

# Kartellrecht

Bunte / Stancke

4. Auflage 2022  
ISBN 978-3-406-75489-0  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.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](https://www.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](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Art. 29 VO Nr. 1/2003 in bestimmten Fällen die Freistellung der Spezialisierungsvereinbarung mit Wirkung ex nunc entziehen, wenn nicht die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind. Diese Entzugsbefugnis steht bezogen auf das Gebiet des Mitgliedstaates auch den nationalen Wettbewerbsbehörden zu.<sup>328</sup> Nach der **Marktanteilsschwelle** des Art. 3 gilt die Freistellung nur unter der Voraussetzung, dass der gemeinsame Anteil der Parteien auf jedem relevanten Markt höchstens 20 % beträgt. Denn bei Spezialisierungsvereinbarungen zwischen Unternehmen, die über keine erhebliche Marktmacht verfügen, sind typischerweise kaum negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu befürchten oder die zu erwartenden gesamtwirtschaftlichen Vorteile überwiegen.<sup>329</sup> Der in Art. 1 Abs. 1 lit. i legaldefinierte relevante Markt umfasst den sachlich und räumlich relevanten Markt der jeweiligen Spezialisierungsprodukte. Der sachlich und räumlich relevante Markt ist mit der in der Bekanntmachung „Marktabgrenzung“<sup>330</sup> der Kommission beschriebenen Methode zu bestimmen.<sup>331</sup> Art. 4 enthält eine Liste mit Kernbeschränkungen. Nicht freistellungsfähig sind Vereinbarungen über die Festsetzung von Preisen (Preisbindung), ausgenommen die Festsetzung der Preise für direkte Abnehmer im Rahmen des gemeinsamen Vertriebs, und die Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes (Mengenbegrenzungen). Von diesem Verbot der Mengenbegrenzungen ausgenommen sind Bestimmungen über die in Vereinbarungen über die einseitige oder die gegenseitige Spezialisierung festgelegten Produktmengen und die Festlegung von Kapazität und Produktionsvolumen in Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion und die Festlegung von Absatzzielen im Rahmen des gemeinsamen Vertriebs. Eine Kernbeschränkung ist im Übrigen die Aufteilung von Märkten oder Kundentrieben (Markt- bzw. Kundenaufteilungen).

*bb) VO Nr. 1217/2010 für Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung*

**Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung** sind in forschungsnahen 160  
Sektoren weit verbreitet und vielfach für die betroffenen Unternehmen wirtschaftlich notwendig. Die Politik der EU unterstützt insbesondere kleine und mittlere Unternehmen bei ihren Bemühungen auf dem Gebiet der Forschung und technologischen Entwicklung in vielfältiger Hinsicht. Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, die keinen Marktbezug hat (sog. „**Grundlagenforschung**“), fallen ohnehin nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV. Regeln die Parteien aber die Art der Verwertung der Forschung und Entwicklung, so führt dies zu Wettbewerbsbeschränkungen, für die eine Freistellung notwendig sind. Vor diesem Hintergrund hat die Kommission eine entsprechende „**F&E-GVO**“ erlassen. Die **GVO Nr. 1217/2010**<sup>332</sup> hat ihre Grundlage ebenfalls in der VO Nr. 2821/71 des Ra-

<sup>328</sup> MüKoWettbR/Israel, 3. Aufl. 2020, Spez-GVO Art. 2 Rn. 2; Immenga/Mestmäcker/Fuchs, 6. Aufl. 2019, Spez-GVO Art. 2 Rn. 23.

<sup>329</sup> Immenga/Mestmäcker/Fuchs, 6. Aufl. 2019, Spez-GVO Rn. 1.

<sup>330</sup> Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 C 372, S. 5.

<sup>331</sup> MüKoWettbR/Israel, 3. Aufl. 2020, Spez-GVO Art. 3 Rn. 2.

<sup>332</sup> ABl. 2010 L 335, S. 36.

tes.<sup>333</sup> Die F&E-GVO will den Wettbewerb schützen, aber auch den Unternehmen Rechtssicherheit bieten. Dabei muss eine Gratwanderung unternommen werden, weil verstärkte Kooperation insbesondere von kleinen und mittleren Unternehmen bei Forschung und Entwicklung sinnvoll und erwünscht ist, auch massive staatliche Förderung erfährt, aber andererseits mit Wettbewerbsbeschränkungen bei der Verwertung von Forschungsergebnissen ein erhebliches wettbewerbliches Gefährdungspotential verbunden ist. Auch die GVO Nr. 1217/2010 verfolgt einen wirtschaftsorientierten Ansatz, bei dem untersucht wird, wie sich die Vereinbarungen auf dem relevanten Markt auswirken, und geht davon aus, dass bis zu einem gewissen Grad der Marktmacht der beteiligten Unternehmen die Vorteile der Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung die möglichen Nachteile für den Wettbewerb aufwiegen.<sup>334</sup> Die GVO will dies durch zeitliche Begrenzung der Freistellungen und durch Marktanteilsschwellen erreichen (Art. 4).

161 Vom **Anwendungsbereich** der GVO werden nach Art. 2 iVm Art. 1 Vereinbarungen zwischen zwei oder mehr Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen erfasst, die sich auf die gemeinsame Durchführung von Forschungs- und Entwicklungsarbeiten einschließlich oder ohne Verwertung der dabei gefundenen Ergebnisse beziehen. Schließlich kann auch die alleinige Verwertung der Ergebnisse Inhalt der Absprache sein, sofern diese auf eine frühere Vereinbarung zurückgeführt werden können. Nach Art. 2 Abs. 2 werden darüber hinaus die unmittelbar verbundenen und notwendigen Nebenbestimmungen im Bereich der Übertragung von Rechten des geistigen Eigentums oder die Erteilung diesbezüglicher Lizenzen erfasst. In Art. 3 werden die Freistellungs Voraussetzungen im Einzelnen normiert: Alle Vertragspartner müssen Zugang zu den Ergebnissen der Arbeiten haben und bei bloßem Vorliegen einer Forschungs- und Entwicklungsvereinbarung ohne Verwertung in der Lage sein, die gefundenen Ergebnisse selbständig verwerten zu können (Art. 3 Abs. 2, Abs. 3). Im Falle einer gemeinsamen Verwertung der gefundenen Ergebnisse muss es sich um solche handeln, für die geistige Eigentumsrechte bestehen und die wesentlich zum technischen oder wirtschaftlichen Fortschritt beitragen; ferner müssen sie für die Verwertung unerlässlich sein (Art. 3 Abs. 4). Schließlich verlangt Art. 2 Abs. 5, dass die bei einer Aufgabenteilung mit der Herstellung betrauten Unternehmen Lieferaufträge aller Vertragspartner erfüllen müssen, wenn nicht auch eine Vereinbarung über den gemeinsamen Vertrieb vorliegt. In Art. 4 werden **Marktanteilsschwelle** und **Freistellungsdauer** geregelt, wobei hier zwischen vertikalen und horizontalen Vereinbarungen unterschieden werden muss: Bei ersteren gilt die Freistellung für die Zeit der Forschungs- und Entwicklungsarbeiten und falls auch eine gemeinsame Verwertung der Ergebnisse vereinbart wurde, für einen Zeitraum von sieben Jahren ab dem Tag des ersten Inverkehrbringens der Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien im Binnenmarkt (Art. 4 Abs. 1).

162 Für Wettbewerber gilt dieser siebenjährige Zeitraum des Art. 4 gem. Abs. 2 nur dann, wenn die beteiligten Unternehmen zum Zeitpunkt der Vereinbarungen über keinen Marktanteil verfügen, der über 25 % liegt. Nach Art. 4 Abs. 3 verlängert sich bei Beachtung dieses Schwellenwertes die Freistellung. Eine umfangreiche

<sup>333</sup> ABl. 1971 L 285, S. 46.

<sup>334</sup> Erwägungsgründe 4f. der VO Nr. 1217/2010.

Liste mit Kernbeschränkungen ist schließlich in Art. 5 Abs. 1 enthalten; beispielsweise dürfen keine anderweitigen Forschungs- oder Entwicklungsarbeiten, ggf. auch mit Dritten, untersagt (Art. 5 Abs. 1 lit. a), die Produktion oder der Absatz beschränkt (Art. 5 Abs. 1 lit. b) oder Preise für den Verkauf des Produkts festgesetzt werden (Art. 5 Abs. 1 lit. c). In dieser Liste sind viele unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten, die die Anwendung der Verordnung für die Unternehmen erschweren.

#### d) Sonstige Gruppenfreistellungsverordnungen

Der Vollständigkeit halber seien noch die weiteren GVOen genannt, die momentan **163** bestehen:

So existiert mit der VO Nr. 906/2009<sup>335</sup> eine GVO, die Absprachen zwischen **Seeschiffahrtsunternehmen** im Bereich der gemeinsamen Liniendienste, Kapazitätsanpassungen entsprechend den Schwankungen von Angebot und Nachfrage, den gemeinsamen Betrieb oder die gemeinsame Nutzung von Hafenumschlaganlagen und den dazugehörigen Leistungen sowie hiermit notwendigerweise zusammenhängende Tätigkeiten unter bestimmten Voraussetzungen vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV freistellt. Rechtsgrundlage hierfür ist die VO Nr. 246/2009<sup>336</sup> des Rates. Die Freistellungen sind im Einzelnen in Art. 3 geregelt, der als Zentralnorm der VO Nr. 906/2009 zu qualifizieren ist.<sup>337</sup> Art. 5 knüpft eine Freistellung von Konsortien, die die Voraussetzungen des Art. 3 VO Nr. 906/2009 erfüllen, daran, dass die Marktmacht der beteiligten Unternehmen nicht übermäßig ausgeprägt ist, um Auswirkungen der jeweiligen Vereinbarung auf den Wettbewerb zu begrenzen.<sup>338</sup> Wie die anderen GVOen enthält auch die VO 906/2009 in Art. 4 eine Vorschrift über Kernbeschränkungen, die aufgrund negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht der Freistellung des Art. 3 unterliegen und die Freistellungswirkung insgesamt entfallen lassen.<sup>339</sup> **164**

Die VO Nr. 487/2009<sup>340</sup> ermächtigt zum Erlass von GVOen über den Luftverkehr. Die Kommission ist auf Grundlage der Verordnung bislang jedoch noch nicht tätig geworden.<sup>341</sup> Die VO Nr. 1617/93,<sup>342</sup> die die gemeinsame Planung und Koordinierung von Flughäfen, den gemeinsamen Betrieb von Flugdiensten, Tarifkonsultationen im Personen- und Frachtlinienverkehr sowie die Zuweisung von Zeitnischen auf Flughäfen regelte, und die VO Nr. 3652/93,<sup>343</sup> die Vereinbarungen über computergesteuerte Buchungssysteme für den Luftverkehr betraf, sind inzwischen nicht mehr in Kraft. **165**

<sup>335</sup> ABl. 2009 L 256, S. 31.

<sup>336</sup> ABl. 2009 L 79, S. 1.

<sup>337</sup> Immenga/Mestmäcker/Knauff, 6. Aufl. 2019, VII. Abschnitt. Verkehrswettbewerbsrecht Rn. 120.

<sup>338</sup> Immenga/Mestmäcker/Knauff, 6. Aufl. 2019, VII. Abschnitt. Verkehrswettbewerbsrecht Rn. 29.

<sup>339</sup> Immenga/Mestmäcker/Knauff, 6. Aufl. 2019, VII. Abschnitt. Verkehrswettbewerbsrecht Rn. 125.

<sup>340</sup> ABl. 2009 L 148, S. 1.

<sup>341</sup> MüKoWettbR/Rummel, 3. Auflage 2020, B. Verkehr Rn. 63.

<sup>342</sup> ABl. 1993 L 155, S. 18.

<sup>343</sup> ABl. 1993 L 333, S. 37.

- 166 Die VO Nr. 169/2009<sup>344</sup> des Rates stellt schließlich einzelne Kooperationsformen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr vom Kartellverbot frei. Aus Art. 3 geht hervor, dass hierbei nur kleine und mittlere Unternehmen der Gruppenfreistellung unterliegen sollen.<sup>345</sup>

167

### Kontrollfragen und Übungsfälle zu § 3

1. Was versteht man unter dem sog. „funktionalen Unternehmensbegriff“?
2. Können auch Privathaushalte Unternehmen iSd EU-Kartellrechts sein?
3. Inwieweit findet das EU-Kartellrecht auch auf juristische Personen des öffentlichen Rechts Anwendung?
4. Sind Freiberufler als Unternehmen zu qualifizieren?
5. Gilt das EU-Kartellrecht direkt oder indirekt auch für das hoheitliche Handeln der Mitgliedstaaten?
6. Inwiefern ist der Begriff der Vereinbarung iSd Art. 101 AEUV weiter als der des Vertrags im Allgemeinen? Fallen Gentlemen's Agreements unter das Kartellverbot?
7. Inwieweit unterscheiden sich Beschlüsse iSd Art. 101 AEUV von Vereinbarungen?
8. Wann liegen abgestimmte Verhaltensweisen vor? Welcher Vermutungsregeln bedient sich die Kommission zu deren Feststellung?
9. Was besagt das Selbständigkeitspostulat?
10. Verstoßen konzerninterne Vereinbarungen gegen das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV?
11. Wodurch unterscheiden sich horizontale und vertikale wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen?
12. Was besagt der Arbeitsgemeinschaftsgedanke? Inwieweit lässt sich der Gedanke verallgemeinern?
13. Was besagt der Markterschließungsgedanke?
14. Was versteht man unter Ancillary Restraints und wie werden sie kartellrechtlich behandelt?
15. Was ist die Immanenztheorie?
16. Wie ist die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots im Rahmen einer Unternehmensveräußerung kartellrechtlich zu würdigen?
17. Kann sich aus einer Abwägung mit anderen Rechtsgütern als dem Wettbewerb die Zulässigkeit einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung ergeben?
18. Was ist die Rule of Reason? Findet sie im europäischen Kartellrecht Anwendung?

<sup>344</sup> ABl. 2009 L 61, S. 1.

<sup>345</sup> MüKoWettbR/Rummel, 3. Auflage 2020, B. Verkehr Rn. 27.

19. Wodurch ist der sog. „More Economic Approach der Kommission gekennzeichnet?
20. Wann liegt eine „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung vor? Wofür ist das von Bedeutung?
22. Welche Faktoren bestimmen das Spürbarkeitskriterium?
23. Was besagt die Bündeltheorie?
24. Bedarf es seit der VO Nr. 1/2003 einer Freistellungsentscheidung der Kommission für eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV? Was bedeutet das für die Unternehmen?
25. Wann ist eine Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung gegeben?

## Übungsfall 1

## „Altölpreise“

168

### Sachverhalt:

Die Unternehmen der Altölverwertungsindustrie sind in der AMMRA (Arbeitsgemeinschaft mittelständischer Mineralölraffinerien) zusammengeschlossen. Angesichts erheblicher wirtschaftlicher Schwierigkeiten in der Branche bemüht sich die AMMRA, eine Senkung der Kosten und Einkaufspreise für Altöl zu erreichen. Zu diesem Zweck wird ein Vorschlag ausgearbeitet, der einen Höchstpreis von 10,- Euro je 100 kg Altöl vorsieht. Die Ausarbeitung dieses Vorschlags ist weitgehend abgeschlossen. Der Inhalt wird von sämtlichen Mitgliedern befürwortet. Es kommt jedoch nur deshalb nicht zu einem Beschluss, weil das BKartA die AMMRA mit der Begründung abmahnt, dass das geplante Vorgehen kartellrechtlich unzulässig sei.

Im Juli hält ein Vertreter der A-GmbH auf einer Tagung der AMMRA einen Vortrag über die Geschäftslage und die Preis- und Kostenentwicklung in der Altölbranche. Dabei erklärt er, dass die A-GmbH angesichts der angespannten wirtschaftlichen Lage ihre Entgeltzahlungen für Altöl ab Mitte August senken müsse. Dies werde ohne Rücksicht auf das Verhalten der Konkurrenten geschehen. Ein konkreter Preis wurde von dem Vertreter allerdings nicht genannt.

Daraufhin werden von Vertretern einiger anderer Zweitraffinerien ebenfalls „Maßnahmen zur Kostensenkung“ angekündigt. Insgesamt muss aber jedes Unternehmen für sich selbst entscheiden und mit seinen Preisen selbst fertig werden.

In der Folge wurden schließlich von der A-GmbH und vier weiteren Unternehmen – darunter zwei niederländische – die Entgelte für die Zahlung von 100 kg Altöl auf 10 Euro festgesetzt.

Die Kommission belegt alle fünf Unternehmen mit einer Geldbuße. Zu Recht?

### Abwandlung:

Es ist nicht mehr nachvollziehbar, was auf der Tagung der AMMRA geschehen ist. Die Kommission belegt die Unternehmen dennoch mit einer Geldbuße. Verspricht ein Vorgehen vor dem EuG gegen diese Entscheidung Erfolg?

## Lösung

Die Ankündigung des Vertreters der A-GmbH sowie der weiteren Zweitraffinerien, Maßnahmen zur Kostensenkung zu ergreifen, könnte gegen Art. 101 AEUV verstoßen. Da sich auch niederländische Unternehmen an der abgestimmten Verhaltensweise beteiligt haben, liegt ein zwischenstaatlicher Bezug vor. Die Beteiligten sind Unternehmen nach dem funktionalen Unternehmensbegriff. Allerdings liegt weder eine Vereinbarung noch der Beschluss einer Unternehmensvereinigung vor. Das Verhalten könnte also nur als abgestimmte Verhaltensweise den Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV verwirklicht haben.

Eine Abstimmung liegt vor, wenn zumindest ein Minimum an gegenseitigem Kontakt über das künftige Marktverhalten stattgefunden hat. Hier hat der Vertreter der A-GmbH auf der Tagung angekündigt, die Entgeltzahlungen für Altöl ab Mitte August zu senken. Auch die Vertreter der anderen beteiligten Unternehmen haben Maßnahmen zur Kostensenkung angekündigt. Ein direkter Kontakt über das künftige Marktverhalten hat daher stattgefunden. Dieser war auch hinreichend konkret, da wegen des vorher im Raume stehenden Beschlusses über eine Senkung auf 10 Euro/100 kg der Umfang der angekündigten Senkung für alle Beteiligten vorhersehbar war. Zwar konnten sich die Vertreter der verschiedenen Gesellschaften nicht sicher sein, dass alle die in dem Vorschlag ausgearbeiteten Konditionen übernommen werden. Dies gilt insbesondere für den Vertreter der A-GmbH. Diese Unsicherheit, dass ein abweichendes Verhalten anderer Unternehmen nicht völlig ausgeschlossen ist, gehört jedoch zum Wesen des aufeinander abgestimmten Verhaltens. Würde man verlangen, dass die anderen Beteiligten keinerlei Handlungsspielraum mehr hätten, würde schon eine Vereinbarung iSd Art. 101 AEUV vorliegen. Im Übrigen sind kartellrechtswidrige Vereinbarungen ohnehin nach Art. 101 Abs. 2 AEUV niemals verbindlich. Folglich genügt es daher, dass die Bereitschaft der einen oder der anderen Gesellschaft, entsprechend der erkennbar gegebenen Willensübereinstimmung zu handeln und das in Aussicht genommene gleichförmige Verhalten auszuführen, so hinreichend gesichert erscheint, dass es ein Handeln in der Erwartung dieses Verhaltens erlaubt. Dieses Maß an Sicherheit war hier durch die Kenntnis der übereinstimmenden wirtschaftlichen Zwänge zusammen mit dem ausgearbeiteten Vorschlag der AMMRA objektiv gegeben. Das Risiko, mit einer einseitigen Preissenkung im Markt zu scheitern, bestand daher nicht. Damit haben die Beteiligten eine bewusste Form der Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen. Eine Abstimmung ist gegeben.

Auch ein entsprechendes Marktverhalten liegt vor. Der Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise ist damit erfüllt.

Die Beteiligten haben sich über die Festsetzung von (Einkaufs-)Preisen geeinigt. Damit haben sie sich in ihrer wirtschaftlichen Handlungsfreiheit beschränkt. Es handelt sich um eine horizontale Beschränkung, da dadurch der durch Art. 101 AEUV ebenfalls geschützte Nachfragewettbewerb zwischen den Beteiligten beschränkt wird. Da es sich um eine Preisfestsetzung handelt, die typischerweise erhebliche negative Auswirkungen auf die Marktverhältnisse (in diesem Fall niedrigere Preise) erwarten lässt, liegt eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor. Diese ist als solche unabhängig von den Marktanteilen der Beteiligten auch spürbar.

Eine Freistellung kommt nicht in Betracht.

Die Entscheidung der Kommission ist zu Recht ergangen.

**Abwandlung:**

Fraglich ist einzig, ob immer noch von einer abgestimmten Verhaltensweise auszugehen ist. Zwar ist bekannt, dass die AMMRA einen Vorschlag zur Senkung der Preise auf 10 Euro/100 kg ausgearbeitet hat. Das allein konnte jedoch noch nicht das Risiko, mit einseitigen Kostensenkungen zu scheitern, in hinreichendem Maße beseitigen. Mangels Ankündigung konnte nämlich kein Unternehmen Gewissheit haben, dass die übrigen Beteiligten nachziehen würden. Eine Abstimmung liegt in dem ausgearbeiteten Vorschlag der AMMRA damit nicht ohne weiteres vor.

**Übungsfall 2****„Ausfuhr verboten“<sup>346</sup>**

169

**Sachverhalt:**

Das Unternehmen S ist die italienische Tochtergesellschaft eines schweizerischen Chemie- und Pharmaunternehmens. Sie vertreibt dessen pharmazeutische Produkte in Italien. In fast allen Mitgliedstaaten der EU existieren vergleichbare Tochtergesellschaften, da hinsichtlich der Zulassung von Medikamenten zwischen den Mitgliedstaaten erhebliche Unterschiede bestehen und der europäische Markt für pharmazeutische Produkte daher in nationale Märkte aufgeteilt ist. Das Preisniveau für Medikamente in Italien ist vergleichsweise niedrig.

S belieferte auf der Grundlage ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen Großhändler und Krankenhäuser in Italien. Nachdem diese – zumeist telefonisch – bestellt hatten, erhielten sie von S Rechnungen, die auf der Vorderseite den Aufdruck „Ausfuhr verboten“ trugen. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der S enthielten hierzu keine Regelung. Außerdem befanden sich auf den Rechnungen Angaben über den Gerichtsstand, die Rügefrist bei Mängeln sowie den Gefahrübergang. Rechnungen dieser Art verwendete S über mehr als 20 Jahre. Dass die Abnehmer sich an das Ausfuhrverbot gehalten haben oder dass S ein Zuwiderhandeln geahndet hat, ist nicht festgestellt worden.

Ist das Verhalten der S mit Art. 101 AEUV vereinbar?

**Lösung**

Das Verhalten der S ist mit Art. 101 AEUV vereinbar, wenn es keine Vereinbarung zwischen Unternehmen oder eine zwischen solchen abgestimmte Verhaltensweise darstellt, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet ist und eine Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb der Union bezweckt oder bewirkt.

<sup>346</sup> EuGH 11.1.1990 – 277/87, Slg. 1990, I-34 = ECLI:EU:C:1990:6 – Sandoz; dazu Lübbig WuW 1991, 561.



### I. Unternehmen.

Den weiten Unternehmensbegriff des EU-Rechts, der alle selbständig eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübenden Einheiten umfasst, erfüllen die Beteiligten hier unproblematisch.

### II. Vereinbarung.

Fraglich ist allerdings, ob das Verhalten der Beteiligten den Tatbestand der „Vereinbarung“ erfüllte. Dieser Begriff wird in der Praxis der EU-Kommission und des EuGH sehr weit ausgelegt. Erfasst wird jede Verständigung von Unternehmen über eine wettbewerbsbeschränkende Praxis, dh jede Willensübereinstimmung zwischen Unternehmen über ihr gemeinsames Auftreten am Markt, ohne dass diese den zivilrechtlichen Vertragsbegriff einer der nationalen Rechtsordnungen erfüllen muss. Nicht nach Art. 101 Abs. 1 AEUV verboten sind dagegen einseitige Weisungen einer Partei gegenüber der anderen. Auf den ersten Blick handelt es sich hier um eine solche einseitige Maßnahme der S. Es können aber auch scheinbar einseitige Maßnahmen dann unter den Begriff der Vereinbarung subsumiert werden, wenn durch sie die vertraglichen Beziehungen der Parteien weiter konkretisiert oder durchgeführt werden. In einem solchen Fall wird, um den – unzweifelhaft erforderlichen – Konsens der Parteien bezüglich der fraglichen Maßnahme festzustellen, entweder angenommen, die Maßnahme sei durch deren widerspruchslose Hinnahme stillschweigend akzeptiert worden, oder es wird darauf abgestellt, dass sie von einem die Gesamtheit der zwischen den Parteien bestehenden Handelsbeziehungen – und zwar auch künftige geschäftspolitische Schritte – tragenden Generalabkommen umfasst sei, das die Parteien bereits bei Aufnahme der Geschäftsbeziehungen geschlossen hätten.

Ob aber die bloße widerspruchslose Hinnahme einer einseitigen Maßnahme genügt, um eine stillschweigende Zustimmung zu dieser anzunehmen, ist zweifelhaft. Dies begegnet jedenfalls dann Bedenken, wenn der Inhalt der Maßnahme den wohlverstandenen Interessen der Gegenpartei zuwiderläuft und dies für den Urheber der Maßnahme auch erkennbar ist. Nach Treu und Glauben darf er in einem solchen Fall nicht annehmen, dass bloßer Nichtwiderspruch schon das Einverständnis bedeute. Hier lässt sich schon, soweit Krankenhäuser beliefert wurden, die Medikamente nicht weiterverkaufen und daher von dem Exportverbot gar nicht betroffen sind, nur mit Mühe annehmen, dass insofern ein Einverständnis vorlag. Denn dass die Krankenhäuser, indem sie nichts taten, den Willen geäußert haben sollen, gegen Art. 101 AEUV zu verstoßen, ist alles andere als naheliegend. Was aber die belieferten Großhändler angeht, so liegt es auf der Hand, dass das Exportverbot – schon wegen des je nach Land unterschiedlichen Preisniveaus – ihren Interessen geradezu zuwiderlief. Ein stillschweigendes Einverständnis dürfte danach – entgegen der Ansicht des EuGH, der ein solches bejaht hat – nicht vorliegen.

Dass sich schließlich die Abnehmer der S schon bei Aufnahme der Geschäftsbeziehungen mit der zukünftigen Geschäftspolitik der S, die sie nicht absehen konnten, ohne jede Rücksicht auf deren Inhalt einverstanden erklärt haben sollen, ist eine rein fiktive Annahme. Es dürfte vielmehr eine Art Dissens über einen Nebenpunkt des Vertrages vorliegen, der dessen Geltung im Übrigen unberührt lässt.

(Die Prüfung wäre hier abzubrechen, wird aber auf der Grundlage der Ansicht des EuGH fortgesetzt.)

### III. Abgestimmte Verhaltensweise.

Für den Nachweis einer Verhaltenskoordination, die nicht die oben geschilderten Probleme mit sich gebracht hätte, fehlte es hier an Indizien, da es zwar ausreicht,