

GWB. Kommentar zum Deutschen Kartellrecht

Immenga / Mestmäcker

6. Auflage 2020
ISBN 978-3-406-72482-4
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

auch zugunsten der „Verbraucher“ auswirken müssen.²³⁴ Die Frage nach deren **angemessener Beteiligung an dem entstehenden Gewinn** betrifft die **Außenwirkungen** der Vereinbarung.²³⁵ Die per Saldo **positiven Effekte** der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung müssen sich jedenfalls **auch im Marktgeschehen** niederschlagen, einen **Mehrwert für die Verbraucher** schaffen.²³⁶ Beispiele sind etwa eine Senkung der Produktionskosten, die zumindest teilweise in Form niedrigerer Preise an die Kunden weitergegeben wird, eine Verbesserung der Produktqualität, die den Nutzern zugute kommt, oder die (gemeinsame) schnellere Entwicklung eines neuen Produkts, das bei individuellem Vorgehen der Kooperationspartner möglicherweise nicht (in dieser Form) oder erst sehr viel später auf den Markt gekommen wäre. Wiegen derartige wettbewerbsfördernde Auswirkungen der Vereinbarung schwerer als die aus der Wettbewerbsbeschränkung resultierenden Nachteile, ist sie ausnahmsweise **für den Wettbewerb insgesamt förderlich** und damit zulässig.²³⁷

Das gilt freilich nur in den durch die beiden negativen Voraussetzungen gezogenen **Grenzen**: Nicht akzeptabel sind **überschießende Wettbewerbsbeschränkungen**, die zur Erreichung der angestrebten Effizienzgewinne nicht „unerlässlich“ sind.²³⁸ Gleiches gilt, wenn die **Gefahr einer Ausschaltung des Wettbewerbs** besteht. Denn dann ist nicht mehr gesichert, dass die erzielten Vorteile auch in angemessenem Umfang an andere Marktteilnehmer weitergegeben und die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb kompensiert werden können. Zudem begründen Kosteneinsparungen und sonstige Vorteile für die Parteien, die (lediglich) infolge der Ausübung von Marktmacht entstehen, keine objektiven Vorteile und können daher von vornherein nicht berücksichtigt werden.²³⁹

b) Sachlicher und zeitlicher Bezugspunkt der Prüfung. Die Bewertung, ob die Freistellungskriterien eingehalten sind, muss **grundsätzlich innerhalb desselben sachlich und räumlich relevanten Marktes** erfolgen.²⁴⁰ Vorteile in einem Markt sind nicht geeignet, Nachteile in einem anderen Markt auszugleichen, schon weil unterschiedliche Gruppen von „Verbrauchern“ betroffen sind. Etwas anderes kann aber dann gelten, wenn verschiedene Märkte eng miteinander verknüpft sind und insbesondere die gleiche Verbrauchergruppe in beiden Märkten betroffen ist, so dass eine Kompensation der Vor- und Nachteile der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung erfolgen kann.²⁴¹

²³⁴ Vgl. nur OLG Düsseldorf 4.10.2007 WuW/E DE-R 2197, 2207 f. „E.ON Ruhrgas“ (keine Berücksichtigungsfähigkeit des Vorteils einer erhöhten Versorgungssicherheit, weil die wettbewerbsbeschränkenden Verträge unmittelbar ausschließlich dazu dienen, die Absatzrisiken der beteiligten Unternehmen abzumildern). In § 5 GWB a. F. kam dieser Gedanke im Tatbestandsmerkmal der „Verbesserung der Bedarfsbefriedigung“ zum Ausdruck, vgl. BKartA, TB 2003/2004, S. 91; näher zu diesem Kriterium Immenga in: Immenga/Mestmäcker (3. Aufl.), § 5 GWB a. F. Rn. 46 ff. m. w. N.; inhaltlich gleichlautend für das europäische Recht KOMM. 8.7.2009, COMP/39.401, Rn. 265 „E.ON/GDF“.

²³⁵ Mestmäcker/Schweitzer, § 14 Rn. 64.

²³⁶ KOMM., Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, Abl. 2004 C 101/08, Rn. 85; BKartA 10.8.2007 WuW/E DE-V 1459, 1473 (Rn. 186) „Wirtschaftsprüferhaftpflicht“.

²³⁷ Vgl. Schneider in: Langen/Bunte, § 2 Rn. 27.

²³⁸ Vgl. dazu eindrucksvoll BKartA 14.2.2008 WuW/E DE-V 1579, 1582 f. „KS-Quadro“ in Bezug auf die fehlende Unerlässlichkeit von Gebietsschutzklauseln zur Verwirklichung der Effizienzgewinne aus Markenlizenzverträgen.

²³⁹ So ausdrücklich KOMM., Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, Abl. 2004 C 101/08, Rn. 49.

²⁴⁰ Vgl. EuG 21.3.2002 Slg. 2002, II-2023, 2066 Rn. 163 „Shaw und Falla/Kommission“ (Beurteilung des Art. 101 Abs. 3 AEUV innerhalb des gleichen analytischen Rahmens wie die Bewertung der beschränkenden Wirkungen); EuGH 17.1.1995 Slg. 1995, I-23, 68 Rn. 29 „Publishers Association/Kommission“ (Berücksichtigung nur der Vorteile im Inlandsmarkt genügt nicht, wenn der relevante Markt größer als der Inlandsmarkt ist).

²⁴¹ KOMM., Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, Abl. 2004 C 101/08, Rn. 43 mit entsprechend einschränkender Interpretation von scheinbar weitergehenden Urteilen des EuG, insbesondere EuG 28.2.2002 Slg. 2002, II-1011, 1077 Rn. 343 ff. „Compagnie générale maritime u. a.“.

- 82 In zeitlicher Hinsicht müssen die Freistellungs Voraussetzungen **prinzipiell während der gesamten Laufzeit der getroffenen Vereinbarungen** eingehalten werden.²⁴² Kommt es nach dem Inkrafttreten der Vereinbarung zu wesentlichen Änderungen im tatsächlichen Umfeld (z. B. erhebliche Erhöhung der Marktanteile der Kooperationspartner), kann die Freistellung mit Wirkung *ex nunc* entfallen, sofern (deshalb) nicht mehr alle vier Voraussetzungen erfüllt sind. Die Freistellungswirkung kann auch von vornherein zeitlich begrenzt sein, etwa wenn bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen mit der notwendigen Amortisation von verlorenen Erstinvestitionen (*sunk investment*) gerechtfertigt werden.²⁴³ Ist der Zeitraum abgelaufen, der erforderlich ist, um die leistungssteigernden Investitionen zu tätigen und ihre Kosten zu amortisieren, sind die Beschränkungen nicht mehr unerlässlich und die Freistellung fällt (insoweit) weg. Auf der anderen Seite soll nach Ansicht der Kommission die Freistellung bis zur vollen Amortisation der Investitionskosten erhalten bleiben,²⁴⁴ offenbar selbst dann, wenn die übrigen Voraussetzungen für die Freistellung (z. B. keine Ausschaltung des Wettbewerbs) nicht mehr gegeben sind. Dem ist jedoch zu widersprechen, weil es in einer Marktwirtschaft keine Garantie für die Amortisation von Investitionen gibt; ebenso wenig wie der Amortisationsgedanke zu Beginn der Kooperation eine völlige Ausschaltung des Wettbewerbs (entgegen § 2 Abs. 1 GWB/Art. 101 Abs. 3 AEUV) legitimieren kann, vermag er dies während der Fortführung der Zusammenarbeit zu rechtfertigen. Die Legitimationswirkung des Amortisationsgedankens beschränkt sich vielmehr auf die Begründung der Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung. Für die übrigen Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 GWB (Art. 101 Abs. 3 AEUV) ist er dagegen ohne Belang.
- 83 Eine **Ausnahme** von der fortdauernden gleichzeitigen Erfüllung aller vier Freistellungs voraussetzungen ist lediglich insoweit anzuerkennen, als die Vereinbarung ein **irreversibles Ereignis** darstellt, dessen Folgen durch eine Beendigung der Zusammenarbeit nicht beseitigt werden können.²⁴⁵ So kann z. B. die im Rahmen der Gründung einer Forschungs- und Entwicklungsgemeinschaft vollzogene Zusammenlegung von Forschungskapazitäten unter Aufgabe eigener F&E-Aktivitäten meist nicht rückgängig gemacht werden, weil es regelmäßig technisch und wirtschaftlich unmöglich ist, ein einmal aufgegebenes Projekt wieder aufzunehmen. Kann die vor dem Beginn der Zusammenarbeit herrschende Ausgangslage nicht wiederhergestellt werden, muss die Bewertung der wettbewerbslichen Auswirkungen anhand des Sachverhalts erfolgen, der zum Zeitpunkt der Durchführung der Vereinbarung besteht. War die Vereinbarung über die Aufgabe individueller F&E-Aktivitäten zu diesem Zeitpunkt mit § 2 Abs. 1 GWB (bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV) vereinbar, etwa weil eine ausreichende Zahl von F&E-Vorhaben Dritter existierte, muss es bei dieser Beurteilung bleiben, selbst wenn die konkurrierenden Projekte später scheitern.²⁴⁶ Dagegen kann die Freistellung bezüglich anderer Teile der Vereinbarung, die **keine irreversiblen Ergebnisse** herbeigeführt haben, jederzeit mit Wirkung *ex nunc* entfallen.²⁴⁷ Das gilt etwa für die gemeinsame Verwertung der erzielten Forschungsergebnisse. Hat diese auf Grund zwischenzeitlicher Marktentwicklungen nunmehr wettbewerbschädliche Auswirkungen, die

²⁴² Nordemann in: Loewenheim et al., § 2 Rn. 20 i. V.m. Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 22; Heyers in: FK, § 2 Rn. 55.

²⁴³ Vgl. dazu KOMM., Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, Abl. 2004 C 101/08, Rn. 44.

²⁴⁴ Vgl. den Hinweis der KOMM., Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, Abl. 2004 C 101/08, Rn. 44, es dürfe „von der ex ante-Natur der Investitionsentscheidung nicht abstrahiert werden“; das Risiko, vor dem die Parteien stünden, und die verlorenen Investitionen, die zur Durchführung der Vereinbarung vorgenommen werden müssten, könnten bewirken, dass die Vereinbarung nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV falle bzw. die Voraussetzungen des Abs. 3 für den Zeitraum erfüllt seien, der zur Amortisation der Investitionskosten erforderlich sei.

²⁴⁵ KOMM., Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, Abl. 2004 C 101/08, Rn. 45; zust. Schneider in: Langen/Bunte, § 2 Rn. 27.

²⁴⁶ KOMM., Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, Abl. 2004 C 101/08, Rn. 45.

²⁴⁷ KOMM., Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, Abl. 2004 C 101/08, Rn. 45; Schneider in: Langen/Bunte, § 2 Rn. 27.

nicht mehr von § 2 Abs. 1 GWB gedeckt sind, entfällt die Freistellung mit Wirkung für die Zukunft, die gemeinsame Verwertung ist also zu beenden.²⁴⁸

II. Die vier Freistellungsvoraussetzungen im Einzelnen

1. Effizienzgewinne. a) Grundsätzliche Einordnung. Die Einzelfreistellungstatbestände im früheren deutschen Recht knüpften überwiegend an die „Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge“ bei den an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen an (§§ 3–5 GWB a. F.) und legten dabei einen betriebswirtschaftlichen Rationalisierungsbegriff im Sinne einer Verbesserung des Verhältnisses von Aufwand und Ertrag pro Produktionseinheit zugrunde. § 2 Abs. 1 GWB stellt heute – ebenso wie Art. 101 Abs. 3 AEUV – auf **volkswirtschaftliche Bezugsgrößen** wie die Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung bzw. die Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts ab. Gleichwohl besteht eine weitgehende Übereinstimmung, weil einzelwirtschaftliche Effizienzgewinne in aller Regel zugleich die Faktorallokation in der Volkswirtschaft verbessern.²⁴⁹ Die Kommission fasst dementsprechend die vier alternativen Elemente der ersten Freistellungsvoraussetzung unter dem Begriff „Effizienzgewinne“ zusammen. In diesem Zusammenhang betont sie, dass die vier genannten Kriterien erhebliche Überschneidungen aufweisen und letztlich darauf abzielen, „**alle objektiven wirtschaftlichen Effizienzgewinne**“ zu erfassen.²⁵⁰

Dabei unterscheidet sie in ihren Leitlinien zwischen **zwei** grundlegenden **Kategorien**: **Kosteneinsparungen** auf der einen und **qualitativen Effizienzgewinnen** auf der anderen Seite.²⁵¹ Letztere führen zu einem **Mehrwert (für die Verbraucher)** in Form neuer oder verbesserter Produkte bzw. einer Steigerung der Produktvielfalt.²⁵² Weitere qualitative Effizienzgewinne sind z. B. verbesserte grenzüberschreitende Zahlungssysteme durch Kooperationen im Bankensektor, die Erbringung besonderer Dienstleistungen durch spezialisierte Vertriebshändler, beschleunigte Auslieferungen oder bessere Qualitätssicherung in der gesamten Vertriebskette. Als **Quelle von Kosteneinsparungen**²⁵³ nennt die Kommission beispielhaft die Entwicklung neuer Produktionstechniken und -verfahren, Synergieeffekte infolge der Zusammenlegung von Ressourcen, Größenvorteile in Form abnehmender Stückkosten bei steigender Produktionsmenge (*economies of scale*) (etwa durch eine höhere Kapazitätsauslastung, bessere Arbeitsteilung, Einsparungen auf Grund von Lernprozessen), Verbundvorteile (*economies of scope*) durch den Einsatz der gleichen Einsatzfaktoren für Herstellung oder Vertrieb unterschiedlicher Produkte oder Leistungen sowie sonstige Kostensenkungen z. B. durch verringerte Lagerhaltung wegen Ermöglichung eines *just in time*-Bezugs benötigter Teile. Damit Kosteneinsparungen berücksichtigungsfähig sind, muss deren Wert nach Ansicht des BKartAs „so genau wie möglich berechnet oder geschätzt und eingehend beschrieben werden, wie der Betrag berechnet wurde“.²⁵⁴

²⁴⁸ Im Anwendungsbereich der GVO für F&E-Gemeinschaften genießen die Unternehmen allerdings großzügige „Schonfristen“ für die gemeinsame Verwertung von sieben Jahren ab dem Tag des ersten Inverkehrbringens der Vertragsprodukte im Binnenmarkt (Art. 4 Abs. 1 und 2 VO 1217/2010); näher dazu *Fuchs*, Art. 4 FuE-GVO Rn. 8 ff.

²⁴⁹ *Immenga* in: *Immenga/Mestmäcker* (3. Aufl.), § 5 GWB a. F. Rn. 21 ff.

²⁵⁰ *KOMM.*, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, Abl. 2004 C 101/08, Rn. 59.

²⁵¹ *KOMM.*, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, Abl. 2004 C 101/08, Rn. 59 ff.

²⁵² Näher hierzu *KOMM.*, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, Abl. 2004 C 101/08, Rn. 69 ff., die als ein Beispiel die Entwicklung eines pannen sicheren Reifens nennt, der als objektive Vorteile nicht nur eine höhere Sicherheit, sondern auch den Verzicht auf das Mitführen eines Ersatzreifens ermöglicht. Weitere Beispiele umfassen die schnellere Verbreitung neuer Technologien in der Union, die raschere oder kostengünstigere Markteinführung neuer Produkte sowie Verbesserungen im Service und der Qualitätssicherung in der gesamten Vertriebskette.

²⁵³ Vgl. *KOMM.*, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, Abl. 2004 C 101/08, Rn. 64 ff.

²⁵⁴ BKartA 31.5.2007 WuW/E DE-V 1392, 1400 (Rn. 144) „*Alhglas*“.

- 86 Keine objektiven wirtschaftlichen Vorteile** stellen Kosteneinsparungen für die beteiligten Unternehmen dar, die **aus der bloßen Ausübung von Marktmacht** resultieren oder auf **Einschränkungen von Leistungen** beruhen (z. B. Drosselung der Produktion, Reduzierung von Vertriebsstellen oder -leistungen, Einsparung von „Wettbewerbskosten“), ohne im Markt irgendwelche wettbewerbsfördernden Wirkungen zu entfalten.²⁵⁵ Derartige Vereinbarungen, zu denen insbesondere Preis- oder Mengenabsprachen sowie Gebietsaufteilungen²⁵⁶ gehören, sind lediglich in der subjektiven Sicht der Beteiligten vorteilhaft, weil sie ihnen eine Gewinnsteigerung ermöglichen, bringen aber bei wertender Betrachtung keine im Rahmen des § 2 Abs. 1 GWB berücksichtigungsfähigen „Effizienzgewinne“ mit sich.²⁵⁷ Gleiches gilt für Abreden, die in erster Linie darauf abzielen, dritte Anbieter von einem Markt fernzuhalten.²⁵⁸

Zu keinem für § 2 Abs. 1 GWB relevanten Effizienzgewinn führt ein **Kündigungskartell der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten**, in dessen Rahmen sie mit den Betreibern von Fernsehkabelnetzen abgeschlossenen entgeltlichen **Einspeiseverträge** für ihre Programmsignale mit **gleichlautenden Schreiben gekündigt** hatten. Wegen eines „Paradigmenwechsels“ in ihrer Vertriebspolitik waren die Rundfunkanstalten nicht mehr bereit, für die Verbreitung ihrer Signale in den Breitbandnetzen eine Einspeisegebühr an die Kabelnetzbetreiber zu zahlen. Zutreffend hat das OLG Düsseldorf festgestellt, dass die durch die Kündigung verfolgte Absicht des Kartells, sich den Einspeiseentgelten zu entziehen und dadurch Kosten zu sparen, schon **kein Effizienzgewinn** im Sinne von § 2 Abs. 1 GWB liege.²⁵⁹ Vielmehr sei die – wie hier – zwischen **Wettbewerbern horizontal abgestimmte Beendigung jeglicher Nachfrage als besonders wettbewerbsschädlich** anzusehen. Der abgestimmte Austritt der Wettbewerber aus dem Nachfragemarkt insgesamt sei der Sache nach **wie ein Preiskartell** zu bewerten.²⁶⁰ Hinzu komme, dass es auch an einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Effizienzgewinn fehle.

- 87** Davon zu unterscheiden ist die **Bildung gegengewichtiger Marktmacht**. Dieser Aspekt kann im Rahmen des § 2 Abs. 1 GWB durchaus eine gewisse Rolle spielen, solange es um „Aufholkartelle“ geht, deren (insbesondere kleine und mittlere) Mitglieder ihre Position gegenüber einem Marktführer verbessern wollen.²⁶¹ Voraussetzung für die Freistellung ist allerdings, dass der Wettbewerb dadurch hinreichend belebt wird und die Chancen der außenstehenden Wettbewerber nicht noch weiter verschlechtert werden.²⁶² Die Kooperation darf sich nicht darin erschöpfen, Marktmacht im Vertikalverhältnis aufzubauen und gegenüber der Marktgegenseite einzusetzen. Insbesondere bei der Zusammenarbeit kleiner und mittlerer Unternehmen in Einkauf, Herstellung oder Vertrieb kann die Bündelung der Kräfte und Schaffung gewisser Markt(gegen)macht im Verhältnis zu größeren Anbietern auch andere Effizienzgewinne hervorbringen als die bloße Erzielung besserer Konditionen gegenüber der Marktgegenseite und insgesamt zu einer Belebung des

²⁵⁵ Vgl. OLG Düsseldorf, 12.7.2017, Az. VI-U (Kart) 16/13, Rn. 222; OLG Düsseldorf 13.11.2013, Az. VI-U (Kart) 11/13, Rn. 61 f.; BKartA 14.2.2008 WuW/E DE-V 1579, 1583 „KS-Quadro“; BKartA 31.5.2007 WuW/E DE-V 1392, 1400 (Rn. 158) „Altglas“; BKartA 10.8.2007 WuW/E DE-V 1459, 1468 (Rn. 153) „Wirtschaftsprüferhaftpflicht“; KOMM., Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, Abl. 2004 C 101/08, Rn. 49; *Schneider* in: Langen/Bunte, § 2 Rn. 31, 34; *Bechtold*, GWB, § 2 Rn. 12; vgl. auch *Zapfe*, S. 90 (zu § 7 GWB a. F.): keine Einsparung von Kosten für die Wettbewerbsteilnahme berücksichtigungsfähig; mit ausdrücklichem Bezug zum Wegfall von Wettbewerbskosten ebenso die bereits zitierte Entscheidung BKartA WuW/E DE-V 1579, 1583 „KS-Quadro“.

²⁵⁶ Eingehend zum fehlenden wirtschaftlichen Nutzen von Gebietsaufteilungen BKartA 14.2.2008 WuW/E DE-V 1579, 1582 f. „KS-Quadro“.

²⁵⁷ *Bechtold*, GWB, § 2 Rn. 12; *Schneider* in: Langen/Bunte, § 2 Rn. 31; vgl. aus der Praxis zur Nichterfüllung der Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 GWB bei einer Einschränkung des Preiswettbewerbs OLG Düsseldorf 25.10.2006, WuW/E DE-R 2081, 2084 „Kalksandsteinwerk“; OLG Düsseldorf 20.6.2007, WuW/E DE-R 2146, 2150 (Rn. 37) „Nord-KS/Xella“.

²⁵⁸ Vgl. KOMM. 27.7.1992, ABl. 1992, L 235/9, Rn. 53 „Quantel“.

²⁵⁹ OLG Düsseldorf 12.7.2017, Az. VI-U (Kart) 16/13, Rn. 222.

²⁶⁰ OLG Düsseldorf 12.7.2017, Az. VI-U (Kart) 16/13, Rn. 221.

²⁶¹ Vgl. *Nordemann* in: Loewenheim et al., § 2 Rn. 20 i. V. m. Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 179.

²⁶² BGH 9.7.2002 WuW/E DE-R 919, 925 „Stellenmarkt für Deutschland II“.

Wettbewerbs gerade auch im Horizontalverhältnis beitragen.²⁶³ Die Ablehnung einer Berücksichtigung der Bildung von Marktgegenmacht im Rahmen des § 7 GWB a. F. durch das BKartA im Fall „*Stellenmarkt für Deutschland*“²⁶⁴ kann (unabhängig von den damals geltend gemachten gesetzessystematischen Bedenken im Hinblick auf die Subsidiarität des § 7 GWB a. F.)²⁶⁵ unter der Geltung des § 2 Abs. 1 GWB jedenfalls in dieser pauschalen Form keine Gültigkeit mehr beanspruchen.²⁶⁶ Wettbewerb und eine gegengewichtige Marktmacht wird auch nicht durch die koordinierte Kündigung von Einspeiseverträgen zwischen Fernsehsendern und Kabelnetzbetreibern durch die öffentlich-rechtlichen Fernsehsender geschaffen.²⁶⁷ Ein Wettbewerb zwischen den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten um die Bedingungen einer Einspeisung ihrer Programmsignale setzt schon eine nicht gemeinschaftliche Kündigung des Einspeisevertrags durch sämtliche Anstalten voraus; vielmehr sind Einzelkündigungen erforderlich.²⁶⁸

b) Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung. Unter dieses weit zu verstehende Begriffspaar fallen alle Vereinbarungen, welche die Herstellung oder den Vertrieb von Produkten betreffen. Nach allgemeiner Ansicht werden – ebenso wie bei Art. 101 Abs. 3 AEUV²⁶⁹ – nicht nur Waren, sondern analog auch Dienstleistungen erfasst.²⁷⁰ Die frühere subsidiäre Auffangregelung des **§ 7 Abs. 1 GWB a. F.**, die sich bereits durch eine gewisse Annäherung an Art. 101 Abs. 3 AEUV auszeichnete, enthielt noch eine **stärker ausdifferenzierte Regelung**, die ausdrücklich auf eine „Verbesserung der Entwicklung, Erzeugung, Verteilung, Beschaffung, Rücknahme oder Entsorgung von Waren oder Dienstleistungen“ abstellte (und damit auch das zweite Kriterienpaar zur Erfassung gesamtwirtschaftlich relevanter Effizienzgewinne – „Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts“ – mit abdeckte). Die inzwischen vollzogene Angleichung an den Wortlaut des Art. 101 Abs. 3 AEUV hat aber insoweit **keine Einschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs** der Freistellungsnorm bewirkt.²⁷¹ Im Vordergrund des § 7 GWB a. F. standen Kooperationen in den früheren Ausnahmereichen Banken und Versicherungen,²⁷² Energieversorgung, aber auch Verkehr und Entsorgungswirtschaft. Keine besondere Rolle spielte dagegen die vom Gesetzgeber ebenfalls intendierte Erleichterung von Forschungs- und Entwicklungskooperationen,²⁷³ da diese – sofern überhaupt wettbewerbs-

²⁶³ Ähnlich *Bunte* in: Langen/Bunte, § 2 Rn. 33; *Nordemann* in: Loewenheim et al., § 2 Rn. 20 i. V. m. Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 179, 186, der zur Unterscheidung von „gegengewichtiger Marktmacht“ im Vertikalverhältnis von „Nebengewichtsbildung“ im Horizontalverhältnis spricht.

²⁶⁴ BKartA 25.8.1999 WuW/E DE-V 209, 213 ff.; insoweit offengelassen vom BGH 9.7.2002 WuW/E DE-R 919, 925, der den Fall anders würdigte, nämlich als Angebot eines neuen Produkts und Durchbrechung eines den Marktführer überproportional bevorzugenden Marktmechanismus zur Belebung des Wettbewerbs; krit. zu der vom BGH angenommenen „strukturellen Besonderheit des Marktes“ *Hartmann-Rüppel/Wagner ZWeR* 2004, 128, 144 ff., ebenso zum Gedanken des Aufholkartells, a. a. O., S. 149.

²⁶⁵ Diese halten zu Recht für unbegründet *Hartmann-Rüppel/Wagner ZWeR* 2004, 128, 148 f.; *Zapfe*, S. 83 f.

²⁶⁶ Vgl. *Bunte* in: Langen/Bunte, § 2 Rn. 33; **a. A.** *Hartmann-Rüppel/Wagner ZWeR* 2004, 128, 152.

²⁶⁷ OLG Düsseldorf, 12.7.2017, Az. VI-U (Kart) 16/13, Rn. 226.

²⁶⁸ OLG Düsseldorf, 12.7.2017, Az. VI-U (Kart) 16/13, Rn. 226.

²⁶⁹ Vgl. KOMM., Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, Abl. 2004 C 101/08, Rn. 48.

²⁷⁰ KOMM. 16.7.2003 WuW/E EU-V 975, Rn. 122 ff. „*T-Mobile*“; KOMM., Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, Abl. 2004 C 101/08, Rn. 48; *Nordemann* in: Loewenheim et al., § 2 Rn. 20 i. V. m. Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn.; die vom Bundesrat in seiner Stellungnahme zum RegE angeregte Klarstellung (BT-Drucks. 15/3640, S. 73) ist nicht verwirklicht worden, wohl um die weitgehende Wortgleichheit von § 2 Abs. 1 GWB mit Art. 101 Abs. 3 AEUV zu bewahren.

²⁷¹ BegrRegE, BT-Drucks. 15/3640, S. 27. Zwar ist der Wortlaut des § 7 Abs. 1 GWB a. F. gegenüber Art. 101 Abs. 3 AEUV insoweit etwas weiter gefasst, als er sich explizit auch auf die Entwicklung, Beschaffung, Rücknahme und Entsorgung von Waren sowie generell auch auf Dienstleistungen erstreckt. Doch lassen sich diese Aspekte entweder über eine Analogie zur „Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung“ oder über das alternative Merkmal der „Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts“ erfassen.

²⁷² Vgl. z. B. BKartA, TB 2003/2004, 171 f. sowie *Zapfe*, S. 164 ff.; *Bunte* in: FK, § 7 GWB 1999 Rn. 4, 7, 24 ff. jeweils m. w. N.

²⁷³ BegrRegE (6. GWB-Novelle), BT-Drucks. 13/9720, S. 48.

beschränkend – meist schon in den Anwendungsbereich der vorrangigen §§ 3–5 GWB a. F. fielen.

- 89 In der Sache kann eine Verbesserung der Warenerzeugung insbesondere durch rationellere Herstellungsverfahren, eine höhere oder beständigere Kapazitätsauslastung oder anderen Maßnahmen zur **Senkung der Produktionskosten** (einschließlich Material-, Werkzeug-, Transport-, Lagerkosten etc.) erfolgen.²⁷⁴ Ebenso erfasst sind die **Erhöhung der Produktqualität**, die Verbreiterung des Angebots oder die **Herstellung eines neuen Produkts**.²⁷⁵ Besonders geeignet zur Hervorbringung derartiger Effizienzgewinne sind zum einen alle Formen der **Arbeitsteilung** (Spezialisierung), zum anderen die **Zusammenführung komplementärer Kenntnisse, Fähigkeiten und Kapazitäten** in der Wertschöpfungskette von F&E über die Produktion bis zum Vertrieb. Das besondere Potential von gemeinsamer F&E sowie Spezialisierungsvereinbarungen zur Erzielung hoher Effizienzgewinne wird durch die Existenz und Geltung der beiden einschlägigen Gruppenfreistellungsverordnungen (VO 1217/2010 bzw. VO 1218/2010) reflektiert.²⁷⁶
- 90 Als **Verbesserung der Warenverteilung** kommen in erster Linie Rationalisierungsgewinne und qualitative Effizienzvorteile im Bereich des Vertriebs in Betracht. Der Hauptanwendungsbereich liegt neben horizontalen Vermarktungsvereinbarungen²⁷⁷ **vor allem bei vertikalen Vertriebsabreden**, mit denen die Hersteller die Zahl ihrer Vertriebsstellen steuern, durch Größenvorteile (*economies of scale*) ihre Distributionskosten senken, kompetente und zu Investitionen bereite Händler gewinnen und auf diese Weise Märkte schneller und besser erschließen können.²⁷⁸ Die bessere Verbreitung eines Produkts,²⁷⁹ die Erhöhung des Warenumsatzes, der Lieferbereitschaft und Versorgungssicherheit, die Ermöglichung zusätzlicher Dienstleistungen (Wartung, Service, Beratung etc.) sowie etwa die Etablierung bestimmter Markenzeichen mit der Funktion eines qualitätsorientierten Gütesiegels²⁸⁰ sind weitere Aspekte.
- 91 **c) Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts.** Angesichts der Alternativität der Merkmale besteht in der Praxis kein besonderes Bedürfnis für eine (trennscharfe) Unterscheidung etwa zwischen der Verbesserung der Warenerzeugung und einer Förderung des wirtschaftlichen Fortschritts, unter den daher oft auch Rationalisierungsgewinne oder eine Verbreiterung des Angebots subsumiert werden. Das Kriterium der Förderung des technischen Fortschritts ist vor allem für Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen sowie Lizenzverträge von Bedeutung, deren Abschluss häufig eine **schnellere Entwicklung und Durchsetzung neuer Technologien** im Markt als bei uneingeschränktem Wettbewerb erwarten lässt.²⁸¹ Für die Kommission stellt es regelmäßig einen wesentlichen wirtschaftlichen oder technischen Fortschritt dar, wenn neue Waren oder Dienstleistungen auf Grund der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung schneller, kostengünstiger oder auf höherem technischem Standard angeboten werden können als ohne sie.²⁸² Besondere Bedeutung haben die Ersparnis doppelter Forschungsaufwendungen und die Erzielung von Synergieeffekten durch die Zusammenführung komplementärer Kenntnisse, Fähigkeiten und Kapazitäten.

²⁷⁴ Schneider in: Langen/Bunte, § 2 Rn. 31.

²⁷⁵ Vgl. z. B. BGH 9.7.2002 WuW/E DE-R 919, 924 „Stellenmarkt für Deutschland II“ (gemeinsame Beilage mit Stellenanzeigen für mehrere überregionale Tageszeitungen als neues Produkt).

²⁷⁶ Vgl. dazu ausführlich die Kommentierung in Band 1/Teil 1, S. 1565 ff., 1629 ff.

²⁷⁷ Vgl. dazu näher unten Rn. 185 ff.

²⁷⁸ Näher zu den Effizienzvorteilen bei vertikalen Vereinbarungen unten Rn. 228 ff.

²⁷⁹ Vgl. z. B. BKartA 25.8.1999 WuW/E DE-V 209, 214 „Stellenmarkt für Deutschland II“ (zu § 7 GWB a. F.); BKartA 17.3.2011, B6–94/10, Rn. 230 „ProSiebenSat.1 Media/RTL interactive“ (erleichterte Auffindbarkeit von Video-on-Demand-Inhalten auf einer gemeinsamen Online-Plattform).

²⁸⁰ Dazu BKartA 14.2.2008 WuW/E DE-V 1579, 1582 „KS-Quadro“.

²⁸¹ Mestmäcker/Schweitzer, § 14 Rn. 47; vgl. auch Schneider in: Langen/Bunte, § 2 Rn. 39.

²⁸² Vgl. KOMM., Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011, C 11/1, Rn. 141 (zu F&E-Vereinbarungen).

Im Rahmen der 6. GWB-Novelle aus dem Jahr 1998 hatte der deutsche Gesetzgeber bei der partiell an Art. 101 Abs. 3 AEUV angelehnten Auffangvorschrift des § 7 GWB a. F. noch bewusst auf das Merkmal der „Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts“ verzichtet, weil er befürchtete, dieses Tatbestandselement könne als industriepolitische oder gemeinwohlorientierte Öffnungsklausel missverstanden werden.²⁸³ Im Gesetzgebungsprozess zur 7. GWB-Novelle hat er dann darauf verwiesen, dass dieses Kriterium in der bisherigen Entscheidungspraxis der Kommission „ganz überwiegend anhand wettbewerblcher Maßstäbe ausgelegt worden“ sei.²⁸⁴ Zutreffend ist, dass jedenfalls seit der Einführung des Legalausnahmeprinzips eine **strikt wettbewerbsorientierte Interpretation** aller Tatbestandsmerkmale des Art. 101 Abs. 3 AEUV (und damit auch in § 2 Abs. 1 GWB) geboten ist.²⁸⁵ Eine **isolierte Berücksichtigung allgemeiner öffentlicher Interessen oder anderer Unionspolitiken** ist im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV auch nach Auffassung der Kommission **nicht** (mehr) **gestattet**. Gleiches muss seitdem auch im Rahmen des nationalen Rechts gelten.²⁸⁶ Die Kartellbehörden und Gerichte haben bei der Anwendung des GWB kein Mandat, andere öffentliche Interessen als den Schutz des Wettbewerbs zu berücksichtigen. Sofern es zu Konflikten mit anderen Gemeinwohlbelangen kommt, ist der Gesetzgeber gefragt, eine ausgleichende Regelung zu erlassen. Allenfalls im Rahmen ihres Aufgreifermessens können die Kartellbehörden von der Verfolgung bestimmter Verstöße Abstand nehmen, wenn sie aus vertretbaren Gründen ein Verfolgungsinteresse verneinen. Doch ist die Grenze zum Ermessensfehlgebrauch überschritten, wenn aus sachfremden (allgemeinpolitischen) Gründen selbst schwere Wettbewerbsverstöße geduldet würden.

2. Angemessene Beteiligung der Verbraucher am Gewinn. Mit dem zweiten Erfordernis – der angemessenen Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn – bezieht das Gesetz auch die **Außenwirkungen** der Vereinbarung in die Betrachtung mit ein (vgl. bereits oben Rn. 79). Im europäischen Recht legt die Kommission im Zusammenhang mit ihrem neuen, stärker wirtschaftlich ausgerichteten und auf die Förderung der Konsumentenwohlfaht fokussierten Ansatz²⁸⁷ auf dieses Kriterium besonderes Gewicht.²⁸⁸ Es soll sicherstellen, dass von der Wettbewerbsbeschränkung nicht nur die beteiligten Unternehmen, sondern letztlich **auch die Allgemeinheit profitiert**.²⁸⁹

Unter den Begriff der „**Verbraucher**“ fallen nicht nur (private) Konsumenten, sondern **alle Nutzer der vertragsgegenständlichen Produkte** in der Vertriebskette vom Groß- über den Einzelhändler bis zum (privaten) Endkunden, aber auch Weiterverarbeiter, welche die Ware oder Dienstleistung als Vorprodukt oder sonstigen Input für ihre Geschäftstätigkeit benötigen.²⁹⁰ Der Kreis beschränkt sich nicht auf die unmittelbaren Vertragspartner der Kartellbeteiligten auf der **Marktgegenseite**, sondern erstreckt sich auf **alle unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer** der Produkte des Kartells.²⁹¹ Allerdings muss nicht in jedem

²⁸³ BegrRegE, BT-Drucks. 15/3640, S. 27; BegrRegE (6. GWB-Novelle), BT-Drucks. 13/9720, S. 33, 48.

²⁸⁴ BegrRegE, BT-Drucks. 15/3640, S. 27.

²⁸⁵ Näher dazu *Fuchs ZWeR* 2005, 1, 17 f. m. w. N.

²⁸⁶ Vgl. bereits oben Rn. 71 ff.

²⁸⁷ Vgl. *KOMM.*, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, Abl. 2004 C 101/08, Rn. 33 („Mit den Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft soll durch den Schutz des Wohlstand der Verbraucher gefördert und die effiziente Ressourcenallokation gewährleistet werden“).

²⁸⁸ Vgl. die umfangreichen Ausführungen in den Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, Abl. 2004 C 101/08 Abs. 3 EG, Rn. 83–104.

²⁸⁹ *Schneider* in: *Langen/Bunte*, § 2 Rn. 40.

²⁹⁰ Vgl. OLG Düsseldorf 13.11.2013, Az. VI-U (Kart) 11/13, Rn. 64 „Badarmaturen“; *Schneider* in: *Langen/Bunte*, § 2 Rn. 41; *KOMM.*, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, Abl. 2004 C 101/08, Rn. 84.

²⁹¹ *Nordemann* in: *Loewenheim et al.*, § 2 Rn. 20 i. V. m. Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 49; *Heyers* in: *FK*, § 2 Rn. 61; ebenso wohl *Bechtold*, *GWB*, § 2 Rn. 16, der zwar auf die „Marktgegenseite“ abstellt, sich aber ausdrücklich gegen eine Beschränkung auf die unmittelbaren Vertragspartner der Kartellanten wendet; entgegen seiner Einschätzung grenzt auch die Kommission den Kreis der „Verbraucher“ nicht auf die direkten

Fall eine Beteiligung der Endverbraucher gesichert sein. Vielmehr kann es ausnahmsweise genügen, wenn eine effizienzträchtige Kooperation zu erheblichen Vorteilen (auch) zugunsten der unmittelbaren Zwischenabnehmer führt, selbst wenn diese Vorteile etwa aufgrund einer vermachteten Abnehmerseite nicht bis zu den Endverbrauchern weitergereicht werden.²⁹² Außer Betracht bleiben aber in jedem Fall solche Wohlfahrtssteigerungen, die ausschließlich auf die Produzentenseite beschränkt bleiben.²⁹³ Keine angemessene Verbraucherbeteiligung liegt daher beispielsweise vor, wenn eine wettbewerbsbeschränkende Maßnahme in Form einer Mindestpreisregelung nur darauf abzielt, das finanzielle Risiko der Geschäftstätigkeit der Beteiligten abzufedern.²⁹⁴

- 95 Der Begriff „**Gewinn**“ ist nicht im betriebswirtschaftlichen (oder bilanziellen) Sinn zu verstehen. Vielmehr erfasst er sämtliche aus der Vereinbarung resultierenden **wirtschaftlichen Vorteile**.²⁹⁵ Diese können, aber müssen nicht finanzieller Art sein, wie etwa Preissenkungen oder vermiedene Preiserhöhungen.²⁹⁶ Der Gewinn kann auch darin liegen, dass z. B. neue, bessere oder auch umweltfreundlichere Produkte²⁹⁷ eingeführt werden, der Bezug vorhandener Produkte für bestimmte Kundengruppen erst ermöglicht, erleichtert oder beschleunigt wird, die Qualität verbessert und die Versorgungssicherheit erhöht wird; auch Verbesserungen bei Beratung, Service, Wartung und Reparatur gehören dazu.²⁹⁸
- 96 Der entstehende Gewinn muss nicht in vollem Umfang weitergegeben werden, zumal dann auch kein Anreiz mehr für die Unternehmen verbliebe, die Vereinbarung überhaupt abzuschließen. Eine „**angemessene Beteiligung**“ setzt lediglich voraus, dass die von der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung ausgehenden negativen Auswirkungen auf die betroffenen Nutzergruppen zumindest ausgeglichen werden, so dass sie durch die Vereinbarung im Ergebnis nicht geschädigt werden.²⁹⁹ Weitergehende Effizienzgewinne, die zu Kosteneinsparungen, einem geringeren Ressourceneinsatz oder höherwertigen Produkten führen, bewirken dann, dass die Gesellschaft **insgesamt** besser dasteht.³⁰⁰ Die Beteiligung muss sich nicht auf jeden einzelnen Effizienzgewinn beziehen, sondern nur **insgesamt** ein **hinreichendes Ausmaß** erreichen, das zur Kompensation etwaiger Nachteile genügt. Ist

Kunden des Kartells ein, sondern erfasst ausdrücklich die „Kunden der Vertragsparteien und die späteren Käufer der Produkte“ (KOMM., Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, Abl. 2004 C 101/08 Rn. 84); vgl. auch KOMM. 8.5.2001, IV/36.957/F3, Abl. 2001, L 302/1, Rn. 185 „Glaxo Wellcome“; 17.9.2001, Abl. 2001, L 319/1, Rn. 147 ff. „DSD“. Etwas missverständlich BKartA 31.5.2007 WuW/E DE-V 1392, 1403 „Altglas“, wo zunächst nur auf die Weitergabe von Kostenvorteilen an die (direkten) „Abnehmer“ (Rn. 219) abgestellt wird, anschließend jedoch von der „Weitergabe von Kostenvorteilen an den Endverbraucher“ (Rn. 220) die Rede ist.

²⁹² So insbesondere Nordemann in: Loewenheim et al., § 2 Rn. 32.

²⁹³ Vgl. OLG Düsseldorf 4.10.2007 WuW/E DE-R 2197, 2207 f. „E.ON Ruhrgas“; Heyers in: FK, § 2 Rn. 60 (Steigerung der Gesamtwohlfahrt, d. h. die Summe aus Produzenten- und Konsumentenrente, ist nicht maßgeblich).

²⁹⁴ Vgl. BKartA, TB 2005/2006, S. 67.

²⁹⁵ Vgl. Nordemann in: Loewenheim et al., § 2 Rn. 20 i. V. m. Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 50; bei der Einführung des § 7 GWB a. F. hatte der Gesetzgeber seinerzeit auf die Vergleichbarkeit mit dem Begriff der „Verbesserung der Bedarfsmäßigkeit“ in § 5 GWB a. F. hingewiesen, BegrRegE (6. GWB-Novelle), BT-Drucks. 13/9720, S. 47. Das ist jedoch für § 2 Abs. 1 GWB zu eng, dessen Anwendungsbereich über den von § 5 GWB a. F. hinausgeht. Das Merkmal ist vielmehr nunmehr auch unter Berücksichtigung der Anwendungspraxis der Kommission zu Art. 101 Abs. 3 AEUV auszulegen, so auch Schneider in: Langen/Bunte, § 2 Rn. 42.

²⁹⁶ Vgl. als Beispielsfall für eine vermiedene Preiserhöhung als wirtschaftlicher Vorteil bei gleichzeitig gestiegenen Gestehungskosten OLG Düsseldorf 4.10.2007 WuW/E DE-R 2197, 2207 f. „E.ON Ruhrgas“.

²⁹⁷ Vgl. etwa KOMM. 24.1.1999 Abl. 2000, L 187/47 „CECED“.

²⁹⁸ Vgl. Schneider in: Langen/Bunte, § 2 Rn. 43 f.

²⁹⁹ Vgl. OLG Düsseldorf 4.10.2007 WuW/E DE-R 2197, 2207 „E.ON Ruhrgas“; BKartA 17.3.2011, B6–94/10, Rn. 234 „ProSiebenSat.1 Media/RTL interactive“; Schneider in: Langen/Bunte, § 2 Rn. 45 (Netto-wirkung muss mindestens neutral sein) im Anschluss an KOMM., Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, Abl. 2004 C 101/08, Rn. 85; zust. auch Bechtold, GWB, § 2 Rn. 16; Hartmann-Rüppel/Wagner ZWeR 2004, 128, 151; Nordemann in: Loewenheim et al., § 2 Rn. 20 i. V. m. Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 52; a. A. (Vorteile müssen die Nachteile überwiegen) zu § 7 GWB a. F. Zapfe, S. 112 m. w. N.

³⁰⁰ Vgl. KOMM., Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, Abl. 2004 C 101/08, Rn. 85.