

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.<sup>1</sup> 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) 1/2003<sup>2</sup> 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

<sup>1</sup> Siehe von Hayek, *Der Weg zur Knechtschaft*, S. 64.

<sup>2</sup> 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 Freistellungsmonopol<sup>3</sup>; ex-Art. 81 EG (Art. 101 AEUV) war ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> 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 begleitet<sup>7</sup>. Teilweise wurde eine allgemeine Kartellierungsfreiheit – gegenüber der bisher bestehenden Unzulässigkeitsvermutung für Kartelle – befürchtet.<sup>8</sup> 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.