

Marktmachtmissbrauch: Zurechnung des Verhaltens von Vertriebshändlern

Dr. Anna Wolf-Posch

Wien, 20. November 2023

Unilever-Entscheidung des EuGH

EuGH 19.1.2023, C-680/20, ECLI: EU:C:2023:33

Sachverhalt

- Unilever produziert und vermarktet u.a. abgepacktes Speiseeis (Algida und Carte d'Or).
- Vertriebshändler von Unilever verlangen von Verkaufsstellen, dass sie ihren gesamten Bedarf an abgepacktem Speiseeis ausschließlich mit dem Bezug von Unilever-Produkten decken. Im Gegenzug gewähren die Vertriebshändler den Verkaufsstellen ein breites Spektrum an Rabatten und Provisionen (abhängig von der Erfüllung von Umsatzzielen und dem Vertrieb einer bestimmten Produktpalette).
- 2013: Beschwerde bei italienischer Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) wegen Marktmachtmissbrauchs durch Unilever auf dem Markt für Speiseeis in Einzelverpackungen (Verdrängungsmisbrauch).
- 31.10.2017: AGCM stellt fest, dass Unilever ihre beherrschende Stellung auf dem Markt für den Vertrieb und Konsum von „außer Haus“ bestimmten Speiseeis in Einzelverpackungen unter Verstoß gegen Art. 102 AEUV missbraucht habe. Geldbuße: EUR 60,6 Mio.
- Klage von Unilever gegen die Entscheidung wurde vom Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio abgewiesen.
- Rechtsmittel gegen Beschluss des Tribunale Amministrativ zum Consiglio di Stato.
- Vorlage an den EuGH

Unilever-Entscheidung des EuGH

Vorlagefragen

1. Welche Kriterien sind abgesehen von Fällen der Unternehmenskontrolle für die Feststellung maßgeblich, ob die vertragliche Koordinierung zwischen formal autonomen und unabhängigen Wirtschaftsteilnehmern zu einer einzigen wirtschaftlichen Einheit im Sinne der Art. 101 und 102 AEUV führt? Kann insbesondere das Vorhandensein eines gewissen Grades von Eingriffen in die geschäftlichen Entscheidungen eines anderen Unternehmens, das für Beziehungen der wirtschaftlichen Zusammenarbeit zwischen Herstellern und Abnehmern typisch ist, als ausreichend angesehen werden, um diese Unternehmen als Teil derselben wirtschaftlichen Einheit einzustufen? Oder muss zwischen den beiden Unternehmen eine „hierarchische“ Verbindung bestehen, die durch das Vorliegen eines Vertrags erkennbar wird, wonach sich mehrere autonome Unternehmen der Leitungs- und Koordinierungstätigkeit eines von ihnen „unterwerfen“, so dass die Behörde den Nachweis für eine systematische und kontinuierliche Reihe von Anleitungsmaßnahmen erbringen muss, die geeignet sind, die betrieblichen Entscheidungen des Unternehmens zu beeinflussen, dh die strategischen und operativen Entscheidungen in finanzieller und gewerblicher Hinsicht.
2. Ist Art. 102 AEUV für die Beurteilung, ob ein Missbrauch einer beherrschenden Stellung durch die Verwendung von Ausschließlichkeitsklauseln vorliegt, dahin auszulegen, dass die Wettbewerbsbehörde verpflichtet ist, zu überprüfen, ob die Wirkung dieser Klausel darin besteht, ebenso effiziente Wettbewerber vom Markt auszuschließen, und die von der Partei vorgelegten wirtschaftlichen Analysen zur konkreten Fähigkeit der in Rede stehenden Verhaltensweisen, ebenso effiziente Wettbewerber vom Markt auszuschließen, im Einzelfall zu prüfen? Oder gibt es bei Ausschließlichkeitsklauseln und Verhaltensweisen, die durch eine Vielzahl von missbräuchlichen Praktiken (Treuerabatte und Ausschließlichkeitsklauseln) gekennzeichnet sind, für die Wettbewerbsbehörde keine rechtliche Verpflichtung, den Vorwurf eines Wettbewerbsverstoßes auf das Kriterium des ebenso effizienten Wettbewerbers zu stützen?

Unilever-Entscheidung des EuGH

Wann kann einem Marktbeherrscher das Verhalten von unabhängigen Vertriebshändlern zugerechnet werden?

- **Keine Ausdehnung des Konzepts der wirtschaftlichen Einheit:**
 - Std. Rspr. – Juristische Person kann unter bestimmten Umständen gesamtschuldnerisch für wettbewerbswidriges Verhalten anderer juristischer Person derselben wirtschaftlichen Einheit verantwortlich gemacht werden. (EuGH, C-152/19P, 25.3.2021, *Deutsche Telekom/Kommission*, Rn. 73; EuGH, C-516/15P, 27.4.2017, *Akzo Nobel*, Rn. 57).
 - Wirtschaftliche Einheit: Nicht nur zwischen gesellschaftsrechtlich verbundenen Organisationen, sondern unter Umständen auch zwischen **Gesellschaft und Handelsvertreter** oder zwischen einem **Geschäftsherr und seinem Beauftragten**.

Test: Kann die Einheit ihr Verhalten auf dem Markt autonom bestimmen oder muss sie **Weisungen einer hierarchisch übergeordneten Einheit** (zB Muttergesellschaft) oder Geschäftsherrn folgen? (EuG, T-325/01, 15.9.2005, Rn. 86).
 - EuGH wählt in *Unilever* nicht den Weg über die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit, sondern rechnet Unilever das Verhalten der Vertriebspartner direkt zu.

Unilever-Entscheidung des EuGH

Wann kann einem Marktbeherrscher das Verhalten von unabhängigen Vertriebshändlern zugerechnet werden?

- Besondere Verantwortung von Marktbeherrschern für Restwettbewerb umfasst unmittelbares, eigenes Verhalten und Verhalten **von weisungsgebunden Unternehmen**.
- Verhalten von Vertriebshändlern im Vertriebsnetz des Marktbeherrschers kann dem **Marktbeherrscher zugerechnet werden**, wenn feststeht, dass das Verhalten Teil der einseitig vom Marktbeherrscher beschlossenen und mittels des Vertriebshändler umgesetzten Politik ist. – Vertriebshändler wird dadurch zum **Werkzeug** des einseitigen Verhaltens des Marktbeherrschers. –
- Bsp.: In „**Standardverträgen**“ enthaltene Ausschließlichkeitsklauseln, die Vertriebshändler von Betreibern der Verkaufsstellen unterzeichnen lassen müssen, **ohne diese Klauseln selbst abändern zu können**. Marktbeherrscher muss davon ausgehen, dass die weisungsgebundenen Vertriebshändler die von ihm beschlossene Geschäftspolitik umsetzen werden.
- Marktbeherrscher ist selbst der Urheber des Verhaltens. Vertriebshändler lediglich **Instrument zur territorialen Verbreitung der Geschäftspolitik des Marktbeherrschers**.

Unilever-Entscheidung des EuGH

Verdrängungswirkung – Prüfungspflicht der Wettbewerbsbehörde

- Wettbewerbsbehörde hat den behaupteten Verstoß gegen Art. 102 AEUV / § 5 KartG nachzuweisen.
- **„As efficient competitor“-Test:** Verhalten ist geeignet, **ebenso leistungsfähige Wettbewerber** zu verdrängen. (C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale ua, Rn. 69, 71, 75-76). Ein Test unter mehreren. Nicht für alle Situationen geeignet (zB hohe Marktzutrittsschranken, nicht-quantifizierbares Verhalten).
- **Verdrängungseignung** reicht aus. Konkrete Verdrängung muss nicht nachgewiesen werden. Art. 102 AEUV / § 5 KartG zielen auf den Schutz des Restwettbewerbs durch Verbot schädlichen Verhaltens ab.
- **Verdrängungseignung ist von der Wettbewerbsbehörde nachzuweisen.** Zweifel kommen dem Marktbeherrscher zugute. (27/76, United Brands, Rn. 265; C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85, C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö/Kommission, Rn. 126)
- **Nicht verwirklichtes Verhalten kann keine Verdrängungswirkung entfalten.** Dh Verhalten, das nicht über das Planungsstadium hinausgegangen ist, kann Art. 102 AEUV / § 5 KartG grds nicht verwirklichen.
- Wettbewerbsbehörde kann die Annahme von Verdrängungseignung nicht auf **hypothetische Umstände** stützen, deren Eintritt zum relevanten Zeitpunkt unwahrscheinlich war.

Unilever-Entscheidung des EuGH

Verdrängungswirkung – Prüfungspflicht der Wettbewerbsbehörde

- **Empirische oder verhaltensökonomische Studien** reichen für die Annahme der Verdrängungseignung nicht aus. Es ist auf den Einzelfall abzustellen (zB Umfang des Marktverhaltens, Kapazitätsengpässe von Rohstofflieferanten, Bedeutung des Marktbeherrschers als Vertragspartner).
- **Nachweis einer wettbewerbswidrigen Absicht** ist weder erforderlich noch ausreichend. Entscheidend ist das objektive Verhalten des Marktbeherrschers.
- **EuGH in *Hoffman-La Roche* zu Ausschließlichkeitsklauseln/Treuerabatte:** In der Regel marktmachtmissbräuchlich. (85/76, Rn. 89).
- **Aber EuGH in C-413/14 P *Intel/Kommission*:** Prüfungspflicht der Wettbewerbsbehörde in Bezug auf die konkreten Marktverhältnisse und Position des Marktbeherrschers, Verdrängungsstrategie, wenn der Marktbeherrscher Beweise vorlegt, dass sein Verhalten nicht verdrängungsg geeignet war.

Unilever-Entscheidung des EuGH

Verdrängungswirkung – Prüfungspflicht der Wettbewerbsbehörde

- **Verdrängungsabsicht:** Für sich genommen für den Nachweis von Marktmachtmissbrauch nicht ausreichend und auch nicht unbedingt erforderlich. Aber: Relevant für **objektive Rechtfertigung** und Prüfung von **Effizienzgewinnen**. Rechtfertigung und Effizienzprüfung setzt zusätzlich Berücksichtigung der Verdrängungseignung voraus.
- **Prüfung von Beweisen:** Vom Marktbeherrscher zum Nachweis der fehlenden Verdrängungseignung vorgelegte **Wirtschaftsstudien** sind im wettbewerbsbehördlichen Verfahren zu berücksichtigen.
Grundsatz des rechtlichen Gehörs: Wettbewerbsbehörden haben mit aller gebotenen Sorgfalt die Erklärungen des Unternehmens zur Kenntnis zu nehmen und sorgfältig und unparteiisch alle relevanten Gesichtspunkte des Einzelfalls zu untersuchen, insbesondere die von dem Unternehmen vorgelegten Beweise. Wettbewerbsbehörde muss ggf darlegen, warum die Wirtschaftsstudie ihrer Meinung nach zur Beweiserbringung nicht geeignet ist.
- Das gilt auch bei **Kumulation von Praktiken**, wenn die Wirtschaftsstudie nur für die Widerlegung der Verdrängungseignung eines Teils der beanstandeten Praktiken geeignet ist.



Dr. Anna Wolf-Posch, LL.M.

Partner

anna.wolf-posch@cerhahempel.com

+43 1 514 35 581

Zugelassen als

- Rechtsanwalt, Österreich

Tätigkeitsschwerpunkte

- Kartell- und Wettbewerbsrecht
- Internal Investigations
- Investitionskontrolle
- Compliance Systems

Ausbildung

- Universität Konstanz
- Columbia Law School (LL.M.)
- Universität St. Gallen (Dr. iur.)

Sprachen

- Deutsch
- Englisch
- Französisch

Vielen Dank für
Ihre Aufmerksamkeit!