



Competition Competence Report

Artikel 101 (3) VAEU

War die Kommission früher allein für Freistellungsentscheidungen zuständig, so hat sie jüngst ihr Durchsetzungsmonopol betreffend Artikel 101 (3) aufgegeben. Aufgrund von Verordnung Nr. 1/2003 ist Artikel 101 (3) unmittelbar anwendbar.¹ Zur Erleichterung der Anwendung von Artikel 101 (3) hat die Kommission Leitlinien veröffentlicht. Diese Leitlinien ermöglichen die Auslegung von Artikel 101 (3) - insbesondere unter Berücksichtigung des "more-economics-based-approach".² Unternehmen müssen jetzt selbstständig das eigene Risiko beurteilen, ob eine von ihnen geschlossene Vereinbarung, die den Wettbewerb unter Artikel 101 (1) beschränkt, die Voraussetzungen für eine Freistellung unter Artikel 101 (3) erfüllt. Ebenso ist eine solche Analyse im Falle einer Beschuldigung der Verletzung von Artikel 101 (1) erforderlich.

Struktur Artikel 101 VAEU

Die Struktur jeder Untersuchung unter Artikel 101 besteht aus zwei Teilen. Der erste Schritt beinhaltet die Analyse unter 101 (1), nämlich ob eine Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder aktuelle (oder potentielle) wettbewerbsbeschränkende Effekte aufweist. Der zweite Untersuchungsschritt ist nur von Relevanz, wenn feststeht, dass die Vereinbarung den Wettbewerb gemäß Artikel 101 (1) einschränkt. Dieser zweite Schritt fokussiert sich darauf, die wettbewerbsfördernden Elemente der Vereinbarung zu eruieren. Abschließend erfolgt die Analyse, inwiefern

¹ "Agreements, decisions and concerted practices caught by Article 101 (1) of the Treaty which satisfy the conditions of Article 101 (3) of the Treaty shall not be prohibited, no prior decision to that effect being required". Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16.12.2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 101 and 82 of the Treaty, para 1.

² EC Commission, Communication of the Commission, Notice, Guidelines on the application of Article 101(3) of the Treaty, OJ (C) 101/97, 27.4.2004

diese wettbewerbsfördernden Effekte die Wettbewerbsbeschränkung aufwiegen können. Diese Form der Abwägung von wettbewerbsfördernden und wettbewerbsbeschränkenden Effekten wird nur im Rahmen der Prüfung von Artikel 101 (3) durchgeführt. Aus diesem Blickwinkel ist die Analyse unter Artikel 101 eine europäische "structured rule of reason".

Anwendung von Artikel 101 (3)

Eine Beschränkung unter Artikel 101 (1) kann durch Artikel 101 (3) gemildert werden. Die Leitlinien der Europäischen Kommission zu Artikel 101 (3) erläutern die Interpretation der Freistellungsvoraussetzungen gemäß Artikel 101 (3) detailliert. Die Leitlinien beinhalten somit eine Anleitung, wie Artikel 101 (3) in Einzelfällen konkret anzuwenden ist. Sie etablieren dadurch ein analytisches Rahmengerüst. Hervorzuheben ist, dass die Methodologie zur Überprüfung von Artikel 101 (3) auf dem ökonomischen Ansatz basiert, der bereits in den Leitlinien zu vertikalen Beschränkungen, horizontaler Zusammenarbeit und Technologietransfervereinbarungen entwickelt wurde. Indes bieten die Leitlinien zu Artikel 101 (3) eine genauere Anleitung der Anwendung der vier Voraussetzungen von Artikel 101 (3) als die anderen Leitlinien.

Die in den Leitlinien dargelegten Standards müssen - entsprechend der Rechtsprechung der EG Gerichte - unter der Berücksichtigung der jeweiligen Fallumstände angewandt werden. Somit ist eine automatisierte Anwendung ausgeschlossen. In Bezug auf die jeweiligen vorliegenden Markttatsachen muss jeder Fall einzeln durch eine verhältnismäßige und flexible Auslegung der Leitlinien analysiert werden.³

Die Kriterien von Artikel 101 (3) werden im Folgenden näher beschrieben.

Erste Voraussetzung des Artikels 101 (3): Effizienzgewinne

Gemäß der ersten Voraussetzung von Artikel 101 (3) muss die beschränkende Vereinbarung zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung und zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen. Im Rahmen der ersten Voraussetzung erfolgt daher die Festlegung der Arten von Effizienzgewinnen, die berücksichtigt werden können. Zusätzlich müssen die weiteren Prüfungen der zweiten, dritten und vierten Bedingung von Artikel 101 (3) ebenfalls positiv ausfallen.

³ EC Commission, Guidelines on Article 101(3), paras. 4-5

Bei der Analyse der Effizienzgewinne sind die Art, die Wahrscheinlichkeit, und das Ausmaß sowie der Zeitpunkt der geltend gemachten Effizienzgewinne von großer Bedeutung. Außerdem muss ein hinreichender Kausalzusammenhang zwischen der Vereinbarung und den Effizienzgewinnen dargestellt werden.

Im Allgemeinen werden Effizienzgewinne durch eine Integration der wirtschaftlichen Tätigkeiten generiert, indem Unternehmen ihre Vermögenswerte zusammenlegen. Essentiell hierbei ist, dass die Effizienzgewinne alleine nicht erreicht werden könnten.

In den Leitlinien der Kommission wird zwischen Kosteneinsparungen und qualitativen Effizienzen, welche Vorteile in Form neuer oder verbesserter Waren erbringen, differenziert. Die folgende Abbildung veranschaulicht einige unterschiedliche Arten von Effizienzen, die durch vertikale oder horizontale Vereinbarungen erreicht werden können.

Abbildung 1: Art der Effizienzen

| Kosteneinsparungen | Qualitätsverbesserung | Andere Effekte |
|---|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • Entwicklung neuer Produktionstechnologien • Synergieeffekte • Skalenvorteile • Verbundvorteile • Produktionsplanung, Lagerhaltungsoptimierung | <ul style="list-style-type: none"> • F&E -Vereinbarungen • Lizenzvereinbarungen • Vereinbarungen über gemeinsame Produktion • Vertriebsvereinbarungen | <ul style="list-style-type: none"> • Förderung v. Investitionsanreizen durch vertikale Vereinbarungen durch Beseitigung von Free-Rider-Problemen, Hold-up-Problemen |

Zweite Voraussetzung des Artikels 101 (3): Angemessene Beteiligung der Verbraucher

Gemäß der zweiten Voraussetzung des Artikels 101 (3) müssen die Verbraucher eine angemessene Beteiligung an den durch die beschränkende Vereinbarung entstehenden Effizienzgewinnen erhalten. Das Konzept der angemessenen Beteiligung bedeutet, dass die Weitergabe der Vorteile die tatsächlichen oder voraussichtlich negativen Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung mindestens ausgleichen muss.

Ziel der EG Wettbewerbspolitik ist die Maximierung der Konsumentenwohlfahrt. Vor diesem Hintergrund sind die Verteilung der Effizienzgewinne und die Weitergabe an die Verbraucher von besonderer Bedeutung.⁴

Unter bestimmten Voraussetzungen können Kosteneinsparungen zu einer Steigerung der Produktion und niedrigeren Preisen für die Verbraucher führen. Wenn ein Unternehmen aufgrund von Kosteneinsparungen und der Ausweitung der Produktion seinen Gewinn steigern kann, kann es grundsätzlich zu einer Weitergabe der Vorteile an die Verbraucher kommen. In der Praxis werden Kosteneinsparungen, die zu einer Reduktion der variablen Kosten oder Grenzkosten führen, von den Wettbewerbsbehörden eher anerkannt, weil die Wahrscheinlichkeit der Beteiligung der Verbraucher wesentlich höher ist als bei einer Senkung der Fixkosten.

Die Weitergabe der Vorteile an den Verbraucher kann auch in Form qualitativer Verbesserung, wie neuer oder verbesserter Produkte erfolgen, mit denen ein hinreichender Mehrwert für die Verbraucher entsteht, der die wettbewerbswidrigen Auswirkungen der Vereinbarung, einschließlich Preiserhöhungen, ausgleicht. Jegliche Beurteilung solcher Effizienzvorteile erfordert ein Werturteil. Die Verfügbarkeit neuer oder verbesserter Produkte ist eine wichtige Quelle für den Wohlstand der Verbraucher.

Bei der Beurteilung der zweiten Voraussetzung des Artikels 101 (3), werden insbesondere die folgenden Faktoren geprüft⁵:

- Merkmale und Struktur des Marktes;
- Art und Ausmaß der Effizienzgewinne;
- Nachfrageelastizität und
- Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung.

Das Ausmaß und die Art des verbleibenden Wettbewerbs beeinflussen ebenfalls die Wahrscheinlichkeit der Weitergabe von Vorteilen.

⁴ D.A.Yao/T.N.Dahdouh, "Information Problems in Merger Decision Making and Their Impact on Development of an Efficiencies Defence", 62 Antitrust L.J. 2, 41-43 (1993). A provocative article argues that a pass-on requirement should be rejected for an entirely different reason. See P.L.Yde/M.G.Vita, "Merger Efficiencies: Reconsidering the "Passing-on" Requirement", 64 Antitrust L.J. 735, 740 (1996)(a prediction of economic theory that "the more competitive the relevant market, the less likely it is that merger-specific efficiencies will be reflected in the post-merger market price.")

⁵ EC Commission, Guidelines on Article 101 (3), para. 96.

Dritte Voraussetzung des Artikels 101 (3): Unerlässlichkeit der Einschränkungen

Bei der dritten Voraussetzung des Artikels 101 (3) ist der entscheidende Faktor, ob die Vereinbarung und ihre einzelnen Beschränkungen es ermöglichen, die fraglichen Tätigkeiten effizienter durchzuführen, als dies ansonsten wahrscheinlich der Fall wäre.⁶ Diese Voraussetzung impliziert eine zweistufige Prüfung.

1. Erstens muss die Vereinbarung insgesamt notwendig sein, um die Effizienzen zu erreichen.
2. Zweitens, müssen auch die einzelnen, sich aus der Vereinbarung ergebenden Wettbewerbsbeschränkungen vernünftigerweise notwendig sein, um die Effizienzen zu generieren.

Die erste Prüfung gemäß der dritten Voraussetzung von Artikel 101 (3) erfordert, dass sich die Effizienzgewinne, nur durch die Vereinbarung erzielen lassen, weil es keine andere wirtschaftlich machbare und weniger wettbewerbsbeschränkende Möglichkeit gibt, die Effizienzgewinne zu erzielen. Bei dieser Beurteilung sind die Marktverhältnisse und die unternehmerischen Gegebenheiten zu berücksichtigen, denen sich die Parteien der Vereinbarung gegenübersehen. Unternehmen, die sich auf Artikel 101 (3) berufen, müssen ausführlich erläutern und detailliert belegen, warum realistisch erscheinende und weniger wettbewerbsbeschränkende Alternativen für die Vereinbarung erheblich weniger effizient wären.⁷

Sobald feststeht, dass die Vereinbarung für die Verwirklichung der Effizienzgewinne notwendig ist, ist die Unerlässlichkeit jeder sich aus der Vereinbarung ergebenden Wettbewerbsbeschränkungen zu beurteilen. Eine Wettbewerbsbeschränkung ist unerlässlich, wenn ohne sie die sich aus der Vereinbarung ergebenden Effizienzgewinne beseitigt oder erheblich geschmälert würden oder die Wahrscheinlichkeit zurückgehen würde, dass sich die Effizienzgewinne realisieren. In diesem Zusammenhang muss untersucht werden, ob einzelne Wettbewerbsbeschränkungen vernünftigerweise notwendig sind, um Effizienzgewinne zu erzielen.

⁶ The question is not whether in the absence of the restriction the agreement would not have been concluded, but whether more efficiencies are produced with the agreement or restriction than in the absence of the agreement or restriction.

⁷ EC Commission, Guidelines on Article 101 (3), para. 75.

Vierte Voraussetzung des Artikel 101 (3): Keine Ausschaltung des Wettbewerbs

Gemäß der vierten Voraussetzung von Artikel 101 (3) darf die Vereinbarung den beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Die Anwendung der letzten Voraussetzung von Artikel 101 (3) erfordert eine realistische Untersuchung der verschiedenen Wettbewerbsquellen auf dem Markt, des Ausmaßes des Wettbewerbsdrucks, der von diesen Quellen auf die Vertragsparteien ausgeht und der Auswirkungen der Vereinbarung auf den Wettbewerbsdruck. Sowohl der aktuelle als auch der potentielle Wettbewerb sind dabei zu berücksichtigen.⁸

EE&MC Ansatz

Der EE&MC Ansatz zur Untersuchung der Voraussetzungen des Artikels 101 (3) besteht in einer substantiierten, nachvollziehbaren ökonomischen Analyse, welche auf den jeweiligen Einzelfall abzustimmen ist. Diese Analyse beinhaltet u.a. eine Analyse der Marktstruktur und die Berechnung und Interpretation von Effizienzen. Insbesondere die zweite Voraussetzung des Artikels 101 (3), d.h. die Weitergabe der Vorteile, erfordert zwingend eine fundierte ökonomische Analyse. In diesem Zusammenhang untersucht EE&MC u.a. die Kostenstrukturen (variable oder fixe Kosten) der Marktteilnehmer.

Insgesamt gesehen, erleichtert ein ökonomisches Expertengutachten die von den Unternehmen geforderte Selbsteinschätzung, ob ihre Vereinbarungen von einer Freistellung nach Artikel 101 (3) profitieren können.

⁸ EC Commission, Guidelines on Article 101 (3), paras. 107,108