

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-wettbewerbllicher 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.