

Inhaltsübersicht	Seite
I. Beschränkungen und Binnenmarkt: Fallgruppen.....	1
1. Ausgangspunkt: Art 34–36 AEUV.....	1
2. Protektionismus der Staaten – Fälle.....	1
3. Privatrechtlich aufgestellte Beschränkungen des "Parallelimports".....	3
a) Wettbewerbsrechtlicher Ansatz.....	4
b) Schutzrechtsausübung (insb Marken- und Patentrechtsausübung).....	5
II. Der relevante Markt.....	10
A. Gegenstand und Aufgabe.....	10
B. Der sachlich relevante Markt.....	12
1. Grundlagen, "Bedarfsmarktkonzept".....	12
2. Kriterium der Nachfragesubstituierbarkeit, SSNIP-Test.....	16
3. Kriterium der Angebots substituierbarkeit.....	19
4. Kriterium des potentiellen Wettbewerbs.....	19
C. Der geographisch (örtlich) relevante Markt.....	19
D. Der zeitlich relevante Markt.....	20
E. Teilmärkte.....	20
F. Marktkonzentration: Herfindahl-Hirschmann-Index (HHI) und andere Indizes.....	21
III. Wiederholungsfragen	22

I. BESCHRÄNKUNGEN UND BINNENMARKT: FALLGRUPPEN

1. Ausgangspunkt: Art 34–36 AEUV

Art 34, 35 AEUV: "Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen/Ausfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung sind zwischen den Mitgliedstaaten verboten."

Art 36 AEUV: "Die Bestimmungen der Artikel 34 und 35 stehen Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverboten oder -beschränkungen nicht entgegen, die aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind. Diese Verbote oder Beschränkungen dürfen jedoch weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen."

2. Protektionismus der Staaten – Fälle

EuGH-E **Dassonville**¹ 1974: Jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern, ist als eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung anzusehen.

EuGH-E **Rewe-Zentrale AG wegen Cassis de Dijon**² 1979: Auf einer ersten Stufe sind auch diskriminierungsfreie nationale Handelsregelungen verbotene Maßnahmen gleicher Wirkung, wenn sie

¹ EuGH 11. 7. 1974, 8/74, Slg 1974, 837, *Procureur du Roi/Dassonville*, Rz 5.

² EuGH 20. 2. 1979, 120/78, Slg 1979, 649, Rz 8.

geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern. Auf einer zweiten Stufe jedoch können derartige Hemmnisse ausnahmsweise einer Rechtfertigung zugeführt werden.
s. a. EuGH 12.03.1987, Rs. 178/84 *Reinheitsgebot für Bier*.

1993 Wende: EuGH-E **Keck & Mithouard**³ sowie *Hünermund*⁴. Werden nationale Bestimmungen, die bestimmte **Verkaufsmodalitäten** beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus andern Mitgliedstaaten angewandt, so führt dies nicht zu einer verbotenen Beschränkung, wenn diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und wenn sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse sowie der aus deren Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.

Fälle *Red Bull* (2003/20004):⁵ Auch die nationale Festlegung von Höchstmengen an Vitaminen und Mineralstoffen in Nahrungsergänzungsmitteln ist unzulässige Beschränkung, wenn nicht tatsächliche Gesundheitsgefahren vorliegen.⁶

Fall *DocMorris*⁷ (2003) wegen Arzneimittelversand per Internet

Dazu instruktiv OGH 8.4.2008, 4 Ob 48/08z, *Wick MediNait*: "Nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache *DocMorris* (11.12.2003, C-322/01) ist ein Versandhandelsverbot für Arzneimittel eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinn von Art 28 EG. Auf die Rechtfertigung eines solchen Verbots durch Art 30 EG können sich die Mitgliedstaaten nur soweit berufen, als es Arzneimittel betrifft, die im Wohnsitzstaat des Bestellers verschreibungspflichtig sind (vgl dazu etwa *Gast/Reiser*, Arzneimittel aus der Internet-Apotheke? RdM 2004/41; *Nemetz*, Internetapotheker - Post *DocMorris*, *ecolex* 2004, 991; *Köck/Schmitt*, *DocMorris* und die österreichische Gewerbeordnung, wbl 2006, 454). Auf dieser Grundlage wurde entschieden (OGH 4 Ob 243/06y, *Lemocin*), dass eine in Österreich nicht rezeptpflichtige Arzneispezialität im Inland in üblichen, dem persönlichen Bedarf von Empfängern entsprechenden Mengen im Weg des grenzüberschreitenden Versandhandels aus dem EWR vertrieben werden darf, wenn sie im Versandstaat in Verkehr gebracht werden darf und (auch dort) nicht rezeptpflichtig ist. In diesem Fall schadet nach § 7 Abs 1 Z 2 AMG auch das Fehlen einer inländischen Zulassung nicht, da die Einfuhr nach § 5 Abs 1 Z 7 Arzneiwareneinfuhrgesetz zulässig ist und die einschränkenden Bestimmungen des § 5 Abs 2 Arzneiwareneinfuhrgesetz und des § 59 Abs 9 AMG wegen des Vorrangs des Unionsrechts unangewendet zu bleiben haben. Aus *DocMorris* folgt allerdings nicht, dass das Versandhandelsverbot auch in Bezug auf im Bestellerstaat rezeptpflichtige Arzneimittel dem Unionsrecht widerspräche. Denn insofern hat der EuGH für das (in concreto: deutsche) Versandhandelsverbot eine Rechtfertigung nach Art 30 EG anerkannt. Für im Inland rezeptpflichtige Arzneimittel bleiben § 5 Abs 2 Arzneiwareneinfuhrgesetz und § 59 Abs 9 AMG daher anwendbar. [...] Maßgebend ist danach die Verschreibungspflicht im Staat des Bestellers, nicht in jenem der Absendung (Rz 124)."

Weiters OGH 27. 3. 2012, 4 Ob 13/12h: *Österr Apothekerkammer*: Ein nationales Verbot des Arzneimittelversandhandels ist nach der EuGH-Entscheidung C-322/01, *DocMorris* mit dem Gemeinschaftsrecht soweit vereinbar, als die Arzneimittel im Wohnsitzstaat des Bestellers verschreibungspflichtig sind. Soweit sich das Versandhandelsverbot des Arzneimittelgesetzes auf in Österreich zugelassene, nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel bezieht, widerspricht es dem Gemeinschaftsrecht. Maßgebend ist die Verschreibungspflicht im Staat des Bestellers, nicht in jenem der Absendung (RIS-Justiz RS0121930 [T1]). Eine in Österreich nicht rezeptpflichtige Arzneispezialität darf im Inland in üblichen, dem persönlichen Bedarf von Empfängern entsprechenden Mengen im Weg des grenzüberschreitenden Versandhandels aus dem EWR vertrieben werden, wenn sie dort in Verkehr gebracht werden darf und nicht rezeptpflichtig ist; ein solcher Vertrieb darf auch im Internet beworben werden (RIS-Justiz RS0121929). Ein nationales Werbeverbot für den Versandhandel mit Arzneimitteln, die im betreffenden Mitgliedstaat nur in Apotheken verkauft werden dürfen, steht dem Gemeinschaftsrecht entgegen, soweit dieses Werbeverbot nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel betrifft (4 Ob 243/06y = RIS-Justiz RS0121931).

Aber BGH 22. 8. 2012, GmS-OGB 1/10, *Engel-Apotheke gegen Europa Apotheek Venlo* (NL): Die Versandapotheke muss beim Versand an deutsche Endkunden die bundesdeutschen Preisvorschriften einhalten (das sei kein gegen die Warenverkehrs-

³ EuGH 24. 11. 1993, C-267/91 ua, Slg 1993, I-6097, *Keck & Mithouard*, Rz 16.

⁴ EuGH 15. 12. 1993, C-292/92, Slg 1993, I-6787, *Hünermund/Landesapothekenkammer Baden-Württemberg*, Rz 21.

⁵ EuGH 19. 6. 2003, C-420/01 (EK gegen Italien wegen *Red Bull*) und 5. 2. 2004, C-24/00 (gegen Frankreich); s.a. 5.2.2004, C-270/02 (EK gg Italien).

⁶ EuGH 29. 4. 2010, C-446/08, *Solgar Vitamin ua*.

⁷ EuGH 11. 12. 2003, Rs C-322/01, *Deutscher Apothekerverband gegen DocMorris*

freiheit, da es sich nicht um eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne von Art. 34 AEUV handelt).

EuGH 10.2.2009, C-110/05, *Kommission/Italien*: Das Verbot der Verwendung eines Erzeugnisses im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat erheblichen Einfluss auf das Verhalten der Verbraucher, was sich wiederum auf den Zugang des Erzeugnisses zum Markt des Mitgliedstaats auswirkt. Ein solches Verbot stellt eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung dar, die nach Art 28 EG verboten ist, sofern sie nicht objektiv gerechtfertigt werden kann. Aber: Das in Italien für Kradfahrzeuge geltende Verbot, einen Anhänger mitzuführen, der eigens für sie konzipiert ist und in anderen Mitgliedstaaten als der Italienischen Republik rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht werden kann, ist aus Gründen des Schutzes der Sicherheit des Straßenverkehrs gerechtfertigt.

EuGH 19.5.2009, verb Rs C-171/07 und C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes gg DocMorris*: Es ist aus Gründen des Gesundheitsschutzes zulässig, den Betrieb von Apotheken nur Apothekern zu gestatten; die damit verbundene Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch nationale Gesetzgebung ist zulässig.

EuGH 4. 3. 2010, C-198/08, *EK gg Österreich*: Art 36 AEUV rechtfertigt nicht eine wettbewerbsbehindernde **Mindestpreisfestlegung für Zigaretten** durch österr Gesetz und VO (Verstoß gegen Art 9 Abs 1 der RL 95/59/EG des Rates vom 27. 11. 1995 über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer in der durch die RL 2002/10/EG des Rates vom 12. 2. 2002 geänderten Fassung).

Ähnlich: EuGH 23. 12. 2015, C-333/14, *Scotch Whisky Association*: Staatlich angeordnete Mindestpreise für Whisky verstoßen gegen Art 34 und Art 36 AEUV und sind nicht mit Gesundheit und Leben der Menschen (Alkoholismusbekämpfung) gerechtfertigt, weil es gelindere Mittel zu diesem Zweck gibt (Angemessenheitsprüfung; eine Alkoholsteuer/Verbrauchsteuer, die den Handelsverkehr und Wettbewerb weniger einschränken würde, wäre uU rechtfertigbar).

EuGH 9. 12. 2010, C-421/09, *Humanplasma GmbH*: Das österreichische Einfuhrverbot für Blut und Blutprodukte, falls die Blutspende nicht gänzlich unentgeltlich (also ohne jeden Aufwandsatz) erfolgte, ist nicht verhältnismäßig für die legitimerweise angestrebte Qualität und Sicherheit; daher Verstoß gegen Warenverkehrsfreiheit.

EuGH 2. 12. 2010, C-108/09, *Ker-Optika*: Es verstößt gegen das Gemeinschaftsrecht, wenn eine nationale Regelung (hier: Ungarns) vorsieht, dass Kontaktlinsen nur in Fachgeschäften für medizinische Hilfsmittel vertrieben werden dürfen und sohin der Verkauf über das Internet unzulässig ist. Die Gesundheit der Verbraucher kann auch durch weniger beeinträchtigende Maßnahmen geschützt werden.

3. **Privatrechtlich aufgestellte Beschränkungen des "Parallelimports"**

Arzneimittel⁸ und andere Waren mit regionalem Preisgefälle oder Bezugsbeschränkung durch Vertriebssysteme - graue Importe:

Parallelhandel (Paralleleinfuhren):

Handel mit Produkten außerhalb des offiziellen Vertriebssystems, das von einem bestimmten Unternehmen aufgebaut wurde. Über ihr eigenes Vertriebssystem können Unternehmen unterschiedliche Preise in den einzelnen Ländern vorsehen, wodurch sie nationale Besonderheiten im Verhalten der Verbraucher ausnutzen. Parallelhändler kaufen Produkte in Ländern, in denen sie zu einem niedrigeren Preis angeboten werden, und verkaufen sie in Hochpreisländern. Der dabei entstehende Warenstrom wird als Parallelhandel bezeichnet.

⁸ Zur rechtlichen und wirtschaftlichen Situation (Patentschutz, Innovation, Preisbildung) im Pharmabereich vgl *Cueni*, Wettbewerbspolitik im Spannungsverhältnis zwischen statischer und dynamischer Effizienz, ELR, 2009, 26.

Lösungsansatz ist die Unterscheidung: Vereinbarungen (Kartell, Vertriebsbindung) **oder** Immaterialgüterrecht (dann siehe die Frage der Erschöpfung und die Binnenmarktartikel 34-36 AEUV)

a) **Wettbewerbsrechtlicher Ansatz**

EuGH Fall Pharmaindustrie:⁹ Der systematische Vermerk "Ausfuhr verboten" ist ein Kartellverstoß nach Art 101 AEUV ex 81 EG.

Fall EuGH 6.10.2009, C-501/06P, *GlaxoSmithKline II* wegen dualen Preissystems in Spanien:¹⁰ Eine Klausel, die für Exportware höhere Preise als für in Spanien zu verkaufende Ware vorsieht und dadurch den Parallelimport behindert, ist wettbewerbsbeschränkend, auch wenn sie für die Konsumenten keine konkreten Nachteile hat. Die EK muss aber eine Freistellungsmöglichkeit nach Art 101 Abs 3 AEUV prüfen.

Ähnlich EuGH zu TV-Decodern¹¹: Wenn ein Urheberrechtsinhaber einem TV-Sendeunternehmen die Pflicht auferlegt, keine Decodiervorrichtungen zum Zweck ihrer Verwendung außerhalb des vom Lizenzvertrag erfassten Gebiets zur Verfügung zu stellen, ist das eine nach Art 101 AEUV verbotene Wettbewerbsbeschränkung.

Bilateraler oder multilateraler Lizenzvertrag als Wettbewerbsbeschränkung (vertikale Vertriebsbindung):

Grundlegend ist die *Grundig-Consten*-Entscheidung¹²: Der französische Alleinvertriebshändler der Firma *Grundig* war berechtigt, eine zweite Marke (*GINT*) des deutschen Herstellers für sich in Frankreich als (nationale) Marke eintragen zu lassen und während der Dauer der Zusammenarbeit zu benutzen; der Hersteller versah seine Erzeugnisse mit dieser Zweitmarke, um so dem französischen Alleinvertriebshändler die Möglichkeit zu geben, aus der Zweitmarke nach französischem Recht gegen parallele Importe vorzugehen. In ihrer Entscheidung wertet die EK diese Absprache über Benutzung und Einsatz der Zweitmarke als Verstoß gegen Art 101 AEUV (ex-Art 81 EG ex-Art 85 EGV). Der Zweck dieser Absprache sei auf Unterbindung paralleler Importe und auf absoluten Gebietsschutz für den Alleinvertriebshändler gerichtet. Die aus den nationalen Zeichenrechten der verschiedenen Mitgliedstaaten sich ergebenden Ansprüche dürfen nicht zu Zwecken missbraucht werden, die dem Kartellrecht der Gemeinschaft zuwiderlaufen.

In der *Premier League*-Entscheidung drückte der EuGH¹³ aus, dass auch Territorialabgrenzungen durch Filmlizenzrechte (Gebietsbeschränkungen im Binnenmarkt) unzulässig sind. So wie das Markenrecht ist auch das Filmurheberrecht und TV-Übertragungsrecht durch erstmaliges Inverkehrbringen im Binnenmarkt erschöpft und kann nicht länderweise gesondert gegen eigenes gestaffeltes Entgelt vergeben werden. Dies war hins der Offline-Verbreitung (Musik-CD, Video-DVD) schon zuvor klar (freie Zirkulation im Binnenmarkt).

Lizenzvertrag als Marktmachtmissbrauch durch Schutzrechtsausübung
Siehe 6. Doppelstunde

⁹ EuGH 11. 1. 1990, Rs 277/87, *Sandoz*.

¹⁰ Zu beiden *Glaxo*-Fällen (*Glaxo I* Griechenland, *Glaxo II* Spanien) ausf *Johannes Peter Gruber*, Wettbewerb in regulierten Märkten: Arzneimittel, OZK 2010, 180.

¹¹ EuGH 4. 10. 2011, C-403/08 und C-429/08, *Association Premier League v QC Leisure and Karen Murphy v. Media Protection Services Limited*.

¹² EK 23. 9. 1964, ABl 1964, 2545; EuGH 13. 7. 1966, Slg 1966, 322, 393f

¹³ EuGH 4. 10. 2011, C-403/08 und C-429/08, *Football Association Premier League (FAPL)/QC Leisure*: Die Einfuhr, der Verkauf und die Verwendung ausländischer Decodiervorrichtungen, die den Zugang zu einem kodierten Satellitenrundfunkdienst aus einem anderen Mitgliedstaat ermöglichen, der nach der Regelung des erstgenannten Staates geschützte Gegenstände umfasst, sind zulässig; daher voller Wettbewerb über die Grenze beim Vertrieb (keine Preisfragmentierung möglich).

b) **Schutzrechtsausübung (insb Marken- und Patentrechtsausübung)**

Schutzrechtsinhalts- und Immanenztheorie

Geistiges Eigentumsrecht (Intellectual Property Rights, IPR): Allgemeine Bezeichnung für Eigentumsrechte, die zum Beispiel durch Patente, Urheberrechte oder Warenzeichen eingeräumt werden. Diese geben dem Inhaber das ausschließliche Recht zur Verwertung einer Innovation. Somit hat er – normalerweise für eine gewisse Zeit und in einem bestimmten geografischen Gebiet – für die Nutzung des geschützten Gutes Monopolmacht. Diese erlaubt es dem Inhaber eines geistigen Eigentumsrechts, die Nachahmung und Reproduktion des betroffenen Produkts einzuschränken. IPR verhindern das Problem des Trittbrettfahrens durch andere Unternehmen und stellen eine Anreiz dar, Forschung und Entwicklung (F&E) zu betreiben.

Schutzrechtsinhalts- und Immanenztheorie (vgl. 3. Doppelstunde: "Restrictions that do not exceed the **scope of the protected right** are considered unobjectionable under cartel law"). Dabei ist zwischen dem bloßen **Bestand** und der **Ausübung** von Schutzrechten zu unterscheiden. Demnach lässt der AEUV zwar den Bestand der durch die nationale Gesetzgebung eines Mitgliedstaats eingeräumten Schutzrechte unberührt, die Ausübung dieser Rechte kann jedoch beschränkt werden. Inhaltlich kommt es darauf an, ob die Ausübung zur Wahrung der Rechte erforderlich ist, die den spezifischen Gegenstand des jeweiligen Schutzrechtes betreffen. Die bloße Geltendmachung eines gewerblichen Schutzrechtes wird von Art 101 AEUV nicht erfasst.

"Was zivilrechtlich geboten ist, kann nicht kartellrechtlich verboten sein".¹⁴ Im Einzelfall kann es allerdings sehr schwierig sein festzustellen, ob eine wettbewerbsbeschränkende Klausel funktionsnotwendig für einen unbedenklichen Hauptvertrag (und damit kartellrechtsimmun) ist.¹⁵

Für die Anwendung von Art 101 AEUV wesentlich ist eine wettbewerbsbeschränkende Absprache. Das bloße Erwerbsgeschäft oder die einfache Lizenzvereinbarung verstößt noch nicht gegen Art 101 AEUV.

Es gibt kein allgemein befriedigendes Konzept zur Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Beschränkungen des Lizenznehmers (LN); das gilt insbesondere für die Patentlizenz.

Nach der **Wettbewerbseröffnungstheorie** müssten alle Beschränkungen des Patent-LN zulässig sein, weil er erst durch die Lizenz in die Lage versetzt wird, die geschützte Erfindung zu nutzen. Diese Theorie ist abzulehnen. Sie engt den Blick zu sehr auf die patentrechtliche Lage ein. Vernachlässigt wird der wirtschaftliche Kontext, in den die Patentlizenz eingebettet ist.

Nach der Theorie vom maßgeblichen Inhalt des Schutzrechtes (**Schutzrechtsinhalts- und Immanenztheorie**) stellen alle jene Beschränkungen des LN keine Wettbewerbsbeschränkungen dar, denen er bereits aufgrund patentrechtlicher Unterlassungsansprüche des LG ausgesetzt ist.

Die Immanenztheorie ("dem Kartellrecht immanente Schranken des Kartellverbots"; Kartelltatbestands-Restriktion zugunsten eines anerkannten Rechtsinstituts des Privatrechts) erlaubt Beschränkungen, die einer rechtmäßigen Transaktion innewohnen (*incidental*) und ihr dienen; diese können gerechtfertigt sein, wenn sie nicht darüber hinausgehen, also übermäßig restriktiv oder übermäßig lang sind (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).

Beispiel: Im Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer, seinem Arbeitgeber keinen Wettbewerb zu machen. Wenn der Arbeitnehmer potentieller Wettbewerber des Arbeitgebers ist (ein Uhrmachermeister arbeitet im Uhrmacherbetrieb eines anderen Meisters mit), unterliefe diese Vereinbarung dem Kartellverbot. Arbeitsrechtlich ist ein solches Wettbewerbsverbot jedoch nicht nur zulässig, sondern zur Durchsetzung der Treuepflicht des Arbeitnehmers ausdrücklich geboten. Was aber arbeitsrechtlich geboten ist, kann nicht kartellrechtlich verboten sein.

Weitere Beispiele: Patentrechtliches oder markenrechtliches Ausschlussrecht des Patent- oder Markeninhabers gegenüber anderen.

¹⁴ Zimmer in Immenga/Mestmäcker, GWB³ § 1 Rz 273 mwN

¹⁵ Barfuß/Wollmann/Tahedl aaO.

Weiteres Beispiel: **Ancillary restraints beim Unternehmenskauf** (siehe 8. Doppelstunde).

Für **horizontale Bindungen** wird im Rahmen der Immanenztheorie vertreten, dass wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen dann dem Anwendungsbereich des Kartellrechts entzogen sind, wenn sie lediglich die Abwicklung eines sonst kartellrechtsneutralen Rechtsverhältnisses zu sichern bestimmt sind.¹⁶ Dass das Kartellrecht begleitende Wettbewerbsbeschränkungen ("ancillary restraints") hinnimmt, soweit sie für die ordnungsgemäße Durchführung eines kartellrechtsneutralen Vertrags notwendig sind,¹⁷ ist aber nicht auf horizontale Bindungen beschränkt.¹⁸

Die Anwendbarkeit der Immanenztheorie wird auch auf **vertikale Bindungen** bejaht: Auch hier wird schon die Tatbestandsmäßigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen verneint, die von der Immanenztheorie gedeckt¹⁹ also zur Sicherung des kartellrechtsneutralen Hauptzwecks des Vertrags erforderlich sind.

Begründet wird die Immanenztheorie u a mit der These, dass wettbewerbsfördernde Vereinbarungen denkbar seien, die jedoch erst durch eine begleitende wettbewerbsbeschränkende Abrede durchführbar würden. Entscheidend sei, ob die wettbewerbsbeschränkende Nebenbestimmung eine wettbewerbsfördernde Wirkung im Rahmen der Gesamtvereinbarung habe²⁰. Dies ist aber näher einer **Markterschließungstheorie** (Wettbewerbsöffnungstheorie, efficiency defence im Rahmen des Art 101 Abs 3 AEUV) als einer teleologischen Reduktion des Kartellbegriffs (Tatbestandsreduktion) bei kartellrechtsneutralen privatrechtlichen Vereinbarungen.

Die Schutzrechtsinhaltsstheorie vermag die Zulässigkeit nur für einen Teil der Beschränkungen des LN zu erklären, beispielsweise Beschränkungen des LN in der Benutzungsart. Die Zulässigkeit anderer Beschränkungen, insbesondere wirtschaftlicher Art, kann sie nicht begründen. Erst recht ist sie ungeeignet, etwas zur Zulässigkeit von Verpflichtungen des LG beizutragen, weil das Patent lediglich ein Ausschlussrecht ist. Schließlich begründen Erwägungen mit dem Inhalt des Schutzrechtes stets die Gefahr eines Zirkelschlusses.

Beispiel: Eine vertragliche Verpflichtung des Marken-Lizenznehmers, Produkte unter einer bestimmten Marke zu vertreiben, gehört auch dann zum spezifischen Schutzgegenstand einer Marke und ist damit kartellrechtsneutral, wenn dadurch die Marke vor einer Verwässerung, die mit dem Vertrieb gleichartiger Produkte derselben Herkunft unter mehreren Marken und der dadurch hervorgerufenen Marktverwirrung einhergehen würde, geschützt werden soll.²¹

Auch urheberrechtliche Lizenzen können ein Spannungsfeld ergeben.

Beispiel: Die Übertragung eines Sportereignisses (UEFA Champions League-Spiele) ist urheberrechtlich geschützt (Filmwerk). Eine Lizenz, die die Übertragung nur in einem Land (und nicht in anderen Ländern) gestattet, steht im Spannungsverhältnis mit dem EU-primärrechtlichen Kartellverbot (Marktaufteilung, Marktabschottung), doch kann dies gerechtfertigt sein.²²

Geistiges Eigentum/Markenrecht/Patentrecht als Abwehrinstrument gegen Parallelimporte?

¹⁶ OGH als KOG Okt 6/93, *Transportbeton* mwN.

¹⁷ K. Schmidt, Von der Kartellformenlehre zum Kartellverbot, WBI 1990, 121 ff, 129.

¹⁸ Barfuß/Wollmann/Tahedl, Österreichisches Kartellrecht, 33.

¹⁹ So ausdr zur früheren Rechtslage: *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³ § 9 Rz 11; *Zimmer in Immenga/Mestmäcker*, GWB³ § 1 Rz 271; *Klosterfelde/Metzlaff in Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht I⁹ § 16 GWB Rz 30; in diesem Sinne auch *Legat*, Die Anzeige von Vertriebsbindungen, WBI 1989, 168 ff.

²⁰ *Zimmer in Immenga/Mestmäcker*, GWB³ § 1 Rz 274 mwN

²¹ OLG Frankfurt 2. 7. 2013, 11 U 4/12 (Kart), *Kalksteinprodukte*.

²² OGH 25. 1. 2022, 4 Ob 219/21s, *Live-Übertragung UEFA Champions League*; ähnlich OLG Hamburg 27. 7. 2017, 3 U 220/15; zust *Johannes Frank/Roland Vesemayer*, *ecolex* 2022, 730.

Ein Patent gibt die Aussicht auf die "Monopolrente des erfolgreichen Innovators" (*Schumpeter*). Siehe auch bei der marktbeherrschenden Stellung (6. Doppelstunde).

Beschränkung der Schutzrechte (**Erschöpfungsgrundsatz**), damit Importe (insbesondere Parallelimporte) innerhalb der Gemeinschaft nicht durch Berufung auf ein Schutzrecht verhindert werden. Art 36 AEUV greift insbesondere dann ein, wenn keine vertraglichen Grundlagen bestehen (wenn Vertrag → Art 101 AEUV).

Erschöpfung: Durch geistige Eigentumsrechte (IPR) wie Patente und Warenzeichen erhält der Entwickler bestimmte ausschließliche Rechte für die Verwertung seiner Arbeit, zum Beispiel in Bezug auf Produktion und Handel. Dieses ausschließliche Recht kann allerdings in der EU nicht dazu benutzt werden, den Gemeinsamen Markt entlang nationaler Grenzen künstlich aufzuteilen. Daher kann der Inhaber eines IPR in einem Mitgliedstaat die Einfuhr eines vom IPR geschützten Produkts in diesen Mitgliedstaat nicht verbieten, wenn dieses Produkt von ihm oder mit seiner Zustimmung in einem anderen Mitgliedstaat in Verkehr gebracht wurde. In diesem Ausmaß gilt das IPR des Inhabers als „erschöpft“. Der Grundsatz der Erschöpfung gilt nicht in Bezug auf Erzeugnisse, die in Drittstaaten in Verkehr gebracht wurden.

EuGH C-427/93, C-429/93 und C-436/93, *Bristol Myers Squibb gegen Paranova*, formulierte betr Umpacken von Pharmazeutika die "*Paranova guidelines*";²³ EuGH 23.4.2002, C-443/99, *Merck, Sharp & Dohme gegen Paranova*: Erforderliches Umpacken verstößt nicht gegen Markenrechte. Umpacken kann aber – zB bei Parfums – das Image der Ware und somit den Ruf der Marke schädigen und dann unzulässig sein (das Gleiche gilt, wenn dadurch wesentliche Informationen entfernt werden).²⁴

Ähnlich EuGH 22.12.2008, C-276/05, *Wellcome Foundation gegen Paranova wegen Zovirax*.²⁵

Zusammenfassende Darstellung durch den OGH²⁶: Der Inhaber der Marke kann sich dem weiteren Vertrieb eines aus einem anderen Mitgliedstaat eingeführten Arzneimittels in seiner inneren und äußeren Originalverpackung, die vom Importeur mit einem zusätzlichen äußeren Aufkleber versehen wurde, widersetzen, es sei denn,

- es ist erwiesen, dass die Geltendmachung der Marke durch den Markeninhaber zu dem Zweck, sich dem Vertrieb der mit einem neuen Aufkleber versehenen Ware unter der Marke zu widersetzen, zu einer künstlichen Abschottung der Märkte zwischen Mitgliedstaaten beitragen würde;
- es ist dargetan, dass die Neuetikettierung den Originalzustand der in der Verpackung enthaltenen Ware nicht beeinträchtigen kann;
- auf der Verpackung ist klar angegeben, von wem der neue Aufkleber auf der Ware angebracht worden ist und wer deren Hersteller ist;
- das mit diesem neuen Aufkleber versehene Erzeugnis ist nicht so aufgemacht, dass dadurch der Ruf der Marke und ihres Inhabers geschädigt werden kann; das Etikett darf folglich nicht schadhaft, von schlechter Qualität oder unordentlich sein, und – der Importeur unterrichtet den Markeninhaber vor dem Inverkehrbringen des mit einem neuen Aufkleber versehenen Erzeugnisses und liefert ihm auf Verlangen ein Muster dieser Ware.

Dazu ergänzend²⁷: Es reicht die Angabe jenes Unternehmens, in dessen Auftrag und nach dessen Anweisungen das Umpacken erfolgt ist.

Der EuGH²⁸ bestätigte seine bisherige Jud betr Umverpacken wie folgt:

- A trademark proprietor's opposition to repackaging contributes to the artificial partitioning of the markets between the EEA States where the repackaging is necessary to enable the product imported in parallel to be marketed in the importing State;
- The change brought about by any repackaging of a trade-marked medicinal

²³ Under those guidelines there are five criteria an importer must meet to be able to repackage a product and re-affix the trade mark upon it, but the key one often is whether use of the brand was "objectively necessary in order to market the product". To answer that question, the court stated that if it would "hinder effective access to the market of the importing member state, any prohibition [on use of the brand] would be unjustified".

²⁴ EuGH 12. 7. 2011, C-324/09, *L'Oréal SA, Lancôme gegen eBay*.

²⁵ Dazu *Marcus Schmitt*, Umpacken: Freie Packungsgestaltung erlaubt, *ÖBl* 2009, 155.

²⁶ OGH 24. 3. 2009, 17 Ob 3/09d, *The Wellcome Foundation gegen Paranova wegen Zovirax III*.

²⁷ EuGH 28. 7. 2011, C-400/09 und C-207/10, *Orifarm ua*.

²⁸ EuGH 10. 11. 2016, C-297/15, *Ferring/Orifarm (Klyx darf für Dänemark mangels Notwendigkeit nicht umverpackt werden)*.

product - creating by its very nature the risk of interference with the original condition of the product - may be prohibited by the trademark proprietor unless (i) the repackaging is necessary in order to enable the marketing of the products imported in parallel and (ii) the legitimate interests of the proprietor are also safeguarded;

•It is for the parallel importer to prove the existence of the conditions preventing the trademark proprietor from lawfully opposing further marketing of those medicinal products;

•The repackaging of the product in new external packaging is allowed, when there is:

◦A rule authorizing packaging only of a certain size or a national practice to the same effect;

◦Sickness insurance rules making the reimbursement of medical expenses dependent on the size of the packaging;

◦Well-established medical prescription practices based, inter alia, on standard sizes recommended by professional groups and sickness insurance institutions.

EuGH 16.9.2008, C-468/06 bis C-478/06, *Sot Lelos kai gegen GlaxoSmithKline AEVE* (auch Fall *Glaxo I* oder *Syfait II* genannt²⁹): Lieferrestriktionen zur Begrenzung des Parallelhandels sind (als einseitiger Akt nicht nach Art 101 AEUV zu beurteilen, aber) nach Art 102 AEUV – bei Marktbeherrschung³⁰ – unzulässig; es kann aber eine Begrenzung auf "normale Mengen" zulässig sein.

Weiterentwicklung: "Dual pricing schemes" der Produzenten für Arzneimittel, die von Großhändlern gekauft werden, nämlich: niedrigere Preise für den spanischen Markt, aber höhere Preise, falls außerhalb von Spanien distribuiert wird. Die EK verfolgt diese durchaus bedenkliche Praxis derzeit nicht.³¹

EuGH 17. 5. 2018, C-642/16, *Junek Europ-Vertrieb*: Der Markeninhaber kann sich dem weiteren Vertrieb seines Medizinprodukts in seiner inneren und äußeren Originalverpackung durch einen Parallelimporteur (insbesondere dann) nicht widersetzen, wenn vom Importeur ein zusätzlicher Aufkleber angebracht wurde, der aufgrund seines Inhalts, seiner Funktion, seiner Größe, seiner Aufmachung und seiner Platzierung keine Gefahr für die Herkunftsgarantie darstellt.

²⁹ Der Fall *Syfait I* wurde vom EuGH aus Formalgründen zurückgewiesen, vgl EuGH 31.5.2005, C-53/03. Parallel dazu lief gegen GlaxoSmithKline das griechische Ausgangsverfahren (EuGH C-501/06, Entscheidung demnächst, gegen das Urteil des EuG 27.9.2006, T-168/01). S a *Kiehl*, Parallelhandel im Pharmasektor nach dem *Syfait*-Urteil des EuGH, *ecolex* 2009, 240 mit Hinweis auf ähnliche Fälle von *Bayer (Adalat)* (EuG 26.10.2000, T-41/96) und *GlaxoSmithKline Spain* (EuG 27.9.2006, T-168/01).

³⁰ Nicht marktbeherrschende Pharmaproduzenten dürfen – in der Interpretation von *Kiehl*, Parallelhandel im Pharmasektor, *ecolex* 2009, 140 – uU einseitige Kontingentierungssysteme (vgl GerI 26.10.2000, T-41/96 *Bayer, ADALAT*) und Preisspaltungssysteme/Dual Pricing (vgl GerI 27.9.2006, T-168/01, *GlaxoSmithKline Spanien*) einrichten.

³¹ Details: Relatively low mandated prices in Spain have led a number of companies to devise sales structures which reduced the flow of parallel exports out of the country – in particular, through the use of so-called dual pricing schemes. Under such schemes, prices charged to wholesalers differ depending on whether the medicines were resold in Spain or exported to other Member States; in some cases this is achieved by selling all products at the export price, and granting rebates to wholesalers where the products do not in fact leave the country. While not explicitly prohibiting parallel trade, such practices are likely to reduce the financial incentive for wholesalers to export. *GSK* introduced such a scheme in 1998, and applied to the European Commission for an individual exemption (under a procedure which has since been repealed). This application, and a subsequent complaint by the industry body for parallel traders (the *EAEPC*), has led to what must be one of the longest-running competition cases. Initially found by the Commission to be restrictive of competition by object, *GSK* succeeded before the European Courts in showing that the Commission had given insufficient consideration to whether the practice warranted an exemption. The case was therefore remitted to the Commission for further consideration. In January 2010, *GSK* formally withdrew its original application for an individual exemption. However, that was not the end of the matter, as the *EAEPC*'s complaint remained live. By this time, however, *GSK* had changed its practices, so the Commission rejected the complaint and closed its file. *EAEPC* persisted, and lodged an appeal. It is this appeal that has given rise to the most recent development. On 26 September 2018, the General Court (GC) approved the Commission's stance, effectively putting an end to this case (appeals to the Court of Justice are rare in rejection cases). The GC judgment demonstrates that while there was still some sympathy for *EAEPC*'s appeal, the GC was unable to identify any continued Union interest. The GC agreed with the applicant that the previous judgments have generated legal interest in relation to the "analysis of ... dual-pricing systems in the light of Article 101 TFEU". However, that was not sufficient reason to require the Commission to continue examining the applicant's complaint. The GC held that a "specific and genuine interest" is required to justify use of the Commission resources. Likewise, *EAEPC*'s contention that *GSK*'s practices and the Commission's "inaction" in the late 1990s led to the adoption of dual pricing by other manufacturers such as *Pfizer*, *Janssen-Cilag* and *Lilly* was not accepted as good reason for requiring the Commission to act now.

Sonstige Fälle zum Erschöpfungsgrundsatz:

EuGH *Silhouette*³² gegen *Hartlauer* (1998): Keine markenrechtliche Erschöpfung, wenn die Originalware nicht innerhalb des EWR, sondern außerhalb des EWR in Verkehr gebracht worden ist und die Originalware ohne Zustimmung in den EWR zwecks Inverkehrbringens importiert wird.

Ebenso Fall *Canon*³³ (2010) und Fall *Schweppes (Tonic Water)*³⁴.

Ähnlich entschied US Supreme Court (2010) beim von *Omega* nicht gewünschten "grauen" Import von (außerhalb der USA erzeugten und in Verkehr gebrachten) *Omega*-Uhren in die USA (enge Interpretation der "first sale doctrine").³⁵

EuGH 23.4.2009, C-59/08, *Copad* gegen *Christian Dior* wegen *Prestigiemiederwaren*:³⁶ Der Markeninhaber kann die Rechte aus der Marke gegen einen Lizenznehmer geltend machen, der gegen eine Bestimmung des Lizenzvertrags verstößt, nach der aus Gründen des Ansehens der Marke der Weiterverkauf von Waren (hier: Parfums) an Discounter untersagt ist, allerdings nur dann, wenn nachgewiesen ist, dass dieser Verstoß aufgrund der besonderen Umstände den Prestigecharakter schädigt, der diesen Waren eine luxuriöse Ausstrahlung ("Aura") verleiht.

Fall EuGH 15.10.2009, C-324/08, *Makro* gegen *Diesel*: Wenn *Diesel* Schuhe mit der Marke *Diesel* über einen Dritten innerhalb des EWR in Verkehr bringt, kann das eine konkludente Zustimmung sein zur Erschöpfung des Markenrechts. (So auch schon EuGH C-414/99 bis C-416/99, *Zino Davidoff* und *Levi Strauss*).³⁷

Hingegen wird Ware nicht in Verkehr gebracht, wenn bloß unverkäufliche Testpackungen ausgeliefert werden.³⁸

³² EuGH 16. 7. 1998, *Silhouette* gegen *Hartlauer*.

³³ EuGH 28. 10. 2010, C-449/09, *Canon Kabushiki Kaisha* gegen *IPN Bulgaria*

³⁴ OGH 17. 9. 2021, 4 Ob 135/21p, *Schweppes Ltd* (mHin EuGH 20. 12. 2017, C-291/16, *Schweppes SA*): Die Rechte aus einer Marke sind nur bezüglich jener Exemplare der Ware erschöpft, die mit Zustimmung des Markeninhabers in den Verkehr gebracht worden sind.

³⁵ Per curium opinion des Supreme Court 13. 12. 2010 in Bestätigung der Entscheidung des Ninth Circuit (*Omega SA v Costco Wholesale Corp*, 541 F 3d 982, 985 (9th Cir 2008)).

³⁶ Ausführlich dazu: *Granmar*, Is "image" the same thing as "quality"? ELR 2009, 166.

³⁷ Zu den Beweislastfragen iZm der Zustimmung des Markeninhabers siehe OGH 22.9.2009, 17 Ob 16/09s, *Diesel III* (samt Hinweisen auf die EuGH-Judikatur): Die (vom Beklagten zu beweisende) Erschöpfung ist nur auf Einwand des Beklagten zu prüfen. Zu beweisen ist entweder, dass der Markeninhaber oder ein Dritter mit dessen Zustimmung die Waren im EWR auf den Markt gebracht hat oder dass – etwa wegen eines ausschließlichen Vertriebssystems – eine Abschottung der Märkte innerhalb des EWR dann drohe, wenn er seine Bezugsquellen offen legen müsste. Außerdem OGH 19. 4. 2018, 4 Ob 154/17a, *INVICTUS PACO RABANNE*: Die Erschöpfung des Markenrechts ist nur auf Einwand des Bekl zu prüfen. Der Bekl hat dabei zu behaupten und zu beweisen, dass die betroffenen Waren vom Markeninhaber oder mit dessen Zustimmung im EWR auf den Markt gebracht wurden. Statt dessen kann er auch behaupten und beweisen, dass – etwa wegen eines ausschließlichen Vertriebssystems – eine Abschottung der Märkte innerhalb des EWR droht, wenn er seine Bezugsquellen offenlegen müsste. Gelingt ihm dieser Beweis, hat sodann der Kl zu behaupten und zu beweisen, dass die betroffenen Waren erstmals außerhalb des EWR auf den Markt gebracht wurden. Gelingt dem Kl dieser Beweis, müsste dann der Bekl die Zustimmung des Markeninhabers zu einem (weiteren) Inverkehrbringen im EWR beweisen. Ziel dieser Beweislastumkehr ist es, die Durchsetzung eines Anspruchs zu verhindern, der der Warenverkehrsfreiheit in der Gemeinschaft zuwiderläuft. Die Beweislastumkehr wegen Marktabschottung ist deswegen geboten, weil das Markenrecht nicht dazu dienen soll, die Beibehaltung eventueller Preisunterschiede zwischen verschiedenen Mitgliedstaaten zu fördern. Dies kann auch bei selektiven Vertriebssystemen im Einzelfall gegeben sein. Um aber die Marktabschottung bejahen zu können, bedarf es konkreter Anhaltspunkte. Allein die Berufung auf ein selektives Vertriebssystem ist nicht ausreichend.

³⁸ EuGH 3.6.2010, C-127/09, *Coty Prestige Lancaster Group*: *Coty Prestige* stellt unter ihren eigenen Marken, ua *Lancaster* und *Joop!*, und unter Fremdmarken, ua *Davidoff*, *Jil Sander*, *Calvin Klein*, *Lagerfeld*, *J.Lo/Jennifer Lopez*, *Jette Joop*, *Nikos*, *Chopard* und *Vivienne Westwood*, Parfümerieerzeugnisse her und vertreibt sie unter diesen Marken. Unter diesen als Gemeinschaftsmarken eingetragenen und international registrierten Marken vertreibt *Coty Prestige* ihre Erzeugnisse weltweit über ein selektives Vertriebssystem, wobei ihre Vertreter im Allgemeinen als "Depositäre" bezeichnet werden. Das von *Coty Prestige* zur Verfügung gestellte Werbematerial darf vom Depositär ausschließlich zu den vorgegebenen Werbezwecken verwendet werden. Jegliche kommerzielle Verwertung, insb der Verkauf von Proben, Testern oder Miniaturen ist dem Depositär untersagt. In diesem Fall steht die Tatsache, dass es sich bei diesen Testern um Parfümflakons mit der Aufschrift "Demonstration" und "Unverkäuflich" handelt, in Ermangelung gegenteiliger Beweise der Annahme einer konkludenten Zustimmung des Markeninhabers zum Inverkehrbringen dieser Flakons entgegen. Das Markenrecht ist daher nicht erschöpft.

II. DER RELEVANTE MARKT

A. Gegenstand und Aufgabe

Definition des „relevanten Markts“ dient der genauen Abgrenzung des Gebietes, auf dem Unternehmen miteinander im Wettbewerb stehen.

Relevanz der Marktabgrenzung (samt Beurteilung der Marktanteile) in folgenden Bereichen:

- a) Bestimmung der Spürbarkeit der Beeinträchtigung des Wettbewerbs iSd NAAT-Regel und iSd Bagatellbekanntmachung der EK (=Marktanteil des U am betr Markt) bzw ob ein Bagatellkartell iSd § 2 Abs 2 Z 1 KartG (=Marktanteil des U am betr Markt) vorliegt
- b) ob eine GVO der neuen Generation anwendbar ist (zB Vertikal-GVO mit Anwendbarkeit bei Marktanteil unter 30 %)
- c) ob eine Freistellung nach Art 101 Abs 3 AEUV oder § 2 Abs 1 KartG möglich ist, weil die beteiligten Unternehmen den Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren nicht ausschalten dürfen
- d) in der Zusammenschlusskontrolle, ob durch einen Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird (§ 12 Abs 1 Z 2 KartG), die einen wirksamen Wettbewerb erheblich behindern würde (Art 2 Abs 2 FKVO)
- e) Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung iSd § 4 KartG (Missbrauchsverbot § 5 KartG) bzw Art 102 AEUV

Marktbeherrschung

Begriffsbestimmung

§ 4. (1) Marktbeherrschend im Sinn dieses Bundesgesetzes ist ein Unternehmer, der als Anbieter oder Nachfrager

1. keinem oder nur unwesentlichem Wettbewerb ausgesetzt ist oder
2. eine im Verhältnis zu den anderen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat; dabei sind insbesondere die Finanzkraft, die Beziehungen zu anderen Unternehmern, die Zugangsmöglichkeiten zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie die Umstände zu berücksichtigen, die den Marktzutritt für andere Unternehmer beschränken.

(1a) Zwei oder mehr Unternehmer sind marktbeherrschend, wenn zwischen ihnen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllen.

(2) Wenn ein Unternehmer als Anbieter oder Nachfrager am relevanten Markt

1. einen Anteil von mindestens 30% hat oder
2. einen Anteil von mehr als 5% hat und dem Wettbewerb von höchstens zwei Unternehmern ausgesetzt ist oder
3. einen Anteil von mehr als 5% hat und zu den vier größten Unternehmern auf diesem Markt gehört, die zusammen einen Anteil von mindestens 80% haben, dann trifft ihn die Beweislast, dass die Voraussetzungen nach Abs. 1 nicht vorliegen.

(2a) Wenn eine Gesamtheit von Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager am relevanten Markt zusammen

1. einen Anteil von mindestens 50 % hat und aus drei oder weniger Unternehmern besteht oder

2. einen Anteil von mindestens zwei Dritteln hat und aus fünf oder weniger Unternehmern besteht, dann trifft die beteiligten Unternehmer die Beweislast, dass die Voraussetzungen nach Abs. 1a nicht bestehen.
- (3) Als marktbeherrschend gilt auch ein Unternehmer, der eine im Verhältnis zu seinen Abnehmern oder Lieferanten überragende Marktstellung hat; eine solche liegt insbesondere vor, wenn diese zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung angewiesen sind.

EU:

Beherrschende Stellung

Ein Unternehmen hat eine marktbeherrschende Stellung inne, wenn es in der Lage ist, sein Verhalten unabhängig von seinen Wettbewerbern, Kunden, Lieferanten und letztlich vom Endverbraucher zu bestimmen. Ein beherrschendes Unternehmen mit einer derartigen Marktmacht könnte die Preise über dem Wettbewerbsniveau festlegen, Produkte von minderwertiger Qualität verkaufen oder seine Innovationsrate unter das Niveau absinken lassen, das auf einem wettbewerbsbestimmten Markt vorhanden wäre. Nach dem Wettbewerbsrecht der EU ist eine beherrschende Stellung nicht verboten, da sie mit legitimen Mitteln des Wettbewerbs erreicht werden kann, zum Beispiel durch das Erfinden und Verkaufen eines besseren Produkts. Die Wettbewerbsregeln gestatten Unternehmen hingegen keinen Missbrauch ihrer beherrschenden Stellung. Das europäische System der Fusionskontrolle (Fusionskontrollverfahren) weicht von diesem Grundsatz insofern ab, als es nicht zulässt, dass fusionierte Einheiten durch den Zusammenschluss eine beherrschende Stellung erreichen oder festigen. Zwei oder mehr eigenständige Wirtschaftseinheiten, die durch eine wirtschaftliche Verbindung auf einem bestimmten Markt zusammenhängen, können ebenfalls gemeinsam eine beherrschende Stellung innehaben. Diese Situation wird als kollektive (gemeinsame oder oligopolistische) beherrschende Stellung bezeichnet. Wie das Gericht in seinem Urteil in der Rechtssache *Gencor* festgestellt hat, besteht rechtlich oder wirtschaftlich gesehen kein Grund, in den Begriff der wirtschaftlichen Verbindung nicht auch die Wechselbeziehung zwischen den Mitgliedern eines beschränkten Oligopols mit einzubeziehen, in dessen Rahmen diese in der Lage sind, ihre jeweiligen Verhaltensweisen vorherzusehen, und daher unter einem starken Druck stehen, ihr Marktverhalten einander anzupassen.

Marktmacht

Stärke eines Unternehmens auf einem bestimmten Markt. In ökonomischen Begriffen versteht man vereinfacht gesagt unter Marktmacht, dass Unternehmen in der Lage sind, ihre Preise gewinnbringend über den Grenzkosten festzusetzen. In der wettbewerblichen Analyse wird die Marktmacht mit Hilfe einer Untersuchung der Marktstruktur, insbesondere der Berechnung von Marktanteilen, bestimmt, weshalb man prüfen muss, ob dasselbe oder substituierbare Erzeugnisse noch von anderen Produzenten hergestellt werden (Substituierbarkeit). Die Beurteilung der Marktmacht muss auch die Bewertung der Hindernisse für das Wachstum oder den Zutritt (Zutrittsschranken) sowie der Innovationsgeschwindigkeit berücksichtigen. Ferner kann sie qualitative Kriterien umfassen, zum Beispiel die Finanzressourcen, die vertikale Integration oder die Produktpalette des betroffenen Unternehmens.

Oligopol

Eine Marktstruktur mit wenigen Anbietern, die ihre Wechselbeziehung bei strategischen Entscheidungen, zum Beispiel über Preise, Produktionsvolumen und Qualität, berücksichtigen. In einem Oligopol ist sich jedes Unternehmen bewusst, dass sich sein Marktverhalten auf die anderen Anbieter und ihr Marktverhalten deutlich auswirkt. Daher werden alle Firmen die möglichen Reaktionen der anderen Akteure ausdrücklich in Betracht ziehen. Im Wettbewerbsrecht wird dieser Begriff häufig auch für Fälle verwendet, in denen ein paar große Anbieter die Wettbewerbsstruktur gemeinsam beherrschen und eine Reihe kleinerer Anbieter sich an ihr Verhalten anpassen. Die großen Anbieter werden hier als die Oligopolisten bezeichnet. Unter gewissen Umständen kann diese Lage als eine kollektive (auch gemeinsame oder oligopolistische) beherrschende Stellung betrachtet werden.

Duopol

Sonderfall des Oligopols: Marktform mit zwei Verkäufern. Im Wettbewerbsrecht wird dieser Begriff häufig auch für Fälle verwendet, in denen zwei Hauptanbieter die Wettbewerbsstruktur beherrschen und sich eine Reihe kleinerer Anbieter an ihr Verhalten anpasst. Die beiden großen Anbieter werden hier als die Duopolisten bezeichnet.

Reichhaltige Marktabgrenzungspraxis der EK in vielen wirtschaftlichen Bereichen mit nützlichen Anhaltspunkten für Folgeverfahren.

Faustregel: Betroffene Unternehmen sind im Kartellverfahren in der Regel bestrebt, den Markt so weit wie möglich zu definieren, um einen möglichst geringen Marktanteil zu haben; die EK bzw. BWB hingegen grenzen die Märkte möglichst eng ab ("Atomisierung des Marktes").

Die Frage der Marktabgrenzung ist, insoweit eine (auch vom OGH überprüfbare) Rechtsfrage, als es um die Bewertung der der Marktabgrenzung zugrundeliegenden **Methode** geht; aber soweit es sich um die Feststellung objektiv überprüfbarer Abgrenzungskriterien (und die Ergebnisse der grundsätzlich geeigneten Methode) handelt, ist es eine Tatfrage, kann also nicht vom OGH entschieden werden.³⁹

Beurteilung aus der Sicht der Marktgegenseite (idR Verbraucher)!

Besonders vielschichtig ist die Marktabgrenzung bei "mehrseitigen Märkten": Von Zwei-seitigen oder mehrseitigen Märkten wird gesprochen, wenn ein Produkt zwei oder mehrere verschiedene Nutzergruppen (Marktseiten) mit unterschiedlichen, aber interdependenten Bedürfnissen bedient.⁴⁰ ZB bedient eine Internetsuchmaschine drei Nutzergruppen, nämlich (i) Internetnutzer (Suchende), (ii) Werbetreibende und (iii) andere Inhalteanbieter.

B. Der sachlich relevante Markt

1. Grundlagen, "Bedarfsmarktkonzept"

Berechnung von Marktanteilen

§ 21. Bei der Anwendung dieses Bundesgesetzes sind Marktanteile nach den folgenden Grundsätzen zu berechnen:

1. es ist auf eine bestimmte Ware oder Leistung (§ 23) abzustellen;
2. Unternehmen, die in der im § 7 beschriebenen Form miteinander verbunden sind, gelten als ein einziges Unternehmen;
3. bei der Berechnung von Anteilen auf dem inländischen Markt sind auch die inländischen Marktanteile ausländischer Unternehmer zu berücksichtigen.

§ 23. Als bestimmte Ware (Leistung) im Sinn dieses Bundesgesetzes gelten alle Waren (Leistungen), die unter den gegebenen Marktverhältnissen der Deckung desselben Bedarfes dienen.

EU:

Relevanter Markt: Die Definition des relevanten Marktes dient der Feststellung und Abgrenzung des Bereichs, in dem die Unternehmen miteinander in Wettbewerb stehen. Damit kann der Rahmen festgelegt werden, innerhalb dessen die EK das Wettbewerbsrecht anwendet. Hauptzweck der Marktdefinition ist die systematische Ermittlung der Wettbewerbskräfte, denen sich die beteiligten Unternehmen zu stellen haben. Sie ermöglicht es unter anderem, für die auf dem relevanten Markt tätigen Unternehmen Marktanteile zu berechnen, die aussagekräftige Informationen über die Marktmacht für die wettbewerbliche Würdigung der Marktposition (beherr-

³⁹ OGH als KOG 8. 10. 2015, 16 OK 6/15s, *Radiusklausel V*.

⁴⁰ *Höppner/Grabenschroer*, Marktabgrenzung bei mehrseitigen Märkten am Beispiel der Internetsuche, NZKart 2015, 162.

schende Stellung) darstellen. Ein relevanter Markt wird sowohl anhand von sachlichen als auch räumlichen Faktoren bestimmt. Allgemein ausgedrückt umfasst ein relevanter Produktmarkt sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar bzw. substituierbar (Substituierbarkeit) angesehen werden. Produkte und/oder Dienstleistungen, die von anderen Erzeugern ohne erhebliche Umstellungskosten oder von potenziellen Wettbewerbern zu angemessenen Kosten und innerhalb einer relativ kurzen Zeitspanne einfach auf den Markt gebracht werden könnten, müssen ebenfalls berücksichtigt werden. Der geografisch relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet.

Die EK veröffentlichte 1997 eine Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes (Notice on Market definition);⁴¹ dazu 2016 eine Studie über ihre geographische Marktabgrenzung für Zusammenschlussverfahren.⁴² 2020 begann ein Prozess zur Überarbeitung⁴³ dieser Notice.

Nach allgemeiner Anschauung⁴⁴ wird die Marktabgrenzung aus der Sicht der Marktgegenseite ermittelt, also etwa (aber nicht stets!) aus der Sicht des Verbrauchers. Zum sachlich relevanten Markt gehören nach diesem sog Bedarfsmarktkonzept (§ 23 KartG) sämtliche Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die sich aufgrund ihrer Merkmale zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs besonders eigenen und mit anderen Erzeugnissen oder Dienstleistungen nur in geringem Maße austauschbar sind. Das Bedarfsmarktkonzept maßgeblich ist lediglich ein "Hilfsmittel", um die Wettbewerbskräfte zu ermitteln, denen die beteiligten Unternehmen auf einem Markt ausgesetzt sind.

Daher ist es zu ergänzen um das Konzept der Produktions- und Angebotsumstellungsflexibilität. Für eine Korrektur des Bedarfsmarktkonzepts durch das Konzept der Produktions- und Angebotsumstellungsflexibilität ist aber kein Raum, wenn die Abnehmer tatsächlich keinerlei Bereitschaft zeigen, mit neuen Anbietern zusammenzuarbeiten.

Beispiele:

- ZB folgt nach Meinung des BGH für den **Strommarkt**, dass es einen deutschland-weiten Markt für den Erstabsatz von Strom der Stromerzeuger und –importeure gibt, weil weder von den Stromimporteuren noch von den Weiterverteilungsunternehmen relevante wettbewerbliche Impulse ausgehen.
- Auch der Sortimentsgedanke kann zur Korrektur des Bedarfsmarktkonzepts herangezogen werden, um einer Atomisierung der Märkte durch die alleinige Betonung der funktionellen Austauschbarkeit zu begegnen. Der BGH hat daraus zB gefolgert, dass auf dem **Krankenhausmarkt** alle Allgemeinkranken-

⁴¹ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl 9. 12. 1997, C 372, 05. Link: [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sqa_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lq=de&numdoc=31997Y1209\(01\)&model=quichett](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sqa_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lq=de&numdoc=31997Y1209(01)&model=quichett)

⁴² *Amelia Fletcher/Bruce Lyons*, Geographic Market Definition in European Commission Merger Control, A Study for DG Competition, January 2016.

⁴³ Aus der Begründung: „Changes such as the increase in global trade, including with major emerging markets, the progressive elimination of national barriers to commerce within the single market, digitisation, and the rise of major new players in some sectors, mean that many markets may work differently today than they did in the past.“

⁴⁴ Man startet mit einer vergleichsweise homogenen Produktgruppe und fragt dann, ob Substitutionsprodukte (oder Regionen bei der räumlichen Marktabgrenzung) ebenfalls in diesen Markt eingeschlossen werden sollen (Umdefinition des Marktes). Dann ermittelt man den Marktanteil und beurteilt diesen in rechtlicher Hinsicht.

häuser und Fachkliniken, die stationäre Krankenhausdienstleistungen anbieten, zu *einem* Markt gehören, weil die unterschiedlichen Fachabteilungen aus der Sicht der Patienten weithin austauschbar sind, sich ihre Leistungen vielfach überschneiden und den Beteiligten jederzeit Umstellungen möglich sind.⁴⁵

- **Arzneimittel** sind in erster Linie gem der ATC-Klassifikation⁴⁶ abzugrenzen,⁴⁷ so dass ein therapeutisch alternativloses Pharmazeutikum zur marktbeherrschenden Stellung des Unternehmens führt.
- Beim **Fernsehmarkt** ist festzuhalten, dass sich für allgemein zugängliches Fernsehen auf der Grundlage der bisher vorliegenden Entscheidungen der EK unterschiedliche Märkte abgrenzen lassen. Einmal hat die EK festgestellt, dass es einen Markt der Programmherstellung und -beschaffung und einen Markt der Werbekunden gibt, wobei ein enger Zusammenhang zwischen Einschaltquoten und Werbeeinnahmen besteht. Darüber hinaus ist ein Markt der Verbreitung der Programme mit den Untermärkten der terrestrischen Verbreitung, der Kabelverbreitung, der Satellitenverbreitung und der digitalen Verbreitung festzustellen. Zudem lässt sich der Markt auch programmorientiert in einen allgemeinen Fernsehmarkt, in einen Markt für Spartenkanäle und in einen Markt für besondere Programmschwerpunkte aufteilen. Schließlich kommt eine Marktabgrenzung auch nach Finanzierungsquellen in Betracht; insoweit lassen sich Werbe-, Abonnement- und Gebührenfinanzierung unterscheiden.
- Die EK identifizierte einen eigenen **sachlich** relevanten Markt für den Schienenpersonen**fern**verkehr (SPFV),⁴⁸ weil dieser in Deutschland nicht Gegenstand öffentlicher Vergabeverfahren oder sonstiger Vertragsvergaben durch Aufgabenträger sei, sondern vielmehr eigenwirtschaftlich auf "open access" Basis geführt werde. Dabei grenzte die EK einen eigenen sachlich relevanten Markt für den Schienenpersonen**nah**verkehr ("SPNV") ab.⁴⁹ Die EK⁵⁰ lehnte,⁵¹ anders als eine österreichischen Entscheidung⁵², eine **Substituierbarkeit des SPFV durch andere Transportarten wie Bus und PKW ab**, ebenso durch **Flugverkehr** vor dem Hintergrund der Bedürfnisse zeitlich gebundener Passagiere.⁵³ In einer anderen Entscheidung hingegen hielt sie eine Substituierbarkeit von Flug- und Bahnverkehr selbst für zeitliche gebundene Fahrgäste (idR Geschäftsreisende) auf bestimmten internationalen Hochgeschwindigkeitsstrecken (zB Brüssel-London) grundsätzlich für möglich, ließ diese Frage aber letztlich offen.⁵⁴
- **In geographischer Hinsicht** kam die EK zum Ergebnis, dass in Deutschland –aufgrund des regulatorischen Umfelds – eine **nationale Abgrenzung** des SPFV angezeigt sei.⁵⁵ Dabei lehnte sie die Anwendung ihres im Luftverkehrssektor entwickelten streckenbezogenen Origin & Destination-Ansatzes⁵⁶ ausdrücklich ab. (In anderen Entscheidungen nahm die EK auch im Bereich des SPFV unter Berufung auf ihre Praxis im Luftverkehrssektor⁵⁷ einen streckenbezogenen Ansatz an.⁵⁸) Auch das Kartellgericht nahm (sowohl für den Beschaffungsmarkt als auch für Fahrgastmarkt) eine österreichweite Abgrenzung vor. Hinsichtlich des Beschaffungsmarktes stützte es sich auf österreichweite Ausschreibungen durch die VVOG, betreffend den Fahrgastmarkt hielt es eine streckenbezogene Abgrenzung im ÖPNV nicht für zweckmäßig, da die Nachfrage des Fahrgastes auf das Netzwerk ausgerichtet sei, und definierte aus der Perspektive des Fahrgastes einen österreichweiten ÖPNV-Markt als maximale räumliche Ausdehnung.

⁴⁵ BGH 16.1.2008, KVR 26/07, *Rhön Klinikum/Landkreis Rhön-Grabfeld (Kreiskrankenhaus Bad Neustadt)* Rn 49ff.

⁴⁶ Anatomical Therapeutic Chemical Classification Index; www.ephmra.org.

⁴⁷ (Schweizer) Wettbewerbskommission 31.7.2009, *Pfizer/Wyeth-Zusammenschluss*. Ähnlich schon EK 17.7.1996, IV/M.737, *Ciba-Geigy/Sandoz*.

⁴⁸ EK COMP/M.5855, *DB/Arriva*, Rz 137 ff.

⁴⁹ EK COMP/M.5855, *DB/Arriva*, Rz 131 ff.

⁵⁰ EK COMP/M.2446, *Govia/Connex South Central*, Rz 13; IV/M.816, *CGEA/South Eastern Train*, 13.

⁵¹ So auch *Abegg*, Die Austauschbarkeit von Verkehrsmitteln im öffentlichen Personennahverkehr, WuW 2005, 275 ff, 279; *Bremer/Wünschmann*, Fusionskontrolle im Nahverkehr, WuW 2006, 1118 ff, 1122.

⁵² Siehe FN 59.

⁵³ Vgl EK COMP/M.5440, *Lufthansa/Austrian Airlines*, Rz 18 ff.

⁵⁴ EK COMP/M.5655, *SNCF/LCR/Eurostar*, Rz 21 f, 30.

⁵⁵ EK COMP/M.5855, *DB/Arriva*, Rz 159 f.

⁵⁶ Vgl Beispiel bei FN 62.

⁵⁷ EK COMP/M.5403, *Lufthansa/BMI*, Rz 8; COMP/M.5335, *Lufthansa/SN Brussels Airlines*, Rz 12; COMP/M.5440, *Lufthansa/Austrian Airlines*, Rz 11.

⁵⁸ EK COMP/M.2446, *Govia/Connex South Central*, Rz 14; EK COMP/M.5655, *SNCF/LCR/Eurostar*, Rz 15.

Umgekehrt ging das österreichische Kartellgericht **in sachlicher Hinsicht** von einem Markt für die Erbringung von Beförderungsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) aus, in dem die unterschiedlichen Verkehrsträger des Linienverkehrs (Straßenbahn, U-Bahn, Bus, Kraftfahrzeuge und Schiene) trotz unterschiedlicher Qualitätsmerkmale wie Komfort, Pünktlichkeit oder Sicherheit einem **einheitlichen sachlichen Markt** zuzurechnen seien,⁵⁹ zu dem auch der motorisierte Individualverkehr (MIV) einzubeziehen (!) sei.⁶⁰ Dabei sei neben dem Fahrgastmarkt gesondert der **Beschaffungsmarkt**, auf dem einander die Anbieter von Beförderungsleistungen einerseits und die **Abnehmer** von Beförderungsleistungen - zB die (monopolistischen) Verkehrsverbundorganisationsgesellschaften (VVOG) - andererseits gegenüber stünden, zu betrachten; auch die EK unterscheidet so.⁶¹

Ein einzelner Markt wurde angenommen

- für Flugverbindungen zwischen zwei Punkten (zB London-Dublin),⁶²
 - für Musikverlagsrechte,⁶³
 - elektronische Reisevermittlungsdienste,⁶⁴
 - sämtliche Hörgeräte wegen ihrer Austauschbarkeit ungeachtet der großen Preisunterschiede zwischen den Geräten⁶⁵,
 - die Fernsehwerbung im Gegensatz zur Werbung über andere Medien,⁶⁶
 - sämtliche Schließzylinder trotz der sehr unterschiedlichen Techniken, die eingesetzt werden.⁶⁷
- Die Märkte für Client-PC-**Betriebssysteme** und **Webbrowser** für Client-PC-Betriebssysteme sind getrennte Produktmärkte (mit geografisch weltweiter Ausdehnung).⁶⁸
 - Fall OGH 16.07.2008, 16 Ok 6/08, *ConstantinFilm*: Bei einem besonders erfolgversprechenden Film („**Blockbuster**“) handelt es sich jeweils um einen eigenen Markt. Der auf einem Markt als einziger einen bestimmten Film anbietende Filmverleiher hat dann Monopolstellung, wenn dieser Film nicht durch einen anderen Film etwa wegen der besonderen allgemeinen Umsatzerwartungen, der Bedeutung für die eigene Marketingstrategie oder wegen des besonderen Images wirtschaftlich substituierbar ist. Damit kommt es auf den Marktanteil der Antragsgegnerin am gesamten Filmverleihmarkt nicht an.
 - Der OGH hat mehrfach ausgesprochen, dass **Alleinimporteure von Kfz** einer bestimmten Marke marktbeherrschende Unternehmen seien.⁶⁹ Diese pauschale Aussage hat er allerdings⁷⁰ nicht aufrecht erhalten. Vielmehr ist – in Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts⁷¹ – im Einzelfall zu prüfen, in welchem Umfang der Vertragshändler auch Fahrzeuge anderer Hersteller vertrieben hat.⁷²

Der BGH entschied, dass der LKW-Hersteller *MAN* gegenüber Servicewerkstätten nicht marktbeherrschend sei.⁷³

- Die EK⁷⁴ hat für wettbewerbsrechtliche Marktabgrenzungen (Marktanteilsberechnungen) folgende **Segmente für Personenkraftwagen** definiert: A: Kleinwagen (z. B. Smart), B: Kleinwagen (Fiat Punto), C: Mittelklassewagen (VW Golf), D: Obere Mittelklasse (Volvo S-70), E: Oberklasse (Audi A6), F: Luxusklasse (Mercedes S-Klasse), S: Sportwagen (Ferrari), M: Mehrzweckfahrzeuge (oder MPV-Van, Renault Espace), J: Geländewagen (Sport Utility Vehicles – SUV, einschließlich Fahrzeuge mit Allradantrieb, Suzuki Vitara). Bei einer Substitutionskette können mehrere dieser Segmente zu eigenen Produktmärkten zusammengefasst werden, so dass es weniger relevante Märkte als Segmente gäbe. Es ist allerdings fraglich, ob sich eine solche Substitutionskette auf alle Segmente erstrecken könnte.

⁵⁹ OLG Wien als KG, 24 Kt 96, 135, 137/03, *Bahnbus/Postbus*, 74, 76.

⁶⁰ OLG Wien als KG, 24 Kt 96, 135, 137/03, *Bahnbus/Postbus*, 78 ff: dies ist allerdings sehr zu bezweifeln, vgl BKartA B9-60211-FA-91/03.

⁶¹ Vgl COMP/M.557, *SNCF-P/CDPO/KEOLIS/EFFIA*, Rz 17.

⁶² EK 27. 6. 2007, *Aer Lingus/Ryanair* – Rn 54-66, 68. Ähnlich EK 17. 12. 2008, *KLM/Martinair* Rn 15ff. Eine zielgebietsbezogene Abgrenzung von Fluglinienmärkten hingegen findet sich bei (dt) BKartA 4.9.2009, B 9-56/09, *TUIfly* erwirbt Minderheitsbeteiligung an *Air Berlin*.

⁶³ EK 22. 5. 2007, *Universal/BMG* Rn 5.

⁶⁴ EK 21. 8. 2007, *Travelport/Worldspan* – Rn 5.

⁶⁵ OLG Düsseldorf 26. 11. 2008, KartA 8/07, *Phonak/ReSound*.

⁶⁶ OLG Düsseldorf 3. 12. 2008, Kart 7/06, *Spinger/ProSieben Sat 1* Rn 35ff.

⁶⁷ BKartA 5. 11. 2008, B 5-25/08, *ASSA ABBOY/Simons Voss* Rn 53ff.

⁶⁸ EK 16. 12. 2009, COMP/C-3/39.530, *Microsoft (Verpflichtungszusagen betr Kopplung)*.

⁶⁹ OGH 4 Ob 62/98s; 8 Ob 295/99m.

⁷⁰ OGH 4 Ob 187/02g.

⁷¹ Vgl OGH 16 Ok 9/01; RIS-Justiz RS0116046, RS0124671, RS0063539; 16 Ok 14/08.

⁷² So auch OGH 20.10.2009, 4 Ob 119/09t.

⁷³ BGH 30. 3. 2011, KZR 6/09 und 7/09, *MAN*.

⁷⁴ EK, Leitfaden 2002 zum Kraftfahrzeugvertrieb und -Kundendienst in der Europäischen Union, Seite 82 FN 196; unter Bezugnahme auf M.416 *BMW/Rover* und M.1452 *Ford/Volvo*.

Auf dem Markt der Vergabe von **Standorten für Zeitungsentnahmeboxen** für Gratiszeitungen (*Österreich, Heute*) im Nahbereich von U-Bahn-Stationen zur Verfügung gestellt werden können, sind die Flächen der Stadt Wien zu berücksichtigen: Addiert man die Marktmacht der Stadt Wien in ihrer Eigenschaft als verfügungsbefugte Grundeigentümerin öffentlichen Gutes im Nahbereich der U-Bahn-Stationen mit jener der Wiener Linien GmbH & Co KG (deren Alleineigentümerin die Stadt Wien ist) als Verfügungsbefugte über die U-Bahn-Stationen, kann kein Zweifel an der Beherrschung des relevanten Marktes durch diese **wirtschaftliche Einheit** bestehen.⁷⁵

Es ist demnach jeweils im Zusammenhang mit den anzusprechenden Fragen zu ermitteln, auf welchen Markt im Einzelnen abzustellen ist. Nur unter dieser Voraussetzung lässt sich feststellen, ob eine Wettbewerbsbeschränkung eintritt.⁷⁶

2. Kriterium der Nachfragesubstituierbarkeit, SSNIP-Test

Die Feststellung eines *"hinreichenden Grades von Austauschbarkeit"* (Marktabgrenzung) erfordert eine wertende Betrachtung. Darin einzustellen sind

- neben den Bedürfnissen und
- der daraus konkret erwachsenden Nachfrage der Marktgegenseite
- die *Kreuz-Preis-Elastizität*: Sind die Produkte A und B für denselben Zweck verwendbar und führen bereits geringfügige Preisveränderungen bei Produkt A zur Verlagerung der Nachfrage auf Produkt B, so spricht dies für eine hinreichende Austauschbarkeit von A und B. Der **Kreuzpreis-Elastizitäts-Test** ("cross-elasticity of demand"), auch **SSNIP-Test** („Small but Significant Non-transitory Increase in Price“) oder hypothetischer Monopolistentest (HM-Test) fragt, ob als Reaktion auf eine hypothetische, geringe (im Bereich zwischen 5 und 10%) und nicht nur vorübergehende (mind 1 Jahr andauernde) Preiserhöhung so viele Kunden (so dass die Erhöhung nicht mehr gewinnbringend ist⁷⁷) auf leicht verfügbare Substitute ausweichen würden (Grenznachfrage; nicht ident mit dem zuvor behandelten Bedarfsmarktkonzept⁷⁸).

Das Kriterium ist nicht mechanisch anzuwenden. Seine Aussagekraft bleibt beschränkt, falls der Preis für die Nachfrager nur einen Faktor unter mehreren darstellt.

Substituierbarkeit

Ausmaß, in dem Produkte aus der Sicht der Erzeuger oder Verbraucher als austauschbar betrachtet werden können. Die Preispolitik eines Unternehmens für ein bestimmtes Produkt wird gezügelt, wenn die Verbraucher die Möglichkeit haben, ein anderes Erzeugnis zu kaufen, das sie seiner Eigenschaften, seines Verwendungszwecks und/oder seines Preises wegen als gleichwertig beurteilen (Nachfragesubstitution). Eine disziplinierende Wirkung auf dieses Unternehmen kann ferner von den Herstellern anderer Produkte ausgehen, die ihre Produktion mit vernachlässigbar

⁷⁵ OGH als KOG 11. 6. 2015, 16 Ok 8/14h, *Österreich gegen Wiener Linien*.

⁷⁶ Ausf: *Rainer Palmstorfer*, Radiusklauseln auf dem Prüfstand des Kartellrechts, wbl 2010, 120.

⁷⁷ *Nikolaus Fink*, Zur Kostenanalyse im Kartellrecht, ecolex 2012, 989.

⁷⁸ Der Widerspruch zum Bedarfsmarktkonzept wird deutlich (mit Anwendungsbeispielen) bei *Thilo Klein*, SSNIP-Test oder Bedarfsmarktkonzept? WuW 2010, 169.

geringen Kosten und in kürzester Frist auf das fragliche Produkt umstellen können und bereit sind, in dem betreffenden Marktsegment in den Wettbewerb einzutreten (Angebotssubstitution). Die Substituierbarkeit von Produkten ist ein wichtiges Element für die Definition des relevanten Produktmarktes (relevanter Markt). Bei der Marktabgrenzung gilt es somit, eine Gruppe von Produkten und ein geographisches Gebiet zu identifizieren, und zu ermitteln, ob diese einen wohldefinierten Test zur Marktabgrenzung bestehen, der – wiederum stark vereinfacht ausgedrückt – bestimmt, ob diese *ausreichend* austauschbar sind, um als Teil desselben relevanten Marktes im Rahmen einer Wettbewerbsuntersuchung angesehen werden zu können. Das wird auch **SSNIP-Test** genannt.

Die EK favorisiert den SSNIP-Test zur Marktabgrenzung;⁷⁹ die deutschen Gerichte folgen eher dem Bedarfsmarktkonzept;⁸⁰ der OGH schwankte,⁸¹ bezeichnet den SSNIP-Test aber als grundsätzlich geeignete Methode,⁸² die aber nicht zwingend anzuwenden sei, wenn eine andere Methode vorzugswürdig sei.⁸³

Fall⁸⁴: Antragstellerin: Einkaufszentrum *UNO Shopping* in Leonding, assistiert von der BWB wegen Radiusklauseln⁸⁵ im angeblich marktbeherrschenden *Einkaufszentrum PLUS City* in Pasching: Der sog SSNIP-Test oder hypothetische Monopolistentest (zwecks Prüfung der Nachfragesubstitution Befragung der Kunden, ob diese als Reaktion auf eine kleine bleibende Erhöhung der relativen Preise im Bereich von 5 bis 10% für die betreffenden Produkte und Gebiete auf leicht verfügbare Substitute ausweichen würden) erscheint - auch wenn er bei der Marktabgrenzung nach Art 102 AEUV ex 82 EG mitunter als methodisch ungeeignet bezeichnet wird - unter Berücksichtigung der aufgezeigten Fehlerquellen als grundsätzliche Orientierungshilfe auch im Bereich der Marktmissbrauchsanalyse geeignet. Dieser Test ist allerdings nicht mechanisch anzuwenden. Seine Aussagekraft bleibt zum Beispiel dann beschränkt, wenn der Preis nur ein Faktor unter mehreren ist oder der geltende Marktpreis bereits überhöht ist, sodass eine weitere auch geringfügige Erhöhung nicht deshalb unrentabel wird, weil die Nachfrager auf ein Substitutionsgut ausweichen, sondern überhaupt auf den Konsum verzichten (der OGH beschreibt hier das SSNIP-Paradox, bezeichnet es aber irrtümlich als zellophanen Trugschluss "cellophane fallacy").

Der "zellophane Trugschluss":

Bei beherrschten Märkten können die Preise bereits erheblich über dem Niveau liegen, das bei Wettbewerb gegeben wäre. Die Unternehmen haben den Preis schon bis zum Maximum getrieben, ihre Marktmacht also bereits ausgenutzt, so dass der aktuelle Preis nicht der Konkurrenzpreis ist (dieser liegt darunter). Eine weitere Erhöhung kann dazu führen, dass die Kunden des marktbeherrschenden Unternehmens das Produkt gar nicht kaufen, sondern auf Produkte ausweichen, die bei Wettbewerbspreisen keine Substitute wären. Der SSNIP-Test würde hier – fälschlich – einen hohen Grad an Substituierbarkeit (großer sachlicher Markt, weite Marktabgrenzung, viele Konkurrenzprodukte) suggerieren. **Beispiel:**⁸⁶ *Du Pont*, ein Cellophan-Hersteller, argumentierte, dass Cellophan keinen eigenständigen relevanten Markt darstelle, da es in einer Konkurrenzsituation zu flexiblem Verpackungsmaterial wie Aluminiumfolie, Wachspapier und Polyethylen stünde. Das Problem war, dass *Du Pont* als alleiniger Hersteller von Cellophan die Preise auf Monopolebene angesetzt hatte, woraufhin Verbraucher andere Produkte auf dieser Preisebene als Substitute ansahen. Für Verbraucher stellte der Zellophanmarkt auf Wettbewerbsebene einen eigenständigen relevanten Markt dar (bei einer gering-signifikanten Preiserhöhung wären sie nicht auf andere Produkte umgestiegen). Der US Supreme Court erkannte in diesem Fall nicht, dass eine hohe Eigenpreiselastizität bedeuten kann, dass ein Unternehmen bereits Monopolmacht ausübt. Dieser Fehler heißt nun **Cellophane Fallacy** oder cellophane trap und zeigt, dass auf "competitive prices" und nicht auf den aktuellen Preis abzustellen ist.

Der zellophane Trugschluss in der Marktabgrenzung ist auch in der Zusammen-

⁷⁹ Diese Marktabgrenzungsmethode ist aber nicht zwingend, vgl Bekanntmachung der EK 97/C 372/03 Rz 25; EuG 11. 1. 2017, T-699/14, *Topps Europe/EK*.

⁸⁰ Da Benzin und Diesel für Autofahrer nicht austauschbar sind, liegen getrennte sachliche Märkte vor; der regionale Markt wird anhand des Erreichbarkeitsmodells abgegrenzt; OLG Düsseldorf 4. 8. 2010, 2 Kart 6/09 – *OMV/Total*.

⁸¹ Bisweilen Bedarfsmarktkonzept gem § 23 KartG, zB OGH 25. 3. 2009, 16 Ok 1/09, *Designer Outlet Center von McArthurGlen* wegen Radiusklauseln *Einkaufszentrum Europark*, aber zitiert bisweilen zustimmend den SSNIP-Test (zB OGH 25. 3. 2009, 16 Ok 14/08, *Radiusklausel II*; 16 Ok 8/10, *Radiusklausel IV*).

⁸² OGH als KOG 8. 10. 2015, 16 Ok 6/15s (Folgeentscheidung zum ersten Rechtsgang 16 Ok 14/08), *Einkaufszentrum P in Linz*.

⁸³ OGH als KOG 12. 7. 2018, 16 Ok 1/18k (16 Ok 2/18g), *Flugticketbuchungen*.

⁸⁴ OGH als KOG 25. 3. 2009, 16 Ok 14/08, *Radiusklausel II*.

⁸⁵ Die Radiusklauseln werden in der 6. Doppelstunde behandelt.

⁸⁶ US Supreme Court 11. 6. 1956, 351 U.S. 377 (1956), *United States v Dupont de Nemours*.

schlusskontrolle (8. Doppelstunde) zu beachten.⁸⁷

Außerdem zu beachten ist das **SSNIP-Paradox**⁸⁸: Eine Erhöhung des Preises über das gewinnmaximale Preisniveau bewirkt, dass Kunden auf das Produkt verzichten oder den Konsum einschränken ohne abzuwandern (unprofitable hypothetische Preiserhöhung). Also liegen bereits (kartellbedingt?) überhöhte Marktpreise vor, so dass keine Kunden zu einem Substitut wechseln würden. Der SSNIP-Test muss abgebrochen werden ohne dass ein relevanter Markt bestimmt werden kann.

Hinweis: Die Substituierbarkeit wird bei Markenartikeln, starken Testimonials ("endorsement by a celebrity"), Designerware oder Assoziation mit einer Gesellschaftsschicht, also durch Konsumentenvorlieben **verzerrt** (imperfect substitution patterns); das Produkt hebt sich aus der Substitutionskategorie heraus.

Als weitere Methoden der Marktabgrenzung kommen uU in Betracht:⁸⁹ Wechselkostenanalyse, Preisdiskriminierungsmethode, Event-/Schockanalyse, weil der SSNIP-Test für Kartell- und Missbrauchsfälle (Art 101, 102 AEUV), also bei überhöhten Nicht-Wettbewerbspreisen ungeeignet sei.

Beispiele für Substituierbarkeit:

- Des weiteren sind *Besonderheiten des Marktes* in den Blick zu nehmen. Die Prüfung umfasst neben den Produktmerkmalen auch die Wettbewerbsbedingungen, die Struktur von Angebot und Nachfrage. Im **Fall "Michelin"**⁹⁰ wurden je separate Märkte hinsichtlich neuer Ersatzreifen für schwere Fahrzeuge (Lkw und Busse), hinsichtlich neuer Ersatzreifen für leichte Fahrzeuge (Pkw und Kleinbusse) sowie hinsichtlich jeweils runderneuerter Reifen angenommen. Zwischen neuen und runderneuernten Reifen besteht wegen der geringeren Zuverlässigkeit und begrenzteren Verwendbarkeit der letzteren nur eine begrenzte Austauschbarkeit.
- Dabei genügt eine nur begrenzte Austauschbarkeit ("limited interchangeability") nicht. Deutlich wurde dies schon im **"United-Brands"-Fall**⁹¹, als EK und EuGH für Bananen einen vom übrigen Frischobst gesonderten Markt annahmen. Begründet wurde dies mit den einzigartigen Eigenschaften der Banane (insbesondere ganzjährig verfügbar; geeignet, den gleichbleibenden Bedarf einzelner Bevölkerungsgruppen wie Kinder, Alte und Kranke zu befriedigen) und der geringen langfristigen Kreuzpreiselastizität. Der Umstand, dass Nachfrage und Preis bei Bananen in Zeiten zurückgehen, in denen sonstiges Frischobst Saison hat, indizierte nach Ansicht des Gerichtshofes lediglich eine begrenzte Austauschbarkeit.

Im **"Hilti-Fall"**⁹² etwa kam die EK zum Schluss, dass bei Direktbefestigungssystemen der Preis nicht das einzige oder ausschlaggebende Entscheidungskriterium ist. Vielmehr sei maßgeblich die spezifische Befestigungsanwendung mit jeweils unterschiedlichen technischen, rechtlichen und wirtschaftlichen Gegebenheiten.

In **"Tetra Pak II"**⁹³ richtete sich die Marktabgrenzung nach den unterschiedlichen Verpackungsformen für Flüssigprodukte. Kurz- und wahrscheinlich auch mittelfristig

⁸⁷ Markus Lindner, Die Marktabgrenzung zur Feststellung von Dominanz? Implikationen des "zellophanen Trugschlusses" und seine Auswirkung auf die Fusionskontrolle, ÖZK 2008, 166.

⁸⁸ Gerhard Clemenz, Paradoxe Ansichten zum SSNIP-Test, ÖZK 2015, 58 bestreitet (ausdr gegen Markus Lindner, FN 87 gewendet) die Existenz des SSNIP-Paradoxons; vielmehr sei dann, wenn beim Marktpreis keine Substitute bestehen und die Kunden statt abzuwandern vielmehr verzichten, eben dadurch der Markt abgegrenzt und "gefunden".

⁸⁹ Dazu Markus Lindner, Die Rechtsfrage "Methode der Marktabgrenzung", ÖZK, 2012, 108, insb mit Argumenten gegen den SSNIP-Test.

⁹⁰ EK 7. 10. 1981, ABl 1981 Nr L 353, S 33,40, insoweit bestätigt durch EuGH 9. 11. 1983, Slg 1983, 3461, 3504 ff

⁹¹ EK 17. 12. 1975, ABl 1976 Nr L 95, S 1, 11 f; EuGH 14. 2. 1978, Slg 1978, 207, 281 f (Tz 18/21)

⁹² EK 22. 12. 1987, ABl 1988 Nr L 65, S 19, 31f "Eurofix-Bauco/Hilti", bestätigt durch EuG 12. 12. 1991 Slg 1991 II 1439, 1473 f "Hilti"

⁹³ EK 24. 7. 1991, ABl 1992 Nr L 72, S 1, 17 f, bestätigt durch EuGH 6. 10. 1994, Slg 1994 II 755, 796 ff.

bestehen auf der Angebots- wie der Nachfragerseite keinerlei Substitutionselastizität. Auf Seiten der Verbraucher erkläre sich dies u.a. aus dem geringen Anteil der Verpackungskosten am Endverkaufspreis (max 10%), auf Seiten der Abfüller vor allem durch den hohen Investitionsaufwand bei der Umstellung auf eine andere Verpackung.

3. Kriterium der Angebotssubstituierbarkeit

Erweiterung des sachlich relevanten Markts über den aufgrund der Nachfragesubstituierbarkeit bestimmten Markt hinaus, wenn Anbieter in Reaktion auf kleine, dauerhafte Einrichtungen der relativen Preise in der Lage sind, ihre Produktion auf die relevanten Erzeugnisse umzustellen und sie kurzfristig auf den Markt zu bringen, ohne spürbare Zusatzkosten oder Risiken auf sich zu nehmen (insb. wenn Unternehmen verschiedene Sorten/Qualitäten eines Produktes erstellen, die für Endverbraucher aufgrund ihrer unterschiedlichen Güte nicht substituierbar sind (z.B. Kohlensäurehaltiges und stilles Mineralwasser)).

4. Kriterium des potentiellen Wettbewerbs

Potentieller Wettbewerber ist ein Unternehmer, der innerhalb eines Jahres auf dem Markt auftreten kann.

Potentieller Wettbewerber

Ein Unternehmen wird als potentieller Wettbewerber angesehen, wenn es Anhaltspunkte dafür gibt, dass es die notwendigen zusätzlichen Investitionen und andere erforderliche Umstellungskosten auf sich nehmen könnte und wahrscheinlich auch würde, um als Reaktion auf eine geringfügige, aber dauerhafte Heraufsetzung der Preise gegebenenfalls in den relevanten Markt einzutreten. Dieser Befund muss auf realistischen Annahmen beruhen: Die rein theoretische Möglichkeit eines Markteintritts reicht nicht aus. Ein Marktzutritt muss so schnell erfolgen können, dass diese Drohung das Verhalten der Marktteilnehmer diszipliniert. Dies bedeutet in der Regel, dass der Eintritt innerhalb einer kurzen Frist erfolgen muss, die zum Beispiel in der Gruppenfreistellung für vertikale Beschränkungen auf höchstens ein Jahr veranschlagt wird. In Einzelfällen können jedoch auch längere Zeiträume berücksichtigt werden. Zur Ermittlung des jeweiligen Zeitraums können die Zeitspannen als Anhaltspunkt herangezogen werden, die von den in dem betreffenden Markt bereits tätigen Unternehmen benötigt werden, um ihre Kapazitäten anzupassen.⁹⁴

C. Der geographisch (örtlich) relevante Markt

Gebiet, in dem sich die objektiven Wettbewerbsbedingungen bei dem relevanten Erzeugnis für alle Unternehmen gleichen.

Wesentliche Faktoren für die Bestimmung des geographischen Markts sind u.a.:⁹⁵

1. Ziel des wettbewerbswidrigen Verhaltens (z.B.: Missbrauch betrifft nur Belgien)
2. Transportkosten (z.B. Schotter), Verderblichkeit (z.B. Milch, Frischbeton)

⁹⁴ Bekanntmachung FN 41, Rn 24.

⁹⁵ Bekanntmachung FN 41, Rz 29–31.

3. Produktionsstandort, Produktionskosten und relatives Preisniveau
4. lokale Präferenzen der Abnehmer, Marken-, Kultur- und Sprachunterschiede

Für den Krankenhausmarkt hat zB der BGH entschieden, dass von eng begrenzten regionalen Märkten auszugehen sei, weil die Patienten Krankenhäuser in ihrer engen räumlichen Nähe bevorzugen, ungeachtet des Umstandes, dass in besonders kritischen Fällen auch weit entfernte Spezialkliniken aufgesucht werden.⁹⁶ Bücher oder Baumarktsortimente werden üblicherweise nur in einem Umkreis von 20 oder 30 Kilometern um einen Ort mit Zentrumsfunktion nachgefragt.⁹⁷

Beispiel: Die *Pfeiffer Unternehmensgruppe* meldete 2011 den geplanten Erwerb von 100% der Anteile an der *Nussbaumer GmbH* bei der BWB an. Im Rahmen der Zusammenschlussprüfung führte die BWB einen SSNIP-Test und eine Umsatz-Distanz-Analyse durch. Dabei wurden sämtliche in der Steiermark tätigen Lebensmittelgroßhändler sowie stichprobenartig 200 ihrer Kunden befragt. Beide Methoden bestätigten folgende Marktabgrenzung, die auch mit der Entscheidungspraxis des deutschen Bundeskartellamtes übereinstimmt: Der sachlich relevante Markt "Lebensmittelgroßhandel (LGH)" unterteilt sich aufgrund des Nachfrageverhaltens der Kunden in die Marktsegmente "Abholgroßhandel (Kleinkunden)", dessen Einzugsgebiet 30 km (Straßenkilometer) um den jeweiligen Standort umfasst, und "Zustellgroßhandel (Großkunden)" mit einem Einzugsgebiet von 100 km (Straßenkilometer).

Auch für Freizeit-Attraktionen haben Wettbewerbsbehörden den Markt auf Basis von Anfahrtszeiten abgegrenzt, so etwa für Kinos mit 20 bis 30 Minuten⁹⁸, oder für Vergnügungsparks mit bis zu zwei Stunden.⁹⁹

5. Erfordernis einer lokalen Gebietspräsenz
6. Zugang zu Vertriebswegen
7. Kosten der Errichtung eines eigenen Vertriebsnetzes
8. Regulatorische Schranken und technische Normen
9. Preisvorschriften
10. Kontingente und Zölle
11. Behördliche Genehmigungspflichten

D. Der zeitlich relevante Markt

Insbesondere für die Berechnung von Strafen ist von Bedeutung, wie lange ein Unternehmen marktbeherrschend war und wie lange ein Missbrauch dauerte (vgl 4. Doppelstunde).

Außerdem können sich Märkte mit der Zeit ändern (zB waren Festnetz- und Mobiltelefonie bisher getrennte Märkte, die aber jetzt zusammenwachsen).

E. Teilmärkte

- Örtliche Teilmärkte (hatte nur bis 28. 2. 2013 Bedeutung für Bagatellkartelle gem § 2 Abs 2 Z 1 KartG aF: 25 %-Schwelle statt 5 %-Schwelle)

⁹⁶ BGH v 16.1.2008, KVR 26/07, *Rhön Klinikum/Landkreis Rhön-Grabfeld* Rz 61ff.

⁹⁷ dt BKartA 10.3.2008, B 6 -8/08, *Karlsruher Buchmarkt* Rz 49ff.

⁹⁸ Europäische Kommission 25.7.2013, COMP/M.6977 – *OMERS / AIMCo / Vue*, Rn 11.

➤ Sachliche Teilmärkte

F. Marktkonzentration: Herfindahl-Hirschmann-Index (HHI) und andere Indizes

Vorgeschichte:¹⁰⁰

Standardindizes zur Marktkonzentration wurden von der *FERC (Federal Energy Regulatory Commission)* und vom amerikanischen Justizministerium (*DOJ*) lange Zeit bei der Durchsetzung von Kartellrecht verwendet. Vor Dekaden verwendete das Justizministerium die **CR4-Methode** (*four-firm concentration ratio*), welche das Konzentrationsverhältnis der vier größten Unternehmen auf einem Markt darstellt. Prozentuell reicht es von 0 bis 100 %. Ein reines Monopol hätte ein Konzentrationsverhältnis von 100 %, wohingegen ein vollständiger Wettbewerbsmarkt ein gegen 0 % tendierendes Konzentrationsverhältnis hätte. Mit diesem Index ist es allerdings nicht möglich, die Auswirkung der Unternehmensgröße zu erfassen. So würde sich das Konzentrationsverhältnis sowohl auf einem Monopolmarkt als auch auf einem Markt mit vier Unternehmen gleicher Größe gleichermaßen auf 100 % belaufen. Während man bei Monopolstellung Marktmacht hat, ist die Ermittlung einer mangelnden Wettbewerbssituation auf einem Markt mit vier gleichstarken Unternehmen erheblich komplizierter. Mit der Zeit hat sich herausgestellt, dass die CR4-Methode keinen nützlichen und adäquaten Index darstellt.

Aktuell:

Herfindahl-Hirschmann-Index (HHI):

Spezifisches Maß für die Marktkonzentration, dh dafür, inwieweit eine kleine Anzahl von Unternehmen für einen großen Anteil der Produktion verantwortlich ist. Der HHI ist einer der möglichen Indikatoren für die Marktmacht oder den Wettbewerb zwischen Firmen. Er misst die Marktkonzentration durch Addieren der quadrierten Marktanteile aller Anbieter in einem Wirtschaftszweig. Wenn auf einem Markt zum Beispiel fünf Unternehmen einen Anteil von je 20% halten, beträgt der HHI $400 + 400 + 400 + 400 + 400 = 2000$. Je höher der HHI für einen bestimmten Markt ist, desto größer ist der Anteil der Produktion, der auf eine kleine Anzahl von Firmen entfällt. Im Allgemeinen kann die Marktkonzentration bei einem HHI von unter 1000 als niedrig, von 1000 bis 1800 als mittelmäßig und über 1800 als stark bezeichnet werden.¹⁰¹ Der HHI wird auch von den österreichischen Wettbewerbsbehörden verwendet.¹⁰²

Lerner-Index: Ein genaueres Maßinstrument für Monopolgrad und Marktmacht (als Möglichkeit eines Unternehmens, seine Preise über den Grenzkosten festzusetzen) ist der **Lerner-Index**; er misst die Preis-Grenzkosten-Differenz dividiert durch den Preis. In einem vollständigen Wettbewerbsmarkt mit vollkommen elastischer Nachfragekurve (die Nachfrageelastizität ist unbegrenzt) entspricht der Lerner-Index 0 (Preis = Grenzkosten). Auf einem Monopolmarkt hingegen wird das Unternehmen seine Marktmacht dazu nutzen, einen über den Grenzkosten liegenden Preis zu verlangen und seinen gewinnmaximierenden Output am unelastischen Teil der Nachfragekurve zu platzieren. In diesem Fall ist der Lerner Index größer als 0. In diesem Sinne steht unelastische Nachfrage für große Marktmacht und vice versa. Obgleich der Lerner-Index Marktmacht korrekt misst und abbildet, zeitigt er doch gewisse Praxisprobleme. Der Lerner-Index kann nicht vor Marktfreigabe und vor Realisierung eines markträumenden Preises (market clearing price) berechnet werden. Vorsicht ist bei Anwendung des Lerner-Index auch dahingehend geboten, dass die vom ihm bemessene Marktmacht eventuell nur kurzfristig und daher von fragwürdiger Relevanz ist (außer bei Marktzugangsschranken. Ein temporärer Mehrgewinn wird durch die Möglichkeit eines potentiellen Mitbewerbers, schnell in den Markt einzutreten, relativiert. Der Lerner-Index erfordert jedoch ein erhebliches Maß an Datenerfassung. Es bedarf sowohl des markträumenden Preises als auch der Grenzkostenwerte, welche beide schwierig zu erheben sind. Zusätzlich ist eine Analyse über die Bedingungen zum Markteintritt zur Beurteilung der Angreifbarkeit des Marktes erforderlich, um zu einer analytisch integren Bewertung der Marktmacht zu gelangen.¹⁰³

⁹⁹ Europäische Kommission 26.4.2007, COMP/M.4615 – *Merlin / Tussauds*, Rn 13.

¹⁰⁰ Aus: *Division of Policy Analysis & Intergovernmental Liaison*, Market Power in a Transitioning Electric Industry, March 2001, Seite 3.

¹⁰¹ Aus: EK, Glossar der Wettbewerbspolitik der EU (2004), 25.

¹⁰² Vgl OLG Wien als KG 5. 9. 2005, 25 Kt 183, 184/04-72 zit in OGH als KOG 26. 6. 2006, 16 Ok 51/05, *Ybbstaler Asphaltmischanlage Greinsfurth*.

¹⁰³ Text aus: *Division of Policy Analysis & Intergovernmental Liaison*, Market Power in a Transitioning Electric Industry (March 2001), Seite 4.

III. WIEDERHOLUNGSFRAGEN

1. Was besagt die Schutzrechtsinhaltsstheorie, Immanenztheorie?
2. Was sind Parallelimporte? Sind sie zulässig/unzulässig?
3. Von welchen "Märkten" spricht man?
4. Wofür ist die Marktabgrenzung im Wettbewerbsrecht relevant?
5. Was versteht man unter Nachfragesubstituierbarkeit, Kreuzpreiselastizitätstest, SNIP-Test?
6. Geben Sie einige Beispiele für sachliche oder örtliche Marktabgrenzungen?
7. Funktion der Marktabgrenzungsdiskussion (Atomisierung der Märkte)?
8. Wichtigster Inhalt der Kommissionsbekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes?
9. Kriterien des Kartellgesetzes über die Marktabgrenzung?
10. Was ist der HHI?