

Nadja Kaeding

Ungeschriebene Ausnahmen vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Verhaltenskoordinierungen?

Ein rechtsdogmatisches Plädoyer zur Beachtung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses in Art. 101 AEUV



Kartell- und Regulierungsrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)

Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. Dr. h.c. Franz Jürgen Säcker

Prof. Dr. Matthias Schmidt-Preuß

Band 20

Dr. Nadja Kaeding

Ungeschriebene Ausnahmen vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Verhaltenskoordinierungen?

Ein rechtsdogmatisches Plädoyer zur Beachtung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses in Art. 101 AEUV



Nomos

Die Autorin studierte an der Freien Universität Berlin Rechtswissenschaft und promovierte dort zur Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke im Internet. Nach mehrjähriger praktischer Tätigkeit in einer IT- und wirtschaftsrechtlichen Rechtsanwaltskanzlei begann sie an der Freien Universität Berlin ihre Habilitation und arbeitete als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. Franz Jürgen Säcker. Die Autorin ist derzeit Privatdozentin an der Freien Universität Berlin und publiziert regelmäßig u. a. zu Themen des Gesundheits- und Wettbewerbsrechts.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG WORT.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Berlin, Freie Univ., Habil, 2015

ISBN 78-3-8487-3990-5 (Print)

ISBN 978-3-8452-8329-6 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorbemerkung

Diese Arbeit hat das Verhältnis von Regel und Ausnahme in Art. 101 AEUV zum Gegenstand und setzt sich kritisch mit der Anwendung des Art. 101 Abs. 1 AEUV durch die h.M. und die Praxis auseinander. Sie wurde als Habilitationsschrift im Jahre 2015 angenommen. Soweit sich bis zum Herbst 2016 noch für die Arbeit maßgebliche Änderungen ergeben haben, wurden diese berücksichtigt.

Mein Dank gilt Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. Säcker, der mich nicht nur bei der Erstellung meiner Habilitationsschrift, sondern auch darüber hinaus in meiner wissenschaftlichen Arbeit unterstützt und gefördert hat.

Danken möchte ich meiner Familie, insbesondere meinem Mann und meinen Eltern, ohne deren Verständnis, Unterstützung und Entlastung diese Arbeit nicht hätte entstehen und fertiggestellt werden können.

Im März 2017

Dr. Nadja Kaeding

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	27
Teil A. Einleitender Teil	29
I. Vorbemerkung	29
II. Struktur der Arbeit	32
III. Absatzmittlung	32
Teil B. Allgemeiner Teil: Europäisches Wettbewerbsrecht	37
I. Ziel und Zweck des Europäischen Wettbewerbsrechts	37
II. Schutz des Wettbewerbs durch das europäische Wettbewerbsrecht	45
III. Die weiteren Tatbestandsmerkmale des Art. 101 Abs. 1 AEUV ..	76
IV. Voraussetzungen der Legalausnahme nach Art. 101 Abs. 3 AEUV	87
V. Marktabgrenzung – der relevante Markt	135
Teil C. Ausnahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV und Ausnahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV	157
A. Verhältnis von Art. 101 Abs. 1 AEUV zu Art. 101 Abs. 3 AEUV.	157
I. Ungeschriebene Ausnahmen als Tatbestandsrestriktionen	157
II. Art. 101 Abs. 1 AEUV und Art. 101 Abs. 3 AEUV	159
B. Ausnahmen in Anknüpfung an die Merkmale des Unternehmensbegriffs	170
I. Handelsvertretung	170
II. Vertrieb durch konzerneigene Unternehmen	205
III. Ausnahmen vom Unternehmensbegriff durch Abkehr vom Marktbezug und durch institutionelle Anknüpfungspunkte	257

C. Ausnahmen von der Wettbewerbsbeschränkung und zwingende Wettbewerbsbeschränkung	291
I. Selektiver Vertrieb.	291
II. Ausnahme von der Wettbewerbsbeschränkung – Markterschließung und Alleinvertrieb	305
III. Nebenabreden als Ausnahme vom Tatbestand der Wettbewerbsbeschränkung	312
IV. Internetvertrieb und Versandhandel	354
V. Ausnahme von der Wettbewerbsbeschränkung – Schutzrechte (Immaterialgüterrechte)	359
VI. Zwingende Wettbewerbsbeschränkung – Beeinträchtigung des Parallelhandels	381
D. Kombination horizontaler und vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen und Folgen nicht-wettbewerblich begründeter Ausnahmen	403
I. Einleitung	404
II. Funktionen des Presse-Grosso	411
III. Merkmale des Presse-Grosso	413
IV. Presse-Grosso als System	423
V. Die Auseinandersetzung der Bauer Media Group mit dem Bundesverband Presse-Grosso.	426
VI. Rechtliche Bewertung	427
Teil E. Ergebnisse	465
1. Fortgesetzte Durchbrechung des Verhältnisses von Regel und Ausnahme durch Kommission und Rechtsprechung	465
2. Unterordnung des more economic approach unter das Primärrecht	467
3. Durchbrechung der geltenden Beweislastverteilung durch Missachtung von Regel und Ausnahme in Art. 101 AEUV	468
4. Schutz des Wettbewerbs als primäres Ziel	469
Anhang I: Verzeichnis der verwendeten Literatur	471
Anhang. II: Fundstellen der zitierten Entscheidungen	495
1. Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs	495
2. Entscheidungen des Gerichts erster Instanz	498
3. Entscheidungen der Kommission	500

4. Entscheidungen des Europäischen Patentamts	501
5. Schlussanträge	501
6. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	502
7. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs	502
8. Entscheidungen weiterer Bundesgerichte	503
9. Entscheidungen der Oberlandesgerichte	503
10. Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte	504
11. Entscheidungen der dt. Landgerichte und Landessozialgerichte	504
12. Entscheidungen des Bundeskartellamts	504
13. Entscheidungen ausländischer Gerichte	504
13.1. Gerichte Österreichs	504
13.2. US-amerikanische Gerichte	505
Anhang III: Zitierte Europäische Verordnungen und Richtlinien	507
1. Verordnungen	507
2. Richtlinien	509
3. Leitlinien/ Erläuterungen /Bekanntmachungen/ Mitteilungen der Kommission	510
4. Weitere Dokumente des Rates und der Kommission	511

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	27
Teil A. Einleitender Teil	29
I. Vorbemerkung	29
II. Struktur der Arbeit	32
III. Absatzmittlung	32
1. Anforderungen und Herausforderungen an den Vertrieb von Produkten	32
2. Arten der Absatzmittlung	34
Teil B. Allgemeiner Teil: Europäisches Wettbewerbsrecht	37
I. Ziel und Zweck des Europäischen Wettbewerbsrechts	37
1. Wettbewerb als Ziel der Verträge	37
2. Funktionen des Wettbewerbs	38
3. Wettbewerb im europäischen Recht	40
2.1 Begriff des Wettbewerbs	41
2.2 Wettbewerb im Sinne des Europäischen Wettbewerbsrechts	43
2.3 Weitere Unterscheidungen von Wettbewerb	43
II. Schutz des Wettbewerbs durch das europäische Wettbewerbsrecht ..	45
1. Verbotsnorm gegen Generalklauseln	45
2. Wettbewerbsbeschränkung als zentrales Merkmal des Verbotstatbestandes	47
2.1 Diskussion in der Literatur	48
2.2 Auffassung der Kommission und europäischen Gerichte ...	52
2.3 Stellungnahme	53
2.3.1 Vorbemerkung	53

2.3.2	Verhaltenskoordinierung als Voraussetzung der Wettbewerbsbeschränkung	53
2.3.3	Wettbewerbsbeschränkung als künstliche Marktbeeinflussung	54
2.3.4	Inhalt der künstlichen Marktbeeinflussung	55
2.3.4.1	Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeherrschung	56
2.3.4.2	Wettbewerbsbeschränkung durch Außenwirkung der Verhaltenskoordinierung	57
3.	More economic approach und private enforcement	58
3.1	Ziel und Gegenstand des more economic approach	59
3.2	Der more economic approach in der Rechtsprechung	60
3.3	More economic approach – grundsätzliche Kritik	61
3.4.	Bewertung	65
3.4.1	Keine “Umschreibung“ des Art. 101 Abs. 1 AEUV durch die Kommission	66
3.4.2	Offenes Verständnis des more economic approach ..	67
3.4.3	More economic approach und Art. 101 Abs. 3 AEUV	68
4.	Rule of reason im europäischen Wettbewerbsrecht?	69
–	Stellungnahme	73
5.	Ergebnis	75
III.	Die weiteren Tatbestandsmerkmale des Art. 101 Abs. 1 AEUV	76
1.	Der Unternehmensbegriff	76
2.	Die Arten einer Verhaltenskoordinierung	77
2.1	Vereinbarung	78
2.2	Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen	79
2.3	„...bezweckt oder bewirkt“	80
2.4	Die Zwischenstaatlichkeitsklausel	86
IV.	Voraussetzungen der Legalausnahme nach Art. 101 Abs. 3 AEUV ..	87
1.	Effizienzgewinne	89
–	Effizienzgewinne und wirtschaftliche Krise	92
2.	Verbraucherbeteiligung	93
3.	Unerlässlichkeit	96
4.	Ausschaltung des Wettbewerbs	96
5.	Gruppenfreistellungsverordnungen	99
6.	Berücksichtigung nicht-wettbewerblicher Ziele	100
6.1	Soziale Verantwortung gegenüber der Gesellschaft – Corporate Social Responsibility (CSR)	101
6.1.1	CSR in der Kritik	103
6.1.2	CSR in der Politik der Europäischen Union	104

6.2 nicht-wettbewerbliche Ziele in Art. 101 Abs. 3 AEUV – Auffassung der Kommission	105
6.2.1 Die Horizontalleitlinien	105
6.2.2 Die CECED-Entscheidung	106
6.2.3 Entscheidungen der Kommission zu Verhaltens- koordinierungen mit anderen nicht-wettbewerb- lichen Zielen	109
6.3 Nicht-wettbewerbliche Ziele in Art. 101 Abs. 3 AEUV – Auffassung der Gerichte	110
6.4 Auffassung in der Literatur	111
6.5 Abgrenzung wettbewerblicher und nicht-wettbewerblicher Ziele	113
6.6 Stellungnahme	116
6.6.1 Vorüberlegung	116
6.6.2 Keine Rechtfertigung einer den Vollzug von Regelungen ersetzenden, wettbewerbsbeschrän- kenden Verhaltenskoordinierung	118
6.6.2 Selbstverpflichtung und Verhaltenskoordinierung – Setzen von Regelungen und Bedingungen	118
6.6.2.1 Ausgangslage	119
6.6.2.2 Externe Effekte und ihre Berücksichtigung ..	120
6.6.2.3 Juristische Aspekte der Selbstverpflichtung ..	122
6.6.2.4 Selbstverpflichtung und Wettbewerbsbeschränkung	124
6.6.2.2 Verhaltenskoordinierungen als Selbstverpflichtung von Unternehmen in Bezug auf ihr Handeln innerhalb der EU.	127
6.6.3 Beseitigung von Marktversagen durch Vereinbarung	128
6.6.4 Bewertung	129
6.7 Verschiedene Vertragsziele	131
6.8 Ergebnis	132
7. Einschätzungsprärogative und Beurteilungsspielraum	133
V. Marktabgrenzung – der relevante Markt	135
1. Der relevante Markt	136
1. Methoden der Marktabgrenzung	137
1.1 Auffassungen in der Literatur	137
1.1.1 Das Bedarfsmarktkonzept	138
1.1.1.1 Marktgegenseite	139
1.1.1.2 Produktmarkt	140
1.1.1.3 Produktgesamtheit	140
1.1.2 Mittel zur Marktbestimmung	141

1.1.3 Räumlich relevanter Markt	144
1.1.4 Kritik am Bedarfsmarktkonzept an sich	145
1.2 Angebotssubstituierbarkeit und Konzept der Wirtschaftspläne	146
1.3 Der sozialwissenschaftliche Ansatz zur Marktbestimmung	147
1.4 Marktbestimmung im Innovationswettbewerb	148
1.5 Nachfragemarkt	149
2. Die Praxis der Gemeinschaftsorgane	150
3. Bewertung	151
3.1 Verschiedene Marktabgrenzungsmethoden für verschiedene Tatbestände des Wettbewerbsrechts	151
3.2 Das Produkt als Ausgangspunkt der Marktbestimmung	153
3.3 Überprüfung der Marktabgrenzungshypothese	153
3.4 Feststellung des Produktmarktes	155
 Teil C. Ausnahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV und Ausnahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV	 157
A. Verhältnis von Art. 101 Abs. 1 AEUV zu Art. 101 Abs. 3 AEUV.	157
I. Ungeschriebene Ausnahmen als Tatbestandsrestriktionen	157
II. Art. 101 Abs. 1 AEUV und Art. 101 Abs. 3 AEUV	159
1. Spürbarkeit als Einschränkung des Verbotstatbestandes im Ganzen	159
1.1 Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung und der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	159
1.2 Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung	161
1.3 Stellungnahme	165
2. Unternehmensbegriff als Ausgangspunkt sog. Tatbestandsrestriktionen	167
3. Wettbewerbsbeschränkung als Anknüpfungspunkt für Tatbestandsrestriktionen	169
 B. Ausnahmen in Anknüpfung an die Merkmale des Unternehmensbegriffs	 170
I. Handelsvertretung	170
1. Handelsvertreter als Absatzmittler	170
1.1 Vorteile des Einsatzes von Handelsvertretern	171
1.2 Handelsvertreter und Vertragshändler	172

2. Umgang mit Handelsvertreterverhältnissen durch die Gemeinschaftsorgane	173
2.1 Eingliederungstheorie als Ausgangspunkt	173
2.2 Weiterentwicklung der Abgrenzung von Handelsvertreter und Vertragshändler – echter und unechter Handelsvertreter	174
- Eingliederungstheorie vs. Auffassung der Kommission	175
2.3 Die Leitlinien der Kommission zur VO (EU) 330/2010	177
2.4 Die CEPSA – Entscheidungen des EuGH	178
3. Auseinandersetzung mit den Auffassungen der Gemeinschaftsorgane in der Literatur	179
3.1. Eingliederungstheorie	179
3.2. Die Auffassung der Kommission	181
4. Lösungsvorschläge in der Literatur	182
4.1 Heranziehen der Immanenztheorie	182
4.2 Kein Eingriff des Rechts in hierarchische Strukturen	183
4.3 Handelsvertretervereinbarungen als nicht spürbare Beschränkungen	184
4. 4 Der grenzlastige Handelsvertreter	185
4.5 Abreden in Handelsvertreterverträgen als Nebenabreden ..	185
4.6 Charakteristik des Handelsvertreters	186
5. Stellungnahme	188
5.1 Keine Lösung für Entwicklungen in der Handelsvertretung	188
5.2 Handelsvertreter als selbstständiger Unternehmer trotz Weisungsbindung	189
5.3 Widerspruch zu Art. 101 AEUV	190
5.4 Kein Ersatz des Art. 101 AEUV durch Art. 102 AEUV	191
5.5 Keine Abgrenzung von Handelsvertreter und Vertragshändler	191
6. Anwendung des Art. 101 AEUV auf ausgewählte Abreden in Handelsvertretervereinbarungen.	193
6.1 Gebietsbeschränkung	193
6.2 Provisionsweitergabeverbote	194
6.3 Kombination von Gebietsbeschränkung und Provisionsweitergabeverbot	195
6.4 Konkurrenzverbot	195
7. Rechtfertigung	196
7.1 Gruppenfreistellungsverordnungen	196
7.2 Ausnahme nach Art. 101 Abs. 3 AEUV	198
8. Handelsvertretervereinbarungen als horizontale Vereinbarungen.	200

9. Zwischenergebnis	200
10. Co-Promotion und Handelsvertretung	201
10.1 Vergleichbarkeit mit Handelsvertretung	202
10.2 Keine Ausnahme von Art. 101 Abs. 1 AEUV	203
11. Ergebnis	205
II. Vertrieb durch konzernerneigene Unternehmen	205
1. Konzernstruktur als Organisationsform unternehmerischer Tätigkeit	205
2. Wettbewerbsrechtliche Behandlung von Vereinbarungen zwischen Unternehmen eines Konzerns	207
2.1 Entscheidungspraxis der Europäischen Organe	207
2.1.1 Vermutung einer wirtschaftlichen Einheit aufgrund der Beteiligungshöhe	207
2.2 Auffassungen in der Literatur	210
2.2.1 Begründung der Ausnahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV	210
2.2.1.1 Abhängigkeitsverhältnis und fehlender Wettbewerb	210
2.2.1.2 Beteiligungshöhe und Weisungsbefugnis als Zeichen wirtschaftlicher Einheit	211
2.2.1.3 Schutz der Konzerninnensphäre	212
2.2.1.4 Konzerngesellschaften als potentielle Unternehmen	212
2.2.1.5 Wirtschaftliche Einheit und Verteilung von Kontrollrechten	213
2.2.1.6 Wirtschaftliche Einheit bei Schwestergesellschaften	214
2.2.1.7 Gleichordnungskonzern	214
2.2.2 Haftungszurechnung aufgrund Vermutung	214
3. Auseinandersetzung mit den Auffassungen der Praxis und der Literatur.	216
3.1 Verhältnis von Konzerngesellschaften untereinander	217
3.2 Konzerninterne Vereinbarungen am Beispiel der Automobilindustrie	218
3.2.1 Veränderungen in der Automobilbranche	218
3.2.2 Konzernstruktur als Mittel zur Reaktion auf veränderte Marktverhältnisse	220
3.2.3 Bedeutung der herrschenden Meinung für den Wettbewerb	222

3.3.4 Ansätze für eine Kontrolle wettbewerbsbeschränkender Wirkungen von Verhaltenskoordinierungen zwischen Konzerngliedern	224
3.3.4.1 Einzelmarktbeherrschung	224
3.3.4.2 Kollektive Marktbeherrschung	227
3.4 Konzerninterne Vereinbarungen am Beispiel der Pharmabranche	229
3.4.1 Co-Marketing	229
3.4.2 Gegenstand und Inhalt der Co-Marketing-Vereinbarung	230
3.4.3 Co-Marketing vor Ablauf eines Arzneimittelpatents	232
3.4.4 Co-Marketing-Partner eines Konzerns als Wettbewerber	233
3.4.4.1 Der relevante Produktmarkt	234
3.4.4.2 Geographisch relevanter Markt	237
3.4.4.3 Originalpräparate- und Generikahersteller als Wettbewerber	238
3.4.5 Co-Marketing und Wettbewerbsbeschränkung	240
3.4.5.1 Steuerungsmöglichkeiten	240
3.4.5.2 Schutzrechte und konzerninterne Vereinbarungen	241
3.6 Konzernhaftung als Ausgleich	242
4. Stellungnahme	244
4.1 Vorüberlegung	244
4.1.1 Möglichkeiten und Ziele der Konzerninnenorganisation	244
4.1.2 Konzerninnenorganisation und Fusionskontrolle	246
4.2 Eigener Lösungsvorschlag	248
4.2.1 Wirtschaftliche Einheit	249
4.2.1.1 Wettbewerb im Konzern	250
4.2.1.2 Beherrschung und Weisungen innerhalb des Konzerns	251
4.2.2 Zwei-Stufen-Test	252
4.2.3 Berücksichtigung gleicher Strukturen (Bündeltheorie)	253
4.2.4 Verhältnis zur Fusionskontrolle	254
4.2.5 Verhältnis zur Konzernhaftung	255
5. Zusammenfassung	256

III. Ausnahmen vom Unternehmensbegriff durch Abkehr vom Marktbezug und durch institutionelle Anknüpfungspunkte	257
1. Definition des wirtschaftlichen Handelns als Beschränkung des Unternehmensbegriffs (Akzessorietätsdogma)	257
1.1 Anbieten als Merkmal unternehmerischen Handelns	257
1.2 Kritik an der Entscheidung in der Literatur	258
2. Ausnahme vom funktionalen Unternehmensbegriff für Einrichtungen, die am System der sozialen Sicherheit mitwirken.	260
2.1. Kompetenzverteilung Gesundheitswesen zwischen der europäischen Union und den Mitgliedsstaaten	262
2.2 Regulierung des Gesundheitssektors	263
2.2.1 Preisregulierung	264
2.2.2 Bevorzugung rabattierter und generischer Produkte	266
2.3 Wettbewerb und Regulierung	267
3. Die Entscheidung AOK Bundesverband u.a.	268
3.1 Unternehmensbegriff und Sozialversicherungsträger	269
3.2 Kritik in der Literatur	271
4. Bedeutung der Entscheidungen FENIN und AOK Bundesverband am Beispiel von Rabattverträgen	272
4.1. Erscheinungsformen von Rabattverträgen	273
4.2 Gegenstand von Rabattverträgen	273
4.3 Vorteile für die pharmazeutischen Unternehmen und Krankenkassen	274
4.4. Wirkung von Rabattverträgen – Steuerungsmechanismen	276
4.4 Anwendungen der Artt. 101ff. AEUV auf Krankenkassen beim Abschluss von Rabattverträgen	276
4.4.1 Ausnahme von Krankenkassen vom Unternehmensbegriff i.S.d. Art. 101 AEUV	277
4.4.2 Auswirkungen der Rechtsprechung	277
4.6 Nachfragen von Rabatten als wirtschaftliches Handeln.	278
4.7 Stellungnahme	280
4.8 Rabattverträge als Vertriebsverträge	282
5. Auswirkungen der Rechtsprechung auf Einkaufsgemeinschaften von Krankenkassen	283
5.1 Einkaufsgemeinschaften von Krankenkassen	283
5.2 Einkaufsgemeinschaften in der Literatur und Praxis.	284
5.2 Entscheidung des LG Hannover	285
5.3 Auseinandersetzung mit dem Urteil des LG Hannover	286
5.2.1 Kein Fusionskontrollrecht	286

5.2.2 Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV durch gemeinsamen Einkauf	287
5.2.4 Rechtfertigung	288
5.3 Ergebnis	290
6. Zusammenfassung	290
C. Ausnahmen von der Wettbewerbsbeschränkung und zwingende Wettbewerbsbeschränkung	291
I. Selektiver Vertrieb.	291
1. Qualitativ selektive Vertriebssysteme	292
2. Quantitativ selektiver Vertrieb.	293
3. Kennzeichen des Selektivvertriebs	294
3.1 Systematische Auswahl der Absatzmittler	294
3.2 Außenseiterbelieferungsverbot	295
3.3 Vertrag als kennzeichnendes Merkmal?	296
3.4 Lückenlosigkeit?	296
3.5 Händlereigenschaft des Absatzmittlers	297
4. Behandlung des Selektivvertriebs nach Art. 101 Abs. 1 AEUV ..	297
4.1 Auffassung der Kommission und der Europäischen Gerichte ..	297
4.2 Auseinandersetzung mit der Entscheidungspraxis	300
4.3 Erfassen des Selektivvertriebs durch Art. 101 Abs. 3 AEUV	302
4.3.1 Effizienzgewinne	303
4.3.2 Restwettbewerb	304
5. Ergebnis	304
II. Ausnahme von der Wettbewerbsbeschränkung – Markterschließung und Alleinvertrieb	305
1. Kennzeichen des Alleinvertriebs	305
2. Abgrenzung zum Selektivvertrieb	308
3. Alleinvertriebssystem und Wettbewerbsbeschränkung – Auffassung in Praxis und Literatur	308
4. Stellungnahme	311
III. Nebenabreden als Ausnahme vom Tatbestand der Wettbewerbsbeschränkung	312
1. Wettbewerbsbeschränkende Nebenabreden bei Unternehmensveräußerungen oder Gemeinschaftsunternehmen	312
1.1 Die Auffassung der Kommission	312
1.2 Die Auffassung der Gerichte	314
1.3 Die Auffassung in der Literatur	316
1.4 Stellungnahme	320
1.4.1 Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung	320
1.4.2 Auseinandersetzung mit der Literatur	322

1.4.1.1	Zusammenhang zwischen Haupt- und Nebenabrede	322
1.4.1.2	Zulässigkeit der Nebenabrede als Teil des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung	323
	- Abstrakte Prüfung	324
	- Abgrenzung Erforderlichkeit der Nebenabrede – Unerlässlichkeit i.S.d.Art. 101 Abs. 3 AEUV	325
1.4.3	Bewertung von Nebenabreden in Form von Wettbewerbsverboten nach Maßgabe des Art. 101 Abs. 3 AEUV	326
1.4.3.1	Das Wettbewerbsverbot in Sachen TPS nach Art. 101 Abs. 3 AEUV	330
1.4.3.2	Das Wettbewerbsverbot in Sachen Remia und Nutricia nach Art. 101 Abs. 3 AEUV ...	333
1.5	Stellungnahme	334
2.	Franchising	335
2.1	Kennzeichen des Franchising	336
2.2	Arten des Franchising	337
2.3	Die Ausnahmen von Nebenabreden bei Franchiseverträgen	338
2.3.1	Praxis der Kommission und Rechtsprechung des EuGH	338
2.3.2	Nebenabreden in Franchiseverträgen in der Literatur.	340
2.4.	Stellungnahme	341
2.4.1	Franchising als innovative und flexible Vertriebsart – Apothekenfranchising	341
2.4.1.1	Ausgangslage	341
2.4.1.2	Rechtliche Schranken	344
2.4.1.3	Zuordnung des Franchising mit Apotheken	345
2.4.4	Nebenabrede und Art. 101 Abs. 1 AEUV	346
2.4.4.1	Keine nachvollziehbare Abgrenzung zwischen Haupt- und Nebenabrede	346
2.4.4.2	Wettbewerbsbeschränkung	347
2.4.5	Rechtfertigung wettbewerbsbeschränkender Abreden	347
2.4.5.1	Anwendung der VO (EU) 330/2010	348
2.4.5.2	Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV	349
	- Vorteile durch Franchisesysteme	349
	- Einheitlicher Außenauftritt	350

	- Produktbezug	350
	- Vertikale Preisbindung	351
	- Gebietszuweisung	353
3.	Zusammenfassung	353
IV.	Internetvertrieb und Versandhandel	354
1.	Internethandel als Ausprägung des Versandhandels	355
2.	Stellungnahme	357
V.	Ausnahme von der Wettbewerbsbeschränkung – Schutzrechte (Immaterialgüterrechte)	359
1.	Immaterialgüterrecht versus Wettbewerbsrecht	360
2.	Behandlung von Immaterialgüterrechten durch die Gerichte. ...	362
3.	Auffassung der Kommission	363
4.	Kritik an der Rechtsprechung	364
5.	Wettbewerbsrechtliche Bewertung von auf Schutzrechten beruhenden Wettbewerbsbeschränkungen	366
5.1	Marktspaltung – OEM Version	366
5.1.1	Wettbewerbsrechtliche Betrachtung	366
5.1.2	Bewertung nach Maßgabe der Auffassung von Kommission und Gerichten	368
5.1.3	Bewertung	369
5.2	„Reverse Payment“ oder „Pay for Delay“	370
5.2.1	Unterscheidung von Arzneimitteln	371
5.2.2	Sonderregelungen für arzneimittelbezogene Patente und Marken	372
5.2.3	Arzneimittelzulassung	373
5.2.4	Die Entscheidung des Supreme Court zum „Reverse Payment“	374
5.2.5	Der dem Supreme Court vorliegende Fall	375
5.2.6	Der Fall Lundbeck	376
5.2.7	Schlussfolgerung	377
5.3.	Wettbewerbsbeschränkung und Rechtfertigung	378
5.4	Zusammenfassung	380
VI.	Zwingende Wettbewerbsbeschränkung – Beeinträchtigung des Parallelhandels	381
1.	Lieferbeziehungen im Arzneimittelvertrieb – pharmazeutisches Unternehmen	381
1.1.	Lieferung von Arzneimitteln an den pharmazeutischen Großhandel	381
1.2.	Lieferung an Apotheken	382
2.	Vertrieb von Arzneimitteln durch den Großhandel	383
2.1.	Vertrieb an Apotheken	383

2.2. Vertrieb an Großhändler und Apotheken in anderen Staaten (Parallelhandel)	383
- Anreize für den Parallelhandel	384
3. Vor- und Nachteile des Parallelhandels mit Arzneimitteln in der Diskussion	385
4. Strategien der pharmazeutischen Unternehmen zur Eindämmung des Parallelhandels	386
4.1. Verhinderung des Parallelhandels mit Hilfe des Immaterialgüterrechts.	387
4.1.1 Patentrecht	387
4.1.2 Markenrecht	387
4.1.3 Doppel-Preis-Strategie	389
4.1.4 Lieferquotensystem	391
4.1.5 Direktbelieferung von Apotheken	393
5. Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung in der Literatur ...	393
5.1 Fehlende Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV	394
5.2 Ökonomische Aspekte	395
6. Stellungnahme	395
6.1 Vereinbarung	396
6.2 Die Entscheidung des EuGH	396
6.3 Bewertung	398
6.3.1 Vereinbarung	398
6.3.2 Doppelpreisstrategie und Wettbewerbsbeschränkung	398
6.3.3 Rechtfertigung	399
D. Kombination horizontaler und vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen und Folgen nicht-wettbewerbslich begründeter Ausnahmen	403
I. Einleitung	404
1. Gegenstand des Pressevertriebs	404
2. Vertriebswege für Zeitungen und Zeitschriften	405
3. Herausforderungen des Pressevertriebs	406
3.1 Sinkende Anzahl von Einzelhändlern	406
3.2 Reaktion der Verlage	407
3.2.1 Verlagzusammenschlüsse und Vorwärtsintegration	407
3.2.2 Internet als verlagseigener Vertriebsweg	409
3.3 Auswirkungen auf das Presse-Grosso	410
II. Funktionen des Presse-Grosso	411
III. Merkmale des Presse-Grosso	413
1. Preisbindung	413

2. Ubiquität (Überallerhältlichkeit)	415
3. Remission und Marktinformation	416
4. Dispositionsrecht	418
5. Neutralität und Gebietsbeschränkung	420
6. Verwendungsbindung	423
IV. Presse-Grosso als System	423
1. Vertragsgeflecht	423
2. KVM 1993/2010 bis 2012	424
3. 10 Thesen-Papier 2003/ Gemeinsame Erklärung 2004	425
V. Die Auseinandersetzung der Bauer Media Group mit dem Bundesverband Presse-Grosso.	426
VI. Rechtliche Bewertung	427
1. Unternehmenseigenschaft	428
1.1 Der Grossist – Handelsvertreter oder Eigenhändler	428
- Bewertung	429
1.2 Konzerninterne Abreden	430
1.3 Verbände	431
2. Verschränkung horizontaler und vertikaler Verhaltenskoordinierungen	432
2.1 Das Koordinierte Vertriebsmarketing (KVM) 2010/2012 ..	432
2.2 10-Thesen-Papier 2003/ gemeinsame Erklärung 2004	434
2.3 Alleinauslieferungsgebiete als Gegenstand horizontaler und vertikaler Abstimmung	436
2.4 Preisbindung als Gegenstand horizontaler und vertikaler Abstimmung	437
3. Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	437
4. Wettbewerbsbeschränkung	438
4.1 Horizontale Beschränkungen	439
4.1.1 Rechtfertigung horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen	442
4.1.1.1 Gruppenfreistellungsverordnungen	442
4.1.1.2 Einzelfreistellung	442
4.2 Vertikale Beschränkung	447
4.2.1 Alleinvertrieb	447
4.2.2 Wettbewerbsbeschränkung durch Alleinvertriebssysteme	448
- Freistellung des Alleinvertriebs als vertikale Vereinbarung	449
4.2.3 Preisbindung	453
4.2.3.1 Gruppenfreistellungsverordnungen	455
4.2.3.2 Rechtfertigung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV	455

5. Rechtfertigungsversuche außerhalb des Art 101 Abs. 3 AEUV ..	458
6. Zusammenfassung	463
Teil E. Ergebnisse	465
1. Fortgesetzte Durchbrechung des Verhältnisses von Regel und Ausnahme durch Kommission und Rechtsprechung	465
2. Unterordnung des more economic approach unter das Primärrecht	467
3. Durchbrechung der geltenden Beweislastverteilung durch Missachtung von Regel und Ausnahme in Art. 101 AEUV	468
4. Schutz des Wettbewerbs als primäres Ziel	469
Anhang I: Verzeichnis der verwendeten Literatur	471
Anhang. II: Fundstellen der zitierten Entscheidungen	495
1. Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs	495
2. Entscheidungen des Gerichts erster Instanz	498
3. Entscheidungen der Kommission	500
4. Entscheidungen des Europäischen Patentamts	501
5. Schlussanträge	501
6. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	502
7. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs	502
8. Entscheidungen weiterer Bundesgerichte	503
9. Entscheidungen der Oberlandesgerichte	503
10. Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte	504

11. Entscheidungen der dt. Landgerichte und Landessozialgerichte	504
12. Entscheidungen des Bundeskartellamts	504
13. Entscheidungen ausländischer Gerichte	504
13.1. Gerichte Österreichs	504
13.2. US-amerikanische Gerichte	505
Anhang III: Zitierte Europäische Verordnungen und Richtlinien	507
1. Verordnungen	507
2. Richtlinien	509
3. Leitlinien/ Erläuterungen /Bekanntmachungen/ Mitteilungen der Kommission	510
4. Weitere Dokumente des Rates und der Kommission	511

Abkürzungsverzeichnis

(Soweit nicht schon im Text oder im Literaturverzeichnis erläutert).

a. A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
Anh.	Anhang
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BGBI. (Jahr) I	Bundesgesetzblatt (Jahr) Teil 1
BGH	Bundesgerichtshof
BSG	Bundessozialgericht
BR-DrS	Bundesratsdrucksache
BT-DrS	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
EuG	Europäisches Gericht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
et al.	und andere
etc.	et cetera
Fn.	Fußnote
ggf.	gegebenenfalls
GA	Generalanwalt

GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.L./ h.M.	herrschende Lehre/ herrschende Meinung
i.d.F	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.S.d	Im Sinne des/ der
Kfz	Kraftfahrzeug
LG	Landgericht
LSG	Landessozialgericht
OFT	Office of Fair Trading (Großbritannien)
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OLG	Oberlandesgericht
o.V.	ohne Verfasser
OVG	Oberverwaltungsgericht
Pkw	Personenkraftwagen
Rn.	Randnummer
s.	siehe
S.	Seite
SG	Sozialgericht
SGB	Sozialgesetzbuch
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
v.	von/ vom
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung

Teil A. Einleitender Teil

Wettbewerb ist wichtiger Bestandteil einer freiheitlichen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung.¹ Der Schutz des Wettbewerbs durch das Wettbewerbsrecht dient auch ihrem Schutz. Deshalb kommt es darauf an, dass das Wettbewerbsrecht in einer Weise Anwendung findet, die dem Schutz des Wettbewerbs als primäres Ziel gerecht wird.

Diese Arbeit will sich dem Regel-Ausnahme-Verhältnis von Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV am Beispiel von Vereinbarungen über den Absatz von Produkten zuwenden. Der Vertrieb von Waren und Dienstleistungen (zusammenfassend Produkte) nutzt jede Möglichkeit des Absatzes, und erweist sich damit als ein in hohem Maße flexibles Instrument zur Güterverteilung. Er muss sich immer wieder neuen Bedingungen, die auch durch das Produkt selbst begründet sein können, anpassen. Deshalb werden Verhaltenskoordinierungen betreffend den Produktvertrieb für die hier vorzunehmende Betrachtung herangezogen. Gerade hier hat die Praxis eine Vielzahl von ungeschriebenen Ausnahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV geschaffen.

Es soll der Frage nachgegangen werden, wie sich die ungeschriebenen Ausnahmen vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen in Art. 101 AEUV auf das darin angelegte Konzept zum Schutz des Wettbewerbs auswirken. Weiter ist zu fragen, ob es dieser Ausnahmen tatsächlich bedarf, um Entwicklungen und Veränderungen in der Ausgestaltung von Vereinbarungen über den Produktabsatz gerecht zu werden. Dabei sind nicht nur die Ausnahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV zu betrachten, sondern auch jene von Art. 101 Abs. 3 AEUV, der selbst als Ausnahmeregelung bestimmte Beschränkungen des Wettbewerbs rechtfertigen kann.

Nur wenn die ungeschriebenen Ausnahmen erforderlich sind, um den Entwicklungen im Produktvertrieb gerecht zu werden, weil das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Abs. 1 und Abs. 3 des Art. 101 AEUV nicht in der Lage ist, diese zu erfassen, können sie Bestand haben.

I. Vorbemerkung

Mit der VO (EG) 1/2003² hat sich die Anwendung des Europäischen Wettbewerbsrechts grundlegend verändert. Zwar waren die Regelungen der ex-Artt. 81 Abs. 1, 82 EG (Artt. 101 Abs. 1 und 102 AEUV) bereits vor Erlass der VO (EG) 1/2003 unmittelbar anwendbares Recht, jedoch war es allein der Kommission

¹ Siehe von Hayek, *Der Weg zur Knechtschaft*, S. 64.

² Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artt. 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, sog. Kartell-Verordnung.

vorbehalten, über eine Freistellung vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Verhaltenskoordinierungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV zu entscheiden. Sie besaß das Freistellungsmonopol³; ex-Art. 81 EG (Art. 101 AEUV) war ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.⁴ Das sollte Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen schaffen und die einheitliche Anwendung des Ausnahmetatbestands des ex-Art. 81 Abs. 3 EG (Art. 101 Abs. 3 AEUV) sichern. Praktisch aber verhielt es sich anders. Die Kommission war wegen der Flut eingehender Freistellungsanträge vor allem für vertikale Vereinbarungen über den Vertrieb von Waren und Dienstleistungen überlastet. Die Unternehmen mussten lange warten, bis eine Entscheidung über die beantragte Freistellung getroffen wurde.⁵ Das konnte Jahre in Anspruch nehmen. So lange aber kann kein Unternehmen mit einer Entscheidung über sein Handeln am Markt warten. Bis zum Zeitpunkt der Entscheidung herrschte bei den antragstellenden Unternehmen erhebliche Unsicherheit, ob das gleichwohl praktizierte Verhalten wettbewerbsrechtlich zulässig war oder nicht. Auch die so genannten *comfort letter* brachten nur einen begrenzten Vertrauensschutz, denn sie waren unverbindlich.⁶ Die Praxis behalf sich in anderer Weise. Abgesehen von den von der Kommission erlassenen Gruppenfreistellungsverordnungen, denen die Unternehmen entnehmen konnten, ob eine Vereinbarung aus Sicht der Kommission wettbewerbswidrig war oder nicht, schuf die Rechtsprechung Ausnahmen vom Verbotstatbestand des ex-Art. 81 EG (Art. 101 Abs. 1 AEUV), wo sie meinte, eine wettbewerbsbeschränkende Maßnahme grundsätzlich verneinen zu können.

Die Überlastung der Kommission und die damit verbundene Rechtsunsicherheit für die Unternehmen über ihr Verhalten am Markt veranlasste die Kommission zu einem Systemwechsel. Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt wurde zugunsten zu eines Systems der Legalausnahme aufgegeben. Diese geplante Änderung wurde von viel Kritik begleitet⁷. Teilweise wurde eine allgemeine Kartellierungsfreiheit – gegenüber der bisher bestehenden Unzulässigkeitsvermutung für Kartelle – befürchtet.⁸ Die Kritik konnte den Wechsel hin zum System der Legalausnahme aber nicht verhindern. Das Freistellungsmonopol der Kommission wurde mit der VO (EG) 1/2003 aufgehoben. Ex-Art. 81 EG (Art. 101 AEUV) verlor seinen Charakter als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Der Ausnahmetatbestand in Abs. 3 wurde unmittelbar anwendbares Recht. Damit wurde nicht nur ein Wechsel von

3 Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, EUWettbR, VO (EG) 1/2003, Art. 1, Rn. 1.

4 Mestmäcker, EuZW 1999, 523; Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, VO (EG) 1/2003, EUWettbR, Art. 1, Rn. 1; a. A. Fikentscher, Wirtschaftsrecht I, S. 580;.

5 Immenga, EuZW 1999, 609; Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, EUWettbR, VO (EG) 1/2003, Art. 1 Rn. 12.

6 Immenga, EuZW 1999, 609; Hengst in: Langen/Bunte, Art. 101 AEUV Rn. 369.

7 Rittner, DB 1999, 1485ff.; Immenga, EuZW 1999, 609; ausführlich zur Kritik und Auseinandersetzung mit der VO (EG) 1/2003; Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, EUWettbR, VO (EG) 1/2003, Art. 1 Rn. 9ff.; Hengst in: Langen/Bunte, Art. 101 AEUV Rn. 369.

8 Mestmäcker, EuZW 1999, 524.

einem Genehmigungssystem zu einem System der Legalausnahme vollzogen⁹, sondern auch eine dezentrale Anwendung der Artt. 101ff. AEUV vorgeschrieben, d.h. sowohl die Europäische Kommission und die Europäischen Gerichte als auch die nationalen Behörden und Gerichte wenden Europäisches Wettbewerbsrecht an.¹⁰ Wegen der VO (EG) 1/2003 ist es den nationalen Behörden und Gerichten verwehrt, nationales Wettbewerbsrecht anzuwenden, wenn der Anwendungsbereich der Artt. 101ff. AEUV eröffnet ist.¹¹

Durch die VO (EG)1/2003 gilt Art. 101 Abs. 3 AEUV unmittelbar, es gibt keine Wartezeiten mehr bis zu einer Freistellungsentscheidung der Kommission. Jedes Unternehmen kann und muss in erster Linie selbst entscheiden, ob sein (geplantes) Verhalten den wettbewerbsrechtlichen Maßgaben entspricht.¹² Mit der VO (EG) 1/2003 ging auch eine veränderte Beweislastverteilung einher: wer sich auf eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV beruft, muss das Vorliegen dieser Tatbestandsvoraussetzungen beweisen. Wer sich auf die Legalausnahme des Art. 101 Abs. 3 AEUV beruft und damit gegenüber dem Verbotstatbestand auf einen Rechtfertigungsgrund, trägt hierfür die Beweislast, Art. 2 VO (EG) 1/2003. Diese Art der (vor allem materiellen¹³) Beweislastregelung, ist mit der materiellen Beweislastverteilung des Zivilprozesses vergleichbar.¹⁴

Mit der Abkehr vom Freistellungsmonopol der Kommission ist auch jeder praktische Grund entfallen, Verhaltenskoordinierungen von Unternehmen entgegen dem Wortlaut des Art. 101 Abs. 1 AEUV vom Verbotstatbestand auszunehmen.

Art. 101 Abs. 1 und Art. 101 Abs. 3 stehen seit der VO (EG) 1/2003 mehr denn je in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis. Nur Abs. 3 regelt die Voraussetzungen, unter denen eine Vereinbarung trotz ihres wettbewerbsbeschränkenden Charakters i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV zulässig ist. Ausnahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV, die außerhalb des Abs. 3 gründen, berühren den Schutz des Wettbewerbs unmittelbar.

Eine Diskussion der Durchbrechungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV muss den Blick zuerst auf den Schutzgegenstand des Wettbewerbsrechts und den Inhalt der Wettbewerbsbeschränkung richten. Da Wettbewerb nicht nur ökonomische Funktionen und Ziele verfolgt, sondern immer auch Grundlage für die Freiheit des Einzelnen ist, bedürfen ungeschriebene Ausnahmen vom Verbot wettbe-

9 Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, EUWettbR VO (EG) 1/2003, Art. 1 Rn. 6.

10 Petsche/Lager in: Liebscher/Flohr/Petsche, § 20 Rn 1.

11 BGH v. 4.3.2008; KZR 36/05 – Postwettannahmestelle; Petsche/Lager in: Liebscher/Flohr/Petsche, § 20 Rn. 6.

12 Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, EUWettbR, VO (EG) 1/2003, Art. 1, Rn. 17.

13 Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, EUWettbR, VO (EG) 1/2003, Art. 2, Rn. 3.

14 Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, EUWettbR, VO (EG) 1/2003, Art. 2, Rn. 4.

werbsbeschränkender Verhaltenskoordinierungen besonders kritischer Betrachtung.

II. Struktur der Arbeit

Diese Arbeit folgt folgendem Aufbau: Nach einer kurzen Erläuterung des Vertriebs im Abschnitt III innerhalb des einleitenden Teils A soll zunächst auf das europäische Wettbewerbsrecht, den Begriff des Wettbewerbs und der Wettbewerbsbeschränkung eingegangen werden. Im Anschluss daran sind die Tatbestandsmerkmale des Art. 101 AEUV generell zu erläutern, was in einem eigenen Teil B geschehen wird. Im Teil C werden die ungeschriebenen Ausnahmen des Art. 101 Abs. 1 AEUV beschrieben und dargestellt. Dabei orientiert sich der Aufbau innerhalb dieses Teiles an den Tatbestandsmerkmalen, an die die Ausnahmen anknüpfen, bzw. die von ihnen betroffen sind. In einem eigenen Teil D wird betrachtet, wie sich die Kombination horizontaler und vertikaler Verhaltenskoordinierungen auswirkt, wenn diese wettbewerbsrechtlich nicht kontrolliert werden. Beleuchtet werden auch die Folgen der Berücksichtigung nicht-wettbewerbslicher Ziele, um Ausnahmen vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen zu begründen. In einem letzten Teil E werden die Ergebnisse zusammengefasst.

Die in dieser Arbeit verwendeten Begriffe „Anbieter“ und „Abnehmer“ folgen inhaltlich dem Verständnis der Europäischen Union, insbesondere der Kommission. Sie werden in gleicher Weise verwendet, wie in der VO (EU) 330/2010. Ein Anbieter ist derjenige, der Produkte absetzt. Das kann ein Hersteller, aber auch ein Absatzmittler sein. Abnehmer ist derjenige, der Produkte bezieht. Deshalb kann ein Absatzmittler gegenüber einem Hersteller Abnehmer, gegenüber seinen eigenen Abnehmern Anbieter sein. Im Zusammenhang mit der Handelsvertretung wird ebenfalls der Begriff „Anbieter“ anstelle des im Handelsrecht üblichen Begriffs „Geschäftsherr“ verwendet. Kommt es auf die konkreten Funktionen des Anbieters oder Abnehmers oder auf dessen besondere Eigenschaften an (Hersteller, Großhändler, Einzelhändler etc.), werden diese Begriffe verwendet.

III. Absatzmittlung

1. Anforderungen und Herausforderungen an den Vertrieb von Produkten

Zunächst sind einige generelle Erläuterungen zum Produktvertrieb voranzustellen.

Produkte werden vom Hersteller direkt oder indirekt über Absatzmittler an den Endabnehmer vertrieben. Die am Vertrieb beteiligten Unternehmen stehen zumeist auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen. Wegen der Vertriebsrichtung durch mehrere Marktstufen hinweg, werden diese Vereinbarungen als vertikal

bezeichnet, in Abgrenzung zu horizontalen Vereinbarungen, die zwischen Unternehmen gleicher Wirtschaftsstufe getroffen werden. Vertriebsvereinbarungen sind nicht nur vertikaler Natur. Auch horizontale Vereinbarungen können den Vertrieb von Produkten betreffen oder zum Gegenstand haben.

Vertrieb als Begriff umfasst mehr als die bloße Übermittlung von Produkten vom Hersteller an Abnehmer. Der Vertrieb von Produkten bewegt sich im Schnittbereich von Recht, Betriebswirtschaft und Marketing.

Im Markt konkurrieren nicht nur Produkte verschiedener Anbieter miteinander. Auch die Anbieter selbst bringen Produkte auf den Markt, die miteinander konkurrieren.¹⁵ Daneben stehen Mehrmarkenkonzerne, die sich horizontal wie vertikal auf verschiedenen Märkten bewegen. Das erzeugt für die Anbieter von Produkten – Hersteller wie Absatzmittler – auf allen Wirtschaftsstufen eine verschärfte Konkurrenzsituation. Anbieter müssen immer wieder jeden Abnehmer auf ihre Produkte aufmerksam machen. Kennzeichen, vor allem Marken und Titel, individualisieren die Produkte und geben ihnen in den Augen der Abnehmer eine Zuordnung.¹⁶

Die Individualisierung eines Produktes gegenüber dem Abnehmer ist der Ausgangspunkt für die Gestaltung des Vertriebs und folgt wiederum konkreten Vermarktungskonzepten.¹⁷ Nicht nur Qualität, Innovation, Preis und Ruf entscheiden über den Erfolg eines Produktes am Markt, sondern auch dessen richtige Platzierung im Markt. Vertriebspolitik ist daher ein wesentlicher Teil des Unternehmensmarketing; das Marketing wiederum hat bestimmenden Einfluss auf die konkrete Ausgestaltung des Vertriebs. Die Vertriebspolitik muss mit dem Kennzeichen des Anbieters und dessen Erscheinungsbild in Einklang stehen sowie mit Kennzeichen und Erscheinungsbild des konkreten Produktes. Die vom Anbieter verfolgte Vertriebspolitik ist das Ergebnis einer Kette aufeinander aufbauender langfristiger Entscheidungen¹⁸, die kurzfristig nicht korrigiert werden können.¹⁹ Es sind insbesondere diese aus der Konkurrenzsituation erwachsenden Anforderungen an den konkreten Vertrieb, die seine juristische Ausgestaltung bestimmen.²⁰

Vertrieb findet statt im Spannungsfeld zwischen Anbieter und Abnehmer des Produkts. Der Händler als Absatzmittler spielt hier eine besondere Rolle. Der dem Händler gegenüberstehende Anbieter will mit Hilfe der Vertriebsvereinba-

15 Zu denken ist hier beispielsweise an Zeitungs- und Zeitschriftenverlage, an Lebensmittel- und Kosmetikerhersteller.

16 Fezer, MarkenR, Einl. D. Rn. 1.

17 Schwintowski, Alleinvertriebssysteme, S. 13; Kirchhoff, Vertikale Vertriebsverträge, S. 249.

18 s. hierzu Irrgang, Irrgang in: Irrgang, Vertikales Marketing, S. 6 ff.

19 Irrgang in: Irrgang, Vertikales Marketing, S. 3 und 6.

20 Schwintowski, Alleinvertriebssysteme, S. 13.

rung²¹ die Herrschaft über den Vertrieb erhalten²² und seine Strategieziele sichern.²³ Gleichzeitig will er langfristig die Aufgaben- und Funktionsverteilung zwischen sich und den Händlern festlegen. Besondere Bedeutung hat dabei der Anteil des Händlers an der Vertriebsspanne, aus denen er seine Einnahmen zieht.²⁴

Dem Anbieter steht nicht selten mit dem Händler ein Absatzmittler gegenüber, der durch Konzentration und mit steigender Anzahl konkurrierender Produkte an Stärke im Produktvertrieb gewinnt.²⁵ Er ist nah am Endabnehmer, trifft aus der Vielzahl der Herstellerangebote eine Vorauswahl, die die Zusammensetzung seines Sortiments bestimmt, das er dem Endabnehmer anbietet. Der Händler erlangt somit Sortimentshoheit²⁶ und übernimmt die „Rolle des Vermittlers und Richters“²⁷ zwischen Anbieter und Endabnehmer. Die Stärke des Handels drückt sich insbesondere in der Etablierung eigener Handelsmarken aus, mit Hilfe derer der Handel gegenüber dem Endabnehmer nicht nur als Anbieter von Dienstleistungen, sondern auch von Waren auftritt.²⁸ Die starke Position des Handels verhindert, dass sich die Anbieter, Hersteller wie Großhändler, vollkommen mit ihren Interessen durchsetzen können. Vereinbarungen zwischen Anbieter und Abnehmer können aber auch erkennbar kooperative Merkmale aufweisen.²⁹

2. Arten der Absatzmittlung

Verschiedene Anforderungen an den Produktabsatz haben zu verschiedenen Ausgestaltungen geführt, abhängig von den Produkten, den Marktanforderungen und der hierzu entwickelten und verfolgten Vermarktungsstrategie.³⁰

Ein Anbieter muss sich entscheiden, ob er seine Waren durch unternehmenseigene Absatzstrukturen und also direkt an den Endabnehmer vertreiben oder seine Abnehmer indirekt über externe Absatzmittler erreichen will.³¹ Unternehmenseigene Absatzstrukturen sind typischerweise Außendienst, unternehmenseigene Vertriebseinheiten oder Filialen. Beim indirekten Vertrieb werden Absatz-

21 Hierfür werden auch die Begriffe Kontrakt-Marketing: (Reinhardt, Paradigmenwechsel, S. 26) oder Kontrakt-Strategie (Irrgang in: Irrgang, Vertikales Marketing, S. 16) verwendet.

22 Reinhardt, Paradigmenwechsel, S. 26; Pawlikowski, Selektive Vertriebssysteme, S. 10 ff.; Meyer, Alleinvertrieb, S. 50.

23 Irrgang in: Irrgang, Vertikales Marketing,, S. 16.

24 Irrgang in: Irrgang, Vertikales Marketing, S. 3; Kirchhoff, Vertikale Vertriebsverträge, S. 40.

25 Klein in: Irrgang, Vertikales Marketing, S. 103 f.

26 Klein in: Irrgang, Vertikales Marketing, S. 113.

27 Klein in: Irrgang, Vertikales Marketing, S. 105.

28 hierzu Thiem in: Irrgang, Vertikales Marketing, S. 123 ff.

29 Schwintowski, Alleinvertriebssysteme, S. 13; Pawlikowski, Selektive Vertriebssysteme, S. 14; Klein, in: Irrgang, Vertikales Marketing, S. 119; Reinhardt Paradigmenwechsel, S. 35; z. B. Warengruppenmanagement, dazu Besen/Jorias, BB 2010, 1099ff.

30 s. dazu auch Kirchhoff, Vertikale Vertriebsverträge, S. 33ff.

31 Meyer, Alleinvertrieb, S. 77.

mittler eingesetzt.³² Der Anbieter muss entscheiden, welche Vertriebsstufen er einbeziehen oder auslassen will und damit die Tiefe des Vertriebskanals bestimmen. Mit der Auswahl der Vertreter einer Vertriebsebene entscheidet er über dessen Breite.³³ Typische Fremdstrukturen dieser Art sind Vertragshändler, Franchisenehmer, Handelsvertreter und ähnliche Handelsmittler.³⁴ In der Regel ist der Vertriebsvertrag als Rahmenvertrag ausgestaltet, der der Konkretisierung durch Einzelverträge bedarf.³⁵ Hier haben sich verschiedene Absatzmittlungsformen herausgebildet.

Franchisesysteme bauen auf Geschäftsmodellen und Kennzeichen auf. Von dieser Vertriebsform profitieren vor allem kleinere und mittlere Unternehmen, die über nur geringe Ressourcen verfügen und deshalb kein eigenes Vertriebsnetz aufbauen können.³⁶

Markenprodukte für den privaten Verbrauch finden ihren Weg hauptsächlich durch den Selektivvertrieb zum Endabnehmer.³⁷ Das gilt vor allem für hochpreisige und Luxusgüter³⁸, beispielsweise Bekleidung, Kosmetika, Spielwaren, Möbel, etc. Die Produkte werden im Selektivvertrieb über ausgewählte Absatzmittler an den Endabnehmer vertrieben.

Der Alleinvertrieb von Produkten findet über einen oder wenige Absatzmittler statt. Er wird meist dort praktiziert, wo es sich um wartungs- und beratungsinensitive Produkte handelt, deren Eigenschaften unter Umständen besondere Anforderungen stellen, die nur wenige erfüllen können. Mit dem Alleinvertrieb eines Produkts erhalten dessen Abnehmer zugleich einen zentralen und kompetenten Ansprechpartner.³⁹ Oftmals wird der Alleinvertrieb im Außenhandel als Vertriebsform gewählt.⁴⁰

Der Produktvertrieb durch Handelsvertreter setzt nicht auf den Einsatz von Händlern, sondern von Vermittlern. Die Anbieter bedienen sich eines dem Rahmen nach durch die EU-Gesetzgebung und das jeweils nationale Handelsrecht vorgegebenen Absatzmittlungssystems.⁴¹ Die Anbieter können sich zum Vertrieb ihrer Produkte aber auch an andere Anbieter wenden und unter Nutzung der Vertriebsinfrastruktur des jeweils anderen Anbieters Vereinbarungen über den Vertrieb treffen.

32 Zu den Gründen hierzu s. ferner Kirchhoff, Vertikale Vertriebsverträge, S. 35.

33 Reinhardt, Paradigmenwechsel, S. 30.

34 Meyer, Alleinvertrieb, S. 77/78; Pawlikowski, Selektive Vertriebssysteme, S. 11.

35 Czernetzki, Selektive Vertriebssysteme..., S. 31; Pawlikowski, Selektive Vertriebssysteme, S. 267.

36 Skaupy, NJW 1992, 1786.

37 Kommission Vertikalleitlinien, Rn. 184, 195; Pawlikowski, Selektive Vertriebssysteme, S. 32, Meyer, Alleinvertrieb, S. 26.

38 EuG v. 12.12.1996, T-88/92 – Leclerc/Kommission; Meyer, Alleinvertrieb, S. 33; Schuhmacher in: Liebscher/Flohr/Petsche, § 8 Rn. 19.

39 Schwintowski, Alleinvertriebssysteme, S. 14; Haslinger, WRP 2009, 279.

40 Meier, Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht I, 175; Kirchhoff; Vertikale Vertriebsverträge, S. 162; Czernetzki, Selektive Vertriebssysteme..., S. 62.

41 Müller, Handelsvertretung, S. 24.

Sind die Anbieter Teil größerer Konzerne, können konzerneigene Vertriebsgesellschaften den Produktvertrieb übernehmen. Ob es sich dann noch um die Einbindung externer Absatzmittler handelt, ist an dieser Stelle nicht zu erörtern.

In der Praxis überlagern sich die einzelnen Vertriebsformen oftmals. Die Anbieter wollen den Absatz ihrer Produkte über alle Marktstufen hinweg kontrollieren und kombinieren verschiedene Vertriebsformen, zumal allen vertraglichen Vertriebsgestaltungen Gemeinsamkeiten unterschiedlicher Intensität innewohnen: Vertriebsvereinbarungen haben eine auf Dauer angelegte, vertraglich geregelte Zusammenarbeit zwischen selbständigen Unternehmen zum Gegenstand, deren Merkmale die Absatzförderungspflicht und Pflicht zur Wahrnehmung der Interessen des Anbieters sind.⁴²

Die Kombination verschiedener Vertriebsformen ist aber auch die Folge eines ständigen Anpassungsprozesses der Anbieter an die sich wandelnden Marktbedingungen, um ihr Interesse an einem kontrollierten Produktabsatz durchzusetzen. Alle Vertriebsformen werden durch verschiedene Arten von Bindungen abgesichert. Auf Seiten des Anbieters steht die Absatzbindung (z. B. Belieferungspflicht)⁴³, und auf Seiten des Abnehmers sind die Vertriebsbindung als Bindung des Absatzmittlers in der weiteren Gestaltung des Vertriebs⁴⁴ und die Bezugsbindung als Bindung an den oder die Anbieter zu nennen.⁴⁵ Häufig wird der Begriff der Ausschließlichkeitsbindung verwendet. Das kann allgemein als Verpflichtung einer Vertragspartei gegenüber der anderen Vertragspartei verstanden werden, nur mit dieser in Geschäftsverkehr zu treten.⁴⁶ Solche Bindungen können sowohl Bezugs- als auch Absatzbindungen zum Gegenstand haben.⁴⁷ Vor allem der Selektivvertrieb bietet einen breiten Raum für Elemente anderer Vertriebsformen.⁴⁸ Die Auswahl bestimmter Absatzmittler beruht hier nicht in erster Linie auf einer vertraglichen Vereinbarung, sondern auf einer tatsächlichen Entscheidung.⁴⁹ Die rechtliche Bindung folgt dem nach und ist somit für weitere Ausgestaltungen und die Einbeziehung verschiedenster Bindungsarten offen.⁵⁰

Mit diesem Überblick ist zugleich ein kurzes Licht auf den Vertrieb und seine wichtigsten Ausgestaltungen geworfen, auf die später näher einzugehen ist.

42 Czernetzki, *Selektive Vertriebssysteme...*, S. 23, 31; Pawlikowski, *Selektive Vertriebssysteme*, S. 263, 267; ähnlich Ende, *NJW* 1999, 327.

43 Meier, *Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht I*, 170; Kirchhoff, *Vertikale Vertriebsverträge*, S. 27.

44 Meier, *Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht I*, 192; Kirchhoff, *Vertikale Vertriebsverträge*, S. 25.

45 Meier, *Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht I*, 184; Kirchhoff, *Vertikale Vertriebsverträge*, S. 25.

46 Czernetzki, *Selektive Vertriebssysteme...*, S. 53.

47 Czernetzki, *Selektive Vertriebssysteme...*, S. 53.

48 Meier, *Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht I*, 162.

49 Meier, *Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht I*, 163.

50 Meier, *Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht I*, 162, 163.

Teil B. Allgemeiner Teil: Europäisches Wettbewerbsrecht

I. Ziel und Zweck des Europäischen Wettbewerbsrechts

1. *Wettbewerb als Ziel der Verträge*

Ziel des Art. 101 AEUV ist es, den Wohlstand der Verbraucher durch effiziente Ressourcenallokation zu verbessern.¹ Er dient nicht dem Schutz einzelner Wettbewerber oder Verbraucher, sondern schützt die Struktur des Marktes und den Wettbewerb als Institution.²

In diesen beiden Sätzen spiegeln sich bereits die unterschiedlichen Schwerpunkte wieder, die Literatur und Praxis im Hinblick auf die Ziele des europäischen Wettbewerbsrechts setzen, was – insbesondere wegen der Haltung der Kommission – zu erheblichen Diskussionen geführt hat, auf die im weiteren einzugehen ist. Während die Kommission den Schwerpunkt auf Effizienzziele und also Ergebnisse des Wettbewerbs legt, sehen der Gerichtshof und weite Teile der Literatur den Schwerpunkt gerade im Wettbewerb selbst und in dessen Voraussetzungen.

Seit dem Lissabonner Vertrag wird diskutiert, ob es in der EU überhaupt noch auf einem unverfälschten Wettbewerb ankommt oder ob nicht andere Ziele in den Vordergrund treten.³ Unter Verweis auf Art. 352 AEUV ist jedoch davon auszugehen, dass das Ziel eines unverfälschten Wettbewerbs gerade nicht von den Vertragszielen ausgenommen werden sollte.⁴ Außerdem schreibt Art. 119 AEUV in Abs. 1 eine Zusammenarbeit der Mitgliedsstaaten und der Union mit dem Ziel einer auf der freien Marktwirtschaft beruhenden Wirtschaftspolitik fest, was zeigt, dass die Änderung des Lissabonner Vertrages eine Abweichung von der bisherigen Wirtschaftspolitik nicht begründen sollte. Da der unverfälschte Wettbewerb in den Verträgen als Ziel erhalten geblieben ist, ist nach wie vor vom Schutz des Wettbewerbs als ein Ziel der EU auszugehen.⁵

Das Europäische Wettbewerbsrecht steht nicht losgelöst im Recht der EU. Es ergänzt die staatsgerichteten Grundfreiheiten des EG-Vertrages.⁶ Die Grundfrei-

1 Kommission, Leitlinien zu Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rn. 13; dies., Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen, Rn. 5.

2 EuGH v 7.2.2012, C-68/12, Rn. 18 – slowakische Banken.

3 Drexl, Wettbewerbsverfassung, S. 906, 908ff.

4 Drexl, Wettbewerbsverfassung, S. 910; Immenga/Mestmäcker in: Immenga/Mestmäcker, EUWettbR, Einl B Rn. 20.

5 Hoffmann in: Dausen, Handbuch, H I § 1 Rn. 1; Wiedemann in: Wiedemann, Handbuch, § 1 Rn. 1; Schröter/Voet van Vormizeele in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, Art. 101, Rn. 73.

6 Immenga/Mestmäcker in: Immenga/Mestmäcker, EUWettbR, Einl B Rn. 35; Mestmäcker/Schweitzer, EuWettbR § 2 Rn. 33, 38.

heiten sollen eine staatenbezogene Diskriminierung in der EU vermeiden.⁷ Insbesondere die Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit halten den Zugang zu anderen territorialen Märkten innerhalb des Europäischen Binnenmarktes offen.⁸ Die europäischen Grundfreiheiten begründen Handlungsfreiheit mit Hinblick auf den Binnenmarkt.⁹ Ein Wettbewerbsrecht das dem entgegensteht, ist mit EU-Recht nicht vereinbar.¹⁰ Der Binnenmarkt bedarf aber nicht nur des Schutzes vor Beeinträchtigungen durch Maßnahmen der Mitgliedsstaaten, sondern auch vor unternehmerischen Maßnahmen solcher Art. Das europäische Wettbewerbsrecht stellt deshalb Regeln für Unternehmen auf.¹¹

Das Zusammenspiel von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln begründet in der Europäischen Union die marktwirtschaftliche Verfassung.¹² Zugleich dient das Wettbewerbsrecht der Integration des Binnenmarktes¹³, indem es an die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels anknüpft.¹⁴ Dem Wettbewerb im Sinne des Europäischen Wettbewerbsrechts wird damit neben seinen wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Funktionen noch eine europapolitische Funktion zugewiesen.¹⁵

2. Funktionen des Wettbewerbs

Mit dem Europäischen Wettbewerbsrecht hat sich die EU, wie deren Mitgliedsstaaten, auf den Wettbewerb als Koordinierungsprinzip festgelegt und sich für ein dezentrales Wirtschaftssystem entschieden.¹⁶ Diese Entscheidung resultierte ursprünglich aus den Nachweisen der ökonomischen Theorie, dass der Wettbewerb der Planwirtschaft überlegen sei¹⁷, was durch die Historie belegt ist.

Ziel und Zweck des europäischen Wettbewerbsrechts sind eng mit dem Begriff *Wettbewerb* und dessen Verständnis verbunden. Der Wettbewerbsbegriff und dessen Inhalt sind bis heute Diskussionsgegenstand. Die hierzu entwickelten

7 Immenga/Mestmäcker in: Immenga/Mestmäcker, EUWettbR, Einl B Rn. 39; Mestmäcker/Schweitzer, EuWettbR § 2 Rn. 41.

8 Immenga/Mestmäcker in: Immenga/Mestmäcker, EUWettbR, Einl B, Rn. 56.

9 Kahl in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 26 AEUV, Rn. 14; Mestmäcker/Schweitzer, EuWettbR § 3 Rn. 4.

10 Hoffmann in: Dausen, Handbuch, § 1 Rn. 10.

11 Schuhmacher in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 101 AEUV Rn. 9.

12 Immenga/Mestmäcker in: Immenga/Mestmäcker, EUWettbR, Einl B Rn. 19; Mestmäcker/Schweitzer, EuWettbR § 3 Rn. 4.

13 EuGH v. 12.12.1967, Rs. 23/67 – de Haecht I; Beuthien, Handelskooperationen, S. 9; Caspar, Wettbewerbliche Gesamtwürdigung, S. 26f.; Kirchner in: Schmidtchen et al., more economic approach, S. 15; van den Bergh, in: Schmidtchen et al., more economic approach, S. 31; Schuhmacher in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 101 AEUV Rn. 9; Stockenhuber in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 101 AEUV Rn. 116.

14 Immenga/Mestmäcker in: Immenga/Mestmäcker, EUWettbR, Einl B Rn. 82.

15 Kirchner in: Schmidtchen et al., more economic approach, S. 7.

16 Meessen in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, EG Art. 81 Abs. 1, Rn. 10; Schuhmacher in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 101 AEUV Rn. 9, 12.

17 Schlupe in: Kartell- und Monopolrecht, S. 23.

Theorien stammen überwiegend aus den Wirtschaftswissenschaften und betrachten insbesondere Funktion und Bedeutung des Wettbewerbs für die Entwicklung und Wohlfahrt einer Gesellschaft. Aus ihnen werden unterschiedliche Anforderungen an eine Wettbewerbspolitik und damit an die Ausgestaltung des Wettbewerbsrechts und dessen Durchsetzung abgeleitet.¹⁸

Einigkeit besteht über die Funktionen des Wettbewerbs. Wettbewerb erfüllt unterschiedliche und für eine freie Gesellschaft wichtige Funktionen. Zunächst sind die wirtschaftspolitischen Funktionen zu nennen. Wettbewerb dient der Optimierung des Wohlstands. Das Gegenüber von Angebot und Nachfrage führt zu einer bedarfsorientierten Produktverteilung. Das Nebeneinander der Mitbewerber bietet Anreize zu Innovationen¹⁹, die möglich werden, weil durch den Wettbewerb Wissen zutage tritt, das den einzelnen Marktteilnehmern ohne den Wettbewerbsprozess nicht bekannt geworden wäre.²⁰ Der Wettbewerb übt Kontroll-, Steuerungs-, Antriebs- und Verteilungsfunktionen aus.²¹

Daneben hat der Wettbewerb eine nicht minder wichtige gesellschaftspolitische Funktion²², die jedoch zumeist nicht so deutlich betont wird wie seine wirtschaftspolitische. Wettbewerb ist ein Mittel der Entmachtung und Sicherung von Unabhängigkeit.²³ Durch Wettbewerb wird private Marktmacht begrenzt, eingeschränkt und kanalisiert.²⁴ Das begrenzt die Möglichkeit, eine Machtstellung bei gesellschaftlichen oder politischen Entscheidungen auszuüben.²⁵ Damit wird auch eine ethische Funktion des Wettbewerbs verbunden, weil das Streben des Einzelnen nach Selbstverwirklichung in den Dienst der Gesellschaft gestellt wird.²⁶

Das Wettbewerbsrecht sichert die (Handlungs-)Freiheit der Individuen, indem es vor allem monopolistische Strukturen zu Lasten Dritter verhindert.²⁷ So, wie die staatliche Macht durch die Grundrechte gebunden wird, bindet das Wettbe-

18 Im Einzelnen kann auf die zahlreichen existenten Darstellungen verwiesen werden vgl. die Übersicht bei Möschel Wettbewerbsbeschränkungen, Rn. 62 ff.; Reymann, Immanente Schranken... 86 ff.; Kerber/Schwalbe in: Münchener Kommentar, EUWettbR, Einl. B Rn. 67ff.; Ewald in: Wiedemann, Handbuch, § 7.

19 Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, S. 19.

20 v. Hayek, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren in: Freiburger Studien, S. 249ff., 253 und Rechtsordnung und Handlungsordnung in: Freiburger Studien, S. 167; Kerber/Schwalbe in: Münchener Kommentar, EUWettbR, Einl. B. Rn. 108.

21 Beuthien, Handelskooperationen, S. 13; Wiedemann in: Wiedemann, Handbuch, § 1 Rn. 2; Säcker, Zielkonflikte, S. 15/16; Hoch, Marktverschlusseffekte, S. 45f.; Säcker in: Münchener Kommentar, EUWettbR, Einl. A. Rn. 4.

22 Säcker, Zielkonflikte, S. 16; Wiedemann in: Wiedemann, Handbuch, § 1 Rn. 2; Neef in: Herausforderung Innovation, S. 68; Wiedemann in: Wiedemann, Handbuch, § 1 Rn. 2.

23 Säcker in: Münchener Kommentar, EUWettbR, Einl. A. Rn. 15; Kerber/Schwalbe in: Münchener Kommentar, EUWettbR, Einl. B. Rn. 36.

24 Hoppmann, Kartell- und Monopolrecht, S. 3; Säcker, Zielkonflikte, S. 16; Neef in: Herausforderung Innovation, S. 68/69.

25 Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, S. 12/13; Neef in: Herausforderung Innovation, S. 68.

26 Neumann in: Globalisierung und Ethik, S. 28.

27 Säcker, Zielkonflikte, S. 16; Säcker in: Münchener Kommentar, EUWettbR, Einl. A. Rn. 5.

werbsrecht die private Macht.²⁸ Damit wird der Einsicht Rechnung getragen, dass die Ergebnisse des Wettbewerbs, der die Chancen und Freiheiten Dritter nicht beeinträchtigt, den Ergebnissen einer Kooperation in Hinblick auf die Wohlfahrt einer Gesellschaft überlegen sind.²⁹

Darüber hinaus ist die Bedeutung des Wettbewerbs für die Sicherung einer freiheitlichen Privatrechtsordnung, in der gegenseitige Unabhängigkeit und Freiheit bei der Wahl des Vertragspartners die Voraussetzung für einen Interessenausgleich durch frei ausgehandelte Austauschverträge sind, hervorzuheben.³⁰

All diese Funktionen des Wettbewerbs sind bei der Frage nach dessen Schutz zu berücksichtigen.

3. Wettbewerb im europäischen Recht

Wettbewerb wird im europäischen Wettbewerbsrecht begrifflich vorausgesetzt. Das Europäische Wettbewerbsrecht folgt keiner bestimmten Wettbewerbstheorie, sondern geht vom Selbständigkeitspostulat als Grundlage des Wettbewerbs aus.³¹ Der konkrete Inhalt des Wettbewerbsbegriffs ist aus den Verträgen herzuleiten.³²

Wettbewerb wird nach einhelliger Auffassung als Prozess beschrieben.³³ Er ist das Ergebnis eines komplexen Systems einzelner Prozesse, die auf der Rivalität der Wirtschaftssubjekte gründen.³⁴ Da der Wettbewerb sich nicht durch ein Ergebnis, sondern nur als Prozess beschreiben lässt, ist es Aufgabe der Rechtsordnung, jene Rahmenbedingungen bereitzustellen, die eine spontane Ordnung ermöglichen³⁵ und diesen Prozess schützen.³⁶

Das genügt aber nicht, um Wettbewerb im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts zu erfassen. Auch der Verweis auf ökonomische Wettbewerbstheorien und -leitbilder führt nicht weiter, wenn das europäische Wettbewerbsrecht ih-

28 Säcker, Zielkonflikte, S. 24; Hoppmann in: Kartell- und Monopolrecht, S. 3.

29 Neumann in: Globalisierung und Ethik, S. 29; Säcker in: Münchener Kommentar, EUWettbR, Einl. A. Rn. 22.

30 Säcker in: Münchener Kommentar, EUWettbR, Einl. A. Rn. 15; Shoda in: FS Günther, S. 109; Mestmäcker, JZ 1964, 441, 443ff.

31 EuGH v. 14. 07. 1972, Rs. 48/69, Rn. 115/119 – ICI; ders. v. 14.12.1983, Rs. 319/82, Rn. 6 – Kerpen & Kerpen; ders. v. 16.12.1975, verb. Rs. 40 bis 48, 50, 54 bis 56, 111, 113 u. 114-73, Rn. 173/174 – Suiker Unie; Zimmer in: FS Canenbley, S. 530; Lübbig in: Wiedemann, Handbuch, § 8 Rn. 15; Emmerich in: Dausen, Handbuch, H I § 2 Rn. 24, Mestmäcker/Schweitzer, EuWettbR § 3 Rn. 12; siehe dazu auch Teil B II 2.2.

32 Reyman Immanente Schranken..., S. 90; Hengst in: Langen/Bunte, Art. 101 AEUV Rn. 145; Schröter/Voet van Vomizeele in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV Art. 101 Rn. 73.

33 Kirchner in: Schmidtchen et al., more economic approach, S. 12; Hoppmann, Kartell- und Monopolrecht, S. 7, betrachtet Wettbewerb als Such-, Informations- und Lernprozess; Wettbewerb als evolutionärer Prozess: Mantzavinos, ORDO 2007, 157; Wettbewerb als Entdeckungsverfahren: von Hayek, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren in: Freiburger Studien, S. 249ff., 251; Meessen/Kersting in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampf/Kersting/Meyer-Lindemann, Einf. Europ. Recht, Rn. 7.

34 Kirchner in: Schmidtchen et al, more economic approach, S. 12.

35 von Hayek, Arten der Ordnung in: Freiburger Studien, S. 44.

36 Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen, Rn. 79; s. Hertfelder in: FS Möschel, S. 287, 289.

nen nicht folgt. Als Teil des Begriffs *Wettbewerbsbeschränkung* und damit eines Tatbestandsmerkmals des Art. 101 Abs. 1 AEUV darf der Begriff *Wettbewerb* zudem nicht beliebig sein. Soll das europäische Recht Wettbewerb schützen, muss auch erkennbar sein, was es zu schützen gilt, worin sich also der *Prozess Wettbewerb* äußert.

2.1 Begriff des Wettbewerbs

Das europäische Wettbewerbsrecht adressiert Unternehmen. Es betrifft daher, ohne dass dies gesonderte Erwähnung findet, wirtschaftlichen Wettbewerb. Wirtschaftlicher Wettbewerb entsteht, wenn einzelne Wirtschaftssubjekte die ihnen durch die Rechtsordnung gegebenen Spielräume, die durch ein vorgegebenes wettbewerbsexternes Rahmenwerk abgesteckt werden³⁷, nutzen.³⁸

BORCHARDT/ FIKENTSCHER definieren wirtschaftlichen Wettbewerb als „das selbstständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden) durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen“.³⁹ Dieses Verständnis des wirtschaftlichen Wettbewerbs setzt sich für BORCHARDT/ FIKENTSCHER aus zwei Komponenten zusammen. Eine Komponente ist die „Tatsache, dass jeder Anbieter Marktpolitik betreibt, um damit seinen Konkurrenten Kunden abzugewinnen bzw. zu verhindern, dass die Konkurrenten von ihm Kunden gewinnen. Von den Kunden her gesehen, stellt sich der Wettbewerb als Möglichkeit alternativen Bezugs dar.“⁴⁰ Die andere Komponente besteht darin, dass mehrere selbstständige Wettbewerber die soeben beschriebene Absicht verwirklichen wollen und „sich dabei gegenseitig im Geschäftserfolg, in den Planungen und tatsächlichen Handlungen beeinflussen, wobei die Mittel, deren sich die Wettbewerber bei der Verwirklichung ihres Strebens bedienen, Variationen der Geschäftsbedingungen, der Werbung und der Gutsbeschaffenheit sein können.“⁴¹

Der Begriff „günstig“ ist hier nicht zu missverstehen. „Günstig“ muss sich nicht allein auf den Preis beziehen. Es gibt weitere Kriterien, die eine Entscheidung zugunsten oder zu Lasten eines Anbieters oder Nachfragers beeinflussen, wie Leistungsfähigkeit, Qualität, Image, etc. Im Bereich der Luxuswaren, sind es teilweise gerade die vermeintlich preislich ungünstigen Geschäftsbedingungen, die die Kaufentscheidung auslösen: Ein hochpreisiges und/ oder seltenes Produkt wird u.a. deshalb gekauft, weil kein oder nur wenige andere das gleiche Produkt

37 Kirchner in: Schmidtchen et al., more economic approach, S. 12.

38 Mestmäcker/Schweitzer, EuWettbR § 3 Rn. 4; Beuthien, Handelskooperationen, S. 11.

39 Borchardt/Fikentscher, Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung, S. 15.

40 Borchardt/Fikentscher, Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung, S. 15.

41 Borchardt/Fikentscher, Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung, S. 15.

haben und nutzen oder weil es die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Schicht dokumentieren soll.⁴²

Es wird nicht mehr ernsthaft bestritten, dass Wettbewerb auf Anbieter- und Nachfragerseite gleichermaßen stattfindet.⁴³ Uneinigkeit herrscht jedoch darüber, ob die Definition BORCHARDT/ FIKENTSCHERs auch einen Nachfragerwettbewerb zu erfassen vermag. KÖHLER bejaht das⁴⁴, sieht allerdings Nachfragerwettbewerb als Teil des Angebotswettbewerbs an, und lenkt den Fokus des Nachfragerwettbewerbs auf das Streben nach günstigen Wettbewerbsbedingungen.⁴⁵

Dass sich BORCHARDT/ FIKENTSCHER sich mit ihrer Wettbewerbsdefinition auf Anbieter und Nachfrager bezogen haben, hat FIKENTSCHER später noch einmal mit einer erweiterten Formulierung klargestellt: „Wirtschaftlicher Wettbewerb ist das selbständige Streben sich zumindest objektiv im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden oder Lieferanten) durch in-Aussicht-Stellen günstig erscheinender – oder im Falle bloßen Wettbewerbsdrucks vom Markt genommener – Geschäftsbedingungen.“⁴⁶ Die Autoren wollten nicht in Abrede stellen, dass auch die Nachfrager nach günstigen Geschäftsbedingungen streben, entweder weil sie beim Einkauf von Produkten Ausgaben vermeiden wollen oder daran interessiert sind, ein bestimmtes Produkt zu erwerben, dass anderen Nachfragern dann nicht mehr, nur in beschränktem Umfang oder als „Gebraucht“-Produkt zugänglich ist. Insoweit ist auch hier der Begriff "günstig" nicht auf den Preis beschränkt. Nachfrager müssen den Bedürfnissen der Anbieter gerecht werden. Das kann durch Mengenzusagen oder langfristige Bedarfsdeckung geschehen. In Betracht kommt aber genauso eine qualitativ hochwertige Vertriebsleistung durch den Nachfrager auf einem nachgelagerten Markt.

Von dieser umfassenden Definition unterscheidet sich beispielsweise die sich nur auf den Angebotswettbewerb beschränkende Beschreibung des Wettbewerbs bei BAUER, der Wettbewerb als das Streben der Unternehmen bei Entscheidungen von Nachfragern über den Kauf von Gütern den Vorzug zu erhalten, ansieht.⁴⁷

Die Beschreibung des Wettbewerbs durch BORCHARDT/ FIKENTSCHER wird hier gefolgt. Sie bzw. FIKENTSCHER stellen auf die Freiheit der Marktteilnehmer ab, eine eigene Marktpolitik umsetzen zu können. Das setzt voraus, dass die Marktteilnehmer über die Handlungen am Markt selbst entscheiden können, dabei aber von den Handlungen anderer Marktteilnehmer beeinflusst werden.

42 Man denke nur an Luxusgüter der Modebranche; Ahlert, WRP 1987, 223.

43 S. dazu Köhler, Wettbewerbsbeschränkung durch Nachfrager, S. 22ff.

44 Köhler, Wettbewerbsbeschränkung durch Nachfrager, S. 32.

45 Köhler, Wettbewerbsbeschränkung durch Nachfrager, S. 32.

46 Fikentscher, Wirtschaftsrecht I, S. 596 und Wirtschaftsrecht II, S. 195.

47 Bauer, Marktabgrenzung, S. 37.

Mit Handlungsfreiheit als Voraussetzung des Wettbewerbs ist ein Merkmal beschrieben, das sich juristisch erfassen und also schützen lässt.

2.2 Wettbewerb im Sinne des Europäischen Wettbewerbsrechts

Da der Begriff *Wettbewerb* aus dem EU-Vertrag selbst herzuleiten ist, lässt sich das hier dargestellte Verständnis von Wettbewerb für Art. 101 Abs. 1 AEUV nur vertreten, wenn es im Einklang mit der Europäischen Wirtschaftsverfassung, insbesondere den europäischen Grundfreiheiten steht.⁴⁸

Das Selbstständigkeitspostulat der europäischen Gerichte zeigt, dass Wettbewerb als Handlungs- und Entscheidungsfreiheit von Unternehmen in Hinblick auf ihr Verhalten am Markt verstanden wird. Wie aus Art. 106 AEUV erhellt, kam es den Verfassern des Vertrages auch darauf an, Eingriffe von staatseigenen Unternehmen in den Wettbewerb zu verhindern.⁴⁹ Die Aufrechterhaltung dieser Freiheit als Ziel auf der Unternehmensebene verläuft parallel zu dem Ziel der Grundfreiheiten.

Ein Wettbewerbsverständnis, das vom selbständigen Handeln der Marktteilnehmer und deren Handlungsfreiheit als Voraussetzung für den Prozess des Wettbewerbs ausgeht, fügt sich ohne Abstriche in Ziel und Funktion des europäischen Wettbewerbsrechts ein und entspricht dem Selbstständigkeitspostulat des EuGH. Denn ein solches Wettbewerbsverständnis verlangt nicht nur Freiheit von staatlichen Beschränkungen der Märkte, sondern auch von Beschränkungen der Märkte durch private Macht, wovon auch das Europäische Wettbewerbsrecht getragen ist.⁵⁰

2.3 Weitere Unterscheidungen von Wettbewerb

Unterhalb des weiten Begriffs *Wettbewerb* und seiner generellen Beschreibung gibt es konkrete Ausgestaltungen von Wettbewerb, die wiederum einer eigenen Betrachtung unterzogen werden können, um eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs festzustellen.

Hierzu gehört nicht nur die Unterscheidung von Angebots- und Nachfragewettbewerb, den KÖHLER noch weiter unterteilt.⁵¹ Hierzu gehört ferner die Unterscheidung zwischen Intra- und Interbrandwettbewerb (auch: markenin-ternem und Markenwettbewerb⁵²). Diese Unterscheidung hat ihren Ursprung im

48 s. Fikentscher, Wirtschaftsrecht I, S. 566.

49 Fikentscher, Wirtschaftsrecht I, S. 569.

50 Zimmer in: FS Canenbley, S. 530/531.

51 Köhler, Wettbewerbsbeschränkung durch Nachfrager, S. 41, 44.

52 Grave/Nyberg in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 263.

amerikanischen Recht.⁵³ Interbrandwettbewerb ist der Wettbewerb zwischen gleichartigen Produkten "verschiedener Hersteller auf der Produzenten- und jeder nachfolgenden Marktstufe".⁵⁴ Soweit der Handel mit Eigenmarken in Erscheinung tritt, begibt er sich auf Produzentenstufe und damit in einen Interbrandwettbewerb mit anderen Produzenten. Intra-brandwettbewerb ist demgegenüber der Wettbewerb zwischen den Produkten desselben Herstellers (Anbieters).⁵⁵ Er ist nur auf der Produzentenstufe nachgelagerten Handelsstufen denkbar.⁵⁶ Beide Formen des Wettbewerbs stehen nebeneinander⁵⁷, wirken aber in erheblichem Maße aufeinander ein⁵⁸: Ein starker markeninterner Preiswettbewerb kann sich auf die Preisgestaltung der Produkte anderer Anbieter auswirken.⁵⁹ Das gilt auch im Falle eines starken markeninternen Wettbewerbs um Serviceleistungen.

Vertriebsvereinbarungen können sowohl den Intra-brand- als auch den Inter-brandwettbewerb beschränken. Bei der Bewertung dieser Beschränkungen wird dem Interbrandwettbewerb ein höherer Stellenwert beigemessen, als dem Intra-brand-Wettbewerb.⁶⁰ Ein starker Interbrandwettbewerb zwingt die Unternehmen zu einem effizienten Vertrieb und zur Weitergabe eigener Effizienzvorteile an die Abnehmer.⁶¹ Beschränkungen des Intra-brandwettbewerbs können aber auch zu Gebietsaufteilungen führen oder zu höheren Vertriebskosten, die sich dann in einem höheren Endpreis eines Produktes niederschlagen.⁶²

Eine wichtige Rolle spielt zudem die Unterscheidung zwischen aktuellem und potentiellm Wettbewerb. Potentieller Wettbewerb zwischen Unternehmen besteht, wenn sie auf sachlich oder räumlich angrenzenden Märkten tätig sind und über die notwendigen Ressourcen verfügen, so dass eine realistische, naheliegende Chance für einen Markteintritt angenommen werden kann.⁶³ Dabei sind nicht nur die objektiven Marktumstände, sondern auch die Unternehmenspolitik zu berücksichtigen.⁶⁴ Ob Unternehmen aktuelle oder potentielle Wettbewerber und also auf dem gleichen oder auf angrenzenden Märkten tätig sind, kann nach

53 Kirchhoff, Vertikale Vertriebsverträge, S. 5.

54 Kirchhoff, Vertikale Vertriebsverträge, S. 7/8.

55 Kirchhoff, Vertikale Vertriebsverträge, S. 8; Bellamy/Child, Competition Law, Rn. 2098; Kommission, Leitlinien zu Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rn. 17.

56 Kirchhoff, Vertikale Vertriebsverträge, S. 8.

57 Kirchhoff, Vertikale Vertriebsverträge, S. 9/10.

58 Bellamy/Child, Competition Law, Rn. 2098.

59 Kirchhoff, Vertikale Vertriebsverträge, S. 10.

60 Metzläff, BB 2000, 1202; Kommission, Vertikalleitlinien, Rn. Art. 102 AEUV; Der Supreme Court sieht es als das vorrangige Ziel des Wettbewerbsrechts an, den Interbrand-Wettbewerb zu schützen: US Supreme Court v. 4.11.1997, 522 US 3_15 (1997.).

61 Ellger in: Immenga/Mestmäcker, EUWettbR, VO (EU) 461/2010, Allgemeines, Rn. 7.

62 Bellamy/Child, Competition Law, Rn. 2098.

63 Kommission, Bekanntmachung relevanter Markt, Rn. 24; Emmerich in: Dausen, Handbuch, H I § 2 Rn. 50; Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, EUWettbR, Art. 101 Abs. 1 Rn. 122.

64 Emmerich in: Dausen, Handbuch, H I § 2 Rn. 50.

h.M. nach einer Analyse der bestehenden Marktverhältnisse entschieden werden.⁶⁵

II. Schutz des Wettbewerbs durch das europäische Wettbewerbsrecht

Art. 101 AEUV schützt den Wettbewerb auf allen Wirtschaftsstufen und in allen Erscheinungsformen, insbesondere Nachfrage-, Angebotswettbewerb und potentiellen Wettbewerb, aber gleichermaßen auch Intra- und Interbrandwettbewerb.⁶⁶

1. Verbotsnorm gegen Generalklauseln

Schon vor der eigentlichen Auseinandersetzung mit den Europäischen Wettbewerbsregeln ist eine Diskussion zu verorten, ob Wettbewerb generell besser durch Verbote oder Generalklauseln geschützt werden kann und soll.⁶⁷ In der Literatur wird dabei zum Teil das per-se-Verbot der rule of reason gegenübergestellt, beides aus dem amerikanischen Recht bekannte Rechtsinstitute.⁶⁸ Auf diese Diskussion ist kurz einzugehen, weil sie auch für die Auslegung des Art. 101 Abs. 1 AEUV eine Rolle spielt.

Die Vertreter von per-se-Verboten meinen, dass der Wettbewerb durch klare Leitlinien zu schützen sei, die Verbote aussprechen, jedoch den Wirtschaftssubjekten genügend Handlungsspielräume belassen, so dass Wettbewerb mit den benannten wirtschaftspolitischen Funktionen entstehen und bestehen kann.⁶⁹ Per-se-Verbote sollen ein wettbewerbles Verhalten garantieren und die Behörden unanfällig gegen Lobby-Aktivitäten machen.⁷⁰ (Kosten-)aufwendige Einzelfallprüfungen werden überflüssig.⁷¹

Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass das Wettbewerbsrecht, wenn es den Wettbewerb und seine freiheitserhaltende und -fördernde Funktion schützen soll, durch seine Regelung nicht die Möglichkeit, „selbst aktiv Wettbewerb zu betrei-

65 Kommission Bekanntmachung über den relevanten Markt, Rn. 7 f.; Lübbig in: Wiedemann, Handbuch, § 8 Rn. 16 Emmerich in: Dausies, Handbuch, H I § 2 Rn. 50; Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, EUWettbR, Art. 101 Abs. 1 Rn. 335; Grave/Nyberg in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 261; zur Marktabgrenzung s. Teil B V.

66 EuGH v. 28.4.1998, C-306/96 Rn. 16 – Javico; Lübbig in: Wiedemann, Handbuch, § 8 Rn. 15; Stockenhuber in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 101 AEUV Rn. 125ff.; Schröter/Voet van Vormizeele in: v.d.Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 101 AEUV, Rn. 77ff.; Grave/Nyberg in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 261-263; Emmerich/Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, EUWettbR, Art. 101 Abs. 1, Rn. 106, 111.

67 Dazu ausführlich: Kerber in: Eger, Internalization of Law, 489 ff.; Christiansen/Kerber, JCLE 2006, 215ff.

68 Bellamy/Child, Competition Law, Rn. 2104.

69 Mantzavinos, JBfNÖSt, 2005, 218.

70 Mantzavinos, JBfNÖSt, 2005, 218.

71 Mantzavinos, ORDO 2007, 164.

ben“ nehmen und so selbst den Wettbewerb behindern darf.⁷² Die Verfechter des Schutzes von Wettbewerb durch auszufüllende Generalklauseln halten per-se-Verboten daher entgegen, kein Verhalten eines Marktteilnehmers sei per se vorteilhaft oder per se nachteilig für den Wettbewerb.⁷³ Eine per-se-Regel als Mittel zur Rechtssicherheit sei immer verbunden mit einer geringeren „Treffsicherheit der Wettbewerbspolitik“. ⁷⁴ Jedes per-se-Verbot bedarf einer Begründung. Rechtssicherheit allein könne kein Ersatz für eine solche Begründung sein, um ein Verhalten als wettbewerbswidrig anzusehen.⁷⁵ Die Formulierung eines per-se-Verbots gründe auf einer Annahme, die auf bestimmten und beschränkten Informationen beruhe. Im Einzelfall lägen aber mehr Informationen vor, die bei einer per-se-Regel nicht zur Bewertung herangezogen werden könnten.⁷⁶ Jeder Vereinbarung könnten Vor- und Nachteile entnommen werden, so dass eine Abwägung im Einzelfall erforderlich sei.⁷⁷

Jene Vertreter, die für eine Einzelfallbetrachtung streiten, lehnen einen starren Rechtsrahmen, der sich vor allem an formalen Kriterien orientiert, ab.⁷⁸ Auch eine Ausdifferenzierung von Verbotsregelungen wird als ungeeignet angesehen, denn das Problem der per-se-Regel, vorhandene Informationen nicht in die Rechtsanwendung einfließen lassen zu können, werde dadurch nicht gelöst.⁷⁹

Es geht jedoch nicht allen Vertretern dieser Auffassung um eine jeweils umfangreiche und in jeder Hinsicht aufwendige Einzelfallprüfung. Insbesondere der more economic approach im europäischen Wettbewerbsrecht, auf den noch ausführlich einzugehen ist, wird als angemessener Ansatz für einen praktikablen Mittelweg zwischen starren Regeln und reiner Einzelfallbetrachtung angesehen.⁸⁰

Letztlich zeigt die Regelung des Art. 101 AEUV mit seinen Tatbestandsmerkmalen in Abs. 1 und 3, dass die Verfasser der Verträge Raum für Abwägungen lassen wollten; Art. 101 AEUV verbindet Verbot und Generalklausel miteinander und lässt eine Abwägung von Vor- und Nachteilen wettbewerbsbeschränkender Verhaltenskoordinierungen zu.

72 Hellwig in: FS Mestmäcker, S. 241.

73 Hellwig, Vortrag 2007, S. 14; s. auch Schumpeter, Kapitalismus, Sozialismus, Demokratie, S. 150.

74 Hellwig, Vortrag 2007, S. 12.

75 Hellwig in: FS Mestmäcker, S. 261.

76 Hellwig, Vortrag 2007, S. 12; allgemein dazu v. Hayek, Arten der Ordnung in: Freiburger Studien, S. 45.

77 Hellwig, Vortrag 2007, S. 14.

78 Hellwig, Vortrag 2007, S. 12.

79 Hellwig, Vortrag 2007, S. 15.

80 Christiansen/Kerber, JCLE 2006, 240/241.

2. Wettbewerbsbeschränkung als zentrales Merkmal des Verbotstatbestandes

Das europäische Wettbewerbsrecht schützt den Wettbewerb als Institution.⁸¹ Das hat insbesondere der EuGH hervorgehoben.⁸² Das europäische Wettbewerbsrecht soll aber nicht „bloß“ Wettbewerb schützen, es ist wegen seiner europapolitischen Funktion auch Mittel zur Integration des Binnenmarktes.⁸³ So, wie sich dieses Ziel in Funktion und Verständnis von *Wettbewerb* niederschlägt, muss es sich auch in Funktion und Verständnis der *Wettbewerbsbeschränkung* wiederfinden.⁸⁴ In diesem Sinne muss der Schutz des Wettbewerbs der Marktfreiheit dienen.⁸⁵ Wenn Wettbewerb als Prozess, entstehend aus der Freiheit zu eigener Marktpolitik und daran orientiertem Handeln, geschützt werden soll, muss diese Freiheit geschützt und deren Beeinträchtigung (Wettbewerbsbeschränkung) verhindert werden.⁸⁶ Das entspricht auch dem Selbständigkeitspostulat.

Art. 101 Abs. 1 AEUV untersagt als Verbotstatbestand „alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken, [...]“. Der Kern dieses Verbotstatbestandes ist die Wettbewerbsbeschränkung.⁸⁷ Sie ist der Oberbegriff für die in Art. 101 Abs. 1 AEUV enthaltenen Tatbestandsmerkmale „Verhinderung, Einschränkung, Verfälschung des Wettbewerbs“. ⁸⁸ Wettbewerbsbeschränkung erfasst dem Wortlaut nach alle Verhaltenskoordinierungen, die den Wettbewerb beschränken können.⁸⁹

Nun beschränkt jeder Vertrag die Handlungs- und Entscheidungsfreiheit von Marktbeteiligten. In der Literatur wurde deshalb die Frage aufgeworfen, ob auch bloße Austauschverträge eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellen könnten.⁹⁰ In Rechtsprechung und Literatur besteht aber Einigkeit darüber, dass der Vertragsabschluss an sich keine Wettbewerbsbe-

81 EuGH v. 6.10.2009, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P, C-519/06 P R, Rn. 63 – GlaxoSmithKline Services/Kommission EuGH v. 6.10.2009, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P, C-519/06 P R, Rn. 63 – GlaxoSmithKline Services/Kommission; Fikentscher, *Wirtschaftsrecht I*, S. 566; Wils, *World Competition* 4/2014, S. 16; Schröter/Voet van Vormizeele in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, *AEUV Art. 101 Rn. 75*.

82 EuGH v. 7.2.2013, C-68/12, Rn. 18 – slowakische Banken.

83 Fikentscher, *Wirtschaftsrecht I*, S. 565; Kirchner in: Schmidtchen et al., *more economic approach*, S. 7; Wils, *World Competition* 4/2014, 14, 16.

84 Säcker, *Zielkonflikte*, S. 26.

85 Fikentscher, *Wirtschaftsrecht I*, S. 568; Reymann *Immanente Schranken...*, S. 96.

86 Fikentscher, *Wirtschaftsrecht I*, S. 566; Möschel, *Wettbewerbsbeschränkungen*, Rn. 85; Schröter/Voet van Vormizeele in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, *AEUV Art. 101 Rn. 75*.

87 Emmerich in: Dausen, *Handbuch, H.I § 2 Rn. 37*.

88 Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, *EUWettBR*, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 106; ders. in: Dausen, *Handbuch, H.I § 2 Rn. 36*.

89 Schröter/Voet van Vormizeele in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, *AEUV Art. 101 Rn. 84*.

90 Caspar, *wettbewerbliche Gesamtwürdigung*, 11; Ackermann, *rule of reason*, S. 90.

schränkung im Sinne des Art. 101 AEUV sein kann und darf, weil der Vertrag eine gewünschte und natürliche Folge des Wettbewerbs ist.⁹¹

2.1 Diskussion in der Literatur

Wann jedoch darüber hinaus eine Verhaltenskoordinierung, insbesondere eine Vereinbarung, eine Wettbewerbsbeschränkung darstellt, ist umstritten. Da hier der Beschreibung von Wettbewerb von BORCHARDT/ FIKENTSCHER gefolgt wird, soll in Hinblick auf die Wettbewerbsbeschränkung zunächst auf die Ausführungen dieser Autoren zurückgegriffen werden.

BORCHARDT/ FIKENTSCHER unterscheiden zwischen formeller und materieller Wettbewerbsbeschränkung. Das formelle Verständnis fragt, ob die Wettbewerbsbeschränkung formal zu einer Freiheitsbeschränkung führt, ob das Verhalten wettbewerbsfördernde oder wettbewerbs hindernde Auswirkungen hat, ist hingegen nicht entscheidend.⁹² Die Wettbewerbsbeschränkung im materiellen Sinne liege demgegenüber in der „Ausdehnung des Markteinflusses des oder der Mitbewerber.“⁹³ Die Mitbewerber dehnen den Bereich aus, indem sie Einfluss auf den Markt nehmen, von dem Verhalten anderer Mitbewerber unabhängig werden und diese als nicht oder als weniger bedrohlich wahrnehmen.⁹⁴ Die formelle Wettbewerbsbeschränkung betrifft die Mittel des Wettbewerbs, indem sie das Streben „der Mitbewerber nach Geschäftsverbindung mit dem Kunden“ beschränkt oder verhindert.⁹⁵ Vereinfacht bedeutet das, die formelle Wettbewerbsbeschränkung beeinträchtigt die Handlungsfreiheit, wie es bei jedem Vertrag der Fall ist.⁹⁶ Die materielle Wettbewerbsbeschränkung betrifft das Ziel des Wettbewerbs, indem es die Handelschancen verringert.⁹⁷

Nach BORCHARDT/ FIKENTSCHER setzt eine Beschränkung des Wettbewerbs sowohl eine formelle als auch materielle Wettbewerbsbeschränkung voraus.⁹⁸ Sie fassen ihr Ergebnis in dieser Definition von Wettbewerbsbeschränkung zusammen: „Unter einer formalen Wettbewerbsbeschränkung versteht man die Verhinderung, Verringerung oder Beseitigung des selbständigen Strebens sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbe-

91 Beuthien, Handelskoooperationen, S. 33; Caspar, wettbewerbliche Gesamtwürdigung, S. 12; Mestmäcker/Schweitzer, EuWettBR, § 11 Rn. 23; Schuhmacher in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 101 AEUV Rn. 10; Schröter/Voet van Vormizeele in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV Art. 101 Rn. 85; EuGH v. 16.12.1975, verb. Rs. 40 bis 48, 50, 54 bis 56, 111, 113 u. 114-73, Rn. 122/124 – Suiker Unie; Kommission v. 04.02.1989, Sache IV/31.906, Rn. 58 – Flachglas.

92 Reyman, Immanente Schranken..., S. 78; Borchardt/Fikentscher, Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung; S. 27.

93 Borchardt/Fikentscher, Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung; S. 27.

94 Borchardt/Fikentscher, Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung; S. 28.

95 Borchardt/Fikentscher, Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung; S. 27.

96 Heinemann, Immaterialgüterrecht, S. 355/356.

97 Borchardt/Fikentscher, Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung, S. 28.

98 Ebenso später Fikentscher, Wirtschaftsrecht I, S. 600.

werber), eines Strebens, das auf Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden) durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen gerichtet ist. Eine materielle Wettbewerbsbeschränkung (Marktbeherrschung) ist eine formale Wettbewerbsbeschränkung, die das Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen durch Beschränkung der dem Kunden offen stehender Alternativen beeinträchtigt.⁹⁹ Damit wird erkennbar, wann gegen eine Wettbewerbsbeschränkung einzuschreiten ist. Einfluss auf den Markt ist mit jedem wirtschaftlichen Handeln verbunden.¹⁰⁰ Eine Wettbewerbsbeschränkung trete erst dann ein, wenn aus Marktbeeinflussung Marktbeherrschung wird.¹⁰¹

Die überwiegende Literatur geht auf diese Unterscheidung nicht ausdrücklich ein¹⁰² und differenziert nicht zwischen formalen und materiellen Bestandteilen der Wettbewerbsbeschränkung. Ihre Autoren gehen davon aus, dass Schutz des Wettbewerbs Schutz der Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer bedeute. Sie trennen nicht zwischen dem Selbständigkeitspostulat des EuGH und dem Zweck, Handlungsalternativen Dritter zu schützen.¹⁰³ Betrachtet wird die Beschränkung der Handlungsfreiheit der an der Vereinbarung Beteiligten als auch Dritter.¹⁰⁴ *Emmerich* fragt unter Verweis auf die Rechtsprechung der Europäischen Gerichte danach, ob Handlungsoptionen durch die Vereinbarung ausgeschlossen werden, die den Beteiligten zuvor offen standen.¹⁰⁵ Die sogenannten Kern- oder Hardcorebeschränkungen beschränken nach dieser Auffassung nicht nur die Freiheit der Beteiligten in ihrer Geschäftspolitik, sondern wirken auch unmittelbar auf den Wettbewerb außerhalb der Vereinbarung.¹⁰⁶ Insoweit sind die Auswirkungen der Verhaltenskoordinierungen auf Dritte generell zu berücksichtigen.¹⁰⁷

ACKERMANN hingegen hält die Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit Dritter zur Begründung einer Wettbewerbsbeschränkung für ausreichend.¹⁰⁸ Für diese weite Auffassung spricht, dass Art. 101 AEUV nicht nur auf den Zweck der Verhaltenskoordinierung abstellt, sondern alternativ auch deren Wirkungen berücksichtigt, die über die Beteiligten hinaus reichen können. Gerade bei der Fra-

99 Borchardt/Fikentscher, Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung, S. 30.

100 Borchardt/Fikentscher, Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung, S. 29; Heinemann, Immaterialgüterschutz, S. 357.

101 Borchardt/Fikentscher, Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung, S. 29.

102 Anders Reymann, Immanente Schranken..., S. 78ff., Heinemann, Immaterialgüterschutz, S. 356.

103 Siehe dazu Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, EUWettbR, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 107.

104 Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen, Rn. 85; Beuthien, Handelskooperationen, S. 23; Reymann, Immanente Schranken..., S. 101/102; Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, EUWettbR, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 116f; Stockenhuber in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 101 Rn. 122.

105 Emmerich in: Dausen, Handbuch, H.I § 2 Rn. 40.

106 Mestmäcker/Schweitzer, EuWettbR, § 11 Rn. 25.

107 Schröter/Voet van Vormizeele in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV Art. 101 Rn. 76; ders. in: Dausen, Handbuch, H.I § 2 Rn. 46; Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, EUWettbR, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 117.

108 Ackermann, rule of reason, S. 87, ebenso Lutz, WRP 2002, 48.

ge, ob eine Verhaltenskoordinierung wettbewerbsbeschränkend wirkt, stehen die Auswirkungen auf die Handlungsfreiheit Dritter im Vordergrund.¹⁰⁹ Zur Unterstützung dieser Auffassung kann auch die Aussage herangezogen werden, das Selbstständigkeitspostulat erfasse auch die Entscheidungsfreiheit und das selbständige Handeln derer, die nicht an der Verhaltenskoordinierung beteiligt seien.¹¹⁰ Schließlich lässt sich für diese Auffassung auch anführen, dass die Berücksichtigung nur der Handlungsfreiheit der Beteiligten alle Austauschverträge erfassen würde, auch solche, die gerade erwünscht und Ausdruck des Wettbewerbs sind, auch wenn in der Literatur Einigkeit darüber herrscht, dass dem nicht so sein soll.

REYMANN lehnt die Auffassung ACKERMANNs als zu weitgehend ab. Die Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit Dritter benötige als Wettbewerbsbeschränkung einen Zurechnungstatbestand.¹¹¹ Würde die Wettbewerbsbeschränkung auf die Handlungsfreiheit jener beschränkt, die nicht an der Verhaltenskoordinierung beteiligt sind, so wäre eine Wettbewerbsbeschränkung auch dann anzunehmen, wenn die an der Verhaltenskoordinierung Beteiligten gar nicht von einer Handlungsautonomie Gebrauch machen können, beispielsweise weil diese durch hoheitliche Vorgaben beschränkt ist; in diesem Falle sei den an der Vereinbarung Beteiligten die Beschränkung der Handlungsfreiheit Dritter aber nicht zuzurechnen.¹¹² Das zeige auch Art. 106 AEUV. Hier fehle es mangels Handlungsautonomie der Beteiligten an einer Wettbewerbsbeschränkung.¹¹³ Die gleiche Auffassung findet sich bei HERTFELDER. Er geht davon aus, dass die Bindung der Vertragsparteien allein nicht ausreichen kann, um eine Wettbewerbsbeschränkung anzunehmen.¹¹⁴ Sie sei aber notwendige Voraussetzung für eine Wettbewerbsbeschränkung. Das europäische Wettbewerbsrecht schütze den Wettbewerb als Prozess. Solle die Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV von einer Verhaltenskoordinierung ausgehen, könne auf die Koordinierung selbst nicht verzichtet werden.¹¹⁵

REYMANN versteht Wettbewerbsbeschränkung als zweistufigen Begriff: Er verlangt auf einer ersten Stufe eine Beschränkung der Handlungsfreiheit eines Beteiligten und auf der zweiten Stufe eine Beschränkung relativer Wettbewerbsverhältnisse.¹¹⁶ Damit knüpft er an die Unterscheidung von formeller und materieller Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von BORCHARDT/ FIKENTSCHER an. Die formelle Beschränkung der Handlungsfreiheit der Beteiligten wird von den

109 Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, EUWettbR, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 180.

110 Beuthien, Handelskooperationen, S. 12.

111 Reymann, Immanente Schranken..., S. 99.

112 Reymann Immanente Schranken..., S. 99/100.

113 Reymann Immanente Schranken..., S. 100.

114 Hertfelder in: FS Möschel, S. 289.

115 Hertfelder in: FS Möschel, S. 290.

116 Reymann Immanente Schranken..., S. 97.

materiellen Auswirkungen auf Dritte und Beteiligte getrennt. In einer dritten, außerhalb des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung liegenden Stufe sollen die immanenten Schranken des Tatbestands gezogen werden, wenn eine ökonomische Gesamtbetrachtung fördernde Auswirkungen zeigt.¹¹⁷ HERTFELDER geht (im Falle der bewirkten) Wettbewerbsbeschränkung ebenfalls von einer zweistufigen Prüfung aus. Zunächst sei die Einschränkung der Möglichkeiten der Vertragspartner zu prüfen, danach die Eignung zur Einschränkung der Verhaltensspielräume Dritter.¹¹⁸ HEINEMANN, der auch der Unterscheidung zwischen formeller und materieller Wettbewerbsbeschränkung folgt, lehnt eine bloße Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit als Wettbewerbsbeschränkung ab¹¹⁹, gibt sie aber als Voraussetzung für die Wettbewerbsbeschränkung nicht auf.¹²⁰ Er sieht Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 AEUV als „offen“ an, was meint, dass es keinen Katalog wettbewerbsbeschränkender Handlungen geben könne. Vielmehr sei auf die rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhänge abzustellen, aus denen sich ergebe, ob eine bestimmte Marktposition oder ein bestimmtes Verhalten auf Leistung oder bloße Ausnutzung von Marktmacht fuße.¹²¹

CASPAR geht davon aus, dass aus dem Umstand, dass Verträge erwünscht seien, sich jeder formaler Ansatz verbiete, der auf vertragliche Bindungen abstelle.¹²² Da alle Verträge die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Beteiligten beschränkten, liege die Gefahr in der von ihr abgelehnten formalen Betrachtung darin, dass der Wettbewerb durch ein zu weit reichendes Verbot von Verträgen behindert würde.¹²³ Außerdem sei eine formale Betrachtung, die nur die vertragliche Bindung und die Beschränkung der Handlungsfreiheit fokussiere ungeeignet, jene Vereinbarungen in angemessenem Rahmen des Wettbewerbsverbots zu würdigen, die zu einer Belebung des Wettbewerbs beitragen.¹²⁴ Eine formale Betrachtung führe zu einer Verhinderung des Schutzzwecks des Art. 101 AEUV.¹²⁵ Sie propagiert daher eine Gesamtwürdigung der Wirkungen des Handelns im Rahmen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, die sie in der Wettbewerbsbeschränkung verortet. Nur wenn aufgrund langjähriger Erfahrung klar sei, dass Vereinbarungen nicht oder stets wettbewerbschädlich seien, sollte auf eine solche Gesamtwürdigung verzichtet werden.¹²⁶ Diese Auffassung einer wettbewerbslichen Gesamtwürdigung lässt sich auch als *rule of reason* verstehen und mündet in einer eigenen

117 Reymann *Immanente Schranken...*, S. 102.

118 Hertfelder in: FS Möschel, S. 290/291.

119 Heinemann, *Immaterialgüterschutz*, S. 356/357.

120 Heinemann, *Immaterialgüterschutz*, S. 360.

121 Heinemann, *Immaterialgüterschutz*, S. 360.

122 Caspar, *wettbewerbsliche Gesamtwürdigung*, S. 11/12.

123 Caspar, *wettbewerbsliche Gesamtwürdigung*, S. 12.

124 Caspar, *wettbewerbsliche Gesamtwürdigung*, S. 13.

125 Caspar, *wettbewerbsliche Gesamtwürdigung*, S. 13.

126 Caspar, *wettbewerbsliche Gesamtwürdigung*, S. 13/14.

Auslegung des Tatbestandsmerkmals *Wettbewerbsbeschränkung*, worauf an späterer Stelle ausführlich einzugehen ist.¹²⁷

2.2 Auffassung der Kommission und europäischen Gerichte

Der Inhalt der Wettbewerbsbeschränkung bestimmt sich nach Auffassung der Europäischen Gerichte und der Kommission maßgeblich nach den Voraussetzungen für den Wettbewerb: Entscheidungsfreiheit und selbständiges Handeln der Marktteilnehmer.

Das Selbständigkeitspostulat soll nach Auffassung der Gerichte, den Inhalt der Wettbewerbsbeschränkung bestimmen.¹²⁸ Entscheidend für ein selbständiges Verhalten am Markt sei das Bestehen von Ungewissheit über das Marktverhalten anderer¹²⁹, so dass die Marktteilnehmer in ihrer Entscheidungsfreiheit unbeeinflusst bleiben. Der EuGH sieht die Wettbewerbsbeschränkung in den Wirkungen auf die Marktstrukturen und den Veränderungen gegenüber den Strukturen, wie sie ohne beschränkende Verhaltenskoordinierung bestünden.¹³⁰

Ähnlich verfährt die Kommission. Aus Sicht der Kommission zeigen sich die Wettbewerbsbeschränkungen einer Verhaltenskoordinierung in der spürbaren negativen Auswirkung auf den relevanten Markt in Hinblick auf Preise, Innovation, Qualität, Bandbreite und Produktion.¹³¹ Dabei vergleicht auch die Kommission den Zustand mit und ohne Verhaltenskoordinierung.¹³² Sie bezieht auch Aspekte des Art. 102 AEUV in die Bewertung der Wettbewerbsbeschränkung durch eine Verhaltenskoordinierung mit ein¹³³ und vertritt die Auffassung, Wettbewerbsbeschränkung äußere sich insbesondere in einer gewissen Marktstärke.¹³⁴

Indem die Kommission jedoch auf die negativen (spürbaren) Auswirkungen abstellt, nimmt sie bereits innerhalb des Tatbestandsmerkmals Wettbewerbsbeschränkung eine Abwägung von Vor- und Nachteilen dieser Verhaltenskoordinierung vor.

127 Caspar, wettbewerbliche Gesamtwürdigung, S. 24.

128 Kommission, Horizontalleitlinien, Rn. 27; EuGH v. 28.5.1998, Rs C-7/95 P, Rn. 88 – John Deere; ders. v. 23.11.2006, Rn. 51 – Asnef-Equifax.

129 EuGH v. 28.5.1998, Rs C-7/95 P, Rn. 88 – John Deere; ders. v. 23.11.2006, C-238/05, Rn. 51 – Asnef-Equifax.

130 EuGH v. 30.6.1966, Rs. 56/65, S. 304ff. – Maschinenbau Ulm; ders. v. 28.5.1998, Rs C-7/95 P, Rn. 87 – John Deere; ders. v. 23.11.2006, Rn. 52 – Asnef-Equifax.

131 Kommission, Horizontalleitlinien, Rn. 27; dies., Vertikalleitlinien, Rn. 97, 100.

132 Kommission, Vertikalleitlinien, Rn. 97.

133 Mestmäcker/Schweitzer, EuWettbR § 11 Rn. 32.

134 S. VO (EU) 330/2010, Erwg. 7.