Assessment Toolkit“ (Rahmen für das Analyse-Toolkit für Freiwillige Nachhaltigkeitsstandards), https://unctad.org/system/files/official-document/ditctabinf2020d5_en.pdf.

9.3.2.2. Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken

568. Vereinbarungen zur Normung der Nachhaltigkeit haben oft positive Auswirkungen auf den Wettbewerb. Sie tragen zu einer nachhaltigen Entwicklung bei und können daher die Entwicklung neuer Produkte oder Märkte ermöglichen, die Produktqualität erhöhen oder die Liefer- und Vertriebsbedingungen verbessern. Insbesondere durch die Bereitstellung von Informationen über Nachhaltigkeitsaspekte (z. B. über Gütesiegel) befähigen Nachhaltigkeitsstandards die Verbraucher, fundierte Kaufentscheidungen zu treffen, und spielen somit eine Rolle bei der Entwicklung von Märkten für nachhaltige Produkte. Schließlich können Nachhaltigkeitsstandards auch zu einer Angleichung der Wettbewerbsbedingungen zwischen Erzeugern führen, die unterschiedlichen rechtlichen Anforderungen unterliegen.
569. Unter bestimmten Umständen können Nachhaltigkeitsstandards jedoch auch den Wettbewerb einschränken. Dies kann im Wesentlichen auf drei Arten geschehen: durch Preiskoordination, den Ausschluss alternativer Normen und den Ausschluss oder die Diskriminierung bestimmter Wettbewerber³²².

9.3.2.3. Bezweckte Beschränkung

570. Nachhaltigkeitsstandards, die kein echtes Nachhaltigkeitsziel verfolgen, sondern Preisfestsetzungen, Markt- oder Kundenaufteilungen, Produktionsbeschränkungen oder Qualitäts- und Innovationsbeschränkungen verschleiern, stellen eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar.
571. Insbesondere eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern darüber, wie sie die aus der Einführung eines Nachhaltigkeitsstandards resultierenden höheren Kosten in höhere Verkaufspreise für ihre Kunden umwandeln, stellt eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar. Ebenso stellt eine Vereinbarung zwischen den Parteien des Nachhaltigkeitsstandards, Druck auf Dritte auszuüben, damit diese von der Vermarktung von Produkten absehen, die nicht dem Nachhaltigkeitsstandard entsprechen, eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar.

9.3.2.4. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen

a) Nicht zwingende geschützte Bereiche

572. Wird eine Vereinbarung nicht als bezweckte Beschränkung eingestuft, kann sie nur dann gegen Artikel 101 Absatz 1 verstoßen, wenn sie spürbare negative Auswirkungen auf den Wettbewerb hat. Es ist jedoch unwahrscheinlich, dass Vereinbarungen zur Normung der Nachhaltigkeit spürbare negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben und unter Artikel 101 Absatz 1 fallen, wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

Erstens ist das Verfahren zur Entwicklung des Nachhaltigkeitsstandards transparent und alle interessierten Wettbewerber können sich an dem Prozess, der zur Auswahl der Norm führt, beteiligen³²³.

Zweitens sollte der Nachhaltigkeitsstandard Unternehmen, die sich nicht an der Norm beteiligen wollen, weder direkt noch indirekt die Verpflichtung auferlegen, die Norm einzuhalten³²⁴.

³²² Vgl. Randnummern 467–470.

³²³ Vgl. Randnummer 479.

Drittens sollte es den Beteiligten freistehen, für sich selbst einen höheren Nachhaltigkeitsstandard festzulegen als den, der mit den anderen Parteien der Vereinbarung vereinbart wurde (z. B. können sie beschließen, in ihrem Endprodukt nachhaltigere Zutaten zu verwenden, als die Norm vorschreibt).

Viertens sollten die Parteien des Nachhaltigkeitsstandards keine sensiblen Geschäftsinformationen austauschen, die nicht für die Entwicklung, Annahme oder Änderung der Norm erforderlich sind.

Fünftens sollte ein effektiver und diskriminierungsfreier Zugang zu den Ergebnissen des Normungsverfahrens gewährleistet sein. Dies sollte einen effektiven und diskriminierungsfreien Zugang zu den Anforderungen und den Bedingungen für die Erlangung des vereinbarten Gütesiegels oder für die Annahme der Norm zu einem späteren Zeitpunkt durch Unternehmen beinhalten, die nicht an der Entwicklung der Norm teilgenommen haben.

Sechstens sollte der Nachhaltigkeitsstandard nicht zu einem erheblichen Preisanstieg oder einer erheblichen Einschränkung der Auswahl an auf dem Markt erhältlichen Produkten führen³²⁵.

Siebtens sollte es einen Mechanismus oder ein Überwachungssystem geben, um sicherzustellen, dass Unternehmen, die den Nachhaltigkeitsstandard annehmen, die Anforderungen der Norm auch tatsächlich einhalten.

573. Durch diese Bedingungen wird sichergestellt, dass der Nachhaltigkeitsstandard weder innovative alternative Normen ausschließt, noch andere Unternehmen ausschließt oder diskriminiert und einen effektiven Zugang zur Norm gewährleistet. Durch die Bedingung, keine unnötigen sensiblen Geschäftsinformationen auszutauschen, wird sichergestellt, dass das Normungsverfahren nicht dazu benutzt wird, Kollusionen zu erleichtern oder den Wettbewerb zwischen den Parteien einzuschränken. Wie in Randnummer 565 dargelegt, können Nachhaltigkeitsstandards häufig zu Preissteigerungen führen. Wird die Norm jedoch von Unternehmen angenommen, die einen bedeutenden Teil des Marktes repräsentieren, können erhebliche Größenvorteile erzielt werden, die es den Unternehmen ermöglichen, das bisherige Preisniveau beizubehalten oder nur eine unbedeutende Preiserhöhung vorzunehmen.
574. Die Nichterfüllung einer oder mehrerer dieser Voraussetzungen begründet nicht die Vermutung, dass die Vereinbarung den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 einschränkt. Sind jedoch einige dieser Voraussetzungen nicht erfüllt, muss insbesondere geprüft werden, ob und inwieweit die Vereinbarung zu einer spürbaren Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen kann oder tatsächlich führt. Es kann verschiedene Modelle für Normungsanstrengungen geben, und es steht den

³²⁴ Mit anderen Worten: Unternehmen der Branche, die die Norm nicht einhalten wollen, sollten frei bleiben und nicht daran gehindert werden, den Markt und die Verbraucher weiterhin mit Produkten zu beliefern, die zwar den gesetzlichen Anforderungen, nicht aber den zusätzlichen Anforderungen des neuen Nachhaltigkeitsstandards entsprechen.

³²⁵ Die Wettbewerbspolitik befasst sich mit Preiserhöhungen, die auf eine Einschränkung des Wettbewerbs zurückzuführen sind, und nicht mit Preiserhöhungen, die lediglich eine Qualitätssteigerung der Produkte widerspiegeln. In der Praxis ist es jedoch sehr schwierig, Preiserhöhungen, die ausschließlich auf Qualitätsverbesserungen zurückzuführen sind, von Preiserhöhungen zu unterscheiden, die auch auf die Einschränkung des Wettbewerbs zurückzuführen sind. Wenn der Preisanstieg oder die Qualitätsminderung erheblich ist, müssen die Auswirkungen der Vereinbarung daher geprüft werden.

Unternehmen frei, Regeln und Verfahren einzuführen, die nicht gegen die Wettbewerbsvorschriften verstoßen, sich aber von den in Randnummer 572 beschriebenen unterscheiden.

b) Notwendigkeit, die Auswirkungen der Vereinbarung zu bewerten

575. Um die Auswirkungen eines Nachhaltigkeitsstandards zu bewerten, sollte die Marktabdeckung der Produkte, die der Norm entsprechen, in Betracht gezogen werden. Nachhaltigkeitsstandards haben möglicherweise keine nennenswerten wettbewerbswidrigen Auswirkungen, weil es genügend Wettbewerb durch alternative Nachhaltigkeitssiegel/-standards und/oder durch Produkte gibt, die auf konventionelle Weise (d. h. außerhalb der Gütesiegel/Standards) hergestellt und vertrieben werden. Die Marktabdeckung der betreffenden Vereinbarung reicht möglicherweise nicht aus, um den Wettbewerb spürbar zu verfälschen, da alternative Marken und/oder Produkte, die auf herkömmliche Weise hergestellt und vertrieben werden, tatsächlich konkurrieren. Selbst wenn die Vereinbarung den Markt in erheblichem Umfang abdeckt, kann die wettbewerbsbeschränkende Wirkung des potenziellen Wettbewerbs immer noch ausreichen, insbesondere in Fällen, in denen sich die Nachhaltigkeitsvereinbarung auf die Einführung eines Gütesiegels beschränkt und es den beteiligten Unternehmen freisteht, auch außerhalb des Gütesiegels tätig zu werden. Wenn dies der Fall ist, haben die Verbraucher die Wahl, entweder Produkte zu kaufen, die das Gütesiegel tragen, oder Produkte, die möglicherweise von denselben Unternehmen hergestellt werden und dem Gütesiegel nicht entsprechen, sodass der Wettbewerb wahrscheinlich nicht eingeschränkt wird³²⁶. In Fällen, in denen eine Normenvereinbarung wahrscheinlich zu einem erheblichen Preisanstieg oder einer Verringerung der Produktion, der Produktvielfalt, der Qualität oder der Innovation führen wird, können sich die Parteien der Vereinbarung auf Artikel 101 Absatz 3 berufen.

9.4. Kartellrechtliche Würdigung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 3

576. Jede Nachhaltigkeitsvereinbarung, die gegen Artikel 101 Absatz 1 verstößt, kann nach Artikel 101 Absatz 3 freigestellt werden, wenn die Parteien der Vereinbarung nachweisen, dass die vier kumulativen Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt sind.

9.4.1. Effizienzgewinne

577. Die erste Voraussetzung des Artikels 101 Absatz 3 ist, dass die betreffende Vereinbarung zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt. Sie setzt im Wesentlichen voraus, dass die Vereinbarung zu objektiven Effizienzgewinnen beiträgt, die im weitesten Sinne nicht nur eine Senkung der Produktions- und Vertriebskosten, sondern auch eine Erhöhung der Produktvielfalt und -qualität, eine Verbesserung der Produktions- oder Vertriebsverfahren und eine Steigerung der

³²⁶ Für Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die keine bezweckten Beschränkungen enthalten, kann ferner der geschützte Bereich der De-minimis-Bekanntmachung gelten, sofern die Vereinbarung zwischen Wettbewerbern geschlossen wird und der Gesamtmarktanteil der Parteien der Vereinbarung auf keinem der von der Vereinbarung betroffenen relevanten Märkte mehr als 10 % beträgt. Vergleiche die Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung) (ABl. C 291 vom 30.8.2014, S. 13).

Innovation umfassen³²⁷. Daher kann ein breites Spektrum von Nachhaltigkeitsvorteilen, die sich aus der Verwendung bestimmter Inhaltsstoffe, Technologien und Produktionsverfahren ergeben, als Effizienzgewinn berücksichtigt werden.

578. Nachhaltigkeitsvereinbarungen können beispielsweise zu Effizienzgewinnen führen, wie dem Einsatz sauberer Produktions- oder Vertriebstechnologien, weniger Umweltverschmutzung, verbesserten Produktions- und Vertriebsbedingungen, widerstandsfähigeren Infrastrukturen oder Lieferketten, qualitativ hochwertigeren Produkten usw. Außerdem können sie Unterbrechungen der Lieferkette verhindern, die Zeit bis zur Markteinführung nachhaltiger Produkte verkürzen und die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher verbessern, indem sie den Vergleich von Produkten erleichtern. Diese Effizienzgewinne können zu einem widerstandsfähigen Binnenmarkt beitragen.
579. Diese Effizienzgewinne müssen nachgewiesen werden und können nicht einfach angenommen werden³²⁸. Außerdem müssen sie objektiv, konkret und überprüfbar sein. Besteht die geltend gemachte Effizienz beispielsweise in einer Produktverbesserung, müssen die Parteien die genauen Merkmale der Produktverbesserung nachweisen. Handelt es sich bei dem geltend gemachten Nutzen beispielsweise um die Verringerung der Wasserverschmutzung, müssen die Parteien erläutern, wie genau die Vereinbarung zur Verringerung der Wasserverschmutzung beiträgt, und eine Schätzung des Umfangs des geltend gemachten Nutzens vorlegen³²⁹.

9.4.2. *Unerlässlichkeit*

580. Für die Zwecke dieser Leitlinien ist es angebracht, die dritte Voraussetzung nach Artikel 101 Absatz 3, d. h. die Unerlässlichkeit, vor der zweiten Voraussetzung, d. h. der angemessenen Beteiligung der Verbraucher, zu behandeln. Der Grund dafür ist, dass bei der Analyse der fairen Beteiligung der Verbraucher die Auswirkungen von Beschränkungen, die die Bedingung der Unerlässlichkeit nicht erfüllen und somit nach Artikel 101³³⁰ verboten sind, nicht berücksichtigt werden sollten.
581. Gemäß der dritten Voraussetzung des Artikels 101 Absatz 3 darf die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung keine Beschränkungen auferlegen, die für die Erzielung der durch die Vereinbarung bewirkten Vorteile nicht unerlässlich sind. Um diese Bedingung zu erfüllen, müssen die Parteien der Vereinbarung nachweisen, dass ihre Vereinbarung als solche und jede der mit ihr verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen vernünftigerweise notwendig sind, um die geltend gemachten Nachhaltigkeitsvorteile zu erreichen, und dass es keine anderen wirtschaftlich durchführbaren und weniger wettbewerbsbeschränkenden Mittel gibt, um sie zu erreichen³³¹.

³²⁷ Vgl. ferner Randnummern 48–72 der Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3.

³²⁸ Vgl. ferner Randnummern 50–58 der Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3.

³²⁹ Vgl. z. B. die Empfehlung (EU) 2021/2279 der Kommission vom 15. Dezember 2021 zur Anwendung der Methoden für die Berechnung des Umweltfußabdrucks zur Messung und Offenlegung der Umweltleistung von Produkten und Organisationen entlang ihres Lebenswegs (ABl. L 471 vom 30.12.2021, S. 1).

³³⁰ Vgl. insbesondere Randnummern 39 der Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3.

³³¹ Vgl. insbesondere Randnummern 73–82 der Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3.

582. Im Prinzip sollte jedes Unternehmen selbst entscheiden, wie es Nachhaltigkeitsvorteile verfolgen möchte, und sofern die Verbraucher diese Vorteile schätzen, würde der Markt gute Entscheidungen belohnen und schlechte bestrafen. Wenn es eine Nachfrage nach nachhaltigen Produkten gibt, sind Kooperationsvereinbarungen an sich nicht unbedingt erforderlich, um Nachhaltigkeitsvorteile zu erzielen. Sie können jedoch auch unverzichtbar sein, um das Ziel der Nachhaltigkeit auf kosteneffizientere Weise zu erreichen.
583. Negative externe Effekte werden häufig von der öffentlichen Politik und von Vorschriften aufgefangen. Dies geschieht in der Regel durch die Auferlegung von Regeln, die kollektives Handeln erfordern, um effiziente Marktergebnisse zu gewährleisten, die die Auswirkungen von Einzelrechtsverfolgungen auf die Nachhaltigkeit berücksichtigen³³². Wenn Unternehmen nach EU- oder nationalem Recht zur Einhaltung konkreter Nachhaltigkeitsziele verpflichtet sind, können Kooperationsvereinbarungen und die damit verbundenen Einschränkungen daher nicht als unerlässlich für die Erreichung des Ziels angesehen werden. Dies liegt daran, dass der Gesetzgeber bereits entschieden hat, dass jedes Unternehmen für sich allein das Ziel erreichen muss³³³. Unter diesen Umständen können Kooperationsvereinbarungen nur dann unerlässlich sein, wenn das Ziel auf eine kosteneffizientere Weise erreicht werden soll.
584. Es mag andere Fälle geben, in denen aufgrund von Marktversagen Nachhaltigkeitsvorteile nicht erreicht werden können, wenn man sie dem freien Spiel der Marktkräfte überlässt, oder in denen sie kosteneffizienter erreicht werden können, wenn die Unternehmen zusammenarbeiten. Eine Nachhaltigkeitsvereinbarung kann beispielsweise notwendig sein, um zu verhindern, dass die Investitionen, die für die Förderung eines nachhaltigen Produkts und die Aufklärung der Verbraucher erforderlich sind, von Trittbrettfahrern missbraucht werden (Überwindung der Nachteile für diejenigen, die zuerst handeln (sogenannte „First Mover“)).
585. In diesem Zusammenhang kann eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung auch notwendig sein, um Größenvorteile zu erzielen, insbesondere um eine ausreichende Größenordnung zu erreichen, um die Fixkosten für die Einrichtung, den Betrieb und die Überwachung des Gütesiegels zu decken. Beschränkungen können auch unerlässlich sein, um die Anreize der Parteien anzugleichen und sicherzustellen, dass sie ihre Anstrengungen auf die Umsetzung der Vereinbarung konzentrieren³³⁴. Wenn die Vereinbarung die Parteien verpflichtet, nicht außerhalb des Gütesiegels oder der Norm zu handeln, müssen die Parteien nachweisen, warum die bloße Festlegung eines Gütesiegels oder einer Norm nicht ausreicht, um die Effizienzgewinne zu erzielen. In der Regel reicht es aus, wenn in der Vereinbarung der Nachhaltigkeitsstandard als gemeinsamer Mindeststandard festgelegt wird, sodass die Beteiligten die Möglichkeit haben, individuell einen höheren Nachhaltigkeitsstandard als den gemeinsam vereinbarten Standard anzuwenden.

³³² Bei Umweltvorschriften wird dies beispielsweise durch Steuern, Verbote oder Subventionen erreicht.

³³³ Sind die Unternehmen an ein „Cap-and-Trade“-System wie das EU-Emissionshandelssystem gebunden, so ist zu berücksichtigen, dass durch jede Verringerung der Umweltverschmutzung und eine entsprechende Verringerung der Verwendung von Emissionszertifikaten durch ein bestimmtes Unternehmen oder einen bestimmten Sektor diese Zertifikate frei werden, was dazu führt, dass der Nettoeffekt auf die Umweltverschmutzung ohne eine Verringerung der Emissionszertifikate gleich Null ist (sogenannter „Wasserbetteffekt“).

³³⁴ Vgl. insbesondere Randnummer 80 der Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3.

586. Eine Vereinbarung kann auch dann erforderlich sein, wenn die Parteien nachweisen können, dass es den Verbrauchern auf dem relevanten Markt z. B. wegen unzureichender Kenntnisse oder Informationen über das Produkt selbst oder die Folgen seiner Verwendung schwerfällt, den künftigen Nutzen, den sie aus einer Vereinbarung ziehen, objektiv gegen den unmittelbaren Schaden abzuwägen, den sie durch dieselbe Vereinbarung erleiden, und dass sie deshalb die Bedeutung der unmittelbaren Wirkung überbewerten. So sind die Verbraucher möglicherweise nicht in der Lage, künftige Vorteile in Form von verbesserter Qualität und Innovation zu erkennen, wenn die unmittelbare Folge eine Preiserhöhung des Produkts ist.
587. In der Regel sollten die Verpflichtungen aus Nachhaltigkeitsvereinbarungen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Ziels der Vereinbarung erforderlich ist.

9.4.3. *Weitergabe an die Verbraucher*

588. Die dritte Voraussetzung des Artikels 101 Absatz 3 sieht vor, dass die Verbraucher einen angemessenen Anteil an den geltend gemachten Vorteilen erhalten. Der Begriff „Verbraucher“ umfasst alle direkten oder indirekten Nutzer der von der Vereinbarung erfassten Produkte³³⁵. Die Verbraucher erhalten einen angemessenen Anteil des Nutzens, wenn der aus der Vereinbarung resultierende Nutzen den durch dieselbe Vereinbarung verursachten Schaden überwiegt, sodass die Gesamtauswirkungen auf die Verbraucher in dem relevanten Markt zumindest neutral sind³³⁶. Daher müssen sich die Nachhaltigkeitsvorteile, die sich aus den Vereinbarungen ergeben, auf die Verbraucher der von diesen Vereinbarungen erfassten Produkte beziehen.
589. In vielen Fällen könnte es offensichtlich sein, dass die Vorteile der Nachhaltigkeit entweder in keiner Beziehung zu den Verbrauchern auf dem relevanten Markt stehen oder dass sie zu unbedeutend wären, um den Schaden auf dem relevanten Markt auszugleichen. Umgekehrt kann es Fälle geben, in denen der Wettbewerbsnachteil im Vergleich zu den potenziellen Vorteilen eindeutig unbedeutend ist, sodass sich eine eingehende Prüfung erübrigt. Es kann jedoch auch Fälle geben, in denen sich eine eingehende Prüfung nicht vermeiden lässt.

9.4.3.1. Individuelle nutzungsabhängige Vorteile

590. Der Nutzen für die Verbraucher ergibt sich in der Regel aus dem Verbrauch oder der Verwendung der Produkte, die Gegenstand der zu prüfenden Vereinbarung sind. Diese Vorteile können sich in Form einer verbesserten Produktqualität oder Produktvielfalt infolge qualitativer Effizienzgewinne oder in Form von Preissenkungen infolge von Kosteneinsparungen ergeben. Solche Vorteile können sich auch aus dem Konsum eines nachhaltigen Produkts ergeben, genauso wie sie sich aus dem Konsum eines jeden anderen Produkts ergeben. Diese Vorteile können als „individuelle nutzungsabhängige Vorteile“ bezeichnet werden, da sie sich aus der Verwendung des Produkts ergeben und die Erfahrungen der Verbraucher mit dem betreffenden Produkt unmittelbar verbessern.

³³⁵ Dazu gehören Hersteller, die die Produkte als Vorleistung verwenden, Großhändler, Einzelhändler und Endverbraucher, d. h. natürliche Personen, die zu Zwecken handeln, die nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.

³³⁶ Vgl. Randnummer 85 der Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3; vgl. ferner Urteil des Gerichtshofs vom 23. November 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 72.

591. So kann der Verzehr von Gemüse, das mithilfe von organischen Düngemitteln angebaut wurde, besser schmecken und/oder gesünder für die Verbraucher sein als Gemüse, das mit nicht-organischen Düngemitteln erzeugt wurde. Ebenso kann der Ersatz von Kunststoffen durch haltbarere Materialien bei einer Vielzahl von Produkten die Lebensdauer der betreffenden Produkte verlängern. Unter diesen Umständen genießt der Verbraucher allein durch den Konsum des betreffenden Produkts eine höhere Qualität. Hierbei handelt es sich um typische qualitative Effizienzgewinne, die durch eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung erzielt werden können und die den Schaden aufwiegen können, der durch die Preiserhöhung (aufgrund der vereinbarten Verwendung teurerer nachhaltiger Materialien) oder die Verringerung der Auswahlmöglichkeiten (aufgrund der vereinbarten Nichtverwendung eines nicht nachhaltigen Produkts) entsteht. Sind die Vorteile so erheblich, dass sie den durch die Preiserhöhung oder die eingeschränkte Auswahl verursachten Schaden aufwiegen, so entschädigen sie die durch dieselbe Vereinbarung geschädigten Verbraucher und erfüllen damit die zweite Voraussetzung des Artikels 101 Absatz 3.
592. In den oben genannten Beispielen können die fraglichen Vereinbarungen neben den individuellen nutzungsabhängigen Vorteilen auch positive Auswirkungen abseits der Verbraucher haben (positive externe Effekte). Positive externe Effekte liegen vor, wenn negative externe Effekte wie Umweltverschmutzung, Bodenerosion usw. verringert werden. Diese positiven externen Effekte, die der Gesellschaft heute oder in Zukunft zugutekommen, wären ohne die betreffende wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung möglicherweise nicht möglich gewesen. Sie unterscheiden sich von den individuellen nutzungsabhängigen Vorteilen, die den Verbrauchern auf dem relevanten Markt zugutekommen (vgl. Abschnitt 9.4.3.3).
593. Vereinbarungen zur Verringerung der Verpackung können auch die Produktions- und Vertriebskosten und letztlich den Preis des Produkts senken. Eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern, konzentrierte Flüssigwaschmittel in kleineren Flaschen anzubieten, kann beispielsweise die Kosten für Material, Transport und Lagerung senken. Ebenso können Vereinbarungen mit Wettbewerbern über die gemeinsame Nutzung von Infrastrukturen oder Transportdiensten für den Vertrieb die Kosten der Parteien und damit den Preis des Endprodukts senken. Der Schaden solcher Vereinbarungen kann in der Tat darin bestehen, dass die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher eingeschränkt werden, aber der Vorteil des niedrigeren Preises kann den Schaden überwiegen, der sich aus der Einschränkung der Wahlmöglichkeiten oder sogar aus der geringeren Qualität der Dienstleistungen oder Produkte ergibt³³⁷. Dieselben Vereinbarungen können auch positive externe Effekte haben, die in einer Verringerung der negativen Auswirkungen auf die Umwelt bestehen (vgl. Abschnitt 9.4.3.3).

9.4.3.2. Individuelle nutzungsunabhängige Vorteile

594. Der Nutzen, den die Verbraucher aus Nachhaltigkeitsvereinbarungen ziehen, kann nicht nur den direkten Nutzen aus der Verwendung eines nachhaltigen Produkts umfassen, sondern ferner auch den indirekten Nutzen, der sich daraus ergibt, dass die Verbraucher die Auswirkungen ihres nachhaltigen Konsums auf andere erkennen.

³³⁷ Senkungen der Grenzkosten oder der variablen Kosten sind für die Bewertung der Effizienzgewinne wahrscheinlich eher relevant als Senkungen der Fixkosten. Erstere führen im Prinzip eher zu niedrigeren Preisen für die Verbraucher.

Einige Verbraucher können zum Beispiel den Konsum eines nachhaltigen Produkts höher bewerten als den eines nicht nachhaltigen Produkts, weil das nachhaltige Produkt weniger negative Auswirkungen auf andere hat als das nicht nachhaltige Produkt.

595. So kann es sein, dass sich die Verbraucher für ein bestimmtes Waschmittel entscheiden, nicht weil es besser reinigt, sondern weil es das Wasser weniger verschmutzt. Ebenso sind die Verbraucher möglicherweise bereit, einen höheren Preis für Möbel aus nachhaltig angebautem und geerntetem Holz zu zahlen, und zwar nicht wegen der besseren Qualität der Möbel, sondern weil sie die Abholzung der Wälder und den Verlust natürlicher Lebensräume verhindern wollen. Ebenso kann es vorkommen, dass sich Autofahrer für teureren Kraftstoff entscheiden, nicht weil er von höherer Qualität und besser für ihr Fahrzeug ist, sondern weil er weniger Schadstoffe verursacht.
596. Unter diesen Umständen wird die Nutzungserfahrung der Verbraucher mit dem Produkt nicht unmittelbar verbessert. Dennoch sind die Verbraucher bereit, einen höheren Preis für ein nachhaltiges Produkt zu zahlen oder ihre Konsumwahl einzuschränken, indem sie eine nicht nachhaltige Variante des Produkts nicht verwenden, was der Gesellschaft oder künftigen Generationen zugutekommt. Indirekte nutzungsunabhängige Vorteile entstehen also den Verbrauchern innerhalb des relevanten Marktes durch ihre persönliche/individuelle Bewertung der Auswirkungen auf andere, auch auf Nichtnutzer außerhalb des relevanten Marktes.
597. Die Verbraucher, die bereit sind, mehr für solche Produkte zu bezahlen, nehmen sie als qualitativ hochwertiger wahr, eben weil sie anderen zugutekommen. Daher unterscheiden sich solche indirekten qualitativen Vorteile aus wirtschaftlicher Sicht nicht von den üblichen qualitätssteigernden Vorteilen, die den direkten Gebrauchswert eines Produkts erhöhen, wie in Abschnitt 9.4.3.1 erörtert. Die Messung solcher indirekten, nutzungsunabhängigen Vorteile kann durch die Untersuchung der Zahlungsbereitschaft der Verbraucher erfolgen, zum Beispiel durch Kundenbefragungen.
598. Es kann ein Unterschied bestehen zwischen dem, was die Verbraucher als ihre Präferenzen angeben, und dem, was ihr Kaufverhalten als ihre Präferenzen vermuten lässt. Dies kann darauf hindeuten, dass die wahren Präferenzen durch die angegebenen Präferenzen über- oder unterbewertet werden. Um solche Verzerrungen im Zusammenhang mit hypothetischen Entscheidungen in Erhebungen abzumildern, müssen die Erhebungen einen nützlichen und angemessenen Kontext bieten. Darüber hinaus müssen die gestellten Fragen möglicherweise gesellschaftliche Normen, das Wissen und die Gewohnheiten der Verbraucher oder die Erwartungen an das Verhalten der anderen berücksichtigen.
599. Um ihrer Beweislast nach Artikel 101 Absatz 3 nachzukommen, müssen die Parteien einer Vereinbarung stichhaltige Beweise für die tatsächlichen Präferenzen der Verbraucher vorlegen. Die Parteien der Vereinbarung sollten es vermeiden, den Verbrauchern ihre eigenen Präferenzen aufzuzwingen.
600. Bei der Ermittlung der Zahlungsbereitschaft der Verbraucher ist es nicht erforderlich, dass die Zahlungsbereitschaft jedes einzelnen Verbrauchers auf dem relevanten Markt ermittelt wird. Für die Zwecke der Untersuchung reicht es aus, dass die

Bewertung auf einem repräsentativen Bruchteil aller Verbraucher auf dem relevanten Markt beruht³³⁸.

9.4.3.3. Kollektive Vorteile

601. Abschnitt 9.4.3.2. bezieht sich auf individuelle nutzungsunabhängige Vorteile, die auf freiwillige (altruistische) Entscheidungen einzelner Verbraucher beschränkt sind. Allerdings können nicht alle negativen externen Effekte durch freiwillige, individuelle Maßnahmen der Verbraucher behoben werden. Da die Nachhaltigkeitsauswirkungen des individuellen Konsums nicht unbedingt dem konsumierenden Individuum, sondern einer größeren Gruppe zugutekommen, kann eine kollektive Maßnahme, wie z. B. eine Kooperationsvereinbarung, erforderlich sein, um negative externe Effekte zu internalisieren und Nachhaltigkeitsvorteile für eine größere Gruppe der Gesellschaft zu erzielen³³⁹. So könnten die Verbraucher beispielsweise nicht bereit sein, einen höheren Preis für ein Produkt zu zahlen, das mit einer umweltfreundlichen, aber teuren Technologie hergestellt wurde. Um zu gewährleisten, dass die mit dem Einsatz dieser grünen Technologie verbundenen Vorteile zum Tragen kommen, kann eine Vereinbarung über die allmähliche Einstellung der umweltschädlichen Technologie erforderlich sein. Diese Vorteile werden als „kollektive Vorteile“ bezeichnet, da sie unabhängig von der individuellen Wertschätzung des Produkts durch die Verbraucher auftreten und objektiv den Verbrauchern auf dem relevanten Markt zugutekommen können, wenn diese Teil der größeren Gruppe von Begünstigten sind.
602. Obwohl die Abwägung zwischen den negativen Auswirkungen und den Vorteilen, die sich aus wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen ergeben, in der Regel innerhalb des relevanten Marktes erfolgt, auf den sich die Vereinbarung bezieht, können bei zwei verbundenen Märkten die auf getrennten Märkten erzielten Effizienzgewinne berücksichtigt werden, sofern die von der Beschränkung betroffene und die von den Effizienzgewinnen begünstigte Gruppe von Verbrauchern im Wesentlichen dieselbe ist³⁴⁰.
603. Wenn sich die Verbraucher auf dem relevanten Markt in erheblichem Maße mit den Begünstigten außerhalb des relevanten Marktes überschneiden oder zu ihnen gehören, können die kollektiven Vorteile für die Verbraucher auf dem relevanten Markt, die außerhalb dieses Marktes entstehen, analog berücksichtigt werden, wenn sie erheblich genug sind, um die Verbraucher auf dem relevanten Markt für den erlittenen Schaden zu entschädigen³⁴¹.

³³⁸ Urteil des Gerichtshofs vom 23. November 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 72.

³³⁹ Das Marktversagen in solchen Situationen besteht in der Regel darin, dass nicht nachhaltiger Konsum negative externe Effekte auf andere hat. Diese externen Effekte (wie z. B. Emissionen) werden von den einzelnen Käufern nicht vollständig internalisiert und daher üerversorgt. Ebenso kann das Marktversagen in positiven externen Effekten des nachhaltigen Konsums bestehen, die die Verbraucher aufeinander ausüben. Diese werden vom freien Markt im Wesentlichen aus demselben Grund unterversorgt.

³⁴⁰ Randnummer 43 der Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 Absatz 3; Vgl. ferner Urteil des Gerichts vom 27. September 2006, GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission, T-168/01, ECLI:EU:T:2006:265, Rn. 248 und 251; Urteil des Gerichtshofs vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, Rn. 242; Beschluss der Kommission vom 23. Mai 2013 in der Sache AT.39595, Air Canada/United Airlines/Lufthansa („STAR Alliance“).

³⁴¹ Die Verbraucher können durch eine Art von Nachhaltigkeitsvorteilen oder durch eine Kombination aus individuellen und kollektiven Vorteilen entschädigt werden, siehe Abschnitt 9.4.3.4.

604. So sind beispielsweise Autofahrer, die weniger umweltschädlichen Kraftstoff kaufen, auch diejenigen, die von einer saubereren Luft profitieren würden, wenn weniger umweltschädlicher Kraftstoff verwendet wird. Sofern eine erhebliche Überschneidung zwischen den Verbrauchern (in diesem Beispiel die Autofahrer) und den Begünstigten (die Bürgerinnen und Bürger) festgestellt werden kann, ist der Nachhaltigkeitsvorteil durch sauberere Luft grundsätzlich für die Bewertung relevant und kann berücksichtigt werden, wenn er erheblich genug ist, um die Verbraucher auf dem relevanten Markt für den erlittenen Schaden zu entschädigen. Umgekehrt könnten die Verbraucher Kleidung aus nachhaltiger Baumwolle kaufen, die den Einsatz von Chemikalien und Wasser auf den Anbauflächen reduziert. Solche Umweltvorteile könnten im Prinzip als kollektive Vorteile berücksichtigt werden. Es gibt jedoch wahrscheinlich keine wesentlichen Überschneidungen zwischen den Verbrauchern der Kleidung und den Begünstigten der Umweltvorteile, die nur in dem Gebiet auftreten, in dem die Baumwolle angebaut wird. Daher ist es unwahrscheinlich, dass diese kollektiven Vorteile den Verbrauchern auf dem relevanten Markt zugutekommen würden. In dem Maße, in dem die Verbraucher bereit sind, mehr zu bezahlen, wenn ihre Kleidung aus nachhaltig angebaute Baumwolle hergestellt ist, können die lokalen Umweltvorteile als individuelle nicht-wertbezogene Vorteile für die Verbraucher der Kleidung berücksichtigt werden (vgl. Abschnitt 9.4.3.2).
605. Damit die kollektiven Vorteile zum Tragen kommen, muss der Markt, den die Vereinbarung abdeckt, oft sehr groß sein. Wenn sich beispielsweise nur zwei von zehn Waschmaschinenherstellern bereit erklären, auf die umweltschädlicheren Varianten zu verzichten, wird die Vereinbarung wahrscheinlich nicht in der Lage sein, Trittbrettfahrer auszuschließen und somit die Umweltverschmutzung nicht ausreichend zu verringern, da eigennützige Verbraucher die umweltschädlichen Varianten immer noch von einem oder mehreren der verbleibenden Anbieter kaufen könnten³⁴².
606. Damit die kollektiven Vorteile berücksichtigt werden können, sollten die Parteien in der Lage sein,
- a) die geltend gemachten Vorteile klar zu beschreiben und nachzuweisen, dass sie bereits eingetreten sind oder wahrscheinlich eintreten werden,
 - b) den Kreis der Begünstigten klar zu definieren,
 - c) nachzuweisen, dass sich die Verbraucher auf dem relevanten Markt im Wesentlichen mit den Begünstigten überschneiden oder Teil von ihnen sind, und
 - d) nachzuweisen, welcher Teil der kollektiven Vorteile, der außerhalb des relevanten Marktes entsteht oder entstehen könnte, den Verbrauchern des Produkts auf dem relevanten Markt zugutekommt.
607. Der Nachweis der kollektiven Vorteile auf der Grundlage von Berichten der Behörden oder von Berichten anerkannter Bildungseinrichtungen kann für diese Bewertung von besonderem Wert sein.

³⁴² In diesem Beispiel ist jedoch nicht nur der potenzielle Nutzen der Vereinbarung aufgrund der unzureichenden Abdeckung begrenzt, sondern auch der potenzielle Schaden für den Wettbewerb (im Wesentlichen aus denselben Gründen).

608. Wenn keine Daten zur Verfügung stehen, die eine quantitative Analyse des Vorteils erlauben, muss es möglich sein, eine eindeutig identifizierbare positive Auswirkung auf die Verbraucher vorherzusehen und nicht nur eine marginale. Derzeit gibt es kaum Erfahrungen mit der Messung und Quantifizierung kollektiver Vorteile. Die Kommission wird weitere Orientierungshilfen in dieser Angelegenheit geben können, nachdem sie Erfahrungen mit konkreten Fällen gesammelt hat, was die Entwicklung von Bewertungsmethoden ermöglichen könnte.

9.4.3.4. Einzelne oder alle Arten von Vorteilen

609. In jedem Fall steht es den Parteien der Nachhaltigkeitsvereinbarung frei, Nachweise und Argumente zur Begründung von Ansprüchen auf eine der drei Arten von Verbrauchervorteilen oder auf alle drei Arten von Vorteilen vorzubringen. Die Wahl der Parteien kann von der Besonderheit des Falles und der Stichhaltigkeit der verfügbaren Beweise abhängen. In einigen Fällen kann es ausreichen, nur die individuellen nutzungsabhängigen Vorteile nachzuweisen, um die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 zu erfüllen, während in anderen Fällen die individuellen nutzungsunabhängigen Vorteile oder die kollektiven Vorteile ausreichen. In anderen Fällen kann eine Kombination aus zwei oder allen drei Arten von Vorteilen möglich sein.

9.4.4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs

610. Gemäß der vierten Voraussetzung des Artikels 101 Absatz 3 darf die Vereinbarung den Parteien nicht die Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betroffenen Produkte den Wettbewerb auszuschalten. Mit dieser Voraussetzung wird im Wesentlichen sichergestellt, dass auf dem von der Vereinbarung betroffenen Markt immer ein gewisses Maß an Wettbewerb verbleibt, unabhängig vom Umfang der Vorteile.
611. Die letztgenannte Voraussetzung kann auch dann erfüllt sein, wenn sich die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung auf die gesamte Branche erstreckt, solange die Parteien der Vereinbarung zumindest in einem wichtigen Aspekt des Wettbewerbs weiterhin in starkem Wettbewerb stehen. Wenn die Vereinbarung beispielsweise den Qualitäts- oder Angebotswettbewerb ausschaltet, der Preiswettbewerb aber ebenfalls ein wichtiger Parameter für den Wettbewerb in der betreffenden Branche ist und nicht eingeschränkt wird, kann diese Voraussetzung dennoch erfüllt sein.
612. Wenn Wettbewerber mit einer Reihe von differenzierten Produkten auf demselben relevanten Markt konkurrieren, bedeutet die Ausschaltung des Wettbewerbs für eine oder mehrere Produktvarianten nicht unbedingt, dass der Wettbewerb auf dem relevanten Markt ausgeschaltet wird.
613. Auch wenn Wettbewerber beschließen, eine bestimmte umweltschädliche Technologie oder einen bestimmten nicht nachhaltigen Inhaltsstoff bei der Herstellung ihrer Produkte nicht zu verwenden, wird der Wettbewerb zwischen den Wettbewerbern nicht ausgeschaltet, wenn sie weiterhin in Bezug auf den Preis und/oder die Qualität des Endprodukts konkurrieren.
614. Schließlich ist die Ausschaltung des Wettbewerbs für einen begrenzten Zeitraum, der keine Auswirkungen auf die Entwicklung des Wettbewerbs nach Ablauf dieses Zeitraums hat, kein Hindernis für die Erfüllung dieser Voraussetzung. Beispielsweise erfüllt eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern, die Produktion einer Produktvariante, die eine nicht nachhaltige Komponente enthält, vorübergehend

einzuschränken, um ein nachhaltiges Substitut auf den Markt zu bringen, mit dem Ziel, die Verbraucher für die Eigenschaften des neuen Produkts zu sensibilisieren, die letzte Voraussetzung des Wettbewerbs.

9.5. Beteiligung der öffentlichen Hand

615. Die Beteiligung staatlicher oder lokaler Behörden am Abschluss von Nachhaltigkeitsvereinbarungen oder die Kenntnis dieser Behörden von der Existenz solcher Vereinbarungen ist an sich kein Grund, solche Vereinbarungen als mit den Wettbewerbsvorschriften vereinbar anzusehen. Eine solche Beteiligung oder Kenntnis seitens der Behörden entbindet die Parteien der Nachhaltigkeitsvereinbarung nicht von der Haftung für einen Verstoß gegen Artikel 101 Absatz 1. Auch wenn behördliche Maßnahmen Unternehmen lediglich zu einem autonomen wettbewerbswidrigen Verhalten ermutigen oder es ihnen erleichtern, unterliegen diese Unternehmen weiterhin Artikel 101 Absatz 1³⁴³.
616. Die Parteien einer wettbewerbsbeschränkenden Nachhaltigkeitsvereinbarung werden jedoch nicht für Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht haftbar gemacht, wenn sie von den Behörden zum Abschluss der Vereinbarung gezwungen oder verpflichtet wurden oder wenn die Behörden die Auswirkungen der Vereinbarung verstärken³⁴⁴.

9.6. Beispiele

617. Eine Vereinbarung, für die ein nicht zwingender geschützter Bereich gilt

Beispiel 1

Sachverhalt: Frühstückszerealien werden in attraktiven, bunten Pappschachteln verkauft. Im Laufe der Jahre sind diese Schachteln größer geworden, nicht weil der Inhalt zugenommen hätte, sondern lediglich, um sie für die Verbraucher attraktiver und vielversprechender zu gestalten. Dies ist eine gewinnbringende Marketingstrategie, denn die Verbraucher kaufen Frühstückszerealien oft spontan, und die größere Größe erweckt den Eindruck des besseren Kaufs. Da alle Hersteller diese Strategie verfolgt haben, hatte sie keine nennenswerten Auswirkungen auf ihre Marktanteile. Dies hat jedoch zu einer unnötigen Zunahme von etwa 15 % an Verpackungsmaterial für ihre Produkte geführt.

Die Nichtregierungsorganisation Prevent Waste kritisiert die Strategie der Hersteller von Frühstückszerealien, „leere Schachteln“ zu verwenden, als verschwenderisch und umweltschädlich, da mehr natürliche Ressourcen verbraucht werden, als für die effiziente Herstellung und den Vertrieb dieser Produkte notwendig sind. Als Reaktion darauf haben sich die in einer Handelsorganisation organisierten Hersteller von Frühstückszerealien darauf geeinigt, die überschüssige Verpackung ihrer Produkte zu begrenzen. Sie haben sich gemeinsam darauf geeinigt, den Überschuss auf höchstens 3 % zu begrenzen, um sicherzustellen, dass die Schachteln weiterhin leicht zu verwenden sind, und haben ihre Entscheidung öffentlich gemacht. Die Hersteller haben die Vereinbarung seit Anfang des Jahres umgesetzt, und sie deckt 100 % des Marktes ab. Infolgedessen sind die Verpackungskosten, die 6 % des Großhandelspreises ausmachen, um rund 10 % gesunken. Dies hat zu einem Rückgang des Großhandelspreises für

³⁴³ Urteil des Gerichtshofs vom 9. September 2003, CIF, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430, Rn. 56.

³⁴⁴ Urteil des Gerichtshofs vom 12. Dezember 2013, Soa Nazionale Costruttori, C-327/12, ECLI:EU:C:2013:827, Rn. 38; Urteil des Gerichtshofs vom 5. Dezember 2006, Cipolla u. a., C-94/04, ECLI:EU:C:2006:758, Rn. 47.

Frühstückszerealien um etwa 0,5 % und zu einem Rückgang des Einzelhandelspreises um 0–0,5 % geführt.

Analyse: Die Wettbewerber einigen sich auf ein Element, das sich auf den Preis des Produkts auswirkt, aber sie tun dies in einer transparenten Weise, die es jedem ermöglicht, das Konzept zu übernehmen, ohne dass eine Verpflichtung dazu besteht. Es werden keine sensiblen Informationen ausgetauscht und die Einhaltung der Entscheidung ist leicht zu überwachen. Darüber hinaus steht es den Herstellern von Frühstückszerealien frei, ihre Verpackungen weiter zu verkleinern, wenn sie dies wünschen. Außerdem wirkt sich die Vereinbarung zur Begrenzung der überschüssigen Verpackung nur sehr geringfügig und sogar rückläufig auf den Preis von Frühstückszerealien aus, beeinträchtigt nicht den Wettbewerb zwischen den Herstellern bei den wichtigsten Parametern Preis, Qualität und Innovation und wirkt sich nur in sehr begrenztem Maße auf den Wettbewerb bei der Vermarktung aus (angesichts der offensichtlich begrenzten Auswirkungen der Strategie der „übergroßen“ Verpackung). Die Vereinbarung erfüllt daher die Voraussetzungen für die Freistellung und fällt somit nicht unter Artikel 101 Absatz 1. Durch die Vereinbarung wird das Ergebnis für die Verbraucher verbessert, da kostspielige Strategien für überflüssige Verpackungen, die sich kaum auf den Wettbewerb auswirken, abgeschafft werden.

618. Eine Vereinbarung, die keine spürbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb hat

Beispiel 2

Sachverhalt: Fair Tropical Fruits, eine Nichtregierungsorganisation, hat zusammen mit einer Reihe von Obsthändlern ein Gütesiegel für fair gehandelte tropische Früchte (das „FTF“-Siegel) geschaffen. Um das Gütesiegel verwenden zu können, müssen die Unternehmen, die mit tropischen Früchten handeln, garantieren, dass die betreffenden Früchte aus Betrieben stammen, die bestimmte Mindestbedingungen hinsichtlich der sicheren Verwendung von Pestiziden einhalten. Diesen Unternehmen steht es frei, Früchte auch unter anderen Gütesiegeln zu handeln. Fair Tropical Fruits hat ein Überwachungssystem eingerichtet, um zu zertifizieren, dass die unter dem FTF-Gütesiegel verkauften Produkte die Mindestanforderungen erfüllen. Die Bedingungen für die Teilnahme sowie die Methodik und die Ergebnisse des Überwachungssystems sind auf der Website von Fair Tropical Fruits verfügbar. Die unter dem FTF-Gütesiegel verkauften Früchte sind teurer als andere gehandelte tropische Früchte.

Das FTF-Gütesiegel wurde EU-weit eingeführt, und eine Reihe von Großhändlern verwendet das Gütesiegel und hat die Vereinbarung unterzeichnet, die Mindestbedingungen des Gütesiegels einzuhalten. Das Gütesiegel hat sich bei bestimmten Verbrauchern schnell durchgesetzt. Je nach Art der tropischen Frucht und dem betroffenen räumlich relevanten Markt liegen die Marktanteile der in der EU unter dem Gütesiegel verkauften Früchte heute zwischen 2,6 % bei Ananas und 14,7 % bei Mangos. Der restliche Markt wird von denselben Händlern, in ihrer Tätigkeit außerhalb des Gütesiegels, und von anderen Händlern, die nicht an der Vereinbarung beteiligt sind, beliefert.

Analyse: Der höhere Preis der unter dem FTF-Gütesiegel verkauften Früchte kann eine Prüfung der Auswirkungen der Vereinbarung erforderlich machen. Angesichts der geringen Marktanteile der von der Vereinbarung erfassten Produkte auf den verschiedenen Märkten in der EU, der beträchtlichen Marktanteile anderer Gütesiegel und konventioneller Produkte sowie des Wettbewerbs mit diesen, der

Tatsache, dass die Teilnahme am FTF-Gütesiegel auf freiwilliger und nicht ausschließlicher Basis erfolgt und die Lizenz für die Verwendung des Gütesiegels nur von der Einhaltung bestimmter Mindestbedingungen abhängt, ist es jedoch unwahrscheinlich, dass die Vereinbarungen zur Einführung und Lizenzierung des Gütesiegels spürbare negative Auswirkungen haben werden. Die Vereinbarungen fallen daher nicht unter Artikel 101 Absatz 1. Die Vereinbarungen können die Auswahl für die Verbraucher tatsächlich erweitern, indem sie ihnen die Möglichkeit geben, Produkte zu erkennen, die Merkmale des „fairen Handels“ aufweisen.

619. Eine Vereinbarung, bei der es unwahrscheinlich ist, dass sie den Wettbewerb nach Artikel 101 Absatz 1 einschränkt, und/oder bei der es wahrscheinlich ist, dass sie die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt

Beispiel 3

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, sodass sie sich de facto für die verarbeitende Nahrungsmittelindustrie als allgemein akzeptierter Höchstwert für Fett durchsetzen werden. Dadurch könnte die den Verbrauchern auf den sachlich relevanten Märkten zur Verfügung stehende Produktpalette eingeschränkt werden. Die Parteien werden jedoch weiterhin in der Lage sein, mit einer Reihe anderer Produktmerkmale (zum Beispiel 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 des Artikels 101 Absatz 1 haben wird. Doch selbst wenn festgestellt wird, dass die Vereinbarung spürbare negative Auswirkungen auf den Wettbewerb nach Artikel 101 Absatz 1 hat – weil den Verbrauchern die Wahlmöglichkeit zwischen Lebensmitteln mit hohem Fettgehalt genommen wird –, dürften die Vorteile für die Verbraucher in Form des Werts der erhaltenen Informationen und der positiven Auswirkungen auf die Gesundheit den Schaden überwiegen, sodass die Vereinbarung wahrscheinlich die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt.

620. Eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung nach Artikel 101 Absatz 1, die die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 nicht erfüllt

Beispiel 4

Sachverhalt: Alle großen Möbelhersteller auf einem bestimmten Markt vereinbaren die Einführung eines „Green-Tree“-Gütesiegels für Möbel aus nachhaltig angebautem Holz. Derzeit sind gesetzlich keine Nachhaltigkeitsstandards für Holz vorgeschrieben. Die Parteien haben sich darauf geeinigt, den neuen Standard, wonach mindestens 30 % des für Möbel verwendeten Holzes aus nachhaltigem Anbau stammen müssen, innerhalb von drei Jahren umzusetzen. Nach Ablauf dieses Zeitraums müssen alle von den Parteien der Vereinbarung hergestellten Möbel dem vereinbarten Standard entsprechen und mit dem „Green-Tree“-Gütesiegel gekennzeichnet werden. Den Parteien bleibt es unbenommen, unter anderen Gütesiegeln Möbel herzustellen, die (noch) höhere Standards erfüllen. Einige der Hersteller tun dies bereits. Durch den vereinbarten Nachhaltigkeitsstandard werden die Verringerung der Waldflächen und die Verschlechterung ihrer biologischen Vielfalt verlangsamt, aber nicht aufgehalten. Aus diesem Grund haben Nichtregierungsorganisationen kritisiert, dass das Gütesiegel „zu wenig“ bewirke und „zu spät“ eingeführt worden sei.

Die an der Vereinbarung beteiligten Möbelhersteller haben zusammen einen Marktanteil von 85 %. Derzeit erwirtschaften die Parteien rund 80 % ihres Gesamtumsatzes mit Möbeln, die aus nicht nachhaltig angebautem und geerntetem Holz hergestellt werden. Die verbleibenden 15 % des Marktes werden von kleineren Herstellern gehalten, die ihre Produkte im Rahmen anderer Nachhaltigkeitsiegel verkaufen. Die von den Möbelherstellern bei externen Beratern in Auftrag gegebenen Studien kommen zu dem Schluss, dass die Einhaltung des Standards für das „Green-Tree“-Gütesiegel die Holzkosten um durchschnittlich 40 % und die Kosten für die Herstellung der Möbel, deren Hauptbestandteil Holz ist, um durchschnittlich 20 % erhöhen wird. Die Produktionskosten machen im Durchschnitt 60 % des Endpreises aus, die restlichen 40 % sind Vertriebskosten. Es ist davon auszugehen, dass der Anstieg des Endpreises der Möbel im Durchschnitt 12 % betragen wird.

Aus einer separat veröffentlichten Studie geht hervor, dass die Verbraucher bereit sind, im Durchschnitt 5 % mehr für Möbel zu zahlen, die gemäß dem „Green-Tree“-Standard hergestellt wurden, als für Möbel aus nicht nachhaltigem Holz. Diese Studie basiert auf einer Befragung von Verbrauchern über ihre Bereitschaft, für Möbel aus Holz zu zahlen, das dem „Green-Tree“-Standard entspricht, sowie auf einem Auswahlexperiment mit verschiedenen Kaufoptionen für Möbel unterschiedlicher Standards und Preise.

Analyse: In Anbetracht der Marktabdeckung der Vereinbarung und der erheblichen Preiserhöhung dürfte die Vereinbarung gegen Artikel 101 Absatz 1 verstoßen. Es ist unwahrscheinlich, dass die möglichen Effizienzgewinne in Form einer verbesserten Nachhaltigkeit bei Anbau und Ernte von Holz zu Vorteilen für die Verbraucher führen, die den erwarteten Preisanstieg aufwiegen: Die Studie über die Zahlungsbereitschaft der Verbraucher zeigt, dass die Verbraucher die verbesserten Nachhaltigkeitsbedingungen im Durchschnitt deutlich weniger wertschätzen (mit 5 % des Endpreises) als die erwartete Preiserhöhung von 12 %. Außerdem scheint es unwahrscheinlich, dass die Vereinbarung unerlässlich ist, um die Nachhaltigkeitsstandards für den Holzanbau anzuheben. Dies wird durch die Tatsache belegt, dass einige der Parteien der Vereinbarung und andere Möbelhersteller bereits anspruchsvollere Standards und Gütesiegel verwenden. Mit anderen Worten: Es wird nicht klar, warum die Vereinbarung erforderlich ist, um die Nachhaltigkeitsstandards anzuheben, und warum die einzelnen Möbelhersteller

durch individuelle Maßnahmen nicht in der Lage wären, die Standards in ähnlicher Weise oder – aufgrund des Wettbewerbsdrucks – sogar noch stärker anzuheben. Die Vereinbarung erfüllt daher mindestens zwei der Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 nicht und kann daher nicht unter die Ausnahme von dem Verbot nach Artikel 101 Absatz 1 fallen.

621. Eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung nach Artikel 101 Absatz 1, die die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt

Beispiel 5

Die Hersteller von Waschmaschinen produzieren derzeit eine Reihe von modernen Modellen, die technisch fortschrittlicher sind, aber auch ältere Modelle, die technisch weniger fortschrittlich sind. Die älteren, weniger fortschrittlichen Modelle verbrauchen zwar mehr Strom und Wasser, sind aber billiger in der Herstellung und werden zu niedrigeren Preisen verkauft als die neueren und technisch fortschrittlicheren Modelle. Gemäß einer EU-Verordnung werden alle Modelle in acht Energieeffizienzklassen von A bis H eingeteilt und entsprechend gekennzeichnet.

Die Innovation in der Branche konzentriert sich auf die weitere Verbesserung der Energieeffizienz neuer Modelle. Die Waschmaschinenhersteller sehen sich jedoch auch in der Verantwortung zu versuchen, den Energieverbrauch ihrer Maschinen auf andere Weise zu senken. Sie haben sich daher bereit erklärt, die Produktion und den Verkauf von Waschmaschinen der Kategorien F bis H, also der älteren und am wenigsten energieeffizienten Modelle, allmählich einzustellen. Diese älteren Modelle weisen ferner den höchsten Wasserverbrauch auf.

Die Vereinbarung umfasst alle Hersteller und deckt somit fast 100 % des Marktes ab. Sie sieht vor, dass die Produktion und der Verkauf von Waschmaschinen der Kategorien F bis H innerhalb von zwei Jahren eingestellt werden. Diese Modelle machen derzeit rund 35 % aller Verkäufe auf dem Markt aus. Zwar stellen alle teilnehmenden Hersteller bereits einige Modelle der Kategorien A bis E her, sodass keiner von ihnen seine derzeitigen Verkäufe vollständig aufgeben muss, doch wird jeder Hersteller je nach seiner derzeitigen Auswahl an Modellen unterschiedlich betroffen sein. Es ist daher wahrscheinlich, dass der Wettbewerb zwischen den Herstellern beeinträchtigt wird. Darüber hinaus wird die allmähliche Einstellung der Kategorien F bis H die Auswahl an Geräten für die Verbraucher verringern und die durchschnittlichen Anschaffungskosten erhöhen. Für den durchschnittlichen Käufer einer Waschmaschine der Kategorien F bis H erhöht sich der Preis der Maschine um 40 bis 70 EUR.

Vor der Umsetzung der Vereinbarung zur allmählichen Einstellung der Kategorien F bis H hat die Branche versucht, die Nachfrage durch Werbekampagnen von diesen Kategorien wegzulenken. Studien haben gezeigt, dass der mangelnde Erfolg dieser Kampagnen darauf zurückzuführen ist, dass es vielen Verbrauchern schwerfällt, die positiven Auswirkungen der künftigen Senkung ihrer Strom- und Wasserkosten gegen die negativen Auswirkungen der unmittelbaren Erhöhung des Kaufpreises des Geräts abzuwägen.

Ferner zeigen diese Studien, dass die Käufer von Waschmaschinen tatsächlich erheblich von der allmählichen Abschaffung der Kategorien F bis H profitieren. Ein durchschnittlicher Waschmaschinenkäufer wird die Erhöhung des Kaufpreises innerhalb von ein bis zwei Jahren in Form von niedrigeren Strom- und Wasserkosten ausgleichen. Die überwältigende Mehrheit der Verbraucher, einschließlich

derjenigen, die ihr Gerät weniger häufig benutzen, wird die Erhöhung des Kaufpreises innerhalb von vier Jahren ausgleichen. Da die durchschnittliche Lebenserwartung von Maschinen der Kategorien A bis E mindestens fünf Jahre beträgt, kommt die Vereinbarung den Verbrauchern als Gruppe zugute. Dieser Nettonutzen wird für alle Waschmaschinennutzer noch durch den Umweltnutzen erhöht, der sich aus der kollektiven Verringerung des Strom- und Wasserverbrauchs ergibt. Die Verringerung des Stromverbrauchs führt zu einer geringeren Umweltverschmutzung bei der Stromerzeugung, was den Verbrauchern zugutekommt, sofern das mit der Umweltverschmutzung zusammenhängende Marktversagen nicht bereits durch andere Regelungsinstrumente (z. B. das Europäische Emissionshandelssystem, das die Kohlenstoffemissionen begrenzt) behoben wird. Die Verringerung des Wasserverbrauchs führt zu einer geringeren Wasserverschmutzung. Da die Nutzer von Waschmaschinen die überwiegende Mehrheit der Gesamtbevölkerung ausmachen, kommt ein Teil dieser Umweltvorteile den von der Vereinbarung betroffenen Verbrauchern auf dem relevanten Markt zugute.

Analyse: Obwohl die Vereinbarung wahrscheinlich spürbare nachteilige Auswirkungen haben wird und unter Artikel 101 Absatz 1 fällt, ist es wahrscheinlich, dass sie auch die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt. Im Einzelnen: i) führt die Vereinbarung dazu, dass die durchschnittliche Waschmaschine energie- und wassersparender wird, ii) dies hätte nicht mit einer weniger wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung erreicht werden können, z. B. mit einer kollektiven Werbekampagne oder einem kollektiven Gütesiegel, iii) die Verbraucher auf dem relevanten Markt profitieren von den individuellen wirtschaftlichen Vorteilen und den kollektiven Umweltvorteilen und iv) der Wettbewerb wird nicht ausgeschaltet, da die Vereinbarung nur den Umfang der Auswahl an Modellen als einen Wettbewerbsparameter betrifft, nicht aber andere Parameter, bei denen Wettbewerb stattfinden kann und stattfindet.