

Fall 3**Art. 101 AEUV (ex Art. 81 EG); Begriff der Wettbewerbsbeschränkung; Begriff des Bezweckens und Bewirkens; sog. rule of reason; Vorlageverfahren**

(EuGH, Urteil v. 20. November 2008, Rs. C-209/07 – Beef Industry Development Society)

Sachverhalt (vereinfacht):

Der irische Markt für die Verarbeitung von Rindfleisch (Schlachtung und Entbeinung) ist seit geraumer Zeit von einer starken Überkapazität gekennzeichnet. Die Nachfrage nach Verarbeitungsdienstleistungen ist so gering, daß die hohe Anzahl der Verarbeitungsbetriebe kaum noch wirtschaftlich überleben kann. Wegen dieses besorgniserregenden Zustands hat die irische Regierung eine Studie in Auftrag gegeben. Diese kam zu dem Ergebnis, daß die Zahl der verarbeitenden Unternehmen von derzeit 20 auf ca. vier bis sechs verringert werden müßte. Es wurde empfohlen, eine Regelung zu treffen, wonach diejenigen, die im Markt verbleiben (sog. Verbleiber), den anderen Unternehmen, welche aus dem Markt ausscheiden, eine Entschädigung zahlen. Eine vom Landwirtschaftsminister eingesetzte Arbeitsgruppe kam zu demselben Ergebnis und empfahl die Errichtung eines Entschädigungsfonds.

Auf Grundlage der Empfehlungen errichteten die zehn wichtigsten verarbeitenden Unternehmen eine Gesellschaft namens Beef Industry Development Society Ltd. (BIDS). BIDS bereitete einen Entwurf für einen Rationalisierungsplan vor, der insbesondere eine Verringerung der Verarbeitungskapazitäten vorsah. BIDS wollte dieses Ziel durch Vereinbarungen zwischen den Verbleibern und den Ausscheidenden nach einer Mustervereinbarung erreichen. Diese Mustervereinbarung sieht vor, daß die Verbleiber die Ausscheidenden entschädigen, wobei der Betrag dieser Entschädigung von den Parteien bestimmt wird. BIDS zahlt diese Entschädigungen an die Ausscheidenden. Die Verbleiber zahlen an BIDS Beiträge zur Finanzierung dieser „Abfindungszahlungen“. Im Gegenzug verpflichteten sich die Ausscheidenden dazu, sich unwiderruflich aus dem Markt der Rindfleischverarbeitung zurückzuziehen.

Das rindfleischverarbeitende Unternehmen Barry Brothers schloß eine solche Vereinbarung mit BIDS ab. Davon erlangte die irische Competition Authority Kenntnis. Sie teilte daraufhin BIDS mit, daß die Vereinbarung ihrer Ansicht nach Art. 81 Abs. 1 EG (jetzt Art. 101 AEUV) verletze. Daher beantragte die Competition Authority beim irischen High Court, BIDS und Barry Brothers die Umsetzung der Vereinbarungen zu untersagen. Der High Court wies diesen Antrag jedoch ab und entschied, daß die Vereinbarung nicht unter Art. 81 Abs. 1 EG (Art. 101 AEUV) falle. Dagegen legte wiederum die Competition Authority Berufung zum irischen Supreme Court ein. Der Supreme Court legte nun dem EuGH die Frage vor, ob die in Rede stehende Vereinbarung unter Berücksichtigung der Besonderheiten des irischen Markts für Rindfleischverarbeitung und der seitens der staatlichen Expertengremien empfohlenen Maßnahmen als Verstoß gegen Art. 81 EG (Art. 101 AEUV) angesehen werden könne.

BIDS und Barry Brothers halten die Vereinbarung für kartellrechtskonform und bringen insbesondere folgendes vor:

1. Die Vereinbarung bezwecke keine Wettbewerbsbeschränkung, da die Reduzierung von Überkapazitäten nicht per se wettbewerbsbeschränkend sei. Das Ziel dieser Vereinbarungen sei nicht, dem Wettbewerb und dem Wohlergehen der Verbraucher zu schaden, sondern den Rindfleischsektor zu rationalisieren, um ihn wettbewerbsfähiger zu machen, indem Erzeugungsüberkapazitäten reduziert würden, ohne sie jedoch zu beseitigen.
2. Eine Vereinbarung, die die Verringerung von sektoriellen Überkapazitäten betreffe, könne nicht mit einer Vereinbarung gleichgestellt werden, die die „Einschränkung der Erzeugung“ im Sinne von **Art. 81 Abs. 1 lit. b EG** (Art. 101 Abs. 1 lit. b EG AEUV) betreffe. Denn dieser Begriff sei so zu verstehen, daß er eher eine Beschränkung der Gesamterzeugung des Marktes als eine Beschränkung der Erzeugung bestimmter Wirtschaftsteilnehmer betreffe, die sich – wie vorliegend – freiwillig vom Markt zurückzögen, ohne einen Rückgang der Erzeugung zu bewirken.
3. Wenn eine Vereinbarung nicht die Gesamterzeugung auf einem Markt betreffe und die Freiheit der Wirtschaftsteilnehmer, selbständig zu handeln, nicht beeinträchtige, so könne jede wettbewerbsbeschränkende Wirkung ausgeschlossen werden. Daher sei der Austritt einiger Wirtschaftsteilnehmer aus dem Markt im vorliegenden Fall nicht relevant, da die Verbleiber in der Lage seien, der Nachfrage nachzukommen. Eine Wettbewerbsbeschränkung werde daher auch nicht bewirkt.

Die Competition Authority hält dem insbesondere folgendes entgegen:

1. Die Motivation für den Abschluß der Vereinbarung könne zwar redlich sein und dem Zweck dienen, eine Strukturkrise in der Branche der Rindfleischverarbeitung zu überwinden. Dies geschehe aber eben mit wettbewerbswidrigen Mitteln.
2. Art. 81 EG kenne keine geschriebenen oder ungeschriebenen Ausnahmen für Maßnahmen der vorliegenden Art.
3. Die Vereinbarung bezwecke eine Wettbewerbsbeschränkung, da sie unmittelbar darauf abziele, den Wettbewerb durch die ausscheidenden Unternehmen zu eliminieren.

Fragestellung:

Bitte erstellen Sie ein Gutachten über das Vorabentscheidungsersuchen.

Lösung (Merkposten):

A. Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV (ex Art. 234 EG)

Art. 267 EG:

„Der Gerichtshof entscheidet im Wege der Vorabentscheidung

a) über die Auslegung der Verträge,

b) ...

c) ...

Wird eine derartige Frage einem Gericht eines Mitgliedstaats gestellt und hält dieses Gericht eine Entscheidung darüber zum Erlaß seines Urteils für erforderlich, so kann es diese Frage dem Gerichtshof zur Entscheidung vorlegen.“

Hier: Vorabentscheidungsersuchen unproblematisch zulässig.

B. Vereinbarkeit der Verhaltensweise mit Art. 101 AEUV (ex Art. 81 EG)

I. Unternehmen

BIDS und Barry Brothers unproblematisch (+)

II. Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise

Vereinbarung (+)

III. Wettbewerbsbeschränkung

1. Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs

Art. 101 Abs. 1 AEUV verlangt, daß die erfaßten Maßnahmen eine *Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung* des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes *bezwecken oder bewirken*. Der Oberbegriff hierfür ist nach herrschender Ansicht die „*Wettbewerbsbeschränkung*“. Eine inhaltliche Abgrenzung zwischen den drei Alternativen der Verhinderung, Einschränkung und Verfälschung ist weder erforderlich noch überzeugend durchführbar. Art. 101 AEUV gilt im übrigen für horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen gleichermaßen.

Der EuGH definiert als *Einschränkung des Wettbewerbs* (= Wettbewerbsbeschränkung) die Entstehung von Wettbewerbsbedingungen, die im Hinblick auf die Art der Waren oder erbrachten Dienstleistungen, die Bedeutung und Zahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang des in Betracht kommenden Marktes nicht den normalen Bedingungen dieses Marktes entsprechen.¹

¹ EuGH v. 28. 5. 1998 – Rs. C-7/95 P, Slg. 1998, I-3111 Tz. 87 – Deere.

Die Wettbewerbsbeschränkung muß entweder **bezweckt** oder **bewirkt** werden. Liegt eine Wettbewerbsbeschränkung unproblematisch vor, läßt die Praxis es bisweilen offen, ob ein Fall des Bezweckens oder Bewirkens gegeben ist. Wenn die Wettbewerbsbeschränkung hingegen streitig ist, muß (auch) die Frage des Bezweckens oder Bewirkens geklärt werden.

2. Bezwecken oder Bewirken

a) Allgemeine Rechtsgrundsätze

Die Wettbewerbsbeschränkung muß entweder der *Zweck* oder die *Wirkung* der Maßnahme sein. Die alternative Verwirklichung einer bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung genügt, sog. *Alternativität zwischen Zweck und Wirkung*.

Urteil Tz. 15: „*Es ist daran zu erinnern, dass Vereinbarungen nur unter das Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG fallen, wenn sie ‚eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken‘. Nach ständiger Rechtsprechung seit dem Urteil vom 30. Juni 1966, LTM (56/65, Slg. 1966, 282, 303.f.), weist der durch die Konjunktion ‚oder‘ gekennzeichnete alternative Charakter dieser Voraussetzung darauf hin, dass **zunächst der eigentliche Zweck der Vereinbarung in Betracht zu ziehen** ist, wobei die wirtschaftlichen Begleitumstände ihrer Durchführung zu berücksichtigen sind. Lässt jedoch die Prüfung der Bestimmungen dieser Vereinbarung keine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen, so sind deren Auswirkungen zu untersuchen, und es müssen, damit die Vereinbarung vom Verbot erfasst wird, Voraussetzungen vorliegen, aus denen sich insgesamt ergibt, dass der Wettbewerb tatsächlich spürbar verhindert, eingeschränkt oder verfälscht worden ist.“ (Hervorheb. nur hier).*

Daraus folgt:

- Steht fest, daß eine Vereinbarung oder ein Beschluß der Parteien eine Wettbewerbseinschränkung *bezweckt*, bedarf es also der Prüfung einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung nicht mehr (so auch Urteil Tz. 16).
- Unternehmen, die eine Vereinbarung mit dem Ziel einer Wettbewerbsbeschränkung schließen (bezweckt), können sich nicht darauf berufen, daß sich ihre Vereinbarung nicht meßbar auf den Wettbewerb ausgewirkt habe.²

Eine Vereinbarung, ein Beschluß oder eine Verhaltensabstimmung *bezweckt* eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn dieses Verhalten aus ökonomischen oder aus binnenmarktspezifischen Gründen als **typischerweise nachteilig** für den Wettbewerb auf dem relevanten Markt zu bewerten ist.

² EuG v. 8. 7. 2004 – Rs. T-44/00, Slg. 2004, II-2223 Tz. 130, 196 – Mannesmannröhren-Werke/Kommission; EuG v. 27. 7. 2005 – verb. Rss. T-49/02 bis T-51/02, Slg. 2005, II-3033 Tz. 140 – Brasserie Nationale/Kommission.

Urteil Tz. 17: *„Die Unterscheidung zwischen ‚bezweckten Verstößen‘ und ‚bewirkten Verstößen‘ liegt darin begründet, dass bestimmte Formen der Kollusion zwischen Unternehmen schon ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs angesehen werden können.“*

Ein Bezwecken wird angenommen bei sog. hardcore-Beschränkungen. Darunter sind solche horizontalen oder vertikalen Beschränkungen zu verstehen, die schon ihrem Wesen nach nur darauf abzielen, den Wettbewerb zu beschränken (z.B. Preisabsprachen zwischen Wettbewerbern). Die Begriffe sind aber nicht deckungsgleich. Ein Bezwecken kann auch in atypischen Fallkonstellationen gegeben sein.

b) Anwendung der Grundsätze auf den vorliegenden Fall

aa) *„Reduzierung von Überkapazitäten ist ein legitimes Ziel, daher keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung“*

BIDS und Barry Brothers: Kein Bezwecken, da Reduzierung von Überkapazitäten nicht per se wettbewerbsbeschränkend. Das Ziel dieser Vereinbarungen sei nicht, dem Wettbewerb und dem Wohlergehen der Verbraucher zu schaden, sondern den Rindfleischsektor zu rationalisieren, um ihn wettbewerbsfähiger zu machen, indem Erzeugungsoberkapazitäten reduziert würden, ohne sie jedoch zu beseitigen.

EuGH: Diese Argumente schließen Bezwecken nicht aus.

Urteil Tz. 21: *„Denn bei der Würdigung, ob eine Vereinbarung unter das Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG fällt, muss man sich mit ihrem Inhalt und den objektiven Zielen, die sie zu erreichen sucht, befassen. Auch wenn man annimmt, dass bewiesen sei, dass die Parteien einer Vereinbarung ohne jegliche wettbewerbsbeschränkende Absicht, sondern mit dem Ziel, die Wirkungen einer sektoriellen Krise zu beseitigen, gehandelt haben, sind solche Überlegungen für die Anwendung der genannten Vorschrift nicht relevant. Denn bei einer Vereinbarung kann auch dann ein wettbewerbsbeschränkender Zweck angenommen werden, wenn sie nicht ausschließlich auf eine Beschränkung des Wettbewerbs abzielt, sondern auch andere, zulässige Zwecke verfolgt (Urteil General Motors/Kommission, Randnr. 64 und die dort angeführte Rechtsprechung). Nur im Rahmen von Art. 81 Abs. 3 EG können Umstände wie die von BIDS genannten gegebenenfalls berücksichtigt werden, um eine Freistellung vom in Art. 81 Abs. 1 EG genannten Verbot zu erhalten.“* (Hervorheb. nur hier).

Folgerungen:

- Die Frage nach Zweck oder Wirkung ist nach einer **rein wettbewerbsbezogenen Betrachtung** zu beantworten. Eine wettbewerbswidrige Zwecksetzung wird nicht durch eine ansonsten gesellschaftspolitisch oder volkswirtschaftlich ggf. aner kennenswerte Motivation der Handelnden aufgehoben.
- Die außerwettbewerblichen Zielsetzungen sind im Rahmen der anerkannten Ausnahmen und Rechtfertigungsgründe zu prüfen, insbesondere in Art. 101 Abs. 3 AEUV.

bb) *„Begriff des Bezweckens anhand von Art. 101 Abs. 1 lit. b AEUV auszulegen“*

BIDS und Barry Brothers: Eine Vereinbarung, die die Verringerung von sektoriellen Überkapazitäten betreffe, könne nicht mit einer Vereinbarung gleichgestellt werden, die die *„Einschränkung der Erzeugung“* im Sinne von **Art. 101 Abs. 1 lit. b AEUV** betreffe. Denn dieser Begriff sei so zu verstehen, daß er eher eine Beschränkung der Gesamterzeugung des Marktes als eine Beschränkung der Erzeugung bestimmter Wirtschaftsteilnehmer betreffe, die sich – wie vorliegend – freiwillig vom Markt zurückzögen, ohne einen Rückgang der Erzeugung zu bewirken.

EuGH: Art. 101 Abs. 1 lit. b AEUV keine abschließende Definition. Urteil Tz. 23: *„Jedoch stellen, wie die Generalanwältin in Nr. 48 ihrer Schlussanträge festgestellt hat, die in Art. 81 Abs. 1 Buchst. a bis e EG vorgesehenen Arten von **Vereinbarungen keine abschließende Liste der verbotenen Kollusionen dar.**“* (Hervorheb. nur hier).

cc) *„Die vorliegenden Vereinbarungen ändern nichts am Marktvolumen und an der Wettbewerbsintensität“*

BIDS und Barry Brothers: Wenn eine Vereinbarung nicht die Gesamterzeugung auf einem Markt betreffe und die Freiheit der Wirtschaftsteilnehmer, selbständig zu handeln, nicht beeinträchtige, so könne jede wettbewerbsbeschränkende Wirkung ausgeschlossen werden. Daher sei der Austritt einiger Wirtschaftsteilnehmer aus dem Markt im vorliegenden Fall nicht relevant, da die Verbleiber in der Lage seien, der Nachfrage nachzukommen.

EuGH: Dieses Argument ist irrelevant. Entscheidend ist, daß die Vereinbarungen darauf abzielen, Konkurrenten vom Wettbewerb auszuschließen.

Urteil Tz. 31: „*Hierzu ergibt sich aus den Akten und den Angaben des vorlegenden Gerichts, dass der Zweck der BIDS-Vereinbarungen darin besteht, die Marktstruktur in spürbarer Weise durch einen Mechanismus zu verändern, **der den Marktaustritt von Wettbewerbern fördert.***“ (Hervorheb. nur hier).

und Tz. 33: „*Die BIDS-Vereinbarungen sind daher im Wesentlichen darauf gerichtet, es mehreren Unternehmen zu erlauben, eine gemeinsame Politik durchzuführen, die **bezweckt, den Marktaustritt von einigen von ihnen zu fördern** und in der Folge die Überkapazitäten zu verringern, die ihre Rentabilität beeinträchtigen und sie daran hindern, Skalenerträge zu realisieren.*“ (Hervorheb. nur hier)

Ein solcher Effekt stellt eine Wettbewerbsbeschränkung dar, denn: Auch eine Regelung, die darauf abzielt, den Wettbewerb durch Veranlassung der Konkurrenten zum vollständigen Rückzug vom Markt zu beschränken bzw. partiell auszuschalten, greift in den Schutzzweck der Kartellverbots ein, nämlich das sog. **Selbstständigkeitspostulat.**

Hierzu nochmals EuGH:

Urteil Tz. 34: „*Diese Art der Vereinbarungen passt offenkundig nicht mit dem Grundgedanken der Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrags zusammen, wonach jeder Wirtschaftsteilnehmer autonom zu bestimmen hat, welche Politik er auf dem Markt zu betreiben gedenkt. **Denn Art. 81 Abs. 1 EG verbietet jede Art der Koordination, die eine praktische Zusammenarbeit zwischen Unternehmen an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt.***“ (Hervorheb. nur hier).

Merkposten: Die Aussage „*Denn Art. 81 Abs. 1 EG verbietet jede Art der Koordination, die eine praktische Zusammenarbeit zwischen Unternehmen an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt*“ ist ein zentraler und vom EuGH häufig angewandter Kernbestandteil seiner Definition der Wettbewerbsbeschränkung („Allzweckformel“, die sich auch zur Anwendung auf atypische Sachverhalte eignet – für die Klausur merken!).

3. Ungeschriebene Ausnahmen vom Kartellverbot? (vom EuGH nicht mehr explizit geprüft)

a) Immanenzgedanke?

Wettbewerbsbeschränkungen, die zur Durchführung eines ansonsten kartellrechtsneutralen und von der Rechtsordnung anerkannten Vertrags notwendig sind, fallen aus Art. 101 AEUV heraus. Dieser Anwendungsgrundsatz wird im dt. Kartellrecht als *Immanenztheorie* bezeichnet. Er gilt der Sache nach auch im EU-Kartellrecht, wird dort aber nicht unter einem einheitlichen Oberbegriff diskutiert, sondern anhand der betroffenen Fallgruppen. Dies sind vor allem:

- Wettbewerbsverbote in Unternehmensveräußerungsverträgen³ (wichtiger Anwendungsfall).
- Verwendungsbeschränkungen für überlassenes Know-how in einem Franchisevertrag⁴ oder in einer Zuliefervereinbarung.⁵

Hier: Kein Immanenzgedanke einschlägig. BIDS-Vereinbarung verfolgt zwar an sich ein lauterer Ziel. Dies geschieht jedoch mit wettbewerbswidrigen Mitteln. Der Kern der BIDS-Vereinbarung besteht gerade in der Wettbewerbsbeschränkung. **Nicht lediglich Annex zu einer kartellrechtsneutralen Abrede.**

³ EuGH v. 11. 7. 1985 – Rs. 42/84, Slg. 1985, 2545 LS 1 – Remia/Kommission: „Wettbewerbsverbote sind nicht allein dadurch, daß sie im Rahmen eines Kaufvertrags über ein Unternehmen vereinbart wurden, dem Anwendungsbereich des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag entzogen. Zur Beantwortung der Frage, ob derartige Vertragsklauseln unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 fallen, ist zu prüfen, wie sich der Wettbewerb gestalten würde, wenn solche Wettbewerbsverbote nicht vereinbart würden. In diesem Fall, d.h. wenn der Verkäufer und der Käufer nach der Unternehmensübertragung weiterhin miteinander in Wettbewerb stehen würden, könnte die Unternehmensübertragung nicht realisiert werden. Der Verkäufer, der das veräußerte Unternehmen in allen seinen Einzelheiten besonders gut kennt, könnte nämlich seine frühere Kundschaft unmittelbar nach der Unternehmensveräußerung wieder zurückgewinnen und so dem veräußerten Unternehmen die Existenzgrundlage entziehen. Die im Rahmen eines Kaufvertrags über ein Unternehmen vereinbarten Wettbewerbsverbote bieten somit grundsätzlich die Gewähr dafür, daß eine effektive Unternehmensübertragung möglich ist. Sie tragen dadurch zu einer Vermehrung der auf dem betreffenden Markt tätigen Unternehmen und damit zu einer Verstärkung des Wettbewerbs bei.

Allerdings müssen sich solche Verbote, sollen sie sich vorteilhaft auf den Wettbewerb auswirken, für die Übertragung des veräußerten Unternehmens erforderlich und in ihrer Geltungsdauer und ihrem Anwendungsbereich strikt auf diesen Zweck beschränkt sein. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so fallen derartige Wettbewerbsverbote nicht unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1.“

⁴ EuGH v. 28. 1. 196 – Rs. 161/84, Slg. 1985, 353 LS 2 – Pronuptia: „Die Bestimmungen der Vertriebsfranchiseverträge, die für das Funktionieren des Franchisesystems unerlässlich sind, sind keine Einschränkungen des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag. Dies gilt für Bestimmungen, die verhindern, daß das Know-how und die vom Franchisegeber gewährte Unterstützung nicht den Konkurrenten zugute kommen. Weiterhin ist dies der Fall bei Bestimmungen über die Kontrolle, die zur Wahrung der Identität und des Ansehens der durch die Geschäftsbezeichnung symbolisierten Vertriebsorganisation unerlässlich ist (...).“

⁵ Nach der sog. Zulieferbekanntmachung fallen demgemäß notwendige Wettbewerbsbeschränkungen in Zulieferverträgen nicht unter Art. 81 Abs. 1 EG; ABl. EG 1979 Nr. C 1, S. 2. Die Zulieferbekanntmachung ist nach Ansicht der Kommission weiterhin anwendbar, s. die Technologietransfer-Leitlinien der Kommission, ABl. EU 2004 Nr. C 101, S. 2 Tz. 44.

b) rule of reason?

Frage: Gibt es eine ungeschriebene Ausnahme vom Kartellverbot (d.h. außerhalb von Art. 101 Abs. 3 AEUV), wonach volkswirtschaftlich oder sozial förderliche Verhaltensweisen schon nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen, sofern die Vorteile der Vereinbarung bei Abwägung aller relevanten Faktoren überwiegen?

Hintergrund: Dieser Gedanke stammt aus dem US-Kartellrecht und wird unter dem Schlagwort *rule of reason* diskutiert (Einzelheiten: *Kling/Thomas*, Kartellrecht, § 4 Rn. 140).

Könnten sich also BIDS und Barry Brothers auf eine *rule of reason* berufen?

- Das deutsche Schrifttum äußert teilweise Sympathie für eine solche *rule of reason* im Rahmen von Art. 101 AEUV, wobei erhebliche Einschränkungen hinsichtlich des Anwendungsbereichs gemacht werden.⁶
- Die Rspr. lehnt sie jedoch eindeutig ab.⁷

Begründung: Eine „topische“ Betrachtungsweise der Wettbewerbsbeschränkung wäre mit der Systematik des europäischen Kartellrechts unvereinbar, weil dieses die nützlichen Aspekte erst im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV und nicht schon innerhalb des Begriffs der Wettbewerbsbeschränkung (d.h. innerhalb des Art. 101 Abs. 1 AEUV) berücksichtigt.

⁶ FK-KartR/Roth/Ackermann, Art. 81 Abs. 1 Grundfragen Rn. 255 ff. Die Vertreter dieser Ansicht begründen mittels der *rule of reason* in vier Konstellationen Tatbestandseinschränkungen des Art. 81 Abs. 1 EG: erstens Exklusivvereinbarungen, zweitens Anwendungsfälle der Immanenztheorie (z.B. Wettbewerbsverbote in Unternehmenskauf- und Gesellschaftsverträgen), drittens (einzelfallbezogen) Anwendungsfälle der Markterschließungsdoktrin und viertens (in Anerkennung der Förderung des Interbrand-Wettbewerbs) selektive Vertriebssysteme, die auf qualitativen Kriterien beruhen.

⁷ EuGH v. 13. 7. 1966 – Rs. 56/64 und 58/64, Slg. 321 (390) – Consten und Grundig/Kommission; bestätigt durch EuG v. 21. 1. 1995 – Rs- T-29/92, Slg. 1995, II-289 Tz. 96 – SPO u.a./Kommission: „Sodann ist darauf hinzuweisen, daß die von den Klägerinnen behaupteten günstigen Auswirkungen der Regelungen im Rahmen des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag nicht berücksichtigt werden können, und nur für die Anwendung der in Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag festgelegten Kriterien eine Rolle spielen. Deshalb sind diese verschiedenen Argumente im Rahmen des zweiten Angriffsmittels zu prüfen.“ Zuletzt EuG v. 2. 5. 2006 – Rs. T-328/03, Tz. 69 f. – O2 (Germany) GmbH & Co. OHG/Kommission: „Eine solche Untersuchungsmethode läuft, insbesondere was die Berücksichtigung der Wettbewerbssituation angeht, die ohne eine Vereinbarung bestehen würde, nicht darauf hinaus, dass eine Bilanz der wettbewerbsfördernden und der wettbewerbswidrigen Auswirkungen der Vereinbarung gezogen und damit eine ‚rule of reason‘ angewendet wird, die nach Ansicht der Gemeinschaftsgerichte keinen Platz im Rahmen des Art. 81 Absatz 1 EG hat ... [Das] bedeutet ... nicht, dass im Stadium des Artikels 81 Absatz 1 EG eine Bilanz der positiven und der negativen Auswirkungen der Vereinbarung aus der Sicht des Wettbewerbs zu ziehen wäre.“ EuG v. 18. 9. 2001 – Rs. T-112/99, Slg. 2001, II-2459 LS 2 – Métropole télévision (M6) u.a./Kommission; EuG v. 23. 10. 2003 – Rs. T-65/98, Slg. 2003, II-4653 Tz. 106 f. – van den Bergh Foods Ltd./Kommission.

Also: BIDS und Barry Brothers können sich (nach der wohl vorzugswürdigen Rspr.) nicht auf *rule of reason* berufen.

c) Exkurs: Strukturkrisenkartelle in Deutschland vor der 7. GWB-Novelle

Früher enthielt das dt. Kartellrecht in § 6 GWB eine spezielle Ausnahme vom dt. Kartellverbot des § 1 GWB für sog. Strukturkrisenkartelle (hierzu *Kling/Thomas*, Grundkurs Wettbewerbs- und Kartellrecht, 2004 § 9 Rn. 342 ff.). Diese Änderung wurde jedoch im Zuge der Angleichung des GWB an das EG-Kartellrecht durch die 7. GWB-Novelle beseitigt.

Zur Abschaffung s. BegrRegE 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3649, S. 27: *„Für die Regelung über Strukturkrisenkartelle nach dem bisherigen § 6 besteht ebenfalls kein Bedürfnis mehr. Diese Vorschrift hat in der Praxis nur zu wenigen formellen Verfahren geführt. Häufig scheitern geplante Strukturkrisenkartelle an der fehlenden brancheninternen Einigung. In der Regel berühren Strukturkrisenkartelle den zwischenstaatlichen Handel und können daher wegen des erweiterten Vorrangs von Artikel 81 Abs. 3 EG weder großzügiger noch strenger als im europäischen Recht behandelt werden. Die Kommission hat genauere Angaben darüber, wann sie derartige Krisenkartelle im Einzelnen für zulässig ansieht bzw. welche weiteren Voraussetzungen unter Umständen erfüllt sein müssen, in den ‚Wettbewerbsregeln und Maßnahmen zum Abbau struktureller Überkapazitäten‘ im 12. Wettbewerbsbericht, Ziffern 38 bis 41 aufgezeigt (vgl. auch 13. Wettbewerbsbericht, Ziffern 56 bis 61).“* (Zur erwähnten Kommissionspraxis sogleich)

IV. Geeignetheit zur Handelsbeeinträchtigung

Hier wohl unproblematisch (+). Jedenfalls keine näheren Angaben im Sachverhalt, daß HaB zu verneinen wäre. In der Klausur: Hinweis, daß es HaB-LL gibt, die hier aber mangels Angaben nicht geprüft werden können.

V. Freistellungsmöglichkeiten

1. Ergänzende Anmerkungen zur Prüfung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV:

- a) Art. 101 Abs. 3 AEUV wurde vom EuGH hier nicht geprüft, da dies nicht Gegenstand der Original-Vorlagefrage war. Diese beschränkte sich explizit auf Art. 101 Abs. 1 AEUV. Hier soll aber umfassend geprüft werden.
- b) Hinsichtlich der Prüfung des Art. 101 Abs. 3 AEUV sollen bitte die folgenden drei ergänzenden Sachverhaltsinformationen beachtet werden:
- Das System der BIDS-Vereinbarungen war zeitlich beschränkt.
 - Die von den Verbleibern zur Finanzierung des BIDS-Fonds zu zahlenden Beträge sollen sich wie folgt berechnen: Für jedes geschlachtete Tier über den herkömmlichen Verarbeitungsanteil des Verbleibers soll eine Prämie von EUR 11 an den Fonds gezahlt werden.
 - Die Betriebe der Ausscheidenden sollen stillgelegt werden und dürfen für einen Zeitraum von fünf Jahren nicht zur Rinderverarbeitung verwendet werden.

2. Die Prüfung des Art. 101 Abs. 3 AEUV im einzelnen

a) Gruppenfreistellungsverordnungen

Keine GVO für diese Vereinbarung einschlägig.

b) Legalausnahme des Art. 101 Abs. 3 AEUV

Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV:

„Art. 101 Abs. 3 AEUV:

Die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf ...,

die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen

a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder

b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.“

Daraus ergibt sich folgende Normstruktur:

Art. 101 Abs. 3 AEUV enthält zwei positive und zwei negative Voraussetzungen:

- (1) Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts (sog. Effizienzvorteile)
- (2) Angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn
- (3) Unerläßlichkeit der den beteiligten Unternehmen auferlegten Beschränkungen für die Zielverwirklichung
- (4) Keine Ermöglichung der Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren

Beachte ergänzend: EG-Kommission, Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. EU 2004 Nr. C 101 sowie Leitlinien zu den einzelnen Vereinbarungstypen (z.B. Vertikal-LL), die ebenfalls Ausführungen zur direkten Anwendung des Art. 81 Abs. 3 EG enthalten.

Hier: Es geht um sog. *Strukturkrisenkartell*. Die Grundsätze zur Beurteilung von Strukturkrisenkartellen sub specie Art. 101 Abs. 3 AEUV hat die Kommission in ihrem XII. Wettbewerbsbericht (1982) in Tz. 38 ff. erläutert. Es gilt cum grano salis folgendes:

- (1) Allgemeine Voraussetzung für die Einschlägigkeit der „Strukturkrisen-Grundsätze“ der Kommission:
 - Es müssen **strukturell bedingte Überkapazitäten** bestehen. D.h. es darf auch mittelfristig keine Verbesserung der Lage zu erwarten sein.
 - Die Maßnahmen dürfen **lediglich den zur Überwindung der Strukturkrise** erforderlichen Kapazitätsabbau vorsehen und müssen die Entscheidungsfreiheit der Unternehmen im übrigen unberührt lassen.
- (2) Besondere Grundsätze für die Prüfung von Art. 101 Abs. 3 AEUV:
 - (a) **Effizienzvorteile:** Rentabilität muß langfristig gesteigert werden und die sozialen Auswirkungen müssen durch koordinierte Schließung unrentabler Betriebe gemildert und auf mehrere Unternehmen verteilt werden. Zu diesem Zweck muß die Vereinbarung für jeden betroffenen Standort einen **detaillierten und verbindlichen Betriebsschließungsplan** enthalten, welcher gewährleistet, daß die Überkapazitäten nicht eingefroren, sondern beseitigt werden.
 - (b) **Angemessene Beteiligung der Verbraucher:** Verbraucher müssen nach Kapazitätsabbau einer verbesserten und gesunden Angebotsstruktur in der Gemeinschaft gegenüberstehen und während der Dauer der Maßnahmen weiterhin die Vorteile eines wirksamen Wettbewerbs zwischen den beteiligten Unternehmen genießen.

- (c) **Unabdingbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung:** Die Vereinbarung darf ausschließlich dem Kapazitätsabbau dienen und muß zeitlich auf das erforderliche Maß begrenzt sein.
- (d) **Keine Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs:** Sofern die o.g. Voraussetzungen vorliegen, regelmäßig keine Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs zu befürchten.

Anwendung der Grundsätze auf den vorliegenden Fall:

Die wichtigsten Anforderungen dürften erfüllt sein, nämlich das Vorliegen einer echten Strukturkrise und die Beschränkung der Maßnahme auf das zeitlich erforderliche Maß. Außerdem stellt die Maßnahme einen effektiven Kapazitätsabbau sicher.

Problematisch ist jedoch die Regelung, wonach für jedes Rind über dem herkömmlichen Verarbeitungsanteil des Verbleibers eine Prämie von EUR 11 an den Fonds gezahlt werden soll. Dies kann den Effekt eines Einfrierens der Marktanteile der Verbleiber haben (so EuGH im Rahmen der Prüfung des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Urteil Tz. 37, dies ist aber auch für die Prüfung von Art. 101 Abs. 3 AEUV von Belang). Daher zweite Voraussetzung für eine Freistellung fraglich (Angemessene Verbraucherbeteiligung), denn während der Dauer der Maßnahmen genießen die Verbraucher insoweit möglicherweise nicht mehr die Vorteile eines wirksamen Wettbewerbs zwischen den Verbleibern.

Ergebnis: Vereinbarung verstößt gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV. Ausnahmen greifen nicht. Eine Freistellungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV müßte wohl abgelehnt werden (insoweit aber beides mit guter Argumentation vertretbar).