Amtsblatt der Europäischen Union

C 259

Ausgabe in deutscher Sprache

Mitteilungen und Bekanntmachungen

66. Jahrgang

21. Juli 2023

Inhalt

II *Mitteilungen*

MITTEILUNGEN DER ORGANE, EINRICHTUNGEN UND SONSTIGEN STELLEN DER EUROPÄISCHEN UNION

Europäische Kommission

2023/C 259/01 Mitteilung der Kommission — Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit 1

DE

II

(Mitteilungen)

MITTEILUNGEN DER ORGANE, EINRICHTUNGEN UND SONSTIGEN STELLEN DER EUROPÄISCHEN UNION

EUROPÄISCHE KOMMISSION

MITTEILUNG DER KOMMISSION

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

(2023/C 259/01)

INHALT

		Seite
1.	Einleitung	7
1.1.	Zweck und Aufbau dieser Leitlinien	7
1.2.	Anwendbarkeit des Artikels 101 auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit	8
1.2.1.	Einleitung	8
1.2.2.	Analytischer Rahmen	10
1.2.3.	Prüfung nach Artikel 101 Absatz 1 AEUV	11
1.2.4.	Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen	11
1.2.5.	Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen	12
1.2.6.	Nebenabreden	13
1.2.7.	Prüfung nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV	14
1.2.8.	In der Regel nicht unter Artikel 101 Absatz 1 fallende Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit	14
1.3.	Verhältnis zu anderen Leitlinien, anderen Rechtsvorschriften und anderer Rechtsprechung	15
2.	Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung	17
2.1.	Einleitung	17
2.2.	Die FuE-Gruppenfreistellungsverordnung (im Folgenden „FuE-GVO“)	18

2.2.1. Definition von Forschung und Entwicklung in der FuE-GVO 18

2.2.2. Definition von FuE-Vereinbarungen in der FuE-GVO 18

2.2.3. Freistellungsvoraussetzungen nach der FuE-GVO 20

2.2.4. Kernbeschränkungen und nicht freigestellte Beschränkungen 25

2.2.5. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung der Einhaltung der Voraussetzungen der FuE-GVO 27

2.2.6. Entzug des Rechtsvorteils der Gruppenfreistellung 27

2.2.7. Übergangszeitraum 28

2.3. Einzelfallprüfung von FuE-Vereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 1 AEUV 28

2.3.1. Relevante Märkte 29

2.3.2. Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken 29

2.3.3. FuE-Vereinbarungen, die den Wettbewerb in der Regel nicht beschränken 30

2.3.4. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen 30

2.3.5. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen 30

2.4. Einzelfallprüfung von FuE-Vereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV 32

2.4.1. Effizienzgewinne 32

2.4.2. Unerlässlichkeit 32

2.4.3. Weitergabe an die Verbraucher 32

2.4.4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs 32

2.5. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung 33

2.6. Beispiele 33

3. Produktionsvereinbarungen 36

3.1. Einleitung 36

3.2. Relevante Märkte 38

3.3. Spezialisierungs-GVO 39

3.3.1. Produktionsvereinbarungen, die unter die Spezialisierungs-GVO fallen 39

3.3.2. Sonstige Bestimmungen, die unter die Spezialisierungs-GVO fallen 40

3.3.3. Vertrieb im Rahmen der Spezialisierungs-GVO 40

3.3.4. Dienstleistungen im Rahmen der Spezialisierungs-GVO 41

3.3.5. Marktanteilsschwellenwert und Dauer der Freistellung 41

3.3.6. Kernbeschränkungen in der Spezialisierungs-GVO 42

3.3.7. Entzug des durch die Spezialisierungs-GVO gewährten Rechtsvorteils 42

3.3.8. Übergangszeitraum 43

3.4. Einzelfallprüfung von Produktionsvereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 1 AEUV 43

3.4.1. Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken 43

3.4.2. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen 44

3.4.3. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen 44

3.5. Einzelfallprüfung von Produktionsvereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV 47

3.5.1. Effizienzgewinne 47

3.5.2. Unerlässlichkeit 48

3.5.3. Weitergabe an die Verbraucher 48

3.5.4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs 48

3.6. Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen 48

3.7. Beispiele 51

4. Einkaufsvereinbarungen 55

4.1. Einleitung 55

4.2. Prüfung nach Artikel 101 Absatz 1 AEUV 56

4.2.1. Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken 56

4.2.2. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen 56

4.2.3. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen 58

4.3. Prüfung nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV 61

4.3.1. Effizienzgewinne . . . 61

4.3.2. Unerlässlichkeit . . . 61

4.3.3. Weitergabe an die Verbraucher . . . 61

4.3.4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs . . . 62

4.4. Beispiele . . . 62

5. Vermarktungsvereinbarungen . . . 66

5.1. Einleitung . . . 66

5.2. Prüfung nach Artikel 101 Absatz 1 AEUV . . . 67

5.2.1. Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken . . . 67

5.2.2. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen . . . 67

5.2.3. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen . . . 68

5.3. Prüfung nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV . . . 69

5.3.1. Effizienzgewinne . . . 69

5.3.2. Unerlässlichkeit . . . 70

5.3.3. Weitergabe an die Verbraucher . . . 70

5.3.4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs . . . 70

5.4. Bieterkonsortien . . . 70

5.5. Beispiele . . . 73

6. Informationsaustausch . . . 76

6.1. Einleitung . . . 76

6.2. Prüfung nach Artikel 101 Absatz 1 AEUV . . . 77

6.2.1. Einleitung . . . 77

6.2.2. Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken aufgrund des Austauschs sensibler Geschäftsinformationen . . . 78

6.2.3. Art der ausgetauschten Informationen . . . 80

6.2.4. Die Merkmale des Austauschs sensibler Geschäftsinformationen . . . 83

6.2.5. Marktmerkmale . . . 87

6.2.6. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung . . . 88

6.2.7. Bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen . . . 90

6.3. Prüfung nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV . . . 91

6.3.1. Effizienzgewinne . . . 91

6.3.2. Unerlässlichkeit . . . 92

6.3.3. Weitergabe an die Verbraucher . . . 92

6.3.4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs . . . 92

6.4. Beispiele, Schritte der Selbstprüfung und Tabelle mit Erläuterungen zur Haftung in verschiedenen Situationen . . . 92

7. Normenvereinbarungen . . . 96

7.1. Einleitung . . . 96

7.2. Relevante Märkte . . . 97

7.3. Prüfung nach Artikel 101 Absatz 1 AEUV . . . 97

7.3.1. Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken . . . 97

7.3.2. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen . . . 99

7.3.3. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen . . . 99

7.4. Prüfung nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV . . . 104

7.4.1. Effizienzgewinne . . . 104

7.4.2. Unerlässlichkeit . . . 104

7.4.3. Weitergabe an die Verbraucher . . . 105

7.4.4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs . . . 105

7.5. Beispiele . . . 105

8. Standardbedingungen . . . 107

8.1. Definitionen . . . 107

8.2. Relevante Märkte . . . 107

8.3. Prüfung nach Artikel 101 Absatz 1 AEUV 107

8.3.1. Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken 107

8.3.2. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung 107

8.3.3. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen 107

8.4. Prüfung nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV 109

8.4.1. Effizienzgewinne 109

8.4.2. Unerlässlichkeit 109

8.4.3. Weitergabe an die Verbraucher 109

8.4.4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs 109

8.5. Beispiele 109

9. Nachhaltigkeitsvereinbarungen 110

9.1. Einleitung 110

9.2. Nachhaltigkeitsvereinbarungen, die wahrscheinlich keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken geben 112

9.3. Prüfung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 1 AEUV 113

9.3.1. Allgemeine Grundsätze 113

9.3.2. Normenvereinbarungen im Bereich Nachhaltigkeit 114

9.4. Prüfung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV 117

9.4.1. Effizienzgewinne 117

9.4.2. Unerlässlichkeit 117

9.4.3. Weitergabe an die Verbraucher 119

9.4.4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs 122

9.5. Beteiligung von Behörden 122

9.6. Beispiele 122

1. EINLEITUNG

1.1. Zweck und Aufbau dieser Leitlinien

1. Diese Leitlinien ersetzen die Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit aus dem Jahr 2011 ([1]). Sie sollen Rechtssicherheit schaffen, indem sie den Unternehmen bei der Prüfung der Vereinbarkeit ihrer Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit mit den Wettbewerbsvorschriften der Union helfen und gleichzeitig einen wirksamen Schutz des Wettbewerbs gewährleisten. Ferner sollen sie es den Unternehmen erleichtern, in wirtschaftlich wünschenswerter Weise zusammenzuarbeiten und so zum Beispiel zum grünen und zum digitalen Wandel sowie zur Förderung der Widerstandsfähigkeit des Binnenmarktes ([2]) beizutragen.

2. In diesen Leitlinien werden die Grundsätze für die Prüfung von Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen nach Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (im Folgenden „Artikel 101“) dargelegt und ein analytischer Rahmen zur Erleichterung der Prüfung der üblichsten Formen von Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit durch die Unternehmen selbst abgesteckt:

— Kapitel 1 enthält eine Einleitung, in der der Kontext dargelegt wird, in dem Artikel 101 auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit Anwendung findet. In diesem Kapitel wird zudem das Verhältnis dieser Leitlinien zu anderen Leitlinien, Rechtsvorschriften und der Rechtsprechung erläutert, die Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit betreffen. Die Kapitel 2 bis 9 zu bestimmten Formen von Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit ergänzen die allgemeineren Erläuterungen in diesem einleitenden Kapitel. Es wird daher empfohlen, immer zuerst dieses einleitende Kapitel zu lesen und sich dann mit den anderen Kapiteln zu befassen.

— Kapitel 2 betrifft Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung (im Folgenden „FuE“), einschließlich Erläuterungen zur Anwendung der Verordnung (EU) 2023/1066 der Kommission (im Folgenden „FuE-GVO“) ([3]).

— Kapitel 3 betrifft Produktionsvereinbarungen, einschließlich Erläuterungen zur Anwendung der Verordnung (EU) 2023/1067 der Kommission (im Folgenden „Spezialisierungs-GVO“) ([4]).

— Kapitel 4 betrifft Einkaufsvereinbarungen,

— Kapitel 5 Vermarktungsvereinbarungen,

— Kapitel 6 den Informationsaustausch,

— Kapitel 7 Normenvereinbarungen und

— Kapitel 8 Standardbedingungen.

3. Da sich die Kommission für die Verwirklichung der Ziele des europäischen Grünen Deals ([5]) einsetzt, enthält Kapitel 9 ferner Erläuterungen dazu, wie die gängigsten Formen von Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit nach Artikel 101 zu bewerten sind, wenn damit Nachhaltigkeitsziele verfolgt werden.

4. Horizontale Zusammenarbeit kann in vielen verschiedenen Formen und Kombinationen vorkommen, und auch der Marktkontext kann sehr unterschiedlich sein, sodass in diesen Leitlinien nicht auf jedes mögliche Szenario eingegangen werden kann. Diese Leitlinien sind somit nicht als „Checkliste“ zu verstehen, die systematisch in jedem Fall anwendbar ist. Vielmehr muss jeder Fall auf der Grundlage des jeweiligen Sachverhalts beurteilt werden.

5. Die in diesen Leitlinien enthaltenen Erläuterungen gelten für Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit in Bezug auf Waren, Dienstleistungen und Technologien.

([1]) ABl. C 11 vom 14.1.2011, S. 1.

([2]) Siehe auch Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Aktualisierung der neuen Industriestrategie von 2020: einen stärkeren Binnenmarkt für die Erholung Europas aufbauen (COM(2021) 350 final).

([3]) Verordnung (EU) Nr. 2023/1066 der Kommission vom 1. Juni 2023 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung (ABl. L 143 vom 2.6.2023, S. 9).

([4]) Verordnung (EU) Nr. 2023/1067 der Kommission vom 1. Juni 2023 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen (ABl. L 143 vom 2.6.2023, S. 20).

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

6. Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit können verschiedene Stufen der Zusammenarbeit betreffen, zum Beispiel FuE und die Produktion oder Vermarktung von FuE-Ergebnissen. Solche Vereinbarungen über kombinierte Zusammenarbeit fallen ebenfalls unter diese Leitlinien. Wenn diese Leitlinien zur Prüfung solcher kombinierten Vereinbarungen herangezogen werden, sind in der Regel alle Kapitel zu den verschiedenen Stufen der Zusammenarbeit relevant. Für die Beurteilung der Frage, ob ein bestimmtes Verhalten eine bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung darstellt, gelten jedoch die Erläuterungen in dem Kapitel, das sich auf den Teil der kombinierten Zusammenarbeit bezieht, der als ihr „Schwerpunkt" angesehen werden kann, für die gesamte Zusammenarbeit.

7. Zwei Faktoren sind für die Bestimmung des Schwerpunkts solcher Vereinbarungen über kombinierte Zusammenarbeit besonders wichtig: erstens der Ausgangspunkt der Zusammenarbeit und zweitens der Grad der Integration der verschiedenen miteinander kombinierten Funktionen. Obwohl es nicht möglich ist, eine genaue und eindeutige Regel aufzustellen, die auf alle Fälle und auf alle möglichen Kombinationen Anwendung findet, gilt in der Regel Folgendes:

a) Der Schwerpunkt einer Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit, die sowohl gemeinsame FuE als auch die gemeinsame Produktion (oder den gemeinsamen Vertrieb) der Ergebnisse umfasst, ist in der Regel die gemeinsame FuE, sofern es zu der gemeinsamen Produktion (oder zum gemeinsamen Vertrieb) nur dann kommt, wenn die gemeinsame FuE erfolgreich verläuft. Wenn die Ergebnisse der gemeinsamen FuE für die spätere gemeinsame Produktion (oder den späteren gemeinsamen Vertrieb) entscheidend sind, sind die Erläuterungen im Kapitel über FuE-Vereinbarungen maßgebend. Der Schwerpunkt der Zusammenarbeit wäre ein anderer, wenn die Parteien die gemeinsame Produktion (oder den gemeinsamen Vertrieb) in jedem Fall, d. h. unabhängig von der gemeinsamen FuE, durchgeführt hätten. In diesem Fall sollte die Zusammenarbeit stattdessen als Vereinbarung über die gemeinsame Produktion (oder den gemeinsamen Vertrieb) bewertet werden, sodass die Erläuterungen im Kapitel über Produktionsvereinbarungen (oder Vereinbarungen über die gemeinsame Vermarktung) maßgeblich wären. Sieht die Vereinbarung eine vollständige Integration der Tätigkeiten der Parteien im Bereich der Produktion und nur eine teilweise Integration einiger FuE-Tätigkeiten vor, würde der Schwerpunkt der Zusammenarbeit auf der gemeinsamen Produktion liegen.

b) Bei einer Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit, die sowohl eine Spezialisierung in der Produktion als auch eine gemeinsame Vermarktung der gewonnenen Produkte beinhaltet, liegt der Schwerpunkt in der Regel auf der Spezialisierung, da die gemeinsame Vermarktung in der Regel nur eine Folge der Spezialisierung ist.

c) Bei einer Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit, die sowohl eine gemeinsame Produktion als auch eine gemeinsame Vermarktung der gewonnenen Produkte beinhaltet, liegt der Schwerpunkt in der Regel auf der gemeinsamen Produktion, da die gemeinsame Vermarktung in der Regel nur eine Folge der gemeinsamen Produktion ist.

8. Der Schwerpunkt-Test gilt nur für das Verhältnis der Kapitel dieser Leitlinien, nicht aber für das Verhältnis von Gruppenfreistellungsverordnungen zueinander. Der Anwendungsbereich einer Gruppenfreistellungsverordnung ergibt sich aus deren Bestimmungen (siehe Kapitel 2 für die FuE-GVO und Kapitel 3 für die Spezialisierungs-GVO). Die Beispiele unter Randnummer 7 geben zwar einen allgemeinen Hinweis darauf, wo der Schwerpunkt einer Vereinbarung über kombinierte horizontale Zusammenarbeit liegen kann, doch ist in der Praxis eine Einzelfallanalyse auf der Grundlage der jeweiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der Vereinbarung erforderlich.

1.2. **Anwendbarkeit des Artikels 101 auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit**

1.2.1. *Einleitung*

9. Mit Artikel 101 soll sichergestellt werden, dass Unternehmen Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit nicht zur Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im Binnenmarkt und damit letztlich zum Nachteil der Verbraucher einsetzen.

10. Artikel 101 gilt für Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Ein Unternehmen ist jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit personeller, materieller und immaterieller Mittel, unabhängig von der Rechtsform und der Art der Finanzierung ([6]). Eine Unternehmensvereinigung ist ein Zusammenschluss, in dem Unternehmen gleicher Art ihr Verhalten auf dem Markt koordinieren ([7]). Diese Leitlinien gelten für Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit zwischen Unternehmen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen.

([6]) Siehe beispielsweise Urteil des Gerichtshofs vom 25. März 2021, Deutsche Telekom/Kommission, C-152/19 P, ECLI:EU:C:2021:238, Rn. 72 und die dort angeführte Rechtsprechung.

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

11. Übt ein Unternehmen einen bestimmenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen aus, so bilden beide eine einzige wirtschaftliche Einheit und sind folglich Teil desselben Unternehmens ([8]). Unternehmen, die Teil desselben Unternehmens sind, gelten im Sinne dieser Leitlinien nicht als Wettbewerber, selbst wenn sie auf dem- bzw. denselben sachlich und räumlich relevanten Märkten tätig sind.

12. Für die Feststellung der Haftung für Verstöße gegen Artikel 101 hat der Gerichtshof entschieden, dass Muttergesellschaften und ihr Gemeinschaftsunternehmen eine wirtschaftliche Einheit und damit in Bezug auf das Wettbewerbsrecht und den bzw. die relevanten Märkte ein einziges Unternehmen bilden, sofern nachgewiesen ist, dass die Muttergesellschaften einen bestimmenden Einfluss auf das Gemeinschaftsunternehmen ausüben ([9]). In Anbetracht dieser Rechtsprechung wird die Kommission Artikel 101 in der Regel nicht auf Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Muttergesellschaften und ihrem Gemeinschaftsunternehmen anwenden, soweit sie Verhaltensweisen auf dem bzw. den relevanten Märkten, auf denen das Gemeinschaftsunternehmen tätig ist, und Zeiträume, in denen die Muttergesellschaften entscheidenden Einfluss auf das Gemeinschaftsunternehmen ausüben, betreffen. Die Kommission wird Artikel 101 jedoch in der Regel auf die folgenden Gruppen von Vereinbarungen anwenden:

a) Vereinbarungen zwischen Muttergesellschaften zur Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens,

b) Vereinbarungen zwischen Muttergesellschaften zur Änderung des Tätigkeitsbereichs ihres Gemeinschaftsunternehmens,

c) Vereinbarungen zwischen Muttergesellschaften und ihrem Gemeinschaftsunternehmen zu Produkten oder geografischen Gebieten außerhalb des Tätigkeitsbereichs des Gemeinschaftsunternehmens und

d) Vereinbarungen zwischen Muttergesellschaften ohne Beteiligung ihres Gemeinschaftsunternehmens, selbst wenn die Vereinbarung Produkte oder geografische Gebiete innerhalb des Tätigkeitsbereichs des Gemeinschaftsunternehmens betrifft.

13. Dass ein Gemeinschaftsunternehmen und seine Muttergesellschaften auf einem bestimmten Markt als Teil desselben Unternehmens angesehen werden, schließt nicht aus, dass die Muttergesellschaften auf anderen Märkten als unabhängig gelten ([10]).

14. Damit Artikel 101 auf eine horizontale Zusammenarbeit Anwendung findet, muss eine Form der Koordinierung zwischen Wettbewerbern vorliegen, d. h. eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise.

> *Für die Zwecke des Artikels 101 und dieser Leitlinien bedeutet eine Vereinbarung, dass zwei oder mehr Unternehmen ihren übereinstimmenden Willen zur Zusammenarbeit bekunden* ([11]). *Eine abgestimmte Verhaltensweise ist eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen, bei der sie keine Vereinbarung getroffen haben, sondern bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen* ([12]). *Der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise setzt über die Abstimmung zwischen den betreffenden Unternehmen hinaus ein dieser entsprechendes Marktverhalten und einen ursächlichen Zusammenhang zwischen beiden voraus* ([13]).

15. Das Vorliegen einer Vereinbarung, einer abgestimmten Verhaltensweise oder eines Beschlusses einer Unternehmensvereinigung ist für sich genommen noch kein Hinweis auf eine Einschränkung des Wettbewerbs im Sinne des Artikels 101 Absatz 1. Zur einfacheren Bezugnahme schließt der Begriff „Vereinbarung" in diesen Leitlinien, sofern nicht anders angegeben, auch abgestimmte Verhaltensweisen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen ein.

16. Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit können zwischen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbern geschlossen werden. Zwei Unternehmen gelten als tatsächliche Wettbewerber, wenn sie auf demselben sachlich und räumlich relevanten Markt tätig sind. Ein Unternehmen gilt als potenzieller Wettbewerber eines anderen Unternehmens, wenn wahrscheinlich ist, dass es, sofern keine Vereinbarung geschlossen wird,

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

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

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

([11]) Siehe beispielsweise Urteil des Gerichtshofs vom 13. Juli 2006, Kommission/Volkswagen, C-74/04 P, ECLI:EU:C:2006:460, Rn. 37.

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

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

innerhalb kurzer Zeit ([14]) die notwendigen Zusatzinvestitionen durchführen bzw. sonstige notwendige Umstellungskosten auf sich nehmen würde, um in den relevanten Markt, auf dem das andere Unternehmen tätig ist, einzutreten. Diese Einschätzung muss auf realistischen Annahmen beruhen; die rein theoretische Möglichkeit eines Marktzutritts reicht nicht aus ([15]). Wenn in diesen Leitlinien von Wettbewerbern die Rede ist, sind, sofern nicht anders angegeben, sowohl tatsächliche als auch potenzielle Wettbewerber gemeint.

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

a) die Frage, ob das Unternehmen fest entschlossen und aus eigener Kraft in der Lage ist, innerhalb kurzer Zeit in den Markt einzutreten, und nicht auf unüberwindbare Hindernisse für den Eintritt stößt ([16]),

b) die Frage, ob das Unternehmen ausreichende Vorbereitungsmaßnahmen getroffen hat, um in den betreffenden Markt eintreten zu können,

c) die wirklichen und konkreten Möglichkeiten des noch nicht tätigen Unternehmens, in diesen Markt einzutreten und mit einem oder mehreren der anderen Unternehmen in Wettbewerb zu treten – die rein hypothetische Möglichkeit oder die bloße Absicht, in einen Markt einzutreten, reichen nicht aus,

d) die Struktur und das wirtschaftliche und rechtliche Umfeld des Marktes ([17]),

e) die Tatsache, dass für die Beurteilung der Frage, ob ein auf einem Markt nicht vertretenes Unternehmen mit einem bereits dort vertretenen Unternehmen in einem Verhältnis des Wettbewerbs steht, von Bedeutung ist, wie Letzteres Ersteres wahrnimmt. Wird es als potenzieller Marktteilnehmer wahrgenommen, kann das auf dem Markt nicht vertretene Unternehmen nämlich allein durch seine Existenz Wettbewerbsdruck auf das auf dem Markt vertretene Unternehmen ausüben.

1.2.2. *Analytischer Rahmen*

17. Die Prüfung nach Artikel 101 erfolgt in zwei Schritten. Im ersten Schritt wird nach Artikel 101 Absatz 1 geprüft, ob eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, die geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, einem wettbewerbswidrigen Zweck dient oder tatsächliche oder potenzielle ([18]) wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat.

18. Im zweiten Schritt, der nur relevant wird, wenn festgestellt wurde, dass eine Vereinbarung im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt, werden dann nach Artikel 101 Absatz 3 die Vorteile, die sich aus dieser Vereinbarung ergeben, ermittelt und geprüft, ob diese Vorteile die Nachteile für den Wettbewerb ausgleichen ([19]). Diese Abwägungsprüfung erfolgt ausschließlich in dem von Artikel 101 Absatz 3 gesteckten Rahmen ([20]). Wenn die Vorteile für die Verbraucher auf dem relevanten Markt die Wettbewerbsbeschränkung nicht aufwiegen, ist die betreffende Vereinbarung nach Artikel 101 Absatz 2 automatisch nichtig.

19. Artikel 101 gilt nicht, wenn das wettbewerbswidrige Verhalten von Unternehmen entweder durch nationale Rechtsvorschriften oder durch einen nationalen Rechtsrahmen vorgeschrieben ist, der jeglichen Spielraum für

([14]) Was unter „kurzer Zeit" zu verstehen ist, hängt von den rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen und von der Sachlage im konkreten Fall ab, insbesondere davon, ob das betreffende Unternehmen Partei einer Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit ist oder ob es sich um einen Dritten handelt. Bei der Prüfung, ob eine Partei einer Vereinbarung als potenzieller Wettbewerber einer anderen Partei anzusehen ist, versteht die Kommission unter „kurzer Zeit" normalerweise einen längeren Zeitraum als bei der Prüfung, inwieweit ein Dritter Wettbewerbsdruck auf die Parteien einer Vereinbarung ausüben kann. Damit ein Dritter als potenzieller Wettbewerber gelten kann, müsste der Marktzutritt so rasch geschehen, dass die Aussicht auf einen potenziellen Marktzutritt das Verhalten der Parteien der Vereinbarung und anderer Marktteilnehmer beeinflusst. Aus diesen Gründen gilt nach der FuE-GVO und der Spezialisierungs-GVO ein Zeitraum von höchstens drei Jahren als „kurze Zeit".

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

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

([17]) Siehe beispielsweise Urteil des Gerichtshofs vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 36 bis 58.

([18]) Nach Artikel 101 Absatz 1 sind Vereinbarungen sowohl mit tatsächlichen als auch mit potenziellen wettbewerbswidrigen Auswirkungen verboten; siehe beispielsweise Urteil des Gerichtshofs vom 28. Mai 1998, John Deere/Kommission, C-7/95 P, ECLI:EU:C:1998:256, Rn. 77, und Urteil des Gerichtshofs vom 23. November 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 50.

([19]) Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 6. Oktober 2009, GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission u. a., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610, Rn. 95.

([20]) Siehe Urteil des Gerichts vom 23. Oktober 2003, Van den Bergh Foods/Kommission, T-65/98, ECLI:EU:T:2003:281, Rn. 107, Urteil des Gerichts vom 18. September 2001, M6 u. a./Kommission, T-112/99, ECLI:EU:T:2001:215, Rn. 74, und Urteil des Gerichts vom 2. Mai 2006, O2 (Germany)/Kommission, T-328/03, ECLI:EU:T:2006:116, Rn. 69 ff. Die Berücksichtigung der wettbewerbsfördernden Auswirkungen ermöglicht es, die objektive Schwere des betreffenden Verhaltens zu ermitteln. Sie ist nicht als „Rule of reason" gedacht, wonach bei der Einstufung einer Vereinbarung als Einschränkung des Wettbewerbs im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 die wettbewerbsfördernden Aspekte der Vereinbarung gegen die wettbewerbswidrigen abzuwägen wären (siehe Urteil des Gerichtshofs vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 104).

ein Wettbewerbsverhalten der beteiligten Unternehmen ausschließt ([21]). In solchen Situationen ist es den Unternehmen untersagt, eigenständige Verhaltensweisen an den Tag zu legen, die den Wettbewerb verhindern, einschränken oder verfälschen könnten ([22]). Der Umstand, dass Behörden eine Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit gutheißen, bedeutet nicht, dass sie nach Artikel 101 zulässig ist ([23]). Unternehmen bleiben weiterhin Artikel 101 unterworfen, wenn ein nationales Gesetz sich darauf beschränkt, eigenständige wettbewerbswidrige Verhaltensweisen der Unternehmen zu fördern oder zu erleichtern, z. B. in Fällen, in denen Unternehmen von staatlicher Seite ermutigt werden, Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit zu schließen, um im Wege der Selbstregulierung ein staatspolitisches Ziel zu erreichen.

1.2.3. *Prüfung nach Artikel 101 Absatz 1 AEUV*

1.2.3.1. Vorteile der horizontalen Zusammenarbeit

20. Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit können erheblichen wirtschaftlichen Nutzen bringen, auch im Hinblick auf die Nachhaltigkeit, vor allem wenn sich ergänzende Tätigkeiten, Fähigkeiten oder Vermögenswerte kombiniert werden. Horizontale Zusammenarbeit kann ein Mittel sein, Risiken zu teilen, Kosten zu sparen, Investitionen zu steigern, Know-how zu bündeln, die Produktqualität und -vielfalt zu verbessern und Innovation zu beschleunigen. Ebenso kann horizontale Zusammenarbeit ein Mittel sein, um Engpässe und Unterbrechungen in den Lieferketten zu beheben oder die Abhängigkeit von bestimmten Produkten, Dienstleistungen und Technologien zu verringern.

1.2.3.2. Bedenken, die sich aus der horizontalen Zusammenarbeit ergeben

21. Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit können den Wettbewerb auf dem relevanten Markt allerdings auch auf verschiedene Weise beschränken. Solche Vereinbarungen können z. B. zu Kollusion zwischen den Parteien oder zu einer wettbewerbswidrigen Marktabschottung führen.

Eine Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit kann die Entscheidungsfreiheit der Parteien verringern und damit die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass sie ihr Verhalten koordinieren, um ein Kollusionsergebnis zu erzielen. Sie kann auch für Parteien, die sich bereits vorher abgestimmt haben, die Koordinierung einfacher, stabiler oder wirksamer machen, indem sie entweder die Koordinierung festigt oder es den Parteien ermöglicht, höhere Preise zu verlangen. Horizontale Zusammenarbeit kann beispielsweise zur Offenlegung sensibler Geschäftsinformationen führen und damit die Wahrscheinlichkeit einer Koordinierung zwischen den Parteien innerhalb oder außerhalb des Bereichs der Zusammenarbeit erhöhen. Darüber hinaus können Parteien eine erhebliche Angleichung der Kosten (d. h. des Anteils der bei allen Parteien anfallenden variablen Kosten) erzielen, sodass sie die Marktpreise und ihre Produktion einfacher koordinieren können. Ein Wettbewerbsverlust kann sich auch negativ auf die Qualität oder Vielfalt der Produkte, auf die Innovation und auf andere Wettbewerbsparameter auswirken.

Einige Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, z. B. Produktions- und Normenvereinbarungen, können zu einer wettbewerbswidrigen Marktabschottung führen. Durch die Vereinbarung werden die Wettbewerber der Parteien möglicherweise an einem wirksamen Wettbewerb gehindert oder ihre diesbezüglichen Möglichkeiten eingeschränkt, indem ihnen beispielsweise der Zugang zu einer wichtigen Vorleistung verwehrt oder ein wichtiger Marktzugang blockiert wird. Der Austausch sensibler Geschäftsinformationen kann ferner dazu führen, dass nicht am Informationsaustausch beteiligte Wettbewerber wettbewerblich deutlich schlechtergestellt sind als die beteiligten Unternehmen.

1.2.4. *Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen*

22. Bestimmte Formen der Zusammenarbeit zwischen Unternehmen können ihrem Wesen nach als schädlich für das ordnungsgemäße Funktionieren des normalen Wettbewerbs angesehen werden ([24]). In solchen Fällen ist es nicht erforderlich, die tatsächlichen oder potenziellen Auswirkungen des Verhaltens auf den Markt zu prüfen, wenn feststeht, dass es einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt ([25]).

23. Der Begriff der „bezweckten" Wettbewerbsbeschränkung ist eng auszulegen. Unter ihn fallen nur bestimmte Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die den Wettbewerb nach ihrem Inhalt, den mit ihnen verfolgten

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

([22]) Urteil des Gerichtshofs vom 9. September 2003, CIF, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430, Rn. 54 ff.

([23]) Siehe beispielsweise Urteil des Gerichts vom 13. Dezember 2006, FNCBV u. a./Kommission, T-217/03 und T-245/03, ECLI:EU:T:2006:391, Rn. 92.

([24]) Siehe beispielsweise Urteil des Gerichtshofs vom 11. September 2014, CB/Kommission, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 49 und 50.

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

Zielen und den wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen für sich genommen so hinreichend beeinträchtigen, dass davon ausgegangen werden kann, dass die Prüfung ihrer Wirkungen nicht notwendig ist ([26]).

24. Nach der Rechtsprechung können Beschränkungen auf der Grundlage hinreichend belastbarer und solider Erfahrungswerte dafür, dass die betreffende Vereinbarung als ihrem Wesen nach schädlich für das gute Funktionieren des Wettbewerbs angesehen werden kann ([27]), oder auf der Grundlage der Wesensmerkmale der Vereinbarung, aus denen auf eine besondere Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu schließen ist, gegebenenfalls nach eingehender Prüfung der Vereinbarung, ihrer Ziele sowie der wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen ([28]), als „bezweckte" Beschränkungen eingestuft werden.

25. Zur Feststellung einer bezweckten Beschränkung muss kein direkter Zusammenhang zwischen der Vereinbarung und den Verbraucherpreisen bestehen ([29]). Mit Artikel 101 sollen nicht nur die unmittelbaren Interessen einzelner Wettbewerber oder Verbraucher geschützt werden, sondern auch die Marktstruktur und damit der Wettbewerb als solcher ([30]).

26. Um zu beurteilen, ob eine Vereinbarung einem wettbewerbswidrigen Zweck dient ([31]), werden die folgenden Elemente berücksichtigt:

a) der Inhalt der Vereinbarung,

b) die Ziele, die mit der Vereinbarung erreicht werden sollen, und

c) die wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen, in welche die Vereinbarung eingebettet ist.

27. Bei der Prüfung dieser rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen muss ferner Folgendes berücksichtigt werden ([32]):

a) die Art der betroffenen Waren oder Dienstleistungen und

b) die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte ([33]).

28. Bei der Prüfung der Frage, ob eine Vereinbarung eine bezweckte Beschränkung darstellt, sind unter dem Gesichtspunkt des Kontextes auch deren wettbewerbsfördernde Auswirkungen zu berücksichtigen, wenn sich die Parteien darauf berufen. Diese Auswirkungen können nämlich unter Umständen die Gesamtbeurteilung der Frage, ob die Vereinbarung den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigt, und folglich die Einstufung als bezweckte Einschränkung des Wettbewerbs infrage stellen ([34]). Für diese Zwecke sollten solche wettbewerbsfördernden Auswirkungen jedoch nicht nur erwiesen und relevant, sondern auch allein auf die betreffende Vereinbarung zurückzuführen und hinreichend erheblich sein ([35]).

29. Die Absicht der Parteien ist zwar kein notwendiges, aber ein berücksichtigungsfähiges Element, um festzustellen, ob eine Vereinbarung einem wettbewerbswidrigen Zweck dient ([36]).

1.2.5. *Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen*

30. Eine Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit, die für sich genommen keine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt, kann dennoch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben. Eine

([26]) Urteil des Gerichtshofs vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 67 und die dort angeführte Rechtsprechung.

([27]) Urteil des Gerichtshofs vom 2. April 2020, Gazdasági Versenyhivatal/Budapest Bank u. a., C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265, Rn. 76 und 79.

([28]) Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 25. März 2021, Lundbeck/Kommission, C-591/16 P, ECLI:EU:C:2021:243, Rn. 130 und 131, sowie Urteil des Gerichtshofs vom 25. März 2021, Sun Pharmaceutical Industries und Ranbaxy (UK)/Kommission, C-586/16 P, ECLI:EU:C:2021:241, Rn. 86. Der Umstand, dass die Kommission Vereinbarungen, die der betreffenden Vereinbarung ähneln, bisher nicht als „bezweckte" Wettbewerbsbeschränkungen angesehen hat, ist als solcher kein Hinderungsgrund, dies zukünftig zu tun.

([29]) Der Preis ist einer der Wettbewerbsparameter, neben Parametern wie Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt oder Innovation.

([30]) Urteil des Gerichtshofs vom 4. Juni 2009, T-Mobile Netherlands u. a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 38 und 39, Urteil des Gerichtshofs vom 19. März 2015, Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, Rn. 125, und Urteil des Gerichtshofs vom 12. Januar 2023, HSBC Holdings u. a./Kommission, C-883/19 P, ECLI:EU:C:2023:11, Rn. 121.

([31]) Beschränkungen, die in Gruppenfreistellungsverordnungen, Leitlinien und Bekanntmachungen als Kernbeschränkungen aufgeführt sind, werden von der Kommission in der Regel als bezweckte Beschränkungen betrachtet.

([32]) Bei Vereinbarungen, die der Gerichtshof der Europäischen Union bereits als besonders schwerwiegende Verstöße gegen die Wettbewerbsvorschriften eingestuft hat, kann die Analyse des rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs auf das unbedingt notwendige Maß beschränkt werden, um auf das Bestehen einer bezweckten Beschränkung zu schließen (siehe Urteil des Gerichtshofs vom 20. Januar 2016, Toshiba Corporation/Kommission, C-373/14 P, ECLI:EU:C:2016:26, Rn. 29).

([33]) Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 11. September 2014, CB/Kommission, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 53, Urteil des Gerichtshofs vom 19. März 2015, Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, Rn. 117, und Urteil des Gerichtshofs vom 2. April 2020, Gazdasági Versenyhivatal/Budapest Bank u. a., C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265, Rn. 51.

([34]) Urteil des Gerichtshofs vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 103 bis 107, und Urteil des Gerichtshofs vom 12. Januar 2023, HSBC Holdings u. a./Kommission, C-883/19 P, ECLI:EU:C:2023:11, Rn. 139.

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

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

Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit hat dann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen, wenn sie eine tatsächliche oder wahrscheinliche spürbare negative Auswirkung auf mindestens einen Wettbewerbsparameter des Marktes (z. B. Preis, Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt oder Innovation) hat. Um festzustellen, ob dies der Fall ist, muss der Wettbewerb so betrachtet werden, wie er bestehen würde, wenn es die Vereinbarung nicht gegeben hätte ([37]).

31. Vereinbarungen können beschränkende Auswirkungen haben, wenn sie den Wettbewerb zwischen den an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen oder zwischen einem von ihnen und einem Dritten spürbar verringern. Daher muss die Vereinbarung die Parteien – entweder durch in der Vereinbarung festgelegte Pflichten, die das Marktverhalten von mindestens einer Partei regeln, oder durch Einflussnahme auf das Marktverhalten mindestens einer Partei z. B. durch Veränderung ihrer Anreize – in ihrer Entscheidungsfreiheit einschränken ([38]).

32. Um zu beurteilen, ob eine Vereinbarung beschränkende Auswirkungen hat, sind die folgenden Faktoren von Bedeutung:

a) die Art und der Inhalt der Vereinbarung,

b) der konkrete Rahmen, in dem die Zusammenarbeit stattfindet, insbesondere der wirtschaftliche und rechtliche Zusammenhang, in dem die beteiligten Unternehmen tätig sind, die Natur der betroffenen Waren und Dienstleistungen und die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte ([39]),

c) die Frage, inwieweit die Parteien einzeln oder gemeinsam einen gewissen Grad an Marktmacht ([40]) haben oder erlangen und inwieweit die Vereinbarung zur Begründung, Erhaltung oder Stärkung dieser Marktmacht beiträgt oder es den Parteien ermöglicht, ihre Marktmacht auszunutzen,

d) die Feststellung, dass die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen tatsächlich oder potenziell sein können, sie aber in jedem Fall hinreichend spürbar sein müssen ([41]).

33. Es kommt vor, dass Unternehmen Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit schließen, weil sie das Projekt oder die Tätigkeit, das oder die Gegenstand der Zusammenarbeit ist, aufgrund objektiver Faktoren, z. B. wegen ihrer begrenzten technischen Möglichkeiten, nicht eigenständig durchführen können. Solche Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit haben in der Regel keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1, es sei denn, die Parteien hätten das Projekt auch mit weniger strengen Beschränkungen durchführen können ([42]).

1.2.6. *Nebenabreden*

34. Sind Unternehmen an einer Zusammenarbeit beteiligt, die wegen ihrer neutralen oder positiven Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht von dem grundsätzlichen Verbot des Artikels 101 Absatz 1 erfasst wird, fällt auch eine Beschränkung der geschäftlichen Selbstständigkeit eines oder mehrerer beteiligter Unternehmen nicht unter dieses grundsätzliche Verbot, wenn die Beschränkung für die Durchführung der Zusammenarbeit objektiv notwendig ist und zu den Zielen der Zusammenarbeit in einem angemessenen Verhältnis steht (im Folgenden „Nebenabreden") ([43]). Bei der Prüfung, ob eine Beschränkung eine Nebenabrede darstellt, muss ermittelt werden, ob die Durchführung der Zusammenarbeit ohne die fragliche Beschränkung unmöglich wäre. Der Umstand, dass die Zusammenarbeit ohne die betreffende Beschränkung nur schwerer durchführbar oder weniger rentabel wäre, verleiht dieser Beschränkung nicht den für ihre Qualifizierung als Nebenabrede erforderlichen Charakter einer „objektiv notwendigen" Beschränkung ([44]).

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

([38]) Urteil des Gerichtshofs vom 28. Mai 1998, John Deere Ltd/Kommission, C-7/95 P, ECLI:EU:C:1998:256, Rn. 88, und Urteil des Gerichtshofs vom 23. November 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 51.

([39]) Urteil des Gerichtshofs vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 116 und die dort angeführte Rechtsprechung. Der konkrete Rahmen der Zusammenarbeit kann Faktoren wie das Vorhandensein ausreichender Möglichkeiten der Kunden für einen Anbieterwechsel, die Wahrscheinlichkeit, dass Wettbewerber im Falle einer Preissteigerung ihr Angebot vergrößern, die Frage, ob die Marktmerkmale die Koordinierung begünstigen oder die Frage, ob auf die Tätigkeiten, die Gegenstand der Zusammenarbeit sind, ein hoher Anteil der variablen Kosten der Parteien auf dem relevanten Markt entfällt, usw. umfassen. Es kann auch angebracht sein, zu beurteilen, ob die Parteien ihre Tätigkeiten, die Gegenstand der Zusammenarbeit sind, in einem erheblichen Umfang zusammenlegen. Dies könnte beispielsweise der Fall sein, wenn sie ein Zwischenprodukt, das eine wichtige Vorleistung für ihre Produktion nachgelagerter Produkte darstellt, gemeinsam herstellen oder einkaufen oder einen Großteil ihrer Gesamtproduktion eines Endprodukts gemeinsam herstellen oder vertreiben.

([40]) Marktmacht ist die Fähigkeit, die Preise über einen gewissen Zeitraum hinweg gewinnbringend oberhalb des Wettbewerbsniveaus oder die Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt oder Innovation für einen gewissen Zeitraum gewinnbringend unterhalb des Wettbewerbsniveaus zu halten. Für die Feststellung eines Verstoßes gegen Artikel 101 Absatz 1 muss in der Regel ein geringeres Maß an Marktmacht vorliegen als für die Feststellung der Marktbeherrschung im Sinne des Artikels 102.

([41]) Urteil des Gerichtshofs vom 11. September 2014, CB/Kommission, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 52.

([42]) Siehe auch Rn. 18 der Leitlinien der Kommission zur Anwendung des Artikels 81 Absatz 3 EG-Vertrag (ABl. C 101 vom 27.4.2004, S. 97) (im Folgenden „Leitlinien zur Anwendung des Artikels 101 Absatz 3").

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

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

1.2.7. *Prüfung nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV*

35. Die Prüfung bezweckter oder bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen nach Artikel 101 Absatz 1 ist lediglich ein Aspekt der Untersuchung nach Artikel 101. Der andere Gesichtspunkt ist die Beurteilung, ob eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt ([45]). Wird festgestellt, dass eine Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 bezweckt oder bewirkt, kann zu ihrer Rechtfertigung Artikel 101 Absatz 3 geltend gemacht werden. Die Beweislast im Rahmen des Artikels 101 Absatz 3 obliegt den Unternehmen, die sich auf diese Bestimmung berufen ([46]). Mit anderen Worten obliegt es den Unternehmen nachzuweisen, dass die fragliche Vereinbarung wahrscheinlich wettbewerbsfördernde Auswirkungen hat ([47]).

36. Die Ausnahmeregelung nach Artikel 101 Absatz 3 gilt nur, wenn vier (zwei positive und zwei negative) Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

a) Die Vereinbarung muss zu Effizienzgewinnen führen, d. h. sie muss zur Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs von Produkten oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen.

b) Die Beschränkungen müssen zur Erreichung dieser Ziele, d. h. dieser Effizienzgewinne, unerlässlich sein.

c) Die Verbraucher müssen an dem entstehenden Gewinn angemessen beteiligt werden, d. h. die durch die unerlässlichen Beschränkungen erreichten Effizienzgewinne, einschließlich der qualitativen Effizienzgewinne, müssen in ausreichendem Umfang an die Verbraucher weitergegeben werden, damit die Verbraucher zumindest für die beschränkenden Wirkungen der Vereinbarung entschädigt werden. Es genügt folglich nicht, wenn nur den Parteien der Vereinbarung Effizienzgewinne entstehen. Für die Zwecke dieser Leitlinien bezeichnet „Verbraucher" die Kunden der Vertragsparteien und die späteren Käufer der Produkte ([48]).

d) Die Vereinbarung darf den Parteien nicht die Möglichkeit eröffnen, für einen beträchtlichen Teil der betreffenden Produkte den Wettbewerb auszuschalten.

37. Die FuE-GVO und die Spezialisierungs-GVO basieren auf der Annahme, dass durch die Zusammenlegung komplementärer Fähigkeiten oder Vermögenswerte im Rahmen von FuE-Vereinbarungen oder Spezialisierungsvereinbarungen erhebliche Effizienzgewinne erzielt werden können. Auch bei anderen Arten der horizontalen Zusammenarbeit können Fähigkeiten und Vermögenswerte in ähnlicher Weise zusammengelegt werden, um erhebliche Effizienzgewinne zu erzielen. Bei der Analyse der sich aus einer Vereinbarung über Zusammenarbeit nach Artikel 101 Absatz 3 ergebenden Effizienzgewinne geht es folglich vor allem darum festzustellen, welche komplementären Fähigkeiten und Ressourcen jede Partei in die Zusammenarbeit einbringt, und zu prüfen, ob die entstehenden Effizienzgewinne die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllen.

Aus Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit kann sich in verschiedener Weise Komplementarität ergeben. Im Rahmen einer FuE-Vereinbarung können unterschiedliche Forschungskapazitäten zusammengeführt und komplementäre Fähigkeiten und Vermögenswerte zusammengelegt werden, was dazu führen kann, dass neue oder bessere Produkte und Technologien entwickelt und vermarktet werden, die es sonst nicht gegeben hätte. Andere Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit können es den Parteien ermöglichen, ihre Kräfte zu bündeln, um Produkte zu entwerfen, zu produzieren und zu vermarkten oder gemeinsam Produkte oder Dienstleistungen einzukaufen, die sie für ihre Tätigkeit benötigen.

38. Sehen horizontale Vereinbarungen keine Zusammenlegung komplementärer Fähigkeiten oder Vermögenswerte vor, sind Effizienzgewinne zugunsten der Verbraucher weniger wahrscheinlich.

1.2.8. *In der Regel nicht unter Artikel 101 Absatz 1 fallende Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit*

39. Vereinbarungen, die nicht geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen (keine Auswirkung auf den Handel), oder die keine spürbare Einschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken (Vereinbarungen von geringer Bedeutung), fallen nicht unter Artikel 101 Absatz 1 ([49]). Die Kommission hat in ihren Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81

([45]) Der allgemeine Ansatz für die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 wird in den Leitlinien zur Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 vorgestellt.
([46]) Siehe Artikel 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. L 1 vom 4.1.2003, S. 1).
([47]) Siehe Rn. 51 bis 58 der Leitlinien zur Anwendung des Artikels 101 Absatz 3.
([48]) Rn. 84 der Leitlinien zur Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 enthält Näheres zum Begriff des Verbrauchers.
([49]) Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 13. Dezember 2012, Expedia, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, Rn. 16 und 17 und die dort angeführte Rechtsprechung.

und 82 des Vertrags ([50]) (im Folgenden „Leitlinien über die Beeinträchtigung des Handels“) Erläuterungen zur Feststellung des Nichtvorliegens von Auswirkungen auf den Handel und in ihrer Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 AEUV über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken ([51]) (im Folgenden „De-minimis-Bekanntmachung“), Erläuterungen zu Vereinbarungen von geringer Bedeutung gegeben. Sowohl die Leitlinien über die Beeinträchtigung des Handels als auch die De-minimis-Bekanntmachung sind für die Beurteilung von Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit zwischen kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) ([52]) von besonderer Bedeutung. Die vorliegenden Leitlinien lassen die Anwendung der Leitlinien über die Beeinträchtigung des Handels und der De-minimis-Bekanntmachung sowie künftiger diesbezüglicher Leitlinien der Kommission unberührt.

40. In den Leitlinien über die Beeinträchtigung des Handels sind die Grundsätze dargelegt, die vom Gerichtshof der Europäischen Union in Bezug auf die Auslegung des Begriffs der Beeinträchtigung des Handels entwickelt wurden, und es wird angegeben, wann Vereinbarungen nicht geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen. Sie beinhalten eine widerlegbare Negativvermutung, die für alle Vereinbarungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1, unabhängig von der Art der darin enthaltenen Beschränkungen, gilt und somit auch auf Vereinbarungen mit Kernbeschränkungen anzuwenden ist ([53]). Nach dieser Vermutung sind Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit grundsätzlich nicht geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen, wenn

a) der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf keinem von der Vereinbarung betroffenen relevanten Markt innerhalb der Union 5 % überschreitet und

b) der gesamte Jahresumsatz der beteiligten Unternehmen in der Union mit den von der Vereinbarung erfassten Produkten den Betrag von 40 Mio. EUR nicht überschreitet ([54]). Bei Vereinbarungen über den gemeinsamen Einkauf von Produkten ergibt sich der relevante Umsatz aus den von der Vereinbarung erfassten gemeinsamen Einkäufen dieser Produkte durch die Parteien.

41. Wie in der De-minimis-Bekanntmachung dargelegt, schränken Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit zwischen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbern den Wettbewerb nicht spürbar im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 ein, wenn der von den beteiligten Unternehmen insgesamt gehaltene Marktanteil auf keinem der von der Vereinbarung betroffenen relevanten Märkte 10 % überschreitet ([55]). Zu dieser allgemeinen Regel gibt es zwei Ausnahmen. Erstens gilt Artikel 101 Absatz 1 im Fall von bezweckten Beschränkungen unabhängig von den Marktanteilen der beteiligten Unternehmen, denn eine Vereinbarung, die geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, und einen wettbewerbswidrigen Zweck hat, kann ihrer Natur nach und unabhängig von ihren konkreten Auswirkungen eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs darstellen ([56]). Zweitens wird der Marktanteilsschwellenwert von 10 % auf 5 % herabgesetzt, wenn der Wettbewerb auf einem relevanten Markt durch die kumulative Wirkung von nebeneinander bestehenden Netzen von Vereinbarungen beschränkt wird ([57]).

42. Es wird außerdem nicht davon ausgegangen, dass horizontale Vereinbarungen, die von Unternehmen geschlossen werden, deren Marktanteil insgesamt 10 % überschreitet, automatisch unter Artikel 101 Absatz 1 fallen. Solche Vereinbarungen haben unter Umständen keine spürbaren Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten oder stellen möglicherweise keine spürbare Beeinträchtigung des Wettbewerbs dar ([58]). Sie sind deshalb im jeweiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang zu prüfen. Diese Leitlinien enthalten Kriterien für die Einzelfallprüfung solcher Vereinbarungen.

1.3. Verhältnis zu anderen Leitlinien, anderen Rechtsvorschriften und anderer Rechtsprechung

43. Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die auf unterschiedlichen Ebenen der Produktions- oder Vertriebskette tätig sind, d. h. vertikale Vereinbarungen, werden grundsätzlich in der Verordnung (EU) Nr. 2022/720 der Kommission ([59]) (im Folgenden „Vertikal-GVO“) und in der Mitteilung der Kommission – Bekanntmachung der Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen ([60]) (im Folgenden „Vertikal-Leitlinien“) behandelt. Vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern können jedoch ähnliche wettbewerbsrechtliche Bedenken

([50]) ABl. C 101 vom 27.4.2004, S. 81.
([51]) ABl. C 291 vom 30.8.2014, S. 1.
([52]) Nach der Definition im Anhang der Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (ABl. L 124 vom 20.5.2003, S. 36).
([53]) Leitlinien über die Beeinträchtigung des Handels, Rn. 50.
([54]) Leitlinien über die Beeinträchtigung des Handels, Rn. 52.
([55]) De-minimis-Bekanntmachung, Rn. 8.
([56]) Urteil des Gerichtshofs vom 13. Dezember 2012, Expedia, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, Rn. 37.
([57]) De-minimis-Bekanntmachung, Rn. 10.
([58]) Siehe Urteil des Gerichts vom 8. Juni 1995, Langnese-Iglo/Kommission, T-7/93, ECLI:EU:T:1995:98, Rn. 98.
([59]) Verordnung (EU) 2022/720 der Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (ABl. L 134 vom 11.5.2022, S. 4).
([60]) ABl. C 248 vom 30.6.2022, S. 1.

aufwerfen wie horizontale Vereinbarungen. Aus diesem Grund fallen vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern in der Regel nicht unter die Vertikal-GVO ([61]) und sind zunächst anhand dieser Leitlinien zu prüfen. Führt diese Prüfung zu dem Ergebnis, dass die Vereinbarung keine horizontalen Bedenken aufwirft, sollten etwaige vertikale Beschränkungen in der Vereinbarung zusätzlich anhand der Vertikal-Leitlinien geprüft werden.

44. Wenn sich die vorliegenden Leitlinien auf den relevanten Markt beziehen, sei auf die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Union ([62]) (im Folgenden „Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes“) mit Erläuterungen zu den Regeln, Kriterien und Nachweisen, die die Kommission bei der Abgrenzung relevanter Märkte anwendet, verwiesen. Diese Bekanntmachung und etwaige künftige Leitlinien der Kommission zur Abgrenzung der relevanten Märkte für die Zwecke des Wettbewerbsrechts der Union sollten bei der Prüfung von Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit nach Artikel 101 berücksichtigt werden.

45. Obwohl in den vorliegenden Leitlinien auf Kartelle Bezug genommen wird, sind sie nicht als Orientierungshilfe dafür gedacht, was nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und der Beschlusspraxis der Kommission ein Kartell darstellt und was nicht.

46. Diese Leitlinien gelten für die üblichsten Formen von Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit ungeachtet des durch sie bewirkten Integrationsgrads; sie gelten nicht für Vorgänge, die einen Zusammenschluss im Sinne des Artikels 3 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates ([63]) (im Folgenden „Fusionskontrollverordnung“) darstellen. Die Fusionskontrollverordnung gilt beispielsweise für die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen, die auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen (im Folgenden „Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen“) ([64]).

47. Diese Leitlinien gelten nicht für Vereinbarungen, Beschlüsse von Vereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Erzeugern landwirtschaftlicher Erzeugnisse, die sich auf die Erzeugung von oder den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen beziehen und die darauf abzielen, einen höheren Nachhaltigkeitsstandard als den nach Unionsrecht oder nationalem Recht vorgeschriebenen anzuwenden, und die nach Artikel 210a der Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates ([65]) von der Anwendung des Artikels 101 Absatz 1 ausgenommen sind. Diese Leitlinien gelten unbeschadet der Leitlinien, die die Kommission nach Artikel 210a Absatz 5 der Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 erlassen kann. Vereinbarungen, Beschlüsse von Vereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Erzeugern landwirtschaftlicher Erzeugnisse, die sich auf die Erzeugung von oder den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen beziehen und die die Voraussetzungen des Artikels 210a der Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 nicht erfüllen, unterliegen jedoch Artikel 101 Absatz 1.

48. Die in diesen Leitlinien beschriebene Prüfung nach Artikel 101 erfolgt unbeschadet einer parallelen Anwendung des Artikels 102 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit ([66]).

([61]) Als Ausnahme von dieser Regel können vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern unter die Vertikal-GVO fallen, wenn es sich um eine nicht wechselseitige Vereinbarung handelt und i) der Anbieter auf der vorgelagerten Stufe als Hersteller, Importeur oder Großhändler und zugleich auf der nachgelagerten Stufe als Importeur, Großhändler oder Einzelhändler von Waren tätig ist, während der Abnehmer ein auf der nachgelagerten Stufe tätiger Importeur, Großhändler oder Einzelhändler, jedoch kein Wettbewerber auf der vorgelagerten Stufe ist, auf der er die Vertragswaren bezieht, oder ii) der Anbieter ein auf mehreren Handelsstufen tätiger Dienstleister ist, der Abnehmer demgegenüber Dienstleistungen auf der Einzelhandelsstufe anbietet und auf der Handelsstufe, auf der er die Vertragsdienstleistungen bezieht, kein Wettbewerber ist (siehe Artikel 2 Absatz 4 der Vertikal-GVO).

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

([63]) Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. L 24 vom 29.1.2004, S. 1).

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

([65]) Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2013 über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 922/72, (EWG) Nr. 234/79, (EG) Nr. 1037/2001 und (EG) Nr. 1234/2007 des Rates (ABl. L 347 vom 20.12.2013, S. 671). Für die gemeinsame Marktorganisation für Erzeugnisse der Fischerei siehe Artikel 41 der Verordnung (EU) Nr. 1379/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2013 über die gemeinsame Marktorganisation für Erzeugnisse der Fischerei und der Aquakultur, zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 1184/2006 und (EG) Nr. 1224/2009 des Rates und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 104/2000 des Rates (ABl. L 354 vom 28.12.2013, S. 1).

([66]) Siehe Urteil des Gerichts vom 10. Juli 1990, Tetra Pak/Kommission, T-51/89, ECLI:EU:T:1990:41, Rn. 25 ff.

49. Diese Leitlinien lassen die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Anwendung des Artikels 101 auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit unberührt.

50. Diese Leitlinien gelten nicht, wenn wie im Falle bestimmter Vereinbarungen in den Bereichen Landwirtschaft ([67]) und Verkehr ([68]) sektorspezifische Regeln anwendbar sind. Die Kommission wird die Anwendung der FuE-GVO und der Spezialisierungs-GVO sowie die Anwendung dieser Leitlinien anhand der Informationen, die sie von Interessenträgern und nationalen Wettbewerbsbehörden erhält, aufmerksam verfolgen und diese Leitlinien gegebenenfalls im Lichte künftiger Entwicklungen und neuer Erfahrungen anpassen.

2. VEREINBARUNGEN ÜBER FORSCHUNG UND ENTWICKLUNG

2.1. Einleitung

51. Dieses Kapitel enthält Erläuterungen zur wettbewerbsrechtlichen Prüfung von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung („FuE-Vereinbarungen“) im Zusammenhang mit Produkten, Technologien oder Verfahren ([69]).

52. Form und Geltungsbereich von FuE-Vereinbarungen sind sehr unterschiedlich. Sie reichen von Vereinbarungen, bei denen eine Partei die von einer anderen Partei durchgeführte FuE finanziert (im Folgenden „Auftragsforschung und -entwicklung“), über Vereinbarungen über die gemeinsame Verbesserung bestehender Produkte und Technologien bis hin zu Vereinbarungen über die Entwicklung von Produkten und Technologien, durch die eine völlig neue Nachfrage geschaffen würde. Die FuE-Zusammenarbeit kann im Rahmen einer Vereinbarung über Zusammenarbeit oder im Rahmen eines Gemeinschaftsunternehmens, d. h. eines gemeinsam kontrollierten Unternehmens, erfolgen ([70]). Unternehmen können auch in lockerer Form zusammenarbeiten, z. B. im Rahmen technischer Zusammenarbeit in Arbeitsgruppen.

53. FuE-Vereinbarungen können von Großunternehmen, KMU ([71]), Start-up-Unternehmen, Hochschulen, Forschungsinstituten oder einer beliebigen Kombination daraus geschlossen werden.

54. Vereinbarungen über FuE-Zusammenarbeit haben häufig wettbewerbsfördernde Auswirkungen, insbesondere wenn sie Unternehmen mit komplementären Fähigkeiten und Vermögenswerten zusammenbringen und es ihnen ermöglichen, neue und bessere Produkte sowie Technologien schneller zu entwickeln und zu vermarkten, als es sonst der Fall wäre. Vereinbarungen über FuE-Zusammenarbeit können den Wettbewerb auf verschiedene Weise jedoch auch beschränken. Erstens können sie zu geringerer oder langsamerer Innovation führen, sodass weniger oder schlechtere Produkte auf den Markt kommen oder neue Produkte später auf den Markt gebracht werden, als es sonst der Fall wäre. Dies kann auch dann der Fall sein, wenn die Zusammenarbeit die Entwicklung von Produkten oder Technologien betrifft, durch die eine völlig neue Nachfrage geschaffen würde, oder wenn es sich um frühe Innovationsbemühungen handelt, die nicht eng mit einem bestimmten Produkt oder einer bestimmten Technologie zusammenhängen, sondern auf eine bestimmte Anwendung oder Nutzung ausgerichtet sind. Zweitens können Vereinbarungen über FuE-Zusammenarbeit den Wettbewerb zwischen den Parteien außerhalb des Geltungsbereichs der Vereinbarung schwächen und/oder in Fällen, in denen eine oder mehrere Parteien über Marktmacht verfügen, zu einer wettbewerbswidrigen Marktabschottung gegenüber Dritten führen.

55. Dieses Kapitel ist wie folgt aufgebaut:

a) Abschnitt 2.2 enthält Erläuterungen zur Anwendung der FuE-GVO, einschließlich der Voraussetzungen für die Freistellung von FuE-Vereinbarungen, der Schwellenwerte sowie der Kernbeschränkungen und nicht freigestellten Beschränkungen.

b) Abschnitt 2.3 enthält Erläuterungen zur Einzelfallprüfung nach Artikel 101 Absatz 1 von FuE-Vereinbarungen.

c) Abschnitt 2.4 enthält Erläuterungen zur Einzelfallprüfung nach Artikel 101 Absatz 3 von FuE-Vereinbarungen.

d) Abschnitt 2.5 enthält Erläuterungen zum maßgeblichen Zeitraum für die Prüfung von FuE-Vereinbarungen.

e) Abschnitt 2.6 enthält Beispiele für hypothetische FuE-Vereinbarungen sowie Erläuterungen zu ihrer wettbewerbsrechtlichen Prüfung.

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

([68]) Verordnung (EG) Nr. 169/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Anwendung von Wettbewerbsregeln auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs (ABl. L 61 vom 5.3.2009, S. 1) und Verordnung (EG) Nr. 906/2009 der Kommission vom 28. September 2009 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Seeschifffahrtsunternehmen (Konsortien) (ABl. L 256 vom 29.9.2009, S. 31).

([69]) Die Bezugnahmen auf „Technologien“ in diesem Kapitel schließen Technologien und Verfahren ein.

([70]) Diese Leitlinien gelten für die üblichsten Formen von Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit ungeachtet des durch sie bewirkten Integrationsgrads; sie gelten nicht für Vorgänge, die einen Zusammenschluss im Sinne des Artikels 3 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 darstellen, z. B. die Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens. Siehe auch Rn. 46.

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

2.2. **Die FuE-Gruppenfreistellungsverordnung (im Folgenden „FuE-GVO“)**

56. Mit der FuE-GVO ([72]) werden bestimmte FuE-Vereinbarungen vom Verbot nach Artikel 101 Absatz 1 freigestellt. Die Freistellung nach der FuE-GVO beruht auf der Annahme, dass eine FuE-Vereinbarung, soweit sie unter Artikel 101 Absatz 1 fällt und die Voraussetzungen der FuE-GVO erfüllt, in der Regel die vier kumulativen Voraussetzungen nach Artikel 101 Absatz 3 erfüllt. Aus Gründen der Zweckmäßigkeit sollten Unternehmen, die beabsichtigen, eine FuE-Vereinbarung zu schließen, zunächst prüfen, ob ihre Vereinbarung womöglich unter die FuE-GVO fällt.

57. FuE-Vereinbarungen, die die Voraussetzungen der FuE-GVO erfüllen, sind mit Artikel 101 vereinbar und bedürfen keiner weiteren Prüfung ([73]). Erfüllt eine FuE-Vereinbarung nicht die Voraussetzungen der FuE-GVO, ist eine Einzelfallprüfung nach Artikel 101 erforderlich, um zunächst festzustellen, ob die Vereinbarung den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 beschränkt ([74]) und, falls dies der Fall ist, ob die Vereinbarung die vier kumulativen Voraussetzungen nach Artikel 101 Absatz 3 erfüllt.

2.2.1. *Definition von Forschung und Entwicklung in der FuE-GVO*

58. Nach der FuE-GVO bezeichnet „Forschung und Entwicklung“ Tätigkeiten mit dem Ziel des Erwerbs von Know-how über Produkte oder Technologien, der Durchführung von theoretischen Analysen, systematischen Studien oder Versuchen einschließlich der Versuchsproduktion und der Produktion zu Demonstrationszwecken, der technischen Erprobung von Produkten oder Verfahren, der Errichtung der dafür erforderlichen Anlagen bis zu dem für Demonstrationszwecke erforderlichen Umfang und der Erlangung von Rechten des geistigen Eigentums an den Ergebnissen ([75]).

2.2.2. *Definition von FuE-Vereinbarungen in der FuE-GVO*

59. Die FuE-GVO gilt für FuE-Vereinbarungen zwischen zwei oder mehr Parteien, die die Bedingungen für die Verfolgung der nachstehenden Ziele durch die Parteien betreffen ([76]):

a) gemeinsame FuE in Bezug auf Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien, mit oder ohne gemeinsame Verwertung der Ergebnisse dieser FuE, oder

b) Auftragsforschung und -entwicklung in Bezug auf Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien, mit oder ohne gemeinsame Verwertung der Ergebnisse dieser FuE, oder

c) gemeinsame Verwertung der Ergebnisse der FuE in Bezug auf Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien, die nach einer zuvor geschlossenen Vereinbarung über gemeinsame FuE (siehe Buchst. a) zwischen denselben Parteien durchgeführt worden ist, oder

d) gemeinsame Verwertung der Ergebnisse der FuE in Bezug auf Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien, die nach einer zuvor geschlossenen Vereinbarung über gemeinsame Auftragsforschung und -entwicklung (siehe Buchst. b) zwischen denselben Parteien durchgeführt worden ist.

60. Für die Zwecke der FuE-GVO sind die Begriffe „Vertragsprodukt“ und „Vertragstechnologie“ wie folgt definiert:

a) „Vertragsprodukt“ ([77]) bezeichnet ein Produkt, das aus gemeinsamer FuE bzw. Auftragsforschung und -entwicklung hervorgeht oder unter Anwendung der Vertragstechnologien produziert wird. „Produkt“ bezeichnet eine Ware oder eine Dienstleistung; darunter fallen sowohl Zwischenwaren und -dienstleistungen als auch Endwaren und -dienstleistungen ([78]).

b) „Vertragstechnologie“ ([79]) bezeichnet eine Technologie oder ein Verfahren, die bzw. das aus der gemeinsamen FuE bzw. der Auftragsforschung und -entwicklung hervorgeht.

61. Andere Arten von Vereinbarungen über FuE-Zusammenarbeit fallen nicht unter die FuE-GVO. Solche Vereinbarungen erfordern stets eine Einzelfallprüfung nach Artikel 101 (siehe Abschnitte 2.3 und 2.4).

([72]) Verordnung (EU) Nr. 2023/1066 der Kommission vom 1. Juni 2023 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung (ABl. L 143 vom 2.6.2023, S. 9).

([73]) Es sei denn, die Kommission oder eine nationale Wettbewerbsbehörde entzieht im Einzelfall den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung (siehe Abschnitt 2.2.6).

([74]) Zur Prüfung von FuE-Vereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 1 siehe Abschnitt 2.3.

([75]) Siehe Artikel 1 Absatz 1 Nr. 3 FuE-GVO.

([76]) Siehe Artikel 1 Absatz 1 Nr. 1 FuE-GVO.

([77]) Siehe Artikel 1 Absatz 1 Nr. 6 FuE-GVO.

([78]) Siehe Artikel 1 Absatz 1 Nr. 4 FuE-GVO.

([79]) Siehe Artikel 1 Absatz 1 Nr. 5 FuE-GVO.

2.2.2.1. Unterscheidung zwischen „gemeinsamer FuE“ und „Auftragsforschung und -entwicklung“ und Konzept der „Spezialisierung im Rahmen der FuE“

62. „*Gemeinsame FuE*“ bezeichnet FuE, die auf eine der folgenden Weisen durchgeführt wird ([80]):

a) Die FuE-Tätigkeiten werden durch ein gemeinsames Team, eine gemeinsame Organisation oder ein gemeinsames Unternehmen durchgeführt,

b) die Parteien beauftragen gemeinsam einen Dritten mit den FuE-Tätigkeiten ([81]) oder

c) die Parteien teilen die Tätigkeiten im Wege der „*Spezialisierung im Rahmen der FuE*“ untereinander auf. Das bedeutet, dass jede der Parteien an den FuE-Tätigkeiten beteiligt ist und sie die FuE-Arbeiten so untereinander aufteilen, wie es ihres Erachtens zweckmäßig ist. Auftragsforschung und -entwicklung fällt nicht hierunter ([82]).

63. „*Auftragsforschung und -entwicklung*“ bezeichnet FuE, die von mindestens einer Partei durchgeführt wird, während mindestens eine andere Partei die FuE finanziert, aber selbst keine der FuE-Tätigkeiten übernimmt.

64. Die Unterscheidung zwischen gemeinsamer FuE und Auftragsforschung und -entwicklung ist für die Anwendung des in der FuE-GVO festgelegten Marktanteilsschwellenwerts von Bedeutung. Bei Auftragsforschung und -entwicklung müssen die Parteien für die Berechnung der Marktanteile auch FuE-Vereinbarungen einbeziehen, die die finanzierende Partei mit Dritten in Bezug auf dieselben Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien geschlossen hat (siehe Abschnitt 2.2.3.4).

2.2.2.2. „Gemeinsame Verwertung“ der FuE-Ergebnisse und „Spezialisierung im Rahmen der gemeinsamen Verwertung“

65. Die FuE-GVO deckt Vereinbarungen ab, die die gemeinsame Verwertung von FuE-Ergebnissen umfassen. Die Gruppenfreistellung solcher Vereinbarungen unterliegt jedoch besonderen Bedingungen (siehe Abschnitt 2.2.3.3).

66. „*Verwertung der Ergebnisse*“ ist ein weit gefasster Begriff, der die Produktion oder den Vertrieb der Vertragsprodukte, die Anwendung der Vertragstechnologien, die Übertragung von Rechten des geistigen Eigentums oder die Erteilung diesbezüglicher Lizenzen oder die Weitergabe von Know-how, das für die Produktion, den Vertrieb oder die Anwendung erforderlich ist, beinhaltet ([83]).

67. Die *gemeinsame Verwertung der Ergebnisse* der FuE fällt nur dann unter die FuE-GVO, wenn die Ergebnisse

a) für die Produktion der Vertragsprodukte oder die Anwendung der Vertragstechnologien unerlässlich sind und

b) durch Rechte des geistigen Eigentums geschützt sind oder Know-how darstellen ([84]).

68. Die gemeinsame Verwertung der Ergebnisse aus gemeinsamer FuE oder Auftragsforschung und -entwicklung kann in der *ursprünglichen* FuE-Vereinbarung vorgesehen sein oder im Rahmen einer *späteren* Vereinbarung über die gemeinsame Verwertung der Ergebnisse einer früheren FuE-Vereinbarung zwischen denselben Parteien erfolgen ([85]). Im letzteren Fall muss die frühere FuE-Vereinbarung die Voraussetzungen der FuE-GVO erfüllen, damit die spätere Vereinbarung über die gemeinsame Verwertung unter die Gruppenfreistellung fällt.

69. In der FuE-GVO sind drei verschiedene Möglichkeiten für die gemeinsame Verwertung der Ergebnisse der FuE vorgesehen ([86]):

a) Die Verwertung kann *gemeinsam von den Parteien* in einem gemeinsamen Team, einer gemeinsamen Organisation oder einem gemeinsamen Unternehmen durchgeführt werden.

b) Die Parteien können *gemeinsam einen Dritten* mit den Verwertungsarbeiten beauftragen ([87]).

([80]) Siehe Artikel 1 Absatz 1 Nr. 10 FuE-GVO.
([81]) Dies unterscheidet sich von Auftragsforschung und -entwicklung, bei der die FuE von einer oder mehreren Parteien der FuE-Vereinbarung durchgeführt wird.
([82]) Siehe Artikel 1 Absatz 1 Nr. 11 FuE-GVO.
([83]) Siehe Artikel 1 Absatz 1 Nr. 7 FuE-GVO.
([84]) Siehe Artikel 5 Absatz 1 FuE-GVO. Zusätzliche Bedingungen im Zusammenhang mit der gemeinsamen Verwertung der FuE-Ergebnisse sind in Abschnitt 2.2.3.3 beschrieben.
([85]) Nach Artikel 1 Absatz 1 Nr. 1 Buchst. c und d FuE-GVO.
([86]) Siehe Artikel 1 Absatz 1 Nr. 10 FuE-GVO.
([87]) Die Vereinbarung mit einem Dritten erfordert eine gesonderte Prüfung nach Artikel 101.

c) Die Parteien können die Arbeit im Wege der *Spezialisierung im Rahmen der Verwertung* untereinander aufteilen, was bedeutet, dass ([88])

i) die Parteien einzelne Aufgaben wie Produktion oder Vertrieb untereinander aufteilen (dies umfasst den Fall, dass nur eine Partei auf der Grundlage einer von den anderen Parteien erteilten ausschließlichen Lizenz die Vertragsprodukte herstellt und vertreibt oder die Vertragstechnologien anwendet) oder

ii) die Parteien sich gegenseitig Beschränkungen hinsichtlich der Verwertung der Ergebnisse auferlegen, z. B. Beschränkungen in Bezug auf bestimmte Gebiete, Kunden oder Anwendungsbereiche.

70. Vereinbaren die Parteien, sich im Rahmen der Verwertung zu spezialisieren, können sie entsprechende Beschränkungen ihres Zugangs zu den Ergebnissen zum Zwecke der Verwertung vereinbaren. So können sie beispielsweise vereinbaren, die Rechte bestimmter Parteien zur Verwertung der Ergebnisse der FuE in bestimmten Gebieten, Anwendungsbereichen oder gegenüber bestimmten Kunden zu beschränken.

2.2.2.3. Übertragung von Rechten des geistigen Eigentums und Erteilung diesbezüglicher Lizenzen

71. Die Freistellung nach der FuE-GVO gilt auch für FuE-Vereinbarungen, die Bestimmungen enthalten, die sich auf die Übertragung von Rechten des geistigen Eigentums oder die Erteilung diesbezüglicher Lizenzen an eine oder mehrere der Parteien oder an eine von den Parteien zur Durchführung der gemeinsamen FuE, der Auftragsforschung und -entwicklung oder der gemeinsamen Verwertung der FuE-Ergebnisse gegründete Einheit beziehen, sofern diese Bestimmungen nicht den Hauptgegenstand der FuE-Vereinbarung bilden, sondern sich unmittelbar auf die Umsetzung dieser Vereinbarung beziehen und dafür erforderlich sind ([89]). In diesen Fällen fallen die Bestimmungen über die Übertragung von Rechten oder die Erteilung diesbezüglicher Lizenzen unter die FuE-GVO und nicht unter die Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung ([90]).

72. Im Rahmen von FuE-Vereinbarungen können die Parteien allerdings auch die Bedingungen für die Erteilung von Lizenzen für die FuE-Ergebnisse an Dritte vereinbaren. Solche Lizenzvereinbarungen fallen nicht unter die FuE-GVO, können aber unter die Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung fallen, wenn die darin festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind ([91]).

2.2.3. *Freistellungsvoraussetzungen nach der FuE-GVO*

73. In der FuE-GVO sind mehrere Voraussetzungen festgelegt, die erfüllt sein müssen, damit eine FuE-Vereinbarung unter die Gruppenfreistellung fallen kann.

2.2.3.1. Zugang zu den Endergebnissen

74. Die erste Voraussetzung dafür, dass eine FuE-Vereinbarung unter die Freistellung nach der FuE-GVO fällt, lautet, dass alle Parteien für die beiden folgenden Zwecke uneingeschränkten Zugang zu den Endergebnissen der gemeinsamen FuE oder der Auftragsforschung und -entwicklung haben müssen ([92]):

a) zur Durchführung weiterer Forschung und Entwicklung und

b) zur Verwertung der Ergebnisse der FuE.

75. Diese Voraussetzung bezieht sich auf die Endergebnisse der FuE sowie auf daraus erwachsende Rechte des geistigen Eigentums ([93]).

76. Der Zugang ist zu gewähren, sobald die Endergebnisse der FuE vorliegen ([94]). Diese Anforderung ist nicht unbedingt an das Ende des FuE-Projekts gebunden.

([88]) Siehe Artikel 1 Absatz 1 Nr. 12 FuE-GVO.
([89]) Siehe Artikel 2 Absatz 3 FuE-GVO.
([90]) Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Kommission vom 21. März 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen (ABl. L 93 vom 28.3.2014, S. 17). Siehe auch Leitlinien der Kommission zur Anwendung des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen (ABl. C 89 vom 28.3.2014, S. 3), Rn. 73 und 74 (im Folgenden „Technologietransfer-Leitlinien").
([91]) Siehe Technologietransfer-Leitlinien, Rn. 74.
([92]) Siehe Artikel 3 Absatz 2 FuE-GVO.
([93]) Siehe Artikel 3 Absatz 3 Buchst. a FuE-GVO.
([94]) Siehe Artikel 3 Absatz 3 Buchst. b FuE-GVO.

77. Das Recht auf Zugang zu den Ergebnissen der FuE darf nicht für die *Zwecke der Durchführung weiterer Forschung und Entwicklung* eingeschränkt werden. Allerdings ist in der FuE-GVO festgelegt, dass die Parteien ihr *Recht auf Verwertung der Ergebnisse* der gemeinsamen FuE oder der Auftragsforschung und -entwicklung in zwei Fällen beschränken können:

a) Erstens, wenn die FuE-Vereinbarung mit einer oder mehreren der folgenden Kategorien von Unternehmen geschlossen wird und die betreffenden Unternehmen sich damit einverstanden erklären, die Ergebnisse der FuE nur zur weiteren Forschung (und nicht zur Verwertung) zu nutzen. Die Kategorien der Unternehmen sind:

i) Forschungsinstitute,

ii) Hochschulen,

iii) Unternehmen, die FuE in Form gewerblicher Dienste erbringen und sich üblicherweise nicht mit der Verwertung der Ergebnisse befassen ([95]).

b) Zweitens können die Parteien vereinbaren, *ihr Recht auf Verwertung der FuE-Ergebnisse* im Einklang mit der FuE-GVO zu beschränken, insbesondere wenn sie vereinbaren, sich im Rahmen der Verwertung spezialisieren. Ist in der FuE-Vereinbarung beispielsweise eine Spezialisierung im Rahmen der Verwertung vorgesehen, so können sich die Parteien gegenseitig Beschränkungen hinsichtlich der Verwertung der Ergebnisse in Bezug auf bestimmte Gebiete, Anwendungsbereiche oder Kunden auferlegen.

78. Da die Vertragsparteien einer FuE-Vereinbarung z. B. aufgrund unterschiedlicher Kapazitäten, Ressourcen oder wirtschaftlicher Interessen ungleiche Beiträge zu ihrer FuE-Zusammenarbeit leisten können, kann in der FuE-Vereinbarung schließlich vorgesehen werden, dass eine Partei der anderen Partei oder den anderen Parteien für die Gewährung des Zugangs zu den Ergebnissen zu Zwecken weiterer FuE oder zum Zwecke der Verwertung eine Vergütung zahlt. In diesem Fall darf die Vergütung jedoch nicht so hoch sein, dass sie diesen Zugang praktisch verhindert ([96]).

2.2.3.2. Zugang zu bereits vorhandenem Know-how

79. Die zweite Voraussetzung bezieht sich auf *FuE-Vereinbarungen ohne gemeinsame Verwertung der FuE-Ergebnisse*.

80. Damit solche FuE-Vereinbarungen unter die Gruppenfreistellung fallen, muss in der Vereinbarung festgelegt sein, dass jede Partei Zugang zum bereits vorhandenem Know-how der anderen Parteien, das für die Verwertung der Ergebnisse der gemeinsamen FuE oder der Auftragsforschung und -entwicklung durch die Partei unerlässlich ist, gewährt wird ([97]). Es sei darauf hingewiesen, dass die Parteien im Rahmen dieser Voraussetzung nicht Zugang zu ihrem gesamten bereits vorhandenen Know-how gewähren müssen, sondern nur zu dem Know-how, das für die Verwertung der Ergebnisse der gemeinsamen FuE oder der Auftragsforschung und -entwicklung unerlässlich ist.

81. In FuE-Vereinbarungen kann vorgesehen werden, dass die Parteien sich gegenseitig für die Gewährung des Zugangs zu ihrem bereits vorhandenen Know-how eine Vergütung zahlen (z. B. in Form von Lizenzgebühren). Die Vergütung darf jedoch nicht so hoch sein, dass sie diesen Zugang praktisch verhindert ([98]).

82. Diese zweite Voraussetzung gilt zusätzlich zu den in Artikel 3 der FuE-GVO festgelegten Voraussetzungen in Bezug auf den Zugang zu den Endergebnissen der FuE (siehe Abschnitt 2.2.3.1). Dies bedeutet, dass eine FuE-Vereinbarung je nach Sachverhalt Bestimmungen sowohl in Bezug auf den Zugang zu bereits vorhandenem Know-how als auch in Bezug auf die Endergebnisse der FuE enthalten muss, um unter die Gruppenfreistellung zu fallen.

2.2.3.3. Voraussetzungen im Zusammenhang mit der gemeinsamen Verwertung

83. Die FuE-GVO enthält zwei weitere Voraussetzungen für FuE-Vereinbarungen, in denen die gemeinsame Verwertung der FuE-Ergebnisse vorgesehen ist.

84. Erstens muss nach Artikel 5 Absatz 1 der FuE-GVO jede gemeinsame Verwertung auf FuE-Ergebnisse beschränkt sein, die für die Produktion der Vertragsprodukte oder die Anwendung der Vertragstechnologien unerlässlich sind, durch Rechte des geistigen Eigentums geschützt sind oder Know-how darstellen.

([95]) Dabei könnte es sich beispielsweise um KMU handeln, deren Haupttätigkeit darin besteht, FuE-Dienstleistungen für Dritte zu erbringen.
([96]) Siehe Artikel 3 Absatz 4 FuE-GVO.
([97]) Siehe Artikel 4 Absatz 2 FuE-GVO.
([98]) Siehe Artikel 4 Absatz 3 FuE-GVO.

85. Zweitens müssen die Parteien, wenn sie vereinbaren, sich im Rahmen der Verwertung zu spezialisieren, und eine oder mehr Parteien mit der Produktion der Vertragsprodukte betraut sind, verpflichtet sein, Aufträge der anderen Parteien über die Belieferung mit Vertragsprodukten zu erfüllen ([99]). Diese Anforderung gilt jedoch nicht, wenn i) in der FuE-Vereinbarung der gemeinsame Vertrieb (durch ein gemeinsames Team, eine gemeinsame Organisation oder ein gemeinsames Unternehmen oder durch einen gemeinsam benannten Dritten) vorgesehen ist oder ii) wenn die Parteien vereinbaren, dass nur die mit der Produktion der Vertragsprodukte betrauten Parteien diese vertreiben dürfen ([100]).

2.2.3.4. Marktanteilsschwellenwert und Dauer der Freistellung

86. Die Freistellung nach der FuE-GVO beruht auf der Annahme, dass, solange ein gewisser Grad an Marktmacht nicht erreicht ist, die positiven Auswirkungen von FuE-Vereinbarungen die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb im Allgemeinen aufwiegen ([101]).

a) *FuE-Vereinbarungen, für die ein Marktanteilsschwellenwert gilt*

87. In Artikel 6 Absatz 1 der FuE-GVO ist ein Marktanteilsschwellenwert von 25 % festgelegt. Dieser gilt für FuE-Vereinbarungen zwischen konkurrierenden Unternehmen. Für die Zwecke der FuE-GVO bezeichnet „konkurrierende Unternehmen" tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 Nummer 15 der FuE-GVO:

a) Ein tatsächlicher Wettbewerber ist ein Unternehmen, das ein Produkt, eine Technologie oder ein Verfahren anbietet, das bzw. die auf dem räumlich relevanten Markt durch das Vertragsprodukt oder die Vertragstechnologie verbessert, ausgetauscht oder ersetzt werden kann.

b) Ein potenzieller Wettbewerber ist ein Unternehmen, bei dem realistisch und nicht nur hypothetisch davon ausgegangen werden kann, dass es ohne die FuE-Vereinbarung wahrscheinlich innerhalb von höchstens drei Jahren die zusätzlichen Investitionen tätigen oder die sonstigen Kosten auf sich nehmen würde, die erforderlich wären, um ein Produkt, eine Technologie oder ein Verfahren anbieten zu können, das bzw. die auf dem räumlich relevanten Markt durch die Vertragsprodukte oder die Vertragstechnologien verbessert, ausgetauscht oder ersetzt werden kann.

88. Potenzieller Wettbewerb muss auf Grundlage realistischer Erwägungen geprüft werden. Entscheidend ist, ob jede Partei für sich über die erforderlichen Mittel (Vermögenswerte, Know-how und sonstige Ressourcen) verfügt und wahrscheinlich die erforderlichen Schritte unternehmen würde, um die Produkte oder Technologien ([102]) anzubieten, die durch die Vertragsprodukte oder die Vertragstechnologien verbessert, ausgetauscht oder ersetzt werden können ([103]). Weitere Erläuterungen zur Prüfung des potenziellen Wettbewerbs finden sich in Randnummer 16.

89. Für diese Zwecke bezeichnet *„verbessertes Produkt"* oder *„verbesserte Technologie"* bzw. *„austauschbares Produkt"* oder *„austauschbare Technologie"* ein Produkt oder eine Technologie, das bzw. die mit dem bestehenden Produkt, der bestehenden Technologie oder dem bestehenden Verfahren austauschbar ist und zum selben relevanten Markt gehört. *„Ersatzprodukt oder Ersatztechnologie"* bezeichnet ein Produkt oder eine Technologie, das bzw. die dieselbe Nachfrage befriedigt wie ein bestehendes Produkt bzw. eine bestehende Technologie, aber nicht zum selben relevanten Markt gehört, z. B. CDs als Ersatz für Schallplatten ([104]).

90. Einige Produkte oder Technologien sind nicht geeignet, bestehende Produkte oder Technologien zu verbessern oder zu ersetzen bzw. können nicht dagegen ausgetauscht werden, sondern schaffen vielmehr einen neuen relevanten Markt, der eine neue Nachfrage befriedigt, z. B. Impfstoffe als Schutz gegen Viren, für die es bisher keine Impfstoffe gab. FuE-Vereinbarungen, die die Entwicklung dieser Kategorie von Produkten oder Technologien betreffen, fallen unter Artikel 6 Absatz 2 der FuE-GVO und unterliegen keinem Marktanteilsschwellenwert (siehe Abschnitt 2.2.3.4 Buchst. b) ([105]).

([99]) Siehe Artikel 5 Absatz 2 FuE-GVO.
([100]) Siehe Artikel 5 Absatz 2 FuE-GVO.
([101]) Siehe fünfter Erwägungsgrund FuE-GVO.
([102]) Im weiteren Verlauf des Kapitels schließen Verweise auf Technologie oder Technologien, sofern nicht anders angegeben, auch Verfahren ein.
([103]) Siehe auch Abschnitt 1.2.1.
([104]) Zu Erläuterungen zur Abgrenzung des relevanten Marktes siehe Rn. 44 und die Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes der Kommission. Siehe auch Abschnitt 2.3.1.
([105]) Zu Erläuterungen zur Abgrenzung des relevanten Marktes siehe Rn. 44 und die Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes der Kommission. Siehe auch Abschnitt 2.3.1.

a.1) *Marktanteilsschwellenwert*

91. Handelt es sich bei zwei oder mehr Parteien der FuE-Vereinbarung um konkurrierende Unternehmen im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 Nummer 15 der FuE-GVO ([106]), so kann die FuE-Vereinbarung nur dann unter die Gruppenfreistellung fallen, wenn der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf den relevanten Produkt- und Technologiemärkten zum Zeitpunkt des Abschlusses der FuE-Vereinbarung 25 % nicht übersteigt. Der Marktanteilsschwellenwert gilt wie folgt ([107]):

a) Bei FuE-Vereinbarungen, die *gemeinsame FuE* beinhalten, darf der gemeinsame Marktanteil der Parteien der Vereinbarung auf den relevanten Produkt- und Technologiemärkten 25 % nicht übersteigen ([108]).

b) Bei FuE-Vereinbarungen, die *Auftragsforschung und -entwicklung* beinhalten, gilt derselbe Marktanteilsschwellenwert von 25 %, wobei jedoch beim gemeinsamen Marktanteil der Marktanteil der finanzierenden Partei sowie die Marktanteile aller Unternehmen zu berücksichtigen sind, mit denen die finanzierende Partei FuE-Vereinbarungen über dieselben Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien geschlossen hat ([109]).

a.2) *Berechnung der Marktanteile*

92. Zum Zeitpunkt des Abschlusses der FuE-Vereinbarung ist der Bezugspunkt der Markt für bestehende Produkte oder Technologien, die durch die Vertragsprodukte oder die Vertragstechnologien verbessert, ausgetauscht oder ersetzt werden können ([110]).

93. Wenn die FuE-Vereinbarung auf *die Verbesserung, den Austausch oder den Ersatz* bestehender Produkte oder Technologien abzielt, werden die Marktanteile ausschließlich unter Bezugnahme auf die bestehenden Produkte oder Technologien berechnet, die verbessert, ausgetauscht oder ersetzt werden sollen. Dies gilt auch dann, wenn sich das Ersatzprodukt oder die Ersatztechnologie erheblich von dem bestehenden Produkt oder der bestehenden Technologie unterscheidet.

94. Nach der FuE-GVO sind die Marktanteile der Parteien auf der Grundlage von Angaben über den *Absatzwert* zu berechnen. Liegen keine Angaben über den Marktwert vor, können die Parteien Angaben über die *Absatzmengen* verwenden, und wenn diese Angaben nicht verfügbar sind, können sie andere verlässliche Marktdaten zur Berechnung ihrer Marktanteile heranziehen, einschließlich FuE-Ausgaben oder FuE-Kapazitäten ([111]).

95. Im Allgemeinen müssen die Marktanteile anhand der Verkaufsdaten für das vorangegangene Kalenderjahr berechnet werden ([112]). Allerdings werden die Marktanteile in Fällen, in denen die Verkaufsdaten für das vorangegangene Kalenderjahr nicht repräsentativ für die Stellung der Parteien auf dem bzw. den relevanten Märkten sind, als Durchschnitt der Marktanteile der Parteien in den letzten drei vorangegangenen Kalenderjahren berechnet ([113]). Dies kann beispielsweise für Ausschreibungsmärkte relevant sein, auf denen sich die Marktanteile von einem Jahr zum anderen erheblich verändern, je nachdem, ob die Unternehmen in Ausschreibungsverfahren erfolgreich waren. Dies kann auch für Märkte relevant sein, die beispielsweise durch seltene Großaufträge gekennzeichnet sind und für die die Verkaufsdaten für das vorangegangene Kalenderjahr nicht repräsentativ sind, da im betreffenden Jahr keine Großaufträge erteilt wurden. Ebenso kann es notwendig sein, die Marktanteile auf der Grundlage eines Durchschnitts der drei vorangegangenen Kalenderjahre zu berechnen, wenn in dem Kalenderjahr, das der Vereinbarung über die Zusammenarbeit vorausgeht, eine Störung von Angebot oder Nachfrage auftritt.

96. Bei Technologiemärkten wird der Marktanteil des Technologie-Lizenzgebers auf der Grundlage der vom Lizenzgeber und allen seinen Lizenznehmern abgesetzten Produkte, die die lizenzierte Technologie enthalten, als Anteil am Gesamtabsatz mit konkurrierenden Produkten berechnet, unabhängig davon, ob diese konkurrierenden Produkte mit der lizenzierten Technologie hergestellt werden. Diese Methode wird angewandt, weil es generell schwierig ist, zuverlässige Angaben über Lizenzeinnahmen zu erhalten, und weil Berechnungen auf der Grundlage der tatsächlichen Lizenzeinnahmen zu einer Unterschätzung der Marktstellung einer Technologie führen können ([114]).

([106]) Siehe Rn. 87 und 88.
([107]) Siehe Abschnitt 2.2.2.1 über die Unterscheidung zwischen gemeinsamer FuE und Auftragsforschung und -entwicklung. Siehe auch Artikel 1 Absatz 1 Nr. 1 FuE-GVO.
([108]) Siehe Artikel 6 Absatz 1 Buchst. a FuE-GVO.
([109]) Siehe Artikel 6 Absatz 1 Buchst. b FuE-GVO. Es ist nicht erforderlich, dass alle FuE-Vereinbarungen der finanzierenden Partei, die dieselben Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien betreffen, in den Anwendungsbereich der FuE-GVO fallen.
([110]) Zu Erläuterungen zur Abgrenzung des relevanten Marktes siehe Rn. 44 und die Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes der Kommission. Siehe auch Abschnitt 2.3.1.
([111]) Siehe Artikel 7 Absatz 2 FuE-GVO.
([112]) Siehe Artikel 7 Absatz 3 FuE-GVO.
([113]) Siehe Artikel 7 Absatz 3 FuE-GVO.
([114]) Siehe auch Artikel 8 Buchst. d der Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung und Rn. 25 und 86 bis 88 der Technologietransfer-Leitlinien.

b) *FuE-Vereinbarungen, für die kein Marktanteilsschwellenwert gilt*

97. Wenn es sich bei den Parteien der FuE-Vereinbarung nicht um konkurrierende Unternehmen im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 Nummer 15 der FuE-GVO handelt ([115]), gilt die Gruppenfreistellung nach Artikel 6 Absatz 2 der FuE-GVO für die Dauer der gemeinsamen FuE oder der Auftragsforschung und -entwicklung und unterliegt keinem Marktanteilsschwellenwert.

98. Artikel 6 Absatz 2 der FuE-GVO gilt insbesondere dann ([116]),

a) wenn nur eine Partei die Definition des tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbers nach Artikel 1 Absatz 1 Nummer 15 der FuE-GVO erfüllt,

b) wenn die FuE-Vereinbarung die Entwicklung von Produkten oder Technologien betrifft, durch die bestehende Produkte oder Technologien nicht verbessert, ausgetauscht oder ersetzt würden, sondern stattdessen eine völlig neue Nachfrage geschaffen würde, z. B. Impfstoffe zum Schutz gegen Viren, für die es bisher keine Impfstoffe gab,

c) wenn die FuE-Vereinbarung Innovationsanstrengungen betrifft, die zum Zeitpunkt des Abschlusses der FuE-Vereinbarung noch nicht eng mit einem bestimmten Produkt oder einer bestimmten Technologie verbunden sind.

99. In den in Randnummer 98 Buchst.n b und c beschriebenen Fällen ist es nicht möglich, Produkte oder Technologien zu bestimmen, die durch die Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien verbessert, ausgetauscht oder ersetzt werden können. In diesem Fall kann die FuE-Vereinbarung für die Dauer der gemeinsamen FuE oder der Auftragsforschung und -entwicklung unter die Gruppenfreistellung fallen und es gilt kein Marktanteilsschwellenwert ([117]). Die Bestimmungen der FuE-GVO in Bezug auf den relevanten Markt und die Marktanteilsschwellenwerte gelten unbeschadet der wettbewerbsrechtlichen Prüfung von FuE-Vereinbarungen, die nicht unter die Freistellung nach der FuE-GVO fallen, einschließlich FuE-Vereinbarungen, für die der Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung entzogen wurde. So können beispielsweise Unternehmen, die keine tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerber im Sinne der FuE-GVO sind, dennoch in Bezug auf Innovation Wettbewerber sein.

c) *Dauer*

100. Werden die Ergebnisse der gemeinsamen FuE oder der Auftragsforschung und -entwicklung *nicht gemeinsam verwertet*, gilt die Freistellung nach der FuE-GVO für die Dauer der FuE.

101. Werden die Ergebnisse der gemeinsamen FuE oder der Auftragsforschung und -entwicklung *gemeinsam verwertet* und erfüllt die FuE-Vereinbarung die Definition in Artikel 1 Absatz 1 Nummer 1 Buchst. a oder b der FuE-GVO (Vereinbarungen über gemeinsamen FuE oder Auftragsforschung und -entwicklung), so fällt die FuE-Vereinbarung ab dem Tag des ersten Inverkehrbringens der Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien im Binnenmarkt für weitere sieben Jahre unter die Freistellung, sofern der relevante Marktanteilsschwellenwert zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung nicht überschritten wurde.

102. Werden die Ergebnisse der gemeinsamen FuE oder der Auftragsforschung und -entwicklung *gemeinsam verwertet* und erfüllt die FuE-Vereinbarung die Definition in Artikel 1 Absatz 1 Nummer 1 Buchst. c oder d der FuE-GVO (Vereinbarungen über die gemeinsame Verwertung der Ergebnisse der FuE, die im Rahmen einer früheren Vereinbarung über gemeinsame FuE oder Auftragsforschung und -entwicklung zwischen denselben Parteien durchgeführt wurde), so fällt die FuE-Vereinbarung ab dem Tag des ersten Inverkehrbringens der Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien im Binnenmarkt für weitere sieben Jahre unter die Freistellung, sofern der relevante Marktanteilsschwellenwert zum Zeitpunkt des Abschlusses der vorherigen Vereinbarung nicht überschritten wurde ([118]).

103. Führt eine FuE-Vereinbarung dazu, dass mehr als ein Vertragsprodukt oder mehr als eine Vertragstechnologie im Binnenmarkt in Verkehr gebracht wird, und gehört jedes Vertragsprodukt oder jede Vertragstechnologie zu einem anderen sachlich relevanten Markt, so gilt die Freistellungsdauer von sieben Jahren gesondert für jedes Vertragsprodukt oder jede Vertragstechnologie ab dem Tag des ersten Inverkehrbringens des Produkts oder der Technologie im Binnenmarkt.

([115]) Siehe Rn. 87 und 88.

([116]) Artikel 6 Absatz 2 findet keine Anwendung, wenn zwei oder mehr der Parteien tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber auf einem Markt für bestehende Produkte oder Technologien sind, die durch die Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien verbessert, ausgetauscht oder ersetzt werden können; in diesem Fall findet Artikel 6 Absatz 1 Anwendung (Marktanteilsschwellenwert).

([117]) Dies gilt unbeschadet der Befugnis der Kommission oder der nationalen Wettbewerbsbehörden, den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung in Einzelfällen zu entziehen. Siehe Abschnitt 2.2.6.

([118]) Wie in Rn. 68 erwähnt, muss auch die vorherige Vereinbarung über gemeinsame FuE oder Auftragsforschung und -entwicklung die Voraussetzungen der FuE-GVO erfüllen.

104. Nach Ablauf der in Artikel 6 Absatz 3 der FuE-GVO genannten Dauer von sieben Jahren gilt die Freistellung so lange weiter, wie der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf den Märkten, zu denen die Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien gehören, 25 % nicht überschreitet. Überschreitet der gemeinsame Marktanteil der Parteien nach Ablauf der Dauer von sieben Jahren 25 %, so fällt die FuE-Vereinbarung noch für zwei aufeinanderfolgende Kalenderjahre nach dem Jahr, in dem der Schwellenwert erstmals überschritten wurde, unter die FuE-GVO ([119]).

2.2.4. *Kernbeschränkungen und nicht freigestellte Beschränkungen*

2.2.4.1. Kernbeschränkungen

105. Artikel 8 der FuE-GVO enthält eine Liste von Kernbeschränkungen. Bei Kernbeschränkungen handelt es sich um schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen, die dem Markt und den Verbrauchern in der Regel schaden. Enthält eine FuE-Vereinbarung eine oder mehrere dieser Beschränkungen, so ist die gesamte Vereinbarung von der Freistellung nach der FuE-GVO ausgeschlossen.

106. Die in Artikel 8 der FuE-GVO aufgeführten Kernbeschränkungen lassen sich in die folgenden Kategorien einteilen: i) Beschränkungen der Freiheit der Parteien, andere FuE-Anstrengungen zu unternehmen, ii) Beschränkungen von Produktion oder Absatz und Festsetzung der Preise, iii) Beschränkungen des aktiven und passiven Verkaufs sowie iv) sonstige Kernbeschränkungen.

a) *Beschränkung der Freiheit der Parteien, andere FuE-Anstrengungen zu unternehmen*

107. Nach Artikel 8 Buchst. a der FuE-GVO stellt es eine Kernbeschränkung dar, wenn die Freiheit der Parteien beschränkt wird, unabhängig oder in Zusammenarbeit mit Dritten FuE in einem der folgenden Bereiche zu betreiben:

i) einem Bereich, der nicht mit dem Bereich zusammenhängt, auf den sich die FuE-Vereinbarung bezieht,

ii) dem Bereich, auf den sich die FuE-Vereinbarung bezieht, oder einem damit zusammenhängenden Bereich nach Abschluss der gemeinsamen FuE oder der Auftragsforschung oder -entwicklung.

b) *Beschränkungen von Produktion oder Absatz und Festsetzung der Preise*

108. *Beschränkungen von Produktion oder Absatz*. Nach Artikel 8 Buchst. b der FuE-GVO gelten *Beschränkungen von Produktion oder Absatz* als Kernbeschränkungen. Es gibt jedoch vier Ausnahmen:

i) die Festlegung von Produktionszielen, wenn in der FuE-Vereinbarung die gemeinsame Verwertung der FuE-Ergebnisse vorgesehen ist und die gemeinsame Verwertung die gemeinsame Produktion der Vertragsprodukte umfasst ([120]),

ii) die Festlegung von *Absatzzielen*, wenn die gemeinsame Verwertung der FuE-Ergebnisse 1) den gemeinsamen Vertrieb der Vertragsprodukte oder die gemeinsame Erteilung von Lizenzen für die Vertragstechnologien umfasst und 2) durch ein gemeinsames Team, eine gemeinsame Organisation oder ein gemeinsames Unternehmen oder durch einen von den Parteien gemeinsam beauftragten Dritten erfolgt ([121]),

iii) Verhaltensweisen, die eine *Spezialisierung im Rahmen der Verwertung* darstellen, z. B. den Parteien auferlegte Beschränkungen hinsichtlich der Verwertung der FuE-Ergebnisse in Bezug auf bestimmte Gebiete, Kunden oder Anwendungsbereiche ([122]),

iv) bestimmte *Wettbewerbsverbote* ([123]), d. h. die Beschränkung der Freiheit der Parteien, während des Zeitraums, für den die Parteien die gemeinsame Verwertung der Ergebnisse vereinbart haben, mit den Vertragsprodukten oder Vertragstechnologien im Wettbewerb stehende Produkte oder Technologien zu produzieren, zu verkaufen, zu übertragen oder Lizenzen dafür zu erteilen.

109. *Festsetzung der Preise*. Nach Artikel 8 Buchst. c der FuE-GVO gilt die *Festsetzung der Preise* für den Verkauf der Vertragsprodukte oder der Gebühren für die Erteilung von Lizenzen für die Vertragstechnologien an Dritte als Kernbeschränkung.

([119]) Siehe Artikel 6 Absatz 5 FuE-GVO.
([120]) Siehe Artikel 8 Buchst. b Ziff. i FuE-GVO.
([121]) Siehe Artikel 8 Buchst. b Ziff. ii FuE-GVO.
([122]) Siehe Artikel 8 Buchst. b Ziff. iii FuE-GVO.
([123]) Siehe Artikel 8 Buchst. b Ziff. iv FuE-GVO.

110. Nach der FuE-GVO gelten jedoch Ausnahmen von dieser Kernbeschränkung für die Festsetzung der Preise für direkte Abnehmer und die Festsetzung der Lizenzgebühren für direkte Lizenznehmer, wenn in der FuE-Vereinbarung die gemeinsame Verwertung der FuE-Ergebnisse vorgesehen ist und die gemeinsame Verwertung i) den gemeinsamen Vertrieb der Vertragsprodukte oder die gemeinsame Erteilung von Lizenzen für die Vertragstechnologien umfasst und ii) durch ein gemeinsames Team, eine gemeinsame Organisation oder ein gemeinsames Unternehmen oder durch einen von den Parteien gemeinsam beauftragten Dritten erfolgt ([124]).

c) *Beschränkungen des aktiven und passiven Verkaufs*

111. Artikel 8 Buchst. d und e der FuE-GVO betreffen Beschränkungen des aktiven und passiven Verkaufs. Für die Zwecke der FuE-GVO gelten folgende Definitionen:

i) „Passiver Verkauf ([125])" bezeichnet einen auf unaufgeforderte Anfragen einzelner Kunden zurückgehenden Verkauf – einschließlich der Lieferung von Produkten an Kunden –, der nicht durch gezielte Ansprache der betreffenden Kunden, der betreffenden Kundengruppe oder Kunden in den betreffenden Gebieten ausgelöst wurde, einschließlich Verkäufen infolge der Teilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren oder an privaten Aufforderungen zur Interessensbekundung.

ii) „Aktiver Verkauf ([126])" bezeichnet jegliche Art des Verkaufs außer passivem Verkauf. Dazu zählt die gezielte Ansprache von Kunden durch Besuche, Schreiben, E-Mails, Anrufe oder sonstige Formen der direkten Kommunikation oder durch gezielte Werbung und Absatzförderung, offline oder online, beispielsweise durch Printmedien oder digitale Medien, einschließlich Online-Medien, Preisvergleichsdiensten oder Suchmaschinenwerbung, die auf Kunden in bestimmten Gebieten oder auf bestimmte Kundengruppen ausgerichtet sind, durch den Betrieb einer Website mit einer Top-Level-Domain, die bestimmten Gebieten entspricht, oder durch das Angebot von in bestimmten Gebieten üblichen Sprachoptionen auf einer Website, sofern diese Sprachen sich von denen unterscheiden, die in dem Gebiet, in dem der Abnehmer niedergelassen ist, üblicherweise verwendet werden.

112. Nach Artikel 8 Buchst. d FuE-GVO gelten Beschränkungen des *passiven Verkaufs* als Kernbeschränkungen. Dies gilt für alle Beschränkungen in Bezug auf das Gebiet oder die Kunden, in dem oder an die die Parteien die Vertragsprodukte passiv verkaufen oder Lizenzen für die Vertragstechnologien erteilen dürfen. In Artikel 8 Buchst. d ist jedoch eine Ausnahme für die Verpflichtung vorgesehen, Lizenzen für die FuE-Ergebnisse ausschließlich einer anderen Partei der FuE-Vereinbarung zu erteilen. Der Grund für diese Ausnahme liegt darin, dass die FuE-GVO den Parteien die Möglichkeit einräumt, sich im Rahmen der Verwertung zu spezialisieren; dies umfasst den Fall, dass nur eine Partei die Vertragsprodukte auf der Grundlage einer von den anderen Parteien erteilten ausschließlichen Lizenz herstellt und vertreibt.

113. Nach Artikel 8 Buchst. e FuE-GVO gelten bestimmte Beschränkungen des *aktiven Verkaufs* als Kernbeschränkungen. Dies gilt für jede Beschränkung des aktiven Verkaufs der Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien in Gebieten oder an Kunden, die einer der Parteien nicht im Wege der Spezialisierung im Rahmen der Verwertung ausschließlich zugewiesen sind.

d) *Sonstige Kernbeschränkungen*

114. Nach Artikel 8 Buchst. f der FuE-GVO gilt es als Kernbeschränkung, eine Partei zu verpflichten, Aufträge von Kunden abzulehnen, die in ihrem Gebiet ansässig sind, oder von Kunden, die im Wege der Spezialisierung im Rahmen der Verwertung einer anderen Partei zugewiesen sind, wenn diese Kunden die Vertragsprodukte in anderen Gebieten innerhalb des Binnenmarkts vermarkten würden.

115. Schließlich wird nach Artikel 8 Buchst. g der FuE-GVO jede Verpflichtung einer Partei, Nutzern oder Wiederverkäufern den Bezug der Vertragsprodukte von anderen Wiederverkäufern auf dem Binnenmarkt zu erschweren, als Kernbeschränkung eingestuft ([127]). Hierzu könnte beispielsweise die Verpflichtung gehören, die Erbringung von Kundengarantiediensten vom Kauf des Vertragsprodukts in einem bestimmten Mitgliedstaat abhängig zu machen.

([124]) Siehe Artikel 8 Buchst. c FuE-GVO.
([125]) Siehe Artikel 1 Absatz 1 Nr. 19 FuE-GVO.
([126]) Siehe Artikel 1 Absatz 1 Nr. 18 FuE-GVO.
([127]) Siehe Artikel 8 Buchst. g FuE-GVO.

2.2.4.2. Nicht freigestellte Beschränkungen

116. Nach Artikel 9 FuE-GVO sind bestimmte Verpflichtungen aus FuE-Vereinbarungen von der Gruppenfreistellung ausgenommen. Dabei handelt es sich um Verpflichtungen, bei denen nicht davon ausgegangen werden kann, dass sie in der Regel die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllen. Anders als bei den Kernbeschränkungen nach Artikel 8 FuE-GVO wird durch die nicht freigestellten Beschränkungen nicht der Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung für die gesamte FuE-Vereinbarung aufgehoben. Wenn die nicht freigestellte Beschränkung vom Rest der Vereinbarung abtrennbar ist, gilt für den Rest der Vereinbarung weiterhin die Gruppenfreistellung, sofern sie die Voraussetzungen der FuE-GVO erfüllt.

117. Nicht freigestellte Beschränkungen unterliegen einer Einzelfallprüfung nach Artikel 101. Es besteht keine Vermutung dafür, dass solche Beschränkungen unter das Verbot nach Artikel 101 Absatz 1 fallen oder die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 nicht erfüllen.

118. Die erste nicht freigestellte Beschränkung ist die Verpflichtung,

a) die Gültigkeit von Rechten des geistigen Eigentums, die die Parteien im Binnenmarkt innehaben und die für die FuE relevant sind, nicht anzufechten, nachdem die FuE abgeschlossen wurde ([128]), oder

b) die Gültigkeit von Rechten des geistigen Eigentums, die die Parteien im Binnenmarkt innehaben und durch die die Ergebnisse der FuE geschützt werden, nicht anzufechten, nachdem die FuE-Vereinbarung abgelaufen ist ([129]).

119. Der Grund für den Ausschluss solcher Verpflichtungen von der Gruppenfreistellung liegt darin, dass Parteien, die über Informationen verfügen, die für die Identifizierung irrtümlich erteilter Rechte des geistigen Eigentums relevant sind, nicht daran gehindert werden sollten, die Gültigkeit dieser Rechte des geistigen Eigentums anzufechten. Bestimmungen, nach denen eine Kündigung der FuE-Vereinbarung für den Fall vorgesehen ist, dass eine der Parteien die Gültigkeit von Rechten des geistigen Eigentums anficht, die für die gemeinsame FuE oder die Auftragsforschung und -entwicklung relevant sind oder durch die die FuE-Ergebnisse geschützt werden, stellen jedoch keine nicht freigestellten Beschränkungen dar.

120. Die zweite nicht freigestellte Beschränkung ist die Verpflichtung, Dritten keine Lizenzen für die Produktion der Vertragsprodukte oder die Anwendung der Vertragstechnologien zu erteilen. Dies bedeutet, dass es den Parteien in der Regel freistehen sollte, Lizenzen an Dritte zu erteilen. Eine Ausnahme gilt, wenn in FuE-Vereinbarungen die Verwertung der Ergebnisse der gemeinsamen FuE oder der Auftragsforschung und -entwicklung durch mindestens eine der Parteien vorgesehen ist und diese Verwertung im Binnenmarkt gegenüber Dritten erfolgt.

2.2.5. *Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung der Einhaltung der Voraussetzungen der FuE-GVO*

121. Für die Anwendung des in Artikel 6 FuE-GVO festgelegten Marktanteilsschwellenwerts ist der Zeitpunkt maßgeblich, zu dem die Parteien die Vereinbarung über gemeinsame FuE oder Auftragsforschung und -entwicklung schließen. Nach Ablauf des in Artikel 6 Absatz 4 FuE-GVO genannten Zeitraums von sieben Jahren müssen die Parteien prüfen, zu welchem Markt bzw. zu welchen Märkten die Vertragsprodukte oder die Vertragstechnologien gehören und ob ihr gemeinsamer Marktanteil 25 % übersteigt. Die Einhaltung der übrigen Voraussetzungen der FuE-GVO muss zum Zeitpunkt des Abschlusses der FuE-Vereinbarung geprüft werden, und die Vereinbarung muss diese Voraussetzungen während ihrer gesamten Laufzeit, gegebenenfalls einschließlich des Zeitraums der Verwertung der FuE-Ergebnisse, erfüllen.

2.2.6. *Entzug des Rechtsvorteils der Gruppenfreistellung*

122. Nach den Artikeln 10 und 11 FuE-GVO können die Kommission und die nationalen Wettbewerbsbehörden den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung nach Artikel 29 Absatz 1 und Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 entziehen, wenn sie in einem bestimmten Fall feststellen, dass eine FuE-Vereinbarung, die unter die Gruppenfreistellung fällt, doch Auswirkungen hat, die mit Artikel 101 Absatz 3 unvereinbar sind.

123. Artikel 10 Absatz 2 FuE-GVO enthält eine nicht erschöpfende Liste von Fällen, in denen die Kommission in Erwägung ziehen kann, von dieser Befugnis Gebrauch zu machen, nämlich dann, wenn

a) die FuE-Arbeiten Dritter in den mit den die Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien betreffenden Bereichen durch das Bestehen der FuE-Vereinbarung erheblich eingeschränkt werden (was beispielsweise auf begrenzte Forschungskapazitäten zurückzuführen sein kann),

([128]) Siehe Artikel 9 Absatz 1 Buchst. a Ziff. i FuE-GVO.
([129]) Siehe Artikel 9 Absatz 1 Buchst. a Ziff. ii FuE-GVO.

b) der Zugang Dritter zum relevanten Markt für die Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien durch das Bestehen der FuE-Vereinbarung erheblich eingeschränkt wird (beispielsweise durch die Erteilung einer ausschließlichen Lizenz an eine der Parteien für die Produktion und den Vertrieb der Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien),

c) die Parteien die Ergebnisse der gemeinsamen FuE oder der Auftragsforschung und -entwicklung ohne objektiv gerechtfertigten Grund nicht gegenüber Dritten verwerten (beispielsweise indem sie keine Lizenz für die Ergebnisse der FuE erteilen),

d) die Produkte oder Technologien, die sich aus der FuE-Vereinbarung ergeben, im Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben keinem wirksamen Wettbewerb unterliegen,

e) der Innovationswettbewerb oder der FuE-Wettbewerb in einem bestimmten Bereich durch das Bestehen der FuE-Vereinbarung erheblich beschränkt würde (dies kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn durch die Vertragsprodukte oder die Vertragstechnologien eine völlig neue Nachfrage geschaffen würde und es zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung nur wenige vergleichbare unabhängige FuE-Projekte in demselben Bereich gibt).

124. Nach Artikel 29 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 kann die Kommission den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung von sich aus oder aufgrund einer Beschwerde entziehen. Will die Kommission oder eine nationale Wettbewerbsbehörde den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung für eine FuE-Vereinbarung entziehen, so muss sie erstens feststellen, dass die Vereinbarung den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 beschränkt, und zweitens, dass die Vereinbarung mindestens eine der vier kumulativen Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 nicht erfüllt ([130]). Der Beschluss, den durch die FuE-GVO gewährten Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung zu entziehen, kann mit der Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen Artikel 101 und der Verpflichtung verbunden werden, die Zuwiderhandlung abzustellen. Es können auch verhaltensbezogene oder strukturelle Abhilfemaßnahmen verhängt werden ([131]).

125. Der Beschluss, den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung zu entziehen, entfaltet nur Rechtswirkung für die Zukunft (ex nunc), d. h. der Freistellungsstatus der FuE-Vereinbarungen bleibt für den Zeitraum vor dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Entzugs unberührt. Beabsichtigt eine nationale Wettbewerbsbehörde, den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung nach Artikel 29 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 zu entziehen, muss sie ihren Verpflichtungen nach Artikel 11 Absatz 4 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 Rechnung tragen, insbesondere ihrer Verpflichtung, die Kommission zu ihrem geplanten Beschluss zu konsultieren.

2.2.7. *Übergangszeitraum*

126. In der FuE-GVO ist ein Übergangszeitraum von zwei Jahren vorgesehen (vom 1. Juli 2023 bis zum 30. Juni 2025), in dem das Verbot nach Artikel 101 Absatz 1 nicht für FuE-Vereinbarungen gilt, die am 30. Juni 2023 bereits in Kraft getreten sind und die Freistellungsvoraussetzungen der Verordnung (EG) Nr. 1217/2010 erfüllen, nicht aber die Freistellungsvoraussetzungen der FuE-GVO.

2.3. Einzelfallprüfung von FuE-Vereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 1 AEUV

127. Fällt eine FuE-Vereinbarung nicht unter die Freistellung nach der FuE-GVO, ist eine Einzelfallprüfung nach Artikel 101 erforderlich. Der erste Schritt der Prüfung besteht darin, festzustellen, ob die Vereinbarung den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 beschränkt ([132]). Beschränkt die Vereinbarung den Wettbewerb im Sinne dieser Bestimmung, so ist in einem zweiten Schritt festzustellen, ob die Vereinbarung die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt.

([130]) Nach Artikel 41 Absatz 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union haben Personen, die durch einen Einzelfallbeschluss zur Anwendung des Unionsrechts beeinträchtigt werden könnten, das Recht, vor Erlass des Beschlusses gehört zu werden.

([131]) Nach Artikel 7 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003. Von ihrer Befugnis, den durch die Gruppenfreistellungsverordnungen gewährten Rechtsvorteil zu entziehen, hat die Kommission in ihrer Entscheidung vom 25. März 1992 (einstweilige Maßnahmen) in einem Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag in der Sache IV/34.072 – Mars/Langnese und Schöller, bestätigt durch das Urteil des Gerichtshofs vom 1. Oktober 1998, Langnese-Iglo/Kommission, C-279/95 P, ECLI:EU:C:1998:447, sowie in ihrer Entscheidung vom 4. Dezember 1991 (einstweilige Maßnahmen) in einem Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag in der Sache IV/33.157 – Eco System/Peugeot, Gebrauch gemacht.

([132]) Ist dies nicht der Fall, findet Artikel 101 keine Anwendung und es ist keine weitere Prüfung erforderlich.

2.3.1. *Relevante Märkte*

128. In der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes werden die wichtigsten Kriterien und Nachweise erläutert, die die Kommission bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts der Union zur Abgrenzung der relevanten Märkte heranzieht (siehe auch Randnummer 44). Für die Einzelfallprüfung nach Artikel 101 von FuE-Vereinbarungen, die nicht unter die FuE-GVO ([133]) fallen, können die folgenden Erwägungen von Bedeutung sein.

2.3.1.1. Produktmärkte

129. Bezieht sich die Vereinbarung über FuE-Zusammenarbeit auf die Entwicklung von Produkten, durch die bestehende Produkte *verbessert oder ausgetauscht* werden sollen, so ist der bzw. sind die Märkte für diese bestehenden Produkte oder Technologien für die Prüfung nach Artikel 101 relevant.

130. Bestehende Produktmärkte können auch dann für die Prüfung relevant sein, wenn sich die FuE-Vereinbarung auf Produkte bezieht, durch die bestehende Produkte *ersetzt* werden sollen (d. h., wenn das aus der FuE hervorgehende Produkt dieselbe Nachfrage befriedigt wie das bestehende Produkt, aber zu einem anderen relevanten Markt gehört). Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die Ersetzung der bestehenden Produkte unvollkommen oder langfristig ist. Sogenannte *Pipeline-Produkte* ([134]) können je nach den Gegebenheiten des jeweiligen Falles als Produkte angesehen werden, durch die bestehende Produkte verbessert oder ausgetauscht werden sollen, oder als Produkte, durch die bestehende Produkte ersetzt werden sollen ([135]).

131. Betrifft die FuE eine *wichtige Komponente eines Endprodukts*, so kann sowohl der Markt für die Komponente als auch der Markt für das Endprodukt für die Prüfung nach Artikel 101 relevant sein. Der Markt für das Endprodukt ist jedoch nur dann von Belang, wenn es sich bei der Komponente, die Gegenstand der FuE ist, um einen technisch oder wirtschaftlich wesentlichen Bestandteil des Endprodukts handelt und mindestens eine der Parteien der FuE-Vereinbarung auf dem Endproduktmarkt aktiv ist und dort über Marktmacht verfügt.

2.3.1.2. Technologiemärkte

132. FuE-Vereinbarungen können nicht nur Produkte, sondern auch Technologien betreffen. Werden Rechte des geistigen Eigentums getrennt von den Produkten vermarktet, auf die sie sich beziehen, sind Technologiemärkte für die Prüfung nach Artikel 101 relevant. Der relevante Technologiemarkt umfasst die Technologie (geistiges Eigentum), die verkauft oder für die eine Lizenz vergeben wird, sowie Technologien, die von Lizenznehmern als austauschbar angesehen werden ([136]). Betrifft eine FuE-Vereinbarung die Entwicklung von Technologien, durch die bestehende Technologien verbessert, ausgetauscht oder ersetzt werden sollen, so sind die Märkte für diese bestehenden Technologien relevante Märkte für die Prüfung nach Artikel 101.

2.3.1.3. Frühe Innovationsanstrengungen

133. In einigen Fällen können Unternehmen in FuE zusammenarbeiten, die nicht eng mit einem bestimmten Produkt oder einer bestimmten Technologie verbunden ist. Die Ergebnisse solcher frühen Innovationsanstrengungen können letztlich mehreren Zwecken dienen und längerfristig in verschiedene Produkte oder Technologien einfließen.

134. Betrifft eine FuE-Vereinbarung frühe Innovationsanstrengungen, so kann es zur Bewertung der Wettbewerbsposition der Parteien für die Zwecke der Anwendung des Artikels 101 erforderlich sein, Faktoren wie Art und Umfang der Innovationsanstrengungen, die Ziele der verschiedenen Forschungsansätze, die Spezialisierung der verschiedenen beteiligten Teams oder die Ergebnisse vorausgegangener Innovationsanstrengungen der beteiligten Unternehmen zu berücksichtigen. Dies kann die Verwendung spezifischer Kennzahlen erfordern, z. B. Höhe der FuE-Ausgaben, Zahl der Patente oder der Patentzitierungen.

2.3.2. *Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken*

135. FuE-Zusammenarbeit kann Anlass zu verschiedenen wettbewerbsrechtlichen Bedenken geben. Insbesondere kann sie den Wettbewerb zwischen den Parteien unmittelbar beschränken oder zu einem Kollusionsergebnis auf dem Markt oder einer wettbewerbswidrigen Marktabschottung gegenüber Dritten führen.

([133]) Die FuE-GVO enthält spezifische Definitionen, die für die Anwendung des in der FuE-GVO festgelegten Marktanteilsschwellenwerts relevant sind. Siehe Abschnitt 2.2.3.4.

([134]) Dieser Begriff wird in bestimmten Sektoren zur Bezeichnung von Produkten verwendet, die noch nicht auf den Markt gebracht wurden, bei denen jedoch der FuE-Prozess hinreichend bekannt ist, um festzustellen, zu welchem Markt die Produkte wahrscheinlich gehören werden, wenn der FuE-Prozess erfolgreich ist.

([135]) Einige FuE-Vereinbarungen betreffen die Entwicklung von Produkten, durch die bestehende Produkte nicht verbessert, ausgetauscht oder ersetzt werden sollen, sondern durch die eine völlig neue Nachfrage befriedigt werden soll. Auch Pipeline-Produkte können in diese Produktkategorie fallen.

([136]) Siehe auch Technologietransfer-Leitlinien, Rn. 19 bis 26.

136. Wenn die FuE-Zusammenarbeit *den Wettbewerb* zwischen den Parteien *unmittelbar beschränkt* oder *ein Kollusionsergebnis* auf dem Markt *fördert*, können dadurch die Preise steigen und sich die Auswahl für die Verbraucher oder die Qualität von Produkten oder Technologien verschlechtern. Die Zusammenarbeit kann auch zu einer geringeren oder verzögerten Innovation und damit zu einer schlechteren Qualität oder weniger Produkten oder Technologien auf dem Markt führen.

137. FuE-Vereinbarungen können zu einer *wettbewerbswidrigen Marktabschottung* gegenüber Dritten führen, wenn eine oder mehrere Parteien der Vereinbarung auf einem relevanten Produkt- oder Technologiemarkt über Marktmacht verfügen und die Vereinbarung Ausschließlichkeitsbestimmungen oder Wettbewerbsverbote enthält.

2.3.3. *FuE-Vereinbarungen, die den Wettbewerb in der Regel nicht beschränken*

138. Wenn keine Marktmacht vorhanden ist, führen FuE-Vereinbarungen, die von Nicht-Wettbewerbern geschlossen werden, in der Regel nicht zu einer Beschränkung des Wettbewerbs. Dies kann der Fall sein, wenn sich die Vermögenswerte, Technologien oder Fähigkeiten der Parteien ergänzen und die Parteien nicht in der Lage wären, die FuE innerhalb kurzer Zeit allein durchzuführen ([137]). Das Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien ist anhand objektiver Faktoren zu bewerten. Beispielsweise ist ein Unternehmen möglicherweise dann nicht in der Lage, die FuE eigenständig durchzuführen, wenn es nur über begrenzte technische Möglichkeiten oder einen begrenzten Zugang zu Finanzmitteln, Fachkräften, Technologien oder anderen Ressourcen verfügt.

139. Das Outsourcing von zuvor selbst durchgeführter FuE an Einrichtungen, die nicht in der Verwertung von FuE-Ergebnissen tätig sind, z. B. Forschungsinstitute, Hochschulen oder andere spezialisierte Unternehmen, ist ein Beispiel für eine FuE-Vereinbarung, die sich ergänzende Vermögenswerte, Technologien und Fähigkeiten zusammenführt. Derartige Vereinbarungen umfassen im Allgemeinen die Weitergabe von Know-how und/oder eine Alleinbelieferungsverpflichtung in Bezug auf die FuE-Ergebnisse.

140. Die FuE-Zusammenarbeit im Bereich der grundlegenden Forschung führt im Allgemeinen nicht zu einer Beschränkung des Wettbewerbs. In diesem Zusammenhang bezeichnet grundlegende Forschung experimentelle oder theoretische Arbeiten, die in erster Linie dem Erwerb neuen Grundlagenwissens dienen.

2.3.4. *Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen*

141. FuE-Vereinbarungen können zu einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung führen, wenn ihr Hauptzweck nicht in der Durchführung von FuE besteht, sondern sie als Instrument zur Bildung eines Kartells dienen, d. h. es zu Preisfestsetzung, Produktionsbeschränkung, Marktaufteilung oder Beschränkung der technischen Entwicklung durch die Parteien kommt ([138]).

142. Unternehmen können eine FuE-Vereinbarung etwa dazu nutzen, i) den Markteintritt von Produkten oder Technologien zu verhindern oder zu verzögern, ii) die Merkmale von Produkten oder Technologien, die nicht unter die FuE-Vereinbarung fallen, zu koordinieren oder iii) die Verbesserung eines gemeinsam entwickelten Produkts oder einer gemeinsam entwickelten Technologie zu begrenzen.

2.3.5. *Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen*

143. Für die Prüfung, ob eine Vereinbarung über FuE-Zusammenarbeit wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat, müssen die relevanten Wettbewerbsparameter des jeweiligen Falles berücksichtigt werden. Zu diesen Parametern können der Preis des Produkts, aber auch sein Innovationsgrad, verschiedene Qualitätsaspekte sowie seine Verfügbarkeit, auch in Bezug auf die Vorlaufzeit, die Widerstandsfähigkeit der Lieferketten, die Versorgungssicherheit und die Transportkosten, gehören.

144. FuE-Vereinbarungen, die nicht die gemeinsame Verwertung der Ergebnisse der FuE durch Lizenzvergabe, Produktion oder Marketing umfassen, haben nur selten wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen. Bei solchen Vereinbarungen sind wettbewerbswidrige Auswirkungen nur dann wahrscheinlich, wenn sie den Innovationswettbewerb beschränken.

2.3.5.1. Marktmacht

145. In der Regel können FuE-Vereinbarungen nur dann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 haben, wenn eine oder mehrere Parteien der Vereinbarung auf einem relevanten bestehenden Produkt- oder Technologiemarkt über Marktmacht verfügen oder wenn die Vereinbarung zu einer spürbaren Verringerung des Innovationswettbewerbs führt.

([137]) Siehe auch Rn. 16 zu potenziellem Wettbewerb.

([138]) Siehe z. B. Beschluss der Kommission vom 8. Juli 2021 (Sache AT.40178 – Pkw-Emissionen) betreffend ein Kartell zwischen fünf Automobilherstellern im Rahmen einer Unternehmensvereinigung. Vorgeblicher Zweck der Zusammenarbeit war die Entwicklung von Komponenten für ein neues Emissionsminderungssystem. Im Rahmen dieser Zusammenarbeit vereinbarten die Automobilhersteller jedoch auch, die Wirksamkeit des Systems nicht über das gesetzlich vorgeschriebene Maß hinaus zu verbessern, wodurch die technische Entwicklung der Emissionsminderungstechnologie beschränkt wurde.

146. Es gibt keinen absoluten Schwellenwert, bei dessen Überschreiten angenommen werden kann, dass eine FuE-Vereinbarung Marktmacht begründet oder aufrechterhält und somit wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben kann. Je stärker jedoch die gemeinsame Stellung der Parteien auf den relevanten Märkten ist, einschließlich ihrer Stellung in Bezug auf Innovation, desto wahrscheinlicher ist es, dass die FuE-Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben wird ([139]).

2.3.5.2. FuE in Bezug auf bestehende Produkte oder Technologien

147. Ist die Forschung und Entwicklung auf die *Verbesserung oder den Austausch eines bestehenden Produkts oder einer bestehenden Technologie* ausgerichtet, so sind Auswirkungen auf den bzw. die relevanten Märkte für diese bestehenden Produkte oder Technologien möglich. Auswirkungen auf Preise, Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt oder technische Entwicklung auf den bestehenden Märkten sind jedoch nur wahrscheinlich, wenn die Parteien gemeinsam eine starke Stellung innehaben, der Marktzutritt schwierig ist und dritte Wettbewerber nicht in der Lage sind, das Verhalten der Parteien einzuschränken, z. B. wegen ihrer begrenzten Anzahl oder wegen geringerer Ressourcen oder Fähigkeiten. Wenn die FuE eine relativ unbedeutende Vorleistung für ein Endprodukt betrifft, dürften die Auswirkungen auf den Wettbewerb auf dem bzw. den relevanten Märkten für das betreffende Endprodukt begrenzt sein.

148. Zielt die FuE auf den *Ersatz eines bestehenden Produkts oder einer bestehenden Technologie* ab, so können wettbewerbswidrige Auswirkungen etwa darin bestehen, dass die Entwicklung des Ersatzprodukts oder der Ersatztechnologie verzögert wird. Dies kann insbesondere auftreten, wenn die Parteien auf dem bestehenden Produkt- oder Technologiemarkt über Marktmacht verfügen und zudem die einzigen Unternehmen sind, die FuE in Bezug auf einen Ersatz für das bestehende Produkt oder die bestehende Technologie betreiben. Eine ähnliche Wirkung ist möglich, wenn einer der größten Anbieter auf einem bestehenden Markt mit einem kleineren Anbieter oder einem potenziellen Wettbewerber zusammenarbeitet, der kurz vor der Einführung eines Produkts bzw. einer Technologie steht, das bzw. die die Stellung des etablierten Anbieters gefährden könnte.

149. FuE-Vereinbarungen, die eine gemeinsame Verwertung der FuE-Ergebnisse (z. B. gemeinsame Produktion oder gemeinsamer Vertrieb) vorsehen, können den Wettbewerb stärker beschränken als Vereinbarungen, bei denen jede Partei die FuE-Ergebnisse unabhängig verwerten kann. Im Falle einer gemeinsamen Verwertung sind wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen in Form von höheren Preisen oder geringeren Produktionsmengen auf bestehenden Märkten wahrscheinlicher, wenn eine oder mehrere der Parteien über Marktmacht verfügen. Erfolgt die gemeinsame Verwertung dagegen nur im Wege der Erteilung von Lizenzen an Dritte, sind beschränkende Auswirkungen wie zum Beispiel eine Marktabschottung unwahrscheinlich.

2.3.5.3. Innovation im Zusammenhang mit völlig neuen Produkten und frühe Innovationsanstrengungen

150. Bei FuE-Vereinbarungen in Bezug auf i) die Entwicklung von Produkten oder Technologien, durch die eine völlig neue Nachfrage geschaffen würde, oder ii) frühzeitige Innovationsanstrengungen sind Auswirkungen auf die Preise und die Produktionsmengen auf bestehenden Märkten in der Regel unwahrscheinlich. In diesen Fällen konzentriert sich die Prüfung auf mögliche Beschränkungen des Innovationswettbewerbs, die z. B. die Qualität und Vielfalt möglicher künftiger Produkte oder Technologien, die Innovationsgeschwindigkeit oder das Innovationsniveau betreffen. Bei der Bewertung ist zu berücksichtigen, dass das Ergebnis von FuE naturgemäß ungewiss ist und Ergebnisse bei frühen Innovationsanstrengungen in der Regel weniger sicher sind als bei FuE-Anstrengungen kurz vor der Markteinführung der aus der FuE-Vereinbarung hervorgehenden Produkte oder Technologien.

151. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen sind in der Regel unwahrscheinlich, wenn eine ausreichende Zahl von Dritten konkurrierende FuE-Projekte durchführt. Negative Auswirkungen sind jedoch wahrscheinlicher, wenn die FuE-Vereinbarung unabhängige FuE-Anstrengungen kurz vor der Einführung des neuen Produkts oder der neuen Technologie zusammenführt. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen können sich unmittelbar aus der Koordinierung der FuE-Anstrengungen der Parteien ergeben, unabhängig davon, ob die FuE-Vereinbarung Beschränkungen der Fähigkeit der Parteien enthält, FuE unabhängig oder mit Dritten durchzuführen. Die FuE-Vereinbarung kann beispielsweise dazu führen, dass eine oder mehrere der Parteien ihr FuE-Projekt aufgeben und ihre Kapazitäten mit denen der anderen Parteien zusammenlegen.

2.3.5.4. Informationsaustausch

152. Die Umsetzung einer FuE-Vereinbarung kann den Austausch sensibler Geschäftsinformationen erfordern. Fällt die FuE-Vereinbarung an sich nicht unter das Verbot nach Artikel 101 Absatz 1, weil sie neutrale oder positive Auswirkungen auf den Wettbewerb hat, fällt auch ein Informationsaustausch, der eine Nebenabrede zu dieser Vereinbarung darstellt, nicht unter dieses Verbot ([140]). Dies ist der Fall, wenn der Informationsaustausch für die Umsetzung der FuE-Vereinbarung objektiv notwendig ist und zu den Zielen der Vereinbarung in einem angemessenen Verhältnis steht ([141]).

([139]) Dies gilt unbeschadet der Bewertung möglicher Effizienzgewinne, einschließlich derjenigen, die in der Regel bei öffentlich kofinanzierter FuE entstehen. Siehe Abschnitt 2.4.1.

([140]) Urteil des Gerichtshofs vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, Rn. 89.

([141]) Siehe auch Abschnitt 1.2.6 und Rn. 369.

153. Geht der Informationsaustausch über das hinaus, was für die Durchführung der FuE-Vereinbarung objektiv notwendig ist, oder steht er nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen der Vereinbarung, sollte er anhand der Orientierungshilfen in Kapitel 6 geprüft werden ([142]). Fällt der Informationsaustausch unter Artikel 101 Absatz 1, so kann er dennoch die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllen.

2.4. **Einzelfallprüfung von FuE-Vereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV**

154. Beschränkt eine FuE-Vereinbarung den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1, so ist sie dennoch mit Artikel 101 vereinbar, wenn sie die vier kumulativen Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt (siehe Abschnitt 1.2.7).

2.4.1. *Effizienzgewinne*

155. FuE-Vereinbarungen – mit oder ohne gemeinsame Verwertung der Ergebnisse der FuE – führen häufig zu Effizienzgewinnen, indem

a) komplementäre Fähigkeiten und Vermögenswerte der Parteien gebündelt werden, was zu einer schnelleren Entwicklung und Vermarktung verbesserter oder neuer Produkte und Technologien führt, als dies ohne die Zusammenarbeit der Fall wäre,

b) sie eine größere Verbreitung von Wissen zur Folge haben, was wiederum Innovationen befördern kann,

c) sie zu Kostensenkungen führen oder Abhängigkeiten verringern, wenn es für Produkte oder Technologien nur eine begrenzte Anzahl von Anbietern gibt.

156. Diese Effizienzgewinne können zu einem widerstandsfähigen Binnenmarkt beitragen.

157. Für die Zwecke der Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 dürfen nur objektive Vorteile berücksichtigt werden ([143]). Eine FuE-Vereinbarung kann z. B. dazu führen, dass eine oder mehrere der Parteien ihre FuE ganz oder teilweise aufgeben. Dies kann eine Senkung der (Fix-)Kosten für die Parteien bewirken, dürfte aber kaum zu Vorteilen für die Verbraucher führen, es sei denn, die Beteiligten können nachweisen, dass die Verringerung der Zahl der FuE-Anstrengungen durch eine schnellere Markteinführung der Produkte oder eine höhere Erfolgswahrscheinlichkeit der FuE aufgewogen wird.

2.4.2. *Unerlässlichkeit*

158. Wettbewerbsbeschränkungen, die weiter gehen als für die Erzielung der durch eine FuE-Vereinbarung möglichen Effizienzgewinne notwendig, erfüllen nicht die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3. Insbesondere bei den in Artikel 8 FuE-GVO ([144]) aufgeführten Kernbeschränkungen ist es unwahrscheinlich, dass sie das Kriterium der Unerlässlichkeit bei einer Einzelfallprüfung erfüllen.

2.4.3. *Weitergabe an die Verbraucher*

159. Durch unerlässliche Beschränkungen erzielte Effizienzgewinne müssen in einem solchen Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass dieser Vorteil die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der FuE-Vereinbarung aufwiegt. Zum Beispiel müssen die Vorteile der Markteinführung neuer oder verbesserter Produkte die Nachteile in Form von Preiserhöhungen oder anderen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen aufwiegen.

160. In der Regel ist es eher wahrscheinlich, dass eine FuE-Vereinbarung Effizienzgewinne erzeugt, die eine angemessene Beteiligung der Verbraucher an den erwachsenden Vorteilen ermöglicht, wenn die Parteien sich ergänzende Fähigkeiten und Vermögenswerte bündeln, z. B. Forschungskapazitäten in verschiedenen Sektoren oder verschiedenen Forschungsbereichen.

161. Je mehr Marktmacht die Parteien haben, desto unwahrscheinlicher ist es, dass sie die Effizienzgewinne in einem solchen Maße an die Verbraucher weitergeben, dass dieser Vorteil die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen aufwiegt.

2.4.4. *Keine Ausschaltung des Wettbewerbs*

162. Die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 können nicht erfüllt sein, wenn die FuE-Vereinbarung den Parteien die Möglichkeit eröffnet, für einen beträchtlichen Teil der betreffenden Produkte oder Technologien den Wettbewerb auszuschalten. Bei der Anwendung dieser Voraussetzung müssen die Auswirkungen der Vereinbarung auf den Innovationswettbewerb berücksichtigt werden.

([142]) Siehe auch Rn. 6.
([143]) Siehe Rn. 49 der Leitlinien zur Anwendung des Artikels 101 Absatz 3.
([144]) Siehe Abschnitt 2.2.4.1.

2.5. **Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung**

163. Die Prüfung nach Artikel 101 erfolgt in dem konkreten Zusammenhang der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und auf der Grundlage des zu einem bestimmten Zeitpunkt gegebenen Sachverhalts. Wesentliche Änderungen des Sachverhalts werden bei der Prüfung berücksichtigt ([145]). Die Ausnahmeregelung nach Artikel 101 Absatz 3 findet nur so lange Anwendung, wie die vier kumulativen Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt sind.

164. Bei der Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 müssen die verlorenen Erstinvestitionen der Parteien berücksichtigt werden sowie der Zeitraum und die Wettbewerbsbeschränkungen, die erforderlich sind, um eine leistungssteigernde Investition vorzunehmen und ihre Kosten zu amortisieren. Eine Anwendung von Artikel 101 ohne angemessene Berücksichtigung der vorausgegangenen Investitionen ist nicht möglich. Das Risiko, vor dem die Parteien stehen, und die verlorenen Investitionen, die zur Umsetzung der Vereinbarung vorgenommen werden müssen, können somit bewirken, dass die Vereinbarung nicht unter Artikel 101 Absatz 1 fällt bzw. die Voraussetzungen von Artikel 101 Absatz 3 für den Zeitraum erfüllt, der erforderlich ist, um die Investitionskosten zu amortisieren. Führt die Investition zu einer Erfindung und erhalten die Parteien nach den Vorschriften zum Schutz der Rechte des geistigen Eigentums ausschließliche Rechte an dieser Erfindung, so ist es in der Regel unwahrscheinlich, dass der Amortisierungszeitraum für diese Investition über den Exklusivitätszeitraum nach diesen Vorschriften hinausgeht.

165. In einigen Fällen können die Auswirkungen einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung irreversibel sein. Wenn die Vereinbarung einmal umgesetzt ist, kann die Ausgangslage nicht wiederhergestellt werden. In diesen Fällen muss die Prüfung allein anhand des zum Zeitpunkt der Umsetzung gegebenen Sachverhalts erfolgen.

166. So kann es z. B. im Falle einer FuE-Vereinbarung, die ein völlig neues Produkt betrifft, durch das kein bestehendes Produkt verbessert, ausgetauscht oder ersetzt wird, und in deren Rahmen die Parteien übereinkommen, ihr eigenes Forschungsprojekt einzustellen und ihre Kapazitäten zusammenzulegen, technisch und wirtschaftlich unmöglich sein, das aufgegebene Projekt wieder aufzunehmen. Wenn die Vereinbarung zum Zeitpunkt ihres Abschlusses mit Artikel 101 vereinbar ist, z. B. weil eine ausreichende Zahl von Dritten konkurrierende FuE-Projekte durchführen, bleibt die Übereinkunft der Parteien, ihre eigenen Projekte aufzugeben, mit Artikel 101 vereinbar, selbst wenn zu einem späteren Zeitpunkt die Drittprojekte nicht erfolgreich sind.

167. Das Verbot nach Artikel 101 Absatz 1 kann jedoch auf andere Teile der Vereinbarung anwendbar sein, für die sich die Frage der Irreversibilität nicht stellt. Wenn eine Vereinbarung beispielsweise neben der gemeinsamen FuE auch die gemeinsame Verwertung umfasst, kann Artikel 101 auf diese Bestimmungen der Vereinbarung anwendbar sein, sofern die Vereinbarung aufgrund der zwischenzeitlich erfolgten Marktentwicklungen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat und die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 nicht (mehr) erfüllt, wobei die verlorenen Ex-ante-Investitionen angemessen zu berücksichtigen sind.

2.6. **Beispiele**

168. FuE-Vereinbarungen über Produkte, durch die eine völlig neue Nachfrage geschaffen wird

Beispiel 1

Sachverhalt: Die Unternehmen A und B haben jeweils erhebliche Investitionen in FuE getätigt, um eine neue elektronische Miniaturkomponente zu entwickeln. Es wird erwartet, dass bestehende Komponenten durch die neue Komponente nicht verbessert oder ersetzt werden, sondern dass durch die neue Komponente eine völlig neue Nachfrage entsteht. Die Unternehmen A und B haben jeweils einen Prototyp entwickelt und gehen davon aus, dass sie ihn in etwa 18 Monaten auf den Markt bringen können. Darüber hinaus erwarten die Unternehmen A und B, dass nur die erste Komponente, die auf den Markt kommt, ein Kassenschlager sein wird und das zweite Unternehmen, das sein Produkt auf den Markt bringt, nicht in der Lage sein wird, die beträchtlichen FuE-Investitionen wieder hereinzuholen. Gleichzeitig gehen die Unternehmen aber davon aus, dass beide einen beträchtlichen Gewinn erzielen könnten, wenn sie das Produkt gleichzeitig auf den Markt bringen würden. Sie vereinbaren daher, ihre FuE-Anstrengungen in einem Gemeinschaftsunternehmen zu bündeln, das den Prototyp von Unternehmen A entwickelt und anschließend die neue Komponente herstellt und an beide Unternehmen liefert, die die Komponente dann unabhängig voneinander vermarkten. Infolge der Vereinbarung über das Gemeinschaftsunternehmen stellt Unternehmen B die Entwicklung seines eigenen Prototyps ein. Durch die Bündelung ihrer FuE-Anstrengungen erwarten die Parteien, dass sie die neue Komponente in weniger als einem Jahr auf den Markt bringen können. Es gibt keine anderen Unternehmen, die derzeit eine Komponente entwickeln, die gegen diese Komponente ausgetauscht werden könnte.

([145]) Siehe Rn. 44 der Leitlinien zur Anwendung des Artikels 101 Absatz 3. Zum maßgeblichen Zeitpunkt für die Prüfung der Anwendbarkeit der FuE-GVO siehe Abschnitt 2.2.5.

Analyse:

Anwendbarkeit der FuE-GVO: Durch die elektronische Miniaturkomponente, auf die sich die FuE-Vereinbarung bezieht, würde eine völlig neue Nachfrage geschaffen. Durch die Komponente würde kein bestehendes Produkt verbessert, ausgetauscht oder ersetzt. Die Unternehmen A und B sind Wettbewerber auf Innovationsebene; sie fallen jedoch nicht unter die Definition tatsächlicher oder potenzieller Wettbewerber nach der FuE-GVO ([146]), sodass ihre Vereinbarung nicht dem in Artikel 6 Absatz 1 FuE-GVO festgelegten Marktanteilsschwellenwert unterliegt. Stattdessen fällt die FuE-Vereinbarung zwischen den Unternehmen A und B unter Artikel 6 Absatz 2 der FuE-GVO und ist somit für die Dauer der FuE freigestellt, sofern die Vereinbarung alle anderen Freistellungsvoraussetzungen der FuE-GVO erfüllt (z. B. in Bezug auf die Bedingungen des Zugangs zu den FuE-Ergebnissen, das Fehlen von Kernbeschränkungen usw.).

Wahrscheinlichkeit des Entzugs des Rechtsvorteils der Gruppenfreistellung:

i) Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne des Artikels 101 Absatz 1: Die FuE-Vereinbarung würde dazu führen, dass Unternehmen B die Entwicklung seiner Prototypkomponente aufgibt, die es andernfalls wahrscheinlich in etwa 18 Monaten auf den Markt gebracht hätte. Zu dem Zeitpunkt, zu dem die Unternehmen A und B die FuE-Vereinbarung schließen, sind sie die einzigen Unternehmen, die FuE in Bezug auf die elektronische Miniaturkomponente betreiben, und es gibt kein anderes Unternehmen, das derzeit eine Komponente entwickelt, die dagegen ausgetauscht werden könnte. Außerdem befinden sich die Unternehmen in einem späten Stadium des FuE-Prozesses (sie rechnen damit, die Komponente in etwa 18 Monaten auf den Markt zu bringen), und durch die Vereinbarung könnten beide Unternehmen einen Wettlauf um die Markteinführung vermeiden und die Gefahr verringern, dass bereits getätigte Investitionen ganz oder teilweise nicht wieder hereingeholt werden können. Somit scheint es wahrscheinlich, dass die FuE-Vereinbarung den Innovationswettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 beschränkt. An dieser Schlussfolgerung ändert auch die Tatsache nichts, dass die Parteien die neue Komponente unabhängig voneinander vermarkten.

ii) Nichterfüllung der Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3: Das Gemeinschaftsunternehmen wird es den Parteien ermöglichen, die neue Komponente schneller auf den Markt zu bringen, was einen objektiven Effizienzgewinn darstellt, der den Verbrauchern zugutekommen kann. Es ist jedoch unwahrscheinlich, dass diese Zeitersparnis die Verringerung des Innovationswettbewerbs und der Produktvielfalt, die sich aus der Aufgabe des Prototyps von Unternehmen B ergibt, aufwiegt, da es wahrscheinlich ist, dass das Produkt von Unternehmen B andernfalls vor oder spätestens innerhalb eines kurzen Zeitraums nach dem Produkt von Unternehmen A auf den Markt gebracht worden wäre und die Parteien keinem anderen Wettbewerbsdruck auf der Innovationsebene ausgesetzt wären. Es sieht daher so aus, als würde die FuE-Vereinbarung zumindest eine der vier kumulativen Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3, nämlich die der angemessenen Beteiligung der Verbraucher, nicht erfüllen. Daher würde in diesem Fall der Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung nach Artikel 10 der FuE-GVO wahrscheinlich entzogen und die Vereinbarung wahrscheinlich wegen Verstoßes gegen Artikel 101 verboten werden.

169. FuE-Vereinbarungen mit Hochschulen/Forschungsinstituten

Beispiel 2

Sachverhalt: Unternehmen A ist ein großer Produzent landwirtschaftlicher Pestizide. Es ist mit seinem Bestandteil X auf einem vorgelagerten Markt für Pestizidwirkstoffe und mit seinem Pestizid Y auf einem nachgelagerten Markt für Pestizide tätig. Bestandteil X ist eine wichtige Vorleistung für die Produktion von Pestizid Y.

Unternehmen A plant die Finanzierung eines Forschungsprojekts zur Verbesserung von Bestandteil X, damit Kunden, die Pestizid Y verwenden, mit geringeren Mengen an Pestiziden die gleichen Ernteerträge erzielen können. Zu diesem Zweck schließt Unternehmen A eine FuE-Vereinbarung mit Universität B, die über erhebliche FuE-Kapazitäten in Bezug auf Pestizidbestandteile verfügt. Universität B produziert oder verkauft selbst keine Pestizide oder Pestizidbestandteile.

Die FuE-Vereinbarung sieht vor, dass Unternehmen A die FuE-Tätigkeiten nur finanziert und Universität B sie nur durchgeführt. Nach der FuE-Vereinbarung darf Universität B die FuE-Ergebnisse nicht verwerten. Nach der FuE-Vereinbarung ist das Recht zur Verwertung der Ergebnisse der Auftragsforschung und -entwicklung ausschließlich Unternehmen A vorbehalten. Universität B ist lediglich berechtigt, die Ergebnisse der FuE zum Zwecke weiterer FuE zu nutzen.

([146]) Siehe Artikel 1 Absatz 1 Nr. 15 FuE-GVO.

Analyse:

Anwendbarkeit der FuE-GVO: Unternehmen A und Universität B sind keine konkurrierenden Unternehmen im Sinne der FuE-GVO. Nach Artikel 6 Absatz 2 der FuE-GVO muss kein Marktanteilsschwellenwert eingehalten werden.

In Artikel 3 der FuE-GVO ist als allgemeine Voraussetzung für die Gruppenfreistellung festgelegt, dass alle Parteien der FuE-Vereinbarung für die Durchführung weiterer FuE und für die Verwertung uneingeschränkten Zugang zu den Ergebnissen der Auftragsforschung und -entwicklung haben müssen. Die FuE-Vereinbarung erfüllt diese Voraussetzung nicht. Die FuE-Vereinbarung fällt jedoch unter die besondere Ausnahmeregelung in Artikel 3 Absatz 5 der FuE-GVO, wonach FuE-Vereinbarungen, die die Nutzung von FuE-Ergebnissen durch Hochschulen auf weitere FuE beschränken (d. h. die Vereinbarung schließt die Verwertung der Ergebnisse aus), unter die Gruppenfreistellung fallen können.

Sofern die übrigen Voraussetzungen der FuE-GVO erfüllt sind, fällt die FuE-Vereinbarung zwischen Unternehmen A und Universität B also unter die Gruppenfreistellung, sodass keine weitere Prüfung erforderlich ist.

170. Auswirkungen der FuE-Zusammenarbeit auf die Umwelt

Beispiel 3

Sachverhalt: Zwei Mechanik-Unternehmen, die Fahrzeugkomponenten herstellen, vereinbaren die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, um ihre bestehenden FuE-Anstrengungen zusammenzulegen und die Leistung einer bestehenden Komponente zu verbessern. Wenn die gemeinsame FuE erfolgreich ist, hat die verbesserte Komponente positive Auswirkungen auf die Umwelt: Die mit der Komponente ausgerüsteten Fahrzeuge verbrauchen weniger Kraftstoff und stoßen dementsprechend weniger CO_2 aus. Die Unternehmen gehen davon aus, dass die Entwicklung des verbesserten Produkts durch die Bündelung ihrer FuE-Anstrengungen beschleunigt wird. In der Vereinbarung über das Gemeinschaftsunternehmen ist festgelegt, dass jedes Unternehmen die (bestehenden und verbesserten) Komponenten weiterhin unabhängig herstellt und verkauft. Der Marktanteil der beiden Unternehmen auf dem unionsweiten Markt für die Lieferung der bestehenden Komponente beträgt 15 % bzw. 20 %. Es gibt drei weitere wichtige konkurrierende Komponentenhersteller. Der Produktlebenszyklus der Komponente beträgt in der Regel drei bis fünf Jahre. In jedem der vergangenen drei Jahre wurde von einem der führenden Komponentenhersteller eine neue oder verbesserte Version eingeführt.

Analyse:

Anwendbarkeit der FuE-GVO: Nach der FuE-GVO ist der „relevante Produktmarkt" der Markt für die Produkte, die durch die Vertragsprodukte verbessert, ausgetauscht oder ersetzt werden können. Im vorliegenden Fall ist dies der Markt für die Fahrzeugkomponente, auf deren Verbesserung die FuE ausgerichtet ist. Der gemeinsame Marktanteil auf dem relevanten Produktmarkt beträgt 35 %. Da damit der in der FuE-GVO festgelegte Marktanteilsschwellenwert von 25 % überschritten wird, kann das Gemeinschaftsunternehmen nicht unter die Gruppenfreistellung fallen.

Einzelfallprüfung nach Artikel 101 Absatz 1: Aufgrund der Zusammenlegung der bislang unabhängigen FuE-Anstrengungen der Parteien verringert sich durch das Gemeinschaftsunternehmen die Zahl der FuE-Anstrengungen zur Verbesserung der Komponente. Ob dies zu einer spürbaren Beschränkung des Wettbewerbs auf dem relevanten Produktmarkt oder zu einer spürbaren Beschränkung des Innovationswettbewerbs führt, erfordert eine umfassende Prüfung der rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen. Zu diesem Zweck sind u. a. folgende Faktoren relevant: die Präsenz von drei anderen bedeutenden Herstellern auf dem relevanten Produktmarkt, die Innovationsbilanz dieser Hersteller, der relativ kurze Lebenszyklus der Komponente und der Umstand, dass die Parteien die bestehenden und verbesserten Komponenten weiterhin unabhängig herstellen und verkaufen. Alles in allem erscheint es unwahrscheinlich, dass das Gemeinschaftsunternehmen zu einer spürbaren Beschränkung des Wettbewerbs führt.

Einzelfallprüfung nach Artikel 101 Absatz 3: Eine Prüfung nach Artikel 101 Absatz 3 ist nur dann erforderlich, wenn davon ausgegangen wird, dass das Gemeinschaftsunternehmen den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 spürbar beschränkt. Die beschleunigte Entwicklung einer verbesserten Version der Komponente, mit der der Kraftstoffverbrauch gesenkt wird, ist ein objektiver Effizienzgewinn. Auch wenn die Parteien auf dem relevanten Komponentenmarkt über einen beträchtlichen gemeinsamen Marktanteil verfügen, ist es angesichts des Vorhandenseins anderer bedeutender Wettbewerber mit einer guten Innovationsbilanz, des kurzen Lebenszyklus der Komponente und des Umstands, dass die Parteien die Komponente

weiterhin unabhängig herstellen und verkaufen, wahrscheinlich, dass der Effizienzgewinn an die Verbraucher weitergegeben wird, und unwahrscheinlich, dass das Gemeinschaftsunternehmen den Wettbewerb auf dem relevanten Komponentenmarkt oder den relevanten Innovationswettbewerb ausschaltet. Die Behauptung der Parteien, dass die Zusammenlegung ihrer FuE-Anstrengungen unerlässlich ist, um die Entwicklung der verbesserten Komponente zu beschleunigen, erscheint plausibel. Es ist daher wahrscheinlich, dass das FuE-Gemeinschaftsunternehmen die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt.

171. Forschungspartnerschaften

Beispiel 4

Sachverhalt: Die Unternehmen A, B und C sind führende Akteure im Bereich der Technologien für erneuerbare Energien. Sie gründen eine Forschungspartnerschaft, in deren Rahmen eine FuE-Agenda mit einer langfristigen gemeinsamen Vision für die Entwicklung neuer Technologien und die Verbesserung bestehender Technologien für erneuerbare Energien festgelegt wird. Diese Agenda wird durch eine Reihe separater Folgevereinbarungen über einzelne gemeinsame FuE-Projekte und Auftragsforschungs- und -entwicklungsprojekte umgesetzt.

Diese Agenda wird in einer Absichtserklärung festgeschrieben, mit der ein Rahmen für die Zusammenarbeit zwischen den Parteien, einschließlich Zielen und Bedingungen, Governance-Vorschriften und Überwachungsmechanismen, geschaffen wird. In der Absichtserklärung ist insbesondere ein Vergütungsmechanismus für den Fall vorgesehen, dass eine Partei die Ergebnisse der von der anderen Partei durchgeführten FuE verwerten möchte.

Analyse:

Anwendbarkeit der FuE-GVO: Da sich die Absichtserklärung nicht auf konkrete FuE-Projekte bezieht (sie dient lediglich der Festlegung allgemeiner Bedingungen für die Durchführung von FuE-Projekten, die Gegenstand gesonderter, späterer Vereinbarungen sein werden), stellt die Absichtserklärung an sich keine FuE-Vereinbarung im Sinne der FuE-GVO dar. Die Gruppenfreistellung ist daher nicht anwendbar.

Einzelfallprüfung nach Artikel 101 Absatz 1 und Artikel 101 Absatz 3: Die Parteien der Absichtserklärung sind alle im Bereich der Technologien für erneuerbare Energien tätig, aber die Absichtserklärung ist eine Rahmenvereinbarung auf hoher Ebene, die sich nicht auf die konkreten FuE-Projekte bezieht. Es ist daher nicht möglich festzustellen, ob die Parteien tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber im Sinne dieser Vereinbarung sind. Ihr Wettbewerbsverhältnis kann erst dann beurteilt werden, wenn sie die späteren FuE-Vereinbarungen schließen. Die Absichtserklärung beschränkt daher nicht den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1.

3. PRODUKTIONSVEREINBARUNGEN

3.1. Einleitung

172. Dieses Kapitel enthält Erläuterungen zur Prüfung horizontaler Produktionsvereinbarungen. Für die Zwecke dieses Kapitels bezeichnet „Produktion" die Herstellung von Waren und die Vorbereitung von Dienstleistungen ([147]).

173. Form und Geltungsbereich von Produktionsvereinbarungen sind sehr unterschiedlich:

a) Sie können vorsehen, dass die Produktion gemeinsam erfolgt, z. B. durch ein Gemeinschaftsunternehmen, ein gemeinsames Team oder eine gemeinsame Organisation, oder

b) sie können vorsehen, dass die Produktion nur von einer Partei oder von zwei oder mehr Parteien im Rahmen einer lockereren Form der Zusammenarbeit wie Zuliefervereinbarungen erfolgt.

174. Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion sind Vereinbarungen, in der sich zwei oder mehr Unternehmen verpflichten, bestimmte Produkte gemeinsam herzustellen. Die gemeinsame Produktion kann auf unterschiedliche Weise erfolgen, z. B. durch i) ein Gemeinschaftsunternehmen, d. h. ein gemeinsam kontrolliertes Unternehmen, das eine oder mehrere Produktionsanlagen betreibt ([148]), oder ii) ein gemeinsames Team oder eine gemeinsame Organisation, bestehend aus einer gleichen oder ungleichen Anzahl von Vertretern der Parteien.

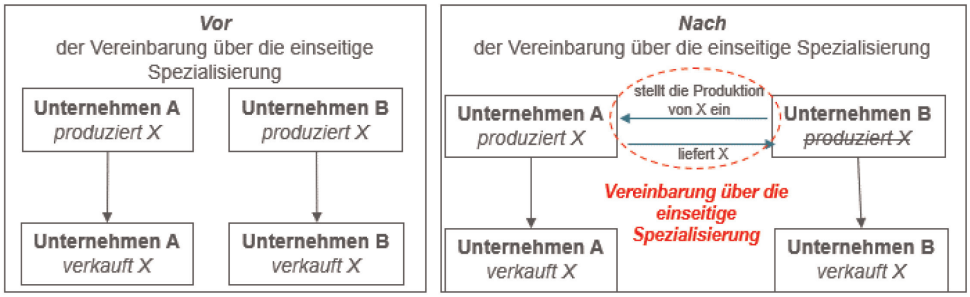
([147]) Zur Vorbereitung von Dienstleistungen siehe insbesondere Rn. 200.

([148]) Siehe Rn. 12 und 46. Diese Leitlinien gelten nicht für Vorhaben, die einen Zusammenschluss im Sinne des Artikels 3 der Fusionskontrollverordnung darstellen; dazu gehört auch die Gründung von Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen.

175. Zuliefervereinbarungen sind Vereinbarungen, mit denen eine Partei (der „Auftraggeber“) eine andere Partei (den „Zulieferer“) mit der Produktion eines Produkts betraut. Für die Zwecke dieses Kapitels bezeichnet „horizontale Zuliefervereinbarungen“ Zuliefervereinbarungen zwischen Unternehmen, die auf demselben sachlich relevanten Markt, aber nicht notwendigerweise auf demselben räumlichen Markt tätig und somit nicht unbedingt Wettbewerber sind. Zu den horizontalen Zuliefervereinbarungen gehören Vereinbarungen über die einseitige und die gegenseitige Spezialisierung sowie sonstige Formen von Zuliefervereinbarungen.

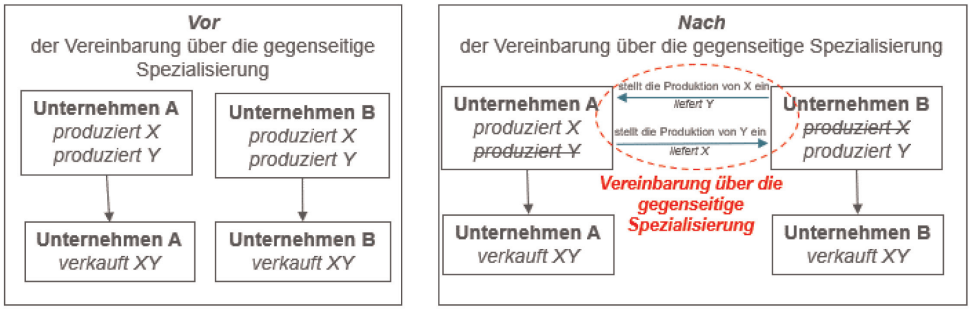
176. *Vereinbarungen über die einseitige Spezialisierung* sind Vereinbarungen zwischen zwei oder mehr auf demselben sachlich relevanten Markt tätigen Parteien, mit denen sich eine oder mehrere Parteien verpflichten, die Produktion bestimmter Produkte ganz oder teilweise einzustellen oder von deren Produktion abzusehen und diese Produkte von der anderen Partei bzw. den anderen Parteien zu beziehen, die sich ihrerseits verpflichten, diese Produkte zu produzieren und an die Partei oder Parteien zu liefern, die die Produktion einstellen oder von deren Produktion absehen.

Beispiel für eine Vereinbarung über die einseitige Spezialisierung



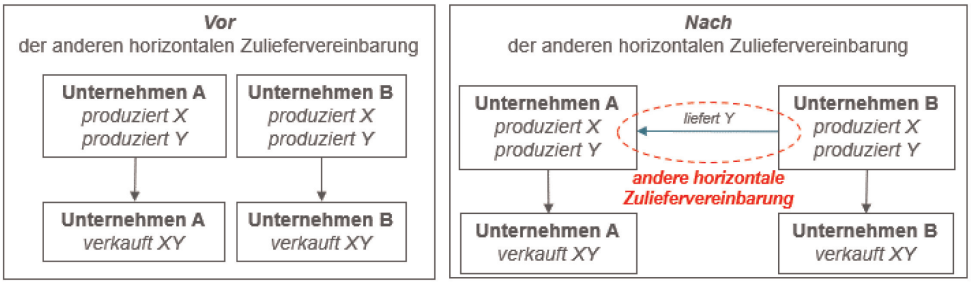
177. *Vereinbarungen über die gegenseitige Spezialisierung* sind Vereinbarungen zwischen zwei oder mehr auf demselben sachlich relevanten Markt tätigen Parteien, mit denen sich zwei oder mehr Parteien auf der Grundlage der Gegenseitigkeit verpflichten, die Produktion bestimmter, aber unterschiedlicher Produkte ganz oder teilweise einzustellen oder von deren Produktion abzusehen und diese Produkte von einer oder mehreren der anderen Parteien zu beziehen, die sich ihrerseits verpflichten, diese Produkte zu produzieren und an die Partei oder Parteien zu liefern, die die Produktion einstellen oder von deren Produktion absehen.

Beispiel für eine Vereinbarung über die gegenseitige Spezialisierung



178. Die Erläuterungen in diesem Kapitel gelten auch für *andere Formen horizontaler Zuliefervereinbarungen*. Dazu gehören Zuliefervereinbarungen zur Produktionsausweitung, bei denen der Auftraggeber nicht gleichzeitig seine eigene Produktion des Produkts einstellt oder begrenzt.

Beispiel für eine Spezialisierungsvereinbarung zur Produktionsausweitung



179. Diese Leitlinien gelten für alle Formen von horizontalen Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion und horizontalen Zuliefervereinbarungen ([149]).

180. Aus Gründen der Zweckmäßigkeit sollten Unternehmen, die beabsichtigen, horizontale Produktionsvereinbarungen zu schließen, zunächst prüfen, ob ihre Vereinbarung womöglich unter die Spezialisierungs-GVO fällt ([150]). Die Freistellung nach der Spezialisierungs-GVO beruht auf der Annahme, dass eine Produktionsvereinbarung, soweit sie unter Artikel 101 Absatz 1 fällt und die in der Spezialisierungs-GVO genannten Voraussetzungen erfüllt, in der Regel die Voraussetzungen nach Artikel 101 Absatz 3 erfüllt. Erfüllt eine horizontale Produktionsvereinbarung die Voraussetzungen nach der Spezialisierungs-GVO, ist sie mit Artikel 101 vereinbar und bedarf keiner weiteren Prüfung ([151]). Fällt eine Produktionsvereinbarung nicht unter die Spezialisierungs-GVO oder erfüllt sie nicht die Voraussetzungen dieser Verordnung, ist eine Einzelfallprüfung nach Artikel 101 erforderlich, um zunächst festzustellen, ob die Vereinbarung den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 beschränkt und in einem zweiten Schritt, falls dies der Fall ist, ob die Vereinbarung alle vier Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt.

181. Dieses Kapitel ist wie folgt aufgebaut:

a) Abschnitt 3.2 enthält Erläuterungen zur Ermittlung der für die Prüfung von Produktionsvereinbarungen relevanten Märkte.

b) Abschnitt 3.3 enthält Erläuterungen zur Anwendung der Spezialisierungs-GVO, einschließlich der Voraussetzungen für die Freistellung von Spezialisierungsvereinbarungen, des Marktanteilsschwellenwerts sowie der Kernbeschränkungen und nicht freigestellten Beschränkungen.

c) Abschnitt 3.4 enthält Erläuterungen zur Einzelfallprüfung von Produktionsvereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 1.

d) Abschnitt 3.5 enthält Erläuterungen zur Einzelfallprüfung von Produktionsvereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 3.

e) Abschnitt 3.6 enthält spezifische Erläuterungen zur Prüfung von Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen nach Artikel 101 Absatz 1 und Artikel 101 Absatz 3.

3.2. **Relevante Märkte**

182. In der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes werden die wichtigsten Kriterien und Nachweise erläutert, die die Kommission bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts der Union zur Abgrenzung der relevanten Märkte heranzieht (siehe auch Randnummer 44). Sie gelten für die Prüfung von Produktionsvereinbarungen nach Artikel 101.

183. Produktionsvereinbarungen wirken sich auf die von der Zusammenarbeit unmittelbar betroffenen Märkte aus, d. h. auf die Märkte, zu denen die im Rahmen der Produktionsvereinbarung hergestellten Produkte gehören. Produktionsvereinbarungen können sich auch auf Märkte auswirken, die den von der Zusammenarbeit unmittelbar betroffenen Märkten vor- oder nachgelagert sind oder bei denen es sich um benachbarte Märkte handelt (im Folgenden „Spillover-Märkte“) ([152]). Solche Spillover-Märkte dürften für die Prüfung relevant sein, wenn die Märkte voneinander abhängig sind und die Parteien auf dem Spillover-Markt eine starke Stellung innehaben.

184. Für die Zwecke der Spezialisierungs-GVO bezeichnet der „relevante Markt“ den sachlich und räumlich relevanten Markt, zu dem die im Rahmen der Spezialisierungsvereinbarung hergestellten Produkte gehören. Wenn es sich bei diesen Produkten um Zwischenprodukte handelt, die von einer oder mehreren der Parteien ganz oder teilweise intern als Vorleistungen für nachgelagerte Produkte verwendet werden, bezeichnet „relevanter Markt“ auch den sachlich und räumlich relevanten Markt, zu dem diese nachgelagerten Produkte gehören.

([149]) Vertikale Zuliefervereinbarungen sind nicht Gegenstand dieser Leitlinien. Vertikale Zuliefervereinbarungen werden zwischen Unternehmen geschlossen, die auf verschiedenen Stufen der Produktions- oder Vertriebskette tätig sind. Diese Vereinbarungen können unter die Leitlinien für vertikale Beschränkungen fallen und unter bestimmten Voraussetzungen nach der Vertikal-GVO freigestellt werden. Zudem kann auf diese Vereinbarungen die Bekanntmachung der Kommission vom 18. Dezember 1978 über die Beurteilung von Zulieferverträgen nach Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (ABl. C 1 vom 3.1.1979, S. 2) (im Folgenden „Bekanntmachung über die Beurteilung von Zulieferverträgen“) Anwendung finden.

([150]) Verordnung (EU) Nr. 2023/1067 der Kommission vom 1. Juni 2023 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen (ABl. L 143 vom 2.6.2023, S. 20).

([151]) Es sei denn, die Kommission oder eine nationale Wettbewerbsbehörde entzieht im Einzelfall den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung (siehe Abschnitt 3.3.7).

([152]) Siehe Artikel 2 Absatz 5 erster Gedankenstrich der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates.

3.3. **Spezialisierungs-GVO**

185. Mit der Spezialisierungs-GVO werden bestimmte Produktionsvereinbarungen vom Verbot nach Artikel 101 Absatz 1 freigestellt ([153]). Die Freistellung nach der Spezialisierungs-GVO beruht auf der Annahme, dass eine Produktionsvereinbarung, soweit sie unter Artikel 101 Absatz 1 fällt und die Voraussetzungen der Spezialisierungs-GVO erfüllt, im Allgemeinen die vier kumulativen Voraussetzungen nach Artikel 101 Absatz 3 erfüllt. Aus Gründen der Zweckmäßigkeit sollten Unternehmen, die beabsichtigen, eine Produktionsvereinbarung zu schließen, zunächst prüfen, ob ihre Vereinbarung womöglich unter die Spezialisierungs-GVO fällt.

186. Produktionsvereinbarungen, die die Voraussetzungen der Spezialisierungs-GVO erfüllen, sind mit Artikel 101 vereinbar und bedürfen keiner weiteren Prüfung ([154]). Erfüllt eine Produktionsvereinbarung nicht die Voraussetzungen der Spezialisierungs-GVO, ist eine Einzelfallprüfung nach Artikel 101 erforderlich, um zunächst festzustellen, ob die Vereinbarung den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 beschränkt ([155]) und, falls dies der Fall ist, ob die Vereinbarung die vier kumulativen Voraussetzungen nach Artikel 101 Absatz 3 erfüllt.

3.3.1. *Produktionsvereinbarungen, die unter die Spezialisierungs-GVO fallen*

187. Unter die Spezialisierungs-GVO fallen die folgenden Arten von horizontalen Produktionsvereinbarungen: a) Vereinbarungen über die einseitige Spezialisierung, b) Vereinbarungen über die gegenseitige Spezialisierung und c) Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion. In der Spezialisierungs-GVO wird der Begriff „Spezialisierungsvereinbarung" für alle drei Arten von horizontalen Produktionsvereinbarungen verwendet. In jedem Fall kann sich die Vereinbarung auf die Herstellung von Waren und/oder die Vorbereitung von Dienstleistungen beziehen ([156]).

188. In Artikel 1 Absatz 1 Nummer 1 Buchst. a der Spezialisierungs-GVO sind *Vereinbarungen über die einseitige Spezialisierung* wie folgt definiert:

a) An der Vereinbarung sind zwei oder mehr Parteien beteiligt,

b) die Parteien der Vereinbarung sind bereits auf demselben sachlich relevanten Markt tätig,

c) eine oder mehrere Parteien verpflichten sich, die Produktion bestimmter Produkte ganz oder teilweise einzustellen oder von deren Produktion abzusehen und diese Produkte von einer oder mehreren der anderen Parteien zu beziehen, und

d) eine oder mehrere andere Parteien verpflichten sich, diese Produkte für die andere Partei oder die anderen Parteien, die deren Produktion einstellen oder von deren Produktion absehen, zu produzieren und an sie zu liefern.

189. Die Definition von Vereinbarungen über die einseitige Spezialisierung schreibt nicht vor, dass i) die Parteien auf demselben räumlich relevanten Markt tätig sind oder ii) die Partei oder Parteien, die die Produktion bestimmter Produkte einstellen oder von deren Produktion absehen, ihre Kapazitäten verringern (z. B. Verkauf von Fabriken oder Stilllegung von Produktionslinien). Es reicht aus, wenn sie ihre Produktionsmengen reduzieren.

190. In Artikel 1 Absatz 1 Nummer 1 Buchst. b der Spezialisierungs-GVO sind *Vereinbarungen über die gegenseitige Spezialisierung* wie folgt definiert:

a) An der Vereinbarung sind zwei oder mehr Parteien beteiligt,

b) die Parteien der Vereinbarung sind bereits auf demselben sachlich relevanten Markt tätig,

c) zwei oder mehr Parteien verpflichten sich auf der Grundlage der Gegenseitigkeit, die Produktion bestimmter, aber unterschiedlicher Produkte ganz oder teilweise einzustellen oder von deren Produktion abzusehen und diese Produkte von einer oder mehreren der anderen Parteien zu beziehen, und

d) eine oder mehrere der anderen Parteien verpflichten sich, diese Produkte für die Parteien, die deren Produktion einstellen oder von deren Produktion absehen, zu produzieren und an sie zu liefern.

191. Die Definition der Vereinbarungen über die gegenseitige Spezialisierung schreibt nicht vor, dass i) die Parteien auf demselben räumlich relevanten Markt tätig sind oder ii) die Parteien, die die Produktion einstellen oder von der Produktion absehen, ihre Kapazitäten verringern (z. B. Verkauf von Fabriken oder Stilllegung von Produktionslinien). Es reicht aus, wenn sie ihre Produktionsmengen reduzieren.

([153]) Die Verordnung (EWG) Nr. 2821/71 ermächtigt die Kommission, nach Artikel 101 Absatz 3 Gruppenfreistellungsverordnungen für Vereinbarungen zu erlassen, die eine Spezialisierung zum Gegenstand haben, einschließlich Vereinbarungen, die zur Erreichung der Spezialisierung erforderlich sind.

([154]) Es sei denn, die Kommission oder eine nationale Wettbewerbsbehörde entzieht im Einzelfall den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung (siehe Abschnitt 3.3.7).

([155]) Für die Prüfung von Spezialisierungsvereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 1 siehe Abschnitt 3.4.

([156]) Siehe sechster Erwägungsgrund und Artikel 1 Absatz 1 Nr. 5 Spezialisierungs-GVO.

192. In Artikel 1 Absatz 1 Nummer 1 Buchst. c der Spezialisierungs-GVO sind *Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion* wie folgt definiert:

a) An der Vereinbarung sind zwei oder mehr Parteien beteiligt, und

b) die Parteien verpflichten sich, bestimmte Produkte gemeinsam zu produzieren.

193. In der Spezialisierungs-GVO wird der Begriff „gemeinsam" in Zusammenhang mit der Produktion nicht definiert. Für die Zwecke der Spezialisierungs-GVO kann die gemeinsame Produktion in jeder Form erfolgen (z. B. durch ein gemeinsames Unternehmen, eine gemeinsame Organisation oder ein gemeinsames Team). Darüber hinaus ist bei Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion nicht vorgeschrieben, dass eine oder mehrere Parteien die Produktion von Produkten einstellen oder von der Produktion absehen müssen.

3.3.2. *Sonstige Bestimmungen, die unter die Spezialisierungs-GVO fallen*

194. Die Freistellung nach der Spezialisierungs-GVO gilt auch für bestimmte Bestimmungen, die üblicherweise in Produktionsvereinbarungen verwendet werden.

195. *Bestimmungen über die Übertragung von Rechten des geistigen Eigentums oder die Erteilung diesbezüglicher Lizenzen an eine oder mehrere Parteien*. Nach Artikel 2 Absatz 3 der Spezialisierungs-GVO gilt die Gruppenfreistellung auch für Spezialisierungsvereinbarungen, die Bestimmungen enthalten, die sich auf die Übertragung von Rechten des geistigen Eigentums oder die Erteilung diesbezüglicher Lizenzen an eine oder mehrere der Parteien beziehen, sofern diese Bestimmungen zwei kumulative Voraussetzungen erfüllen:

a) Sie beziehen sich unmittelbar auf die Umsetzung der Spezialisierungsvereinbarung und sind dafür erforderlich.

b) Sie sind nicht Hauptgegenstand der Vereinbarung.

196. *Bestimmungen über Liefer- und Bezugsverpflichtungen*. Nach Artikel 2 Absatz 4 Buchst. a der Spezialisierungs-GVO gilt die Gruppenfreistellung auch für Spezialisierungsvereinbarungen, in deren Rahmen die Parteien eine Alleinbezugs- oder eine Alleinbelieferungsverpflichtung akzeptieren ([157]); diese Verpflichtungen sind wie folgt definiert:

a) „*Alleinbelieferungsverpflichtung*" bezeichnet die Verpflichtung, die Spezialisierungsprodukte nicht an konkurrierende Unternehmen zu liefern, es sei denn, es handelt sich dabei um eine oder mehrere Parteien der Vereinbarung (siehe Artikel 1 Absatz 1 Nummer 10 Spezialisierungs-GVO). „*Spezialisierungsprodukte*" bezeichnet Produkte, die im Rahmen einer Spezialisierungsvereinbarung produziert werden (siehe Artikel 1 Absatz 1 Nummer 6 Spezialisierungs-GVO).

b) „*Alleinbezugsverpflichtung*" bezeichnet die Verpflichtung, die Spezialisierungsprodukte nur von einer oder mehreren Parteien der Vereinbarung zu beziehen (siehe Artikel 1 Absatz 1 Nummer 11 Spezialisierungs-GVO).

3.3.3. *Vertrieb im Rahmen der Spezialisierungs-GVO*

197. Nach Artikel 2 Absatz 4 Buchst. b der Spezialisierungs-GVO gilt die Gruppenfreistellung auch für Spezialisierungsvereinbarungen, die den gemeinsamen Vertrieb der Spezialisierungsprodukte vorsehen. Den Parteien bleibt es unbenommen, die Spezialisierungsprodukte auch unabhängig voneinander zu verkaufen.

198. In Artikel 1 Absatz 1 Nummer 13 der Spezialisierungs-GVO ist „*Vertrieb*" definiert als der Verkauf und die Lieferung der Spezialisierungsprodukte an Kunden, einschließlich der Vermarktung dieser Produkte.

199. Nach Artikel 1 Absatz 1 Nummer 12 der Spezialisierungs-GVO bezeichnet „*gemeinsam*" im Zusammenhang mit dem Vertrieb die Ausübung von Vertriebstätigkeiten

a) durch ein gemeinsames Team, eine gemeinsame Organisation oder ein gemeinsames Unternehmen oder

b) durch einen dritten Vertriebshändler, der zwei kumulative Voraussetzungen erfüllt:

a) Der Vertriebshändler wurde von den Parteien der Spezialisierungsvereinbarung gemeinsam ernannt (mit oder ohne Ausschließlichkeitsbindung).

b) Der Vertriebshändler ist kein tatsächlicher oder potenzieller Wettbewerber der Parteien der Spezialisierungsvereinbarung.

([157]) Es sei darauf hingewiesen, dass Vereinbarungen über die einseitige und über die gegenseitige Spezialisierung Liefer- und Bezugsverpflichtungen enthalten müssen, damit sie unter die Definitionen dieser Vereinbarungen nach Artikel 1 der Spezialisierungs-GVO fallen (siehe Rn. 188 und 190).

3.3.4. *Dienstleistungen im Rahmen der Spezialisierungs-GVO*

200. Die Spezialisierungs-GVO gilt für Spezialisierungsvereinbarungen, die die Vorbereitung von Dienstleistungen betreffen. Die Vorbereitung von Dienstleistungen bezieht sich auf Tätigkeiten, die der Erbringung von Dienstleistungen für Kunden vorgelagert sind (Artikel 1 Absatz 1 Nummer 5 Spezialisierungs-GVO). Beispiele für die Vorbereitung von Dienstleistungen sind die Schaffung oder der Betrieb einer Plattform, über die Dienstleistungen erbracht werden sollen.

201. Wie im sechsten Erwägungsgrund der Spezialisierungs-GVO erläutert, fällt die Erbringung von Dienstleistungen an Kunden jedoch nicht in den Anwendungsbereich der Spezialisierungs-GVO, außer wenn die Parteien sich verpflichten, die im Rahmen der Spezialisierungsvereinbarung vorbereiteten Dienstleistungen gemeinsam zu erbringen.

3.3.5. *Marktanteilsschwellenwert und Dauer der Freistellung*

3.3.5.1. Marktanteilsschwellenwert

202. Spezialisierungsvereinbarungen können unter die Gruppenfreistellung fallen, wenn die folgenden Marktanteilsschwellenwerte nach Artikel 3 der Spezialisierungs-GVO eingehalten werden:

a) Der gemeinsame Anteil der Parteien auf dem bzw. den relevanten Märkten, zu dem bzw. denen die Spezialisierungsprodukte gehören, beträgt höchstens 20 %.

b) Handelt es sich bei den Spezialisierungsprodukten um Zwischenprodukte, die von einer oder mehreren der Parteien ganz oder teilweise intern als Vorleistungen für die Produktion bestimmter nachgelagerter Produkte verwendet werden, die die Parteien auch verkaufen, so ist die Freistellung nach der Spezialisierungs-GVO an folgende Voraussetzungen geknüpft:

a) Der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf dem bzw. den relevanten Märkten, zu dem bzw. denen die Spezialisierungsprodukte gehören, beträgt höchstens 20 %, und

b) der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf dem bzw. den relevanten Märkten, zu dem bzw. denen die nachgelagerten Produkte gehören, beträgt höchstens 20 %. In der Spezialisierungs-GVO ist ein „nachgelagertes Produkt“ definiert als ein Produkt, für das ein Spezialisierungsprodukt von einer oder mehreren der Parteien als Vorleistung verwendet wird und das von diesen Parteien auf dem Markt verkauft wird (Artikel 1 Absatz 1 Nummer 7 Spezialisierungs-GVO).

3.3.5.2. Berechnung der Marktanteile

203. Nach der Spezialisierungs-GVO sind die Marktanteile der Parteien auf der Grundlage von Angaben über den Absatzwert zu berechnen (Artikel 4 Buchst. a Spezialisierungs-GVO). Liegen keine Angaben über den Absatzwert vor, so können die Parteien zur Berechnung ihrer Marktanteile andere verlässliche Marktdaten (wie u. a. Absatzmengen) heranziehen.

204. Der Marktanteilsschwellenwert gilt während der gesamten Laufzeit der Spezialisierungsvereinbarung. Für die Prüfung, ob diese Voraussetzung erfüllt ist, müssen die Marktanteile der Parteien auf der Grundlage der Angaben für das Kalenderjahr berechnet werden, das dem Datum der Prüfung vorausgeht (Artikel 4 Buchst. b Spezialisierungs-GVO).

205. In einigen Fällen sind die Angaben für das vorangegangene Kalenderjahr für die Stellung der Parteien auf dem bzw. den relevanten Märkten nicht repräsentativ. Dies ist beispielsweise bei Märkten der Fall, die von seltenen Großaufträgen bzw. unregelmäßiger Nachfrage gekennzeichnet sind. Beispiele für Märkte mit einer solchen unsteten Nachfrage sind Auftragsmärkte, bei denen sich die Marktanteile von Jahr zu Jahr erheblich verändern können, je nachdem, ob eine Partei einen Auftrag erhält oder nicht. Wenn das vorangegangene Kalenderjahr für die Stellung der Parteien auf dem bzw. den relevanten Märkten nicht repräsentativ ist, ist der Marktanteil als Durchschnitt der Marktanteile der Parteien in den drei vorangegangenen Kalenderjahren zu berechnen.

3.3.5.3. Dauer der Freistellung

206. Die Freistellung nach der Spezialisierungs-GVO ist nicht befristet. Die Freistellung gilt für die Laufzeit der Spezialisierungsvereinbarung, solange die Marktanteilsschwellenwerte und die übrigen Voraussetzungen der Spezialisierungs-GVO eingehalten werden.

207. In Artikel 4 Buchst. d der Spezialisierungs-GVO ist Folgendes festgelegt: Beträgt der gemeinsame Marktanteil der Parteien ursprünglich nicht mehr als 20 % und überschreitet er anschließend auf mindestens einem der relevanten Märkte, den die Spezialisierungsvereinbarung betrifft, diesen Schwellenwert, so gilt die Gruppenfreistellung weiter für zwei aufeinanderfolgende Kalenderjahre im Anschluss an das Jahr, in dem der Schwellenwert von 20 % erstmals überschritten wurde.

3.3.6. *Kernbeschränkungen in der Spezialisierungs-GVO*

3.3.6.1. Kernbeschränkungen

208. Artikel 5 der Spezialisierungs-GVO enthält eine Liste von Kernbeschränkungen. Bei Kernbeschränkungen handelt es sich um schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen, die dem Markt und den Verbrauchern in der Regel schaden.

209. Enthält eine Spezialisierungsvereinbarung eine oder mehrere der in Artikel 5 der Spezialisierungs-GVO aufgeführten Kernbeschränkungen, so ist die gesamte Vereinbarung von der Gruppenfreistellung ausgenommen.

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

a) Festsetzung der Preise für den Verkauf der Spezialisierungsprodukte an Dritte,

b) Beschränkung von Produktion oder Absatz und

c) Zuweisung von Märkten oder Kunden.

211. Solche Beschränkungen können a) unmittelbar oder mittelbar und b) für sich allein oder in Verbindung mit anderen Umständen, auf die die Parteien der Spezialisierungsvereinbarung Einfluss haben, erreicht werden.

3.3.6.2. Ausnahmen

212. Artikel 5 der Spezialisierungs-GVO enthält ferner mehrere Ausnahmen zu den Kernbeschränkungen. Spezialisierungsvereinbarungen, die Bestimmungen im Einklang mit diesen Ausnahmen enthalten, können somit weiterhin unter die Freistellung fallen, sofern die übrigen Voraussetzungen der Spezialisierungs-GVO erfüllt sind.

a) *Festsetzung der Preise*. Im Rahmen des *gemeinsamen Vertriebs* ist nach der Spezialisierungs-GVO die Festsetzung der Preise für direkte Abnehmer zulässig (Artikel 5 Buchst. a).

b) Beschränkung von Produktion oder Absatz.

a) Im Rahmen von *Vereinbarungen über die einseitige oder über die gegenseitige Spezialisierung* sind nach der Spezialisierungs-GVO Bestimmungen über die vereinbarten Mengen an Produkten zulässig, die i) eine oder mehrere Parteien nicht mehr produzieren und/oder die ii) eine oder mehrere Parteien für die andere Partei bzw. die anderen Parteien produzieren (Artikel 5 Buchst. b Ziffer i).

b) Im Rahmen von *Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion* sind nach der Spezialisierungs-GVO für die Spezialisierungsprodukte Bestimmungen über die Festlegung von Kapazität und Produktionsvolumen der Parteien zulässig (Artikel 5 Buchst. b Ziffer ii).

c) Im Rahmen des *gemeinsamen Vertriebs* sind nach der Spezialisierungs-GVO für die Spezialisierungsprodukte Bestimmungen zur Festlegung von Absatzzielen zulässig (Artikel 5 Buchst. b Ziffer iii).

3.3.7. *Entzug des durch die Spezialisierungs-GVO gewährten Rechtsvorteils*

213. Nach den Artikeln 6 und 7 der Spezialisierungs-GVO können die Kommission und die nationalen Wettbewerbsbehörden den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung nach Artikel 29 Absatz 1 und Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 entziehen, wenn sie feststellen, dass eine Spezialisierungsvereinbarung, die unter die Gruppenfreistellung fällt, im Einzelfall doch Auswirkungen hat, die mit Artikel 101 Absatz 3 unvereinbar sind. Artikel 6 Absatz 2 der Spezialisierungs-GVO enthält eine nicht erschöpfende Liste von Szenarien, in denen die Kommission in Erwägung ziehen kann, von dieser Befugnis Gebrauch zu machen, nämlich wenn der relevante Markt stark konzentriert ist und bereits kaum Wettbewerb herrscht, was z. B. auf einen oder mehrere der folgenden Gründe zurückzuführen sein kann:

a) die individuelle Marktstellung anderer Marktteilnehmer,

b) Verbindungen zwischen anderen Marktteilnehmern aufgrund paralleler Spezialisierungsvereinbarungen oder

c) Verbindungen zwischen den Parteien und anderen Marktteilnehmern.

214. So könnten beispielsweise eine oder mehrere der Parteien einer Spezialisierungsvereinbarung mit anderen Marktteilnehmern separate Spezialisierungsvereinbarungen geschlossen haben. Alternativ könnten eine oder mehrere der Parteien in Bezug auf andere Märkte vertragliche oder strukturelle Verbindungen zu anderen Marktteilnehmern haben.

215. Die in Kapitel 2 über FuE-Vereinbarungen enthaltenen Erläuterungen zum Verfahren für den Entzug des Rechtsvorteils der Gruppenfreistellung in Einzelfällen und zu den Folgen des Entzugs sind auch für den Entzug des durch die Spezialisierungs-GVO gewährten Rechtsvorteils relevant (siehe Abschnitt 2.2.6).

3.3.8. *Übergangszeitraum*

216. In der Spezialisierungs-GVO ist ein Übergangszeitraum von zwei Jahren vorgesehen (vom 1. Juli 2023 bis zum 30. Juni 2025), in dem das Verbot nach Artikel 101 Absatz 1 nicht für Spezialisierungsvereinbarungen gilt, die bereits am 30. Juni 2023 in Kraft waren und zwar nicht die Freistellungsvoraussetzungen der Spezialisierungs-GVO, aber die Freistellungsvoraussetzungen der Verordnung (EU) Nr. 1218/2010 der Kommission ([158]) erfüllen.

3.4. Einzelfallprüfung von Produktionsvereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 1 AEUV

217. Fällt eine Produktionsvereinbarung nicht unter die Freistellung nach der Spezialisierungs-GVO, ist eine Einzelfallprüfung nach Artikel 101 erforderlich. Der erste Schritt der Prüfung besteht darin, festzustellen, ob die Vereinbarung den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 beschränkt ([159]). Beschränkt die Vereinbarung den Wettbewerb im Sinne dieser Bestimmung, so ist in einem zweiten Schritt festzustellen, ob die Vereinbarung die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt ([160]).

3.4.1. *Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken*

218. Produktionsvereinbarungen können verschiedene wettbewerbsrechtliche Bedenken aufwerfen, darunter:

a) unmittelbare Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Parteien,

b) Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Parteien als Anbieter oder

c) wettbewerbswidrige Abschottung eines Spillover-Marktes gegenüber Dritten.

219. Produktionsvereinbarungen können zu einer *unmittelbaren Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Parteien* führen. Produktionsvereinbarungen und insbesondere Gemeinschaftsunternehmen für die Produktion ([161]) können die Parteien dazu verleiten, Produktionsmengen, Produktqualität, Preise, zu denen das Gemeinschaftsunternehmen seine Produkte verkauft, oder andere relevante Wettbewerbsparameter (z. B. Innovation oder Nachhaltigkeit) unmittelbar anzugleichen. Dadurch kann der Wettbewerb beschränkt werden, auch wenn die Parteien die im Rahmen der Vereinbarung hergestellten Produkte unabhängig voneinander verkaufen.

220. Produktionsvereinbarungen können ferner zu einer *Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Parteien als Anbieter* führen, d. h. zu einem *Kollusionsergebnis*, das höhere Preise, geringere Produktionsmengen, geringere Produktqualität, geringere Produktvielfalt oder geringere Innovation zur Folge hat ([162]). Ein Kollusionsergebnis ist wahrscheinlicher, wenn

a) die Parteien über Marktmacht verfügen und

b) es Faktoren gibt, die eine solche Koordinierung begünstigen, z. B.

   a) wenn die Produktionsvereinbarung die Angleichung der Kosten der Parteien (d. h. des Anteils der für alle Parteien anfallenden variablen Kosten) in einem Maße verstärkt, das es ihnen ermöglicht, ein Kollusionsergebnis zu erzielen, oder

   b) wenn die Vereinbarung einen Austausch sensibler Geschäftsinformationen beinhaltet, der zu einem Kollusionsergebnis führen kann.

([158]) Verordnung (EU) Nr. 1218/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen (ABl. L 335 vom 18.12.2010, S. 43).

([159]) Ist dies nicht der Fall, findet Artikel 101 keine Anwendung und es ist keine weitere Prüfung erforderlich.

([160]) Siehe Abschnitt 3.5.

([161]) Siehe Rn. 46 („Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen“) und Rn. 12 („Haftung bei Verstößen gegen Artikel 101“).

([162]) Produktionsvereinbarungen können auch zur Koordinierung des Verhaltens der Parteien als Käufer führen. In diesem Fall können, wie in Rn. 6 dargelegt, die Erläuterungen in Kapitel 4 (Einkaufsvereinbarungen) zusätzlich zu den Erläuterungen in diesem Kapitel 3 relevant sein.

221. Produktionsvereinbarungen können darüber hinaus zu einer wettbewerbswidrigen Abschottung nachgelagerter Märkte gegenüber Dritten führen, wenn die Produktionsvereinbarung ein Zwischenprodukt betrifft, auf das ein großer Teil der variablen Kosten für das Endprodukt entfällt, mit dem die Parteien auf dem nachgelagerten Markt miteinander im Wettbewerb stehen. In diesem Fall können die Parteien die Produktionsvereinbarung nutzen, um den Preis des Zwischenprodukts anzuheben und dadurch die Kosten für ihre Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt zu erhöhen. Dies könnte den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt schwächen und zu höheren Endpreisen führen.

3.4.2. *Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen*

222. Vereinbarungen, mit denen a) die Preise festgesetzt, b) die Produktion beschränkt oder c) Märkte oder Kunden zugewiesen werden, stellen in der Regel bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen dar.

223. Für Produktionsvereinbarungen gilt dies jedoch nicht, sofern

a) die Parteien die *unmittelbar unter die Produktionsvereinbarung fallenden Produktionsmengen* vereinbaren (z. B. Kapazität und Produktionsvolumen eines Gemeinschaftsunternehmens oder vereinbarte Menge der Outsourcing-Produkte) und der Wettbewerb in Bezug auf andere Parameter (z. B. Preise) nicht ausgeschaltet wird oder

b) in einer Produktionsvereinbarung, die auch den gemeinsamen Vertrieb der gemeinsam hergestellten Produkte umfasst, die *gemeinsame Festsetzung der Verkaufspreise* für diese Produkte, und nur für diese Produkte, vorgesehen ist, vorausgesetzt, dass die Beschränkung für die Umsetzung der Vereinbarung über die gemeinsame Produktion und den gemeinsamen Vertrieb objektiv notwendig ist und zur Erreichung der Ziele der betreffenden Vereinbarung in einem angemessenen Verhältnis steht.

224. Fällt eine Produktionsvereinbarung nicht unter das Verbot nach Artikel 101 Absatz 1, weil sie neutrale oder positive Auswirkungen auf den Wettbewerb hat, und enthält sie ferner eine Beschränkung in Form einer Festsetzung der Preise nach Randnummer 223 Buchst. (b), so fällt auch diese Nebenabrede nicht unter das Verbot nach Artikel 101 Absatz 1 ([163]).

225. Enthält eine Produktionsvereinbarung eine produktionsmengenbezogene Beschränkung im Sinne von Randnummer 223 Buchst. (a), die keine Nebenabrede darstellt, die nicht dem Verbot nach Artikels 101 Absatz 1 unterliegt ([164]), ist zu prüfen, ob die Vereinbarung wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 haben wird. Solche Beschränkungen werden nicht getrennt von der Produktionsvereinbarung, sondern im Lichte der Gesamtauswirkungen der gesamten Produktionsvereinbarung geprüft.

3.4.3. *Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen*

226. Bei der Prüfung, ob eine Produktionsvereinbarung eine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 bewirkt, sind verschiedene Faktoren zu berücksichtigen. Dazu zählt Folgendes:

a) die Frage, ob es sich bei den Parteien der Vereinbarung um tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber handelt ([165]),

b) die Situation, die ohne die Vereinbarung, einschließlich aller damit verbundenen Beschränkungen, bestehen würde,

c) die Merkmale des relevanten Marktes und die Frage, ob die Parteien der Vereinbarung über Marktmacht verfügen,

d) Art und Umfang der Zusammenarbeit oder

e) die von der Zusammenarbeit betroffenen Produkte.

3.4.3.1. Produktionsvereinbarungen, bei denen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen unwahrscheinlich sind

227. Es gibt bestimmte Produktionsvereinbarungen, bei denen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen unwahrscheinlich sind:

a) Produktionsvereinbarungen zwischen Unternehmen, bei denen es sich nicht um tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber handelt. Solche Vereinbarungen sind in der Regel nur dann geeignet, den Wettbewerb zu beschränken, wenn sie Bestimmungen enthalten, die Wettbewerb vonseiten Dritter ausschließen.

b) Produktionsvereinbarungen, die die Parteien in die Lage versetzen, ein Produkt auf den Markt zu bringen, das sie aufgrund objektiver Faktoren (z. B. aufgrund ihrer technischen Möglichkeiten) sonst nicht hätten produzieren können und die nicht zu einem Kollusionsergebnis in Bezug auf andere Produkte führen, für welche die Parteien Wettbewerber sind.

([163]) Siehe Rn. 34.
([164]) Siehe Rn. 34.
([165]) Siehe Rn. 16.

c) Produktionsvereinbarungen, die Märkte betreffen, auf denen die Parteien keine Marktmacht haben ([166]), einschließlich Vereinbarungen, die unter die De-minimis-Bekanntmachung ([167]) fallen.

3.4.3.2. Marktmacht

228. Nur wenn die Parteien der Vereinbarung über Marktmacht verfügen, können sie die Preise gewinnbringend oberhalb des Wettbewerbsniveaus oder die Produktmenge, -qualität oder -vielfalt gewinnbringend unterhalb des Wettbewerbsniveaus halten. Ausgangspunkt für die Prüfung, ob Marktmacht vorliegt, ist a) der individuelle und der gemeinsame Marktanteil der Parteien. Anschließend werden in der Regel b) der Konzentrationsgrad und die Zahl der Anbieter auf dem Markt, c) dynamische Faktoren wie potenzielle Marktzutritte und sich verändernde Marktanteile sowie d) andere relevante Faktoren geprüft.

a) *Marktanteile*

229. Unterhalb eines bestimmten Marktanteils ist es unwahrscheinlich, dass ein Unternehmen Marktmacht besitzt.

230. *Spezialisierungs-GVO*: Spezialisierungsvereinbarungen ([168]) fallen unter die Spezialisierungs-GVO, wenn sie zwischen Parteien geschlossen werden, deren gemeinsamer Marktanteil auf den relevanten Märkten 20 % nicht überschreitet ([169]), und die übrigen Voraussetzungen für die Anwendung der Spezialisierungs-GVO erfüllt sind.

231. *Außerhalb der Spezialisierungs-GVO:* Bei horizontalen Produktionsvereinbarungen, die keine Spezialisierungsvereinbarungen im Sinne der Spezialisierungs-GVO sind, ist es in den meisten Fällen unwahrscheinlich, dass Marktmacht besteht, wenn der gemeinsame Marktanteil der Parteien der Vereinbarung auf den relevanten Märkten nicht mehr als 20 % beträgt.

232. Wie in Randnummer 183 erläutert, kann eine Produktionsvereinbarung Spillover-Effekte auf Märkte haben, die dem von der Zusammenarbeit unmittelbar betroffenen Markt vor- oder nachgelagert oder bei denen es sich um benachbarte Märkte handelt (z. B. wenn die Vereinbarung Zwischenprodukte betrifft, die als Vorleistungen für nachgelagerte Produkte verwendet werden). Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen auf Spillover-Märkte sind wahrscheinlicher, wenn die Märkte voneinander abhängig sind und die Parteien auf dem Spillover-Markt über Marktmacht verfügen.

233. *Marktanteil von über 20 %*. Wenn der gemeinsame Marktanteil der Parteien 20 % übersteigt, müssen die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Produktionsvereinbarung geprüft werden. In der Regel gilt: Je höher die gemeinsamen Marktanteile der Parteien sind, desto größer ist die Gefahr, dass eine Produktionsvereinbarung die Anreize für die Parteien verstärkt, ihre Preise zu erhöhen (und/oder die Qualität ihrer Produkte zu verringern oder ihre Produktpalette zu verkleinern).

b) *Grad der Marktkonzentration*

234. Dass eine Produktionsvereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat, ist im Allgemeinen auf einem konzentrierten Markt (d. h. einem Markt mit einer begrenzten Anzahl an Anbietern) wahrscheinlicher als auf einem nicht konzentrierten Markt. Auf einem konzentrierten Markt kann eine Produktionsvereinbarung die Gefahr eines Kollusionsergebnisses erhöhen, selbst wenn die Parteien nur einen geringen gemeinsamen Marktanteil haben. Allein die Tatsache, dass der gemeinsame Marktanteil der Parteien knapp über 20 % liegt, lässt nicht auf einen hoch konzentrierten Markt schließen.

c) *Dynamische Faktoren*

235. Auch bei hohem Marktanteil der Parteien der Vereinbarung und starker Marktkonzentration kann die Gefahr wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen gering sein, wenn der Markt dynamisch ist, d. h., wenn es Marktzutritte gibt und sich die Marktanteile häufig verändern.

d) *Andere für die Beurteilung der Marktmacht relevante Faktoren*

236. Die Anzahl und Intensität der Verbindungen (z. B. sonstige Vereinbarungen über Zusammenarbeit) zwischen den Wettbewerbern auf dem Markt, die Möglichkeiten der Kunden für einen Anbieterwechsel und/oder die Frage, ob es unwahrscheinlich ist, dass Wettbewerber im Falle einer Preissteigerung ihr Angebot erweitern, können für die Beurteilung, ob die Parteien über Marktmacht verfügen, ebenfalls von Bedeutung sein.

([166]) Siehe Abschnitt 3.4.3.2.
([167]) Siehe Rn. 41. In vielen Fällen fallen Produktionsvereinbarungen zwischen KMU in den Anwendungsbereich der De-minimis-Bekanntmachung. Diese Bekanntmachung gilt jedoch nicht für Vereinbarungen, die bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen enthalten.
([168]) Siehe Artikel 2 Absatz 1 der Spezialisierungs-GVO.
([169]) Siehe Abschnitt 3.3.5.1.

237. Darüber hinaus kann die Vereinbarung in Fällen, in denen ein Unternehmen mit Marktmacht auf einem Markt mit einem potenziellen neuen Wettbewerber, z. B. einem Anbieter desselben Produkts auf einem benachbarten räumlich relevanten Markt, zusammenarbeitet, die Marktmacht des etablierten Unternehmens stärken. Dies kann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, wenn a) auf dem Markt des etablierten Unternehmens bereits kaum Wettbewerb herrscht und b) der drohende Marktzutritt eine wichtige Quelle von Wettbewerbsdruck ist.

3.4.3.3. Unmittelbare Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Parteien

238. Eine Produktionsvereinbarung kann den Wettbewerb zwischen den Parteien auf verschiedene Weise unmittelbar beschränken. Beispiele:

a) Die Parteien, die an einem Gemeinschaftsunternehmen für die Produktion beteiligt sind, können vereinbaren, die Produktion des Gemeinschaftsunternehmens so weit zu beschränken, dass eine geringere Menge von Produkten auf den Markt kommt, als wenn jede Partei selbst über ihre Produktionsmenge entschieden hätte.

b) Werden die wesentlichen Produktmerkmale durch die Produktionsvereinbarung festgelegt, kann dies den Wettbewerb zwischen den Parteien in Bezug auf wichtige Parameter (z. B. Qualität und/oder Angebot von Produkten oder Innovation) ausschalten, unabhängig davon, ob die Vereinbarung auch den gemeinsamen Vertrieb umfasst. Dies gilt insbesondere für Wirtschaftszweige, in denen die Produktion die wichtigste Wirtschaftstätigkeit darstellt, also z. B. das verarbeitende Gewerbe oder die Lebensmittelverarbeitung.

c) Ein Gemeinschaftsunternehmen, das den Parteien einen hohen Verrechnungspreis in Rechnung stellt, könnte deren Inputkosten erhöhen, was höhere nachgelagerte Preise zur Folge haben könnte. Für dritte Wettbewerber könnte es daraufhin gewinnbringend erscheinen, ihre Preise ebenfalls zu erhöhen, sodass auch sie zu höheren Preisen auf dem relevanten Markt beitragen.

239. Bei Produktionsvereinbarungen, die auch den gemeinsamen Vertrieb (d. h. den gemeinsamen Verkauf der Produkte) umfassen, ist die Gefahr wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen in der Regel größer als bei Produktionsvereinbarungen, die auf die Produktion beschränkt sind. Im Falle des gemeinsamen Vertriebs liegt die Zusammenarbeit näher am Verbraucher und umfasst häufig die gemeinsame Festsetzung der Preise und Verkaufszahlen, d. h. Praktiken mit den höchsten Risiken für den Wettbewerb.

3.4.3.4. Kollusionsergebnis und wettbewerbswidrige Marktabschottung

240. Die Wahrscheinlichkeit eines Kollusionsergebnisses und/oder einer wettbewerbswidrigen Marktabschottung hängt von der Marktmacht der Parteien sowie den Merkmalen des relevanten Marktes ab. Die Wahrscheinlichkeit, dass die Parteien ein Kollusionsergebnis und/oder eine wettbewerbswidrige Marktabschottung erzielen, ist u. a. dann größer, wenn die Produktionsvereinbarung eine Angleichung der Kosten oder einen Informationsaustausch zur Folge hat.

a) *Angleichung der Kosten*

241. Wenn Parteien einer Produktionsvereinbarung über Marktmacht verfügen und die Vereinbarung die Angleichung der Kosten der Parteien in einem beträchtlichen Maße verstärkt, kann dies die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass die Parteien ein Kollusionsergebnis bei den Preisen erzielen (einschließlich der Erhebung höherer Preise für Zwischenprodukte, um dritte Wettbewerber auf nachgelagerten Märkten auszuschließen).

242. Die Angleichung der Kosten bezieht sich auf den Anteil der variablen Kosten, der den Parteien der Vereinbarung gemein ist. Maßgebend sind die variablen Kosten der Produkte, mit denen die Parteien der Produktionsvereinbarung miteinander im Wettbewerb stehen. Somit ist es weniger wahrscheinlich, dass eine Vereinbarung die Angleichung der Kosten verstärkt, wenn die Zusammenarbeit Produkte, die eine kostspielige Vermarktung erfordern (z. B. neue oder heterogene Produkte mit aufwendigem Marketing), oder Produkte mit hohen Transportkosten betrifft und die Vereinbarung nicht den gemeinsamen Vertrieb dieser Produkte umfasst.

243. Die verstärkte Angleichung der Kosten kann auch die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass die Parteien auf den nachgelagerten Märkten ein Kollusionsergebnis erzielen. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn die Produktionsvereinbarung ein Zwischenprodukt betrifft, auf das ein großer Teil der variablen Kosten für das Endprodukt entfällt, mit dem die Parteien auf dem nachgelagerten Markt miteinander im Wettbewerb stehen. In diesem Fall können die Parteien die Produktionsvereinbarung nutzen, um den Preis des Zwischenprodukts und damit die Endpreise zu erhöhen ([170]).

([170]) Unter anderem durch Erhöhung des Preises, den die Parteien für das Zwischenprodukt dritten Wettbewerbern auf dem nachgelagerten Markt in Rechnung stellen, die bei der Lieferung des Zwischenprodukts auf die Parteien angewiesen sind.

b) *Informationsaustausch*

244. Die Umsetzung einer Produktionsvereinbarung kann den Austausch sensibler Geschäftsinformationen, z. B. über Produktionskosten und -verfahren, erfordern. Fällt die Produktionsvereinbarung an sich nicht unter das Verbot nach Artikel 101 Absatz 1, weil sie neutrale oder positive Auswirkungen auf den Wettbewerb hat, fällt auch ein Informationsaustausch, der eine Nebenabrede zu dieser Vereinbarung darstellt, nicht unter dieses Verbot ([171]). Dies ist der Fall, wenn der Informationsaustausch für die Umsetzung der Produktionsvereinbarung objektiv notwendig ist und zu den Zielen der Vereinbarung in einem angemessenen Verhältnis steht ([172]). Der Austausch von Informationen über Absatzmengen und Preise kann beispielsweise für die Umsetzung einer Produktionsvereinbarung erforderlich sein, die den gemeinsamen Vertrieb umfasst, ist aber in der Regel nicht notwendig, wenn die Vereinbarung keinen gemeinsamen Vertrieb vorsieht.

245. Geht der Informationsaustausch über das hinaus, was für die Durchführung der Produktionsvereinbarung objektiv notwendig ist, oder steht er nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen der Vereinbarung, sollte er anhand der Orientierungshilfen in Kapitel 6 geprüft werden ([173]). Fällt der Informationsaustausch unter Artikel 101 Absatz 1, so kann er dennoch die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllen.

3.5. Einzelfallprüfung von Produktionsvereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV

246. Wenn eine Produktionsvereinbarung den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 beschränkt ([174]) und die Freistellungsvoraussetzungen der Spezialisierungs-GVO nicht erfüllt ([175]), muss geprüft werden, ob die Vereinbarung die vier in Abschnitt 1.2.7 beschriebenen kumulativen Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt. Die folgenden Faktoren sind für die Anwendung dieser Voraussetzungen auf Produktionsvereinbarungen relevant.

3.5.1. *Effizienzgewinne*

247. Die Produktionsvereinbarung muss zur Verbesserung der Produktion und des Vertriebs von Waren oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen.

248. Produktionsvereinbarungen können zu Effizienzgewinnen führen, z. B. indem sie

a) es Unternehmen ermöglichen, Kosten einzusparen, die anderenfalls mehrfach anfallen,

b) Unternehmen dabei helfen, die Produktqualität durch Zusammenlegung von komplementären Fähigkeiten und Know-how zu verbessern,

c) es Unternehmen ermöglichen, eine größere Vielfalt an Produkten anzubieten, die sie sich andernfalls nicht leisten oder die sie nicht erreichen könnten,

d) es Unternehmen ermöglichen, Produktionstechnologien zu verbessern oder neue Produkte (z. B. nachhaltige Produkte) auf den Markt zu bringen, wozu sie andernfalls nicht in der Lage gewesen wären (z. B. aufgrund ihrer technischen Fähigkeiten),

e) Anreize und Möglichkeiten für Unternehmen schaffen, ihre Produktionskapazitäten an einen plötzlichen Anstieg der Nachfrage oder einen Rückgang des Angebots bestimmter Produkte, die zu Engpässen führen können, anzupassen,

f) es Unternehmen ermöglichen, zu niedrigeren Kosten zu produzieren, wenn die Zusammenarbeit sie in die Lage versetzt, die Produktion zu erhöhen, und die Grenzkosten bei steigenden Produktionsmengen, d. h. aufgrund von Größenvorteilen, sinken, oder

g) Kosteneinsparungen durch Verbundvorteile ermöglichen, wenn die Vereinbarung es den Parteien ermöglicht, die Zahl der verschiedenen Arten von Produkten, die sie produzieren, zu erhöhen.

([171]) Urteil des Gerichtshofs vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, Rn. 89.
([172]) Siehe auch Abschnitt 1.2.6 und Rn. 369.
([173]) Siehe auch Rn. 6.
([174]) Siehe Abschnitt 3.4.
([175]) Siehe Abschnitt 3.3.

249. Diese Effizienzgewinne können zu einem widerstandsfähigen Binnenmarkt beitragen. Eine Produktionsvereinbarung kann die Widerstandsfähigkeit beispielsweise erhöhen, indem die Produktion in Gebiete verlagert wird, die näher an nachhaltigen Energiequellen liegen.

3.5.2. *Unerlässlichkeit*

250. Durch die Produktionsvereinbarung dürfen keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Erzielung der Effizienzgewinne im Sinne des Artikels 101 Absatz 3 nicht unerlässlich sind.

251. Wettbewerbsbeschränkungen, die weiter gehen als für die Erzielung der durch eine Produktionsvereinbarung möglichen Effizienzgewinne notwendig, erfüllen nicht die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3. So werden zum Beispiel Beschränkungen, die den Parteien in einer Produktionsvereinbarung für ihr Wettbewerbsverhalten hinsichtlich der Produktionsmengen außerhalb der Zusammenarbeit auferlegt werden, in der Regel nicht als unerlässlich angesehen. Ebenso können gemeinsam festgesetzte Preise nicht als unerlässlich gelten, wenn die Produktionsvereinbarung keinen gemeinsamen Vertrieb umfasst.

3.5.3. *Weitergabe an die Verbraucher*

252. Die Produktionsvereinbarung muss den Verbrauchern eine angemessene Beteiligung an den erwachsenden Vorteilen ermöglichen. Effizienzgewinne, die durch unerlässliche Beschränkungen erzielt wurden, müssen in einem solchen Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass dieser Vorteil die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen aufwiegt, z. B. durch niedrigere Preise oder eine bessere Qualität oder Vielfalt der Produkte.

253. Effizienzgewinne, die nur den Parteien zugutekommen, oder Kosteneinsparungen, die auf einer Verringerung der Produktionsmengen oder einer Aufteilung des Marktes beruhen, sind keine ausreichende Grundlage für die Erfüllung der Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3.

254. Einsparungen bei den variablen Kosten werden mit größerer Wahrscheinlichkeit an die Verbraucher weitergegeben als Einsparungen bei den Fixkosten ([176]).

255. Und je mehr Marktmacht die Parteien haben, desto unwahrscheinlicher ist es, dass sie die Effizienzgewinne in einem solchen Maße an die Verbraucher weitergeben, dass die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen aufgewogen werden.

3.5.4. *Keine Ausschaltung des Wettbewerbs*

256. Die Produktionsvereinbarung darf den Parteien nicht die Möglichkeit eröffnen, für einen beträchtlichen Teil der betroffenen Produkte den Wettbewerb auszuschalten.

257. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, muss auf dem relevanten Markt, dem die von der Vereinbarung betroffenen Produkte angehören, und auf etwaigen Spillover-Märkten, in denen die Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat, geprüft werden.

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

258. Dieser Abschnitt enthält Erläuterungen zur wettbewerbsrechtlichen Prüfung einer bestimmten Art von Produktionsvereinbarung, nämlich Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen ([177]) („network sharing agreements“, im Folgenden „NSAs“). Dabei handelt es sich um Vereinbarungen, in deren Rahmen die Betreiber von Mobilfunknetzen die Nutzung von Teilen ihrer Netzinfrastruktur, die Betriebskosten und die Kosten für spätere Aufrüstung und Wartung gemeinsam tragen ([178]). Konnektivitätsnetze sind für die Entwicklung der digitalen Wirtschaft und Gesellschaft besonders wichtig und für praktisch alle Unternehmen und Verbraucher von Bedeutung. Mobilfunknetzbetreiber bündeln häufig ihre Ressourcen, um Mobilfunkdienste kostengünstiger anbieten zu können.

([176]) Siehe Rn. 98 der Leitlinien zur Anwendung des Artikels 101 Absatz 3.

([177]) Es sei darauf hingewiesen, dass sich der Begriff „Mobilfunkinfrastruktur“ in diesem Abschnitt nicht nur auf die Nutzung der Infrastruktur für mobile Telekommunikationsdienste wie mobiles Breitband bezieht, sondern auch auf die Bereitstellung eines drahtlosen Zugangs an einem festen Standort, wie den drahtlosen Festnetzzugang, der als Alternative zu drahtgebundenen Verbindungen genutzt wird.

([178]) Die Erläuterungen in diesem Abschnitt beziehen sich auf Vereinbarungen über den gemeinsamen Aufbau der Infrastruktur durch Mobilfunknetzbetreiber. In diesem Abschnitt werden Vereinbarungen über die Bereitstellung von Mobilfunkzugangsprodukten auf Vorleistungsebene nicht behandelt.

259. NSAs können die gemeinsame Nutzung der grundlegenden Standortinfrastruktur wie Masten, Verteilerkästen, Antennen oder Stromversorgungseinheiten umfassen („passive gemeinsame Nutzung“ oder „Standortmitbenutzung“). Mobilfunknetzbetreiber können ferner die Ausrüstung des Funkzugangsnetzes (Radio Access Network, im Folgenden „RAN“) an den Standorten gemeinsam nutzen, z. B. Transceiver-Basisstationen oder Controller-Knoten („aktive gemeinsame Nutzung“ oder „RAN-Mitbenutzung“), oder ihr Spektrum, z. B. Frequenzbänder („gemeinsame Frequenznutzung“) ([179]). NSAs können eine geografische Segmentierung beinhalten, bei der die Mobilfunknetzbetreiber ihre Zuständigkeiten für die Installation, die Wartung und den Betrieb der Infrastruktur und der Ausrüstung in ihrem jeweiligen Gebiet aufteilen.

260. Die Kommission erkennt an, dass NSAs Vorteile in Form von Kostensenkungen und Verbesserungen bei Qualität und Auswahl bieten können. So können beispielsweise Kostensenkungen beim Ausbau und bei der Wartung den Verbrauchern in Form von niedrigeren Preisen oder mehr Investitionen in die Infrastruktur zugutekommen. Ebenso können ein schnellerer Ausbau neuer Netze und Technologien, eine größere Reichweite oder ein dichteres Netz zu einer Verbesserung der Qualität der Dienste und zu einer größeren Vielfalt an Produkten und Diensten führen. NSAs können ferner das Entstehen von Wettbewerb ermöglichen, den es sonst nicht geben würde ([180]). Die Kommission hat ferner festgestellt, dass Mobilfunknetzbetreiber durch NSAs Zugang zu größeren, effizienteren Netzen erhalten können ([181]), ohne dass eine Konsolidierung durch Fusionen erforderlich ist.

261. Die Kommission ist der Auffassung, dass NSAs, einschließlich gemeinsamer Frequenznutzung, in der Regel keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 darstellen, es sei denn, sie dienen als Instrument zur Bildung eines Kartells.

262. NSAs können jedoch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben. Sie können den Infrastrukturwettbewerb einschränken, der stattfinden würde, wenn es die Vereinbarung nicht gäbe ([182]). Ein geringerer Infrastrukturwettbewerb kann wiederum den Wettbewerb bei der Bereitstellung von Mobilfunkdiensten auf der Vorleistungs- wie auch auf der Endkundenebene einschränken. Dies liegt daran, dass ein stärker begrenzter Wettbewerb auf der Infrastrukturebene Wettbewerbsparameter wie Anzahl, Lage und vorhandene Kapazität von Infrastrukturstandorten, Verfügbarkeit von Backhaul-Verbindungen ([183]) für Standorte, an denen die Parteien der NSA ihre Mobilfunkausrüstung gemeinsam aufstellen, Zeitplan für die Errichtung neuer Standorte sowie Umfang der an jedem Standort vorhandenen Kapazität ([184]) beeinflussen kann, was sich wiederum auf die Qualität der Dienste und die Preise auf der Vorleistungs- wie auch auf der Endkundenebene auswirken kann.

263. NSAs können ferner die Entscheidungsfreiheit der Parteien einschränken und ihre Möglichkeiten oder Anreize begrenzen, miteinander in Infrastrukturwettbewerb zu treten. Dies wiederum könnte die Flexibilität der Parteien bei der Innovation und der Technologie-/Produktdifferenzierung auf den Vorleistungs- und Endkundenmärkten für Mobilfunk einschränken und damit den Wettbewerb zwischen ihnen begrenzen ([185]). Daher können Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen – aufgrund ihrer Auswirkungen auf

([179]) Mobilfunkbetreiber können sich auch an anderen Arten der gemeinsamen Nutzung beteiligen: Neben dem RAN-Teil ihres Netzes können sie auch bestimmte Knoten ihres Kernnetzes gemeinsam nutzen, z. B. Mobilfunkvermittlungsstellen und „Mobility Management Entities“.

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

([181]) Der Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation ermöglicht es den Behörden der Mitgliedstaaten, Netzbetreibern unter bestimmten Umständen die gemeinsame Nutzung von Infrastrukturen vorzuschreiben, beispielsweise in geografischen Gebieten, in denen unüberwindbare wirtschaftliche oder physische Hindernisse für die Replikation der Infrastruktur bestehen und Endnutzer Gefahr laufen, von der digitalen Anbindung ausgeschlossen zu werden. Siehe Artikel 61 Absatz 4 der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) (im Folgenden „Europäischer Kodex für die elektronische Kommunikation“) (ABl. L 321 vom 17.12.2018, S. 36). Siehe auch Empfehlung (EU) 2020/1307 der Kommission vom 18. September 2020 für ein gemeinsames Instrumentarium der Union zur Senkung der Kosten des Aufbaus von Netzen mit sehr hoher Kapazität und zur Gewährleistung eines raschen und investitionsfreundlichen Zugangs zu 5G-Funkfrequenzen im Hinblick auf die Förderung der Konnektivität zur Unterstützung der wirtschaftlichen Erholung von der COVID-19-Krise in der Union. In der Empfehlung wird Folgendes hervorgehoben: „*Im Vergleich zu früheren Technologiegenerationen machen 5G-Netze in höheren Frequenzbändern einen deutlich dichteren Aufbau von Funkzellen erforderlich. Durch eine gemeinsame Nutzung passiver und aktiver Infrastrukturen und einen gemeinsamen Aufbau von Drahtlos-Infrastrukturen können die Kosten eines solchen Netzausbaus (auch die reinen Zusatzkosten) gesenkt werden. … Auf diese Weise kann der Netzausbau beschleunigt und eine breitere Netzabdeckung gefördert werden, was wiederum eine wirksamere und effizientere Nutzung der Funkfrequenzen zum Vorteil der Verbraucher ermöglicht. Ein solches Vorgehen sollte daher von den zuständigen Behörden wohlwollend geprüft werden, insbesondere auch in Gebieten, die eine geringe wirtschaftliche Rentabilität versprechen.*“ (siehe 26. Erwägungsgrund und Rn. 20 Buchst. f, ABl. L 305 vom 21.9.2020, S. 33).

([182]) Hierbei ist auf den Wettbewerb abzustellen, wie er ohne die Vereinbarung bestehen würde, wobei das Vorliegen einer Wettbewerbsstörung vor allem dann zweifelhaft erscheinen kann, wenn sich die Vereinbarung gerade für das Eindringen eines Unternehmens in ein Gebiet, in dem es bisher nicht tätig war, notwendig ist. Siehe Urteil des Gerichts vom 2. Mai 2006, O2 (Germany)/Kommission, T-328/03, ECLI:EU:T:2006:116, Rn. 68.

([183]) Unter einer Backhaul-Verbindung ist die Verbindung eher peripherer Teile des Netzes mit dem Backbone-Netz zu verstehen.

([184]) Beschränkungen der vorhandenen Kapazität sowie Beschränkungen aufgrund des gemeinsam genutzten Backhaul-Netzes könnten sich beispielsweise direkt auf das Angebot von Vorleistungen für Betreiber von virtuellen Mobilfunknetzen und (internationalen und nationalen) Roamingdiensten auswirken.

([185]) Beschluss der Kommission vom 11. Juli 2022 in der Sache AT.40305, Gemeinsame Netznutzung – Tschechische Republik, 89. Erwägungsgrund.

die Marktstruktur – den Endverbrauchern schaden, da sie zu einer geringeren Auswahl, einer niedrigeren Qualität der Dienste sowie zu Verzögerungen bei der Innovation führen können ([186]). Dies kann zum Beispiel auf bestimmte technische ([187]), vertragliche ([188]) oder finanzielle Bedingungen der Vereinbarung ([189]) zurückzuführen sein. Handelt es sich bei den Parteien der NSA um Wettbewerber, kann der Austausch sensibler Geschäftsinformationen zwischen ihnen ebenfalls wettbewerbsrechtliche Bedenken aufwerfen, wenn der Informationsaustausch über das hinausgeht, was für die Umsetzung der Vereinbarung objektiv notwendig und angemessen ist.

264. NSAs erfordern eine Einzelfallprüfung nach Artikel 101 ([190]). Je nach Sachverhalt können einige oder alle der folgenden Faktoren für die Prüfung relevant sein:

a) Art und Ausmaß der gemeinsamen Nutzung (einschließlich des Grades der Unabhängigkeit, den die Mobilfunknetzbetreiber beibehalten) ([191]),

b) Umfang der gemeinsam genutzten Dienste und Technologien, Zweck der gemeinsamen (Frequenz-)Nutzung sowie Dauer und Struktur der durch die Vereinbarungen geschaffenen Zusammenarbeit,

c) räumlicher Anwendungsbereich und Marktabdeckung der NSA (z. B. Versorgung der Bevölkerung und die Frage, ob die Vereinbarung dicht besiedelte Gebiete betrifft) ([192]),

d) Merkmale und Struktur des relevanten Marktes (Marktanteile der Parteien, Umfang der von den Parteien gehaltenen Frequenzen, Intensität des Wettbewerbs zwischen den Parteien, Anzahl der Betreiber außerhalb der Vereinbarung und Ausmaß des von ihnen ausgeübten Wettbewerbsdrucks, Marktzutrittsschranken, Vereinbarungen mit Dritten (z. B. Dritteigentümer von Netzwerkinfrastrukturkomponenten oder Drittanbieter von Diensten, z. B. Anbieter von Mastdiensten)) und/oder

e) Anzahl der NSAs auf dem relevanten Markt sowie Anzahl und Identität der beteiligten Netzbetreiber.

265. Zwar bedarf es stets einer Einzelfallprüfung auf der Grundlage der oben genannten Faktoren, doch ist die Kommission der Auffassung, dass eine NSA zumindest die folgenden Voraussetzungen erfüllen muss, damit prima facie davon ausgegangen werden kann, dass sie wahrscheinlich keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 hat:

a) Die beteiligten Betreiber kontrollieren und betreiben jeweils ihr eigenes Kernnetz, und es gibt keine technischen, vertraglichen, finanziellen oder sonstigen Hemmnisse, die die Betreiber daran hindern, die gewünschte Infrastruktur einseitig einzurichten und aufzurüsten.

b) Die beteiligten Betreiber behalten ihre Unabhängigkeit im Endkunden- und Vorleistungsgeschäft (technische und kommerzielle Entscheidungsfreiheit). Dazu gehört die Freiheit, die Preise für ihre Dienste festzulegen, die Produkt-/Paketparameter zu bestimmen und ihre Dienste auf der Grundlage von Qualität sowie anderer Parameter zu differenzieren.

c) Die beteiligten Betreiber haben weiterhin die Möglichkeit, unabhängige Frequenzstrategien zu verfolgen ([193]).

d) Die beteiligten Betreiber tauschen keine sensiblen Geschäftsinformationen aus außer denen, die für die gemeinsame Nutzung der Mobilfunkinfrastrukturen unbedingt erforderlich sind, und es wurden, wo nötig, Schranken für den Informationsaustausch errichtet.

([186]) Beschluss der Kommission vom 11. Juli 2022 in der Sache AT.40305, Gemeinsame Netznutzung – Tschechische Republik, 89. Erwägungsgrund.

([187]) Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen können zu Situationen führen, in denen eine Partei eine andere Partei ausbremst, z. B. wenn die von einer Partei in einem bestimmten Gebiet betriebene Mobilfunknetzinfrastruktur eine bestimmte Technologie nicht unterstützt, die die andere Partei, die diese Infrastruktur in diesem Gebiet nutzt, einsetzen möchte. Siehe auch Beschluss der Kommission vom 11. Juli 2022 in der Sache AT.40305, Gemeinsame Netznutzung – Tschechische Republik, Erwägungsgrund, Abschnitt 4.4.1, Erwägungsgründe 91 und 106.

([188]) Wenn sich beispielsweise zwei Parteien auf eine geografische Aufteilung einigen (wobei i) Partei A der Netzbetreiber für das geografische Gebiet A und Partei B der Netzbetreiber für das Gebiet B ist, ii) beide Parteien im Gebiet der jeweils anderen Partei weiterhin tätig sind und miteinander im Wettbewerb stehen, während iii) der Netzbetreiber für ein bestimmtes Gebiet für Investitionsentscheidungen im Namen beider Betreiber für dieses Gebiet zuständig ist) und dem Netzbetreiber durch die Vereinbarung das Recht eingeräumt wird, die Durchführung des von der anderen Partei geforderten Netzausbaus abzulehnen.

([189]) Zum Beispiel im Falle einer geografischen Aufteilung, wenn die Netzaufrüstung von einer Partei der anderen Partei zu einem Preis in Rechnung gestellt wird, der höher ist als die zugrunde liegenden inkrementellen Kosten.

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

([191]) Entscheidung der Kommission vom 16. Juli 2003 in der Sache COMP/38.369, T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Rahmenvertrag über Gemeinsame Netznutzung, zwölfter Erwägungsgrund, und Entscheidung der Kommission vom 30. April 2003 in der Sache COMP/38.370, O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited („UK Network Sharing Agreement"), elfter Erwägungsgrund.

([192]) Siehe den gemeinsamen Standpunkt des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) zur gemeinsamen Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen vom 13. Juni 2019, Abschnitt 4.2. Aktive gemeinsame Nutzung.

([193]) Beispielsweise unabhängiger Erwerb von Frequenzen, unabhängige Entscheidung darüber, wie und in welchen Frequenzbändern diese Frequenzen genutzt und ob die erworbenen Frequenzen gemeinsam genutzt werden sollen.

266. Schließlich gelten für die verschiedenen Arten von Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen folgende allgemeine Erläuterungen ([194]):

a) Es ist unwahrscheinlich, dass Vereinbarungen über die passive gemeinsame Nutzung ([195]) wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, sofern i) die Netzbetreiber ein hohes Maß an Unabhängigkeit und Flexibilität bei der Festlegung ihrer Geschäftsstrategie, der Merkmale ihrer Dienste und ihrer Netzinvestitionen bewahren und ii) der Zugang zur passiven Infrastruktur auf dem relevanten Markt nicht beschränkt ist (relevante Faktoren, die es in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen gilt, sind z. B. regulatorische Verpflichtungen oder bestehende geschäftliche Vereinbarungen, durch die dieser Zugang beschränkt wird).

b) Bei Vereinbarungen über die aktive gemeinsame Nutzung ([196]) sind wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen wahrscheinlicher. Dies liegt daran, dass die aktive gemeinsame Nutzung im Vergleich zur passiven gemeinsamen Nutzung im Allgemeinen eine umfassendere Zusammenarbeit bei den Netzelementen erfordert, die sich nicht nur auf die Abdeckung, sondern auch auf die unabhängige Bereitstellung von Kapazitäten auswirken dürfte.

c) Vereinbarungen über die gemeinsame Frequenznutzung (auch als „Frequenzpooling“ bezeichnet) sind eine umfassendere Form der Zusammenarbeit und können die Möglichkeiten der Parteien zur Differenzierung ihrer Endkunden- und/oder Vorleistungsangebote weiter beschränken und den Wettbewerb zwischen ihnen unmittelbar begrenzen ([197]). Die gemeinsame Frequenznutzung kann zwar von den Regulierungsbehörden erlaubt werden, wenn sie Frequenznutzungsrechte erteilen ([198]), doch erfordern diese Vereinbarungen eine sorgfältigere Prüfung nach Artikel 101 als andere Formen der gemeinsamen Nutzung von Netzen ([199]).

3.7. **Beispiele**

267. Unmittelbare Beschränkung des Wettbewerbs

Beispiel 1

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

([194]) Je nachdem, wie sich die entsprechende (RAN-)Technologie im Laufe der Zeit entwickelt, kann diese Unterscheidung zwischen passiver gemeinsamer Nutzung, aktiver gemeinsamer Nutzung und gemeinsamer Frequenznutzung für künftige NSAs an Bedeutung verlieren. Die in dieser Randnummer dargelegten Grundsätze dürften jedoch auch für die Bewertung künftiger NSAs relevant bleiben, auch je nach der Rolle, die Hardwarekomponenten der (RAN-)Technologie in Zukunft bei der Differenzierung spielen. So könnte in Zukunft auf der Ebene der Hardwarekomponenten des RAN-Netzes weniger, auf der Ebene der Software jedoch mehr Differenzierung möglich sein.

([195]) Siehe Rn. 259.

([196]) Siehe Rn. 259.

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

([198]) Artikel 47 Absatz 2 des Europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation. Darüber hinaus können die zuständigen Behörden, wenn sie einzelne Funkfrequenznutzungsrechte an Bedingungen knüpfen, folgende Möglichkeiten vorsehen: a) die gemeinsame Nutzung von passiven oder aktiven Infrastrukturen für die Funkfrequenznutzung oder die gemeinsame Nutzung von Funkfrequenzen, b) kommerzielle Roamingzugangsvereinbarungen, c) den gemeinsamen Ausbau von Infrastrukturen für die Bereitstellung von auf Funkfrequenzen gestützten elektronischen Kommunikationsnetzen oder -diensten.

([199]) Eine Vereinbarung über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen zwischen zwei Mobilfunkbetreibern mit einem hohen gemeinsamen Marktanteil, die einen großen Teil des Gebiets eines Mitgliedstaats abdeckt und die gemeinsame Nutzung von Frequenzen vorsieht, rechtfertigt beispielsweise eher eine eingehende Prüfung. Unter bestimmten Umständen (z. B. wenn die Vereinbarung auf dünn besiedelte Gebiete beschränkt ist) haben solche Vereinbarungen jedoch keine beschränkenden Auswirkungen.

Analyse:

Anwendbarkeit der Spezialisierungs-GVO: Die Spezialisierungs-GVO findet keine Anwendung, da der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf dem relevanten Markt für Produkt X 20 % überschreitet. Daher ist eine Einzelfallprüfung der Vereinbarung erforderlich.

Einzelfallprüfung nach Artikel 101 Absatz 1: Wenn das Gemeinschaftsunternehmen dazu führt, dass die Unternehmen A und B den größten Teil ihrer variablen Kosten für das Produkt X teilen, ist es wahrscheinlich, dass es den Wettbewerb zwischen ihnen unmittelbar beschränkt. Das Gemeinschaftsunternehmen kann die Parteien zudem dazu verleiten, ihre Produktionsmengen von Produkt X so weit zu beschränken, dass eine geringere Menge von Produkten auf den Markt kommt, als wenn jede Partei unabhängig von der anderen über ihre Produktionsmengen entschieden hätte. In Anbetracht des begrenzten Drucks, den die Wettbewerber in Bezug auf die Kapazitäten ausüben werden, könnte diese Beschränkung der Produktionsmengen zu höheren Preisen führen.

Es ist daher wahrscheinlich, dass das Gemeinschaftsunternehmen für die Produktion den Wettbewerb auf dem Markt für Produkt X im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 beschränkt.

Einzelfallprüfung nach Artikel 101 Absatz 3: Der Ersatz von zwei alten kleineren Produktionsanlagen durch eine neue könnte dazu führen, dass das Gemeinschaftsunternehmen zum Vorteil der Verbraucher größere Mengen zu niedrigeren Preisen produziert. Die Produktionsvereinbarung erfüllt jedoch nur dann die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3, wenn die Parteien nachweisen, dass die Effizienzgewinne erheblich sein werden und wahrscheinlich in einem solchen Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen aufwiegen.

268. Kollusionsergebnisse und Verbindungen zwischen Wettbewerbern

Beispiel 2

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

Analyse:

Anwendbarkeit der Spezialisierungs-GVO: Die Spezialisierungs-GVO findet keine Anwendung, da der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf dem relevanten Markt für Produkt Y 20 % überschreitet. Daher ist eine Einzelfallprüfung der Vereinbarung erforderlich.

Einzelfallprüfung nach Artikel 101 Absatz 1: Der Markt ist durch sehr wenige Anbieter mit ähnlichen Marktanteilen und ähnlichen variablen Produktionskosten gekennzeichnet. Durch das Gemeinschaftsunternehmen der Unternehmen A und B wird eine zusätzliche Verbindung zwischen den Anbietern auf dem Markt geschaffen und damit die Marktkonzentration verstärkt, da auch Unternehmen D mit den Unternehmen A und B verbunden wird. Diese Zusammenarbeit dürfte ein Kollusionsergebnis wahrscheinlicher machen und damit wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 haben.

Einzelfallprüfung nach Artikel 101 Absatz 3: Die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 sind nur im Falle erheblicher Effizienzgewinne erfüllt, die in einem solchen Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen aufwiegen. In diesem Beispiel erscheint dies jedoch angesichts der homogenen Beschaffenheit von Produkt Y und der Einfachheit der ihm zugrunde liegenden Technologie unwahrscheinlich.

269. Wettbewerbswidrige Marktabschottung

Beispiel 3

Sachverhalt: Die Unternehmen A und B gründen ein Gemeinschaftsunternehmen für die Produktion des Zwischenprodukts X, das ihre gesamte Produktion von Produkt X umfasst. Produkt X ist die wichtigste Vorleistung für die Produktion des nachgelagerten Produkts Y, und es gibt keine anderen Arten von Produkten, die stattdessen als Vorleistung verwendet werden könnten. Die Produktionskosten für Produkt X machen 50 % der variablen Kosten für Endprodukt Y aus, mit dem die Unternehmen A und B auf dem nachgelagerten Markt miteinander im Wettbewerb stehen. Der Marktanteil der Unternehmen A und B auf dem nachgelagerten Markt für Produkt Y beträgt jeweils 20 %. Auf dem betreffenden nachgelagerten Markt gibt es nur wenige Marktzutritte, und die Marktanteile sind im Laufe der Zeit stabil geblieben. Zusätzlich zur

Deckung ihres eigenen Bedarfs an Produkt X (Eigenbedarf) haben die Unternehmen A und B jeweils einen Anteil von 30 % am Markt für Produkt X (Verkauf an Dritte). Auf dem Markt für Produkt X bestehen hohe Zutrittsschranken, und die vorhandenen Hersteller sind fast voll ausgelastet. Auf dem Markt für Produkt Y gibt es zwei weitere wichtige Anbieter mit einem Marktanteil von jeweils 15 % und mehrere kleinere Wettbewerber. Das Gemeinschaftsunternehmen bringt Größenvorteile in Form einer Senkung der Fixkosten am Hauptsitz der Parteien.

Analyse:

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

Einzelfallprüfung nach Artikel 101 Absatz 1: Durch das Gemeinschaftsunternehmen für die Produktion und ihren hohen gemeinsamen Marktanteil auf dem nachgelagerten Markt für Produkt X sind die Unternehmen A und B in der Lage, die Lieferungen der wesentlichen Vorleistung X an ihre Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt für Y weitgehend zu kontrollieren. Dies dürfte den Unternehmen A und B die Möglichkeit geben, die Kosten ihrer Konkurrenten in die Höhe zu treiben, indem sie den Preis für X künstlich erhöhen oder die Produktionsmengen verringern. Die Wettbewerber der Unternehmen A und B könnten so vom Markt für Y ausgeschlossen werden. Wegen dieser Wahrscheinlichkeit einer wettbewerbswidrigen Abschottung des nachgelagerten Marktes dürfte diese Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 haben.

Einzelfallprüfung nach Artikel 101 Absatz 3: Die durch das Gemeinschaftsunternehmen für die Produktion erzielten Größenvorteile sind auf die Fixkosten beschränkt und dürften die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen nicht aufwiegen, sodass diese Vereinbarung wahrscheinlich nicht die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt.

270. Produktionsvereinbarung als Marktaufteilung

Beispiel 4

Sachverhalt: Die Unternehmen A und B produzieren beide die Produkte X und Y. Der Anteil von Unternehmen A am Markt für Produkt X beträgt 30 % und sein Anteil am Markt für Produkt Y 10 %. Der Anteil von Unternehmen B am Markt für Produkt X beträgt 10 %, sein Anteil am Markt für Produkt Y 30 %. Um Größenvorteile bei der Produktion zu erzielen, schließen die Unternehmen A und B eine Produktionsvereinbarung, nach der Unternehmen A nur Produkt X und Unternehmen B nur Produkt Y herstellt. Die Vereinbarung sieht nicht vor, dass sich die Parteien gegenseitig mit den Produkten beliefern. Nach der Vereinbarung verkauft Unternehmen A folglich nur noch das Produkt X und Unternehmen B nur noch das Produkt Y. Die Parteien erklären, dass sie durch diese Spezialisierung aufgrund von Größenvorteilen erhebliche Fixkosten einsparen und dass sie durch die Konzentration auf nur ein Produkt ihre Produktionstechniken verbessern können, was zu einer besseren Produktqualität führt.

Analyse:

Anwendbarkeit der Spezialisierungs-GVO: Die Spezialisierungs-GVO findet keine Anwendung, da der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf den relevanten Märkten für die Produkte X und Y jeweils 20 % überschreitet. In jedem Fall handelt es sich bei der Vereinbarung nicht um eine Vereinbarung über die gegenseitige Spezialisierung im Sinne der Spezialisierungs-GVO, da die Parteien keine gegenseitige Belieferung mit denjenigen Produkten vereinbaren, deren Produktion jeweils eingestellt wird. Daher ist eine Einzelfallprüfung der Vereinbarung erforderlich.

Einzelfallprüfung nach Artikel 101 Absatz 1: Im Rahmen der Vereinbarung verpflichten sich die Unternehmen A und B, die Produktion (und den Verkauf) von Produkten einzustellen, mit denen sie miteinander im Wettbewerb stehen. Die Vereinbarung bezweckt daher eine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne des Artikels 101 Absatz 1.

Einzelfallprüfung nach Artikel 101 Absatz 3: Die angeblichen Effizienzgewinne, die sich aus der Vereinbarung ergeben (Senkung der Fixkosten und verbesserte Produktionstechniken) hängen mit der Marktaufteilung zusammen, sodass es unwahrscheinlich ist, dass sie die beschränkenden Auswirkungen der Vereinbarung aufwiegen; somit erfüllt die Vereinbarung nicht die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3. Wenn Unternehmen A oder Unternehmen B der Auffassung ist, dass es effizienter wäre, sich auf ein einziges Produkt zu konzentrieren, kann es einseitig beschließen, nur noch X oder nur noch Y zu produzieren, ohne mit dem anderen Unternehmen zu vereinbaren, dass dieses sich auf die Produktion des anderen Produkts konzentriert.

271. Potenzielle Wettbewerber

Beispiel 5

Sachverhalt: Unternehmen A produziert das Endprodukt X, Unternehmen B produziert das Endprodukt Y. Die Produkte X und Y gehören zu unterschiedlichen sachlich relevanten Märkten, auf denen die Unternehmen A und B jeweils über Marktmacht verfügen (die individuellen Marktanteile übersteigen 20 %). Beide Unternehmen verwenden Produkt Z als Vorleistung für ihre Produktion des Produkts X bzw. Y, und beide produzieren das Produkt Z ausschließlich für den Eigenbedarf. Produkt X kann durch einfache Verarbeitung von Produkt Z hergestellt werden. Unternehmen B hat Vorbereitungen getroffen, um in den Markt für Produkt X einzutreten, und es erscheint realistisch, dass dieser Marktzutritt im nächsten Jahr erfolgt. Die Unternehmen A und B vereinbaren, das Produkt Z gemeinsam zu produzieren, und erzielen dadurch geringe Größenvorteile. Sie verpflichten sich, die unabhängige Produktion von Produkt Z einzustellen. Als Teil der Vereinbarung verpflichtet sich Unternehmen B, in den nächsten fünf Jahren nicht in den Markt für Produkt X einzutreten.

Analyse:

Anwendbarkeit der Spezialisierungs-GVO: Die Spezialisierungs-GVO findet keine Anwendung, da der Marktanteilsschwellenwert von 20 % auf den nachgelagerten Märkten für die Endprodukte X und Y überschritten wird. Diese Märkte sind für die Anwendung des Marktanteilsschwellenwerts relevant, weil das von der Produktionsvereinbarung betroffene Produkt (Zwischenprodukt Z) von den Parteien als Vorleistung für die Produktion der Produkte X und Y verwendet wird.

Einzelfallprüfung nach Artikel 101 Absatz 1: Die Unternehmen A und B sind hinsichtlich der Produkte X, Y und Z keine tatsächlichen Wettbewerber. Da Unternehmen B jedoch plant, innerhalb eines Jahres in den Markt für Produkt X einzutreten, ist es ein potenzieller Wettbewerber von Unternehmen A auf diesem Markt. Die Vereinbarung über die gemeinsame Produktion beschränkt somit den Wettbewerb auf dem Markt für Produkt X im Sinne des Artikels 101 Absatz 1, indem der durch den geplanten Marktzutritt von Unternehmen B verursachte Wettbewerbsdruck beseitigt wird.

Einzelfallprüfung nach Artikel 101 Absatz 3: Es ist unwahrscheinlich, dass die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt sind, da die Effizienzgewinne in Form von Größenvorteilen, die durch die Vereinbarung über die gemeinsame Produktion erzielt werden, gering sind, sodass sie die beschränkenden Auswirkungen der Vereinbarung auf den Wettbewerb auf dem Markt für Produkt X, auf dem Unternehmen A über Marktmacht verfügt, wahrscheinlich nicht aufwiegen.

272. Informationsaustausch

Beispiel 6

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

Die Unternehmen A und B kommen zu dem Schluss, dass es effizienter wäre, wenn das Unternehmen A das Produkt Z nicht mehr von Mitgliedstaat X nach Südeuropa und das Unternehmen B das Produkt Z nicht mehr von Mitgliedstaat Y nach Nordeuropa transportieren würde. Allerdings wollen beide Unternehmen ihre jeweiligen Bestandskunden behalten. Zu diesem Zweck beabsichtigen die Unternehmen A und B, eine Swap-Vereinbarung zu treffen, nach der sie eine vereinbarte Jahresmenge des Produkts Z bei der Anlage der anderen Partei kaufen können, um das erworbene Produkt Z an diejenigen ihrer

Kunden zu verkaufen, deren Standort näher an der Anlage der anderen Partei liegt. Um einen Kaufpreis ermitteln zu können, bei dem keine Partei gegenüber der anderen bevorzugt wird und der den unterschiedlichen Produktionskosten der Parteien und ihren unterschiedlichen Einsparungen bei den Transportkosten Rechnung trägt, und um beiden Parteien eine angemessene Marge zu sichern, vereinbaren sie, einander ihre Kosten in Bezug auf das Produkt (d. h. die Produktions- und Transportkosten) offenzulegen.

Analyse:

Anwendbarkeit der Spezialisierungs-GVO: Die Spezialisierungs-GVO findet keine Anwendung, da die Swap-Vereinbarung keiner der unter die Spezialisierungs-GVO fallenden Arten von Vereinbarungen entspricht.

Einzelfallprüfung nach Artikel 101 Absatz 1: Die Tatsache, dass die Wettbewerber A und B für einen Teil ihrer Produktion einen Swap vornehmen, ist an sich noch kein Anlass für wettbewerbsrechtliche Bedenken. In der Vereinbarung ist jedoch auch der Austausch von Informationen zwischen den Parteien über die Produktions- und Transportkosten für das Produkt Z vorgesehen, mit dem sie miteinander im Wettbewerb stehen. Der Informationsaustausch zwischen den Wettbewerbern geht über das hinaus, was für die Umsetzung der Swap-Vereinbarung erforderlich ist. In Anbetracht der relativ konzentrierten Marktstruktur, der Homogenität des Produkts Z und der Tatsache, dass die Produktions- und Transportkosten ein wesentlicher Bestandteil der gesamten Produktkosten und damit ein wichtiger Wettbewerbsparameter sind, könnte der Informationsaustausch zu einem Kollusionsergebnis führen. Angesichts der erheblichen Marktanteile der Parteien ist es wahrscheinlich, dass die Vereinbarung den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 AEUV beschränkt.

Einzelfallprüfung nach Artikel 101 Absatz 3: Die Vereinbarung führt zu erheblichen Effizienzgewinnen in Form von Kosteneinsparungen für die Parteien, doch scheint der Inhalt des Informationsaustauschs für die Erzielung der Effizienzgewinne nicht unerlässlich zu sein. Die Parteien könnten ähnliche Kosteneinsparungen erzielen, wenn sie sich auf eine Preisformel einigen würden, die keine Offenlegung ihrer Produktions- und Transportkosten erfordert. Folglich erfüllt die Swap-Vereinbarung in ihrer derzeitigen Form nicht die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3.

4. **EINKAUFSVEREINBARUNGEN**

4.1. **Einleitung**

273. Dieses Kapitel enthält Erläuterungen zur Prüfung von Vereinbarungen über den gemeinsamen Einkauf von Produkten durch mehrere Unternehmen. Der gemeinsame Einkauf umfasst die Bündelung von Einkaufstätigkeiten und kann auf verschiedene Weise erfolgen, unter anderem über ein gemeinsam kontrolliertes Unternehmen, über ein Unternehmen, an dem Unternehmen Minderheitsbeteiligungen halten, durch eine Genossenschaft oder im Rahmen einer vertraglichen Regelung oder lockererer Formen der Zusammenarbeit, z. B. wenn ein Vertreter im Namen mehrerer Unternehmen Einkäufe aushandelt oder abschließt (im Folgenden „gemeinsame Einkaufsregelungen“).

274. Gemeinsame Einkaufsregelungen sind in einer Vielzahl von Wirtschaftszweigen anzutreffen. Sie können vorsehen, dass die Mitglieder gemeinsame Einkäufe tätigen, oder sie können sich auf die gemeinsame Aushandlung von Einkaufspreisen, Kaufpreisbestandteilen oder anderen Bedingungen mit einem Anbieter beschränken, wobei die eigentlichen Kaufgeschäfte von jeder Partei einzeln auf der Grundlage der gemeinsam ausgehandelten Preise und/oder Bedingungen abgeschlossen werden. Wenn in diesem Kapitel von gemeinsamem Einkauf die Rede ist, sind damit sowohl gemeinsame Einkäufe als auch gemeinsame Verhandlungen über Einkaufspreise (oder Bestandteile davon) oder andere Bedingungen gemeint. Eine gemeinsame Einkaufsregelung kann ferner zusätzliche Tätigkeiten wie den gemeinsamen Transport, die gemeinsame Qualitätskontrolle und die gemeinsame Lagerung umfassen, wodurch doppelte Lieferkosten vermieden werden. Je nach Sektor können die Einkäufer die gemeinsam eingekauften Produkte verbrauchen oder als Vorleistung für ihre eigenen Tätigkeiten verwenden, wie z. B. bei Energie oder Düngemitteln. Alternativ können die Einkäufer die Produkte auch weiterverkaufen, wie z. B. bei kurzlebigen Konsumgütern (z. B. Lebensmittel, Haushalts- oder Körperpflegeprodukte usw.) oder Unterhaltungselektronik. Gruppen von unabhängigen Einzelhändlern, Einzelhandelsketten oder Einzelhandelsgruppen, die gemeinsam einkaufen, werden häufig als „Einzelhandelsallianzen“ ([200]) bezeichnet.

([200]) Siehe Colen, L., Bouamra-Mechemache, Z., Daskalova, V., Nes, K., *Retail alliances in the agricultural and food supply chain*, EUR 30206 EN, Europäische Kommission, 2020, ISBN 978-92-76-18585-7, doi:10.2760/33720, JRC120271. Dieser JRC-Bericht enthält insbesondere eine Typologie von Einzelhandelsallianzen (siehe Abschnitt 2.3), in der zwischen i) Gruppen unabhängiger Einzelhändler, ii) nationalen Einzelhandelsallianzen und iii) internationalen oder europäischen Einzelhandelsallianzen unterschieden wird. Im Gegensatz zu Gruppen unabhängiger Einzelhändler kaufen nationale und internationale Einzelhandelsallianzen im Allgemeinen nicht gemeinsam Produkte bei Anbietern ein, sondern handeln mit den Herstellern von Markenprodukten lediglich bestimmte Einkaufsbedingungen aus, z. B. die Gewährung zusätzlicher Rabatte durch den Hersteller im Gegenzug für die Erbringung bestimmter Dienstleistungen durch die Einzelhändler. Diese Bedingungen gelten zusätzlich zu den mit den einzelnen Mitgliedern der Allianz vereinbarten Bedingungen.

275. Gemeinsame Einkaufsregelungen haben im Allgemeinen das Ziel, ein gewisses Maß an Nachfragemacht gegenüber den Anbietern zu erreichen, das die einzelnen Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung nicht erreichen könnten, wenn sie unabhängig voneinander handeln würden. Die Nachfragemacht einer gemeinsamen Einkaufsregelung kann zu niedrigeren Preisen oder einer größeren Vielfalt und einer besseren Qualität der Produkte für die Verbraucher führen. Sie kann es den Mitgliedern, insbesondere kleineren Unternehmen, auch ermöglichen, bessere Einkaufsbedingungen zu erhalten und dadurch auf dem bzw. den nachgelagerten Verkaufsmärkten wettbewerbsfähig zu bleiben, wenn sie starken Wettbewerbern gegenüberstehen. Unternehmen können auch gemeinsam einkaufen, um Engpässen oder Störungen bei der Produktion bestimmter Produkte vorzubeugen und so eine Störung der Lieferkette zu vermeiden. Unter bestimmten Umständen kann der gemeinsame Einkauf jedoch auch wettbewerbsrechtliche Bedenken aufwerfen, wie in Abschnitt 4.2.3 dargelegt.

276. Gemeinsame Einkaufsregelungen können zugleich horizontale und vertikale Vereinbarungen beinhalten. In solchen Fällen ist eine Analyse in zwei Stufen erforderlich. Zunächst sind die horizontalen Vereinbarungen zwischen den konkurrierenden Unternehmen, die gemeinsam einkaufen, oder die von der Vereinigung einkaufender Unternehmen angenommenen Beschlüsse anhand der in diesen Leitlinien beschriebenen Grundsätze zu prüfen. Führt diese Prüfung zu dem Ergebnis, dass die gemeinsame Einkaufsregelung keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gibt, ist eine weitere Prüfung etwaiger vertikaler Vereinbarungen zwischen der gemeinsamen Einkaufsregelung und ihren einzelnen Mitgliedern sowie zwischen der gemeinsamen Einkaufsregelung und den Anbietern erforderlich. Solche vertikalen Vereinbarungen sind anhand der Vertikal-GVO und der Vertikal-Leitlinien zu prüfen. Bei vertikalen Vereinbarungen, die nicht unter die Vertikal-GVO fallen, wird nicht davon ausgegangen, dass sie rechtswidrig sind; sie sind jedoch einer Einzelfallprüfung nach Artikel 101 zu unterziehen.

4.2. **Prüfung nach Artikel 101 Absatz 1 AEUV**

4.2.1. *Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken*

277. Gemeinsame Einkaufsregelungen zwischen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbern können zu Beschränkungen des Wettbewerbs auf den vorgelagerten Einkaufsmärkten und/oder nachgelagerten Verkaufsmärkten führen, z. B. zu höheren Preisen oder einer geringeren Produktionsmenge, geringerer Produktqualität, geringerer Produktvielfalt oder geringerer Innovation, zu Marktaufteilung oder wettbewerbswidriger Marktabschottung gegenüber anderen Einkäufern.

4.2.2. *Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen*

278. Gemeinsame Einkaufsregelungen stellen im Allgemeinen keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar, wenn es sich wirklich um gemeinsame Einkäufe handelt, d. h., wenn zwei oder mehr Einkäufer gemeinsam eine Vereinbarung mit einem bestimmten Anbieter über eine oder mehrere Handelsbedingungen für die Lieferung von Produkten an die zusammenarbeitenden Einkäufer aushandeln und abschließen.

279. Gemeinsame Einkaufsregelungen sind von Einkaufskartellen zu unterscheiden, die eine Beschränkung des Wettbewerbs im Binnenmarkt bezwecken und somit gegen Artikel 101 Absatz 1 verstoßen ([201]). Einkaufskartelle sind Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen zwei oder mehr Einkäufern, in deren Rahmen keine gemeinsamen Verhandlungen mit dem jeweiligen Anbieter geführt werden und

a) das individuelle Wettbewerbsverhalten der betreffenden Einkäufer auf dem Einkaufsmarkt koordiniert wird oder die relevanten Wettbewerbsparameter zwischen ihnen durch bestimmte Verhaltensweisen beeinflusst werden, wie z. B. durch die Festsetzung oder Koordinierung von Einkaufspreisen oder Bestandteilen davon (einschließlich z. B. Vereinbarungen über die Festsetzung von Löhnen oder die Weigerung zur Zahlung eines bestimmten Preises für ein Produkt), die Zuteilung von Einkaufskontingenten oder die Aufteilung von Märkten und Anbietern, oder

b) die individuellen Verhandlungen der betreffenden Einkäufer mit den Anbietern oder ihre individuellen Einkäufe bei den Anbietern beeinflusst werden, z. B. durch die Koordinierung der Preisverhandlungsstrategien der Einkäufer oder den Austausch von Informationen über den Stand entsprechender Verhandlungen mit den Anbietern.

280. Wenn die Einkäufer individuell mit Anbietern verhandeln (d. h. keine gemeinsamen Verhandlungen mit dem Anbieter führen), müssen sie ihre Einkaufsentscheidungen unabhängig voneinander treffen und dürfen die zwischen ihnen herrschende strategische Ungewissheit in Bezug auf ihr künftiges Marktverhalten nicht durch Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen beseitigen. Die Einkäufer dürfen nicht erst eine oder mehrere Einkaufsbedingungen (Preis, Menge, Bezugsquelle, Qualität oder andere Wettbewerbsparameter) untereinander festlegen, bevor jeder Einkäufer einzeln mit dem Anbieter verhandelt und bei ihm einkauft.

([201]) Urteil des Gerichts vom 7. November 2019, Campine und Campine Recycling/Kommission, T-240/17, ECLI:EU:T:2019:778, Rn. 297, siehe auch Urteil des Gerichtshofs vom 4. Juni 2009, T-Mobile Netherlands u. a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 37, und Urteil des Gerichts vom 13. Dezember 2006, FNCBV u. a./Kommission, T-217/03 und T-245/03, ECLI:EU:T:2006:391, Rn. 83 ff.

281. Ein Einkaufskartell kann auch vorliegen, wenn Einkäufer vereinbaren, untereinander sensible Geschäftsinformationen über ihre individuellen Einkaufsabsichten oder ihre Verhandlungen mit Anbietern auszutauschen, und dies außerhalb einer echten gemeinsamen Einkaufsregelung geschieht, in deren Rahmen sie im Namen ihrer Mitglieder kollektiv mit Anbietern interagieren ([202]). Dies betrifft insbesondere den Austausch zwischen Einkäufern über die zu zahlenden Einkaufspreise (Höchstpreise, Mindestrabatte und andere Preisaspekte), sonstige Einkaufsbedingungen, Bezugsquellen (sowohl in Bezug auf Anbieter als auch auf Gebiete), Volumen und Mengen, Qualität oder andere Wettbewerbsparameter (z. B. Zeitplanung, Lieferung und Innovation).

282. Bei Einkaufskartellen ist naturgemäß eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs gegeben, sodass eine Prüfung ihrer möglichen Auswirkungen nicht erforderlich ist. Ein Einkaufskartell stellt somit, sofern es den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt, eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 dar. Daher ist es für die Prüfung von Einkaufskartellen im Gegensatz zu gemeinsamen Einkaufsregelungen in der Regel nicht erforderlich, den bzw. die relevanten Märkte abzugrenzen, die Marktstellung der Einkäufer auf dem vorgelagerten Einkaufsmarkt zu berücksichtigen oder zu prüfen, ob sie auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt miteinander im Wettbewerb stehen ([203]). Die folgenden Faktoren machen es weniger wahrscheinlich, dass eine Einkaufsregelung zwischen Einkäufern ein Einkaufskartell darstellt:

a) Die gemeinsame Einkaufsregelung macht den Anbietern deutlich, dass die Verhandlungen im Namen ihrer Mitglieder geführt werden und dass die Mitglieder für ihre individuellen Einkäufe an die vereinbarten Bedingungen gebunden sind oder dass die gemeinsame Einkaufsregelung im Namen ihrer Mitglieder einkauft. Dies bedeutet nicht, dass die gemeinsame Einkaufsregelung die Identität ihrer Mitglieder offenlegen muss, insbesondere wenn es sich um kleine oder mittlere Unternehmen handelt und/oder auf sie nur ein geringer Anteil an den im Rahmen der gemeinsamen Regelung getätigten Einkäufen bei einem Anbieter entfällt. Es liegt jedoch nicht in der Verantwortung der Anbieter, Maßnahmen zu ergreifen, um Kenntnis über das Bestehen einer gemeinsamen Einkaufsregelung zu erlangen, z. B. durch Dritte oder Presseberichte. Die Geheimhaltung ist jedoch keine Voraussetzung für die Feststellung eines Einkaufskartells ([204]).

b) Die Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung haben die Form, den Umfang und die Funktionsweise ihrer Zusammenarbeit in einer schriftlichen Vereinbarung festgelegt, sodass die Einhaltung des Artikels 101 im Nachhinein überprüft und mit der tatsächlichen Durchführung der gemeinsamen Einkaufsregelung abgeglichen werden kann. Eine schriftliche Vereinbarung an sich kann die Regelung jedoch nicht vor der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts schützen.

283. Gemeinsame Einkaufsregelungen können auch zu einem Verkaufskartell beitragen oder als Instrument zur Bildung eines solchen Kartells dienen, d. h. einer Vereinbarung zwischen Wettbewerbern zur Festsetzung der Verkaufspreise, zur Beschränkung der Produktion oder zur Aufteilung von Märkten oder Kunden auf nachgelagerten Verkaufsmärkten. In diesem Fall kann die gemeinsame Einkaufsregelung zusammen mit dem Kartell auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt geprüft werden.

284. Eine gemeinsame Einkaufsregelung, die darauf abzielt, einen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerber von dem bzw. den nachgelagerten Verkaufsmärkten auszuschließen, ist eine Form des horizontalen Boykotts und stellt eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar. Horizontale Boykotte sollten von vertikalen Boykotten unterschieden werden, d. h. von Vereinbarungen zwischen Einkäufern, auf dem vorgelagerten Markt nicht bei bestimmten Anbietern einzukaufen. Ein vertikaler Boykott kann zwar unter bestimmten Umständen eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen, dies ist aber in der Regel nicht der Fall. So stellt beispielsweise eine Vereinbarung zwischen Einkäufern, aufgrund bestimmter Produktmerkmale, Produktionsverfahren oder Arbeitsbedingungen keine Produkte mehr bei bestimmten Anbietern einzukaufen, etwa weil die angebotenen Produkte nicht nachhaltig sind, die Einkäufer aber nur nachhaltige Produkte einkaufen wollen, keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar. Für die Prüfung ihrer tatsächlichen oder wahrscheinlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb müssen vertikale Boykotte daher in ihrem rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang betrachtet werden.

([202]) Siehe Kapitel 6 über den Informationsaustausch, insbesondere Abschnitt 6.2.6, der auch für den Austausch sensibler Geschäftsinformationen zwischen Einkäufern gilt.

([203]) Bei der Prüfung der Frage, ob eine Vereinbarung eine bezweckte Beschränkung darstellt, sind unter dem Gesichtspunkt des Kontextes auch alle möglichen wettbewerbsfördernden Auswirkungen der Vereinbarung zu berücksichtigen; diese Auswirkungen können nämlich unter Umständen die Gesamtbeurteilung der Frage, ob die Vereinbarung den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigt, infrage stellen (siehe Rn. 28).

([204]) Die Kommission hat bereits Einkaufskartelle sanktioniert, die nicht vollständig im Verborgenen operierten, sondern zumindest zu Beginn auf relativ transparente Weise arbeiteten. Siehe Entscheidung 2003/600/EG der Kommission vom 2. April 2003, Viandes bovines françaises (ABl. L 209 vom 19.8.2003, S. 12).

4.2.3. *Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen*

285. Gemeinsame Einkaufsregelungen, in deren Rahmen die Einkäufer gemeinsam mit den Anbietern interagieren, müssen in ihrem rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang auf ihre tatsächlichen und wahrscheinlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb geprüft werden. Die Prüfung muss sich auf die möglichen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen sowohl auf den relevanten Einkaufsmärkten, auf denen im Rahmen der gemeinsamen Einkaufsregelung mit Anbietern interagiert wird, als auch auf den relevanten Verkaufsmärkten, auf denen die Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung unter Umständen als Verkäufer miteinander im Wettbewerb stehen, erstrecken. Bei dieser Prüfung vergleicht die Kommission die tatsächlichen oder wahrscheinlichen Auswirkungen der gemeinsamen Einkaufsregelung auf die relevanten Einkaufs- und Verkaufsmärkte mit der Situation, die ohne diese spezifische Regelung bestehen würde.

286. Im Allgemeinen ist es weniger wahrscheinlich, dass gemeinsame Einkaufsregelungen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken geben, wenn die Mitglieder auf den relevanten Verkaufsmärkten nicht über Marktmacht verfügen.

287. Es ist möglich, dass bestimmte Beschränkungen, die den Mitgliedern einer gemeinsamen Einkaufsregelung auferlegt werden, nicht unter Artikel 101 Absatz 1 fallen, wenn sie auf das begrenzt sind, was objektiv notwendig und angemessen ist, um das ordnungsgemäße Funktionieren der Regelung sicherzustellen und den Mitgliedern die Ausübung von Nachfragemacht gegenüber Anbietern zu ermöglichen ([205]). Dies kann beispielsweise für eine Bestimmung gelten, nach der es den Mitgliedern untersagt ist, sich an konkurrierenden gemeinsamen Einkaufsregelungen zu beteiligen, soweit dies das ordnungsgemäße Funktionieren der Einkaufsregelung und ihre Nachfragemacht gefährden würde.

4.2.3.1. Relevante Märkte

288. Gemeinsame Einkaufsregelungen können sich auf zwei Märkte auswirken: erstens auf den bzw. die Märkte, auf den bzw. die sich die gemeinsame Einkaufsregelung unmittelbar bezieht, d. h. auf den bzw. die relevanten Einkaufsmärkte, auf dem bzw. denen die Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung gemeinsam mit Anbietern verhandeln oder gemeinsam bei Anbietern einkaufen; zweitens auf den bzw. die Verkaufsmärkte, d. h. den bzw. die Märkte, auf dem bzw. denen die Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung einzeln als Verkäufer tätig sind.

289. Die Abgrenzung der relevanten Einkaufsmärkte stützt sich auf die in der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes festgelegten Grundsätze und den Begriff der Substituierbarkeit zur Ermittlung des Wettbewerbsdrucks. Die einzige Besonderheit der Einkaufsmärkte im Vergleich zu den Verkaufsmärkten besteht darin, dass die Substituierbarkeit aus der Sicht des Angebots und nicht der Sicht der Nachfrage zu definieren ist. Mit anderen Worten: Bei der Ermittlung des Wettbewerbsdrucks auf die Einkäufer sind die Alternativen der Anbieter ausschlaggebend. Diese Alternativen könnten zum Beispiel durch die Untersuchung der wahrscheinlichen Reaktion der Anbieter auf eine geringe, nicht nur vorübergehende Senkung des Preises für ihre Produkte ermittelt werden. Sobald der relevante Markt abgegrenzt ist, kann der Marktanteil der Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung auf der Grundlage des Wertes oder des Volumens der Einkäufe der Mitglieder bei den relevanten Produkten als Anteil am Gesamtabsatz auf dem relevanten Einkaufsmarkt berechnet werden.

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

4.2.3.2. Marktmacht

291. Es gibt keinen absoluten Schwellenwert, bei dessen Überschreiten davon ausgegangen werden kann, dass die Mitglieder einer gemeinsamen Einkaufsregelung über eine solche Marktmacht verfügen, dass die gemeinsame Einkaufsregelung wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 hat. In den meisten Fällen ist es jedoch unwahrscheinlich, dass Marktmacht besteht, wenn die Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung einen gemeinsamen Marktanteil von nicht mehr als 15 % auf dem bzw. den relevanten Einkaufsmärkten und einen gemeinsamen Marktanteil von nicht mehr als 15 % auf dem bzw. den relevanten Verkaufsmärkten haben. Wenn die gemeinsamen Marktanteile der Mitglieder sowohl auf den Einkaufs- als auch auf den Verkaufsmärkten nicht mehr als 15 % betragen, ist es in jedem Fall wahrscheinlich, dass die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt sind, es sei denn, die Regelung beinhaltet eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung.

292. Wenn der Marktanteil auf einem oder beiden Märkten diesen Schwellenwert überschreitet, deutet diese Tatsache allein nicht darauf hin, dass die gemeinsame Einkaufsregelung wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat. Eine gemeinsame Einkaufsregelung mit einem gemeinsamen Marktanteil, der über diesem Schwellenwert liegt, muss eingehend auf ihre Auswirkungen auf den Markt geprüft werden, wobei Faktoren wie Marktkonzentration, Gewinnspannen, Intensität des Wettbewerbs, Art der unter die Einkaufsregelung fallenden Produkte und mögliche Gegenmacht der Anbieter zu berücksichtigen sind.

([205]) Urteil des Gerichtshofs vom 15. Dezember 1994, Gøttrup-Klim u. a. Grovvareforeninger/Dansk Landbrugs Grovvareselskab, C-250/92, ECLI:EU:C:1994:413, Rn. 34. Siehe auch Abschnitt 1.2.6 über Nebenabreden.

293. Ferner sind für die Prüfung, ob die Mitglieder einer gemeinsamen Einkaufsregelung gemeinsam über Nachfragemacht verfügen, auch die Zahl und die Intensität der Verbindungen zwischen den Wettbewerbern auf dem Einkaufsmarkt von Bedeutung. So können Mitglieder der betreffenden Einkaufsregelung zum Beispiel auch an anderen Einkaufsregelungen beteiligt sein.

294. Verfügen die Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung über ein erhebliches Maß an Nachfragemacht auf dem Einkaufsmarkt, besteht die Gefahr, dass die Regelung den Wettbewerb auf dem vorgelagerten Markt beeinträchtigt, was letztlich auch den Verbrauchern auf dem nachgelagerten Markt schaden kann. Die Ausübung gemeinsamer Nachfragemacht kann beispielsweise die Investitionsanreize der Anbieter beeinträchtigen und die Anbieter, die über keine Gegenmacht verfügen, dazu zwingen, das Angebot oder die Qualität der von ihnen hergestellten Produkte zu verringern. Dies kann zu wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen auf dem vorgelagerten Markt führen, z. B. in Form von Qualitätseinbußen, nachlassenden Innovationsanstrengungen und einem letztlich suboptimalen Angebot. Darüber hinaus können Einzelhändler Nachfragemacht ausüben und Anbieter gegeneinander ausspielen, indem sie gemeinsam die Produktvielfalt in ihren Geschäften einschränken, was letztlich den Verbrauchern auf den nachgelagerten Märkten schadet.

295. Die Gefahr, dass eine gemeinsame Einkaufsregelung Anbieter von Investitionen oder Innovationen abhält, ist größer, wenn auf die Einkäufer gemeinsam ein großer Teil der relevanten Einkäufe entfällt, insbesondere wenn diese Einkäufer mit Anbietern zusammenarbeiten, die über keine Gegenmacht verfügen. Solche Anbieter können besonders anfällig für Gewinneinbußen sein, vor allem wenn sie spezifische Investitionen für die Belieferung der Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung getätigt haben. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen sind weniger wahrscheinlich, wenn die Anbieter auf dem bzw. den Einkaufsmärkten über ein erhebliches Maß an Gegenmacht verfügen (was nicht zwangsläufig auf eine beherrschende Stellung hinausläuft), z. B. weil sie Produkte verkaufen oder Dienstleistungen anbieten, die die Einkäufer brauchen, um sich auf den nachgelagerten Verkaufsmärkten im Wettbewerb behaupten zu können, und die nur schwer ausgetauscht werden können.

296. Die Nachfragemacht der Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung kann ferner dazu genutzt werden, konkurrierende Einkäufer vom Einkaufsmarkt abzuschotten, indem ihr Zugang zu effizienten Anbietern beschränkt wird. Solche wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen sind wahrscheinlicher, wenn die Zahl der Anbieter begrenzt ist und auf der Angebotsseite des Einkaufsmarktes Zutrittsschranken bestehen.

297. Handelt es sich bei den Mitgliedern einer gemeinsamen Einkaufsregelung um tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber auf den nachgelagerten Märkten, so können ihre Anreize für einen Preiswettbewerb auf dem bzw. den nachgelagerten Verkaufsmärkten deutlich verringert werden, wenn sie einen erheblichen Teil der Produkte, bei denen sie auf den nachgelagerten Märkten miteinander im Wettbewerb stehen, gemeinsam einkaufen. Erstens werden die durch die gemeinsame Einkaufsregelung erzielten niedrigeren Einkaufspreise mit geringerer Wahrscheinlichkeit an die Verbraucher weitergegeben, wenn die Mitglieder gemeinsam über ein erhebliches Maß an Marktmacht auf dem bzw. den Verkaufsmärkten verfügen (was nicht zwangsläufig einer beherrschenden Stellung gleichkommt). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Wettbewerber der Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung aufgrund ihrer schwachen Marktstellung nur begrenzt in der Lage sind, sich wirksam im Wettbewerb auf dem Verkaufsmarkt zu behaupten. Zweitens erhöht sich die Gefahr, dass die Koordinierung der vorgelagerten Einkäufe zu einer Koordinierung der nachgelagerten Verkäufe führt, je höher der gemeinsame Marktanteil der Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt ist. Diese Gefahr ist besonders hoch, wenn die gemeinsame Einkaufsregelung die Möglichkeit ihrer Mitglieder einschränkt (oder ihnen die Anreize nimmt), unabhängig voneinander zusätzliche Mengen der Vorleistung auf dem Einkaufsmarkt zu beziehen. Eine Verpflichtung der Mitglieder, ihren Bedarf ganz oder zum Großteil über die gemeinsame Einkaufsregelung zu beziehen, um eine ausreichend starke Verhandlungsposition gegenüber starken Anbietern zu gewährleisten, sollte unter Berücksichtigung von Faktoren wie dem Umfang (Menge oder Anteil der betreffenden Einkäufe) und der Dauer der Verpflichtung sowie dem gemeinsamen Marktanteil der Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung auf dem bzw. den relevanten Einkaufs- und Verkaufsmärkten geprüft werden.

298. Verfügen die Parteien einer gemeinsamen Einkaufsregelung jedoch gemeinsam nicht über Marktmacht oder sind sie nicht auf dem- bzw. denselben relevanten Verkaufsmärkten tätig (z. B. Einzelhändler, die auf unterschiedlichen räumlich relevanten Märkten tätig und keine potenziellen Wettbewerber sind), so ist es unwahrscheinlich, dass die gemeinsame Einkaufsregelung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen auf den bzw. die Verkaufsmärkte hat.

4.2.3.3. Kollusionsergebnis

299. Gemeinsame Einkaufsregelungen können zu einem Kollusionsergebnis führen, sofern sie die Koordinierung des Verhaltens der Mitglieder auf den nachgelagerten Verkaufsmärkten erleichtern, auf denen sie tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber sind. Dies kann vor allem dann der Fall sein, wenn die Marktstruktur des Verkaufsmarkts Kollusion begünstigt (z. B. weil der Markt konzentriert ist und ein hohes Maß an Transparenz aufweist).

Ein Kollusionsergebnis ist ferner wahrscheinlicher, wenn die Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung über einen hohen gemeinsamen Marktanteil auf dem Verkaufsmarkt verfügen und die Regelung über den gemeinsamen Einkauf oder die gemeinsame Aushandlung der Einkaufsbedingungen hinausgeht. Ein solches Kollusionsergebnis könnte beispielsweise dadurch begünstigt werden, dass die Mitglieder der Regelung die Mengen vereinbaren, die sie im Rahmen der Regelung einkaufen werden, oder den Zeitpunkt von Preisnachlässen oder Verkaufsförderungsmaßnahmen auf dem nachgelagerten Verkaufsmarkt abstimmen, wodurch der Wettbewerb zwischen ihnen auf dem Verkaufsmarkt erheblich beschränkt wird.

300. Kollusion kann ferner erleichtert werden, wenn die Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung durch den gemeinsamen Einkauf ein hohes Maß an Kostenangleichung erzielen, vorausgesetzt, sie verfügen über Marktmacht auf dem Verkaufsmarkt und die Marktmerkmale begünstigen eine Koordinierung. Insbesondere sind wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen wahrscheinlicher, wenn den Parteien ein erheblicher Teil der variablen Kosten auf dem Verkaufsmarkt gemein ist. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn konkurrierende Hersteller und Verkäufer eines Endprodukts einen großen Teil ihrer Vorleistungen gemeinsam einkaufen. Dies kann auch der Fall sein, wenn Einzelhändler, die auf dem bzw. denselben relevanten Einzelhandelsmärkten tätig sind, einen erheblichen Teil der Produkte, die sie weiterverkaufen, gemeinsam einkaufen. Neben der Erweiterung des Spielraums für Hub-and-Spoke-Absprachen ([206]) sind Einzelhändler, die Mitglieder einer gemeinsamen Einkaufsregelung sind, möglicherweise auch eher bereit, Preiserhöhungen durch Anbieter zu akzeptieren, wenn sie wissen, dass diese Preiserhöhungen auch für die meisten ihrer Wettbewerber auf dem bzw. den nachgelagerten Verkaufsmärkten gelten und somit an die Verbraucher weitergegeben werden können.

301. Für die Umsetzung einer gemeinsamen Einkaufsregelung kann der Austausch sensibler Geschäftsinformationen, z. B. zu Einkaufspreisen (oder Teilen davon) und Einkaufsmengen, erforderlich sein. Fällt die gemeinsame Einkaufsregelung an sich jedoch nicht unter das Verbot nach Artikel 101 Absatz 1, weil sie neutrale oder positive Auswirkungen auf den Wettbewerb hat, so fällt auch ein Informationsaustausch, der eine Nebenabrede zu dieser Regelung darstellt, nicht unter dieses Verbot ([207]). Dies ist der Fall, wenn der Informationsaustausch für die Umsetzung der gemeinsamen Einkaufsregelung objektiv notwendig ist und in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen der Regelung steht ([208]). Geht der Informationsaustausch über das hinaus, was für die Durchführung der gemeinsamen Einkaufsregelung objektiv notwendig ist, oder steht er nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen der Regelung, so sollte er anhand der Orientierungshilfen in Kapitel 6 geprüft werden ([209]). Fällt der Informationsaustausch unter Artikel 101 Absatz 1, so kann er dennoch die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllen.

302. Der Austausch sensibler Geschäftsinformationen kann die Koordinierung hinsichtlich der Verkaufspreise und der Produktionsmengen erleichtern und damit zu einem Kollusionsergebnis auf den Verkaufsmärkten führen. Vom Austausch sensibler Geschäftsinformationen ausgehende Spillover-Effekte lassen sich beispielsweise minimieren, wenn im Rahmen der gemeinsamen Einkaufsregelung, die als eigenständige Einheit eingerichtet wurde, zwar Daten erhoben, aber keine individuellen Informationen an die beteiligten Einkäufer weitergegeben werden, oder wenn technische oder praktische Maßnahmen ergriffen werden, um den Zugang zu solchen Informationen zu begrenzen und ihre Vertraulichkeit zu schützen. Die Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung können daher „Clean Teams" einsetzen oder wirksame Vertraulichkeitsregeln für die betreffenden Mitarbeiter der gemeinsamen Einkaufsregelung und ihre Mitglieder vorsehen, die auch dann weiter gelten würden, wenn bestimmte Mitarbeiter zu den einzelnen Mitgliedern der Regelung zurückkehren oder bestimmte Mitarbeiter oder Mitglieder zu einer anderen gemeinsamen Einkaufsregelung wechseln würden. Außerdem sollte die Beteiligung eines Unternehmens an mehreren gemeinsamen Einkaufsregelungen nicht zu einem wettbewerbswidrigen Informationsaustausch oder anderen Formen der Koordinierung zwischen den verschiedenen Einkaufsregelungen führen.

303. Bei der gemeinsamen Aushandlung von Bedingungen mit Anbietern kann eine gemeinsame Einkaufsregelung (d. h. ihre Mitglieder oder die von ihnen gebildete juristische Person) ihre Nachfragemacht ausüben, indem sie z. B. damit droht, die Verhandlungen abzubrechen oder den Einkauf einzustellen, wenn der Lieferant keine besseren Bedingungen oder niedrigeren Preise anbietet. Die Gegenparteien in solchen Verhandlungen können den Einkäufern in ähnlicher Weise drohen, die Verhandlungen abzubrechen oder die Lieferung von Produkten einzustellen.

304. Solche kollektiven Verhandlungsdrohungen können als fester Bestandteil der gemeinsamen Einkaufsregelung angesehen werden, wenn sie die Produkte betreffen, die Gegenstand der Verhandlungen sind, und wenn sie vorübergehender Natur sind und enden, sobald die Parteien ihre Verhandlungen wieder aufgenommen oder eine Vereinbarung geschlossen haben. Unbeschadet der Anwendung strengerer nationaler Rechtsvorschriften, nach

([206]) Siehe Abschnitt 6.2.4.2.
([207]) Urteil des Gerichtshofs vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, Rn. 89.
([208]) Siehe Rn. 369.
([209]) Siehe auch Rn. 6.

denen einseitiges Verhalten und unlautere Handelspraktiken verboten sind ([210]), stellen solche Drohungen im Allgemeinen keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar ([211]). Etwaige Auswirkungen solcher Drohungen auf den Wettbewerb werden nach Artikel 101 Absatz 1 im Lichte der Gesamtauswirkungen der gemeinsamen Einkaufsregelung und unter Berücksichtigung der Marktstellung der Mitglieder, die die Drohungen umsetzen, geprüft ([212]). Ein Beispiel für kollektive Drohungen, die als integraler Bestandteil einer gemeinsamen Einkaufsregelung angesehen werden könnten, ist, wenn die Mitglieder einer Einzelhandelsallianz während ihrer Verhandlungen über die Bedingungen für die künftige Lieferung bestimmter Produkte die Bestellung dieser Produkte bei dem betreffenden Anbieter einstellen. Solche vorübergehenden Einstellungen der Bestellungen können dazu führen, dass die von den einzelnen Mitgliedern der Allianz ausgewählten Produkte vorübergehend nicht in ihren Geschäften verfügbar sind, bis sich die Einzelhandelsallianz und der Anbieter über die Bedingungen für künftige Lieferungen geeinigt haben. Solche Einstellungen von Bestellungen (oder entsprechenden Drohungen) führen im Allgemeinen nicht zu einer spürbaren Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem bzw. den nachgelagerten Verkaufsmärkten, sofern die Einzelhändler weiterhin Produkte anbieten, die Substitute der betreffenden Produkte sind, und soweit die Kunden auf dem bzw. den Verkaufsmärkten diese Produkte oder Substitute von Wettbewerbern der Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung beziehen können.

4.3. **Prüfung nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV**

4.3.1. *Effizienzgewinne*

305. Mit gemeinsamen Einkaufsregelungen können erhebliche Effizienzgewinne erzielt werden. Insbesondere können sie zu Kosteneinsparungen, z. B. zu niedrigeren Einkaufspreisen oder geringeren Produktions- und Transaktionskosten, führen. Ferner können gemeinsame Einkaufsregelungen qualitative Effizienzgewinne mit sich bringen, z. B. indem sie Anbieter zu Innovationen und zur Markteinführung neuer oder verbesserter Produkte veranlassen oder, insbesondere bei kleineren Anbietern, den Vertrieb ihrer Produkte auf eine größere Zahl von Einkäufern und Märkten ausweiten. Solche qualitativen Effizienzgewinne können den Verbrauchern zugutekommen, indem Abhängigkeiten verringert und Engpässe durch widerstandsfähigere Lieferketten vermieden werden und ein Beitrag zu einem widerstandsfähigeren Binnenmarkt geleistet wird, z. B. durch den gemeinsamen Einkauf von Arzneimitteln oder Energie.

4.3.2. *Unerlässlichkeit*

306. Wettbewerbsbeschränkungen, die weiter gehen als für die Erzielung der durch eine gemeinsame Einkaufsregelung möglichen Effizienzgewinne notwendig, erfüllen nicht die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3. So können beispielsweise Kosteneinsparungen, die nicht auf den gemeinsamen Einkauf selbst, sondern auf zusätzliche Tätigkeiten im Rahmen der gemeinsamen Einkaufsregelung (z. B. Logistik, Transport oder Lagerung) zurückzuführen sind, nur dann als Effizienzgewinne der Regelung angesehen werden, wenn die zusätzliche Tätigkeit für das Funktionieren der Einkaufsregelung erforderlich ist und nicht mit weniger wettbewerbsbeschränkenden Mitteln erreicht werden könnte. Die Verpflichtung, ausschließlich im Rahmen der gemeinsamen Einkaufsregelung einzukaufen oder zu verhandeln, kann in bestimmten Fällen unerlässlich sein, um das für die Erzielung von Größenvorteilen erforderliche Maß an Nachfragemacht oder -volumen zu erreichen. Eine solche Verpflichtung muss jedoch im Einzelfall geprüft werden.

4.3.3. *Weitergabe an die Verbraucher*

307. Durch unerlässliche Beschränkungen erzielte Effizienzgewinne, z. B. Kostensenkungen oder qualitative Verbesserungen in Form der Markteinführung neuer oder verbesserter Produkte, müssen in einem Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der gemeinsamen Einkaufsregelung aufwiegen. Kosteneinsparungen oder andere Effizienzgewinne, die nur den Mitgliedern der gemeinsamen Einkaufsregelung zugutekommen, reichen folglich nicht aus. Stattdessen müssen die Kosteneinsparungen an die Kunden der Mitglieder weitergegeben werden. Im Fall niedrigerer Einkaufskosten kann die Weitergabe beispielsweise durch niedrigere Preise auf dem bzw. den Verkaufsmärkten erfolgen.

([210]) Beispielsweise nationale Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/633 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette (ABl. L 111 vom 25.4.2019, S. 59) oder strengere nationale Rechtsvorschriften als Artikel 102, nach denen missbräuchliches Verhalten gegenüber wirtschaftlich abhängigen Unternehmen verboten ist oder sanktioniert wird (siehe Artikel 3 Absatz 2 und achter Erwägungsgrund der Verordnung (EG) Nr. 1/2003).

([211]) Siehe Rn. 278.

([212]) Solche Drohungen können integraler Bestandteil wirksamer Verhandlungen sein, um wettbewerbsfähigere Preise zu erzielen. Andererseits können solche Drohungen auch im Zusammenhang mit gemeinsamen Einkaufsregelungen auftreten, die eine Beschränkung des Wettbewerbs bewirken. Die Beobachtung solcher Drohungen ist daher für sich genommen weder ein Beweis für das Vorliegen noch für das Fehlen schädigender Auswirkungen auf den Wettbewerb.

308. In der Regel haben Unternehmen einen Anreiz, eine Senkung der variablen Kosten zumindest teilweise an ihre eigenen Kunden weiterzugeben. Die höhere Gewinnspanne, die sich aus der Senkung der variablen Kosten ergibt, bietet den Unternehmen einen erheblichen Anreiz, die Produktion durch Preissenkungen auszuweiten. Verfügen die Mitglieder einer gemeinsamen Einkaufsregelung gemeinsam über Marktmacht auf dem bzw. den relevanten Verkaufsmärkten, können sie unter Umständen jedoch weniger geneigt sein, Senkungen der variablen Kosten an die Verbraucher weiterzugeben. Außerdem ist es weniger wahrscheinlich, dass Fixkostensenkungen (z. B. Pauschalzahlungen der Anbieter) an die Verbraucher weitergegeben werden, da sie den Unternehmen oft keinen Anreiz bieten, die Produktion auszuweiten. Es ist daher eine sorgfältige Prüfung der jeweiligen gemeinsamen Einkaufsregelung erforderlich, um festzustellen, ob sie einen wirtschaftlichen Anreiz bietet, die Produktion auszuweiten, und damit Kostensenkungen oder Effizienzgewinne weiterzugeben ([213]). Schließlich sind niedrigere Verkaufspreise für die Kunden besonders unwahrscheinlich, wenn die gemeinsame Einkaufsregelung die Möglichkeit ihrer Mitglieder einschränkt (oder ihnen die Anreize nimmt), zusätzliche Mengen bei einem bestimmten Lieferanten entweder über die gemeinsame Einkaufsregelung oder unabhängig davon einzukaufen. Gemeinsame Einkaufsregelungen, die die unabhängige Bestellung zusätzlicher Mengen durch ihre Mitglieder bei einem bestimmten Anbieter einschränken, bieten einen Anreiz zur Erhöhung der Verkaufspreise. Denn eine gemeinsame Beschränkung des Einkaufs von Vorleistungen hat auch eine Beschränkung des Absatzvolumens auf dem bzw. den Verkaufsmärkten zur Folge.

4.3.4. *Keine Ausschaltung des Wettbewerbs*

309. Die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 können nicht erfüllt sein, wenn den Parteien die Möglichkeit eröffnet wird, in Bezug auf einen beträchtlichen Teil der betreffenden Produkte den Wettbewerb auszuschalten. Diese Voraussetzung muss sowohl in Bezug auf den relevanten Einkaufsmarkt als auch den relevanten Verkaufsmarkt erfüllt sein.

4.4. **Beispiele**

310. Einkaufskartell

> **Beispiel 1**
>
> *Sachverhalt*: Viele kleine Unternehmen sammeln gebrauchte Mobiltelefone von Einzelhandelsgeschäften, wo diese beim Kauf eines neuen Mobiltelefons zurückgegeben werden. Diese Sammler verkaufen gebrauchte Mobiltelefone an Recyclingunternehmen weiter, die daraus wertvolle Rohstoffe wie Gold, Silber und Kupfer zur Wiederverwendung extrahieren, was eine nachhaltigere Alternative zum Abbau dieser Rohstoffe darstellt. Fünf Recyclingunternehmen, auf die 12 % des Einkaufsmarktes für gebrauchte Mobiltelefone entfällt, einigen sich auf einen gemeinsamen Höchsteinkaufspreis pro Telefon. Diese fünf Recyclingunternehmen halten sich gegenseitig sowohl über die Preisgespräche, die sie einzeln mit den Sammlern gebrauchter Mobiltelefone führen, als auch über die Angebote der Sammler und über den Preis, den sie den Sammlern schließlich zu zahlen bereit sind, auf dem Laufenden.
>
> *Analyse*: Die fünf Recyclingunternehmen sind jeweils Teil eines Einkaufskartells. Sie verhandeln jeweils einzeln mit den Sammlern von Mobiltelefonen und kaufen auch jeweils einzeln bei diesen ein. Es handelt sich nicht um eine gemeinsame Einkaufsregelung, im Rahmen derer die Käufer bei den Verhandlungen mit den Sammlern oder beim Einkauf bei diesen gemeinsam vertreten werden. Ungeachtet des relativ geringen gemeinsamen Marktanteils der Recyclingunternehmen auf dem Einkaufsmarkt für Elektronikschrott stellt die Vereinbarung zwischen ihnen eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar. Es ist daher nicht erforderlich, den relevanten Markt abzugrenzen oder die tatsächlichen oder potenziellen Auswirkungen des Kartells auf den Markt zu prüfen.

311. Gemeinsame Verhandlungen der Hersteller über Vorleistungen

> **Beispiel 2**
>
> *Sachverhalt:* Fünf konkurrierende Stahlhersteller haben einen gemeinsamen Marktanteil von 40 % auf dem relevanten Einkaufsmarkt in Mitgliedstaat A. Die Stahlhersteller gründen, besitzen und betreiben ein Gemeinschaftsunternehmen, das in ihrem Namen den Einkauf von Eisenerz aushandeln soll. Das Gemeinschaftsunternehmen fordert von einem großen Eisenerzlieferanten eine Senkung des Einkaufspreises für Eisenerz in Mitgliedstaat A um 20 %, die ihm gewährt wird. Anstatt auf dem Einkaufsmarkt miteinander zu konkurrieren, kaufen die fünf Stahlhersteller Eisenerz zu dem vom Gemeinschaftsunternehmen ausgehandelten Einkaufspreis ein. Es gibt keine Belege dafür, dass die Eigentümer des Gemeinschaftsunternehmens ihre Stahlpreise auf dem Verkaufsmarkt aufgrund der niedrigeren Eisenerzpreise gesenkt hätten.

([213]) So kann z. B. ein Rabatt zwar die vertragliche Form einer Pauschalzahlung haben, aber im Endeffekt davon abhängig sein, dass der Einkäufer bei der Neuverhandlung des Vertrags im folgenden Jahr bestimmte erwartete Absatzziele erreicht. Ebenso kann die Zahlung von der Erbringung bestimmter Dienstleistungen abhängig gemacht werden.

Analyse: Bei dem Gemeinschaftsunternehmen handelt es sich um eine gemeinsame Einkaufsregelung, die im Namen der fünf Stahlhersteller mit den Anbietern verhandelt. Die fünf an dem Gemeinschaftsunternehmen beteiligten Stahlhersteller konnten einen niedrigeren Preis für ihre Eisenerzeinkäufe erzielen. Die Parteien des Gemeinschaftsunternehmens kaufen ihr Eisenerz unabhängig voneinander ein, allerdings auf der Grundlage des von dem Gemeinschaftsunternehmen ausgehandelten Preises. Mit der Gründung und Durchführung des Gemeinschaftsunternehmens wird keine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt. Ob das Gemeinschaftsunternehmen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat, hängt z. B. davon ab, ob es eine erhebliche Angleichung der Kosten bewirkt und ob die gemeinsame Einkaufsregelung eine reale Gefahr einer Kollusion auf dem Verkaufsmarkt für Stahl mit sich bringt. Die Tatsache, dass keiner der an dem Gemeinschaftsunternehmen beteiligten Stahlhersteller seine Stahlpreise gesenkt hat, könnte ein Indiz für eine solche Kollusion sein.

312. Gemeinsame Verhandlungen durch eine europäische Einzelhandelsallianz

Beispiel 3

Sachverhalt: Eine europäische Einzelhandelsallianz, der sieben große Einzelhandelsketten angehören, die jeweils auf verschiedenen nationalen Märkten tätig sind, verhandelt gemeinsam mit einem großen Markenhersteller von Süßgebäck und Fruchtsäften mit einem Marktanteil von 30 % in diesen Produktkategorien über bestimmte Bedingungen für eine künftige Belieferungsvereinbarung. Die Allianz hat einen Marktanteil von nicht mehr als 18 % auf dem relevanten (nationalen) Einkaufsmarkt, und jedes ihrer Mitglieder hat einen Marktanteil zwischen 15 % und 20 % auf dem relevanten (lokalen) Einzelhandelsmarkt in seinem jeweiligen Mitgliedstaat. Die Mitglieder der Allianz sind keine potenziellen neuen Marktteilnehmer auf den Verkaufsmärkten der jeweils anderen Mitglieder. Gegenstand der Verhandlungen ist insbesondere ein zusätzlicher Rabatt des Herstellers für die Einzelhändler. Beide Seiten verhandeln eisern, um das bestmögliche Ergebnis zu erzielen. Zu einem bestimmten Zeitpunkt in den Verhandlungen fordert die Einzelhandelsallianz ihre Mitglieder auf, zur Erhöhung des Drucks vorübergehend keine Produkte aus den beiden Kategorien zu bestellen, über die mit dem Hersteller verhandelt wird. Bei der Umsetzung dieser Entscheidung entscheidet jedes Mitglied der Allianz individuell und unter Berücksichtigung der lokalen Verbraucherpräferenzen auf den Verkaufsmärkten, welche Produkte des Herstellers es aus diesen Kategorien während des Stillstands der Verhandlungen nicht mehr bestellt. Nach einer weiteren Verhandlungsrunde einigen sich der Hersteller und die Allianz schließlich auf den zusätzlichen Rabatt, den der Hersteller den einzelnen Mitgliedern der Allianz gewähren wird, und sie nehmen ihre Bestellungen des gesamten Produktsortiments beim Hersteller wieder auf.

Analyse: Die europäische Einzelhandelsallianz ist kein Einkaufskartell und stellt keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar. Sie gilt auch dann als gemeinsame Einkaufsregelung, wenn in ihrem Rahmen nur ein bestimmter Rabatt als Teil eines größeren Kaufgeschäfts zwischen dem Hersteller und den Mitgliedern der Einzelhandelsallianz ausgehandelt wird, auf dessen Grundlage die Mitglieder ihre benötigten Mengen der Produkte des Herstellers einzeln einkaufen. Die nationalen Einzelhandelsketten, die Mitglieder der Allianz sind, sind nicht auf denselben Verkaufsmärkten tätig und keine potenziellen Wettbewerber. Es ist daher unwahrscheinlich, dass die gemeinsame Einkaufsregelung beschränkende Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen Einzelhändlern auf dem bzw. den nachgelagerten Verkaufsmärkten hat. Überdies sehen sich die Einzelhändler einem ausreichenden Wettbewerbsdruck durch konkurrierende Einzelhändler ausgesetzt, die nicht an der gemeinsamen Einkaufsregelung beteiligt sind. Es kann zudem erforderlich sein, die möglichen negativen Auswirkungen der Regelung auf den Wettbewerb auf dem vorgelagerten Markt zu prüfen, die sich aus dem zusätzlichen Rabatt ergeben (z. B. in Bezug auf eine geringere Innovationstätigkeit der Anbieter). Angesichts des gemeinsamen Marktanteils der Parteien von nicht mehr als 18 % auf jedem relevanten Einkaufsmarkt erscheinen solche negativen Auswirkungen jedoch unwahrscheinlich. Die vorübergehende Einstellung von Bestellungen muss zusammen mit den Gesamtauswirkungen der gemeinsamen Einkaufsregelung geprüft werden. Diese Maßnahme betrifft nur die Produktkategorien, über die mit dem Hersteller verhandelt wird, und scheint den Verbrauchern weder direkt noch indirekt zu schaden, insbesondere insofern, als diese Einzelhändler Substitute anbieten oder es andere konkurrierende Einzelhändler gibt, bei denen die Verbraucher die gleichen Produkte kaufen können; zudem kann die Maßnahme für die Verbraucher nach Erzielen einer Vereinbarung zu einem Vorteil in Form von niedrigeren Preisen führen.

313. Gemeinsamer Einkauf kleiner Unternehmen mit geringen gemeinsamen Marktanteilen

Beispiel 4

Sachverhalt: 150 kleine Einzelhändler schließen eine Vereinbarung über eine gemeinsame Einkaufsregelung. Sie verpflichten sich, ein Mindestvolumen über die Regelung einzukaufen, auf das rund 50 % der Gesamtkosten jedes Einzelhändlers entfallen. Die Einzelhändler können über die Reglung mehr als das Mindestvolumen einkaufen und dürfen auch außerhalb der Regelung einkaufen. Sie haben einen gemeinsamen Anteil von 23 % am Einkaufs- wie am Verkaufsmarkt. Die Unternehmen A und B sind zwei große Wettbewerber der Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung. Unternehmen A hat am Einkaufs- wie am Verkaufsmarkt einen Anteil von 25 %, Unternehmen B einen Anteil von 35 %. Es bestehen keine Schranken, die die übrigen kleineren Wettbewerber daran hindern würden, ebenfalls eine gemeinsame Einkaufsregelung zu schließen. Die 150 Einzelhändler erzielen durch den gemeinsamen Einkauf über die gemeinsame Einkaufsregelung erhebliche Kosteneinsparungen.

Analyse: Die gemeinsame Einkaufsregelung ist kein Einkaufskartell und kann nicht als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft werden. Der gemeinsame Marktanteil der teilnehmenden Einzelhändler auf dem Einkaufs- und dem Verkaufsmarkt übersteigt den informellen geschützten Bereich von 15 % (Soft-Safe-Harbour), sie stehen jedoch unter dem Wettbewerbsdruck der Unternehmen A und B, die auf beiden Märkten höhere Marktanteile halten. Die Wahrscheinlichkeit, dass die gemeinsame Einkaufsregelung die Produktanbieter von Investitionen oder Innovationen abhält, ist angesichts des gemeinsamen Marktanteils der Mitglieder auf dem Einkaufsmarkt gering. Dies hängt jedoch auch davon ab, inwieweit die Anbieter auf dem Einkaufsmarkt über Gegenmacht verfügen und – im Falle von Anbietern, die über keine Anbietermacht verfügen–, ob sie kundenspezifische Investitionen für die Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung getätigt haben. Auch wenn die beteiligten Einzelhändler ein hohes Maß an Kostenangleichung erzielen, ist es ferner unwahrscheinlich, dass sie Marktmacht auf dem Verkaufsmarkt besitzen, da dort die Unternehmen A und B präsent sind, die beide einzeln stärker sind als die an der gemeinsamen Einkaufsregelung beteiligten Einzelhändler zusammen. Folglich ist es unwahrscheinlich, dass die 150 Einzelhändler in der Lage sind, ihr Verhalten bei den Verkaufspreisen erfolgreich zu koordinieren und ein Kollusionsergebnis auf dem Verkaufsmarkt zu erzielen, das sie daran hindern würde, niedrigere Einkaufspreise oder entsprechende Rabatte weiterzugeben. Damit ist auch unwahrscheinlich, dass die gemeinsame Einkaufsregelung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 hat. Darüber hinaus führt die Zusammenarbeit zu Effizienzgewinnen durch Größenvorteile, durch die die Verkaufspreise möglicherweise weiter gesenkt werden können und die Wettbewerbsposition der Einzelhändler auf dem Verkaufsmarkt gegenüber den Unternehmen A und B gestärkt werden kann.

314. Kostenangleichung und Marktmacht auf dem Verkaufsmarkt

Beispiel 5

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

Analyse: Die Einkaufsvereinbarung ist kein Einkaufskartell und kann nicht als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft werden. Es ist jedoch wahrscheinlich, dass sie den Parteien die Möglichkeit eröffnet, ihr Verhalten auf dem Verkaufsmarkt zu koordinieren, was ein Kollusionsergebnis zur Folge hätte. Die Parteien haben Marktmacht auf dem Verkaufsmarkt, da es dort nur wenige, wesentlich kleinere Wettbewerber gibt; zudem führt die Einkaufsvereinbarung zu einer erheblichen Kostenangleichung. Zudem ist ein Marktzutritt unwahrscheinlich. Der Anreiz für die Parteien, ihr Verhalten auf dem Verkaufsmarkt zu koordinieren, wäre noch stärker, wenn sie bereits vor Abschluss der Vereinbarung ähnliche Kostenstrukturen gehabt hätten. Auch ähnliche Margen der Parteien würden die Gefahr eines Kollusionsergebnisses weiter erhöhen. Diese Vereinbarung birgt zudem die Gefahr, dass die Parteien die Nachfrage zurückhalten und infolgedessen aufgrund geringerer Einkaufsmengen auch die Verkaufsmengen reduzieren, wodurch die Verkaufspreise auf dem nachgelagerten Markt steigen. Aus diesen Gründen ist es wahrscheinlich, dass die Einkaufsvereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 hat. Auch wenn die Vereinbarung höchstwahrscheinlich zu Effizienzgewinnen in Form von Kosteneinsparungen führt, ist es aufgrund der beträchtlichen Marktmacht der Parteien auf dem Verkaufsmarkt unwahrscheinlich, dass diese in einem Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen aufwiegen. Es ist daher unwahrscheinlich, dass die Einkaufsvereinbarung die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt.

315. Parteien, die auf getrennten räumlich relevanten Märkten tätig sind

Beispiel 6

Sachverhalt: Sechs große Einzelhändler aus verschiedenen Mitgliedstaaten schließen sich zu einer gemeinsamen Einkaufsregelung zusammen, um gemeinsam mehrere Markenprodukte aus Hartweizengrieß einzukaufen. Die Regelung ermöglicht es den Einzelhändlern, andere ähnliche Markenprodukte außerhalb der Zusammenarbeit einzukaufen. Die Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung haben einen gemeinsamen Anteil von rund 22 % am relevanten unionsweiten Einkaufsmarkt. Auf dem Einkaufsmarkt gibt es drei weitere ähnlich große Abnehmer wie die gemeinsame Einkaufsregelung. Jedes Mitglied der gemeinsamen Einkaufsregelung hat einen Anteil zwischen 20 % und 30 % an den nationalen Verkaufsmärkten, auf denen sie tätig sind. Keine der Parteien ist auf dem Verkaufsmarkt eines Mitgliedstaats tätig, auf dem eine andere Partei tätig ist. Die Parteien sind keine potenziellen neuen Anbieter auf den nationalen Verkaufsmärkten der jeweils anderen Parteien.

Analyse: Die gemeinsame Einkaufsregelung ist kein Einkaufskartell und kann nicht als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft werden. Die Regelung ermöglicht es den beteiligten Einzelhändlern, mit den anderen großen Abnehmern auf dem Einkaufsmarkt zu konkurrieren und bessere Preise oder Bedingungen zu erzielen, als es der Fall wäre, wenn sie die Produkte unabhängig voneinander einkaufen würden. Die Wahrscheinlichkeit, dass die gemeinsame Einkaufsregelung die Produktanbieter von Investitionen oder Innovationen abhält, ist angesichts des gemeinsamen Marktanteils der beteiligten Einzelhändler auf dem Einkaufsmarkt gering. Dies hängt jedoch auch davon ab, inwieweit die Anbieter auf dem Einkaufsmarkt über Gegenmacht verfügen und – im Falle von Anbietern, die über keine Anbietermacht verfügen –, ob sie kundenspezifische Investitionen für die an der Regelung beteiligten Einkäufer getätigt haben. Die nationalen Verkaufsmärkte sind (in Bezug auf Umsatz und räumliche Ausdehnung) erheblich kleiner als der unionsweite Einkaufsmarkt, und auf diesen Märkten könnten einige Mitglieder der Regelung über ein gewisses Maß an Marktmacht verfügen. Obwohl die Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung einen gemeinsamen Anteil von mehr als 15 % an den Einkaufsmärkten haben, können die Parteien ihr Verhalten auf den nationalen Verkaufsmärkten nicht erfolgreich koordinieren, da sie auf diesen nachgelagerten Märkten weder tatsächliche noch potenzielle Wettbewerber sind. Es ist daher unwahrscheinlich, dass die gemeinsame Einkaufsregelung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 hat. Doch selbst wenn die Regelung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hätte, dürfte sie die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung nach Artikel 101 Absatz 3 erfüllen. Die gemeinsame Einkaufsregelung führt zu niedrigeren Einkaufskosten, die die Mitglieder nicht erzielen könnten, wenn sie die Preise unabhängig voneinander aushandeln würden. In Anbetracht der Marktstellung der einzelnen Mitglieder auf den nachgelagerten Verkaufsmärkten, auf denen die jeweils anderen Mitglieder nicht präsent sind, sondern einem erheblichen Wettbewerbsdruck durch andere Einzelhändler ausgesetzt sind (deren Anteil am Verkaufsmarkt mindestens 70 % beträgt), erscheint es wahrscheinlich, dass diese niedrigeren Einkaufskosten an die Verbraucher weitergegeben werden. Die Mitglieder der Regelung dürften in der Tat einen Anreiz haben, die Senkung der variablen Kosten zumindest teilweise an ihre eigenen Kunden weiterzugeben, indem sie ihre Verkäufe auf dem nachgelagerten Markt durch Preissenkungen ausweiten.

316. Informationsaustausch

Beispiel 7

Sachverhalt: Drei konkurrierende Hersteller A, B und C beauftragen eine unabhängige gemeinsame Einkaufsregelung mit dem Einkauf von Produkt Z, bei dem es sich um ein Zwischenprodukt handelt, das von den drei Herstellern für die Produktion des Endprodukts X verwendet wird. Die Kosten des Produkts Z sind kein wesentlicher Kostenfaktor für die Produktion des Produkts X. Alle für die gemeinsamen Einkäufe erforderlichen Informationen (z. B. Qualitätsspezifikationen, Mengen, Liefertermine, Höchsteinkaufspreise) werden nur der gemeinsamen Einkaufsregelung mitgeteilt und nicht an die anderen Mitglieder der Regelung weitergegeben. Im Rahmen der gemeinsamen Einkaufsregelung werden die Einkaufspreise mit jedem Anbieter von Produkt Z ausgehandelt. Der gemeinsame Anteil von A, B und C am Einkaufs- wie am Verkaufsmarkt beträgt 30 %. Auf dem Einkaufs- und dem Verkaufsmarkt gibt es sechs Wettbewerber, von denen zwei jeweils einen Marktanteil von 20 % innehaben.

Analyse: Die gemeinsame Einkaufsregelung ist kein Einkaufskartell und stellt keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar. Der gemeinsame Anteil der Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung am Einkaufs- und am Verkaufsmarkt beträgt jeweils 30 %, liegt also deutlich über dem Soft-Safe-Harbour von 15 %. Dies kann ihnen sowohl auf dem Einkaufs- als auch auf dem Verkaufsmarkt ein erhebliches Maß an Marktmacht verleihen. Die Mitglieder der Regelung stehen jedoch sowohl auf dem vor- als auch dem nachgelagerten Markt mehreren Wettbewerbern gegenüber. Mindestens zwei dieser Wettbewerber haben eine bedeutende Marktstellung (Marktanteil von jeweils 20 %), die es ihnen ermöglicht, einen wirksamen Wettbewerbsdruck auf die Mitglieder der Regelung auszuüben. Es erscheint daher unwahrscheinlich, dass die Mitglieder der gemeinsamen Einkaufsregelung auf den Verkaufsmärkten über ein so erhebliches Maß an Marktmacht

verfügen, dass sie diese Wettbewerber vom Einkaufsmarkt ausschließen können. Außerdem beschränkt sich die Regelung auf den Einkauf von Produkt Z, das kein wesentlicher Kostenfaktor für die Produktion von Produkt X ist. Das bedeutet, dass es keine wesentliche Vorleistung für die Tätigkeiten der Parteien auf den Verkaufsmärkten darstellt und nicht zu einem hohen Maß an Kostenangleichung führt. Unternehmen A, B und C kaufen oder produzieren die anderen Vorleistungen für Produkt X, die bedeutendere Kostenfaktoren darstellen, nach wie vor unabhängig voneinander, und sind auf dem Markt für Produkt X einem wirksamen Wettbewerb durch die sechs verbleibenden Wettbewerber, aber auch einem Wettbewerb untereinander ausgesetzt.

Daher ist es unwahrscheinlich, dass die gemeinsame Einkaufsregelung den Wettbewerb auf den Einkaufs- oder Verkaufsmärkten im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 beschränkt, und sie dürfte in jedem Fall die vier kumulativen Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllen.

Auch der Informationsaustausch fällt nicht unter das Verbot nach Artikel 101 Absatz 1, wenn er für die Umsetzung der gemeinsamen Einkaufsregelung für das Produkt Z objektiv notwendig ist und in einem angemessenen Verhältnis zu diesem Ziel steht und nur die Parameter betrifft, die die Mitglieder der Regelung für den Abschluss einer Vereinbarung mit Anbietern benötigen. Da die Informationen nicht zwischen den einzelnen Mitgliedern, sondern nur mit der gemeinsamen Einkaufsregelung ausgetauscht werden, findet kein direkter Informationsaustausch zwischen den Unternehmen A, B und C statt, sodass es unwahrscheinlich ist, dass die Weitergabe der Informationen zu einem gegen Artikel 101 Absatz 1 verstoßenden Kollusionsergebnis zwischen ihnen führt.

5. VERMARKTUNGSVEREINBARUNGEN

5.1. Einleitung

317. Vermarktungsvereinbarungen regeln die Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern in Bezug auf den Verkauf, den Vertrieb oder die Verkaufsförderung ihrer untereinander austauschbaren Produkte. Der Geltungsbereich dieser Vereinbarungen kann je nach den von ihnen erfassten Vermarktungsfunktionen stark variieren. Am einen Ende des Spektrums stehen gemeinsame Verkaufsvereinbarungen, die zur gemeinsamen Festlegung sämtlicher mit dem Verkauf eines Produkts verbundenen geschäftlichen Gesichtspunkte einschließlich des Preises führen können. Am anderen Ende stehen Vereinbarungen, die nur ganz bestimmte Vermarktungsfunktionen wie Vertrieb, Kundendienst oder Werbung regeln.

318. Zu diesen auf bestimmte Aspekte beschränkten Vereinbarungen zählen insbesondere Vertriebsvereinbarungen. Diese fallen in der Regel unter die Vertikal-GVO und die Vertikal-Leitlinien, es sei denn, die Parteien der Vereinbarung sind tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber. Vereinbaren die Wettbewerber, ihre untereinander austauschbaren Produkte (insbesondere auf unterschiedlichen räumlich relevanten Märkten) zu vertreiben, so besteht die Gefahr, dass die Vereinbarungen eine Aufteilung der Märkte zwischen den Parteien bezwecken oder bewirken oder dass sie zu einem Kollusionsergebnis führen. Dies kann sowohl für gegenseitige als auch für nicht gegenseitige Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern gelten, die daher zunächst nach den in diesem Kapitel dargelegten Grundsätzen geprüft werden müssen. Führt diese Prüfung zu der Schlussfolgerung, dass eine Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern im Vertrieb grundsätzlich akzeptiert werden kann, so müssen in einer weiteren Prüfung etwaige mit derartigen Vereinbarungen verbundene vertikale Beschränkungen untersucht werden. Dieser zweite Schritt der Prüfung sollte anhand der in den Vertikal-Leitlinien niedergelegten Grundsätze erfolgen.

319. Die einzige Ausnahme von dem unter der vorigen Randnummer erwähnten zweistufigen Verfahren betrifft nicht gegenseitige Vertriebsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern, wenn a) der Anbieter Hersteller, Großhändler oder Importeur und Händler von Waren ist, während der Abnehmer ein Händler, jedoch kein Wettbewerber auf der Produktions-, Großhandels- oder Einfuhrebene ist, oder b) der Anbieter ein auf mehreren Handelsstufen tätiger Dienstleister ist, der Abnehmer demgegenüber Dienstleistungen auf der Einzelhandelsstufe anbietet und auf der Handelsstufe, auf der er die Vertragsdienstleistungen bezieht, kein Wettbewerber ist ([214]). In diesen Fällen kann die Vertriebsvereinbarung unter die Vertikal-GVO fallen, sodass die vorliegenden Leitlinien nicht anwendbar sind ([215]). Randnummer 43 enthält zusätzliche Erläuterungen zur allgemeinen Beziehung zwischen diesen Leitlinien und der Vertikal-GVO sowie den Vertikal-Leitlinien.

([214]) Artikel 2 Absatz 4 Vertikal-GVO.

([215]) Die Freistellung nach Artikel 2 Absatz 4 Vertikal-GVO gilt nicht für i) den Informationsaustausch zwischen Anbietern und Abnehmern, der entweder nicht direkt die Umsetzung der vertikalen Vereinbarung betrifft oder nicht zur Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs der Vertragswaren oder -dienstleistungen erforderlich ist oder keine dieser beiden Voraussetzungen erfüllt (Artikel 2 Absatz 5 Vertikal-GVO), oder für ii) vertikale Vereinbarungen in Bezug auf die Bereitstellung von Online-Vermittlungsdiensten, wenn der Anbieter der Online-Vermittlungsdienste ein Wettbewerber auf dem relevanten Markt für den Verkauf der vermittelten Waren oder Dienstleistungen ist (Artikel 2 Absatz 6 Vertikal-GVO). In diesen Fällen gelten die vorliegenden Leitlinien neben den Vertikal-Leitlinien. Ein solcher Informationsaustausch und solche Vereinbarungen erfordern eine Einzelfallprüfung nach Artikel 101. Die Vertikal-Leitlinien können für die Prüfung vertikaler Beschränkungen relevant sein, während die vorliegenden Leitlinien einschlägige Erläuterungen für die Prüfung möglicher Kollusionseffekte enthalten.

320. Ferner sollte unterschieden werden zwischen Vereinbarungen, bei denen die Parteien ausschließlich die gemeinsame Vermarktung vereinbaren, und Vereinbarungen, bei denen die Vermarktung mit einer anderen, ihr vorgelagerten Art der Zusammenarbeit (z. B. gemeinsame Produktion oder gemeinsamer Einkauf) in Zusammenhang steht. Vermarktungsvereinbarungen, in deren Rahmen verschiedene Stufen der Zusammenarbeit kombiniert werden, müssen nach den Randnummern 6-8 geprüft werden.

321. Es gibt Ausnahmen von der Anwendung des Artikels 101 Absatz 1 auf die Vermarktung von landwirtschaftlichen Erzeugnissen nach der Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse ([216]).

5.2. **Prüfung nach Artikel 101 Absatz 1 AEUV**

5.2.1. *Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken*

322. Vermarktungsvereinbarungen können den Wettbewerb auf verschiedene Weise beeinträchtigen. Erstens – und dies ist das Offensichtlichste – können Vermarktungsvereinbarungen zu einer Festsetzung der Preise führen.

323. Zweitens können Vermarktungsvereinbarungen mit Produktionsbeschränkungen einhergehen, da die Parteien vereinbaren können, in welchen Mengen sie das Produkt auf den Markt bringen, wodurch sie das Angebot einschränken können.

324. Drittens können Vermarktungsvereinbarungen von den Parteien für eine Aufteilung von Märkten oder eine Zuweisung von Aufträgen oder Kunden genutzt werden, z. B. wenn sich die Produktionsstätten der Parteien in unterschiedlichen räumlich relevanten Märkten befinden oder wenn es sich um gegenseitige Vereinbarungen handelt.

325. Viertens können Vermarktungsvereinbarungen auch zum Austausch sensibler Geschäftsinformationen über innerhalb oder außerhalb der Zusammenarbeit angesiedelte Aspekte oder über die Angleichung der Kosten führen (insbesondere bei Vereinbarungen, die keine Festsetzung der Preise beinhalten), was wiederum ein Kollusionsergebnis zur Folge haben könnte.

326. Andererseits ist eine Vermarktungsvereinbarung im Allgemeinen wettbewerbsrechtlich unbedenklich, wenn sie objektiv notwendig ist, um einer Partei den Eintritt in einen Markt zu ermöglichen, in den sie allein oder mit einer geringeren Anzahl von Parteien als den an der Zusammenarbeit beteiligten nicht hätte eintreten können, z. B. wegen der damit verbundenen Kosten. In einem solchen Fall sind die Parteien der Vereinbarung keine potenziellen oder tatsächlichen Wettbewerber, sodass die Vereinbarung keine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen ihnen bewirkt.

327. Daher ist bei der Prüfung einer gegenseitigen Vermarktungsvereinbarung vor allem die Frage zu stellen, ob die Vereinbarung für die Parteien tatsächlich erforderlich ist, um in den Markt der jeweils anderen Partei(en) eintreten zu können. Ist dies der Fall, verursacht die Vereinbarung keine Wettbewerbsprobleme. Wenn jedoch eine Partei in der Lage ist, ohne die Vereinbarung in den Markt einer anderen Partei einzutreten, und die Vereinbarung die Entscheidungsfreiheit der ersten Partei hinsichtlich der Möglichkeit, in den Markt der anderen Partei einzutreten, einschränkt, ist es wahrscheinlich, dass sie wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat. Derselbe Grundsatz gilt auch für nicht gegenseitige Vermarktungsvereinbarungen. Die Gefahr wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen ist jedoch bei nicht gegenseitigen Vereinbarungen geringer, da es weniger wahrscheinlich ist, dass die Parteien einen gemeinsamen Anreiz zur Aufteilung von Märkten oder Kunden haben.

5.2.2. *Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen*

328. Zunächst führen Vermarktungsvereinbarungen zu einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie als Instrument zur Bildung eines verschleierten Kartells dienen. In jedem Fall ist es bei Vermarktungsvereinbarungen, die eine Festsetzung der Preise, Produktionsbeschränkungen oder eine Marktaufteilung beinhalten, wahrscheinlich, dass sie eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, es sei denn, diese Beschränkungen stellen eine Nebenabrede neben dem Hauptziel der Vereinbarung dar und dieses Hauptziel fällt nicht unter das Verbot nach Artikel 101 Absatz 1.

329. Bei Vermarktungsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern ist die Festsetzung von Preisen wettbewerbsrechtlich besonders kritisch. Vereinbarungen, die sich auf den gemeinsamen Verkauf beschränken, und allgemeine Vermarktungsvereinbarungen, die eine gemeinsame Preisgestaltung beinhalten, führen im Allgemeinen zu einer Koordinierung der Preispolitik konkurrierender Hersteller oder Dienstleister. Bei solchen Vereinbarungen wird nicht nur der Preiswettbewerb zwischen den Parteien in Bezug auf untereinander austauschbare Produkte ausgeschaltet, sondern möglicherweise auch die Produktmenge, die insgesamt von den Parteien im Rahmen des Systems der Zuteilung von Bestellungen zu liefern ist, beschränkt. Es ist somit wahrscheinlich, dass derartige Vereinbarungen eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken.

([216]) Siehe auch Rn. 47.

330. Diese Einschätzung gilt auch für Vereinbarungen nicht ausschließlicher Art, bei denen die Parteien die Produkte auch selbst außerhalb der Vereinbarung verkaufen dürfen, solange davon ausgegangen werden kann, dass die Vereinbarung zu einer Koordinierung der Preise führt, die die Parteien allen oder einem Teil ihrer Kunden in Rechnung stellen.

331. Auch Produktionsbeschränkungen sind ein ernsthaftes Wettbewerbsproblem, das sich aus Vermarktungsvereinbarungen ergeben kann. Wenn die Parteien der Vereinbarung gemeinsam über die Menge der zu vermarktenden Produkte entscheiden, kann sich das verfügbare Angebot an Vertragsprodukten verringern, wodurch sich deren Preis erhöht. Jeder Partei der Vereinbarung sollte es grundsätzlich freistehen, eigenständig zu entscheiden, ob sie ihre Produktion erhöht oder reduziert, um der Marktnachfrage gerecht zu werden. Die Gefahr von Produktionsbeschränkungen ist bei nicht ausschließlichen Vermarktungsvereinbarungen geringer, sofern die Parteien frei und tatsächlich verfügbar bleiben, um jede zusätzliche Nachfrage individuell zu bedienen, und sofern die Vereinbarung nicht zu einer Koordinierung der Angebotspolitik der Parteien führt.

332. Vermarktungsvereinbarungen zwischen Parteien, die auf unterschiedlichen räumlich relevanten Märkten oder für verschiedene Kategorien von Kunden tätig sind, können auch als Instrument zur Marktaufteilung genutzt werden. Nutzen die Parteien eine gegenseitige Vermarktungsvereinbarung, um ihre Produkte gegenseitig zu vermarkten und somit tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerb untereinander durch Aufteilung von Märkten oder Kunden auszuschalten, ist es wahrscheinlich, dass mit der Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wird. Bei nicht gegenseitigen Vereinbarungen ist die Gefahr der Marktaufteilung weniger ausgeprägt. Es muss dennoch geprüft werden, ob die nicht gegenseitige Vereinbarung die Grundlage für ein gegenseitiges Einvernehmen zwischen den Parteien bildet, nicht in den Markt der jeweils anderen Parteien einzutreten.

5.2.3. *Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen*

333. Eine Vermarktungsvereinbarung, die keine bezweckte Beschränkung darstellt, kann dennoch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben. Bei der Prüfung der Auswirkungen von Vermarktungsvereinbarungen auf den Wettbewerb sind die unter Randnummer 32 genannten Faktoren sowie die folgenden zusätzlichen Erläuterungen, die sich speziell auf diese Art von Vereinbarungen beziehen, zu berücksichtigen.

334. Zur Prüfung der Auswirkungen einer Vermarktungsvereinbarung müssen die sachlich und räumlich relevanten Märkte abgegrenzt und die jeweilige Stellung der einzelnen Parteien auf diesen Märkten bestimmt werden. Die von der Zusammenarbeit unmittelbar betroffenen Märkte sind die Märkte, zu denen die von der Vereinbarung betroffenen Produkte gehören und auf denen die Parteien diese Produkte gemeinsam vermarkten. Da sich eine Vermarktungsvereinbarung auf einem Markt jedoch auch auf das Wettbewerbsverhalten der Parteien auf benachbarten Märkten auswirken kann, die eng mit dem direkt von der Zusammenarbeit betroffenen Markt verbunden sind (Spillover-Märkte), müssen diese Spillover-Märkte ebenfalls abgegrenzt werden ([217]).

335. In Fällen, in denen Vermarktungsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern keine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken, haben sie in der Regel nur dann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen, wenn die Parteien über eine gewisse Marktmacht verfügen. Bei der Prüfung der Frage, ob die Parteien über eine solche Marktmacht verfügen, ist eine mögliche ausgleichende Nachfragemacht ihrer Kunden zu berücksichtigen. Wenn die Parteien gemeinsam über Marktmacht verfügen, ist es im Allgemeinen wahrscheinlich, dass sie in der Lage sind, die Preise zu erhöhen oder die Produktionsmenge, die Produktqualität, die Produktvielfalt oder die Innovation zu reduzieren. Darüber hinaus bündeln die Parteien im Rahmen einer Vermarktungsvereinbarung ihre marktbezogenen Tätigkeiten (oder einen Teil davon), d. h. Tätigkeiten, die direkte Auswirkungen auf ihre Kunden haben. Diese direkten Auswirkungen auf die Kunden erhöhen die Gefahr, dass Vermarktungsvereinbarungen wettbewerbswidrige Auswirkungen haben.

5.2.3.1. Kollusionsergebnis

336. Eine gemeinsame Vermarktungsvereinbarung, die keine Festsetzung der Preise, Produktionsbeschränkung oder Marktaufteilung beinhaltet, kann dennoch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, wenn sie den Parteien eine Angleichung der variablen Kosten auf einem Niveau ermöglicht, das zu einem Kollusionsergebnis führen könnte. Dies ist wahrscheinlich der Fall, wenn den Parteien bereits vor Abschluss der Vereinbarung ein hoher Anteil ihrer variablen Kosten gemein ist. In diesem Fall kann der weitere Zuwachs bei der Kostenangleichung (d. h. die Vermarktungskosten für das Produkt, das Gegenstand der Vereinbarung ist), selbst wenn er begrenzt ist, den Ausschlag für ein Kollusionsergebnis geben. Bei hohem Zuwachs kann die Gefahr eines Kollusionsergebnisses sogar bei einem ursprünglich niedrigen Angleichungsniveau hoch sein.

([217]) Im Falle einer Vermarktungsvereinbarung auf einem bestimmten räumlich relevanten Markt wären dies z. B. andere räumlich relevante Märkte, auf denen die Parteien der Vereinbarung ebenfalls tätig sind, oder Märkte für die Lieferung von Vorleistungen, die gemeinsam für die Vermarktung der Vertragsprodukte eingekauft werden.

337. Die Wahrscheinlichkeit eines Kollusionsergebnisses hängt von der Marktmacht der Parteien und den Merkmalen des relevanten Marktes ab. Eine Angleichung der Kosten kann die Gefahr eines Kollusionsergebnisses nur dann erhöhen, wenn die Parteien über Marktmacht verfügen und wenn die Vermarktungskosten einen beträchtlichen Teil der variablen Kosten des betreffenden Produkts ausmachen. Eine Angleichung der Vermarktungskosten erhöht die Gefahr eines Kollusionsergebnisses, wenn sich die Vermarktungsvereinbarung auf Produkte bezieht, deren Vermarktung, z. B. aufgrund hoher Vertriebs- oder Marketingkosten, sehr teuer ist. Folglich können selbst Vereinbarungen, die auf gemeinsame Werbung oder gemeinsame Verkaufsförderung beschränkt sind, wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, wenn die entsprechenden Tätigkeiten einen erheblichen Teil der variablen Kosten des Produkts ausmachen.

338. Für die Umsetzung einer gemeinsamen Vermarktungsvereinbarung kann unter Umständen der Austausch sensibler Geschäftsinformationen, insbesondere von Angaben zur Marketingstrategie und zu den Preisen, erforderlich sein. Fällt die Vermarktungsvereinbarung an sich nicht unter das Verbot nach Artikel 101 Absatz 1, weil sie neutrale oder positive Auswirkungen auf den Wettbewerb hat, fällt auch ein Informationsaustausch, der eine Nebenabrede zu dieser Vereinbarung darstellt, nicht unter dieses Verbot ([218]). Dies ist der Fall, wenn der Informationsaustausch für die Umsetzung der Vermarktungsvereinbarung objektiv notwendig ist und in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen der Vereinbarung steht ([219]). Geht der Informationsaustausch über das hinaus, was für die Durchführung der Vermarktungsvereinbarung objektiv notwendig ist, oder steht er nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen der Vereinbarung, so sollte er anhand der Orientierungshilfen in Kapitel 6 geprüft werden ([220]). Fällt der Informationsaustausch unter Artikel 101 Absatz 1, so kann er dennoch die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllen.

5.2.3.2. Zusammenarbeit, die in der Regel unbedenklich ist

339. Wie bereits in Randnummer 335 erwähnt, haben Vermarktungsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die keine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken, in der Regel nur dann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen, wenn die Parteien über eine gewisse Marktmacht verfügen. In den meisten dieser Fälle ist es unwahrscheinlich, dass Marktmacht besteht, wenn die Parteien der Vereinbarung gemeinsam einen Marktanteil von nicht mehr als 15 % auf dem bzw. den Märkten halten, auf dem bzw. denen sie die Vertragsprodukte gemeinsam vermarkten. Liegt der gemeinsame Marktanteil der Parteien nicht über 15 %, ist es wahrscheinlich, dass die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt sind.

340. Überschreitet der gemeinsame Marktanteil der Parteien 15 %, kann nicht davon ausgegangen werden, dass ihre Vereinbarung keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen hat, sodass die wahrscheinlichen Auswirkungen der gemeinsamen Vermarktungsvereinbarung auf den bzw. die relevanten Märkte geprüft werden müssen.

5.3. **Prüfung nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV**

5.3.1. *Effizienzgewinne*

341. Mit Vermarktungsvereinbarungen können erhebliche Effizienzgewinne erzielt werden. Welche Effizienzgewinne bei der Prüfung, ob eine Vermarktungsvereinbarung die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt, zu berücksichtigen sind, hängt von der Art der Zusammenarbeit und von den zusammenarbeitenden Parteien ab. Eine Festsetzung der Preise ist nur dann zu rechtfertigen, wenn sie für die Integration anderer Marketingfunktionen erforderlich ist und durch diese Integration erhebliche Effizienzgewinne entstehen. Der gemeinsame Vertrieb kann aufgrund von Größen- oder Verbundvorteilen zu erheblichen Effizienzgewinnen führen, insbesondere für kleinere Hersteller oder Gruppen unabhängiger Einzelhändler, beispielsweise wenn diese neue Vertriebsplattformen nutzen, um mit großen Anbietern zu konkurrieren. Der gemeinsame Vertrieb kann insbesondere für das Erreichen von Umweltzielen genutzt werden, die Effizienzgewinne im Sinne des Artikels 101 Absatz 3 darstellen können, sofern sie objektiv, konkret und überprüfbar sind ([221]). Vermarktungsvereinbarungen können ferner zu einem widerstandsfähigen Binnenmarkt beitragen und zu Effizienzgewinnen führen, die den Verbrauchern zugutekommen, indem Abhängigkeiten verringert und/oder Engpässe und Unterbrechungen in den Lieferketten abgemildert werden, z. B. wenn sie es einer Partei ermöglichen, in einen Markt einzutreten, in den sie ohne die Vereinbarung nicht hätte eintreten können.

342. Die Effizienzgewinne müssen sich aus der Integration der wirtschaftlichen Tätigkeiten der Parteien ergeben. Einsparungen, die sich nur aus dem Wegfall unmittelbar mit dem Wettbewerb verbundener Kosten ergeben, können nicht berücksichtigt werden. Beispielsweise kann eine Senkung der Transportkosten, die lediglich das Ergebnis einer Kundenaufteilung ist, aber keine Integration des logistischen Systems der Parteien beinhaltet, nicht als Effizienzgewinn im Sinne des Artikels 101 Absatz 3 angesehen werden.

([218]) Urteil des Gerichtshofs vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, Rn. 89.
([219]) Siehe auch Abschnitt 1.2.6 über Nebenabreden.
([220]) Siehe auch Rn. 6.
([221]) Siehe insbesondere Rn. 559 in Kapitel 9 über Nachhaltigkeitsvereinbarungen.

343. Effizienzgewinne müssen von den Parteien der Vereinbarung nachgewiesen werden. Ein wichtiger Faktor ist dabei, dass die Parteien in erheblichem Umfang Kapital, Technologie oder sonstige Vermögenswerte in die gemeinsame Vermarktung einbringen. Kosteneinsparungen aufgrund der Verringerung von Doppelaufwendungen bei Ressourcen und Anlagen wären ebenfalls zulässig. Besteht die gemeinsame Vermarktung jedoch nur in einer Verkaufsstelle und werden keine Investitionen getätigt, ist es unwahrscheinlich, dass die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt sind.

5.3.2. *Unerlässlichkeit*

344. Wettbewerbsbeschränkungen, die weiter gehen als für die Erzielung der durch die Vermarktungsvereinbarung möglichen Effizienzgewinne notwendig, erfüllen nicht die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3. Die Frage der Unerlässlichkeit ist insbesondere bei Vereinbarungen wichtig, die eine Festsetzung der Preise oder eine Marktaufteilung beinhalten, was nur unter außergewöhnlichen Umständen als unerlässlich angesehen werden kann.

5.3.3. *Weitergabe an die Verbraucher*

345. Durch unerlässliche Beschränkungen erzielte Effizienzgewinne müssen in dem Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Vermarktungsvereinbarung aufwiegen. Diese Weitergabe kann über niedrigere Preise, höhere Produktqualität oder ein breiteres Angebot geschehen. Je mehr Marktmacht die Parteien haben, desto unwahrscheinlicher ist es jedoch, dass die Effizienzgewinne an die Verbraucher in einem Maße weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen aufwiegen. Liegt der gemeinsame Marktanteil der Parteien unter 15 %, so ist es wahrscheinlicher, dass etwaige Effizienzgewinne, die durch die Vereinbarung erzielt werden, in ausreichendem Maße an die Verbraucher weitergegeben werden.

5.3.4. *Keine Ausschaltung des Wettbewerbs*

346. Die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 können nicht erfüllt sein, wenn den Parteien die Möglichkeit eröffnet wird, in Bezug auf einen beträchtlichen Teil der betreffenden Produkte den Wettbewerb auszuschalten. Die Einhaltung dieser Voraussetzung muss für alle relevanten Märkte geprüft werden, d. h. für die Märkte, zu denen die von der Zusammenarbeit betroffenen Produkte gehören, und etwaige Spillover-Märkte.

5.4. **Bieterkonsortien**

347. Der Begriff „Bieterkonsortium“ bezieht sich auf eine Situation, in der zwei oder mehr Parteien zusammenarbeiten, um ein gemeinsames Angebot in einem öffentlichen oder privaten Ausschreibungsverfahren abzugeben ([222]).

348. Für die Zwecke dieses Abschnitts sind Bieterkonsortien von Angebotsabsprachen (oder Submissionsbetrug) zu unterscheiden, d. h. von rechtswidrigen Vereinbarungen zwischen Wirtschaftsbeteiligten mit dem Ziel, den Wettbewerb bei Vergabeverfahren zu verzerren. Die Angebotsabsprache ist eine der schwerwiegendsten Wettbewerbsbeschränkungen und stellt eine bezweckte Beschränkung dar; sie kann verschiedene Formen annehmen, beispielsweise die vorherige Festlegung des Inhalts der Angebote der einzelnen Parteien (insbesondere des Preises), um das Ergebnis des Verfahrens zu beeinflussen, die Unterlassung der Einreichung eines Angebots, die Aufteilung des Marktes auf der Grundlage der geografischen Lage, des öffentlichen Auftraggebers oder des Auftragsgegenstands oder die Einführung von Rotationssystemen für eine Reihe von Verfahren. All diese Praktiken zielen darauf ab, dass ein im Voraus festgelegter Bieter den Zuschlag erhält, während gleichzeitig der Eindruck erweckt werden soll, dass das Verfahren tatsächlich nach den Grundsätzen des Wettbewerbs verläuft ([223]). Nach dem Wettbewerbsrecht ist die Angebotsabsprache eine Form des Kartells, die in der Manipulation eines im Rahmen der Vergabe eines öffentlichen Auftrags durchgeführten Ausschreibungsverfahrens besteht ([224]).

([222]) Die Zusammenarbeit bei der Angebotsabgabe kann entweder durch die Vergabe von Unteraufträgen erfolgen, wobei der offizielle Bieter zustimmt, im Falle eines Zuschlags einen Teil der Tätigkeit an eine oder mehrere andere Parteien unterzuvergeben, oder durch ein Konsortium, wobei alle Konsortialpartner gemeinsam am Ausschreibungsverfahren teilnehmen (normalerweise über eine eigens für das betreffende Verfahren gegründete juristische Person). Aus Sicht der Auftragsvergabe besteht der Unterschied zwischen der Vergabe von Unteraufträgen und einem Konsortium darin, dass im ersten Fall der Hauptauftragnehmer die Namen seiner Unterauftragnehmer nicht unbedingt sofort offenlegen muss, während im Fall eines Konsortiums die Namen der Mitglieder des Konsortiums der ausschreibenden Behörde unverzüglich mitgeteilt werden müssen. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht handelt es sich sowohl bei der Vergabe von Unteraufträgen als auch bei Konsortien um eine gemeinsame Angebotsabgabe. In diesem Abschnitt wird der Einfachheit halber der Begriff „Bieterkonsortium“ anstelle des Begriffs „gemeinsame Angebotsabgabe“ verwendet. Darüber hinaus ist zu unterscheiden zwischen i) Situationen, in denen die Vergabe von Unteraufträgen vor Abgabe des Angebots vereinbart wird, und ii) Situationen, in denen die Vergabe von Unteraufträgen nach Zuschlagserteilung vereinbart wird. Im Allgemeinen kommt die Vergabe von Unteraufträgen nur im ersten Fall einer gemeinsamen Angebotsabgabe und in einigen Fällen einer Form der Angebotsabsprache gleich.

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

([224]) Urteil des Gerichtshofs vom 14. Januar 2021, Kilpailu-ja kuluttajavirasto, C-450/19, ECLI:EU:C:2021:10, Rn. 35.

349. Bei der Angebotsabsprache geht es im Allgemeinen nicht um eine gemeinsame Teilnahme am Ausschreibungsverfahren. Sie umfasst in der Regel eine versteckte oder stillschweigende Vereinbarung zwischen potenziellen Teilnehmern zur Koordinierung ihrer scheinbar unabhängigen Entscheidungen in Bezug auf die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren. In einigen Fällen ist jedoch die Unterscheidung zwischen Angebotsabsprachen und rechtmäßigen Formen der gemeinsamen Angebotsabgabe nicht einfach, insbesondere bei der Vergabe von Unteraufträgen. So kann beispielsweise die gegenseitige Erteilung von Unteraufträgen zwischen zwei Bietern ein Indiz für eine Kollusion sein, da solche Vereinbarungen über die Vergabe von Unteraufträgen in der Regel dazu führen, dass die Parteien das finanzielle Angebot des jeweils anderen kennen, was die Unabhängigkeit der Parteien bei der Formulierung ihrer eigenen Angebote infrage stellt. Es besteht jedoch keine allgemeine Vermutung dafür, dass die Vergabe von Unteraufträgen zwischen Bietern, die an demselben Verfahren teilnehmen, eine Kollusion zwischen den betroffenen Unternehmen darstellt ([225]).

350. Bieterkonsortialvereinbarungen können ein erhebliches Maß an Integration von Ressourcen und Tätigkeiten der Parteien zum Zweck der Teilnahme am Ausschreibungsverfahren beinhalten, insbesondere wenn Formen der gemeinsamen Produktion in die ausgeschriebene Tätigkeit einbezogen werden. In Fällen, in denen die gemeinsame Vermarktung eine Nebenabrede neben der Integration der Produktionstätigkeiten der Parteien (gemeinsame Produktion) darstellt, liegt der Schwerpunkt der Vereinbarung auf der Produktionstätigkeit, und die wettbewerbsrechtliche Prüfung muss anhand der für Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion geltenden Regeln und Erläuterungen erfolgen. In diesen Fällen wird die Festsetzung der Preise für die Vertragsprodukte oder -dienstleistungen im Allgemeinen nicht als bezweckte Beschränkung angesehen, sodass eine Prüfung der Auswirkungen erforderlich ist (siehe Randnummer 223 über Produktionsvereinbarungen).

351. In der Regel sollten jedoch Bieterkonsortialvereinbarungen, die hauptsächlich oder ausschließlich die gemeinsame Vermarktung zum Gegenstand haben, als Vermarktungsvereinbarungen betrachtet und somit nach den in diesem Kapitel dargelegten Grundsätzen geprüft werden.

352. Eine Bieterkonsortialvereinbarung schränkt – unabhängig von ihrer rechtlichen Einstufung – nicht den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 ein, wenn sie den Parteien die Teilnahme an Projekten ermöglicht, die sie einzeln nicht durchführen könnten. In diesem Fall sind die Parteien der Bieterkonsortialvereinbarung bei der Durchführung des Projekts weder tatsächliche noch potenzielle Wettbewerber. Dies kann der Fall sein, wenn die Parteien einer Bieterkonsortialvereinbarung verschiedene Dienstleistungen erbringen, die sich für die Zwecke der Teilnahme am Ausschreibungsverfahren ergänzen. Auch kann dies der Fall sein, wenn die Parteien einer Bieterkonsortialvereinbarung, obwohl sie alle auf dem bzw. denselben Märkten tätig sind, das Projekt nicht einzeln ausführen können, z. B. aufgrund des Umfangs oder der Komplexität des Projekts.

353. Die Beurteilung der Frage, ob die Parteien in der Lage sind, jeweils einzeln an einem Ausschreibungsverfahren teilzunehmen, und somit Wettbewerber sind, hängt in erster Linie von den in den Ausschreibungsregeln enthaltenen Anforderungen ab. Allein die theoretische Möglichkeit, die vertraglich festgelegte Tätigkeit auszuüben, macht die Parteien jedoch nicht automatisch zu Wettbewerbern: Es ist zu prüfen, ob eine Partei realistisch in der Lage ist, den Auftrag aus eigener Kraft zu erfüllen, wobei die besonderen Umstände des Falls zu berücksichtigen sind, u. a. die Größe und die Möglichkeiten des Unternehmens, das mit dem Projekt verbundene finanzielle Risiko sowie die Höhe der für das Projekt erforderlichen Investitionen und die gegenwärtige und künftige Leistungsfähigkeit des Unternehmens in Anbetracht der vertraglichen Anforderungen ([226]).

354. Wenn Ausschreibungsverfahren die Möglichkeit vorsehen, Angebote für Teile des Auftrags (Lose) abzugeben, sind Unternehmen, die in der Lage sind, für ein oder mehrere Lose – aber vermutlich nicht für die gesamte Ausschreibung – ein Angebot abzugeben, als Wettbewerber anzusehen; in diesem Fall findet Artikel 101 Absatz 1 grundsätzlich Anwendung. In solchen Situationen begründen die Unternehmen ihre Zusammenarbeit im Rahmen der Bieterkonsortialvereinbarung häufig damit, dass sie durch die Zusammenarbeit die Möglichkeit hätten, ein Angebot für den gesamten Auftrag abzugeben und somit einen kombinierten Rabatt für den gesamten Auftrag anzubieten. Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass die Parteien zumindest bei einem Teil des Ausschreibungsverfahrens Wettbewerber sind und Artikel 101 Absatz 1 somit anwendbar ist. Etwaige Effizienzgewinne, die in Bezug auf das gemeinsame Angebot für den gesamten Auftrag geltend gemacht werden, müssen nach den Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 geprüft werden.

355. Wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Parteien der Bieterkonsortialvereinbarung einzeln am Ausschreibungsverfahren teilnehmen könnten (oder wenn die Vereinbarung mehr Parteien als erforderlich umfasst), kann das gemeinsame Angebot den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 beschränken. Dies kann auch dann der Fall sein, wenn nur eine der Parteien der Vereinbarung in der Lage ist, allein ein Angebot abzugeben.

([225]) Bekanntmachung der Kommission über Instrumente zur Bekämpfung geheimer Absprachen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und über Leitlinien für die Anwendung des entsprechenden Ausschlussgrundes, Abschnitt 5.6.

([226]) Urteil des Gerichtshofs vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 39.

356. In der Regel ist in Fällen, in denen Artikel 101 Absatz 1 auf die gemeinsame Angebotsabgabe anwendbar ist, eine Einzelfallprüfung der Bieterkonsortialvereinbarung erforderlich, wobei alle relevanten Faktoren zu berücksichtigen sind, u. a. die Stellung der Parteien auf dem relevanten Markt, die Anzahl und die Marktstellung der anderen wahrscheinlichen Teilnehmer an der Ausschreibung, der Inhalt der Bieterkonsortialvereinbarung, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen und die Marktbedingungen.

357. Die Beschränkung kann je nach Inhalt der Vereinbarung und den besonderen Umständen des Falls als bezweckte oder bewirkte Beschränkung eingestuft werden. Im Allgemeinen – und für Bieterkonsortien, die als Vermarktungsvereinbarungen anzusehen sind, – gelten die Feststellungen in den Randnummern 328-340. Ferner gilt Folgendes:

a) In Fällen, in denen zwei (oder mehr) Parteien in der Lage sind, einzeln ein Angebot abzugeben, und die Ressourcen und Tätigkeiten der Parteien nicht in erheblichem Maße integriert sind, würde ein gemeinsames Angebot in der Regel eine bezweckte Beschränkung darstellen, da es die Festsetzung der Preise zwischen Wettbewerbern beinhaltet und diese gemeinsame Festsetzung der Preise keine Nebenabrede einer echten Zusammenarbeit zwischen den Parteien darzustellen scheint.

b) Im Fall von Bieterkonsortialvereinbarungen, die mehr Parteien als erforderlich umfassen, ist, wenn es nur eine Partei gibt, die einzeln ein Angebot abgeben könnte, die bloße Tatsache, dass es mehr Parteien als erforderlich gibt, für sich genommen nicht unbedingt ausreichend, um eine bezweckte Beschränkung festzustellen, da es möglich ist, dass die Parteien keine tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerber sind. Es kann jedoch auch andere Gründe geben, warum eine solche Konsortialvereinbarung als bezweckte Beschränkung angesehen werden kann, z. B. wenn eine Partei, die auch einzeln ein Angebot hätte abgeben können, eine Regelung über die gemeinsame Angebotsabgabe mit einer oder mehreren anderen Parteien trifft, mit dem spezifischen Ziel, einem konkurrierenden gemeinsamen Angebot dieser anderen Parteien, ggf. gemeinsam mit Dritten, zuvorzukommen.

c) Was die wettbewerbswidrigen Auswirkungen betrifft, so hängt die Frage, ob derartige gemeinsame Angebote den Wettbewerb beschränken können, wenn keine bezweckte Beschränkung vorliegt, u. a. davon ab, wie sich der Wettbewerb ohne das jeweilige Bieterkonsortium bei möglichst realistischer Betrachtung entwickeln würde.

d) Die Mitglieder des Konsortiums sollten nur die Informationen miteinander teilen, die für die Ausarbeitung des Angebots und die Erfüllung des Auftrags unbedingt erforderlich sind. Darüber hinaus sollte die Weitergabe der Informationen nach dem Grundsatz „Kenntnis nur, wenn nötig“ auf die zuständigen Mitarbeiter beschränkt werden.

358. In jedem Fall kann eine Bieterkonsortialvereinbarung zwischen Wettbewerbern, auf die Artikel 101 Absatz 1 Anwendung findet, die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllen. Mögliche Effizienzgewinne können in Form von niedrigeren Preisen, aber auch in Form von besserer Qualität, größerer Auswahl oder schnellerer Bereitstellung der unter die Ausschreibung fallenden Produkte oder Dienstleistungen erzielt werden. Darüber hinaus müssen die übrigen Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt sein (Unerlässlichkeit, Weitergabe an die Verbraucher und keine Ausschaltung des Wettbewerbs). In Ausschreibungsverfahren sind diese Voraussetzungen häufig miteinander verknüpft: Die Effizienzgewinne eines gemeinsamen Angebots im Rahmen einer Bieterkonsortialvereinbarung werden leichter an die Verbraucher weitergegeben – in Form von niedrigeren Preisen oder einer besseren Qualität des Angebots –, wenn der Wettbewerb bei der Auftragsvergabe nicht ausgeschaltet wird und andere tatsächliche Wettbewerber an dem Ausschreibungsverfahren beteiligt sind.

359. Die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 sind im Wesentlichen dann erfüllt, wenn das gemeinsame Angebot den Parteien ermöglicht, ein Angebot abzugeben, das in Bezug auf den Preis und/oder die Qualität wettbewerbsfähiger ist als die Angebote, die sie allein hätten abgeben können, und wenn die Vorteile für den Auftraggeber und die Endverbraucher die Wettbewerbsbeschränkungen aufwiegen. Effizienzgewinne müssen an die Verbraucher weitergegeben werden und erfüllen nicht die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3, wenn sie nur den Parteien der Bieterkonsortialvereinbarung zugutekommen.

5.5. **Beispiele**

360. Für den Marktzutritt erforderliche gemeinsame Vermarktung

Beispiel 1

Sachverhalt: Vier gewerbliche Wäschereien in einer großen Stadt nahe der Grenze zu einem anderen Mitgliedstaat mit einem Anteil von jeweils 3 % am gesamten Wäschereimarkt dieser Stadt kommen überein, eine gemeinsame Marketingfirma zu gründen, die ihre Dienstleistungen bei institutionellen Kunden (z. B. Hotels, Krankenhäuser und Büros) anbieten soll. Ansonsten konkurrieren sie weiterhin allein und unabhängig um Einzelkunden vor Ort. Um das neue Nachfragesegment (institutionelle Kunden) anzusprechen, entwickeln sie einen gemeinsamen Markennamen und vereinbaren einen gemeinsamen Preis sowie gemeinsame Standardbedingungen einschließlich termingerechter Lieferung und einer maximalen Lieferfrist von 24 Stunden. Sie richten eine gemeinsame Anrufzentrale ein, bei der die institutionellen Kunden die Abholung und/oder Lieferung der Wäsche vereinbaren können. Zudem stellen sie eine Empfangsperson (für die Anrufzentrale) und mehrere Fahrer ein. Des Weiteren investieren sie in Lieferwagen sowie in Markenwerbung, um ihre Sichtbarkeit zu verbessern. Die Vereinbarung führt zwar nicht zu einem kompletten Wegfall ihrer eigenen Infrastrukturkosten (da sie ihre eigenen Geschäftsräume behalten und nach wie vor um Einzelkunden vor Ort konkurrieren), bringt ihnen jedoch Größenvorteile und ermöglicht es ihnen, einer neuen Kundengruppe, die längere Geschäftszeiten und einen größeren Lieferradius erfordert, umfassendere Dienstleistungen anzubieten. Das Projekt kann nur dann rentabel durchgeführt werden, wenn alle vier Unternehmen der Vereinbarung beitreten. Der Markt ist stark fragmentiert: Kein einzelner Wettbewerber verfügt über einen Marktanteil von mehr als 15 %.

Analyse: Obwohl der gemeinsame Marktanteil der Parteien unter 15 % liegt, findet Artikel 101 Absatz 1 in diesem Fall grundsätzlich Anwendung, da die Vereinbarung eine Festsetzung der Preise beinhaltet. Da die beteiligten Unternehmen in einer Großstadt nahe der Grenze zu einem anderen Mitgliedstaat tätig sind, wird davon ausgegangen, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird. Die Parteien wären jedoch weder einzeln noch in Zusammenarbeit mit weniger als den vier an der Vereinbarung beteiligten Parteien in der Lage gewesen, Wäschereidienste für institutionelle Kunden zu erbringen. Da die Beschränkung in Form einer Festsetzung der Preise als für die Verkaufsförderung der gemeinsamen Marke und den Erfolg des Vorhabens als unerlässlich betrachtet werden kann, scheint diese Beschränkung eine Nebenabrede neben dem Hauptziel der Vereinbarung darzustellen, welches nicht wettbewerbswidrig ist. Insgesamt gesehen dürfte die Vereinbarung also keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken aufwerfen.

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

Beispiel 2

Sachverhalt: Es liegt derselbe Sachverhalt vor wie in Beispiel 1 (Randnummer 360), jedoch mit einem wichtigen Unterschied: Das Vorhaben hätte auch mit nur drei (anstatt der vier tatsächlich an der Zusammenarbeit beteiligten Parteien) rentabel durchgeführt werden können.

Analyse: Obwohl der gemeinsame Marktanteil der Parteien unter 15 % liegt, findet Artikel 101 Absatz 1 aus den gleichen Gründen Anwendung wie in Beispiel 1. Die Vereinbarung hätte von weniger als den vier Parteien durchgeführt werden können. Da jedoch keine der Parteien das Vorhaben allein hätte durchführen können, reicht die Tatsache, dass es mehr Parteien als erforderlich gibt, möglicherweise nicht aus, um eine bezweckte Beschränkung festzustellen, es sei denn, die Vereinbarung zielt darauf ab, einer konkurrierenden Initiative, an der eine der Parteien beteiligt ist, zuvorzukommen. Was mögliche beschränkende Auswirkungen betrifft, so bedarf es einer kontrafaktischen Analyse. In jedem Fall kann die Vereinbarung nach Artikel 101 Absatz 3 geprüft werden. Die Vereinbarung führt zu Effizienzgewinnen, da die Parteien fortan für ein neues Kundensegment bessere Dienstleistungen in größerem Umfang anbieten können (was die Parteien allein, ohne die Vereinbarung nicht hätten leisten können). Da der gemeinsame Marktanteil der Parteien weniger als 15 % beträgt, ist es wahrscheinlich, dass sie etwaige Effizienzgewinne in ausreichendem Maße an die Verbraucher weitergeben. Des Weiteren muss geprüft werden, ob die mit der Vereinbarung verbundenen Beschränkungen für die Erzielung von Effizienzgewinnen unerlässlich sind und ob die Vereinbarung den Wettbewerb ausschaltet. Da das Ziel der Vereinbarung darin besteht, einem neuen Kundensegment eine umfassendere Dienstleistungspalette (einschließlich der bislang nicht angebotenen Lieferung) unter einer gemeinsamen Marke und zu gemeinsamen Standardbedingungen anzubieten, kann die Festsetzung der Preise als unerlässlich für die Verkaufsförderung der gemeinsamen Marke und folglich für den Erfolg des Vorhabens und für die entstehenden Effizienzgewinne betrachtet werden. Außerdem kann angesichts der Marktfragmentierung eine Ausschaltung des Wettbewerbs aufgrund der Vereinbarung ausgeschlossen werden. Die Tatsache, dass sich vier Parteien an der Vereinbarung beteiligen (obwohl streng genommen drei Parteien ausreichen würden), verspricht Kapazitätssteigerungen und trägt gleichzeitig dazu bei, dass im Falle mehrerer institutioneller Kunden deren Nachfrage im Einklang mit den Standardbedingungen (z. B. Einhaltung der maximalen Lieferfrist) nachgekommen werden kann. Die Effizienzgewinne als solche dürften somit die

wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen, die sich aus der Verringerung des Wettbewerbs zwischen den Parteien ergeben, aufwiegen, sodass die Vereinbarung die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllen dürfte.

362. Gemeinsamer Verkauf über das Internet

Beispiel 3

Sachverhalt: Einige kleine Fachgeschäfte eines Mitgliedstaats schaffen eine elektronische internetbasierte Infrastruktur, über die Obst-Geschenkkörbe angeboten, verkauft und geliefert werden. Es gibt eine Reihe konkurrierender Webshops mit vergleichbaren und begrenzten Marktanteilen. Die teilnehmenden Fachgeschäfte teilen sich die Betriebskosten des Webshops und investieren gemeinsam in die Markenwerbung. Über den Webshop, auf dem eine breite Palette verschiedener Arten von Geschenkkörben angeboten wird, bestellen (und bezahlen) die Kunden die Art von Geschenkkorb, die sie geliefert bekommen oder im Geschäft abholen möchten. Anschließend wird die Bestellung an das vom Kunden ausgewählte Fachgeschäft oder, falls keine ausdrückliche Auswahl vorliegt, an das Geschäft weitergeleitet, das der Lieferanschrift am nächsten liegt oder in dem der Kunde die Bestellung am bequemsten abholen kann. Die Kosten für die Zusammenstellung des Geschenkkorbs und die Lieferung an den Kunden bzw. die Bereitstellung zur Abholung im Geschäft trägt jedes Fachgeschäft selbst. Das Geschäft erhält 90 % des auf der webbasierten Infrastruktur angegebenen und für alle beteiligten Fachgeschäfte geltenden Verkaufspreises. Die restlichen 10 % fließen in die gemeinsame Verkaufsförderung und die Betriebskosten des Webshops. Neben der Zahlung des Beitrags gibt es für ein Fachgeschäft, das sich der webbasierten Infrastruktur anschließen möchte, innerhalb des nationalen Hoheitsgebiets keine weiteren Auflagen. Zudem können Fachgeschäfte, die eine eigene Website betreiben, Obst-Geschenkkörbe auch unter eigenem Namen über das Internet vertreiben (was sie in einigen Fällen auch tun), sodass sie außerhalb der Zusammenarbeit weiterhin als Einzelanbieter miteinander im Wettbewerb stehen. Kunden, die über den Webshop bestellen, wird zugesichert, dass die Obstkörbe noch am selben Tag geliefert werden oder im Geschäft abgeholt werden können, und die Möglichkeit gegeben, eine für sie günstige Liefer- oder Abholzeit zu vereinbaren.

Analyse: Unter der Annahme, dass die Fachgeschäfte Wettbewerber sind, ist Artikel 101 Absatz 1 anwendbar, und da die Vereinbarung eine Festsetzung der Preise beinhaltet, ist es wahrscheinlich, dass sie eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Deshalb muss die Vereinbarung nach Artikel 101 Absatz 3 geprüft werden. Bei den an der Zusammenarbeit beteiligten Fachgeschäften handelt es sich ausschließlich um kleine Geschäfte, die nicht in der Lage wären, sich auf nationaler Ebene im Wettbewerb mit anderen Webshops zu behaupten. Die Vereinbarung könnte somit zu Effizienzgewinnen führen, z. B. zu einem größeren Angebot, zu einer höheren Qualität der Dienstleistungen und zu geringeren Suchkosten, die den Verbrauchern zugutekommen und die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Vereinbarung aufwiegen dürften. Da die an der Zusammenarbeit beteiligten Fachgeschäfte nach wie vor in der Lage sind, sowohl über ihre Ladengeschäfte als auch über das Internet ihre Produkte unabhängig zu verkaufen und miteinander zu konkurrieren, könnte die auf den Webshop begrenzte Beschränkung in Form einer Preisfestsetzung als unerlässlich für die Verkaufsförderung des Produkts (denn Verbraucher, die im Webshop einkaufen, möchten nicht mit vielen unterschiedlichen Preisen konfrontiert werden) und für die sich daraus ergebenden Effizienzgewinne angesehen werden. Da keine anderen Beschränkungen vorliegen, erfüllt die Vereinbarung die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3. Da außerdem andere wichtige konkurrierende Webshops existieren und die Parteien auch weiterhin entweder über ihre Ladengeschäfte oder über das Internet miteinander in Wettbewerb stehen, wird der Wettbewerb nicht ausgeschaltet.

363. Gemeinschaftsunternehmen für den Vertrieb

Beispiel 4

Sachverhalt: Die Unternehmen A und B sind in zwei unterschiedlichen Mitgliedstaaten ansässig und stellen Fahrradreifen her. Ihr gemeinsamer Anteil am unionsweiten Markt für Fahrradreifen beträgt 14 %. Sie beschließen, ein Gemeinschaftsunternehmen für den Vertrieb (bei dem es sich um kein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen handelt) zu gründen, über das sie ihre Reifen Fahrradherstellern anbieten wollen, und vereinbaren, ihre gesamte Produktion über dieses Gemeinschaftsunternehmen zu verkaufen. Die Produktions- und Transportinfrastrukturen der beiden Parteien bleiben getrennt. Die Parteien versprechen sich aus der Vereinbarung erhebliche Effizienzgewinne, die im Wesentlichen auf Größenvorteilen beruhen, da die Parteien in der Lage sein werden, der Nachfrage ihrer bestehenden und ihrer potenziellen neuen Kunden nachzukommen und besser mit aus Drittländern eingeführten Reifen zu konkurrieren. Das Gemeinschaftsunternehmen handelt die Preise aus und weist die Bestellung dem nächstgelegenen Werk zu; auf diese Weise können bei der Lieferung an die Kunden Transportkosten eingespart werden.

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

364. Vertriebsplattform für Medieninhalte

Beispiel 5

Sachverhalt: Rundfunkveranstalter A und Rundfunkveranstalter B, die beide hauptsächlich auf dem Markt des frei empfangbaren Fernsehens in einem Mitgliedstaat tätig sind, gründen ein Gemeinschaftsunternehmen, um auf demselben nationalen Markt eine Online-Video-on-Demand-Plattform einzuführen, auf der die Verbraucher gegen eine Gebühr Filme oder Serien ansehen können, die von den beiden Rundfunkveranstaltern oder von Dritten, die einem der beiden Rundfunkveranstalter eine Lizenz für die entsprechenden audiovisuellen Rechte erteilt haben, produziert wurden. Die Gruppe von Rundfunkveranstalter A hat einen Anteil von rund 25 % am Markt für frei empfangbares Fernsehen und Rundfunkveranstalter B hat einen Marktanteil von rund 15 %. Es gibt zwei weitere große Rundfunkveranstalter mit Marktanteilen zwischen 10 % und 15 % sowie eine Reihe kleinerer Rundfunkveranstalter. Der nationale Video-on-Demand-Markt, auf dem das Gemeinschaftsunternehmen hauptsächlich tätig sein wird, ist ein junger Markt, für den im Allgemeinen ein erhebliches Wachstum erwartet wird. Der Preis für das Ansehen eines Videos wird zentral von dem Gemeinschaftsunternehmen festgelegt werden, das auch die Preise für den Erwerb von Video-on-Demand-Lizenzen auf dem vorgelagerten Markt koordinieren wird.

Analyse: In Anbetracht ihres Anteils am nationalen Fernsehmarkt und ihres umfangreichen Bestands an audiovisuellen Rechten könnten sowohl A als auch B unabhängig voneinander eine Video-on-Demand-Plattform einführen. Daher sind sie potenzielle Wettbewerber auf dem im Entstehen begriffenen Verbrauchermarkt für Video-on-Demand. Da die Vereinbarung den Anreiz der Parteien beschränkt, unabhängig voneinander in den Markt einzutreten, findet Artikel 101 Absatz 1 Anwendung. Darüber hinaus schaltet die Vereinbarung den Preiswettbewerb zwischen den beiden Rundfunkveranstaltern aus und beinhaltet eine Koordinierung der Preise für Video-on-Demand. Folglich stellt die Vereinbarung grundsätzlich eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar. Was die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 anbelangt, so scheinen die Vorteile, die sich aus einem größeren Video-on-Demand-Angebot und einer einfacheren Navigation durch die Inhalte ergeben, die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb, die in Anbetracht der Tätigkeiten und der Marktstellung der beteiligten Unternehmen erheblich sein werden, nicht aufzuwiegen. Ferner scheinen die Beschränkungen nicht erforderlich zu sein, um die genannten Effizienzgewinne zu erzielen, da diese auch mit einer offenen Plattform und einer rein technischen Zusammenarbeit erreicht werden könnten. Somit scheint die Vereinbarung die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 nicht zu erfüllen.

365. Bieterkonsortien

Beispiel 6

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

Analyse: Da die Unternehmen A und B jeweils einzeln an den Ausschreibungen teilnehmen könnten, kann ihre gemeinsame Teilnahme den Wettbewerb beschränken, sodass Artikel 101 Absatz 1 Anwendung findet. Deshalb muss die Vereinbarung nach Artikel 101 Absatz 3 geprüft werden. Nach den Ergebnissen des vorangegangenen Ausschreibungsverfahrens, an dem die Parteien getrennt voneinander teilnahmen, scheint ein gemeinsames Angebot wettbewerbsfähiger zu sein als die Einzelangebote, was die Preisgestaltung und die angebotenen Produkte, insbesondere die optionalen Produkte, betrifft, was für die Vergabestelle besonders wichtig ist. Die Bieterkonsortialvereinbarung scheint unerlässlich zu sein, damit die beteiligten Parteien im Rahmen der Ausschreibungsverfahren wirklich wettbewerbsfähige Angebote im Vergleich zu den Angeboten der anderen Teilnehmer abgeben können. Es wird davon ausgegangen, dass die Parteien in der Lage wären, nachzuweisen, dass die gemeinsame Angebotsabgabe ein erhebliches Maß an Synergien schafft, die zu Effizienzgewinnen – in Form von niedrigeren Preisen und höherer Qualität – führen können, was das Angebot wiederum wettbewerbsfähiger machen würde. Der Wettbewerb beim Ausschreibungsverfahren wird nicht ausgeschaltet, da mindestens zwei weitere relevante Wettbewerber in der Lage sind, unabhängig voneinander an dem Ausschreibungsverfahren teilzunehmen. Dies bedeutet, dass die Effizienzgewinne des gemeinsamen Angebots dem Auftraggeber und letztlich den Verbrauchern zugutekommen könnten. Daher scheint die Vereinbarung die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 zu erfüllen.

6. **INFORMATIONSAUSTAUSCH**

6.1. **Einleitung**

366. Dieses Kapitel enthält Erläuterungen zur wettbewerbsrechtlichen Prüfung des Informationsaustauschs ([227]). Informationsaustausch kann verschiedene Formen annehmen und in unterschiedlichen Kontexten stattfinden.

367. Für die Zwecke dieses Kapitels umfasst der Informationsaustausch den Austausch von i) unbearbeiteten, unstrukturierten digitalen Inhalten, die unter Umständen verarbeitet werden müssen, um sie nutzbar zu machen (Rohdaten), ii) vorverarbeiteten Daten, die bereits aufbereitet und validiert wurden, iii) Daten, die bearbeitet wurden, um aussagekräftige Informationen jeglicher Form zu generieren, sowie iv) jeder anderen Art von Informationen, einschließlich nicht digitaler Informationen. Er umfasst den physischen Informationsaustausch und den digitalen Datenaustausch zwischen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbern ([228]). In diesem Kapitel umfasst der Begriff „Informationen" alle unter den Ziffern i bis iv aufgeführten Arten von Daten und Informationen.

368. Informationen können direkt zwischen Wettbewerbern (in Form einer einseitigen Offenlegung oder eines zwei- oder mehrseitigen Austauschs) oder indirekt durch oder über einen Dritten (z. B. einen Dienstleister, eine Plattform, ein Online-Tool oder einen Algorithmus), über eine gemeinsame Stelle (z. B. einen Wirtschaftsverband), über ein Marktforschungsinstitut, über Lieferanten oder Kunden der am Austausch beteiligten Parteien oder über eine Website oder eine Pressemitteilung ausgetauscht werden. Der Austausch kann zwischen Unternehmen stattfinden, die in Bezug auf dieselbe Marke miteinander im Wettbewerb stehen (markeninterner Wettbewerb), oder zwischen Unternehmen, die in Bezug auf verschiedene Marken miteinander konkurrieren (markenübergreifender Wettbewerb). Dieses Kapitel gilt für direkte und indirekte Formen des Informationsaustauschs und für Informationsaustausch zwischen markeninternen und markenübergreifenden Wettbewerbern.

369. Der Informationsaustausch kann im Rahmen einer anderen Art von Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit erfolgen, z. B. im Rahmen einer Vereinbarung über den gemeinsamen Einkauf, die gemeinsame Produktion oder die gemeinsame Vermarktung. Fällt jedoch die Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit an sich nicht unter das Verbot nach Artikel 101 Absatz 1, weil sie neutrale oder positive Auswirkungen auf den Wettbewerb hat, fällt auch ein Informationsaustausch, der eine Nebenabrede zu dieser Vereinbarung darstellt, nicht unter dieses Verbot. Dies ist der Fall, wenn der Informationsaustausch für die Umsetzung der Vereinbarung objektiv notwendig ist und in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen der Vereinbarung steht (siehe auch Abschnitt 1.2.6) ([229]). Geht der Informationsaustausch über das hinaus, was für die Umsetzung der Vereinbarung objektiv notwendig ist, oder steht er nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen der Vereinbarung, so sollte er anhand der Orientierungshilfen in diesem Kapitel geprüft werden ([230]). Ist der Informationsaustausch selbst der Hauptgegenstand der Zusammenarbeit, so sind für die Beurteilung der Frage,

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

([228]) Der Begriff „Datenaustausch" wird verwendet, um alle möglichen Formen und Modelle des Datenzugangs und der Datenübertragung zwischen Unternehmen zu beschreiben. Dazu gehören Datenpools, zu denen sich Dateninhaber zusammenschließen, um Daten gemeinsam zu nutzen.

([229]) Urteil des Gerichtshofs vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, Rn. 89.

([230]) Siehe auch Rn. 6.

ob die Zusammenarbeit den Wettbewerb beschränkt, die Erläuterungen in diesem Kapitel maßgebend. Fällt der Informationsaustausch unter Artikel 101 Absatz 1, so kann er dennoch die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllen.

370. Der Informationsaustausch im Rahmen einer vertikalen Vereinbarung, bei dem Informationen zwischen einem Anbieter und einem Abnehmer ausgetauscht werden, kann unter die Gruppenfreistellung nach der Vertikal-GVO fallen ([231]). Dies ist der Fall, wenn die ausgetauschten Informationen in direktem Zusammenhang mit der Umsetzung der vertikalen Vereinbarung zwischen diesen Parteien stehen und zur Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs der Vertragswaren oder -dienstleistungen erforderlich sind.

371. Informationen können auch im Rahmen einer Übernahme ausgetauscht werden. In solchen Fällen kann der Austausch in Abhängigkeit von den jeweiligen Umständen den Vorschriften der Fusionskontrollverordnung unterliegen ([232]). Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen, die in keinem direkten Zusammenhang mit der Durchführung des Kontrollerwerbs stehen und dafür nicht erforderlich sind, fallen weiterhin unter Artikel 101. Diese Prüfung muss sich auf das gesamte Übernahmeverfahren erstrecken, da die Frage, was in direktem Zusammenhang mit der Durchführung der Übernahme steht und dafür erforderlich ist, davon abhängen kann, in welchem Stadium sich das Übernahmeverfahren befindet.

372. Ein Informationsaustausch kann auch im Rahmen von Regulierungsinitiativen erfolgen. Werden Unternehmen gesetzlich oder von Behörden dazu angehalten, Informationen mit anderen Unternehmen auszutauschen, oder haben sie einen Ermessensspielraum bei der Entscheidung, welche Informationen sie mit anderen Unternehmen austauschen, findet Artikel 101 weiterhin Anwendung. In der Praxis bedeutet dies, dass Unternehmen, die rechtlichen Anforderungen unterliegen, diese Anforderungen nicht als Mittel für einen Verstoß gegen Artikel 101 nutzen dürfen. Sie sollten den Umfang des Informationsaustauschs auf das beschränken, was nach geltendem Recht erforderlich ist, und müssen möglicherweise Vorsichtsmaßnahmen ergreifen, falls sensible Geschäftsinformationen ausgetauscht werden.

Eine Unionsverordnung kann beispielsweise die Möglichkeit vorsehen, dass Unternehmen Informationen austauschen, um die Notwendigkeit von Tierversuchen zu vermeiden oder zu verringern oder um die Forschungskosten zu senken. Ein solcher Austausch unterliegt der Anwendung des Artikels 101. Unternehmen, die an dem in der betreffenden Verordnung vorgesehenen Austausch beteiligt sind, dürfen daher keine sensiblen Geschäftsinformationen, die ihre Marktstrategie offenlegen, und keine technischen Informationen weitergeben, die über die Anforderungen der Verordnung hinausgehen. Die Unternehmen können die Häufigkeit des Austauschs verringern, um die wirtschaftliche Sensibilität der Informationen zu verringern. Soweit möglich sollten aggregierte Informationen oder Bereichsangaben verwendet werden, um den Austausch von granularen Daten oder von Daten, die einzelnen Unternehmen zugeordnet werden können, zu vermeiden. Unternehmen können auch die Inanspruchnahme eines unabhängigen dritten Dienstleisters („Trustee") in Erwägung ziehen, der die Informationen aus verschiedenen Quellen auf der Grundlage von Vertraulichkeitsvereinbarungen sammelt und dann die Daten zusammenstellt, prüft und zu einem zusammengesetzten Datensatz aggregiert, der den Beteiligten zur Verfügung gestellt wird und bei dem es nicht möglich ist, identifizierbare Daten einzelnen Unternehmen zuzuordnen.

6.2. **Prüfung nach Artikel 101 Absatz 1 AEUV**

6.2.1. *Einleitung*

373. Der Informationsaustausch ist ein gemeinsames Merkmal vieler Wettbewerbsmärkte und führt zu verschiedenen Arten von Effizienzgewinnen. Durch ihn können Informationsasymmetrien ([233]) behoben werden, was die Märkte effizienter macht. In den vergangenen Jahren hat der Datenaustausch als Mittel zur Entscheidungsfindung an Bedeutung gewonnen, z. B. durch den Einsatz von Big-Data-Analysen und Techniken des

([231]) Siehe Artikel 2 Absätze 1 und 5 der Verordnung (EU) 2022/720 der Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (ABl. L 134 vom 11.5.2022, S. 4). Für eine nicht erschöpfende Liste von Beispielen für Informationen, die – abhängig von den jeweiligen Umständen – einen direkten Bezug zur Umsetzung einer vertikalen Vereinbarung haben und zur Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs der Vertragswaren oder -dienstleistungen erforderlich sind, siehe Rn. 99 der Mitteilung der Kommission über Leitlinien für vertikale Beschränkungen (ABl. C 248 vom 30.6.2022, S. 1). Tauschen die Parteien einer vertikalen Vereinbarung, die die Voraussetzungen des Artikels 2 Absatz 4 Buchst. a oder b der Verordnung (EU) 2022/720 erfüllt, Informationen aus, die entweder in keinem direkten Zusammenhang mit der Umsetzung ihrer vertikalen Vereinbarung stehen oder nicht zur Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs der Vertragsprodukte oder -dienstleistungen erforderlich sind oder keine der beiden Voraussetzungen erfüllen, so ist der Informationsaustausch einer Einzelfallprüfung nach Artikel 101 AEUV unter Berücksichtigung dieser Leitlinien zu unterziehen.

([232]) Artikel 4 Absatz 1 und Artikel 7 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Fusionskontrollverordnung) (ABl. L 24 vom 29.1.2004, S. 1). Siehe auch Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (ABl. C 56 vom 5.3.2005, S. 24). Siehe auch Urteil des Gerichts vom 22. September 2021, Altice Europe/Kommission, T-425/18, ECLI:EU:T:2021:607, Rn. 239.

([233]) Die Wirtschaftstheorie der Informationsasymmetrien beschäftigt sich mit der Untersuchung von Entscheidungen in Situationen, in denen eine Partei über mehr Informationen verfügt als die andere.

maschinellen Lernens ([234]). Zudem können Unternehmen ihre interne Effizienz durch einen Vergleich mit den bewährten Verfahren der jeweils anderen Unternehmen verbessern. Der Austausch von Informationen kann den Unternehmen ferner dabei helfen, Kosten zu sparen, z. B. indem sie ihre Lagerbestände verringern oder verderbliche Produkte schneller an die Verbraucher liefern können. Der Informationsaustausch kann es Unternehmen ermöglichen, neue oder bessere Produkte oder Dienstleistungen zu entwickeln oder Algorithmen auf einer breiteren, aussagekräftigeren Grundlage zu trainieren. Außerdem kann der Informationsaustausch den Verbrauchern direkt zugutekommen, indem sich ihre Suchkosten verringern und die Auswahl vergrößert.

374. Der wichtigste Grundsatz des Wettbewerbs ist, dass jedes Unternehmen sein wirtschaftliches Verhalten auf dem relevanten Markt selbst bestimmt. Dieser Grundsatz hindert die Unternehmen nicht daran, sich in intelligenter Weise auf das bestehende oder zu erwartende Verhalten ihrer Wettbewerber oder auf die marktüblichen Bedingungen einzustellen. Er steht jedoch jedem unmittelbaren oder mittelbaren Kontakt zwischen Unternehmen entgegen, der geeignet ist, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potenziellen Wettbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen Wettbewerber über das Verhalten ins Bild zu setzen, zu dem das Unternehmen selbst auf dem betreffenden Markt entschlossen ist oder das das Unternehmen in Erwägung zieht, wenn diese Kontakte bezwecken oder bewirken, dass Wettbewerbsbedingungen entstehen, die nicht den normalen Bedingungen des betreffenden Marktes entsprechen ([235]).

375. Wie in Randnummer 14 dargelegt, kann ein Informationsaustausch nur dann unter Artikel 101 Absatz 1 fallen, wenn er eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, eine abgestimmte Verhaltensweise oder einen Beschluss einer Unternehmensvereinigung begründet oder Teil davon ist. Der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise setzt über die Abstimmung zwischen den betreffenden Unternehmen hinaus ein dieser entsprechendes Marktverhalten und einen ursächlichen Zusammenhang zwischen beiden voraus ([236]). Findet ein Austausch sensibler Geschäftsinformationen zwischen Wettbewerbern zur Vorbereitung einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung statt, so reicht dies als Beweis für das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 aus. In diesem Fall ist es nicht erforderlich nachzuweisen, dass sich die Wettbewerber förmlich zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet haben, ihr künftiges Verhalten auf dem Markt abgesprochen haben oder ein wirtschaftliches Interesse an dem Austausch hatten ([237]). Zur Feststellung des oben genannten Kausalzusammenhangs besteht außerdem die widerlegbare Vermutung, dass Unternehmen, die sich an einer abgestimmten Verhaltensweise beteiligen und weiterhin auf dem Markt tätig sind, die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens berücksichtigen ([238]).

376. Dieses Kapitel ist wie folgt aufgebaut: In Abschnitt 6.2.2 sind die beiden grundlegenden wettbewerbsrechtlichen Bedenken im Zusammenhang mit Informationsaustausch dargelegt. Abschnitt 6.2.3 enthält Erläuterungen zur Relevanz der Art der ausgetauschten Informationen für die Prüfung nach Artikel 101 Absatz 1. Abschnitt 6.2.4 enthält Erläuterungen zur Relevanz der Merkmale des Austauschs. Abschnitt 6.2.5 enthält Erläuterungen zur Relevanz der Merkmale des Marktes. Abschnitt 6.2.6 behandelt Informationsaustausch, der eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt, und Abschnitt 6.2.7 Informationsaustausch, der eine Beschränkung des Wettbewerbs bewirkt. Abschnitt 6.3 enthält Erläuterungen zur Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 auf Informationsaustausch, und das Kapitel schließt mit einer Reihe von Beispielen, einem Flussdiagramm mit den einzelnen Schritten der Selbstprüfung und einem tabellarischen Überblick über verschiedene Szenarien des Informationsaustauschs in Abschnitt 6.4.

6.2.2. *Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken aufgrund des Austauschs sensibler Geschäftsinformationen* ([239])

6.2.2.1. Kollusionsergebnis

377. Indem der Austausch sensibler Geschäftsinformationen die Transparenz zwischen den Wettbewerbern auf dem Markt künstlich erhöht, kann er die Koordinierung des Verhaltens der Unternehmen erleichtern und zu Wettbewerbsbeschränkungen führen ([240]). Erstens ist es wahrscheinlich, dass der Informationsaustausch Kollusion

([234]) Der Datenaustausch wird auch durch die europäische Datenstrategie gefördert.

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

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

([237]) Urteil des Gerichtshofs vom 26. Januar 2017, Duravit u. a./Kommission, C-609/13 P, ECLI:EU:C:2017:46, Rn. 135, und Urteil des Gerichtshofs vom 12. Januar 2023, HSBC Holdings u. a./Kommission, C-883/19 P, ECLI:EU:C:2023:11, Rn. 123.

([238]) Urteil des Gerichts vom 10. November 2017, Icap u. a/Kommission, T-180/15, ECLI:EU:T:2017:795, Rn. 57; Urteil des Gerichtshofs vom 4. Juni 2009, T-Mobile Netherlands u. a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 51; Urteil des Gerichtshofs vom 19. März 2015, Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, Rn. 127, und Urteil des Gerichtshofs vom 8. Juli 1999, Hüls/Kommission, C-199/92, ECLI:EU:C:1999:358, Rn. 161 bis 163.

([239]) Mit der Formulierung „grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken“ soll verdeutlicht werden, dass die nachfolgende Beschreibung der wettbewerbsrechtlichen Bedenken weder abschließend noch erschöpfend ist.

([240]) Dies gilt insbesondere dann, wenn der Austausch einer anderen wettbewerbswidrigen Vereinbarung dient. Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 26. Januar 2017, Duravit u. a./Kommission, C-609/13 P, ECLI:EU:C:2017:46, Rn. 134, und Urteil des Gerichtshofs vom 7. Januar 2004, Aalborg Portland u. a./Kommission, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, ECLI:EU:C:2004:6, Rn. 281.

erleichtert, wenn er es einem Unternehmen ermöglicht, seinen Wettbewerbern auf beliebige Weise zu signalisieren, welches Verhalten es für diese Wettbewerber wünschenswert fände oder welches Verhalten das Unternehmen selbst als Reaktion auf das Verhalten derselben Wettbewerber an den Tag legen würde ([241]).

378. Zweitens kann der Austausch sensibler Geschäftsinformationen an sich es den Unternehmen ermöglichen, sich über die Koordinierungsmodalitäten zu verständigen, was auf dem Markt zu einem Kollusionsergebnis führen kann. Der Austausch kann dazu beitragen, dass Unternehmen ähnliche Erwartungen hinsichtlich der Unsicherheiten auf dem Markt entwickeln. Auf dieser Grundlage können die Unternehmen sich dann über ihr Verhalten auf dem Markt verständigen, ohne die Koordinierung ausdrücklich vereinbaren zu müssen ([242]).

379. Drittens kann der Austausch sensibler Geschäftsinformationen als Mittel zur Erhöhung der internen Stabilität einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise eingesetzt werden. Der Informationsaustausch kann die Markttransparenz so weit erhöhen, dass die kolludierenden Unternehmen überwachen können, ob andere Unternehmen vom Kollusionsergebnis abweichen, und folglich wissen, wann und gegen wen sie Vergeltungsmaßnahmen ergreifen müssen. Für eine solche Überwachung können sowohl Daten aus der Gegenwart als auch aus der Vergangenheit ausgetauscht werden. Dies kann entweder die Unternehmen in die Lage versetzen, ein Kollusionsergebnis auf Märkten zu erreichen, auf denen eine Kollusion für sie andernfalls nicht möglich gewesen wäre, oder die Stabilität eines bereits bestehenden Kollusionsergebnisses auf dem Markt weiter ausbauen.

Zum Beispiel können mit Algorithmen Effizienzgewinne erzielt werden. Sie können zu Kostensenkungen und zum Abbau von Marktzutrittsschranken beitragen. Die Unternehmen können beispielsweise unabhängig voneinander Algorithmen verwenden, um die Preise der Wettbewerber zu überwachen und diese Informationen in ihre eigene Preisgestaltung einfließen zulassen. Algorithmen können jedoch auch zur Überwachung (bereits bestehender) wettbewerbswidriger Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern verwendet werden. Wenn sie im Rahmen einer Kollusion eingesetzt werden, können Preisüberwachungsalgorithmen die Markttransparenz erhöhen, Preisabweichungen in Echtzeit identifizieren und die Wirksamkeit von Bestrafungsmechanismen erhöhen. Die Unternehmen können auch Algorithmen zur Verhaltenskoordinierung einsetzen, um wesentliche Wettbewerbsparameter zu vereinbaren. Algorithmen werden dann zu einem Mittel, um Kollusion zu erleichtern (Kollusion auf Code-Ebene). Kollusion auf Code-Ebene in Bezug auf wesentliche Wettbewerbsparameter ist in der Regel als Kartell und damit als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung anzusehen, unabhängig von den Marktbedingungen.

Der Umgang mit Preisbildungsalgorithmen im Wettbewerbsrecht der Union beruht auf zwei wichtigen Grundsätzen.

Erstens: Sind Preisbildungspraktiken rechtswidrig, wenn sie offline angewendet werden, ist die Wahrscheinlichkeit groß, dass sie auch rechtswidrig sind, wenn sie online angewendet werden.

Zweitens: Unternehmen, die an rechtswidrigen Preisbildungspraktiken beteiligt sind, können sich nicht mit der Begründung der Haftung entziehen, dass ihre Preise durch Algorithmen bestimmt wurden. Wie ein Mitarbeiter oder ein externer Berater, der unter der „Leitung oder Kontrolle" eines Unternehmens tätig ist, steht ein Algorithmus unter der Kontrolle des Unternehmens, sodass das Unternehmen auch dann haftbar ist, wenn seine Handlungen von Algorithmen beeinflusst wurden.

380. Der Informationsaustausch kann ferner als Methode eingesetzt werden, um die äußere Stabilität einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise zu erhöhen. Ein Austausch, der den Markt hinreichend transparent macht, kann es kolludierenden Unternehmen erleichtern, zu überwachen, wo und wann andere Unternehmen in den Markt einzutreten versuchen, und die kolludierenden Unternehmen so in die Lage versetzen, gezielt gegen den neuen Marktteilnehmer vorzugehen.

6.2.2.2. Wettbewerbswidrige Marktabschottung

381. Ein Informationsaustausch kann nicht nur Kollusion erleichtern, sondern auch zu einer wettbewerbswidrigen Marktabschottung desselben Marktes, auf dem der Austausch stattfindet, oder eines verbundenen Marktes führen ([243]).

([241]) Der Informationsaustausch kann somit Kollusion erleichtern, indem er zu einem gegenseitigen Verständnis des für kollusive Vereinbarungen charakteristischen Belohnungs- und Bestrafungssystems beiträgt. Ein solcher Informationsaustausch kann entweder im Geheimen oder öffentlich erfolgen. Würde beispielsweise ein Unternehmen seinen Wettbewerbern im Geheimen mitteilen, dass sie alle die Preise erhöhen, die Verkaufsmengen oder die Kapazitäten verringern oder gemeinsame Geschäftsentscheidungen treffen sollten, läge unbestreitbar eine wettbewerbswidrige Absicht vor. Die Auswirkungen dürften ähnlich sein, wenn das Unternehmen diesen Plan stattdessen öffentlich bekannt gibt, es sei denn, es kann nachgewiesen werden, dass die Informationen den Kunden zugutekommen und nicht nur dem Unternehmen selbst, seinen Wettbewerbern oder Investoren. Denn Unternehmen, ihre Wettbewerber und Investoren profitieren in der Regel von im Rahmen eines kollusiven Systems erzielten höheren Gewinnen, während den Kunden Nachteile entstehen.

([242]) Siehe beispielsweise Urteil des Gerichts vom 7. November 2019, Campine und Campine Recycling/Kommission, T-240/17, ECLI:EU:T:2019:778, Rn. 305.

([243]) Zu den Bedenken hinsichtlich einer Marktabschottung aufgrund vertikaler Vereinbarungen siehe Rn. 18 bis 22 der Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

382. Eine Abschottung desselben Marktes kann eintreten, wenn der Austausch sensibler Geschäftsinformationen dazu führt, dass nicht am Informationsaustausch beteiligte Wettbewerber gegenüber den am Austausch beteiligten Unternehmen einen erheblichen Wettbewerbsnachteil erleiden. Diese Art der Marktabschottung ist möglich, wenn die betreffenden Informationen für den Wettbewerb auf dem Markt von strategischer Bedeutung sind und der Austausch einen erheblichen Teil des relevanten Marktes betrifft. Dies kann beispielsweise bei Initiativen zum Austausch von Daten der Fall sein, wenn die ausgetauschten Daten von strategischer Bedeutung sind, einen großen Teil des Marktes abdecken und der Zugang von Wettbewerbern zu den ausgetauschten Daten verhindert wird ([244]).

383. Der Informationsaustausch kann auch zu einer wettbewerbswidrigen Abschottung eines verbundenen Marktes gegenüber Dritten führen. So können beispielsweise vertikal integrierte Unternehmen, die auf einem vorgelagerten Markt Informationen austauschen, Marktmacht erlangen und Absprachen treffen, um den Preis für eine wichtige Vorleistung auf einem nachgelagerten Markt zu erhöhen. Dadurch könnten sie die Kosten ihrer Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt in die Höhe treiben, was letztlich zu einer wettbewerbswidrigen Abschottung des nachgelagerten Marktes führen könnte. Darüber hinaus können Unternehmen, deren Bedingungen für den Zugang zu gemeinsamen Informationen diskriminierend und nicht transparent sind, die Fähigkeit Dritter einschränken, Trends für potenzielle neue Produkte auf verbundenen Märkten zu erkennen.

Eine Reihe von Unternehmen, die Finanzdienstleistungen für Verbraucher erbringen, können sich beispielsweise zu einer Vereinigung zusammenschließen, die über eine gemeinsame Datenbank mit Kundeninformationen verfügt. Alle Mitglieder der Vereinigung speisen Informationen in die Datenbank ein und haben Zugang zu den Daten, die es ihnen ermöglichen, das Risiko der Bereitstellung von Finanzdienstleistungen für neue Kunden besser einzuschätzen. Der Austausch der Kundeninformationen erleichtert den Mitgliedern die Risikobewertung in Bezug auf diese Kunden. Dies wiederum kann Marktzutritte erleichtern und damit den Verbrauchern zugutekommen. Eine solche Datenbank bezweckt keine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne des Artikels 101 Absatz 1.

Gemeinsam genutzte Datenbanken, wie oben beschrieben, können jedoch in Abhängigkeit von den wirtschaftlichen Bedingungen auf dem bzw. den relevanten Märkten und den besonderen Merkmalen der betreffenden Datenbank eine Beschränkung des Wettbewerbs bewirken. Zu diesen Merkmalen gehören der Zweck der Datenbank und die Bedingungen für den Zugang zu ihr und die Teilnahme an ihr sowie die Art der ausgetauschten Informationen (z. B. ob es sich um öffentliche oder vertrauliche, aggregierte oder detaillierte, historische, aktuelle oder künftige Informationen handelt, die Häufigkeit der Aktualisierung der Datenbank und die Relevanz der Informationen für die Festlegung der Preise, Mengen oder Dienstleistungsbedingungen). Eine Datenbank, die einen erheblichen Teil des relevanten Marktes abdeckt und zu der andere Wettbewerber keinen oder nur einen verzögerten Zugang haben, kann zu einer Informationsasymmetrie führen, durch die diese anderen Wettbewerber gegenüber den an der Datenbank beteiligten Unternehmen benachteiligt werden. Faire, objektive, transparente und diskriminierungsfreie Zugangskriterien können wettbewerbsrechtliche Bedenken ausräumen ([245]).

6.2.3. *Art der ausgetauschten Informationen*

6.2.3.1. Sensible Geschäftsinformationen

384. Artikel 101 Absatz 1 findet Anwendung, wenn der Austausch sensibler Geschäftsinformationen geeignet ist, die Geschäftsstrategie der Wettbewerber zu beeinflussen, und dadurch Wettbewerbsbedingungen geschaffen werden oder geschaffen werden können, die im Hinblick auf die Art der Produkte oder erbrachten Dienstleistungen, die Größe und Zahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang des in Betracht kommenden Marktes nicht den normalen Bedingungen dieses Marktes entsprechen ([246]). Dies ist der Fall, wenn der Informationsaustausch die Ungewissheit in Bezug auf das fragliche Marktgeschehen verringert ([247]). Artikel 101 Absatz 1 gilt unabhängig davon, ob die an dem Austausch beteiligten Unternehmen einen gewissen Nutzen aus ihrer Zusammenarbeit ziehen. Es handelt sich um Informationen, die ein auf Märkten mit wirksamem Wettbewerb tätiges Unternehmen schützen muss, um seine Wettbewerbsposition auf diesen Märkten zu erhalten oder zu verbessern.

([244]) Im Urteil des Gerichtshofs vom 23. November 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 57 und 58, wird hervorgehoben, wie wichtig es ist, die zugrunde liegende Marktstruktur zu analysieren, um festzustellen, ob die Gefahr einer Marktabschottung wahrscheinlich ist. Siehe auch Beschluss der Kommission vom 30. Juni 2022 in der Sache AT.40511, Insurance Ireland, wo auf die am Austausch beteiligten Unternehmen 98 % des relevanten Marktes entfielen.

([245]) Dies setzt nicht voraus, dass der Zugang kostenlos ist. Eine Gebühr kann erhoben werden, sofern sie fair, transparent und diskriminierungsfrei ist. Darüber hinaus können auch Dritte aufgefordert werden, selbst Daten zur Datenbank beizutragen. Siehe auch Urteil des Gerichtshofs vom 23. November 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 60.

([246]) Der Zugang zu unternehmenseigenen Daten, z. B. Nutzerdaten, die durch die Nutzung einer Plattform generiert werden, gilt nicht als Austausch sensibler Geschäftsinformationen.

([247]) Urteil des Gerichtshofs vom 19. März 2015, Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, Rn. 121, und Urteil des Gerichtshofs vom 12. Januar 2023, HSBC Holdings u. a./Kommission, C-883/19 P, ECLI:EU:C:2023:11, Rn. 115.

385. Informationen über die Preisgestaltung gelten in der Regel als sensible Geschäftsinformation, und Artikel 101 Absatz 1 greift auch, wenn sich der Austausch nicht unmittelbar auf die von den Endverbrauchern gezahlten Preise auswirkt ([248]). Weitere Kategorien potenziell sensibler Geschäftsinformationen umfassen Informationen über Kosten, Kapazität, Produktion, Mengen, Marktanteile, Kunden, Pläne in Bezug auf einen Marktein- oder -austritt oder andere wichtige Elemente der Strategie eines Unternehmens, bei denen Unternehmen, die auf einem echten Wettbewerbsmarkt tätig sind, keinen Anreiz für eine gegenseitige Offenlegung haben würden. Die Tatsache an sich, dass die ausgetauschten Informationen unrichtig oder irreführend sein können, beseitigt nicht die Gefahr, dass sie das Verhalten der Wettbewerber auf dem Markt beeinflussen können ([249]).

386. Zu den Informationen, die im Allgemeinen keine sensiblen Geschäftsinformationen sind, gehören beispielsweise Informationen in Bezug auf: die allgemeine Funktionsweise oder den Zustand eines Wirtschaftszweigs; Fragen der öffentlichen Politik oder der Regulierung (die z. B. für branchenweite Öffentlichkeitsarbeit oder Lobbying-Initiativen genutzt werden könnten); nicht vertrauliche technische Fragen, die für den Wirtschaftszweig im Allgemeinen von Bedeutung sind, z. B. Normen oder Gesundheits- und Sicherheitsfragen; allgemeine, nicht proprietäre Technologie und damit zusammenhängende Fragen, z. B. Merkmale und Eignung bestimmter Geräte (nicht aber die Pläne eines bestimmten Unternehmens hinsichtlich der Einführung bestimmter Geräte oder Technologien); allgemeine Werbemöglichkeiten, die für den Wirtschaftszweig im Allgemeinen relevant sind (nicht aber die Werbepläne eines bestimmten Unternehmens). Dazu gehören auch nicht-strategische pädagogische, technische oder wissenschaftliche Daten, die dem Verbraucher Vorteile bringen, sowie nicht-strategische Informationen, die für den Aufbau neuer Geschäftspartnerschaften zwischen Unternehmen erforderlich sind ([250]).

387. Unternehmen können berechtigte Gründe haben, ihre Anteilseigner, potenzielle Investoren oder die Öffentlichkeit über den Zustand und die Leistung ihres Unternehmens zu informieren. Dieser Wunsch, Dritte oder die Öffentlichkeit zu informieren, kann jedoch nicht dazu führen, dass sensible Geschäftsinformationen, die die Unternehmen auf einem Markt mit wirksamem Wettbewerb nicht an ihre Wettbewerber weitergeben würden, an die Wettbewerber weitergegeben werden.

388. Im Allgemeinen und unter normalen Wettbewerbsbedingungen haben Unternehmen keinen Anreiz, sensible Geschäftsinformationen zu veröffentlichen. Wenn sie dies tun, kann dies die Frage aufwerfen, ob auf dem betreffenden Markt wirksamer Wettbewerb herrscht. Bei Informationen, die aus legitimen Gründen öffentlich zugänglich gemacht wurden und daher (hinsichtlich der Zugangskosten) für alle Wettbewerber und Kunden leicht zugänglich geworden sind ([251]), handelt es sich in der Regel nicht um sensible Geschäftsinformationen ([252]).

389. Selbst wenn Informationen leicht verfügbar sind (z. B. von Regulierungsbehörden veröffentlichte Informationen), kann ein zusätzlicher Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern die strategische Ungewissheit auf dem Markt weiter verringern. Dies kann z. B. der Fall sein, wenn die Informationen in weniger aggregierter oder granularer Form ausgetauscht werden oder wenn die Informationen häufiger ausgetauscht werden, als sie öffentlich zugänglich gemacht werden oder wenn den Informationen Kommentare beigefügt werden, die den Wettbewerbern die gewünschte gemeinsame Handlungsweise signalisieren könnten. In diesem Fall kann der Informationsaustausch den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 beschränken.

6.2.3.2. Aggregierte Informationen gegenüber individuellen Informationen

390. Ob es sich bei Informationen um sensible Geschäftsinformationen handelt, hängt von ihrem Nutzen für die Wettbewerber ab. Im Allgemeinen sind Informationen, die sehr detailliert sind und die Identifizierung der sie bereitstellenden Unternehmen ermöglichen, wirtschaftlich sensibler. Der Austausch individueller Informationen kann die Verständigung auf dem Markt und Bestrafungsstrategien erleichtern, indem er den an der Koordinierung beteiligten Unternehmen die Möglichkeit gibt, abweichende Unternehmen oder neue Marktteilnehmer besser zu identifizieren.

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

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

([250]) Diese Liste ist nicht erschöpfend.

([251]) Urteil des Gerichts vom 8. Juli 2008, BPB/Kommission, T-53/03, ECLI:EU:T:2008:254, Rn. 236, und Urteil des Gerichts vom 2. Februar 2022, Scania u. a./Kommission, T-799/17, ECLI:EU:T:2022:48, Rn. 347. Informationen sind öffentlich zugänglich, wenn sie aus öffentlich zugänglichen Quellen verfügbar sind. Informationen sind nicht öffentlich, wenn die mit der Erhebung der Informationen verbundenen Kosten andere Unternehmen und Kunden von der Erhebung abhalten. Der Umstand, dass es möglich sein kann, bestimmte Informationen auf dem Markt zu sammeln, z. B. von Kunden, bedeutet nicht zwangsläufig, dass diese Informationen Marktdaten darstellen, die für die Wettbewerber leicht zugänglich sind. Siehe Urteil des Gerichts vom 12. Juli 2001, Tate & Lyle u. a./Kommission, T-202/98, T-204/98 und T-207/98, ECLI:EU:T:2001:185, Rn. 60.

([252]) Siehe Urteil des Gerichts vom 5. Oktober 2020, Casino, Guichard-Perrachon und AMC/Kommission, T-249/17, ECLI:EU:T:2020:458, Rn. 263 bis 267, und Urteil des Gerichts vom 30. September 2003, Atlantic Container Line u. a./Kommission, T-191/98, T-212/98 bis T-214/98, ECLI:EU:T:2003:245, Rn. 1 154. Siehe auch Rn. 398, in der erläutert wird, dass die Offenlegung in bestimmten Fällen Teil eines Kommunikationskanals zwischen Wettbewerbern sein kann, um künftige Absichten zu signalisieren, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten, oder um eine zentrale Stelle für die Koordinierung zwischen Wettbewerbern zu schaffen, und somit unter Artikel 101 Absatz 1 fallen kann.

391. Ein Austausch aggregierter Informationen, bei dem die Zuordnung von Informationen zu bestimmten Unternehmen hinreichend schwierig oder unsicher ist oder bei dem die Daten über eine Reihe verschiedener Produkte aggregiert werden, insbesondere wenn die Produkte unterschiedliche Merkmale aufweisen oder zu unterschiedlichen Märkten gehören, führt mit geringerer Wahrscheinlichkeit zu einer Beschränkung des Wettbewerbs. Die Erhebung und Veröffentlichung von aggregierten Marktinformationen (wie Verkaufsdaten, Daten über Kapazitäten und Kosten für Vorleistungen und Komponenten) durch einen Berufsverband oder ein Marktforschungsunternehmen kann sowohl für die Wettbewerber als auch für die Kunden von Vorteil sein, da sie Kosten sparen und sich ein klareres Gesamtbild von der Wirtschaftslage in einem Sektor machen können. Die Erhebung und Veröffentlichung solcher Informationen kann es einzelnen Wettbewerbern erleichtern, fundierte Entscheidungen zu treffen, um ihre individuelle Wettbewerbsstrategie effizient an die Marktbedingungen anzupassen. Sofern der Austausch von aggregierten Informationen nicht zwischen einer relativ kleinen Anzahl von Unternehmen mit einem ausreichend großen Anteil am relevanten Markt stattfindet ([253]), ist es unwahrscheinlich, dass er zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führt. Dennoch kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch der Austausch aggregierter Informationen und Daten auf Märkten mit besonderen Merkmalen ein Kollusionsergebnis begünstigen kann.

Wenn beispielsweise Unternehmen, die Teil eines sehr engen und stabilen Oligopols sind, aggregierte Preisinformationen austauschen, können sie, wenn sie feststellen, dass der Marktpreis unterhalb eines bestimmten Niveaus liegt, daraus ableiten, dass eines der beteiligten Unternehmen vom Kollusionsergebnis abgewichen ist, und marktweite Vergeltungsmaßnahmen ergreifen. Mit anderen Worten: Um eine Kollusion stabil zu halten, müssen Unternehmen eines sehr engen, stabilen Oligopols nicht unbedingt wissen, wer abgewichen ist, sondern es kann ausreichen zu wissen, dass „irgendjemand" abgewichen ist.

392. *In Abhängigkeit von den jeweiligen Umständen kann der Austausch von Rohdaten wirtschaftlich weniger sensibel sein als der Austausch von Daten, die bereits zu aussagekräftigen Informationen verarbeitet wurden. Insbesondere kann der Austausch von Rohdaten wirtschaftlich weniger sensibel sein, wenn jede Partei ihre eigene (proprietäre) Methode zur Verarbeitung der Rohdaten anwendet.*

6.2.3.3. Das Alter der Informationen

393. In vielen Wirtschaftszweigen veralten Informationen relativ schnell und verlieren damit ihren wirtschaftlich sensiblen Charakter. Es ist unwahrscheinlich, dass der Austausch historischer Informationen zu einem Kollusionsergebnis führt, da die Wahrscheinlichkeit gering ist, dass diese Informationen Aufschluss über das beabsichtigte Verhalten der Wettbewerber geben und die Verständigung auf dem Markt begünstigen ([254]). Grundsätzlich gilt: Je älter die Informationen sind, desto weniger nützlich sind sie für die rechtzeitige Aufdeckung von Abweichungen und damit als Mittel für eine glaubwürdige Drohung mit sofortigen Vergeltungsmaßnahmen ([255]). Dies erfordert jedoch eine Einzelfallprüfung der Relevanz der Informationen ([256]).

394. Ob es sich um historische Informationen handelt, hängt von den spezifischen Merkmalen des relevanten Marktes, der Häufigkeit von Kauf- und Verkaufsverhandlungen in dem Wirtschaftszweig und dem Alter der Informationen ab, auf die man sich in dem Wirtschaftszweig bei Geschäftsentscheidungen üblicherweise verlässt. So können Informationen als historisch gelten, wenn sie um ein Mehrfaches älter sind als die durchschnittliche Dauer der Preisbildungszyklen oder die durchschnittliche Dauer der Verträge im Wirtschaftszweig, wobei letztere Aufschluss über die Häufigkeit der Preis(neu)verhandlungen geben. Dagegen kann der Austausch aktueller Informationen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, insbesondere wenn der Austausch dazu dient, die Transparenz für die Wettbewerber künstlich zu erhöhen und nicht für die Verbraucher.

Zum Beispiel, wenn Unternehmen in der Regel auf Daten über die Verbraucherpräferenzen (Käufe oder andere Entscheidungen) im vergangenen Jahr angewiesen sind, um die strategischen Geschäftsentscheidungen für ihre Marken zu optimieren, sind Informationen, die diesen Zeitraum abdecken, im Allgemeinen wirtschaftlich sensibler als ältere Daten. In diesem Fall gelten die Informationen des letzten Jahres nicht als „historisch".

([253]) Beispielsweise bei einem engen Oligopol.

([254]) Wirtschaftsverbände können historische Daten erheben, um Beiträge zu Überprüfungen der staatlichen Politik zu liefern oder die Ergebnisse solcher Überprüfungen zu analysieren.

([255]) So hat die Kommission in der Vergangenheit in verschiedenen Fällen die Auffassung vertreten, dass der Austausch *unternehmensspezifischer* Daten, die älter sind als ein Jahr, als Austausch historischer Daten und somit als nicht wettbewerbsbeschränkend im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 anzusehen ist, während Informationen, die weniger als ein Jahr alt sind, als „aktuell" erachtet wurden (Entscheidung der Kommission in der Sache IV/31.370, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, 50. Erwägungsgrund, Entscheidung der Kommission in der Sache IV/36.069, Wirtschaftsvereinigung Stahl (ABl. L 1 vom 3.1.1998, S. 10), 17. Erwägungsgrund).

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

Auf einem stabilen, nicht komplexen Markt mit hohen Marktzutrittsschranken kann auch der Austausch von Informationen aus der jüngsten Vergangenheit zwischen engen Wettbewerbern zu einer Kollusion führen. Der Austausch detaillierter Informationen über die Verkäufe in der jüngsten Vergangenheit kann beispielsweise die Ungewissheit bezüglich des künftigen Marktverhaltens der Wettbewerber verringern und es den Parteien ermöglichen, ihr eigenes künftiges Marktverhalten entsprechend anzupassen.

6.2.4. *Die Merkmale des Austauschs sensibler Geschäftsinformationen*

395. Artikel 101 Absatz 1 gilt für den einseitigen oder mehrseitigen Austausch sensibler Geschäftsinformationen zwischen Wettbewerbern. Ein solcher Austausch umfasst Regelungen über den Datenaustausch, bei denen zwei oder mehr Wettbewerber Daten zu einer gemeinsamen Datenbank beitragen und Zugang zu bestimmten oder sämtlichen von anderen Wettbewerbern bereitgestellten Daten erhalten. Sind zwei oder mehr Wettbewerber an einem Austausch beteiligt, muss dieser nicht unbedingt als Vereinbarung zwischen Unternehmen, als Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder als aufeinander abgestimmte Verhaltensweise bezeichnet werden ([257]). Darüber hinaus kann eine einseitige Offenlegung oder ein indirekter Informationsaustausch unter bestimmten Umständen auch eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 darstellen.

6.2.4.1. Einseitige Offenlegung

396. Eine Situation, in der ein Unternehmen einem Wettbewerber sensible Geschäftsinformationen offenlegt, der diese Informationen angefordert hat oder zumindest akzeptiert, kann eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise darstellen, wenn dieser Wettbewerber auf eine solche Offenlegung hin handelt und ein kausaler Zusammenhang zwischen der Offenlegung und dem anschließenden Verhalten des Wettbewerbers auf dem Markt besteht ([258]). Wenn nur ein einziges Unternehmen seinen Wettbewerbern gegenüber sensible Geschäftsinformationen offenlegt, verringert sich dadurch für diese Wettbewerber die Ungewissheit bezüglich des künftigen Marktgeschehens und es erhöht sich die Wahrscheinlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung und eines kollusiven Verhaltens, sofern sich die Wettbewerber nicht öffentlich von der Offenlegung distanzieren ([259]). Eine einseitige Offenlegung kann z. B. im Rahmen von (Chat-)Nachrichten, E-Mails, Telefongesprächen, durch Eingabe in ein gemeinsames algorithmisches Tool, Sitzungen usw. erfolgen. Dabei ist es unerheblich, ob nur ein Unternehmen oder ob alle beteiligten Unternehmen sensible Geschäftsinformationen offenlegen.

397. Erhält ein Unternehmen während einer Sitzung oder durch andere Kontaktaufnahme sensible Geschäftsinformationen von einem Wettbewerber, wird davon ausgegangen, dass es die Informationen zur Kenntnis nimmt und sein Marktverhalten entsprechend anpasst, es sei denn, es distanziert sich öffentlich davon (z. B. indem es ausdrücklich erklärt, dass es solche Informationen nicht erhalten möchte ([260])) oder meldet den Austausch bei den Verwaltungsbehörden.

So dürfte beispielsweise die Teilnahme an einer Sitzung ([261]), bei der ein Unternehmen seine Preispläne gegenüber seinen Wettbewerbern offenlegt, ohne dass diese sich öffentlich davon distanzieren, unter Artikel 101 Absatz 1 fallen, selbst wenn keine ausdrückliche Vereinbarung über eine Preiserhöhung vorliegt ([262]). Ebenso dürfte die Einführung einer Preisregel in einem gemeinsam genutzten algorithmischen Tool (z. B. einer Regel zur Anpassung an den niedrigsten Preis auf einer bestimmten Online-Plattform oder in einem bestimmten Online-Shop + 5 % oder an den Preis eines bestimmten Wettbewerbers – 5 %) unter Artikel 101 Absatz 1 fallen, selbst wenn keine ausdrückliche Vereinbarung über die Angleichung künftiger Preise vorliegt.

Sendet hingegen ein Unternehmen eine E-Mail an die persönlichen E-Mail-Adressen von Mitarbeitern anderer Unternehmen, so bedeutet diese Tatsache allein nicht, dass die Empfänger den Inhalt dieser Nachricht hätten kennen müssen ([263]). In Anbetracht anderer objektiver und übereinstimmender Indizien kann dies allerdings die Vermutung

([257]) Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 23. November 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 31 und 32.
([258]) Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 15. März 2000, Cimenteries CBR/Kommission, T-25/95, ECLI:EU:T:2000:77, Rn. 1 849, und Urteil des Gerichtshofs vom 4. Juni 2009, T-Mobile Netherlands u. a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 51.
([259]) Siehe Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 19. Februar 2009, T-Mobile Netherlands u. a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:110, Rn. 54. Zur Distanzierung: Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 20. Januar 2016, Toshiba Corporation/Kommission, C-373/14 P, ECLI:EU:C:2016:26, Rn. 62 und 63. Siehe auch Rn. 410.
([260]) Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 21. Januar 2016, Eturas u. a., C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, Rn. 48, Urteil des Gerichtshofs vom 8. Juli 1999, Hüls/Kommission, C-199/92 P, ECLI:EU:C:1999:358, Rn. 162, und Urteil des Gerichtshofs vom 8. Juli 1999, Kommission/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356, Rn. 121.
([261]) Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 4. Juni 2009, T-Mobile Netherlands u. a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 59.
([262]) Siehe Urteil des Gerichts vom 12. Juli 2001, Tate & Lyle u. a./Kommission, T-202/98, T-204/98 und T-207/98, ECLI:EU:T:2001:185, Rn. 54.
([263]) Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 21. Januar 2016, Eturas u. a., C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, Rn. 39 und 40.

begründen, dass die Empfänger den Inhalt kannten und die Informationen berücksichtigt haben, wobei die Empfänger jedoch die Möglichkeit haben müssen, diese Vermutung zu widerlegen ([264]).

398. Die Tatsache, dass ein Unternehmen sensible Geschäftsinformationen durch eine öffentliche Ankündigung (z. B. durch einen Beitrag auf einer öffentlich zugänglichen Website, eine Erklärung auf einer öffentlichen Veranstaltung oder in einer Zeitung) offenlegt, schließt an sich nicht die Möglichkeit aus, dass die Ankündigung eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 darstellt. In der Tat kann die Offenlegung in bestimmten Fällen Teil eines Kommunikationskanals zwischen Wettbewerbern sein, um künftige Absichten zu signalisieren, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten, oder um eine zentrale Stelle für die Koordinierung zwischen Wettbewerbern zu schaffen, und somit unter Artikel 101 Absatz 1 fallen. Die Tatsache, dass die an dem Austausch beteiligten Parteien zuvor dieselbe Art von Informationen veröffentlicht haben (z. B. in einer Zeitung oder auf ihren öffentlichen Websites), bedeutet im Übrigen nicht, dass ein späterer nicht öffentlicher Austausch nicht den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 beschränken würde ([265]).

Ein typisches Beispiel für einseitige Offenlegungen im öffentlichen Bereich ist die Werbung von Tankstellenbetreibern für ihre aktuellen Verkaufspreise (oder etwa die Werbung von Einzelhändlern für Lebensmittelpreise). Liegt keine wettbewerbswidrige Vereinbarung oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweise vor, kommt eine solche Werbung den Verbrauchern zugute, da sie ihnen hilft, Tankstellen zu vergleichen, bevor sie ihr Auto betanken (oder Lebensmittelhändler zu vergleichen, bevor sie sich entscheiden, wo sie einkaufen), selbst wenn die Werbung es zugleich den konkurrierenden Tankstellen ermöglicht, sich über die Preise ihrer Wettbewerber in der Nähe zu informieren.

Andere Formen der einseitigen Offenlegung im öffentlichen Bereich können Ankündigungen beinhalten, die auf mögliche zugrunde liegende wettbewerbswidrige abgestimmte Verhaltensweisen hindeuten können.

So kann beispielsweise in einem bestimmten Sektor öffentlich bekannt sein, dass die Lieferkosten steigen. Bei öffentlichen Sitzungen, z. B. Sitzungen des zuständigen Berufsverbands, kann dieses Phänomen von den Teilnehmern zur Sprache gebracht werden. Die Wettbewerber können zwar auf die steigenden Lieferkosten hinweisen, da diese öffentlich bekannt sind, doch dürfen sie nicht ihre individuelle Reaktion auf diese steigenden Kosten öffentlich bewerten, da dies die Ungewissheit bezüglich ihres Verhaltens auf dem Markt verringern würde ([266]). Die gleiche Argumentation gilt, wenn Unternehmensvertreter das Marktgeschehen über einseitige öffentliche Ankündigungen kommentieren und ihre Strategien offenlegen, wie sie auf sich verändernde Marktbedingungen reagieren wollen. Die Unternehmen müssen unabhängig voneinander entscheiden, welche Strategie sie auf dem Binnenmarkt zu verfolgen gedenken. Dies bedeutet, dass jeder Wettbewerber für sich entscheiden muss, wie er auf die steigenden Lieferkosten reagieren wird.

399. Es wird auch unterschieden zwischen Wettbewerbern, die unabhängig Informationen sammeln oder die künftige Preisgestaltung mit Kunden oder Dritten erörtern, einerseits und Wettbewerbern, die Faktoren für die Preisfestsetzung vor der Festsetzung ihrer eigenen Preise miteinander erörtern, andererseits ([267]).

400. Wie in Randnummer 425 erläutert, kann die Veröffentlichung bestimmter Informationen den Kunden helfen, eine fundierte Kaufentscheidung zu treffen. Diese Effizienzgewinne sind jedoch weniger wahrscheinlich, wenn die Informationen zukünftige Absichten betreffen. Die Wahrscheinlichkeit, dass öffentliche Informationen zu Effizienzgewinnen führen, ist geringer, wenn sich die Informationen auf Parameter beziehen, die möglicherweise nicht eintreten, und wenn sie das Unternehmen gegenüber seinen Kunden nicht verpflichten ([268]).

Beispielsweise verpflichtet eine einseitige öffentliche Ankündigung, die sich auf künftige Preisabsichten bezieht (im Gegensatz zur Mitteilung einer tatsächlichen Entscheidung, die Preise ab einem bestimmten Zeitpunkt in naher Zukunft zu ändern), das Unternehmen, das die Ankündigung macht, nicht gegenüber seinen Kunden, kann aber wichtige Signale über die beabsichtigte Marktstrategie des Unternehmens an seine Wettbewerber senden. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die Informationen hinreichend spezifisch sind. Solche Ankündigungen bringen daher in der Regel keine Vorteile für die Verbraucher mit sich und können Kollusion begünstigen.

([264]) Im Urteil des Gerichtshofs vom 21. Januar 2016, Eturas u. a./, C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, Rn. 41, erklärte der Gerichtshof, dass diese Vermutung z. B. dadurch widerlegt werden könne, dass der Empfänger nachweist, die Mitteilung nicht erhalten zu haben oder die betreffende Rubrik nicht eingesehen zu haben oder die Mitteilung erst eingesehen zu haben, als seit ihrem Versenden bereits eine gewisse Zeit verstrichen war.

([265]) Siehe auch Rn. 389.

([266]) Siehe beispielsweise Urteil des Gerichts vom 14. März 2013, Dole Food Company und Dole Germany/Kommission, T-588/08, ECLI:EU:T:2013:130, Rn. 291 bis 295.

([267]) Urteil des Gerichts vom 24. September 2019, HSBC Holdings u. a./Kommission, T-105/17, ECLI:EU:T:2019:675, Rn. 144.

([268]) Siehe beispielsweise Beschluss der Kommission vom 7. Juli 2016 in der Sache AT.39850, Container Shipping, Erwägungsgründe 40 bis 43.

Einseitige öffentliche Ankündigungen können ein Hinweis auf eine zugrunde liegende wettbewerbswidrige Vereinbarung oder eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise sein. Auf einem Markt mit nur wenigen Wettbewerbern und hohen Marktzutrittsschranken können z. B. Unternehmen, die ständig Informationen veröffentlichen, die für die Verbraucher keinen erkennbaren Nutzen haben (z. B. Informationen über FuE-Kosten, Kosten für die Anpassung an Umweltauflagen usw.), den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 beschränken. Die einseitigen öffentlichen Ankündigungen können zur Umsetzung oder Überwachung ihrer kollusiven Vereinbarungen genutzt werden. Ob tatsächlich eine solche Beschränkung festgestellt wird, hängt von der Gesamtheit der Umstände des Einzelfalls ab.

6.2.4.2. Indirekter Informationsaustausch

401. Der Austausch sensibler Geschäftsinformationen zwischen Wettbewerbern kann über einen Dritten, z. B. einen Drittdienstleister (einschließlich eines Plattformbetreibers oder eines Anbieters von Optimierungsinstrumenten), eine gemeinsame Stelle (z. B. eine Handelsorganisation), einen Anbieter oder Kunden ([269]) oder einen gemeinsamen Algorithmus erfolgen (zusammen im Folgenden „Dritte"). Wie beim direkten Informationsaustausch kann auch ein indirekter Austausch die Ungewissheit bezüglich der Handlungen der Wettbewerber verringern und zu einem Kollusionsergebnis auf dem Markt führen. Die Kollusion wird in solchen Fällen entweder durch den Dritten erleichtert oder durchgesetzt. Je nach Sachverhalt können sowohl die beteiligten Wettbewerber als auch der Dritte für eine solche Kollusion haftbar gemacht werden. Das Verbot nach Artikel 101 Absatz 1 betrifft nicht ausschließlich die Parteien von Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, die auf den von den Vereinbarungen oder Verhaltensweisen betroffenen Märkten tätig sind ([270]).

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

Es können mehrere Szenarien unterschieden werden:

Bestimmte Arten des indirekten Informationsaustauschs werden als „Hub-and-Spoke"-Vereinbarungen bezeichnet. Dabei kann beispielsweise ein gemeinsamer Hersteller oder Anbieter als Drehscheibe fungieren, um Informationen an verschiedene Händler oder Einzelhändler weiterzuleiten; es kann aber auch sein, dass ein Händler oder Einzelhändler als Drehscheibe fungiert, um Informationen an verschiedene Hersteller oder Anbieter weiterzuleiten. Eine Online-Plattform kann ebenfalls als Drehscheibe fungieren, wenn sie den Informationsaustausch zwischen geschäftlichen Nutzern der Plattform ermöglicht, koordiniert oder durchsetzt, um etwa bestimmte Gewinnspannen oder Preisniveaus zu sichern. Plattformen können ferner genutzt werden, um technische Maßnahmen durchzusetzen, mit denen verhindert wird, dass Plattformnutzer den Endkunden niedrigere Preise oder andere Vorteile anbieten.

Informationen können auch indirekt über einen gemeinsamen Optimierungsalgorithmus ausgetauscht werden, der Geschäftsentscheidungen auf der Grundlage sensibler Geschäftsinformationen von Wettbewerbern trifft. Während die Verwendung öffentlich zugänglicher Daten zur Einspeisung in algorithmische Software rechtmäßig ist, könnte die Aggregation sensibler Geschäftsinformationen in einem Preisbildungsinstrument, das von einem einzigen IT-Unternehmen angeboten wird und zu dem mehrere Wettbewerber Zugang haben, einer horizontalen Kollusion gleichkommen.

403. Wettbewerber, die sensible Geschäftsinformationen indirekt (über einen Dritten) austauschen, können an einem Verstoß gegen Artikel 101 beteiligt sein. Dies ist dann der Fall, wenn das Unternehmen, das die sensiblen Geschäftsinformationen weitergibt, ausdrücklich oder stillschweigend mit dem Dritten vereinbart, dass dieser die betreffenden Informationen an Wettbewerber des Unternehmens weitergeben darf, oder wenn das Unternehmen beabsichtigt, über den Dritten sensible Geschäftsinformationen an seine Wettbewerber weiterzugeben. Dies kann auch dann der Fall sein, wenn das Unternehmen, das die sensiblen Geschäftsinformationen weitergibt, vernünftigerweise vorhersehen konnte, dass der Dritte die Informationen an die Wettbewerber des Unternehmens weitergeben würde, und es bereit war, das damit verbundene Risiko einzugehen ([271]). Der Wettbewerber, der die sensiblen Geschäftsinformationen erhält, wäre ebenfalls an dem Verstoß beteiligt und haftbar, wenn er sich der wettbewerbswidrigen Ziele des Unternehmens, das die Informationen weitergibt, und des Dritten

([269]) Das Wettbewerbsrecht hindert Kunden nicht daran, das Preisangebot eines Anbieters einem anderen Anbieter gegenüber unabhängig offenzulegen, um bessere Geschäftsbedingungen, z. B. einen niedrigeren Preis, zu erhalten. Solche Fälle sind von Situationen zu unterscheiden, in denen ein Kunde Kenntnis von einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung zwischen Anbietern hat und Informationen austauscht, um diese Vereinbarung umzusetzen.

([270]) Urteil des Gerichts vom 10. November 2017, Icap u. a/Kommission, T-180/15, ECLI:EU:T:2017:795, Rn. 103, und Urteil des Gerichtshofs vom 22. Oktober 2015, AC-Treuhand/Kommission, C-194/14 P, ECLI:EU:C:2015:717, Rn. 27, 34 und 35. Siehe auch Urteil des Gerichts vom 30. März 2022, Air Canada/Kommission, T-326/17, ECLI:EU:T:2022:177, Rn. 370 und 371, in dem das Gericht festgestellt hat, dass die Haftung solcher Dritten nicht davon abhängt, ob sie bei der Vereinbarung die Rolle eines Vermittlers gespielt und eine Vergütung erhalten haben. Siehe auch Rn. 454.

([271]) Urteil des Gerichtshofs vom 21. Juli 2016, VM Remonts u. a., C-542/14, ECLI:EU:C:2016:578, Rn. 31.

bewusst war und durch sein eigenes Verhalten zu diesen Zielen beitragen wollte. Dagegen begeht das Unternehmen, das die Informationen weitergibt, keinen Verstoß, wenn der Dritte sensible Geschäftsinformationen des Unternehmens erhält und die Informationen, ohne das Unternehmen zu informieren, an die Wettbewerber des Unternehmens weitergibt oder wenn das Unternehmen vernünftigerweise nicht vorhersehen konnte, dass die Informationen weitergegeben werden ([272]).

404. Ebenso kann ein Dritter, der sensible Geschäftsinformationen von Unternehmen weitergibt, auch für einen Verstoß haftbar gemacht werden, wenn er durch sein eigenes Verhalten zu den gemeinsamen Zielen der am Austausch Beteiligten beitragen will und Kenntnis von dem tatsächlichen Verhalten hatte, das von anderen Unternehmen in Verfolgung derselben wettbewerbswidrigen Ziele geplant oder durchgeführt wurde, oder ein solches Verhalten vernünftigerweise hätte vorhersehen können und bereit war, das Risiko einzugehen ([273]).

6.2.4.3. Häufigkeit des Austauschs sensibler Geschäftsinformationen

405. Häufiger Informationsaustausch, der eine bessere Kenntnis des Marktes und die Überwachung von Abweichungen ermöglicht, erhöht die Gefahr eines Kollusionsergebnisses. Auf instabilen Märkten kann ein häufigerer Informationsaustausch als auf stabilen Märkten nötig sein, damit ein Kollusionsergebnis begünstigt wird. Auf Märkten mit langen Vertragslaufzeiten (die ein Anhaltspunkt für seltene Verkaufs- und Einkaufsverhandlungen sind) reicht im Allgemeinen schon ein weniger häufiger Informationsaustausch für ein Kollusionsergebnis aus. Dagegen reicht ein weniger häufiger Informationsaustausch auf Märkten, auf denen die Verträge kurze Laufzeiten haben und auf häufige Neuverhandlungen schließen lassen, möglicherweise nicht für ein Kollusionsergebnis aus ([274]). Die Häufigkeit, mit der Informationen ausgetauscht werden müssen, um ein Kollusionsergebnis zu begünstigen, hängt im Allgemeinen auch von der Art, dem Alter und dem Grad der Aggregation dieser Informationen ab ([275]). Angesichts der zunehmenden Bedeutung von Echtzeitdaten für die Entscheidungsfindung von Unternehmen wird der größte Wettbewerbsvorteil durch einen automatisierten Informationsaustausch in Echtzeit erzielt. Was unter einem häufigen oder seltenen Informationsaustausch zu verstehen ist, hängt von den jeweiligen Umständen und dem betreffenden Markt ab ([276]).

6.2.4.4. Maßnahmen zur Verringerung der Gefahr von Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht

406. Unternehmen, die sensible Geschäftsinformationen austauschen wollen (oder müssen), werden dazu ermutigt, Maßnahmen zu ergreifen, um den Zugang zu den Informationen zu beschränken oder deren Verwendung zu kontrollieren ([277]). Die Unternehmen sollten auch erwägen, den Austausch auf das für den beabsichtigten Zweck erforderliche Maß zu beschränken.

407. Beispielsweise können Unternehmen für den Erhalt und die Verarbeitung von Informationen „Clean Teams“ oder „Trustees“ einsetzen. Ein „Clean Team“ ist im Allgemeinen eine begrenzte Gruppe von Personen in einem Unternehmen, die nicht in die Geschäftstätigkeit des Unternehmens eingebunden und an strenge Vertraulichkeitsprotokolle in Bezug auf sensible Geschäftsinformationen gebunden ist ([278]). Ein „Trustee“ ist ein unabhängiger Dritter, der Dienstleistungen für das Unternehmen erbringt. Ein „Clean Team“ oder „Trustee“ kann auch für die Umsetzung anderer Formen von Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit eingesetzt werden, um sicherzustellen, dass die für die Zwecke dieser Zusammenarbeit bereitgestellten Informationen ausschließlich nach dem Grundsatz „Kenntnis nur, wenn nötig“ und in aggregierter Form ausgetauscht werden.

408. Die Beteiligten an einer Vereinbarung über den gegenseitigen Datenaustausch, z. B. einem Datenpool, sollten in der Regel nur Zugang zu ihren eigenen Informationen und zu den endgültigen, aggregierten Informationen der anderen Beteiligten haben. Durch technische und praktische Maßnahmen kann sichergestellt werden, dass ein Beteiligter nicht in der Lage ist, sensible Geschäftsinformationen von anderen Beteiligten einzeln zu erhalten. Die Verwaltung eines Datenpools kann einem „Trustee“ übertragen werden, der strengen Vertraulichkeitsregeln

([272]) Urteil des Gerichtshofs vom 21. Juli 2016, VM Remonts u. a., C-542/14, ECLI:EU:C:2016:578, Rn. 30. Siehe auch Rn. 406, in der erläutert wird, dass davon auszugehen ist, dass der Empfänger sensibler Geschäftsinformationen diese Informationen berücksichtigt, es sei denn, er distanziert sich davon, indem er klarstellt, dass er diese Informationen nicht erhalten möchte, oder indem er den Verwaltungsbehörden den Austausch meldet.

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

([274]) So können beispielsweise sporadische Verträge die Wahrscheinlichkeit von Vergeltungsmaßnahmen verringern.

([275]) Je nach Struktur des Marktes und Gesamtkontext des Austauschs kann nicht ausgeschlossen werden, dass schon ein einziger Informationsaustausch ausreicht, um den Unternehmen eine Abstimmung ihres Marktverhaltens zu ermöglichen (siehe Urteil des Gerichtshofs vom 4. Juni 2009, T-Mobile Netherlands u. a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 59).

([276]) Auf einigen Märkten, etwa bei Online-Marktplätzen oder im Benzineinzelhandel, werden Preisentscheidungen mehrmals pro Tag getroffen. Auf anderen Märkten ändern die Unternehmen ihre Preise nur ein paar Mal im Jahr. Ein vierteljährlicher Informationsaustausch kann im ersten Fall nicht als häufig angesehen werden, im zweiten Fall aber schon. Auf bestimmten Finanzmärkten wird so häufig gehandelt, dass Informationen, die täglich veröffentlicht werden, als nicht häufig angesehen werden können.

([277]) Solche Maßnahmen können bereits erforderlich sein, um der Datenschutz-Grundverordnung nachzukommen, wenn der Austausch personenbezogene Daten umfasst.

([278]) Siehe Beschluss der Kommission vom 24. April 2018 in der Sache M.7993, Altice/PT Portugal, 53. Erwägungsgrund.

in Bezug auf die von den am Datenpool Beteiligten erhaltenen Informationen unterliegt. Unternehmen, die einen Datenpool verwalten, sollten ferner sicherstellen, dass nur Informationen gesammelt werden, die für die Umsetzung des rechtmäßigen Zwecks des Datenpools erforderlich sind.

409. Unternehmen können weitere Maßnahmen ergreifen, um die Gefahr zu verringern, dass sensible Geschäftsinformationen während der Interaktion mit (potenziellen) Wettbewerbern ausgetauscht werden. Vor geplanten Kontakten sollten die Unternehmen die Tagesordnung und den Zweck der Sitzung oder Telefonkonferenz sorgfältig prüfen, um sicherzustellen, dass potenzielle Risiken in Bezug auf den Austausch sensibler Geschäftsinformationen im Voraus ermittelt und geeignete Maßnahmen zu ihrer Vermeidung getroffen werden. Die Unternehmen können auch beschließen, an den Sitzungen oder Telefonkonferenzen in Begleitung eines auf Wettbewerbsrecht spezialisierten Anwalts teilzunehmen. Bei Kontakten sollten sich die Teilnehmer an die Tagesordnung halten, und wenn sensible Geschäftsinformationen offengelegt oder ausgetauscht werden, Einwände erheben und sicherstellen, dass ihre Einwände im Protokoll der Sitzung oder der Telefonkonferenz festgehalten werden; ferner sollten sie sich öffentlich distanzieren, wenn der Informationsaustausch trotz ihrer Einwände erfolgt (siehe Randnummer 410). Wenn sichergestellt wird, dass zeitnah nach jedem Kontakt ein genaues Protokoll erstellt und verteilt wird, können die Unternehmen schnell feststellen, ob versehentlich sensible Geschäftsinformationen ausgetauscht wurden, und sofort Einwände gegen das Protokoll erheben.

410. Bei Kontakten kann sich ein Unternehmen öffentlich von einem wettbewerbswidrigen Austausch sensibler Geschäftsinformationen distanzieren, indem es seine Ablehnung gegenüber den anderen am Austausch Beteiligten deutlich macht. Für die Feststellung, ob sich ein Unternehmen tatsächlich distanziert hat, kommt es auf das Verständnis der anderen am Austausch Beteiligten bezüglich der Absichten des sich distanzierenden Unternehmens an. So kann ein Unternehmen, das sich distanzieren möchte, unmittelbar und ausdrücklich erklären, dass es sich nicht an den Erörterungen zum betreffenden Thema beteiligen kann, und sofort dazu auffordern, dass das Thema gewechselt wird. Wird der Einwand und die Aufforderung ignoriert, sollte das Unternehmen die Sitzung oder Telefonkonferenz unverzüglich auf eine Weise verlassen, dass der Grund für sein Verlassen für alle Anwesenden ersichtlich ist. Die Unternehmen sollten dafür sorgen, dass ihre Einwände und ihr Verlassen der Sitzung oder Telefonkonferenz in einem gemeinsamen Protokoll festgehalten werden, oder, falls es kein solches Protokoll gibt, ihr Verlassen der Sitzung oder Telefonkonferenz in ihren eigenen Aufzeichnungen über den Kontakt festhalten.

411. Die Unternehmen können auch Maßnahmen zur Begrenzung der Risiken der Offenlegung sensibler Geschäftsinformationen im öffentlichen Bereich ergreifen (siehe Randnummer 398). Vor der Offenlegung sensibler Geschäftsinformationen müssen die Unternehmen prüfen, ob die Informationen wirklich dem angestrebten legitimen Zweck dienen und ob der Detaillierungsgrad der offenzulegenden Informationen für diesen Zweck erforderlich ist. Die Offenlegung sensibler Geschäftsinformationen über geplantes Verhalten in Bezug auf Preise und Mengen verringert die strategische Ungewissheit auf dem Markt und kann zu einem Kollusionsergebnis führen. Aggregierte und historische Informationen sind im Allgemeinen als weniger strategisch anzusehen. Die angekündigten strategischen Informationen sollten sich ferner auf das Unternehmen selbst beschränken und sich nicht auf den Sektor oder den Wirtschaftszweig erstrecken. Insbesondere sollten die Unternehmen öffentliche Ankündigungen zu strategischen Schritten vermeiden, die von den Handlungen ihrer (potenziellen) Wettbewerber abhängig sind. Je nach Kontext können Unternehmen, die mit öffentlichen Ankündigungen von Wettbewerbern konfrontiert sind, in denen sensible Geschäftsinformationen offengelegt werden, das Risiko von Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht verringern, indem sie sich öffentlich davon distanzieren oder die Ankündigungen den Behörden melden.

Ein Beispiel: Die drei Unternehmen A, B und C stehen auf einem bestimmten Einzelhandelsmarkt miteinander im Wettbewerb und sind mit steigenden Kosten konfrontiert. Unternehmen A sollte keine öffentlichen Erklärungen abgeben, die darauf hindeuten, dass der Sektor weiterhin rentabel sein wird, solange auch B und C diese steigenden Kosten an die Verbraucher weitergeben. Es sollte auch nicht darauf hinweisen, dass es wünschenswert wäre, dass B und C diese Kosten weitergeben. Ebenso sollte A nicht öffentlich ankündigen, dass es nicht umhinkommen wird, die steigenden Kosten an die Verbraucher weiterzugeben, da B und C dasselbe vorhaben.

6.2.5. *Marktmerkmale*

412. Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Informationsaustausch zu Kollusion oder Marktabschottung führt, hängt von den Marktmerkmalen ab. Auch der Informationsaustausch selbst kann diese Marktmerkmale beeinflussen. In diesem Zusammenhang gehören zu den relevanten Marktmerkmalen u. a. der Grad der Transparenz eines Marktes, die Anzahl der auf dem Markt tätigen Unternehmen (Marktkonzentration), das Vorhandensein von Marktzutrittsschranken, die Homogenität der vom Austausch betroffenen Produkte oder Dienstleistungen, die Homogenität der beteiligten Unternehmen (Komplexität des Marktes) sowie die Stabilität der Nachfrage- und Angebotsbedingungen auf dem Markt ([279]).

([279]) Diese Liste von Merkmalen ist nicht erschöpfend. Für die Prüfung eines bestimmten Informationsaustauschs können auch andere Marktmerkmale relevant sein.

Die folgende Liste relevanter Marktmerkmale ist nicht erschöpfend, da auch andere Marktmerkmale für die Prüfung eines bestimmten Informationsaustauschs relevant sein können.

Transparenz: Je transparenter ein Markt ist, desto kleiner ist der Raum für Ungewissheit, in dem Wettbewerb stattfinden kann, wodurch jeder weitere Austausch umso problematischer wird ([280]).

Marktkonzentration: Auf Märkten mit nur wenigen Wettbewerbern ist es einfacher, sich auf die Bedingungen der Koordinierung zu verständigen und Abweichungen zu überwachen. Bei einer starken Konzentration des Marktes kann der Austausch bestimmter Informationen je nach Art der ausgetauschten Informationen den Unternehmen Aufschluss über die Marktstellung und Geschäftsstrategie ihrer jeweiligen Wettbewerber geben, wodurch der Wettbewerb auf dem Markt verfälscht und die Wahrscheinlichkeit einer Kollusion erhöht oder eine Kollusion begünstigt werden könnte. Ist dagegen ein Markt zersplittert, kann der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern neutrale oder sogar positive Auswirkung auf die Wettbewerbssituation des Marktes haben ([281]).

Marktzutrittsschranken: Das Vorhandensein von Marktzutrittsschranken erschwert es Außenstehenden, das Kollusionsergebnis zu untergraben, indem sie in den Markt eintreten und die kolludierenden Marktteilnehmer unterbieten. Marktzutrittsschranken erhöhen somit die Wahrscheinlichkeit, dass auf dem Markt dauerhaft ein Kollusionsergebnis erzielt werden kann.

Komplexität des Marktes: Wenn Unternehmen ähnliche Kosten, Kunden, Marktanteile, Produkte, Kapazitäten usw. haben, ist es eher wahrscheinlich, dass sie sich auf Koordinierungsmodalitäten verständigen, weil ihre Anreize stärker aufeinander abgestimmt sind. Ebenso kann es leichter sein, für den Preis eines einzigen homogenen Produkts ein Kollusionsergebnis zu erzielen als für viele Preise auf einem Markt mit einer Vielzahl von differenzierten Produkten, auch wenn technische Entwicklungen wie der Einsatz von Instrumenten zur Preisverfolgung auch Kollusion bei differenzierten Produkten begünstigen können.

Marktstabilität: Kollusionsergebnisse sind ferner wahrscheinlicher, wenn die Angebots- und Nachfragebedingungen auf dem Markt relativ stabil sind. Eine schwankende Nachfrage, ein erhebliches internes Wachstum einiger Unternehmen auf dem Markt oder der häufige Eintritt neuer Unternehmen können darauf hindeuten, dass die Marktsituation nicht stabil genug ist, um eine Koordinierung wahrscheinlich zu machen ([282]), *oder dass ein häufigerer Austausch erforderlich ist, um Auswirkungen auf den Wettbewerb zu haben.*

6.2.6. *Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung*

413. Wie in Abschnitt 1.2.4 dargelegt, beeinträchtigen bestimmte Vereinbarungen nach ihrem Inhalt, den mit ihnen verfolgten Zielen und dem wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie stehen, für sich genommen so hinreichend den Wettbewerb, dass die Prüfung ihrer Wirkungen nicht notwendig ist. Ein Informationsaustausch wird insbesondere dann als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung angesehen, wenn es sich um sensible Geschäftsinformationen handelt und der Austausch geeignet ist, die Ungewissheit zwischen den Beteiligten hinsichtlich des Zeitpunkts, des Umfangs und der Einzelheiten der von den betroffenen Unternehmen in ihrem Marktverhalten geplanten Änderungen zu beseitigen ([283]). Bei der Prüfung, ob ein Austausch als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung anzusehen ist, stellt die Kommission insbesondere auf den Inhalt, die mit dem Austausch verfolgten Ziele und den rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang, in dem der Austausch stattfindet, ab ([284]). Im Rahmen der Prüfung dieses Kontextes sind auch die Art der betroffenen Waren und Dienstleistungen, die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte zu berücksichtigen ([285]).

414. Im Falle des Austauschs von Informationen über das künftige Verhalten von Unternehmen in Bezug auf Preise oder Mengen ([286]) ist die Wahrscheinlichkeit besonders groß, dass es zu einem Kollusionsergebnis kommt. In Abhängigkeit von den mit dem Austausch verfolgten Zielen und dem entsprechenden rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang kann der Austausch anderer Arten von Informationen ebenfalls eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Daher ist es notwendig, jeden Informationsaustausch einer Einzelfallprüfung zu unterziehen.

([280]) Siehe auch Rn. 389.

([281]) Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 23. November 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 58 und die dort angeführte Rechtsprechung.

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

([283]) Urteil des Gerichtshofs vom 19. März 2015, Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, Rn 122, Urteil des Gerichtshofs vom 4. Juni 2009, T-Mobile Netherlands u. a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 41, Urteil des Gerichtshofs vom 12. Januar 2023, HSBC Holdings u. a./Kommission, C-883/19, ECLI:EU:C:2023:11, Rn. 115 und 116, und Urteil des Gerichts vom 8. Juli 2020, Infineon Technologies/Kommission, T-758/14 RENV, ECLI:EU:T:2020:307, Rn. 100.

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

([285]) Urteil des Gerichtshofs vom 26. September 2018, Philips und Philips France/Kommission, C-98/17 P, ECLI:EU:C:2018:774, Rn. 35.

([286]) Zu den Informationen in Bezug auf geplante künftige Mengen können beispielsweise auch Angaben zu angestrebten Verkäufen und Marktanteilen sowie zu Verkäufen in bestimmten Gebieten oder an bestimmte Kundengruppen gehören.

Folgende Arten des Informationsaustauschs sind in Einzelfällen unter Berücksichtigung des Inhalts der ausgetauschten Informationen, der verfolgten Ziele und des rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs als bezweckte Beschränkung angesehen worden:

a) der Austausch mit Wettbewerbern über die derzeitige Preisgestaltung und künftige Preisabsichten eines Unternehmens ([287]),

b) der Austausch mit Wettbewerbern über die derzeitigen und künftigen Produktionskapazitäten eines Unternehmens ([288]),

c) der Austausch mit Wettbewerbern über die derzeitige ([289]) *oder künftige Geschäftsstrategie eines Unternehmens* ([290]),

d) der Austausch mit Wettbewerbern über die Prognosen eines Unternehmens in Bezug auf die aktuelle und künftige Nachfrage ([291]),

e) der Austausch mit Wettbewerbern über die Prognosen eines Unternehmens in Bezug auf künftige Verkaufszahlen ([292]),

f) der Austausch mit Wettbewerbern über zukünftige, für den Verbraucher relevante Produkteigenschaften ([293]).

In all diesen Fällen wurden die ausgetauschten Informationen als geeignet erachtet, die Ungewissheit zwischen den Beteiligten hinsichtlich des Zeitpunkts, des Umfangs und der Einzelheiten der von den betreffenden Unternehmen in ihrem Marktverhalten vorzunehmenden Änderungen zu beseitigen.

415. Aus den in Rn. 414 angeführten Beispielen geht hervor, dass kein direkter Zusammenhang zwischen den ausgetauschten Informationen und den Verbraucherpreisen bestehen muss, damit der Austausch eine bezweckte Beschränkung darstellt ([294]). Des Weiteren ist für die Feststellung, ob eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, das entscheidende Kriterium die Art der Kontakte, nicht ihre Häufigkeit ([295]).

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

Wenn die Unternehmen jedoch beginnen, Informationen über die Entwicklung aktueller oder künftiger Produkte auszutauschen, oder offenlegen, wie sie auf das Verhalten der anderen reagieren würden, besteht die Gefahr, dass dieser Austausch ihr Verhalten auf dem Markt beeinflusst. Dieser Austausch kann beispielsweise dazu führen, dass sich die Wettbewerber darauf verständigen, keine Produkte zu vermarkten, die umweltfreundlicher sind als gesetzlich vorgeschrieben. Eine solche Koordinierung wirkt sich auf das Verhalten der Parteien auf dem Markt aus und beschränkt den Wettbewerb in Bezug auf die Produkteigenschaften und die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher. Sie wird daher als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung angesehen.

416. In Abhängigkeit vom rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang und den Zielen, die ein Unternehmen zu erreichen versucht, kann eine Offenlegung, die die künftigen Absichten des Unternehmens in Bezug auf wichtige Wettbewerbsparameter wie Preise oder Mengen signalisiert, ebenfalls als bezweckte Beschränkung angesehen werden. In gleicher Weise gilt eine Offenlegung, die nicht eindeutig den Kunden zugutekommt,

([287]) Siehe beispielsweise Urteil des Gerichts vom 8. Juli 2020, Infineon Technologies/Kommission, T-758/14 RENV, ECLI:EU:T:2020:307, Rn. 96, und Urteil des Gerichts vom 15. Dezember 2016, Philips und Philips France/Kommission, T-762/14, ECLI:EU:T:2016:738, Rn. 134 bis 136. Die Informationen müssen sich nicht unmittelbar auf die Preise beziehen. Der Austausch von Informationen, die ein entscheidendes Element des vom Endverbraucher zu zahlenden Preises darstellen, kann ebenfalls eine bezweckte Beschränkung darstellen. Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 4. Juni 2009, T-Mobile Netherlands u. a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 37.

([288]) Urteil des Gerichts vom 8. Juli 2020, Infineon Technologies/Kommission, T-758/14 RENV, ECLI:EU:T:2020:307, Rn. 85 und 96, und Urteil des Gerichts vom 15. Dezember 2016, Philips und Philips France/Kommission, T-762/14, ECLI:EU:T:2016:738, Rn. 104.

([289]) Urteil des Gerichts vom 8. Juli 2020, Infineon Technologies/Kommission, T-758/14 RENV, ECLI:EU:T:2020:307, Rn. 70.

([290]) Urteil des Gerichts vom 8. Juli 2020, Infineon Technologies/Kommission, T-758/14 RENV, ECLI:EU:T:2020:307, Rn. 98.

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

([292]) Urteil des Gerichts vom 8. Juli 2020, Infineon Technologies/Kommission, T-758/14 RENV, ECLI:EU:T:2020:307, Rn. 96.

([293]) Beschluss der Kommission vom 8. Juli 2021 in der Sache AT.40178, Pkw-Emissionen, Erwägungsgründe 84, 107 und 124 bis 126.

([294]) Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 12. Januar 2023, HSBC Holdings u. a./Kommission, C-883/19 P, ECLI:EU:C:2023:11, Rn. 120 und 121, in dem klargestellt wird, dass Artikel 101 nicht nur dazu bestimmt ist, die unmittelbaren Interessen einzelner Wettbewerber oder Verbraucher zu schützen, sondern die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen.

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

sondern den Wettbewerbern signalisiert, wie sie sich verhalten sollen, welche Folgen ein bestimmtes Verhalten oder die Unterlassung eines bestimmten Verhaltens hat oder wie das Unternehmen auf das Verhalten der Wettbewerber reagieren wird, als bezweckte Beschränkung.

417. Wenn ein Informationsaustausch eine Vereinbarung oder eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise zwischen zwei oder mehr Wettbewerbern zwecks Abstimmung ihres Wettbewerbsverhaltens auf dem Markt oder der Beeinflussung der relevanten Wettbewerbsparameter darstellt, kann er als Kartell betrachtet werden. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Austausch die Festsetzung oder Koordinierung der Ein- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen, auch im Zusammenhang mit Rechten des geistigen Eigentums, die Aufteilung von Produktions- oder Absatzquoten, die Aufteilung von Märkten und Kunden, einschließlich Angebotsabsprachen, Ein- und Ausfuhrbeschränkungen oder gegen andere Wettbewerber gerichtete wettbewerbsschädigende Maßnahmen betrifft. Ein Informationsaustausch, der ein Kartell begründet, stellt nicht nur eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 dar, sondern erfüllt höchstwahrscheinlich auch nicht die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3. Ein Informationsaustausch kann zudem die Durchführung eines Kartells erleichtern, indem er die Unternehmen in die Lage versetzt, zu beobachten, ob die Kartellmitglieder sich an die vereinbarten Modalitäten halten. Diese Arten des Informationsaustauschs werden in Verbindung mit dem Kartell geprüft.

418. Regelungen über den Datenaustausch, zu denen verschiedene Wettbewerber Daten beisteuern, stellen im Allgemeinen keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar, wenn nachgewiesen wird, dass sie echte wettbewerbsfördernde Auswirkungen haben, die die in Randnummer 419 genannten Voraussetzungen erfüllen.

So wird beispielsweise ein Datenpool, über den (teilweise) sensible Geschäftsinformationen ausgetauscht werden, was die Informationsasymmetrie auf einem nicht konzentrierten Markt behebt und den Verbrauchern Vorteile bringt, wahrscheinlich nicht als bezweckte Beschränkung angesehen, wenn die Beteiligten sicherstellen, dass alle sensiblen Geschäftsinformationen, die sie über den Pool austauschen, zur Erreichung des wettbewerbsfördernden Ziels notwendig sind und in einem angemessenen Verhältnis zu diesem Ziel stehen. Die Beteiligten können sich etwa so weit wie möglich auf aggregierte und historische Daten stützen, die Häufigkeit des Austauschs verringern und Maßnahmen ergreifen, um den Zugang zu den ausgetauschten Informationen zu beschränken und/oder deren Verwendung zu kontrollieren. Die Beteiligten sollten dafür sorgen, dass die Regelung auf transparente Weise zustande kommt.

419. Schließlich ist bei der Prüfung der Frage, ob ein Informationsaustausch eine bezweckte Beschränkung darstellt, jedes von den Parteien vorgebrachte Argument zugunsten des wettbewerbsfördernden Charakters des Austauschs zu berücksichtigen. Die Einstufung des Austauschs als bezweckte Beschränkung kann nicht allein aufgrund des Vorliegens wettbewerbsfördernder Auswirkungen ausgeschlossen werden. Solche wettbewerbsfördernden Auswirkungen müssen erwiesen, relevant, allein auf den betreffenden Informationsaustausch zurückzuführen und hinreichend erheblich sein, um begründete Zweifel daran aufkommen zu lassen, dass der betreffende Austausch den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigt ([296]). Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist eine umfassende Prüfung der Auswirkungen des Informationsaustauschs erforderlich, um festzustellen, ob er eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung darstellt (siehe Abschnitt 6.2.7).

6.2.7. *Bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen*

420. Ein Austausch sensibler Geschäftsinformationen, der für sich genommen nicht erkennen lässt, dass der Wettbewerb angesichts seines Inhalts, seiner Ziele und des wirtschaftlichen und rechtlichen Kontextes, in dem er steht, hinreichend beeinträchtigt wird, kann dennoch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben ([297]).

421. Wie in Abschnitt 1.2.5 dargelegt, müssen diese Auswirkungen auf den Wettbewerb im Einzelfall geprüft werden, da das Ergebnis der Prüfung von einer Reihe fallspezifischer Faktoren abhängt. Bei dieser Prüfung vergleicht die Kommission die tatsächlichen oder potenziellen Auswirkungen des Informationsaustauschs auf den Markt mit der Situation, die ohne diesen spezifischen Informationsaustausch bestehen würde ([298]). Ein Informationsaustausch hat dann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1, wenn es wahrscheinlich ist, dass er spürbare negative Auswirkungen auf das Geschehen auf dem betreffenden Markt hat, indem er einen (oder mehrere) der Wettbewerbsparameter dieses Marktes, wie z. B. Preis, Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt oder Innovation, beeinflusst.

422. Für die Beurteilung möglicher wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen sind die Art der ausgetauschten Informationen (siehe Abschnitt 6.2.3), die Merkmale des Austauschs (siehe Abschnitt 6.2.4) und die Marktmerkmale (siehe Abschnitt 6.2.5) von Bedeutung ([299]).

([296]) Urteil des Gerichtshofs vom 12. Januar 2023, HSBC Holdings u. a./Kommission, C-883/19 P, ECLI:EU:C:2023:11, Rn. 195 bis 205.

([297]) Die Erläuterungen im restlichen Teil des Abschnitts 6.2.7 gelten nur für einen Informationsaustausch, der keine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt.

([298]) Urteil des Gerichtshofs vom 28. Mai 1998, John Deere/Kommission, C-7/95 P, ECLI:EU:C:1998:256, Rn. 76.

([299]) Urteil des Gerichtshofs vom 23. November 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 54.

423. Ein Informationsaustausch hat wahrscheinlich dann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen, wenn die an dem Austausch beteiligten Unternehmen einen hinreichend großen Teil des relevanten Marktes abdecken ([300]). Andernfalls könnten die nicht am Austausch beteiligten Unternehmen die beteiligten Unternehmen in ihrem wettbewerbswidrigen Verhalten disziplinieren. Was ein „hinreichend großer Teil des relevanten Marktes" ist, lässt sich nicht theoretisch festlegen, sondern hängt von den konkreten Fakten jedes Einzelfalls, der Marktstruktur und der Art des jeweiligen Austauschs ab ([301]).

424. Die Wahrscheinlichkeit von wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen ist bei einem Informationsaustausch, der nur wenig zur Transparenz eines Marktes beiträgt, geringer als bei einem Informationsaustausch, der die Transparenz deutlich erhöht. Ausschlaggebend für die Feststellung der Wahrscheinlichkeit von wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen des Austauschs ist also sowohl der Grad an Transparenz vor dem Austausch als auch die Veränderung der Transparenz durch den Austausch. Im Rahmen enger Oligopole führt ein Informationsaustausch eher zu wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen als ein Austausch auf stark fragmentierten Märkten.

6.3. **Prüfung nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV**

6.3.1. *Effizienzgewinne* ([302])

425. Der Informationsaustausch kann je nach der Art der ausgetauschten Informationen, den Merkmalen des Austauschs und der Marktstruktur zu Effizienzgewinnen führen. Im Rahmen der Prüfung nach Artikel 101 Absatz 3 werden etwaige wettbewerbsfördernde Auswirkungen eines Informationsaustauschs berücksichtigt.

Beispiele für Effizienzgewinne, die berücksichtigt werden können:

Unternehmen können effizienter werden, indem sie ihre Leistung mit den bewährten Verfahren im betreffenden Wirtschaftszweig vergleichen.

Ein Informationsaustausch kann zu einem widerstandsfähigen Markt beitragen, indem er die Unternehmen in die Lage versetzt, schneller auf Veränderungen bei Angebot und Nachfrage zu reagieren und interne und externe Risiken von Störungen oder Schwachstellen in Lieferketten abzumildern.

Ein Informationsaustausch kann sowohl den Verbrauchern als auch den Unternehmen zugutekommen, indem er es ihnen ermöglicht, den Preis oder die Qualität von Produkten zu vergleichen, z. B. durch die Veröffentlichung von Bestsellerlisten oder Preisvergleichsdaten. Er kann Verbrauchern und Unternehmen somit dabei helfen, fundierte Entscheidungen zu treffen (und ihre Suchkosten zu senken).

Ein Informationsaustausch in Form des Datenaustauschs kann für die Entwicklung neuer Produkte, Dienstleistungen und Technologien von wesentlicher Bedeutung sein.

Durch die Bündelung von Daten über Hersteller, die nachhaltige Produkte anbieten, oder Hersteller, die nachhaltige Produktionsverfahren anwenden, kann Unternehmen dabei geholfen werden, ihre Nachhaltigkeitsverpflichtungen nach EU-Recht oder nationalem Recht zu erfüllen.

Der Austausch von Informationen über Verbraucher zwischen Unternehmen, die Versicherungsdienstleistungen für Verbraucher erbringen, kann die Kenntnis von Risiken verbessern und die Risikoeinstufung einzelner Unternehmen erleichtern. Dies kann wiederum den Verbrauchern zugutekommen, indem sie Zugang zu Versicherungsleistungen erhalten, die ohne ein umfassendes Risikoprofil nicht verfügbar gewesen wären.

Der Austausch von Daten zwischen Online-Marktplätzen über Online-Verkäufer, die an rechtswidrigen Praktiken wie dem Verkauf nachgeahmter Produkte beteiligt sind, kann die Identifizierung gefälschter Produkte durch einzelne Marktplätze erleichtern und damit die Verbraucher vor dem Kauf solcher Produkte schützen.

Ein Informationsaustausch kann auch die Kundenbindung verringern und damit den Wettbewerb fördern. Denn Informationen sind in der Regel spezifisch für eine bestimmte vertragliche Beziehung, und die Verbraucher würden im Falle eines Wechsels zu einem anderen Anbieter die mit diesen Informationen verbundenen Vorteile verlieren.

([300]) In bestimmten Fällen kann ein Informationsaustausch nur dann Vorteile bringen, wenn ein hinreichend großer Teil des Marktes abgedeckt ist. Dies kann beispielsweise bei der Erhebung von Informationen im Finanzdienstleistungssektor der Fall sein, wo die Nutzung nicht verbindlicher Kreditregister und gemeinsamer Erhebungen die Kenntnis der Risiken verbessern und die Risikoeinstufung einzelner Unternehmen erleichtern kann.

([301]) In ihrem Beschluss vom 30. Juni 2022 in der Sache AT.40511, Insurance Ireland, stellte die Kommission fest, dass der betreffende Austausch einen erheblichen Teil des relevanten Marktes abdeckte. In diesem Fall entfielen auf die am Austausch Beteiligten 98 % des relevanten Marktes.

([302]) Die Erörterung potenzieller Effizienzgewinne durch den Informationsaustausch ist nicht erschöpfend.

6.3.2. *Unerlässlichkeit*

426. Wettbewerbsbeschränkungen, die weiter gehen als für die Erzielung der durch einen Informationsaustausch möglichen Effizienzgewinne notwendig, erfüllen nicht die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3. Um die Voraussetzung der Unerlässlichkeit zu erfüllen, müssen die Parteien nachweisen können, dass die Art der ausgetauschten Informationen und die Merkmale des Austauschs das am wenigsten beschränkende Mittel zur Verwirklichung der Effizienzgewinne sind. Insbesondere sollte der Austausch keine anderen Informationen betreffen als die Variablen, die für die Erzielung der Effizienzgewinne relevant sind.

So wäre für Benchmarking-Zwecke ein Austausch unternehmensspezifischer Daten normalerweise nicht unerlässlich, weil z. B. aggregierte Informationen (z. B. durch ein Unternehmensranking) die geltend gemachten Effizienzgewinne genauso gut und mit einer geringeren Gefahr eines Kollusionsergebnisses hervorbringen können.

6.3.3. *Weitergabe an die Verbraucher*

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

6.3.4. *Keine Ausschaltung des Wettbewerbs*

428. Die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 sind nicht erfüllt, wenn den am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen die Möglichkeit eröffnet wird, in Bezug auf einen beträchtlichen Teil der betreffenden Produkte den Wettbewerb auszuschalten.

6.4. **Beispiele, Schritte der Selbstprüfung und Tabelle mit Erläuterungen zur Haftung in verschiedenen Situationen**

429. Benchmarking

Beispiel 1

Sachverhalt: Drei Unternehmen mit einem gemeinsamen Marktanteil von 80 % auf einem stabilen, nicht komplexen ([303]), konzentrierten Markt mit hohen Marktzutrittsschranken tauschen häufig nicht öffentliche Informationen über einen erheblichen Teil ihrer individuellen variablen Kosten direkt untereinander aus. Die Unternehmen behaupten, dass sie dies tun, um ihre Leistung mit der ihrer Wettbewerber zu vergleichen und dadurch effizienter zu werden.

Analyse: Informationen über Kosten können sensible Geschäftsinformationen darstellen, und durch den Austausch können die Parteien Ungewissheit zwischen ihnen hinsichtlich des Zeitpunkts, des Umfangs und der Einzelheiten der von ihnen in ihrem Marktverhalten vorzunehmenden Änderungen beseitigen oder verringern. In Abhängigkeit von seinem Inhalt, seinen Zielen und dem rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang kann dieser Austausch daher eine bezweckte Beschränkung darstellen. Was die Behauptungen der Parteien angeht, der Informationsaustausch habe einen wettbewerbsfördernden Zweck, so müssen solche wettbewerbsfördernden Auswirkungen erwiesen, relevant, allein auf den betreffenden Informationsaustausch zurückzuführen und hinreichend erheblich sein, um begründete Zweifel daran aufkommen zu lassen, dass der betreffende Austausch den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigt.

Wenn die ausgetauschten Informationen für sich genommen keine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lassen, weil sie die Ungewissheit hinsichtlich des individuellen Marktverhaltens der Beteiligten nicht beseitigen, müssen ihre Auswirkungen auf den Markt geprüft werden. Wegen der Marktstruktur, des großen Marktanteils der am Informationsaustausch beteiligten Parteien und der Tatsache, dass die ausgetauschten Informationen einen großen Anteil der variablen Kosten der Unternehmen betreffen, und insbesondere wenn die Daten in individualisierter Form ausgetauscht werden, ist es wahrscheinlich, dass der Informationsaustausch ein Kollusionsergebnis begünstigt. Er kann daher zu wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 führen. Es ist unwahrscheinlich, dass die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt sind, denn die geltend gemachten Effizienzgewinne könnten mit weniger wettbewerbsbeschränkenden Mitteln erreicht werden, z. B. durch Erhebung, Anonymisierung und Aggregation der Daten durch einen Dritten in einer Art Unternehmensranking. Da die Parteien in diesem Fall ein sehr enges, nicht komplexes und stabiles Oligopol bilden, könnte sogar der Austausch aggregierter Daten ein Kollusionsergebnis auf dem Markt begünstigen.

([303]) Siehe Rn. 412.

430. Vereinbarung über den Datenaustausch zur Behebung von Lieferengpässen

Beispiel 2

Sachverhalt: Auf einem Markt, der häufig von Lieferengpässen betroffen ist, sind mehrere Hersteller wichtiger medizinischer Produkte tätig. Um das Angebot zu verbessern und die Produktion so effizient und zweckmäßig wie möglich zu steigern, schlägt der Industrieverband vor, Daten über die Nachfrage und das Angebot für die betreffenden wichtigen Produkte zu erheben und zu modellieren. Außerdem würde der Verband Daten erheben, um die Produktionskapazität, die vorhandenen Bestände und das Potenzial zur Optimierung der Lieferkette zu ermitteln. Der Verband würde die Ergebnisse der Datenerhebung und -modellierung über nicht öffentliche Kanäle an seine Mitglieder weitergeben.

Analyse: Die Vereinbarung über den Datenaustausch hat einen wettbewerbsfördernden Zweck und stellt in Abhängigkeit vom jeweiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang grundsätzlich keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar. Deshalb müssen ihre Auswirkungen auf den Markt geprüft werden. Da es sich bei den erhobenen Daten um sensible Geschäftsinformationen handelt, kann der Austausch zu einer Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den beteiligten Herstellern führen. Darüber hinaus können Hersteller, die nicht Mitglied des Industrieverbands sind, im Vergleich zu den am Austauschsystem beteiligten Unternehmen einen Wettbewerbsnachteil erleiden. Um die Gefahr einer Kollusion zu vermeiden, könnten mehrere Maßnahmen ergriffen werden. Beispielsweise könnte ein Beratungsunternehmen damit beauftragt werden, den Verband bei der Datenerhebung und -modellierung zu unterstützen, wobei mit jedem Hersteller eine Geheimhaltungsvereinbarung geschlossen wird. Die aggregierten Daten könnten an die Hersteller zurückgegeben werden, damit sie ihre individuelle Kapazitätsauslastung, ihre Produktion und ihr Angebot neu austarieren und anpassen können.

Wenn ein Austausch zusätzlicher sensibler Geschäftsinformationen (der über die Daten hinausgeht, die der Industrieverband und die Beratungsfirma erheben und in aggregierter Form weitergeben würden) für die Hersteller unbedingt erforderlich wäre (z. B. um gemeinsam zu ermitteln, wo die Produktion am besten umgestellt oder die Kapazität erhöht werden kann), müsste ein solcher zusätzlicher Austausch strikt auf das beschränkt werden, was für die effektive Erreichung der Ziele unerlässlich ist. Jegliche Information und jeglicher Austausch im Zusammenhang mit dem Projekt müsste gut dokumentiert werden, um die Transparenz der Interaktionen zu gewährleisten. Die Beteiligten müssten sich verpflichten, Gespräche über Preise oder eine Koordinierung in Bezug auf andere Parameter, die für die Erreichung der geltend gemachten wettbewerbsfördernden Ziele nicht unbedingt erforderlich sind, zu unterlassen. Das Projekt sollte zudem zeitlich begrenzt sein, sodass der Austausch sofort eingestellt wird, sobald die Gefahr von Lieferengpässen nicht mehr so dringlich ist, dass die Zusammenarbeit gerechtfertigt ist. Nur der Berater würde die sensiblen Geschäftsinformationen erhalten und mit deren Aggregation beauftragt werden. Die Bedenken hinsichtlich der Marktabschottung könnten ausgeräumt werden, wenn die Vereinbarung über den Datenaustausch jedem Hersteller zugänglich wäre, der das betreffende Produkt herstellt, unabhängig davon, ob er Mitglied des betreffenden Industrieverbands ist.

431. Nutzung öffentlicher Ankündigungen

Beispiel 3

Sachverhalt: Vier Anbieter, die zusammen einen Marktanteil von 70 % haben, geben die künftigen Preise häufig öffentlich bekannt, indem sie sie auf ihren Websites veröffentlichen und entsprechende Presseerklärungen abgeben. Zwischen dem Datum der Preisankündigung und dem Datum, an dem die angekündigten Preise den Kunden für Bestellungen zur Verfügung stehen, liegen in der Regel mehrere Monate. In diesem Zeitraum passen die Anbieter die angekündigten Preise häufig an. Führungskräfte der Anbieter äußern sich regelmäßig öffentlich zu den Preisankündigungen ihrer Wettbewerber und erläutern, wie die Wettbewerber ihre Preise anpassen sollten. Die Anbieter behaupten, dass sie dies tun, um die Investoren über die künftige Leistung ihres Unternehmens zu informieren.

Analyse: Bei Informationen über das künftige Verhalten eines Unternehmens in Bezug auf Preise oder Mengen ist die Wahrscheinlichkeit besonders groß, dass es zu einem Kollusionsergebnis kommt. Bei den öffentlich bekannt gegebenen Informationen handelt es sich um sensible Geschäftsinformationen, und zusammen mit den Äußerungen der Führungskräfte ist der Austausch geeignet, die Ungewissheit zwischen den Beteiligten hinsichtlich der künftigen Preisabsichten zu beseitigen. Es ist unwahrscheinlich, dass diese Art der öffentlichen Kommunikation den Kunden Vorteile bringt, z. B. indem sie ihnen ermöglicht, fundierte Kaufentscheidungen zu treffen, da die angekündigten Preise häufig vor ihrem Inkrafttreten geändert werden. Die Preisankündigungen scheinen daher kein legitimer Versuch zu sein, die Kunden zu informieren. Außerdem können die öffentlichen Äußerungen der Führungskräfte zu den Preisen konkurrierender Anbieter es den beteiligten Anbietern ermöglichen, ein gegenseitiges Einvernehmen in Bezug auf ein Belohnungs- und Bestrafungssystem zu erzielen, das für kollusive Vereinbarungen charakteristisch ist. In Abhängigkeit von den

anderen Gegebenheiten des wirtschaftlichen und rechtlichen Kontextes erscheint der Austausch geeignet, die Ungewissheit zwischen den Beteiligten hinsichtlich des Zeitpunkts, des Umfangs und der Einzelheiten der von den betreffenden Unternehmen in ihrem Marktverhalten vorzunehmenden Änderungen zu beseitigen. Der Austausch dürfte daher als bezweckte Beschränkung angesehen werden.

432. Einseitige öffentliche Ankündigungen

Beispiel 4

Sachverhalt: Die Geschäftsführerin eines großen Herstellers eines homogenen Produkts weist in einer regelmäßigen Bilanzpressekonferenz öffentlich auf die Notwendigkeit hin, auf die jüngsten Rohstoffpreiserhöhungen zu reagieren und durch eine Preiserhöhung im gesamten Wirtschaftszweig etwas gegen die derzeit zu niedrigen Gewinnspannen zu unternehmen. Sie erklärt, dass sie mit jeder Preiserhöhung mitziehen werde, die ihre Wettbewerber auf dem Markt ankündigen. Sie bringt auch ihre Überzeugung zum Ausdruck, dass der Wirtschaftszweig „diszipliniert genug“ sei, um zu wissen, was jetzt nötig ist, um „die Margen wieder in Ordnung zu bringen“. Schließlich habe der Wirtschaftszweig schon vor zehn Jahren, als er sich in einer ähnlichen Situation befunden habe, erfolgreich Preiserhöhungen durchgesetzt.

Analyse: Die Aussagen der Geschäftsführerin in der Bilanzpressekonferenz können als einseitige Aufforderung zur Kollusion verstanden werden. Der Umstand, dass die Ankündigung öffentlich erfolgt, schließt an sich nicht aus, dass es sich um eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 handeln könnte. Die Aussagen können einen potenziellen Orientierungspunkt für die Koordinierung zwischen Wettbewerbern darstellen. Wenn z. B. andere Wettbewerber zeitgleich Erklärungen abgeben oder sich auf dem Markt so verhalten, dass sie die Aufforderung zur Kollusion bei der Festlegung ihres künftigen Marktverhaltens berücksichtigt haben, kann das Verhalten in Abhängigkeit vom jeweiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 darstellen. Andere Wettbewerber können dieses Risiko begrenzen, indem sie sich öffentlich von den Ankündigungen distanzieren oder die Ankündigungen den Behörden melden.

433. Datenaustausch zur Bekämpfung von Fälschungen

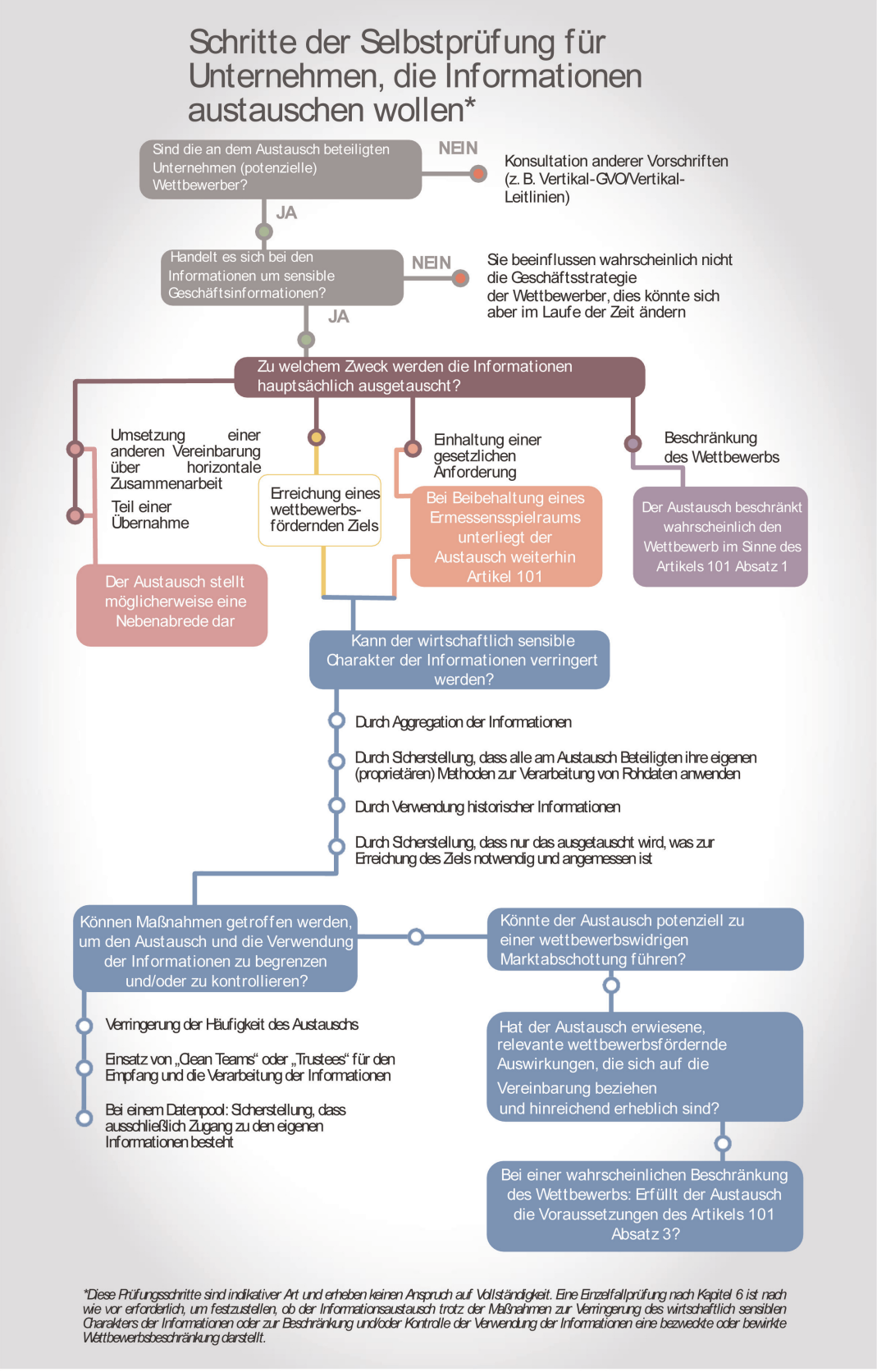
Beispiel 5

Sachverhalt: Eine Markeninhaberin identifiziert auf mehreren Social-Media-Plattformen Konten, die einen ähnlichen Namen wie ihre Marke haben. Als die Markeninhaberin die entsprechenden Konten überprüft, stellt sie fest, dass sowohl auf den Social-Media-Plattformen als auch über einen Weiterleitungslink zu einer gefälschten Website gefälschte Produkte ihrer Marke verkauft werden. Die gesetzlichen Vertreter der Markeninhaberin setzen sich daraufhin mit einer der Social-Media-Plattformen in Verbindung, i) damit diese das Konto löscht und den Nutzer sperrt, sodass dieser in Zukunft keine neuen Konten mehr erstellen kann, und ii) um der Plattform Informationen zur Identifizierung des Anbieters der Fälschungen (z. B. Name, Adresse, IP-Adresse, E-Mail usw.) zu übermitteln, damit rechtliche Schritte eingeleitet werden können. Die Markeninhaberin fordert die Social-Media-Plattformen anschließend auf, diese Informationen an andere Intermediäre und Plattformen weiterzugeben, um Plattform-Shopping zum Zwecke der Werbung für oder des Verkaufs von illegal hergestellten Waren, die Rechte des geistigen Eigentums verletzen, zu verhindern.

Analyse: Der Informationsaustausch zwischen Social-Media-Plattformen dient der Verhinderung des Verkaufs von gefälschten Produkten und stellt angesichts dieses Ziels keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar. Was den Inhalt des Austauschs betrifft, ist es zudem unwahrscheinlich, dass es sich bei den ausgetauschten Informationen um sensible Geschäftsinformationen handelt. Der Austausch sensibler Geschäftsinformationen müsste sich auf das beschränken, was für die wirksame Identifizierung des Anbieters der Fälschungen objektiv notwendig ist. Zur Gewährleistung der Transparenz sollte der Austausch dokumentiert werden.

Andere Marktteilnehmer, die nicht direkt von den Fälschungen betroffen sind, würden durch den Informationsaustausch keinen Wettbewerbsnachteil erleiden, da sie durch die Verhinderung des Verkaufs von Fälschungen nicht beeinträchtigt würden. Um jedoch die Gefahr einer Kollusion zu vermeiden, könnten mehrere Maßnahmen ergriffen werden, z. B. der Abschluss von Geheimhaltungsvereinbarungen zwischen den Parteien.

434. Schritte der Selbstprüfung



435. Haftung für den Austausch sensibler Geschäftsinformationen in verschiedenen Situationen ([304])

Format des Austauschs	Haftung von A	Haftung von B	Haftung von C
Direkter Austausch zwischen A und B	Ja	Ja	—
Direkter Austausch von A zu B	Ja ([1])	Bleibt B auf dem Markt aktiv, können die Behörden davon ausgehen, dass B die Informationen berücksichtigt, es sei denn, B distanziert sich öffentlich oder meldet den Austausch den Behörden.	—
Öffentliche Bekanntgabe durch A; Empfang durch B	Ja, wenn die Bekanntgabe eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise darstellt.	Möglicherweise eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise, wenn die Behörden nachweisen können, dass B die Informationen angefordert oder akzeptiert hat. Die Behörden können sich auf die Vermutung stützen, dass B die Informationen berücksichtigt, es sei denn, B distanziert sich öffentlich oder meldet die Bekanntgabe den Behörden.	—
Indirekter Austausch von A über C zu B	A haftet, wenn A ausdrücklich oder stillschweigend mit C in die Weitergabe der Informationen an B eingewilligt hat oder sich dessen bewusst und bereit war, das Risiko zu übernehmen.	B haftet, wenn B die Informationen angefordert oder akzeptiert und daraufhin gehandelt hat. Die Behörden können sich auf die Vermutung stützen, dass B die Informationen berücksichtigt, es sei denn, B distanziert sich öffentlich oder meldet die Bekanntgabe den Behörden.	C haftet als Gehilfe, wenn C sich der wettbewerbswidrigen Ziele von A bewusst war und zu diesen Zielen beitragen wollte.

([1]) Wenn B sich öffentlich distanziert oder den Austausch den Behörden meldet, hängt die Haftung von A davon ab, ob eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise festgestellt werden kann.

7. **NORMENVEREINBARUNGEN**

7.1. **Einleitung**

436. Normenvereinbarungen bezwecken im Wesentlichen die Festlegung technischer oder qualitätsbezogener Anforderungen an bestehende oder zukünftige Produkte, Produktionsverfahren, Due-Diligence-Prozesse in der Wertschöpfungskette, Dienstleistungen und Methoden ([305]). Sie erstrecken sich auf unterschiedliche Bereiche wie die Normierung unterschiedlicher Ausführungen oder Größen eines Produkts oder technische Anforderungen auf Produkt- oder Dienstleistungsmärkten, bei denen die Kompatibilität und Interoperabilität mit anderen Produkten oder Dienstleistungen unerlässlich ist. Auch die Bedingungen für den Zugang zu einem bestimmten Gütezeichen oder für die Genehmigung durch eine Regulierungsbehörde können als Norm angesehen werden, ebenso wie Vereinbarungen zur Festlegung von Nachhaltigkeitsstandards. Nachhaltigkeitsstandards haben zwar Ähnlichkeit mit den in diesem Kapitel behandelten Normenvereinbarungen, weisen aber auch bestimmte Besonderheiten auf. Erläuterungen zu Nachhaltigkeitsstandards finden sich daher in Kapitel 9.

([304]) Diese Tabelle gibt einen Überblick über die relevanten Erwägungen bei der Prüfung der Haftung für den Austausch sensibler Geschäftsinformationen in verschiedenen Kontexten. Die Tabelle ist indikativer Art und nicht erschöpfend.

([305]) Die Normierung kann auf unterschiedliche Weise erfolgen, von der einvernehmlichen Festlegung von Normen durch anerkannte internationale, europäische oder nationale Normungsorganisationen über die einvernehmliche Entwicklung von technischen Anforderungen durch Konsortien und Foren bis hin zu Vereinbarungen zwischen einzelnen Unternehmen.

437. Die Vorbereitung und Ausarbeitung technischer Normen als Teil der Ausübung hoheitlicher Befugnisse fallen nicht unter diese Leitlinien ([306]). Die nach der Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates ([307]) anerkannten europäischen Normungsorganisationen unterliegen insoweit dem Wettbewerbsrecht, als sie als Unternehmen oder Unternehmensvereinigung im Sinne der Artikel 101 und 102 gelten können ([308]). Normen, die sich auf die Berufsausübung beziehen, z. B. Vorschriften über den Zugang zu einem freien Beruf, sind nicht Gegenstand dieser Leitlinien.

7.2. **Relevante Märkte**

438. Normenvereinbarungen können sich auf vier möglichen Märkten auswirken, die in Übereinstimmung mit der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes abgegrenzt werden können. Erstens kann sich die Entwicklung von Normen auf die Waren- und Dienstleistungsmärkte auswirken, auf die sich die Norm bezieht. Zweitens kann sich, wenn die Entwicklung von Normen die Technologieentwicklung oder -auswahl beinhaltet oder die Rechte des geistigen Eigentums getrennt von den Produkten vermarktet werden, auf die sie sich beziehen, die Norm auf den entsprechenden Technologiemarkt auswirken ([309]). Drittens kann der Markt für die Entwicklung von Normen betroffen sein, wenn mehrere Normungsorganisationen oder Normenvereinbarungen bestehen. Viertens kann sich die Entwicklung von Normen gegebenenfalls auf einen eigenständigen Markt für die Prüfung und Zertifizierung auswirken.

7.3. **Prüfung nach Artikel 101 Absatz 1 AEUV**

7.3.1. *Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken*

439. Normenvereinbarungen wirken sich in der Regel sehr positiv auf die Wirtschaft aus ([310]), indem sie unter anderem die wirtschaftliche Durchdringung im Binnenmarkt fördern und zur Entwicklung neuer, besserer Produkte oder Märkte und zu besseren Lieferbedingungen beitragen. Folglich führen Normen im Allgemeinen zu einem stärkeren Wettbewerb und niedrigeren Produktions- und Verkaufskosten, was den Volkswirtschaften insgesamt zugutekommt. Normen leisten einen Beitrag zur Aufrechterhaltung und Verbesserung der Produktqualität und -sicherheit, sind eine Informationsquelle und gewährleisten Interoperabilität und Kompatibilität (und wirken somit wertsteigernd für die Verbraucher).

440. Im Zusammenhang mit Normen, die Rechte des geistigen Eigentums ([311]) betreffen, können drei Hauptgruppen von Unternehmen mit unterschiedlichen Interessen am Normentwicklungsprozess unterschieden werden.

a) Erstens gibt es ausschließlich auf vorgelagerten Märkten angesiedelte Unternehmen, die nur in der Entwicklung und Vermarktung von Technologien tätig sind. Dazu gehören auch Unternehmen, die Technologien zum Zweck der Lizenzvergabe erwerben. Die Lizenzeinnahmen sind ihre einzige Einnahmequelle, sodass sie einen Anreiz haben, die Lizenzgebühren zu maximieren.

b) Zweitens gibt es ausschließlich auf nachgelagerten Märkten angesiedelte Unternehmen, deren Waren und Dienstleistungen ausschließlich auf Technologien beruhen, die von anderen Unternehmen entwickelt wurden. Sie selbst sind nicht Inhaber der entsprechenden Rechte des geistigen Eigentums. Lizenzgebühren sind für diese Unternehmen ein Kostenfaktor und keine Einnahmequelle, sodass sie einen Anreiz haben, die Lizenzgebühren zu verringern.

c) Und schließlich gibt es integrierte Unternehmen, die sowohl durch Rechte des geistigen Eigentums geschützte Technologien entwickeln als auch Produkte herstellen, für die sie eine Lizenz benötigen. Die Interessenlage dieser Unternehmen ist vielfältig. Einerseits können diese Unternehmen Lizenzeinnahmen aus ihren eigenen Rechten des geistigen Eigentums erzielen. Andererseits müssen sie möglicherweise Lizenzgebühren an andere Unternehmen zahlen, die über Rechte des geistigen Eigentums verfügen, die für die Norm, die für ihre eigenen Produkte gilt, essenziell sind. Sie könnten deshalb Lizenzen für ihre eigenen essenziellen Rechte des geistigen Eigentums gegen solche Lizenzen anderer Unternehmen tauschen oder ihre Rechte des geistigen Eigentums defensiv nutzen. Darüber gibt es für Unternehmen auch noch andere Möglichkeiten als Lizenzgebühren, um ihre Rechte des geistigen Eigentums zu verwerten. In der Praxis verwenden viele Unternehmen eine Mischung aus diesen Geschäftsmodellen.

([306]) Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 26. März 2009, Selex Sistemi Integrati/Kommission, C-113/07 P, ECLI:EU:C:2009:191, Rn. 92.

([307]) Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur europäischen Normung, zur Änderung der Richtlinien 89/686/EWG und 93/15/EWG des Rates sowie der Richtlinien 94/9/EG, 94/25/EG, 95/16/EG, 97/23/EG, 98/34/EG, 2004/22/EG, 2007/23/EG, 2009/23/EG und 2009/105/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung des Beschlusses 87/95/EWG des Rates und des Beschlusses Nr. 1673/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 316 vom 14.11.2012, S. 12).

([308]) Siehe Urteil des Gerichts vom 12. Mai 2010, EMC Development/Kommission, T-432/05, ECLI:EU:T:2010:189.

([309]) Siehe Kapitel 2 über FuE-Vereinbarungen sowie die Leitlinien zur Anwendung des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen (ABl. C 89 vom 28.3.2014, S. 3), Rn. 20 bis 26 (im Folgenden „Technologietransfer-Leitlinien"), die sich mit Aspekten der Abgrenzung des relevanten Marktes befassen, die im Bereich der Lizenzierung von Technologierechten von besonderer Bedeutung sind. Zu einem Beispiel für die Abgrenzung des relevanten Marktes auf der Grundlage dieser Leitlinien siehe Beschluss der Kommission in der Sache AT.39985, Motorola – Durchsetzung standardessenzieller GPRS-Patente, Erwägungsgründe 184 bis 220.

([310]) Siehe auch Rn. 475.

([311]) In diesem Kapitel werden mit dem Ausdruck „Rechte des geistigen Eigentums" insbesondere Patente (mit Ausnahme nicht veröffentlichter Patentanträge) bezeichnet. Geben jedoch andere Arten von Rechten des geistigen Eigentums dem Inhaber effektive Kontrolle über die Nutzung der Norm, so sind dieselben Grundsätze anzuwenden.

441. Die an der Normung Beteiligten sind nicht unbedingt Wettbewerber. Die Entwicklung von Normen kann unter bestimmten Umständen, in denen Wettbewerber beteiligt sind, jedoch auch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, wenn sie dazu führt, dass der Preiswettbewerb beeinträchtigt wird oder Produktionsmengen, Märkte, Innovation und technische Entwicklung eingeschränkt oder kontrolliert werden. Wie weiter unten erläutert, kann dies im Wesentlichen auf drei Arten geschehen, und zwar durch a) die Beschränkung des Preiswettbewerbs, b) die Marktabschottung gegenüber innovativen Technologien und c) den Ausschluss oder die Diskriminierung bestimmter Unternehmen, indem ihnen effektiv der Zugang zu der Norm verwehrt wird.

442. Erstens kann, wenn Unternehmen sich im Rahmen der Entwicklung von Normen an einem wettbewerbswidrigen Informationsaustausch beteiligen, der Preiswettbewerb auf den betreffenden Märkten verringert oder ausgeschaltet oder die Produktion eingeschränkt oder kontrolliert und so ein Kollusionsergebnis auf dem Markt begünstigt werden ([312]).

443. Zweitens können Normen, mit denen detaillierte technische Anforderungen an eine Ware oder Dienstleistung festgelegt werden, die technische Entwicklung und Innovation einschränken. In der Entwicklungsphase einer Norm können auch alternative Technologien für die Aufnahme in die Norm infrage kommen. Sobald aber eine bestimmte Technologie für die Aufnahme in die Norm ausgewählt und die Norm festgelegt wurde, kann für bestimmte Technologien und Unternehmen eine Zutrittsschranke bestehen, sodass sie potenziell vom Markt ausgeschlossen werden. Außerdem können Normen, die die ausschließliche Verwendung einer bestimmten Technologie vorschreiben, dazu führen, dass die Entwicklung und Verbreitung anderer Technologien behindert wird. Die Entwicklung anderer Technologien zu verhindern, indem die Mitglieder der Normungsorganisation ausschließlich eine bestimmte Norm verwenden dürfen, kann dieselbe Wirkung haben. Die Gefahr der Einschränkung von Innovation steigt, wenn ein oder mehrere Unternehmen in ungerechtfertigter Weise vom Normentwicklungsprozess ausgeschlossen werden.

444. Drittens kann Normung wettbewerbswidrige Folgen haben, wenn bestimmte Unternehmen am effektiven Zugang zu den Ergebnissen des Normentwicklungsprozesses (d. h. zu den Anforderungen und/oder zu den für die Anwendung der Norm essenziellen Rechten des geistigen Eigentums) gehindert werden. Wenn einem Unternehmen der Zugang zum Normungsergebnis entweder gänzlich verwehrt oder nur zu prohibitiven oder diskriminierenden Bedingungen gewährt wird, besteht die Gefahr wettbewerbswidriger Auswirkungen. In einem System, in dem potenziell relevante Rechte des geistigen Eigentums vorab offengelegt werden, wird die Gewährung des Zugangs zu der Norm wahrscheinlicher ([313]), weil die Beteiligten erfahren können, welche Technologien durch Rechte des geistigen Eigentums geschützt sind und welche nicht. Mit Gesetzen zum Schutz der Rechte des geistigen Eigentums und dem Wettbewerbsrecht werden dieselben Ziele verfolgt ([314]), nämlich die Förderung des Verbraucherwohls und der Innovation sowie eine effiziente Ressourcenallokation. Rechte des geistigen Eigentums fördern den Wettbewerb, weil sie Unternehmen dazu bewegen, in die Entwicklung neuer und verbesserter Produkte und Verfahren zu investieren. Rechte des geistigen Eigentums sind deshalb in der Regel wettbewerbsfördernd. Allerdings könnte ein Beteiligter, der Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums ist, die für die Anwendung einer Norm essenziell sind, im spezifischen Kontext der Entwicklung einer Norm auch die Kontrolle über die Nutzung der Norm erlangen. Wenn eine Norm eine Marktzutrittsschranke darstellt, könnte ein Unternehmen den Waren- oder Dienstleistungsmarkt, auf den sich die betreffende Norm bezieht, kontrollieren. Dies würde es Unternehmen wiederum ermöglichen, sich wettbewerbswidrig zu verhalten, z. B. indem sie sich weigern, Lizenzen für die erforderlichen Rechte des geistigen Eigentums zu erteilen, oder indem sie durch diskriminierende oder überhöhte ([315]) Lizenzgebühren übermäßige Erträge erzielen und so den effektiven Zugang zu der Norm verhindern (sog. „Hold-up"). Auch der umgekehrte Fall kann eintreten, wenn sich die Lizenzverhandlungen aus Gründen hinziehen, die allein auf den Anwender der Norm zurückzuführen sind. Dazu könnte beispielsweise die Weigerung gehören, eine Lizenzgebühr zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien (fair, reasonable and non-discriminatory, im Folgenden „FRAND") Bedingungen zu zahlen oder Verzögerungsstrategien anzuwenden („Hold-out") ([316]).

([312]) Je nachdem, wer an der Entwicklung von Normen beteiligt ist, kann es entweder auf der Anbieter- oder auf der Abnehmerseite des Marktes für das genormte Produkt zu Beschränkungen kommen.

([313]) Wenn sie ferner mit einer FRAND-Verpflichtung einhergehen. Siehe Rn. 451 bis 457.

([314]) Siehe Technologietransfer-Leitlinien, Rn. 7.

([315]) Hohe Lizenzgebühren können nur als überhöht eingestuft werden, wenn die Voraussetzungen für den Missbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne des Artikels 102 AEUV und der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union erfüllt sind; siehe beispielsweise Urteil des Gerichtshofs vom 14. Februar 1978, United Brands/Kommission, Rechtssache 27/76, ECLI:EU:C:1978:22.

([316]) Während Hold-up- und Hold-out-Bedenken in der Regel beide einseitig sind, ergeben sich Hold-up-Bedenken zumeist aus der Normenvereinbarung selbst, während Hold-out-Bedenken dem immateriellen Charakter von Rechten des geistigen Eigentums geschuldet sind. Mit anderen Worten: Während des Normungsprozesses einigen sich die an der Entwicklung der Norm Beteiligten auf eine von mehreren (potenziell) konkurrierenden technologischen Lösungen, was Marktmacht begründen kann, die der Inhaber eines standardessenziellen Rechts des geistigen Eigentums für einen „Hold-up" der Anwender ausnutzen kann. Der „Hold-out" durch einen Anwender, der nicht bereit ist, eine Lizenz zu erwerben, ist dagegen nicht das Ergebnis der Normung, sondern ergibt sich aus der Tatsache, dass die Inhaber der Rechte des geistigen Eigentums die unlizenzierte Nutzung letztlich nur durch Klagen verhindern können. Die Anforderungen, die der Gerichtshof in der Rechtssache Huawei/ZTE an die Anwender von standardessenziellen Rechten des geistigen Eigentums gestellt hat, um zu verhindern, dass ein nationales Gericht eine Unterlassungsverfügung erlässt, sollten in der Regel einen ausreichenden Schutz gegen Hold-out-Taktiken innerhalb der Europäischen Union bieten; siehe Urteil des Gerichtshofs vom 16. Juli 2015, Huawei Technologies/ZTE Corp. und ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477, insbesondere Rn. 65 bis 67.

445. Selbst wenn die Festlegung einer Norm die Marktmacht von Inhabern von Rechten des geistigen Eigentums, die für eine Norm essenziell sind, begründen oder vergrößern kann, wird nicht unterstellt, dass die Inhaberschaft oder die Ausübung dieser Rechte dem Besitz oder der Ausübung von Marktmacht gleichkommt. Die Frage der Marktmacht kann nur im Einzelfall geprüft werden ([317]).

7.3.2. *Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen*

446. Vereinbarungen, bei denen eine Norm als Teil einer umfassenderen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung verwendet wird, die den tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerb ausschließen soll, bezwecken eine Wettbewerbsbeschränkung. Zu dieser Gruppe gehören z. B. Vereinbarungen, mit denen ein nationaler Herstellerverband eine Norm festlegt und Druck auf Dritte ausübt, keine Produkte auf den Markt zu bringen, die mit dieser Norm nicht übereinstimmen, oder solche, bei denen die Hersteller des etablierten Produkts kollusiv handeln, um neue Technologien von einer bestehenden Norm ([318]) auszuschließen.

447. Vereinbarungen, die den Wettbewerb verringern sollen, indem vor Annahme einer Norm – als Deckmantel für eine gemeinsame Festsetzung der Preise für nachgelagerte Produkte oder für substituierbare Rechte des geistigen Eigentums bzw. Technologien – die restriktivsten Lizenzbedingungen offengelegt werden, stellen eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar ([319]).

7.3.3. *Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen*

7.3.3.1. Vereinbarungen, die den Wettbewerb in der Regel nicht beschränken

448. Normenvereinbarungen, die keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen, müssen unter Berücksichtigung ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen geprüft werden, wobei auch die Art der betroffenen Waren, Dienstleistungen oder Technologien sowie die tatsächlichen Bedingungen für das Funktionieren und die Struktur des bzw. der betreffenden Märkte im Hinblick auf ihre tatsächlichen und voraussichtlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb zu berücksichtigen sind. Wenn keine Marktmacht besteht ([320]), können Normenvereinbarungen keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen haben. Solche Auswirkungen sind deshalb in Fällen, in denen wirksamer Wettbewerb zwischen mehreren freiwilligen Normen herrscht, sehr unwahrscheinlich.

449. Für Normenvereinbarungen, die Marktmacht begründen können, wird in den Randnummern 451-457 dargelegt, unter welchen Voraussetzungen solche Vereinbarungen in der Regel nicht unter Artikel 101 Absatz 1 fallen.

450. Wird einer oder werden mehrere bzw. alle der in diesem Abschnitt dargelegten Grundsätze nicht eingehalten, führt dies noch nicht zu der Annahme, dass eine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 vorliegt. Dann ist allerdings eine Selbstprüfung erforderlich, um festzustellen, ob die Vereinbarung unter Artikel 101 Absatz 1 fällt und, falls ja, ob die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt sind. In diesem Zusammenhang wird anerkannt, dass es verschiedene Modelle zur Entwicklung von Normen gibt und dass ein Wettbewerb innerhalb solcher Modelle sowie der Modelle untereinander zu den positiven Aspekten einer Marktwirtschaft gehört. Deshalb steht es Normungsorganisationen nach wie vor völlig frei, andere als die in den Randnummern 451-457 beschriebenen Regeln und Verfahren festzulegen, die allerdings nicht gegen die Wettbewerbsvorschriften verstoßen dürfen.

451. Wird die Beteiligung an der Entwicklung von Normen nicht beschränkt und ist das Verfahren zur Annahme der betreffenden Norm transparent, stellen Normenvereinbarungen, die keine Verpflichtung zur Einhaltung ([321]) der Norm enthalten und effektiven Zugang zur Norm unter FRAND-Bedingungen ermöglichen, in der Regel keine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 dar.

452. Um die Möglichkeit der uneingeschränkten Beteiligung zu gewährleisten, sollten die Vorschriften der Normungsorganisation insbesondere vorsehen, dass sich alle Wettbewerber auf den von der Norm betroffenen Märkten an dem Prozess, der zur Auswahl der Norm führt, beteiligen können ([322]). Die Normungsorganisationen sollten zudem objektive und diskriminierungsfreie Verfahren für die Zuteilung von Stimmrechten sowie gegebenenfalls objektive Kriterien für die Auswahl der in die Norm aufzunehmenden Technologie vorsehen.

([317]) Siehe Beschluss der Kommission in der Sache AT.39985, Motorola – Durchsetzung standardessenzieller GPRS-Patente, Erwägungsgründe 221 bis 270.

([318]) Siehe beispielsweise Entscheidung der Kommission in der Sache IV/35.691, Fernwärmetechnik-Kartell, 147. Erwägungsgrund, in der der Verstoß gegen Artikel 101 zum Teil in der „Nutzung von Normen und Standards, um die Einführung einer neuen Technik, die eine Verringerung der Preise zur Folge hätte, zu verhindern oder zu verzögern“ bestand.

([319]) Diese Randnummer sollte dem nicht entgegenstehen, dass einzelne Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums im Voraus die restriktivsten Lizenzbedingungen für standardessenzielle Patente oder einen maximalen kumulierten Lizenzsatz für alle Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums offenlegen, wie in Rn. 474 beschrieben. Ebenso wenig steht sie Patentpools, die nach den Grundsätzen in Abschnitt IV.4 der Technologietransfer-Leitlinien gebildet werden, oder Beschlüssen entgegen, die die Nutzung von Rechten des geistigen Eigentums, die für eine Norm essenziell sind, lizenzgebührenfrei zuzulassen, wie in diesem Kapitel ausgeführt.

([320]) Siehe auch Kapitel 1 (Einleitung). Zu Marktanteilen siehe auch Rn. 472.

([321]) Siehe diesbezüglich auch Rn. 464.

([322]) Uneingeschränkte Beteiligung sollte dabei die Beteiligung an allen Schritten des Prozesses bedeuten, einschließlich der Beteiligung an der Vorbereitungsphase des Normungsprozesses innerhalb der Normungsorganisation, z. B. im Rahmen von speziellen Interessengruppen der Normungsorganisation.

453. Im Interesse der Transparenz sollten die einschlägigen Normungsorganisationen über Verfahren verfügen, die es den Interessenträgern ermöglichen, sich in jeder Phase der Normentwicklung rechtzeitig und effektiv über anstehende, laufende oder abgeschlossene Normungsarbeiten zu informieren.

454. Darüber hinaus sollten die Vorschriften der Normungsorganisation einen effektiven Zugang zu der Norm zu FRAND-Bedingungen gewährleisten ([323]).

455. Wenn eine Normungsorganisation Normen entwickelt, die Rechte des geistigen Eigentums betreffen, erhöht sich durch ein klares und ausgewogenes Konzept für Rechte des geistigen Eigentums ([324]), das auf die jeweilige Branche und die Bedürfnisse der betreffenden Organisation zugeschnitten ist, die Wahrscheinlichkeit, dass den Anwendern der Normen effektiver Zugang gewährt wird.

456. Zur Gewährleistung des effektiven Zugangs zu einer Norm sollte das Konzept für Rechte des geistigen Eigentums vorsehen, dass Beteiligte, die wünschen, dass ihre Rechte des geistigen Eigentums Bestandteil der Norm werden, sich unwiderruflich schriftlich verpflichten müssen, allen Dritten Lizenzen für ihre essenziellen Rechte des geistigen Eigentums zu FRAND-Bedingungen zu erteilen („FRAND-Selbstverpflichtung“) ([325]). Diese Selbstverpflichtung sollte vor der Annahme der Norm abgegeben werden. Gleichzeitig sollte das Konzept für Rechte des geistigen Eigentums es den Inhabern der entsprechenden Rechte ermöglichen, gewisse Technologien vom Normentwicklungsprozess und damit von der FRAND- Selbstverpflichtung auszuschließen, vorausgesetzt, dieser Ausschluss erfolgt in einer frühen Phase der Normentwicklung. Um die Wirksamkeit einer FRAND- Selbstverpflichtung zu gewährleisten, sollten alle beteiligten Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums, die eine solche Verpflichtung eingegangen sind, sicherstellen müssen, dass auch Unternehmen, an die sie ihre Rechte des geistigen Eigentums (einschließlich des Rechts zur Lizenzerteilung) übertragen, an diese Verpflichtung gebunden sind; dies könnte beispielsweise mittels einer entsprechenden Klausel zwischen Käufer und Verkäufer geregelt werden. FRAND kann auch gebührenfreie Lizenzen umfassen.

457. Das Konzept für Rechte des geistigen Eigentums sollte die Beteiligten zur gutgläubigen Offenlegung derjenigen Rechte des geistigen Eigentums verpflichten, die für die Anwendung einer in der Entwicklung befindlichen Norm essenziell sein können ([326]). Dies ist wichtig, um a) die Branche in die Lage zu versetzen, eine fundierte Entscheidung hinsichtlich der Wahl der in eine Norm aufzunehmenden Technologie zu treffen ([327]), und um b) das Ziel eines effektiven Zugangs zu der Norm zu erreichen. Während der Entwicklung einer Norm könnte die Offenlegung auf der Grundlage angemessener Bemühungen, die Rechte des geistigen Eigentums zu ermitteln, die sich auf die (künftige) Norm beziehen, aktualisiert werden. Bei Patenten sollte die Offenlegung von Rechten des geistigen Eigentums zumindest die Patentnummer oder die Nummer der Patentanmeldung enthalten. Sind diese Informationen noch nicht öffentlich zugänglich, reicht es aus, wenn die Beteiligten erklären, dass sie in Bezug auf eine bestimmte Technologie wahrscheinlich Rechte des geistigen Eigentums geltend machen werden, ohne die Ansprüche, die geltend gemacht werden könnten, oder die Anmeldungen von Rechten des geistigen Eigentums genau zu bezeichnen (pauschale Offenlegung) ([328]). Die Beteiligten sollten ferner dazu angehalten werden, ihre Angaben zum Zeitpunkt der Annahme einer Norm zu aktualisieren, insbesondere wenn es Änderungen gibt, die sich auf die Essenzialität oder Gültigkeit ihrer Rechte des geistigen Eigentums auswirken könnten. Da die Risiken in Bezug auf den tatsächlichen Zugang im Falle einer Normungsorganisation, die mit gebührenfreien Lizenzen arbeitet, nicht dieselben sind ([329]), ist die Offenlegung von Rechten des geistigen Eigentums in diesem Kontext nicht relevant.

([323]) So sollte z. B. effektiver Zugang zu den Anforderungen im Rahmen der Norm gewährt werden.

([324]) Wie in den Rn. 456 und 457 dargelegt. Siehe auch Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss über den Umgang der EU mit standardessenziellen Patenten (im Folgenden „Mitteilung über standardessenzielle Patente“) (COM(2017) 712 final).

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

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

([327]) Umgekehrt liegt ein „Patenthinterhalt“ vor, wenn ein Unternehmen, das an der Entwicklung einer Norm beteiligt ist, absichtlich die Tatsache verbirgt, dass es essenzielle Patente in Bezug auf die zu entwickelnde Norm hält, und mit der Geltendmachung dieser Patente erst beginnt, nachdem die Norm vereinbart wurde und andere Unternehmen somit an deren Anwendung gebunden sind. Wenn es während des Normenentwicklungsprozesses zu einem „Patenthinterhalt“ kommt, wird das Vertrauen in den Prozess untergraben, denn ein wirksamer Normentwicklungsprozess ist eine Voraussetzung für die technische Entwicklung und die allgemeine Marktentwicklung zum Nutzen der Verbraucher. Siehe zum Beispiel den Beschluss der Kommission vom 9. Dezember 2009 in der Sache COMP/38.636 – RAMBUS (ABl. C 30 vom 6.2.2010, S. 17).

([328]) Die Beteiligten sollten aufgefordert werden, ihre frühere pauschale Offenlegung durch die Patentnummer und/oder die Nummer der Patentanmeldung zu ergänzen, sobald diese Informationen öffentlich zugänglich sind.

([329]) Das Gleiche gilt, wenn die Organisation ein Lizenzkonzept anwendet, das auf einer einmaligen nominalen Gebühr beruht.

458. Durch FRAND-Selbstverpflichtungen soll sichergestellt werden, dass die für eine Norm essenzielle patentierte Technologie den Anwendern dieser Norm zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen zugänglich ist. So können die Inhaber dieser Rechte durch die FRAND-Selbstverpflichtungen insbesondere davon abgehalten werden, die Anwendung einer Norm zu erschweren, indem sie die Lizenzerteilung ablehnen, unfaire oder unzumutbare (d. h. überhöhte) Gebühren verlangen, nachdem die Branche an die Anwendung der Norm gebunden wurde, oder indem sie diskriminierende Lizenzgebühren verlangen ([330]). Gleichzeitig ermöglichen FRAND-Selbstverpflichtungen es den Inhabern von Rechten des geistigen Eigentums, ihre Technologien über FRAND-Lizenzgebühren zu verwerten und nach den in den folgenden Randnummern dargelegten Grundsätzen einen angemessenen Ertrag für ihre FuE-Investitionen zu erzielen, die naturgemäß mit Risiken verbunden sind. Dadurch kann sichergestellt werden, dass weiterhin Anreize bestehen, die beste verfügbare Technologie in die Norm einzubringen.

459. Zur Einhaltung des Artikels 101 durch eine Normungsorganisation ist es nicht erforderlich, dass diese überprüft, ob die Lizenzbedingungen der Beteiligten der FRAND-Selbstverpflichtung entsprechen ([331]). Die Beteiligten müssen selbst prüfen, ob die Lizenzbedingungen und insbesondere die erhobenen Gebühren der FRAND-Selbstverpflichtung entsprechen. Deshalb müssen sich die Beteiligten bei der Entscheidung, ob sie sich für ein bestimmtes Recht des geistigen Eigentums zu FRAND-Bedingungen verpflichten wollen, vorab über die Bedeutung einer FRAND-Selbstverpflichtung im Klaren sein, und zwar insbesondere in Bezug auf ihre Möglichkeit, die Gebühren frei festzulegen.

460. Im Falle eines Rechtsstreits wird bei der wettbewerbsrechtlichen Prüfung, ob im Rahmen der Normentwicklung unfaire oder unzumutbare Gebühren für den Zugang zu Rechten des geistigen Eigentums verlangt wurden, untersucht, ob die Gebühren in einem angemessenen Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert der Rechte des geistigen Eigentums stehen ([332]). Der wirtschaftliche Wert des Rechts des geistigem Eigentums könnte auf dem gegenwärtigen Mehrwert des geschützten Rechts des geistigen Eigentums beruhen und sollte unabhängig vom Markterfolg der Produkte sein, der in keinem Zusammenhang mit der patentierten Technologie steht ([333]). Im Allgemeinen gibt es verschiedene Methoden für die Durchführung der Prüfung ([334]), und in der Praxis werden oft mehrere Methoden verwendet, um die Mängel einer bestimmten Methode auszugleichen und die Ergebnisse miteinander zu vergleichen ([335]). Es kann möglich sein, die Lizenzgebühren, die das betreffende Unternehmen für die einschlägigen Rechte des geistigen Eigentums in einem wettbewerbsorientierten Umfeld erhebt, bevor der Wirtschaftszweig die Norm entwickelt hat (ex ante), mit dem Wert oder der Lizenzgebühr der nächstbesten verfügbaren Alternative (ex ante) oder mit dem Wert oder der Lizenzgebühr zu vergleichen, der erhoben wird, nachdem der Wirtschaftszweig an die Anwendung der Norm gebunden wurde (ex post). Dies setzt voraus, dass der Vergleich in kohärenter und verlässlicher Weise vorgenommen werden kann ([336]).

461. Es könnte auch ein unabhängiges Expertengutachten über den objektiven Stellenwert der Rechte des geistigen Eigentums und deren Essenzialität für die fragliche Norm eingeholt werden. In einem geeigneten Fall können auch vorab im Rahmen eines bestimmten Normentwicklungsprozesses offengelegte Angaben zu den Lizenzbedingungen, einschließlich zu den Einzel- oder Gesamtlizenzgebühren für einschlägige Rechte des geistigen Eigentums, herangezogen werden. Ebenso kann es möglich sein, die Lizenzbedingungen in Vereinbarungen des Inhabers von Rechten des geistigen Eigentums mit anderen Anwendern derselben Norm zu vergleichen. Auch die bei vergleichbaren Normen für dasselbe Recht des geistigen Eigentums erhobenen Gebührensätze können als Orientierung für die FRAND-Gebührensätze dienen. Bei diesen Methoden wird davon ausgegangen, dass ein kohärenter und zuverlässiger Vergleich möglich ist und die Höhe der Lizenzgebühren nicht das Ergebnis einer unangemessenen Ausübung von Marktmacht ist. Eine andere Methode besteht darin, erstens einen angemessenen Gesamtwert für alle relevanten Rechte des geistigen Eigentums zu ermitteln und zweitens jeweils den Anteil zu bestimmen, der einem bestimmten Rechteinhaber zusteht. Diese Leitlinien enthalten keine erschöpfende Liste aller infrage kommenden Methoden für die Prüfung nach Artikel 102, ob überhöhte oder diskriminierende Lizenzgebühren verlangt werden.

([330]) Siehe auch Urteil des Gerichtshofs vom 16. Juli 2015, Huawei Technologies/ZTE Corp. und ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477, Rn. 71, wonach eine Patentverletzungsklage einen Machtmissbrauch im Sinne des Artikels 102 darstellen kann, wenn sie gegen einen gewillten Lizenznehmer erhoben wird, ohne dass die vom Gerichtshof in seinem Urteil dargelegten Verfahrensschritte eingehalten werden.

([331]) Normungsorganisationen sind nicht an den Lizenzverhandlungen oder den daraus resultierenden Vereinbarungen beteiligt.

([332]) Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 14. Februar 1978, United Brands/Kommission, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22, Rn. 250; siehe auch Urteil des Gerichtshofs vom 16. Juli 2009, Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/Kommission, C-385/07 P, ECLI:EU:C:2009:456, Rn. 142.

([333]) Mitteilung über standardessenzielle Patente, S. 7.

([334]) Grundsätzlich dürften sich kostenbasierte Methoden wohl nicht am besten eignen, nicht zuletzt, weil sie die Schwierigkeit mit sich bringen, die Kosten, die der Entwicklung eines bestimmten Patents oder einer Gruppe von Patenten zuzuschreiben sind, zu bewerten und außerdem die Innovationsanreize verzerren können.

([335]) Neben den hier beschriebenen Methoden sind auch andere Methoden zur Ermittlung der FRAND-Sätze zulässig, sofern sie demselben Grundgedanken folgen wie die beschriebenen Methoden. Siehe auch Chryssoula Pentheroudakis, Justus A. Baron (2017), „Licensing Terms of Standard Essential Patents – A Comprehensive Analysis of Cases“ (Lizenzbedingungen für standardessenzielle Patente – Umfassende Fallanalyse), Bericht der Gemeinsamen Forschungsstelle aus der Reihe „Science for Policy“ (Wissenschaft für Politik), EUR 28302 EN, DOI:10.2791/193948.

([336]) Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 13. Juli 1989, Ministère public/Tournier, C-395/87, ECLI:EU:C:1989:319, Rn. 38, und Urteil des Gerichtshofs vom 13. Juli 1989, Lucazeau u. a./SACEM u. a., C-110/88, C-241/88 und C-242/88, ECLI:EU:C:1989:326, Rn. 33.

462. Von diesen Leitlinien unberührt bleibt die Möglichkeit der Beteiligten, die zuständigen Zivil- und Handelsgerichte zur Beilegung von Streitfällen über die Höhe der FRAND-Gebührensätze anzurufen oder alternative Methoden der Streitbeilegung zu nutzen ([337]).

7.3.3.2. Prüfung der Auswirkungen von Normenvereinbarungen

463. Bei der Prüfung einer Normenvereinbarung müssen die wahrscheinlichen Auswirkungen der Norm auf die betreffenden Märkte betrachtet werden. Bei der Analyse von Normenvereinbarungen sind zudem die Merkmale des Wirtschaftszweigs und der Branche zu berücksichtigen. Die folgenden Erwägungen gelten für alle Normenvereinbarungen, die von den in den Randnummern 451-457 dargelegten Grundsätzen abweichen.

a) *Freiwilliger Charakter der Norm*

464. Ob Normenvereinbarungen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, kann davon abhängen, ob es den Mitgliedern einer Normungsorganisation weiterhin freisteht, andere Normen oder Produkte zu entwickeln, die nicht der vereinbarten Norm entsprechen ([338]). Wenn die Normenvereinbarung die Mitglieder z. B. dazu verpflichtet, nur Produkte herzustellen, die der Norm entsprechen, erhöht sich die Gefahr wahrscheinlich negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb erheblich und könnte es unter bestimmten Umständen zu einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung kommen ([339]). Ebenso ist es bei Normen, die lediglich untergeordnete Merkmale des Endprodukts betreffen, weniger wahrscheinlich, dass sie wettbewerbsrechtliche Bedenken aufwerfen, als bei umfassenderen Normen, insbesondere wenn die Norm keine essenziellen Rechte des geistigen Eigentums betrifft.

b) *Zugang zur Norm*

465. Zu den zentralen Punkten der Prüfung, ob eine bestimmte Vereinbarung wettbewerbsbeschränkend ist, gehört ferner der Aspekt des Zugangs zu der Norm. Ist das Ergebnis einer Norm (d. h. die Anforderungen für die Einhaltung der Norm und gegebenenfalls die für ihre Anwendung essenziellen Rechte des geistigen Eigentums) nicht für alle Mitglieder oder Dritte (d. h. Unternehmen, die nicht Mitglied der jeweiligen Normungsorganisation sind) zugänglich, kann dies zu einer Abschottung oder Segmentierung von Märkten führen und damit den Wettbewerb beschränken. Der Wettbewerb wird ebenfalls wahrscheinlich beschränkt, wenn das Ergebnis einer Norm für bestimmte Mitglieder oder für Dritte nur zu diskriminierenden oder unverhältnismäßigen Bedingungen zugänglich ist. Bei mehreren konkurrierenden Normen oder bei wirksamem Wettbewerb zwischen den genormten und den nicht genormten Lösungen hat eine Zugangsbeschränkung dagegen nicht notwendigerweise wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen.

466. Bei Normenvereinbarungen mit anderen Modellen der Offenlegung von Rechten des geistigen Eigentums als den in Randnummer 457 genannten ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob das betreffende Offenlegungsmodell (z. B. eines, das die Offenlegung von Rechten des geistigen Eigentums nicht vorschreibt, sondern nur dazu anhält) einen effektiven Zugang zu der Norm gewährt. Normenvereinbarungen, die die Offenlegung von Informationen über die Merkmale und den Mehrwert der einzelnen Rechte des geistigen Eigentums, die zu einer Norm gehören, vorsehen und damit die Transparenz für die an der Entwicklung der Norm beteiligten Parteien erhöhen, beschränken in der Regel nicht den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1.

c) *Beteiligung an der Entwicklung der Norm*

467. Wenn bestimmte Unternehmen daran gehindert werden, Einfluss auf die Wahl und Festlegung einer Norm zu nehmen, dürfte dies (außer in den in Randnummer 470 beschriebenen Fällen) wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben. Bei einer offenen Beteiligung am Normentwicklungsprozess ist die Gefahr wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen dagegen geringer ([340]).

468. Eine offene Beteiligung kann dadurch erreicht werden, indem sich alle Wettbewerber und/oder relevanten Interessenträger auf dem von der Norm betroffenen Markt an der Entwicklung und Auswahl der Norm beteiligen dürfen.

469. Je größer die wahrscheinliche Auswirkung einer Norm auf den Markt und je größer ihr potenzieller Anwendungsbereich, desto wichtiger ist es, gleichberechtigten Zugang zum Normentwicklungsprozess zu gestatten.

([337]) Wenn beide Parteien einverstanden sind, können Streitigkeiten über die FRAND-Bedingungen für standardessenzielle Patente auch von einem unabhängigen Dritten, z. B. einem Schlichter, entschieden werden. Siehe beispielsweise Urteil des Gerichtshofs vom 16. Juli 2015, Huawei Technologies/ZTE Corp. und ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477, Rn. 68, und Beschluss der Kommission vom 29. April 2014 in der Sache AT. 39939, Samsung – Durchsetzung standardessenzieller UMTS-Patente, 78. Erwägungsgrund.

([338]) Siehe Entscheidung der Kommission in der Sache IV/29.151, Philips Video-Cassetterecorders, 23. Erwägungsgrund: „Da es sich hierbei um Normen für die Herstellung von Geräten und Kassetten des VCR-Systems handelt, ergibt sich daraus die Verpflichtung der beteiligten Unternehmen, nur Kassetten und Geräte nach diesem von Philips lizenzierten System herzustellen und zu vertreiben. Diese Unternehmen waren danach gehindert, … zur Herstellung oder dem Vertrieb von anderen Video-Kassettensystemen … überzugehen. … Darin lag eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 Buchstabe b."

([339]) Siehe Entscheidung der Kommission in der Sache IV/29.151, Philips Video-Cassetterecorders, 23. Erwägungsgrund.

([340]) In ihrer Entscheidung in der Sache IV/31.458, X/Open Group, vertrat die Kommission den Standpunkt, dass die Mitgliedschaftsbeschränkungen trotz der Veröffentlichung der angenommenen Normen dazu führten, dass Nichtmitglieder keinen Einfluss auf die Ergebnisse der Arbeit der Gruppe nehmen konnten und auch nicht das mit der Norm verbundene Know-how und technische Wissen erhielten, das die Mitglieder wahrscheinlich erwarben. Außerdem konnten Nichtmitglieder im Gegensatz zu den Mitgliedern die Norm nicht anwenden, solange sie nicht angenommen war (siehe Rn. 32). Die Vereinbarung wurde daher als wettbewerbsbeschränkend im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 angesehen.

470. In bestimmten Situationen hat die Beschränkung der Beteiligung möglicherweise jedoch keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1, z. B. wenn a) mehrere Normen und Normungsorganisationen miteinander im Wettbewerb stehen, b) ohne eine Beschränkung der Beteiligten ([341]) die Annahme der Norm nicht möglich oder unwahrscheinlich gewesen wäre oder c) die Beschränkung der Beteiligten zeitlich begrenzt und auf ein rasches Vorankommen ausgerichtet ist (z. B. zu Beginn der Normungsarbeiten) und solange bei wichtigen Meilensteinen alle Wettbewerber die Möglichkeit haben, sich zu beteiligen, um mit der Entwicklung der Norm fortzufahren.

471. Unter bestimmten Umständen können potenziell negative Auswirkungen einer beschränkten Beteiligung beseitigt oder zumindest begrenzt werden, und zwar wenn die Interessenträger über den Stand der Arbeiten informiert und dazu konsultiert werden ([342]). Dies könnte durch die Festlegung von Verfahren für die kollektive Vertretung von Interessenträgern erreicht werden. Je mehr Interessenträger auf den Prozess, der zur Auswahl der Norm führt, Einfluss nehmen können und je transparenter das Annahmeverfahren für eine Norm ist, desto wahrscheinlicher ist es auch, dass bei der endgültigen Norm die Interessen aller Interessenträger berücksichtigt sind.

d) *Marktanteile*

472. Um die Auswirkungen einer Normenvereinbarung prüfen zu können, sollten die Marktanteile der auf der betreffenden Norm basierenden Waren, Dienstleistungen oder Technologien berücksichtigt werden. Unter Umständen ist es nicht immer möglich ([343]), frühzeitig mit Bestimmtheit festzustellen, ob die Norm in der Praxis von einem großen oder nur von einem unbedeutenden Teil der betreffenden Branche übernommen wird. In Fällen, in denen Unternehmen, die Technologien zu der Norm beisteuern, vertikal integriert sind, bieten sich die einschlägigen Marktanteile der Unternehmen, die an der Entwicklung der Norm beteiligt waren, als Richtwert an, um den voraussichtlichen Marktanteil der Norm zu schätzen (denn diese Unternehmen werden in den meisten Fällen ein Interesse an der Anwendung der Norm haben) ([344]). Da sich die Wirksamkeit von Normenvereinbarungen jedoch häufig proportional zum Anteil der an der Entwicklung und/oder Anwendung der Norm beteiligten Branche verhält, lassen hohe Anteile der Parteien an den von der Norm betroffenen Märkten nicht unbedingt den Schluss zu, dass die Norm wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben wird.

e) *Diskriminierung*

473. Normenvereinbarungen, durch die beteiligte oder potenzielle Mitglieder eindeutig diskriminiert werden, könnten zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führen. Schließt z. B. eine Normungsorganisation ausschließlich Unternehmen aus, die nur auf vorgelagerten Märkten angesiedelt sind (also Unternehmen, die nicht auf dem nachgelagerten Markt tätig sind), könnte dies zum Ausschluss potenziell besserer vorgelagerter Technologien führen.

f) *Vorherige Offenlegung der Lizenzgebührensätze*

474. Normenvereinbarungen, die vorsehen, dass die einzelnen Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums vorab die restriktivsten Lizenzbedingungen für standardessenzielle Patente oder alle Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums einen kumulierten Höchstsatz ([345]) für Lizenzgebühren offenlegen, stellen in der Regel keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 dar. Deshalb ist es wichtig, dass Parteien, die an der Auswahl einer Norm beteiligt sind, umfassend informiert werden, und zwar nicht nur über die zur Wahl stehenden technischen Optionen und die damit verbundenen Rechte des geistigen Eigentums, sondern auch über die voraussichtlichen Kosten dieser Rechte. Sieht das von einer Normungsorganisation entworfene Konzept für Rechte des geistigen Eigentums also vor, dass Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums vor der Annahme der Norm ihre restriktivsten Lizenzbedingungen (einschließlich des Höchstsatzes bzw. des kumulierten Höchstsatzes für Lizenzgebühren) offenlegen, führt dies im Allgemeinen nicht zu wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 ([346]). Eine solche einseitige vorherige Offenlegung der restriktivsten Lizenzbedingungen oder des kumulierten Höchstsatzes für Lizenzgebühren wäre eine Möglichkeit, die an der Entwicklung einer Norm beteiligten Parteien in die Lage zu versetzen, eine fundierte Entscheidung auf der Grundlage der Vor- und Nachteile der verschiedenen alternativen Technologien zu treffen.

([341]) Eine solche Beschränkung kann durch den Ausschluss von Interessenträgern von der Normenvereinbarung oder durch einen eingeschränkteren Beteiligtenstatus erfolgen.

([342]) Siehe auch Entscheidung der Kommission vom 14. Oktober 2009 in der Sache 39.416, Schiffsklassifikation.

([343]) Insbesondere dann, wenn durch die Einführung der Norm wahrscheinlich ein neuer relevanter Markt geschaffen wird.

([344]) Siehe Rn. 438.

([345]) Um die Transparenz in Bezug auf die potenziellen Kosten für die Anwendung einer Norm zu erhöhen, könnten Normungsorganisationen eine aktive Rolle bei der Offenlegung der höchsten Lizenzgebühren für die Norm übernehmen. Ähnlich wie beim Konzept eines Patentpools können sich die Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums die Gesamtlizenzgebühren teilen.

([346]) Eine einseitige oder gemeinsame vorherige Offenlegung der restriktivsten Lizenzbedingungen sollte nicht als Deckmantel für eine gemeinsame Festsetzung der Preise für nachgelagerte Produkte oder für substituierbare Rechte des geistigen Eigentums bzw. Technologien dienen, was eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellt.

7.4. **Prüfung nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV**

7.4.1. *Effizienzgewinne*

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

476. Damit durch Normenvereinbarungen Effizienzgewinne erzielt werden, müssen die für die Anwendung der Norm erforderlichen Informationen für diejenigen, die in den Waren- oder Dienstleistungsmarkt, auf den sich die Norm bezieht, eintreten wollen, effektiv verfügbar sein ([347]).

477. Die Verbreitung einer Norm kann durch die Verwendung von Gütesiegeln und Logos verbessert werden, die die Einhaltung der Norm bestätigen und den Kunden dadurch Klarheit verschaffen. Prüfungs- und Zertifizierungsvereinbarungen gehen über das primäre Ziel, eine Norm festzulegen, hinaus und betreffen in der Regel einen gesonderten Markt.

478. Während die Auswirkungen auf die Innovationstätigkeit im Einzelfall untersucht werden müssen, ist es bei Normen, die auf horizontaler Ebene Kompatibilität zwischen verschiedenen Technologien schaffen, wahrscheinlich, dass sie zu Effizienzgewinnen führen.

7.4.2. *Unerlässlichkeit*

479. Wettbewerbsbeschränkungen, die weiter gehen als für die Erzielung der durch eine Normenvereinbarung möglichen Effizienzgewinne notwendig, erfüllen nicht die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3.

480. Bei der Prüfung von Normenvereinbarungen müssen einerseits ihre wahrscheinlichen Auswirkungen auf die betreffenden Märkte und andererseits der Umfang der Beschränkungen, die möglicherweise über das Ziel hinausgehen, Effizienzgewinne zu erzeugen, berücksichtigt werden ([348]).

481. Die Beteiligung an der Normentwicklung sollte grundsätzlich allen Wettbewerbern auf den Märkten, die von der Norm betroffen sind, offenstehen, es sei denn, eine solche Beteiligung würde zu erheblichen Ineffizienzen führen, z. B. zu langen Verzögerungen im Annahmeprozess ([349]). Ist die Beteiligung an der Normentwicklung beschränkt, sollten etwaige restriktive Auswirkungen dieser beschränkten Beteiligung beseitigt oder abgeschwächt werden ([350]), damit die Beschränkung der Beteiligung durch Effizienzgewinne nach Artikel 101 Absatz 3 aufgewogen werden kann.

([347]) Siehe Entscheidung der Kommission vom 15. Dezember 1986 in der Sache IV/31.458, X/Open Group, 42. Erwägungsgrund: „Die Kommission erachtet die Bereitschaft der Gruppe, die Arbeitsergebnisse so schnell als möglich zugänglich zu machen, als einen wesentlichen Bestandteil ihrer Freistellungsentscheidung."

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

([349]) Siehe Entscheidung der Kommission vom 15. Dezember 1986 in der Sache IV/31.458, X/Open Group, 45. Erwägungsgrund: „Die Zielsetzungen der Gruppe könnten nicht erreicht werden, wenn Unternehmen, die sich für diese engagieren wollen, ein Anrecht darauf hätten, Mitglied zu werden. Dies würde praktische und logistische Schwierigkeiten für die Organisation der Arbeit mit sich bringen und möglicherweise bewirken, dass geeignete Vorschläge nicht berücksichtigt werden." Siehe auch Entscheidung der Kommission in der Sache 39.416, Schiffsklassifikation, Rn. 36: „[D]ie Verpflichtungszusagen [schaffen] ein angemessenes Verhältnis zwischen der Aufrechterhaltung anspruchsvoller Kriterien für eine IACS-Mitgliedschaft einerseits sowie der Beseitigung unnötiger Hindernisse für eine IACS-Mitgliedschaft andererseits. Die neuen Kriterien gewährleisten, dass nur technisch geeignete KGs für eine IACS-Mitgliedschaft infrage kommen, wodurch verhindert wird, dass die Wirksamkeit und Qualität der IACS-Tätigkeiten durch zu milde Anforderungen für eine Mitwirkung bei IACS unzulässig beeinträchtigt wird. Gleichzeitig hindern die neuen Kriterien KGs, die technisch kompetent und hierzu bereit sind, nicht am Beitritt zur IACS".

([350]) Siehe Rn. 471 zur Sicherstellung, dass die Interessenträger über die laufenden Arbeiten informiert und konsultiert werden, wenn die Beteiligung beschränkt ist.

482. Normenvereinbarungen sollten sich grundsätzlich nur auf das erstrecken, was zur Erreichung ihrer Ziele – sei es technische Interoperabilität und Kompatibilität oder ein bestimmtes Qualitätsniveau – erforderlich ist. Liegt es in bestimmten Fällen im Interesse der Verbraucher oder der Wirtschaft insgesamt, dass eine einzige technologische Lösung Verwendung findet, so sollte die Norm diskriminierungsfrei festgelegt werden. Technologieneutrale Normen können unter bestimmten Umständen größere Effizienzgewinne ermöglichen. Werden substituierbare Rechte des geistigen Eigentums ([351]) als essenzieller Bestandteil einer Norm einbezogen und die Anwender der Norm gleichzeitig gezwungen, mehr für diese Rechte des geistigen Eigentums zu zahlen, als es technisch notwendig wäre, so geht dies über das Maß hinaus, das für die Erzielung der angestrebten Effizienzgewinne notwendig wäre. Ebenso könnten die Einbeziehung von substituierbaren Rechten des geistigen Eigentums als essenzieller Bestandteil einer Norm und die gleichzeitige Beschränkung der Nutzung der betreffenden Technologie auf diese bestimmte Norm (d. h. ausschließliche Nutzung) den Wettbewerb zwischen Technologien einschränken und wären zudem nicht notwendig, um die angestrebten Effizienzgewinne zu erzielen.

483. Beschränkungen in Normenvereinbarungen, die eine Norm für eine Branche verbindlich machen und ihre Verwendung zwingend vorschreiben, sind im Prinzip nicht unerlässlich.

484. Ebenso gehen Normenvereinbarungen, die bestimmten Einrichtungen das ausschließliche Recht übertragen, die Normkonformität zu prüfen, über das primäre Ziel, eine Norm festzulegen, hinaus und könnten den Wettbewerb ebenfalls beschränken. Die Ausschließlichkeit kann jedoch für einen bestimmten Zeitraum gerechtfertigt sein, z. B. um erhebliche Anlaufkosten zu amortisieren ([352]). Die Normenvereinbarung sollte in diesem Fall angemessene Schutzklauseln enthalten, um mögliche sich aus der Ausschließlichkeit ergebende Wettbewerbsrisiken zu minimieren. Dies betrifft u. a. die Zertifizierungsgebühr, die zumutbar sein und in einem angemessenen Verhältnis zu den Kosten der Konformitätsprüfung stehen sollte.

7.4.3. *Weitergabe an die Verbraucher*

485. Durch unerlässliche Beschränkungen erzielte Effizienzgewinne müssen in einem solchen Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass sie die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Normenvereinbarung aufwiegen. Für die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit einer Weitergabe der Effizienzgewinne an die Verbraucher ist es wichtig, zu berücksichtigen, welche Verfahren verwendet werden, um den Schutz der Interessen der Anwender der betreffenden Norm und der Endkunden zu gewährleisten. Darüber hinaus gilt: Fördern Normen die technische Interoperabilität und Kompatibilität und/oder den Wettbewerb zwischen neuen und eingeführten Produkten, Dienstleistungen und Verfahren, so kann davon ausgegangen werden, dass die betreffende Norm den Verbrauchern zugutekommt.

7.4.4. *Keine Ausschaltung des Wettbewerbs*

486. Ob eine Normenvereinbarung den Parteien möglicherweise die Ausschaltung des Wettbewerbs ermöglicht, hängt davon ab, welche Quellen des Wettbewerbs auf dem Markt bestehen, wie viel Wettbewerbsdruck diese auf die Parteien ausüben und wie sich wiederum die Vereinbarung auf diesen Wettbewerbsdruck auswirkt. Während Marktanteile ein wichtiger Anhaltspunkt bei einer solchen Prüfung sind, kann das Ausmaß der verbleibenden Quellen tatsächlichen Wettbewerbs nicht allein anhand der Marktanteile ermessen werden, es sei denn, eine Norm hat sich in der betreffenden Branche als De-facto-Norm ([353]) durchgesetzt. In letzterem Fall könnte der Wettbewerb ausgeschaltet werden, wenn Dritten der effektive Zugang zu dieser Norm verwehrt wird.

7.5. **Beispiele**

487. Festlegung von Normen, die Wettbewerber nicht erfüllen können

Beispiel 1

Sachverhalt: Eine Normungsorganisation hat Sicherheitsnormen festgelegt und veröffentlicht. Diese Normen sind in der betreffenden Branche weitverbreitet. Die meisten Wettbewerber in der Branche waren an der Entwicklung der Norm beteiligt. Vor der Annahme der Norm hat ein neuer Marktteilnehmer ein Produkt entwickelt, das in Bezug auf die Leistung und die funktionalen Anforderungen technisch gleichwertig ist und vom technischen Ausschuss der Normungsorganisation anerkannt wird. Die technischen Anforderungen der Sicherheitsnorm wurden jedoch ohne objektive Begründung so formuliert, dass weder dieses spezifische Produkt noch andere neue Produkte der Norm entsprechen.

([351]) „Substituierbare Rechte des geistigen Eigentums“ bezieht sich auf Technologien, die von den Nutzern/Lizenznehmern aufgrund der spezifischen Merkmale der Technologie und in Bezug auf ihren Zweck als untereinander austauschbar oder als geeigneter Ersatz für eine andere Technologie betrachtet werden.

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

([353]) „De-facto-Norm“ bezieht sich auf eine Situation, in der eine (nicht rechtsverbindliche) Norm in der Praxis vom Großteil einer Branche verwendet wird.

Analyse: In diesem Fall ist die Beteiligung an der Entwicklung der Norm nicht uneingeschränkt, und das Verfahren zur Annahme der Norm scheint nicht transparent gewesen zu sein. Bei dieser Normenvereinbarung sind wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 wahrscheinlich, und die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 dürften nicht erfüllt sein. Die Mitglieder der Normungsorganisation haben die Norm ohne objektive Begründung so festgelegt, dass die Produkte von Wettbewerbern, die sich auf andere technologische Lösungen stützen, der Norm nicht entsprechen können, obgleich sie ebenso leistungsfähig sind. Eine solche Vereinbarung, die nicht auf diskriminierungsfreier Grundlage festgelegt wurde, verringert oder verhindert somit Innovation und Produktvielfalt. Es ist unwahrscheinlich, dass durch die Art und Weise, in der die Norm aufgesetzt ist, höhere Effizienzgewinne erzielt werden als bei einer neutralen Norm.

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

Beispiel 2

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

Analyse: Vorausgesetzt, dass a) es den Herstellern weiterhin freisteht, andere neue Produkte herzustellen, die nicht der neuen Norm entsprechen, b) eine unbeschränkte und transparente Beteiligung an der Entwicklung der Norm gewährleistet ist und c) die Normenvereinbarung den Wettbewerb ansonsten nicht beschränkt, ist es unwahrscheinlich, dass die Vereinbarung zu einer Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 führt. Haben die Parteien dagegen vereinbart, nur noch Produkte nach der neuen Norm herzustellen, dann würde die Vereinbarung wahrscheinlich den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 beschränken, indem Produktvielfalt und technische Innovation begrenzt werden.

489. Normenvereinbarung ohne Offenlegung der Rechte des geistigen Eigentums

Beispiel 3

Sachverhalt: Eine private Normungsorganisation für die Normierung im Informations- und Kommunikationstechnologiesektor verfolgt ein Konzept für Rechte des geistigen Eigentums, nach dem die Offenlegung von Rechten des geistigen Eigentums, die für jegliche künftige Norm essenziell sein könnten, weder vorgeschrieben ist noch gefördert wird. Die Normungsorganisation hat insbesondere deswegen bewusst entschieden, eine solche Verpflichtung nicht vorzusehen, da in der Regel alle für eine künftige Norm möglicherweise relevanten Technologien bereits durch zahlreiche Rechte des geistigen Eigentums geschützt sind. Daher kam die Normungsorganisation zu dem Schluss, dass eine Verpflichtung zur Offenlegung der Rechte des geistigen Eigentums zum einen nicht den Vorteil hätte, dass die Beteiligten eine Lösung wählen könnten, die nur wenige oder keine Rechte des geistigen Eigentums umfassen würde, und zum anderen durch die Prüfung der Frage, ob die Rechte des geistigen Eigentums essenziell für die künftige Norm sind, zu zusätzlichen Kosten führen würde. Das von der Normungsorganisation entworfene Konzept für Rechte des geistigen Eigentums verlangt jedoch von allen Beteiligten, dass sie sich verpflichten, alle Rechte des geistigen Eigentums, die die künftige Norm betreffen könnten, zu FRAND-Bedingungen zu lizenzieren. Das Konzept für Rechte des geistigen Eigentums sieht eine Freistellungsmöglichkeit vor, wenn Inhaber eines bestimmten Rechts dieses von der pauschalen Lizenzierungsverpflichtung ausnehmen wollen. In der betreffenden Branche gibt es mehrere konkurrierende private Normungsorganisationen. Die Beteiligung an der Normungsorganisation steht allen Akteuren des Wirtschaftszweigs frei.

Analyse: In vielen Fällen würde sich eine Verpflichtung zur Offenlegung von Rechten des geistigen Eigentums wettbewerbsfördernd auswirken, indem der Wettbewerb zwischen Technologien vorab verstärkt wird. Grundsätzlich ermöglicht es eine solche Verpflichtung den Mitgliedern einer Normungsorganisation, den Umfang der Rechte des geistigen Eigentums, die mit einer bestimmten Technologie verbunden sind, zu berücksichtigen, wenn sie zwischen konkurrierenden Technologien entscheiden (oder gar, wenn möglich, eine Technologie zu wählen, die nicht durch Rechte des geistigen Eigentums geschützt ist). Der Umfang der Rechte des geistigen Eigentums, die für eine Technologie gelten, hat oft direkte Auswirkungen auf die Kosten des Zugangs zu der Norm. In diesem speziellen Zusammenhang scheinen jedoch alle verfügbaren Technologien durch (sogar zahlreiche) Rechte des geistigen Eigentums geschützt zu sein. Daher hätte eine Offenlegung der Rechte des geistigen Eigentums nicht die positive Wirkung, dass die Mitglieder den Umfang der Rechte des geistigen Eigentums berücksichtigen können, wenn sie sich für eine Technologie entscheiden, da unabhängig davon, welche Technologie ausgewählt wird, wahrscheinlich Rechte des geistigen Eigentums damit verbunden sind. Die Vereinbarung hat wahrscheinlich keine wettbewerbsschädigenden Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1.

8. STANDARDBEDINGUNGEN

8.1. Definitionen

490. In einigen Branchen verwenden Unternehmen Standardverkaufsbedingungen, die entweder von einem Wirtschaftsverband oder aber direkt von den Wettbewerbern ausgearbeitet wurden (im Folgenden „Standardbedingungen“) ([354]). Solche Standardbedingungen fallen insoweit unter diese Leitlinien, als sie Standardbedingungen für den Verkauf oder den Kauf von Waren oder Dienstleistungen durch diese konkurrierenden Unternehmen an Drittkunden bzw. von Drittanbietern sind (und nicht den Verkauf oder Kauf zwischen den Wettbewerbern betreffen). Ist in einer Branche die Verwendung von Standardbedingungen gängig, kann dies de facto eine Angleichung der Kauf- oder Verkaufsbedingungen in der Branche zur Folge haben ([355]). Wirtschaftszweige, in denen Standardbedingungen eine wichtige Rolle spielen, sind der Bankensektor (z. B. Kontobedingungen) und die Versicherungsbranche.

491. Bei Standardbedingungen, die von einem Unternehmen unabhängig und nur für eigene Zwecke in Verträgen mit Zulieferern oder Kunden eingesetzt werden, handelt es sich nicht um horizontale Vereinbarungen; sie sind folglich nicht Gegenstand dieser Leitlinien.

8.2. Relevante Märkte

492. Standardbedingungen haben in der Regel Auswirkungen auf den nachgelagerten Märkten, auf denen Unternehmen, die mit Standardbedingungen arbeiten, über den Verkauf ihrer Produkte an ihre Kunden miteinander konkurrieren.

8.3. Prüfung nach Artikel 101 Absatz 1 AEUV

8.3.1. *Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken*

493. Standardbedingungen können wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, indem sie das Produktangebot und die Innovation einschränken. Wenn ein großer Teil einer Branche Standardbedingungen verwendet und sich entscheidet, auch in einzelnen Fällen nicht (oder nur in Ausnahmefällen besonders hoher Nachfragemacht) von diesen abzuweichen, haben die Kunden keine andere Wahl, als die Standardbedingungen zu akzeptieren. Die Gefahr einer Einschränkung der Auswahlmöglichkeiten und Innovation würde allerdings nur dann bestehen, wenn in den Standardbedingungen der Anwendungsbereich des Endprodukts festgelegt ist. Bei Konsumgütern schränken die allgemeinen Verkaufsbedingungen in der Regel weder die Innovation in Bezug auf das tatsächliche Produkt noch seine Qualität oder die Produktvielfalt ein.

494. Je nach inhaltlicher Ausgestaltung können Standardbedingungen sich zudem auf die Geschäftsbedingungen für den Verkauf des Endprodukts auswirken. Insbesondere besteht eine große Gefahr, dass Standardbedingungen, die sich auf den Preis beziehen, den Preiswettbewerb beeinträchtigen.

495. Wenn Standardbedingungen in einer Branche weitverbreitet sind, kann ferner der Zugang zu diesen Bedingungen für den Markteintritt entscheidend sein. In solchen Fällen könnte die Verweigerung des Zugangs zu den Standardbedingungen zu einer wettbewerbswidrigen Marktabschottung führen. Solange allen, die Zugang zu den Standardbedingungen wünschen, dieser Zugang nicht verwehrt wird, ist eine wettbewerbswidrige Marktabschottung unwahrscheinlich.

8.3.2. *Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung*

496. Vereinbarungen, bei denen Standardbedingungen als Teil einer umfassenderen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung verwendet werden und durch die der tatsächliche oder potenzielle Wettbewerb ausgeschlossen werden soll, bezwecken eine Wettbewerbsbeschränkung. Ein Beispiel wäre, wenn ein Wirtschaftsverband einem neuen Marktteilnehmer den Zugang zu seinen Standardbedingungen verwehrt, obwohl deren Verwendung für den Markteintritt unerlässlich ist.

497. Bei Standardbedingungen mit Bestimmungen, die sich direkt auf die Kundenpreise ([356]) auswirken (in Form von Preisempfehlungen oder Rabatten usw.), handelt es sich in der Regel ebenfalls um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung.

8.3.3. *Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen*

498. Die Festlegung und Verwendung von Standardbedingungen müssen unter ihren wirtschaftlichen Rahmenbedingungen und unter Berücksichtigung der Lage auf dem relevanten Markt geprüft werden, um festzustellen, ob es wahrscheinlich ist, dass die Standardbedingungen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben.

([354]) Solche Standardbedingungen können einen sehr kleinen oder aber einen großen Teil der im endgültigen Vertrag enthaltenen Klauseln betreffen.

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

([356]) Siehe auch Fn. 32. Auf Märkten, auf denen nicht preisliche Parameter wichtig sind, können auch Standardbedingungen, die sich auf solche Parameter beziehen, eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen.

499. Wenn sich die Wettbewerber auf dem relevanten Markt uneingeschränkt an der Festlegung von Standardbedingungen beteiligen können (entweder im Rahmen des Wirtschaftsverbands oder direkt), es sich nicht um verbindlich vorgeschriebene Standardbedingungen handelt und die Standardbedingungen tatsächlich für jedes Unternehmen zugänglich sind, ist es unwahrscheinlich, dass Vereinbarungen über Standardbedingungen negative Auswirkungen auf die Produktqualität, die Produktvielfalt oder die Innovation und somit wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben (vorausgesetzt, die Standardbedingungen haben keine Auswirkungen auf den Preis, und unter den in den Randnummern 501-505 dargelegten Vorbehalten).

500. Es gibt jedoch zwei allgemeine Ausnahmen, bei denen eine tiefergehende Prüfung angezeigt ist.

501. Erstens könnten Standardbedingungen für den Verkauf von Konsumgütern oder Dienstleistungen, in denen die Merkmale des Endprodukts festgelegt sind, sodass eine höhere Gefahr einer Einschränkung der Produktauswahl besteht, zu wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 führen, wenn ihre allgemeine Anwendung de facto wahrscheinlich zu einer Abstimmung führen würde. Dies könnte der Fall sein, wenn Standardbedingungen aufgrund ihrer allgemein gängigen Verwendung de facto zu einer Einschränkung von Innovation und Produktvielfalt auf dem Markt führen. Ein solcher Fall kann vorliegen, wenn die Standardbedingungen in Versicherungsverträgen den Kunden in seiner Wahl zentraler Vertragselemente (z. B. abgedeckte Risikotypen) einschränken. Selbst wenn die Verwendung von Standardbedingungen nicht vorgeschrieben ist, können sie den konkurrierenden Versicherern den Anreiz nehmen, über die Produktvielfalt mit den anderen Wettbewerbern zu konkurrieren. Dieses Problem kann dadurch gelöst werden, dass den Versicherungsgesellschaften gestattet wird, auch andere Risiken als die Standardrisiken in ihre Versicherungsverträge aufzunehmen.

502. Bei der Prüfung, ob Standardbedingungen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen in Form einer Einschränkung der Produktvielfalt haben könnten, sollten Faktoren wie der auf dem Markt bestehende Wettbewerb berücksichtigt werden. Gibt es beispielsweise viele kleinere Wettbewerber, ist die Gefahr einer Einschränkung der Produktvielfalt in der Regel geringer bei nur einigen großen Wettbewerbern ([357]). Die Marktanteile der an der Festlegung der Standardbedingungen beteiligten Unternehmen können ebenfalls Aufschluss darüber geben, wie wahrscheinlich es ist, dass die Standardbedingungen positiv angenommen oder von einem Großteil des Marktes genutzt werden. In diesem Zusammenhang ist jedoch nicht nur zu prüfen, ob die Standardbedingungen wahrscheinlich von einem Großteil des Markts genutzt werden, sondern auch, ob die Standardbedingungen das gesamte Produkt oder nur einen Teil davon abdecken (je kleiner der Anwendungsbereich der Standardbedingungen, desto unwahrscheinlicher ist eine Beschränkung der Produktvielfalt insgesamt). In Fällen, in denen es ohne Standardbedingungen nicht möglich gewesen wäre, ein bestimmtes Produkt anzubieten, sind wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 unwahrscheinlich. In diesem Szenario wird die Produktvielfalt durch das Festlegen von Standardbedingungen eher ausgeweitet als eingeschränkt.

503. Zweitens können die Standardbedingungen, selbst wenn in ihnen nicht die Merkmale des Endprodukts festgelegt sind, die Entscheidung der Kunden, ein Geschäft abzuschließen, aus anderen Gründen erheblich beeinflussen. Ein Beispiel ist das Online-Shopping, bei dem das Kundenvertrauen eine maßgebliche Rolle spielt (Vertrauen in die Sicherheit der verwendeten Zahlungssysteme, Verlässlichkeit der Produktbeschreibung, Klarheit und Transparenz der Preisbildungsregeln, Flexibilität der Rückgaberechte usw.). Da es für die Kunden schwierig ist, all diese Parameter eindeutig zu bewerten, neigen sie zu den gängigsten Vorgehensweisen. Unter diesen Umständen könnten Standardbedingungen für diese Parameter zu einer De-facto-Norm werden, an die sich die Unternehmen halten müssten, um auf dem Markt verkaufen zu können. Trotz nicht verbindlicher Verwendung könnten sich solche Standardbedingungen zu einer De-facto-Norm entwickeln, die in ihren Auswirkungen einer verbindlichen Norm sehr nahekommt und entsprechend untersucht werden müsste.

504. Ist die Verwendung von Standardbedingungen verbindlich, müssen sie auf ihre Auswirkungen auf Produktqualität, Produktvielfalt und Innovation geprüft werden (insbesondere wenn die Nutzung der Standardbedingungen für den gesamten Markt verbindlich ist).

505. Sollten die (verbindlichen oder nicht verbindlichen) Standardbedingungen zudem Bestimmungen enthalten, die sich in Bezug auf die Preise negativ auf den Wettbewerb auswirken dürften ([358]) (z. B. Bedingungen, die indirekt die Arten der zu gewährenden Rabatte beeinflussen), sind wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 wahrscheinlich.

([357]) Wenn frühere Erfahrungen mit Standardbedingungen auf dem relevanten Markt zeigen, dass die Standardbedingungen nicht zu weniger Wettbewerb bei der Produktvielfalt geführt haben, könnte dies auch ein Hinweis darauf sein, dass die Nutzung derselben Art von Standardbedingungen in Bezug auf ein verwandtes Produkt ebenfalls keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen hat.

([358]) Auf Märkten, auf denen nicht-preisliche Parameter wichtig sind, können Standardbedingungen, die sich auf solche Parameter beziehen, ebenfalls wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben.

8.4. **Prüfung nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV**

8.4.1. *Effizienzgewinne*

506. Aus der Verwendung von Standardbedingungen können wirtschaftliche Vorteile erwachsen, u. a. für die Verbraucher, für die der Vergleich der gebotenen Konditionen und die Entscheidung, gegebenenfalls zu einem anderen Anbieter zu wechseln, einfacher werden. Standardbedingungen können zudem zu Effizienzgewinnen führen (z. B. in Form geringerer Transaktionskosten) und in bestimmten Wirtschaftszweigen (insbesondere bei rechtlich komplexen Verträgen) den Marktzutritt erleichtern. Standardbedingungen können auch die Rechtssicherheit für die Vertragsparteien erhöhen. Diese Effizienzgewinne können zu einem widerstandsfähigen Binnenmarkt beitragen.

507. Je mehr Wettbewerber es auf einem Markt gibt, desto größer sind die Effizienzgewinne, die durch einen leichteren Vergleich der angebotenen Konditionen erzielt werden.

8.4.2. *Unerlässlichkeit*

508. Wettbewerbsbeschränkungen, die weiter gehen als für die Erzielung der durch Standardbedingungen möglichen Effizienzgewinne notwendig, erfüllen nicht die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3. So ist es in der Regel nicht erforderlich, Standardbedingungen für die betreffende Branche verbindlich vorzuschreiben. Jedoch ist nicht auszuschließen, dass es in bestimmten Fällen unerlässlich sein kann, die Verwendung von Standardbedingungen verbindlich vorzuschreiben, um bestimmte Effizienzgewinne zu erzielen.

8.4.3. *Weitergabe an die Verbraucher*

509. Die Gefahr wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen wie auch die Wahrscheinlichkeit sich ergebender Effizienzgewinne nehmen mit wachsenden Marktanteilen der beteiligten Unternehmen und mit dem Umfang, in dem Standardbedingungen verwendet werden, zu. Deshalb gibt es keinen allgemeinen geschützten Bereich (Safe-Harbour), für den erklärt werden kann, dass keine Gefahr wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen besteht, oder für den grundsätzlich die Annahme zulässig wäre, dass Effizienzgewinne in einem solchen Maße an die Verbraucher weitergegeben werden, dass jegliche wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen aufgewogen werden.

510. Bestimmte, durch die Verwendung von Standardbedingungen entstehende Effizienzgewinne sind zwangsläufig von Vorteil für die Verbraucher, z. B. bessere Vergleichsmöglichkeiten auf einem Markt, der leichtere Wechsel zu einem anderen Anbieter und Rechtssicherheit. Bei anderen möglichen Effizienzgewinnen (z. B. niedrigeren Transaktionskosten) ist im Einzelfall und unter Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen zu prüfen, ob eine Weitergabe dieser Effizienzgewinne an die Verbraucher wahrscheinlich ist.

8.4.4. *Keine Ausschaltung des Wettbewerbs*

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

8.5. **Beispiele**

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

Beispiel 1

Sachverhalt: Ein Stromversorgerverband legt nicht verbindliche Standardbedingungen für Stromlieferungen an Endkunden fest. Die Standardbedingungen wurden auf transparente und nichtdiskriminierende Weise ausgearbeitet. Sie enthalten u. a. Angaben zum Einspeisepunkt, zum Standort der Anschlussstelle und zur Anschlussspannung, Bestimmungen zur Versorgungszuverlässigkeit sowie die Verfahren für die Abrechnung zwischen den Vertragsparteien (z. B. Vorgehensweise für den Fall, dass der Kunde den Stromzähler nicht abliest bzw. dem Stromanbieter keine Angaben über seinen Verbrauch übermittelt). Die Standardbedingungen beziehen sich nicht auf die Preise, d. h. sie enthalten keine empfohlenen Preise oder anderen Preisklauseln. Jedes in diesem Wirtschaftszweig tätige Unternehmen kann selbst entscheiden, ob es die Standardbedingungen verwendet oder nicht. Rund 80 % der Verträge mit Endkunden auf dem relevanten Markt stützen sich auf diese Standardbedingungen.

Analyse: Es ist nicht wahrscheinlich, dass die Standardbedingungen den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 beschränken. Auch wenn sie in der betreffenden Branche üblich geworden sind, scheint es unwahrscheinlich, dass sie spürbare negative Auswirkungen auf die Preise, die Produktqualität oder die Produktvielfalt haben.

513. Standardbedingungen, die in Verträgen zwischen Unternehmen verwendet werden

Beispiel 2

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

Analyse: Es ist nicht wahrscheinlich, dass die Standardbedingungen den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 beschränken. In der Regel wird der Kunde in der Wahl des Endprodukts, in diesem Fall der Bauarbeiten, nicht wesentlich eingeschränkt. Andere wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen sind unwahrscheinlich. Einige der genannten Klauseln (Übergabe und Mängel, Vertragskündigung usw.) sind häufig gesetzlich geregelt.

514. Standardbedingungen, die den Vergleich von Produkten verschiedener Unternehmen erleichtern

Beispiel 3

Sachverhalt: Ein nationaler Verband des Versicherungssektors verbreitet nicht verbindliche Standardbedingungen für Versicherungen für Wohngebäude. Die Bedingungen enthalten weder Angaben zu den vom Versicherungsnehmer zu zahlenden Versicherungsprämien noch Hinweise dazu, bis zu welcher Höhe das Risiko abgedeckt ist oder wie hoch die Selbstbeteiligung ist. Sie schreiben keine globale Deckung vor, bei der Risiken eingeschlossen würden, denen eine große Anzahl von Versicherungsnehmern nicht gleichzeitig ausgesetzt ist, und verpflichten den Versicherungsnehmer nicht, unterschiedliche Risiken bei demselben Versicherer zu versichern. Zwar verwendet der größte Teil der Versicherungsgesellschaften die Standardbedingungen für Versicherungen, doch enthalten die Verträge nicht immer dieselben Konditionen, da diese an die Bedürfnisse des einzelnen Versicherungsnehmers angepasst werden; es gibt folglich keine De-facto-Norm für Versicherungsprodukte. Die Standardbedingungen für Versicherungen ermöglichen es den Verbrauchern und den Verbraucherverbänden, die Versicherungen der verschiedenen Versicherungsgesellschaften miteinander zu vergleichen. Ein Verbraucherverband ist an der Festlegung der Standardbedingungen für Versicherungen beteiligt. Sie sind für alle neuen Marktteilnehmer gleichermaßen zugänglich.

Analyse: Die standardisierten Versicherungsbedingungen betreffen die Zusammensetzung des endgültigen Versicherungsprodukts. Sofern die Marktbedingungen und andere Faktoren erkennen lassen, dass die Gefahr einer Einschränkung der Produktvielfalt besteht, weil die Versicherungsunternehmen Standardbedingungen für Versicherungen verwenden, wird eine solche Einschränkung wahrscheinlich durch Effizienzgewinne aufgewogen (so kann der Kunde etwa die von den Versicherungsgesellschaften gebotenen Konditionen besser miteinander vergleichen). Solche Vergleiche wiederum erleichtern den Wechsel zwischen Versicherungsgesellschaften und fördern so den Wettbewerb. Zudem stellen die Möglichkeit eines Anbieterwechsels und der Markteintritt von Wettbewerbern einen Vorteil für die Verbraucher dar. Die Beteiligung der Verbraucherorganisation an dem Prozess kann die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass diese Effizienzgewinne weitergegeben werden. Außerdem ist es wahrscheinlich, dass die standardisierten Versicherungsbedingungen die Transaktionskosten senken und Versicherungsgesellschaften den Eintritt in einen anderen räumlich oder sachlich relevanten Markt erleichtern. Zudem scheinen die Beschränkungen nicht über das hinauszugehen, was zur Erzielung der angestrebten Effizienzgewinne notwendig ist, und der Wettbewerb würde nicht ausgeschaltet. Folglich ist es wahrscheinlich, dass die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt sind.

9. **NACHHALTIGKEITSVEREINBARUNGEN**

9.1. **Einleitung**

515. Dieses Kapitel enthält allgemeine Erläuterungen zur wettbewerbsrechtlichen Prüfung von Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die Nachhaltigkeitsziele verfolgen (im Folgenden „Nachhaltigkeitsvereinbarungen“). Zusätzlich zu diesen allgemeinen Leitlinien hat sich die Kommission verpflichtet, in ihrer Mitteilung über informelle Orientierungshilfen ([359]) auch informelle Orientierungshilfen für neue oder ungelöste Fragen zu einzelnen Nachhaltigkeitsvereinbarungen bereitzustellen.

([359]) Bekanntmachung der Kommission – Informelle Orientierungshilfen zu neuen oder ungelösten Fragen im Zusammenhang mit der Anwendung der Artikel 101 und 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union in Einzelfällen (Beratungsschreiben) (ABl. C 381 vom 4.10.2022, S. 9).

516. Die nachhaltige Entwicklung ist ein Grundprinzip des Vertrags über die Europäische Union und ein vorrangiges Ziel für die politischen Maßnahmen der Union ([360]). Die Kommission hat sich verpflichtet, die Ziele der Vereinten Nationen für nachhaltige Entwicklung ([361]) umzusetzen. Im Einklang mit dieser Verpflichtung wird im europäischen Grünen Deal eine Wachstumsstrategie dargelegt, mit der die Union zu einer fairen und wohlhabenden Gesellschaft mit einer modernen, ressourceneffizienten und wettbewerbsfähigen Wirtschaft werden soll, in der ab 2050 keine Netto-Treibhausgasemissionen mehr freigesetzt werden und das Wirtschaftswachstum von der Ressourcennutzung abgekoppelt ist ([362]).

517. Im weitesten Sinne bezieht sich nachhaltige Entwicklung auf die Fähigkeit der Gesellschaft, die heute verfügbaren Ressourcen zu verbrauchen und zu nutzen, ohne die Fähigkeit künftiger Generationen zu gefährden, ihre eigenen Bedürfnisse zu decken. Sie umfasst Tätigkeiten, die die wirtschaftliche, ökologische und soziale Entwicklung (einschließlich der Arbeitnehmer- und Menschenrechte) unterstützen ([363]). Der Begriff „Nachhaltigkeitsziele" umfasst daher u. a. die Bekämpfung des Klimawandels (z. B. durch die Verringerung der Treibhausgasemissionen), die Vermeidung von Umweltverschmutzung, die Begrenzung der Nutzung natürlicher Ressourcen, den Schutz der Menschenrechte, die Gewährleistung eines existenzsichernden Einkommens, die Förderung einer widerstandsfähigen Infrastruktur und von Innovationen, die Verringerung der Nahrungsmittelverschwendung, die Erleichterung des Übergangs zu gesunden und nährstoffreichen Nahrungsmitteln und die Gewährleistung des Tierschutzes ([364]).

518. Die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts trägt zu einer nachhaltigen Entwicklung bei, indem ein wirksamer Wettbewerb gewährleistet wird, der Innovationen anregt, die Qualität und die Auswahl an Produkten erhöht, eine effiziente Ressourcenallokation sicherstellt, die Produktionskosten senkt und damit zum Verbraucherwohl beiträgt.

519. Ein Problem, das sich im Hinblick auf eine nachhaltige Entwicklung ergibt, besteht jedoch darin, dass einzelne Produktions- und Verbrauchsentscheidungen negative Auswirkungen (im Folgenden „negative externe Effekte"), beispielsweise auf die Umwelt, haben können, die von den Wirtschaftsbeteiligten oder Verbrauchern, die sie verursachen, nicht ausreichend berücksichtigt werden. Diese Art von Marktversagen kann durch kollektive Maßnahmen abgemildert oder behoben werden, in erster Linie durch öffentliche Maßnahmen oder (sektorspezifische) Vorschriften und in zweiter Linie durch Vereinbarungen zwischen Unternehmen über Zusammenarbeit, die eine nachhaltige Produktion oder einen nachhaltigen Verbrauch fördern.

520. Wenn ein solches Marktversagen durch geeignete Vorschriften, z. B. verbindliche Unionsnormen in Bezug auf Umweltverschmutzung, Preisbildungsmechanismen wie das EU-Emissionshandelssystem (EHS) oder Steuern, behoben wird, sind zusätzliche Maßnahmen der Unternehmen, z. B. durch Vereinbarungen über Zusammenarbeit, möglicherweise nicht erforderlich. Vereinbarungen über Zusammenarbeit können jedoch zur Behebung verbleibenden Marktversagens dienen, das durch staatliche Maßnahmen und Vorschriften nicht oder nicht vollständig behoben wird.

521. In diesen Leitlinien bezeichnet „Nachhaltigkeitsvereinbarung" jede Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit, mit der ein Nachhaltigkeitsziel verfolgt wird, unabhängig von der Form der Zusammenarbeit. Nachhaltigkeitsvereinbarungen geben nur dann Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken nach Artikel 101, wenn sie Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken oder spürbare tatsächliche oder wahrscheinliche negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben. Vereinbarungen, die den Wettbewerb beschränken, können vom Verbot nach Artikel 101 Absatz 1 nicht allein deshalb ausgenommen werden, weil sie sich auf ein Nachhaltigkeitsziel beziehen ([365]).

522. Beschränken Nachhaltigkeitsvereinbarungen den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1, so können sie dennoch mit Artikel 101 vereinbar sein, wenn sie die vier Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllen. Ausführliche Erläuterungen zur Anwendung dieser Voraussetzungen finden sich in den Leitlinien der Kommission zur Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 ([366]).

([360]) Artikel 3 EUV.

([361]) Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung, im Jahr 2015 von allen Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen angenommen.

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

([363]) Siehe beispielsweise Resolution der Vereinten Nationen 66/288, am 27. Juli 2012 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen angenommen.

([364]) In der Agenda 2030 der Vereinten Nationen für nachhaltige Entwicklung werden 17 Ziele für nachhaltige Entwicklung genannt (darunter z. B. Ziel 2: Den Hunger beenden, Ernährungssicherheit und eine bessere Ernährung erreichen und eine nachhaltige Landwirtschaft fördern, Ziel 7: Zugang zu bezahlbarer, verlässlicher, nachhaltiger und moderner Energie für alle sichern, Ziel 9: Eine widerstandsfähige Infrastruktur aufbauen, inklusive und nachhaltige Industrialisierung fördern und Innovationen unterstützen, Ziel 13: Umgehend Maßnahmen zur Bekämpfung des Klimawandels und seiner Auswirkungen ergreifen) und 169 Zielvorgaben (darunter z. B. Zielvorgabe 9.1: Eine hochwertige, verlässliche, nachhaltige und widerstandsfähige Infrastruktur aufbauen, einschließlich regionaler und grenzüberschreitender Infrastruktur, um die wirtschaftliche Entwicklung und das menschliche Wohlergehen zu unterstützen, und dabei den Schwerpunkt auf einen erschwinglichen und gleichberechtigten Zugang für alle legen und Zielvorgabe 13.1: Die Widerstandskraft und die Anpassungsfähigkeit gegenüber klimabedingten Gefahren und Naturkatastrophen in allen Ländern stärken).

([365]) Siehe Abschnitt 1.2.6. Der Gerichtshof hat anerkannt, dass Wettbewerbsbeschränkungen, die sich aus Vereinbarungen oder Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen ergeben, möglicherweise nicht unter Artikel 101 Absatz 1 fallen, wenn sie notwendig mit der Verfolgung eines rechtmäßigen Ziels zusammenhängen und in einem angemessenen Verhältnis zu diesem stehen (siehe u. a. Urteil des Gerichtshofs vom 21. September 1999, Albany International, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, Urteil des Gerichtshofs vom 19. Februar 2002, Wouters u. a., C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, und Urteil des Gerichtshofs vom 16. Juli 2006, Meca-Medina und Majcen/Kommission, C-519/04 P, ECLI:EU:C:2006:492).

([366]) Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (im Folgenden „Leitlinien zur Anwendung des Artikels 101 Absatz 3") (ABl. C 101 vom 27.4.2004, S. 97).

523. Nachhaltigkeitsvereinbarungen sind für die Zwecke der Anwendung des Artikels 101 keine gesonderte Kategorie von Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit. Wenn eine Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit einer der Arten von horizontalen Vereinbarungen entspricht, die unter die vorherigen Kapitel dieser Leitlinien fallen, und wenn mit dieser Vereinbarung zudem ein Nachhaltigkeitsziel verfolgt wird, sollte sie daher auf der Grundlage der Erläuterungen in den einschlägigen vorherigen Kapiteln sowie der in diesem Kapitel enthaltenen Erläuterungen geprüft werden.

524. In der Praxis bedeutet dies, dass eine FuE- oder Spezialisierungsvereinbarung, mit der ein Nachhaltigkeitsziel verfolgt wird (z. B. eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern, gemeinsam eine Produktionstechnologie zur Senkung des Energieverbrauchs zu entwickeln, oder eine Vereinbarung über die gemeinsame Nutzung von Infrastrukturen zur Verringerung der Umweltauswirkungen eines Produktionsprozesses) und die daher ebenfalls als Nachhaltigkeitsvereinbarung einzustufen ist, unter die Gruppenfreistellungsverordnungen für FuE-Vereinbarungen oder Spezialisierungsvereinbarungen fallen kann, sofern die Voraussetzungen dieser Verordnungen erfüllt sind. Sind die Voraussetzungen der einschlägigen Gruppenfreistellungsverordnung nicht erfüllt, ist auf der Grundlage der Erläuterungen in Kapitel 2 (für FuE-Vereinbarungen) oder Kapitel 3 (für Produktionsvereinbarungen, einschließlich Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen) eine umfassende Prüfung nach Artikel 101 vorzunehmen, wobei für beide Arten von Vereinbarungen darüber hinaus die Erläuterungen in diesem Kapitel zu berücksichtigen sind. Entsprechend sollte eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern, gemeinsam nur Produkte mit begrenzten Umweltauswirkungen als Vorleistung für ihre Produktion einzukaufen oder ausschließlich bei Lieferanten einzukaufen, die bestimmte Nachhaltigkeitsstandards einhalten, nach den Erläuterungen in Kapitel 4 (Einkaufsvereinbarungen) ([367]) und nach den Erläuterungen im vorliegenden Kapitel geprüft werden.

525. Gibt es Unstimmigkeiten zwischen diesem Kapitel und den für die Prüfung einer bestimmten Nachhaltigkeitsvereinbarung relevanten vorherigen Kapiteln (Kapitel 2 bis 8), können sich die Parteien der Vereinbarung auf die Erläuterungen in dem Kapitel stützen, das günstiger für sie ist. In Anbetracht ihrer Besonderheit (siehe Randnummern 540-544) sollten Normenvereinbarungen im Bereich Nachhaltigkeit nach den Erläuterungen in Abschnitt 9.3 geprüft werden ([368]), während Kapitel 7 (Normenvereinbarungen) lediglich weitere Hintergrundinformationen zu den Bedingungen enthält, die beiden Kapiteln gemeinsam sind.

526. Dieses Kapitel ist wie folgt aufgebaut: Abschnitt 9.2 enthält Beispiele für Nachhaltigkeitsvereinbarungen, bei denen es unwahrscheinlich ist, dass sie den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 beschränken. Abschnitt 9.3 enthält Erläuterungen zu spezifischen Aspekten der Prüfung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 1 und konzentriert sich auf die üblichsten Nachhaltigkeitsvereinbarungen, nämlich diejenigen, durch die Nachhaltigkeitsstandards festgelegt werden. Abschnitt 9.4 befasst sich mit spezifischen Aspekten der Prüfung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 3. In Abschnitt 9.5 werden die Folgen der Beteiligung von Behörden am Abschluss von Nachhaltigkeitsvereinbarungen behandelt. In Abschnitt 9.6 werden schließlich hypothetische Beispiele für Nachhaltigkeitsvereinbarungen geprüft.

9.2. **Nachhaltigkeitsvereinbarungen, die wahrscheinlich keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken geben**

527. Nicht alle Nachhaltigkeitsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern fallen in den Anwendungsbereich des Artikels 101. Wenn solche Vereinbarungen keine negativen Auswirkungen auf Wettbewerbsparameter wie Preis, Menge, Qualität, Auswahl oder Innovation haben, sind sie nicht geeignet, Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken zu geben. Im Folgenden werden Beispiele für Nachhaltigkeitsvereinbarungen genannt, die nicht in den Anwendungsbereich des Artikels 101 fallen. Diese Beispiele dienen der Veranschaulichung und sind nicht erschöpfend.

528. Erstens fallen Vereinbarungen, die lediglich darauf abzielen, die Einhaltung hinreichend präziser Anforderungen oder Verbote in rechtsverbindlichen internationalen Verträgen, Vereinbarungen oder Übereinkommen zu gewährleisten, unabhängig davon, ob diese in nationales Recht umgesetzt wurden oder nicht (z. B. Einhaltung sozialer Grundrechte oder von Verboten bezüglich Kinderarbeit, Abholzung bestimmter Tropenholzarten oder Verwendung bestimmter Schadstoffe), und die von einem Unterzeichnerstaat nicht vollständig umgesetzt oder durchgesetzt werden, nicht in den Anwendungsbereich des Artikels 101. Dieser Ausschluss von Artikel 101 gilt allerdings nur dann, wenn die Vereinbarung vorsieht, dass die beteiligten Unternehmen, ihre Lieferanten und/oder ihre Händler diese Anforderungen oder Verbote einhalten müssen, indem beispielsweise die Produktion oder Einfuhr von Produkten, die diesen Anforderungen oder Verboten zuwiderlaufen, verhindert, verringert oder eingestellt wird. Solche Vereinbarungen können sich eignen, Unternehmen in die Lage zu versetzen, ihre Sorgfaltspflichten im Bereich der Nachhaltigkeit nach nationalem Recht oder EU-Recht zu erfüllen, und sind ggf. auch Teil umfassenderer Industriekooperationen oder Multi-Stakeholder-Initiativen, um negative Auswirkungen auf die Nachhaltigkeit in ihren Wertschöpfungsketten oder in ihrem Sektor zu ermitteln, abzumildern und zu verhindern.

([367]) Siehe Rn. 284.
([368]) Normenvereinbarungen im Bereich Nachhaltigkeit sind eine Unterkategorie von Normenvereinbarungen.

529. Zweitens fallen Vereinbarungen, die nicht die wirtschaftliche Tätigkeit von Unternehmen, sondern deren unternehmensinternes Verhalten betreffen, in der Regel nicht in den Anwendungsbereich des Artikels 101. Konkurrierende Unternehmen können sich bemühen, den Ruf ihres Wirtschaftszweigs als umweltbewusst zu verbessern, und zu diesem Zweck beispielsweise Maßnahmen zur Beseitigung von Einwegplastik in ihren Geschäftsräumen, zur Einhaltung bestimmter Raumtemperaturen in ihren Gebäuden oder zur Begrenzung der Menge an internen Dokumenten, die gedruckt werden, vereinbaren.

530. Drittens führen Vereinbarungen zur Einrichtung einer Datenbank mit allgemeinen Informationen über Lieferanten, deren Wertschöpfungsketten (nicht) nachhaltig sind (z. B. Lieferanten, die Arbeitsrechte achten oder existenzsichernde Löhne zahlen), deren Produktionsprozesse (nicht) nachhaltig sind oder die (nicht) nachhaltige Vorleistungen liefern, oder über Händler, die Produkte auf eine (nicht) nachhaltige Weise vermarkten, in der Regel nicht zu einer Beschränkung des Wettbewerbs und fallen nicht in den Anwendungsbereich des Artikels 101, wenn sie es den Parteien nicht verbieten bzw. die Parteien nicht dazu verpflichten, bei solchen Lieferanten einzukaufen oder an solche Händler zu verkaufen ([369]). Solche begrenzten Formen des Informationsaustauschs können den Unternehmen wiederum bei der Erfüllung ihrer Sorgfaltspflichten im Bereich der Nachhaltigkeit nach nationalem Recht oder EU-Recht helfen.

531. Viertens führen Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern über die Organisation von branchenweiten Sensibilisierungskampagnen oder Kampagnen zur Sensibilisierung der Kunden für die Umweltauswirkungen oder andere negative externe Effekte ihres Verbrauchs in der Regel nicht zu einer Beschränkung des Wettbewerbs und fallen nicht in den Anwendungsbereich des Artikels 101, sofern es sich nicht um gemeinsame Werbung für bestimmte Produkte handelt.

9.3. **Prüfung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 1 AEUV**

9.3.1. *Allgemeine Grundsätze*

532. Wenn Nachhaltigkeitsvereinbarungen negative Auswirkungen auf einen oder mehrere Wettbewerbsparameter haben, müssen sie nach Artikel 101 Absatz 1 geprüft werden.

533. Wird mit einer Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern (unabhängig davon, ob sie unter eines der vorstehenden Kapitel dieser Leitlinien fällt oder nicht) ein Nachhaltigkeitsziel verfolgt, muss dies bei der Prüfung, ob die Vereinbarung eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 darstellt, berücksichtigt werden ([370]).

534. Wenn die Parteien einer Vereinbarung nachweisen, dass der Hauptzweck ihrer Vereinbarung in der Verfolgung eines Nachhaltigkeitsziels besteht, und dies begründete Zweifel daran aufkommen lässt, dass die Vereinbarung angesichts ihrer Wesensmerkmale, d. h. ihres Inhalts, ihrer Ziele und der wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen, den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigt, um als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung angesehen zu werden ([371]), so müssen die Auswirkungen der Vereinbarung auf den Wettbewerb geprüft werden. Dies ist nicht der Fall, wenn die Vereinbarung dazu dient, eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung – wie eine Festsetzung der Preise, eine Aufteilung von Märkten oder Kunden oder eine Beschränkung der Produktion oder Innovation – zu verschleiern.

535. Die Prüfung der Auswirkungen erfolgt nach den Grundsätzen, die in Abschnitt 1.2.5 und den Abschnitten „Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen“ des vorherigen Kapitels dieser Leitlinien für die jeweilige Art der horizontalen Vereinbarung dargelegt sind ([372]). Bei der Prüfung der Auswirkungen einer Nachhaltigkeitsvereinbarung sollten insbesondere die folgenden Faktoren berücksichtigt werden: die Marktmacht der an der Vereinbarung beteiligten Parteien, das Ausmaß, in dem die Vereinbarung die Entscheidungsfreiheit der Parteien in Bezug auf die wichtigsten Wettbewerbsparameter einschränkt, die Marktabdeckung der Vereinbarung, das Ausmaß, in dem sensible Geschäftsinformationen im Rahmen der Vereinbarung ausgetauscht werden, und ob die Vereinbarung zu einer spürbaren Preiserhöhung oder einer spürbaren Verringerung der Produktion, der Vielfalt, der Qualität oder der Innovation führt.

536. Nachhaltigkeitsvereinbarungen, die eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 bezwecken oder bewirken, können dennoch unter die Ausnahmeregelung nach Artikel 101 Absatz 3 fallen, wenn die Parteien nachweisen können, dass die vier kumulativen Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt sind (siehe Abschnitt 9.4).

([369]) Solange die Datenbank nicht dazu beiträgt, dass die Ungewissheit in Bezug auf das jüngste oder künftige Vorgehen der Wettbewerber auf dem Markt verringert wird, kommt sie nicht einem Austausch sensibler Geschäftsinformationen gleich. Mit anderen Worten: Die Unternehmen, die zur Datenbank beitragen, sollten nicht angeben, wer ihre derzeitigen oder künftigen Lieferanten sind.

([370]) Siehe Rn. 23 und 28.

([371]) Grundsätzlich sollten die Nachweise für die Verfolgung eines Nachhaltigkeitsziels derart sein, dass begründete Zweifel am wettbewerbswidrigen Zweck der Vereinbarung gerechtfertigt sind. Die Verfolgung des Nachhaltigkeitsziels sollte jedoch nicht ungewiss sein. Siehe analog das Urteil des Gerichtshofs vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 107 bis 108.

([372]) Siehe auch Rn. 24 bis 27 der Leitlinien zur Anwendung des Artikels 101 Absatz 3.

9.3.2. *Normenvereinbarungen im Bereich Nachhaltigkeit*

537. Normenvereinbarungen im Bereich Nachhaltigkeit sind eine Unterkategorie von Nachhaltigkeitsvereinbarungen. Ihre Vereinbarkeit mit Artikel 101 ist nach den folgenden Grundsätzen zu prüfen.

9.3.2.1. Definition und Merkmale

538. Um einen Beitrag zur nachhaltigen Entwicklung zu leisten, können Wettbewerber vereinbaren, nicht nachhaltige Produkte (z. B. Kunststoffe oder fossile Brennstoffe wie Öl und Kohle) und nicht nachhaltige Verfahren (z. B. kohlebefeuerte Stahlproduktion) auslaufen zu lassen, vom Markt zu nehmen, einzustellen oder in einigen Fällen durch nachhaltige Produkte bzw. Verfahren zu ersetzen. Die Wettbewerber können ferner vereinbaren, die Verpackungsmaterialien zu harmonisieren, um die Wiederverwertung zu erleichtern, oder die Verpackungsgrößen (und damit den Produktinhalt) zu harmonisieren, um den Abfall zu verringern. Sie können vereinbaren, dass sie nur Produktionsmittel einkaufen, die auf nachhaltige Weise hergestellt wurden. Ebenso können sie bestimmte Standards vereinbaren, um die artgerechte Tierhaltung zu verbessern (z. B. Standards, um den Tieren mehr Platz zu bieten und ihre Lebensbedingungen zu verbessern). Zu diesem Zweck können sich die Wettbewerber verpflichten, bestimmte Nachhaltigkeitsstandards anzunehmen und einzuhalten. In diesem Kapitel werden solche Vereinbarungen als „Normenvereinbarungen im Bereich Nachhaltigkeit" oder „Nachhaltigkeitsstandards" bezeichnet. Für die Zwecke dieser Leitlinien gelten Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die die Produktion der von der Vereinbarung betroffenen Produkte durch die beteiligten Unternehmen beschränken, jedoch nicht als Normenvereinbarungen im Bereich Nachhaltigkeit.

539. Normenvereinbarungen im Bereich Nachhaltigkeit dienen der Festlegung von Anforderungen, die Hersteller, Verarbeiter, Händler, Einzelhändler oder Dienstleister in einer Lieferkette in Bezug auf eine breite Palette von Nachhaltigkeitsparametern, darunter die Umweltauswirkungen der Produktion, erfüllen müssen ([373]). Normenvereinbarungen im Bereich Nachhaltigkeit enthalten üblicherweise Vorschriften, Erläuterungen oder Merkmale für Produkte und Prozesse in Bezug auf derartige Nachhaltigkeitsparameter und werden bisweilen auch als Nachhaltigkeitssysteme bezeichnet. Häufig handelt es sich um private Initiativen, die von Verhaltenskodizes von Unternehmen über Standards zivilgesellschaftlicher Organisationen bis hin zu Multi-Stakeholder-Initiativen reichen können, an denen Unternehmen der gesamten Wertschöpfungskette beteiligt sind ([374]). Diese Leitlinien beziehen sich nur auf Nachhaltigkeitsstandards, die von Wettbewerbern entwickelt wurden oder an denen Wettbewerber beteiligt sind, einschließlich Qualitätszeichen und Gütesiegel.

540. Normenvereinbarungen im Bereich Nachhaltigkeit weisen Ähnlichkeiten mit den in Kapitel 7 behandelten Normenvereinbarungen auf; das genannte Kapitel enthält weitere Erläuterungen zu einigen der in Abschnitt 9.3.2.4 dargelegten Voraussetzungen. Normenvereinbarungen im Bereich Nachhaltigkeit haben jedoch auch spezifische Merkmale.

541. Erstens kann die Annahme eines Nachhaltigkeitsstandards zur Schaffung eines Gütesiegels, Logos oder Markennamens für Produkte führen, die bestimmte Mindestanforderungen erfüllen. Die Verwendung solcher Gütesiegel, Logos oder Markennamen verpflichtet die Anwender grundsätzlich, diese Anforderungen zu erfüllen, weil sie im Fall der Nichterfüllung das Recht auf Verwendung des Gütesiegels, Logos oder Markennamens verlieren.

542. Zweitens können die Kosten für die Einhaltung eines Nachhaltigkeitsstandards hoch sein, insbesondere wenn die Einhaltung Änderungen an bestehenden Produktions- oder Handelsverfahren erfordert. Daher kann die Einhaltung eines Nachhaltigkeitsstandards zu einer Erhöhung der Produktions- oder Vertriebskosten und folglich zu einem Anstieg des Preises der von den Parteien verkauften Produkte führen.

543. Drittens sind Fragen der Interoperabilität und Kompatibilität zwischen Technologien bei Nachhaltigkeitsstandards im Gegensatz zu technischen Normen, die die Interoperabilität gewährleisten und den Wettbewerb zwischen Technologien verschiedener Unternehmen bei der Entwicklung von Normen fördern, im Allgemeinen weniger relevant.

544. Viertens sind viele Nachhaltigkeitsstandards prozess-, management- oder leistungsbezogen. Das bedeutet, dass Nachhaltigkeitsstandards im Gegensatz zu vielen technischen Normen oft nur ein zu erreichendes Ziel vorgeben, ohne eine bestimmte Technologie oder Produktionsmethode zur Erreichung dieses Ziels vorzuschreiben. Wer Nachhaltigkeitsstandards einführt, kann sich zwar auf das Ziel verpflichten, bleibt aber frei in der Entscheidung über den Einsatz einer bestimmten Technologie oder einer bestimmten Produktionsmethode zur Erreichung dieses Ziels.

([373]) Siehe beispielsweise „United Nations Forum on Sustainability Standards": https://unfss.org/home/objective-of-unfss.

([374]) Siehe beispielsweise Konferenz der Vereinten Nationen für Handel und Entwicklung, „Framework for the Voluntary Sustainability Standards (VSS) Assessment Toolkit": https://unctad.org/system/files/official-document/ditctabinf2020d5_en.pdf.

9.3.2.2. Grundlegende wettbewerbsrechtliche Bedenken

545. Normenvereinbarungen im Bereich Nachhaltigkeit haben oft positive Auswirkungen auf den Wettbewerb. Sie können zu einer nachhaltigen Entwicklung beitragen, indem sie die Entwicklung neuer Produkte oder Märkte ermöglichen, die Produktqualität erhöhen oder die Liefer- oder Vertriebsbedingungen verbessern. Insbesondere durch die Bereitstellung von Informationen über Nachhaltigkeitsaspekte (z. B. über Gütesiegel) befähigen Nachhaltigkeitsstandards die Verbraucher, fundierte Kaufentscheidungen zu treffen, und spielen somit eine Rolle bei der Entwicklung von Märkten für nachhaltige Produkte. Schließlich können Nachhaltigkeitsstandards auch zu einer Angleichung der Wettbewerbsbedingungen zwischen Herstellern führen, die unterschiedlichen rechtlichen Anforderungen unterliegen.

546. Unter bestimmten Umständen können Nachhaltigkeitsstandards jedoch den Wettbewerb beschränken. Dies kann insbesondere auf drei Arten geschehen: durch Preiskoordinierung, den Ausschluss alternativer Normen und den Ausschluss oder die Diskriminierung bestimmter Wettbewerber ([375]).

9.3.2.3. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

547. Nachhaltigkeitsstandards, die dazu dienen, eine Festsetzung der Preise, eine Aufteilung von Märkten oder Kunden, Produktionsbeschränkungen oder Qualitäts- und Innovationsbeschränkungen zu verschleiern, stellen eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar.

548. Insbesondere eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern darüber, wie sie die aus der Annahme eines Nachhaltigkeitsstandards resultierenden höheren Kosten in Form von höheren Verkaufspreisen an die Kunden weitergeben oder die Preise für Produkte, die dem Standard entsprechen, festsetzen, stellt eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar. Ebenso stellt eine Vereinbarung zwischen den Parteien eines Nachhaltigkeitsstandards, direkten Druck auf konkurrierende Dritte auszuüben, damit diese von der Vermarktung von Produkten absehen, die dem Standard nicht entsprechen, eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar. Das Gleiche gilt für Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die technologische Entwicklung auf die gesetzlich vorgeschriebenen Mindestnachhaltigkeitsstandards zu beschränken, anstatt sich gemeinsam um ehrgeizigere Umweltziele zu bemühen ([376]).

9.3.2.4. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen

a) *Soft-Safe-Harbour (informeller geschützter Bereich)*

549. Normenvereinbarungen im Bereich Nachhaltigkeit dürften keine spürbaren negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, sofern die folgenden sechs kumulativen Bedingungen erfüllt sind ([377]):

Erstens muss das Verfahren zur Entwicklung des Nachhaltigkeitsstandards transparent sein und alle interessierten Wettbewerber müssen sich an dem Prozess, der zur Auswahl des Standards führt, beteiligen können ([378]).

Zweitens darf Unternehmen, die sich nicht an dem Nachhaltigkeitsstandard beteiligen wollen, durch diesen weder direkt noch indirekt die Verpflichtung auferlegt werden, den Standard einzuhalten ([379]).

Drittens können den beteiligten Unternehmen verbindliche Anforderungen auferlegt werden, um die Einhaltung des Standards zu gewährleisten, doch muss es ihnen freistehen, höhere Nachhaltigkeitsstandards anzuwenden.

Viertens dürfen die Parteien des Nachhaltigkeitsstandards keine sensiblen Geschäftsinformationen austauschen, die für die Entwicklung, Anwendung, Annahme oder Änderung des Standards nicht objektiv notwendig sind ([380]).

Fünftens muss ein effektiver und diskriminierungsfreier Zugang zu den Ergebnissen des Verfahrens zur Festsetzung des Standards gewährleistet sein. Dazu gehört die Ermöglichung eines effektiven und diskriminierungsfreien Zugangs zu den Anforderungen und Bedingungen für die Verwendung des vereinbarten Gütesiegels, Logos oder Markennamens sowie die Möglichkeit für Unternehmen, die nicht an der Entwicklung des Standards beteiligt waren, den Standard zu einem späteren Zeitpunkt anzunehmen ([381]).

([375]) Siehe Rn. 442 bis 444 für eine ausführlichere Beschreibung der hauptsächlichen Wege, wie Normenvereinbarungen den Wettbewerb beschränken können.
([376]) Beschluss der Kommission vom 8. Juli 2021 in der Sache AT.40178, Pkw-Emissionen.
([377]) Wie in Nr. 538 angegeben, gelten Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die die Produktion der betroffenen Produkte durch die beteiligten Unternehmen beschränken, nicht als Normenvereinbarungen im Bereich Nachhaltigkeit. Solche Vereinbarungen erfordern daher eine Einzelfallprüfung nach Artikel 101.
([378]) Siehe Ziff. 453 für eine Erläuterung des Begriffs „Transparenz“ im Prozess der Festsetzung des Standards.
([379]) Siehe Rn. 464. Mit anderen Worten: Unternehmen, die sich nicht an dem Standard beteiligen wollen, sollten nicht daran gehindert werden, den Markt und die Verbraucher weiterhin mit Produkten zu beliefern, die zwar den gesetzlichen Anforderungen, nicht aber den zusätzlichen Anforderungen des neuen Nachhaltigkeitsstandards entsprechen.
([380]) Siehe Abschnitt 6.1 zum Informationsaustausch, insbesondere Rn. 369.
([381]) Siehe Rn. 465 ff. und Abschnitt 7.3.3.2 über die Bedingungen für den Zugang zum Standard.

Sechstens muss der Nachhaltigkeitsstandard mindestens eine der beiden folgenden Bedingungen erfüllen:

a) Der Standard darf weder zu einer erheblichen Preiserhöhung ([382]) noch zu einer erheblichen Qualitätsminderung der betreffenden Produkte führen.

b) Der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen ([383]) darf auf keinem von dem Standard betroffenen relevanten Markt 20 % übersteigen ([384]).

550. Durch diese Bedingungen wird sichergestellt, dass der Nachhaltigkeitsstandard nicht zu einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung führt (z. B. durch das Verdrängen günstigerer Produktvarianten vom Markt). Durch diese Bedingungen, die einen effektiven Zugang zum Standard gewährleisten, wird zudem sichergestellt, dass der Nachhaltigkeitsstandard weder zu einer Marktabschottung gegenüber alternativen Standards noch zu einem Ausschluss oder einer Diskriminierung anderer Unternehmen führt. Durch die Bedingung, keine unnötigen sensiblen Geschäftsinformationen auszutauschen, wird sichergestellt, dass ein Informationsaustausch auf das beschränkt ist, was für das Verfahren zur Festsetzung des Standards notwendig und angemessen ist, und nicht dazu genutzt wird, Kollusion zu begünstigen oder den Wettbewerb zwischen den Parteien zu beschränken.

551. Wie in Randnummer 542 dargelegt, führen Nachhaltigkeitsstandards häufig zu Preissteigerungen. Wird der Standard jedoch von Unternehmen angenommen, die einen bedeutenden Teil des Marktes repräsentieren, kann er es den Unternehmen ermöglichen, das bisherige Preisniveau beizubehalten oder nur eine unbedeutende Preiserhöhung vorzunehmen. Dies ist vor allem dann von Bedeutung, wenn das unter den Nachhaltigkeitsstandard fallende Produkt nur einen kleinen Teil der Inputkosten für das Produkt ausmacht.

552. Die Nichterfüllung einer oder mehrerer dieser Bedingungen in Bezug auf den Soft-Safe-Harbour begründet nicht die Vermutung, dass die Normenvereinbarung im Bereich Nachhaltigkeit den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 beschränkt. Sind jedoch eine oder mehrere dieser Bedingungen nicht erfüllt, so ist eine Einzelfallprüfung der Vereinbarung nach Artikel 101 vorzunehmen. Es gibt verschiedene Modelle für die Festsetzung von Standards, und es steht den Unternehmen frei, Regeln und Verfahren zu vereinbaren, die nicht gegen die Wettbewerbsvorschriften verstoßen, auch wenn sie sich von den in Randnummer 549 beschriebenen unterscheiden können.

553. Es ist wahrscheinlicher, dass eine Normenvereinbarung im Bereich Nachhaltigkeit die Erreichung eines Nachhaltigkeitsziels fördert, wenn sie einen Mechanismus oder ein Überwachungssystem umfasst, mit dem sichergestellt wird, dass Unternehmen, die den Nachhaltigkeitsstandard annehmen, die Anforderungen des Standards einhalten ([385]).

b) *Prüfung nach Artikel 101 Absatz 1 außerhalb des Soft-Safe-Harbour*

554. Bei der Prüfung der Auswirkungen von Normenvereinbarungen im Bereich Nachhaltigkeit, die nicht die Bedingungen in Bezug auf den Soft-Safe-Harbour erfüllen, sollten die in Randnummer 549 aufgeführten Faktoren sowie die Möglichkeit für Dritte, sich an der Vereinbarung zu beteiligen, berücksichtigt werden.

555. Der Nachhaltigkeitsstandard hat möglicherweise keine spürbaren wettbewerbswidrigen Auswirkungen, weil es genügend Wettbewerb durch alternative Nachhaltigkeitssiegel oder -standards und/oder durch Produkte gibt, die außerhalb des Nachhaltigkeitssiegels oder -standards hergestellt und vertrieben werden. Selbst wenn die Marktabdeckung der Normenvereinbarung im Bereich Nachhaltigkeit erheblich ist, kann der durch den potenziellen Wettbewerb ausgeübte Druck immer noch ausreichen, insbesondere in Fällen, in denen die Normenvereinbarung im Bereich Nachhaltigkeit auf die Einführung eines Gütesiegels beschränkt ist und es den beteiligten Unternehmen freisteht, auch außerhalb des Gütesiegels tätig zu werden. In diesem Fall haben die Verbraucher die Wahl, entweder Produkte zu kaufen, die das Gütesiegel tragen, oder andere Produkte, die möglicherweise von denselben Unternehmen hergestellt wurden und dem Gütesiegel nicht entsprechen, sodass der Wettbewerb wahrscheinlich nicht beschränkt wird ([386]). In Fällen, in denen eine Normenvereinbarung im Bereich Nachhaltigkeit wahrscheinlich zu einem erheblichen Preisanstieg oder einer erheblichen Verringerung der Produktion, der Produktvielfalt, der Qualität oder der Innovation führt, kann die Vereinbarung dennoch die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllen.

([382]) Wie stark die Preiserhöhung ausfällt, hängt von den Merkmalen des Produkts und des relevanten Marktes ab.

([383]) Der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen bezieht sich auf den Marktanteil der Produkte der Unternehmen im Allgemeinen auf den vom Standard betroffenen relevanten Märkten und ist nicht auf die Produkte beschränkt, die konkret unter die Normenvereinbarung im Bereich Nachhaltigkeit fallen.

([384]) Der Soft-Safe-Harbour hindert die Kommission oder eine nationale Wettbewerbsbehörde nicht daran, in Einzelfällen einzugreifen, in denen eine Normenvereinbarung im Bereich Nachhaltigkeit zu einer spürbaren Einschränkung des Wettbewerbs auf dem Markt führen würde, z. B. weil die kumulativen Auswirkungen von Normenvereinbarungen im Bereich Nachhaltigkeit, die von verschiedenen Unternehmen geschlossen wurden, zu einem erheblichen Preisanstieg oder einer erheblichen Qualitätsminderung führen.

([385]) Das Vorhandensein eines solchen Überwachungs- und Durchsetzungssystems zur Gewährleistung der Einhaltung des Nachhaltigkeitsstandards ist ein Faktor, der bei der Prüfung der Frage Berücksichtigung findet, ob der Zweck einer Vereinbarung in erster Linie in der Verfolgung eines Nachhaltigkeitsziels nach Rn. 534 liegt.

([386]) Für Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die keine bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen enthalten, kann ferner die De-minimis-Bekanntmachung gelten, wenn der Gesamtmarktanteil der Parteien der Vereinbarung auf keinem der von der Vereinbarung betroffenen relevanten Märkte 10 % übersteigt (siehe Rn. 41).

9.4. **Prüfung von Nachhaltigkeitsvereinbarungen nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV**

556. Eine Nachhaltigkeitsvereinbarung, die den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 beschränkt, kann unter die Ausnahmeregelung nach Artikel 101 Absatz 3 fallen, wenn die Parteien der Vereinbarung nachweisen können, dass die vier kumulativen Voraussetzungen dieses Absatzes erfüllt sind.

9.4.1. *Effizienzgewinne*

557. Die erste Voraussetzung nach Artikel 101 Absatz 3 ist, dass die betreffende Vereinbarung zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt. Sie setzt im Wesentlichen voraus, dass die Vereinbarung zu objektiven Effizienzgewinnen beiträgt, die weit gefasst werden und nicht nur eine Senkung der Produktions- und Vertriebskosten, sondern auch eine Erhöhung der Produktvielfalt und -qualität, eine Verbesserung der Produktions- oder Vertriebsverfahren und eine Steigerung der Innovation umfassen ([387]). Daher kann ein breites Spektrum von Nachhaltigkeitsvorteilen berücksichtigt werden, die sich aus der Verwendung bestimmter Inhaltsstoffe, Technologien und Produktionsverfahren ergeben.

558. Beispiele für Effizienzgewinne, die durch Nachhaltigkeitsvereinbarungen erzielt werden können, sind der Einsatz sauberer Produktions- oder Vertriebstechnologien, verbesserte Produktions- und Vertriebsbedingungen, widerstandsfähigere Infrastrukturen und qualitativ hochwertigere Produkte. Außerdem können Nachhaltigkeitsvereinbarungen Unterbrechungen der Lieferkette verhindern, die Zeit bis zur Markteinführung nachhaltiger Produkte verkürzen und es den Verbrauchern ermöglichen, fundierte Kaufentscheidungen zu treffen, indem sie den Vergleich von Produkten erleichtern. Diese Effizienzgewinne können zu einem widerstandsfähigen Binnenmarkt beitragen.

559. Solche Effizienzgewinne können nicht einfach angenommen werden, sondern sie müssen substantiierbar sein ([388]). Außerdem müssen sie objektiv, konkret und nachprüfbar ([389]) sein. Besteht der geltend gemachte Effizienzgewinn beispielsweise in einer Produktverbesserung, müssen die Parteien in der Lage sein, die genauen Merkmale der Produktverbesserung aufzuzeigen. Handelt es sich bei dem geltend gemachten Effizienzgewinn um die Verringerung der Wasserverschmutzung, müssen die Parteien erläutern können, wie genau die Vereinbarung zur Verringerung der Wasserverschmutzung beiträgt, und eine Schätzung des Ausmaßes des geltend gemachten Vorteils vorlegen ([390]).

9.4.2. *Unerlässlichkeit*

560. Für die Zwecke dieser Leitlinien ist es angebracht, die dritte Voraussetzung des Artikels 101 Absatz 3 (Unerlässlichkeit) vor der zweiten Voraussetzung (angemessene Beteiligung der Verbraucher) zu behandeln. Der Grund dafür ist, dass bei der Prüfung der angemessenen Beteiligung der Verbraucher die Auswirkungen von Beschränkungen, die die Voraussetzung der Unerlässlichkeit nicht erfüllen und somit nach Artikel 101 verboten sind, nicht berücksichtigt werden sollten ([391]).

561. Nach der dritten Voraussetzung des Artikels 101 Absatz 3 darf die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung keine Wettbewerbsbeschränkungen auferlegen, die für die Erzielung der durch die Vereinbarung bewirkten Vorteile nicht unerlässlich sind. Damit diese Voraussetzung erfüllt ist, müssen die Parteien der Vereinbarung nachweisen können, dass ihre Vereinbarung als solche und jede der mit ihr verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen vernünftigerweise notwendig sind, um die geltend gemachten Nachhaltigkeitsvorteile zu erzielen, und dass es keine andere wirtschaftlich machbare und weniger wettbewerbsbeschränkende Möglichkeit zur Erzielung dieser Vorteile gibt ([392]).

562. In der Regel sollte jedes Unternehmen selbst entscheiden, wie es Nachhaltigkeitsvorteile erzielen möchte. Sofern die Verbraucher diese Vorteile schätzen, wird der Markt gute Entscheidungen belohnen und schlechte bestrafen. Wenn es eine Nachfrage nach nachhaltigen Produkten gibt, sind Vereinbarungen über Zusammenarbeit für die Erzielung von Nachhaltigkeitsvorteilen im Allgemeinen nicht unerlässlich. Sie können jedoch unerlässlich sein, um ein Nachhaltigkeitsziel auf kosteneffizientere oder schnellere Weise zu erreichen ([393]).

([387]) Siehe auch Rn. 48 bis 72 der Leitlinien zur Anwendung des Artikels 101 Absatz 3. In Rn. 70 heißt es: „Durch Zusammenarbeit können die Unternehmen möglicherweise Effizienzgewinne erzielen, die andernfalls entweder gar nicht oder nur mit erheblicher Verzögerung bzw. zu höheren Kosten entstanden wären."

([388]) Siehe auch Rn. 50 bis 58 der Leitlinien zur Anwendung des Artikels 101 Absatz 3. Insbesondere heißt es in Rn. 58: „Im Falle von Vereinbarungen, die noch nicht vollständig umgesetzt sind, müssen die Parteien substantiieren, ab welchem Datum sie Effizienzgewinne erwarten, die spürbare positive Auswirkungen auf den Markt haben."

([389]) Siehe Rn. 56 der Leitlinien zur Anwendung des Artikels 101 Absatz 3: „Die vorgelegten Daten müssen nachprüfbar sein, damit in hinreichendem Maße gewährleistet ist, dass die Effizienzgewinne tatsächlich erzielt wurden oder wahrscheinlich erzielt werden."

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

([391]) Siehe insbesondere Rn. 39 der Leitlinien zur Anwendung des Artikels 101 Absatz 3.

([392]) Siehe insbesondere Rn. 73 bis 82 der Leitlinien zur Anwendung des Artikels 101 Absatz 3.

([393]) Siehe insbesondere Rn. 76 und 89 der Leitlinien zur Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 in Bezug auf die Fristen für die Erzielung von Effizienzgewinnen.

563. Eine Nachhaltigkeitsvereinbarung kann unerlässlich sein, wenn die Parteien nachweisen können, dass es den Verbrauchern auf dem relevanten Markt z. B. wegen unzureichender Kenntnisse oder Informationen über das Produkt oder die Folgen seiner Verwendung schwerfällt, objektiv zu beurteilen, ob die Vorteile, die sich aus der Nachhaltigkeitsvereinbarung für sie ergeben, den Schaden, den sie durch die Vereinbarung erleiden, aufwiegen und dass sie deshalb das Ausmaß der unmittelbaren negativen Auswirkungen überschätzen. Beispielsweise verwenden Hersteller kurzlebiger Konsumgüter häufig große Verpackungen, weil die Verbraucher groß mit besser gleichsetzen. Wenn die Hersteller die überflüssige Verpackung bei gleichem Inhalt reduzieren, entsteht den Verbrauchern kein Schaden, allerdings könnten sie die kleinere Verpackung als Mengenreduzierung empfinden (siehe Beispiel 1 in Randnummer 599). Ebenso schätzen die Verbraucher möglicherweise nicht den Wert künftiger Vorteile in Form von verbesserter Qualität oder Innovation, wenn die unmittelbare Auswirkung der Vereinbarung eine Erhöhung des Produktpreises ist ([394]).

564. Negativen externen Effekten oder anderem Marktversagen wird häufig durch öffentliche Politik und Regulierung begegnet. Diese öffentlichen Maßnahmen erfordern in der Regel ein Tätigwerden aller Beteiligten, um effiziente Marktergebnisse zu gewährleisten, indem Bürgerinnen und Bürger und Unternehmen für die Folgen ihrer eigenen Entscheidungen oder Handlungen für die Nachhaltigkeit verantwortlich gemacht werden ([395]). Wenn Unternehmen nach EU- oder nationalem Recht bestimmte Verpflichtungen mit einem Nachhaltigkeitsziel einhalten müssen, können Vereinbarungen über Zusammenarbeit und die damit verbundenen Beschränkungen daher nicht als unerlässlich für die Gewährleistung der Einhaltung der auferlegten Verpflichtungen angesehen werden, und zwar deshalb, weil der Gesetzgeber bereits entschieden hat, dass jedes Unternehmen für sich allein der betreffenden Verpflichtung nachkommen muss ([396]).

565. Aber auch wenn es Vorschriften gibt, können Vereinbarungen in bestimmten Situationen für die Erzielung von Nachhaltigkeitsvorteilen unerlässlich sein. Erstens kann dies der Fall sein, wenn nicht alle Aspekte eines Marktversagens durch Vorschriften angegangen werden, sodass ein Rest an Spielraum für Vereinbarungen über Zusammenarbeit bleibt. Ein Beispiel wären Unternehmen, die eine Nachhaltigkeitsvereinbarung abschließen, um einen wesentlich höheren Nachhaltigkeitsstandard zu erreichen, als er in den einschlägigen Vorschriften festgelegt ist. Zweitens können Vereinbarungen über Zusammenarbeit unerlässlich sein, um das Ziel auf eine kosteneffizientere Weise oder schneller zu erreichen, sofern die einschlägigen Vorschriften den Unternehmen Raum für entsprechende Vereinbarungen lassen und diese dabei alle Anforderungen der Vorschriften einhalten.

566. Es kann andere Fälle geben, in denen Nachhaltigkeitsvorteile aufgrund von negativen externen Effekten oder anderem Marktversagen nicht durch das freie Spiel der Marktkräfte erreicht werden können oder in denen sie durch Zusammenarbeit zwischen Unternehmen kosteneffizienter erreicht werden können. So kann eine Nachhaltigkeitsvereinbarung – in einer frühen Phase – notwendig sein, um zu verhindern, dass die Investitionen, die für die Förderung eines nachhaltigen Produkts und die Aufklärung der Verbraucher erforderlich sind, von Trittbrettfahrern missbraucht werden (Überwindung der Nachteile für die Vorreiter) ([397]).

567. In diesem Zusammenhang kann eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung auch notwendig sein, um Größenvorteile zu erzielen, insbesondere um die Fixkosten für die Einrichtung, den Betrieb und die Überwachung des Nachhaltigkeitssiegels oder -standards zu decken. Beschränkungen können auch unerlässlich sein, um die Anreize der Parteien anzugleichen und sicherzustellen, dass sie ihre Anstrengungen auf die Umsetzung der Vereinbarung konzentrieren ([398]). Wenn die Vereinbarung die Parteien verpflichtet, nicht außerhalb des Nachhaltigkeitssiegels oder -standards tätig zu sein, müssen die Parteien nachweisen können, warum nicht die bloße Festlegung eines Nachhaltigkeitssiegels oder -standards ausreichen würde, um die Effizienzgewinne zu erzielen. In der Regel reicht es aus, wenn in der Vereinbarung der Nachhaltigkeitsstandard als gemeinsamer Mindeststandard festgelegt wird, sodass es den beteiligten Unternehmen freisteht, individuell höhere Nachhaltigkeitsstandards anzuwenden.

568. In der Regel dürfen die in Nachhaltigkeitsvereinbarungen auferlegten Verpflichtungen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Ziels der Vereinbarung erforderlich ist.

([394]) In diesem Fall könnten die möglichen Vorteile für die Verbraucher anhand ihrer „Zahlungsbereitschaft“ nachgewiesen werden (siehe Abschnitt 9.4.3.2).

([395]) Bei Umweltvorschriften wird dies beispielsweise durch Steuern, Verbote oder Subventionen erreicht.

([396]) Sind die Unternehmen an ein „Cap-and-Trade“-System wie das EU-Emissionshandelssystem gebunden, so werden durch jede Verringerung der Umweltverschmutzung und die entsprechende Verringerung der verwendeten Emissionszertifikate durch ein bestimmtes Unternehmen oder einen bestimmten Sektor diese Zertifikate frei, wobei der Nettoeffekt auf die Umweltverschmutzung jedoch gleich Null ist, wenn die Zahl der Emissionszertifikate nicht verringert wird („Wasserbetteffekt“).

([397]) Dazu könnte es etwa kommen, wenn ein Unternehmen in das Marketing für ein nachhaltiges Produkt investiert, damit die Verbraucher die Qualität des neuen Produkts kennen. Wenn Wettbewerber dann ebenfalls mit der Produktion nachhaltiger Versionen ihrer eigenen Produkte beginnen, für die bereits eine Verbrauchernachfrage besteht, müssen diese Wettbewerber nicht die Kosten für die Ersteinführung des nachhaltigen Produkts tragen und können als Trittbrettfahrer von den Investitionen, die das erste Unternehmen zur Einführung des nachhaltigen Produkts getätigt hat, profitieren.

([398]) Siehe insbesondere Rn. 80 der Leitlinien zur Anwendung des Artikels 101 Absatz 3.

9.4.3. *Weitergabe an die Verbraucher*

569. Die dritte Voraussetzung des Artikels 101 Absatz 3 besteht darin, dass die Verbraucher angemessen an den geltend gemachten Vorteilen beteiligt werden. Der Begriff „Verbraucher" umfasst alle direkten und indirekten Abnehmer der von der Vereinbarung erfassten Produkte ([399]). Die Verbraucher werden angemessen an den Vorteilen beteiligt, wenn die aus der Vereinbarung erwachsenden Vorteile den durch die Vereinbarung verursachten Schaden aufwiegen, sodass die Gesamtauswirkungen auf die Verbraucher auf dem relevanten Markt mindestens neutral sind ([400]). Daher müssen die Nachhaltigkeitsvorteile, die sich aus einer Vereinbarung ergeben, den Verbrauchern der von der betreffenden Vereinbarungen erfassten Produkte zugutekommen.

570. Es kann Fälle geben, in denen die Wettbewerbsnachteile im Vergleich zu den potenziellen Vorteilen für die Verbraucher auf dem relevanten Markt eindeutig unbedeutend sind, sodass sich eine eingehende Prüfung erübrigt. Umgekehrt könnte es in vielen Fällen offensichtlich sein, dass die geltend gemachten Nachhaltigkeitsvorteile nicht den Verbrauchern auf dem relevanten Markt zugutekommen oder dass sie zu unbedeutend wären, um die Nachteile, die die Verbraucher auf dem relevanten Markt erleiden, auszugleichen. Es kann jedoch auch Fälle geben, in denen sich eine eingehende Prüfung nicht vermeiden lässt.

9.4.3.1. Individuelle nutzungsabhängige Vorteile

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

572. So kann Gemüse, das mithilfe von organischen Düngemitteln angebaut wurde, besser schmecken und/oder gesünder für die Verbraucher sein als Gemüse, das mit nicht organischen Düngemitteln erzeugt wurde. Ebenso kann der Ersatz von Plastik in bestimmten Produkten durch haltbarere Materialien die Lebensdauer der betreffenden Produkte verlängern. Unter diesen Umständen genießt der Verbraucher schon durch den Konsum des betreffenden Produkts die höhere Qualität. Es handelt sich um typische qualitative Effizienzgewinne, die durch eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung erzielt werden und die Nachteile aufwiegen können, die durch die Preiserhöhung (z. B. aufgrund der vereinbarten Verwendung teurerer nachhaltiger Materialien) oder eine Verringerung der Auswahlmöglichkeiten (z. B. aufgrund einer Vereinbarung über die Nichtverwendung einer nicht nachhaltigen Vorleistung) entstehen. Sind die Vorteile so erheblich, dass sie die durch die Preiserhöhung oder die eingeschränkte Auswahl verursachten Nachteile aufwiegen, so entschädigen sie die durch die Vereinbarung geschädigten Verbraucher und erfüllen damit die zweite Voraussetzung des Artikels 101 Absatz 3.

573. In den oben genannten Beispielen können die fraglichen Vereinbarungen neben den individuellen nutzungsabhängigen Vorteilen auch positive Auswirkungen abseits der Verbraucher haben (positive externe Effekte). Positive externe Effekte liegen vor, wenn negative externe Effekte wie Umweltverschmutzung, Bodenerosion usw. verringert werden. Diese positiven externen Effekte, die der Gesellschaft heute oder in Zukunft zugutekommen, wären ohne die betreffende wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung unter Umständen nicht möglich gewesen. Sie sind nicht deckungsgleich mit den individuellen nutzungsabhängigen Vorteilen, die den Verbrauchern auf dem relevanten Markt zugutekommen (siehe Abschnitt 9.4.3.3).

574. Vereinbarungen zur Verringerung der Verpackung können auch die Produktions- und Vertriebskosten und letztlich den Preis des Produkts senken. Beispielsweise kann eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern, Flüssigwaschmittel in konzentrierter Form in kleineren Flaschen anzubieten, die Kosten für Material, Transport und Lagerung senken. Ebenso können Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern über die gemeinsame Nutzung von Infrastrukturen oder Transportdiensten für den Vertrieb die Kosten der Parteien und damit den Preis des Endprodukts senken. Die Nachteile, die sich aus solchen Vereinbarungen ergeben, können in einer geringeren Auswahl für die Verbraucher oder in einer geringeren Produktqualität bestehen, doch können diese Nachteile durch den Vorteil des niedrigeren Preises aufgewogen werden ([401]). Dieselben Vereinbarungen können auch positive externe Effekte haben, die in einer Verringerung der negativen Auswirkungen auf die Umwelt bestehen (siehe Abschnitt 9.4.3.3).

9.4.3.2. Individuelle nutzungsunabhängige Vorteile

575. Die Vorteile, dies sich für die Verbraucher aus Nachhaltigkeitsvereinbarungen ergeben, können nicht nur die direkten Vorteile aus der Nutzung eines nachhaltigen Produkts umfassen, sondern auch die indirekten Vorteile, die sich daraus ergeben, dass die Verbraucher die Auswirkungen ihres nachhaltigen Verbrauchs auf andere

([399]) Dazu gehören Hersteller, die die Produkte als Vorleistung benötigen, Großhändler, Einzelhändler und Endkunden, d. h. natürliche Personen, die außerhalb ihrer Geschäfts- oder Berufstätigkeit handeln. Siehe Rn. 84 der Leitlinien zur Anwendung des Artikels 101 Absatz 3.

([400]) Siehe Rn. 85 der Leitlinien zur Anwendung des Artikels 101 Absatz 3; siehe auch Urteil des Gerichtshofs vom 23. November 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 72.

([401]) Senkungen der Grenzkosten oder der variablen Kosten dürften für die Bewertung der Effizienzgewinne eher relevant sein als Senkungen der Fixkosten. Erstere führen in der Regel eher zu niedrigeren Verbraucherpreisen.

erkennen. Einige Verbraucher können z. B. den Verbrauch eines nachhaltigen Produkts höher bewerten als den eines nicht nachhaltigen Produkts, weil das nachhaltige Produkt weniger negative Auswirkungen auf andere hat.

576. So kann es sein, dass sich die Verbraucher für ein bestimmtes Waschmittel entscheiden, nicht weil es besser reinigt, sondern weil es das Wasser weniger verschmutzt. Ebenso sind die Verbraucher möglicherweise bereit, einen höheren Preis für Möbel aus nachhaltig angebautem Holz zu zahlen, und zwar nicht wegen der besseren Qualität der Möbel, sondern weil sie die Abholzung der Wälder und den Verlust natürlicher Lebensräume verhindern wollen. Ebenso können sich Autofahrer für teureren Kraftstoff entscheiden, nicht weil er von höherer Qualität und besser für ihr Fahrzeug ist, sondern weil er die Umwelt weniger belastet.

577. In diesen Fällen wird die Erfahrung der Verbraucher mit dem Produkt nicht unmittelbar verbessert. Dennoch sind die Verbraucher möglicherweise bereit, einen höheren Preis für ein nachhaltiges Produkt zu zahlen oder ihre Produktauswahl einzuschränken (indem sie nur nachhaltige Varianten kaufen), um etwas für die Gesellschaft oder künftige Generationen zu tun. Indirekte nutzungsunabhängige Vorteile entstehen also den Verbrauchern innerhalb des relevanten Marktes durch ihre individuelle Bewertung der Auswirkungen auf andere, auch solche, die das Produkt nicht nutzen und sich außerhalb des relevanten Marktes befinden.

578. Verbraucher, die bereit sind, mehr für solche Produkte zu bezahlen, nehmen sie möglicherweise als qualitativ hochwertiger wahr, eben weil sie Vorteile für andere haben. Aus wirtschaftlicher Sicht unterscheiden sich solche indirekten qualitativen Vorteile nicht von den qualitätssteigernden Vorteilen, die den direkten Gebrauchswert eines Produkts erhöhen, wie in Abschnitt 9.4.3.1 erörtert. In einigen Fällen können solche indirekten nutzungsunabhängigen Vorteile durch die Untersuchung der Zahlungsbereitschaft der Verbraucher gemessen werden, z. B. im Wege von Kundenbefragungen ([402]).

579. Es kann ein Unterschied bestehen zwischen dem, was die Verbraucher als ihre Präferenzen angeben, und dem, was ihr Kaufverhalten als ihre tatsächlichen Präferenzen erkennen lässt. Dies kann darauf hindeuten, dass die Verbraucher in ihren angegebenen Präferenzen ihre tatsächlichen Präferenzen über- oder unterschätzen. Um solche Verzerrungen, die sich häufig aus hypothetischen Fragen in Verbraucherumfragen ergeben, abzumildern, sollten solche Umfragen einen angemessenen Kontext bieten. Darüber hinaus sollten die gestellten Fragen gesellschaftliche Normen, das Wissen und die Gewohnheiten der Verbraucher sowie die Erwartungen an das Verhalten anderer berücksichtigen.

580. Um ihrer Beweislast nach Artikel 101 Absatz 3 nachzukommen, müssen die Parteien einer Vereinbarung Nachweise für die tatsächlichen Präferenzen der Verbraucher erbringen können. Die Parteien sollten es vermeiden, ihre eigenen Präferenzen auf die Verbraucher zu projizieren.

581. Für die Untersuchung der Zahlungsbereitschaft der Verbraucher ist es nicht erforderlich, dass die Zahlungsbereitschaft jedes einzelnen Verbrauchers auf dem relevanten Markt ermittelt wird. Es reicht aus, dass die Untersuchung auf den Gesamtauswirkungen für die Verbraucher auf dem relevanten Markt beruht ([403]).

9.4.3.3. Kollektive Vorteile

582. Abschnitt 9.4.3.2. bezieht sich auf individuelle nutzungsunabhängige Vorteile, die auf freiwillige (altruistische) Entscheidungen einzelner Verbraucher beschränkt sind. Allerdings können nicht alle negativen externen Effekte durch freiwillige, individuelle Maßnahmen der Verbraucher behoben werden. Da die Nachhaltigkeitsauswirkungen des individuellen Verbrauchs nicht unbedingt dem einzelnen Verbraucher, sondern einer größeren Gruppe zugutekommen, kann eine gemeinsame Initiative, z. B. eine Vereinbarung über Zusammenarbeit, erforderlich sein, um negative externe Effekte zu internalisieren und Nachhaltigkeitsvorteile für einen größeren Teil der Gesellschaft zu erzielen ([404]). So könnten die Verbraucher beispielsweise nicht bereit sein, einen höheren Preis für ein Produkt zu zahlen, das mit einer umweltfreundlichen, aber teuren Technologie hergestellt wurde. Um zu gewährleisten, dass die Vorteile, die sich aus dem Einsatz dieser Technologie ergeben, zum Tragen kommen, kann eine Vereinbarung erforderlich sein, in der die Parteien festlegen, dass die umweltschädliche Technologie immer weniger eingesetzt werden darf. Diese Vorteile werden als „kollektive Vorteile“ bezeichnet, da sie unabhängig von der individuellen Wertschätzung des Produkts durch die Verbraucher auftreten und einem größeren Teil der Gesellschaft und nicht nur den Verbrauchern auf dem relevanten Markt zugutekommen.

([402]) Die Zahlungsbereitschaft der Verbraucher ist ein Element, das helfen kann, die Art der Vorteile zu ermitteln, die die Parteien der Vereinbarung geltend machen können. Ist die Zahlungsbereitschaft der Verbraucher vorhanden, d. h. besteht eine Nachfrage nach nachhaltigen Produkten, bedeutet dies allerdings nicht unbedingt, dass eine Vereinbarung nicht unerlässlich ist. Auch wenn die Verbraucher bereit sind, für ein nachhaltiges Produkt zu zahlen, kann eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung unerlässlich sein, um z. B. Nachteile für Vorreiter zu überwinden oder kostensenkende Größenvorteile zu erzielen.

([403]) Urteil des Gerichtshofs vom 23. November 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 72.

([404]) Das Marktversagen in solchen Situationen besteht in der Regel darin, dass nicht nachhaltiger Verbrauch negative externe Effekte für andere hat. Diese negativen externen Effekte (z. B. Emissionen) werden von den einzelnen Verbrauchern nicht vollständig internalisiert (berücksichtigt), was zu einem übermäßigen Verbrauch des nicht nachhaltigen Produkts führt. Ebenso kann das Marktversagen in positiven externen Effekten (z. B. einer Verringerung der Emissionen) durch nachhaltigen Verbrauch bestehen. In diesem Fall werden nachhaltige Produkte vom Markt im Wesentlichen aus demselben Grund nicht ausreichend angeboten, nämlich weil die Verbraucher die Auswirkungen ihres Verbrauchs auf andere nicht berücksichtigen.

583. Obwohl die Abwägung der positiven und negativen Auswirkungen der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen in der Regel innerhalb des relevanten Marktes erfolgt, auf den sich die Vereinbarung bezieht, können bei zwei Märkten, die miteinander verknüpft sind, die auf verschiedenen Märkten erzielten Effizienzgewinne berücksichtigt werden, sofern im Wesentlichen die gleiche Verbrauchergruppe von der Beschränkung betroffen ist wie die, die von den Effizienzgewinnen profitiert ([405]).

584. Wenn sich die Gruppe der Verbraucher auf dem relevanten Markt in erheblichem Maße mit der Gruppe von Begünstigten außerhalb des relevanten Marktes überschneidet oder zu ihr gehört, können die kollektiven Vorteile für die Verbraucher auf dem relevanten Markt, die außerhalb dieses Marktes entstehen, analog berücksichtigt werden, wenn sie erheblich genug sind, um die Verbraucher auf dem relevanten Markt für den erlittenen Nachteil zu entschädigen ([406]).

585. So sind beispielsweise Autofahrer, die weniger umweltschädlichen Kraftstoff kaufen, auch diejenigen, die von einer saubereren Luft profitieren würden, wenn weniger umweltschädlicher Kraftstoff verwendet würde. Sofern eine erhebliche Überschneidung zwischen der Gruppe von Verbrauchern (in diesem Beispiel die Autofahrer) und der breiteren Gruppe von Begünstigten (die Bürgerinnen und Bürger) festgestellt werden kann, können die Nachhaltigkeitsvorteile in Form von saubererer Luft berücksichtigt werden, sofern sie die Verbraucher auf dem relevanten Markt für die erlittenen Nachteile entschädigen. Umgekehrt könnten die Verbraucher Kleidung aus nachhaltiger Baumwolle kaufen, die unter Einsatz von weniger Düngemitteln und Wasser angebaut wird. Solche Umweltvorteile könnten in der Regel als kollektive Vorteile berücksichtigt werden. In diesem Fall gibt es jedoch wahrscheinlich keine wesentlichen Überschneidungen zwischen den Verbrauchern der Kleidung und den Begünstigten der Umweltvorteile, da diese nur in dem Gebiet auftreten, in dem die Baumwolle angebaut wird. Daher ist es unwahrscheinlich, dass diese kollektiven Vorteile den Verbrauchern auf dem relevanten Markt zugutekommen. Sie könnten daher nur berücksichtigt werden, wenn und soweit die Verbraucher der Kleidung bereit sind, mehr für Kleidung aus nachhaltig angebauter Baumwolle zu zahlen (individueller nutzungsunabhängiger Vorteil, siehe Abschnitt 9.4.3.2).

586. Damit kollektive Vorteile zum Tragen kommen, muss die Marktabdeckung der Vereinbarung in vielen Fällen erheblich sein. Wenn beispielsweise nur zwei von zehn Waschmaschinenherstellern vereinbaren, ihre umweltschädlicheren Modelle aufzugeben, ist es unwahrscheinlich, dass Trittbrettfahrer durch die Vereinbarung ausgeschlossen werden können (da Waschmaschinenhersteller weiterhin umweltschädlichere Modelle anbieten); somit ist es unwahrscheinlich, dass die Umweltverschmutzung ausreichend verringert wird, da eigennützige Verbraucher auf umweltschädlichere Modelle der verbleibenden Anbieter ausweichen könnten ([407]).

587. Damit die kollektiven Vorteile berücksichtigt werden können, müssen die Parteien der Vereinbarung in der Lage sein,

a) die geltend gemachten Vorteile klar zu beschreiben und nachzuweisen, dass sie bereits eingetreten sind oder wahrscheinlich eintreten werden ([408]),

b) die Begünstigten klar zu definieren,

c) nachzuweisen, dass sich die Verbraucher auf dem relevanten Markt im Wesentlichen mit den Begünstigten überschneiden oder Teil von ihnen sind ([409]), und

d) nachzuweisen, dass der Teil der kollektiven Vorteile, der den Verbrauchern auf dem relevanten Markt zugutekommt, gegebenenfalls zusammen mit den individuellen nutzungsabhängigen und nutzungsunabhängigen Vorteilen, die diesen Verbrauchern zugutekommen, die Nachteile aufwiegen, die diese Verbraucher aufgrund der Beschränkung erleiden.

588. Der Nachweis der kollektiven Vorteile in Berichten der Behörden oder in Berichten anerkannter Bildungseinrichtungen kann für diese Prüfung von besonderem Wert sein.

589. Sind keine Daten verfügbar, die eine quantitative Analyse der Vorteile der Vereinbarung ermöglichen, können andere Nachweise herangezogen werden, sofern diese eine eindeutig feststellbare positive Auswirkung auf die Verbraucher auf dem relevanten Markt und nicht nur eine marginale Auswirkung erkennen lassen. Da es derzeit kaum Erfahrungen mit der Messung und Quantifizierung kollektiver Vorteile gibt, will die Kommission weitere Leitlinien zu diesem Thema bereitstellen, sobald sie genügend Erfahrung mit konkreten Fällen gesammelt hat, die ihr die Entwicklung von Bewertungsmethoden ermöglichen.

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

([406]) Die Verbraucher können durch nur eine Art von Nachhaltigkeitsvorteilen oder auch durch eine Kombination aus individuellen und kollektiven Vorteilen entschädigt werden (siehe Abschnitt 9.4.3.4).

([407]) In diesem Beispiel sind jedoch nicht nur die potenziellen Vorteile der Vereinbarung aufgrund der unzureichenden Abdeckung begrenzt, sondern auch die potenziellen Wettbewerbsnachteile (im Wesentlichen aus denselben Gründen).

([408]) Vorteile, die in der Zukunft zum Tragen kommen, können insoweit berücksichtigt werden, als sie den Verbrauchern auf dem relevanten Markt zugutekommen.

([409]) In Fällen, in denen kollektive Vorteile auf einen großen Teil der Gesellschaft verteilt sind, ist es weniger wahrscheinlich, dass die Überschneidung mit den Verbrauchern auf dem relevanten Markt erheblich ist.

9.4.3.4. Eine oder alle Arten von Vorteilen

590. Die Parteien von Nachhaltigkeitsvereinbarungen können sich zur Rechtfertigung ihrer Vereinbarung nach Artikel 101 Absatz 3 auf eine oder alle der drei Arten von Vorteilen für die Verbraucher berufen. Auf welche Vorteile sich berufen wird, kann vom Sachverhalt und von der Stichhaltigkeit der verfügbaren Nachweise abhängen. In manchen Fällen kann es ausreichen, nur die individuellen nutzungsabhängigen Vorteile nachzuweisen, um die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 zu erfüllen. In anderen Fällen kann der Nachweis der individuellen nutzungsunabhängigen Vorteile oder der kollektiven Vorteile ausreichen. In einigen Fällen wiederum ist es den Parteien vielleicht möglich, eine Kombination aus zwei oder allen drei Arten von Vorteilen aufzuzeigen.

591. In manchen Fällen kann es erforderlich sein, dass ein gewisser Zeitraum verstreicht, bis die Vorteile zum Tragen kommen. Bis dahin hat die Vereinbarung möglicherweise ausschließlich negative Auswirkungen. Die Tatsache, dass die Weitergabe von Vorteilen an den Verbraucher mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung erfolgt, schließt die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 nicht aus. Je länger jedoch die zeitliche Verzögerung ist, umso größer müssen die Effizienzgewinne sein, damit die Verbraucher auch für den Verlust während des Zeitraums vor der Weitergabe der Vorteile entschädigt werden. Bei dieser Prüfung muss vom Wert der künftigen Vorteile ein angemessener Betrag abgezogen werden ([410]).

9.4.4. *Keine Ausschaltung des Wettbewerbs*

592. Nach der vierten Voraussetzung des Artikels 101 Absatz 3 darf die Vereinbarung den Parteien nicht die Möglichkeit eröffnen, für einen beträchtlichen Teil der betreffenden Produkte den Wettbewerb auszuschalten. Mit dieser Bedingung wird im Wesentlichen sichergestellt, dass auf dem bzw. den relevanten Märkten ungeachtet des Umfangs der Vorteile ein gewisser Restwettbewerb bestehen bleibt.

593. Die letztgenannte Voraussetzung kann auch dann erfüllt sein, wenn sich die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung auf den gesamten Wirtschaftszweig erstreckt, solange die Parteien der Vereinbarung zumindest in Bezug auf einen wichtigen Wettbewerbsparameter weiterhin in starkem Wettbewerb stehen. Wenn die Vereinbarung beispielsweise den Qualitäts- oder Angebotswettbewerb ausschaltet, der Preis aber ebenfalls ein wichtiger Wettbewerbsparameter im betreffenden Wirtschaftszweig ist und keine Preisbeschränkungen vorliegen, kann diese Voraussetzung dennoch erfüllt sein.

594. Wenn Wettbewerber mit einer Reihe von differenzierten Produkten auf demselben relevanten Markt miteinander im Wettbewerb stehen, bedeutet die Ausschaltung des Wettbewerbs für eine oder mehrere Produktvarianten nicht unbedingt, dass der Wettbewerb auf dem relevanten Markt ausgeschaltet wird.

595. Auch wenn Wettbewerber beschließen, eine bestimmte umweltschädliche Technologie oder einen bestimmten nicht nachhaltigen Inhaltsstoff bei der Produktion ihrer Produkte nicht zu verwenden, wird der Wettbewerb nicht ausgeschaltet, wenn sie weiterhin in Bezug auf den Preis und/oder die Qualität des Endprodukts miteinander im Wettbewerb stehen.

596. Schließlich ist die Ausschaltung des Wettbewerbs für einen begrenzten Zeitraum kein Hindernis für die Erfüllung dieser Voraussetzung, sofern dies keine Auswirkungen auf die Entwicklung des Wettbewerbs nach Ablauf dieses Zeitraums hat. Beispielsweise erfüllt eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern, die Produktion einer Produktvariante, die eine nicht nachhaltige Komponente enthält, vorübergehend zu beschränken, um ein nachhaltiges Ersatzprodukt auf den Markt zu bringen, mit dem Ziel, die Verbraucher für die Merkmale des neuen Produkts zu sensibilisieren, im Allgemeinen die letzte Voraussetzung des Artikels 101 Absatz 3.

9.5. **Beteiligung von Behörden**

597. Die Beteiligung nationaler oder lokaler Behörden am Abschluss von Nachhaltigkeitsvereinbarungen oder das Wissen dieser Behörden um die Existenz solcher Vereinbarungen schließt für sich genommen die Anwendung des Artikels 101 auf solche Vereinbarungen nicht aus. Auch wenn behördliche Maßnahmen sich darauf beschränken, die Beteiligung von Unternehmen an wettbewerbswidrigen Nachhaltigkeitsvereinbarungen zu veranlassen oder zu erleichtern, ohne die Unternehmen ihrer Autonomie zu berauben, unterliegen solche Vereinbarungen weiterhin Artikel 101 ([411]).

598. Die Parteien einer wettbewerbswidrigen Nachhaltigkeitsvereinbarung werden jedoch nicht nach Artikel 101 haftbar gemacht, wenn sie von den Behörden zum Abschluss der Vereinbarung gezwungen wurden oder ihnen der Abschluss vorgeschrieben wurde oder wenn die Behörden die Auswirkungen der Vereinbarung verstärken ([412]).

9.6. **Beispiele**

599. Vereinbarung, für die ein Soft-Safe-Harbour gilt

([410]) Siehe Leitlinien zur Anwendung des Artikels 101 Absatz 3, S. 87.
([411]) Urteil des Gerichtshofs vom 9. September 2003, CIF, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430, Rn. 56. Siehe auch Kapitel 1, Rn. 19.
([412]) Urteil des Gerichtshofs vom 12. Dezember 2013, Soa Nazionale Costruttori, C-327/12, ECLI:EU:C:2013:827, Rn. 38, und Urteil des Gerichtshofs vom 5. Dezember 2006, Cipolla u. a., C-94/04, ECLI:EU:C:2006:758, Rn. 47.

Beispiel 1

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

Die Nichtregierungsorganisation Prevent Waste kritisiert die Strategie der Hersteller von Frühstückscerealien, „leere Schachteln" zu verwenden, als verschwenderisch und umweltschädlich, da mehr natürliche Ressourcen verbraucht werden als für die effiziente Produktion und den Vertrieb dieser Produkte notwendig. Als Reaktion darauf haben sich die in einer Handelsorganisation organisierten Hersteller von Frühstückscerealien darauf geeinigt, die überschüssige Verpackung ihrer Produkte zu begrenzen. Sie haben gemeinsam einen Verpackungsstandard vereinbart, demgemäß überschüssige Verpackung auf höchstens 3 % zu begrenzen ist, um sicherzustellen, dass die Schachteln weiterhin leicht zu verwenden sind. Sie haben ihre Entscheidung öffentlich gemacht. Die Hersteller von Frühstückscerealien setzen die Vereinbarung, die 100 % des Marktes abdeckt, seit Anfang des Jahres um. Infolgedessen sind die Verpackungskosten, die 6 % des Großhandelspreises ausmachen, um rund 10 % gesunken. Dies hat zu einem Rückgang des Großhandelspreises für Frühstückscerealien um etwa 0,5 % und zu einem Rückgang des Einzelhandelspreises um 0-0,5 % geführt.

Analyse: Die Wettbewerber vereinbaren einen Standard, der sich auf die Vermarktung des Produkts auswirkt, aber sie tun dies in einer transparenten Weise, die es jedem ermöglicht, das Konzept zu übernehmen, ohne dass eine Verpflichtung dazu besteht. Es werden keine sensiblen Informationen ausgetauscht. Darüber hinaus steht es den Herstellern von Frühstückscerealien frei, ihre Verpackungen weiter zu verkleinern, wenn sie dies wünschen. Außerdem wirkt sich die Normenvereinbarung zur Begrenzung der überschüssigen Verpackung nur sehr geringfügig und sogar rückläufig auf den Preis von Frühstückscerealien aus, beeinträchtigt nicht den Wettbewerb zwischen den Herstellern in Bezug auf die wichtigsten Parameter (Preis, Qualität und Innovation) und wirkt sich nur in begrenztem Maße auf den Wettbewerb bei der Vermarktung aus (angesichts der offensichtlich begrenzten Auswirkungen der Strategie der „übergroßen" Schachteln). Die Vereinbarung erfüllt daher die Voraussetzungen in Bezug auf den Soft-Safe-Harbour und dürfte keine spürbaren negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben. Durch die Vereinbarung wird das Ergebnis für die Verbraucher verbessert, da Strategien für kostspielige überflüssige Verpackungen, die sich kaum auf den Wettbewerb auswirken, abgeschafft werden.

600. Vereinbarung, für die ein Soft-Safe-Harbour gilt

Beispiel 2

Sachverhalt: Fair Tropical Fruits, eine Nichtregierungsorganisation, hat zusammen mit einer Reihe von Obsthändlern ein Gütesiegel für fair gehandelte tropische Früchte (das FTF-Gütesiegel) geschaffen. Um das Gütesiegel verwenden zu können, müssen die Unternehmen, die mit tropischen Früchten handeln, garantieren, dass die betreffenden Früchte von Erzeugern stammen, die ihren Arbeitern einen angemessenen, existenzsichernden Lohn zahlen und auf Kinderarbeit verzichten. Diesen Händlern steht es frei, Früchte auch unter anderen Gütesiegeln oder ohne Gütesiegel zu handeln. Fair Tropical Fruits hat ein Überwachungssystem eingerichtet, um zu zertifizieren, dass die unter dem FTF-Gütesiegel verkauften Produkte die Mindestanforderungen erfüllen. Die Bedingungen für die Teilnahme sowie die Methodik und die Ergebnisse des Überwachungssystems sind auf der Website von Fair Tropical Fruits verfügbar. Die unter dem FTF-Gütesiegel verkauften Früchte sind teurer als andere tropische Früchte im Handel.

Das FTF-Gütesiegel wurde EU-weit eingeführt. Eine Reihe von Großhändlern verwendet das Gütesiegel und hat die Vereinbarung über die Einhaltung der Mindestbedingungen des Gütesiegels unterzeichnet. Das Gütesiegel hat sich bei bestimmten Verbrauchern schnell durchgesetzt. Je nach Art der tropischen Frucht und betroffenem räumlich relevanten Markt liegen die Marktanteile der Händler zwischen 12 % bei Ananas und 20 % bei Mangos. Dieselben Händler sind auch außerhalb des Gütesiegels tätig.

Analyse: Das FTF-Gütesiegel dürfte keine spürbaren negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 haben und unter den Soft-Safe-Harbour für Nachhaltigkeitsstandards fallen, und zwar wegen: i) der geringen Marktanteile der Parteien der Vereinbarung auf den verschiedenen relevanten Einkaufs- und Verkaufsmärkten, ii) der beträchtlichen Marktanteile anderer Gütesiegel und konventioneller Produkte sowie des von ihnen ausgehenden Wettbewerbs sowie der Tatsache, dass iii) die Beteiligung am FTF-Gütesiegel auf freiwilliger und nicht ausschließlicher Basis erfolgt, iv) die Normenvereinbarung keinen Austausch von Informationen über Beschaffungspreise, sonstige Kosten, Produktionsmengen oder Gewinnspannen vorsieht und v) die Lizenz zur Verwendung des Gütesiegels nur von der Einhaltung bestimmter Mindestbedingungen abhängig gemacht wird, ohne dass verbindliche Mindestpreise oder Zuschläge vereinbart werden. Die Vereinbarungen können die Produktpalette für die Verbraucher letztlich sogar erweitern, indem sie ihnen die Möglichkeit geben, Produkte zu erkennen, die Merkmale des fairen Handels aufweisen.

601. Vereinbarung, die keine spürbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb hat

Beispiel 3

Sachverhalt: Fair-Clothing.Com ist eine sehr erfolgreiche Nichtregierungsorganisation, der es mithilfe staatlicher Subventionen und einer wirksamen Medienkampagne gelungen ist, die große Mehrheit der Unternehmen, die Bekleidung in der EU verkaufen (darunter alle großen Marken und eine Reihe von Bekleidungseinzelhandelsketten), davon zu überzeugen, Kleidungsstücke nur bei solchen Herstellern in Entwicklungsländern einzukaufen, die bestimmte Mindestlohnstandards einhalten. Die Kampagne, die von nationalen und EU-Verbraucherorganisationen umfassend unterstützt und mit ihnen koordiniert wurde, war ein großer Erfolg: Derzeit werden 85 % aller in der EU verkauften Kleidungsstücke unter dem Fair-Clothing-Gütesiegel verkauft. Um eine Lizenz zur Verwendung des Gütesiegels zu erhalten, haben sich die teilnehmenden Unternehmen verpflichtet, Mindestlohnstandards einzuhalten und keine Kleidungsstücke zu verkaufen, die nicht den Standards entsprechen, unabhängig davon, wo die Kleidungsstücke hergestellt werden. Infolge der Kampagne sind die Löhne der Textilarbeiter in den Entwicklungsländern um durchschnittlich 20 % gestiegen. Aus Umfragen und Studien zu Verbraucherprodukten geht hervor, dass der Durchschnittspreis für Bekleidung in der EU infolge der Einführung des Fair-Clothing-Gütesiegels nicht spürbar gestiegen ist: Die Schätzungen für die Auswirkungen auf die Preise reichen von -0,5 % bis + 0,8 % und unterscheiden sich statistisch nicht wesentlich von Null. Die glaubwürdigsten Erklärungen für das Ausbleiben eines Preisanstiegs sind erstens die relativ geringe Bedeutung der Produktionslöhne als Bestandteil des Endpreises von Bekleidung und zweitens mögliche Verbesserungen der Arbeitsproduktivität infolge der Lohnerhöhung. Bei der Produktion von Baumwollhemden beispielsweise beträgt der Lohnanteil an den lokalen Produktionskosten rund 30 %. Es ist daher davon auszugehen, dass die Lohnerhöhung um 20 % in den Entwicklungsländern zu einem Preisanstieg für das Hemd ab Werk um höchstens 6 % geführt hat.

Analyse: Da die Vertragsparteien der Fair-Clothing-Vereinbarung (westliche Markeninhaber und Bekleidungseinzelhandelsketten) eine durchschnittliche Marge von 200-300 % auf den Einkaufspreis aufschlagen, um Transport-, Einfuhr- und andere Vertriebs- und Verpackungskosten zu decken, beträgt die Auswirkung auf den Preis, zu dem die Parteien das Hemd verkaufen, schon aus diesem Grund höchstens 1,5-2 %. Überdies gibt es Anzeichen dafür, dass sich die Lohnerhöhung um 20 % positiv auf die Arbeitsproduktivität im Textilsektor in den Entwicklungsländern auswirkt, da sie den Arbeitnehmern Zugang zu nahrhafteren Lebensmitteln und einer besseren Gesundheitsversorgung verschafft. Angesichts des intensiven Wettbewerbs im Bekleidungssektor kann davon ausgegangen werden, dass sich diese Produktivitätssteigerungen preisdämpfend auswirken.

Ausgehend von den geschätzten Auswirkungen auf den Preis kann der Schluss gezogen werden, dass die Fair-Clothing-Vereinbarungen wahrscheinlich keine spürbaren nachteiligen Auswirkungen auf die Kunden der Parteien der Vereinbarungen haben und daher nicht unter Artikel 101 Absatz 1 fallen.

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

Beispiel 4

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

Analyse: Obwohl es sich um empfohlene Richtwerte handelt, deren Einhaltung freiwillig ist, dürften sie aufgrund der großen Verbreitung im Zuge der nationalen Informationskampagne von allen nahrungsmittelverarbeitenden Unternehmen des betreffenden Mitgliedstaats zugrunde gelegt werden. Daher ist es wahrscheinlich, dass sie sich de facto als Höchstwert für Fett in verarbeiteten Lebensmitteln durchsetzen. Dadurch könnte die den Verbrauchern auf den sachlich relevanten Märkten zur Verfügung stehende Produktpalette eingeschränkt werden. Die Parteien werden jedoch weiterhin in der Lage sein, in Bezug auf andere Produktmerkmale (z. B. Preis, Produktgröße, Qualität, Geschmack, andere Ernährungswerte, Salzgehalt, Ausgewogenheit der Zutaten und Markenname) in Wettbewerb zu treten. Außerdem könnte sich der Wettbewerb bezüglich des Fettgehalts in dem Produktangebot verschärfen, wenn sich die Wettbewerber darum bemühen, Produkte mit dem niedrigsten Fettgehalt anzubieten. Es ist daher unwahrscheinlich, dass die Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 hat. Doch selbst wenn festgestellt wird, dass die Vereinbarung spürbare negative Auswirkungen auf den Wettbewerb nach Artikel 101 Absatz 1 hat – weil den Verbrauchern die Möglichkeit genommen wird, sich für Lebensmittel mit hohem Fettgehalt zu entscheiden –, dürften die Vorteile für die Verbraucher in Form des Werts der erhaltenen Informationen und der positiven Auswirkungen auf die Gesundheit die Nachteile aufwiegen, sodass die Vereinbarung wahrscheinlich die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt.

603. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung nach Artikel 101 Absatz 1, die die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt

Beispiel 5

Sachverhalt: Waschmaschinenhersteller produzieren derzeit eine Reihe von Maschinen, von modernen Modellen, die technisch fortschrittlicher und energieeffizient sind, bis hin zu älteren Modellen, die technisch weniger fortschrittlich sind. Die älteren, weniger fortschrittlichen Modelle verbrauchen zwar mehr Strom und Wasser, sind aber billiger in der Produktion und werden zu niedrigeren Preisen verkauft als die neueren und technisch fortschrittlicheren Modelle. Nach einer EU-Verordnung werden alle Modelle in acht Energieeffizienzklassen von A bis H eingeteilt und entsprechend gekennzeichnet.

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

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

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

Ferner zeigen diese Studien, dass die Käufer von Waschmaschinen tatsächlich erheblich von der allmählichen Abschaffung der Kategorien F bis H profitieren. Ein durchschnittlicher Waschmaschinenkäufer wird die Erhöhung des Kaufpreises innerhalb von ein bis zwei Jahren in Form von niedrigeren Strom- und Wasserkosten ausgleichen. Die überwältigende Mehrheit der Verbraucher, einschließlich derjenigen, die ihre Maschine weniger häufig benutzen, wird die Erhöhung des Kaufpreises innerhalb von vier Jahren ausgleichen. Da die durchschnittliche Lebenserwartung von Maschinen der Kategorien A bis E mindestens fünf Jahre beträgt, kommt die Vereinbarung den Verbrauchern von Waschmaschinen als Gruppe zugute. Dieser Nettonutzen wird für alle Waschmaschinennutzer noch durch den Umweltnutzen erhöht, der sich aus der kollektiven Verringerung des Strom- und Wasserverbrauchs ergibt. Die Verringerung des Stromverbrauchs führt zu einer geringeren Umweltverschmutzung bei der Stromerzeugung, was den Verbrauchern von Waschmaschinen ebenfalls zugutekommt, sofern das mit der Umweltverschmutzung zusammenhängende Marktversagen nicht bereits durch andere Regelungsinstrumente (z. B. das Europäische Emissionshandelssystem zur Begrenzung der Kohlenstoffemissionen) behoben wird. Die Verringerung des Wasserverbrauchs führt zu einer geringeren Wasserverschmutzung. Da die Verbraucher von Waschmaschinen die überwiegende Mehrheit der Gesamtbevölkerung ausmachen, kommt ein Teil dieser Umweltvorteile den von der Vereinbarung betroffenen Verbrauchern auf dem relevanten Markt zugute.

Analyse: Obwohl die Vereinbarung wahrscheinlich spürbare nachteilige Auswirkungen haben wird und unter Artikel 101 Absatz 1 fällt, ist es wahrscheinlich, dass sie auch die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 erfüllt. So gilt Folgendes: i) Die Vereinbarung führt dazu, dass die durchschnittliche Waschmaschine energie- und wassersparender wird, ii) dies hätte nicht mit einer weniger wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung erreicht werden können, z. B. mit einer kollektiven Werbekampagne oder einem Nachhaltigkeitssiegel, iii) den Verbrauchern auf dem relevanten Markt entsteht ein Nettonutzen aus den individuellen nutzungsabhängigen Vorteilen und den kollektiven Umweltvorteilen und iv) der Wettbewerb wird nicht ausgeschaltet, da die Vereinbarung nur die Modellpalette als einen Wettbewerbsparameter betrifft, nicht aber andere Parameter, z. B. Preis oder Innovation, bei denen Wettbewerb stattfinden kann und stattfindet.

ISSN 1977-088X (elektronische Ausgabe)
ISSN 1725-2407 (Papierausgabe)

Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union
L-2985 Luxemburg
LUXEMBURG

DE