

**Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht
und ihre Auswirkungen auf
Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer**

Hans **Böckler**
Stiftung 

Fakten für eine faire Arbeitswelt.

**INFORMATIONSSCHRIFT
für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer
zum WETTBEWERBSRECHT**



Essen, im Oktober 2008

Erstellt durch die:



PCG - PROJECT CONSULT GmbH

- PROF. DR. KOST & COLLEGEN -

Friedrich-List-Str. 2
D-45128 Essen

Fon: 0049.(0)201.10592-0
Fax: 0049.(0)201.10592-79
info@pcg-projectconsult.de
www.pcg-projectconsult.de

Inhaltsverzeichnis

<u>VORWORT</u>	6
<u>1 EINLEITUNG</u>	7
<u>2 WETTBEWERBSRECHT</u>	9
2.1 DAS KARTELLVERBOT	10
2.1.1 DAS VERBOT	10
2.1.1.1 Geltungsbereich des Kartellverbots	11
2.1.1.2 Ausnahmen	11
2.1.2 SELBSTEINSCHÄTZUNG	12
2.1.3 FREISTELLUNG VOM KARTELLVERBOT NACH ART. 81 ABS. 3 EG, §§ 2,3 GWB	12
2.1.3.1 „Farbenlehre“ der Klauseln der Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO)	13
2.1.3.2 Anwendungsbereich der GVO.....	14
2.1.4 KOOPERATIONEN	15
2.1.5 MARKTANTEILE	16
2.1.5.1 Sachlich relevanter Markt.....	16
2.1.5.2 Räumlich relevanter Markt.....	17
2.1.6 BEISPIELE FÜR HORIZONTALE WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN.....	17
2.1.6.1 Preisabsprachen	17
2.1.6.2 Konditionenabsprachen	18
2.1.6.3 Marktaufteilung (Gebiete, Kunden, Quoten).....	18
2.1.6.4 Gemeinsamer Einkauf	18
2.1.6.5 Gemeinsame Vermarktung	19
2.1.6.6 Austausch von marktrelevanten Informationen.....	20
2.1.7 BEISPIELE FÜR VERTIKALE WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN	21
2.1.7.1 Preisbindungen der Zweiten Hand.....	21
2.1.7.2 Höchstpreisbindungen	21
2.1.7.3 Preisempfehlungen	22
2.1.7.4 Meistbegünstigungsklauseln.....	22
2.1.7.5 Bezugsbindungen.....	22

2.1.7.6	Wettbewerbsverbote	23
2.1.7.7	Gebietsschutz / Exklusivität	23
2.1.7.8	Selektiver Vertrieb.....	23
2.2	MISSBRAUCH EINER MARKTBEHERRSCHENDEN STELLUNG GEMÄß ART. 82 EG, § 19 ABS. 1 GWB	24
2.2.1	MARKTBEHERRSCHENDE STELLUNG.....	25
2.2.2	MISSBRAUCH	26
2.2.3	BEISPIELE MISSBRÄUCLICHEN VERHALTENS	26
2.2.3.1	Preisdiskriminierung.....	26
2.2.3.2	Auslistung: Fordern unangemessener Konditionen.....	26
2.2.3.3	Lieferverweigerung	27
2.2.3.4	Koppelungsverbot.....	27
2.2.3.5	Verkauf unter Einstandspreis.....	27
2.2.3.6	Rabattsysteme.....	28
2.3	KARTELLBEHÖRDEN UND IHRE BEFUGNISSE.....	28
2.3.1	ERMITTLUNGSBEFUGNISSE DER EU-KOMMISSION.....	30
2.3.2	SANKTIONSBEFUGNISSE DER EU-KOMMISSION	31
2.3.2.1	Abstellungsverfügung.....	32
2.3.2.2	Feststellungsverfügungen	32
2.3.2.3	Einstweilige Anordnung	32
2.3.2.4	Bindende Verpflichtungszusagen	32
2.3.2.5	Geldbußen.....	33
2.3.3	DEUTSCHE KARTELLBEHÖRDEN.....	33
2.3.3.1	Ermittlungsbefugnisse	33
2.3.3.2	Sanktionsbefugnisse	35
2.4	DAS „COMPETITION-COMPLIANCE-PROGRAMM“	38
2.4.1	HAUPTFUNKTION	38
2.4.2	INHALT DES C-C-PROGRAMMS.....	39
2.4.3	HANDLUNGSEMPFEHLUNGEN BEI VERDACHT EINES KARTELLVERSTOßES.....	39
2.5	ZWISCHENBILANZ	40
3	<u>FUSIONSKONTROLLE.....</u>	<u>42</u>

3.1 FUSIONEN.....	44
3.1.1 PRÜFUNGSKRITERIEN EINER FUSION	45
3.1.1.1 Tatbestand des Kontrollerwerbs	46
3.1.1.2 Tatbestand eines Gemeinschaftsunternehmens	47
3.1.1.3 Tatbestand der Europäischen Aktiengesellschaft (SE).....	48
3.1.2 PRÜFUNGSKRITERIUM DER GEMEINSCHAFTSWEITEN BEDEUTUNG.....	48
3.1.3 EUROPÄISCHE VERWEISUNGSPRAXIS	50
3.1.3.1 Kommissionsverweis an Mitgliedsstaaten.....	50
3.1.3.2 Mitgliedsstaatlicher Verweis zur Kommission.....	51
3.2 EUROPÄISCHE ZUSAMMENSCHLUSSKONTROLLE/FUSIONSKONTROLLE	52
3.2.1 VERFAHRENSCHRITTE DER EUROPÄISCHEN FUSIONSKONTROLLE	53
3.2.1.1 Vorverfahren.....	53
3.2.2 HAUPTVERFAHREN	55
3.2.2.1 Entscheidungsarten.....	56
3.2.2.2 Konkrete Prüfungskriterien im Hauptverfahren inkl. /Marktbeherrschung / SIEC- Test	57
3.2.2.3 Prüfkriterium sachlich und räumlich relevanter Märkte /Abgrenzung	58
3.2.2.4 Prüfungskriterium der marktbeherrschenden Stellung	59
3.2.2.5 Spezifische Auslegungskriterien	60
3.2.2.6 Zusammenschlussarten	61
3.3 ZUSAMMENSCHLUSSKONTROLLE IN DEUTSCHLAND.....	62
3.3.1 NOTWENDIGKEIT INDIVIDUELLER ZUSAMMENSCHLUSSKONTROLLE	63
3.3.2 MATERIELLER PRÜFUNGSMAßSTAB UND PRÜFUNGSVERFAHREN	63
3.3.3 MINISTERERLAUBNIS	64
3.4 ZUSAMMENFASSUNG	64
<u>4 ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</u>	<u>66</u>
<u>5 GLOSSAR.....</u>	<u>68</u>
<u>6 LITERATURVERZEICHNIS</u>	<u>71</u>

Vorwort

Die vorliegende Informationsschrift richtet sich an Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die über wenige oder keine Kenntnisse im Wettbewerbsrecht verfügen und bietet als Informationshilfe einen ersten Überblick über die wesentlichen Grundlagen dieses zunehmend wichtiger werdenden Rechtsgebiets. Unterschiede zwischen dem deutschen und dem europäischen Wettbewerbsrecht werden nur insofern punktuell aufgezeigt, als sie konkret bedeutsam sind. Die Informationsschrift dient zu allererst der Information und soll den Einstieg in diese komplexe Thematik erleichtern.

Der auf die praktische Anwendung orientierte Nutzen der Informationsschrift bietet die Möglichkeit, aufgrund des erweiterten Kenntnisstandes im Rahmen geplanter oder schon stattfindender wettbewerbspolitischer Handlungen von Unternehmen, staatlichen Behörden oder politischen Gremien, Einfluss auf die Prozessgestaltung zu nehmen - somit aus der Rolle des „Reagierens“ in die Rolle des in angemessener Reaktionszeit „Agierenden“ zu wechseln. Darüber hinaus werden die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Unternehmen zur Teilhabe am wettbewerbstheoretischen Diskurs befähigt.

Da diese Informationsschrift lediglich in das Thema einführen soll und Einzelfälle stets einer genauen Prüfung bedürfen, wurde neben dieser ausführlichen Darstellung noch ein noch ein praxisrelevanter Handlungsleitfaden erstellt, der den Mitbestimmungsträgern die Möglichkeit geben soll, sich schnell in der Thematik zu orientieren und Lösungsansätze zu finden. Der Handlungsleitfaden beinhaltet zudem Checklisten, anhand derer Arbeitnehmervertreter ihr Vorgehen kurzfristig planen aber auch überprüfen können.

Die AutorInnen bedanken sich herzlich bei allen beteiligten Fachleuten und Betriebsräten, vor allem aber für die konstruktive und wertvolle Zusammenarbeit mit der Hans-Böckler-Stiftung, Referat Forschungsförderung 1, ohne die die Erstellung dieser Informationsschrift nicht möglich gewesen wäre. Insbesondere gilt unser Dank dem Leiter des Referats, Herrn Dr. Frank Gerlach für die von ihm geleistete Unterstützung.

1 Einleitung

Im Zeitalter von Europäisierung und Globalisierung, die zu immer größeren Handlungsoptionen für Unternehmen führen, gewinnt das Wettbewerbsrecht und die Wettbewerbspolitik auch für die Beschäftigten zunehmend an Bedeutung, da sie unmittelbare Auswirkungen auf sie haben können.

Sowohl die Europäische Union als auch ihre Mitgliedsstaaten haben sich durch gesetzliche Rahmenbedingungen dazu verpflichtet, einen fairen Gemeinsamen Markt und einen gerechten Wettbewerb für die darin agierenden Unternehmen und für den Endverbraucher zu gewährleisten. Was einerseits als Erleichterung hinsichtlich der grenzenlosen Möglichkeiten der Unternehmensneuformierungen, Restrukturierungen und Standortverlagerungen seitens der Wirtschaft angesehen werden kann, kann sich für Arbeitnehmer/innen eher als Gefährdungspotenzial darstellen, z.B. dann, wenn durch angekündigte oder zu erwartende Rationalisierungs- oder Umstrukturierungsmaßnahmen aufgrund einer unternehmerischen Neuorientierung im Wettbewerb Arbeitsplätze massiv gefährdet sind.

Weltweit tätige Unternehmen stellen die Mitbestimmung und Interessenvertretung somit vor neue Aufgaben, deren Lösung nur durch Kenntnis der rechtlichen Rahmenbedingungen auf nationaler und europäischer Ebene sowie der Kenntnis von möglichen Vorgehensweisen bei wettbewerbsbasierten unternehmerischen Neuorientierungen angegangen werden kann.

Die Mitbestimmung erfordert heute die notwendige Zusammenarbeit der jeweiligen Mitbestimmungsträger an den verschiedenen Unternehmensstandorten - dies aus dem Grund, als dass nur eine enge Zusammenarbeit es ermöglicht, gemeinsame Strategien zu entwickeln und mit in die wettbewerbspolitischen Prozesse einzubringen. Dies betrifft sowohl die unternehmerische und branchenspezifische Ebene als auch die Ebene der politischen Gestaltung und Konzeptentwicklung zur Stärkung von Mitbestimmung.

Wettbewerbsrechtliche Konsequenzen beinhalten in den meisten Fällen eine Veränderung der Ausgangssituation der Unternehmen - dies sowohl bei erfolgreich durchgeführten unternehmerischen Neuorientierungen als auch bei durch die Kontrollorgane negativ beschiedenen Fusionen oder anderen Ansätzen von Neustrukturierungsüberlegungen.

Durch die vorliegende Informationsschrift werden in erster Linie betriebliche Akteure und insbesondere Betriebsräte in die Lage versetzt, wettbewerbspolitische und -rechtliche Rahmenbedingungen, ihre Zielsetzungen und möglichen Auswirkungen auf unternehmerische Strategien und Handlungen einschätzen zu können.

Die recht komplexe und umfangreiche Thematik der Wettbewerbspolitik und des Wettbewerbsrechts lassen sich nicht losgelöst von Gesetzen und rechtlichen Formulierungen darstellen. Aus diesem Grund wird im Folgenden durch eine kompakte und an den jeweils erforderlichen Stellen detaillierte Zusammenfassung der Materie ein Gesamtüberblick gegeben.

Die „Fachthemen“ der Informationsschrift beginnen in Kapitel 2, welches sich mit dem Wettbewerbsrecht befasst. Dieser Bereich ist unterteilt in die Oberkategorien des Kartellverbots, des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, den Kartellbehörden und ihren Befugnissen sowie dem sog. „Competition- Compliance- Programm“, welches als vorbeugende Maßnahme gegen wettbewerbsrechtsverletzende Aktionen von Seiten der Unternehmen ergriffen werden kann. Anhand der darin enthaltenen Unterkategorien werden die damit verbunden Aspekte, wie z.B. wann ein Kartellverbot greift, welche Märkte davon betroffen sind, die Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen oder aber auch der Begriff der marktbeherrschenden Stellung näher erläutert. Weiterhin werden in diesem Abschnitt die Befugnisse der deutschen und der europäischen Kartellbehörden beim Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht dargestellt.

In Kapitel 3 steht die Fusionskontrolle im Mittelpunkt der Betrachtung, also die staatliche Aufsicht über den Zusammenschluss von Unternehmen. In diesem Rahmen werden die Oberkategorien der Fusion „europäische Zusammenschlusskontrolle“ (Fusionskontrolle) sowie die „deutsche Zusammenschlusskontrolle“ behandelt.

Insbesondere der europäischen Fusionskontrolle wird hierbei mehr Beachtung geschenkt, da dies das einzige Verfahren ist, in dem die Mitbestimmungsrechte formal verankert sind. Die entsprechenden Unterkategorien befassen sich unter anderem mit den Prüfungskriterien für Fusionen, mit den Verfahrensschritten der europäischen Fusionskontrolle oder den Zusammenschlussarten. Abgerundet wird diese Informationsschrift mit einem Abkürzungsverzeichnis sowie einem Glossar, das die wichtigsten Begriffe noch einmal kurz und prägnant zusammenfasst, um dem Leser die Arbeit mit diesem Schriftstück zum Wettbewerbsrecht zu vereinfachen.

2 Wettbewerbsrecht

Das Wettbewerbsrecht wurde sowohl vom europäischen als auch vom deutschen Gesetzgeber kontinuierlich verändert.¹

Neu ist vor allem das Verfahren vor den Kartellbehörden: Mussten bisher die Unternehmen Vereinbarungen, die den Wettbewerb beschränken, bei den Kartellbehörden anmelden und genehmigen lassen, so sind die Unternehmen heute selbst verpflichtet, eigenverantwortlich zu prüfen, ob ihr Verhalten mit dem Kartellrecht vereinbar ist.

Demzufolge müssen heutzutage die Verantwortlichen in Unternehmen ein sicheres Gespür dafür entwickeln, welche Verhaltensweisen, Absprachen und Beschlüsse

- kartellrechtlich zulässig,
- welche bedenklich und
- welche verboten sind.

Die Unterscheidung, ob eine Absprache nun tatsächlich ein verbotenes Kartell oder aber eine zulässige Kooperation ist, hängt maßgeblich vom Marktanteil der beteiligten Unternehmen ab. Genau diese Marktanteile sind aber hinsichtlich konkurrieren-

¹ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25.03.1957 in der konsolidierten Fassung des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 08.04.1998, Bundesgesetzblatt 1999 Teil II S. 465, ber. Bundesgesetzblatt 1999 Teil II, S. 416; Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, Amtsblatt 2003 L 1/1; Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung vom 07.07.2005, Bundesgesetzblatt vom 12.07.2005 Teil I Nr. 42; Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 vom 22.12.1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, Amtsblatt 1999 L 336/21; Verordnung (EG) Nr. 2658/2000 vom 29.11.2000 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, Amtsblatt 2000 L 304/3; Verordnung (EG) Nr. 2659/2000 vom 29.11.2000 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von über Forschung und Entwicklung, Amtsblatt 2000 L 304/7; Verordnung (EG) Nr. 772/2004 vom 27.04.2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfervereinbarungen, Amtsblatt 2004 L 123/11.

Bekanntmachungen/Mitteilungen der Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Amtsblatt 2000 C 291/01; Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Amtsblatt 2001 C 3/02; Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, Amtsblatt 2004 C 101/08. Die jüngste 7. Novelle des GWB erfolgte zum 1.07.2005, wonach insb. auch für reine Inlandsfälle die Freistellung vom Kartellverbot nicht mehr behördlich verfügt wird u. sich das Kartellverbot des § 1 GWB jetzt auch auf vertikale Wettbewerbsbeschränkungen erstreckt. Vgl. V. Dietze/Janssen, 2007, S. 15.

der Produkte und Dienstleistungen sowie hinsichtlich des räumlichen Marktes oft schwer bestimmbar und unterliegen auch Schwankungen.

So lässt sich die Frage, ob eine Wettbewerbsbeschränkung nun tatsächlich verboten oder erlaubt ist, oft nur im Kontext des gesamten Vertriebssystems oder unter Berücksichtigung der gesamten Einkaufskooperation beurteilen.² Aber auch über die Frage, ob das Verhalten eines Unternehmens unzulässig ist, weil es ein anderes Unternehmen behindert oder diskriminiert, entscheidet ebenfalls oft wesentlich der Marktanteil.

Grundkenntnisse im Kartellrecht sind also wichtig. Und zwar nicht nur allein auf Seiten der Geschäftsführung bzw. des Managements. Vielmehr müssen gerade auch die Mitarbeiter/innen sowie die Arbeitnehmervertretungen wissen, was sie erwartet, wenn eine Kartellbehörde tätig wird und wie sie einem Verstoß gegen das Kartellverbot vorbeugen können. Dabei geht es nicht allein um die Frage, inwiefern der/die einzelne Mitarbeiter/in ggf. einer strafrechtlichen Verfolgung unterliegen könnte. Letztlich wirkt sich die Position eines Unternehmens am Markt auch auf die Beschäftigungssituation und auf das Entgelt der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus.

2.1 Das Kartellverbot

In Deutschland tätige Unternehmen haben sowohl das deutsche Kartellrecht als auch das EU-Kartellrecht zu beachten.³

2.1.1 Das Verbot

➔ VERBOTEN sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.⁴

² Die Einbeziehung aller wirtschaftlichen Aspekte in die Beurteilung kennzeichnet den sog. „more economic approach“.

³ 2004 erfolgte die grundlegende Änderung des EU-Kartellrechts, das auch dezentral durch die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten angewendet wird. Mit der Anpassung wesentlicher Teile des deutschen an das europäische Kartellrecht sollen zukünftig schwierige Abgrenzungsfragen weitgehend entfallen.

2.1.1.1 Geltungsbereich des Kartellverbots

Das Kartellverbot hat absolute Gültigkeit für alle Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die Preis-, Quoten-, Kunden- oder Gebietsabsprachen betreffen.⁵

2.1.1.2 Ausnahmen

Bestimmte, den Wettbewerb beschränkende Vereinbarungen, können im Einzelfall wegen mangelnder Spürbarkeit vom Kartellverbot ausgenommen sein⁶:

Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern werden von der EU-Kommission insofern als nicht spürbar betrachtet, wenn deren Marktanteile auf dem betroffenen Markt zusammengerechnet 10 % nicht überschreiten („de-minimis-Bekanntmachung“).

Vereinbarungen zwischen Lieferanten und Abnehmern sind danach nicht spürbar, wenn die Marktanteile sowohl des Lieferanten als auch des Abnehmers auf den von ihnen jeweils bedienten Märkten einen Marktanteil von 15 % nicht überschreiten.

Auch **Vereinbarungen zwischen kleinen und mittleren Unternehmen** (KMU)⁷ sind regelmäßig nicht spürbar. Diese Unternehmen dürfen jedoch nicht zu 25 % oder mehr im Besitz eines anderen Unternehmens stehen, das die vorgenannten Kriterien nicht erfüllt.

➔ **Beispiel: Mehrere Unternehmen beteiligen sich gemeinsam an einer Ausschreibung, weil jedes von ihnen alleine die Ausschreibungsbedingungen nach Größe und/oder Art der Tätigkeit nicht erfüllen würde, sie also alleine noch keine Wettbewerber sind.**

⁴ Vgl. Art. 81 Abs. 1 EG, § 1 GWB.

⁵ Vgl.: Bundeskartellamt, 2007, S. 18.

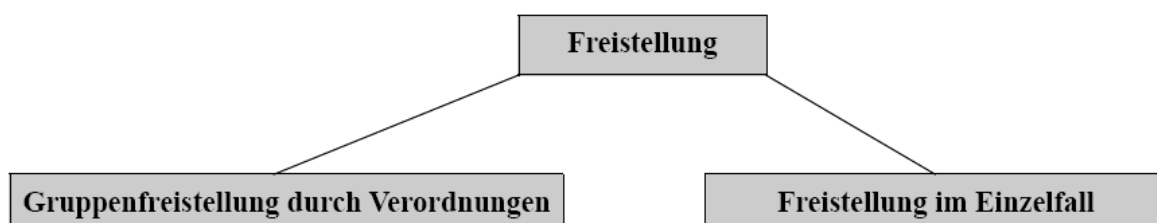
⁶ Das Kartellverbot soll nicht jede unbedeutende Bagatellbeschränkung erfassen.

⁷ Unternehmen, die weniger als 250 Personen beschäftigen und einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio € oder eine Bilanzsumme von höchstens 43 Mio. € haben.

2.1.2 Selbsteinschätzung

Generell erfordert die Freistellung keine ausdrückliche Erlaubnis der Kartellbehörden mehr. Die Freistellung vom Kartellverbot erfolgt quasi „automatisch“ kraft Gesetz, wenn die im Gesetz genannten Voraussetzungen dafür erfüllt sind (System der Legalausnahme). Das heißt, dass jedes Unternehmen eigenverantwortlich selbst zu beurteilen hat, ob sich sein Verhalten spürbar auf den Wettbewerb auswirkt und die Voraussetzungen für eine Freistellung erfüllt (Selbsteinschätzung), was im Einzelfall eine erhebliche Erleichterung bedeuten kann.⁸

2.1.3 Freistellung vom Kartellverbot nach Art. 81 Abs. 3 EG, §§ 2,3 GWB⁹



Eine Freistellung wettbewerbsbeschränkender Absprachen erfolgt dann,

- „wenn sie Effizienzvorteile bewirken, die auch der Marktgegenseite zugute kommen, und
- die als solche verhältnismäßig sind und
- zu keiner Ausschaltung von Wettbewerb führen.“¹⁰

Art. 81 Abs. 3 EG nennt hier vier Voraussetzungen, wonach einzelne Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmte Verhaltensweisen vom Kartellverbot freigestellt sind:

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

⁸ Die komplexe Prüfung kartellrechtlicher Probleme stellt Unternehmen und erst Recht ihre Beschäftigten allzu oft vor neue Herausforderungen, die ohne genauere Kenntnisse der kartellbehördlichen Praxis nur sehr schwer zu bewältigen sind. Vgl.: v. Wallenberg, Gabriella, 2005, S. 2.

⁹ Vgl.: Bundeskartellamt, 2007, S. 19f.

¹⁰ Vgl. v. Dietze/Janssen, 2007, S. 40.

2. Angemessene Beteiligung der Verbraucher am daraus entstehenden Gewinn.
3. Keinerlei Beschränkungen für beteiligte Unternehmen, die zur Verwirklichung dieser Ziele erforderlich sind.
4. Keinerlei Möglichkeiten für beteiligte Unternehmen, für einen wesentlichen Teil der betroffenen Waren oder Dienstleistungen den Wettbewerb auszuschalten.

Nach Art. 81 Abs. 3 EG gilt eine Vereinbarung insbesondere dann als freigestellt, wenn die für bestimmte Vertragstypen von der Kommission erlassenen Gruppenfreistellungsverordnungen anwendbar sind.¹¹ Hierzu wurden eigene Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO) sowohl zu vertikalen als auch horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen durch die hierzu vom Europäischen Rat ermächtigte Kommission erlassen.

2.1.3.1 „Farbenlehre“ der Klauseln der Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO)¹²

Unterschieden wird zwischen sog.

- **„Weißen Klauseln“**, wonach Wettbewerbsbeschränkungen unbedenklich sind und freigestellt werden;
- **„Schwarzen Klauseln“**, die einer Freistellung im Rahmen der GVO entgegen stehen,
- **„Grauer Liste“**, worin solche Klauseln aufgeführt sind, die nicht freigestellt werden, die aber auch dann, wenn sie das Kartellverbot verletzen bzw. die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG nicht erfüllen, die Freistellung der Gesamtvereinbarung nicht behindern sollen,
- **„Rote Klauseln“**, die zu einer Aufhebung der Freistellung einer ganz bestimmten Vertragsklausel führen – deren Kartellrechtswidrigkeit bekannt ist – nicht

¹¹ Vgl.: Dr. Hönn, Günther, 2007, S. 93; Terhechte, Jörg Philipp, 2007/08. S. 12.

¹² Wichtig sind u. a.: Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 - Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalvereinbarungen; VO (EG) Nr. 2658/2000 - GVO für Spezialisierungsvereinbarungen; VO (EG) Nr. 2659/2000 - GVO für F&E- Vereinbarungen; VO (EG) Nr. 772/2004 - GVO für Technologietransfer-Vereinbarungen; VO (EG) Nr. 1400/2002 - GVO für Vereinbarungen im Kfz-Sektor; VO (EG) Nr. 1459/2006 - GVO für Vereinbarungen im Luftverkehrssektor; VO (EG) Nr. 1419/2006 - GVO für Vereinbarungen im Seeverkehrssektor.

aber nach dem „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ zum endgültigen Verlust der Freistellung für die gesamte Vereinbarung führen.¹³

In der Praxis kommt den GVO eine zentrale Bedeutung für die Abgrenzung von erlaubten und verbotenen Wettbewerbsbeschränkungen zu. Die in den GVO aufgeführten Vereinbarungen gelten kraft Gesetzes als vom Verbot freigestellt.

2.1.3.2 Anwendungsbereich der GVO¹⁴

Die Gruppenfreistellungsverordnung gilt grundsätzlich für alle vertikalen Vereinbarungen (siehe auch Ziff. 2.1.7.), die den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen betreffen. Sie gilt hingegen nicht für Miet- und Pachtvereinbarungen, da hier kein Verkauf stattfindet. Obwohl die Gruppenfreistellung grundsätzlich für alle Arten von vertikalen Vereinbarungen gilt, sind vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern ausgenommen. So wird beispielsweise eine Vereinbarung zwischen zwei in verschiedenen Ländern tätigen Brauereien, bei der die eine das Bier der jeweils anderen Brauerei allein importiert und exklusiv auf dem heimischen Markt vertreibt, nicht von der Gruppenfreistellungsverordnung erfasst, da hier die Gefahr einer Einschränkung des Wettbewerbs zwischen zwei Konkurrenten besteht.¹⁵ In der GVO werden bestimmte Voraussetzungen genannt, die erfüllt sein müssen, damit das Verbot des Artikels 81 Absatz 1 EG für eine bestimmte Vereinbarung durch die Verordnung für nicht anwendbar erklärt wird:

1. Die Vereinbarung darf keine der in der Verordnung aufgeführten Kernbeschränkungen beinhalten.
2. Festlegung einer Marktanteilsschwelle von 30 %.
3. Aufstellung besonderer Bedingungen für drei Arten von Beschränkungen. (Wettbewerbsverbote während der Vertragsdauer, Wettbewerbsverbote nach Ablauf

¹³ Vgl.: v. Dietze/Janssen, 2007, S. 39.

¹⁴ Die nachfolgenden Ausführungen basieren auf folgender Quelle: Europäische Kommission: Wettbewerbspolitik in Europa. Wettbewerbsregeln für Liefer- und Vertriebsvereinbarungen. Luxemburg 2002.

¹⁵ Auf dieses Problem wird in den Leitlinien der Kommission über Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit näher eingegangen.

der Vereinbarung, sowie Verbot des Markenverkaufs bestimmter konkurrierender Hersteller in einem selektiven Vertriebssystem).

2.1.4 Kooperationen

Zahlreiche sogenannte Kooperationen von Unternehmen sind vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen freigestellt, sofern diese Kooperationen den Wettbewerb fördern. Begünstigt sind in der Praxis vor allem kleinere und mittlere Unternehmen.

Dieser Tatbestand liegt aber nur dann vor,

- wenn die beteiligten Unternehmen erst durch die Kooperation in die Lage versetzt werden, in den Wettbewerb einzutreten oder im Wettbewerb zu bestehen,
- oder wenn sie ihre Kräfte zur Abwehr marktbeherrschender Stellungen auf den vor- oder nach gelagerten Märkten bündeln.

Häufig entscheidet erst der jeweilige Marktanteil der beteiligten Unternehmen darüber, ob eine Wettbewerbsbeschränkung im Rahmen einer Kooperation zulässig ist.

➔ *Beispiele für freigestellte Kooperationen:*

- *bestimmte Einkaufs- und Vertriebskooperationen,*
- *Mittelstandskartelle,*
- *Spezialisierungskartelle oder*
- *Forschungskooperationen.*

Grundsätzlich nicht freistellbar sind die so genannten Hardcore- Vereinbarungen unabhängig davon, ob dies zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung der beteiligten Unternehmen führen würde. Teilen Wettbewerber Märkte untereinander auf, indem sie sich Gebiete oder Kunden zuweisen, oder indem sie bestimmte (Absatz-)Quoten festlegen, so ist dies als eine Hardcore-Vereinbarung grundsätzlich nicht freistellungsfähig.¹⁶

¹⁶ Vgl. IHK Frankfurt/M., <http://www.frankfurt-main.ihk.de/recht/themen/wettbewerbsrecht/kartellrecht/>

→ *Beispiel: Übereinkunft zweier Baustoffhändler, innerhalb eines bestimmten Gebietes Kunden ausschließlich durch Unternehmen A zu beliefern, sobald diese Kunden einen jährlichen Bedarf von mehr als 150 000 m³ Beton haben. Kunden mit einem darunter liegenden Jahresbedarf würden dagegen ausschließlich vom Unternehmen B versorgt werden. Diese Absprache ist kartellrechtlich unzulässig.*

2.1.5 Marktanteile

Dem sog. Marktanteil kommt bei der kartellrechtlichen Beurteilung einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung eine zentrale Bedeutung. Dies gilt in ähnlicher Weise auch für die Kriterien „Spürbarkeit“ oder auch bei der Bewertung einer „Kooperation“.

Die mit größter Sorgfalt durchzuführende Ermittlung des Marktanteils ermöglicht im Kartellrecht die bessere Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt. Der Marktanteil ist aber keine feste, sondern eine schwankende Größe. Zudem ist die kartellrechtliche Größe des Marktanteils nicht immer identisch mit demjenigen Verständnis des Marktanteils der Geschäftsführung, Vertriebsleitung, Investor-Relations-Manager oder externer Marktbeobachter. Zur Bestimmung des kartellrechtlichen Marktanteils ist zunächst der räumlich und sachlich relevante Markt abzugrenzen.¹⁷

2.1.5.1 Sachlich relevanter Markt

Beim „sachlich relevanten Markt“ wird geprüft, welche Produkte miteinander aus Sicht der Nachfrager hinsichtlich Preis, Qualität oder Verwendungszweck konkurrieren. Hier kommt es vor allem auf die Austauschbarkeit an. Produkte und Dienstleistungen, die noch nicht angeboten werden, deren Angebot aber bevorsteht, können einen Einfluss auf die Wettbewerbsstellung anderer Anbieter haben („potentieller Wettbewerb“).

¹⁷ Vgl.: Bundeskartellamt, 2007, S. 33.

2.1.5.2 Räumlich relevanter Markt

Beim „räumlich relevanten Markt“ wird geprüft, in welchem Gebiet die Abnehmer ihren Bedarf nach einem bestimmten Produkt decken. Der „räumlich relevante Markt“ umfasst also das Gebiet, in dem das betroffene Unternehmen wirksamem Wettbewerb von Konkurrenten ausgesetzt ist, in dem die Wettbewerbsbedingungen homogen sind und das sich insoweit von benachbarten Gebieten deutlich unterscheidet. Der räumlich relevante Markt kann lokal, national, EU-weit oder international sein.

Zur Beurteilung des relevanten Marktes, des Marktanteils und der Wettbewerbskräfte auf dem Markt sind ökonomische Kriterien maßgeblich. Verschiedene sachlich und räumlich relevante Märkte müssen jeweils gesondert beurteilt werden. Sollten sich die relevanten Märkte sachlich (z.B. je nach Produkten) und räumlich (z.B. Absatzmärkte) unterscheiden, ist jeder relevante Markt gesondert darzustellen und zu bewerten.

2.1.6 Beispiele für horizontale Wettbewerbsbeschränkungen

Das Kartellrecht setzt Absprachen zwischen Wettbewerbern enge Grenzen. Im Folgenden werden Beispiele für regelmäßig kartellrechtlich zumindest bedenkliche, wenn nicht sogar generell verbotene Verhaltensweisen gegeben:

2.1.6.1 Preisabsprachen

Verboten sind alle Absprachen, die Preise zwischen Wettbewerbern festlegen oder zu stabilisieren beabsichtigen. Dazu zählen z. B. Absprachen über Höchst- und Mindestpreise, Rabatte, den Zeitpunkt von Preisänderungen sowie über Preis begleitende Maßnahmen wie z. B. Zahlungsbedingungen, Kreditziele, Verzugszinsen und Umfang von Garantien. Eine Freistellung kommt wegen der Schwere der Wettbewerbsbeschränkung regelmäßig nicht in Betracht.

→ Beispiel: Wettbewerber A und Wettbewerber B vereinbaren, dass sie künftig ihre Produkte nicht unter einem bestimmten Mindestpreis anbieten werden. Dieses Verhalten ist kartellrechtlich unzulässig.

Nichts hält ein Unternehmen jedoch von einer einseitigen und unabhängigen Marktbeobachtung ab, um auf die Preise von Konkurrenten reagieren zu können.

2.1.6.2 Konditionenabsprachen

Kartellrechtlich bedenklich sind auch Absprachen über nicht auf den Preis bezogene Konditionen, zu denen die beteiligten Unternehmen Waren oder Dienstleistungen ein- oder verkaufen. Sie verhindern den Wettbewerb um die besten Bedingungen und Nebenleistungen.

Gemeinsame Konditionen, die über Wirtschafts- und Berufsverbände herausgegeben werden, können freigestellt sein, wenn die Konditionen nicht unverhältnismäßig sind und die betroffenen Wirtschaftszweige beteiligt wurden.

→ Beispiel: Mehrere Wettbewerber vereinbaren, ihr Gesamtsortiment in gemeinsam festgelegte Preis- und Güteklassen einzuteilen. Dies ist kartellrechtlich zwar nicht unproblematisch, kann im Einzelfall jedoch vom Kartellverbot freigestellt sein.

2.1.6.3 Marktaufteilung (Gebiete, Kunden, Quoten)

Teilen Wettbewerber Märkte untereinander auf, indem sie sich Gebiete oder Kunden zuweisen oder indem sie bestimmte (Absatz-)Quoten festlegen, so ist dies als sog. Hardcore- Vereinbarung grundsätzlich nicht freistellungsfähig.

Quotenvereinbarungen sind besonders bedenklich, weil die Sicherung von Mengen, Umsätzen oder Marktanteilen den beteiligten Unternehmen den Anreiz für Preissenkungen oder sonstige wettbewerbliche Maßnahmen nimmt, mit denen größere Quoten erobert werden könnten.

→ Beispiel: Zwei Baustoffhändler kommen überein, dass innerhalb eines bestimmten Gebietes Unternehmen A ausschließlich Kunden beliefern soll, die einen jährlichen Bedarf von mehr als 150 000 m³ Beton haben. Kunden mit einem darunter liegenden Jahresbedarf sollen ausschließlich von Unternehmen B versorgt werden. Diese Absprache ist kartellrechtlich unzulässig.

2.1.6.4 Gemeinsamer Einkauf

Einkaufskooperationen sind Vereinbarungen über den gemeinsamen Einkauf von Waren oder die gemeinsame Beschaffung von gewerblichen Leistungen. Diese Art der Kooperation kann vom Kartellverbot freigestellt sein, wenn damit Effizienzvorteile für die an der Einkaufskooperation beteiligten Unternehmen verbunden sind, die

an die Verbraucher weitergegeben werden. Zudem unterliegen Einkaufskooperationen - jedenfalls von kleineren und mittleren Unternehmen (KMU) - schon nicht dem Kartellverbot, wenn die Parteien auf den betroffenen Märkten gemeinsame Marktanteile von nicht mehr als 15 % halten. Ob dies darüber hinaus auch für Einkaufskooperationen größerer Unternehmen gilt, ist im Einzelfall zu prüfen.

→ Beispiel: Mehrere Einzelhändler schließen sich zu einer Einkaufsgemeinschaft zusammen. Zu diesem Zweck gründen sie eine Gesellschaft, die günstige Einkaufspreise mit den Lieferanten aushandeln soll. Nach der Satzung der Einkaufsgemeinschaft können die Mitglieder wählen, ob sie über die Gesellschaft oder bei einem anderen Lieferanten einkaufen. Die Einzelhändler erreichen über den gemeinsamen Einkauf einen Marktanteil bei der Nachfrage nach den betroffenen Produkten von insgesamt 10%. Ihre gemeinsame Marktstellung ist auch beim Absatz der eingekauften Produkte eher unbedeutend. Diese Form der Zusammenarbeit ist angesichts der geringen Marktanteile der Beteiligten kartellrechtlich unbedenklich.

2.1.6.5 Gemeinsame Vermarktung

Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern über die gemeinsame Vermarktung ihrer Produkte oder Dienstleistungen sind insbesondere dann verboten, wenn damit eine Festlegung der Preise für die gemeinsam verkauften Produkte verbunden ist. Verkaufskooperationen sind daher nur in sehr seltenen Fällen freistellungsfähig.

Erstrecken sich Vermarktungsvereinbarungen dagegen nicht auf die Festlegung von Preisen, sondern etwa nur auf den gegenseitigen Vertrieb der Produkte oder auf gemeinsame Werbung, kommt eine Freistellung vom Kartellverbot in Betracht. Voraussetzung für eine Freistellung ist allerdings, dass mit der gemeinsamen Vermarktung für die Parteien besondere Leistungsgewinne verbunden sind, die etwa darauf beruhen, dass bestimmte Tätigkeiten, wie z. B. das logistische System, zusammengelegt werden. Diese Leistungsgewinne müssen – etwa in Form niedrigerer Preise – an die Verbraucher weitergegeben werden.

→ Beispiel: Zwei Hersteller gründen ein Vertriebsunternehmen. Dieses soll die von den Gründern hergestellten Produkte auf dem Markt anbieten und die Preise dafür festlegen. Daneben wollen die Gründer ihre Kunden auch unabhängig von der Tätigkeit des Vertriebsunternehmens beliefern. Da mit der

Gründung des Vertriebsunternehmens eine Preisfestsetzung verbunden ist und keine hinreichenden Leistungsgewinne erkennbar sind, verstößt die Vereinbarung gegen das Kartellverbot.

2.1.6.6 Austausch von marktrelevanten Informationen

Das Kartellrecht konzentriert sich auf die Frage, ob sich Unternehmer zusammenschließen, um Informationen auszutauschen, mit denen sich unzulässige Kartelle vorbereiten lassen. Wettbewerber dürfen sich treffen, sich besprechen und Informationen austauschen – sie müssen dabei aber die Grenzen des Kartellrechts beachten. Informationen, die die Markttransparenz erhöhen, können den Wettbewerb fördern, aber auch beschränken.

Statistiken und Marktinformationen dürfen jedenfalls nicht zu einer Markttransparenz führen, die Wettbewerbern eine Koordinierung ihrer unternehmerischen Tätigkeit ermöglicht. Auch darf durch solche Transparenz ein vorstoßender Wettbewerb nicht von Wettbewerbern sofort erkannt und mit Gegenmaßnahmen unterbunden werden können. Unbedenklich ist der Austausch von Informationen, die allgemein zur Verfügung stehen, etwa über eine amtliche Statistik oder über andere allgemein zugängliche Quellen.

Bedenklich sind dagegen Marktinformationssysteme dann,

- ***wenn sich an dem Informationssystem nur wenige Unternehmen beteiligen,***
- ***wenn aus den Marktinformationen auf die wettbewerbsrelevanten Kennzahlen der beteiligten Unternehmen zurückgeschlossen werden kann (sog. „identifizierende Marktinformationssysteme“) oder***
- ***wenn sich aus Prognosen das zukünftige Verhalten einzelner Marktteilnehmer ableiten lässt.***

Vorsicht ist in diesen Fällen geboten beim Austausch von Preisen, Rabatten, Kosten oder Marktanteilen.

Eine Aufbereitung und anschließend ausreichende Anonymisierung der sensiblen Daten durch eine unabhängige Stelle kann eventuell die kartellrechtlichen Bedenken ausräumen. Unerheblich ist, auf welche Art und Weise eine unzulässige Information

ausgetauscht wird. Ein informeller Austausch (z. B. beim Geschäftsessen oder auf dem Golfplatz) oder ein Austausch über einen Verband genügt.

Wird unter Mitwirkung von Verbänden ein Verstoß gegen das Kartellverbot verwirklicht, so können sowohl der Verband als auch die an dem Vorgang beteiligten Unternehmen sowie die Unternehmensvertreter (und ggf. auch die Verbandsvertreter) gemeinsam oder einzeln mit Bußgeldern belegt werden.

2.1.7 Beispiele für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen

Wettbewerbsbeschränkungen, die in Liefer- und Bezugsverträgen zwischen Lieferant und Käufer geregelt sind, sind sowohl nach den Regeln des GWB, als auch nach den Kriterien der europäischen Gruppenfreistellungsverordnung über Vertikalvereinbarungen zu beurteilen.

2.1.7.1 Preisbindungen der Zweiten Hand

Preisbindungen der Zweiten Hand sind ausnahmslos verboten. So darf beispielsweise der Lieferant seinem Händler nicht die den weiteren Abnehmern zu berechnenden Preise vorschreiben (Höchstpreisbindungen und Preisempfehlungen werden im Folgenden beschrieben). Der Händler muss selbst darüber entscheiden können, welche Preise er von seinen Kunden fordert. Eine Preisbindung der Zweiten Hand ist somit nicht freistellungsfähig.¹⁸

2.1.7.2 Höchstpreisbindungen

Höchstpreisbindungen sind bis zu einem Marktanteil des Lieferanten von 30 % grundsätzlich erlaubt. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Lieferant zu ihrer Durchsetzung Druck ausübt oder Anreize (etwa in Form von Rabatten) gewährt und sich die Höchstpreise dadurch tatsächlich wie Fest- oder Mindestpreise auswirken. Selbst wenn der Marktanteil des Lieferanten die Schwelle von 30 % überschreitet, kann eine Höchstpreisbindung je nach Einzelfall dennoch freigestellt sein.

¹⁸ Vgl.: Säcker, Franz Jürgen, 2005, S. 11.

2.1.7.3 Preisempfehlungen

Unverbindliche Preisempfehlungen sind bis zu einem Marktanteil des Lieferanten von 30 % ebenfalls grundsätzlich erlaubt. Etwas anderes gilt wiederum dann, wenn sich die Preisempfehlungen wegen der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eine der Vertragsparteien tatsächlich wie Fest- oder Mindestpreise auswirken. Unzulässiger Druck wäre z.B. die Drohung, die Belieferung einzustellen oder zu verzögern, wenn der empfohlene Preis nicht eingehalten wird. Ein anderes Beispiel ist die Androhung von Rabattkürzungen, die ebenfalls unzulässig ist. Auch bei einem Marktanteil des Lieferanten von über 30 % können Preisempfehlungen im Einzelfall freigestellt sein.

2.1.7.4 Meistbegünstigungsklauseln

Wenn der Marktanteil des Lieferanten 30 % nicht übersteigt, sind auch sog. Meistbegünstigungsklauseln zulässig. Solche Klauseln verpflichten den Lieferanten, anderen Abnehmern keine günstigeren Einkaufsbedingungen einzuräumen als dem Vertragspartner der Meistbegünstigungsklausel; sie können auch für den Lieferanten die Verpflichtung begründen, dem Vertragspartner nachträglich die gleichen (günstigeren) Einkaufsbedingungen einzuräumen. Da derartige Klauseln den Preisgestaltungsspielraum des Lieferanten einschränken und tendenziell zu einer Gleichbehandlung aller Abnehmer führen, werden sie nach der GVO über Vertikalvereinbarungen nur bis zu einem Marktanteil des Lieferanten bis zu 30 % automatisch vom Kartellverbot freigestellt. Überschreitet der Marktanteil des Lieferanten 30 %, ist es jedoch im Einzelfall möglich, dass die Voraussetzungen für eine Freistellung erfüllt sind.

2.1.7.5 Bezugsbindungen

Verpflichtet sich ein Abnehmer, eine Ware oder Dienstleistung ausschließlich von einem bestimmten Lieferanten zu beziehen, liegt auch darin eine Wettbewerbsbeschränkung, die grundsätzlich vom Kartellverbot erfasst wird. Das gleiche gilt für Verpflichtungen des Käufers, mehr als 80 % seiner gesamten Einkäufe von Vertragswaren sowie ihrer Substitute auf dem relevanten Markt vom Lieferanten selbst (oder einem anderen vom Lieferanten bezeichneten Dritten) zu beziehen. Bezugsgröße für die Berechnung ist der Einkaufswert der vorausgehenden Lieferperiode.

Solche Bezugsbindungen in Vertikalbeziehungen können grundsätzlich für die Dauer von bis zu fünf Jahren vereinbart werden, wenn der Marktanteil des Lieferanten 30 % nicht übersteigt.

Verlängert sich die Dauer der Bezugsbindung nach der vertraglichen Regelung stillschweigend über den Zeitraum von fünf Jahren hinaus, ist die Bezugsbindung dagegen nicht automatisch vom Kartellverbot freigestellt. Auch hier ist es wiederum denkbar, dass je nach den Umständen des Einzelfalls und den konkreten Marktverhältnissen Bezugsbindungen dennoch zulässig sind.

2.1.7.6 Wettbewerbsverbote

Teilweise wird dem Käufer auch die Verpflichtung auferlegt, keine Waren oder Dienstleistungen herzustellen, zu beziehen, zu verkaufen oder weiterzuverkaufen, die mit den vom Lieferanten bezogenen Waren oder Dienstleistungen im Wettbewerb stehen. Derartige Wettbewerbsverbote werden ebenfalls grundsätzlich vom Kartellverbot erfasst. Wie Bezugsbindungen sind sie für die Dauer von bis zu fünf Jahren zulässig, wenn der Lieferant einen Marktanteil von höchstens 30 % innehat. Überschreitet der Marktanteil des Lieferanten 30 % oder gilt das Wettbewerbsverbot länger als fünf Jahre, kann im Einzelfall wiederum eine Freistellung in Betracht kommen.

2.1.7.7 Gebietsschutz / Exklusivität

Das Kartellrecht erlaubt unter gewissen Bedingungen die Einräumung eines Gebietsschutzes. Der Händler kann danach verpflichtet werden, nicht aktiv außerhalb seines Vertragsgebietes tätig zu sein (d. h. zu verkaufen, zu werben, eine Filiale zu gründen usw.). Sofern aber dem Händler verboten sein sollte, auf Anfragen von Kunden außerhalb „seines“ Gebietes zu reagieren (sog. passiver Vertrieb), ist eine solche Vereinbarung unzulässig. Damit ist es einem Hersteller auch nicht möglich, Re-Importe seiner Waren aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Union in einen anderen Mitgliedstaat gänzlich auszuschließen.

2.1.7.8 Selektiver Vertrieb

In sog. selektiven Vertriebssystemen verpflichten sich Lieferant und Händler, die (vom Lieferanten zur Verfügung gestellten) Vertragswaren nur an Händler zu liefern,

die bestimmte vom Lieferanten festgelegte Kriterien erfüllen. In selektiven Vertriebssystemen darf sich also der Lieferant verpflichten, in einem bestimmten Gebiet nur einen oder mehrere zugelassene Händler zu beliefern. Dem Händler muss es aber freistehen, auch aktiv sämtliche Endkunden unabhängig von deren Geschäfts- oder Wohnsitz zu beliefern. In selektiven Vertriebssystemen ist also sowohl die Beschränkung der aktiven als auch der passiven Vertriebstätigkeit des Händlers unzulässig.

Sonderfall: Handelsvertreter

Sofern ein Unternehmen für den Vertrieb seiner Produkte sog. echte Handelsvertreter einsetzt, sind in den Handelsvertreterverträgen die oben genannten Wettbewerbsbeschränkungen wie etwa die Festsetzung der Preise oder die Einräumung exklusiver Gebiete zulässig. Echte Handelsvertreter sind nach den Kriterien der EU-Kommission allerdings nur solche, die weder das Absatzrisiko für die Produkte des Lieferanten noch sonstige geschäftsspezifische Risiken und Investitionen (etwa in Absatzförderungsmaßnahmen oder in einen eigenen Kundendienst) übernehmen müssen.

2.2 Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 82 EG, § 19 Abs. 1 GWB

„Verboten ist nach Art. 82 EG die missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung. Dieses Tatbestandsmerkmal wird im EG-Vertrag nicht definiert. Im Ergebnis erfordert es eine Wertung, derzufolge im konkreten Fall der Einsatz der Marktmacht wegen ihrer Auswirkung auf den Wettbewerb missbilligt wird. Der Missbrauch ist rein objektiv zu bewerten; auf ein Verschulden kommt es nicht an.“¹⁹

Weder aus unserem Wirtschaftssystem, noch aus unserer Rechtsordnung ergeben sich gegen marktbeherrschende Unternehmen als solche Einwendungen. Vielmehr beinhaltet die Leitidee des Wettbewerbs und legitimes Ziel eines jeden Unternehmens wie auch seiner Belegschaft, erfolgreich zu sein, andere Wettbewerber zu überflügeln und in seinem Markt das bedeutendste, stärkste und mächtigste Unter-

¹⁹ v. Dietze/Janssen, 2007, S. 94.

nehmen zu sein. Allerdings wird durch unsere Rechtsordnung durchaus kritisch beobachtet,

- *ob Unternehmen das Ziel marktbeherrschend zu werden mit legitimen Mitteln verfolgen („Kartellrecht“ und „unlauterer Wettbewerb“) und*
- *ob Unternehmen ihre marktbeherrschende Stellung fair und nicht diskriminierend gebrauchen („Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen“).*

2.2.1 Marktbeherrschende Stellung

Als marktbeherrschend gilt ein Unternehmen, das auf seinem Markt keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder das eine überragende Marktstellung hat.

Marktbeherrschung liegt also nur vor, wenn der Verhaltensspielraum des Unternehmens durch den von seinen Wettbewerbern ausgehenden Wettbewerbsdruck nicht ausreichend kontrolliert werden kann.

Auf Anbietermärkten entscheidet die Sicht der Abnehmer, auf Nachfragemärkten die Sicht der Anbieter. Marktbeherrschung richtet sich hierbei unter anderem

- nach dem Marktanteil des Unternehmens,
- nach seiner Finanzkraft oder
- nach seinem Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten.

Im Gegensatz zum europäischen Recht vermutet der deutsche Gesetzgeber, dass ein Unternehmen den Markt beherrscht, wenn es einen Marktanteil von mindestens einem Drittel hat. (Bei Anwendung des europäischen Kartellrechts wird dagegen eine marktbeherrschende Stellung häufig erst bei höheren Marktanteilen angenommen.) Außerdem bezieht der deutsche Gesetzgeber in einer separaten Vorschrift auch marktstarke Unternehmen in die Regeln des Missbrauchsverbots mit ein. Marktstark sind Unternehmen, die zwar den Markt nicht beherrschen, von denen aber andere Unternehmen abhängig sind.

Abhängig sind Unternehmen nicht, wenn sie eine ausreichende oder zumutbare Ausweichmöglichkeit auf andere als das marktstarke Unternehmen haben. Es kann vorkommen, dass ein Unternehmen zwar für sich genommen den Markt nicht beherrscht, dass aber mehrere Unternehmen zusammen marktbeherrschend sind,

also keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sind. Dann handelt es sich um ein marktbeherrschendes Oligopol, das unter bestimmten, engen Voraussetzungen wie ein marktbeherrschendes Unternehmen behandelt wird.

2.2.2 Missbrauch

Kartellrechtswidrig verhält sich ein marktbeherrschendes Unternehmen, wenn es ein anderes Unternehmen diskriminiert, behindert oder sonst Marktmacht missbraucht.

Im Einzelfall kann die Unterscheidung zwischen verbotenem und zulässigem Verhalten schwer fallen, wenn bspw. scheinbar diskriminierende, behindernde oder missbräuchliche Verhaltensweisen sachlich gerechtfertigt sind.

→ Marktbeherrschende Unternehmen haben darauf zu achten, dass sie die unterschiedliche Behandlung anderer Unternehmen oder drastische Maßnahmen gegen Wettbewerber, Kunden oder Lieferanten sachlich begründen können. Dabei können Verhältnisse auf vergleichbaren Märkten berücksichtigt werden.

2.2.3 Beispiele missbräuchlichen Verhaltens

2.2.3.1 Preisdiskriminierung

Allgemein ist es durchaus üblich, einzelne Kunden beim Preis oder hinsichtlich einzelner Konditionen besser oder schlechter zu behandeln als andere. Marktbeherrschende Unternehmen sind jedoch enger gebunden, müssen sie doch insbesondere darauf achten, dass sie von einzelnen Unternehmen nicht ohne sachlichen Grund höhere Preise verlangen als von anderen. Ein sachlicher Grund für eine Preisdiskriminierung kann in Ersparnissen bei Produktion, Vertrieb und Logistik aufgrund einer höheren Abnahmemenge liegen.

2.2.3.2 Auslistung: Fordern unangemessener Konditionen

Grundsätzlich dürfen Unternehmen ihre Lieferanten frei wählen. Für marktbeherrschende Abnehmer von Waren oder Dienstleistungen gilt das aber nur mit gewissen Einschränkungen. Sie dürfen einzelne Lieferanten nicht ohne weiteres von der Abnahme ihrer Produkte oder Dienstleistungen ausschließen. In der Praxis ist das besonders wichtig für das Verhältnis des Handels zu seinen Lieferanten („Auslistung“).

Zwar sind auch marktbeherrschende (Handels-)Unternehmen grundsätzlich frei ihre Lieferanten zu wählen und mit ihnen günstige Konditionen auszuhandeln. Sie dürfen ihre Forderungen nach besonders günstigen Einkaufsbedingungen aber nicht mit unlauteren Mitteln durchsetzen, die einer Nötigung gleichkommen („Anzapfen“).

2.2.3.3 Lieferverweigerung

Die Ausführungen zu marktmächtigen (Handels-)Unternehmen gegenüber ihren Lieferanten („Auslistung“) gilt umgekehrt ebenso für die Lieferverweigerung durch marktmächtige (marktbeherrschende und marktstarke) Lieferanten. Diese dürfen zwar ihre Kunden grundsätzlich frei wählen und auch hohe Preise und günstige Konditionen aushandeln. Sie dürfen ihre Forderungen aber nicht mit unlauteren Mitteln durchsetzen.

Eine Lieferverweigerung kann sachlich begründet sein, etwa durch die Entscheidung des Unternehmens, seine Produkte nur über ein bestimmtes Vertriebsnetz (selektiver Vertrieb) zu verkaufen. Im Rahmen einer solchen Vertriebsentscheidung, die auch marktbeherrschende Unternehmen grundsätzlich frei treffen können, müssen aber alle in Betracht kommenden Abnehmer gleich behandelt werden.

2.2.3.4 Koppelungsverbot

Ein missbräuchliches Verhalten kann darin liegen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen den Verkauf eines Produktes ohne sachlichen Grund mit dem Verkauf eines anderen Produktes oder einer anderen Dienstleistung koppelt. Das kann dann der Fall sein, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen beim Verkauf patentgeschützter Produkte oder im Rahmen von Lizenzverträgen von seinen Geschäftspartnern zugleich den Kauf nicht geschützter anderer Produkte verlangt.

2.2.3.5 Verkauf unter Einstandspreis

Unternehmen, die gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen überlegene Marktmacht haben, dürfen ihre Marktmacht nicht dazu ausnutzen, die kleinen und mittleren Unternehmen unbillig zu behindern.

Eine unbillige Behinderung wird angenommen, wenn Waren oder gewerbliche Leistungen nicht nur gelegentlich unter Einstandspreis angeboten werden, was für den

Lebensmitteleinzelhandel im GWB seit Dezember 2007 verschärft geregelt wurde. Das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis greift also nicht erst ein, wenn ein Unternehmen marktbeherrschend ist. Es gilt vielmehr bereits für Unternehmen, die im Vergleich zu den auf dem gleichen Markt tätigen kleineren und mittleren Wettbewerbern eine überlegene Position innehaben, etwa aufgrund ihrer Finanzkraft.

2.2.3.6 Rabattsysteme

Bestimmte Rabattpraktiken marktbeherrschender Anbieter können einen Missbrauch ihrer Marktstellung darstellen. Dies gilt insbesondere für Treuerabatte und ggfs. auch für Umsatzrabattsysteme.

2.3 Kartellbehörden und ihre Befugnisse

Erheblich angestiegen ist zwischenzeitlich das Verfolgungsrisiko durch die Kartellbehörden. Sowohl die EU-Kommission als auch das Bundeskartellamt haben zur Verfolgung von Kartellrechtsverstößen Spezialabteilungen eingerichtet. Im Mittelpunkt der kartellrechtlichen Ermittlungen standen zumeist die sog. Hardcore- Vereinbarungen.

Mittlerweile kooperieren die Kartellbehörden aber verstärkt international und unterrichten sich untereinander über Ermittlungsergebnisse und Wettbewerbsverstöße. Zur gezielten Erhöhung des Grades der Aufdeckung von Verstößen gegen das Kartellverbot haben die EU-Kommission und die Kartellbehörden der meisten EU-Mitgliedstaaten für die Festsetzung von Bußgeldern sog. Bonusregelungen (oder „Leniency“- Programme) eingeführt. Diese Bonusregelungen haben die Aufdeckungsquote von Kartellabsprachen ebenfalls gesteigert und damit das Verfolgungsrisiko zusätzlich erhöht.

Laut Bonusregelung wird eine Geldbuße in der Regel nicht festgesetzt, soweit ein Teilnehmer der Kartellabsprache

- ***das Kartell vor bekannt werden der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens der Kartellbehörde anzeigt,***
- ***als erster entscheidende Angaben zur Aufdeckung des Kartells macht und***

- *in dem Ermittlungsverfahren mit der Kartellbehörde uneingeschränkt kooperiert.*

Eine Kooperation mit der Kartellbehörde zur Aufdeckung eines Kartells unter Inanspruchnahme einer Bonusregelung kann nach den bisher bestehenden Regelungen nur im Zuständigkeitsbereich der jeweiligen Kartellbehörde zu einem Entfallen oder einer Ermäßigung des Bußgeldes führen.

Vor einem Vorgehen zur Inanspruchnahme einer Bonusregelung ist deshalb immer zu prüfen, in welchen Hoheitsgebieten durch das Kartell Wettbewerbsbeschränkungen eingetreten sind. Gegebenenfalls bedarf es der Aufdeckung des Kartells gegenüber mehreren Kartellbehörden (EU-Kommission und/oder Kartellbehörden der Mitgliedstaaten). Mögliche Schadensersatzansprüche anderer Marktteilnehmer werden durch die Inanspruchnahme einer Bonusregelung nicht berührt.

Unternehmen haben keine Möglichkeit mehr, von der EU-Kommission oder dem Bundeskartellamt eine Entscheidung über die Freistellung zu erlangen. Ebenso wenig besteht ein Anspruch auf einen klarstellenden Bescheid, dass ein bestimmtes Verhalten nicht gegen das Kartellverbot verstößt.

Kartellbehörden können jedoch eine Entscheidung darüber treffen, dass nach ihren Erkenntnissen kein Anlass zum Tätigwerden besteht, weil kein Kartellverstoß vorliegt. Gegenüber den deutschen Kartellbehörden haben zumindest kleine und mittlere Unternehmen, die ein Mittelstandskartell bilden, innerhalb einer vierjährigen Übergangszeit einen Anspruch auf Erlass einer derartigen Entscheidung, die jedoch nur die Kartellbehörde selbst bindet. Diese Frist endet am 30.06.2009.²⁰ Die KMU müssen aber zuvor darlegen, dass sie ein erhebliches rechtliches oder wirtschaftliches Interesse am Erlass einer solchen Entscheidung haben.

Die Kartellbehörden können, um Verstöße von Unternehmen oder Verbänden gegen das Kartellrecht festzustellen, auf umfangreiche Ermittlungsbefugnisse zurück-

²⁰ § 3 Abs. 2 GWB; "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114), zuletzt geändert durch Artikel 1a des Gesetzes vom 18. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2966)."

greifen. Die ermittelnden Kartellbehörden sind in der Regel das Bundeskartellamt oder die EU-Kommission.

Wenn Unternehmen wie auch deren Mitarbeiter/innen mit den Verfahren und Ermittlungsbefugnissen der Kartellbehörden vertraut sind, hilft dies, sich richtig zu verhalten, wenn es tatsächlich einmal zu Ermittlungen kommen sollte. Denn bei Ermittlungen durch die EU-Kommission aufgrund einer förmlichen Nachprüfungsentscheidung drohen insbesondere Zwangsgelder (pro Verzugstag in Höhe von bis zu 5 % des durchschnittlichen Tagesumsatzes im letzten Geschäftsjahr) oder Geldbußen (bis zu 1 % des Gesamtumsatzes im letzten Geschäftsjahr), wenn die Mitwirkung verweigert wird. In bestimmten Fällen besteht für das Unternehmen bzw. seine Mitarbeiter/innen eine Mitwirkungspflicht oder nur eine Duldungspflicht. Die EU-Kommission berücksichtigt auch bei der endgültigen Bemessung einer Geldbuße inwieweit das Unternehmen sich bei der Aufklärung des Sachverhalts kooperativ gezeigt hat.

2.3.1 Ermittlungsbefugnisse der EU-Kommission

Die EU-Kommission kann auf zweierlei Art und Weise Ermittlungen durchführen:

1. Sie kann aufgrund eines schriftlichen Nachprüfungsauftrages tätig werden. Der Nachprüfungsauftrag begründet keine Mitwirkungs- oder Duldungspflicht. Das Unternehmen kann also die Nachprüfung verweigern, ohne dass die EU-Kommission diese mit Zwangsmaßnahmen durchsetzen könnte. Hat sich das Unternehmen jedoch auf eine Nachprüfung eingelassen, so ist es verpflichtet, Unterlagen vollständig vorzulegen und Auskünfte wahrheitsgemäß zu erteilen. Sonst kann die EU-Kommission Geldbußen verhängen.
2. Sie kann eine Ermittlung aufgrund einer förmlichen Entscheidung einleiten. Förmliche Entscheidungen sind bindend. Das betroffene Unternehmen muss die Nachprüfung dulden und seiner Mitwirkungspflicht nachkommen. Verweigert das Unternehmen die Nachprüfung, kann die EU-Kommission Geldbußen und Zwangsgelder verhängen.

Die wichtigsten Ermittlungsbefugnisse der EU-Kommission bei Nachprüfungen²¹ sind:

- *das Recht Geschäftsräume und Wohnungen zu betreten,*
- *das Recht zur Prüfung der Bücher und sonstiger Geschäftsunterlagen,*
- *das Recht Kopien oder Auszüge gleich welcher Art aus diesen Büchern und Geschäftsunterlagen anzufertigen und zu erlangen,*
- *das Recht zur Versiegelung von betrieblichen Räumlichkeiten und Unterlagen und schließlich*
- *das Fragerecht.*

Außerdem hat die EU-Kommission die Befugnis Auskunftsverlangen²² an Unternehmen und Verbände zu richten, um vermutete Verstöße gegen die europäischen Wettbewerbsregelungen aufzuklären. Wie beim Nachprüfungsauftrag verpflichtet nur ein Auskunftsverlangen der EU-Kommission, das aufgrund einer förmlichen Entscheidung erlassen wurde, die betroffenen Unternehmen zur Beantwortung und Mitwirkung. Einfache, formlose Auskunftsverlangen sind dagegen nicht verpflichtend. Wenn solche formlosen Auskunftsverlangen allerdings beantwortet werden, müssen Unterlagen vollständig vorgelegt und Auskünfte wahrheitsgemäß erteilt werden.

2.3.2 Sanktionsbefugnisse der EU-Kommission

Sofern die Kommission im Rahmen des Ermittlungsverfahrens zur Auffassung gelangt, dass kein Verstoß vorliegt, werden die Akten geschlossen. Ausnahmsweise kann aber auch eine feststellende Entscheidung in Form einer Positiventscheidung erlassen werden.²³ Beim Vorliegen eines Verstoßes kann die Kommission verschiedenen reagieren.

²¹ Vgl.: v. Dietze/Janssen, 2007, S. 124f.

²² Nach Art. 18 VO 1/2003.

²³ Vgl. v. Dietze/Janssen, 2007, S. 126.

2.3.2.1 Abstellungsverfügung

Gemäß Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003 kann die Kommission die an einer verbotenen Vereinbarung oder an einem verbotenen Verhalten beteiligten Unternehmen verpflichten, dieses Verhalten abzustellen. Sofern das beteiligte Unternehmen bestimmte Maßnahmen zur Abstellung des Verstoßes nicht ergreift, kann nach Art. 24 VO 1/2003 ein Zwangsgeld verhängt werden. Mit Inkrafttreten der VO 1/2003 könnte die Kommission als letztes Mittel zudem strukturelle Maßnahmen anordnen, die gemäß Art. 7 Abs. 1, S. 3 VO 1/2003 bis zur Entflechtung eines Unternehmens reichen können.²⁴

2.3.2.2 Feststellungsverfügungen

Zudem hat die Kartellbehörde bei berechtigtem Interesse wie z. B. einer Wiederholungsfahr die ausdrückliche Befugnis, auch nach Beendigung eine Feststellungsverfügung zu erlassen und damit nachträglich einen Kartellrechtsverstoß festzustellen.

2.3.2.3 Einstweilige Anordnung

Die Kartellbehörde kann einstweilige Maßnahmen zur Durchsetzung des Kartell- und Missbrauchsverbotes treffen, bevor ein Verstoß gegen das Kartellverbot abschließend festgestellt worden ist. Damit soll gewährleistet bleiben, dass aufgrund des Verhaltens eines Adressaten die Wirksamkeit einer Maßnahme nach Art. 7 VO vereitelt würde. Hier muss allerdings die Voraussetzung erfüllt sein, dass die ernsthafte Gefahr eines nicht wieder gut zu machenden Schadens für den Wettbewerb bestünde.

2.3.2.4 Bindende Verpflichtungszusagen

Die VO 1/2003 regelt in Art. 9 erstmalig die Befugnis der Kommission, Zusagen, die ihr von betroffenen Unternehmen im laufenden Verfahren angeboten wurden, für verbindlich zu erklären, um eine Untersagung von Vereinbarungen oder eines bestimmten Verhaltens abzuwenden.

²⁴ Vgl. v. Dietze/Janssen, 2007, S. 126.

2.3.2.5 Geldbußen

Die EU-Kommission kann gemäß Art. 23 VO für Verstöße gegen das europäische Kartellrecht Bußgelder in Höhe von bis zu 10 % des weltweiten Gesamtumsatzes verhängen, wobei sich die Bemessungsgrundlage auf die Umsätze der gesamten Unternehmensgruppe bezieht. Über die tatsächliche Höhe entscheidet zudem insbesondere die Schwere der Zuwiderhandlung sowie deren Dauer.²⁵

2.3.3 Deutsche Kartellbehörden

Im deutschen Kartellrecht wird unterschieden zwischen den Landeskartellbehörden und dem Bundeskartellamt (BKartA). Das Bundeskartellamt ist zuständig, wenn der Verdacht der länderübergreifenden Wirkung eines Kartells besteht, ansonsten ist die jeweilige Landeskartellbehörde zuständig. Ein anmeldepflichtiger Zusammenschluss darf nicht vollzogen werden, bevor die Monatsfrist des § 40 Abs. 1 Satz 1 GWB abgelaufen ist, ohne dass das Bundeskartellamt das Hauptprüfverfahren eingeleitet hat, oder die Viermonatsfrist des § 40 Abs. 2 Satz 2 GWB abgelaufen ist, oder das Bundeskartellamt den Zusammenschluss freigegeben hat. Der Verstoß gegen dieses Vollzugsverbot stellt eine Ordnungswidrigkeit dar (§ 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB).²⁶

2.3.3.1 Ermittlungsbefugnisse

2.3.3.1.1 Verwaltungsverfahren

Die wichtigsten Ermittlungsbefugnisse des Bundeskartellamtes (und entsprechend der Landeskartellbehörden) im Verwaltungsverfahren sind:

- das formlose Auskunftersuchen und der Auskunftsbeschluss,
- die Anordnung der Herausgabe von Unterlagen, die Einsichts- und Prüfungsbezugnis sowie
- die Durchsuchung und die Beschlagnahme.

²⁵ Vgl. v. Dietze/Janssen, 2007, S. 127.

²⁶ Vgl.: Merkblatt zur deutschen Fusionskontrolle, Bundeskartellamt, 2005, S. 7.

2.3.3.1.2 Auskunftsrecht

Das Bundeskartellamt kann gemäß § 59 GWB von den Unternehmen Auskunft

- über ihre wirtschaftlichen Verhältnisse sowie
- über die wirtschaftlichen Verhältnisse der mit ihnen verbundenen Unternehmen verlangen.

Ein formloses Auskunftersuchen enthält noch keine Pflicht zur Auskunftserteilung. Ein förmlicher Auskunftsbeschluss ist hingegen verbindlich. Wirtschafts- und Berufsvereinigungen sind ebenfalls zur Auskunftserteilung verpflichtet hinsichtlich ihrer Tätigkeit, Satzung, Beschlüsse sowie Anzahl und Namen der Mitglieder, für die die Beschlüsse bestimmt sind.

2.3.3.1.3 Recht auf Herausgabe von Unterlagen

Unternehmen und Verbände sind zudem im Verwaltungsverfahren zur Herausgabe von Unterlagen verpflichtet. Neu ist dabei, dass sich die Herausgabepflicht nunmehr auch auf allgemeine Marktstudien erstreckt, die der Einschätzung oder Analyse der Wettbewerbsbedingungen und der Marktlage dienen und die sich im Besitz des Unternehmens bzw. des Unternehmensverbandes befinden.

Ein Recht zur Verweigerung der Herausgabe von Unterlagen besteht grundsätzlich nicht. Nur die vertrauliche Korrespondenz zwischen dem Unternehmen und einem externen Rechtsanwalt muss nicht herausgegeben werden („legal privilege“). Unternehmensinterne Korrespondenz mit der Rechtsabteilung muss vorgelegt werden.

2.3.3.1.4 Recht auf Einsicht und Prüfung von Unterlagen in Unternehmen

Das Bundeskartellamt kann im Verwaltungsverfahren bei Unternehmen oder Verbänden innerhalb der üblichen Geschäftszeiten vor Ort die geschäftlichen Unterlagen einsehen und prüfen. Das betroffene Unternehmen ist verpflichtet, die geschäftlichen Unterlagen zur Einsichtnahme und Prüfung vorzulegen. Im Rahmen der Prüfung vor Ort sind die Beamten des Bundeskartellamtes befugt, die Räume des Unternehmens bzw. der Unternehmensvereinigung zu betreten.

2.3.3.1.5 Recht auf Durchsuchung

Das Recht zur Durchsuchung steht der Kartellbehörde nach § 59 Abs. 3, 4 GWB grundsätzlich nur nach amtsrichterlicher Anordnung zu. Allerdings kann die Kartell-

behörde bei Gefahr im Verzug auch ohne richterliche Anordnung eine Durchsuchung durchführen. Dies ist der Fall, wenn Beweismittel den Kartellbehörden endgültig entzogen werden könnten, bevor die richterliche Anordnung ergangen ist. Die Kartellbehörde kann dann Gegenstände, die als Beweismittel für die Ermittlung von Bedeutung sein können, beschlagnahmen.

2.3.3.2 Sanktionsbefugnisse

Wettbewerbsverstöße können auch in Deutschland erhebliche Risiken nach sich ziehen. Hierzu zählen die Nichtigkeit der Vereinbarungen, Bußgelder, Vorteilsabschöpfung und strafrechtliche Sanktionen. Auch private Schadensersatzforderungen und der Imageschaden für das kartellrechtswidrig handelnde Unternehmen sind zu berücksichtigen.²⁷

2.3.3.2.1 Nichtigkeit

Der Verstoß gegen das Kartellverbot hat die wichtige Folge, dass die gegen das Verbot verstoßende Vertragsklausel bzw. der Vertragsbestandteil nichtig ist. Dies kann – je nach der Bedeutung der nichtigen Klausel für den Gesamtvertrag – im Einzelfall auch zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages führen. Die Vertragsparteien können dann ihre Ansprüche nicht durchsetzen.

2.3.3.2.2 Bußgelder²⁸

Verstoßen Vereinbarungen gegen das Kartellverbot, so kann die Kartellbehörde erhebliche Bußgelder gegen die beteiligten Unternehmen sowie gegen ihre Unternehmensvertreter verhängen. Sofern ein Unternehmensverband oder dessen Vertreter bei Abschluss oder Durchführung einer Kartellvereinbarung eine maßgebliche

²⁷ Vgl.: Bundeskartellamt, 2007, S. 20.

²⁸ Die EU- Kommission verhängte jüngst eine Bußgeldstrafe in Höhe von 676 Mio. € gegen ein Wachskartell. Die Firmen, darunter auch der dt. Energiekonzern RWE sowie die Öriesen Exxon-Mobil und Total hielten nach Angaben der Kommission über 13 Jahre die Preise für Paraffinwachs – einem Rohprodukt für Klebstoffe, Autoreifen, Kerzen u. Kaugummi – durch illegale Absprachen künstlich hoch. Bislang verhängte Geldstrafen betrafen u. a. 2007 das Aufzugs- u. Rolltreppenkartell (Thyssen-Krupp, Otis, Kone, Schindler) mit 992 Mio. €; das Kartell f. gasisolierte Schaltanlagen, 2007 (Siemens, ABB, Alstom, Areva, Fuji, Hitachi, Mitsubishi, Schneider, Toshiba) mit 751 Mio. €; das Kautschuk-Kartell, 2006 (Eni, Bayer, Shell, Dow, Unipetrol, Trade-Stomil) mit 519 Mio. € oder auch das Vitamin-Kartell, 2001 (Hoffmann-La Roche, BASF, Aventis, Solvay, Merck, Daiichi, Eisai, Takeda) mit 791 Mio. €. Vgl. FP v. 2.10.08, S. 8.

Rolle gespielt hat, kann auch gegen den Verband und dessen Vertreter eine Geldbuße verhängt werden. Der Bußgeldrahmen des Bundeskartellamtes für Kartellverstöße beträgt bis zu € 1 Mio. für jeden einzelnen Kartellverstoß. Die Geldbuße darf allerdings insgesamt 10 % des Gesamtumsatzes, den das betroffene Unternehmen im vorangegangenen Geschäftsjahr erzielt hat, nicht übersteigen. Bußgelder können schnell bilanzrelevante Größenordnungen erreichen. Ertrappte Kartellmitglieder müssen deshalb oft erhebliche Rückstellungen für die Bußgeldrisiken bilden. Mit Einleitung des Bußgeldverfahrens richten sich die Befugnisse der bundesdeutschen Ermittlungsbehörden nach der Strafprozessordnung.

Hierzu zählen:

- **die Durchsuchung und**
- **die Beschlagnahme sowie**
- **die Vernehmung des Betroffenen und von Zeugen. Dem Betroffenen stehen die in der Strafprozessordnung gewährten Verteidigungsrechte zu: Im Bußgeldverfahren ist der Betroffene zu keinerlei Mitwirkung, wohl aber zur Duldung der Ermittlungsarbeit verpflichtet.**

2.3.3.2.3 Vorteilsabschöpfung im Verwaltungsverfahren

Die Kartellbehörden²⁹ können im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens – also ohne Einleitung eines Bußgeldverfahrens – den gesamten, durch den Kartellverstoß erzielten Erlös abschöpfen (sog. „Mehrerlös- oder Vorteilsabschöpfung“). Geschieht dies nicht, so können Wirtschafts- und Berufsverbände eine Vorteilsabschöpfung fordern. Sie müssen dann den erlangten Geldbetrag – nach Abzug ihrer Aufwendungen – an die Kartellbehörde abführen. Diese Vorteilsabschöpfung ist allerdings nur möglich, soweit der durch den Kartellverstoß erzielte Erlös nicht bereits durch die Verhängung eines Bußgeldes oder durch Schadensersatzleistungen abgeschöpft worden ist.

²⁹ In der Regel das Bundeskartellamt.

2.3.3.2.4 Schadensersatz

Verschärft wurde zwischenzeitlich auch der Anspruch auf Schadensersatz. So wurde der Kreis derer erweitert, die einen Schadensersatzanspruch geltend machen können.

→ Grundsätzlich kann nun jeder (z. B. auch ein Endverbraucher) Ersatz für den Schaden verlangen, der ihm durch einen wettbewerbsbeschränkenden Vertrag oder ein entsprechendes Verhalten entstanden ist - auch wenn sich der Kartellverstoß nicht gezielt gegen ihn gerichtet hat.

2.3.3.2.5 Strafrechtliche Sanktionen

In Deutschland bestehen strafrechtliche Sanktionen wegen Submissionsbetruges (§ 298 StGB). Im Einzelfall kann ein Verstoß gegen das Kartellverbot auch als Betrug nach § 263 StGB gewertet werden.

→ Beispiel: Bei der Erweiterung eines Flughafens wurde der verantwortlich Handelnde eines Bauunternehmens wegen einer Submissionsabsprache zu einer Gefängnisstrafe von zwei Jahren sowie zu einer Geldstrafe von 300 Tagessätzen verurteilt.

2.3.3.2.6 Untersagung

Die Kartellbehörden können die an einer verbotenen Vereinbarung oder an einem verbotenen Verhalten beteiligten Unternehmen verpflichten, dieses Verhalten abzustellen. Zu diesem Zweck kann den beteiligten Unternehmen aufgegeben werden, bestimmte Maßnahmen zur Abstellung des Verstoßes zu ergreifen.

2.3.3.2.7 Feststellungsverfügung

Kartellbehörden haben zudem die ausdrückliche Befugnis, eine Feststellungsverfügung zu erlassen und damit nachträglich einen Kartellrechtsverstoß festzustellen. Für eine solche Feststellung ist ein berechtigtes Interesse erforderlich, welches etwa bei einer Wiederholungsgefahr anzunehmen ist.

2.4 Das „Competition-Compliance-Programm“

Wenn Unternehmen nicht ungewollt in unzulässige Absprachen durch Mitarbeiter/innen verwickelt werden wollen, liegt es in ihrer eigenen Verantwortung durch intensive vorbeugende Maßnahmen, wie z. B. Mitarbeiterschulung in kartellrechtlichen Fragen dieses Risiko zu reduzieren.

Beim „Competition- Compliance- Programm“ handelt es sich um eine vorbeugende Maßnahme zur Vermeidung von Kartellrechtsverstößen. Hieraus kann sich im Falle eines späteren Kartellrechtsverstößes ein Entlastungsargument nicht nur zugunsten der Geschäftsführung, sondern insbesondere auch zugunsten der darin aktiv involvierten und geschulten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Unternehmens ergeben.

Die Geschäftsführung darf sich dabei allerdings nicht auf die einmalige Durchführung eines Compliance- Programms beschränken. Es ist vielmehr Aufgabe der Geschäftsführung, die Einhaltung kartellrechtlicher Vorschriften kontinuierlich sicherzustellen! Compliance³⁰ bedeutet im Kartellrecht, die Regelungen des europäischen und des deutschen Kartellrechts zu beachten.

2.4.1 Hauptfunktion

Hauptfunktion eines Competition - Compliance - Programms ist, Verstöße des Unternehmens gegen das Kartellrecht von vornherein zu verhindern bzw. zumindest unbeabsichtigte oder unwissentliche Verstöße auszuschließen. Voraussetzung hierfür ist allerdings die zumindest grundlegende Kenntnis der Mitarbeiter/innen über das Kartellrecht und über die Risiken bei Verstößen dagegen.³¹

Präventive Maßnahmen gegen Kartellrechtsverstöße dienen folglich dem Schutz des Unternehmens wie auch seiner Beschäftigten vor den bereits genannten Risiken wie Bußgeldern, Schadenersatzklagen, Nichtigkeit von Vereinbarungen etc.

³⁰ „Compliance“ bedeutet im wörtlichen Sinne die Befolgung, Einhaltung oder Erfüllung bestimmter Anforderungen.

³¹ Vgl.: CMS Report XIV, www.cms-hs.com/export/sites/cms-hs/download_gallery/reports/cms_reports/CMS_Report_XIV_110208.pdf

sowie insbesondere der sanktionsbedrohten Personen vor einschneidenden persönlichen Rechtsfolgen.

2.4.2 Inhalt des C-C-Programms

- *Unterstützung des Compliance- Programms durch die Geschäftsführung und deren Mitwirkung an der Durchführung*
- *Identifizierung der kartellrechtsrelevanten Risikobereiche im Unternehmen (Wettbewerbsverhalten)*
- *Kartellrechtliche Schulung der Mitarbeiter/innen (Hinweis auf verbotene Verhaltensweisen)*
- *Entsprechende schriftliche Verhaltensanweisungen für Mitarbeiter/innen*

2.4.3 Handlungsempfehlungen bei Verdacht eines Kartellverstoßes

Besteht der Verdacht eines Kartellverstoßes ist es wichtig, dass sofort richtig gehandelt wird, um den möglichen Schaden zu begrenzen. Die Geschäftsführung sollte mit Unterstützung der Rechtsabteilung sofort handeln. Analoges gilt für die Beschäftigten und die Mitbestimmungsgremien:

- *Sofortiges Abstellen des kartellrechtswidrigen Vorgangs. Sammlung sämtlicher Unterlagen und Beweise.*
- *Hinzuziehung eines Rechtsbeistands, welcher im Gegensatz zu den Mitarbeiter/innen der Rechtsabteilung den Schutz des so genannten Anwaltsprivilegs („legal privilege“) genießt, so dass der mit diesem geführte Schriftverkehr dem Zugriff der Behörden entzogen ist.*
- *Informationsgewinnung über Gespräche.*
- *Unternehmensinterne Prüfung kartellrechtswidrigen Vorgangs, ggf. Meldung bei Kartellbehörden. Hierdurch wird die Möglichkeit eröffnet, drohende Bußgelder zu ermäßigen oder gänzlich zu vermeiden. Dagegen abzuwägen ist das Risiko, dass möglicherweise in der Folge der Verwaltungs- und Bußgeldverfahren zivilrechtliche Schadenersatzklagen erhoben werden.*

Insbesondere die Mitbestimmungsgremien können darauf drängen, dass zukünftig regelmäßige C-C-Programme für die Mitarbeiter/innen in betroffenen Bereichen durchgeführt werden, um

- *den Mitarbeiter/innen Kenntnis über das Kartellrecht und über die Risiken bei (wiederholten) Kartellverstößen zu vermitteln;*
- *die Mitarbeiter/innen von kartellrechtswidrigem Verhalten abzuschrecken;*
- *Verstöße rechtzeitig aufzudecken, bevor es zu einer Untersuchung durch die Behörden kommt;*
- *Bußgelder gänzlich durch Vermeidung von Kartellrechtsverstößen auszuschließen;*
- *Bußgelder dadurch zu vermindern, dass ein funktionierendes Compliance-Programm nachgewiesen wird;*
- *das Risiko von Schadensersatzklagen bzw. der Nichtigkeit von Vereinbarungen zu vermeiden.*

2.5 Zwischenbilanz

Die spezifischen Kenntnisse über Kartelle sind für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in zweierlei Hinsicht von Bedeutung:

1. Vor allem für Beschäftigte aus dem Verwaltungsbereich ist ein tieferes Verständnis über das Kartellverbot sinnvoll. Denn sobald ein Verstoß dagegen wahrgenommen oder sogar von übergeordneter Stelle in Auftrag gegeben wurde, macht sich der/die Beschäftigte als solcher bereits strafbar, sofern hierüber keine Anzeige bei den entsprechenden Kartellbehörden erfolgt.
2. Für Betriebsräte ist die Kenntnis von Kartellen im Rahmen der stets notwendigen Einschätzung, „wo stehen wir am Markt“, „wie ist unsere wirtschaftliche Situation“, erforderlich, um sich gegenüber etwaigen Anforderungen des Arbeitgebers, (wie etwa im Rahmen von Tarifverhandlungen oder auch Restrukturierungsmaßnahmen) zu positionieren. Etwaige Bußgelder haben zudem möglicherweise einen Effekt auf das Arbeitgeberverhalten in Bezug auf notwendige

Investitionen. Der Betriebsrat verfügt in diesem Zusammenhang allerdings nicht über formale Rechte, die über die im BetrVG niedergelegten Rechte zur Mitbestimmung hinausgehen.

3 Fusionskontrolle

Das Phänomen der grenzüberschreitenden Fusionen gewinnt zunehmend an Bedeutung und betrifft mittlerweile praktisch alle Sektoren.³² Für die davon betroffenen Arbeitnehmervertreter/innen stellen solche Unternehmensfusionen eine zunehmend schwieriger handhabbare Herausforderung dar. Denn solche Fusionsprozesse sind zumeist langwierig mit kompliziertem organisatorischem Hintergrund. Sofern überhaupt vorhanden, bleibt den betroffenen Betriebsräten kaum ausreichend Zeit, sich gegenseitig und erst recht die jeweils andere Unternehmenskultur kennen zu lernen und ausreichend Vertrauen aufzubauen. Sie stehen zumeist vor sehr komplexen Zusammenhängen, bestehend aus divergierenden Unternehmensstrategien, konkurrierenden Wettbewerbsregelungen inkl. Einflussnahmen durch die EU-Kommission, innovationsbezogenen Vereinbarungen, Synergienorientierung etc., allzu oft auch einhergehend mit drohenden Stellenabbau szenarien.

Die stattfindenden Prozesse sind damit oft wenig transparent für die betroffenen Belegschaften und deren Interessenvertretungen. Externe Sachverständige werden nicht automatisch und noch seltener frühzeitig hinzu gezogen. Dementsprechend werden allzu häufig keine oder wenig aufeinander abgestimmte kooperationsorientierte Strategien entwickelt und realisiert. Frühzeitiges, aktives Einbringen der jeweiligen Positionen der Betriebsräte oder gar Gewerkschaften ist so nur schwer zu gewährleisten.

Um so entscheidender wird in diesem dynamischen Prozess für die Einfluss- und Gestaltungsmöglichkeiten von Seiten der Interessenvertreter/innen sein, ob frühzeitig Warnsignale wahrgenommen und v. a. auch richtig gedeutet werden können, um schnellstmöglich mit den richtigen Fragen diejenigen umfassenden Informationen und Wirtschaftsdaten in den entsprechenden Mitbestimmungsgremien einfordern zu können, die zur aktiven Gestaltung der dann laufenden Entscheidungsprozesse zwingend erforderlich sind.³³

³² Banken, Krankenhäuser, Energieversorger, IT, Fluggesellschaften etc.

³³ Jörg Towara, 2000, S. 3.

Die Komplexität des marktwirtschaftlich organisierten und geprägten europäischen wie globalen Wettbewerbs erfährt dabei eine kontinuierliche Verschärfung angesichts einer sich stetig beschleunigenden Unternehmens- und Kapitalkonzentration.³⁴ Zwar steht dem Betriebsrat in Deutschland laut Betriebsverfassungsgesetz das Recht auf Unterrichtung und Beratung zu³⁵, allzu oft erfahren sie von bevorstehenden Zusammenschlüssen aber dennoch erst durch die Medien.

Zahlreiche Konzernleitungen verweigern zudem allzu häufig frühzeitige und v. a. auch konkrete Informationen über mögliche Umstrukturierungen und damit zusammenhängende aktuelle Wirtschaftsdaten unter Berufung auf das schwebende Fusionskontrollverfahren bei der Europäischen Kommission wegen der, mit der bevorstehenden Fusion einhergehenden Gefahr, einer dann marktbeherrschenden Stellung.³⁶

Ogleich sich dabei Entscheidungen sowohl des Bundeskartellamtes wie auch der Europäischen Kommission offiziell lediglich auf die Klärung wettbewerbsrechtlicher Fragen beschränken, wirken sich diese allzu häufig direkt oder indirekt auf die Situation der in diesen Unternehmen Beschäftigten aus. Negativer Natur sind diese Konsequenzen insbesondere immer dann, sobald die Kartellbehörde die Genehmigung einer geplanten Fusion von bestimmten Bedingungen, wie z. B. vom Verkauf bestehender Betriebe oder zumindest Betriebsteile, abhängig macht.

Im Verlauf der Realisierung solcher Auflagen ist dann zumindest mittelbar auch der Fortbestand von Arbeitsplätzen bedroht. Die Kommission klammert allerdings die soziale Dimension eines Fusionsvorhabens in ihrem Prüfungsverfahren grundsätzlich aus.³⁷

Wettbewerbsverzerrungen können folglich nicht allein durch die in Kapitel 2 der Informationsschrift dargestellten Absprachen unter Marktteilnehmern oder einseitige Vorgehensweisen marktbeherrschender Unternehmen entstehen.

Vielmehr begründen auch nationale wie europaweite oder gar globale Unternehmenskonzentrationen potenzielle negative Einflüsse auf Arbeitsmarkt und Wirt-

³⁴ Vgl.: Prof. Dr. Nagel, 2007.

³⁵ Etwa in § 106 Abs. 3, Nr. 8; § 111 Satz 3, Nr. 3 BetrVG.

³⁶ J. Towara, a.a.O., S. 3.

³⁷ Ebd., S. 7.

schaft. Insofern solche Konzentrationen durch sog. externes Wachstum (Fusionen) entstehen, liegt ein Fall für die präventive Fusionskontrolle gemäß europäischem wie auch deutschem Kartellrecht vor. Auf EU-Ebene ist die Zusammenschlusskontrolle durch die so genannte Fusionskontrollverordnung³⁸ geregelt.

Im Nachfolgenden wird in einem ersten Abschnitt der Sachverhalt des Fusionskontrollverfahrens allgemein kurz skizziert werden, bevor im zweiten Abschnitt der konkreten Frage nach entsprechenden Einfluss- und Gestaltungsrechten der Mitbestimmungsgremien nachgegangen wird.

3.1 Fusionen

Vom Vorliegen einer Fusion im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 a der Fusionskontrollverordnung /FKVO³⁹ ist immer dann auszugehen, sobald „zwei oder mehr bisher voneinander unabhängige Unternehmen so miteinander verschmelzen, dass sie ihre Rechtspersönlichkeit verlieren.“⁴⁰

Denkbar sind hierbei mehrere Arten von Fusionen. Zum einen liegt eine Fusion immer dann vor, sobald ein Unternehmen endgültig in einem anderen Unternehmen aufgeht (Verschmelzung oder Aufnahme) und letzteres die eigene Rechtspersönlichkeit behält, während ersteres als eigenständige juristische Person unterginge.⁴¹

Eine Fusion erfolgt aber auch dann, wenn zuvor voneinander unabhängige Unternehmen ihre wirtschaftlichen oder sonstigen Aktivitäten zu einer einzigen, neu entstehenden wirtschaftlichen Einheit zusammenlegen,⁴² unabhängig davon, ob hier automatisch von einer Fusion gesprochen wird oder nicht.

In diesem Sinne der FKVO können solche Unternehmen nicht mehr fusionieren, die bereits demselben Konzern angehören oder aufgrund sonstiger Umstände bereits zuvor voneinander abhängig waren und dies auch weiterhin sind.

³⁸ VO 139/2004/EG.

³⁹ FKVO Nr. 139/2004 Erklärungen des Rates v.20.01.2004.

⁴⁰ Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen, 2007, S. 6.

⁴¹ Ob ein Unternehmen vorher tatsächlich unabhängig war, überprüft die EU Kommission insbesondere anhand der konkreten Kontrollverhältnisse. Weitere Faktoren: tatsächliche Beteiligungen, Finanzierungsquellen, indirekte Kontrollverhältnisse (Verwandschaftsbeziehungen), Kontrollmittel (Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögenswerten u.v.m.) a.a.O., S. 8ff.

⁴² Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen, 2007: S. 6.

Grundvoraussetzung des faktischen Vorliegens einer Fusion ist folglich

- *die Existenz einer dauerhaften gemeinsamen wirtschaftlichen Leitung, eines internen Gewinn- und Verlustausgleichs,*
- *die gesamtschuldnerische Haftung aller vertraglich einbezogenen Unternehmen,*
- *die Verteilung externer Risiken,*
- *oder auch der Abschluss einer Gewinnabführungsvereinbarung zwischen einzelnen Konzernunternehmen.*

Eine faktische Verschmelzung/Fusion kann hier sowohl rein vertraglich vereinbart worden sein, als auch durch eine Überkreuzungsbeteiligung der, die wirtschaftlichen Einheit bildenden Unternehmen, begründet werden. So könnten beispielsweise zwei oder mehr Unternehmen vertraglich vereinbaren, sich einer gemeinsamen wirtschaftlichen Leitung zu unterstellen⁴³ oder auch ein zweifach börsennotiertes Unternehmen zu bilden und dennoch ihre jeweilige Rechtspersönlichkeit nach außen offiziell aufrechterhalten.

Eine Fusion bzw. echte Verschmelzung erfolgt idealer Weise als ein Zusammenschluss zweier Unternehmen auf gleicher Augenhöhe und mit echter Parität ihrer wirtschaftlichen Kräfte. In der gängigen Praxis kommen solche Vollfusionen jedoch nur marginal vor.⁴⁴

3.1.1 Prüfungskriterien einer Fusion

Zur Bestimmung, inwieweit bei einem bevorstehenden Zusammenschluss tatsächlich eine Fusion vorliegt, bewertet die Kommission insbesondere folgende Kriterien zur Charakterisierung:

- tatsächlich zugrunde liegender Tatbestand des Kontrollerwerbs;
- Tatbestand eines Gemeinschaftsunternehmens;
- Tatbestand der europäischen Aktiengesellschaft / „Societas Europaea (SE)“.

⁴³ Bspw. die Gründung eines Gleichordnungskonzerns nach deutschem Recht.

⁴⁴ Vgl.: F.M. Weber, 2006, S. 72.

3.1.1.1 Tatbestand des Kontrollerwerbs

Bei Klärung des Tatbestands des Zusammenschlusses stellt gemäß Art. 3 Abs. 1 b FKVO der Kontrollerwerb den dominierenden Aspekt dar. Bezeichnet doch genau jener die konkrete Möglichkeit eines Unternehmens, einen gezielten Einfluss auf die unternehmerischen Handlungen eines anderen Unternehmens auszuüben.⁴⁵

Der europäische Kontrollbegriff wurde dabei der montanrechtlichen Zusammenschlusskontrolle⁴⁶ angepasst, wonach Kontrolle dann vorliegt, sobald die unternehmerische Entscheidungsgewalt ganz oder teilweise einem Dritten übertragen ist und damit die Willensbildung im Unternehmen nicht mehr autonom erfolgt.⁴⁷ Eine faktische Kontrolle liegt allerdings auch dann bereits vor, „wenn langfristige Lieferverträge oder auch Lieferantenkredite in Verbindung mit strukturellen Verflechtungen einen bestimmten Einfluss sichern“.⁴⁸ Art. 3 Abs. 1 b FKVO führt hier exemplarisch auch den Erwerb von Anteilsrechten bzw. Vermögenswerten, Vertragsabschlüsse sowie sonstige Verträge an, wobei hier in aller Regel der Anteilerwerb dominiert.

3.1.1.1.1 Alleinige Kontrolle

Die einfachste Form der Erlangung alleiniger Kontrolle ist der komplette Erwerb aller Firmenanteile oder zumindest die Mehrheitsübernahme derselben durch ein anderes Unternehmen. Eine solche alleinige Kontrolle kann allerdings auch bei paritätischen Beteiligungen sowie qualifizierten Minderheitenbeteiligungen faktisch bestehen, insofern die dort gehaltenen Anteile

- entweder mit Vorzugsrechten verbunden sind,
- oder sich die verbleibenden Anteile im Streubesitz befinden,

wodurch selbst bei bloßer Minderheitsbeteiligung eine stabile Mehrheit auf Hauptversammlungen sichergestellt ist.⁴⁹ Der entscheidende Einfluss der alleinigen Kontrolle richtet sich hier folglich darauf, als (Anteils-) erwerbendes Unternehmen Entscheidungen über das erworbene Unternehmen zu treffen und durchzusetzen.

⁴⁵ Vgl.: Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen, S. 54.

⁴⁶ Art. 66 Abs.1 EGV.

⁴⁷ Vgl.: F.M. Weber, 2006, S. 73.

⁴⁸ Ebd.

⁴⁹ Vgl.: Mitteilung über den Begriff des Zusammenschlusses, Tz 14.

3.1.1.1.2 Gemeinsame Kontrolle

Gemeinsame Kontrolle liegt vor, wenn zwei oder mehr Unternehmen oder Personen die Möglichkeit haben, einen entscheidenden Einfluss in einem anderen Unternehmen auszuüben. Der entscheidende Einfluss der gemeinsamen Kontrolle meint hier bereits die bloße Blockademacht gegenüber solchen Aktionen, die das strategische Wirtschaftsverhalten eines anderen Unternehmens bestimmen.⁵⁰

3.1.1.2 Tatbestand eines Gemeinschaftsunternehmens

Laut Art. 3 IV FKVO sind solche Unternehmen Gemeinschaftsunternehmen, die von zwei oder mehreren anderen Unternehmen gemeinschaftlich kontrolliert werden. Zusammenschlussähnliche Handlungsweisen können hier ebenso darunter fallen wie Kooperationen für ganz bestimmte Aufgaben etwa im Bereich von Forschung und Entwicklung.⁵¹ Grundsätzlich erfasst der weit reichende Tatbestand des Kontrollerwerbs hier bereits solche Sachverhalte, sobald diese als Koordination einzustufen sind.⁵² Die europäische Zusammenschlusskontrolle umfasst lediglich die konzentrativen Vorgänge. Die kooperativen Vorgänge bzw. kooperative Gemeinschaftsunternehmen werden gemäß Art. 2 IV FKVO kartellrechtlich über Art. 81 EGV behandelt.

Ein **konzentratives Gemeinschaftsunternehmen** (Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen) liegt stets nur dann vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen

- auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 3 IV FKVO)
- nicht die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen bezweckt oder bewirkt (Art. 2 IV FKVO)

⁵⁰ Vgl.: Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen, S. 55.

⁵¹ Vgl.: Bekanntmachung über die Unterscheidung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen, Tz. 3.

⁵² Vgl.: F.M. Weber, 2006. S. 74.

- auf einem Markt die Funktionen ausübt, die auch von den anderen Unternehmen auf diesem Markt wahrgenommen werden.⁵³

3.1.1.3 Tatbestand der Europäischen Aktiengesellschaft (SE)

2004 trat die Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) in Kraft.⁵⁴ Mit der neu geschaffenen supranationalen Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) sollen Unternehmen innerhalb der EU dieselbe Mobilität und gleichen grenzüberschreitenden Entfaltungschancen eröffnet werden, wie dies bislang für rein nationale Gesellschaften nur innerhalb ihrer eigenen Mitgliedsstaaten galt.

Diese spezifische Rechtsform der SE wurde folglich speziell zur Erleichterung grenzüberschreitender Unternehmenskonzentrationen und -kooperationen geschaffen und ist vor allem auf Großunternehmen zugeschnitten. In Verbindung mit dem spezifisch europäischen Kontext wird hier häufig von vorn herein schon ein Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung angenommen werden müssen, der dann gemäß Art. 1 FKVO zu prüfen sein wird.

Dabei wird bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von den Wettbewerbswirkungen des konkreten einzelnen Gründungsvorgangs einer SE ausgegangen. Es erfolgen weder Bereichsausnahmen noch die privilegierte Handhabung fusionsrechtlicher Prüfungskriterien. Es reicht folglich nicht, die wettbewerbsrechtliche Beurteilung lediglich formal an die Rechtsform der SE oder einzelner Gründungsformen anzuknüpfen.

3.1.2 Prüfungskriterium der gemeinschaftsweiten Bedeutung

Vorrangig greift das europäische Recht gemäß Art. 3 FKVO stets nur dann ein, sofern **eine Fusion bzw. ein Zusammenschlussvorhaben mit gemeinschaftsweiter Bedeutung verfolgt wird.**⁵⁵

⁵³ Vgl.: Bekanntmachung über die Unterscheidung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen, Tz. 12ff.

⁵⁴ EG Nr. 2157/2001.

⁵⁵ Vgl.: v. Dietze, Janssen: 2007: S. 147.

Eine Fusion erfüllt gemäß Art. 1 FKVO stets dann den Tatbestand der gemeinschaftsweiten Bedeutung,

- sobald die Umsatzschwellen des Art. 1 II, III FKVO überschritten werden.

Diese Umsatzschwellen werden dann überschritten, wenn

- die beteiligten Unternehmen weltweit einen Gesamtumsatz von zusammen mehr als 5 Mrd. Euro und
- mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen gemeinschaftsweiten Umsatz von jeweils mehr als 250 Millionen Euro erzielt haben.

Werden diese Umsatzschwellen nicht erreicht, so findet die europäische Zusammenschlusskontrolle dennoch statt,

- wenn der weltweite Gesamtumsatz der beteiligten Unternehmen mehr als 2,5 Mrd. Euro beträgt und weitere, in der Verordnung im einzelnen benannte Umsatzschwellen erreicht sind. Die europäische Kommission zeichnet in diesem Fall allein verantwortlich im Verfahren.⁵⁶

Die erste Schwelle soll gewährleisten, dass nur Zusammenschlüsse umsatzstarker Unternehmen erfasst werden. Die zweite Umsatzschwelle der so genannten „de minimis“-Regel von 250 Millionen € Gemeinschaftsumsatz soll den Erwerb kleiner Unternehmen durch ein Großunternehmen verhindern und einen Europabezug gewährleisten. Anhand der dritten Schwelle bzw. Zwei-Drittel-Klausel sollen schließlich Zusammenschlussvorhaben mit überwiegend nationalem Charakter der gemeinschaftsrechtlichen Fusionskontrolle gänzlich entzogen bleiben.⁵⁷

Bei der so genannten Drei-Länder-Fusion, einem Sonderfall der Mehrfachanmeldung, sind zudem Spezialschwellen normiert worden, die insbesondere jene Zusammenschlüsse erfassen sollen, die die Umsatzschwellen des Art. 1 II FKVO zwar nicht erreichen, aber mindestens drei Mitgliedsstaaten betreffen. Gemäß Art. 21 III FKVO entfällt dann die Mehrfachnotierung in verschiedenen Mitgliedsstaaten.

⁵⁶ Kundenorientierung nach dem Motto „Alles aus einer Hand“ /Prinzip der „one-stop-agency“.

⁵⁷ Hier greift eine analoge Funktion wie die Zwischenstaatlichkeitsklausel in den Art. 81, 82 EGV.

Zur Berechnung der Umsätze werden gemäß Art. 5 I FKVO grundsätzlich die Nettoerlöse der am Zusammenschluss materiell beteiligten Unternehmen berücksichtigt. Konzerne stellen laut Verbundklausel hier insofern eine Einheit dar, weil ihre Umsätze addiert werden.⁵⁸

Die Schwellenwerte des Art. 1 II, III FKVO beziehen sich auf Umsätze, nicht auf den jeweiligen Sitz der beteiligten Unternehmen. Insofern erfasst die gemeinschaftsweite Fusionskontrolle unter Umständen auch Zusammenschlüsse in Drittstaaten.

Sofern geplante internationale Zusammenschlüsse trotz möglicher Auswirkungen in mehreren Mitgliedsstaaten diese Schwellenwerte nicht erreichen, muss das Vorhaben nach den Rechtsordnungen sämtlicher betroffener Staaten geprüft sowie gemäß der dort jeweils nationalen Fusionskontrollrechte angemeldet werden.

Die Kommission kann Zusammenschlüsse, die in ihren Zuständigkeitsbereich fallen würden, aber auch an Mitgliedsstaaten verweisen. Umgekehrt gilt das Gleiche auch für einzelne Mitgliedsstaaten, auch wenn die nationalen Umsatzschwellen der FKVO nicht erreicht würden.

Insofern mindestens drei Staaten prüfungspflichtig wären, die Schwellen laut FKVO aber nicht erreicht würden, kann auch das betreffende Unternehmen selbst die Verweisung an die Kommission beantragen, noch bevor die jeweilige Anmeldung bei den mitgliedsstaatlichen Behörden eingereicht wird.

3.1.3 Europäische Verweisungspraxis

3.1.3.1 Kommissionsverweis an Mitgliedsstaaten

Mitgliedsstaaten können gemäß Art. 9 FKVO bei der Kommission die Verweisung eines Zusammenschlusses an einen einzelnen Mitgliedsstaat trotz gemeinschaftsweiter Bedeutung beantragen, vorausgesetzt, dass der geplante Zusammenschluss den Wettbewerb lediglich auf einem gesonderten Markt in einem Mitgliedsstaat er-

⁵⁸ Vgl.: Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen, S. 61ff.

heblich zu beeinträchtigen droht.⁵⁹ Die Begründung bzw. Verstärkung einer solchen Marktmacht ist nicht erforderlich. Bei Vorlage aller Voraussetzungen des Art. 9 II a FKVO kann die Kommission das betreffende Vorhaben entweder selbst prüfen oder auch ganz bzw. teilweise an die Mitgliedsstaaten verweisen.

Insoweit ein Zusammenschluss allerdings den Wettbewerb auf einem gesonderten Markt eines Mitgliedsstaates beeinträchtigen könnte, dieser Markt aber keinen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellt, ist die Kommission zum Verweis verpflichtet.⁶⁰ Danach muss der Zusammenschluss von der zuständigen Kartellbehörde des jeweiligen Mitgliedsstaates nach dann nationalem Recht und ohne unangemessene Verzögerung geprüft werden.⁶¹ Den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ist sodann innerhalb von 45 Tagen nach erfolgter Verweisung durch die Kommission das Ergebnis der vorläufigen wettbewerbsrechtlichen Prüfung mitzuteilen inkl. ggf. beabsichtigter Maßnahmen der nationalen Kartellbehörde.⁶² Gemäß Art. 4 IV FKVO können aber auch die beteiligten Unternehmen selbst bereits vor Anmeldung des Zusammenschlusses gegenüber der Kommission die Verweisung ihres Vorhabens an einen bestimmten Mitgliedsstaat beantragen, vorausgesetzt, der Zusammenschluss könnte den Wettbewerb auf einem gesonderten Markt in diesem Mitgliedsstaat erheblich beeinträchtigen. Gegen den Willen eines Mitgliedsstaates darf allerdings keine Verweisung erfolgen.

3.1.3.2 Mitgliedsstaatlicher Verweis zur Kommission

Art. 22 FKVO regelt die mitgliedsstaatliche Verweisung von Zusammenschlussvorhaben ohne gemeinschaftsweite Bedeutung an die Kommission. Dabei können ein oder mehrere Mitgliedsstaaten die Verweisung eines bei ihnen angemeldeten Zusammenschlusses an die Kommission beantragen, sofern dieser den Handel des bzw. der den Antrag stellenden Mitgliedsstaaten erheblich zu beeinträchtigen droht.⁶³ Diesem Antrag kann sich jeder Mitgliedsstaat anschließen. Insofern die materiellen Voraussetzungen nach Auffassung der Kommission dann vorliegen, kann

⁵⁹ Vgl.: Art. 9 II a FKVO.

⁶⁰ Vgl.: Art. 9 III FKVO.

⁶¹ Vgl.: Art. 9 VI FKVO.

⁶² Vgl.: F.M. Weber, 2006, S. 78.

⁶³ Art. 22 I FKVO.

diese innerhalb einer Frist von 10 Tagen die Verweisungsentscheidung treffen. Nach Fristverlauf ohne erfolgte Entscheidung gilt der Fall gemäß Art. 22 III FKVO automatisch als verwiesen.

Auch hier besteht gemäß Art. 4 V FKVO ein Initiativrecht der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen vor Anmeldung bei den nationalen Kartellbehörden auf Einreichung eines Verweisungsantrags. Voraussetzung ist, dass der Zusammenschluss nach dem Wettbewerbsrecht mindestens dreier Mitgliedsstaaten geprüft werden kann.

Im Rahmen der hierauf zu erfolgenden Konsultation aller Mitgliedsstaaten kann allerdings jeder einzelne Mitgliedsstaat innerhalb von 15 Arbeitstagen die beantragte Verweisung ablehnen. Bei Ablehnung durch einen zuständigen Mitgliedsstaat wird der Fall nicht an die Kommission verwiesen. Erfolgt allerdings innerhalb dieser Frist keine ausdrückliche Ablehnung durch einen zuständigen Mitgliedsstaat, so ist der geplante Zusammenschluss bei der Kommission anzumelden.⁶⁴

3.2 Europäische Zusammenschlusskontrolle/Fusionskontrolle

Die Zusammenschlusskontrolle durch die Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Generaldirektion Wettbewerb) unterliegt dann einem formalen Verfahrensablauf. So entscheidet die Kommission nur auf Antrag⁶⁵ über die Vereinbarkeit des geplanten Zusammenschlusses bezogen auf den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt. Eine Frist existiert nicht. Allerdings sind die an einer Fusion oder der Begründung einer gemeinsamen Kontrolle Beteiligten gemeinsam zur Anmeldung verpflichtet, bei allen anderen Fällen der Kontrollerwerbende. Geregelt wird die Anmeldung in der entsprechenden Durchführungsverordnung zur FKVO, deren Anhang ein Formblatt CO umfasst, in welchem ein umfangreicher Fragenkatalog aufgeführt ist.⁶⁶ Unvollständige Anmeldungen bleiben unwirksam, die Prüfungsfrist des Art. 6 FKVO wird nicht gestartet und das Vollzugsverbot bleibt bestehen.

⁶⁴ Vgl.: F.M.Weber, 2006, S. 79.

⁶⁵ Durch die Kommission vorgegebenes Formblatt CO, Fundstelle 1.

⁶⁶ Vg.: v.Dietze/Janssen, 2007, S. 168; Bei Vorlage materiell unbedeutender Zusammenschlüsse kann selbst bei überschrittenen Umsatzschwellen das Verfahren vereinfacht werden.

Falls ein Anmeldepflichtiger vorsätzlich oder fahrlässig gegen seine Pflichten verstößt, indem er z.B. die Anmeldung versäumt oder unrichtige oder verfälschende Angaben macht, so kann die Kommission gemäß Art. 14 Absatz 1 und zwei FKVO eine Geldbuße festsetzen. In der Praxis findet aber häufig im Vorfeld einer solchen formellen Antragsstellung bereits eine informelle bzw. verfahrenstechnische Abstimmung zwischen der hier verantwortlichen Generaldirektion Wettbewerb und den fusionswilligen Unternehmen statt.

3.2.1 Verfahrensschritte der europäischen Fusionskontrolle

3.2.1.1 Vorverfahren

Erst mit der offiziellen Einreichung des Antragsformblattes CO wird das Vorverfahren eröffnet. Die Kommission prüft zunächst, ob der geplante Zusammenschluss überhaupt unter die FKVO fällt.

Gemäß Art. 4 Abs. 3 FKVO veröffentlicht die Kommission dann jeweils kurz nach Einreichung eines Antrags auf Genehmigung einer Fusion den Eingang dieser Anmeldung unter Angabe

- der Namen der Beteiligten,
- der Art des Zusammenschlusses und
- der betroffenen Wirtschaftszweige.

Zeitgleich zur Veröffentlichung der Einreichung des Antrags auf Genehmigung der geplanten Fusion durch die EU Kommission beginnt die **10-tägige Frist, als Arbeitnehmervertreter/innen ebenfalls eine Anhörung bei der Kommission zu beantragen. Voraussetzung ist, dass diese Arbeitnehmervertreter/innen ihrerseits nach nationalem Recht als Vertreter/innen der Arbeitnehmer/innen des betreffenden Unternehmens anerkannt sind.**

Mögliche Prüfungsergebnisse der Kommission im Vorprüfverfahren können dann sein:

- Die Fusion unterliegt nicht der FKVO, was per Kommissionsentscheidung so festgestellt würde.
- Die Fusion unterliegt der FKVO, gäbe aber keinen Anlass für ernsthafte Bedenken bzgl. ihrer Vereinbarkeit mit den Zielen des Gemeinsamen Marktes. Hier würde die Kommission im Tenor ihrer Entscheidung keine Einwände erheben und den geplanten Zusammenschluss für vereinbar mit dem gemeinsamen Markt erklären.
- Die angemeldete Fusion unterliegt der FKVO, die Kommission erhebt ernsthafte Bedenken bzgl. ihrer Vereinbarkeit mit den Zielen des Gemeinsamen Marktes und eröffnet deshalb das Hauptverfahren.

Wie für die deutsche Fusionskontrolle, so gilt gemäß Art. 7 Abs. 1 FKVO auch für die EU-Kontrolle, **dass der Zusammenschluss nicht vollzogen werden darf, solange er von der Kommission nicht freigegeben worden ist.**⁶⁷

Bei Verstoß gegen das Vollzugsverbot kann gemäß Art. 14 Abs. 2b FKVO ein Bußgeld verhängt werden, das in Höhe von bis zu 10% des von den beteiligten Unternehmen erzielten Gesamtumsatzes festgesetzt werden kann. Rechtsgeschäfte, die unter Missachtung des Vollzugsverbots geschlossen wurden, sind gemäß Art. 7 Abs. 4 FKVO zudem bis zur endgültigen Freigabe zivilrechtlich schwebend unwirksam. Bei Untersagung eines Zusammenschlusses werden solche Rechtsgeschäfte dagegen endgültig unwirksam. Eine Mitteilungspflicht bei erfolgreichem Vollzug eines Zusammenschlusses besteht nicht.⁶⁸

Auf Antrag kann die Kommission eine Befreiung vom Vollzugsverbot erteilen, wobei von Kommissionsseite dann die möglichen Auswirkungen des Aufschubs des Vollzugs auf die beteiligten Unternehmen, auf Dritte sowie die mögliche Gefährdung des Wettbewerbs durch den Zusammenschluss zu berücksichtigen sind.⁶⁹

Außerdem kann die Kommission von den beteiligten Unternehmen Zusagen entgegen nehmen, worin diese sich verpflichten, den Zusammenschluss so durchzuführen

⁶⁷ Vgl.: v.Dietze/Janssen, 2007: 169.

⁶⁸ Gemäß § 39 Abs. 6 GWB besteht diese Meldepflicht dagegen in Deutschland bei erfolgreichem Vollzug einer Fusion. Vgl.: v. Dietze/Janssen, 2007, S. 169.

⁶⁹ Ebd.

ren, dass dieser mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist, also das Wettbewerbsproblem klar umrissen ist und leicht gelöst werden kann.

Gemäß Art. 6 Abs. 2 FKVO kann die Kommission zudem zur Absicherung der Einhaltung solcher Zusagen die Unbedenklichkeitsentscheidung mit speziellen Bedingungen und Auflagen kombinieren. Gemäß Art. 6 FKVO muss die Kommission ihre Entscheidung innerhalb von 25 Arbeitstagen treffen. Die Frist beginnt am Arbeitstag nach Eingang der vollständigen Anmeldung und verlängert sich bei einem Verweisungsantrag eines Mitgliedsstaates oder im Falle des unternehmerischen Angebots zuvor genannter Zusagen nach Anmeldung auf 35 Arbeitstage. Dieser Erlass wird lediglich den beteiligten Unternehmen bekannt gegeben, eine gesonderte Veröffentlichung erfolgt nicht.

Für einen Zusammenschluss, der der EU-Fusionskontrolle unterliegt, findet eine mitgliedstaatliche Fusionskontrolle bspw. durch das Bundeskartellamt grundsätzlich nicht mehr statt. Doch es besteht laut Art. 9 FKVO ein **Mitteilungsrecht der Mitgliedstaaten**, die Kommission zu unterrichten, wenn in diesem Land die Entstehung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung durch einen Zusammenschluss droht ("deutsche Klausel").

Die Kommission entscheidet darauf hin, ob der Fall auf nationaler oder EU-Ebene weiterbehandelt werden soll. Entscheidet sie sich für eine Übertragung der Prüfung auf das nationale Recht des Mitgliedsstaates, dann erfolgt der weitere Verlauf des Kontrollverfahrens ausschließlich nach den nationalen Regelbestimmungen und nicht nach den EU-Bestimmungen.

3.2.2 Hauptverfahren

Wird kommissionsseitig festgestellt, dass der Zusammenschluss in den Anwendungsbereich der FKVO fällt und ernsthafte Bedenken bzgl. seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gibt, so wird das Hauptverfahren in Form des Erlasses einer Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1c FKVO eingeleitet. Hierüber ist innerhalb von maximal 90 Arbeitstagen zu entscheiden. Eine Fristverlängerung um weitere 105 Arbeitstage erfolgt, sofern Unternehmen Zusagen anbieten, ausgenommen, dieses

Angebot der Unternehmen erfolgte weniger als 55 Arbeitstage nach Einleitung des Verfahrens.⁷⁰ Auf Antrag der Anmelder ist zudem die einmalige Fristverlängerung um weitere 20 Arbeitstage möglich, sofern die Antragsstellung spätestens 15 Tage nach Einleitung des Verfahrens erfolgte. Kommissionsseitig können die Fristen mit Zustimmung der Anmelder verlängert werden, jedoch nicht mehr als 20 Tage überschreiten.⁷¹

Das Hauptverfahren wird entweder durch die formelle Entscheidung der Kommission gemäß Art. 8 FKVO beendet oder automatisch durch Fristablauf bei unterlassener Entscheidung. Gemäß Art. 10 Abs. 6 FKVO gilt der Zusammenschluss dann als vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt.

3.2.2.1 Entscheidungsarten

Im Hauptverfahren sind mehrere Entscheidungen möglich:

Vereinbarkeitserklärung: Feststellung der Kommission, dass der Zusammenschluss einen wirksamen Wettbewerb im Sinne des Art. 2 Abs. 2 FKVO nicht erheblich behindert und folglich analog zu Art. 8 Abs. 2 FKVO als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt wird. Ggf. verbindet die Kommission ihre Entscheidungen mit bestimmten Auflagen oder Bedingungen zur Absicherung der Erfüllung zugesagter unternehmerischer Verpflichtungen. Diese müssen allerdings materiell geeignet sein, eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu vermeiden, d.h., die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu verhindern.⁷² Insofern sich die von beteiligten Unternehmen gemachten Angaben allerdings als unrichtig erweisen oder arglistig herbeigeführt wurden bzw. die beteiligten Unternehmen einer in der Entscheidung vorgesehenen Auflage zuwiderhandeln, kann die Kommission die Vereinbarkeitsentscheidung widerrufen.

Unvereinbarkeitsentscheidung: Feststellung der Kommission, dass der Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb im Sinne des Art. 2 Abs. 3 FKVO erheblich behindert und demzufolge gemäß Art. 8 Abs. 3 FKVO untersagt wird. Analog verhält

⁷⁰ Vgl. Art. 10 Abs. 3 FKVO.

⁷¹ Ebd.

⁷² Vgl.: v. Dietze/Janssen, 2007, S. 171.

es sich gemäß Art. 8 Abs. 3, Art. 2 Abs. 4 FKVO mit der Gründung eines kooperativen Vollfunktions- Gemeinschaftsunternehmens. Die beteiligten Unternehmen sind vor Erlass dieser Entscheidung anzuhören. Zudem muss der beratende Ausschuss, bestehend aus Vertretern der Behörden der Mitgliedsstaaten, hierzu einberufen und ebenfalls angehört werden.

Sollten die Unternehmen den Zusammenschluss allerdings schon vor Verkündung der Unvereinbarkeitsentscheidung vollzogen haben, kann die Kommission die Entflechtung derselben anordnen, um den wirksamen Wettbewerb gemäß Art. 8 Abs. 4 FKVO wieder herzustellen.

3.2.2.2 Konkrete Prüfungskriterien im Hauptverfahren inkl.

/Marktbeherrschung / SIEC- Test⁷³

Sofern das Zusammenschlussvorhaben in den Anwendungsbereich der FKVO fällt, erfolgt die materielle Prüfung, ob es mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist. Nach Art. 2 III FKVO ist bzgl. der Untersagungsentscheidung darauf abzustellen, ob der wirksame Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder zumindest in einem wesentlichen Teil desselben durch einen Zusammenschluss und insbesondere die damit einhergehende Begründung oder auch Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erheblich behindert würde.

Die Bewertung, inwiefern ein geplanter Zusammenschluss tatsächlich zur Verschlechterung der Marktstruktur führen wird, kann nur durch Abgrenzung des relevanten Marktes sowohl in sachlicher als auch räumlicher Hinsicht erfolgen. Die Annahme einer Marktbeherrschung erscheint dabei umso realistischer, desto enger die Märkte abgegrenzt werden, wodurch die zu erfolgende Marktabgrenzung für den Ausgang eines fusionsrechtlichen Verfahrens von entscheidender Bedeutung sein kann.⁷⁴

⁷³ SIEC bezeichnet „Significant Impediment to Effective Competition“ /erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs.

⁷⁴ Ebd.

3.2.2.3 Prüfkriterium sachlich und räumlich relevanter Märkte /Abgrenzung

Bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Produktmarktes umfasst dieser alle Erzeugnisse und Dienstleistungen, die vom Verbraucher hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und vorgesehenen Verwendungszwecke als austauschbar zu betrachten sind.⁷⁵

Inwieweit eine tatsächliche Austauschbarkeit vorliegt, wird dann anhand der Preiselastizität der Nachfrage beurteilt. Eine hohe Nachfrageelastizität besteht hiernach immer dann zwischen Produkten, wenn bereits geringe Preissteigerungen eines Produktes die signifikante Verlagerung der Nachfrage von ebendiesem Produkt auf ein anderes zur Folge hätte. Hier läge folglich die Zugehörigkeit zum gleichen Produktmarkt vor.

Neben dieser Abgrenzung als sachlich relevantem Markt erfolgt zudem die Abgrenzung als geographisch relevanter Markt gemäß Art. 9 VII FKVO. Allgemein wird der räumlich relevante Markt wie folgt definiert⁷⁶:

Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet,

- in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten und nachfragen,
- in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und
- das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet.⁷⁷

Maßgebliche Faktoren für die Bestimmung des geographisch relevanten Marktes sind unter anderem

- die Art und Eigenschaften der betroffenen Produkte oder Dienstleistungen,
- die Existenz von Marktzutrittsschranken oder Verbraucherpräferenzen,
- deutlich unterschiedliche Marktanteile der Unternehmen zwischen räumlich benachbarten Gebieten oder wesentliche Preisunterschiede.

⁷⁵ Vgl.: F.M.Weber, 2006, S.83; v. Dietze/Janssen, 2007, S.164.

⁷⁶ dargelegt im Formblatt CO sowie in der Bekanntmachung der Kommission zur Definition des relevanten Marktes im Wettbewerbsrecht, Tz. 8.

⁷⁷ Vgl.: v. Dietze/Janssen, 2007, S.164.

Hierauf basiert die Annahme der Kommission, dass nebeneinander lokale, regionale, nationale, gleichzeitig mehrere Mitgliedsstaaten umfassende und schließlich noch gemeinschaftsweite Märkte sowie der Weltmarkt als solcher existieren.

Zur Bewertung, inwieweit ein Zusammenschlussvorhaben mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist bzw. inwiefern nach Art. 2 III FKVO bzgl. der Untersagungsentcheidung darauf abzustellen ist, ob der wirksame Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder zumindest in einem wesentlichen Teil desselben durch einen Zusammenschluss und insbesondere die damit einhergehende Begründung oder auch Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erheblich behindert würde, bedient sich die Kommission insbesondere des Marktbeherrschungstests. Im Rahmen der Durchführung dieses Tests erfolgt die Prüfung eines umfassenden Kriterienkataloges einerseits zum Zwecke der Analyse der Marktstruktur und zwecks Feststellung einer überragenden Marktstellung eines Unternehmens. Daneben sind unter anderem aber auch dynamische Aspekte zu berücksichtigen, wie die Entwicklung des Angebots und der Nachfrage, Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts oder auch die Frage nach den Interessen der Zwischen- und Endverbraucher.⁷⁸

3.2.2.4 Prüfungskriterium der marktbeherrschenden Stellung

Basierend auf der Abgrenzung des sachlichen wie auch räumlichen Marktes erfolgt schließlich die fusionsrechtliche Bewertung, inwieweit durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entstünde.

Eine marktbeherrschende Stellung liegt nach gängiger Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs dann vor,

- „wenn ein Unternehmen eine wirtschaftliche Machtstellung besitzt, die es in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich sei-

⁷⁸ Vgl.: F.M.Weber, 2006, S. 85.

nen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich dem Verbraucher gegenüber in einem wesentlichen Umfang unabhängig zu verhalten.“⁷⁹

Entscheidend ist, dass die durch den Zusammenschluss entstehende beherrschende Stellung nicht dem Gemeinsamen Markt schaden darf, weshalb für die Auslegung des Kriteriums der Marktbeherrschung die Regelung aus Art. 2 I b FKVO ausschlaggebend ist.

3.2.2.5 Spezifische Auslegungskriterien

Die Kommission berücksichtigt bei der Auslegung insbesondere folgende Kriterien:

- Marktstellung,
- wirtschaftlichen Macht beteiligter Unternehmen,
- Finanzkraft beteiligter Unternehmen,
- Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer,
- Zugang von Lieferanten und Abnehmern zu Beschaffungs- und Absatzmärkten,
- rechtliche oder tatsächliche Marktzutrittschancen,
- Entwicklung des Angebots und der Nachfrage bei den jeweiligen Erzeugnissen und Dienstleistungen,
- Interessen der Zwischen- und Endverbraucher,
- Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern diese dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht verhindert.

⁷⁹ Vgl.: EuGH, Slg.1979, 461 (520), Tz. 38, zit. n. F.M.Weber, 2006, S. 85: Nach deutschem Recht wird eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung vermutet, wenn eine Gruppe von drei oder weniger Unternehmen gemeinsam einen Marktanteil von 50 % inne hat und wenn eine Gruppe von fünf oder weniger Unternehmen einen Marktanteil von zwei Dritteln erreicht („Oligopolvermutung“). Nach europäischem Recht ist eine Gruppe von Unternehmen gemeinsam marktbeherrschend, wenn sie dauerhaft eine gemeinsame Preispolitik verfolgen kann und für den Fall, dass Mitglieder der Gruppe von dem vereinbarten Verhalten abweichen, über Abschreckungsmechanismen verfügt. Außerdem dürfen Wettbewerber und Abnehmer nicht in der Lage sein, auf die Ergebnisse der Verhaltenskoordination zwischen den Gruppenmitgliedern wirksam zu reagieren. Bei einer gemeinsamen Marktbeherrschung muss jedes einzelne Unternehmen prüfen, ob in seinem Verhalten ein Missbrauch der (gesamt-) marktbeherrschenden Stellung der Gruppe liegen könnte.

Als Marktstellung wird dabei der jeweilige Marktanteil der beteiligten Unternehmen bezeichnet, wobei bei Marktanteilen unter 25% regelmäßig angenommen wird, dass keine Marktbeherrschung besteht.

Sehr hohe Marktanteile von 50% und mehr stellen dagegen bereits regelmäßig den alleinigen Nachweis für das Vorhandensein der beherrschenden Marktstellung dar.⁸⁰ Daneben werden aber noch weitere marktstrukturelle Faktoren betrachtet, wie etwa die Stärke und Anzahl der Wettbewerber oder die Kapazitätsengpässe. Unterschieden wird hier insbesondere zwischen vertikalen, horizontalen und schließlich noch konglomeraten Zusammenschlüssen.⁸¹

3.2.2.6 Zusammenschlussarten

Horizontale Zusammenschlüsse liegen regelmäßig dann vor, wenn die Zusammenschlussbeteiligten auf demselben Markt tätig sind, wobei die Addition ihrer Marktanteile automatisch zur Verringerung des Wettbewerbs führen würde.

Ein **vertikaler Zusammenschluss** liegt dagegen stets dann vor, sobald die Zusammenschlusswilligen Unternehmen auf einander nach gelagerten Marktstufen und dadurch auf unterschiedlichen sachlichen Märkten tätig sind. Diese vertikale Integration führt zumindest zu einer Marktabschottung, sobald z. B. durch den Zusammenschluss ein Unternehmen seine Bezugsquelle einverleibt und diese für seine Wettbewerber sperrt.

Sofern Beteiligte weder Wettbewerber noch in einem Bezugs- oder Lieferverhältnis zueinander stehen, liegt schließlich ein **konglomerater Zusammenschluss** vor. Wettbewerbsrelevante Probleme könnten dabei stets dann entstehen, wenn unterschiedliche Produkte der Beteiligten zwar nicht gegeneinander austauschbar wären, zusammen betrachtet aber dennoch ein und dasselbe Sortiment darstellen und üblicherweise das Sortiment in Gänze nachgefragt wird.

Obwohl gemäß Art. 2 III FKVO nicht von mehreren Unternehmen die Rede ist, um eine marktbeherrschende Stellung zu begründen, beschränkt sich die FKVO nicht allein auf Fälle der Marktbeherrschung durch ein Einzelunternehmen.

⁸⁰ Vgl.: Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, Tz. 17.

⁸¹ Vgl.: v. Dietze/Janssen, 2007, S. 165.

Von kollektiver Marktbeherrschung wird hier insbesondere dann gesprochen, wenn bspw. auf oligopolistischen Märkten wie z. B. bei Mineralwassern in Frankreich⁸² eine beherrschende Stellung entstehen oder zumindest verstärkt werden würde, die die Zusammenschlussbeteiligten gemeinsam mit einem weiteren, an diesem Zusammenschluss unbeteiligten Unternehmen einnehmen.⁸³

Eine Sonderrolle nehmen kooperierende Unternehmen im Rahmen der Gruppenfreistellungsverordnung ein, insofern diese nach Art. 81 EG bewertet werden.

3.3 Zusammenschlusskontrolle in Deutschland

Die Zusammenschlusskontrolle in Deutschland richtet sich nach §§ 35 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und ist subsidiär gegenüber dem der europäischen Fusionskontrolle. Ein Vorhaben mit dem Ziel des Zusammenschlusses mehrerer Unternehmen kann auch hier ab einer gewissen Größenordnung erst dann erfolgen, sofern sie zuvor freigegeben wurde.⁸⁴ Eine Anmeldepflicht hierüber besteht in Deutschland

- sofern ein Zusammenschluss im Sinn des GWB vorliegt,
- die Umsatzschwellen des deutschen Kartellrechts erreicht
- und die Zuständigkeit der EU Kommission auszuschließen sind.

Falls an dem beabsichtigten Zusammenschluss kein Unternehmen mit Sitz in Deutschland beteiligt wäre, ist bzgl. einer möglichen Anmeldepflicht nach deutschem Kartellrecht ausschlaggebend, ob aus der Fusion Auswirkungen im Inland zu erwarten wären.⁸⁵

⁸² Drei Hersteller teilen sich 80% des Marktes; Sobald eines dieser Unternehmen die Übernahme sämtlicher Anteile eines der zwei anderen Unternehmen beabsichtigt, würde das erwerbende Unternehmen zwar nicht unbedingt marktbeherrschend, die Verringerung der führenden drei Anbieter auf ein Duopol würde aber offensichtlich den Wettbewerb als solchen nachhaltig beeinflussen und böte Anlass zur Prüfung kollektiver Marktbeherrschung. A.a.O., S. 166.

⁸³ Vgl.: v. Dietze/Janssen, 2007, S. 166.

⁸⁴ Vgl.: Bundeskartellamt, 2007, S. 24ff.

⁸⁵ § 130 Abs. 2 GWB.

3.3.1 Notwendigkeit individueller Zusammenschlusskontrolle

Ein Zusammenschluss von Unternehmen muss dem Bundeskartellamt förmlich angemeldet werden⁸⁶, wenn

- die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Millionen Euro erzielt haben und außerdem
- mindestens eines der beteiligten Unternehmen innerhalb Deutschlands Umsatzerlöse von mehr als 25 Millionen Euro erzielt hat.

Solange ein Zusammenschluss vom Bundeskartellamt nicht freigegeben worden ist, dürfen die beteiligten Unternehmen den Zusammenschluss nicht vollziehen.

3.3.2 Materieller Prüfungsmaßstab und Prüfungsverfahren

Das Bundeskartellamt untersagt einen Zusammenschluss,

- wenn durch den Zusammenschluss auf einem der Märkte, die der Zusammenschluss betrifft, eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Trotz marktbeherrschender Stellung wird ein Zusammenschluss ausnahmsweise dann nicht untersagt,

- wenn der Zusammenschluss auch zu Verbesserungen der Marktstrukturen führt (z.B. dadurch, dass ein insolvenzbedrohter Wettbewerber am Leben erhalten oder ein neuer Markt erschlossen wird = Sanierungsfusion)
- und diese Verbesserungen so bedeutend sind, dass sie die Nachteile, die mit der marktbeherrschenden Stellung verbunden sind, aufwiegen.

Zur Feststellung der Untersagungs Voraussetzungen ist das Bundeskartellamt mit umfangreichen Ermittlungsbefugnissen ausgestattet. Ist das Zusammenschlussvorhaben sachlich unproblematisch, so wird es in der Regel innerhalb von deutlich weniger als vier Wochen vom Bundeskartellamt freigegeben.

⁸⁶ Vgl.: Formular zur Anmeldung eines Zusammenschlusses beim Bundeskartellamt.

Hält die Behörde das Vorhaben dagegen für problematisch, so eröffnet sie das Hauptprüfverfahren. Im Hauptprüfverfahren hat das Bundeskartellamt **maximal vier Monate seit Eingang der Anmeldung** Zeit, um über die Freigabe oder Untersagung des Vorhabens zu entscheiden.

3.3.3 Ministererlaubnis

Nach § 42 GWB ist es dem Bundesminister für Wirtschaft erlaubt, einen Zusammenschluss, welcher durch das Bundeskartellamt untersagt wurde, zu genehmigen.⁸⁷

Diese Genehmigung soll erteilt werden, wenn ein überragendes Interesse der Allgemeinheit besteht und zudem gesamtwirtschaftliche Vorteile zu erwarten sind. Diese Bedingung kann an Auflagen geknüpft sein. Eine Stellungnahme der Monopolkommission ist erforderlich.

3.4 Zusammenfassung

Auch im Falle von Übernahmen und Fusionen und hier insbesondere den grenzüberschreitenden ist die formalisierte Möglichkeit der Einflussnahme auf den Prozess gering.

Zum einen besteht die Möglichkeit der Mitgestaltung unter Nutzung der nationalen Mitsprache- und Mitgestaltungsrechte.

Sofern jedoch eine marktbeherrschende Stellung in europäischer Perspektive erkennbar ist, wird die endgültige Entscheidung über die genaue Struktur der Entscheidung erst im Fusionskontrollverfahren bei der Europäischen Kommission in Brüssel getroffen.

Lediglich das europäische Fusionskontrollverfahren ist ein formalisiertes Verfahren, das auch Rechte der Arbeitnehmervvertretung vorsieht (10-Tagesfrist um eine Anhörung bei der Kommission zu beantragen ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung des Antrags).

⁸⁷ Vgl.: Bundeskartellamt, 2007, S. 28ff.

Im wesentlichen ist die Arbeitnehmervertretung aber auch im Falle der Übernahmen auf die ihm national zustehenden Rechte, d.h. in Deutschland auf das BetrVG, beschränkt.

4 Abkürzungsverzeichnis

A. a. O.	An anderem Ort
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
BKartA	Bundeskartellamt
Bspw.	Beispielsweise
Bzgl.	Bezüglich
Bzw.	Beziehungsweise
C.-C.-Programm	Competition-Compliance-Programm
CO	durch die Kommission vorgegebenes Formblatt
Dt.	deutsch
d.h.	das heißt
Ebd.	Ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft, in diesem Zusammenhang EG-Vertrag
EGV	EG-Vertrag
etc.	lateinisch: et cetera (und die Übrigen)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
ff.	folgende
FKVO	Fusionskontrollverordnung

ggf.	gegebenenfalls
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz)
IHK	Industrie- und Handelskammer
inkl.	inklusive
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
Mio.	Million
Mrd.	Milliarde
SE	Societas Europaea (Europäische Aktiengesellschaft)
SIEC	significant impediment to effective competition (spürbare Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs)
sog.	so genannt
StGB	Strafgesetzbuch
vgl.	vergleich
VO	Verordnung
v. a.	vor allem
z. B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer

5 Glossar

Auslistung	kein Ausschluss einzelner Lieferanten durch marktbeherrschende Abnehmer.
Competition-Compliance-Programm	ist eine vorbeugende Maßnahme zur Vermeidung von Kartellrechtsverstößen.
De-minimis-Bekanntmachung	Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, deren Marktanteil zusammerechnet 10% nicht überschreiten, werden von der EU-Kommission als nicht spürbar betrachtet.
Deutsche Klausel	Im Rahmen der Fusionskontrolle besteht laut Art. 9 FKVO ein Mitteilungsrecht der Mitgliedstaaten, die Kommission zu unterrichten, wenn in diesem Land die Entstehung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung durch einen Zusammenschluss droht.
Europäische Aktiengesellschaft (SE)	Spezifische, supranationale Rechtsform, die speziell zur Erleichterung grenzüberschreitender Unternehmenskonzentration und –kooperation geschaffen wurde und vor allem auf Großunternehmen zugeschnitten ist.
Gruppenfreistellungsverordnung	Durch eine Gruppenfreistellungsverordnung werden bestimmte Gruppen unter bestimmten, in der Verordnung weiter bestimmten Voraussetzungen vom grundsätzlichen Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen aus Artikel 81 EG-Vertrag (Kartellverbot) ausgenommen.

Hardcore-Vereinbarung	Aufteilung von Märkten durch Wettbewerber, indem sie sich Gebiete oder Kunden zuweisen, oder indem sie bestimmte (Absatz-)Quoten festlegen.
Horizontale Wettbewerbsbeschränkung	Beschränkung des möglichen Wettbewerbs zwischen beteiligten Unternehmen auf derselben Wettbewerbsstufe.
Horizontale Zusammenschlüsse	liegen regelmäßig dann vor, wenn die Zusammenschlussbeteiligten auf demselben Markt tätig sind, wobei die Addition ihrer Marktanteile automatisch zur Verringerung des Wettbewerbs führen würde.
Konglomerate Zusammenschlüsse	liegen vor, sofern Beteiligte weder Wettbewerber noch in einem Bezugs- oder Lieferverhältnis zueinander stehen.
Legal privilege	vertrauliche Korrespondenz zwischen einem Unternehmen und einem externen Rechtsanwalt muss nicht an das Kontrollgremium herausgegeben werden.
Legnieny-Programm	Bonusregelungen zur Erhöhung der Aufdeckungsquote von Kartellabsprachen.
More economic approach	Einbeziehung aller wirtschaftlichen Aspekte in die Beurteilung einer Wettbewerbsbeschränkung
SIEC-Test	Der Test, ob ein "significant impediment of effective competition", also eine spürbare Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs, vorliegt, erweitert den Eingriffstatbestand für die Kartellbehörde.

Submissionsbetrug	ist eine besondere Erscheinungsform des Betrugs. Er umfasst als Straftat den Tatbestand, wenn mehrere Personen bzw. Unternehmen untereinander im Rahmen einer Ausschreibung die Preise rechtswidrig absprechen und dadurch für den Angebotsanfordernden kein Marktpreis zustand kommt, wodurch er in der Regel mehr zahlen muss.
System der Legalausnahme	„automatische“ Freistellung vom Kartellverbot kraft Gesetz, wenn die genannten Voraussetzungen erfüllt sind.
Vereinbarkeitserklärung	Feststellung der Kommission, dass der Zusammenschluss einen wirksamen Wettbewerb im Sinne des Art. 2 Abs. 2 FKVO nicht erheblich behindert und folglich analog zu Art. 8 Abs. 2 FKVO als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt wird.
Vertikale Wettbewerbsbeschränkung	Beschränkungen der Verhaltensweisen zwischen Akteuren verschiedener Wirtschafts- und Produktionsstufen.
Vertikale Zusammenschlüsse	liegen dagegen stets dann vor, sobald die zusammenschlusswilligen Unternehmen auf einander nach gelagerten Marktstufen und dadurch auf unterschiedlichen sachlichen Märkten tätig sind.
Unvereinbarkeitsentscheidung	Feststellung der Kommission, dass der Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb im Sinne des Art. 2 Abs. 3 FKVO erheblich behindert und demzufolge gemäß Art. 8 Abs. 3 FKVO untersagt wird.

6 Literaturverzeichnis

BUNDESKARTELLAMT (2007): Das Bundeskartellamt in Bonn. Organisation, Aufgaben und Tätigkeit

HÖNN, Günther (2007): Examens-Repetitorium Wettbewerbs- und Kartellrecht, Heidelberg

NAGEL, Bernhard (2007): Wettbewerb und Rechtsordnung. Rede anlässlich der Abschiedsvorlesung an der Universität Kassel, 2007

SÄCKER, Franz Jürgen (2005): Vorlesung zum Deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht, Berlin

TERHECHTE, Jörg Philipp (2007/08): Einführung in das europäische und US-amerikanische Wettbewerbs- und Kartellrecht, Hamburg

TOWARA, Jörg (2000): EMB-Brüssel 2000. Arbeitnehmerbeteiligung in der Fusionskontrolle der EU. Handreichung für Arbeitnehmer

VON DIETZE, Philipp; Helmut JANSSEN (2007): Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis. München

VON WALLENBERG, Gabriela (2005): Das kartellrechtliche Risiko managen. Sonderdienst zum Jahr „Standortvorteil Recht“, Berlin

WEBER, Friedrich Moritz (2006): Sanierungsfusionen in der Konzeption von SIEC- und Marktbeherrschungstest unter der Fusionskontrollverordnung. Baden-Baden

Gesetze, Verordnungen, Leitlinien

BEKANNTMACHUNG DER KOMMISSION ZUR DEFINITION DES RELEVANTEN MARKTES IM WETTBEWERBSRECHT

http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/relevma_de.html

DATUM: 15.10.2008

BEKANNTMACHUNGEN/MITTEILUNGEN DER KOMMISSION: Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Amtsblatt 2000 C 291/01

EUROPÄISCHE KOMMISSION (2002): Wettbewerbspolitik in Europa. Wettbewerbsregeln für Liefer- und Vertriebsvereinbarungen. Luxemburg

Formblatt CO der EU-Kommission

http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/fr44798_de.pdf

Datum: 15.10.2008

GESETZ GEGEN WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN IN DER FASSUNG VOM
07.07.2005, Bundesgesetzblatt vom 12.07.2005 Teil I Nr. 42

KONSOLIDIERTE MITTEILUNGEN DER KOMMISSION ZU
ZUSTÄNDIGKEITSFragen, 2007

LEITLINIEN DER KOMMISSION ÜBER VEREINBARUNGEN ÜBER
HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT:

<http://europa.eu/scadplus/leg/de/lvb/l26062.htm>

Datum: 15.10.2008

LEITLINIEN ZUR ANWENDUNG VON ARTIKEL 81 EG-VERTRAG AUF
VEREINBARUNGEN ÜBER HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Amtsblatt 2001
C 3/02

LEITLINIEN ZUR ANWENDUNG VON ARTIKEL 81 ABSATZ 3 EG-VERTRAG,
Amtsblatt 2004 C 101/08

KONSOLIDIERTE MITTEILUNG DER KOMMISSION ZU
ZUSTÄNDIGKEITSFragen gemäß der VO (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die
Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen

MERKBLATT zur deutschen Fusionskontrolle, Bundeskartellamt, 2005

MITTEILUNG DER KOMMISSION ÜBER DEN BEGRIFF DES
ZUSAMMENSCHLUSSES

http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/co406489_de.pdf

Datum: 10.10.2008

VERORDNUNG (EG) NR. 1/2003 DES RATES VOM 16.12.2002 zur Durchführung
der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln,
Amtsblatt 2003 L 1/1

VERORDNUNG (EG) NR. 2790/1999 VOM 22.12.1999 über die Anwendung von
Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und
aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, Amtsblatt 1999 L 336/21

VERORDNUNG (EG) NR. 2658/2000 VOM 29.11.2000 über die Anwendung von
Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen,
Amtsblatt 2000 L 304/3

VERORDNUNG (EG) NR. 2659/2000 VOM 29.11.2000 über die Anwendung von
Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von über Forschung und Entwick-
lung, Amtsblatt 2000 L 304/7

VERORDNUNG (EG) NR. 772/2004 VOM 27.04.2004 über die Anwendung von
Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfervereinbarun-
gen, Amtsblatt 2004 L 123/11

VERTRAG ZUR GRÜNDUNG DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFT VOM
25.03.1957 in der konsolidierten Fassung des Vertrages zur Gründung der Europä-

ischen Gemeinschaft vom 08.04.1998, Bundesgesetzblatt 1999 Teil II S. 465, ber.
Bundesgesetzblatt 1999 Teil II, S. 416

VO (EG) NR. 1400/2002 - GVO für Vereinbarungen im Kfz-Sektor

VO (EG) NR. 1459/2006 - GVO für Vereinbarungen im Luftverkehrssektor

VO (EG) NR. 1419/2006 - GVO für Vereinbarungen im Seeverkehrssektor