# Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Preisbegrenzungsmaßnahmen als spezielle Form der Preisbindung

Eine Untersuchung der kartell- und wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von Preisbegrenzungsmaßnahmen wie Höchstpreise ausgehend vom Verkäufer und Käufer nach deutschem Kartell- und europäischem Wettbewerbsrecht-

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des Doktorgrades

des Fachbereiches Rechtswissenschaft

der Justus-Liebig-Universität Gießen

vorgelegt von

Ralph Greb

aus Frankfurt/M.

Gießen 2017

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis ..... XXIII

1. Kapitel: Einführung in das Thema und Problemstellung ..... 1

A) Einführung ..... 1

I) Gegenwärtiger Standort des Kartellrechts ..... 2

II) Einführung in die Thematik ..... 6

B) Gang der Untersuchung und Themenabgrenzung ..... 8

I) Gang und Methodik der Untersuchung ..... 8

II) Themenabgrenzung ..... 12

2. Kapitel: Die rechtliche Beurteilung von Preisbegrenzungsmaßnahmen im Hinblick auf das Preisbindungsverbot nach § 14 GWB a.F. ..... 18

A) Eröffnung des Anwendungsbereichs von § 14 GWB a.F. ..... 19

I) Meinungsstand vor der 6. GWB-Novelle ..... 20

1) Die Entwicklung der Rechtsprechung nach Inkrafttreten des GWB ..... 21

2) Die Entwicklungen der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „zu einem gemeinsamen Zweck“ innerhalb der Literatur ..... 22

3) Die Rechtsprechung am Vorabend der 6. GWB-Novelle ..... 26

a) Die Entscheidung „Bedside-Testkarten“ ..... 26

b) „Druckgussteile“ ..... 29

c) „Solelieferungen“ ..... 30

4) Sonderproblem Sternverträge und Torsosyndikate ..... 30

a) Die „ZVN-Entscheidung“ ..... 31

b) „Car-Partner“ ..... 32

II) Die Änderungen aufgrund der 6. GWB-Novelle ..... 35

1) Die Problematik des potentiellen Wettbewerbs ..... 35

2) Die Problematik der Beschränkung von Drittwettbewerb ..... 36

3) Rechtfertigung des Wortlauts von § 1 GWB a.F. ..... 36

4) Die Rechtsprechung nach der Neufassung des Tatbestandsmerkmals durch die 6. GWB-Novelle ..... 37

a) Kommunale Energieversorgung ..... 38

b) „Verbundnetz II“ ..... 39

III) Eigene Stellungnahme zu A) ..... 40

1) Abgrenzung nach horizontalen und vertikalen Beschränkungen ..... 40

2) Bewertung von § 1 GWB a.F. ..... 42

3) Eigener Lösungsvorschlag zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals ..... 43

a) Wettbewerbsverbote in Austauschverträgen ..... 44

b) “Abkauf“ von Wettbewerb ..... 46

ab) Eingrenzung des Problems ..... 46

bb) Meinungsstand und Stellungnahme ..... 47

cb) Wettbewerbsbeschränkung als Nebenabrede ..... 48

(1) Definition der rechtlichen Rahmenbedingungen ..... 49

(a) Europäische Ebene ..... 49

(b) Mitgliedstaatliche Ebene ..... 51

(aa) BGH ..... 51

(bb) Schrifttum ..... 51

(2) Anforderungen an die Gestaltung der Nebenabrede ..... 52

(a) Art der übertragenen Vermögensposition ..... 53

(aa) Übertragung des Kundenstamms ..... 53

(bb) Andere Wirtschaftsgüter ..... 54

(b) Verhältnismäßigkeit ..... 55

(3) Europäische Fusionskontrolle ..... 58

(4) Stellungnahme ..... 58

c) Wettbewerbsverbote in Gesellschaftsverträgen ..... 59

d) Sonderproblem der Abgrenzung von § 1 a.F. zu § 14 GWB n.F. ..... 59

B) Tatbestandsvoraussetzungen von § 14 GWB a.F. ..... 62

I) Erstvereinbarung ..... 62

1) Parteien der Erstvereinbarung ..... 62

2) Begriff der „Vereinbarung“ ..... 63

3) Die Begriffe „Waren“ und „gewerbliche Leistungen“ ..... 65

II) Zweitvereinbarung ..... 68

1) Parteien der Zweitvereinbarung ..... 69

2) Vertragsart ..... 69

3) Vertragsgegenstand ..... 69

III) Allgemeines zur Preisbindung als besondere Form der Inhaltsbindung ..... 70

1) Definition des Preises i.S.v. § 14 GWB a.F. ..... 70

2) Art der für § 14 GWB a.F. geforderten Bindung ..... 71

IV) Preisbegrenzungsmaßnahmen und ihre Einordnung als nach § 14 GWB a.F. verbotene Formen von Preisbindungen ..... 72

1) Die Preisbegrenzungsmaßnahme geht von der liefernden Partei bzw. vom Leistungserbringer des Erstvertrags aus ..... 73

a) Die Preisbegrenzungsmaßnahme bezieht sich auf die Weiterlieferung der aufgrund des Erstvertrags gelieferten Waren ..... 73

aa) Entwicklung der Rechtsprechung zu Preisbegrenzungsmaßnahmen bis Anfang der neunziger Jahre ..... 74

(1) „Schokoladen-Riegel-Entscheidung“ ..... 74

(2) „Reyno-City-Bike“ ..... 79

(3) „Probier-Preis-Aktion“ ..... 80

(4) „Herstellerpreiswerbung“ ..... 82

(5) „Nora-Kunden-Rückvergütung“ ..... 83

ba) Ausnahmen vom Anwendungsbereich des § 14 GWB a.F. unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen auf die Zulässigkeit von Preisbegrenzungsmaßnahmen ..... 85

(1) Ausnahmen von der Verbotsnorm aufgrund der Lehre „anerkannter, institutioneller Gegebenheiten“ ..... 86

(a) Handelsvertreter ..... 87

(b) Kommissionäre ..... 91

(c) Eigenhändler ..... 92

(d) Franchisenehmer ..... 93

(e) „Rechtlich anerkannte institutionelle Gegebenheiten“ aufgrund öffentlicher Fürsorgepflichten ..... 96

(2) Auswirkungen von Art. 34 AEUV auf § 14 GWB a.F. ..... 100

(a) Sachverhalt der Entscheidung ..... 100

(b) Aufbau und Begründung der Entscheidung durch den EuGH ..... 102

(c) Bewertung der Entscheidung ..... 106

(aa) Konflikt zum damaligen deutschen Kartellrecht ..... 106

(bb) Möglicher Widerspruch zum damals geltenden EU-Wettbewerbsrecht ..... 107

(cc) Fehlender Verstoß gegen § 3 UWG a.F. ..... 108

(aaa) Das Tatbestandsmerkmal der Irreführungsgefahr ..... 109

(bbb) Fehlende Analyse der Verbrauchererwartung ..... 111

(dd) Mögliche Lösung ohne Konflikt mit § 14 GWB a.F. ..... 113

ca) Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung nach „Mars“ ..... 118

(1) „Süßwarenpackungen“ ..... 118

(2) Sixt-Entscheidung ..... 120

(3) „1 Riegel extra“ ..... 122

da) Ergebnis zu a) ..... 124

b) Preisbegrenzungsmaßnahmen im Hinblick auf andere Waren/ gewerbliche Leistungen als die auf Grund des Erstvertrags gelieferten Waren oder gewerblichen Leistungen am Beispiel des Preisaufschlagsverbots bei Kreditkarten ..... 126

ab) Merkmale des Universalkreditkartensystems ..... 126

bb) Problemstellung ..... 127

(1) Preisaufschlagsverbot als Ausnahmeerscheinung ..... 127

(2) Kartellrechtliche Brisanz ..... 128

(a) Quersubventionierung durch Barzahler ..... 128

(b) Reduzierung auf wenige Anbieter ..... 130

(c) Reduzierung auf wenige Kreditkartensysteme ..... 131

(d) Weitere allokative Gesichtspunkte ..... 132

cb) Zivilrechtliche Qualifizierung der Vertragsbeziehungen ..... 135

(1) Deckungsverhältnis ..... 135

(2) Vollzugsverhältnis ..... 136

db) Vereinbarkeit des Preisaufschlagsverbots mit geltendem Wettbewerbsrecht ..... 137

(1) Wissenschafftliche Fragestellung ..... 137

(2) Vereinbarkeit mit europäischem Wettbewerbsrecht ..... 138

(a) Vereinbarkeit mit der Zwischenstaatlichkeitsklausel ..... 138

(b) Freistellung nach der Vertikal-GVO ..... 139

(c) Kommission zur Rechtssache Visa International ..... 140

(3) Vereinbarkeit mit deutschem Wettbewerbsrecht..... 140

(a) Erstvereinbarung als Vertrag über die Lieferung von Waren oder gewerblichen Leistungen ..... 141

(aa) Rechtsnatur des Rahmenvertrages ..... 142

(bb) Zwischenergebnis ..... 146

(b) Zweitvereinbarung zwischen Vertragsunternehmen und Karteninhaber ..... 147

(c) Zweitvereinbarung zwischen Vertragsunternehmen und Karteninhaber ..... 147

eb) Analyse der Vertragsbeziehung zwischen Kreditkartenunternehmen und Vertragsunternehmen ..... 149

(1) Qualifizierung als echter Vertrag zu Gunsten Dritter i.S. des § 328 BGB ..... 149

(a) Voraussetzungen für das Institut des Vertrags zu Gunsten Dritter im Hinblick auf Kreditkartenfälle ..... 152

(b) Fehlende Komplementärverpflichtung des Kreditkartenunternehmens gegenüber dem Karteninhaber ..... 152

(2) Qualifizierung als Forderungskauf ..... 153

(3) Qualifizierung als Garantieverpflichtung ..... 154

(4) Qualifizierung als Schuldversprechen i. S. des § 780 BGB ..... 154

(a) Konstruktion ..... 154

(b) Begründung und Gegenüberstellung ..... 156

(5) Rechtsfolgen im Hinblick auf die Zweitvereinbarung ..... 158

(6) Ergebnis und Stellungnahme ..... 160

2) Die Preisbindung geht von der belieferten Partei aus..... 163

a) Die Preisbegrenzungsmaßnahme bezieht sich auf eine andere Ware/gewerbliche Leistung als den Liefergegenstand, dargestellt am Beispiel der Meistbegünstigungsfälle ..... 164

aa) Allgemeine Formen der Meistbegünstigungsklauseln ..... 164

(1) Drittbegünstigungsverbot ..... 165

(2) Gleichbehandlungsgebot ..... 165

(3) Zulässigkeit leistungsbezogener Meistbegünstigungsklauseln ..... 169

ba) Ergebnis und Stellungnahme ..... 170

b) Die Preisbindung bezieht sich auf die gelieferte Ware selbst ..... 170

ab) Problemstellung ..... 171

bb) Lösungsansatz und Stellungnahme ..... 172

3) Sonderproblem Regulierungsvereinbarungen ..... 174

a) Die Regulierungsabkommen in der bisherigen Rechtsprechung zu § 14 GWB a.F. ..... 174

aa) „ADAC-Straßendienstvertrag“ ..... 175

ba) „Selbstzahler“ ..... 176

ca) „Zahnersatz aus Manila“ ..... 177

da) „Jugendnachtfahrten“ ..... 177

b) Regulierungsabkommen im Unfallersatzwagengeschäft und die Tatbestandsmerkmale von § 14 GWB a.F. ..... 179

ab) Taugliche Erstvereinbarung ..... 180

bb) Taugliche Zweitvereinbarung ..... 183

cb) Zwischenergebnis zu b) ..... 185

c) Ergebnis zu 3) ..... 186

C) Ergebnis zu Kapitel 2 ..... 189

3. Kapitel: Die rechtliche Beurteilung von Preisbegrenzungsmaßnahmen im Anwendungsbereich der Vertikal-GVO ..... 190

A) Allgemeines zur Struktur von Art. 101 AEUV ..... 191

B) Die geänderte Funktion der Gruppenfreistellung unter der VO 1/2003 ..... 194

I) Hintergrund der Neuregelung ..... 194

II) Konkretisierung des Art. 101 Abs. 3 AEUV ..... 196

1) Verbot mit Legalausnahme ..... 196

2) Stärkung des Anwendungsvorrangs europäischen Rechts ..... 199

III) Dezentralisierung des Wettbewerbsrechts ..... 199

1) Durchsetzung der Subsidiaritätsprinzips ..... 199

2) Wegfall des Freistellungsmonopols der Kommission ..... 200

3) Stärkere Einbindung mitgliedstaatlicher Gerichte und Verwaltungsinstanzen ..... 201

IV) Auswirkungen auf die Gruppenfreistellung ..... 202

1) Entlastungsfunktion ..... 202

2) Rechtswirkungen der GVO ..... 203

a) “Theorie der deklaratorischen Wirkung“ ..... 203

b) “Theorie der konstitutiven Wirkung“ ..... 204

c) Ergebnis und Stellungnahme ..... 205

V) Bewertung aus Unternehmenssicht ..... 206

1) Subsumtionsrisiko der Unternehmen ..... 206

2) Änderung der Beweislastverteilung ..... 207

3) Stellungnahme ..... 208

VI) Das veränderte Funktionsverständnis von Gruppenfreistellungsverordnungen nach Inkrafttreten von VO Nr. 1/2003 ..... 210

C) Preisbegrenzungsmaßnahmen nach der VGVO ..... 210

I) Erfüllung des Tatbestands von Art. 101 Abs. 1 AEUV ..... 210
1) Normadressaten ..... 210
a) Unternehmensbegriff ..... 211
b) Unternehmensvereinigungen ..... 216
2) Verbotene Maßnahmen des Zusammenwirkens ..... 218
a) Vereinbarungen ..... 218
b) Beschlüsse ..... 223
c) Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen ..... 223
d) Empfehlungen ..... 225
3) Wettbewerbsbeschränkung ..... 226
a) Umfang und Ausmaß des Wettbewerbsschutzes ..... 226
aa) Der Begriff des Wettbewerbs ..... 227
ba) Spielarten des Wettbewerbs ..... 228
(1) Horizontaler und vertikaler Wettbewerb ..... 228
(2) Aktueller und potentieller Wettbewerb ..... 229
b) Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung ..... 230
ab) Allgemeines ..... 230
bb) Praxis der Gemeinschaftsorgane ..... 232
cb) Der „more economic approach“ ..... 233
(1) Neues Wettbewerbskonzept ..... 233
(a) Optimale Allokation der Ressourcen und Produktionsfaktoren ..... 233
(b) Neues europäisches Wettbewerbskonzept ..... 234
(c) Suboptimale Wertschöpfung als Wettbewerbsbeschränkung ..... 235
(d) Effizienz als wirtschaftspolitisches Leitbild ..... 236

(2) Strukturmerkmale des „more economic approach“ ..... 237

(a) Verstärkter Einsatz ökonomischer und ökonometrischer Messverfahren ..... 237

(b) Einzelfallbetrachtung ..... 238

(c) Effizienzbetrachtung ..... 238

(d) Fallgruppen ..... 240

(e) Institutionelle Folgerungen ..... 241

(aa) “Second best“-Test ..... 241

(bb) “Capacity building“ ..... 242

(cc) Entwicklung von Leitlinien ..... 242

(3) Stellungnahme ..... 243

c) Bezwecken oder Bewirken ..... 245

ac) Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen ..... 245

bc) Bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen ..... 247

d) Grenzen des Tatbestands ..... 248

ad) Die „rule of reason“ als mögliche Tatbestandsgrenze von Art. 101 Abs. 1 AEUV ..... 249

bd) Ausgewählte Fallgruppen ..... 252

(1) Handelsvertreter und Kommissionsagenten ..... 252

(a) Rechtslage vor Inkrafttreten der VGVO ..... 253

(b) Gegenwärtige Rechtslage ..... 254

(aa) Der Inhalt der Leitlinien ..... 255

(bb) Das Echo auf den Erlass der Leitlinien ..... 257

(cc) Die Rechtsprechung des EuGH nach Erlass der Leitlinien ..... 259

(dd) Stellungnahme ..... 259

(2) Franchising ..... 261

(3) Zuliefervereinbarungen ..... 263

cd) Ergebnis ..... 264

e) Der relevante Markt ..... 265

ae) Sachlicher Markt ..... 265

be) Räumlicher Markt ..... 266

ce) Zeitlicher Markt ..... 267

f) Die unmittelbare und mittelbare Festsetzung von An- und Verkaufspreisen ..... 267

af) Genereller Anwendungsbereich des Preisbindungsverbots ..... 268

bf) Anwendungsbereich in Vertikalverhältnissen ..... 270

(1) Höchstpreisbindungen zu Lasten des Käufers ..... 271

(2) Meistbegünstigungsklauseln ..... 272

4) Zwischenstaatlichkeitsklausel ..... 274

a) Allgemeines ..... 274

b) Weite Auslegung ..... 275

c) Begriffsverständnis ..... 276

d) Entscheidungspraxis der Gemeinschaftsorgane ..... 277

e) Die Leitlinien der Kommission ..... 277

5) Spürbarkeit ..... 279

a) Bündeltheorie ..... 279

b) Die „de Minimis-Bekanntmachung“ der Kommission ..... 280

II) Taugliche Vertikalvereinbarung II ..... 281

1) Zusätzliche Anforderungen an die Normadressaten ..... 281

a) Unternehmen als Normadressaten ..... 282

b) Unternehmensvereinigungen als Normadressaten ..... 284
ab) Einzelhändlereigenschaft ..... 285
bb) Umsatzgröße ..... 286
cb) Anwendbarkeit der VGVO bei Beschlüssen ..... 286
2) Gegenstand von Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen ..... 287
a) Mindestinhalt von an sich verbotenen Maßnahmen ..... 287
aa) Exkurs: Spezifische Auslegungsgrundsätze von EU-Rechtsquellen ..... 288
ba) Waren und Dienstleistungen ..... 290
ca) Bedingungen ..... 290
(1) Begriffsverständnis ..... 291
(2) Bezug der Bedingungen zu der fraglichen Vereinbarung ..... 294
(3) Beziehen, Verkaufen oder Weiterverkaufen ..... 295
(4) Art. 2 Abs. 3 VGVO und Franchisevereinbarungen ..... 299
b) Allgemeine Voraussetzungen für die Freistellung im Rahmen von Art. 2 Abs. 3 VGVO ..... 300
c) Freistellung von Franchisevereinbarungen ..... 301
ac) Spielarten des Franchisings ..... 302
bc) Vertriebsfranchising und VGVO ..... 303
cc) Die „Sixt-Entscheidung“ im Licht der VGVO ..... 306
d) Bindungen zu Lasten des Lieferanten ..... 307
3) Fehlen eines Wettbewerbsverhältnisses ..... 309
a) Begriff des „Wettbewerbers“ ..... 309
b) Ausnahmen ..... 310
4) Subsidiarität ..... 312

III) Marktanteilsschwelle ..... 312

1) Ermittlung des relevanten Markts ..... 312

2) Konkrete Berechnung des Marktanteils ..... 313

3) Toleranzen ..... 314

IV) Reichweite und Grenzen des Preisbindungsverbots als „schwarze Klausel“ nach Art. 4 lit. a) VGVO ..... 314

1) Bedeutung und Rechtsfolgen von Kernbeschränkungen ..... 315

2) Allgemeine Voraussetzungen von Kernbeschränkungen ..... 316

3) Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 4 lit. a) erster Halbsatz VGVO ... 317

a) Die Auffassung der Kommission und der herrschenden Lehre zur Auslegung des Begriffs Verkaufspreis ..... 318

b) Die Gegenposition ..... 319

c) Stellungnahme ..... 319

d) Praktische Auswirkungen ..... 320

4) Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO als Schranke der Kernbeschränkung ..... 322

a) Dogmatische Einordnung der Vorschrift ..... 323

aa) Höchstverkaufspreise als Merkmal einer fehlenden Wettbewerbsbeschränkung ..... 323

ba) Art. 4 lit. a) VGVO zweiter Halbsatz als Freistellungsnorm einer verbotenen Preisbindung ..... 325

ca) Die praktische Relevanz des Meinungsstreits vor Inkrafttreten der VO 1/2003 ..... 326

da) Stellungnahme ..... 327

b) Der Umfang des Begriffs der „Höchstverkaufspreise“ in Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO ..... 332

c) Die Schranken-Schranken in Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO .... 334

d) Zwischenergebnis ..... 339
5) Meistbegünstigungsklauseln und Art. 4 lit. a) VGVO ..... 340
a) Meistbegünstigungsklauseln zu Lasten des Lieferanten ..... 340
b) Meistbegünstigungsklauseln zu Lasten des Käufers ..... 342
c) Zwischenergebnis ..... 342
D) Ergebnis zu Kapitel 3 ..... 343
4. Kapitel: Das Preisbindungsverbot nach der 7. GWB-Novelle ..... 345
A) Eröffnung des Anwendungsbereichs von § 1 GWB n.F. ..... 345
I) Die Änderungen auf Grund der 7. GWB-Novelle ..... 345
1) Anwendungsvorrang des europäischen Wettbewerbsrechts ..... 345
2) Erschöpfende Erfassung von Wettbewerbsbeschränkungen ..... 346
3) Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung ..... 347
II) Stellungnahme zur Eröffnung des Anwendungsbereichs ..... 348
B) Entscheidungskompetenz des EuGH in innerstaatlichen Angelegenheiten ..... 348
I) Gleichlauf zwischen deutschem und europäischem Wettbewerbsrecht ..... 348
II) Determinanten der europäischen Rechtsprechung ..... 349
1) Anwendungsvorrang des europäischen Rechts ..... 349
2) Effet utile ..... 350
3) Auslegungsmonopol des EuGH ..... 351
III) Entscheidungskompetenz des EuGH für innerstaatliches Recht ..... 351
1) Determinanten der Entscheidungskompetenz des EuGH ..... 351
a) Wahrung des Gemeinschaftsrechts ..... 351
b) Subsidiarität des Gemeinschaftsrechts ..... 351
c) Integrationsverantwortung der Mitgliedstaaten ..... 352
d) Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ..... 353

2) Zwischenergebnis ..... 355

3) Erweiterte Entscheidungskompetenz im Vorabentscheidungsverfahren ..... 355

a) Auslegung von Gemeinschaftsrecht als Regelfall ..... 355

b) Ausnahme bei überschießender Anwendung von Gemeinschaftsrecht ..... 356

ab) Die Position des EuGH ..... 360

(1) Entscheidungsparameter ..... 360

(2) Kritische Reflexion ..... 362

bb) Weitere Untersuchung ..... 364

(1) Erfordernis eines materiellen Synchronisierungswillens ..... 364

(2) Einheitliche Interpretation von Gemeinschaftsrecht ..... 367

(3) Verzicht auf das Gebot der europafreundlichen Auslegung ..... 369

c) Stellungnahme ..... 370

C) Tatbestandsvoraussetzungen von § 1 GWB n.F. ..... 372

I) Erfasste Wirtschaftssubjekte ..... 372

1) Allgemeine Eingrenzung ..... 372

a) Unternehmen ..... 372

aa) Negativmerkmale ..... 372

ba) Positivmerkmale ..... 374

b) Unternehmensvereinigung ..... 376

2) Gesetzliche Krankenkassen als Unternehmen i.S. des § 1 GWB ..... 376

a) Praktische Relevanz der Fragstellung ..... 376

b) Konstruktiver Unterschied zwischen GKV und PKV ..... 378

c) Auflösung des Problems ..... 379

d) Diskussion ..... 381

ad) Kontroverse zwischen deutscher und europäischer Rechtsprechung ..... 381

(1) Rechtsprechung des EuGH ..... 381

(2) Rechtsprechung des BGH ..... 383

bd) Position des Schrifttums ..... 384

(1) Die Ansicht von Brinker ..... 384

(2) Die Ansicht von Weiß ..... 384

3) Stellungnahme ..... 386

II) Erfasste Maßnahmen ..... 388

1) Vereinbarungen ..... 388

a) Allgemeine Eingrenzung ..... 388

b) Mietverträge in Scope ..... 389

2) Beschlüsse ..... 389

3) Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen ..... 389

III) Wettbewerbsbeschränkung ..... 392

1) Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung ..... 392

a) Unterschiedlichkeit horizontaler und vertikaler Beschränkungen ..... 392

aa) Konkretisierung durch die De-minimis-Bekanntmachung ..... 392

ba) Privilegierung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen ..... 394

b) Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung ..... 395

ab) Einheitliche Marktanteilsschwelle ..... 395

bb) Ermittlung des Schwellenwertes ..... 397

cb) Unmaßgeblichkeit von Schwellenwerten bei Kernbeschränkungen ..... 398

c) Preisbindungen als Wettbewerbsbeschränkung ..... 400

ac) Differenzierung nach Mindestpreisbindungen und Höchstpreisbindungen ..... 400

bc) Preisbindungen im Lichte des „More economic approach“ ..... 402

cc) Änderungsvorschläge der Kommission zu Mindest- und Festpreisbindungen ..... 404

dc) Festpreisbindung bei Franchisevereinbarungen ..... 405

2) Bezwecken oder Bewirken ..... 406

D) Preisbegrenzungsmaßnahmen als verbotene Preisbindungen i.S. des § 1 GWB n.F. ..... 409

I) Initiierung der Preisbegrenzung durch den Lieferer oder Leistungserbringer ..... 409

1) Weiterlieferung der aufgrund des Erstvertrags gelieferten Waren als Gegenstand der Preisbegrenzung ..... 409

a) Ausnahmen vom Anwendungsbereich des § 1 GWB n.F. unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen auf die Zulässigkeit von Preisbegrenzungsmaßnahmen ..... 409

aa) Ausnahmen aufgrund der Lehre von den „Institutionellen Gegebenheiten“ ..... 409

(1) Handelsvertreter ..... 409

(a) Bewertung aus Sicht des „More economic approach“ ..... 409

(aa) Effizienzvorteile durch Dezentralisierung und Verselbständigung ..... 409

(bb) Effizienzvorteile durch Spezialisierung ..... 411

(b) Wirtschaftliche Einheit als Voraussetzung der kartellrechtlichen Privilegierung ..... 411

(c) Rechtsprechung des EuGH ..... 413

(d) Entscheidungspraxis der Kommission ..... 415

(aa) Fehlendes Unternehmerrisiko als Voraussetzung kartellrechtlicher Privilegierung ..... 415

(bb) Katalog der 7 Negativkriterien ..... 416

(e) Provisionsweitergabeverbot bei unechtem Handelsvertreter als Kernbeschränkung ..... 417

(2) Kartellrechtliche Privilegierung von Kommissionären ..... 418

(3) Keine kartellrechtliche Privilegierung von Eigenhändlern ..... 419

(4) Franchisenehmer ..... 420

(a) Konkurrenz der Vertriebsmittler ..... 420

(b) Zielkonflikt zwischen Vertriebsfreiheit und Vertragsgestaltungsfreiheit ..... 421

(c) Liberalisierung durch Schirm-Gruppenfreistellungsverordnung ..... 422

(aa) Kohärenz von Chancen und Risiken ..... 426

(bb) Preisbindungen des Franchisenehmers im Lichte institutioneller Gegebenheiten ..... 426

(cc) Franchising als funktionsnotwendige Beschränkung ökonomischer Freiheiten ..... 428

(dd) Risikoreduktion durch Quali-Filialität ..... 429

(ee) Ergebnis ..... 430

ba) Auswirkungen von Art. 34 AEUV auf § 1 GWB ..... 430

(1) Preisregelungen als „Maßnahme gleicher Wirkung“ ..... 430

(a) Höchstpreise ..... 431

(b) Mindestpreise ..... 431

(c) Handelsspannen und „Preis-stopp-Regelungen“ ..... 432

(2) Unmittelbare Drittwirkung des Art. 34 AEUV ..... 432

(a) Rechtsprechung des EuGH ..... 432

(b) Stellungnahme ..... 433

(c) Ausnahme bei Überlassung besonderer Gestaltungsmacht ..... 433

b) Ergebnis zu a) ..... 434

2) Preisbegrenzungsmaßnahmen hinsichtlich anderer Waren oder gewerblicher Leistungen als die auf Grund des Erstvertrags gelieferten am Beispiel des Preisaufschlagsverbots bei Kreditkarten ..... 434

II) Von der belieferten Partei initiierte Preisbindung hinsichtlich anderer Waren/ gewerblicher Leistungen als den Liefergegenstand, dargestellt am Beispiel der Meistbegünstigungsfälle ..... 435

1) Meistbegünstigungsklauseln als „Drittbegünstigungsverbot“ ..... 435

2) Gleichbehandlungsgebot ..... 436

3) Zulässigkeit leistungsbezogener Meistbegünstigungsklauseln ..... 437

III) Regulierungsvereinbarungen ..... 438

1) Aktueller wirtschaftlicher Bezug ..... 438

2) Abschluss von Rahmenverträgen ..... 439

3) Effizienzvorteile ..... 440

a) Senkung der Beitragssätze ..... 440

b) Höhere Auftragszahlen für den Leistungserbringer ..... 441

c) Beschleunigte Schadensabwicklung ..... 442

4) Kartellrechtliche Beurteilung ..... 442

a) Beeinflussung wesentlicher Wettbewerbsparameter ..... 442

b) Unschädlichkeit des Austauschs über Rahmenbedingungen ..... 443

c) “Botenlösung“ ..... 444

d) Wettbewerbsbeschränkung ..... 445

ad) Regulierungsvereinbarung als vertikale Wettbewerbsbeschränkung ..... 446
(1) Fehlen einer Lieferkette ..... 446
(2) Konzept des wirtschaftlichen Nachfragers ..... 447
(3) "Dispositionstheorie" ..... 447
(4) Stellungnahme ..... 448
(5) Anwendbarkeit der VGVO ..... 449
(a) "Theorie der Nichtanwendbarkeit" ..... 449
(b) "Theorie der Anwendbarkeit" ..... 450
bd) Regulierungsvereinbarung als Kernbeschränkung ..... 451
(1) "Extensive Theorie" ..... 451
(2) "Restriktive Theorie" ..... 451
(3) Zwischenergebnis ..... 452
(4) Möglichkeit der Einzelfreistellung ..... 453
(a) Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV ..... 453
(b) Unwahrscheinlichkeit einer Einzelfreistellung ..... 454
(c) Erleichterungen durch die 7. GWB-Novelle ..... 455
cd) Zulässigkeit von Höchstpreisbindungen ..... 455
5) Regulierungsvereinbarungen im Unfallersatzwagengeschäft ..... 456
6) Ergebnis zu III. ..... 462
E) Übertragung wesentlicher BGH-Entscheidungen auf das heutige Recht ..... 462
I) Komplexität der Entscheidungsprognose ..... 462
II) Grundlegende Entscheidungsparameter ..... 463
III) Prognose ausgewählter Entscheidungen ..... 464
1) "Car-Partner-Entscheidung" ..... 464

2) “Kommunale Energieversorgung“ ..... 465

3) “Verbundnetz II“ ..... 465

4) “Schokoladen-Riegel-Entscheidung“ ..... 466

5) “Reyno-City-Bike“ ..... 467

6) “Probier-Preis-Aktion“ ..... 467

7) “Herstellerpreiswerbung“ ..... 468

8) “Süßwarenpackungen“ ..... 468

9) “1 Riegel extra“ ..... 468

10) Rechtsprechung zu den Regulierungsvereinbarungen ..... 469

11) “Sixt“ ..... 469

5. Kapitel: Gesamtergebnis ..... 471

Literaturverzeichnis ..... 476

## Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---|---|
| a. E. ..... | am Ende |
| a. F. ..... | Alte Fassung |
| ABl. ..... | Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft |
| Abs. ..... | Absatz |
| AEUV ..... | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| AG..... | (Die) Aktiengesellschaft (Zeitschrift, Jahr und Seite) |
| Arg. ..... | Argument |
| Art. ..... | Artikel |
| AT..... | allgemeiner Teil |
| Aufl. ..... | Auflage |
| b ..... | begründet (von) |
| BB ..... | Betriebsberater (Zeitschrift, Jahr und Seite) |
| Bd. ..... | Band |
| bearb. v. ..... | bearbeitet von |
| Begr..... | Begründung |
| BGB…….…. | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBl. ..... | Bundesgesetzblatt |
| BGH..... | Bundesgerichtshof (oder Sammlung seiner Entscheidungen in Zivilsachen, Band u. Seite) |
| BIP……. | Bruttoinlandsprodukt |
| BKartA. ..... | Bundeskartellamt |
| BTDr..... | Drucksachen des Deutschen Bundestag |
| BVerfG ..... | Bundesverfassungsgericht |

| | |
|---|---|
| BVerfGE ..... | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, amtliche Sammlung |
| BMJ..... | Bundesministerium der Justiz |
| BMF ..... | Bundesministerium der Finanzen |
| Bp. ..... | Betriebsprüfung |
| bspw. ..... | beispielsweise |
| BT. ..... | Deutscher Bundestag |
| BV ..... | Betriebsvermögen |
| BVerfG ..... | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGE..... | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Amtliche Sammlung |
| BWM..... | Bundeswirtschaftsminister |
| bzw. ..... | beziehungsweise |
| DB..... | Der Betrieb (Zeitschrift, Jahr und Seite) |
| ders. ..... | derselbe |
| d. h. ..... | das heißt |
| ders. ..... | derselbe |
| dies. ..... | dieselbe |
| DStR ..... | Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift, Jahr und Seite) |
| dt..... | deutsch |
| DVBl. .....Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift, Jahr und Seite) | |
| E.C. …….. | European Community |
| E.C.L.R. …… | European Competition Law Review |
| EDV..... | Elektronische Datenverarbeitung |
| EG..... | Einführungsgesetz |

| | |
|---|---|
| EGKS ..... | Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl |
| EG/ EGV….. | Vertrag zum Gründung der Europäischen Gemeinschaft v 25. 3. 1957, BGB1 II 766 |
| Einf..... | Einführung |
| Einl..... | Einleitung |
| ELR ..... | European Law Review (Zeitschrift, Jahr und Seite) |
| Erl ..... | Erläuterung |
| etc. …… | et cetera |
| EU..... | Europäische Union |
| EuG ..... | Europäisches Gericht erster Instanz |
| EuGH ..... | Europäischer Gerichtshof |
| EuR ..... | Europarecht |
| Europ. Counsel | European Counsel |
| EuZW ..... | Europäische Zeitschrift für Wirtschaft (Zeitschrift, Jahr und Seite) |
| e. V. ..... | eingetragener Verein |
| EWS ..... | Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift, Jahr und Seite) |
| f. ..... | folgende (Textziffer, Seite) |
| FAZ ..... | Frankfurter Allgemeine Zeitung |
| ff. ..... | fortfolgende |
| FG ..... | Finanzgericht |
| FKVO ..... | Fusionskontrollverordnung |
| FN/ Fn. ..... | Fußnote |
| FS..... | Festschrift |
| gem. ..... | gemäß |

| | |
|---|---|
| Ges, G..... | Gesetz |
| GFVP ..... | Gruppenfreistellungsverordnung |
| GG…….. | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) v. 23.05.1949 in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 29.07.2009 (BGBl. I 2009, S. 2248) |
| ggf. ..... | gegebenenfalls |
| GP ..... | Gliederungspunkt |
| GRUR ..... | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift, Jahr und Seite) |
| GRUR Int. .... | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil |
| GVO ..... | Gruppenfreistellungsverordnung |
| GWB…….. | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen idF v 16. 7. 2005, BGB1 I 2114, FNA 703-5 |
| h. M. ..... | herrschende Meinung |
| HGB ..... | Handelsgesetzbuch |
| Hrsg. ……... | Herausgeber |
| hrsg. …… | herausgegeben (von) |
| Hs. ..... | Halbsatz |
| html ..... | hypertext markup language |
| http ..... | Hypertext Transfer Protocol |
| i.d.F. …….. | in der Fassung |
| i.d.R ..... | in der Regel |
| i.e.S. ..... | Im engeren Sinne |
| i.S. ……..... | im Sinne |
| i.S.d. ……. | Im Sinne des |
| i.S.e. ..... | im Sinne eines (einer) |

| | |
|---|---|
| i.ü. ..... | im Übrigen |
| i. V. m. ..... | in Verbindung mit |
| JuS……. | Juristische Schulung(Zeitschrift, Jahr und Seite) |
| JZ…… | Juristenzeitung (Zeitschrift, Jahr und Seite) |
| KFZ ..... | Kraftfahrzeug |
| LG…… | Landgericht |
| lit. ..... | Buchstabe |
| Mio. ..... | Millionen |
| m. w. N./mwN | mit weiteren Nachweisen |
| mwN. ..... | Mit weiteren Nachweisen |
| n.F. …… | neue Fassung |
| NJW ..... | Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite) |
| N.N. ..... | Nomen Nescentio (ohne Verfasser, Verfasser unbekannt) |
| Nr. ..... | Nummer |
| NStZ ..... | Neue Zeitschrift für Strafrecht (zitiert nach Jahr und Seite) |
| NVwZ ..... | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht(Zeitschrift, Jahr und Seite) |
| o.g. ..... | oben genannt(en) |
| OLG ……. | Oberlandesgericht |
| Pkw ..... | Personenkraftwagen |
| R …….. | Report |
| RIW ..... | Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift, Jahr und Seite) |
| Rn. …… | Randnummer |
| Rs. …… | Rechtssache(n) |
| Rspr. ..... | Rechtsprechung |

| | |
|---|---|
| Rz. ..... | Randziffer |
| S. ..... | Seite |
| s. ..... | siehe |
| Sec. ..... | Section |
| Slg. …… | Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes |
| s.o. ..... | siehe oben |
| Sog. …….. | so genannte (n) |
| St. ..... | Steuer |
| str. ..... | streitig |
| Tz. ..... | Textziffer |
| u. ..... | und |
| u. a. ..... | untere anderem |
| u. ä. ..... | und ähnliches |
| usw. ..... | und so weiter |
| u. U. ..... | unter Umständen |
| UWG ..... | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb |
| v. ..... | vom, von, vor |
| VersR ..... | Versicherungsrecht (Zeitschrift, Jahr und Seite) |
| vgl. ..... | vergleiche |
| VGVO ..... | VO 2790/1999 (Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung) |
| vLL. ..... | Vertikalleitlinie der Europäischen Kommission |
| VO ..... | Verordnung |
| Vorbem. ..... | Vorbemerkung |
| VVG ..... | Versicherungsvertragsgesetz |

| | |
|---|---|
| WRP ..... | Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift, Jahr und Seite) |
| WuW ..... | Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift, Jahr und Seite) |
| WuW/E ..... | Wirtschaft und Wettbewerb – Entscheidungen |
| z. ..... | zu, zur, zum |
| z. B. ..... | zum Beispiel |
| Zf. ..... | Ziffer |
| ZHR ..... | Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift, Jahr und Seite) |
| Ziff. ..... | Ziffer |
| zit. ..... | zitiert |
| z. T. ..... | zum Teil |

# 1. Kapitel: Einführung in das Thema und Problemstellung

*„Geschäftsleute des gleichen Gewerbes kommen selten, selbst zu Festen und zur Zerstreuung zusammen, ohne dass das Gespräch in einer Verschwörung gegen die Öffentlichkeit endet oder irgendein Plan ausgeheckt wird, wie man die Preise erhöhen kann.“*

Adam Smith

## A) Einführung

Ob der Begründer der modernen Nationalökonomie bei Ausspruch dieser Worte im 18. Jahrhundert damals schon an die heute noch immer die Gemüter bewegende „TEURO“ Diskussion gedacht haben mag? Dies ist wohl zu bezweifeln, gehörte Adam Smith doch einem Volksstamm an, der seit jeher für seinen sprichwörtlichen Geiz berühmt ist. Zu einem taugen seine Worte allemal: Treffender und prägnanter, als es das vorangegangene Zitat tut, dürfte man kaum beschreiben können, welche Vorstellungen ein Normalbürger innerhalb einer marktwirtschaftlich geprägten Wettbewerbsordnung mit dem Begriff des Kartellrechts verbindet. Im Regelfall wird er Kartellrecht als Versuch der Gesetzgebung charakterisieren, künstlich hochgehaltenen Preisen entgegenzuwirken, die auf Absprachen verschiedenster Art zwischen mehreren Unternehmen beruhen.

Dies ist unbestritten auch eine zentrale Funktion des Kartellrechts, gleichgültig, ob künstlich hochgehaltene Preise nun durch Absprachen zwischen Unternehmen auf derselben Marktstufe oder auf unterschiedlich tätigen Marktstufen getroffen werden. Das Kartellrecht allein hierauf zu reduzieren, wäre jedoch bei weitem zu kurz gegriffen. Diese Arbeit wird sich daher insbesondere mit solchen Fallkonstellationen beschäftigen, bei denen das Bemühen, Preise möglichst niedrig zu halten, kartellrechtliche Probleme nach sich ziehen kann.

## I) Gegenwärtiger Standort des Kartellrechts

Das deutsche Kartellrecht unterlag in den vergangenen Jahren im Zuge der Angleichung an die europarechtlichen Vorgaben beträchtlichen Veränderungen.

Mit dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle zum 1. Juli 2005 wurde ein vollkommen neues Kapitel in der Kartellrechtsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland aufgeschlagen. Mit der Schaffung eines Generaltatbestands einerseits und der gleichzeitigen Aufgabe einer im primären Gesetzesrecht verankerten Trennung zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen wurde ein Paradigmenwechsel eingeleitet. Dieser beendete eine Spezialität des deutschen Kartellrechts, die zuvor über Jahrzehnte hinweg zahlreiche Gesetzesnovellen nahezu unbeschadet überstanden hatte.

Am 1.1.2008 folgte mit dem „Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels“[1] eine Zwischennovelle, die konkrete sektorspezifische Maßnahmen vorsah, um Preiserhöhungen bei Strom und Gas wirksamer als zuvor entgegenzutreten und Verkäufe unter Einstandspreis als absatzpolitisches Instrument zu unterbinden.[2]

Zuletzt enthielt die am 30.06.2013 in Kraft getretene 8. GWB-Novelle[3] eine Vielzahl verwaltungsverfahrensrechtlicher Verbesserungen des GWB. Insbesondere erfolgte die Anpassung der deutschen an die europäische Fusionskontrollverordnung. In diesem Rahmen wurde das SIEC-Kriterium (Significant Impediment to Effective Competition) aus Art. 2 FKVO in § 36 übernommen, das stets unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EUGH auszulegen sein soll, selbst wenn durch die Beibehaltung der Abwägungsklausel in § 36 Abs. 1 Hs. 2 Differenzen bestehen bleiben.[4] Außerdem wurden die Regelungen zur Missbrauchsaufsicht dogmatisch präzisiert und neu geordnet. Die Tatbestände der §§ 18-20 wurden neu gefasst. § 18 beinhaltet seither als „Zentralnorm“ dieses Komplexes sowohl die zuvor in § 19 enthaltene Definition der

---

1 BGBl. I 2966.

2 MüKo-Säcker, GWB, Einl., Rn. 30.

3 BGBl. I 1750.

4 So: MüKo-Säcker, GWB, Einl., Rn. 31; ders., WuW 2004, 1036 ff.

marktbeherrschenden Stellung als auch die Vermutungsregeln. § 19 enthält das Missbrauchsverbot für marktbeherrschende Unternehmen. § 20 regelt das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot für Unternehmen mit überlegener Marktmacht. Dagegen entsprechen die durch die Novelle eingeführten neuen wasserrechtlichen Vorschriften der §§ 31 ff. inhaltlich weitgehend den Ausnahmevorschriften des § 103 aF.[5] Die zeitliche Befristung des § 29 wurde aufgehoben. Hervorzuheben sind insoweit auch die presserechtlichen Sonderregelungen. Im Rahmen von Fusionskontrollen waren Umsatzerlöse mit Presseerzeugnissen zuvor mit einem Faktor von 20 zu multiplizieren, dieser Faktor wurde auf 8 heruntergesetzt. Zudem sind Bagatellmarktklausel als auch die Bagatellanschlussklausel seitdem auch auf Zusammenschlüsse im Pressebereich anwendbar.

Die politischen und ökonomischen Veränderungen des laufenden und des vergangenen Jahrzehnts führten zwangsläufig zu einer neuen Ortung der nationalen wie internationalen[6] Wettbewerbsregeln. Die mittlerweile doch beträchtlich vorangeschrittene Globalisierung der Märkte mit all ihren positiven wie negativen Auswirkungen konnte beim gleichzeitigen Bemühen, durch supranationale Institutionen den Handel zwischen den Staaten zu erleichtern, die sich diesen Institutionen angeschlossen haben, nicht ohne Folgen für wirtschaftsrechtliche Fragestellungen bleiben.

Dabei kommt bis zum heutigen Tag insbesondere dem Kartell- bzw. Wettbewerbsrecht[7] eine Schlüsselfunktion zu, da gerade dessen Regeln einen freien und fairen Wettbewerb und damit letztlich auch einen funktionierenden Handel garantieren sollen.

---

5 Hierzu: MüKo-Säcker, GWB, § 31, Rn. 11.

6 Zum aktuellen Stand des internationalen Wettbewerbsrechts: Tietje-*Wagner von Papp*, Wirtschaftsrecht, 2009, S. 455 ff.

7 Im deutschen Recht werden die beiden Begriffe meist nicht deckungsgleich verwendet. Während man unter das Kartellrecht eher den Anwendungsbereich zählt, der unter das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) fällt, versteht man unter dem Wettbewerbsrecht im Sinne der deutschen Rechtsordnung eher die Regelungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Im EU-Recht hingegen bezeichnet man gerade das als Wettbewerbsrecht, was nach deutschem Recht eher innerhalb des GWB geregelt ist und unter dem Stichwort des Kartellrechts diskutiert wird.

Insbesondere innerhalb der Institutionen, bei denen neben der wirtschaftlichen auch die politische Integration - wie im Falle der Europäischen Union - angestrebt oder in Teilen bereits verwirklicht ist, existiert bereits seit mehreren Jahrzehnten ein entwickeltes Wettbewerbsrecht, das neben das bestehende nationale Kartellrecht der Mitgliedsstaaten getreten ist und es in vielen Bereichen ersetzt hat.

Der zunehmend größere Anwendungsbereich solcher Wettbewerbsregeln hat gerade aufgrund der angesprochenen Globalisierung beträchtlich zugenommen, mit der Konsequenz, dass wettbewerbsrechtlich relevante Vorgänge mehr und mehr über nationale Grenzen hinweg Auswirkungen haben. Dies erfolgte und erfolgt bis zum heutigen Tage zu Lasten des Anwendungsbereichs des Kartellrechts der Einzelstaaten.

Die 7. und 8. GWB-Novelle markierten den vorläufigen Höhepunkt des Einflusses des EU-Wettbewerbsrechts auf das nationale Kartellrecht. War man zuvor vor allem daran gewöhnt, dass die Regelungen des EU-Wettbewerbsrechts an der einen oder anderen Stelle einen Vorrang vor den nationalen Kartellrechtsregeln entfalteten, so wurden die 7. Und 8. GWB-Novelle im Wesentlichen durch einen vom EU-Wettbewerbsrecht ausgehenden Harmonisierungsdruck erzwungen. Andernfalls hätte nach dem Inkrafttreten der VO Nr. 1/2003 und deren grundsätzliche Sperrwirkung gegenüber dem nationalen Kartellrecht auf Dauer die Gefahr bestanden, dass zu große Unterschiede zwischen beiden Rechtsordnungen zu einem unkalkulierbaren Risiko für die betroffenen Unternehmen geworden wären, insbesondere in Grenzfällen, wo die Anwendbarkeit der Zwischenstaatlichkeitsklausel des Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht von vornherein eindeutig zu beurteilen ist.

Die Verabschiedung der 7. GWB-Novelle war schon länger geplant, wurde aber wegen politischen Differenzen insbesondere im Bereich der Fusionskontrolle im Pressebereich immer wieder aufgeschoben. Dass die Novelle dann doch noch vor den vorgezogenen Bundestagswahlen im Sommer 2005 Bundestag und Bundesrat passierte, kam

für viele überraschend. Allerdings musste der Einigung insofern Tribut gezollt werden, als dass nicht alle Teile der ursprünglich geplanten Reform verabschiedet wurden. Im Bereich der horizontalen wie vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen brachte die Gesetzesnovelle allerdings schon entscheidende Neuerungen, auf die noch einzugehen sein wird.

Ein solcher Einfluss auf das im Geltungsbereich des Grundgesetzes zwingend anwendbare Kartell- und Wettbewerbsrecht wird von anderen supranationalen Organisationen hingegen auf Jahrzehnte hinaus nicht zu erwarten sein. Hier befindet sich die Entwicklung eines gemeinsamen Wettbewerbsrechts noch in den „Kinderschuhen", wobei bezweifelt werden mag, ob eine umfassende Kodierung von Wettbewerbsregeln auf dieser Ebene jemals durchsetzbar sein wird.

Erste Ansätze für ein als solches bezeichnetes „Weltkartellrecht"[8] kamen von den Vereinten Nationen durch den UN-Kartell-Kodex. Dieser wurde durch die UN-Generalversammlung am 5.12.1980 als Resolution verabschiedet.[9] Der Kodex wendet sich sowohl an Staaten als auch an Unternehmen und enthält ein Kartellverbot sowie ein Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung.[10] Verstöße gegen die Resolution haben keine unmittelbaren Rechtswirkungen (sog. soft law), können aber von den Staaten gerügt werden.

Die Welthandelsorganisation WTO, vormals GATT, griff vergleichsweise spät in die Diskussion um ein sog. „Weltkartellrecht" ein. Größere Beachtung fand insbesondere der Draft International Antitrust Code.[11] Dieser beinhaltet jedoch nicht mehr als einen Mindeststandard elementarer Wettbewerbsregeln einschließlich des Verbots von

---

8 Grundlegend hierzu Basedow, Weltkartellrecht, 1998; Meessen, WuW 2000, 5 ff.

9 Schwintowski, 16 f.

10 Fikentscher, Wirtschaftsrecht I, 212 ff.

11 hierzu Fikentscher/Heinemann WuW 1994, 97.

Preiskartellen.[12] Die Welthandelsorganisation hatte es sich zwar von Beginn an zum Ziel gesetzt, den Wettbewerb durch den Abbau von Handelsbeschränkungen zu fördern, sich dabei aber ursprünglich ausschließlich auf die Bekämpfung von Handelshemmnissen konzentriert, die durch Nationalstaaten selbst aufgebaut wurden. Kartellrecht im herkömmlichen Sinne möchte aber vor allem Wettbewerbsbeschränkungen durch Unternehmen bekämpfen.[13]

Da auf dem Gebiet des Kartellrechts weder die Initiativen der UNO noch die der WTO im Gegensatz zu der Gesetzgebung der Europäischen Union bislang in für deutsche Unternehmen verbindliches Primärrecht mündeten, erscheint ein näheres Eingehen auf solche Aspekte im Rahmen dieser Arbeit nicht erforderlich.[14]

## II) Einführung in die Thematik

Preisabsprachen jedweder Art bilden stets einen Schwerpunkt innerhalb eines modernen Kartellrechts. Neben Preisabsprachen in Form von klassischen Kartellen, also Vereinbarungen zwischen Mitbewerbern, bilden die sog. Preisbindungsfälle die zweite wichtige Gruppe. Hier geht es um Vereinbarungen zwischen Wirtschaftsteilnehmern auf unterschiedlichen Marktstufen, in deren Rahmen eine Partei sich verpflichtet, Vereinbarungen mit einer dritten Partei über ein bestimmtes Preisverhalten zu treffen.

Auch die kartellrechtliche Regelungswürdigkeit dieser Grundkonstruktion dürfte im Rahmen moderner markwirtschaftlicher Wettbewerbsordnungen als solche nicht in Frage stehen, insbesondere wenn sich der Generalverdacht von Adam Smith aus dem vorvorletzten Jahrhundert tatsächlich einmal durch eine Preiserhöhung als Form einer wie auch immer gearteten Verhaltensabstimmung bestätigen sollte. An dieser Stelle

---

12 Herdegen, 207.

13 Burkhardt, Kartellrecht, Rn. 45.

14 Vertiefend zu den realistischen Chancen, ein Weltkartellrecht und eine „Weltkartellbehörde“ zu etablieren, sowie zur Möglichkeit multilateraler Vereinbarungen als Alternative zu einem Weltkartellrecht, vgl. v. Meibom, 27 ff.

enden aber bereits die Gemeinsamkeiten bei einem Vergleich des Kartell- und Wettbewerbsrechts zweier Rechtsordnungen, die sich beide einer marktwirtschaftlich geprägten Wettbewerbsordnung verschrieben haben.

Dies mag auf den ersten Blick doch ein wenig erstaunlich anmuten. Wer jedoch allein die Kontroverse[15] darüber verfolgt, wie der zentrale Begriff des GWB, nämlich der Wettbewerb, definiert werden soll bzw. ob sich dieser Begriff überhaupt definieren lässt[16], dem wird es verständlich erscheinen, dass die Wettbewerbsregeln von Staaten, die eine unterschiedliche Rechtskultur und eine andersartige wirtschaftliche und geschichtliche Entwicklung aufweisen, auch in zentralen Punkten, obwohl im Grundsatz marktwirtschaftlich geprägt, nicht immer eine identische Rechtsfolge für einen bestimmten Lebenssachverhalt vorsehen.

Diese Ausgangsvoraussetzung könnte eine Erklärung dafür sein, warum Vereinbarungen zwischen Geschäftsleuten, die das Vorurteil von Adam Smith scheinbar widerlegen wollen und Absprachen über Preisbegrenzungsmaßnahmen miteinander treffen möchten, zumindest in der Vergangenheit nicht unumstritten gewesen sind. Dabei erstrecken sich derartige Dispute nicht nur zwischen verschiedenen Rechtsordnungen, eine kontroverse und differenzierte Betrachtungsweise mag es gerade auch innerhalb derselben Rechtsordnung geben. Diese hat meist ihre Ursache in einer wichtigen Kernfrage, der sich jede Kartell- und Wettbewerbrechtsordnung zwangsläufig stellen muss: Es ist die Frage, welches Rechtsgut das Kartell- und Wettbewerbsrecht letztlich schützen möchte. Soweit die Beantwortung einer in dieser Arbeit aufgeworfenen Problemstellung auch die Beantwortung der Frage nach dem relevanten Schutzgut erfordert, soll eine Antwort hierzu nicht offengelassen werden.[17]

---

15 Eingehend hierzu Knöpfle, NJW 1991 1433 ff.

16 Verneinend z.B. Baur, ZHR 134; weitere Nachweise bei Knöpfle NJW 1991, 1433.

17 Vgl. hierzu die Ausführungen auf 177 ff.

## B) Gang der Untersuchung und Themenabgrenzung

Die eingangs erwähnte überragende Bedeutung des europäischen Wettbewerbsrechts hatte schon sehr frühzeitig Einfluss auf die Darstellung über ein kartellrechtliches Thema: Eine Abhandlung aus dem Bereich des deutschen Kartellrechts, die sich mit wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen befasste, konnte schon seit langer Zeit nur dann den Anspruch auf eine moderne, umfassende und nicht zuletzt praxisrelevante Darstellung haben, wenn sie sämtliche Rechtsquellen berücksichtigte, die innerhalb des Territoriums von Deutschland Anwendung fanden. Dazu zählen zurzeit neben dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in erster Linie und in zunehmendem Maße die Regelungen über das EU-Wettbewerbsrecht. Die vorliegende Arbeit möchte angesichts der letztjährigen Entwicklungen im deutschen Kartellrecht noch einen Schritt weiter gehen: Anhand eines ausgewählten und abgegrenzten Problemkreises soll untersucht werden, inwieweit das reformierte deutsche Kartellrecht lediglich eine Rezeption des EU-Wettbewerbsrechts oder vielleicht an einigen Stellen doch eine Symbiose von diesem mit der jahrzehntelangen Tradition des GWB ist, im Idealfalle vielleicht sogar eine sich gegenseitig befruchtende mit zukunftsweisendem Potenzial für die weitere Entwicklung der deutschen und europäischen Wettbewerbsordnung.

### I) Gang und Methodik der Untersuchung

Da sich der Begriff der Preisbindung bereits thematisch im Titel dieser Arbeit wiederfindet, wird die Vorschrift des § 14 GWB a.F. (vor der 6. GWB-Novelle noch § 15 GWB)[18], die man allgemein mit dem Begriff des Preisbindungsverbots umschreibt, zwangsläufig zum Ausgangspunkt und zugleich zur zentralen Norm bei der Darstellung des Themas, soweit es um das nationale Kartellrecht vor der 7. GWB-Novelle geht. Der Tatbestand der besagten Norm gibt dabei auch das Gerüst für den Inhalt und den Aufbau dieses Kapitels der Arbeit vor. Dabei darf nicht aus den Augen verloren

---

[18] Für den Leser mag es ein wenig verwirrend wirken, dass sich die Mehrzahl der angesprochenen Entscheidungen noch auf den Zustand vor der 6. GWB-Novelle beziehen. Zur Klarstellung wird bei Heranziehung der einschlägigen Normen daher auch der Zusatz a.F. beigefügt, wenn sich die entsprechenden Ausführungen auf die alte Norm beziehen. Im Hinblick auf § 14 GWB a.F. tut dies anders als im Falle von § 1 GWB wenig zur Sache, da sich der Wortlaut und die Rechtslage an den für diese Arbeit entscheidenden Stellen nicht oder allenfalls unwesentlich geändert haben.

werden, dass es bei dieser Arbeit nur um Preisbindungen - genauer gesagt um potentielle Preisbindungen - geht, bei denen es sich zugleich um Vereinbarungen über Preisbegrenzungsmaßnahmen handelt. Da potentielle Preisbindungen im Anwendungsbereich von § 14 GWB a.F. bzw. § 1 GWB nach der 7. GWB-Novelle in recht unterschiedlichen Ausprägungen auftreten können, wurde versucht, die verschiedenen Fälle einer potentiellen Preisbindung gemäß § 14 GWB a.F. typologisch zu kategorisieren. Dieser Ansatz wird bisweilen jedoch durch die sehr stark kasuistisch geprägte Auslegung der Norm von § 14 GWB a.F. erschwert.

Die Charakteristik mancher Auslegungsgrundsätze zu dieser Norm lag darin, dass diese sich mitunter nicht ausschließlich in nur eine bestimmte Fallgruppe einordnen ließen, sondern Bezüge zu mehreren Fallgruppen aufwiesen. Dabei wurden die Auslegungsgrundsätze der Rechtsprechung innerhalb der Fallgruppe diskutiert, bei der ihr Schwerpunkt gesehen wurde, ohne dabei den Ergebnissen vorzugreifen, die erst in späteren Fallgruppen zu ermitteln waren. Innerhalb der Darstellung der jeweiligen Fallgruppe oder eines in sich geschlossenen Auslegungskomplexes wird so weit wie möglich an einer chronologischen Darstellung der Rechtsprechung festgehalten.

Aufgrund dieses Ansatzes nimmt die Fallgruppe der Lieferketten bei der Darstellung von Preisbegrenzungsmaßnahmen im Rahmen von § 14 GWB a.F. den breitesten Raum ein. Dies sicher nicht nur, weil es sich um die klassische Fallgruppe einer vertikalen Preisbindung handelt, sondern weil sich das Thema der diskutierten Ausnahmen vom Tatbestand her am geeignetsten im Zusammenhang mit dieser Fallgruppe integrieren lässt. Neben der „Formel von den institutionellen Gegebenheiten“, die sich – obwohl zunehmend für nahezu alle der besprochenen Fallgruppen diskutiert – in ihrem Ursprung aus dieser Fallgruppe entwickelt hatte, galt dies auch für den möglichen Ausnahmetatbestand des Art. 34 AEUV: Dieser Ausnahmetatbestand knüpft nämlich an die Sachverhalte an, die sich ursprünglich mit dem Problem der Preisbegrenzungsmaßnahmen befassten und ausschließlich der Fallgruppe der Lieferketten zuzuordnen

waren. Die ausführlichen Erörterungen zu Art. 34 AEUV[19] in der Darstellung sind gewollt, mag ihre seinerzeitige Aktualität auch ein wenig von den legislativen Entwicklungen sowohl im deutschen als auch im europäischen Kartellrecht überholt worden sein: Einerseits sind sie als „Brückenkopf" zur Struktur und Systematik des Europarechts, das ja an einer späteren Stelle gesondert behandelt werden soll, für die Einordnung der Gesamtthematik von besonderem Interesse. Zum anderen war die Entscheidung des EuGH zu „Mars"[20] der Ausgangspunkt für diese Dissertation.

Durch die zwischenzeitlich in Kraft getretene VO Nr. 1/2003 ist zwar nunmehr klargestellt, dass bei Bejahung der Zwischenstaatlichkeitsklausel des Art. 101 Abs. 1 AEUV diese Vorschrift insgesamt als abschließend zu bewerten ist und das nationale Kartellrecht vollständig verdrängt. Vor Inkrafttreten dieser Verordnung konnte eine Vereinbarung, die nicht in den Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV fiel, auch keine Sperrwirkung gegenüber dem nationalen Recht entfalten. Nur im Falle einer Gruppen- oder Einzelfreistellung durch die Kommission mussten die nationalen Wettbewerbsregeln zurücktreten.[21] Seither ist die Anwendbarkeit von strengeren nationalen Wettbewerbsregelungen nach Art 3 Abs. 2 VO Nr. 1/2003 auch schon dann gesperrt, wenn der Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV bei Maßnahmen, die die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllen, nicht gegeben ist.[22] Da die Zwischenstaatlichkeitsklauseln in Art. 34 AEUV und Art. 101 Abs. 1 AEUV weitgehend identisch[23] sind, können solche Fallgestaltungen künftig nur noch am Maßstab von Art. 101 Abs. 1 AEUV gemessen werden.

---

19 Vgl. hierzu die Ausführungen auf 115 ff.

20 EuGH, Urteil vom 06.07.95 – Rechtssache C – 470/93 „Mars" abgedruckt in WRP 1995, 677.

21 Zum Verhältnis zum deutschen Kartellrecht: Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 85ff.

22 Lampert, Rn. 104; Weitbrecht, EuZW 2003, 69 (70f.); Hossenfelder/Lutz, WuW 2003, 119 (120f.).

23 Vgl. zum Begriffsverständnis: Stockenhuber, in Grabitz/Hilf, Art. 101 AEUV, Rn. 209ff.

Dennoch lohnt sich nach wie vor der vergleichsweise detaillierte Blick auf das nationale Kartellrecht samt seiner jüngeren Entwicklungsgeschichte: Im Gegensatz zu anderen kartellrechtlichen Gebieten – beispielsweise dem Recht der Unternehmenszusammenschlüsse – kommt dem nationalen Kartellrecht hier noch eine wichtige Funktion zu. Gerade die Vielzahl an jüngeren Entscheidungen zeigt deutlich, dass im Bereich der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen von einer vollständigen Überlagerung durch das EU-Wettbewerbsrecht noch immer nicht die Rede sein kann. An diesem Umstand ändert auch die zwischenzeitliche Geltung der VO Nr. 1/2003 wenig. Trotz der weiteren Zurückdrängung des Anwendungsbereichs des nationalen Kartellrechts bleiben dessen Regelungen weiterhin maßgeblich für Sachverhalte, die keine Auswirkungen auf andere Mitgliedsstaaten haben. Die Tatsache, dass Vertriebskonzepte und Vertriebsstrukturen oft Rücksicht auf die Besonderheiten eines nationalen Markts nehmen müssen und daher von Mitgliedsland zu Mitgliedsland variieren, mag ein Grund dafür sein.[24]

Eine weitere Ursache für die nach wie vor praktische Relevanz des nationalen Kartellrechts im Rahmen von Preisbindungsverboten könnte darin liegen, dass im Bereich der kartellrechtlich umstrittenen Regulierungsabkommen[25] von Versicherungsgesellschaften solche Abkommen in der dargestellten Form für den jeweiligen nationalen Markt einmalig sind. Soweit es um Regulierungsabkommen geht, die das Gesundheitswesen betreffen, ist dies selbstredend. Aber auch Regulierungsvereinbarungen im Bereich des Unfallersatzwagengeschäfts knüpfen an die schadensrechtlichen Gegebenheiten in einem bestimmten Rechtskreis an und hier gibt es bekanntermaßen innerhalb der Europäischen Union noch beträchtliche Unterschiede.

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, dass einige Fallgestaltungen zu § 14 GWB a.F. das Handeln von juristischen Personen des öffentlichen Rechts auf den Prüfstand stellen. In der Mehrzahl der Fälle geht es hierbei aber um kommunale Rechtsträger,

---

24 Schulte, WRP 2005, 1500 (1502) sieht dies wohl ein wenig skeptischer.

25 Vgl. hierzu die Ausführungen auf 188 ff.

deren Handlungsmotivation überwiegend von Fürsorgeaspekten geprägt ist. Hier sorgte die 8. GWB-Novelle dafür, dass öffentlich-rechtliche Gebühren der Missbrauchsaufsicht entzogen wurden, was insbesondere zugunsten der kommunalen Wasserwerke wirkte, vgl. dazu § 31 GWB. Die spezielle Missbrauchsaufsicht über Strom- und Gaspreise wurde dagegen bi 2017 verlängert, §§ 131 Abs. 1 i. V. m. 29 GWB).

Von besonderem Interesse dürfte jedoch die am Schluss dieser Arbeit untersuchte These sein, inwieweit das deutsche Kartellrecht nach den jüngsten Novellen im Bereich der Preisbegrenzungsmaßnahmen, die zuvor unter § 14 GWB a.F. diskutiert wurden, sein erklärtes Ziel der Harmonisierung mit dem EU-Wettbewerbsrecht wirklich erreicht hat.

**II) Themenabgrenzung**

Zentrale Parameter einer marktwirtschaftlichen Ordnung sind Angebot und Nachfrage. Angebot und Nachfrage bestimmen den Preis oder sollten ihn jedenfalls bestimmen. Der Preis ist nicht nur das Ergebnis einer nüchternen betriebswirtschaftlichen Kalkulation. Im Preis sind die Nachfrage und die Wertschätzung abgebildet, die ein bestimmtes Produkt seitens des breiten Publikums bzw. seitens des Verbrauchers zu einer bestimmten Zeit erfährt. Der Preis macht die Wertschätzung, die ein bestimmtes Produkt in einem bestimmten Zeitpunkt erfährt, sichtbar, transparent und nachvollziehbar. Der Preis ist damit ein zentrales Instrument der Kommunikation im marktwirtschaftlichen Wettbewerb. Zugleich ist der Preis eine zentrale volkswirtschaftliche Richtgröße: Der Preis korreliert mit Inflation, Geldmengenstabilität und ist bei der Messung des Bruttoinlandsproduktes (BIP) essentieller Indikator für die Stärke einer Volkswirtschaft. Unter den Bedingungen eines freien Marktes durch Angebot und Nachfrage gebildete Preise tragen letztlich dazu bei, dass die Politik insbesondere bei Fragen der Wirtschaftsordnung eine klare Beurteilungs- und Entscheidungsgrundlage hat. All diese Funktionen sind indessen nur dann gewährleistet, wenn sich die Preise wirklich im Zusammenwirken von Angebot und Nachfrage bilden können.

Unter den Bedingungen der Globalisierung, da zahlreiche Marktteilnehmer nicht nur mit sinkenden Margen, sondern auch ansonsten verschärften Wettbewerbsbedingungen konfrontiert sind und eine Durchsetzung über den Preis zunehmend schwerer wird, begibt man sich auf die Suche nach neuen Wegen und Möglichkeiten, um die Gunst der Nachfrageseite zu erlangen. So ist hierzulande spätestens seit der Millenniumswende zu konstatieren, dass sich Anbieter - mitunter über Branchengrenzen hinweg - zu Einkaufsgemeinschaften oder vergleichbaren Kooperationen zusammenschließen, um auf der Beschaffungsseite größeren Einfluss auf die Preisgestaltung zu erlangen. Auf der Absatzseite schließen sich Unternehmen zusammen, um Vertriebs- und Logistikkosten zu sparen. All diesen Strategien liegt der Glaube daran zu Grunde, den mitunter hart umkämpften Markt über wirtschaftliche Größe und Konzentration zu seinen Gunsten beeinflussen zu können. Ist ein bestimmtes Produkt in seinen wesentlichen Merkmalen vergleichbar oder ist es gar identisch, so ist eine Durchsetzung über die objektiven Produktmerkmale kaum möglich. Eine Durchsetzung im Wettbewerb ist allenfalls über die Marke, objektiv nur eingeschränkt messbare Merkmale wie beispielsweise eine bestimmte Einkaufsatmosphäre (Erlebnis-Shopping), eine Vereinfachung der Produktbeschaffung aus Sicht des Verbrauchers (One-stop-shopping[26]) oder eben den Preis möglich. Kommt nur eine Durchsetzung über den Preis in Betracht, so hat dies mitunter einen ruinösen Preiswettbewerb (*race to the bottom*) zu Folge, den - wie jüngst im Lebensmittelsegment - dauerhaft kaum ein Anbieter gewinnen kann und der nicht selten mit sinkenden Löhnen oder gar dem Verlust von Arbeitsplätzen einhergeht. Kooperationen zwischen Anbietern und die damit einhergehende strukturelle Überlegenheit führen vor dargestelltem Hintergrund nicht selten zu Preisabsprachen. Der Preis ist in diesem Falle nicht mehr (ausschließlich) das Ergebnis eines freien Zusammentreffens von Angebot und Nachfrage in einem bestimmten Zeitpunkt, sondern das Diktat wirtschaftlicher Macht. Unter den Bedingungen der Globalisierung werden Markt und Wettbewerb nicht selten als Veranstaltung gebrandmarkt, die soziale Erfor-

---

[26] Unter dem Schlagwort des „*one stop shoppings*“ ist in jüngster Zeit die umfassende Versorgung eines Verbrauchers mit einem Bündel von Produkten und Dienstleistungen bekannt geworden, die es dem Abnehmer erspart, verschiedene Versorgungseinrichtungen anzusteuern, und die ihm infolgedessen einen effizienten Einsatz seiner zeitlichen und organisatorischen Ressourcen ermöglicht.

dernisse außer Acht lässt. Dem muss nach diesseitiger Ansicht entgegengehalten werden, dass ein funktionierender Wettbewerb als Kernelement eines freien Marktes für stabile Preise sorgt und - da ein Wettbewerb über den Preis dauerhaft nicht gewonnen werden kann - Motor von Innovation und Fortschritt ist. Unternehmen, die eine Durchsetzung im Wettbewerb nicht über den Preis, sondern über (technische) Innovationen suchen, haben nicht nur eine realistische Chance, dass das in „ihrem“ Produkt verkörperte Know-how dem Schutz der Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG[27]) unterfällt. Sie haben überdies die Chance, dass sich das in „ihrem“ Produkt verkörperte Know-how zum Exportschlager entwickelt und dadurch - nicht nur hierzulande - Arbeitsplätze schafft.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) schützt vor dargestelltem Hintergrund nicht nur den Verbraucher, sondern zielt auf den Schutz und den Erhalt eines freien Wettbewerbs für sich genommen. Im Zuge der fortschreitenden europäischen Integration ist es durch die 7. GWB-Novelle am 01.07.2005 der europäischen Zwischenstaatlichkeitsklausel des Art. 101 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Gemeinschaft (AEUV) angepasst worden. Zu den wesentlichen Anpassungsinhalten zählt, dass das bis dahin in § 14 Abs. 1 GWB ausdrücklich fixierte Verbot von Vereinbarungen über Preisgestaltung oder Geschäftsbedingungen gestrichen wurde und der Schutz der freien Preisbildung nunmehr über die Generalklausel des § 1 GWB gewährleistet wird. Danach sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen verboten, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Ausnahmen von diesem Verbot gelten nach § 2 GWB (Vereinbarungen zur Verbesserung der Warenerzeugung oder Warenverteilung oder zur Förderung des technischen oder wissenschaftlichen Fortschritts unter angemessener Beteiligung des Verbrauchers), § 3 (Mittelstandskartelle) sowie - last but not laest - Zeitungen und Zeitschriften. Bei der Freistellung von Zeitungen und Zeitschriften geht es darum, dem Verbraucher in allen Teilen des Bundesgebietes

---

[27] Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) v. 23.05.1949 in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 29.07.2009 (BGBl. I 2009, S. 2248).

gleichermaßen eine Chance zur Teilhabe am (tagesaktuellen) öffentlichen Diskurs zu ermöglichen.

Als (weitere) wesentliche Neuerungen des GWB, die mit der 7. GWB-Novelle vom 01.07.2005 verbunden sind und mitunter als „Paradigmenwechsel" bezeichnet werden, sind der verstärkte Gleichlauf des nationalen Wettbewerbsrechts mit dem europäischen Wettbewerbsrecht und insbesondere der Zwischenstaatlichkeitsklausel des Art. 101 Abs. 1 AEUV (verstärkte Integration des nationalen in das europäische Wettbewerbsrecht), der Wegfall der bis dahin maßgeblichen Differenzierung zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen sowie die Einbeziehung abgestimmter Verhaltensweisen zwischen Unternehmen (§ 1 Var. 3 GWB n.F.) zu nennen. Der angestrebte Gleichlauf von nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht wird dabei bereits durch die in wesentlichen Teilen wörtliche Übereinstimmung zwischen § 1 GWB n.F. und Art. 101 Abs. 1 AEUV erreicht. Die Erstreckung auf abgestimmte Verhaltensweisen spricht dafür, dass eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung i.S. von §§ 241 Abs. 1, 311 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB)[28] zwischen den Akteuren nicht erforderlich ist. Der übereinstimmende Wortlaut von § 1 HS. 3 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 HS. 4 AEUV „bewirken" spricht dafür, dass die Verbotsnorm bereits dann eingreift, wenn von der Vereinbarung eine ökonomisch messbare Veränderung der freien Preisbildung ausgeht. Insoweit erscheint es erforderlich und aus Gründen der Verständlichkeit auch zweckmäßig, in vorliegender Darstellung ergänzend auf einige betriebswirtschaftliche und volkswirtschaftliche Aspekte einzugehen, die mit dem Problem der Preisabsprachen verbunden sind.

Spätestens seit 2002, das als „*annus horibilis*" der Generaldirektion Wettbewerb Eingang in die jüngere europäische Wirtschaftsgeschichte gefunden hat, kommt insoweit

---

[28] Bürgerliches Gesetzbuch v. 18.08.1896 (RGBl. 195), i.d.F. v. 02.01.2002 (BGBl. 2002 I, S. 42 ber. S. 2909; BGBl. 2003 I, S. 738); zuletzt geändert durch G v. 28.9.2009 (BGBl. I 2009, S. 3161).

dem „more economic approach“[29] eine wachsende Bedeutung zu.[30] Der „more economic approach“, dessen praktische Durchsetzung vor allem auf die Modelle der *Post-Chicago-Economics* zurückgeht, steht - unabhängig vom materiellen Gehalt der Forschung - in erster Linie für die gestiegene Bedeutung moderner wirtschaftswissenschaftlicher Forschung für die Rechtssetzung und Rechtsanwendung.[31] Während sich dieser Bedeutungswandel methodisch insbesondere in einem überarbeiteten Analyseverfahren für wettbewerbliche Fragestellungen niederschlägt, geht es inhaltlich um das Bemühen einer differenzierteren Untersuchung der Markt- und Wettbewerbsmechanismen in der konkreten Konstellation.[32] Konkrete Ausformungen hat dieser neue Ansatz, der später noch umfassender Betrachtungsgegenstand der vorliegenden Darstellung sein wird, in der Ernennung sog. Chefökonomen in der Generaldirektion Wettbewerb und im Bundeskartellamt, aber auch in Rechtsregeln sowie in behördlichen Leitlinien, Veröffentlichungen und konkreten Entscheidungen gefunden.[33]

Unter den Bedingungen des freien Wettbewerbs führt ein Preisanstieg infolge gestiegener Nachfrage gewöhnlich dazu, dass die Nachfrage nachlässt: Mit dem Absatz des jeweiligen Produktes sinkt infolgedessen auch der Umsatz. Die betriebswirtschaftlichen Entscheidern sind hier mit dem Problem der Preiselastizität der Nachfrage konfrontiert. Die Preiselastizität der Nachfrage gibt an, wie sich die Nachfrage nach einem Gut verändert, wenn der Preis für dieses Gut um einen bestimmten Betrag erhöht oder gesenkt wird, und misst die Reaktion der Nachfrage auf Preisänderungen.[34] Mitunter konzentriert sich die Fragestellung, bei welchem Preis sich das beste betriebswirtschaftliche Ergebnis erzielen lässt, auf eine mathematische Kurvendiskussion, bei der

---

29 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*C.Becker/ Knebel*, Wettbewerbsrecht, 2008, § 36, Rn. 11; Oberender-*Oberender*, „more economic approach“, 2008, S. 1 f.; *Podszun*, WRP 2009, S. 509 ff.; *Schmidtchen*, WuW 2006, S. 6 ff.; *Schuhmacher*, FS Straube, 2009, S. 409 ff.; *Schwarze-Brinker*, EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 9, 40.

30 Vgl. *Podszun*, WRP 2009, S. 509, 513.

31 Vgl. *Podszun*, WRP 2009, S. 509, 513.

32 Vgl. *Podszun*, WRP 2009, S. 509, 513.

33 Vgl. *Podszun*, WRP 2009, S. 509, 513.

34 Vgl. *Thommen/ Achleitner*, Betriebswirtschaftslehre, 2006, S. 224.

insbesondere die sog. Laffer-Kurve[35] bedeutsam ist. Bei Produkten im Hochpreissegment (z. B. Automobile im Premium-Segment, Werkzeugmaschinen, Flugzeuge) sind die Margen bereits deshalb besser, weil die Transaktionskosten[36]/Stück kleiner sind. Um gute Margen zu erzielen, müssen im mittleren und Niedrigpreissegment demgegenüber beträchtliche Stückzahlen verwirklicht werden. Wird dabei im Rahmen von Preisbegrenzungsabsprachen Einfluss genommen, wird nicht selten die Funktion des Preises als Instrument einer im Idealfall transparenten marktwirtschaftlichen Kommunikation und als essentieller volkswirtschaftlicher Indikator beeinträchtigt.

Das § 1 GWB unterfallende Verbot von Preisbegrenzungsabsprachen dient vor dargestelltem Hintergrund nicht nur dem Anliegen eines wirksamen Verbraucherschutzes - der mündige Verbraucher als Akteur einer demokratischen Wirtschaftsverfassung, in der vernünftige Entscheidungen über die Annahme oder Ablehnung eines Angebotes größtmögliche Transparenz von Leistung und Gegenleistung bestimmen, setzt „authentische“ Preise voraus -, sondern dient vor allem dem Anliegen eines funktionsfähigen Wettbewerbes als grundlegende Voraussetzung von Fortschritt und Innovation. Der funktionsfähige Wettbewerb ist betroffen, sobald Nachfrageverhalten und Wertschätzung eines bestimmten Produktes nicht mehr zutreffend im Preis abgebildet werden. Die Unterbindung von Preisbegrenzungsabsprachen zum Erhalt eines funktionsfähigen Wettbewerbs ist nicht nur ein marktwirtschaftliches Anliegen. Sie ist ein zutiefst soziales Anliegen, indem sie die Nachfrageseite und insbesondere den Verbraucher vor einer Machtkonzentration der strukturell überlegenen Anbieterseite schützt. Sie schützt den Verbraucher in seiner Funktion, im Rahmen vernunftbezogener Ent-

---

35 Nach diesem aus der Steuerlehre bekannten Modell, dessen Name auf den US-Ökonomen *Arthur Laffer* zurückgeht, liegt am „Gipfel“ der optimale Wert, bei dem das Unternehmen den größtmöglichen Ertrag erzielt. Die Überschreitung des „Gipfels“ durch einen weiteren Preisanstieg führt zu einem schlechteren Ertrag, vgl. *Greive*, DIE WELT v. 17.10.2009, S. 12.

36 Transaktionskosten sind diejenigen Kosten, die für die Durchführung einer Transaktion notwendig sind, vgl. Köhler/Küpper/Pfingsten-*Jost*, Betriebswirtschaft, 2007, S. 782, 783; zu den Transaktionskosten zählen insbesondere die Informationskosten sowie die Kommunikations- und Koordinationskosten wie beispielsweise Suchkosten, Anbahnungskosten, Vereinbarungskosten, Abwicklungskosten, Anpassungskosten und Kontrollkosten, vgl. Köhler/Küpper/Pfingsten-*Dietl*, Betriebswirtschaft, 2007, S. 1750, 1751.

scheidungen eigenverantwortlich über die Werthaltigkeit von Produkten zu entscheiden.[37] Sie dient dem Anliegen einer ausgewogenen Machtbalance zwischen Angebotsseite und Nachfrageseite. Auf diese Aspekte der Preisbegrenzungsabsprachen wird vorliegend einzugehen sein.

# 2. Kapitel: Die rechtliche Beurteilung von Preisbegrenzungsmaßnahmen im Hinblick auf das Preisbindungsverbot nach § 14 GWB a.F.

Ausgangspunkt der Untersuchung und Gegenüberstellung der verschiedenen Rechtsordnungen soll das deutsche Recht vor Inkrafttreten der einschneidenden 7. GWB-Novelle sein, um auf diese Weise ein Fundament für die Beurteilung der aktuellen relevanten Regelungen zu schaffen.

Abreden zwischen zwei oder mehreren Wirtschaftssubjekten über die Preisgestaltung, die sich nicht strikt auf den reinen Austausch von Gütern zwischen den Beteiligten beziehen, waren und sind aus kartellrechtlicher Sicht suspekt. Folglich bedürfen sie in jedem Fall einer genaueren Betrachtung. Dabei kommt es zunächst einmal nicht darauf an, ob die Beteiligten sich auf derselben oder einer unterschiedlichen Wirtschaftsstufe befinden und es ist auch nicht von Bedeutung, ob sie einen Austauschvertrag oder eine andere Form der Vereinbarung geschlossen haben.

Im folgenden Abschnitt soll dargestellt werden, inwieweit im Anwendungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vor dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle Abreden, denen der Versuch einer Preisbegrenzung immanent ist, zwischen Unternehmen zulässig waren, die auf verschiedenen Wirtschaftsstufen stehen. Da der gewählte Ausdruck bereits sprachlich unweigerlich Assoziationen mit einer Preisbindung hervorruft, soll sich die kartellrechtliche Prüfung auch ausschließlich an

---

[37] Vgl. auch *Drexl*, Selbstbestimmung, 1998, S. 300; *Podszun*, WRP 2009, S. 509, 515.

§ 14 GWB a.F. orientieren. Es sei an dieser Stelle aber ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Preisbegrenzungsmaßnahmen auch zwischen Unternehmen, die auf derselben Wirtschaftsstufe stehen, oder aufgrund anderer Tatbestände kartellrechtlich von erheblichem Interesse sein können.[38]

Wie bereits ausgeführt, war § 14 GWB a.F. die zentrale Norm für Regelungen, die sich mit Preisbindungen befassen. Konkret hat die Vorschrift folgenden Wortlaut:

"*Verträge zwischen Unternehmen über Waren oder gewerbliche Leistungen, die sich auf Märkte innerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes beziehen, sind verboten, soweit sie einen Beteiligten in der Freiheit der Gestaltung von Preisen oder Geschäftsbedingungen bei solchen Vereinbarungen beschränken, die er mit Dritten über die gelieferten Waren, über andere Waren oder über gewerbliche Leistungen schließt*."

Der Wortlaut dieser inzwischen in dieser Form nicht mehr gültigen Vorschrift war durch die 6. GWB-Novelle, die am 01.01.1999 in Kraft trat und ebenfalls bereits weitreichende Neuerungen beinhaltete, weitgehend unberührt geblieben. Die Stellung im Gesetz hatte sich geringfügig verschoben, da diese Regelung in der alten Fassung des GWB in § 15 GWB enthalten war, wie bei der Besprechung einer Vielzahl von Entscheidungen, die vor der Gesetzesnovelle ergingen, ersichtlich sein wird.

### A) Eröffnung des Anwendungsbereichs von § 14 GWB a.F.

Es bestand seinerzeit weitgehend Einigkeit, dass das deutsche Kartellrecht auch nach der 6. GWB-Novelle eine Unterscheidung zwischen sog. Horizontalvereinbarungen und Vertikalvereinbarungen treffen wollte.[39] Der Gesetzgeber bewies diesen Willen zur Unterscheidung bereits mit der Überschrift für den 2. Abschnitt des 1. Teils des Gesetzes, die den Titel Vertikalvereinbarungen trug. Diese Terminologie fand indes in

---

38 Vgl. hierzu insbesondere die Ausführungen auf 43 ff.

39 Bunte, DB 1998, 1748 (1749).

der ursprünglichen Fassung des Gesetzeswortlauts vor der 6. GWB-Novelle keinerlei Niederschlag, sondern war Ausfluss der seinerzeit herrschenden Auffassung in der Literatur.

Der zuvor erwähnte Abschnitt hatte vor der 6. GWB-Novelle noch die Überschrift ”Sonstige Verträge” getragen, was von Teilen des Schrifttums[40] auch nach jener Gesetzesnovelle noch als die treffendere Bezeichnung angesehen wurde, da in den Anwendungsbereich der Vorschriften von §§ 14 ff. GWB (bzw. §§ 15 ff. GWB a.F.) alle Verträge bzw. Vertragsbestandteile fallen, die nicht bereits von §§ 1 ff. GWB erfasst sind.

Mit der Lektüre von § 14 GWB a.F. allein ließ sich jedoch gerade im Hinblick auf Vereinbarungen, die als Austauschverträge gestaltet wurden, in einigen Fällen nicht feststellen, ob die Vorschrift bei formaler Bejahung sämtlicher Tatbestandsmerkmale auch automatisch anwendbar war oder ob nicht in bestimmten Fällen trotz Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen die Vorrangigkeit des Kartellverbots von § 1 GWB a.F. diesen Umstand überlagerte; ein solcher Umstand hätte möglicherweise mittels eines Rückgriffs auf Tatbestandsmerkmale in § 1 GWB a.F. abgeleitet werden können. In concreto bot sich an, diese negative Abgrenzung über das von den „*miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen*” sprechende Tatbestandsmerkmal in § 1 GWB a.F. als besagtes Abgrenzungsmerkmal heranzuziehen. Hinter diesem Ansatz, der nachfolgend untersucht wird, verbirgt sich jedoch eine lange kartellrechtliche Kontroverse.

### I) Meinungsstand vor der 6. GWB-Novelle

Vor der 6. GWB-Novelle sprach § 1 GWB a.F. noch von dem „*gemeinsamen Zweck*”. Diese Formulierung hatte bis zu ihrem Wegfall eine äußerst bewegte Auslegungshistorie[41] gehabt und war Gegenstand teilweiser heftiger Kontroversen, verbunden mit

---

40 Emmerich, 13f.; a.A. offenbar Karsten Schmidt, in FS für Sandrock, 833 (836).

41 Siehe hierzu grundlegend Vogel, 24 ff.

dem Ringen in Rechtsprechung und Literatur, diesem Tatbestandsmerkmal einen Sinn zu geben.[42] Seine Bedeutung blieb bis zum Schluss nicht unumstritten. Einigkeit bestand nur insoweit, als anerkannt wurde, dass für den Begriff des gemeinsamen Zwecks ein Merkmal existieren müsse, das § 1 GWB a.F. von §§ 15 ff. a.F. GWB abgrenzen könne.

Die Meinungsverschiedenheiten bestanden nicht nur darin, wie das Merkmal selbst auszulegen sei, sondern ob dieses Merkmal überhaupt einen Sinn mache und nicht durch ein eigenes Merkmal zu ersetzen sei, welches dann an die Stelle des gemeinsamen Zwecks treten solle.[43] Zweifel bestanden weiterhin darüber, ob die Abgrenzung zwischen den genannten Normen vorrangig über dieses Merkmal in § 1 GWB a.F. vorzunehmen sei oder nur im Zusammenspiel mit §§ 15 ff. GWB a.F. oder möglicherweise sogar vorrangig von den letztgenannten Vorschriften aus zu erfolgen habe.[44]

### 1) Die Entwicklung der Rechtsprechung nach Inkrafttreten des GWB

In der Rechtsprechung orientierte man sich anfänglich aufgrund der sprachlichen Identität an § 705 BGB[45], später wurde von gleichgerichteten Interessen[46] gesprochen. Diese Formel entwickelte die Rechtsprechung in verschiedenen Entscheidungen[47] fort, wobei die Praxis über die Jahrzehnte hinweg keineswegs immer kontinuierlich und

---

42 Vgl. hierzu grundlegend Wilhelm, ZHR 150, 321 ff.

43 K. Schmidt, Kartellverbot, 55.

44 Unklar insoweit Wilhelm ZHR 150, 324, der die Auffassung vertrat, dass das Zusammenspiel von §§ 15 GWB ff. a.F. vor der 6. GWB-Novelle mit § 1 GWB a.F. vor der 6. GWB-Novelle die erwähnte sinnvolle Regelung ergeben müsse. Auf 341 führt er dann jedoch aus, dass unter den Begriff des gemeinsamen Zwecks von vornherein nur solche Verträge fallen können, die nicht unter den Anwendungsbereich des § 18 GWB a.F. fallen. Weiterhin spricht er sich auf 348 für eine extensive Auslegung des § 18 GWB a.F. aus. Dies läuft im Ergebnis jedoch darauf hinaus, dass der gemeinsame Zweck vorrangig über §§ 15 GWB ff. a.F. zu bestimmen ist; zur insoweit berechtigten Kritik an der Auffassung Wilhelms, vgl. Niederleithinger, in FS für Benisch, 277 (290).

45 BGHZ 31, 105 (110) = WuW/E BGH 359 ff „Glasglühkörperentscheidung“.

46 BGHZ 68, 6ff. = WuW/E BGH 1458 ff.“Fertigbeton“; zustimmend zu der Formel von den gleichgerichteten Interessen, Ebel, WuW 1979, 792, 794.

47 BGHZ 68, 6 (9) „Holzpaneele“; WuW/E BGH 2085 „Strohgäu“.

berechenbar[48] gewesen ist, und präzisierte sie so lange, bis in dem „Spielkarten-Urteil“[49] nun im Zusammenhang mit dem Begriffspaar horizontal / vertikal auf die Art der Wettbewerbsbeschränkung abgestellt wurde.[50] Das Merkmal des gemeinsamen Zwecks und damit der Tatbestand von § 1 GWB a.F. sollten nun entfallen, wenn eine horizontale Beschränkung des Wettbewerbs nicht bejaht werden könne.[51]

### 2) Die Entwicklungen der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „zu einem gemeinsamen Zweck“ innerhalb der Literatur

Auch das Schrifttum widmete dem Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zwecks in § 1 GWB a.F. große Aufmerksamkeit. Seine Lösungsvorschläge gingen zunächst von anderen Ansätzen aus als die oben skizzierte Rechtsprechung und auch innerhalb der Literatur herrschten grundlegende Meinungsverschiedenheiten über den Umgang mit dem als problematisch erkannten Tatbestandsmerkmal. Diese reichten vom Bemühen, dem Tatbestandsmerkmal aus sich heraus einen Sinn zu geben und es auf die Wettbewerbsbeschränkung beziehen zu wollen[52], bis zur Auffassung, dass der Wortlaut des Tatbestandsmerkmals logisch und sachlich verfehlt sei und der Tatbestand durch ein eigenes Merkmal im Gesetz ersetzt werden solle.

Der Weg, den die Mehrheit des damaligen Schrifttums bei der Einordnung des Merkmals vom gemeinsamen Zweck einschlug, unterschied sich insbesondere methodisch weniger in den sachlichen Ergebnissen von der zuvor erwähnten Entwicklung in der Rechtsprechung.

---

48 Als Beispiele hierfür seien WuW/E BGH 1597 (1599) ”Erbauseinandersetzung” und WuW/E BGH 1600 (1601) ”Frischbeton” genannt; hierzu auch die Kritik von Ulmer, NJW 1979, 1585 f., der die Entscheidung für systematisch verfehlt hält und in ”Frischbeton” einen Rückschritt im Vergleich zu ”Fertigbeton” sieht; ebenso K. Schmidt, BB 1979, 1173 (1174).

49 WuW/E BGH 2285.

50 Niederleithinger, FS für Benisch, 277 (288 f.) sieht trotz Zustimmung im Ergebnis ein Begründungsdefizit für die Auffassung der Rechtsprechung.

51 Natürlich konnte auch vor dieser Entscheidung trotz eines Austauschvertrags ein gemeinsamer Zweck vorliegen. Allerdings konnte nach der „Spielkarten-Entscheidung“ der Begriff „horizontal“ nicht mehr per se im Zusammenhang mit einem Austauschvertrag ausgeschlossen werden.

52 Ablehnend zu diesem Ansatz Ebel, WuW 1979, 792 (793, 796).

Die in dem zuvor besprochenen „Spielkartenfall“ für maßgeblich gehaltene Abgrenzung zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen wurde von der Literatur[53] schon seit Mitte der siebziger Jahre als das geeignete Instrument zur Ausfüllung des Tatbestandsmerkmals des gemeinsamen Zwecks nach § 1 GWB a.F. angesehen.[54]

Nach dieser Auffassung sollte es für die Existenz eines gemeinsamen Zwecks i.S.v. § 1 GWB a.F. vor der 6. GWB-Novelle alleine ausreichen, wenn der aktuelle oder potentielle Wettbewerb beschränkt werde.[55]

Konsequenterweise kam es somit nicht darauf an, ob ein Wettbewerbsverbot in einem Austauschvertrag oder in einem Gesellschaftsvertrag vereinbart wurde. In beiden Fällen sollte nämlich eine Wettbewerbsbeschränkung zu sehen sein, die als solche genüge, um unter den Tatbestand von § 1 GWB a.F. vor der 6. GWB-Novelle zu fallen.[56] Man sprach insoweit von einem sog. kartellrechtsfunktionalen Ansatz.[57]

Auch wenn es auch innerhalb der Vertreter dieser Grundlinie zu unterschiedlichen Auffassungen im Detail kam, was insbesondere durch das Echo in der Literatur im Fall ”Krankenhauszusatzversicherung”[58] zu Tage kam, so erachtete irgendwann die überwiegende Auffassung im Schrifttum es für ausreichend, wenn es sich bei einer Abrede

---

53 Diese Lehre wurde zunächst von Steindorff BB 1977, 570 ff., K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches Recht 1977, 8 ff., 32 ff, der sich insbesondere für eine „Emanzipation des Kartellrechts vom Zivilrecht ausspricht, sowie von Ulmer NJW 1977, 805 vertreten.

54 Niederleithinger, FS für Benisch, 277 (288) spricht von einer unerwähnten Übernahme der Ansicht Karsten Schmidts in der „Spielkarten-Entscheidung“.

55 K. Schmidt, Kartellverbot, 57, 195; ders. ZHR 149, 6.

56 Steindorff BB 1977, 570, 571; K. Schmidt ZHR 149, 6.

57 Immenga, in I/M, § 1 Rn. 153 ff.

58 WuW/E BGH, 1361.

überhaupt um eine Absprache handele, die ”das Marktverhalten von Unternehmen als Angehörige derselben Wirtschaftsstufe betrifft.”[59]

Für die grundsätzliche Anwendbarkeit von § 1 GWB a.F. vor der 6. GWB-Novelle sollte es demnach ausreichen, dass eine Vereinbarung zwar nicht in die Wettbewerbschancen der Beteiligten eingreift (sog. Beschränkungen ”*inter partes*”), aber die Wettbewerbschancen von an der Vereinbarung nicht beteiligten Dritten beeinträchtigen würde.[60]

Kritik wurde dabei vor allem an dem von der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungsmerkmal der „*gleichgerichteten Interessen*”[61] geübt, das als untauglich für eine Abgrenzung empfunden wurde. Insbesondere führe dieses Kriterium beim reinen „Abkauf von Wettbewerb“[62] nicht immer zu sachgerechten Ergebnissen im Sinne des erwähnten kartellrechtsfunktionalen Ansatzes. Von einem unzulässigen „Abkauf von Wettbewerb“ soll insbesondere gesprochen werden, wenn ein Unternehmen gegen die Zahlung eines Geldbetrages die Herstellung eines Produkts einstellt, wobei die Abgrenzung zu einem an sich zulässigen Unternehmenskauf fließend sein kann.[63]

Die hier dargestellte Auffassung kam daher durch die extensive Auslegung des Tatbestandsmerkmals des gemeinsamen Zwecks zu einer zunächst sehr weiten Anwendbarkeit des § 1 GWB a.F. Sie sollte im ersten Ansatz jegliche Art von Wettbewerbsbe-

---

59 So ausdrücklich Köhler, ZHR 148, 489.

60 Köhler, ZHR 148, 489, ihm folgend K. Schmidt, ZHR 149, 9f.; FK-Huber/Baums, § 1 a.F., Rn. 457 ff.; entgegen der Vorauflage vertrat Immenga, in I/M, 2. Aufl., § 1, Rn. 228 ff. die Auffassung, dass die Unterscheidung zwischen Beschränkungen unter den Vertragsbeteiligten und der Beschränkung von Drittwettbewerb nicht überbewertet werden dürfe; zu der Rechtslage nach der 6. GWB-Novelle siehe nun Zimmer, in I/M, § 1, Rn. 180.

61 Dieses Merkmal verwendete die Rechtsprechung erstmals in der zuvor erwähnten ”Fertigbeton-Entscheidung”, WuW/E BGH 1458.

62 Zum Begriff vgl. K. Schmidt, Kartellverbot, 29, 47; Ulmer, NJW 1979, 1585 f.

63 WuW/E BGH 2085 „Strohgäu“; FK-Huber/Baums, § 1, Rn. 569; Mäger/Ringe, WuW 2007, 18 (19); a.A. Ebel, § 1 GWB, Rn. 5.

schränkungen erfassen, sei es in einem Gesellschafts- oder aber auch in einem Austauschvertrag. Insbesondere in Fällen von Unternehmenskaufverträgen mit Wettbewerbsverboten wäre nach dieser Auffassung die Vorschrift daher vorbehaltlos anzuwenden gewesen.

Der auf den ersten Blick weite Anwendungsbereich von § 1 GWB a.F. sagte letztlich aber noch nichts darüber aus, dass in jedem dieser Fälle von Wettbewerbsverboten auch wirklich der Tatbestand von § 1 GWB a.F. eingreifen sollte.

In der Tat sollte es nämlich nicht bei der uneingeschränkten Anwendbarkeit von § 1 GWB a.F. für jede Art von Wettbewerbsbeschränkungen bleiben, sondern auch die herrschende Literaturmeinung kam zu der Auffassung, dass insbesondere für den Bereich der Wettbewerbsverbote ein Korrektiv entwickelt werden müsse, das einer zu weiten Ausuferung der Anwendung dieser Vorschrift Einhalt gebieten sollte.

Daher wurde überwiegend die Auffassung[64] vertreten, dass der Tatbestand des § 1 GWB a.F. einer Tatbestandsrestriktion bedürfe. Diese wurde sodann von Vertretern des Schrifttums mit dem Stichwort „Immanenztheorie" versehen.[65] Zahlreiche Definitionsansätze zur Umschreibung der Immanenztheorie wurden entwickelt, die im Kern herausarbeiteten, dass Ergebnisse unhaltbar seien, nach denen praktisch jedes Wettbewerbsverbot in Austausch- oder Gesellschaftsverträgen letztlich eine Anwendung von § 1 GWB a.F. nach sich zöge. [66]

---

64 Kritisch zur Immanenztheorie FK-Huber/Baums, § 1 GWB a.F., Rn. 486 ff.; Möschel, 226 und Wilhelm, ZHR 150, 328 ff. äußern Kritik sowohl an der herrschenden Lehre als auch an der Rechtsprechung

65 Die Bezeichnung selbst geht offenbar auf Rittner, ZHR 143, 90 zurück, der sie aber zunächst nur für Restriktionen im Rahmen des § 18 GWB a.F. im Handelsvertreterbereich verwendete; im Zusammenhang mit einer im Rahmen des § 1 GWB a.F. vorzunehmenden Tatbestandsrestriktion wurde sie erstmals von Steindorff, BB 1977, 570 f. vertreten; ihm folgend u.a. K. Schmidt, Kartellverbot, 79 ff.; ders. ZHR 149, 10 ff.; Zimmer, in I/M, § 1, Rn. 272 f. sowie 293 ff.

66 Einen derartigen Ansatz hat der BGH bereits schon einmal in dem „Kinofall" BGHZ 36, 306 (311 ff.) versucht, indem er Verständnis für Bemühungen im Schrifttum ausdrückte, den Anwendungsbereich von § 1 GWB a.F. einschränken zu wollen; das Gericht tat sich jedoch mit

Dabei wiesen die Vertreter der Immanenztheorie stets darauf hin, dass der Tatbestandsrestriktion innerhalb der Vorschrift eine eigenständige Bedeutung zukomme. Insbesondere sei sie von dem Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zwecks strikt abzugrenzen.[67]

### 3) Die Rechtsprechung am Vorabend der 6. GWB-Novelle

Kurz vor Inkrafttreten der angesprochenen 6. GWB-Novelle kam noch einmal Bewegung in die Diskussion um das später ersetzte Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zwecks, deren Ursache eine Reihe von höchstrichterlichen Entscheidungen zum Themenkreis der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Ausschließlichkeitsbindungen war.

Diese Rechtsprechung knüpfte in ihrer Grundtendenz zwar an die Entwicklung der zuvor skizzierten Rechtsprechung an, führte in der Sache aber auch zu einer Annäherung an die herrschende Literaturansicht, welche die Immanenztheorie befürwortete.

#### a) Die Entscheidung „Bedside-Testkarten“[68]

Den Anfang einer Serie von kurz aufeinander folgenden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs bildete der Fall „Bedside-Testkarten“, in dem es um die Vereinbarung zwischen einem Produzenten von medizinischen Geräten zur Bestimmung der Blutgruppe (sog. Bedside-Testkarten) und einer Vertriebsfirma für solche Geräte ging.

---

dem Versuch einer Begründung schwer und umging im Ergebnis das Kernproblem, inwieweit die Vorschrift eine Tatbestandsrestriktion verlangte.

67 K. Schmidt, ZHR 149, 12 f.; Zimmer, in I/M, § 1, Rn. 293, der diese Ansicht auch nach der Gesetzesreform aufrechterhalten will.

68 BGH WuW/E BGH 3121.

Der Hersteller betraute den Vertreiber in einem sog. „Alleinvertriebsvertrag“ mit dem Alleinvertrieb der Produkte und behielt sich lediglich vor, bestimmte genau bezeichnete Abnehmer direkt zu beliefern. Ansonsten verpflichtete er sich, in einem näher bezeichneten Vertragsgebiet weder weitere Vertragshändler einzusetzen noch selbst dort Bedside-Testkarten zu vertreiben. Umgekehrt verpflichtete sich der Vertreiber, Bedside-Testkarten ausschließlich bei diesem Hersteller zu beziehen.

Der BGH stellte in dieser Entscheidung zunächst klar, dass es für die Bejahung eines gemeinsamen Zwecks nach § 1 GWB a.F. nicht auf die Verfolgung von gleichgerichteten Interessen ankomme und gab damit die Grundsätze der „Fertigbeton-Entscheidung“[69] teilweise auf.[70]

Er hielt aber an den Grundsätzen von „Fertigbeton“ insoweit fest, als er nochmals hervorhob, dass das Merkmal des gemeinsamen Zwecks „eigenständig unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes auszulegen“ sei.

Dennoch schloss sich das Gericht ausdrücklich nicht den Vertretern der Immanenztheorie an, sondern führte aus, dass der Verzicht auf das Merkmal der gemeinsamen Interessen nicht dazu führe, dass eine Vielzahl von Wettbewerbsbeschränkungen in Austauschverträgen unter § 1 GWB a.F. fielen, die zur Vermeidung wirtschaftlich verfehlter Ergebnisse dann wieder über eine Tatbestandsrestriktion aus dem Kartellverbot ausgenommen werden müssten.[71]

---

69 BGHZ 68, 6 ff.

70 Eine Abkehr von den „gleichgerichteten Interessen“ deutete sich aber spätestens seit der „Spielkarten-Entscheidung“, WuW/E BGH, 2285 an; die unterschiedlichen Wertungen, die der BGH bezüglich des Vorwurfs der „Marktaufteilung“ vornahm, arbeitet Schäfer, FS für Ulmer, 991 (995), heraus.

71 WuW/E BGH, 3121 (3125).

Es komme bei Wettbewerbsverboten in Austauschverträgen vielmehr darauf an, ob „bei wertender Betrachtungsweise im Hinblick auf die Freiheit des Wettbewerbs ein anzuerkennendes Interesse“[72] bestehe oder nicht. Mit diesen Aussagen befand sich der BGH demnach wieder ganz auf der Linie von „Fertigbeton“.

Das Gericht sah zwar im konkreten Fall in den vereinbarten Ausschließlichkeitsbindungen eine Wettbewerbsbeschränkung, ordnete diese aber § 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB a.F. zu, der tatbestandlich § 1 GWB a.F. ausschließe. Zwar könne eine Ausschließlichkeitsbindung auch in Ausnahmefällen § 1 GWB a.F. unterfallen, wenn diese Vereinbarung zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen worden sei, doch wurde dies für den konkreten Fall abgelehnt. Die Alleinvertriebsbindung des Vertragshändlers sei jedoch grundsätzlich nur das Korrelat für die Verpflichtung des Herstellers zur ständigen Lieferbereitschaft.

Ferner sah das Gericht auch keine unter § 1 GWB a.F. fallende Marktaufteilung, indem der Hersteller sich vorbehielt, einzelne Abnehmer direkt zu beliefern, da eine derartige Abrede lediglich eine Modifizierung der unter § 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB a.F. fallenden Ausschließlichkeitsbindung sei.

Auf die Problematik der Beschränkung vom potentiellen Wettbewerb ging das Gericht jedoch mit keinem Wort ein.

---

72 WuW/E BGH, 3121 (3125); Bunte, WuW 1997, 857 (858 ff.); Bechtold, NJW 1997, 1959 (1961) ist der Ansicht, dass diese Formel die alten Abgrenzungsschwierigkeiten nicht beseitigt.

**b) „Druckgussteile“**[73]

In der Entscheidung „Druckgussteile“ bestätigte der BGH nochmals die „Bedside-Testkarten-Rechtsprechung“, ging hier jedoch zusätzlich auf die Problematik des potentiellen Wettbewerbs ein.[74]

Hintergrund des Falls war eine sog. Kundenschutzvereinbarung, nach der sich der Hersteller von Druckgussteilen gegenüber seiner auf den Verkauf nicht selbst hergestellter Druckgussteile spezialisierten Vertragspartei verpflichtete, einen bestimmten Kunden der Verkaufsgesellschaft, zu dem diese bereits vor Abschluss der Kundenschutzvereinbarung geschäftlichen Kontakt angebahnt hatte, nicht direkt zu beliefern. Im Gegenzug verpflichtete sich die Verkaufsgesellschaft gegenüber dem Hersteller, die an den bestimmten Kunden gelieferten Druckgussteile nur bei diesem Hersteller zu beziehen.

Der BGH war der Auffassung, dass sich die Vertragsparteien hinsichtlich des Handels mit Druckgussteilen auf dem Markt als potentielle Wettbewerber gegenüberständen, so dass die Vereinbarung danach auch horizontale Wirkungen habe. Er sah allerdings sowohl in der Kundenschutzzusage als auch in der Bezugsbindung nur Instrumente zur Sicherung eines kartellrechtsneutralen Leistungsaustauschs.

Das Gericht hob hierbei unter Berufung auf weite Teile der Literatur[75] hervor, dass es sich bei § 1 GWB a.F. und § 18 GWB a.F. um zwei Tatbestände handelt, die zueinander in einem Exklusivitätsverhältnis stünden, nicht jedoch im Verhältnis von lex specialis zu lex generalis.[76]

---

73 WuW/E BGH, 3115.

74 Schäfer, FS für Ulmer, 991 (993 f.).

75 Huber/Baums, in FK, 3 Aufl., § 1 GWB, Rn. 408; Schwarz, 116 ff.; Peters, 59.

76 Dem zustimmend Bornkamm, FS Geiß, 2000, 539 (547).

### c) „Solelieferungen“[77]

Auch in der sog. „Solelieferung-Entscheidung“ blieb der BGH seinen seit „Bedside-Testkarten“ vertretenen Grundsätzen treu.

In dieser Entscheidung kam jedoch ergänzend hinzu, dass das Gericht sich auch mit der Problematik der Beschränkung von Drittwettbewerb zu befassen hatte. Dabei gelangte der Bundesgerichtshof zu der Auffassung, dass Absprachen, die den Marktzutritt für Dritte als potentielle Wettbewerber einer Vertragspartei erschweren sollen, im Hinblick auf die Zielsetzungen des Kartellrechts nicht zu rechtfertigen seien. Nur in eng begrenzten Ausnahmefällen könne die Beschränkung „zur Durchsetzung eines auch unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Kartellrechts schutzwürdigen Interesses geboten“ sein.[78]

## 4) Sonderproblem Sternverträge und Torsosyndikate

Im Zusammenhang mit der Abgrenzung der horizontalen von den vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen sei abschließend noch auf eine Sonderproblematik hingewiesen, die gerade für die Abgrenzung zwischen § 1 GWB a.F. und § 14 GWB a.F. von entscheidender Relevanz war und auch bis zum heutigen Tage noch unter dem Stichwort „Sternvertrag“ geführt wird. Von einem Sternvertrag spricht man, wenn die Beteiligten auf einer Wirtschaftsstufe nicht miteinander, sondern mit einem identischen Dritten eine Mehrzahl von gleichlautenden Vereinbarungen schließen.[79]

---

77 BGH WuW/E BGH 3137.

78 WuW/E BGH 3137 (3141).

79 Bunte, in Langen/Bunte (9. Auflage), § 1 Rn. 47; ähnlich Zimmer, in I/M, Rn. 186.

**a) Die „ZVN-Entscheidung“**[80]

Die niedersächsischen Zementhersteller hatten nach dem Krieg eine gemeinsame Zementverkaufsstelle („ZVN“) gegründet, über die sämtliche Verkaufs- und Vertriebsaktivitäten der Mitglieder laufen sollten. Dazu gehörten u.a. die Festsetzung genauer und einheitlicher An- und Verkaufspreise für die ZVN, wenn diese Zement von ihren Mitgliedern kaufte und anschließend an dritte Parteien weiterveräußerte. Die Mitglieder des Syndikates hatten ihren Zement ausschließlich unter Einschaltung der ZVN zu verkaufen.

Nachdem der Antrag der Zementhersteller auf eine Erlaubnis zum Zweck der Rationalisierung nach § 5 Abs. 2, 3 GWB a.F. vor der 6. GWB-Novelle endgültig[81] gescheitert war, setzten sie den Betrieb der ZVN unter veränderten Bedingungen durch: Die Andienungspflicht wurde aufgehoben, man spricht insoweit von „Torsosyndikaten“[82], sämtlichen Mitgliedern der ZVN wurde aber eine Meistbegünstigungsklausel eingeräumt.

Ungeachtet dessen sah der Bundesgerichtshof auch in der neuen Konstruktion der ZVN einen Verstoß gegen § 1 GWB in der damaligen Fassung. Es müsse die gesamte Vertriebskooperation der ZVN einheitlich mit ihrem „System von Horizontal- und Vertikalabsprachen“ bewertet werden. Danach komme man zu dem Ergebnis, dass das Konstrukt letztlich nur eine Abrede zwischen Unternehmen auf derselben Wirtschaftsstufe ersetzen solle.

---

80 BGH WuW/E BGH 1367.

81 BGH WuW/E BGH 967.

82 Emmerich, 53.

**b) „Car-Partner“**[83]

Eine weitere bedeutende Entscheidung zu dem Thema Sternverträge erging, ebenso wie die vorangegangenen Urteile zu dem Thema der Wettbewerbsverbote, am Vorabend der 6. GWB-Novelle. Weil sie im Kern Preisbegrenzungsmaßnahmen betrifft, ist sie insbesondere im Hinblick auf die Zielsetzung dieser Arbeit von einigem Interesse.

Im Focus der kartellrechtlichen Betrachtungen stand ein Gemeinschaftsunternehmen, dessen Gesellschafter mit den Marktverhältnissen im Unfallersatzwagengeschäft unzufriedene Haftpflichtversicherer waren. Durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens sollte das nach Ansicht der betroffenen Versicherer zu hohe Preisniveau im Unfallersatzwagengeschäft dauerhaft gesenkt werden.

Nachdem das Instrument der Verbandsempfehlung an seine kartellrechtlichen Grenzen gelangt war, wurde von verschiedenen Haftpflichtversicherern ein Gemeinschaftsunternehmen gegründet, dessen Zweck die gewerbliche Vermietung von Fahrzeugen aller Klassen an Selbstfahrer sein sollte. Die Gesellschaft trat weitgehend nur als Anbieter von Mietwagen im Unfallersatzgeschäft auf und verfügte über keine eigene Flotte, sondern bediente sich im Rahmen ihrer vertraglichen Beziehungen ihrerseits des Angebots anderer gewerblicher Autovermieter. Die Tarife, zu denen die Pkw von der Gesellschaft gemietet werden konnten, lagen unter dem üblichen Niveau in diesem Segment. Der maßgebliche Orientierungspunkt für den Tarif war die Motorleistung, obwohl der Markt ansonsten weitgehend auf Fabrikat und Fahrzeugtyp abstellte. Auch die zuvor für unzulässig erklärte Verbandsempfehlung stellte ausschließlich auf die Motorleistung ab.

---

83 BGH WM 1998, 1728; Bechtold/Uhlig, NJW 1999, 3526 (3528) sehen die Entscheidung ausdrücklich in einer Linie mit „ZVN“.

Der Bundesgerichtshof sah in der Gründung dieses Gemeinschaftsunternehmens eine Vereinbarung zu einem gemeinsamen Zweck, obwohl der Zweck des Gesellschaftsvertrags kartellrechtsneutral ausgestaltet sei und das Hinzutreten eines Mitbewerbers an sich eher wettbewerbsfördernd sei. Allerdings – so das Gericht unter ausdrücklicher Berufung auf die zuvor beschriebene „ZVN-Entscheidung" – sei eine „Gesamtbetrachtung der wirtschaftlichen Zusammenhänge und Auswirkungen"[84] vorzunehmen. Hierbei sei von erheblichem Interesse, dass sich das Gemeinschaftsunternehmen nicht die betriebswirtschaftliche Kalkulation der Mitbewerber zu Eigen gemacht habe, sondern diese ausschließlich an dem Wohl ihrer Gesellschafter orientiert gewesen sei. Die Übernahme der so kalkulierten Mietpreise des Gemeinschaftsunternehmens als Referenzwert für das Unfallersatzwagengeschäft stelle den Versuch einer „Koordinierung des Regulierungsverhaltens"[85] dar, die mit Mitteln des Wettbewerbs nicht zu erreichen sei. Aus diesem Grund sei der zugunsten der Gesellschafter letztlich verfolgte Zweck des Gemeinschaftsunternehmens auch eine Vereinbarung zu einem gemeinsamen Zweck.

Zumindest die Begründung des Ergebnisses wurde in weiten Teilen des Schrifttums[86] für nicht ausreichend erachtet.[87] Eine eingehendere Begründung als die vom BGH letztlich vorgetragene wurde vor allem deshalb verlangt, weil eine klassische Beschränkung inter partes durch die Versicherer gerade nicht vorliegen würde.[88] Teilweise ging die Kritik jedoch auch so weit, dass das Vorliegen eines gemeinsamen Zwecks ganz abgelehnt wurde, weil die Konstellation in „Car-Partner" doch deutlich von den zuvor beschriebenen Sternverträgen zu unterscheiden sei.[89] Hierfür fehle al-

---

84 WM 1998, 1730.

85 WM 1998, 1732.

86 Zimmer, in I/M, § 1, Rn. 183 ff.

87 Stoll, 17 f. stimmt dem Ergebnis und der Begründung der Entscheidung letztlich zu.

88 Polley, WuW 1998, 939 (941 f.), die aber im Ergebnis das Vorliegen eines gemeinsamen Zwecks bejaht.

89 Bunte, NJW 1999, 93 (96).

lerdings die Komponente der horizontalen Abstimmung, denn die beteiligten Unternehmen hätten zu keinem Zeitpunkt Absprachen dahingehend getroffen, dass nur noch bestimmte Werkstätten für die Reparaturaufträge akzeptiert werden sollten.

Kritisiert wurde ferner, dass das Gericht die Art der Wettbewerbsbeschränkung nicht ausreichend herausgearbeitet habe. So werde einerseits von einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung auf dem Markt der gewerblichen Vermietung von Unfallfahrzeugen gesprochen, während die betreffenden Versicherungsunternehmen an sich ja primär im Wettbewerb um Kraftfahrzeugversicherungsverträge miteinander stünden.[90] Teilweise wurden die entsprechenden Aussagen des Bundesgerichtshofs dahingehend interpretiert, dass hier ein nach § 1 GWB a.F. verbotener Fall von Beschränkung des Drittwettbewerbs vorliege.[91]

Die Wogen, die das Urteil schlug und die den Bundesgerichtshof bzw. einzelne seiner Mitglieder zu Klarstellungen[92] veranlassten, dürften sich aufgrund der zwischenzeitlich erfolgten Gesetzesnovelle mit der nachfolgend zu erörternden Neufassung von § 1 GWB erledigt haben, weil danach eben nicht mehr die bloße Beschränkung des Drittwettbewerbs[93] für ausreichend erachtet wird.[94]

---

90 Bunte, NJW 1999, 93 (95).

91 Zimmer, in I/M, § 1 Rn. 184; FK-Huber, Kurzdarstellung § 1 GWB n.F., Rn. 51, Polley, WuW 1998, 939 (944).

92 Eine Presseerklärung des BGH vom 13.1.1998 hebt ein an sich billigenswertes Ziel der Versicherungsunternehmen hervor; Adollf, FS für Geis, 528 f., widerspricht dem Eindruck, „dass sich das kartellrechtliche Unwerturteil des § 1 GWB a.F. gegen das Zusammenwirken mehrer Versicherer bei der Anmietung von Unfallersatzmietwagen richtete“.

93 Zimmer, in I/M, § 1, Rn. 185; FK-Huber, Kurzdarstellung § 1 n.F., Rn. 51, Adolff, FS für Geis, 528.

94 Ausdrücklich offen gelassen hingegen wurde die Frage, ob es einen Markt für Regulierungsabkommen gibt und die Gesellschafter des Gemeinschaftsunternehmens auf diesem Markt möglicherweise tätig sind.

## II) Die Änderungen aufgrund der 6. GWB-Novelle

Mit Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle wurde das kontroverse Tatbestandsmerkmal in § 1 GWB a.F. „*zu einem gemeinsamen Zweck*“ durch die Formulierung „*zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen*“ ersetzt.

Noch bevor sich zu diesem Tatbestandsmerkmal eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung entwickeln konnte, teilweise schon vor Inkrafttreten[95] oder gar Verabschiedung[96] der Novelle, hatte sich an der neuen Formulierung bereits heftige Kritik in der Literatur formiert, obwohl der Gesetzgeber doch gerade diese als die „sprachlich treffendere Formulierung“ angesehen hatte.[97]

Die Kritik an dem neuen Wortlaut entzündete sich dabei vor allem an zwei Punkten:

### 1) Die Problematik des potentiellen Wettbewerbs

Die Verfasser der Novelle sahen in der Formulierung „zwischen miteinander in Wettbewerb stehenden Unternehmen“ die sprachlich treffendere Formulierung und wiesen darauf hin, dass damit sowohl der aktuelle als auch der potentielle Wettbewerb zwischen den Unternehmen erfasst sein solle.[98]

Genau hierin sahen Kritiker[99] eine gefährliche Ausweitung des Tatbestands von § 1 GWB n.F. und wiesen dabei gerne auf das Beispiel der vertraglichen Situation zwischen einem Hersteller und seinem Vertragshändler hin. Die Fassung nach der 6.

---

95 Vgl. vor allem die Kritik von Bunte, DB 1998, 1748 (1749 f.) trotz grundsätzlicher Zustimmung.

96 Heftige Kritik an dem neuen Wortlaut übt insbesondere Baums, ZIP 1998, 233 (234 f.); differenzierend Bechtold BB 1997, 1853 (1854).

97 BTDr 13/9720 unter bb.

98 Begründung zu dem RegE der 6. Novelle, BTDr 13/9720, 31 (r.Sp.o.); eine Definition zur Abgrenzung der beiden Spielarten des Wettbewerbs findet sich bei Bunte, 72 f.

99 Baums, ZIP 1998, 233 (234 f.); Bunte, WuW 1997, 857 (863); Argumente gegen eine extensive Interpretation von § 1 GWB bei Lohse, 57 ff.

GWB-Novelle hätte zur Folge gehabt, dass bei Lieferungen des Herstellers an einen Vertragshändler nach altem Recht grundsätzlich zulässige Ausschließlichkeitsbindungen nunmehr § 1 GWB n.F. unterfielen, da den Hersteller nichts daran hindere, seinerseits als Vertreiber der von ihm produzierten Waren aufzutreten. Dies qualifizierte ihn als potentiellen Wettbewerber des Händlers.

### 2) Die Problematik der Beschränkung von Drittwettbewerb

Wurde auf der einen Seite eine mögliche Ausweitung des Tatbestands von § 1 GWB n.F. aufgrund der Formulierung der *„miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen“* kritisiert, so wurde zugleich auch bemängelt, dass diese Formulierung andererseits wieder Lücken aufreise.

Unter Bezugnahme auf die bereits erörterte „Sole-Entscheidung“ wurde gefolgert, dass die problematischen Fälle der Beschränkung von Drittwettbewerb durch die aufgrund der 6. GWB-Novelle veränderte Formulierung nicht erfasst worden wären, zumindest dann nicht, wenn es sich um eine Vereinbarung von Unternehmen handelte, die zueinander in keinerlei Wettbewerb stünden.[100]

### 3) Rechtfertigung des Wortlauts von § 1 GWB a.F.

Karsten Schmidt[101] wollte die Kritik an der neuen Formulierung nicht gelten lassen. Dabei räumte er die von den Kritikern erwartete Ausuferung des Tatbestands von § 1 GWB n.F. durchaus ein. Auch er war der Ansicht, dass durch die Wortwahl des Gesetzgebers jede Art von potentiellem Wettbewerb zunächst von dem Kartellverbot um-

---

100 Bornkamm, FS Geiß, 2000, 539 (556 f.), ohne allerdings inhaltliche Kritik an dem Wortlaut zu üben; Baums, ZIP 1998, 235; Bunte, WuW 1997, 863 ff. macht sogar einen eigenen Abgrenzungsvorschlag mit der Formulierung von der „Beschränkung des zwischen den Unternehmen oder im Verhältnis zu einem dritten Unternehmen aktuell oder potentiell bestehenden Wettbewerbs“. Dies stellt seiner Ansicht nach eine sachgerechtere Formulierung zur lückenlosen Erfassung der Fälle von Beschränkungen des Drittwettbewerbs dar.

101 AG 1998, 551 (559 f.).

fasst werde. Er hielt auch weiterhin an der Immanenztheorie fest und vertrat demzufolge die Ansicht, dass eine zu weite Ausuferung des Kartellverbots durch eine Tatbestandsrestriktion korrigiert werden müsse.[102]

Auch den Einwand, dass die Neufassung des Kartellverbots Schutzlücken aufreiße, da die Beschränkung von Drittwettbewerb nicht erfasst werde, sofern die an einer Vereinbarung beteiligten Unternehmen nicht miteinander im Wettbewerb stehen, ließ er nicht gelten. Für diese Ausnahmefälle biete das Kartellrecht durch §§ 19, 20 GWB hinreichenden Schutz.

In diesem Zusammenhang wendete er sich auch nachdrücklich gegen die im „Druckgussteile-Urteil“ des BGH[103] vertretene Auffassung, dass es sich bei § 1 GWB und § 18 a.F. (§ 16 n.F.) GWB um Tatbestände handele, die zu einander im Exklusivitätsverhältnis stünden und sprach sich stattdessen für das System der sog. Doppelkontrolle aus.[104]

**4) Die Rechtsprechung nach der Neufassung des Tatbestandsmerkmals durch die 6. GWB-Novelle**

Aufgrund der kurzen Geltungsdauer des Tatbestandsmerkmals der „miteinander in Wettbewerb stehenden Unternehmen“ ist der Fundus der Rechtsprechung im Vergleich zu der Vorgängerfassung doch eher bescheiden. Wichtige Entscheidungen zur Abgrenzung von § 1 GWB a.F. und §§ 14 a. F. ff. GWB durch die Rechtsprechung nach der 6. GWB-Novelle entstammten vor allem dem Bereich der Energieversorgung.

---

102 So auch in FS für Sandrock, 833 (846f.).

103 WuW/E BGH 3115.

104 FS für Sandrock, 833 (834 f.); ähnlich äußert er sich bereits in Kartellverbot, 89, obwohl er auf S. 51 derselben Schrift die Auffassung vertritt, dass das Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zwecks Verträge nach § 1 GWB von den Verträgen nach §§ 15 ff. GWB a.F. unterscheide; zur berechtigten Kritik an diesem Wertungswiderspruch vgl. Schwarz, 106 ff.

**a) Kommunale Energieversorgung**

Erste Anhaltspunkte ergaben sich aus einem Urteil des LG Mannheim.[105] Das Gericht hatte hier über die Wirksamkeit eines Vertrags mit zehnjähriger Laufzeit zwischen einer Gemeinde und einem Stromerzeuger zu entscheiden, nach dem die Gemeinde verpflichtet war, ihren gesamten Strom bei diesem zu beziehen, während der Stromerzeuger sich dazu verpflichtete, keine Kunden in dem Gebiet der betroffenen Gemeinde direkt zu beliefern.

Die Kammer lehnte sich trotz der zwischenzeitlich erfolgten Neufassung der Vorschrift inhaltlich und terminologisch eng an das bereits zuvor besprochene „Druckgussteile-Urteil“ an[106], indem sie feststellte, dass die Beurteilung eines Wettbewerbsverbots in einem Austauschvertrag im Hinblick auf § 1 GWB „nur unter eigenständiger Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes erfolgen“ könne.[107]

Ebenfalls unter ausdrücklicher Berufung auf die „Druckgussteile-Entscheidung“ hielt das Gericht an der Formel von dem „im Hinblick auf die Freiheit des Wettbewerbs anzuerkennenden Interesse“[108] fest.

Offen ließ das Gericht lediglich ausdrücklich die Frage, ob die Erforderlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in einem Austauschvertrag im Rahmen einer Tatbestandsreduktion oder mittels einer einschränkenden Auslegung der neuen Formulierung der „*miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen*“ erfolgen solle.

---

105 WuW 1999, 611.

106 Bemerkenswert sind auch die Aussagen des Bundesgerichtshofs in der Entscheidung „Lottospielgemeinschaft“, BB 1999, 1351, einer Entscheidung, die sich noch nach altem Recht richtete, obwohl sie bereits nach Inkrafttreten der GWB-Novelle erging: Das Gericht ging davon aus, dass die Neufassung der Vorschrift keine sachliche Änderungen mit sich bringe. Lange, 69, sieht hierin einen Widerspruch zu den gesetzgeberischen Absichten.

107 612 unter Bezugnahme auf das Druckguss-Urteil in WuW/E BGH 3115 (3117).

108 WuW 1999, 611.

Klargestellt wurde nochmals, abermals expressis verbis unter Bezugnahme auf „Druckgussteile“, dass es sich bei § 1 und § 16 GWB n.F. um zwei Tatbestände handeln, die zueinander im Exklusivitätsverhältnis stünden, nicht jedoch um ein Verhältnis von lex specialis zu lex generalis.[109]

In der Sache hielt das Gericht die Tatbestandsvoraussetzungen für gegeben, da sich der Energieerzeuger keine eigenen Absatzbemühungen der Gemeinde zu Nutze machen könne. Bei Energieverträgen seien derartige Absatzbemühungen über den bloßen Leistungsaustausch hinaus - anders als beispielsweise bei dem Vertrieb von Markenwaren - nicht vorstellbar. Auch hier lehnte sich das Gericht bei seiner Wortwahl an das „Druckgussteile-Urteil“ an.

**b) „Verbundnetz II“**

Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung blieb im Prinzip der Linie treu, die sie auch schon am Vorabend der 6. GWB-Novelle entwickelte hatte, wie sich aus der Entscheidung „Verbundnetz II“[110] ergibt.

In einem Liefervertrag zwischen zwei Gaskonzernen hatte sich die belieferte Partei zur verbindlichen Abnahme genau festgelegter Mengen über einen bestimmten Zeitraum verpflichtet. Im Gegenzug enthielt die Vereinbarung eine „Demarkationsvereinbarung“, die der belieferten Partei einen Gebietsschutz dahingehend zusichern sollte, dass ihr Gaslieferant aus der Vereinbarung die Lieferung von Gas in ein genau festgelegtes Gebiet zu unterlassen habe. Vor Abschluss dieser Vereinbarung war die Rolle der liefernden Partei nicht auf die eines reinen Großverteilers beschränkt, sondern es bestand zwischen den Vertragsparteien ein lebendiger Wettbewerb.

---

109 WuW 1999, 611.

110 BGH WuW/E BGH 9/2003, 925.

Der BGH sah in der fraglichen Vereinbarung einen klaren Verstoß gegen § 1 GWB. Ganz der Linie in „Druckgussteile“[111] folgend zieht er abermals die Formel von den „anzuerkennenden Interessen“ heran, wobei er ausdrücklich hervorhebt, dass diese Formel „*durch die Neufassung des Gesetzes ihre Bedeutung nicht verloren*“ hat.[112] Wettbewerbsbeschränkungen in Vereinbarungen über den Austausch von Leistungen zwischen miteinander in Wettbewerb stehenden Unternehmen sollen auch weiterhin nur dann keinen Verstoß gegen § 1 GWB darstellen, wenn sie zur Durchführung des Leistungsaustausches funktionsnotwendig sind.

Auch bei der Einordnung des Verhältnisses von § 1 GWB und § 16 GWB bleibt der BGH seiner bereits vor der Novelle entwickelten Linie treu: § 1 GWB und §§ 14 ff. GWB stehen danach zueinander in einem Verhältnis der Exklusivität, eine Doppelkontrolle soll es nicht geben.

### III) Eigene Stellungnahme zu A)

Es ist ein unbestrittenes Verdienst der Vertreter der herrschenden Literaturauffassung, dass das deutsche Kartellrecht von einem überkommenen Normenverständnis befreit wurde, das noch aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zur Kartellverordnung herrührte. Ihnen ist es maßgeblich zu verdanken, dass es gelang, sich bei der Interpretation von § 1 GWB a.F. zunächst von dem gesellschaftsrechtlichen Ansatz und später von dem Kooperationsgedanken zu lösen, um hin zu einem kartellrechtsfunktionalen Ansatz zu gelangen.

#### 1) Abgrenzung nach horizontalen und vertikalen Beschränkungen

Mit der Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen wurde ein taugliches Abgrenzungskriterium zwischen Verträgen geschaffen, die § 1 GWB a.F. unterfielen, und solchen, deren kartellrechtliche Zulässigkeit nach

---

111 WuW/E BGH 9/2003, 925 (929).

112 WuW/E DE-R 1119.

§§ 15 ff. GWB a.F. zu beurteilen war. Dies dürfte sicherlich auch wegweisend für die neue Formulierung der „miteinander in Wettbewerb stehenden Unternehmen“ in § 1 GWB gewesen sein.

Karsten Schmidt gebührt eine besondere Anerkennung im Zusammenhang mit der beschriebenen Rechtsentwicklung, denn er war es, der bereits frühzeitig die Emanzipation des Kartellrechts vom Zivilrecht forderte.[113] Die damals herrschende Ansicht provozierend, betitelte er seine Monographie von 1977 mit „Kartellverbot und sonstige Wettbewerbsbeschränkungen“ und grenzte sich damit bewusst von der gesetzlichen Terminologie ab, die von „Kartellverträgen“ und „Sonstigen Vereinbarungen“ sprach. Durch diese Bemühungen lenkte er den Blick auf einen wesentlichen Aspekt: Nicht die Art der vertraglichen Vereinbarung war entscheidend für die kartellrechtliche Beurteilung, sondern die daraus resultierende Art der Wettbewerbsbeschränkung. Handelte es sich um eine horizontale Wettbewerbsbeschränkung, so war § 1 GWB a.F. einschlägig, bei vertikalen musste auf §§ 15 ff. GWB a.F. zurückgegriffen werden.

Durch dieses Verständnis des Kartellrechts wurde auch klar, dass es den „Kartellvertrag“ als Vertrag sui generis nicht gibt. Eine dem § 1 GWB a.F. zuwiderlaufende Abrede konnte demnach vielmehr in jede beliebigen zivilrechtlichen Konstellation verpackt werden, gleichgültig ob es sich um einen Gesellschafts-, Unternehmenskaufvertrag oder einen sonstigen Austauschvertrag handelte. Mit Recht wurde schließlich darauf hingewiesen, dass die Parteien eines Vertrags nicht mittels zivilrechtlicher Konstruktionen über das Kartellrecht als einen wichtigen wettbewerbspolitischen Ordnungsfaktor disponieren sollten. Dies führte auch zu der zutreffenden Konsequenz, dass alle Wettbewerbsverbote unabhängig von der Vertragsart § 1 GWB a.F. unterfallen konnten.

---

113 Kartellverfahrensrecht, 32 ff.

**2) Bewertung von § 1 GWB a.F.**

Hieran hatte sich auch nach der 6. GWB-Novelle nichts geändert. Dem Zweiten Abschnitt des GWB wurde nach der 6. GWB-Novelle nur die Überschrift „Vertikalvereinbarungen“ voran gestellt. Gemäß der von Karsten Schmidt entwickelten Unterscheidung wäre der Begriff „Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen“ möglicherweise passender[114] gewesen, da ja nach dieser früheren Systematik des GWB gerade nicht jede Vertikalvereinbarung auch in den Anwendungsbereich von §§ 14 GWB ff. fiel.

Es kann aus heutiger Sicht dahingestellt bleiben, ob es im Hinblick auf eine zu weite Ausuferung von § 1 GWB a.F. wirklich einer Tatbestandsrestriktion im Weg der Immanenztheorie bedurfte oder, wie in der Rechtsprechung teilweise vertreten wurde, dies innerhalb des Tatbestandsmerkmals des gemeinsamen Zwecks gelöst werden konnte.

Es ist aber in jedem Fall unzutreffend, wenn auch nach der 6. Gesetzesnovelle noch eine Korrektur des § 1 GWB durch eine ungeschriebene Tatbestandsrestriktion postuliert wird.[115] Der Gesetzgeber der alten Fassung von § 1 GWB kannte die Probleme noch nicht, die später aus dem Begriff des gemeinsamen Zwecks resultierten. Es ließe sich daher durchaus argumentieren, dass die Immanenztheorie ein wichtiger Katalysator für die Überwindung des überkommenen, aus der Kartellverordnung herrührenden, gesellschaftsrechtlichen Ansatzes war.[116]

---

114 So Emmerich, 44, der die alte Überschrift „Sonstige Vereinbarungen“ für treffender hielt; Karsten Schmidt selbst sieht aber offenkundig in der neuen Formulierung bereits einen Fortschritt gegenüber dem alten Wortlaut, vgl. FS für Sandrock, 833 (836).

115 So aber Karsten Schmidt, AG 1998, 551 (557 f.); ebenso offenbar Schäfer, FS für Ulmer, 991 (1004 ff.); Schmitz WuW 2002, 7 (13 ff.) geht noch einen Schritt weiter und möchte in der Norm des § 1 GWB n.F. gar ein Tatbestandsmerkmal der Verhältnismäßigkeit ähnlich der „rule of reason“ des US-Antitrust Rechts verankert wissen.

116 Elzer, 47 ff. ist allerdings der Auffassung, dass die Immanenztheorie auch unter Geltung der alten Rechtslage nicht mit dem Gesetz vereinbar ist; Kretzer, 23 ff. sieht in der Immanenztheorie des § 1 GWB a.F. lediglich einen Fall der teleologischen Reduktion ohne eigene Existenzberechtigung.

Diese Argumentation trifft aber auf den Gesetzgeber der 6. GWB-Novelle gerade nicht mehr zu. Diesem war nämlich die in der Rechtsprechung und Literatur ausgetragene Kontroverse über die Interpretation des Tatbestandsmerkmals „zu einem gemeinsamen Zweck“ bekannt. Er hat auch die Konsequenz aus der teilweise bestehenden Ratlosigkeit gezogen und das umstrittene Tatbestandsmerkmal ersetzt. Dasselbe trifft zu auf die Frage, inwieweit außerhalb der Tatbestandsmerkmale eine Tatbestandsreduktion vorzunehmen sei, um den weiten Anwendungsbereich von § 1 GWB a.F. zu korrigieren. Wenn nunmehr immer noch davon ausgegangen wird, dass auch die neue Fassung der Vorschrift eine ungeschriebene Tatbestandsrestriktion enthalte, so muss dem entgegengehalten werden, dass es sich hierbei um eine Interpretation contra legem handelt. Wäre der Gesetzgeber der Ansicht gewesen, dass die Frage nach der Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten nicht durch das Tatbestandsmerkmal der „zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen“ abschließend geregelt werden könnte, dann hätte er dies auch in der neuen Fassung der Vorschrift klargestellt.

**3) Eigener Lösungsvorschlag zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals**

Richtigerweise musste eine innerhalb der gesetzlich zulässigen Interpretation dieses Tatbestandsmerkmals ein besonderes Augenmerk auf den Begriff des potentiellen Wettbewerbs haben. Auffällig ist nämlich, dass dieser Begriff weder in § 1 GWB auftaucht, geschweige denn im Gesetz an irgendeiner Stelle definiert wird. Vielmehr wurde dieser Begriff von der Rechtsprechung lange vor der Gesetzesnovelle entwickelt, um die Schwierigkeiten, die man mit dem Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zwecks hatte, besser zu meistern. Der Begriff des Wettbewerbs in § 1 GWB n.F. unterliegt der Interpretation durch die Gerichte und es spricht nichts dagegen, warum die Kriterien, die in der Literatur und später auch in der Rechtsprechung zu § 1 GWB a.F. unter dem Stichwort „potentieller Wettbewerb“ angeführt wurden, nicht auch unter das Tatbestandsmerkmal der „miteinander in Wettbewerb stehenden Unternehmen“ subsumiert werden konnten.

**a) Wettbewerbsverbote in Austauschverträgen**

Die Anwendung dieses Ansatzes auf Wettbewerbsverbote in Austauschverträgen, die ja, wie sich aus der vorangegangenen Darstellung ergibt, eine besondere Rolle bei der Interpretation von § 1 GWB a.F. spielten, hatte dann folgende Konsequenzen:

Bei den nach § 1 GWB a.F. überaus problematischen Fällen von Wettbewerbsverboten in Austauschverhältnissen konnte das Gericht anhand der Umstände des Einzelfalls entscheiden, ob es sich um „miteinander im Wettbewerb stehende Unternehmen" handelt. Ohne dass es eines Rückgriffs auf die Immanenztheorie bedürfte, konnte die Rechtsprechung ja den Unterfall des potentiellen Wettbewerbs bilden und diesen anhand von bestimmten Anhaltspunkten überprüfen. So hatte ja beispielsweise der BGH bereits in der „Fertigbeton-Entscheidung" die Frage von bereits geplanten Investitionen als entscheidend für die Bejahung eines potentiellen Wettbewerbs angesehen.

Auch die vom Bundesgerichtshof erarbeiteten Grundsätze in den kurz vor Inkrafttreten der GWB-Novelle verkündeten Entscheidungen „Bedside-Testkarten"[117] und „Druckguss"[118], bei denen es um Kundenschutzklauseln im Zusammenhang mit der Desintegration von Vertriebsaktivitäten ging, konnten nahtlos in das Tatbestandsmerkmal überführt werden. Hierbei hätte auch nicht von einer der Kernaussagen dieser Entscheidungen, nämlich dass es sich bei § 1 GWB a.F. und § 18 GWB a.F. um zwei Tatbestände handelt, die zueinander im Exklusivitätsverhältnis stehen, abgerückt werden müssen. Soweit derartige Wettbewerbsbeschränkungen in Form von sog. Kundenschutzklauseln oder Exklusivitätsklauseln dem Dienen eines kartellrechtsneutralen Hauptzwecks zugeordnet werden konnten und daher § 16 GWB n.F. unterfielen, war für § 1 GWB n.F. von vornherein kein Raum. Eine Tatbestandsrestriktion erübrigte sich in diesen Fällen. Soweit derartige Vereinbarungen dem Dienen des Hauptzwecks überschießende Abreden beinhaltet, galt Folgendes:

---

117 BGH WuW/E BGH, 3121.

118 BGH WuW/E BGH, 3115.

Zumindest der überschießende Teil war in die Fallgruppe der potentiell „miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen“ einzuordnen und folglich an § 1 GWB n.F. zu messen, mit der Folge der Unwirksamkeit bei Bejahung der übrigen Tatbestandsmerkmale.

Ob in diesen Fällen noch eine Art geltungserhaltender Reduktion der Abrede auf ein kartellrechtlich unbedenkliches Maß erreicht werden kann, war mittels der Umdeutungsregel in § 140 BGB zu überprüfen. Haben die Parteien beispielsweise in einem Vertrag ein grundsätzlich zulässiges Wettbewerbsverbot nach den tatrichterlichen Erwägungen über einen zu langen Zeitraum ausgestaltet oder eine Kundenschutzklausel zu großzügig formuliert, obwohl eine engere Fassung kartellrechtlich wirksam gewesen wäre, so hätte ermittelt werden müssen, ob nach dem Parteiwillen die gesamte Vereinbarung in Kenntnis der Unwirksamkeit der weiteren Fassung auch mit der engeren Fassung abgeschlossen worden wäre. War diese Frage zu verneinen, führt dies zur Unwirksamkeit der gesamten Abrede und konnte überdies kartellrechtlich in keiner Weise schützenswert sein. In dem anderen Fall konnte eine entsprechende Klausel zumindest auf das kartellrechtlich zulässige Maß zurückgeführt werden.[119] Ob man mit dieser Formel die Abgrenzung von § 1 und §§ 14 ff. GWB n.F. nach der Novelle leichter als zuvor[120] durchführen konnte, mag dahingestellt bleiben; in jedem Fall war die Situation transparenter als vor der Novelle.

Auch die Kritik an dem neuen Wortlaut von § 1 GWB n.F. hinsichtlich der fehlenden Abdeckung bei der bloßen Beschränkung des Drittwettbewerbs vermag nicht zu überzeugen. Soweit Parteien Maßnahmen treffen, die vor allem Dritten einen Marktzutritt erschweren sollen, sind diese kartellrechtlich eher an §§ 20 f. GWB als an § 1 GWB

---

119 In diese Richtung dürfte wohl auch der Lösungsansatz von Bornkamm, in FS Geiß, 2000, 539 (551 f.) gehen, auch wenn sich die Ausführungen noch auf § 1 GWB a.F. beziehen. Auf 555 f. stellt er klar, dass die Abgrenzungskriterien auch nach der Gesetzesnovelle herangezogen werden können; ebenfalls in diese Richtung argumentiert Traub, WRP 1994, 802 (806).

120 So die Wortwahl bei Rittner, § 7, Rn. 16.

zu messen. Überdies bestand auch die Möglichkeit, derartige Abreden einer Missbrauchskontrolle nach § 16 GWB zu unterziehen.[121]

Schließlich sei noch darauf verwiesen, dass die praktischen Auswirkungen des Meinungsstreits zwischen den Vertretern, die § 1 GWB und §§ 14 ff. GWB zueinander in einem Verhältnis der Exklusivität sehen, und den Verfechtern einer „Doppelkontrolle" nicht überschätzt werden sollten. Die Bejahung des § 1 GWB führte in jedem Fall unweigerlich zur Unwirksamkeit einer solchen Vereinbarung. Einige Passagen der Urteilsbegründung des Bundesgerichtshofs in der Entscheidung „Verbundnetz II" legen ebenfalls die Vermutung nahe, dass auch die Rechtsprechung die Positionen nicht mehr für völlig unvereinbar hielt.[122]

**b) "Abkauf" von Wettbewerb**

**ab) Eingrenzung des Problems**

Vereinfacht dargestellt lässt sich unter dem Begriff des Wettbewerbs die Summe der Freiheiten der einzelnen Marktakteure (Unternehmen und Verbraucher) verstehen. Das Wettbewerbsrecht zielt darauf ab, die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der am Markt beteiligten Personen zu schützen. Von der verfassungsrechtlich geschützten wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit ist auch die Freiheit eines Unternehmens erfasst, sein Portefeuille durch Übernahme anderer Unternehmen zu optimieren, um sich beispielsweise einem wirtschaftlichen Strukturwandel anzupassen. Nach dem „More economic approach" ist die Übernahme von Unternehmen, die sich nicht selten auf Grundlage eines Unternehmenskaufvertrages vollziehen wird, nicht per se als wettbewerbsschädlich einzustufen, wenn der damit verbundene Konzentrationsprozess unter dem Strich zu Wohlfahrtsgewinnen wie beispielsweise dem Erhalt von Arbeitsplätzen, bes-

---

121 So Bornkamm, FS Geiß, 2000, 539 (556).

122 WuW/E BGH 925 (929), wo von Vereinbarungen die Rede ist, „die scheinbar eine – nach der Systematik des Gesetzes ausgeschlossene – Doppelqualifikation nach § 1 GWB und § 16 GWB erfüllen".

serer Produktqualität oder einem günstigeren Preis-Leistungs-Verhältnis führt. Gegenstand des Unternehmenskaufvertrages, der sich entweder auf die Unternehmensanteile (GmbH-Anteile, Aktien) beziehen (Share-Deal) oder einzelne Wirtschaftsgüter (Maschinen, Waren, Know-how, Kundenstamm) erfassen kann (Assset-Deal), muss dabei indessen stets die Überführung verkehrsfähiger Vermögenspositionen vom Veräußerer auf den Erwerber sein. Wettbewerbsrechtlich bestehen dann keine durchgreifenden Bedenken.

Wettbewerbsrechtlichen Bedenken begegnet es indessen, wenn es dem Erwerber letztlich nicht um den Erwerb der entsprechenden Vermögenspositionen zur anschließenden (aktiven) wirtschaftlichen Nutzung, sondern darum geht, einen Wettbewerber gezielt auszuschalten. Ein derartiger „Abkauf von Wettbewerb", bei dem ein Unternehmen die Herstellung eines bestimmten Produkts einstellt oder sich gar zur völligen Stilllegung seines Produktionsbetriebs verpflichtet und vom Wettbewerber als Gegenleistung eine auf einen bestimmten Geldbetrag lautende Stilllegungsprämie empfängt,[123] kann sich für zahlreiche Unternehmen als durchaus rentabel erweisen.

**bb) Meinungsstand und Stellungnahme**

Gestützt auf die Argumentation, dass das GWB nicht das endgültige Ausscheiden einzelner Wettbewerber aus dem Marktgeschehen unterbinden wolle, hielt eine Mindermeinung[124] den „Abkauf von Wettbewerb" für vereinbar mit dem geltenden Wettbewerbsrecht.

---

123 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Säcker*, Wettbewerbsrecht , 2008, § 1 GWB, Rn. 19; *Mäger/Ringe*, WuW 2007, 18 (18).

124 Vgl. *OLG Frankfurt*, Entscheidung v. 30.08.1973 (*Nachbargrundstück*), WuW/E OLG 1417, 1420; *OLG Düsseldorf*, Entscheidung v. 25.10.1983 (*Sicherheitsgurte II*), WuW/E OLG 3086; *Ebel*, Kartellrecht, 2004, § 1, Rn. 5.

Demgegenüber gelangte die wohl überwiegende Meinung[125] zum Ergebnis, dass der „Abkauf von Wettbewerb“ sowohl nach nationalem als auch nach europäischem Wettbewerbsrecht unzulässig ist. Die nachteiligen wettbewerblichen Folgen eines Marktaustritts sollten jedenfalls nicht von geringerem Gewichtsein als die Beschränkung einzelner Handlungsparameter wie Preis oder Qualität.[126] Beruht die Stilllegung eines Produktionsbetriebs gerade nicht auf einer autonomen Entscheidung, sondern auf einer Abrede mit einem Wettbewerber, lasse sich eine wettbewerbsbeschränkende Abrede kaum leugnen.[127] Das Verbot einer diesbezüglichen Transaktion wurde aber auch darauf gestützt, dass das Wettbewerbsrecht die von der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit umfasste Zirkulation verkehrsfähiger Vermögensgegenstände schützen und fördern soll, um dadurch Wohlfahrtsgewinne zu generieren, die allen am Marktgeschehen Beteiligten zu Gute kommen. Beim reinen „Abkauf von Wettbewerb“ werde die Zirkulation begebbarer Vermögensgenstände gerade nicht gefördert.

**cb) Wettbewerbsbeschränkung als Nebenabrede**

Ein „Abkauf von Wettbewerb“ lässt sich *allenfalls* dann mit dem geltenden Wettbewerbsrecht vereinbaren, wenn im Unternehmensvertrag eine Nebenabrede getroffen wird, um den nach dem Vertrag geschuldeten Vermögensübergang tatsächlich sicherzustellen oder um zu erreichen, dass der angestrebte Vertragszweck erreicht wird. Nebenabreden haben insoweit den Zweck, dem Erwerber eines Unternehmens die tatsächliche Verfügung über die den Gegenstand des Zusammenschlusses bildenden Ressourcen zu verschaffen und unternehmerische Tätigkeitsbereiche gegeneinander abzugrenzen.[128] Bleiben Veräußerer und Erwerber jedenfalls potenzielle Wettbewerber, so wirkt ein Wettbewerbsverbot zu Lasten des Veräußerers zwar wettbewerbsbeschrän-

---

125 Vgl. *BGH*, Entscheidung v. 20.03.1984 (*Strohgäu-Wochenjournal*), WuW/E BGH 2085; *KG*, Entscheidung v. 11.09.1998 (*Osthafenmühle*), WuW/E DE-R 228, 230; FK-Huber/Baums, Kartellrecht, 2006, § 1, Rn. 569; Immenga/Mestmäcker-*Zimmer*, GWB, 2001, § 1, Rn. 292.

126 Vgl. *Mäger*/*Ringe*, WuW 2007, S. 18, 19.

127 Vgl. *Mäger*/*Ringe*, WuW 2007, S. 18, 19.

128 Vgl. *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 253; *Mestmäcker*/*Schweitzer*, Wettbewerbsrecht, § 25, Rn. 58.

kend, kann sich indessen vor dargestelltem Hintergrund für eine effektive Unternehmensübertragung als notwendig erweisen.[129] So könnte der Veräußerer ohne eine entsprechende Vereinbarung wegen seiner Kenntnisse über das veräußerte Unternehmen diesem immaterielle Werte entziehen oder seine frühere Kundschaft unmittelbar nach der Unternehmensübertragung zurückgewinnen.[130] Sowohl dann, wenn der Veräußerer weiterhin auf dem Markt tätig bleibt, als auch dann, wenn er aus dem Markt ausscheidet und lediglich ein Wechsel des Unternehmensinhabers stattfindet, kann ein Unternehmenskauf zu einer Vermehrung der auf dem betreffenden Markt tätigen Wettbewerber führen, somit wettbewerbsfördernd wirken und dazu beitragen, die Verkehrsfähigkeit des Unternehmenseigentums zu stärken.[131]

**(1) Definition der rechtlichen Rahmenbedingungen**

**(a) Europäische Ebene**

Im Hinblick auf Wettbewerbsverbote, die in Unternehmenskaufverträgen zu Lasten des Verkäufers vereinbart werden, hatte der *EuGH*[132] hervorgehoben, dass das Kartellverbot keine Anwendung findet, wenn das Konkurrenzverbot der Absicherung des Übergangs aller mitveräußerten Unternehmenswerte dient und in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht auf das erforderliche Mindestmaß beschränkt bleibt. Dies gelte nicht nur für das reine Wettbewerbsverbot des Veräußerers, sondern werde auch auf die mit diesem unmittelbar verbundenen und notwendigen, wettbewerbsbeschränkenden Patent- und Know-how-Lizenzvereinbarungen bzw. Marken-Abgrenzungsvereinbarungen und Liefer- und Bezugspflichten erstreckt.[133]

---

129 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Säcker*, Wettbewerbsrecht , 2008, § 1 GWB, Rn. 17.

130 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Säcker*, Wettbewerbsrecht , 2008, § 1 GWB, Rn. 17.

131 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Säcker*, Wettbewerbsrecht , 2008, § 1 GWB, Rn. 17.

132 Vgl. *EuGH*, (*Remia*), Slg. 1985, S. I-2545; *EuGH*, (*British-American Tobacco*), Slg. 1987, S. I-4487.

133 Vgl. *Kommission*, Thomas Cook/LTU/West LB, WuW/E EV 1979 ff. (Rn. 23); *Kommission*, Ericsson/Ascom, WuW/E EV 1995 ff. (Rn. 27); *Kommission*, Matra/Cap Gemini Sogeti, WuW/E EV 1995 ff. (Rn. 27).

Die auf europäischer Ebene maßgeblichen Grundsätze fasste die Kommission in ihrer Bekanntmachung über Nebenabreden[134] zusammen und konkretisierte diese: Danach sind Wettbewerbsverbote, die dem Veräußerer im Zusammenhang mit der Übertragung eines Unternehmens oder Unternehmensteils auferlegt werden, mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für dessen Gelingen auch notwendig. Wettbewerbsverbote sind indessen nur dann durch das rechtmäßige Ziel, den Zusammenschluss zu fördern, gerechtfertigt, wenn sie im Hinblick auf ihre Geltungsdauer, ihren räumlichen und zeitlichen Geltungsbereich sowie die betroffenen Personen nicht über das zur Erreichung dieses Ziels erforderliche Maß hinausgehen.[135] Wird mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch das Know-how übertragen, sollten Wettbewerbsverbote bis zu drei Jahren gerechtfertigt sein.[136] Wird hingegen nur der Geschäftswert („*Goodwill*“) übertragen, sollte die zulässige Dauer auf zwei Jahre beschränkt sein.[137] Beschränkt sich die Übertragung auf materielle Vermögenswerte wie Grundstücke oder Gebäude, so können Wettbewerbsverbote sogar als nicht notwendig angesehen werden.[138] Der räumliche Geltungsbereich sollte sich auf dasjenige Gebiet beschränken, in dem der Veräußerer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen bereits vor der Unternehmensübertragung angeboten hat, und konnte sich indessen auch auf Gebiete erstrecken, in denen der Veräußerer zum Zeitpunkt der Unternehmensübertragung geschäftlich tätig zu werden plante, soweit er bereits entsprechende Investitionen getätigt hat.[139]

---

134 Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, der mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (2005/C 56/03, ABl. 2005 C-56/24).

135 Bekanntmachung der Kommission, 2005/C 56/03, ABl. 2005 C-56/24, Rn. 19.

136 Bekanntmachung der Kommission, 2005/C 56/03, ABl. 2005 C-56/24, Rn. 20.

137 Bekanntmachung der Kommission, 2005/C 56/03, ABl. 2005 C-56/24, Rn. 20.

138 Bekanntmachung der Kommission, 2005/C 56/03, ABl. 2005 C-56/24, Rn. 21.

139 Bekanntmachung der Kommission, 2005/C 56/03, ABl. 2005 C-56/24, Rn. 22.

### (b) Mitgliedstaatliche Ebene

#### (aa) BGH

Nach der vom *BGH*[140] vertretenen Ansicht griff § 1 GWB *n. F.* dann nicht ein, wenn das Wettbewerbsverbot lediglich als Nebenabrede im Rahmen eines Austauschvertrages ausgestaltet und zur Sicherung eines kartellrechtsneutralen Hauptzwecks des (Unternehmenskauf-) Vertrages sachlich geboten ist, so dass für die Wettbewerbsbeschränkung bei wertender Betrachtungsweise im Hinblick auf die Freiheit des Wettbewerbs ein anzuerkennendes Interesse besteht. Der *BGH* stützte sich diesbezüglich darauf, dass Wettbewerbsbeschränkungen als Nebenabreden in Austauschverträgen regelmäßig dem Leistungsaustausch dienen und es nicht Ziel des Kartellrechts sein kann, diesen durch starre Verbote zu behindern.[141]

#### (bb) Schrifttum

Ganz im Sinne des BGH gelangte auch ein Teil des Schrifttums[142] unter Bezugnahme auf die Immanenztheorie zur Ansicht, dass Vertragsgestaltungen der hier in Rede stehenden Art aus telelogischen Gründen vom Kartellverbot des § 1 GWB ausgenommen werden müssen. Nach der Immanenztheorie werden wettbewerbsbeschränkende Nebenbestimmungen eines von der Rechtsordnung anerkannten kartellrechtsneutralen Vertrages jedenfalls dann nicht von der Generalklausel des § 1 GWB *n. F.* erfasst,[143] wenn sie für die Durchführung der kartellrechtlich unbedenklichen Hauptvereinbarung funktionsnotwendig sind.[144] Beschränkungen wie das (erforderliche) Wettbewerbsver-

---

140 *BGH*, Entscheidung v. 14.01.1997 (***Druckgußteile***), WuW/E BGH 3115, 3118; *BGH*, Entscheidung v. 14.01.1997 (***Bedside-Tischkarten***), WuW/E BGH 3121, 3125; *BGH*, Entscheidung v. 12.05.1998 (***Gebäudereinigungsvertrag***), WuW/E DE-R 131, 133.

141 *BGH*, Entscheidung v. 14.01.1997 (***Druckgußteile***), WuW/E BGH 3115, 3118.

142 FK-*Huber/Baums*, Kartellrecht, 2006, § 1, Rn. 18; Immenga/Mestmäcker-*Zimmer*, GWB, 2001, § 1, Rn. 272.

143 Vgl. *Bechthold*/*Brinker*/*Bosch*/*Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2009, Art. 81, Rn. 120; Wiedemann-*Wiedemann*, Handbuch, 2008, § 3, Rn. 3.

144 Vgl. *Bahr*, WuW 2004, S. 259, 262; *Bechthold*/*Brinker*/*Bosch*/*Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2009, Art. 81, Rn. 120.

bot zu Lasten des Veräußerers beim Unternehmenskauf, die bestimmten allgemein anerkannten Vertragstypen des Handelsrechts geradezu „immanent“ sind (sog. *ancillary restraints*[145]), sollten danach nicht vom Wettbewerbsverbot erfasst werden.[146] Derartige Wettbewerbsverbote zu Lasten des Veräußerers dienten dem Anliegen, die Übertragung des Unternehmens einschließlich der mit ihm verbundenen immateriellen Werte und insbesondere des Kundenstammes sicherzustellen, indem unterbunden wird, dass der Veräußerer dem Erwerber die verkauften und bezahlten Kundenbeziehungen durch eine Konkurrenztätigkeit wieder entzieht.[147] Eine Durchbrechung des § 1 GWB lasse sich in diesem Falle darauf stützen, dass das Wettbewerbsverbot in den Leistungsaustausch funktional einbezogen ist oder eine aus Treu und Glauben nach § 242 BGB folgende Nebenpflicht darstellt, die dem Erwerber die mit dem Unternehmen verbundenen Chancen sichern soll.[148]

**(2) Anforderungen an die Gestaltung der Nebenabrede**

Damit die Wettbewerbsbeschränkung als kartellrechtlich unbedenkliche Nebenabrede zu einer Unternehmensveräußerung anzusehen war und ist, muss in der Hauptsache stets ein wirksamer Unternehmenskaufvertrag vorliegen: Auf Grund ihrer akzessorischen Ausgestaltung „steht und fällt“ die Nebenabrede mit dem Vertrag in der Hauptsache - qualifiziert werden kann, muss der zu Grunde liegende Hauptvertrag auf die Übertragung einer betriebsfähigen Wirtschaftseinheit gerichtet sein, die dem Unternehmen das Auftreten am Markt ermöglicht.[149] Entscheidend ist, ob bei wertender Betrachtung auf den Erwerber wettbewerblich nutzbare Ressourcen bzw. eine Marktposition übertragen werden, für die der Erwerber einen Kaufpreis gezahlt hat und die ihm der Veräußerer durch Konkurrenztätigkeit regelmäßig sofort wieder entziehen kann.[150] Je mehr materielle und immaterielle Güter übertragen werden und je gewichtiger und

---

145 Vgl. *Emmerich*, § 4, Rn. 53; *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 238.

146 Vgl. *BGH*, (*Gabelstapler*) WuW/E BGH 1517; *Bahr*, WuW 2004, S. 259, 262; Wiedemann-*Wiedemann*, Handbuch, 2008, § 2, Rn. 7.

147 Vgl. *Mäger*/*Ringe*, WuW 2007, S. 18, 20.

148 Vgl. *Mäger*/*Ringe*, WuW 2007, S. 18, 20.

149 Vgl. Staub-*Hüffer*, HGB, 1995, Vor § 22, Rn. 9 ff.; MK-*Lieb*, HGB, 1996, Anh. § 25, Rn. 3.

150 Vgl. *Mäger*/*Ringe*, WuW 2007, S. 18, 21.

prägender die übertragenen Güter für den betroffenen Produktionsbereich sind, desto eher wird ein Unternehmenskauf anzunehmen sein.[151]

### (a) Art der übertragenen Vermögensposition

#### (aa) Übertragung des Kundenstamms

Abgesehen davon, dass eine Nebenabrede zum Unternehmenskaufvertrag als faktische Durchbrechung des Verbots von Wettbewerbsbeschränkungen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen musste - die kartellrechtliche Privilegierung muss auf das örtlich, zeitlich und sachlich Unerlässliche beschränkt bleiben[152] -, richtete sich die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit einer derartigen Nebenabrede danach, welche konkrete Vermögensposition Gegenstand des Unternehmenskaufvertrages ist. So konnte bei der Übertragung eines Kundenstamms - diese konnte nach der Entscheidung des BGH in der Rechtssache *„Strohgäu-Wochenjournal“*[153] die Veräußerung des wesentlichen Teils des Unternehmens darstellen, einem Unternehmensverkauf gleichzusetzen sein und bei Wettbewerbsverbots-Nebenabreden den entscheidenden Gesichtspunkt für eine Durchbrechung des § 1 GWB *n. F.* ausmachen - die zu Lasten des Veräußerers getroffene Nebenabrede wettbewerbsrechtlich zulässig sein, dass bestimmte Kunden oder Kundengruppen für eine bestimmte Karenzzeit ausschließlich vom Erwerber betreut (Werbung, Belieferung, Service) werden. Mit der Vereinbarung über die Übertragung des Kundenstamms war der entscheidende Schritt getan, um ein Wettbewerbsverbot als kartellrechtlich unbedenkliche Nebenabrede einordnen zu können.[154] Die Einhaltung der Karenzzeit wurde für die Erreichung des Vertragszwecks auch für erforderlich gehalten, weil es gewöhnlich eine gewisse Zeit braucht, bis sich die Nachfrageseite an den neuen Anbieter gewöhnt hat. Da für die kartellrechtliche Beurteilung entscheidend ist, ob der Kundenstamm (tatsächlich) auf den Erwerber übergeht,

---

151 Vgl. *Mäger*/*Ringe*, WuW 2007, S. 18, 21.

152 Vgl. *Mäger*/*Ringe*, WuW 2007, S. 18, 20.

153 Vgl. *BGH*, Entscheidung v. 20.03.1984 (*Strohgäu-Wochenjournal*), WuW/E BGH 2085.

154 Vgl. *Mäger*/*Ringe*, WuW 2007, S. 18, 21.

musste beispielsweise die Zurverfügungstellung einer Kundenliste und die Information der Kunden betreffend den Unternehmensverkauf genügen, soweit die Kunden nach Marktaustritt des Veräußerers ohne Weiteres dem Erwerber zufallen.[155] Bei mehr als zwei Wettbewerbern auf dem relevanten Markt war demgegenüber durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass es auch tatsächlich zur Überleitung der Kunden auf den Erwerber kommt.[156]

**(bb) Andere Wirtschaftsgüter**

Als andere verkehrsfähige Wirtschaftsgüter, die Gegenstand einer Nebenabrede zum Unternehmenskaufvertrag sein können, kommen das (unternehmens- und geschäftsspezifische) Know-how, immaterielle Schutzrechte (Marken, Patente und Lizenzen) und sachliche Mittel in Betracht.

Das Know-how des Veräußerers betreffend stellte die Kommission bei der Frage, ob ein Wettbewerbsverbot anstelle von zwei Jahren auch drei Jahre umfassen kann, entscheidend darauf ab, ob tatsächlich Know-how übertragen wird.[157]

Mit Blick auf den Schutzzweck einer Durchbrechung des § 1 GWB bei Wettbewerbsverboten in Unternehmenskaufverträgen, einen nachträglichen Entzug der verkauften und bereits bezahlten immateriellen Werte durch den Veräußerer zu unterbinden, und unter Berücksichtigung dessen, dass die Gefahr eines (daraus resultierenden) Wertverlustes bei der Übertragung von Marken deutlich geringer ist als bei der Übertragung von Kunden - erschien ein Wettbewerbsverbot bei der Übertragung von Marken grundsätzlich nicht erforderlich, um eine sinnvolle Nutzung der aus einer Marke erwachsenden Vermögensvorteile zu gewährleisten.[158]

---

155 Vgl. *BGH*, Entscheidung v. 20.03.1984 (*Strohgäu-Wochenjournal*), WuW/E BGH 2087.

155 Vgl. *Mäger*/*Ringe*, WuW 2007, S. 18, 21.

156 Vgl. *Mäger*/*Ringe*, WuW 2007, S. 18, 22.

157 Vgl. *Mäger*/*Ringe*, WuW 2007, S. 18, 22.

158 Vgl. *Mäger*/*Ringe*, WuW 2007, S. 18, 22.

Im Hinblick auf die höchstrichterliche Rechtsprechung[159], wonach die Weiterführung der sachlichen Mittel des Betriebs durch den Erwerber für die Anwendbarkeit des § 1 GWB unerheblich war, setzte die Rechtfertigung eines Wettbewerbsverbots keine Übertragung sachlicher Mittel voraus.[160] Mit Blick auf das europäische Kartellrecht gelangte die Kommission zu der Feststellung, dass die Übertragung sachlicher Betriebsmittel zur Rechtfertigung eines Wettbewerbsverbots ungeeignet ist.[161] Wurden im Rahmen eines Unternehmenskaufs lediglich materielle Vermögenswerte wie Grundstücke, Gebäude oder Maschinen oder ausschließlich gewerbliche Schutzrechte übertragen, ohne dass zusätzlich der Goodwill oder Know-how veräußert werden, sollte ein Wettbewerbsverbot mangels Schutzwürdigkeit des Erwerbers nicht gerechtfertigt sein.[162]

**(b) Verhältnismäßigkeit**

Ließ sich das Wettbewerbsverbot nach den vorangehenden Ausführungen als kartellrechtlich unbedenkliche Nebenabrede im Rahmen eines Unternehmenskaufs qualifizieren, musste - wie bereits angesprochen - letztlich das Verhältnismäßigkeitsprinzip gewahrt sein.[163] Die Nebenabrede durfte bei objektiver Betrachtung nicht über ihren Zweck hinausgehen, den Erwerber in die Lage zu versetzen, die übertragenen Reserven im Wettbewerb selbständig zu nutzen.[164] Sie durfte in sachlicher, räumlicher oder zeitlicher Hinsicht nicht „überschießend“ ausgestaltet sein.[165] Es kam entscheidend darauf an, dass das Wettbewerbsverbot zeitlich, räumlich und gegenständlich zur

---

159 Vgl. *BGH*, Entscheidung v. 20.03.1984 (***Strohgäu-Wochenjournal***), WuW/E BGH 2087.

160 Vgl. *Mäger*/*Ringe*, WuW 2007, S. 18, 23.

161 Vgl. Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung mit Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. EU 2005, C-56/24, Rn. 21.

162 Vgl. *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 254.

163 Vgl. *Mäger*/*Ringe*, WuW 2007, S. 18, 24.

164 Vgl. *Mestmäcker*/*Schweitzer*, Wettbewerbsrecht, § 25, Rn. 60.

165 Vgl. *Mäger*/*Ringe*, WuW 2007, S. 18, 24.

Durchführung des Vertragszwecks, d. h. zur Übertragung und Festigung des Kundenstammes, erforderlich ist.[166] Dem Erwerber musste es ermöglicht werden, das übernommene Geschäft mit den jeweiligen Kundenbeziehungen in seiner Hand zu konsolidieren und die Kundschaft an sich zu binden.[167]

Als für die Bestimmung der im Einzelfall angemessenen Karenzzeit maßgebliche Parameter wurden dabei grundsätzlich - *erstens* - der Zeitraum, den der Erwerber eines Unternehmens benötigt, um einen eigenen Kundenstamm aufzubauen, - *zweitens* - die Häufigkeit, mit der die Verbraucher in der betroffenen Branche die Marke wechseln, - *drittens* - die Zeitspanne, die erforderlich ist, um einen Verbraucher an eine neue Marke zu gewöhnen und - *viertens* - der Zeitraum angesehen, in dem der Veräußerer noch in der Lage ist, durch einen erneuten Marktzutritt den veräußerten Kundenstamm erfolgreich wieder an sich zu binden.[168]

In räumlicher Hinsicht kam es darauf an, dass das Wettbewerbsverbot bei Unternehmen mit lokal oder regional beschränktem Kundenkreis örtlich entsprechend begrenzt wird.[169] Der räumliche Geltungsbereich sollte insoweit auf dasjenige Gebiet zu beschränkensein, in dem der Verkäufer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen bereits in der Vergangenheit abgesetzt bzw. erbracht hat.[170] Soweit der Veräußerer bereits Investitionen getätigt hatte, die den geplanten Markteintritt in zusätzlichen Gebieten fördern sollten, konnte eine Ausdehnung des Wettbewerbsverbots auf diese Gebiete erfolgen.[171]

---

166 Vgl. *Mäger*/*Ringe*, WuW 2007, S. 18, 24.

167 Vgl. *BGH*, Entscheidung v. 03.11.1981 (***Holzpaneele***), WuW/E BGH 1898, 1899; Immenga/Mestmäcker-*Zimmer*, GWB, 2001, § 1, Rn. 171;

168 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Säcker*, Wettbewerbsrecht , 2008, § 1 GWB, Rn. 17 (unter Bezugnahme auf die Bekanntmachung der Kommission der Kommission, ABl. 1983 L 376/22, Rn. 28 - *Nutrica/Zuid* -).

169 Vgl. *Mäger*/*Ringe*, WuW 2007, S. 18, 24 f.

170 Vgl. *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 253.

171 Vgl. *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 253.

In gegenständlicher Hinsicht sollte es entscheidend sein, das Wettbewerbsverbot auf den Produktionsbereich der vertragsgegenständlichen Produktionssparte zu beschränken.[172] Das Wettbewerbsverbot durfte sich auf alle Produkte erstrecken, deren (Weiter-) Angebot durch den Veräußerer die Kundenbeziehungen des Zielunternehmens gefährden könnte, d. h. regelmäßig auf alle aus Nachfragesicht austauschbaren Produkte.[173] Es durfte sich indessen nur auf diejenigen Waren und Dienstleistungen erstrecken, die den Gegenstand des übertragenen Unternehmens oder (fast) abgeschlossene Entwicklungen bilden, die noch nicht über den Markt gebracht worden sind.[174]

In zeitlicher Hinsicht sollte das Wettbewerbsverbot in Relation zum Umfang der zusätzlichen Vertragspflichten auf einen Zeitraum von zwei Jahren für die Veräußerung eines durch den Kundenstamm geprägten Unternehmensgoodwills bis drei Jahren für den durch Know-how geprägten Unternehmensgoodwill,[175] womit der Rechtsprechung des BGH zur Festigung übertragener Kundenbeziehungen[176] als auch dem europäischen Kartellrecht entsprochen wird.[177] Bei Vorliegen besonderer Umstände wie starker Kundentreue oder langem wirtschaftlichen Lebenszyklus der Produkte kann auch ein längerer Zeitraum zulässig sein, wobei es erhöhter Anstrengungen bedarf, Wettbewerbsverbote von über fünf Jahren Dauer zu rechtfertigen.[178]

---

172 Vgl. *Mäger*/*Ringe*, WuW 2007, S. 18, 24 f.

173 Vgl. *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 253.

174 Vgl. *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 253.

175 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Säcker*, Wettbewerbsrecht , 2008, § 1 GWB, Rn. 17; *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 254; *Mestmäcker*/*Schweitzer*, Wettbewerbsrecht, § 25, Rn. 65.

176 Diesbezügliche Rechtsprechung des BGH divergiert zwischen 2 Jahren in der Rechtssache Holzpaneele - *BGH*, Entscheidung v. 03.11.1981 (***Holzpaneele***), WuW/E BGH 1898, 1899 - und 3 Jahren in der Rechtssache Apotheke - *BGH*, Entscheidung v. 10.06.1964 (***Apotheke***), NJW 1964, S. 2203 -

177 Vgl. *Mäger*/*Ringe*, WuW 2007, S. 18, 25.

178 Vgl. *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 254.

**(3) Europäische Fusionskontrolle**

Ein Lebenssachverhalt, der ein Wettbewerbsverbot zu Lasten des Veräußerers rechtfertigt, liegt regelmäßig auch dann vor, wenn ein Zusammenschlusstatbestand i. S. der Fusionskontrolle gegeben ist.[179] Die Kommission unterstrich diesbezüglich, dass bereits die bloße Übertragung von Kunden wegen ihrer direkten Auswirkungen auf die jeweilige Marktstellung ausreicht, um einen Zusammenschlusstatbestand nach Art. 3 Abs. 1b Fusionskontroll-Verordnung zu bejahen.[180]

**(4) Stellungnahme**

Letztlich darf nicht außer Acht gelassen werden, dass auch die beim „Abkauf von Wettbewerb" erfolgende Stilllegung Teil der wettbewerblichen Handlungsfreiheit des Käufers ist[181] und unter Berücksichtigung der Entwicklungen der jüngeren Zeit wohl nicht mehr undifferenziert davon ausgegangen werden kann, dass die Stilllegung eines Wettbewerbers per se schlecht für den funktionsfähigen Wettbewerb wäre. Im Sinne des „*more economic approach*" erscheint hier eine alle Umstände des Einzelfalles differenzierende Betrachtung geboten. Den Staat trifft keine Verpflichtung zur Konservierung einer bestimmten Wirtschaftsstruktur. Im Rahmen der Wirtschaftsfreiheitsgrundrechte des deutschen und europäischen Verfassungsrechts kann er sich für eine antizyklische, aber ebenso für eine zyklische Wirtschaftspolitik entscheiden. Letztere entspricht nach diesseitiger Ansicht dem Gebot der Subsidiarität, wonach staatliche Interventionen in den Wirtschaftskreislauf Ultima Ratio sein sollten. Mit der von *Säcker*[182] vertretenen Ansicht sollte daher das Wettbewerbsverbot zu Lasten des Veräußerers für zulässig befunden werden, wenn es notwendig ist, da der Kundenstamm übertragen wurde - selbst, wenn sich die Übertragung auf den Kundenstamm reduziert. Im Übrigen dürfte es an einem absicherungswürdigen Leistungsaustausch fehlen.[183] Dem stets zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen Nebenabreden mit

---

179 Vgl. *Mäger*/*Ringe*, WuW 2007, S. 18, 23.

180 Vgl. *Kommission,* Abl 1998, C-66/5, Rn. 11.

181 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Säcker,* Wettbewerbsrecht , 2008, § 1 GWB, Rn. 19.

182 Hirsch/Montag/Säcker-*Säcker,* Wettbewerbsrecht , 2008, § 1 GWB, Rn. 19.

183 Hirsch/Montag/Säcker-*Säcker,* Wettbewerbsrecht , 2008, § 1 GWB, Rn. 19.

dem Ziel, den übertragenen Vermögenswert zu erhalten, die Versorgungssicherheit nach Auflösung einer bestehenden wirtschaftlichen Einheit zu gewährleisten oder den Start einer neuen Einheit (Reduzierung von Marktzutrittsbarrieren) zu ermöglichen.[184]

### c) Wettbewerbsverbote in Gesellschaftsverträgen

Dann bliebe allenfalls noch die Problemgruppe der Wettbewerbsverbote in Gesellschaftsverträgen[185] zu klären, bei denen es sich im Regelfall schon um Vereinbarungen zwischen miteinander in Wettbewerb stehenden Unternehmen handelt. Da das Thema dieser Untersuchung aber das Preisbindungsverbot im Rahmen von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen ist, braucht die Problematik der Ausnahmen von § 1 GWB bei Vereinbarungen zwischen Rechtssubjekten auf derselben Wirtschaftsstufe nicht näher erläutert zu werden. Erlaubt sei an dieser Stelle lediglich der Hinweis, dass hierzu überzeugende Lösungsversuche unternommen wurden. Diese sehen eine objektiv-teleologische Reduktion des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung vor und erzielen ohne Rückgriff auf ein angeblich ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal durch bloße Interpretation des Wortlauts der Norm sachgerechte Ergebnisse.[186]

### d) Sonderproblem der Abgrenzung von § 1 zu § 14 GWB a. F. n.F.

Auch die vor dem Hintergrund der Zielsetzung dieser Arbeit nicht uninteressante Frage nach dem Verhältnis von § 1 GWB zu § 14 GWB a.F. n.F. lässt sich nur dahingehend beantworten, dass hier ein Exklusivitätsverhältnis besteht. Soweit von einem Konkurrenzverhältnis zwischen den beiden Normen ausgegangen wurde, kann dem nicht gefolgt werden.[187] Die zur Rechtfertigung dieser Auffassung herangezogenen

---

184 Vgl. *Mestmäcker*/*Schweitzer*, Wettbewerbsrecht, § 25, Rn. 65.

185 Vgl. zu diesem Problemkreis: *Keßler*, WRP 2009, S. 1208 ff.

186 So überzeugend, Nelissen, 73 ff.; ähnlich Schmitz, WuW 2002, 6 (15), der im Rahmen der Prüfung der Wettbewerbsbeschränkung aber zudem noch die Prüfung eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals der „Verhältnismäßigkeit“ vornehmen möchte. Die Prüfung an dieser Stelle soll wohl auch im Falle von Austauschverträgen vorgenommen werden, was nach der hier vertretenen Auffassung sich bereits an anderer Stelle erübrigt hätte.

187 So aber Elzer, 307.

Fallgestaltungen[188] mögen zwar im Ergebnis richtig gelöst sein, doch wird verkannt, dass sich die Frage der Konkurrenz gar nicht stellt. Es handelt sich vielmehr um Vorgänge, bei denen in einem Vertragsdokument zwei gedanklich klar voneinander zu trennende Verhaltensnormen für die Beteiligten aufgestellt werden, die aus kartellrechtlichem Blickwinkel jeweils unterschiedliche Stoßrichtungen haben. Dass die Nichtigkeit nur einer dieser beiden Absprachen nach § 140 BGB die Gesamtnichtigkeit des Vertrags zur Folge haben mag, ändert daran nichts. Entscheidend ist, dass einer Verhaltensweise auch nur ein möglicher Verstoß gegen das GWB zugeordnet wird. Die Konkurrenzfrage wäre nur relevant, wenn man einer der beiden isoliert zu betrachtenden Verhaltensweisen zwei Verstöße zuordnen könnte, was aber nach der hier vertretenen Auffassung gerade ausgeschlossen ist.

Auch der verschiedentlich im Schrifttum[189] angesprochene und vom OLG Celle[190] seinerzeit entschiedene Fall des „Brotkriegs“ kann keinesfalls als Beleg für ein Konkurrenzverhältnis zwischen den beiden Vorschriften herhalten. Ein Brotfabrikant, der auch direkt an Einzelhändler verkaufte, hatte den von ihm belieferten Zwischenhändlern eine Preisbindung auferlegt. Da die Vertragspartner sowohl auf derselben als auch auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen tätig waren, tauchte die Frage nach Anwendbarkeit und Konkurrenz von § 1 und § 15 GWB a.F. vor der 6. GWB-Novelle zwangsläufig auf. In derartigen Fällen ist zunächst zu ermitteln, – in der Praxis freilich schwer durchführbar - ob die liefernde Partei die Klausel auch verwandt hätte, wenn sie nicht selbst ebenfalls an Endabnehmer verkauft hätte. Ist diese Frage zu bejahen, muss § 14 GWB a.F. n.F. in jedem Fall angewandt werden. Liegt hingegen ein Fall der sog. alternativen Kausalität vor, bei der die Motivation für die Preisfestsetzung sowohl in dem Verlangen eines einheitlichen Marktauftretens als auch im Schutz vor der Konkurrenz durch die selbst belieferten Parteien lag und jede dieser beiden Motivationen alleine hinreichend ursächlich für die Klausel war, ergibt sich folgendes Bild: Hier

---

188 Elzer, 151 ff., 160 ff.

189 Elzer, 74; K. Schmidt, Kartellverbot, 128; Schwarz, 118 f.

190 WuW/E OLG 500.

liegt die eigentümliche Konstellation vor, dass zwei kartellrechtlich relevante und logisch voneinander zu trennende Verhaltensweisen in ein und dieselbe Klausel gepackt werden können.

Ohne in Widerspruch zu den Ausführungen im vorangegangenen Absatz zu geraten, könnte man diesen beiden logisch zu trennenden Motivationen mit verschiedenen kartellrechtlichen Stoßrichtungen jeweils einen möglichen Kartellrechtsverstoß zuordnen. Diese Betrachtungsweise kann nichts an der Ausgangsfeststellung ändern, dass § 1 und §§ 14 ff. GWB zueinander in einem Exklusivitätsverhältnis stehen, soweit es um eine konkrete, gedanklich-logisch klar zu trennende Wettbewerbsbeschränkung geht. Dabei kann eine Klausel auch zwei Beschränkungen enthalten, soweit sich für die Klausel zwei unterschiedliche und voneinander unabhängige Motivationen herleiten lassen.[191]

Insgesamt handelt es sich daher bei dem nach der 6. Gesetzesnovelle auftretendem Wortlaut von § 1 GWB um eine deutliche Verbesserung gegenüber der vorherigen Fassung. Mit dieser Wertung soll aber keine Aussage darüber getroffen werden, ob die Entscheidung, die grundsätzliche Unterscheidung von horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen beizubehalten, als solche auch zustimmungswürdig ist.[192]

---

191 So auch Karsten Schmidt, Kartellverbot, 128; kritisch Schwarz, 119 f., der in der Argumentation von K. Schmidt einen Widerspruch zu der Prämisse von der Exklusivität der Tatbestände erblicken will. Die von ihm vorgenommene formale Betrachtungsweise will danach unterscheiden, ob die Klausel nur gegenüber einem Abnehmer (dann Preisbindung) oder mindestens zwei Abnehmern (dann Preiskartell) vorgenommen wird. Diese Argumentation verkennt aber, dass gerade in modernen Franchisingkonzepten der Franchisegeber oft mehreren Franchisenehmern Preisbindungen aufzuerlegen versucht und gleichzeitig eigene Filialen betreibt; vgl. die „Sixt-Entscheidung“ in BGH NJW 1999, 2671 ff.

192 Vgl. hierzu auch 383 in der Schlussbemerkung zu dieser Arbeit.

## B) Tatbestandsvoraussetzungen von § 14 GWB a.F.

Gelangt man nach der zuvor dargestellten Methode im Weg der negativen Abgrenzung von § 1 GWB n.F. aufgrund des Tatbestandsmerkmals der „miteinander in Wettbewerb stehenden Unternehmen“ zu dem Ergebnis, dass der sachliche Anwendungsbereich von § 14 GWB a.F. eröffnet ist, so sind im nächsten Punkt die Tatbestandsmerkmale zu erörtern, die sich aus der Vorschrift selbst ergeben.

### I) Erstvereinbarung

Im Rahmen der Erörterung des sachlichen Anwendungsbereichs von § 1 GWB wurde erläutert, warum beispielsweise die Existenz eines Gesellschaftsvertrags eine hinreichende aber nicht notwendige Bedingung für das Vorliegen einer horizontalen Wettbewerbsbeschränkung sein kann und dass die Begriffe vertikale Wettbewerbsbeschränkung und Austauschvertrag nicht als Synonym verstanden werden dürfen, weil in bestimmten Fällen eben auch Austauschvereinbarungen den Tatbestand von § 1 GWB erfüllen. Bei einer dem Verbotstatbestand von § 14 GWB a.F. unterfallenden Vereinbarung muss es sich jedoch zwingend um eine Austauschvereinbarung handeln, die die sog. Erstvereinbarung i. S. dieser Vorschrift erfüllen muss, wie sich aus nachfolgender Prüfung der Kriterien ergibt.[193]

#### 1) Parteien der Erstvereinbarung

§ 14 GWB a.F. verlangt, dass es sich bei beiden Parteien einer verbotenen Erstvereinbarung um Unternehmen handelt. Dabei ist der Unternehmensbegriff, wie überhaupt im gesamten GWB, funktionell und nicht institutionell zu verstehen.[194] Dies hat zur Folge, dass der Unternehmensbegriff sehr weit auszulegen ist.[195] Für den Unternehmensbegriff des GWB ist daher prinzipiell jede Teilnahme am geschäftlichen Verkehr ausreichend, die auf den Austausch von Waren oder gewerblichen Leistungen gerich-

---

193 FK-Wolter, § 14 , Rn. 13.

194 FK-Wolter, § 14, Rn. 14.

195 Emmerich, in I/ M, § 14, Rn. 10.

tet ist und sich nicht auf den privaten Bedarf beschränkt, wobei es sich nicht notwendigerweise um eine gewerbliche Tätigkeit handeln muss.[196] Ist an der fraglichen Vereinbarung eine natürliche Person beteiligt, so entscheidet der rechtliche und wirtschaftliche Kontext zu der jeweiligen Sphäre, ob eine Tätigkeit nur dem privaten Bereich zuzuordnen ist.[197] Das künstlerische Schaffen stellt daher, soweit es um die wirtschaftliche Verwertung eines Werks geht,[198] ebenso eine unternehmerische Tätigkeit dar wie die Vermietung oder Verpachtung von Wohnraum durch eine Privatperson. Insbesondere dann, wenn der Grundstückseigentümer sonst ebenfalls aktiv am Wirtschaftsleben teilnimmt.[199] Auch eine wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand fällt unter den Unternehmensbegriff des GWB, wie § 130 Abs. 1 im Übrigen auch ausdrücklich klarstellt. Beispiele hierfür, auf die im Detail noch weiter unten einzugehen ist, sind der Betrieb von Musikschulen durch eine Gemeinde[200] oder der Bund im Zusammenhang mit der Verpachtung von Bundeswehrkantinen.[201]

### 2) Begriff der „Vereinbarung“

§ 15 GWB a.F. vor der 6. GWB-Novelle sprach noch von Verträgen zwischen Unternehmen. Ebenso wie im Rahmen der Novellierung von § 1 GWB wurde auch in § 14 GWB a.F. n.F. der Begriff des Vertrags durch den der Vereinbarung ersetzt, womit eine Angleichung an das EU-Wettbewerbsrecht (jetzt Art. 101 AEUV)[202] erreicht werden sollte. Mit dieser Änderung sollte vor allem dem Umstand Rechnung getragen werden, dass eine nach § 14 GWB a.F. ebenso wie eine nach § 1 GWB n.F. verbotene Vereinbarung nicht notwendig ein Vertrag nach zivilrechtlichen Maßstäben sein muss.

---

196 WuW/E BGH 1253, 1257 „Nahtverlegung“; WuW/E BGH 1521 „Gaststättenverpachtung“.

197 OLG München, WuW/E OLG 1789 (1791 ff.) „Flötzinger Bräu“; Klosterfelde/Metzlaff, in Langen/ Bunte, § 14, Rn. 14.

198 WuW/E BGH 2497 (2502) „GEMA“.

199 WuW/E BGH 1745 (1747) „Malendarer Bürgerstube“; WuW/E BGH 1841 „Ganser-Dahlke“; WuW/E BGH 1521 „Gaststättenverpachtung“.

200 WuW/E BGH 1661 „Berliner Musikschule“.

201 WuW/E BGH 1581 „Bundeswehrheime“.

202 Siehe hierzu auch die Ausführungen auf 226 ff.

Es bestand allerdings schon vor der Gesetzesnovelle Einigkeit darin, dass die beiden beschriebenen Wettbewerbsbeschränkungen keinen Vertrag im zivilrechtlichen Sinne voraussetzen. Vielmehr wurde bereits eine Übereinkunft in Form eines sog. „Gentlemen Agreement“ für ausreichend erachtet.

Bei dieser Art von Verständigung wird der Gegenstand der Einigung nicht durch Sanktionen rechtlicher Art, sondern durch solche von gesellschaftlicher, moralischer oder wirtschaftlicher Natur sichergestellt.[203] Durch diese Interpretation des Vertragsbegriffs konnte vermieden werden, dass sich die Parteien durch Ausschluss des Rechtsfolgewillens den kartellrechtlichen Verboten entziehen konnten. Mit dem veränderten Gesetzeswortlaut wurde der unbefriedigende Zustand beendet, dass der für einen Juristen zentrale Rechtsbegriff des Vertrags in ein und derselben Rechtsordnung zwei unterschiedliche Bedeutungen erfährt.

Eine weitere Veränderung durch die Gesetzesnovelle ergibt sich dadurch, dass bloße abgestimmte Verhaltensweisen nicht mehr im Rahmen von vertikalen Preis- und Konditionenbindungen erfasst werden. Nach § 25 Abs. 1 GWB a.F. war es Unternehmen noch verboten, ein Verhalten aufeinander abzustimmen, das nach dem GWB in der damaligen Fassung nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Vereinbarung gemacht werden durfte. Diese nun nicht mehr existierende Vorschrift wurde ohnehin erst vergleichsweise spät in das GWB eingefügt. Durch die Einbeziehung von aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen sollten innerhalb des Geltungsbereichs des deutschen Kartellrechts jene Lücken geschlossen werden, die sich vor allem im Bereich der horizontalen Verhaltensabstimmungen aufgetan hatten.[204] Nach der 6. GWB Novelle wurde das Verbot abgestimmter Verhaltensweisen nun direkt in den § 1 GWB n.F.

---

203 FK-Wolter, § 14, Rn. 10.

204 Als fast schon legendäres Beispiel sei hier der sog. „Teerfarben Fall“ BGH WuW/E BGH 1147 (1153) angeführt.

integriert. Da es aber in § 14 GWB a.F. n.F. nicht explizit auftaucht, muss richtigerweise davon ausgegangen werden, dass bloße Verhaltensabstimmungen nicht den Tatbestand von § 14 GWB a.F. auslösen können.[205]

**3) Die Begriffe „Waren“ und „gewerbliche Leistungen“**

Der Wortlaut der Vorschrift verlangt, dass sich die Erstvereinbarung auf „Waren“ oder „gewerbliche Leistungen“ bezieht. Beide Begriffe sind nach überwiegender Auffassung weit auszulegen.

Unter Waren versteht man sämtliche übertragbaren Wirtschaftsgüter, die Gegenstand des geschäftlichen Verkehrs sein können, ohne dass der Begriff eine Körperlichkeit verlangt. Danach fallen unter diesen Begriff Grundstücke ebenso wie auch Rechte von Eigentumsanteilen sowie jegliche sonstigen immateriellen Rechte (z.B. gewerbliche Schutzrechte).[206]

Hingegen werden unter gewerblichen Leistungen sämtliche Leistungen im wirtschaftlichen Verkehr verstanden, ausgenommen sollen nur die Lieferungen von Waren bleiben.[207] Gewerbliche Leistungen bestehen üblicherweise aus einem Tun, Dulden oder Unterlassen für den Empfänger dieser Leistungen. Der wirtschaftliche Erfolg fällt dabei nicht dem Bewirkenden, sondern dem anderen Teil zu, der hierfür im Regelfall zu einer Gegenleistung bereit ist.[208]

Fraglich ist aber, ob das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung „über Waren oder gewerbliche Leistungen“ nicht noch einer weiteren Qualifizierung bedarf. Das Tatbe-

---

205 So Bechtold, § 14, Rn. 4 am Ende.

206 Klosterfelde/Metzlaff, in Langen/Bunte (9. Auflage), § 14, Rn. 27.

207 Emmerich, in I/M, § 14, Rn. 21; ein genauerer Definitionsversuch für gewerbliche Leistungen findet sich bei Haase, 30.

208 FK-Wolter, § 14, Rn. 19.

standsmerkmal der Erstvereinbarung verleitet zu dem Schluss, dass jegliche Vereinbarung über Waren oder gewerbliche Leistungen, die nicht eine Vereinbarung zwischen miteinander in Wettbewerb stehenden Unternehmen darstellt, ausreichend für § 14 GWB a.F. sein kann. Eine solche Sichtweise greift jedoch zu kurz, weil sie ein gewichtiges argumentum e contrario unterschlägt. Dieses ergibt sich aus der Beschreibung der Zweitvereinbarung, die über *die gelieferten Waren*, über andere Waren oder über gewerbliche Leistungen geschlossen werden muss. Genau diese Formulierung führt zu dem zwingenden Gegenschluss, dass der Erstvertrag, soweit es darin um Waren geht, einen Bezugspunkt zur *Lieferung* von Waren haben muss. Enthielte die Erstvereinbarung keine solche Voraussetzung, so bräuchte die Zweitvereinbarung nur allgemein über „gelieferte Waren", nicht aber über „d i e gelieferten Waren" zu sprechen.[209]

Der Begriff der Lieferung wird aber weder in der Vorschrift selbst, noch an anderer Stelle im GWB definiert. Der Gesetzgeber, der den Begriff auch an anderer Stelle im GWB (z.B. § 21 Abs. 1) erwähnt, scheint das Verständnis dieses Begriffs stillschweigend vorauszusetzen. Daher wird man sich am allgemeinen Sprachgebrauch des Begriffs der Lieferung orientieren dürfen. Hierunter versteht man die Bereitstellung von Wirtschaftsgütern in Erfüllung einer Verbindlichkeit durch ein Rechtssubjekt, das diese Handlungen üblicherweise gewerbsmäßig und entgeltlich durchführt, verbunden mit der Intention des Empfängers, hieran ein dingliches Recht zu erwerben.[210] Unter Zugrundelegung dieser Definition kommt man nicht umhin, als weitere Voraussetzung für eine taugliche Erstvereinbarung das Versprechen einer Gegenleistung des Belieferten zu verlangen. Weil § 14 GWB a.F. n.F., wie soeben erörtert, den umfassenderen Begriff der Vereinbarung wählt, wird man nicht speziell auf einen im Synallagma stehenden Vertrag i.S.d. Bürgerlichen Rechts bestehen können. Erforderlich ist aber in

---

209 Ähnlich Haase, 43.

210 Besonders anschaulich ist diese Definition im Zusammenhang mit der Besitzübergabe von Automobilen. Beim Kauf eines Autos bei einem Vertragshändler spricht man von Lieferung, auch wenn die Besitzübergabe zunächst nur unter Eigentumsvorbehalt erfolgt. Im allgemeinen Sprachgebrauch spricht man aber kaum von einer Lieferung, wenn das Fahrzeug von einem Privatmann erworben wird.

jedem Fall, dass in einer solchen Vereinbarung der „do-ut-des“-Gedanke zum Ausdruck kommt.[211]

Zu klären bleibt noch die Frage, inwieweit diese Voraussetzungen auf einen Vertrag über gewerbliche Leistungen übertragen werden können. Anders als im Fall von Waren findet sich bei der Beschreibung der Zweitvereinbarung keinerlei Hinweis darauf, ob es sich um eine Vereinbarung über *die gelieferten gewerblichen Leistungen* oder *andere gewerbliche Leistungen* handeln kann. Es wird auch bei der Zweitvereinbarung nur über gewerbliche Leistungen allgemein gesprochen. Somit lassen sich anhand des Wortlauts anders als bei der Erwähnung der Waren keine Rückschlüsse auf die Qualität der Erstvereinbarung ziehen. Es kann vielmehr zudem davon ausgegangen werden, dass sich die Zweitvereinbarung auch auf gewerbliche Leistungen beziehen kann, wenn in es in der Erstvereinbarung um die Lieferung von Waren geht.[212]

Eine Erklärung hierfür lässt sich einfach nachvollziehen, wenn man sich die eingangs erwähnte Definition des Warenbegriffs wieder in Erinnerung ruft: Bei Waren steht die Eigenschaft der Übertragbarkeit im Mittelpunkt. Wenn sie gerade diese Eigenschaft von gewerblichen Leistungen unterscheidet, kann es gar keine Preisbindungen im Hinblick auf die gelieferten gewerblichen Leistungen geben, weil sich derartige Wirtschaftsgüter begrifflich erst gar nicht übertragen lassen. Anders ausgedrückt erschöpfen sich gewerbliche Leistungen in dem Zeitpunkt, in dem sie erbracht werden.

---

211 Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt wohl auch Haase, 40 ff., der sich mit gewissen Einschränkungen an zivilrechtlichen Konstruktionen orientieren will; a.A. Gehling, 79 f., nach dessen Ansicht es auf den tatsächlichen Bezug der Waren ankommen soll. Dadurch gelangt er fälschlicherweise zu dem Ergebnis, dass ein Handelsvertreter Verträge über gelieferte Waren abschließt. Richtigerweise erbringt der Handelsvertreter aber gewerbliche Leistungen.

212 Der Vollständigkeit halber sei hier nur angemerkt, dass sich die Zweitvereinbarung auch dann auf Waren beziehen kann, wenn es in der Erstvereinbarung nur um gewerbliche Leistungen geht; trotz der etwas undeutlichen Begründung zutreffend Haase, 44, der jede Kombinationsmöglichkeit von Erst- und Zweitverträgen für zulässig erachtet, lässt man einmal die an Praktikabilitätsgründen scheiternde Kombination, dass genau die gewerbliche Leistung der Erstvereinbarung, Gegenstand einer Preisbindung der Zweitvereinbarung ist, außer Betracht; a.A. Rittner, DB 1957, 1091 (1095), der aufgrund der vom Gesetzgeber verwendeten Terminologie „*über andere Waren*“ folgern will, dass darin nur eine Gegenüberstellung zu den gelieferten Waren zu sehen sei, so dass in diesem Fall lediglich eine Abrede über Warenlieferungen eine taugliche Erstvereinbarung sein könne. Eine solche Einschränkung der Kombinationsmöglichkeiten kann dem Wortlaut indes nicht entnommen werden.

Aus diesem Umstand darf aber keineswegs gefolgert werden, dass die Anforderungen an eine taugliche Erstvereinbarung bei Warenlieferungen im Fall von gewerblichen Leistungen nicht gelten sollen. Es gibt keinerlei sachlichen Grund, warum man auf den Grundsatz der Gegenleistung im Fall der Erbringung von gewerblichen Leistungen verzichten sollte. Angesichts der strikten Verbotsfolge müssen gleiche Parameter in der Erstvereinbarung gelten, unabhängig davon, ob es um Waren oder gewerbliche Leistungen geht. In der Literatur wurde denn auch bisweilen die genaue Grenzziehung zwischen dem Begriff der Waren und der gewerblichen Leistungen im Hinblick auf § 14 GWB a.F. eher als zweitrangig angesehen.[213]

Immerhin ergibt sich aus der unterschiedlichen Nuancierung innerhalb der Zweitvereinbarung die wichtige Erkenntnis, dass die Erstvereinbarung stets ein Lieferverhältnis zum Gegenstand haben muss, das auf dem „do-ut-des"-Gedanken beruht.[214] Dieser Befund ist für den Gang der weiteren Untersuchung dieser Arbeit, insbesondere was ihren Aufbau betrifft, von essentieller Bedeutung. Damit können nämlich bestimmte Fallkonstellationen typologisiert werden. Diese können einerseits nach der bindenden Partei unterschieden werden und andererseits nach dem Gegenstand der Bindung, wobei hier weniger die Unterscheidung zwischen Waren und gewerblichen Leistungen im Focus der Betrachtung stehen soll, sondern eher die Frage, ob sich die Bindung auf die gelieferten Waren oder auf andere Waren bzw. gewerbliche Leistungen bezieht.

### II) Zweitvereinbarung

Der Verbotstatbestand im Hinblick auf die Erstvereinbarung kann von vornherein nur eingreifen, wenn auch eine taugliche Zweitvereinbarung vorliegt, wobei der Begriff der Vereinbarung bereits zuvor erörtert wurde.

---

213 Emmerich, in I/M, § 14, Rn. 20.

214 So auch Commichau/Schwartz, Rn. 229, die eine bestehende oder geplante Lieferung von Waren oder eine Erbringung von gewerblichen Leistungen für erforderlich erachten.

**1) Parteien der Zweitvereinbarung**

Die Zweitvereinbarung muss zwischen einer Partei des Erstvertrags (der gebundenen Partei) und einem Dritten bestehen, wobei dieser Dritte im Gegensatz zu beiden Parteien des Erstvertrags kein Unternehmen zu sein braucht.

Einigkeit bestand dahingehend, dass ein nach § 15 AktG konzernmäßig mit dem bindenden Unternehmen verbundenes Unternehmen nicht Dritter i.S.v. § 14 GWB a.F. sein kann.[215] Dagegen bestand Dissens in der Frage, ob es sich bei Konzernunternehmen des gebundenen Unternehmens um Dritte handelt.[216]

**2) Vertragsart**

Die Rechtsnatur der Zweitvereinbarung ist unerheblich, so dass es sich sogar um einen Vertrag zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen handeln kann.[217] Ebenfalls unerheblich ist der Umstand, ob die Vereinbarung tatsächlich geschlossen wird, bloße zukünftige Preis- und Inhaltsbindungen sind ausreichend. Erforderlich ist aber, dass eine zweite nachfolgende Vereinbarung überhaupt noch geplant ist, weswegen die Vorschrift bei Abreden über eine Schuld- oder Erfüllungsübernahme nicht anwendbar ist.

**3) Vertragsgegenstand**

§ 14 GWB a.F. erfasst Preis- und Inhaltsbindungen sowohl hinsichtlich der gelieferten als auch anderer Waren oder gewerblicher Leistungen, so dass ein gegenständlicher

---

215 Klosterfelde/Metzlaff, in Langen/Bunte (9. Auflage), § 14 Rn. 34; FK-Wolter, § 14 Rn. 28.

216 Für die Tauglichkeit als Dritte plädiert insbesondere FK-Wolter, § 14 Rn. 28; a.A. OLG München, WuW/E OLG 4667 f.; Klosterfelde/Metzlaff, in Langen Bunte, § 14 Rn. 34.

217 WuW/E BGH 1121 f. „Automatenaufstellungsvergütung“, wobei das Tatbestandsmerkmal in dieser Entscheidung noch der gemeinsame Zweck war.

oder wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Erst- und Zweitvereinbarung nicht erforderlich aber durchaus hinreichend ist. Es sollte auch grundsätzlich keinen Unterschied machen, welche der Vertragsparteien gebunden wird.[218]

### III) Allgemeines zur Preisbindung als besondere Form der Inhaltsbindung

Bevor auf die möglichen spezifischen Formen der Preisbegrenzungen einzugehen ist, sollen hier kurz die allgemeinen Wesensmerkmale einer nach § 14 GWB a.F. verbotenen Preisbindung beschrieben werden. Danach kann anhand einzelner Fallkonstellationen im Rahmen von Vereinbarungen, die eine Preisbegrenzung zum Ziel haben, ermittelt werden, inwieweit diese von den allgemeinen Grundsätzen abweichen und ob solche Abweichungen eine andersartige Bewertung im Rahmen der Vorschrift erforderlich machten.

#### 1) Definition des Preises i.S.v. § 14 GWB a.F.

Als gängige Definition für den Begriff i.S.d. genannten Vorschrift wird jedes in Geld ausdrückbare Entgelt für eine wirtschaftliche Leistung einschließlich sämtlicher Preisbestandteile verstanden.[219] Das Entgelt wird für eine bestimmte Einheit von Waren entrichtet, wobei es unerheblich ist, ob es in Währungsbeträgen oder Tauschäquivalenten entrichtet wird.[220] Nach einer weit verbreiteten Auffassung in der Literatur[221] soll der für die Vorschrift relevante Preisbegriff weit ausgelegt werden und alle Preisbestandteile wie Frachten, Rabatte, Skonti sowie Zahlungsbedingungen und Zahlungsziele umfassen, die die effektive Höhe des Preises beeinflussen.[222]

---

218 Emmerich, in I/M, § 14 Rn. 43; Klosterfelde/Metzlaff, in Langen/Bunte (9. Auflage), § 14, Rn. 31.

219 BKartA WuW/E BKartA 1763; Straub, in GK, § 15 Rn. 253 ff.

220 FK-Wolter, § 14, Rn. 33.

221 FK-Wolter a.A.O; Klosterfelde/Metzlaff, in Langen/Bunte (9. Auflage), § 14 Rn. 46 f.; Emmerich, in I/M, § 14 Rn. 49 ff.

222 a.A. Straub, in GK, § 15 Rn. 255, der die Bindungen von Preisbestandteilen als Bindung von Geschäftsbedingungen ansieht.

Wie schwierig die Abgrenzung einer Preisbindung von der Bindung sonstiger Geschäftsbedingungen sein kann, mag anhand des nachfolgend angeführten Falls illustriert werden, der vom Bundesgerichtshof im Jahre 1992[223] entschieden wurde:

Die deutsche Importgesellschaft eines japanischen Motorradherstellers schloss mit einer Bank einen Rahmenvertrag, nach dem die Käufer eines Motorrads der besagten Marke bei der Bank ein Darlehen zur Finanzierung des Kaufs mit einem effektiven Jahreszins erhalten konnten, der deutlich unter den marktüblichen Konditionen lag. Voraussetzung war, dass der Vertragshändler, über den das Motorrad bezogen wurde, ebenfalls Vertragspartei des Rahmenvertrags zwischen der Importeurin und der Bank wurde bzw. diesem später beitrat. Der an dem Rahmenvertrag beteiligte Vertragshändler konnte sodann einen Finanzierungsvertrag zwischen dem Kunden und der Bank vermitteln. Die Differenz zu den marktüblichen Konditionen wurde anteilig von der Importeurin und dem jeweiligen Vertragshändler getragen.

Eine Preisbindung schloss der BGH bei dieser Konstellation bereits begrifflich aus[224], da die Form der Kaufpreisfinanzierung sich nicht auf den Kaufpreis selbst oder auf eine bestimmte Art seiner Feststellung bezog, sondern nur die Art und Weise seiner Bezahlung betreffe.[225]

### 2) Art der für § 14 GWB a.F. geforderten Bindung

Bereits der Wortlaut von § 14 GWB a.F. lässt keinen Zweifel, dass der Tatbestand der Vorschrift dann erfüllt ist, wenn eine Preisbindung in einer Vereinbarung unmittelbar festgeschrieben wird. Diese Fälle der sog. rechtlichen Bindung bereiten daher weniger Probleme als Konstellationen, bei denen man von einer wirtschaftlichen Bindung spricht. In diesen Fällen ergibt sich nämlich nicht direkt aus dem Vertrag eine nach §

---

223 WuW/E BGH, 313 ff. „Zinssubvention“.

224 Zustimmend Patrick Lenz, 262 f.

225 Aus denselben Erwägungen hat das Gericht einige Seiten später auch einen Verstoß gegen § 38 I Nr. 12 GWB a.F. (nunmehr in § 22 I 2 GWB verankert) verneint.

14 GWB a.F. verbotene Preisbindung, weil der gebundene Vertragspartner an und für sich in der Gestaltung seiner Preise frei bleibt. Allerdings ergeben sich für den wirtschaftlich gebundenen Teil aus dem Vertrag Bindungen, so dass der Gebrauch der rechtlich vorhandenen Freiheit zur Preisbildung mit bestimmten wirtschaftlichen Vor- und Nachteilen verknüpft ist, die alleine davon abhängen, inwieweit von der Freiheit der Preisbildung tatsächlich Gebrauch gemacht wird.[226] Die ausdrückliche Freistellung von dem Preisbindungsverbot in § 14 GWB a.F. für die in § 15 GWB genannten Verlagserzeugnisse auch im Hinblick auf wirtschaftliche Bindungen wird als argumentum e contrario für die Begründung verwandt, warum § 14 GWB a.F. auch wirtschaftliche Bindungen erfasst.

Da wirtschaftliche Bindungen im Rahmen von Preisbegrenzungsversuchen eine erhebliche praktische Rolle spielen, insbesondere wenn solche Bindungen von dem Käufer von Waren oder Dienstleistungen ausgehen, wird auf sie weiter unten näher einzugehen sein.

## IV) Preisbegrenzungsmaßnahmen und ihre Einordnung als nach § 14 GWB a.F. verbotene Formen von Preisbindungen

Bereits der Begriff der Preisbegrenzungsmaßnahme legt zumindest den Schluss nahe, dass Vereinbarungen, die einen derartigen Zweck zum Gegenstand haben, fast zwangsläufig in Konflikt mit § 14 GWB a.F. geraten mussten. Da Preisbegrenzungen jedoch in ganz unterschiedlicher Form in Vereinbarungen auftreten können, wird es nachfolgend die Aufgabe sein, zu untersuchen, wie diese verschiedenen Formen im Rahmen des § 14 behandelt wurden, soweit dessen Anwendungsbereich eröffnet ist und die Voraussetzungen für eine taugliche Erst- und Zweitvereinbarung gegeben sind.

---

226 So grundlegend WuW/E BGH, 1787 ff. „Schuheinkaufsgenossenschaft Garant“.

Nachfolgend werden nun einzelne Formen von Preisbegrenzungsmaßnahmen besprochen und ihre Einordnung unter § 14 GWB a.F. geprüft. Aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen, die mit solchen Preisbegrenzungsmaßnahmen angestrebt werden, ist sorgfältig zu unterscheiden, ob die Preisbindung von der liefernden oder der belieferten Partei der Erstvereinbarung ausgeht.

**1) Die Preisbegrenzungsmaßnahme geht von der liefernden Partei bzw. vom Leistungserbringer des Erstvertrags aus**

Innerhalb dieser Konstellation ist eine weitere Unterscheidung vorzunehmen, je nachdem, ob sich die Preisbegrenzungsmaßnahmen auf die Weiterlieferung der betroffenen Waren (gewerbliche Leistungen scheiden ja begrifflich aus) an Dritte beziehen oder auf andere Sachverhalte, die keinen direkten Bezug zu den gelieferten Waren oder gewerblichen Leistungen besitzen.

**a) Die Preisbegrenzungsmaßnahme bezieht sich auf die Weiterlieferung der aufgrund des Erstvertrags gelieferten Waren**

Die Fallgruppe betrifft den klassischen Fall einer mehrstufigen Leistungskette bei der Lieferung von Gütern vom Produzenten bis zum Endverbraucher. Diese Konstellation hatte der Gesetzgeber auch bei der Einführung von § 14 GWB a.F. primär im Auge. So ist es nicht verwunderlich, dass es hierzu bereits einen Fundus an Rechtsprechung gibt, gerade auch im Zusammenhang mit Preisbegrenzungsmaßnahmen. Dieser befasst sich einerseits mit spezifischen Fallgestaltungen, bei denen das Thema Preisbegrenzungsmaßnahmen die zentrale Rolle spielt, meist im Zusammenhang mit Werbekampagnen oder Sonderaktionen, die von einem Hersteller von Gütern organisiert wurden, andererseits aber auch mit Ausnahmen von der Anwendbarkeit des § 14 GWB a.F., die ebenfalls schon sehr frühzeitig in Rechtsprechung und Literatur diskutiert und dann auch entwickelt wurden.

### aa) Entwicklung der Rechtsprechung zu Preisbegrenzungsmaßnahmen bis Anfang der neunziger Jahre

Nachfolgend sollen zunächst die Entscheidungen besprochen werden, bei denen vom Verkäufer dem Käufer auferlegte Preisbegrenzungsmaßnahmen, insbesondere in Form von Höchstpreisen und Preisüberschreitungsverboten, im Hinblick auf die gelieferten Waren die zentrale Rolle spielen.

#### (1) „Schokoladen-Riegel-Entscheidung“ [227]

Ein Hersteller von Schokoladenriegeln mehrerer bekannter Marken entschloss sich zu einer zeitlich begrenzten Werbeaktion. Die Schokoladenriegel konnten in einem Großteil des Einzelhandels normalerweise in einer Packung mit drei Riegeln erworben werden. Im Rahmen der besagten Werbeaktion bot der Hersteller über den Einzelhandel eine Packung mit vier Riegeln an, die die Aufschrift „4 zum Preis von 3“ trug.

Ein Verein, der die Bekämpfung von unlauterem Wettbewerb zum Ziel hatte, begehrte den Erlass einer einstweiligen Verfügung und drang damit auch in 2. Instanz durch.[228] Das OLG Frankfurt bildete 4 mögliche Konstellationen mit den Parametern, dass die Einzelhändler entweder nur Packungen mit 4 Riegeln oder aber beide Packungen nebeneinander her anböten und dass die Händler entweder die Packung mit 4 Riegeln gleichpreisig zu der Packung mit drei Riegeln offerierten oder einen höheren Preis dafür verlangten.

Für alle 4 möglichen Konstellationen bejahte das OLG ein wettbewerbswidriges Verhalten des Herstellers.

---

227 BGH GRUR 1978, 445; im Hinblick auf ein vorangegangenes einstweiligen Verfügungsverfahrens siehe OLG Frankfurt WuW/E OLG 1669; die Entscheidung ist auch unter dem Stichwort „4 zum Preis von 3“ bekannt.

228 OLG Frankfurt WuW/E OLG 1669.

In den beiden Fällen, in denen ein Händler die vergrößerten Packungen zu einem höheren Preis offeriere, läge ein Verstoß gegen § 3 UWG a.F. vor, da der Abnehmer irregeführt werde, weil er den zusätzlichen Schokoladenriegel in der Packung nur gegen eine Verteuerung der Packung insgesamt erwerben könne. Das Gericht verwehrte dem Hersteller auch die Berufung aufgrund des Umstands, dass die Entscheidung, die erweiterte Packung zu einem höheren Preis anzubieten, eine autonome Entscheidung des jeweiligen Händlers sei. Der Händler habe im Hinblick auf einen Unterlassungsanspruch des Vereines keine Passivlegitimation, da er durch den von ihm veranlassten Aufdruck auf der Packung an einem solchen Verstoß mitwirke und daher unter dem Gesichtspunkt der Mittäterschaft hafte.

Die beiden anderen Konstellationen, in denen die vergrößerte Packung zu demselben Preis wie die bisherige Packung mit lediglich 3 Riegeln angeboten werde, wertete das Gericht als Verstoß gegen §§ 1 UWG a.F., 15 GWB a.F. Obwohl das Gericht dem Hersteller gegenüber eingestand, dass dieser nicht auf die Händler aktiv eingewirkt habe, sah es in dem genannten Slogan eine Aufforderung zur „Gleichpreisigkeit“, die als Bindung für eine Zweitvereinbarung ausreichend sei. Das Gericht hob zwar auch hervor, dass der Hersteller der Schokoladenriegel in den Verträgen mit ihren Abnehmern die „Gleichpreisigkeit“ nicht vorschreibe, sah aber dennoch das damalige Tatbestandsmerkmal eines tauglichen Erstvertrags als gegeben an. Dabei wurde die Auffassung vertreten, dass die Preisbindung durch Rechtsfolgen mit Sanktionscharakter abgesichert werde. Diese seien allein schon darin zu sehen, dass der Werbeslogan auf die Verpackung aufgedruckt werde und damit dem Verbraucher bekannt gegeben werde, wodurch der Einzelhändler faktisch zur Gleichpreisigkeit gezwungen werde, um den zuvor angesprochenen Verstoß gegen § 3 UWG a.F. zu umgehen. Der Verstoß gegen § 1 UWG a.F. ergebe sich dadurch, dass der Verstoß gegen § 15 GWB a.F. vor der 6. GWB-Novelle auch zu einer Ordnungswidrigkeit gemäß § 38 Abs. Nr. 1 GWB a.F. führe, sich folglich systematisch über eine Ordnungsvorschrift hinweggesetzt werde.

Einen weiteren selbstständigen Verstoß gegen § 1 UWG a.F. sah das Gericht dann noch unter dem Gesichtspunkt der Nötigung, denn Einzelhändler, die die normale

Mehrfachpackung nicht führten, seien gezwungen, den zuletzt für die normale Mehrfachpackung geforderten Preis einzuhalten. Dadurch erzwinge der Hersteller letztlich ein „Einfrieren“ der Einzelhändlerpreise für die Dauer der Werbeaktion.

Auch wenn die letztinstanzliche Entscheidung in der Hauptsache durch den Bundesgerichtshof die dem Hersteller vorgeworfenen Wettbewerbsverstöße als weniger dramatisch ansah als das OLG Frankfurt in dem einstweiligen Verfügungsverfahren, so wurde doch im Grundsatz an dieser Entscheidung festgehalten, was dazu führte, dass die beanstandete Werbung letztlich nach Ansicht der Gerichte unzulässig war.[229]

Der BGH hielt zwar eine Mittäterschaft im Hinblick auf einen möglichen Verstoß gegen § 3 UWG a.F. nicht für gegeben, da der Nachweis eines wissentlichen und willentlichen Zusammenwirkens fehle. Ohnehin sei der Kläger für die Tatsache beweispflichtig, dass nicht alle Einzelhändler den Preisvorteil, den der Hersteller den Verbrauchern zudachte, an diese auch tatsächlich weitergaben. Die allgemeine Lebenserfahrung spreche gegen die Annahme des Klägers.

Das Gericht sah auch keinen Konflikt mit § 1 UWG a.F. unter dem Aspekt der Nötigung, da allenfalls ein mittelbarer Zwang ausgeübt werde und dieser in erster Linie eine Folge der Attraktivität der Werbeaktion sei.

Letztlich kam aber auch der Bundesgerichtshof zu einem Verstoß gegen § 1 UWG a.F., da ein Verstoß gegen die unmittelbar wettbewerbsbezogenen Vorschriften von §§ 15, 38 I Nr. 1 GWB a.F. bejaht werden müsse. Es sei maßgeblich, dass es dem Hersteller entscheidend darauf ankomme, dass die Einzelhändler die Preise tatsächlich nicht erhöhten. Indem die Verbraucher mit dem aufgedruckten Werbeslogan unmittel-

---

229 Die Parteien einigten sich im Hauptsacheverfahren darauf, nach dem erstinstanzlichen Urteil des LG Wiesbaden unter Umgehung der Berufungsinstanz direkt die Revision beim BGH einzulegen, siehe GRUR 1978, 445.

bar auf die Preisgestaltung hingewiesen wurden, seien die Wiederverkäufer gezwungen worden, sich diese auf der Packung angebrachte Preisgestaltung zu eigen zu machen. Dies sah das Gericht als ausreichend an, um die Folgerung zu ziehen, dass der Austauschvertrag zwischen dem Hersteller und dem Handel über den Bezug der Werbepackungen eine Verpflichtung zur „Gleichpreisigkeit" enthalte. Diese Verpflichtung sei auch als Preisbindung zu werten, weil dadurch der Wiederverkaufspreis für die vergrößerte Packung fremdbestimmt sei, obwohl der Preis für die Normalpackung, an die der Preis für die erweiterte Packung anknüpft, letztlich autonom durch den Händler bestimmt worden sei.

Die Entscheidung stieß in der Literatur auf Widerspruch.[230] Auch wenn sich gegen die Entscheidungsgrundsätze kaum etwas einwenden lasse und es seither anerkannt sei, dass wirtschaftliche Bindungen ebenfalls von § 15 GWB a.F. vor der 6. GWB-Novelle umfasst würden[231], so sollte ihr doch eine wirtschaftsfremde Betrachtungsweise zugrunde liegen, weil das Gericht den Hintergrund des Preisbindungsverbots verkannt habe. Dieses sei eingeführt worden, um den Preiswettbewerb auf der Handelsstufe zugunsten des Verbrauchers zu eröffnen. Des Weiteren wurde die Entscheidung im Hinblick auf § 38a GWB a.F. als problematisch angesehen. Es wurde darauf verwiesen, dass auch nach dieser Vorschrift dauerhaft zulässige Preisempfehlungen zu einer wirtschaftlichen Bindung eines Händlers führen könnten, keinen höheren als den empfohlenen Preis zu verlangen. Es sei dann aber ein Wertungswiderspruch, wenn kurzfristige Sonderpreisaktionen am Preisbindungsverbot scheitern sollten, insbesondere wenn der Handel keinen finanziellen Beitrag (beispielsweise durch eine Margenkürzung) zu der Sonderpreisaktion leisten müsse.

Abschließend sei noch auf die gesetzlichen Änderungen im Bereich des UWG vom 30.08.2008 durch das Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22.12.2008[232] verwiesen. In § 3 UWG gibt es seither nur noch einen

---

230 Canenbley, GRUR 1978, 446 ff.

231 Schwartz, in Gemeinschaftskommentar, 3. Aufl., § 15 Rn. 16.

232 BGBl I S. 2949.

Generaltatbestand des Verbots unlauterer Wettbewerbshandlungen. § 5 Abs. 1 UWG stellt klar, dass die irreführende Werbung als Unterfall des Generaltatbestands in § 3 UWG zu verstehen ist. Anders als die Generalklausel zur irreführenden Werbung in § 3 UWG a.F. finden sich in § 5 Abs. 2 S. 1 UWG einzelne Parameter, die bei der Beurteilung der Frage, ob eine irreführende Werbung vorliegt, heranzuziehen sind. Dabei ist die Vorschrift von § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 UWG für die hier besprochene Fallkonstellation von besonderem Interesse, denn sie führt „*den Anlass des Verkaufs und den Preis oder die Art und Weise, in der er berechnet wird…*“ als derartige relevante Parameter an. Für die Beantwortung der Frage, wann eine Werbung irreführend ist, nehmen auch nach den Gesetzesänderungen die Begriffe der Unwahrheit bzw. Unrichtigkeit eine Schlüsselstellung ein.[233] Die inhaltliche Überprüfung einer Aussage in der Werbung auf ihren Wahrheitsgehalt kann somit prinzipiell nach denselben Grundsätzen erfolgen, wie sie von der Rechtsprechung bereits vor der Gesetzesnovelle angewandt wurde.[234]

Daran ändert auch die neu eingefügte Vorschrift von § 5 Abs. 4 UWG nichts. Diese Vorschrift stellt die widerlegliche Vermutung einer Irreführung im Zusammenhang mit der Werbung über eine vermeintliche Preissenkung auf, sofern der vor der Herabsetzung erhobene Preis von dem Werbenden nur für eine verhältnismäßig kurze Zeit gefordert wurde. Außerdem trifft den Werbenden die Beweislast sowohl für das Vorliegen einer Preissenkung an sich als auch für den Zeitraum einer solchen Preissenkung. Diese Vorschrift dient vor allem dazu, potentielle Irreführungssachverhalte besser steuern zu können, die bis zum Jahre 1994 durch § 6e UWG a.F. erfasst wurden. Die Vorschrift des § 6e UWG a.F. verbot Preisgegenüberstellungen sogar dann, wenn diese unrichtigen Angaben enthielten. Aufgrund von großem Widerstand[235] wurde sie seinerzeit aufgehoben, so dass Beanstandungen nur noch mit dem allgemeinen Irreführungsverbot des § 3 UWG a.F. angegriffen werden konnten. Bewertet man den hier vorliegenden Sachverhalt nach dem neuen Wettbewerbsrecht, so kommt § 5 Abs. 4

---

233 Emmerich, UWG, 272.

234 S. hierzu auch die Ausführungen auf 127 f.

235 Emmerich, UWG, 339.

UWG, sofern man in dem fraglichen Slogan überhaupt eine Werbung über Preisherabsetzung erblickt, gleichwohl nicht zur Anwendung, weil ja der verlangte Preis vor der Werbekampagne bzw. dessen Zeitdauer nicht in Frage standen.

**(2)„Reyno-City-Bike“[236]**

In dieser Entscheidung entwickelte das OLG Frankfurt die vom BGH in der Schokoladenriegel-Entscheidung aufgestellten Grundsätze konsequent weiter und präzisierte sie teilweise inhaltlich.

In dem Fall ging es um eine Gemeinschaftswerbung, die der Hersteller von Zigaretten und die deutsche Importgesellschaft eines japanischen Motorradherstellers durchführten. Die Werbung zeigte in Anzeigen, Plakaten und Farbpostern das Bild eines Motorrades, das in der Farbe der Zigarettenschachtel lackiert war. Auf der Abbildung fand sich u.a. ein Textaufdruck mit folgender Passage: „1650,- Zum Reyno-Freundschaftspreis“. Die Auslieferung des Motorrads sollte über einen Vertragshändler des Motorradimporteurs erfolgen, wobei dieser die Maschinen ebenfalls zu einem Sonderpreis (der Händlerpreis betrug netto 1.400,- DM statt üblicherweise 1694,- DM) von dem Importeur erwerben konnte. Der Importeur wies die Händler in einem Rundschreiben darauf hin, dass der Kunde berechtigt sei, den Sonderpreis zu verlangen. Obwohl die Auslieferung und Bezahlung über den Händler erfolgte, war der Zigarettenhersteller Verkäufer des Motorrades.

Gegen diese Form der Werbung beantragte ein Zusammenschluss von Vertragshändlern eines Konkurrenzprodukts eine einstweilige Verfügung, weil eine unzulässige Sonderveranstaltung vorliege. Diese Auffassung bestätigte das OLG Frankfurt in 2. Instanz nicht, unter dem Gesichtspunkt des § 15 GWB a.F. vor der 6. GWB-Novelle beanstandete es dann aber die angegriffene Werbung doch. Da dem Händler mitgeteilt wurde, der Kunde habe einen Anspruch auf ein Motorrad zu dem Preis von 1650,-

---

236 OLG Frankfurt, GRUR 1980, 321 ff.

DM, könne er zumindest keinen höheren als den angegebenen Verkaufspreis fordern. Im Hinblick auf den Zigarettenhersteller, der ja Verkäufer der Motorräder war, wirke die Werbung sogar komplett als Festpreis, da die Vertragshändler noch nicht einmal das Motorrad noch nicht einmal unter dem „Freundschaftspreis“ verkaufen können, ohne die Gewinnmarge des betroffenen Händlers zu beeinträchtigen, da dieser direkt mit der deutschen Importgesellschaft abrechnete.

Nach Ansicht des Gerichtes sei der letztgenannte Umstand ohnehin unerheblich, denn das Gericht stellte abschließend klar, dass § 15 GWB a.F. vor der 6. GWB-Novelle eben auch dann im seinem ganzem Umfang anzuwenden sei, wenn nicht das Unterschreiten, sondern das Überschreiten eines Preises untersagt werde. Geschütztes Rechtsgut des Preisbindungsverbots sei nämlich nicht allein der Verbraucherschutz, sondern die Aufrechterhaltung eines freien Wettbewerbs bei Vereinbarungen über Preise und Geschäftsbedingungen zwischen dem Belieferten und seinen Abnehmern.[237]

**(3)„Probier-Preis-Aktion“[238]**

Diese Entscheidung scheint insofern eine Kehrtwendung zu der zuvor erörterten Rechtsprechung im Umgang mit Sonderpreisaktionen darzustellen, als hier ein Weg aufgezeigt wurde, der zumindest die kartellrechtlichen Bedenken gegen derartige Aktionen aus dem Weg räumte.

Der Hersteller einer weithin bekannten Marke von Schokoladenbrotaufstrich wollte mit einer Werbeaktion testen, wie man neue Kunden dauerhaft an das Produkt heranführen könne. Er sprach daher für das Produkt, das zuvor seit geraumer Zeit keiner unverbindlichen Preisempfehlung unterlag, eine solche zeitlich auf 4 Wochen und

---

237 So OLG Frankfurt GRUR 1980, 322 f.; die Unzulässigkeit der Festlegung von Mindestpreisen stand bereits seit BGH WuW/E BGH, 1168 ff. außer Frage, auch wenn es hier nicht um die Bindung des Belieferten, sondern um die des Liefernden im Hinblick auf eigene Direktverkäufe ging.

238 BGH WuW/E 610 ff.

räumlich auf das Gebiet von Berlin begrenzt aus. Auf dem Deckel und dem Etikett wurde drucktechnisch besonders hervorgehoben die Aufschrift „Probier-Preis 2,99“ angebracht. Daneben befand sich der drucktechnisch zurückgesetzte Vermerk „unverbindliche Preisempfehlung“. Der Hersteller beabsichtigte bei Erfolg der Aktion, den Herstellerabgabepreis dauerhaft zu senken und bundesweit eine dauerhafte unverbindliche Preisempfehlung in der genannten Höhe auszusprechen.

Der Bundesgerichtshof hielt das Vorgehen des Herstellers unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten für unbedenklich. Er sah darin weder einen Verstoß gegen § 15 GWB a.F. vor der 6. GWB-Novelle noch gegen § 38 Abs. 1 Nrn. 11 und 12 GWB a.F., sondern vielmehr eine nach § 38a GWB zulässige unverbindliche Preisempfehlung. Dabei argumentierte das Gericht vorwiegend mit der ratio legis des § 38a GWB in der damaligen Fassung. Sinn und Zweck der besagten Norm sei es, dem Verbraucher eine Orientierungshilfe und dem Wiederverkäufer eine Kalkulationshilfe zu geben, wobei unverbindliche Preisempfehlungen in der Erwartung ausgesprochen würden, dass der empfohlene Preis dem tatsächlichen Preis der Mehrheit der Wiederverkäufer entspricht, ohne dass dieser wirklich von jedem Händler befolgt werden muss. Auch eine räumlich und zeitliche begrenzte unverbindliche Preisempfehlung könne dem Gesetzeszweck entsprechen, ohne dass dies als ein nach § 38a Abs. 3 GWB unzulässiger Missbrauch gelte.

Das Gericht machte dabei unmissverständlich klar, dass das Verhalten des Herstellers unter kartellrechtlichen Aspekten nicht mit dem in der Entscheidung „Vier zum Preis von Drei“ gleichzusetzen sei, weil der Hersteller der Schokoladenriegel seinerzeit gerade keine unverbindliche Preisempfehlung ausgesprochen habe. Im Übrigen wurde die Aussage wiederholt, dass allein der mittelbare Zwang, an einer Sonderaktion aufgrund deren inhaltlichen Attraktivität teilzunehmen, kartell- und wettbewerbsrechtlich hingenommen werden müsse. Gerade wenn es sich um eine zugelassene unverbindliche Preisempfehlung handele, gebe es auch keine rechtlichen Einwände gegen die Konsequenz, dass die empfohlenen Preise faktisch die Wirkung von Höchstpreisen hätten.

Die Aktion wurde dennoch wettbewerbsrechtlich unter dem Gesichtspunkt des § 1 UWG a.F. für unzulässig erklärt, weil die drucktechnisch hervorgehobene Bezeichnung „Probier-Preis-Aktion“ im Ergebnis auf eine unzulässige Sonderveranstaltung hinauslaufe.

**(4) „Herstellerpreiswerbung“**[239]

Eine weitere wichtige Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu diesem Themenkreis erging im Jahre 1986, wobei es abermals um die Werbung mit einer unverbindlichen Preisempfehlung bei Süßwaren ging. Diesmal senkte die Herstellerin eine bereits existierende unverbindliche Preisempfehlung und wies auf diesen Umstand mit in die Cellophanhüllen des Produkts eingeschobenen Kärtchen hin, die die Aufschrift „Preissenkung! jetzt nur (noch) ....DM unverbindliche Preisempfehlung“ trugen.

Der BGH bestätigte unter Verweis auf die Entscheidung „4 zum Preis von 3“ die Auffassung des Berufungsgerichts, dass es sich um eine unzulässige Werbung handele. Im Unterschied zu der angeführten Entscheidung wurde allerdings kein direkter Verstoß gegen § 15 GWB a.F. vor der 6. GWB-Novelle gesehen, sondern vielmehr eine nach § 38 I Nr. 1 GWB a.F. verbotene Umgehung des Preisbindungsverbots aufgrund einer unzulässigen Preisempfehlung.

Durch die Formulierung „Preissenkung! jetzt nur noch .....DM“ werde der Einzelhändler rechtlich zur Herabsetzung seines bisherigen Preises gezwungen, wenn er nicht gegen § 3 UWG a.F. verstoßen wolle. Darüber hinaus sei er auch aus kaufmännischen Gründen dazu gezwungen, wenn er seine Kunden nicht zu verärgern beabsichtige.

---

239 BGH NJW-RR 1986, 915 f.

Das Gericht lehnte auch die Argumentation des Herstellers ab, dass es sich bei der Kampagne um eine nach § 38a GWB a.F. zulässige unverbindliche Preisempfehlung handele. Aus den bereits zuvor genannten Gründen, die in dem Wortlaut der angekündigten Senkung der unverbindlichen Preisempfehlung lägen, werde nämlich auf die Einzelhändler zumindest wirtschaftlicher Druck ausgeübt, während nach § 38a I Nr. 1 GWB a.F. kein wirtschaftlicher Druck im Zusammenhang mit einer unverbindlichen Preisempfehlung ausgeübt werden dürfe.

Das Gericht gelangte am Ende auch noch zu der Auffassung, dass durch die Art, wie die Senkung der unverbindlichen Preisempfehlung angekündigt werde, der neue empfohlene Preis bei den Händlern, die zuvor einen niedrigeren als den ursprünglich empfohlenen Preis verlangt hätten, als Preisuntergrenze wirke, der sie vor weiteren Preissenkungen abhalte.

**(5) „Nora-Kunden-Rückvergütung“[240]**

Die nächste beachtenswerte Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum Thema Maßnahmen zur Preisbegrenzung im Verhältnis zu Dritten erging im Jahre 1990, wobei diesem Fall anders als in den zuvor besprochenen Entscheidungen kein Sachverhalt zugrunde lag, bei dem der Hersteller durch eine Werbekampagne Einfluss auf den Wiederverkaufspreis eines Händlers nehmen wollte.

Auf dem Prüfstand standen vielmehr Regelungen, die die Generalvertretung eines Automobilkonzerns mit dessen Vertragshändlern für den Verkauf von Ersatzteilen an bestimmte nachlassberechtigte Kunden vertraglich festgeschrieben hatte. In schriftlichen Ankündigungen wurde den Händlern die Kriterien für Boni und Rückvergütungen mitgeteilt, wobei stets darauf hingewiesen wurde, dass diese nur gewährt würden, wenn im Hinblick auf die nachlassberechtigten Kunden die unverbindliche Preisempfehlung (UPE) des Automobilherstellers Maßstab für die Berechnung der Preisnachlässe sei.

---

240 BGH WuW/E BGH 2647.

Einem Vertragshändler des Automobilkonzerns, der zwar diesen Sonderkunden Nachlässe in der jeweils empfohlenen prozentualen Höhe gewährte, dabei jedoch von einem selbst kalkulierten, um gegenüber der UPE 8% höheren Preis ausging, wurden die Rückvergütungen verweigert. Der Vertragshändler klagte auf Auszahlung des Betrages, den ihm die Generalvertretung ausgezahlt hätte, wenn er die UPE als Maßstab für die Berechnung der Preisnachlässe genommen hätte. Bei der Frage, ob ein vertraglicher Zahlungsanspruch bestehen könnte, war insbesondere zu klären, ob der Vertrag möglicherweise wegen einer darin enthaltenen verbotenen Preisbindung nach § 15 GWB a.F. vor der 6. GWB-Novelle unwirksam sein könnte.

Das Gericht sah in dem Verhalten der Generalvertretung des Automobilkonzerns, die Gewährung der Boni von der Einhaltung der UPE abhängig zu machen, eine wirtschaftliche (oder konditionelle) Bindung, die es, der Linie bisheriger Entscheidungen folgend, als rechtlichen Bindungen gleichwertig betrachtete.[241]

Weiterhin befasste sich das Gericht auch ausdrücklich mit der Frage, ob es im Hinblick auf § 15 GWB a.F. vor der 6. GWB-Novelle einen Unterschied mache, dass die Intention des Automobilkonzerns darauf gerichtet war, die Überschreitung (und nicht wie in der Mehrheit der Fälle die Unterschreitung) bestimmter Preise zu verhindern. Das Gericht lehnte jedoch auch in diesem Fall die Privilegierung derartiger Abreden unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten ab. Maßgeblich sei allein die Gestaltungsfreiheit des Vertragspartners für Zweitverträge, die auch dann beeinträchtigt werde, wenn man durch eine wirtschaftliche Bindung die Überschreitung bestimmter Preise verhindern wolle, unabhängig wie begrüßenswert eine solche Maßnahme ansonsten sein möge.

Das Gericht stellte dann im nächsten Prüfungsschritt fest, dass dieser Verstoß gegen § 15 GWB a.F. vor der 6. GWB-Novelle das Zahlungsversprechen insgesamt nichtig

---

241 BGH WuW/E BGH 1787 „Garant-Lieferprogramm“.

mache, da das Rückvergütungsversprechen mit seinen Modalitäten eine Einheit darstelle.[242]

**ba) Ausnahmen vom Anwendungsbereich des § 14 GWB a.F. unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen auf die Zulässigkeit von Preisbegrenzungsmaßnahmen**

Um den Verbotstatbestand von § 14 GWB a.F. rankte sich eine Fülle von Diskussionen über mögliche Ausnahmen von der Verbotsnorm, wobei es sich fast immer um Konstellationen dreht, bei denen die mögliche Preisbindung vom Verkäufer ausgeht und sich auf den Weiterverkauf der gelieferten Waren oder Dienstleistungen an Dritte bezieht.

Teilweise waren die Ausnahmen unstreitig, weil sie sich unmittelbar aus dem Gesetz, insbesondere aus dem GWB selbst ergeben. Die bekannteste befand sich in § 15 GWB a.F. Danach war im Bereich der Verlagserzeugnisse die Preisbindung ausdrücklich zugelassen, sofern die dort im Einzelnen geregelten Voraussetzungen erfüllt sind.

Weiterhin bestanden Ausnahmen im Bereich der Lizenzverträge nach §§ 17, 18 GWB.

In einigen anderen Fällen war die Diskussion um Ausnahmen Gegenstand teilweise heftiger Kontroversen im kartellrechtlichen Schrifttum. Nicht alle Ausnahmen sollten eine direkte Auswirkung auf Preisbegrenzungsmaßnahmen haben, die Mehrzahl der diskutierten Freistellungen vom Verbotstatbestand des § 14 GWB a.F. sei vielmehr preisneutral, d.h. sie stehen nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Versuch, bestimmte Preisdeckelungen durchzusetzen. Es würde den Rahmen dieser Arbeit

---

242 Der Zahlungsanspruch des Vertragshändlers ging dennoch im Ergebnis durch , weil das Gericht einen Schadenersatzanspruch nach §§ 35 Abs. 1, 26 Abs. 2 GWB a.F. aufgrund einer kartellrechtlich unzulässigen Ungleichbehandlung in Höhe der Summe, die der Vertragshändler bei Einhaltung der UPE erhalten hätte, für gegeben ansah

sprengen, auf sämtliche Aspekte und Streitpunkte im Hinblick auf diese generell diskutierten Ausnahmen einzugehen. Daher beschränkt sich die Darstellung auf einen kurzen Abriss:

**(1) Ausnahmen von der Verbotsnorm aufgrund der Lehre „anerkannter, institutioneller Gegebenheiten“**

Die bloße Berücksichtigung des Wortlauts von § 14 GWB a.F. hätte zur Folge gehabt, dass eine Vielzahl von im Geschäftsverkehr üblichen und anerkannten Vertragsgestaltungen, vorwiegend im Bereich der Absatzmittlungsverhältnisse, kartellrechtlich unzulässig wäre. Daher keimte alsbald nach dem Inkrafttreten der Norm auch eine Diskussion darüber auf, ob das Preisbindungsverbot nicht bei den unter dem Stichwort der „anerkannten, institutionellen Gegebenheiten“ laufenden Vertragstypen und Sachverhalten zurücktreten müsse.[243] Diese Einschränkung des Tatbestands von § 14 GWB a.F. sollte im Wege einer teleologischen Reduktion der Norm erfolgen. Diese Diskussion weist große Parallelen mit derjenigen um Immanenztheorie und Tatbestandsrestriktion im Rahmen von § 1 GWB[244] auf.[245] Es ging dabei vor allem darum, im Rahmen von typischen und atypischen Absatzmittlungsverhältnissen herauszuarbeiten, inwieweit bei der konkreten vertraglichen Gestaltung die Verteilung des kaufmännischen Risikos erfolgt, um daraus Schlussfolgerungen für die Zulässigkeit von Preisbindungen zu gewinnen.[246]

---

243 Klosterfelde/Metzlaff, in Langen/Bunte (9. Auflage), § 14, Rn. 61; die Lehre von den sog. „anerkannten institutionellen Gegebenheiten“ ist ständige Rechtsprechung seit BGHZ 51, 163 ff. = WuW/E BGH 981, 984 „Farbumkehrfilm“.

244 Vgl. die diesbezüglichen Ausführungen auf 35 ff. u. 56 f.

245 Vgl. Emmerich, in I/M, § 14, Rn. 26; Epp, 110 mwN; Weber WuW 1998, 134, 143 f. weist jedoch gleichzeitig auch auf die Unterschiede zwischen den beiden Formeln hin.

246 An dieser Stelle sei auf den gänzlich anderen und eigenwilligen Lösungsansatz von Rittner, 141 ff. u. 155 sowie DB 1957, 1091 (1095) u. ZHR 135, 289 (314) mit der von ihm vertretenen sog. „absoluten Theorie“ hingewiesen. Rittner möchte sog. „interessenwahrende Geschäftsbesorgungsverträge“ von vornherein dem Anwendungsbereich von § 14 GWB a.F. entziehen, da es sich bei ihnen nicht um Austauschverträge handele; diese Auffassung umgeht allerdings einen wesentlichen Aspekt der Diskussion, da Ausgangspunkt jeder Untersuchung zunächst einmal die Frage sein muß, ob bestimmte Vertragsgestaltungen den Wortlaut von § 14 GWB a.F. erfüllen.

Zunächst sei jedoch darauf hingewiesen, dass für die Anwendung der Theorie von den „anerkannten institutionellen Gegebenheiten“ von vornherein nur Raum bestand, wo die Tatbestandsmerkmale von § 14 GWB a.F. erfüllt waren. Die fehlende Anwendbarkeit von § 14 GWB a.F. war bei den sog. reinen Vermittlungsvertretern weitgehend unstreitig[247], besteht deren Aufgabe doch vornehmlich darin, Geschäfte zu vermitteln, indem sie den Abschluss von Geschäften mit Dritten fördern.[248]

**(a) Handelsvertreter**

Weniger übersichtlich ist hingegen die Situation bei den Handelsvertretern.[249] Bei ihnen handelt es sich um Abschlussvertreter, die zwar im Gegensatz zu einem Boten eigene Willenserklärungen abgeben, die daraus resultierenden Verträge jedoch in fremdem Namen und auf fremde Rechnung abschließen. Vertragsbeziehungen entstehen somit nur zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten.[250] § 84 Abs. 1 HGB erfordert ein ständiges Tätigwerden des Handelsvertreters für den Geschäftsherrn bei der Vermittlung von Geschäften. Nach §§ 86 I HGB, 675, 665 BGB hat der Handelsvertreter die Interessen seines Geschäftsherrn angemessen zu berücksichtigen und er ist an seine Weisungen gebunden. Dadurch kommt seine Eingliederung in die Absatzorganisation des Geschäftsherrn fast der eines eigenen Angestellten oder einer eigenen Zweigniederlassung gleich.

Da es sich bei Handelsvertretern um Kaufleute nach §§ 1 I, 84 I HGB handelt, unterfallen sie auch dem Unternehmensbegriff des GWB. Aus dem Gesetz ging und geht jedoch nicht hervor, für wen und wessen Namen die gebundene Partei eine Zweitvereinbarung abschließen muss. Die frühe Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sah dieses Kriterium als maßgebend an, um § 14 GWB a.F. bereits seinem Wortlaut nach

---

247 Emmerich, in I/M, § 14, Rn. 27; Haase, 34 ff. mit mehreren Beispielen, der allerdings auf S. 189 ff. die Analogiefähigkeit der Norm auf Vermittlungsvertreter diskutiert und im Ergebnis bejaht.

248 Baumbach/Hopt, § 84, Rn. 22; v. Hoyningen-Huene, in MünchKomm-HGB, § 84 Rn. 55.

249 Zur Abgrenzung des Handelsvertreters von anderen Vertriebsformen grundlegend Horsch, 99 ff.

250 v. Hoyningen-Huene, in MünchKomm-HGB, § 84 Rn. 86.

als für nicht anwendbar zu halten.[251] Eines Rückgriffs auf die Formel von den allgemein „anerkannten institutionellen Gegebenheiten“ bedurfte es bei dieser Argumentation erst gar nicht. Die genaue dogmatische Einordnung des Handelsvertreters im Hinblick auf die Rechtfertigung der Zulässigkeit von Preisbindungen durch den Geschäftsherren war allerdings in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des GWB noch wenig gefestigt. Ein Jahr nach der Entscheidung „Shell-Tankstelle“ ging der BGH nämlich in seiner Entscheidung „Farbumkehrfilm“[252] davon aus, dass ein Agenturvertrag, und hierzu wurde auch ausdrücklich ein Handelsvertretervertrag gerechnet, durchaus unter den Wortlaut der Vorschrift über das Preisbindungsverbot falle. Eine Ausnahme könne eben gerade nur durch die erwähnten von der Rechtsordnung „anerkannten institutionellen Gegebenheiten“ konstruiert werden.

In der Folgezeit fokussierte die höchstrichterliche Rechtsprechung ihre Betrachtungen dann allerdings weniger auf die Frage nach der dogmatischen Einordnung einer Freistellung der Handelsvertreter vom Preisbindungsverbot als auf den Inhalt der zu prüfenden Verträge selbst. Dabei wurde mehr und mehr auf den Gesichtspunkt der Risikoverteilung abgestellt, insbesondere wenn sich aus der Bezeichnung der Position des Gebundenen gerade keine eindeutige Zuordnung ergab.[253] Wo die gebundene Partei die wirtschaftlichen und rechtlichen Risiken eines Vertrags zu tragen habe, dort sollte auch kein Raum für die „anerkannten institutionellen Gegebenheiten“ sein, weil die gebundene Partei des Schutzes des Preisbindungsverbots bedürfe.

In der Entscheidung „EH-Partner-Vertrag“[254] wurden klare Kriterien für das Vorliegen einer Handelsvertretereigenschaft aufgezeigt. Ein Hersteller von Unterhaltungselektronik hatte sein Vertriebskonzept zur Bewältigung von Absatzproblemen im Sektor „braune Ware“ umgestellt. Die bislang als Eigenhändler fungierenden Fachhändler

---

251 BGH WuW/E BGH 877 „Shell-Tankstelle“; BGH WuW/E BGH 1013 „Tankstellen-Stationärvertrag“.

252 BGH WuW/E BGH 981 (982).

253 BGH WuW/E BGH 1402 ff. „EDV-Zubehör“ im Hinblick auf die Bezeichnung „Generalvertretung“.

254 BGH WuW/E BGH 2238 ff.

sollten die Waren des Herstellers nun als dessen Agenten, d.h. in dessen Namen verkaufen. Dabei verpflichtete sich der Hersteller, ein Warensortiment in Höhe von rund 25% des jeweils vorgesehenen Jahresumsatzes vorzuhalten. Dafür musste der als EH-Partner bezeichnete Betrieb sich an die Preisvorgaben des Herstellers halten und durfte nur gegen Barzahlung die Ware in dessen Namen veräußern. Der Vertrieb von Konkurrenzprodukten war daneben weiterhin zulässig.

Das Gericht ging entgegen der Ansicht des Bundeskartellamts[255] und der Vorinstanz[256] von der kartellrechtlichen Zulässigkeit dieser vertraglichen Gestaltung aus und hielt auch im Fall eines Abschlussvertreters sowohl den Wortlaut der Vorschrift als auch deren Zweck für nicht anwendbar, ohne ausdrücklich auf die Formel der von der Rechtsordnung „anerkannten institutionellen Gegebenheiten“ zurückgreifen zu müssen.[257] Die Rechtsprechung räumte dabei durchaus ein, dass es Fälle geben möge, in denen vertragliche Gestaltungen nur in die äußere Form von Handelsvertreterverhältnissen gekleidet würden. In diesen Fällen sei das Preisbindungsverbot gleichwohl in vollem Umfang anwendbar.[258]

Im konkreten Fall wertete das Gericht die Risikoverteilung in dem Vertrag zwischen dem Hersteller und dem EH-Partner nicht als rechtsmissbräuchliche Gestaltung eines Handelsvertreterverhältnisses. Begründet wurde dies vor allem damit, dass der Hersteller das Vordispositions- und Lagerrisiko trage. Dem Umstand, dass der EH-Partner ein Kreditrisiko zu tragen habe, wenn er von den Vorgaben des Herstellers hinsichtlich der Zahlungsbedingungen abweiche, wurde hingegen keine Bedeutung beigemessen, weil in dem betreffenden Marktsegment kein entsprechender Wettbewerbsdruck herrsche.

---

255 WuW/E BKartA 2125; dieser Argumentation zustimmend Hertz-Eichenrode, WuW 1983, 785; Vollmer DB 1984, 226.

256 WuW/E OLG 3457.

257 WuW/E BGH 2242.

258 WuW/E BGH 2243 oben.

Auch wenn sich der BGH bei dem Rückgriff auf die Risikoverteilung auf weite Teile der Literatur[259] berief, fand die Entscheidung keineswegs ungeteilte Zustimmung.[260] Es wurde insbesondere kritisiert, dass das Kriterium der Risikoverteilung eine Frage des Innenverhältnisses zwischen den Beteiligten sei. Die Reichweite kartellrechtlicher Verbote dürfe hiervon nicht abhängen.[261] Vielmehr müsse eine Gesamtabwägung aller relevanten Umstände stattfinden, bei der die tatsächliche Handhabung maßgebend sei.[262]

Von anderer Stelle wurde kritisiert, dass der BGH bei der Bewertung der Risikoverteilung falsche Parameter herangezogen habe und unberücksichtigt lasse, dass einzelne Risiken formal zwar beim Hersteller lägen, doch mittelbar auf den EH-Partner abgewälzt würden.[263]

Der Kritik an dem Kriterium der Risikoverteilung ist allerdings entgegenzuhalten, dass die Formel von der Gesamtabwägung ein zu ungenaues Abgrenzungsmerkmal darstellt.[264] Diese Betrachtungsweise hätte nämlich zur Folge, dass die Umstellung vom Eigenhandel auf Handelsvertreterverhältnisse bereits allein an dem Argument scheitern könnte, dass die betroffenen Produkte traditionell über den Eigenhandel vertrieben werden. Dies kann aber kein angemessenes Kriterium sein, das dem Schutzzweck des Preisbindungsverbots angemessen Rechnung trägt.

---

259 Klosterfelde/Metzlaff, in Langen/Bunte (9. Auflage), § 14, Rn. 64; Autenrieth BB 1983, 458; Baur, BB 1985, 1821 (1824); Brühl WRP 1983, 3 (5); Möschel BB 1985, 1477; Rittner DB 1985, 2543 (2545).

260 Kartte/Kulka, FS für Stiefel, 381 (392 f.) stimmen der Entscheidung zwar im Grundsatz zu, kritisieren allerdings, dass der BGH im Rahmen seiner Prüfung lediglich auf die Kriterien Risikoverteilung und Interessenwahrung abgestellt hat.

261 Emmerich, in I/M, § 14 Rn. 30.

262 Im Ergebnis so wohl auch v. Hoyningen-Huene, in MünchKomm-HGB, vor § 84, Rn. 28, der sich zwar auf die Grundsätze der EH-Partner-Entscheidung beruft, jedoch dafür plädiert, dass der gewählte Vertragstyp die tatsächlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse widerspiegeln müsse, um vom Preisbindungsverbot freigestellt werden zu können

263 Haase, 171 ff. spricht sich für eine funktionsorientierte Betrachtungsweise aus und will nur sog. „interne Risiken“, d.h. solche zwischen Hersteller und EH-Partner, für maßgeblich halten. Die Risiken im Verhältnis zum Kunden sollen unberücksichtigt bleiben.

264 So auch Wolter, in FK, § 15 Rn. 47, der zu Recht andernfalls eine Willkür bei der Abgrenzung befürchtet und keine Alternative für ein taugliches Abgrenzungskriterium sieht.

**(b) Kommissionäre**

Die Kommissionäre (einschl. der sog. Kommissionsagenten) nach §§ 383, 406 HGB unterscheiden sich vom Handelsvertreter dadurch, dass sie in eigenem Namen auftreten.[265] Sie haben allerdings im Innenverhältnis auch die Weisungen ihrer Geschäftsherrn hinsichtlich der Preise und Geschäftsbedingungen zu befolgen.[266] Daher war die Situation auch hier, nach Bewertung der Risikoverteilung in klassischen Fällen, ähnlich wie bei einem Handelsvertreter zu bewerten. In atypischen Kommissionsverträgen war wieder darauf zu achten, dass es nicht lediglich bei der äußeren Form des Instituts bleibt. Auch hier war die Abgrenzung letztlich allein mittels der Risikoverteilung vorzunehmen.

Ein dogmatischer Unterschied zum Handelsvertreter dürfte allerdings bei der Frage bestehen, warum das Preisbindungsverbot nicht anwendbar ist. Da der Handelsvertreter bei Geschäften mit Kunden eine Willenserklärung in fremdem Namen abgibt, der Geschäftsherr also Vertragspartner wird, fehlte es bereits formal an einem Tatbestandsmerkmal von § 14 GWB a.F., denn die gebundene Partei schließt gar keinen Vertrag mit einem Dritten ab.

Im Fall des Kommissionärs hätte die Formel von den „anerkannten institutionellen Gegebenheiten“ dann in der Tat möglicherweise ihre Existenzberechtigung gehabt. Man kann ein solches Ergebnis aber auch durch eine einschränkende Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Zweitvereinbarung im Wortlaut von § 14 GWB a.F. erreichen. Es bietet sich an, nur dann eine Zweitvereinbarung der gebundenen Partei mit einem Dritten anzunehmen, wenn die gebundene Partei juristischer Vertragspartner ist und den Vertrag auf eigene Rechnung mit dem Dritten schließt. Andernfalls lässt sich argumentieren, dass der Vertragsschluss eben nicht zwischen der gebundenen Partei

---

265 Baumbach/Hopt, § 84 Rn. 18.

266 Wolter, in FK, § 15 Rn. 40.

und dem Dritten, sondern zwischen dem Preisbinder und dem Dritten erfolgt. Die Kriterien zur Risikoverteilung, die der Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit der zuvor besprochenen Entscheidung „EH-Partner-Vertrag“ im Fall der Handelsvertreter entwickelte, konnten dann im Fall der Kommissionäre zur Beurteilung der Frage herangezogen werden, ob die formal zwischen einem gebundenen Kommissionär und einem Dritten geschlossene Vereinbarung letztlich auch taugliche Zweitvereinbarung nach § 14 GWB a.F. sein konnte.[267]

**(c) Eigenhändler**

Eigenhändler, insbesondere Vertragshändler[268], werden nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich im Normalfall durch ein Geschäft mit einem Dritten berechtigt und verpflichtet, so dass auf sie § 14 GWB a.F. regelmäßig anwendbar war.[269] Diese Position hatte der Bundesgerichtshof auch in der zuvor angesprochenen Entscheidung „Nora-Kunden-Rückvergütung“[270] ausdrücklich bestätigt.

Ungeklärt hingegen war die Frage, inwieweit trotz des formalen Vorliegens eines Vertragshändlerverhältnisses die konkrete vertragliche Gestaltung dem Anwendungsbereich von § 14 GWB a.F. entzogen sein mag.

Die herrschende Literaturauffassung[271] bejahte dies in den Fällen, wo ein solches Verhältnis im Innenverhältnis dem eines Handelsvertreters entspricht, mit der Folge, dass den bindenden Vertragspartner die rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen der abgeschlossenen Verträge trafen.

---

267 Für die Anwendung der Grundsätze dieser Entscheidung auf den Kommissionär plädiert Kevekordes, DB 1988, 1885; kritisch zu Einschränkungen des Preisbindungsverbots bei Kommissionären äußert sich Keßler, WRP 1982, 450.

268 Näher zur Abgrenzung der Vertragsarten Baumbach/Hopt, vor § 373, Rn. 13.

269 GK-Straub; 3 15 Rn. 360; Klosterfelde/Metzlaff, in Langen/Bunte (9. Auflage), § 14 Rn. 68; Emmerich, in I/M, § 15 Rn. 32.

270 WuW/E BGH 2647.

271 So Klosterfelde/Metzlaff, in Langen/Bunte (9. Auflage), § 14 Rndr. 68; v. Gnamm, § 15, Rn. 21 a. E.

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung war eine derartige Konstellation – soweit ersichtlich – bislang noch nicht Gegenstand einer Entscheidung. Eindeutige Festlegungen wurden soweit wie möglich vermieden.[272] Aus einem obiter dictum[273] lässt sich ansatzweise entnehmen, dass auch der BGH sich Konstellationen vorstellen konnte, bei denen ungeachtet der Eigenhändlereigenschaft die Vertragsbeziehung zwischen Lieferant und Händler aufgrund der „anerkannten institutionellen Gegebenheiten" nicht dem Anwendungsbereich von § 14 GWB a.F. unterfällt.

**(d) Franchisenehmer**

Franchising als Vertriebskonzept hat sich in den vergangenen Jahrzehnten auch in Deutschland als eine Form des Absatzmittlungsverhältnisses herausgebildet und etabliert. Beim Franchising[274] handelt es sich in erster Linie um die Lizenzierung eines Geschäftskonzepts, bei dem gegebenenfalls die Überlassung weiterer Schutzrechte hinzutreten kann.[275] Der Franchisenehmer handelt dabei jedoch in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, wobei der unternehmerische Gestaltungsspielraum sog. „systemimmanenten Beschränkungen" unterliegt.[276] Es ist insbesondere üblich, dass der Franchisenehmer bei dem Geschäftsauftritt nach außen, insbesondere bei Fragen des Firmenlogos, detaillierten Beschränkungen des Franchisegebers unterliegt.

---

272 BGH WuW/E BGH 945 (946) „Blitzrenner".

273 So in BGH WuW/E BGH 1402 (1403) „EDV-Zubehör".

274 Ekkenga, 15 f. weist auf die Schwierigkeiten hin, sich auf eine einheitliche Definition für das Franchising einigen zu können.

275 Emmerich, in I/M, § 14 Rn. 33.

276 Klosterfelde/Metzlaff, in Langen/Bunte (9. Auflage), § 14 Rn. 70

Aufgrund dieses Spannungsfelds wurde ihm von Teilen der Literatur[277] eine „Zwitterstellung“ zwischen Vertragshändler[278] und Handelsvertreter zugesprochen, was wiederum die Diskussion aufwarf, inwieweit ein Franchisenehmer von dem Preisbindungsverbot nach § 14 GWB a.F. aufgrund der zuvor bereits angesprochenen „anerkannten institutionellen Gegebenheiten“ auszunehmen sei.

Mit dem Verweis auf den Umstand, dass der Franchisenehmer das wirtschaftliche Risiko tragen müsse, ging die Rechtsprechung[279] in früheren Entscheidungen ohne weiteres von einer Anwendbarkeit des § 14 GWB a.F. auf Franchiseverträge aus, soweit aufgrund der engen Kooperation zwischen den Parteien nicht sogar schon § 1 GWB anzuwenden sei.[280]

Ungeachtet der angeführten Rechtsprechung gab es Ansätze, den Franchisenehmer aus dem Anwendungsbereich zumindest partiell herauszulösen. So wurde insbesondere unter dem Stichwort „wirtschaftliche Einheit“ die Auffassung vertreten, dass bei starkem Preisgefälle zwischen den Franchisenehmern das Konzept eines einheitlichen Marktauftretens und das Image des Produkts an sich gefährdet werden könnten.[281] Mit diesen Argumenten sollte auch eine bewusste teilweise Abkehr von der Maßgeblich-

---

277 Epp, 110; Ebenroth/Parche, 6.

278 Ekkenga, 18 f. weist zutreffend daraufhin, dass die Grenzen zwischen den einzelnen Strukturtypen fließend sind und dass einzelne Vertragshändlersysteme sich von den „klassischen“ Franchise-Verträgen, was die „Rigidität der Systemführung“ anbetrifft, nicht mehr unterscheiden. Diese Tendenz dürfte sich insbesondere im Kraftfahrzeughandel als dem klassischen Vertragshändlersektor nach Erlass der neuen Gruppenfreistellungsverordnung noch weiter verstärken.

279 OLG Köln WuW/E OLG 1715 (1717) „Wimpy-Hamburger“; BGH WuW/E BGH 2452 (2454) „Meierei-Zentrale“.

280 Näher zu dieser Problematik Epp, 60 ff.; Martinek, 543, 572 ff.

281 Epp, 124 ff., 130, der aber im Ergebnis eine „Verengung der Preisspannen auf Null“ nur in Ausnahmefällen zulassen will.

keit der Risikoverteilung, die der Bundesgerichtshof in der Entscheidung „EH-Partner“[282] entwickelt hatte, in Kauf genommen werden. Weiterhin wurde von den Befürwortern einer Freistellung von § 14 GWB a.F. bei Franchiseverträgen der Gesichtspunkt der Verbrauchererwartung ins Feld geführt.[283]

Spätestens die „Sixt-Entscheidung“ des Bundesgerichtshofs[284] dürfte auch diesen Überlegungen ein Ende bereitet haben. Auf dem Prüfstand befand sich die Zulässigkeit eines zweigleisigen Vertriebssystems eines Autovermieters, der neben eigenen Filialen mit einer Anzahl von Franchisenehmern zusammenarbeitete. Zahlreiche Maßnahmen des Franchisegebers sollten jedoch sicherstellen, dass sich der Marktauftritt der Franchisenehmer für potentielle Kunden so wenig wie möglich von dem der eigenen Filialen unterschied. Das Gericht ließ jedoch einen Rückgriff auf die von der Rechtsordnung „anerkannten institutionellen Gegebenheiten“ nicht gelten. Allein die Tatsache, dass die Franchisenehmer das volle wirtschaftliche Risiko zu tragen hätten, war für diese Beurteilung ausreichend.[285]

Das Gericht gestand lediglich zu, dass in Einzelfällen auch Franchisevereinbarungen dem Anwendungsbereich von § 14 GWB a.F. entzogen sein könnten. Dies könne insbesondere gegeben sein, wenn von vornherein eine Steigerung oder Festigung der Wettbewerbsfähigkeit auf Seiten der beteiligten Unternehmen gesichert sei.[286] Eine solche Wirkung könne nur nicht generell bei allen Franchisekonzepten angenommen werden.[287]

---

282 WuW/E BGH 2238 (2243).

283 Bechthold, § 14, Rn. 12, der insbesondere wegen der liberaleren Regelungen in der damals geltenden Franchise-GVO nach EU-Recht eine großzügigere Handhabung des § 14 GWB a.F. bei Franchise-Systemen fordert.

284 NJW 1999, 2671 ff.

285 NJW 1999, 2674.

286 NJW 1999, 2674.

287 Ähnlich auch die Argumentation von Wolter, in FK, § 15, Rn. 49 a.E., der dann eine Ausnahme vom Preisbindungsverbot befürwortet, wenn die unternehmerische Steuerung tatsächlich beim Franchisegeber liegt; Weber, WuW 1998, 144 f., schlägt vor, die Formel von den institutionellen Gegebenheiten durch ähnliche Kriterien wie bei den Freistellungsvoraussetzungen für Franchisesystemen nach Art 101 Abs. 3 AEUV zu ersetzen.

Interessanterweise ging das Landgericht München in seiner erstinstanzlichen Entscheidung noch von der Zulässigkeit der Preisbindung im Autovermietgeschäft aus. Dabei berief es sich insbesondere auf die oben besprochene Entscheidung „Nora-Kundenrückvergütung“[288] und folgerte aus der Tatsache, dass der Bundesgerichtshof im Kfz-Ersatzteilgeschäft keine Verbrauchererwartung nach identischen Preisen erkennen konnte, den Umkehrschluss, dass eine Ausnahme vom Preisbindungsverbot dort in Betracht komme, wo der Verbraucher eine Gleichpreisigkeit voraussetze.[289]

Da die „Sixt-Entscheidung“ gerade im unmittelbaren Zusammenhang mit Preisbegrenzungsmaßnahmen steht, ist auf sie zu einem späteren Zeitpunkt noch einmal zurückzukommen.[290]

**(e) „Rechtlich anerkannte institutionelle Gegebenheiten“ aufgrund öffentlicher Fürsorgepflichten**

Ein weiterer Komplex, bei dem eine Bereichsausnahme von § 14 GWB a.F. aufgrund von der Rechtsordnung „anerkannter institutioneller Gegebenheiten“ in der Vergangenheit zumindest andiskutiert wurde, betraf die öffentlichen Fürsorgepflichten. Die Problematik soll anhand der Rechtsprechung zu mehreren entschiedenen Fallkonstellationen verdeutlicht werden:

In dem Fall „Berliner Musikschulen“[291] stand die Höchsthonorarklausel einer als öffentlich-rechtliche Körperschaft betriebenen Musikschule auf dem Prüfstand, die Musiklehrern Räume zur Verfügung stellte, in denen Schüler unterrichtet werden konnten.

---

288 BGH WuW/E BGH 2647, siehe hierzu 94 ff.

289 Ablehnend zu dieser Argumentation Böhne, BB 1997, 1427 (1428) und im Ergebnis auch Weber, WuW 1998, 144.

290 S. hierzu die Ausführungen auf xxx.

291 BGH WuW/E BGH 1661.

Vertragsbeziehungen bestanden zwischen dem jeweiligen Musiklehrer und dem Schüler, die Tätigkeit der Musikschule beschränkte sich neben der Bereitstellung der Räumlichkeiten auf die Vermittlung interessierter Schüler an die Lehrer.

Der Bundesgerichtshof sah in dieser Praxis alle Tatbestandsmerkmale von § 14 GWB a.F. als erfüllt an und versagte dem Vertrag auch eine Ausnahme aufgrund „anerkannter institutioneller Gegebenheiten“. Das Gericht ließ den Aspekt der Gewährung von Räumlichkeiten nicht gelten, da die Höchsthonorarklausel auch gelten solle, wenn der Unterricht nicht in den Räumlichkeiten der Musikschule erteilt werde. Weiter führte das Gericht aus, dass es der Musikschule ja frei stehe, direkt in Vertragsbeziehungen mit den Schülern einzutreten, wobei sich in diesem Fall die Frage einer Preisbindung nicht stelle.

Anders entschied das Gericht hingegen im „Bundeswehrkantinenfall“[292], wo ein ähnlicher Sachverhalt zugrunde lag. Die Bundesrepublik Deutschland hatte hier ihr Kantinenbewirtschaftungssystem in den Bundeswehrkasernen umgestellt und hierzu eine sog. Heimbetriebsgesellschaft als juristische Person des Privatrechts gegründet, deren Anteile sich jedoch im Eigentum der Bundesrepublik befanden. Diese Gesellschaft übernahm die Beschaffung und die Rechnungsbegleichung unter Übernahme der Delkrederehaftung für sämtliche Waren, die von der Bundesrepublik Deutschland als dem Grundsortiment einer Bundeswehrkantine zugehörig angesehen wurden. Die jeweiligen Pächter der Kantinen traten sowohl mit der Bundesrepublik Deutschland als auch mit der Heimbetriebsgesellschaft in vertragliche Beziehungen. Dabei wurde den Pächtern in dem Vertrag mit der Bundesrepublik Deutschland vorgeschrieben, dass Waren des Grundsortiments an die Soldaten in der Kantine nur zu den vom Bund festgesetzten Preisen verkauft werden durften. In dem Vertrag mit der Heimbetriebsgesellschaft wurden die Pächter weiterhin verpflichtet, bestehende Rahmenverträge zwischen der Heimbetriebsgesellschaft und Lieferanten (einschl. der darin abgemachten Einkaufspreise) in Anspruch zu nehmen.

---

292 BGH WuW/E BGH 1851 „Bundeswehrheime II“.

Der Bundesgerichtshof kam zu dem Ergebnis, dass beide angesprochenen Klauseln dem Wortlaut nach unter § 14 GWB a.F. fielen. Er gelangte jedoch hinsichtlich beider Klauseln zu dem Ergebnis, dass aufgrund von rechtlich „anerkannten institutionellen Gegebenheiten“ eine zu schützende Gestaltungsfreiheit nicht vorliege. Eine solche „anerkannte institutionelle Gegebenheit“ sah das Gericht in dem Bestreben, eine einheitliche und günstige Versorgung der Bundeswehrangehörigen in den Kasernen sicherzustellen. Aus Art. 87 GG wurde die Verpflichtung abgeleitet, Bundeswehrangehörige davor zu schützen, dass der Kantinenbetreiber seine monopolartige Stellung durch unangemessen hohe Preise auszunutzen versuche.

Für diese Bewertung erntete das Gericht erneut harsche Kritik in der Literatur, weil auch eine anzuerkennende Fürsorgepflicht des Bundes in keinem Fall die Durchbrechung der Vorschrift von § 14 GWB a.F. rechtfertigen könne.[293] Weiterhin wurde im Zusammenhang mit der Entscheidung moniert, dass die Formel von den „anerkannten institutionellen Gegebenheiten“ für die Einschränkung des Tatbestands von § 14 GWB a.F. gänzlich ungeeignet sei, weil sie im Einzelfall als Ersatz für vom Gesetz nicht vorgesehene Ausnahmetatbestände herhalte.[294] Der Missbrauch dieser Formel sei dem Bundesgerichtshof inzwischen geradezu selbstverständlich geworden.[295]

Vor dem Hintergrund dieser Kritik dürfte sich wohl auch eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 2001 erklären.[296] Zur Überprüfung stand die kartellrechtliche Wirksamkeit einer Klausel in einem Rahmenvertrag zwischen einem kom-

---

293 Emmerich, in I/M, § 14, Rn. 38.

294 Brühl, WRP 1983, 6.

295 Brühl WRP 1983, 6; Kretzer, 115 ff. hält die Preisbindung für nicht notwendig und sieht einen inhaltlichen Widerspruch zur Entscheidung „Berliner Musikschule“; Hertz-Eichenrode WuW 1983, 785 führt hingegen an, dass der Bundesgerichtshof bis zur Entscheidung „Bundeswehrheime II“ die Formel von den institutionellen Gegebenheiten zwar in zahlreichen Entscheidungen andiskutierte, letztlich jedoch lediglich noch in einem anderen Fall ein Verbot nach § 14 GWB a.F. verneinte.

296 BGH NJW 2001, 2541 ff.

munalen Wohnungsunternehmen und einer Kabelnetzbetreibergesellschaft. Die Betreibergesellschaft war auf Basis eines Vertrags mit einer Laufzeit von 20 Jahren berechtigt, den Mietern der Wohnungsgesellschaft die Bereitstellung von Breitbandkabelnetzen zu ermöglichen. Der Vertrag regelte die Kalkulationsgrundlage für die Preise, die die Betreibergesellschaft den Mietern der Wohnungsgesellschaft berechnen sollte. Jede Preisänderung stand jedoch nach dem Rahmenvertrag unter dem Zustimmungsvorbehalt des Wohnungsunternehmens.

Entgegen der Vorinstanz[297] hielt der Bundesgerichtshof diese Vereinbarung als nicht mit § 14 GWB a.F. vereinbar. Obwohl er die Rechtsfigur von den „institutionellen Gegebenheiten“ im Grundsatz[298] anerkannte, sah er gravierende inhaltliche Unterschiede zum Sachverhalt in der „Bundeswehrkantinenentscheidung“, auf die sich die Vorinstanz maßgeblich gestützt hatte. Anders als der Pächter einer Bundeswehrkantine sei die Betreibergesellschaft nicht in ein zentral von der Wohnungsgesellschaft „organisiertes und gesteuertes Kabelprogrammversorgungssystem“ einbezogen.[299]

Auch ein Monopolist sollte nach der in dem Urteil vertretenen Ansicht den Schutz von § 14 GWB a.F. genießen dürfen, weil die durch die Monopolstellung potentiell negativ betroffenen Vertragspartner des Monopolisten durch andere Normen innerhalb und außerhalb des GWB hinreichend geschützt würden.[300]

Mit ausdrücklichem Verweis auf die oben bereits besprochene Entscheidung „Nora-Kunden-Rückvergütung“[301] hob das Gericht abermals hervor, dass es nicht das Ziel der Vorschrift von § 14 GWB a.F. sei, auf ein bestimmtes – niedriges – Preisniveau

---

297 OLG Dresden NJWE-WettbR 1999, 190 ff.

298 BGH NJW 2001, 2541 (2542 f.).

299 BGH NJW 2001, 2541 (2543), wohl unter Berufung auf die kritische Besprechung der vorinstanzlichen Entscheidung durch Wessely, BB 1999, 2569, (2572 f.).

300 BGH NJW 2001, 2541 (2544 f.), unter ausdrücklicher Berufung auf Wessely, BB 1999, 2569, (2575 f.).

301 BGH WuW/E BGH 2647; s, hierzu die Ausführungen auf 94 ff.

hinzuwirken, sondern dass diese Vorschrift ausschließlich die Gestaltungsfreiheit der Vertragspartner für Zweitverträge sicherstellen solle.[302]

**(2) Auswirkungen von Art. 30 EGV a.F. (Art. 34 AEUV) auf § 14 GWB a.F.**

Zur Überraschung Einiger sah sich der Europäische Gerichtshof (EuGH) im Jahre 1995 dazu veranlasst, Ausführungen zur Anwendbarkeit und Auslegung des § 14 (damals noch § 15 a.F.) GWB im Rahmen des innergemeinschaftlichen Verkehrs zu machen, die gerade im Hinblick auf die Zulässigkeit von Preiserhöhungsverboten als eine Form der Preisbegrenzungsmaßnahme nach nationalem deutschen Kartellrecht zumindest erhöhte Aufmerksamkeit verdienen. [303]

**(a) Sachverhalt der Entscheidung**

Vordergründig ging es dabei zunächst nur wieder einmal um den damaligen Konflikt um das richtige Verbraucherleitbild[304] zwischen dem nationalen deutschen Wettbewerbsrecht in seiner Ausprägung durch das UWG in seiner früheren Fassung, insbesondere um das in § 3 UWG a.F. normierte Irreführungsverbot, das gelegentlich auch als „Herzstück" dieses Gesetzes bezeichnet wurde[305], und das Verbot der Beschränkung des innergemeinschaftlichen freien Warenverkehrs nach Art. 30 EGV a.F. dem

---

302 BGH NJW 2002, 2541 (2544).

303 EuGH, Urteil vom 06.07.95 – Rechtssache C – 470/93 „Mars" abgedruckt im WRP 1995, 677.

304 Grundsätzlich wird das Leitbild des mündigen Verbrauchers dem des flüchtigen Verbrauchers gegenübergestellt, s. hierzu Traub, 10 f.; dieser Konflikt um das anzuwendende Verbraucherleitbild hat sich allerdings bedingt durch neuere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und das von der Bundesregierung bei den jüngsten Gesetzesnovellen zugrunde gelegten Verbraucherleitbild deutlich entschärft; grundlegend WRP 2000, 517 „Orientteppichmuster"; vgl. auch die Ausführungen von Emmerich, UWG, 266 ff. über den Wandel des Verbraucherleitbilds im deutschen Recht.

305 Fezer, WRP 1995, 671.

in der Auslegungsgeschichte des EuGH[306] fast schon eine notorische Bedeutung zukam.[307] Der Sachverhalt des Falls weist große Parallelen mit der bereits zuvor besprochenen Entscheidung des BGH „4 zum Preis von 3“[308] auf. Anstelle von Schokoladenriegeln ging es hier um Eiscremeriegel eines amerikanischen Konzerns, der diese Markenprodukte in Frankreich einheitlich für den europäischen Markt herstellte und verpackte. Der Konzern entschloss sich zu einer kurzfristigen Werbekampagne in Europa unter dem Slogan „+ 10 %“. Während des Zeitraums der Werbekampagne wurde die Größe der Eisriegel tatsächlich um 10 % erhöht. Gleichzeitig wurde der Slogan auch auf die für diese Kampagne eigens hergestellten Verpackungen deutlich aufgedruckt. Die Eiscremeriegel, die in Frankreich rechtmäßig hergestellt und vertrieben wurden, gelangten u.a. auch zum Verkauf an den Endverbraucher nach Deutschland.

Ein Verein, der sich satzungsmäßig die Bekämpfung von unlauteren Geschäftspraktiken im Handel zum Ziel gesetzt hatte und nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F. mit einer entsprechenden Klagebefugnis ausgestattet war, beanstandete gerichtlich die Art der Werbekampagne. Abgesehen vom Umstand, dass die farblich gekennzeichnete Fläche mit der Aufschrift „+ 10 %“ mehr als 10 % der Gesamtfläche der Verpackung ausmache und möglicherweise bei einem nicht unbeträchtlichen Teil der angesprochenen Verbraucher die Erwartung hervorrufen könne, dass diese farblich gekennzeichnete Fläche den vergrößerten Anteil des Produkts darstelle, richtete sich die Klage des Vereins vor allem gegen den Inhalt des Werbeslogans. Ein nicht unbeträchtlicher Teil des angesprochenen Verkehrskreises erwarte, so die Argumentation des Vereins, dass während der Werbekampagne für das Produkt keine Preiserhöhung stattfinden werde. Geschähe dies dennoch, so läge ein Verstoß gegen das Irreführungsverbot nach § 3 UWG a.F. vor. Diese Irreführungsgefahr lasse sich nur dadurch vermeiden, dass der Hersteller bzw. die deutsche Importgesellschaft, beide nutzten die Werbeaktion übrigens selbst nicht zu einer Erhöhung der Preise, den Einzelhändlern untersagten, ihre Preise während der kurzfristigen Dauer der Werbekampagne zu erhöhen. Bei dieser

---

306 Traub, 19 ff. belegt anhand von mehreren Beispielen, dass der EuGH das Leitbild des mündigen Verbrauchers vertritt.

307 Grundlegend zu diesem Dauerkonflikt vgl. Kemper/Rosenow, WRP 2001, 370 ff.

308 GRUR 1978, 445 f.

Fallgestaltung, so die weitere Argumentation des Vereines, läge aber ein Verstoß gegen das Verbot von § 15 GWB a.F. vor der 6. GWB-Novelle vor.

Das LG Köln gab dem Antrag des Vereins auf Erlass einer einstweiligen Verfügung statt. Um zu einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren zu gelangen, legte das Gericht dem EuGH im Weg des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 AEUV zwei Fragen zur Auslegung von Art. 30 EGV a.F. vor, da das Gericht Zweifel hegte, ob eine Untersagung des Vertriebs der Eisriegel in der besagten Form mit Art. 30 EGV a.F. vereinbar sei.[309] Konkret sollte der EuGH beantworten, ob es mit den Grundsätzen des freien Warenverkehrs vereinbar sei, wenn die in einem Mitgliedsland rechtmäßig hergestellt und vertriebenen Eiscreme-Snacks in einem anderen Mitgliedstaat in dieser konkreten Ausstattung nicht vertrieben werden dürften, weil diese beim Verbraucher einerseits den Eindruck hervorriefen, dass Volumen und Gewicht des neuen Produkts erheblich vergrößert worden seien, sowie zum anderen den Eindruck erweckten, und dies war die Fragestellung, die mittelbar auch auf § 14 GWB a.F. abzielte, dass die vergrößerten Eiscremeriegel zu demselben Preis wie die nicht vergrößerten Riegel angeboten würden.

**(b) Aufbau und Begründung der Entscheidung durch den EuGH**

Hinsichtlich beider Fragestellungen prüfte der EuGH anhand der von ihm über Jahrzehnte hinweg entwickelten Kriterien, ob eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung gegeben sei. In der grundlegenden „Dassonville-Entscheidung“[310] hatte der Gerichtshof jede nationale Handlungsregelung, die geeignet sei, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar tatsächlich oder potentiell zu behindern, als Maßnahme gleicher Wirkung definiert. Der Gerichtshof beließ es bei der kurzen Feststellung, dass das fragliche Verbot in jedem Fall eine Maßnahme gleicher Wirkung darstelle, da es den Hersteller dazu zwinge, die Art und

309 Vgl. WRP 1994, 907.

310 EuGH Rs. 8/74, Slg. 1974, 837, Rn. 5 „Dassonville“.

Weise seiner Verpackung zu ändern, um das Produkt in einem anderen Mitgliedsland vertreiben zu können.

Der Gerichtshof ging im nächsten Schritt dazu über, sich mit den immanenten Einschränkungen von Art. 30 EGV a.F. zu befassen, deren Grundsätze er insbesondere in der berühmten Entscheidung „Cassis de Dijon“ entwickelt hatte.[311] Danach müssten Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft hingenommen werden, die sich aus den Unterschieden der nationalen Rechtsvorschriften ergäben, soweit derartige Bestimmungen notwendig seien, um zwingenden Erfordernissen u.a. solchen des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit des Handelsverkehrs, gerecht zu werden. Dabei müssten derartige Bestimmungen jedoch in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Zweck stehen und dürften nur angewandt werden, wenn dieser Zweck nicht durch Maßnahmen erreicht werden könne, die den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr weniger beschränkten.

Soweit sich das Verbot auf den Umstand bezog, dass eine nicht unwesentliche Anzahl von Verbrauchern davon ausging, dass das Volumen bzw. das Gewicht des Eisriegels während der Werbekampagne erheblich größer war, so begnügte sich der EuGH mit der Feststellung in knappen Worten, dass von einem „verständigen Verbraucher“ erwartet werden könne, zwischen der Größe eines Werbeaufdrucks und der tatsächlichen Erhöhung der Menge des Produkts zu unterschieden.[312] Eine Rechtfertigung für das Verbot wurde somit verneint. Generell wird die Rechtsprechung so interpretiert, dass Regelungen über Aufdrucke auf der Verpackung die Ausstattung von Waren betreffen, stets einen direkten Produktbezug haben und nie bloße Verkaufsmodalitäten sind.[313]

Was die zweite Beanstandung des Vereins gegen die fragliche Werbung betraf, so rückte das Gericht den Umstand, dass die Beklagte die Werbeaktion tatsächlich nicht

---

311 EuGH Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 „Rewe“, seitdem ständige Rechtsprechung.

312 WRP 1995, 678 f.

313 Dazu: Leible, in Grabitz/Hilf, Art. 34 AEUV, Rn. 76ff.

zu einer Erhöhung ihrer Verkaufspreise genutzt habe, in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen. Weiterhin wurde hervorgehoben, dass sich in den Akten keinerlei Hinweis darüber finde, dass einzelne Händler ihre Preise erhöht hätten. Die bloße Möglichkeit einer Preiserhöhung durch einzelne Händler ließ das Gericht aber nicht als ausreichende Rechtfertigung für eine immanente Beschränkung von Art. 30 EGV a.F. gelten.[314]

Ebenso wenig wie bei der Beanstandung hinsichtlich der Größe des Aufdrucks ging der EuGH auch hier nicht auf die kurz zuvor in der Entscheidung „Keck“[315] entwickelte Abgrenzung zwischen produktbezogenen Vermarktungsregeln und diskriminierungsfreien sog. Verkaufsmodalitäten ein. Danach sollen nationale Rechtsvorschriften den Anwendungsbereich von Art. 36 AEUV a. F. erst gar nicht berühren, wenn es sich um Verkaufsmodalitäten handelt, die alle Wirtschaftsteilnehmer betreffen, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und wenn der Absatz der inländischen und der aus anderen EU-Mitgliedsstaaten stammenden Erzeugnisse in gleicher Weise betroffen ist. Letzteres solle aber insbesondere dann nicht gegeben sein, wenn ein Hersteller für den Import in ein bestimmtes Mitgliedsland die Verpackung für das Produkt verändern müsse und hierdurch zusätzliche Aufwendungen, die er in anderen Mitgliedsstaaten nicht habe, auf sich nehmen müsse. In diesem Fall handele es sich eben nicht um eine bloße Verkaufsmodalität, sondern um eine produktbezogene Vermarktungsregel, deren Rechtfertigung dann nur anhand der „Cassis-Doktrin“ gemessen werden könne. Die Tatsache, dass der Hersteller die Verpackung der ausschließlich für den Import nach Deutschland bestimmten Eiscreme-Riegel hätte verändern müssen, um nicht § 3 UWG a.F. zuwiderzuhandeln, mag für das Gericht so eindeutig gewesen sein, dass es auf die in der „Keck-Entscheidung“ aufgestellte Abgrenzung erst gar nicht einging.[316]

---

314 WRP 1995, 678.

315 EuGH, 24.11.1993, verbindlich RC-267/91 und C-268/91, Keck und Mithouard, abgedr. in EuZW 1993, 770; inhaltlich ging es dabei um ein nationales Verbot, Waren unter Einstandspreis zu verkaufen.

316 a.A. Fezer, WRP 1995, 671 (673), der die Auffassung vertritt, dass die Eröffnung des Anwendungsbereichs von Art. 28 nicht ohne weiteres von der Abgrenzung zwischen Verkaufsmodalitäten und Warenmodalitäten getragen werde. Im Ergebnis stimmt er jedoch dem Ansatz des EuGH zu, da eine „produktbezogene Verkaufsmodalität“ vorliegen soll, die er ungeachtet der Einschränkungen durch die Keck-Entscheidung dem Anwendungsbereich von Art. 34 AEUV

Die „Keck-Entscheidung“ wurde nur insoweit erwähnt, als dass das Gericht klarstellte, dass Regelungen über die Ausstattung, Etikettierung oder Verpackung eines Produkts auch dann Art. 30 EGV a. F. unterfielen, wenn diese unterschiedslos für einheimische und eingeführte Erzeugnisse gelten würden.[317]

Bei diesen Feststellungen beließ es der EuGH aber nicht, sondern sah sich darüber hinaus dazu veranlasst, zu dem Vorwurf Stellung zu nehmen, inwieweit hinsichtlich der Aussage „+ 10 %“ ein Verstoß gegen § 14 GWB a.F. vorliegen könne. Da die Vorlage des LG Köln an den EuGH aufgrund der eingegrenzten Fragestellung diese Problematik strenggenommen gar nicht ansprach, kommt den Aussagen eigentlich nur die Qualität eines obiter dictum zu, was aber aus der Urteilsbegründung nicht eindeutig hervorgeht.

Zu der Problematik selbst bemerkte das Gericht, dass der einer nationalen Rechtsordnung zugrunde liegende Grundsatz der freien Preisbestimmung durch den Einzelhandel eine Behinderung des innergemeinschaftlichen Verkehrs nicht zu rechtfertigen vermöge. Dies ergebe sich bereits alleine dadurch, dass der dem Einzelhändler auferlegte Zwang, seine Preise nicht zu erhöhen, für den Verbraucher vorteilhaft sei. Er leite sich aus keiner vertraglichen Vereinbarung her und verhindere eine Irreführung des Verbrauchers, zumal er einerseits nicht ausschließe, dass die Händler unterschiedliche

(heute Art. 34 AEUV) zuordnet. Fezer ist insoweit zuzugestehen, dass die Abgrenzung in Einzelfällen sehr schwierig ist und auch vom EuGH nicht immer konsequent durchgehalten wird. So sah der EuGH im Fall „Yves Rocher“, EuZW 1993, 420 ff. im innergemeinschaftlichen Verkehr das Verbot von Preisgegenüberstellungen nach dem früheren § 6 e UWG als einen Verstoß gegen Art. 34 AEUV an, obwohl es sich um eine Vorschrift handelte, die für alle Wirtschaftsteilnehmer Geltung verlangte und inländische und ausländische Erzeuger sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht in gleicher Weise beeinträchtigte, da ja gerade die Werbung mit dem Preis als solches alleine schon wegen der unterschiedlichen Währungen in jedem Land separate Aufwendungen erfordert und – anders als in der „Mars-Entscheidung“ – keine Änderung an der Erscheinung des Produkts selbst erforderlich war. Da die frühere Vorschrift von § 6 e UWG im innergemeinschaftlichen Verkehr nicht mehr angewandt werden durfte, führte dies zu ihrer kompletten Streichung, um eine Inländerdiskriminierung zu vermeiden.

317 WRP 1995, 678.

Preise anwendeten und andererseits nur während der kurzen Dauer der Werbekampagne bestehe.[318]

### (c) Bewertung der Entscheidung

Die Form und der Kontext der Stellungnahme des Gerichts zu der Problematik von § 14 GWB a.F. müssen als weniger glücklich bezeichnet werden, weil sie ein zusammengehöriges Problem wie zwei unterschiedliche und voneinander unabhängige Beanstandungen gegen die Werbekampagne behandelt, obwohl der Vorwurf anders formuliert war: Nach der Argumentation des Verbandes war die vermeintliche Irreführung nur durch eine Preisbindung des Handels abzuwenden. Folglich war für die Auseinandersetzung mit dem Argument der verbotenen Preisbindung eigentlich kein Raum mehr, nachdem vom EuGH schon die Rechtmäßigkeit der Untersagung hinsichtlich der Irreführung verneint wurde. Insofern war es geradezu ein Zirkelschluss, wenn der EuGH darauf hinwies, dass die Händler die Kampagne nicht zu einer Preiserhöhung genutzt hätten und die bloße Möglichkeit der Preiserhöhung für eine Irreführung nicht ausreiche, weil ja die unterbliebene Preiserhöhung gerade das Resultat einer verbotenen Preisbindung hätte sein können.[319]

#### (aa) Konflikt zum damaligen deutschen Kartellrecht

Aber auch der Inhalt der diesbezüglichen Aussagen des Gerichtshofs muss Erstaunen hervorrufen, enthalten diese doch erheblichen kartellrechtlichen Diskussionsbedarf und es darf bezweifelt werden, ob die komplette Tragweite dieser Aussagen überhaupt durch das Gericht beabsichtigt war. Daher mag es vielleicht auch nicht überraschen, dass die Entscheidung unter diesem Aspekt in der kartellrechtlichen Literatur kaum einen Widerhall fand. Soweit die Entscheidung in der Literatur besprochen wurde, konzentrierten sich die Ausführungen weitgehend auf die Problematik, den Sachverhalt zwischen die „Cassis-Doktrin“ und die Grundsätze der „Keck-Rechtsprechung“

---

318 So WRP 1995, 678.

319 Auf diesen Schwachpunkt in der Argumentation des EuGH weisen zutreffend Streinz/Leible, ZIP 1995, 1236 (1239) hin.

im Rahmen des Art. 30 EGV a.F. einzuordnen, wobei ein besonderer Schwerpunkt auf den vor dieser Entscheidung bereits mehrfach aufgetretenen Konflikt zwischen dem deutschen UWG und der Warenverkehrsfreiheit nach dem Gemeinschaftsrecht sowie auf die Analyse des Verbraucherleitbilds[320] des EuGH gelegt wurde. Zwei der vier Urteilsbesprechungen gingen auf die möglichen Auswirkungen für § 14 GWB a.F. gar nicht weiter ein.[321]

Dabei hatte der Gerichtshof nichts Geringeres getan, als quasi in einem Nebensatz den Anwendungsbereich von § 14 GWB a.F. und damit das nationale Kartellrecht im innergemeinschaftlichen Verkehr einzuschränken.[322] Mit der Begründung, dies sei für den Verbraucher vorteilhaft, wurde zugelassen, dass einem Händler während der kurzfristigen Dauer einer Werbekampagne verboten wurde, seine Preise für das betreffende Produkt zu erhöhen. Mit dieser Aussage stellte der EuGH auch die zuvor beschriebene Doktrin der deutschen Rechtsprechung zum Preisbindungsverbot in Frage, nach der das Verbot des § 14 GWB a.F. dem Schutz des Wettbewerbs als Institution und nicht dem Schutz einzelner Marktteilnehmer dient.[323]

**(bb) Möglicher Widerspruch zum damals geltenden EU-Wettbewerbsrecht**

Zu hinterfragen sind diese Ausführungen aber deshalb, weil sie sich möglicherweise nicht im Einklang mit dem damals geltenden EU-Wettbewerbsrecht befanden.[324] Art.

---

320 Diesem Problemkreis widmet sich insbesondere Fezer, WRP 1995, 671, 674 ff.

321 Weder Fezer, WRP 1995, 671 ff. noch Brinkner, WiB 1995, 841 f. noch Steinbeck, EWS 1996, 234 erwähnen überhaupt mit einem Wort die Vorschrift von § 15 GWB a.F. vor der 6. GWB-Novelle

322 So die zutreffende Schlußfolgerung von Lüder, EuZW 1995, 610; ebenso Klosterfelde/Metzlaff, in Langen/Bunte (9. Auflage), § 14, Rn. 76a.

323 So beispielsweise BGH GRUR 1978, 445 („4 zum Preis von 3“); dieser Auffassung folgen auch Streinz/Leible, ZIP 1995, 1236 (1240) und kritisieren die diesbezüglichen Aussagen des EuGH.

324 Nach der zumindest damals geltenden Rechtslage war wohl jegliche Form der Preisbindung, auch die Festsetzung von Höchstpreisen nach Art. 85 Abs. 1 EGV (heute: Art. 105 AEUV) untersagt; vgl. Bechtold, EWS 2000, 49 (52); Emmerich, 400; Bunte, in Langen/Bunte (9. Auflage), Art. 81 EGV, Rn. 80; allerdings gab es auch wenige Fallbeispiele aus der Rechtsprechung, vgl. aber EuGH Rs. 16-20/79, Slg. 1979, 3327 (3339), „Danis“; Veelken, in I/M I, Vertikal-VO Rn. 178 Fn. 621 warnt allerdings davor, in diesem Urteil eine generelle Regel zu erblicken.

101 AEUV (damals noch Art. 85 EGV) regelt in seinem Absatz 1 a) eindeutig die Unvereinbarkeit einer unmittelbaren wie mittelbaren Festsetzung von An- und Verkaufspreisen durch eine Vereinbarung zwischen Unternehmen mit dem Gemeinsamen Markt. In der Begründung der Entscheidung wurde aber weder der später in der Literatur einsetzende Paradigmenwechsel, der in Höchstpreisbindungen des Verkäufers bereits keine Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 85 Abs. 1 EGV a.F. sah, vorweggenommen[325] noch existierte bereits die Vorschrift von Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO.[326] Warum aber eine nationale Regelung, die im Kern letztlich wohl identisch war mit einer Regel des EU-Wettbewerbsrechts, an anderer Stelle doch wieder gemeinschaftsrechtswidrig sein soll, vermag an dieser Stelle nicht nachvollzogen werden. Es bleibt daher festzuhalten, dass der EuGH sich mit der Aussage kaum in Übereinklang mit dem damals geltenden Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft befand.

Dies kann auch nicht durch die Formulierung übertüncht werden, dass zwischen den Parteien keine Vereinbarung über den Zwang, die Preise nicht zu erhöhen, geschlossen worden sei. Eine Vereinbarung i. S. der genannten Vorschriften braucht nämlich nicht ausdrücklich in der Erstvereinbarung über Waren oder gewerbliche Leistungen fixiert zu sein. Es genügt, wenn sich die Bindung der Partei aus den Umständen der Vereinbarung als solche notwendigerweise ergibt. Im konkreten Fall haben die Parteien einen Vertrag über die Lieferung von Eisriegeln und über die Teilnahme an einer entsprechenden Werbekampagne geschlossen. Inwieweit es darüber hinaus Absprachen zwischen den Parteien der entsprechenden Vereinbarung über das Unterlassen von Preiserhöhungen gegeben hat, ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen.

**(cc) Fehlender Verstoß gegen § 3 UWG a.F.**

Dass der EuGH sich zu dieser Aussage hinreißen ließ, mag man zumindest aus damaliger, insbesondere deutscher Sicht als kartellrechtlichen Sündenfall ansehen. Umso bedauerlicher ist es aber, wenn man konstatieren muss, dass dies eigentlich nur deshalb

---

325 Vgl. hierzu die Ausführungen auf 340 ff.

326 S. die Erläuterungen auf 339.

geschah, weil das vorlegende Gericht letztlich zu einer unrichtigen Bewertung des Sachverhalts gelangte, und es bei richtiger Betrachtungsweise gar nicht zu einer Vorlage an den EuGH[327] hätte kommen dürfen.[328]

Voraussetzung für den Zwang des Preiserhöhungsverbots wäre nämlich gewesen, dass eine Preiserhöhung einzelner Händler tatsächlich gegen § 3 UWG a.F. bzw. die Beibehaltung des bisherigen Preises unter dem Eindruck der Werbekampagne durch die Händler gegen § 15 GWB a.F. vor der 6. GWB-Novelle verstoßen hätte. Beides musste indes verneint werden.

Für diese Schlussfolgerung ist zunächst der Umstand von Bedeutung, dass der Hersteller bzw. Importeur der Eiscreme die Werbekampagne selbst nicht zu einer Preiserhöhung gegenüber seinen Käufern nutzte, die Kosten also von dem Konzern des Herstellers selbst getragen wurden. Zusätzlich gibt es keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass einzelne Händler die Werbekampagne zum Anlass für eine Preiserhöhung nutzten, sei es für den Zeitraum der Werbekampagne oder dauerhaft.

**(aaa) Das Tatbestandsmerkmal der Irreführungsgefahr**

Von Wichtigkeit ist weiterhin, dass die Aussage „+10 %“ als solche wahrheitsgemäß war, wobei zuzugestehen ist, dass nach damals ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung auch eine objektiv richtige Angabe den Irreführungstatbestand nach § 3 UWG a.F. erfüllen konnte.[329] Allerdings werden in einem solchen Fall erhöhte Anforderungen an eine Aufklärungspflicht des Werbenden gestellt. Das nunmehr geltende Wettbewerbsrecht hat in § 5 Abs. 2 S. 2 UWG erstmals zwei Fallbeispiele gesetzlich

---

327 Vgl. auch die liebevoll formulierte und im Ergebnis zutreffende Kritik von Traub, 27.

328 Zu diesem Ergebnis kommt – wenngleich mittels eines leicht anderem als dem hier vertretenen Ansatzpunkt - auch Leible, WRP 1994, 908 (911), der die Erforderlichkeit der Vorlage bei einer „zurückhaltender“ Interpretation des UWG verneint; ihm folgend Streinz/Leible, ZIP 1995, die zutreffend von einer „kritikablen Auffassung“ des LG Köln sprechen.

329 BGHZ 13, 244 (253) „Cupresa Kunstseide“.

normiert, bei denen auch in dem Verschweigen einer Tatsache eine Irreführung grundsätzlich möglich sein kann, wobei allerdings die schon von der Rechtsprechung im Zusammenhang mit § 3 UWG entwickelten Kriterien in das Gesetz überführt wurden.[330]

Bedauerlicherweise geben die Ausführungen des LG Köln keinen Hinweis darauf, wie das Tatbestandsmerkmal der Irreführung in der konkreten Situation definiert hätte werden müssen oder gegebenenfalls sogar einzugrenzen sei. Es hätte nämlich nahegelegen, sich einmal mit der konkreten Situation auf dem Markt für Eiscreme- oder Schokoladenriegel von Markenwarenanbietern genauer auseinander zu setzen. Für diese Warengruppe existierte nämlich normalerweise eine nach § 23 Abs. 1 GWB a.F. zulässige Preisempfehlung, an die sich der Einzelhandel im Regelfall hält und offenkundig auch während der Werbekampagne gehalten hat, ohne dass auch der Hersteller die ausgesprochene unverbindliche Preisempfehlung geändert hätte. In der Praxis wird von diesen Preisempfehlungen üblicherweise nur innerhalb örtlich eng begrenzter Märkte (z.B. in Kinos, Freizeitparks oder auf Großveranstaltungen) mit monopolartigen Anbieterstrukturen, die aufgrund des Mangels an Ausweichmöglichkeiten für den Nachfrager bestehen, nach oben abgewichen. Ansonsten hält sich der Handel gerade bei dieser Art von Produkten weitgehend an die Preisbindung. Es wird ja an anderer Stelle auch beklagt, dass erst die Einführung der Zulässigkeit von solchen unverbindlichen Preisempfehlungen quasi durch die Hintertür wieder Preisbindungen legalisiert habe.[331] Zumindest wird davon ausgegangen, dass unverbindliche Preisempfehlungen den faktischen Nebeneffekt einer Preisobergrenze besitzen.[332] Vor dem Hintergrund dieser Sachlage scheinen aber die Ausführungen über mögliche Preiserhöhungen des Handels während der Werbekampagne eher gekünstelt. Gerade im Bereich der Süßwarenmarkenartikel gibt es, lässt man die zuvor geschriebenen Ausnahmen außer Betracht, doch faktisch Festpreise.

---

330 Emmerich, UWG, 277.

331 Siehe hierzu die Kritik an der Zulässigkeit von Preisempfehlungen bei Emmerich, 119 f.

332 Kleier, BB 1988, 1407.

**(bbb) Fehlende Analyse der Verbrauchererwartung**

Dann wäre es aber auch naheliegend gewesen, wenn das Landgericht zunächst einmal einige Ausführungen zur Verbrauchererwartung mit dem Versuch unternommen hätte, die diesbezüglich relevanten Aspekte herauszuarbeiten. Konkret hätte die Frage erörtert werden müssen, ob die Verbrauchererwartung hinsichtlich des Preises für den Eiscremeriegel nicht ohnehin nur mit der unverbindlichen Preisempfehlung assoziiert war. Wenn dies bei einer hinreichenden Anzahl der maßgeblichen Verkehrskreise der Fall war, dann hätte sich eine weitere Diskussion über § 3 UWG a.F. ohnehin erübrigt, weil die unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers vor, während und nach der Werbekampagne nicht geändert wurde. Es wäre dann nur konsequent gewesen, wenn die Richter des LG Köln sich selbst als Adressaten der relevanten Verkehrskreise gesehen hätten und aufgrund ihrer Eigenschaft als Endverbraucher „aus eigener Sachkunde“[333] über diesen Umstand befunden hätten. Mit der entsprechenden Kenntnis der Marktlage wären sie dann sicher zu dem Ergebnis gekommen, dass es eines Schutzes des Verbrauchers gar nicht bedurft hätte, da aufgrund der Wirkungen der zulässigen unverbindlichen Preisempfehlung ohnehin kaum Preiswettbewerb vorhanden war und ist. Auf die Beantwortung der Frage, ob der Verbraucher überhaupt eines Schutzes vor möglichen Preiserhöhungen durch einzelne Händler bedürfe, kommt es bei dieser Konstellation folglich erst gar nicht an. [334]

Aber auch ungeachtet der vorgenannten Feststellungen darf doch bezweifelt werden, ob eine simple und objektiv richtige Produktbeschreibung wie die Aussage „+10 %“ aufgrund des nationalen Wettbewerbsrechts wirklich eine so große Irreführungsgefahr für den Verbraucher darstellte, dass der Aufdruck zu untersagen gewesen wäre. Gerade bei geringwertigen Markenprodukten mit schneller Verbrauchbarkeit und vergleichsweise hohem Konsum bei allen Bevölkerungsschichten, und zu dieser Kategorie von Produkten zählen Schokoladen- und Eiscremeriegel, konnte man doch auch vom

---

333 In dem einstweiligen Verfügungsverfahren sahen sie sich zu einer solchen Einschätzung in der Lage, siehe WRP 1994, 907 (908).

334 Leible, WRP 1994, 908 (911) hält eine diesbezügliche Verbrauchererwartung nach Preisstabilität trotz größerer Menge grundsätzlich nicht für schutzwürdig und sieht auch hier Preisschwankungen als Ausdruck einer funktionierenden Marktwirtschaft an.

„flüchtigen Verbraucher“[335] erwarten, dass er die Preise in diesem Segment kennt und ohne weiteres in der Lage ist zu beurteilen, inwieweit die Preise erhöht wurden. Insofern ist der Forderung von *Leible* nur beizupflichten, dass das LG Köln das nationale Wettbewerbsrecht vielleicht etwas „zurückhaltender“ hätte interpretieren können.[336] Zu welch überspitzten Ergebnissen man mit der Betrachtungsweise des LG Köln andernfalls gelangen kann, mag auch folgendes Beispiel einer Werbekampagne illustrieren, die es tatsächlich gegeben hat. Soweit hier bekannt, hatte sie jedoch kein gerichtliches Nachspiel, so dass (möglicherweise) dem nationalen deutschen Wettbewerbsrecht eine weitere Blamage[337] vor dem EuGH erspart blieb. Das Beispiel stammt abermals aus dem Bereich der Schokoladenriegel:

Der Hersteller eines Schokoladenriegels entschloss sich 1991 die Bezeichnung dieses Produkts, das bis zu diesem Zeitpunkt in Deutschland unter dem Namen „Raider“ vertrieben wurde, in „Twix“ zu ändern. Unter dieser Bezeichnung wurde das identische Produkt bei ansonsten gleicher Produktaufmachung bereits in nahezu allen anderen europäischen Ländern vertrieben. Um dem Endverbraucher die bloße Änderung der Produktbezeichnung mitzuteilen, wurde ein spezieller Slogan kreiert, mit dem in Fernsehen, Funk und Anzeigen geworben wurde: „*Alles klar? Raider heißt jetzt Twix! Und sonst ändert sich nix!*“

Legt man hier die Auffassung des LG Köln aus der „Mars-Entscheidung“ zugrunde, so hätte man eigentlich bei diesem Beispiel noch viel eher eine Irreführungsgefahr als durch den Slogan „+10 %“ sehen müssen, die noch in viel stärkerem Maße nur durch eine verbotene Preisbindung zu umgehen wäre. Der genannte Slogan hatte nämlich weitaus stärkere Assoziationen zum Preis des Produkts als der Aufdruck „+10 %“,

---

335 Steinbeck, EWS 1996, 234 ff. stellt am Beispiel der Mars-Entscheidung das Verbraucherleitbild des UWG vom „flüchtigen Verbraucher“ dar und stellt es dem Verbraucherleitbild des EuGH gegenüber

336 WRP 1994, 908 (911).

337 Etwas milder aber im Ergebnis identisch beschreibt Traub, 27, die Bewertung des deutschen Wettbewerbsrechts durch Kollegen aus dem europäischen Ausland, wenn er dort eine „Heiterkeit“ über das Ergebnis so mancher Entscheidungen zum Themenkreis des Wettbewerbsrechts ausmacht.

weil nämlich die Aussage „Und sonst ändert sich nix“ zu der Schlussfolgerung hätte verleiten können, dass der Preis identisch bleibe, zumal anders als in der „Mars“-Konstellation das Produkt qualitativ und quantitativ unverändert blieb. Theoretische Preiserhöhungen von Händlern während der Werbekampagne konnten immerhin zu der Überlegung verleiten, ob der Slogan dann nicht schon objektiv unrichtig war. Gleichzeitig konnte man im Inhalt des Slogans auch noch einen stärkeren Preisbindungsdruck i.S.v. § 14 GWB a.F. erblicken, denn die Aussage „Und sonst ändert sich nix“ konnte ja auch als gleichzeitige Aufforderung an die Händler interpretiert werden, von einer Preiserhöhung Abstand zu nehmen.

Trotz dieser Überlegungen war man sicherlich gut beraten, diese Werbekampagne nicht zum Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens wegen eines vermeintlichen Verstoßes gegen § 3 UWG a.F. bzw. §§ 1 UWG a.F., 14 GWB zu machen. Stattdessen hat man sich vielleicht einfach mit der nahe liegenden Erklärung begnügt, dass sich der „flüchtige“ Verbraucher keine besonderen Gedanken über den Inhalt des Slogans gemacht hat, sondern ihn einfach als Ankündigung einer Änderung der Produktbezeichnung verstanden hat – ohne weitere Hintergedanken.

**(dd) Mögliche Lösung ohne Konflikt mit § 14 GWB a.F.**

Aber auch selbst wenn man, der Auffassung des LG Köln folgend, von einer Irreführungsgefahr dieser Werbung ausginge, so ist damit noch nicht geklärt, ob sich diese wirklich nur mit einer nach § 14 GWB a.F. verbotenen Preisbindung umgehen ließe oder ob nicht andere kartellrechtlich zulässige Maßnahmen die Händler dazu hätten bewegen können, von einer Preiserhöhung während der Dauer einer solchen Werbekampagne Abstand zu nehmen.

Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass bereits die direkte Anwendung von § 14 GWB a.F. zumindest unpräzise war. Die direkte Anwendung dieser Norm setzte nämlich eine Vereinbarung zwischen den betroffenen Parteien voraus. Wenn auch durch

diese neue Formulierung nun klargestellt ist, dass es hierzu keines Vertrags im zivilrechtlichen Sinn bedarf, so setzt dennoch dieses Tatbestandsmerkmal ein Mindestmaß an Willensübereinstimmung voraus. Hierzu macht der gerichtlich festgestellte Sachverhalt jedoch keinerlei Angaben, vielmehr steht einzig die einseitige Maßnahme des Herstellers in Form der Werbekampagne und dessen Wirkung auf die Einzelhändler im Vordergrund.

Freilich sind auch derartig einseitige Maßnahmen kartellrechtlich nicht ohne Relevanz. § 22 Abs. 1 a.F. GWB verbot nämlich auch Empfehlungen, die zu einer Umgehung eines im GWB normierten Verbots führen. Auch die mögliche Zulässigkeit von unverbindlichen Preisempfehlungen half im konkreten Fall kaum weiter, da diese ja nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 GWB a.F. nur die Zulässigkeit einer bestimmten Preisangabe schützten, aber nicht im Zusammenhang mit möglichen Empfehlungen, Preise nicht zu erhöhen anwendbar sind.

Allerdings hätte das LG Köln selbst bei der im Vergleich mit § 14 GWB a.F. präziseren Anwendung von § 22 Abs. 1 GWB ebenfalls zu dem Ergebnis kommen müssen, dass ein Verstoß gegen diese Vorschrift nicht vorliegt, also eine Verhinderung der nach § 3 UWG a.F. relevanten Irreführungsgefahr, sofern man diese entgegen der hier vertretenen Ansicht bejaht, auch ohne einen Konflikt mit dem Kartellrecht erreicht werden kann. Dabei kann man sich auch auf höchstrichterliche Rechtsprechung berufen:

In der bereits oben angesprochenen Entscheidung „Zinssubvention“[338] sah sich die Importgesellschaft der japanischen Motorräder nämlich dem weiteren Vorwurf ausgesetzt, dass die öffentliche Werbung mit dem niedrigen Zinssatz einen Verstoß gegen das in § 38 Abs. 1 Nr. 11 GWB a.F. Empfehlungsverbot darstelle.[339] Der Bundesgerichtshof verwarf indes diese Argumentation mit der Begründung, dass sich die Werbung in erster Linie an den Endverbraucher richte und nur mittelbare Rückwirkungen

---

338 BGH WuW/E BGH 2819 ff., vgl. hierzu die Ausführungen auf 77 f.

339 Jetzt § 22 Abs. 1 GWB.

auf die Händler habe. Er gestand zwar zu, dass bei bestimmten Konstellationen sich ein Händler faktisch der Vermittlung des günstigen Zinssatzes kaum entziehen könne, doch erfordere der Tatbestand des Empfehlungsverbots einen Grad der Bindung, der dem einer vertraglichen Bindung gleichkomme. Lediglich mittelbare Rückwirkungen wie durch die bloße Werbung reichten hierzu nicht aus.

Die genannte Entscheidung versucht auch zu erklären, warum sie sich nicht in einem Widerspruch zu der früheren Entscheidung „4 zum Preis 3“[340] befindet.[341] Aufgrund der Kombination des Werbeslogans mit dem Austauschvertrag werde eine nach § 14 GWB a.F. verbotene Preisbindung zu Recht angenommen, weil dem Einzelhändler dadurch aufgegeben werde, eine gegenüber der Normalpackung erweiterte Werbepackung zum gleichen Preis zu verkaufen. Bekanntlich hatte der BGH ja seinerzeit die „Aufforderung zur Gleichpreisigkeit“ angeprangert, die insbesondere dadurch hervorgetreten wäre, dass der Werbeslogan vom Hersteller durch einen Aufdruck in die Packung eingearbeitet wurde, ohne dass der Händler diesen hätte entfernen können.

Im Schrifttum[342] fand diese Argumentation nicht nur Anhänger. Es wurde insbesondere kritisiert, dass der Bundesgerichtshof dort künstlich Unterschiede herauslese, wo sich die Fallkonstellationen gar nicht unterschieden. Sofern man eine Bindung bejahe, ergebe sich diese in beiden Fällen erst aus dem Zusammenspiel von Austauschvertrag und Werbeaktion.[343]

---

340 BGH WuW/E BGH 1519, 1520; vgl. weiterhin die Ausführungen auf 82 ff.

341 WuW/E BGH 2822 f.

342 Zimmer, ZHR 157, 400 (416 f.); differenzierend Patrick Lenz, 264 ff., der zwar die Begründung des Bundesgerichtshofs nicht für überzeugend hält, im Ergebnis aber der Nichtanwendbarkeit des Empfehlungsverbotes nach § 22 Ab1 1 GWB n.F. zustimmt.

343 Zimmer ZHR 157, 400 (416 f.) hält es für den entscheidenden Unterschied, dass die Bindung hinsichtlich der Zinssätze keinen Einfluß auf die Preise habe, was übrigens der Bundesgerichtshof auch nicht in Abrede stellt, vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 22. Der Bundesgerichtshof untersucht aber richtigerweise im nächsten Schritt, ob dies nicht eine Bindung von Geschäftsbedingungen darstellt.

Entscheidender Unterschied der „Mars“-Konstellation zu der Fallgestaltung in der Entscheidung „4 zum Preis von 3“ oder der Entscheidung „Herstellerpreiswerbung“[344] ist jedoch, dass der Inhalt des Slogans „+10 %“ in keinem Fall als Aufforderung zur Gleichpreisigkeit interpretiert werden kann, weil der Begriff „Preis“ im Gegensatz zu den beiden anderen Kampagnen ja an keiner Stelle auftaucht. Weiterhin unterscheidet sich „Mars“ von „4 zum Preis von 3“ dadurch, dass man nicht eine größere Zahl von Produkten, sondern ein größeres Produkt erhält. In der Praxis besteht ja aber die rechtlich zulässige unverbindliche Preisempfehlung nur für das einzelne Produkt, nicht aber für eine Packung mit einer Mehrzahl dieses Produkts. Dies hat zur Konsequenz, dass bei Mehrfachpackungen der Preiswettbewerb im Einzelhandel stärker schutzbedürftig erscheint als die Konstellation, wo aufgrund der zulässigen unverbindlichen Preisempfehlung aus den oben angeführten Gründen ohnehin kaum ein Preiswettbewerb besteht.[345]

Auch in der „Herstellerpreis“-Entscheidung liegen die Dinge anders, denn hier wurde die an sich zulässige Senkung einer unverbindlichen Preisempfehlung durch den Ausdruck „Preissenkung!“ als Vehikel für eine Preiswerbung aktiv genutzt.

Rechtlich uneingeschränkte Zustimmung nach der damaligen Rechtslage des nationalen deutschen Kartellrechts verdienten die Aussagen in „4 zum Preis von 3“, „Herstellerpreiswerbung“ und in der Vorlage des LG Köln in „Mars“, dass es im Hinblick auf das Preisbindungsverbot des § 14 GWB a.F. bzw. auf das Empfehlungsverbot keinen Unterschied mache, dass es dem Hersteller auf eine Preisbegrenzung gegenüber dem Endkunden ankomme.

---

344 BGH NJW-RR 1986, 915, siehe hierzu die Ausführungen auf 93 f.

345 Die feinsinnige Differenzierung zwischen „Mars“ und „4 zum Preis von 3“ erkannte offenkundig bereits Canenbley, GRUR 1978, 447, da er das Umstellen von Packungssondergrößen auf „Warensondergrößen“ auch mit den Grundsätzen der Entscheidung des Bundesgerichtshof aus dem Jahre 1978 für zulässig hält.

Umso bedauerlicher ist es, dass der EuGH in seinem Urteil gerade diesen Satz in Frage gestellt hat. Die Tatsache, dass er damit den Fall letztlich wieder zu einem richtigen Ergebnis geführt hat, mögen die diesbezüglich nicht zustimmungswürdigen Passagen des Urteils ein wenig verzeihlicher machen und wohl letztlich dazu geführt haben, dass aus dem möglichen kartellrechtlichen Beben nur ein „Sturm im Wasserglas“ wurde. Aufgrund der nunmehr geltenden VO Nr. 1/2003 ist seit dem 01.05.2004 ein Sachverhalt, der die insoweit nahezu identische Zwischenstaatlichkeitsklausel[346] von Art. 34 AEUV und Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllt, unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten nunmehr den kartellrechtlichen Regelungen des Rechts eines Mitgliedsstaats entzogen und ausschließlich wie abschließend an Art. 101 Abs. 1 AEUV zu messen.[347] Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob nach der heutigen Rechtslage im EU-Wettbewerbsrecht das Vorgehen unbedenklich wäre, wenn nachweislich eine Preisbindung aufgrund einer Vereinbarung vorläge.

Die zwischenzeitlich erfolgten Änderungen im deutschen Wettbewerbsrecht führen zu keiner veränderten Beurteilung der Rechtslage in diesem Fall nach dem UWG. Nach der hier vertretenen Auffassung lag bereits seinerzeit kein Verstoß gegen § 3 UWG a.F. vor, dies gilt heute umso mehr, wenn man den Fall einer Prüfung nach §§ 3, 5 UWG unterzieht, weil die „Mars-Entscheidung“ zu einem wesentlichen Teil von dem zugrundegelegten Verbraucherleitbild abhängt und der deutsche Gesetzgeber geht aber im Zusammenhang mit der jüngsten UWG-Novelle ausdrücklich vom „*Leitbild eines durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers aus, der das Werbeverhalten mit einer der Situation angemessenen Aufmerksamkeit verfolgt*“.[348]

---

346 Stockenhuber, in Grabitz/Hilf, Art. 101 AEUV, Rn. 207.

347 Vgl. Lampert, Rn. 103 ff.; Weitbrecht, EuZW 2003, 69 (70f.); Hossenfelder/Lutz, WuW 2003, 119 (120f.).

348 Begr., BTDr 15/1487, 19 (r. Sp. o.).

### ca) Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung nach „Mars“

Man durfte gespannt sein, ob und in welcher Form die deutsche Rechtsprechung die Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs berücksichtigen würde.

#### (1) „Süßwarenpackungen“[349]

Die „Süßwarenpackungen-Entscheidung“ schien einen versöhnlichen Ausklang der nationalen deutschen Rechtsprechung mit dem Themenkomplex der Waren- bzw. Packungssondergrößen bei Süßwarenriegeln zu bilden.

Auch hier war die Konstellation fast identisch wie bei der Entscheidung „4 zum Preis von 3“. Für die Dauer einer Werbekampagne enthielten verschiedene Packungen von Schokoladenriegeln einen zusätzlichen Schokoladenriegel, ohne dass die üblicherweise vertriebenen Packungen während der Dauer der Werbekampagne parallel angeboten wurden. Die Verpackungen waren mit einem Aufdruck „5+1“ bzw. „9+1“ versehen. Der Hinweis wurde mit den zusätzlichen Slogans „jetzt abgrasen“ oder „+ 1 mehr“ ergänzt.

Das OLG Hamburg verneinte sowohl einen Verstoß gegen § 14 GWB a.F. als auch gegen das Empfehlungsverbot. Unter Berufung auf die bereits zuvor angesprochene Entscheidung „Zinssubvention“[350] führte es aus, dass den Händlern aufgrund des Slogans weder ein Preiserhöhungsverbot vertraglich vorgeschrieben werde noch die Abnehmer einer tatsächlichen Bindung unterwerfe.[351] Näher begründet wurde dies damit, dass die Annahme, die maßgeblichen Verkehrskreise verstünden die Botschaft über den vergrößerten Packungsinhalt als Hinweis auf den Preis, eher fernliegend sei.

---

349 OLG Hamburg WuW/E OLG, 5902.

350 BGH WuW/E BGH 2819.

351 grundsätzlich zustimmend Klosterfelde/Metzlaff, in Langen/Bunte (9. Auflage), § 14 Rn. 52; Emmerich, in I/M, § 14 Rn. 17.

Gleichzeitig betonte das Gericht aber ausführlich, warum es in dieser Entscheidung keinen Widerspruch zu der Entscheidung „4 zum Preis von 3“ sehe: Aus dem Inhalt des Slogans komme die Absicht des Herstellers unzweideutig zum Vorschein. Er wolle die Händler dazu zu verpflichten, die Preisvorteile, die sich daraus ergäben, dass er die Kosten der Werbekampagne trage, an die Kunden weiterzugeben.[352]

Die Entscheidung verdient im Ergebnis und in der Begründung Zustimmung. Sie wirkte als Klarstellung und zugleich als Befreiungsschlag, ohne Gesichtsverlust aus den unglücklichen Fallstricken einiger früherer Entscheidungen wieder herauszukommen.

Zunächst einmal stellten die Ausführungen zur Urteilsbegründung klar, dass der bloße Verweis auf Sondergrößen, gleichgültig ob auf Waren- oder Packungssondergrößen, im Regelfall nicht zu beanstanden sei. Gleichzeitig zeigen sie aber auch die Grenzen der Zulässigkeit einer Werbung mit Sondergrößen auf.

Besonders positiv fällt auf, dass die Entscheidung auch den Ausweg aus der Sackgasse wies, in die die „Mars-Entscheidung“ insbesondere aufgrund der wenig geglückten Vorlage an den EuGH geführt hatte, indem nicht von dem in § 14 GWB a.F. niedergelegten Grundprinzip der freien Preisbildung abgewichen wurde, ohne Gefahr zu laufen, erneut mit den europarechtlichen Vorgaben in Konflikt zu geraten. Da die in Rede stehenden Erzeugnisse in den Niederlanden hergestellt worden waren, war auch hier der heutige Art. 101 AEUV zu beachten.

---

352 Weil diese Absicht in dem damaligen Verfahren nachzuweisen gewesen sei, sah das Gericht auch keinen Widerspruch in dem Umstand, dass seinerzeit auch der Slogan „Milky Way + 1 extra“ als solcher für unzulässig erklärt wurde, obwohl dieser dem nun in Rede stehenden Slogan sehr ähnelt. Der damalige Slogan müsse aber im Gesamtkontext mit dem Slogan „4 zum Preis von 3“ gesehen werden. Diese Abgrenzung wirkt freilich ein wenig gekünstelt. Dieses Ergebnis dürfte vielmehr Ausdruck eines vom Gericht so nicht ausdrücklich angesprochenen Wertewandel in den letzten Jahrzehnten sein.

Auch der Bundesgerichtshof[353] schien sich dieser Lösung nicht versperren zu wollen. Er nahm die Revision der Klägerin nicht zur Entscheidung an und schloss sich in der üblich knappen Begründung dem Verweis auf die Entscheidung „Zinssubvention“ sowie den Ausführungen an, mit denen der Sachverhalt von der Entscheidung „4 zum Preis von 3“ unterschieden wurde.[354]

**(2)Sixt-Entscheidung[355]**

Nachdem bereits an anderer Stelle[356] erörtert wurde, dass der Bundesgerichtshof in der „Sixt-Entscheidung“ für Preisbindungen in einem Franchisevertrag keine grundsätzliche Freistellung aufgrund „anerkannter institutioneller Gegebenheiten“ zu gewähren bereit war, blieb noch die Frage zu klären, inwieweit der Bundesgerichtshof unter dem Eindruck der „Mars-Entscheidung“ möglicherweise speziell für Preisbegrenzungsmaßnahmen eine Ausnahme von § 14 GWB a.F. zulassen wollte.

In der kartellrechtlichen Kritik stand vor allem die vertragsrechtliche Praxis des Autovermietungskonzerns, die Preise seiner eigenen Filialen, mit denen er warb, auch für Vermietungen seiner Franchisenehmer durchzusetzen. Wenn nämlich der Franchisenehmer selbst höhere Preise für eine Vermietung verlangen wollte, behielt sich der Franchisegeber ein Vertragseintrittsrecht zu den von ihm beworbenen Preisen vor. Ähnlich verhielten sich seine vertraglichen Rechte auch, soweit er mit gewerblichen Großkunden und Fluggesellschaften Sonderrabatte vereinbart hatte. Den Franchisenehmern stand es frei, entweder derartigen Rahmenabkommen beizutreten, mit der Folge, dass derartige Kunden von vornherein einen Rabattanspruch genossen, oder der Franchisegeber abermals ein Vertragseintrittsrecht hatte.

---

353 WuW/E DE-R 200.

354 Klosterfelde/Metzlaff, in Langen/Bunte (9. Auflage), § 14 Rn. 52, gehen sogar so weit zu sagen, dass die reine Preiswerbung des Herstellers nicht gegen § 14 GWB a.F. verstoße.

355 BGH NJW 1999, 2671 ff.

356 Vgl. hierzu die Ausführungen auf 94 ff.

Der Bundesgerichtshof hob unter Berücksichtigung der Grundsätze in der Entscheidung „Zinssubvention“ hervor, dass die alleinige Preiswerbung des Autovermieters noch keinen kartellrechtlichen Verstoß darstelle, auch wenn die Differenzierung zwischen Eigenfilialen des Franchisegebers und Franchisenehmern daraus nicht ersichtlich sei. Weiterhin wurde festgehalten, dass eine gewisse Form des „Anpassungsdrucks“ auch Ausdruck des funktionierenden Wettbewerbs sei. Indem er aber ein Selbsteintrittsrecht für den Fall habe, dass der Franchisenehmer von den Vorstellungen seines Lizenzgebers abweiche, liege ein Verstoß gegen das Empfehlungsverbot des § 22 I GWB vor.[357] Dogmatisch gesehen handele es sich bei dieser Konstellation um den Fall eines Empfehlungsverbots als Ersatz für eine wirtschaftliche Preisbindung.

Die Entscheidung, die in der Literatur[358] einen weitgehend positiven Widerhall fand, stellt eine Synthese von zwei unterschiedlichen Entwicklungstendenzen der deutschen Rechtsprechung zum Thema Preisbegrenzungsmaßnahmen in der klassischen Lieferkette dar, die bereits beide in diesem Kapitel angesprochen wurden:

Einerseits zeigte die Entscheidung die in der Tat eingetretene Liberalisierung bei der reinen Preiswerbung eines Herstellers auf, die man seit der Entscheidung „Zinssubvention“ als gesichert ansehen konnte. Andererseits blieb man auch den Grundsätzen des Urteils „Nora-Kunden-Rückvergütung“ treu: Versteckte vertragsrechtliche Bestrafungen eines Abnehmers für den Fall, dass er sich nicht an die Preisvorgaben seines Herstellers hält, sollten im Hinblick auf das Preisbindungsverbot von § 14 GWB a.F. grundsätzlich unstatthaft sein. Diese Argumentation der Rechtsprechung fand sodann in einer nachfolgend ergangenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs ihre Bestätigung.[359]

---

357 Vertiefend zum Empfehlungsverbot: *Wagner-von Papp*, WuW 2005, S. 379 ff.

358 Klosterfelde/Metzlaff, in Langen/Bunte (9. Auflage), § 14, Rn. 70; Böhner, BB 1997, 1427; Weber, WuW 1998, 134.

359 WuW/E BGH 1192 (1196) „Apollo“; Eigentlich geht es vielmehr um einen vermeintlichen Verstoß des Franchisegebers, der ebenso wie in der Sixt-Entscheidung eigene Filialen betrieb, im Hinblick auf Verträge mit Zulieferern. Einen Überblick zur Vorgeschichte dieses Falls gibt Haager, NJW 2002, 1463 (1465 ff.).

**(3) „1 Riegel extra“**[360]

Die allerjüngste Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu diesem Komplex betraf wiederum einen Sachverhalt zum Themenbereich der Schokoladenriegel, die sich fast schon zu einem „Lieblingskind“ der kartellrechtlichen Rechtsprechung zu § 14 GWB a.F. entwickelt haben. Ein Hersteller von Schokoladenriegeln bot diese unter anderem in einer Mehrfachpackung mit einer Normalgröße von 10 Stück pro Packung an. Während einer zeitlich befristeten Sonderaktion enthielt diese Mehrfachpackung 11 Riegel. Auf der Packung war der Aufdruck „Aktionsbox….nur für kurze Zeit: 1 Riegel extra“ angebracht. Zeitgleich wurde für ca. 3 Wochen eine Werbekampagne mit dem Slogan „1 Riegel mehr drin….aber kostet nicht mehr“ ausgestrahlt.

Das LG Köln gab der Klage eines Mitbewerbers statt und untersagte die entsprechende Werbekampagne sowohl im Hinblick auf den Packungsaufdruck als auch auf den TV-Spot. Beide stellten einen ausdrücklichen Preisbezug her. Im Hinblick auf die Packungsaufschrift wurde dies damit begründet, dass durch die Aufschrift „1 Riegel extra“ die Verbrauchererwartung geweckt werde, der zusätzliche Riegel sei ohne Preisaufschlag erhältlich. Hinsichtlich der weiteren Urteilsbegründung verwies das Gericht im Wesentlichen auf die oben bereits besprochene Entscheidung „4 zum Preis von 3“[361], um einen Verstoß gegen § 14 GWB a.F. zu begründen. Damit stellten zumindest die Ausführungen zur kartellrechtlichen Unzulässigkeit des Packungsaufdrucks zunächst einmal einen Rückschritt zur ebenfalls bereits zuvor beschriebenen Entscheidung „Süßwarenpackungen“[362] dar.

Diese rechtliche Beurteilung des LG Köln hatte allerdings vor dem Bundesgerichtshof keinen Bestand. Der Bundesgerichtshof sah jedoch ebenso wie das Landgericht so-

---

360 BGH GRUR 2003, 637.

361 BGH GRUR 1978, 445.

362 OLG Hamburg WuW/E OLG, 5902.

wohl mit dem Packungsaufdruck als auch durch die Fernsehwerbung den Schutzbereich von § 14 GWB a.F. tangiert und sah darin im Grundsatz eine wirtschaftliche Beschränkung des betroffenen Einzelhändlers. Das Gericht hob hervor, dass ein Fall der wirtschaftlichen Preisbindung nicht nur im Fall von nachteiligen Auswirkungen auf den Erstvertrag möglich sei, sondern sich auch durch einen faktischen Druck des Herstellers auf den Wiederverkäufer im Hinblick auf die Preisgestaltungsfreiheit ergeben könne. Unter Heranziehung der Entscheidungsgrundsätze in „4 zum Preis von 3“ wurde herausgestellt, dass ein für § 14 GWB a.F. hinreichender faktischer Druck auf diese Preisgestaltungsfreiheit gegeben sei, wolle der Händler nicht gegen § 3 UWG a.F. verstoßen.

Im Ergebnis gab der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung dennoch seine in der Entscheidung „4 zum Preis von 3“ vertretenen Grundsätze teilweise auf. Zusätzlich zu der angesprochenen Beeinträchtigung des Schutzbereichs von § 14 GWB a.F. stellte die höchstrichterliche Rechtsprechung nun nämlich erstmals ein sog. Spürbarkeitskriterium innerhalb des Preisbindungsverbots auf. Dieses sei aber im konkreten Fall nicht erfüllt, weil die Werbeaktion nur eine relativ kurze Zeitspanne umfasse und überdies nicht mit wirtschaftlichen Nachteilen für die

betroffenen Händler verbunden sei, weil der Hersteller die Kosten dieser Aktion trage.

Die Entscheidung war im Ergebnis zu begrüßen, insbesondere weil auch der Aspekt der fehlenden wirtschaftlichen Beeinträchtigung des Wiederverkäufers mehr in den Mittelpunkt der Betrachtung gerückt wurde. Es wäre allerdings wünschenswert gewesen, wenn sich das Gericht auch noch einmal kritisch damit auseinandergesetzt hätte, ob denn im Fall einer autonomen Preiserhöhung durch den Lieferanten wirklich zwangsläufig eine Irreführung vorlag. Auch hier wäre eine weiter vertiefte Befassung mit dem Gesichtspunkt der Verbrauchererwartung im Rahmen von § 3 UWG a.F. hilfreich gewesen, was bereits in der erstinstanzlichen Entscheidung unterblieb. Das LG

Köln schien vielmehr nach wie vor ganz auf der Linie zu sein, die es schon in der Entscheidung „Mars“[363] vertreten hatte.

Aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs ließ sich aber keine Tendenz entnehmen, dass für den Endverbraucher wirtschaftlich positive Preisbindungen in Lieferketten, oder gar Preisbegrenzungsmaßnahmen ganz allgemein, grundsätzlich eine andere Bewertung erfahren sollen, als andere Formen von Preisbindungen.[364] Das Urteil ließ sich eher als vorsichtiger Ansatz eines Paradigmenwechsels deuten.

**da) Ergebnis zu a)**

Klassische Lieferketten, bei denen die vertraglichen Absprachen zwischen Hersteller und Handel wegen eines möglichen Verstoßes gegen § 14 GWB a.F. im Blickpunkt stehen, waren der eigentliche Grund für die Einführung der Vorschrift und bilden im Nachgang noch unter dem Stichwort „vertikale Preisbindung“ die Hauptanwendungsfälle in der Praxis[365], wie der Fundus der dargestellten Rechtsprechung beweist. Dass der Gesetzeszweck gerade diese beschriebenen Konstellationen im Auge hatte und auch noch immer das Problem der Preisbindung unter diesem Aspekt betrachtete, zeigt sich einerseits darin, dass die wichtigsten gesetzlichen Freistellungen in § 15 GWB a.F. und § 17 GWB a.F. sich auf einen derartigen Tatbestand bezogen und andererseits die Empfehlungsverbote in § 22 Absatz 1 GWB a.F., die ja insbesondere ein Unterlaufen des in § 14 GWB a.F. normierten Verbots bezwecken sollten, ebenso wie die in § 23 GWB a.F. beschriebenen Ausnahmen, sich auf den Fall einer Lieferkette bezogen. Die zentrale Bedeutung des Preisbindungsverbots bei Lieferketten zeigt sich auch im Zusammenhang mit der Diskussion, die in regelmäßigen Abständen über Preisbindungen für Markenwaren geführt wurde.[366]

---

363 Vgl. WRP 1994, 907.

364 Hiergegen spricht insbesondere auch, dass in der gut einen Monat später ergangenen Entscheidung WuW/E BGH 1192 (1196) „Apollo“ Preisbindungen des Franchisegebers auch dann als mit § 14 GWB a.F. als unvereinbar angesehen wurden, wenn sich diese für den Endverbraucher als preisdämpfend darstellte.

365 Bechtold, § 14 Rn. 2; Emmerich, in I/M, § 14 Rn. 5.

366 Klosterfelde/Metzlaff, in Langen/Bunte (9. Auflage), § 14 Rn. 10.

Auch wenn das vom Gesetzgeber mit der Einführung des Preisbindungsverbots gewünschte Absinken des Preisniveaus tatsächlich eintrat und im Zusammenhang mit Preisbindungsverboten immer auf vermeintlich preistreibende Effekte[367] hingewiesen wurde, sollte es dennoch für die Diskussion um die Unzulässigkeit einer Preisbindung nach ganz überwiegender Auffassung in Literatur[368] und Rechtsprechung[369] keinen Unterschied machen, ob eine solche in letzter Konsequenz zu höheren oder niedrigeren Preisen führen könnte, wenngleich die Rechtsprechung hier die ursprünglich vorhandene Rigorosität ein wenig aufgeweicht hat. Irrelevant sollte letztlich auch der Umstand sein, ob Preisbindungen innerhalb des Intra-Brand-Wettbewerbs, also gegenüber der Handelsstufe, die beim Verkauf des identischen Produkts miteinander konkurriert, anders als im Falle der Beschränkung von Inter-Brand-Wettbewerb möglicherweise wettbewerbsfördernd wirken könnten.[370]

Stattdessen wurde gelegentlich hervorgehoben, dass die Preisbindung auf der Stufe des Handels wie ein Preiskartell wirke, beziehungsweise in einigen Fällen als Ersatz für ein verbotenes oder nicht durchsetzbares Kartell diene.[371] Letzteres Argument ist freilich genauer zu hinterfragen, da die zuvor gemachten Ausführungen über Sternverträge klar gemacht haben, dass im Fall einer Verhaltensabstimmung auf derselben Wettbewerbsebene § 1 GWB selbst dann angewandt werden konnte, wenn man bei dieser Verhaltensabstimmung noch eine weitere Wettbewerbsebene einbezieht. Eine zusätzliche Erleichterung bot außerdem noch die zwischenzeitlich novellierte Fassung von § 1 GWB, weil seither aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen unmittelbar der Verbotsnorm des § 1 GWB unterfallen. Gelingt aber der Nachweis, dass es sich bei einem Vorgang, der auf den ersten Blick formal unter § 14 GWB a.F. zu subsumieren

---

367 Emmerich, in I/M, § 14 Rn. 6.

368 Emmerich, in I/M, § 14 Rn. 6.

369 Beispielhaft sei hier nochmals an die Entscheidungen WuW/E BGH 2647 „Nora-Kunden-Rückvergütung“ und BGH NJW 1999, 2671 „Sixt“ erinnert.

370 Weber, WuW 1998, 134 (145); Lange, 205; Bunte, 145; ein guter Überblick zu der Problematik der beiden Formen von Wettbewerb findet sich bei Roitman, 47 ff.

371 Emmerich, in I/M, § 14 Rn. 6.

gewesen wäre, in Wahrheit um eine nach § 1 GWB relevante Verhaltensabstimmung zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen handelt, war für die Anwendung von § 14 GWB a.F. gerade kein Raum mehr. Folglich konnte eine diesbezügliche Argumentation auch nicht als Normzweck für § 14 GWB a.F. herhalten.

**b) Preisbegrenzungsmaßnahmen im Hinblick auf andere Waren/gewerbliche Leistungen als die auf Grund des Erstvertrags gelieferten Waren oder gewerblichen Leistungen am Beispiel des Preisaufschlagsverbots bei Kreditkarten**

**ab) Merkmale des Universalkreditkartensystems**

In den vergangenen Jahrzehnten erfreuten sich Kreditkarten als Zahlungsmittel wachsender Beliebtheit.[372] Kennzeichnend für das System der sog. Universalkreditkarten ist - vereinfacht[373] - eine drei- oder gelegentlich auch mehrpolige Beziehung zwischen dem Karteninhaber auf der Nachfrageseite sowie dem ausstellenden Institut (Kartenemittent oder Kreditkartenunternehmen) und dem Gläubiger auf der Angebotsseite (Vertragsunternehmen).[374] Dem Karteninhaber wird ein in der Regel vierwöchiges Zahlungsziel eingeräumt. Er muss den Gegenwert nicht sofort entrichten und kommt dadurch (jedenfalls vordergründig) in den Genuss von Zinsvorteilen.

Unter dem kartellrechtlichen Blickwinkel ist das System der Universalkreditkarten deutlich zu unterscheiden gegenüber der Verwendung von Kreditkarten aus dem Bereich der Mineralölindustrie: Soweit einzelne Tankstelleninhaber gerichtlich dagegen vorgingen, dass ihre Mineralölgesellschaft aufgrund von vertraglichen Vereinbarungen mit Kreditkartenunternehmen ihnen in Anschlussverträgen die Erhebung einer

---

372 Zum Recht der modernen Zahlungssysteme: *Langenbucher*/*Gößmann*/*Werner*, Zahlungsverkehr, 2004, S. 1 ff.; *Weber*, Recht des Zahlungsverkehrs, 2004, S. 1 ff.

373 Horn, ZHR 157, 325 (327 f.) weist darauf hin, dass in der Praxis mindestens eine Viererbeziehung die Regel sei.

374 Siehe bei Hönn, ZBB 1991, 6 (7 ff.) die Abgrenzung der Universalkreditkarten von anderen Zahlungssystemen wie Kundenkreditkarten und Electronic-Cash-Systems.

Kreditkartengebühr untersagte, ist dies eher unter dem Blickwinkel der Anwendbarkeit von § 14 GWB *a.F.* auf Handelsvertreterverhältnisse[375] und der Grundsätze der zuvor besprochenen Entscheidung „*EH-Partner-Vertrag*“[376] zu sehen.

Zu den Vorteilen der Teilnahme am Universalkreditkartensystem zählt aus Sicht des Karteninhabers, dass er kein Bargeld vorhalten muss. Er muss nicht erst den Weg zum Geldautomaten unternehmen und dort unter Umständen „Schlange stehen“, sondern nimmt punktuell nur dasjenige Geld in Anspruch, das er tatsächlich aktuell benötigt. Kreditkarten sind vor allem deshalb ein attraktives Zahlungsmittel, weil sie nicht nur in der alltäglichen Praxis einfach zu handhaben sind, sondern die marktlichen Transaktionen aus Sicht des Verbrauchers günstiger erscheinen lassen. Zu bedenken ist aber letztlich auch, dass insbesondere unerfahrene Verbraucher hinsichtlich der tatsächlichen wirtschaftlichen Belastung, die sich bei Kreditkartenzahlung ergibt, zunächst im Unklaren bleiben und sich schnell auch zu größeren Transaktionen verleiten lassen. Aus Sicht der Kreditwirtschaft erhöht der Gebrauch von Kreditkarten die Umlaufgeschwindigkeit des Geldes. Mit der Umlaufgeschwindigkeit werden die Zirkulationsfähigkeit des Geldes und gleichzeitig die Anzahl der marktlichen Transaktionen erhöht. Jedenfalls wirtschaftstheoretisch betrachtet verdient das ausstellende Kreditinstitut mit jeder einzelnen marktlichen Transaktion bares Geld.

### bb) Problemstellung

#### (1) Preisaufschlagsverbot als Ausnahmeerscheinung

Anders als in den zuvor beschriebenen Fällen von Lieferketten spielten Preisbindungen einer liefernden Partei, die sich nicht auf die gelieferten Waren oder Dienstleistungen beziehen, eine vergleichsweise untergeordnete Rolle bei der Begründung des

---

375 OLG Düsseldorf WM 1991, 913 ff. hält diese Vorgehensweise im Agenturgeschäft für zulässig; a.A. noch die Vorinstanz LG Düsseldorf WM 1990, 1688 ff.; Salje, WM 1991, 262, 266 weist allerdings zutreffend darauf hin, dass § 14 GWB a.F. im Eigenhändler- und Folgemarktgeschäft volle Anwendung findet.

376 BGH WuW/E BGH 2238 ff.

Normzwecks von § 14 GWB *a.F.* Abgesehen von der primären Verpflichtung des Vertragsunternehmens, Kreditkarten als Zahlungsmittel zu akzeptieren[377], ist das Vertragsunternehmen beim Einsatz von Kreditkarten vertraglich verpflichtet, Kreditkartenzahler und Barzahler preislich gleich zu stellen: Der Beleg für den Karteninhaber muss den Preis ausweisen, der für die entsprechende Ware zuvor ausgepreist wurde. Das Vertragsunternehmen enthält dabei im Endeffekt noch nicht einmal den vollen Preis, den es bei einer Barzahlung erhalten würde. Die Diskussion um das vertragliche Preisaufschlagsverbot von Kreditkartenunternehmern, das die Rahmenvereinbarung zwischen dem Kartenemittenten und dem Vertragsunternehmen vorsieht und vor einigen Jahren die kartellrechtlichen Gemüter in Wallung versetzte, ist dabei eher eine Ausnahmeerscheinung. Da es sich bei dieser Thematik aber zugleich um den Unterfall einer Preisbegrenzungsmaßnahme handelt, soll auch diese Fallgestaltung genauer analysiert werden.

### (2) Kartellrechtliche Brisanz

#### (a) Quersubventionierung durch Barzahler

Damit Kreditkarten auch eine entsprechende Verbreitung finden, haben die Kreditkartenunternehmen ein besonderes Interesse daran, sicherzustellen, dass die Vertragsunternehmen Waren und Dienstleistungen an Karteninhaber zu Barzahlungskonditionen veräußern. Die Vertragsunternehmen sind in den Rahmenverträgen mit den Kreditkartenemittenten dazu gehalten, Barzahler und Kreditkartenzahler preislich gleich zu stellen. So dürfen 30 l bleifreies Superbenzin an einer systemgebundenen Tankstelle bei

---

377 Der Umfang des Versprechens hinsichtlich der Akzeptanz von Kreditkarten ist in der Praxis aus Sicht eines Karteninhabers nicht immer ganz klar nachzuvollziehen. Dem Verfasser war es beispielsweise nicht möglich, die Kosten für seine Hochzeitsfeier in einem Lokal mittels Kreditkarte zu bezahlen, obwohl das Lokal auf seiner Eingangstür auf die Akzeptanz von Kreditkarten hinwies. Zur Begründung wurde angeführt, dass bei höheren Beträgen das Disagio die Gewinnmarge zu stark beeinträchtige. Eine Besonderheit in diesem Fall mag in dem Umstand begründet sein, dass von vornherein keine Barzahlung verlangt war, sondern diese erst nach Rechnungsstellung einige Tage später zu erfolgen hatte. Der Hinweis auf die Kreditkarte galt möglicherweise auch nur für Restaurantbesucher, die ein Menü von der regulären Speisekarte bestellen und nicht ein spezielles Arrangement Monate im Voraus buchen. Möglicherweise gibt es hier auch Unterschiede zwischen einzelnen Branchen. Bei der Buchung von Reisen, egal ob im Reisebüro oder über das Internet, war die Zahlung per Kreditkarte auch bei größeren Beträgen ohne weiteres möglich.

Kreditkartenzahlung nicht mehr kosten als bei Barzahlung. Das Vertragsunternehmen hat infolgedessen nur die Möglichkeit, die ihm durch das Kreditkartenakzept entstehenden Mehrkosten gleichmäßig auf alle Kunden umzulegen, wodurch es zur Diskriminierung der Barzahler kommt, die ja gerade nicht zu den Mehrkosten des Vertragsunternehmens beitragen und die Kreditkartenzahler insoweit „quer subventionieren".[378] Der Barzahler muss etwas zahlen, für das er im Grunde genommen keinen Gegenwert erhält. Die Preiserhöhung resultiert aus der Umlage einer Position, die ausschließlich durch die Kreditkartenzahler veranlasst ist.

Bei unbehindertem Wettbewerb würden die Kunden der Vertragsunternehmen nach den jeweils von ihnen verursachten Kosten mit unterschiedlichen Preisen belastet, da für eine interne Subventionierung der Kreditkartenkunden durch die Barzahler keinerlei Grund besteht und sich zudem die Barzahler gegen einen solchen Versuch durch Abwanderung zu nicht diskriminierenden Unternehmen schützen würden.[379] Nur dann, wenn die Kreditkartenkostenbelastung für die Barzahler einen nicht nennenswerten Betrag ausmachen würde, so dass sich für sie ein Widerstand nicht lohnte, könnte eine solche Diskriminierung der Barzahler auch im Wettbewerb Bestand haben.[380] Angesichts des erheblichen Disagios und sonstiger Verwaltungs- und Zinskosten handelt es sich jedoch um einen beachtenswerten Betrag, den ein Barzahler nur im Ausnahmefall den Kreditkartenkunden widerstandslos als Geschenk überlassen wird.[381] Kreditkartenkunden müssten somit bei Wettbewerb einen um das jeweilige Disagio und die sonstigen Kosten erhöhten Preis zahlen oder - anders gewendet - den Barzahlungskunden würde aufgrund deren Abwanderungsdrohung gegen einen derartigen Preisdiskriminierungsversuch ein entsprechender Nachlass in gleicher Höhe angeboten werden: Eine derartige Differenzierung nach den unterschiedlichen Kosten ist auch aus Gründen der Lenkungsfunktion der Preise notwendig, damit die Kreditkartenkunden die Kosten der von ihnen in Anspruch genommenen Dienstleistungen zu

---

378 Vgl. *Hönn*, ZBB 1991, S. 6, 9; *Hoffmann*, WuW 2006, S. 17 ff. *Oechsler*, Kreditkartengeschäft, 1991, S. 1 ff.; *Oechsler*, ZHR 1993, S. 532 ff.

379 Vgl. *Adams*, Nichtigkeit des Preisaufschlagsverbotes, S. 5.

380 Vgl. *Adams*, Nichtigkeit des Preisaufschlagsverbotes, S. 5.

381 Vgl. *Adams*, Nichtigkeit des Preisaufschlagsverbotes, S. 5.

erkennen und mit den Nutzen aus diesen Dienstleistungen richtig abzuwägen vermögen.[382]

Bei über 145 Mio. Visa-Karten im Geltungsbereich der EU, mehr als 4 Mio. Einzelhändlern, die Visa-Karten annehmen, und rund 5,25 Mrd. Visa-Bezahlvorgängen jährlich[383] im Jahr 2001 trug und trägt das Preisaufschlagsverbot dazu bei, beachtliche Einkünfte der Banken zu erreichen und die Markstellung des Kreditkartenunternehmens zu stärken. Vor dem Hintergrund, dass der Kartenausgeber (lediglich) das Bonitätsrisiko[384] derjenigen Kunden trägt, die mit Kreditkarte zahlen, und die Vertragsunternehmen ihre eigenen Waren und Dienstleistungen anbieten, während die Banken auf diesem Weg ein neues Zahlungssystem schaffen und vermarkten wollen, um damit angesichts der prozentual berechneten Gebühr Erträge zu erwirtschaften,[385] sind die Banken nicht lediglich als Zahl- und Abwicklungsstellen zwischen Vertragsunternehmen und Karteninhaber involviert, sondern selbst durch die Einsetzung der Kartenzahlungssysteme am Geschäft beteiligt[386]. Die Summe der auf die Karteninhaber entfallenden und aus den mit dem Einsatz der Kreditkarte resultierenden wirtschaftlichen Vorteile ist demnach bei genauerer Betrachtung kleiner als der Vorteil des ausstellenden Instituts, der aus dem Kreditkartengebührenaufkommen und vor allem aus der höheren Umlaufgeschwindigkeit des Geldes resultiert.

**(b) Reduzierung auf wenige Anbieter**

Von wettbewerbsrechtlicher Relevanz erscheint des Weiteren, dass sich im Geltungsbereich der Europäischen Union lediglich vier Unternehmen (VISA, Mastercard,

---

382 Vgl. *Adams,* Nichtigkeit des Preisaufschlagsverbotes, S. 5.

383 Vgl. Kommission v. 24.06.2002, ABl. L 318/17, Rz. 71.

384 Das Bonitätsrisiko kennzeichnet das Risiko der Rückzahlungsunfähigkeit oder mangelnden Rückzahlungsbereitschaft fälliger Kreditbeträge und Zinsen durch den Schuldner, vgl. *Büschgen,* Bank-Lexikon, S. 159.

385 Vgl. *Klinger-Schmidt,* Die Rechtsstrukturen im ec-Service, S. 273 ff.

386 Vgl. *Klinger-Schmidt,* aaO., S. 273 ff.; a. A.: *Salje,* WM 1991, S. 262 (267).

American Express und Diners-Club) den Kreditkartenmarkt aufteilen und sich grundsätzlich lediglich zwei Kreditkartensysteme herausgebildet haben. Der insoweit eingeschränkte Wettbewerb lässt sich auch darauf zurückführen, dass die Händler die Preise gegenüber ihren Kunden nicht nach Art des Zahlungsmittels offen legen dürfen und es den Akquisiteuren gegenüber infolgedessen an einem entsprechenden Nachfragedruck fehlt.[387] Unter diesen Umständen kann sich ein notwendiger Wettbewerb unter den verschiedenen Kreditkartensystemen erst gar nicht bilden. Der notwendige Wettbewerb wird durch das Preisaufschlagsverbot gerade verhindert.

**(c) Reduzierung auf wenige Kreditkartensysteme**

Die Herausbildung bzw. die Durchsetzung dieser zwei Systeme könnte nach dem „*More economic approach*“ beispielsweise dann unbedenklich sein, wenn die daraus resultierenden Vorteile insbesondere für den Verbraucher die insbesondere in der Wettbewerbsverengung bestehenden Nachteile überwiegen. Als entscheidender Vorteil ist diesbezüglich insbesondere die Vereinheitlichung und Vereinfachung des Zahlungsverkehrs im Geltungsbereich der Europäischen Union zu nennen. Die Vereinheitlichung und Vereinfachung des Zahlungsverkehrs im Geltungsbereich der Europäischen Union trägt dazu bei, grenzüberschreitende wirtschaftlichen Transaktionen wirtschaftlich attraktiver zu machen und dadurch die Anzahl der grenzüberschreitenden wirtschaftlichen zu erhöhen. Sie kann insoweit dazu beitragen, den Integrationsgrad in der Europäischen Union weiter zu erhöhen und die Europäische Union als Standort für wirtschaftliche Transaktionen insgesamt attraktiver zu machen. Nach Maßgabe der nach dem „*More economic approach*“ vorzunehmenden Einzelfallbetrachtung müssen auch hier die aus der Herausbildung von zwei Systemen resultierenden Vorteile und Nachteile unter dem Gesichtspunkt der Konsumentenwohlfahrt gegenüber gestellt und abgewogen werden.

---

387 Vgl. Wettbewerbskommission, Rz. 267 f.

**(d) Weitere allokative Gesichtspunkte**

Das Preisaufschlagsverbot kann nicht nur die Effektivität des Kreditkartensystems steigern,[388] sondern lässt auch die Händler von Werbeanstrengungen profitieren, da diese den Konsumenten dazu anregten, seine Kreditkarte insbesondere auch deshalb häufiger zu benutzen, weil infolge des Preisaufschlagsverbots keine Preisdifferenzierung stattfinden dürfe.[389]

*Hönn*[390] wies diesbezüglich darauf hin, dass das Verbot der Preisbindungen in Hinblick auf Kreditkartensysteme den Wettbewerb auf der Ebene der jeweils nächsten Handelsstufe gewährleisten und von vertikalen Bindungen freihalten will, also „Preiswettbewerb zwischen den Vertragsunternehmen im Hinblick auf ein und dasselbe Universalkreditkartensystem wahren". Darüber hinaus sei es die nachteilige Wirkung für die Barzahlungskunden, die aufgrund der Einkalkulation der Mehrkosten durch die Kartenzahler in die Barpreise das Disagio der Kreditkartenunternehmen mittragen müssten, die eine Anwendung der Grundsätze der institutionellen Gegebenheiten auf die Kreditkartensysteme verhindert.[391]

Müssen die Vertragsunternehmen indessen auf eine die Kosten kompensierende Preiserhöhung verzichten, seien sie stattdessen gezwungen, bei steigendem Kreditkartengebrauch einen stetigen Verfall ihrer Gewinnmarge hinnehmen.[392] Für die Kreditkartenorganisationen sollte sich das vertragliche Verbot der Preis- und Kostenwahrheit ihrer Dienstleistungen insoweit als der entscheidende Hebel dafür darstellen, eine umsatzstarke und gewinnträchtige Herde von Kunden in ihre Organisation zu treiben, die eine Kreditkarte niemals benutzt hätte, wäre den jeweiligen einzelnen Personen die Kosten ihrer Handlungen richtig zugerechnet und damit das von ihnen angerichtete

---

388 Vgl. Horn, ZHR 157 (1993), S. 338.

389 Vgl. *Judt*, Karten, 1/2000, S. 21 ff.

390 Vgl. *Hönn*, ZBB 1991, S. 13, 14.

391 Vgl. *Hönn*, ZBB 1991, S. 13 ff.; in diesem Sinne auch *Adams*, ZIP 1990, S. 632 ff.

392 Vgl. *Adams*, Nichtigkeit des Preisaufschlagsverbotes, S. 5 ff.

Ergebnis vor Augen geführt worden.[393] Unter Verschleierung der angesprochenen Quersubventionierung sollte es zu einer künstlichen Nachfragedynamik kommen.[394] Aus Sicht der Konsumentenwohlfahrt bedenklich gelänge es damit den Kreditkartenorganisationen, ein in diesem Umfang nicht gewünschtes Produkt gegen den Willen der ursprünglichen Barzahler und der Vertragsunternehmen durchzusetzen.[395]

Auf der anderen Seite werde über niedrige Jahresgebühren für Karteninhaber der Anreiz zur Kreditkartennutzung verstärkt, woraufhin es zur Überversorgung mit Kreditkartendienstleistungen durch Banken und überhöhten Disagiosätzen komme.[396] Das Preisaufschlagsverbot führe im Übrigen dazu, dass den Händlern ein wirksames Mittel bei den Verhandlungen über Disagiosätze weggenommen wird. Das führe zu einer Verstärkung der kollektiven Marktbeherrschung und dadurch zu einer Schwächung der Verhandlungsmacht der Marktgegenseite.[397] Das geltende System führt letztlich dazu, dass ein Wettbewerb über die Höhe des Disagios zwischen den Akquisiteuren und den Händlern verhindert wird.

Wettbewerbsrechtlich könnte des Weiteren bedenklich sein, dass die Teilnahme an bestimmten marktlichen Transaktionen ohne Kreditkarte erst gar nicht möglich sei. Man denke nur an das wachsende Segment des Online-shoppings: Wer über das Internet Waren und Dienstleistungen ordern möchte, wurde und wird dazu in nicht wenigen Fällen eine Kreditkarte benötigen. Der Barzahler war und ist mitunter gänzlich von diesen Transaktionen ausgeschlossen.

---

393 Vgl. *Adams*, Nichtigkeit des Preisaufschlagsverbotes, S. 7.

394 Vgl. *Hönn*, ZBB 1991, S. 6, 9 (unter Bezugnahme auf *Adams*, ZIP 1990, S. 632, 634).

395 Vgl. *Adams*, Nichtigkeit des Preisaufschlagsverbotes, S. 7.

396 Vertiefend zum Problem der externen Effekte im Kreditkartengeschäft: *Oechsler*, Wettbewerb, Reziprozität und externe Effekte im Kreditkartengeschäft: kartellrechtliche Grundprobleme des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, Univ., Diss., Heidelberg 1992.

397 Vgl. Gans/King, aaO.

Der Eindruck einer wettbewerbsrechtlich bedenklichen Diskriminierung von Barzahlern verstärkt sich des Weiteren dadurch, dass der Staat die Besserstellung von Kreditkartenzahlern in Kauf nimmt, weil er selbst in Form von höheren Steuereinnahmen davon profitiert.

Und wie verhält es sich mit dem Marktteilnehmer, dem zwar beide Zahlungsmodalitäten eröffnet sind, der aber von der Kreditkartenzahlung nichts wissen möchte? „Zwingt" der Staat den Verbraucher bei wirtschaftlicher Betrachtung in die Kreditkartenzahlung und ignoriert das Teilhabeinteresse jener Verbraucher, denen ausschließlich der Barzahlungsweg eröffnet ist? Begünstigt der Staat die Kreditkartenzahler im eigenen Interesse, ohne dass ein verfassungsrechtlich anerkennungsfähiger sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung gegenüber den Barzahlern gegeben ist, oder handelt es sich schlicht um (zyklische) marktwirtschaftliche Gegebenheiten? So war und ist beispielsweise in Kanada und den Vereinigten Staaten von Amerika die Kreditkartenzahlung sehr viel verbreiteter und auch anerkannter, ohne das vom dortigen Verbraucher der Vorwurf einer Diskriminierung zu vernehmen wäre. Auf diese Fragen wird vorliegend einzugehen sein.

Insbesondere auf Grund der Erfahrungen anderer vergleichbarer Industriestaaten und der Tatsache, dass sich kein (ursächlicher) Zusammenhang zwischen dem Kreditkarteneinsatz und dem Umsatzvolumen der Vertragsunternehmen nachweisen lässt, ist kein sachlicher Grund ersichtlich, der die den Vertragsunternehmen auferlegten Nachteile rechtfertigen könnte: Das in den Teilnehmerverträgen vereinbarte Preisaufschlagverbot beschränkt die Preisgestaltungsfreiheit der Vertragsunternehmen und wird nicht durch die institutionellen Bedingungen des Kreditkartensystems berührt[398].

Vor dargestelltem Hintergrund stellt sich die kartellrechtlich brisante Frage, ob eine Klausel in den Verträgen zwischen dem Kreditkartenunternehmen und den Vertrags-

---

398 Vgl. *Emmerich,* Kartellrecht, § 13, Rn. 6.

unternehmen, aufgrund derer Letztere dazu verpflichtet sind, die Waren an Kreditkartenzahler zu Barzahlungspreisen abzugeben, mit § 14 GWB *a.F.* vereinbar gewesen wäre. In den Vereinigten Staaten[399], Australien, Frankreich und der Schweiz gelangten die Kartellbehörden zum Ergebnis, dass das Preisaufschlagsverbot den Wettbewerb beeinträchtigt und daher gegen kartellrechtliche Bestimmungen verstößt. Die englische Monopolkommission stellte sogar fest, dass das Preisaufschlagsverbot dem öffentlichen Interesse entgegensteht, weil kein Wettbewerb durch das Angebot von unterschiedlichen Preisen zwischen Bargeldkunden und Kreditkartenkunden entstehen könne.[400]

### cb) Zivilrechtliche Qualifizierung der Vertragsbeziehungen

#### (1) Deckungsverhältnis

Eine wichtige Dienstleistung des Kreditkartensystems besteht darin, dass der Kreditkarteninhaber bei den Vertragsunternehmen bargeldlos zahlen kann, wenn sich diese Unternehmen mit den Kreditkartenemittenten hierüber in einem Rahmenvertrag vertraglich geeinigt haben.[401] Dieser Rahmenvertrag entspricht wettbewerbsrechtlich dem Erstvertrag. Die vertraglichen Beziehungen zwischen dem Kartenherausgeber und dem Karteninhaber in Form eines Geschäftsbesorgungsvertrags stellen dabei das Deckungsverhältnis dar. Soweit man nach diesseitigem Dafürhalten im Deckungsverhältnis zwischen dem Kreditkartenunternehmen und dem Kreditkartennehmer einen Geschäftsbesorgungsvertrag bzw. einen atypischen Vertrag annimmt, erfolgt bei den Vertragsunternehmen statt der Barzahlung seitens des Kreditkarteninhabers eine unbare Zahlung durch den Kartenherausgeber, der dann zumeist periodisch die verauslagten Beträge beim Karteninhaber einzieht.[402] Der Karteninhaber kann bei Vertragsunternehmen des Kartenherausgebers statt Barzahlung seine Kreditkarte vorlegen. Das Vertragsunternehmen erhält dann innerhalb eines vertraglich fixierten Zeitraums eine

---

399 Vgl. *National Bancard Corp.* (NaBANCO) v. Visa, USA, Inc., 596 F. Supp. 1231 (S. D. Fla. 1984), Appeal docketed, No. 84 - 5818 (11 Th Cir. Dec. 18, 1984).

400 Vgl. EuZW 1990, Europa-Report, S. 558.

401 Vgl. *Adams*, Nichtigkeit des Preisaufschlagsverbotes, S. 3.

402 Vgl. *Hönn*, ZBB 1991, S. 6, 7.

Überweisung des Kartenherausgebers. Dieser zieht seinerseits in regelmäßigen Abständen die verauslagten Beträge von dem Karteninhaber ein. Der Karteninhaber bezahlt im Gegenzug vorab eine bestimmte Jahresgebühr an den Kartenherausgeber.[403]

**(2) Vollzugsverhältnis**

Im Vollzugsverhältnis zwischen Vertragsunternehmen und Kreditkartenunternehmen besteht üblicherweise ein Rahmenvertrag, gemäß dem Letzteres die Forderungen des Vertragsunternehmens gegen den Kreditkarteninhaber erwirbt und bezahlt, und zwar ohne Rücksicht auf die erst später erfolgende Zahlung durch den Kreditkarteninhaber. Kartenemittent und Vertragsunternehmen haben für den Fall, dass der Karteninhaber gegenüber dem Vertragsunternehmen per Kreditkarte zahlt, einen Entgeltanspruch vereinbart, dessen Höhe von dem mit der Kreditkarte konkret umgesetzten Betrag abhängt und der in Form einer Abschlagsumme vom Erstattungsanspruch gegenüber dem Emittenten erhoben wird.[404] Diese Abschlagssumme, die als „Disagio“ bezeichnet wird, muss das Vertragsunternehmen der Kreditkartenorganisation für jede einzelne Transaktion zahlen, die mittels Kreditkarte abgewickelt wird.[405] Das Disagio beläuft sich im Durchschnitt auf 3 bis 5 Prozent des Preises der Ware oder Dienstleistung.[406]

Für die Kredit gebende Bank bedeutet das Disagio eine Steigerung der Verzinsung (Effektivverzinsung[407]) über die Nominalverzinsung[408], für den Schuldner eine höhere

---

403 Vgl. *Hönn*, ZBB 1991, S. 6, 7.

404 Vgl. *Oechsler*, WM 1993, S. 1945, 1945.

405 Vgl. *Adams*, Nichtigkeit des Preisaufschlagsverbotes, S. 3.

406 Vgl. *Adams*, Nichtigkeit des Preisaufschlagsverbotes, S. 3.

407 Die auch unter dem Begriff der Rendite oder der tatsächlichen Verzinsung eines festverzinslichen Titels bekannte effektive Verzinsung kennzeichnet die durch den Einsatz eines bestimmten Kapitalbetrags erzielbare Rentabilität und kann von der Nominalverzisnung abweichen, wenn ein Schuldtitel nicht gekauft oder verkauft wird oder ein Damnum vorliegt bzw. bezahlter Preis und Rückzahlungspreis nicht übereinstimmen. Diese Voraussetzungen liegen auch beim Disagio bei, vgl. *Büschgen*, Bank-Lexikon, S. 273.

408 Die Nominalverzinsung kennzeichnet den auf den Nennbetrag einer Schuld periodisch oder in anderer Weise zu zahlenden, vertraglich vereinbarten Zins, vgl. *Büschgen*, Bank-Lexikon, S. 694.

Effektivbelastung durch den Nominalzins.[409] Die Vertragsunternehmen müssen darüber hinaus erhebliche Zinsverluste in Kauf nehmen, weil die bereits ausgelieferten Waren und Dienstleistungen den Kunden erst mit zeitlicher Verzögerung Kreditkartenorganisationen bezahlt werden.[410] von zahlreichen Unternehmen wird das Disagio deshalb als Grund angeführt, nicht am Zahlungsverkehr über Kreditkarten teilzunehmen. Indem das Vertragsunternehmen gegenüber dem Kreditkartenemittenten vertraglich verpflichtet ist, dem Kreditkartenzahler denselben Preis zu offerieren wie dem Barzahler, und das Disagio allenfalls über eine einheitliche Anhebung der Preise an die Kunden weitergegeben werden kann, schmälere es aus Sicht zahlreicher Vertragsunternehmen die Rendite bzw. die Marge an den verkauften Waren und gewerblichen Leistungen.

### db) Vereinbarkeit des Preisaufschlagsverbots mit dem vor der 7. Novelle geltenden Wettbewerbsrecht

#### (1) Wissenschaftliche Fragestellung

Wie nun war die preisliche Gleichstellung von Barzahlern und Kreditkartenzahlern *wettbewerbsrechtlich* zu behandeln? War sie mit geltendem Wettbewerbsrecht und insbesondere dem geltenden Verfassungsrecht, das unter anderem in Art. 3 Abs. 1 GG einen Befehl zur Nichtdiskriminierung enthält, vereinbar? Darauf wird nachfolgend einzugehen sein. Hier stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit der Gleichstellung von Kreditkartenzahlern und Barzahlern mit den Vorgaben des nationalen und europäischen Wettbewerbsrechts.

---

409 Vgl. *Büschgen*, Bank-Lexikon, 2006, S. 249.

410 Vgl. *Adams*, Nichtigkeit des Preisaufschlagsverbotes, S. 3.

**(2) Vereinbarkeit mit europäischem Wettbewerbsrecht**

**(a) Vereinbarkeit mit der Zwischenstaatlichkeitsklausel**

Das Preisaufschlagsverbot wäre nach Art. 81 Abs. 2 EGV (heute: Art. 101 AEUV) jedenfalls dann nichtig gewesen, wenn der Händler unmittelbar oder mittelbar in seiner Handlungsfreiheit beschränkt wird, selbstständig seine Preise zu bestimmen. Nach Art. 81 Abs. 1 EGV war sowohl die unmittelbare Einflussnahme auf die Preis- und Konditionspolitik eines Unternehmens als auch die mittelbare Verfälschung dieser Politik durch künstliche Veränderung der für die Festsetzung von Preisen und Geschäftsbedingungen maßgeblichen Faktoren unzulässig. Die Vorschrift bezog (und bezieht) sich nicht nur auf die Bestimmung von Festpreisen, sondern betraf (und betrifft) überdies die Freiheit, Abnehmer bei Gestaltung von Preisen und Geschäftsbedingungen unterschiedlich zu behandeln.[411] Auch die Bindungen über die Rabatte oder Preisaufschläge (fielen und) fallen unter die Anwendung von Art. 81 Abs. 1 EGV (bzw. Art. 101 AEUV).[412] Durch das Verbot der preislichen Differenzierung zwischen Barzahlern und Kreditkartenzahlern wird das Vertragsunternehmen in seiner Preisgestaltungsfreiheit beschränkt, so dass eine Preisbindung anzunehmen ist.[413]

An einer Verletzung des Art. 81 Abs. 1 EGV fehlte es indessen dann, wenn es den Marktakteuren von Anfang an einem wirtschaftlichen Handlungsspielraum fehlt.[414] Das ist insbesondere dann der Fall, wenn dem Gebundenen ein Verhalten auferlegt wird, das sich ohnehin von der Rechtsordnung anerkannten institutionellen Gegebenheiten bestimmter Vertragstypen ergibt.[415] Entscheidend war somit, ob das Preisauf-

---

411 Vgl. SJM-*Schröter,* Art. 101 Abs. 1, 2014, Rn. 134.

412 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Emmerich,* EG-Wettbewerbsrecht, 2006, § 85 Abs. 1, Rn. 20.

413 Vgl. Kommission v. 9.8.2001- Visa International, L 293/24.

414 Vgl. *EuG,* Entscheidung v. 18.09.1996 (***Asia Motor France***), Slg. 1996 II, S. 961, 990.

415 Vgl. *BGH* (***Telefunken-EH-Partnervertrag***) *BGHZ* 97, S. 317, 328; Immenga/Mestmäcker-*Emmerich,* EG-Wettbewerbsrecht, 2006, § 15 Rn. 23 ff.; *Bosch,* BB 1996, S. 1513 ff.

schlagsverbot für die Sicherung der Funktionsfähigkeit eines an sich wettbewerbsfördernden Akquisitionsvertrages notwendig und unerlässlich ist.[416] Ob die Wettbewerbsbeschränkung für die Durchführung der Hauptmaßnahme objektiv notwendig ist und angemessen ist, richtete sich nach einem Vergleich der Rechtslage, welche sich auf Grund der Absprache ergeben hat oder voraussichtlich ergeben wird, mit der Rechtslage, wie sie sich ohne die Absprache gestaltet hätte.[417] Hatte die Durchführung der Absprache zur Folge, dass bestehender Wettbewerb, der andernfalls vernichtet worden wäre, aufrechterhalten bleibt, oder dass neuer Wettbewerb entsteht, der sich andernfalls nicht, nicht ebenso schnell entwickelt hätte, so sollte sie kartellrechtlich unbedenklich sein, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass nicht zugleich bereits vorhandener oder möglicher Wettbewerb eingeschränkt, verfälscht oder verhindert werde.[418] Die Absprache musste also das einzige objektiv mögliche Mittel zur Erreichung ihres wettbewerbsfördernden Zwecks sein.[419] In Bezug auf die Geschäftsbedingungen, die den Händler verpflichten, bargeldlose Zahlungen mittels Kreditkarten in seinen Verträgen mit Dritten zu akzeptieren, wurde dies unstreitig bejaht.[420]

**(b) Freistellung nach der Vertikal-GVO**

Eine Freistellung des Preisaufschlagsverbots auf Grundlage des Art. 2 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 2790/99 schied bereits deshalb aus, weil es sich hierbei um eine Preisbindung handelt, die als Kernbeschränkung nach Art. 4a GVO 2790/99 von der Freistellung ausgeschlossen war. Eine Freistellung konnte letztlich nur erfolgen, wenn die wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen unerlässlich waren, wovon nur dann ausgegangen werden konnte, wenn die jeweiligen Ziele mit anderen Mitteln nicht oder nicht in dem

---

416 Vgl. *BGH* (***Telefunken-EH-Partnervertrag***) *BGHZ* 97, S. 317, 328; Immenga/Mestmäcker-*Emmerich,* EG-Wettbewerbsrecht, 2006, § 15 Rn. 23 ff.

417 Vgl. *EuGH,* Entscheidung v. 30.06.1966 (***Maschinenbau Ulm***), Slg. 1966, S. 281, 304; *EuGH,* Entscheidung v. 25.11.1971 (***Beguelin/Import Export***).

418 Vgl. Lange/Bunte-*Bunte,* Kartellrecht II, 2006, EGV Art. 81, Rn. 68.

419 Vgl. Lange/Bunte-*Bunte,* Kartellrecht II, 2006, EGV Art. 81, Rn. 68.

420 Vgl. *Hönn,* ZBB 1991 S. 13 ff.; *Horn,* ZHR (157) 1993, S. 336 ff.; *Olsen-Ring,* Wettbewerbsrechtliche Aspektekartengesteuerter Zahlungssysteme, S. 130 ff.; *Salje,* WM 1991, S. 263 ff.

Umfang, in demselben Zeitraum oder mit derselben Sicherheit erreicht werden konnten.[421]

### (c) Kommission zur Rechtssache Visa International

Auch die Kommission[422] war im Fall *Visa International* zum Ergebnis gelangt, dass die Gleichstellungsverpflichtung keine wesentliche Beschränkung des Wettbewerbs darstellt und deshalb als zulässig zu bewerten ist. Wie die Kommission[423] hervorhob, könne sich das Preisaufschlagsverbot in den Visa-Regeln zwar als Wettbewerbsbeschränkung auswirken, indem sie die Freiheit der Einzelhändler einschränkt; diese Einschränkung stelle indessen keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung dar, der Markt für Zugang zum Kreditkarten-Zahlungsverkehr sei vom Verbot nicht in erheblicher Weise betroffen. Die Untersuchungen hätten ergeben, dass das Preisaufschlagverbot eine begrenzte Wirkung auf den Wettbewerb im Markt der Kartensysteme hätte, da Aufschläge ein Faktor seien, der die Entscheidung eines Verbrauchers über die Verwendung seiner Karten beeinflussen könnte, der jedoch nach der Aufhebung des Preisaufschlagsverbotes nicht in spürbarem Maß zum Tragen kam.[424]

### (3) Vereinbarkeit mit deutschem Wettbewerbsrecht

Das deutsche Wettbewerbsrecht verbot und verbietet jeden vertraglichen Eingriff in die Vertragsgestaltung mit Dritten: Verboten war und ist jede Einwirkung auf die Preisbildung, auf Preisbestandteile, Preisobergrenzen, Preisuntergrenzen, Gewinn-

---

421 Vgl. *EuGH*, Rs. C-26/76 (***Metro-Saba I***), Slg. 1977, S. I-1875, 1916; Schröter, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 85 Abs. 3 EGV Rn. 224.

422 Vgl. *Entscheidung der Kommission* v. 09.08.2001 - COMP/D1/29.373 - *(Visa International)*, ABl. EG L 293/24.

423 Vgl. *Entscheidung der Kommission* v. 09.08.2001 - COMP/D1/29.373 - (***Visa International***), ABl. EG Nr. L 293/24, Rn. 55.

424 Vgl. *Entscheidung der Kommission* v. 09.08.2001 - COMP/D1/29.373 - (*Visa International*), ABl. EG Nr. L 293/24 Rz. 55.

spannen in unmittelbarer Form oder durch Bezug auf andere Verträge, wie etwa Meistbegünstigungsklauseln.[425] Das *LG Düsseldorf*[426] hatte die vertragliche Verpflichtung von Tankstellenbetreibern, bei Zahlung ihrer Tankstellenkunden mit Kreditkarten keine zusätzliche Gebühr zu erheben und damit diese Zahlungsart der Barzahlung insoweit gleichzustellen, als Verstoß gegen § 15 GWB *a. F.* und gegen Art. 26 Abs. 2 GWB *a. F.* qualifiziert. Demgegenüber hatte das *OLG Düsseldorf*[427] diese Wettbewerbsverstöße im gleichen Fall verneint.

**(a) Erstvereinbarung als Vertrag über die Lieferung von Waren oder gewerblichen Leistungen**

Um ein abschließendes Urteil über die Vereinbarkeit des Preisaufschlagsverbots und anderer Maßnahmen zur Absicherung der Gleichpreisigkeit mit der § 14 GWB *a. F.* abgeben zu können, erscheint indessen eine sorgfältige Analyse der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 14 GWB *a. F.* geboten. Diese soll nachfolgend vorgenommen werden.

In Betracht käme hier der zuvor erwähnte Vertrag zwischen dem Kreditkartenunternehmen und dem einzelnen Vertragsunternehmen. Dass die betroffenen Vertragspartner dem Unternehmensbegriff des GWB unterfallen, dürfte ebenso unstreitig sein wie der Umstand, dass ein Rahmenvertrag über die Akzeptanz der Kreditkarten eine taugliche Vereinbarung i. S. d. genannten Vorschrift ist. Anders als bei den bisher besprochenen Konstellationen der Lieferketten ist hier aber auf den ersten Blick nicht ganz klar zu beantworten, ob es sich um einen Vertrag über die Lieferung von Waren oder gewerblichen Leistungen handelt und welche der beiden Parteien hier als liefernde Partei anzusehen wäre.[428]

---

425 Vgl. *Adams*, Nichtigkeit des Preisaufschlagsverbotes, S. 7.

426 Vgl. *LG Düsseldorf*, NJW-RR 1990, 1384 = ZIP 1990, 1435.

427 Vgl. *OLG Düsseldorf*, ZIP 1991, S. 753 = WM 1991, S. 913.

428 Vgl. *Horn*, ZHR 157, 325, (332 f.) baut mit dieser für § 14 GWB a.F. zugegeben nicht gerade klassischen Konstellation bereits seine Rechtfertigungsstrategie für die Zulässigkeit des Preisaufschlagsverbotes auf.

Soweit man auf den Kreditkartenunternehmer als liefernde Partei abstellt, kommt bei ihm zumindest keine Lieferung von Waren in Frage, sondern eine allenfalls gewerbliche Leistung. Es wurde bereits an anderer Stelle[429] ausgeführt, dass der Begriff der gewerblichen Leistung eher weit auszulegen ist und hierunter alle Leistungen fallen können, die im geschäftlichen Verkehr erbracht werden. In der konkreten Konstellation verpflichtet sich das Kreditkartenunternehmen gegen Gewährung eines Disagios, sämtliche Forderungen zu begleichen, die unter Verwendung einer Kreditkarte, in welcher rechtlichen Form auch immer, begründet werden. Bereits dieser Umstand wurde teilweise als ausreichend angesehen, um die Erbringung einer gewerblichen Leistung zu bejahen.[430]

Angesichts der zuvor bereits angesprochenen weiten Definition des Begriffs der gewerblichen Leistung geht es aber weniger um die Frage, ob im Vollzugsverhältnis zwischen Kartenunternehmen und Vertragsunternehmen ein Vertrag vorliegt, der in irgendeiner Form mit gewerblichen Leistungen zu tun hat, als vielmehr darum, ob das Kreditkartenunternehmen eine gewerbliche Leistung an das Vertragsunternehmen liefert bzw. erbringt.

**(aa) Rechtsnatur des Rahmenvertrages**

Die Rahmenverträge zwischen Kreditkartenunternehmen und Vertragsunternehmen lassen sich zivilrechtlich keinem der im BGB aufgezählten Vertragstypen eindeutig zuordnen. Die Verträge beinhalten eine Vielzahl recht unterschiedlicher Abreden, die eine einheitliche Beurteilung nicht möglich machen. Nach diesseitiger Ansicht kann die zivilrechtliche Qualifizierung des Rahmenvertrages entsprechend der allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts danach vorgenommen werden, wofür das Vertragsunternehmen den Gegenwert in Gestalt des Disagios entrichtet. Die zivilrechtliche Ein-

---

429 Vgl. hierzu die Ausführungen auf 70 f.

430 So im Ergebnis wohl Horn ZHR 157, 325 (332).

ordnung folgt dem Leistungsinteresse des Vertragsunternehmens. Als vorausgesetzlich nach den Grundsätzen eines vernünftigen Kaufmanns handelndes Unternehmen wird sich dieses nur dann für eine bestimmte Investition entscheiden, soweit die Aussicht einer zeitnahen Amortisation besteht. Von zahlreichen Unternehmen wird das Disagio als Grund angeführt, nicht am Zahlungsverkehr über Kreditkarten teilzunehmen. Indem das Vertragsunternehmen gegenüber dem Kreditkartenemittenten vertraglich verpflichtet ist, dem Kreditkartenzahler denselben Preis zu offerieren wie dem Barzahler, und das Disagio allenfalls über eine einheitliche Anhebung der Preise an die Kunden weitergegeben werden kann, schmälere es aus Sicht zahlreicher Vertragsunternehmen die Rendite bzw. die Marge an den verkauften Waren und gewerblichen Leistungen. Vor diesem Hintergrund sind verschiedene Ansätze denkbar, das Disagio synallagmatisch zu rechtfertigen oder es jedenfalls zu begründen.

Das Disagio lässt sich zunächst als Entgelt qualifizieren, das das Vertragsunternehmen dem Kreditkartenunternehmen für den Aufbau und das Vorhalten der Organisation schuldet, die zur Zahlungsabwicklung erforderlich ist.

Das Disagio lässt sich des Weiteren als Entgelt dafür qualifizieren, dass das Vertragsunternehmen den vom Kreditkartennehmer für den Empfang der Waren oder gewerblichen Leistungen geschuldeten Betrag tatsächlich bereits dann erhält, sobald es die vom Kreditkartennehmer gegengezeichneten Belege erhält. Das gilt vor allem dann, wenn das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Kreditkartennehmers dem Kreditkartenunternehmen zugewiesen ist. Im Falle der Barzahlung trägt das Vertragsunternehmen grundsätzlich das Risiko, dass sich die empfangenen Geldmittel als „Blüten“ erweisen, d. h. sich als Falschgeld herausstellen. Das Inverkehrbringen von Falschgeld und ebenso die Teilnahme daran ist eine strafbare Handlung. Unter der Geltung von Basel 2 sind die Banken und Kreditinstitute verpflichtet, grundsätzlich jedes Risiko mit Eigenkapital zu unterlegen. Das Disagio ließe sich insoweit als „Abkauf von Risiken“ qualifizieren. Berücksichtigt man, dass sich die Kreditkosten des Vertragsunternehmen nach dem Portefeuille der vorhandenen Risiken richten und die Teilnahme am

Kreditkartensystem insoweit zur Senkung der Kosten für die Aufnahme von Fremdkapital beitragen kann, erhält das Vertragsunternehmen durch seine Teilnahme am Kreditkartensystem einen messbaren geldwerten Vorteil.

Jedenfalls nach diesseits vertretener Ansicht ist die Teilnahme am Kreditkartensystem für das Vertragsunternehmen mit weiteren (messbaren) Vorteilen verbunden. Wie bereits angesprochen, stellt sich die Kreditkarte aus Sicht des Verbrauchers als praktisches, komfortables und auch ansonsten attraktives Zahlungsmittel dar. Der Verbraucher nimmt den mit dem Kreditkarteneinsatz verbundenen (zeitlich versetzten) Abfluss von Geldmitteln als weniger belastend wahr als den (sofortigen) Abfluss von Geldmitteln, der mit der Barzahlung einhergeht. In der Wirtschaftspsychologie ist man zur (empirisch untermauerten) Erkenntnis gelangt, dass das Geld (infolgedessen) bei Kreditkartenzahlung „lockerer sitzt“ als bei Barzahlung. Nicht wenige Verbraucher sind bereit, mehr und häufiger einzukaufen als bei Barzahlung. Durch die Teilnahme am Kreditkartensystem ergibt sich zu Gunsten des Vertragsunternehmens infolge einer erhöhten Kontrahierungsbereitschaft die Chance, neben der Anzahl der marktlichen Transaktionen den Absatz und vor allem den Umsatz zu steigern.[431]

Dass die Händler auf Grund des Preisaufschlagsverbots von den Spontankäufen ihrer Kunden profitieren, wurde indessen durch die Untersuchungen der Wettbewerbskommission im Fall Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft widerlegt.[432] Werbekampagnen für Kreditkarten seien nicht geeignet, Spontankäufe zu fördern.[433] Die bloße Möglichkeit, mit einer Kreditkarte zu bezahlen, sei nach den Erkenntnissen der Wettbewerbskommission wegen der weiten Verbreitung der Kreditkarten kein entscheidendes Kaufkriterium (mehr).[434] Auch eine Studie von *Federal Reserve Board*[435] war zum Ergebnis

---

431 Vgl. *Hönn*, ZBB 1991, S. 6, 9.

432 Vgl. Wettbewerbskommission, RPW/DPC 2003/1, S.106 ff.

433 Vgl. Wettbewerbskommission, RPW/DPC 2003/1, S.106 ff. Rn. 271.

434 Vgl. Wettbewerbskommission, RPW/DPC 2003/1, Rn. 271.

435 *Decision U.S. District Court*, Filed 10-9-2001 S.D.of N.Y. , 98 Civ. 7076 (BSJ) UNITED STATES OFAMERICA, v. VISA U.S.A. INC., VISA INTERNATIONAL CORP., AND MASTERCARDINTERNATIONAL INCORPORATED.

gelangt, dass kein Zusammenhang zwischen Kreditkartenbenutzung und Konsument besteht: Die Kreditkarte allein wirke nicht kaufanregender als der Besitz anderer Zahlungsmittel wie Scheck oder Bargeld.

Aus rechtsvergleichender Perspektive zeigen die Erfahrungen von Ländern, die das Preisaufschlagsverbot aufgehoben haben - zu nennen sind hier Großbritannien[436], Dänemark, Schweden und die Niederlande -, dass das Preisaufschlagsverbot für das weltweite bargeldlose Zahlen - hierin ist die Hauptfunktion der Kreditkarte zu sehen - nicht unerlässlich war und ist. Auch die Vereinigten Staaten, die Schweiz und Australien haben das Preisaufschlagsverbot aufgehoben, ohne dass ein Rückgang der Kreditkartenzahlungen geschweige denn ein (Gesamt-) Umsatzrückgang der Vertragsunternehmen eingetreten wäre.

Soweit man der Teilnahme am Kreditkartensystem dessen ungeachtet verkaufsfördernde Wirkung beimisst, liegt bei objektiver Betrachtung bereits in dieser verkaufsfördernden Wirkung ein geldwerter Vorteil, der dem Vertragsunternehmen zu Gute kommt. Wollte das Vertragsunternehmen eine vergleichbare verkaufsfördernde Wirkung durch den Einsatz anderer Vertriebs- und Marketinginstrumente (Werbekampagne beispielsweise durch den Einsatz von Werbung über Telefon, Radio oder Printmedien) erzielen, so müsste es auch dafür geldwerte Mittel investieren. Bereits der Aushang im Geschäftslokal oder Schaufenster, dass das Vertragsunternehmen am Kreditkartensystem teilnimmt, hat insoweit verkaufsfördernde Wirkung und spricht für eine Qualifizierung der Teilnahme am Kreditkartensystem als Verkaufs- und Marketinginstrument. Das Disagio lässt sich dann auch als *dafür* geschuldetes Entgelt qualifizieren.

---

436 In Großbritannien wurde das Preisaufschlagsverbot auf Grundlage der Empfehlungen der dortigen Monopolkommission aufgehoben, vgl. The Monopoly and Mergers Commission, Credit Card Services, London 1989.

**(bb) Zwischenergebnis**

Vorangehende Ausführungen unterstreichen, dass es durchaus zahlreiche Ansätze gibt, das Disagio zur zivilrechtlichen Qualifizierung des Rahmenvertrages zwischen Kreditkartenherausgeber und Vertragsunternehmen zu rechtfertigen oder jedenfalls zu begründen. Wenngleich die Teilnahme am Kreditkartensystem nicht für alle Unternehmen gleichermaßen attraktiv ist - diesbezügliche Attraktivität kann etwa mit dem Marktsegment, dem Produkt und dem regionalen Umfeld divergieren -, so erscheint jedenfalls der pauschale Einwand vieler Unternehmen, die Teilnahme am Kreditkartensystem sei gerade im Verhältnis zur Barzahlung nicht attraktiv und gehe für die teilnehmenden Unternehmen mit geradezu unverhältnismäßigen Kosten einher - diese können beispielsweise mit der Bereitstellung zusätzlicher betrieblicher Ressourcen für die Sammlung, Auswertung und Einreichung der Kreditkartenzahlungsbelege verbunden sein -, nicht zu überzeugen. Erforderlich scheint vielmehr eine Einzelfallbetrachtung, die neben dem unternehmensspezifischen Produktportefeuille - welche Marge resultiert aus dem Absatz/Stück? - die Anzahl der Transaktionen in einem bestimmten Geschäftszeitraum berücksichtigt. In zahlreichen Marktsegmenten wird die Kreditkartenzahlung inzwischen von den Kunden als verkehrsüblich gesehen. Ein Unternehmen, das nicht am Kreditkartensystem teilnimmt und sich dadurch den Kundenerwartungen widersetzt, läuft deshalb Gefahr, Umsatzeinbußen in Kauf zu nehmen. Im Zweifelsfalle wird das objektive Interesse der (potenziellen) Vertragsunternehmen darauf gerichtet sein, Umsatzeinbußen zu vermeiden. Mit dem „Wegbrechen“ von Kunden setzt für das im Wettbewerb unterlegene Unternehmen nicht selten eine Abwärtsspirale ein, da zahlreiche Kunden bereits aus Gründen der zeitlichen Effizienz inzwischen zum „*One stop shopping*“ (alles aus einer Hand) tendieren. Bereits der deutlich sichtbare Aushang am Ladenlokal, dass Kreditkarten akzeptiert werden, kann diese aus Unternehmenssicht unerfreuliche Entwicklung abwenden.

Ungeachtet der noch zu klärenden Frage, welchen Inhalt das Zahlungsversprechen des Kreditkartenunternehmens gegenüber dem Vertragsunternehmen haben mag, kann man bereits im Aufbau und Management eines Kreditkartensystems eine Gegenleistung für das Disagio erblicken. Damit läge auch die Lieferung einer gewerblichen

Leistung durch das Kreditkartenunternehmen an das Vertragsunternehmen vor, was alleine zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals *Erstvereinbarung* im Sinne von § 14 GWB *a.F.* ausreichend gewesen wäre.

Vor dargestelltem Hintergrund hat die Teilnahme am Kreditkartensystem aus Sicht des Vertragsunternehmens indessen vor allem Werbungs-, Marketing- und Absatzförderungsfunktion. Ein externer Dritter, der diese Funktionen entgeltlich im wirtschaftlichen Verkehr erbringt, wird mit dem Vertragsunternehmen regelmäßig einen Dienstvertrag oder - da es um ein Bündel verschiedenartiger Leistungen (Werbung, Zahlungseinzug, administrative Leistungen) geht - einen gemischttypischen Vertrag schließen. Mit der von *Hammann*[437] vertretenen Ansicht soll daher vorliegend vom klassischen Fall eines typengemischten Vertrags ausgegangen werden.

**(b) Zweitvereinbarung zwischen Vertragsunternehmen und Karteninhaber**

Wie zuvor erörtert, muss die Zweitvereinbarung, im Gegensatz zur Erstvereinbarung, nicht zwischen zwei Unternehmen abgeschlossen werden. Vertragspartner kann ebenso ein Verbraucher i. S. des § 14 BGB sein. Erforderlich ist aber, dass eben eines der betroffenen Unternehmen der Erstvereinbarung eine weitere Vereinbarung mit einem an der Erstvereinbarung unbeteiligten Rechtssubjekt abschließt.

**(c) Zweitvereinbarung zwischen Vertragsunternehmen und Karteninhaber**

Da hier aber mögliche Preisbindungen der liefernden Partei Gegenstand der Untersuchungen sind und bereits oben die Lieferung von gewerblichen Leistungen des Kreditkartenunternehmens an das Vertragsunternehmen bejaht wurde, ist im Rahmen dieses Tatbestandsmerkmals nun zu untersuchen, ob zwischen dem Vertragsunternehmen und dem Kreditkarteninhaber eine taugliche vertragliche Beziehung bestehen könnte.

---

437 Hammann, 37.

Nach der von *Hönn*[438] vertretenen Ansicht sollte der Karteninhaber beim Vertragsunternehmen eine Ware oder Dienstleistung gegen Verwendung der Karte statt Bezahlung erwerben.

Auf den ersten Blick scheint es unproblematisch zu sein, die Rechtsgeschäfte, die der Kreditkarteninhaber im Valutaverhältnis bei dem Vertragsunternehmen mit der entsprechenden Kreditkarte bezahlt, als Kauf-, Werk- oder Dienstverträge anzusehen.[439] Da aber auch das Kreditkartenunternehmen offenkundig dem Vertragsunternehmen ein Zahlungsversprechen abgibt, soll an dieser Stelle die genaue vertragsrechtliche Situation zwischen den Beteiligten erläutert werden.

Mit der Aussage, dass das Kreditkartenunternehmen durch die *konkrete* Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen und der Art des Zahlungsverkehrs gegenüber dem Vertragsunternehmen ein Delkredererisiko[440] übernimmt, ist nämlich noch nicht ausgesagt, in welcher Form dieses Risiko zivilrechtlich übernommen wird. Erst wenn die vertraglichen Beziehungen zwischen dem Vertragsunternehmen und dem Kreditkartenunternehmen im Detail zugeordnet werden können, lässt sich auch verstehen, ob die Vertragsbeziehungen zwischen dem Karteninhaber und dem Vertragsunternehmen ein taugliches Valutaverhältnis sein können.

---

438 Vgl. *Hönn*, ZBB 1991, S. 6, 8.

439 So beispielsweise Hammann, 30.

440 Das Delkredererisiko kennzeichnet das mit dem Delkredere (Haftung oder Gewährleistung für die Bezahlung einer Forderung bzw. Übernahme des damit verbundenen Ausfallrisikos) verbundene Kredit- und Ausfallrisiko, also das Risiko der Einbringlichkeit von Forderungen, vgl. Büschgen, Bank-Lexikon, S. 214.

### eb) Analyse der Vertragsbeziehung zwischen Kreditkartenunternehmen und Vertragsunternehmen

#### (1) Qualifizierung als echter Vertrag zu Gunsten Dritter i.S. des § 328 BGB

Das Preisaufschlagsverbot wurde in diesem Zusammenhang mitunter damit gerechtfertigt, dass es sich um einen Vertrag zu Gunsten Dritter i. S. des § 328 BGB handele: Der Karteninhaber habe danach einen Anspruch auf die Kartenannahme und die Gleichbehandlung mit anderen Kunden trotz höherer Kosten.[441] Soweit ohne nähere Begründung dafür, dass der Karteninhaber kein tauglicher Dritter für einen nach § 14 GWB *a.F.* erforderlichen Zweitvertrag sei, auf die Grundsätze des echten Vertrags zu Gunsten Dritter nach § 328 BGB verwiesen wurde, erschien diese Hypothese indessen zu undifferenziert.[442]

Eine Interpretation als Vertrag zu Gunsten Dritter vermochte zunächst deshalb nicht zu überzeugen, weil sich das Preisaufschlagsverbot aus der Sicht der Barzahlungskunden als ein (zivilrechtlich unzulässiger) Vertrag zu Lasten Dritter darstellt, die ohne dieses Wettbewerbshindernis des Preisaufschlagverbotes einen geringeren Preis zu zahlen gehabt hätten.[443] Verträge zu Lasten Dritter sind mit dem Grundsatz der Privatautonomie unvereinbar und deshalb unzulässig, soweit die belastende Wirkung für den Dritten nicht als bloßer Reflex zu qualifizieren ist.[444] Die Argumentation mit Hilfe des § 328 BGB versucht somit, durch die Auswahl einer irrealen Bezugsbasis in Form einer Gleichheit von Barzahler und Kreditkartenzahler den Umstand zu verdecken, dass hierdurch eine Schädigung der Barzahler im Wege der Erzwingung einer Durchschnittskostenkalkulation bei den jeweils gebundenen Unternehmen erreicht werden soll.[445] Dem bloßen Worte des Vertrages nach werde zwar nur die Begünstigung der Kreditkarteninhaber vereinbart. Aus der Logik der durch den Vertrag geschaffenen

---

441 Vgl. *Adams*, Nichtigkeit des Preisaufschlagsverbotes, S. 9.

442 So aber Horn, ZHR 157, 325 (335).

443 Vgl. *Adams*, Nichtigkeit des Preisaufschlagsverbotes, S. 9.

444 Vgl. Palandt-*Grüneberg*, 2015, Einf v § 328, Rn. 10.

445 Vgl. *Adams*, Nichtigkeit des Preisaufschlagsverbotes, S. 9.

und vereinbarten Zusammenhänge ergebe sich jedoch zugleich der vertraglich unmittelbar herbeigeführte Zwang zur Benachteiligung der Barzahler.[446] Eine solche wenn auch im Wortgewande einer bloßen Begünstigung der Karteninhaber daherkommende Umverteilungsvereinbarung zu Lasten der Barzahler ist zugleich Vertrag zu Gunsten wie zu Lasten Dritter und wird damit von § 328 BGB nicht erfasst.[447] Im Übrigen mache es juristisch keinen Sinn, die Wettbewerbswidrigkeit und Unzulässigkeit derartiger Verträge mit Hilfe zivilrechtlicher Konstruktionen und Überlegungen rechtfertigen zu wollen, da das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ja gerade darauf abzielt, derartige zivilrechtliche Vertragskonstruktionen wegen ihrer wettbewerbswidrigen Wirkungen für nichtig und sanktionswürdig zu erklären.[448]

Abgesehen von den bereits genannten Erwägungen ist auch zu berücksichtigen, dass die Konstruktion eines Vertrags zu Gunsten Dritter mit dem Kreditkarteninhaber als Begünstigtem noch lange nichts darüber aussagt, welchen Inhalt ein Zahlungsversprechen des Kreditkartenunternehmens gegenüber dem Vertragsunternehmen nach den Regeln des Besonderen Schuldrechts gemäß dem BGB haben könnte.

Berechtigt war aber die Kritik der Befürworter einer Ausnahme des Vertrags zu Gunsten Dritter nach § 328 BGB vom Preisbindungsverbot, soweit sie das Argument nicht gelten lassen wollen, das Preisaufschlagsverbot sei eine verbotene Umgehung[449] der Norm. Einer Normumgehungstheorie war und ist in der Tat entgegenzuhalten, dass sie die Rechtsnatur der Konstruktion eines echten Vertrags zu Gunsten Dritter unrichtig einordnet und die vorschnelle Bewertung eines Umgehungsgeschäfts auf einer vorschnellen und undifferenzierten Bewertung beruht. Falls man nämlich eine bestimmte

---

446 Vgl. *Adams*, Nichtigkeit des Preisaufschlagsverbotes, S. 9.

447 Vgl. *Adams*, Nichtigkeit des Preisaufschlagsverbotes, S. 9.

448 Vgl. *Adams*, Nichtigkeit des Preisaufschlagsverbotes, S. 9.

449 Adams, ZIP 1990, 632, 635; Salje, WM 1991, 262 (265); Hönn, ZBB 1991, 6, (13 f.); Kretzer, 130 f.; wohl auch Oechsler, ZHR 156, 330 (350).

Konstruktion als Umgehungsgeschäft einordnet, muss zugleich auch die Frage beantwortet werden, welches in Wahrheit beabsichtigte Geschäft denn umgangen werden soll.

Um diesen Nachweis zu führen, muss zunächst erläutert werden, *wie* die Kreditkartenfälle unter das Konstrukt des Vertrags zu Gunsten Dritter eingeordnet werden können.[450] Stellt man nämlich allein auf ein vertraglich vereinbartes Preisaufschlagsverbot zwischen Kreditkartenunternehmen und Vertragsunternehmen ab, so ist die Annahme, dass es sich bei diesem Verbot um ein Versprechen des Vertragsunternehmens gegenüber dem Kreditkartenunternehmen handelt, das in diesem Fall Versprechensempfänger wäre, auf den ersten Blick bestechend. Dann nämlich bestünde zwischen dem Vertragsunternehmen und dem Kreditkarteninhaber keine wirkliche vertragliche Beziehung, sondern ein rein faktisches Vollzugsverhältnis, das nicht ausreichend für eine Zweitvereinbarung i.S.v. § 14 GWB a.F. gewesen wäre. Teilweise wurde argumentiert, der Rahmenvertrag zwischen dem Kreditkartenunternehmer und dem Vertragsunternehmen stelle das Vollzugsverhältnis dar und das Valutaverhältnis bestehe zwischen Kreditkarteninhaber und Kreditkartenunternehmen.[451] Innerhalb einer vertraglichen Dreieckskonstellation kann man durchaus auf verschiedene Aspekte abstellen, mit der Folge, dass sich ein Deckungs- oder Valutaverhältnis bei einem einheitlichen Lebenssachverhalt in unterschiedlichen Personenkonstellationen ergeben kann.[452] Daher war es auch nur konsequent, wenn man den Rahmenvertrag zwischen Kreditkartenunternehmen und Vertragsunternehmen gedanklich von den eingegangenen Zahlungsverpflichtungen trennt und zu dem Ergebnis kommen kann, dass hier nur ein noch näher zu untersuchendes reines Vollzugsverhältnis vorliegt.

---

450 Siehe zum grundsätzlichen Aufbau der Vertragskonstruktion Musielak, Rn. 889.

451 Hönn, ZBB 1991, 6, 7 f.

452 Dies scheint auch Hönn, ZBB 1991, 14 ungeachtet seiner Ablehnung, im Hinblick auf § 328 BGB den Anwendungsbereich von § 14 GWB a.F. zu verneinen, nicht in Abrede zu stellen.

Greift man aber zunächst noch einmal die Argumentation der Verfechter auf, die wegen der Konstellation eines echten Vertrags zu Gunsten Dritter mit dem Vertragsunternehmen als Versprechensempfänger § 14 GWB für unanwendbar hielten, so muss man darin im Ergebnis zwei entscheidende Schwachpunkte erkennen:

**(a) Voraussetzungen für das Institut des Vertrags zu Gunsten Dritter im Hinblick auf Kreditkartenfälle**

Der Annahme, dass das Institut des Vertrags zu Gunsten Dritter per se ein Preisaufschlagsverbot rechtfertige, weil das BGB doch nun einmal ein solches Vertragsinstitut vorsehe, kann nicht gefolgt werden. Es wurde bereits mehrfach an anderer Stelle[453] darauf hingewiesen, dass allein die kartellrechtlichen Regelungen über die Wirksamkeit von zivilrechtlichen Konstruktionen entscheiden und dass eine vom Zivilrecht im Regelfall erlaubte vertragliche Konstruktion durch diesen Umstand an sich noch kein kartellrechtliches Unbedenklichkeitszertifikat aufweist. Dies muss auch im Fall des Vertrags zu Gunsten Dritter gelten. Es sind nämlich durchaus Konstellationen denkbar, bei denen im Zusammenhang mit dem Kreditkartengeschäft die Konstruktion des Vertrags zu Gunsten Dritter auch ohne Festschreibung des Preisaufschlagsverbots funktioniert. So ist ja in der Abrede, Kreditkarten überhaupt zu akzeptieren, bereits ein Versprechen des Vertragsunternehmens gegenüber dem Kreditkartenunternehmen zu sehen, aus dem der Karteninhaber einen eigenen Anspruch herleiten könnte.

**(b) Fehlende Komplementärverpflichtung des Kreditkartenunternehmens gegenüber dem Karteninhaber**

Bemerkenswert ist weiterhin der Umstand, dass eine Zusicherung oder Verpflichtung des Kreditkartenunternehmens an die Karteninhaber im Deckungsverhältnis komplementär zum Preisaufschlagsverbot für das Vertragsunternehmen dahingehend im Regelfall nicht besteht, dass die Karteninhaber bei den Vertragsunternehmen Waren zu

---

453 Siehe hierzu die Ausführungen auf 55 f.

Barzahlungspreisen erhielten bzw. ihnen von den Kreditkartenunternehmen in Rechnung gestellt würden. Unter diesen Umständen erscheint es fraglich, auch zivilrechtlich einen eigenen Anspruch des Karteninhabers gegen das Vertragsunternehmen auf Gewährung der Gleichpreisigkeit zu Barzahlungspreisen durchzusetzen. Dies wäre aber eine notwendige Voraussetzung, um einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter annehmen zu können. Wenn man nachfolgend aber die zutreffende zivilrechtliche Einordnung vornimmt, wird man erkennen, warum die Herleitung eines eigenen Anspruchs des Karteninhabers so schwierig erscheint.

**(2) Qualifizierung als Forderungskauf**

Der Fokus bei der Frage, welche rechtliche Natur die Zahlungszusage haben mag, ist daher weniger auf die Problematik zu setzen, ob denn nun ein Vertrag zu Gunsten Dritter vorliegt oder nicht, sondern in erster Linie auf den Inhalt der Zahlungszusage des Kreditkartenunternehmens gegenüber dem Vertragsunternehmen. Um diese Frage rankte sich über einige Jahre hinweg ein Meinungsstreit, der inzwischen seinen Abschluss gefunden zu haben scheint.[454]

Nach der überkommenen Auffassung in Rechtsprechung[455] und Literatur[456] sei in der Vereinbarung zwischen den beiden Unternehmen, soweit sie die rechtliche Grundlage für Zahlungen des Kreditkartenunternehmens an das Vertragsunternehmen bilde, ein Forderungskauf zu erblicken. Diese Ansicht stützte sich vor allem auf den Wortlaut zahlreicher Rahmenverträge. Diese beinhalteten in der Tat eine entsprechende Terminologie, die allerdings auch von der Motivation getragen sein dürfte, die Kreditkarten-

---

454 An dieser Stelle sei auf die systematische Typisierung der möglichen Vertragskonstruktionen bei Kienholz, 141 ff. hingewiesen. Er teilt die möglichen vertraglichen Gestaltungen in drei Gruppen ein, abhängig davon, ob ein Wechsel in der Person des Gläubigers, des Schuldners oder ob die Gläubiger- und Schuldnerstellung als solche unberührt bleiben.

455 BGH NJW 1990, 2880; OLG Schleswig, WM 1991, 453; OLG Köln, WM 1995, 1914 (1916); OLG Frankfurt a. M. , ZIP 2001, 1583 (1586).

456 Hüffer, in MünchKomm, § 783 Rn. 80e; Schmidt, in Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, Anh. §§ 9-11, Rn. 454a; Schwintowski/Schäfer, BankR, § 6, Rn. 25 ff.; Hönn, ZBB 1991, 6 (12).

unternehmen aus der Erlaubnispflicht nach §§ 32 I, 1 I Nr. 8 KWG für Garantiegeschäfte zu entziehen. Aufgrund der Gesetzesnovelle, die das In-Kraft-Treten von § 1 I Nr. 8 KWG zum 01.01.1993 zur Folge hatte, ist dieses Argument hinfällig geworden, um in der Tat inhaltlich einen Forderungskauf anzunehmen.

**(3) Qualifizierung als Garantieverpflichtung**

Bei den Vertretern, die dafür plädierten, eine Vereinbarung zwischen Kreditkartenunternehmen und Vertragsunternehmen nicht mehr als Forderungskauf einzuordnen, war zunächst umstritten, welche Rechtsnatur diese Vereinbarung dann aber haben sollte. Nicht wenige Stimmen in der Literatur[457] erblickten in dieser Vereinbarung eine Garantieverpflichtung des Kreditkartenunternehmens gegenüber dem Vertragsunternehmen.

**(4) Qualifizierung als Schuldversprechen i. S. des § 780 BGB**

**(a) Konstruktion**

Derartigen Konstruktionen bereitete jedoch die höchstrichterliche Rechtsprechung[458] unter Berufung auf die überwiegenden Stimmen des Schrifttums[459] ein Ende. Danach sollte es sich bei den Vereinbarungen zwischen den beiden beteiligten Unternehmen um ein abstraktes Schuldversprechen nach § 780 BGB handeln, soweit es um die Qualifizierung der Zahlungszusage des Kreditkartenunternehmens geht.

Mit der Begründung des diesbezüglichen Vertragsverhältnisses erteilt das Kreditkartenunternehmen gegenüber dem Vertragsunternehmen die Zusage, Zug-um-Zug gegen

---

457 Möschel, in MünchKomm, § 414 Rn. 19; Kümpel, Rn. 4.950 ff.; Esser/Weyers, 361; Staudinger/Horn, Vorb. §§ 765 ff, Rn. 419 (Garantieverpflichtung mit Forderungskauf).

458 BGH NJW 2002, 2234.

459 Für eine Einordnung als Schuldversprechen insbesondere: Hadding, in MünchKomm-HGB, ZahlungsV, Rn. G22; Staudinger/Marburger, § 780, Rn. 42, § 783, Rn. 49; Staudinger/Köhler, Vorb. §§ 433 ff., Rn. 51; Hüffer, in MünchKomm, § 783, Rn. 80d; Hammann, 59 ff.; Kienholz, 160 ff.; Pichler, NJW 1998, 3234, 3237; Einsele, WM 1999, 1801, 1809 f.

die Einreichung der vom Kreditkarteninhaber gegengezeichneten Belege Zahlung für die vom Kreditkarteninhaber empfangenen Leistungen zu erbringen. Der Kartenherausgeber schließt im Voraus Rahmenverträge mit den Vertragsunternehmen, in denen diese für den Fall des Vertragsschlusses mit Karteninhabern im gewissen Rahmen Stundung versprechen und in denen die Vertragsunternehmen den Kartenherausgebern die Forderungen gegen die Karteninhaber abtreten.[460] Der Kartenherausgeber vergütet den Vertragsunternehmen diese Forderungen, und zwar ohne Rücksicht auf die meist erst spätere Zahlung des Karteninhabers an den Kartenherausgeber.[461] Zivilrechtlich betrachtet erteilt er dem Vertragsunternehmen eine Garantiezusage, die ihm gegenüber nachgewiesenen Kreditkartentransaktionen zu liquidieren. Weil diese Garantiezusage gemeinhin als geldwerter Vorteil gesehen wird, muss neben dem Karteninhaber auch der Gläubiger - in der Regel für jede einzelne Transaktion - ein bestimmtes Entgelt an das ausstellende Institut entrichten.

Die Vergütung dient der Tilgung der Zahlungsverpflichtung des Karteninhabers gegenüber dem Vertragsunternehmen.[462] Der Kreditkartenausgeber ist vertraglich verpflichtet, dem Händler für die Zahlung einzustehen, die Forderungen gegen den Karteninhaber aufzukaufen und die Rechnungsbeträge abzüglich des Disagios zu erstatten.

Hinsichtlich des Vertriebs der Leistung „Kreditkartenservice" konnten die Vertragsunternehmen insoweit als weisungsgebundene Unternehmen zu sehen sein, so dass sich eine Rechtfertigung des Disagios unter dem Aspekt der institutionellen Besonderheit des Kreditkartensystems ergeben konnte.[463]

---

460 Vgl. *Hönn*, ZBB 1991, S. 6, 7.

461 Vgl. *Hönn*, ZBB 1991, S. 6, 7.

462 Vgl. *Hönn*, ZBB 1991, S. 6, 7.

463 Vgl. *Horn*, ZHR 157 (1993), S. 338; so auch *Herbeke*, WM 1984, Beilage 1, S. 8.

Das Schuldversprechen i. S. von § 780 BGB sollte nach alledem bereits in dem Rahmenvertrag zwischen Kreditkartenunternehmen und Vertragsunternehmen nach § 158 Abs. 1 BGB aufschiebend bedingt abgegeben werden, durch die Einreichung der entsprechenden Belege soll dann die tatsächliche Zahlungspflicht des Kreditkartenunternehmens entstehen.[464]

**(b) Begründung und Gegenüberstellung**

Dafür wurde eine Reihe von Argumenten ins Felde geführt, von denen vor allem dasjenige der besseren dogmatischen Einbettung eines Schuldversprechens in das Dreiecksverhältnis besticht: Auch wenn es sich eben um keinen Forderungskauf handeln sollte, so bleibt unbestritten, dass das Vertragsunternehmen vorrangig das Kreditkartenunternehmen in Anspruch nehmen soll. Genau dies wäre aber im Fall einer Einordnung der Abrede als Garantievertrag nicht ohne weiteres möglich. Dieser ist von der Struktur her eher mit einer Bürgschaft vergleichbar. Das Leitmodell einer Garantie hätte somit zur Folge, dass erst eine vergebliche Inanspruchnahme des Kreditkarteninhabers vorausgegangen sein müsste. Genau dies widerspräche aber der Struktur des Dreipersonenverhältnisses: Das Vertragsunternehmen soll ja in jedem Fall von dem Kreditkartenunternehmen bezahlt werden.

Weiterhin wurde angeführt, dass die vertragliche Konstruktion, die die Zahlungsmodalitäten regelt, so gestaltet sein müsste, dass das Vertragsunternehmen in keinem Fall das Insolvenzrisiko des Kreditkartenunternehmens zu tragen hätte, weil jedes andere Ergebnis unannehmbar sei.[465] Vielmehr, so die gängige Argumentationskette, müsse das Vertragsunternehmen, so weit als möglich, wie im Fall eines Barkaufs gestellt werden.

---

464 BGH NJW 2002, 2234, 2236; Hadding, in MünchKomm-HGB, ZahlungsV, Rn. G 22

465 So Einsele, WM 1999, 1801, 1810.

Ungeachtet der eher theoretischen Natur, dass ein Schuldversprechen unter bestimmten Umständen nach §§ 812 ff. BGB kondizierbar sei, sollte nur die Einordnung der Zahlungsabrede als abstraktes Schuldversprechen geeignet sein, ein Barzahlungssurrogat herzustellen, weil auch der Rückgriff auf den Karteninhaber beim Ausfall des Kreditkartenunternehmens noch möglich sei.

Das letztgenannte Argument war gerade im Hinblick auf die sog. Telefon- oder Mailorderfälle nicht stichhaltig. In diesen Fällen kam es im Gegensatz zu den Barkäufen des täglichen Lebens in Restaurants, Tankstellen, Supermärkten etc. gerade nicht notwendigerweise zu Barzahlungssituationen, bei denen der Gedanke des *do-ut-des* auch in der Praxis voll und ganz gelebt wird. Es kann ja durchaus Situationen geben, in denen die liefernde Partei auf ihr Recht aus § 320 BGB verzichtet und beispielsweise mit der Lieferung erst die Rechnung versendet und die Bezahlung innerhalb einer bestimmten Frist ab Erhalt der Ware zu erfolgen hat. Solche Fälle gibt es schon seit vielen Jahrzehnten im Bereich des Versandhandels. Die Mailorderfälle sind nichts weiter als eine Fortsetzung der Versandhandelstradition im Rahmen der neuen Informationstechnologien. Eine Bezahlung gegen Nachnahme oder die Vorausbezahlung per Kreditkarte sind dabei zwar die Regel, keineswegs aber in jedem Fall zwingend, weil es auch im Mailorderverfahren noch Unternehmen gibt, bei denen man im Rahmen einer Internetbestellung die Bezahlung per Rechnungsstellung als Option anklicken kann. Daher war gerade der Hinweis auf Barzahlungssurrogate bei Internetbestellungen nicht ganz geglückt.

Richtig war aber der Hinweis auf das Barzahlungssurrogat bei den erwähnten Barkäufen des täglichen Lebens. Hier ist in der Tat das „Anschreiben“ von Verbindlichkeiten außerhalb der Stammkneipe sicher nur in seltenen Ausnahmefällen möglich. Daher greift aber auch in erster Linie in diesen Fällen das Argument des Barzahlungssurrogats. Dies hat dann allerdings auch wieder mittelbare Auswirkungen auf das Bezahlen mit der Kreditkarte im Telefon- oder Mailorderverfahren. Es wäre nämlich geradezu

lebensfremd, für das Bezahlen mit der Kreditkarte unterschiedliche rechtliche Konstruktionen anzunehmen, abhängig davon, unter welchen Bedingungen die Kreditkarte eingesetzt wird.[466]

**(5) Rechtsfolgen im Hinblick auf die Zweitvereinbarung**

Die Einordnung derjenigen Passagen des Rahmenvertrags zwischen Kreditkartenunternehmen und Vertragsunternehmen, die sich mit der Zahlungsverpflichtung des Ersteren als abstraktes Schuldversprechen nach § 780 BGB befassen, bleibt nicht ohne Folgen im Hinblick auf die vertraglichen Vereinbarungen zwischen Karteninhaber und Vertragsunternehmen. Zunächst einmal führt es dazu, dass die ursprüngliche Abrede zwischen diesen beiden Rechtssubjekten als Kauf-, Werk-, Dienst- oder sonstiger typengemischter Vertrag unberührt bleibt. Dies wird auch dadurch untermauert, dass etwaige Leistungsstörungen in diesem Vertragsverhältnis (beispielsweise auftretende Mängel bei einem Kaufgegenstand) weiterhin nur durch den Karteninhaber geltend gemacht werden können, wohingegen die zahlungstechnische Rückerstattung nur durch den abermaligen Einsatz der Kreditkarte und damit nur unter Einschaltung des Kreditkartenunternehmens erfolgen kann. Damit bleibt es auch bei einer für § 14 GWB *a.F.* an sich tauglichen Zweitvereinbarung. Weiterhin bleibt dem Vertragsunternehmen aufgrund der Tatsache, dass das Schuldversprechen des Kreditkartenunternehmers abstrakt (= losgelöst) von der ursprünglichen Verpflichtung des Karteninhabers ist, auch der Rückgriff auf den Karteninhaber erhalten, sollte das Kreditkartenunternehmen insolvent werden und seinen Zahlungsverpflichtungen aufgrund des Rahmenvertrags im Hinblick auf die eingereichten Belege nicht mehr nachkommen können.

Aber just diese Feststellung hat im Umkehrschluss zur Folge, dass die Abrede über das Zahlungsversprechen im Rahmenvertrag keine Verpflichtung zur Gleichpreisig-

---

466 In BGH, BB 2002, 2483 ff. wird daher auch noch einmal klargestellt, dass die Konstruktion des Schuldversprechens nach § 780 BGB auch außerhalb der Telefon- und Mailorderfälle zu gelten hat.

keit gegenüber Kreditkarteninhabern im Verhältnis zu Barzahlern beinhaltet. Das Vertragsunternehmen erhält ja unter normalen Umständen gar keine Bezahlung vom Karteninhaber, sondern von dem Kreditkartenunternehmen. Und von diesem erhält das Vertragsunternehmen auch nicht den vollen Preis, sondern lediglich den Normalpreis abzüglich des Disagios, so dass es ja de facto noch nicht einmal eine Gleichpreisigkeit darstellt. Der Karteninhaber erhält bei Transaktionen unter Einsatz seiner Kreditkarte im Normalfall zwei Belege: Einerseits erhält er den Kassenbeleg, und zwar in der identischen Form und mit demselben Preis, wie er ihn im Fall einer Barzahlung auch erhalten würde. Zudem erhält er jedoch einen Belastungsbeleg. Auch dieser zeigt den Gesamtpreis an, wie er im Fall einer Barzahlung vom Karteninhaber zu bezahlen wäre. Dieser Belastungsbeleg ist allerdings keineswegs Teil einer Rechnung des Vertragsunternehmens gegenüber dem Karteninhaber, sondern vielmehr eine Mitteilung darüber, welchen Betrag das Kreditkartenunternehmen seinem Kunden für diese Transaktion in Rechnung stellen wird.

Damit lässt sich auch das Dreiecksverhältnis in letzter Konsequenz auf eine praxisgerechte und zufriedenstellende Art und Weise lösen: Mit dem normalen Kassenbeleg drückt das Vertragsunternehmen aus, dass es den Karteninhaber nach wie vor für seinen Schuldner aus dem jeweiligen Vertragsverhältnis hält und grundsätzlich als zur Zahlung verpflichtet ansieht, jedoch nicht auf sein Recht aufgrund von § 320 BGB besteht.[467] Kommt das Kreditkartenunternehmen, wie dies die Regel sein dürfte, seiner aufschiebend bedingten Verpflichtung aus § 780 BGB nach, erlischt auch die Zahlungsverpflichtung des Kreditkarteninhabers gegenüber dem Vertragsunternehmen endgültig. Tut das Kreditkartenunternehmen dies nicht, so ist kein Grund ersichtlich, warum das Vertragsunternehmen nicht direkt (subsidiär) gegen den Karteninhaber vorgehen kann und bei der rechtlichen Durchsetzung dieser Forderung aus dem Valutaverhältnis als Fälligkeitszeitpunkt der Forderung aus dem Kauf-, Werk-, Dienst- oder sonstigen Vertrag das Datum angibt, an dem die Forderung bei Barzahlung fällig gewesen wäre.

---

467 In einigen Alltagssituationen, die ein bevorzugter Anwendungsbereich der Kreditkarte darstellt, besteht dieses Recht de facto ohnehin aufgrund der Gegebenheiten nicht. (Beispielsweise kommt es in Betrieben der Gastronomie ja erst nach dem kompletten Verzehr zu einer Bezahlung).

Diese Betrachtungsweise steht auch mit der Einordnung des abstrakten Schuldversprechens im Verhältnis zum Grundgeschäft als Leistung erfüllungshalber im Einklang.[468] Im Fall einer Leistung erfüllungshalber erhält der Gläubiger in erster Linie eine zusätzliche Befriedigungsmöglichkeit.[469] Der Umstand, dass das Vertragsunternehmen im Fall eines Geldtransfers von dem Kreditkartenunternehmen letztlich jedenfalls keinen höheren Preis erhält, als bei Barzahlung durch den Kunden, kann keinesfalls als Preisbindung im Hinblick auf eine Zweitvereinbarung des Vertragsunternehmens mit dem Karteninhaber gesehen werden, obwohl die Wertstellung erst zu einem späteren Zeitpunkt als im Fall der Barzahlung erfolgt. Es stellt im Gegenteil vielmehr die inhaltliche Fixierung der Erstvereinbarung im Rahmenvertrag zwischen den beiden Unternehmen dar, soweit es um das abstrakte Schuldversprechen geht.

**(6) Ergebnis und Stellungnahme**

Sofern von einem Preisaufschlagsverbot der Kreditkartenunternehmen in den Rahmenverträgen mit den Vertragsunternehmen die Rede ist, bedarf eine solche Aussage zumindest der Präzisierung, wenn nicht gar der Korrektur. Richtig ist, dass die Kreditkarteninhaber für eine mittels Kreditkarte vollzogene Transaktion vom Kreditkartenunternehmen lediglich eine Belastung ihres Kontos über den Betrag erhalten, den sie im Fall einer Barzahlung entrichtet hätten. Richtig ist auch, dass sie von dem Vertragsunternehmen bei Durchführung der Transaktion einen Belastungsbeleg und im Normalfall zudem den üblichen Rechnungsbeleg erhalten. Beide Belege weisen den identischen Betrag aus, nämlich den, der im Barzahlungsfall an Ort und Stelle fällig wäre und über dessen Höhe die Kontobelastung des Karteninhabers lautet.

Allerdings entrichtet der Karteninhaber anders als im Fall der Barzahlung diesen Betrag eben nicht an das Vertragsunternehmen, sondern an das Kreditkartenunternehmen. Der Belastungsbeleg ist daher auch ein Dokument, den das Vertragsunternehmen

---

468 Palandt-Sprau, 2015, § 780, Rn. 1b; Palandt-Grüneberg, 2015, § 364 Rn. 7.

469 Palandt-Grüneberg, 2015, § 364, Rn. 8.

im Auftrag des Kartenunternehmens an den Kunden gibt, damit dieser die Richtigkeit der später erfolgenden Abbuchung mittels dieses Belastungsbelegs überprüfen kann. Da das Vertragsunternehmen erst zu einem späteren Zeitpunkt für dieses Geschäft einen Geldbetrag erhält und die Überweisung, wenn alles seinen gewohnten Gang geht, nicht vom Karteninhaber, sondern von dem Kreditkartenunternehmen kommt, ist der Begriff des Preisaufschlagsverbots, wenn nicht sachlich unrichtig, so doch missverständlich. Er impliziert nämlich, dass dieses Verbot in einer Erstvereinbarung fixiert und in der Zweitvereinbarung realisiert werde. Tatsächlich ist die Gleichpreisigkeit jedoch in erster Linie Bestandteil der Abreden im Deckungsverhältnis zwischen Kreditkarteninhaber und Kartenunternehmen, gemäß denen das Kreditkartenunternehmen berechtigt ist, das Konto des Karteninhabers in Höhe des Betrags zu belasten, den er im Falle einer Barzahlung an das Vertragsunternehmen hätte entrichten müssen. Weder diese Vereinbarung noch das abstrakte Schuldversprechen nehmen Einfluss auf die Höhe des Preises oder auf den Zeitpunkt der Fälligkeit, soweit es um die vertragliche Verpflichtung des Vertragsunternehmens gegen den Karteninhaber geht.

Im Zusammenhang mit der erfolgten Leistung erfüllungshalber aufgrund des Schuldversprechens nach § 780 BGB muss vielmehr davon ausgegangen werden, dass dem Vertragsunternehmen die Klagemöglichkeit gegen den Karteninhaber bis zur Fälligkeit der Forderung aus dem abstrakten Schuldversprechen des Kreditkartenunternehmens abgeschnitten wird, ohne dass es hier zwangsläufig zu einer Stundung der Forderung gegenüber dem Karteninhaber kommen muss.[470] Dass der Betrag, den das Vertragsunternehmen von dem Kreditkartenunternehmen zu einem späteren Zeitpunkt erhält, tatsächlich nicht höher als der Betrag im Fall der Barzahlung durch den Kunden ist, liegt in den Abreden i.S.d. § 780 BGB begründet. Weiterhin gehört es gerade zum Wesen einer Leistung erfüllungshalber, dass diese nicht notwendigerweise deckungsgleich mit der Grundforderung ist, wenngleich die Bewirkung einer vom Gläubiger angenommenen Leistung erfüllungshalber auch die Grundforderung zum Erlöschen bringt.

---

[470] Palandt-Grüneberg, 2015, § 364, Rn. 8.

Da der Rahmenvertrag zwischen Kreditkartenunternehmen und Vertragsunternehmen somit letztlich gar keine Preisbindungen für die Vereinbarungen des Vertragsunternehmens mit dem Karteninhaber als Drittem enthält, erfüllte er die Voraussetzungen von § 14 GWB a.F. im Hinblick auf ein wesentliches Tatbestandsmerkmal nicht.[471] Wo bereits der Wortlaut von § 14 GWB *a.F.*, wie im beschriebenen Beispiel des Preisaufschlagsverbots im Rahmen eines Kreditkartensystems, nicht einschlägig[472], bedurfte es keiner weiteren Rechtfertigungstheorien[473], um die strenge Nichtigkeitsfolge der Vorschrift zu umgehen.[474]

Gelangt man aufgrund der vorherigen Ausführungen zu dem Ergebnis, dass ein kartellrechtlicher Verstoß gegen § 14 GWB a.F. gar nicht vorlag, weil es sich bei den fraglichen Abreden in dem Rahmenvertrag um kein Preisaufschlagsverbot im Hinblick auf das Grundgeschäft zwischen Vertragsunternehmen und Karteninhabern handelt, so erübrigt sich die darauf aufbauende Frage, inwieweit das Betreiben eines Kreditkartensystems möglicherweise auch ohne ein solches Preisdifferenzierungsverbot dem Empfehlungsverbot des § 22 GWB zuwiderläuft.[475]

---

471 So im Ergebnis wohl auch Horn, ZHR 157, 324 (334 ff.).

472 Wenig überzeugend, warum das Preisbindungsverbot nach § 14 GWB a.F. in den Kreditkartenfällen nicht eingreifen soll, Hammann, 75 f.

473 Grundsätzlich ablehnend zu der Formel von den „institutionellen Gegebenheiten“ in dieser Konstellation äußert sich Kretzer, 132 ff.

474 Horn, ZHR 157, 324 (338 f.) sieht über die Formel von den institutionellen Gegebenheiten hinaus noch ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Vorschrift, nämlich die Erzeugung einer Wettbewerbsbeschränkung. Für eine so restriktive Auslegung der Vorschrift gibt es jedoch weder in der Rechtsprechung über die Formel der institutionellen Gegebenheiten hinaus Ansatzpunkte noch ist die Berufung auf Emmerich, in I/M, der ja ganz im Gegenteil allzu großzügigen Freistellungen von § 14 GWB a.F., siehe nur Rn. 30 und 38 f., eine klare Absage erteilt, zutreffend. Die Zubilligung eines solchen ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals liefe auf eine dem deutschen Recht ja gerade fremden „rule of reason“ hinaus. Stattdessen kann einer Ausuferung der Nichtigkeitsfolge von § 14 GWB a.F. gesetzeskonformer und im Ergebnis wirksamer mit einer sauberen Subsumption sowie einer in Einzelfällen restriktiveren Interpretation einzelner Tatbestandsmerkmale begegnet werden, wie das Beispiel der Kreditkartensysteme ja gerade zeigt.

475 Bejahend Hönn, ZBB 1991, 6, 14.

Seit der BGH-Entscheidung „Zinssubvention“[476] ist mittlerweile geklärt, dass die bloße Erwartungshaltung des Kreditkarteninhabers, Waren zu Barzahlungspreisen erhalten zu können, und der daraus resultierende faktische Zwang bei dem Kreditkartenunternehmen allein nicht für die Bejahung einer nach § 22 GWB verbotenen Empfehlung ausreichen. Insoweit ist die Parallele mit den Fällen der Werbung eines Herstellers mit Sondergrößen für Waren offenkundig.

Die Tatsache, dass der Tatbestand von § 14 GWB a.F. in den Kreditkartenfällen nicht erfüllt war, darf jedoch nicht zu der irrigen Annahme verleiten, dass das Preisbindungsverbot in allen Fällen kein Thema war, bei denen die Preisbindung von der liefernden Partei ausgeht und sich nicht auf die gelieferten Waren oder gewerblichen Leistungen bezieht. Wenn der Verkäufer von Waren beispielsweise seinem Abnehmer Festpreise für den Verkauf von Produkten vorschreibt, die er bei einem Mitbewerber bezogen hat, war der Tatbestand von § 14 GWB a.F. selbstverständlich erfüllt, ohne dass man hier eine Ausnahme auch nur andenken konnte. Derartige Fälle spielten in der Praxis jedoch eine eher untergeordnete Rolle, zumindest dann, wenn es um Preisbegrenzungsmaßnahmen geht. Daher dürfen sie im Rahmen dieser Darstellung zugunsten einer Fokussierung auf die Kreditkartenfälle auch vernachlässigt werden.

### 2) Die Preisbindung geht von der belieferten Partei aus

Obwohl man geneigt sein mag, das Thema einer vertikalen Preisbindung als solches zunächst erst einmal stärker mit den klassischen Lieferketten zu assoziieren, bei denen der Preisbindungswille eher vom Verkäufer eines Wirtschaftsguts ausgeht, erscheint es andererseits dennoch logisch, dass nicht selten auch von der belieferten Vertragspartei versucht wird, Preisbegrenzungsmaßnahmen zu implementieren. Es ist schließlich naheliegend, dass ein Käufer im Regelfall das größere Interesse daran hat, den Preis für eine an ihn zu liefernde Ware oder Dienstleistung so gering wie möglich zu halten.

---

476 BGH WuW/E BGH 2819 ff.

**a) Die Preisbegrenzungsmaßnahme bezieht sich auf eine andere Ware/gewerbliche Leistung als den Liefergegenstand, dargestellt am Beispiel der Meistbegünstigungsfälle**

Die sog. „Meistbegünstigungsklausel“ kann in unterschiedlichen Varianten auftreten. Ihnen allen gemeinsam ist der Umstand, dass eine Partei in Verträgen zur Beschaffung von Wirtschaftsgütern oder in ihren Allgemeinen Einkaufsbedingungen Klauseln einbaut, die das alleinige Ziel beinhalten, die liefernde Partei davon abzuhalten, andere Parteien in Verträgen über solche Waren besser zu stellen als sie selbst.

Geht man davon aus, dass es sich üblicherweise um Vereinbarungen zwischen zwei Parteien im kaufmännischen Verkehr handelt, sind bei all diesen Fällen, egal wie letztlich die Klausel formuliert sein dürfte, im Regelfall die Tatbestandsmerkmale einer tauglichen Erst- und Zweitvereinbarung unproblematisch gegeben. Zwei Unternehmen treffen eine Vereinbarung in einem Vertrag über die Lieferung von Waren und treffen darin eine Regelung, die Auswirkungen auf eine andere Vereinbarung von einem der Beteiligten (hier der liefernden Partei) mit Dritten über andere Waren zur Folge hat, mögen diese Waren auch gattungsmäßig in die gleiche Gruppe wie die gelieferten Waren gehören.

Die weitere Untersuchung beschränkt sich daher ausschließlich auf den Inhalt solcher Klauseln und ihre Einordnung als eine nach § 14 GWB a.F. maßgebliche Beschränkung der Preisgestaltungsfreiheit.

**aa) Allgemeine Formen der Meistbegünstigungsklauseln**

Meistbegünstigungsklauseln können vom Wortlaut her verschieden abgefasst sein, was wiederum Auswirkungen auf ihre kartellrechtliche Zulässigkeit zur Folge haben kann. In der Praxis wurde versucht, derartige Abreden sowohl durch rechtliche als auch durch wirtschaftliche Bindungen durchzusetzen.

**(1) Drittbegünstigungsverbot**

Die Fälle des sog. Drittbegünstigungsverbots sind kartellrechtlich am eindeutigsten als Verstoß gegen § 14 GWB a.F. zu bewerten. Von einer Drittbegünstigungsverbotsklausel spricht man, wenn die belieferte Partei sich ausbedingt, dass ihr Lieferant Dritten in keinem Fall bessere Konditionen und insbesondere Preise gewähren darf, als es für die belieferte Partei in der entsprechenden Vereinbarung festgelegt wurde. Bei dieser Art von Klausel handelt es sich eigentlich nicht um eine Preisbegrenzungsmaßnahme der belieferten Partei, sondern um eine Maßnahme, die in Form einer absoluten Konditionengleichheit[477] verhindern soll, dass Preisbegrenzungsversuche von Dritten in ihren Vereinbarungen mit dem gebundenen Lieferanten durchgesetzt werden.

Da der zwischen den Parteien vereinbarte Preis den Preisgestaltungsspielraum zwischen der liefernden Partei und anderen Kunden dieses Unternehmens vorgibt, ist der Preisgestaltungsspielraum des Lieferanten in diesen Vereinbarungen von vornherein aufgrund einer rechtlichen Bindung eingeengt. Damit lag in jedem Fall ein Verstoß gegen das Preisbindungsverbot von § 14 GWB a.F. vor.[478]

**(2) Gleichbehandlungsgebot**

Aufgrund der offenkundigen Unwirksamkeit von Besserstellungsverboten hatten Unternehmen in ihren Einkaufsbedingungen die Zielrichtung der Meistbegünstigungsklausel zumindest dem Wortlaut nach verlagert. Nunmehr sollte der Lieferant dem Unternehmen gleich günstige Bedingungen wie Dritten oder zumindest keine schlechteren Bedingungen einräumen. In diesen Fällen sprach man von mittelbaren oder wirtschaftlichen Bindungen.[479] Dennoch erschien es auf den ersten Blick schwer, eine sol-

---

477 Zu dem Begriff und der Abgrenzung zur relativen Konditionengleichheit vgl. Beuthien, DB 1980, 2021.

478 Einhellige Meinung in Rechtsprechung und Literatur: BGH WuW/E BGH 1168, 1171 „Blitzgeräte“; Klosterfelde/Metzlaff, in Langen/Bunte (9. Auflage), § 14 Rn. 50; Emmerich, in I/M, § 14 Rn. 53; Beuthien, DB 1980, 2021;Löhr/Löhr BB 1975, 1370, 1371; Sucker, DB 1976, 181.

479 Die Terminologie im damaligen Schrifttum ist wenig einheitlich und teilweise auch in sich nicht immer konsequent: Beuthien, DB 1980, 2021 ordnet die Fälle des Gleichbehandlungsgebotes

che Verhaltensweise unter § 14 GWB a.F. einzuordnen. Schließlich schien der Lieferant doch vollkommen frei zu sein, welche Vertragsbedingungen er mit Dritten vereinbarte, solange er die Rückwirkungen dieser Vereinbarung im Hinblick auf den zuvor geschlossenen Vertrag mit der Meistbegünstigungsklausel beachtete. Weiterhin habe die wirtschaftlich bindende Partei sogar anders als im Fall eines Besserstellungsverbots unter Umständen ein Interesse an der Gewährung von besseren Konditionen für eine dritte Partei, da dies wiederum günstige Rückwirkungen auf die eigene Vertragsposition haben könne.[480]

Diese den Anwendungsbereich von § 14 GWB a.F. verneinende Sichtweise wurde jedoch von der ganz herrschenden Ansicht in Judikatur[481], Kartellamtspraxis[482] und Schrifttum[483] abgelehnt. Obwohl durchaus eingeräumt wurde, dass beim Fehlen einer rechtlichen Beschränkung nicht jede wirtschaftlich nachteilige Auswirkung auf die Gestaltungsfreiheit für künftige Regelungen zu einem Verbot nach § 14 GWB a.F. führe, sollte die Nichtigkeitsfolge der Norm gerade in den Fällen der wirtschaftlichen Beschränkung bei Meistbegünstigungsklauseln greifen. Dieses Ergebnis wurde vor allem mit dem Normzweck der Vorschrift begründet. Die Preisgestaltungsfreiheit

---

wohl den Fällen der relativen Konditionengleichheit zu, die er aber sodann, 2022 f., wiederum den Fällen der wirtschaftlichen Bindung zuschreibt; nach Ansicht von Sucker, DB 1976, 182 oben existieren Fälle des Gleichbehandlungsgebotes, die zugleich eine rechtliche Bindung darstellen; allerdings bleibt offen, worin die sachlichen Unterschiede zu den Fällen bestehen sollen, die er direkt ein Kapitel danach den wirtschaftlichen Bindungen zuschreibt; Löhr/Löhr, BB 1371 sehen die Begriffe wirtschaftliche oder mittelbare Beschränkungen als Synonym an; heute werden die Fälle des Gleichbehandlungsgebotes insgesamt als wirtschaftliche Beschränkungen angesehen: FK-Wolter, § 14 Rn. 83; Emmerich, in I/M, § 14 Rn. 53; Bechtold, § 14 Rn. 9 a. E. hält die Unterscheidung wohl für unerheblich, da in beiden Fällen letztendlich eine rechtliche Bindung erfolge.

480 Diese Argumentation führt Giefers, WRP 1966, 126 ins Felde; teilweise wird der Inhalt dieser Argumentation auch vom KG, vgl. WuW/E OLG 2240 „Schuheinkaufsgemeinschaft“ ins Felde geführt; kritisch hierzu Beuthien, DB 1980, 2021 f.

481 grundlegend BGH WuW/E BGH 1787 „Garant“; bereits zuvor argumentierte der BGH in WuW/E BGH 251 „4711“, dass eine nach § 14 GWB a.F. n.F. relevante Bindung auch dann vorliege, wenn eine Partei im Rahmen einer Vereinbarung zwar im Rechtssinne frei bleibe, er aber de facto in dieser Freiheit durch ein den Wettbewerb vermeidendes Verhalten eingeengt werde.

482 WuW/E BKartA 1583 „Metro“.

483 Bechtold, § 14 Rn. 9; Emmerich, in I/M, § 14 Rn. 53 f.; FK-Wolter, § 14 Rn. 83 f. f.; Klosterfelde/Metzlaff, § 14 Rn. 50; Beuthien, DB 1980, 2021 ff.; Bunte, WRP 1980, 466 ff.; Löhr/Löhr, BB 1975, 1370 ff.; Pastuschka, DB 1984, 653 ff.; Sucker, DB 1976, 181 ff.

schließe nämlich die Befugnis ein, einem Geschäftspartner bessere Konditionen zuzubilligen, als sie dessen Mitbewerbern in der Vergangenheit gewährt wurden. Meistbegünstigungsklauseln, auch in der Form eines Gleichbehandlungsgebots, seien bei einem Lieferanten objektiv geeignet, auf seine Preisgestaltungsfreiheit zumindest teilweise zu verzichten. Dies reiche für eine wirtschaftliche Beschränkung i.S.v. § 14 GWB a.F. aus, ohne dass es auf eine willentliche Beeinflussung des Vertragspartners ankomme.[484]

Die Literatur hob vor allem immer wieder den umfassenden Schutzbereich der Norm hervor, der den Wettbewerb als Institution zu schützen versucht. Dies beinhalte neben dem Schutz der Vertragsfreiheit des gebundenen Partners auch denjenigen von betroffenen Dritten.[485] Den Vertretern einer anderweitigen Auslegung der Norm wurde ein zu enges Verständnis des Schutzzwecks von § 14 GWB a.F. entgegengehalten, da die Vorschrift gerade keinen bestimmten Zweitinhalt voraussetze.[486]

Die herrschende Auffassung verdient Zustimmung. Es wurde zwar in der Vergangenheit zutreffend von der Rechtsprechung herausgearbeitet, dass nicht jede vertragsrechtliche Konstruktion, die auch in das Gewand einer verbotenen Preisbindung gekleidet werden könnte und dabei denselben Effekt hätte, eine verbotene Umgehung der Vorschrift [487]darstellt,[488] doch sind derartige Konstellationen von den Fällen des

---

484 So die ausdrückliche Begründung des BGH in „Garant“, WuW/E BGH 1787, 1789 f.

485 Bunte, WRP 1980, 466, 468 unter Berufung auf § 15 Rn. 8; Monopolkommission, Sondergutachten 1972, Tz 193.

486 Beuthien, DB 1980, 2021.

487 Vgl. die insoweit zustimmungswürdige Entscheidung OLG Düsseldorf WuW/E OLG 3494, 3496 u. hier 189 f. zur Zulässigkeit des ADAC-Vertragssystems mit Abschleppunternehmern.

488 Dies gilt allerdings auch für die umgekehrte Konstellation: Kann eine bestimmte Rechtsfolge durch eine andere zivilrechtliche Konstruktion ohne Verstoß gegen § 14 GWB a.F. n.F. erreicht werden, so ändert dies nichts an der Unwirksamkeit, wenn die Variante gewählt wird, die dem Wortlaut der Vorschrift unterfällt. Daher ist auch die Ansicht von FK-Wolter, § 14 Rn. 89 zu eng, nach der ein bloßes Kündigungsrecht im Rahmen eines Gleichbehandlungsgebotes nicht für das strenge Verbot von § 14 GWB a.F. n.F. ausreichen soll, weil man mit einer Langzeitrahmenvereinbarung für eine Vielzahl von Einzelabschlüssen dasselbe Ergebnis erreicht hätte. Diese Argumentation verkennt, dass einerseits auch bei Langzeitverträgen oft Volumenzusagen gemacht werden und andererseits die gebundene Partei durch die Möglichkeit der Kündigung durch den Vertragspartner das weitere Schicksal des Vertrags nicht mehr selbst in der Hand hat. Wenn

Gleichstellungsgebots zu differenzieren. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass ein durch eine Meistbegünstigungsklausel gebundener Lieferant bei neuen Abschlüssen mit Mitbewerbern der bindenden Partei immer die Auswirkungen der zuvor geschlossenen Vereinbarung zu berücksichtigen hat. Dies kann im Ergebnis dazu führen, dass er einen Vertrag mit einem Dritten, den er isoliert betrachtet für wirtschaftlich sinnvoll hält, nur deshalb nicht abschließt, weil ihn die Folgen im Hinblick auf die Vertragsanpassung bei dem zuerst abgeschlossenen Geschäft wirtschaftlich ruinieren könnten. Dadurch entsteht ein faktischer Zwang, dessen Reflex wirtschaftlicher Folgen es rechtfertigt, die Meistbegünstigungsklausel in Form des Gleichstellungsgebots im Ergebnis der rechtlichen Bindung in Form eines Besserstellungsverbots gleichzustellen.[489] Die Systematik des Gesetzes stützt diese Auslegung durch das sog. argumentum e contrario: Die unter bestimmten Voraussetzungen gewährte Befreiung vom Preisbindungsverbot für den Buchhandel in § 15 GWB a.F. stellte ausdrücklich rechtliche und wirtschaftliche Bindungen frei. Die Vorschrift ergäbe keinen Sinn, wenn die zuvor beschriebenen wirtschaftlichen Bindungen ohnehin in keinem Fall § 14 GWB a.F. unterfielen.

Dagegen stellten bloße Preisoffenbarungsklauseln per se keinen Verstoß gegen § 14 GWB a.F. dar.[490] Die gegenteilige Auffassung verkannte, dass derartige Klauseln allein, anders als das Gleichbehandlungsgebot, in keinem Fall eine automatische Vertragsanpassung zur Folge haben können. Es mag zwar für den zur Preisoffenbarung verpflichteten Lieferanten geboten sein, bei der Gewährung günstiger Preise im Fall eines Neuabschlusses mit Dritten den Grad der Wahrscheinlichkeit und den möglichen Ausgang von neuen Vertragsverhandlungen mit dem Altkunden ins Kalkül zu ziehen, für eine einer rechtlichen Bindung gleichkommende, wirtschaftliche Beschränkung der Abschlussfreiheit ist dies jedoch in keinem Fall ausreichend.[491]

---

die bindende Partei in längerfristigen Lieferverträgen nicht von Anfang an ein an sich zulässiges periodisches Kündigungsrecht vereinbart hat, verdient sie an und für sich keinen Schutz, wenn sie sich nur für den Fall der Besserstellung Dritter ein solches vorbehalten hat.

489 Zutreffend Sucker, BB 1975, 1370, 1371.

490 So aber Pastuschka, DB 1984, 653 ff.

491 Im Ergebnis auch FK-Wolter, § 14 Rn. 90, in dessen Terminologie von Sprechklauseln die Rede ist.

**(3) Zulässigkeit leistungsbezogener Meistbegünstigungsklauseln**

Teilweise wurde die Frage erörtert, ob nicht ungeachtet der vorstehenden Ausführungen sog. leistungsbezogene Meistbegünstigungsklauseln nach § 14 GWB a.F. zulässig sein sollten. Von leistungsbezogenen Meistbegünstigungsklauseln ist die Rede, wenn ein vertraglich vereinbartes Gleichbehandlungsgebot nur dann eingreifen soll, sofern gleichartige Abnehmer bei gleichartigen Geschäften bessergestellt werden. Diese anfänglich vom Bundeskartellamt[492] zugelassene Praxis stieß auch in Teilen der Literatur auf Zustimmung.[493]

Spätestens die Entscheidung „Garant“[494] des Bundesgerichtshofs dürfte diesen Überlegungen ein Ende bereitet haben. In seinen Entscheidungsgründen führt das Gericht aus, dass die wettbewerbsrechtlich geschützte Preisgestaltungsfreiheit auch ausdrücklich die Befugnis gewähre, einem Dritten günstigere Preise und Konditionen einzuräumen. Eine solche Geschäftspolitik könne auch absatzfördernd wirken und sei daher unter diesem Aspekt schützenswert.

Diese Argumentation wurde von weiten Teilen des Schrifttums[495] unterstützt, wobei in Ergänzung zu der Begründung des Bundesgerichtshofs auch darauf verwiesen wurde, dass es ein allgemeines Diskriminierungsverbot im deutschen Kartellrecht gerade nicht gebe und es kartellrechtlich verhindert werden müsse, dass durch eine Vielzahl von gleichlautenden Einkaufsbedingungen ein solches gleichsam durch die Hintertür eingeführt werde.

---

492 TB 1966, 51 f.; 1974, 69.

493 Beuthien, DB 1980, 2021, 2023 f.

494 WuW/E BGH 1787.

495 FK-Wolter, § 14, Rn. 85; Emmerich, in I/M, § 14 , Rn. 53; Sucker, DB 1976, 181, 182 f.; differenzierend Bunte, DB 1980, 466, 468 f. der zwar auch die Zulässigkeit von leistungsbezogenen Meistbegünstigungsklauseln ablehnt, unter bestimmten Umständen aber für kleine und mittlere Unternehmen Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot der Meistbegünstigungsklausel machen will.

Im Gegensatz dazu sah der Bundesgerichtshof in der Entscheidung „Garant“ sog. rückwärts gerichtete Meistbegünstigungsklauseln im Hinblick auf § 14 GWB a.F. als unbedenklich an.[496] Von diesen spricht man, wenn der Gebundene dem Vertragspartner lediglich dieselben Vergünstigungen einzuräumen hat, die er in der Vergangenheit gegenüber Dritten eingeräumt hatte. Wegen der fehlenden Auswirkung auf künftige Verträge sollte § 14 GWB a.F. in dieser Konstellation nicht einschlägig sein.[497]

**ba) Ergebnis und Stellungnahme**

Die hier am Beispiel der Meistbegünstigungsklauseln besprochene Fallgruppe erweist sich aufgrund der weitgehenden Einigkeit von Judikatur und Literatur als wenig spektakulär. Nicht zuletzt daraus dürfte der Umstand resultieren, dass zu diesem Themenkomplex in den vergangenen zwanzig Jahren kaum wegweisende höchstrichterliche Entscheidungen ergingen. Auch in der Literatur blieben Kontroversen, wie sie in den beiden anderen Fallgruppen geschildert wurden, weitgehend aus. Der Anwendungsbereich von § 14 GWB a.F. im Zusammenhang mit Meistbegünstigungsklauseln scheint hinreichend ausgelotet zu sein.

**b) Die Preisbindung bezieht sich auf die gelieferte Ware selbst**

Im Rahmen einer von der belieferten Partei ausgehenden möglichen Preisbindung bleibt schließlich noch die Variante zu erörtern, bei der sich die Preisbindung auf die gelieferten Waren selbst bezieht.

---

496 WuW/E BGH 1787, 1789.

497 Zustimmend Emmerich, in I/M, § 14 Rn. 54; FK-Wolter, § 14 Rn. 87; Klosterfelde/Metzlaff, in Langen/Bunte (9. Auflage), § 14 Rn. 52.

**ab) Problemstellung**

Bereits die gedankliche Erörterung dieser Fallgruppe mag Zweifel hervorrufen, ob eine solche möglich ist oder Sinn macht. Es sei an dieser Stelle aber erwähnt, dass solche Fallgruppen doch theoretisch vorkommen können. Beschaffungsvorgänge im heutigen Wirtschaftsleben haben sich bisweilen als äußerst komplex entwickelt. Dadurch ist es zu erklären, dass Endhersteller meist hoch komplizierter technischer Produkte dazu übergehen, oft nur mit einer ausgewählten Anzahl von Großlieferanten in direkte vertragliche Beziehungen zu treten. Anstelle einer Vielzahl von Lieferanten verschiedener Einzelkomponenten kaufen die Endhersteller eine überschaubare Anzahl sogenannter Module, für deren Fertigung und Entwicklung dann ausschließlich der jeweilige Großlieferant verantwortlich ist. Er trägt zumindest im vertragsrechtlichen Sinn die Verantwortung für die Auswahl, Organisation und Koordination einer Vielzahl von Unterlieferanten, die dann wieder einzelne Segmente dieses Moduls entwickeln oder fertigen.

Nicht selten hat der Endhersteller bei bestimmten Einzelkomponenten eines solchen Moduls bestimmte Vorstellungen, was deren Qualität, Technologie, Design und nicht zuletzt Preis anbetrifft. Denn obwohl man mit dem Großlieferant über den Gesamtpreis eines Moduls verhandelt, will man natürlich gleichzeitig sichergehen, dass die Marktmacht als großer Endhersteller nicht durch die Modulstrategie verloren geht. Insbesondere will man sichergestellt wissen, dass der eingeschaltete Lieferant des Moduls bei seinen Unterlieferanten dieselben Preise durchsetzen kann, wie der Endhersteller es dort selbst könnte, beziehungsweise zu denen er vor der Umstellung auf die Modulstrategie eingekauft hat. Zu diesem Zweck teilt der Endhersteller des Produkts in manchen Fällen dem Großlieferanten den Preis mit, zu dem er bei direktem Bezug einkaufen könnte und macht ihm die Vorgabe, zum identischen Preis bei diesem künftigen Unterlieferanten das Teilprodukt einzukaufen. Es stellt sich daher die Frage, wie derartige Vertragsklauseln im Hinblick auf § 14 GWB a.F. bewertet wurden.

**bb) Lösungsansatz und Stellungnahme**

Auf den ersten Blick scheint in jedem Fall der Wortlaut von § 14 GWB a.F. erfüllt gewesen zu sein. Endhersteller und Großlieferant, deren Unternehmereigenschaft nicht vertieft zu werden braucht, schließen einen Vertrag über die Lieferung von Waren bzw. Dienstleistungen ab. Eine taugliche Erstvereinbarung ist damit in jedem Fall gegeben. Selbiges scheint auch für die Zweitvereinbarung zu gelten. In jedem Fall enthält sie eine Preisbindung des Großlieferanten für seine Einkaufsverträge mit dem jeweiligen Teilkomponentenhersteller als tauglichem Dritten im Sinne der Norm.

Fraglich ist nur, ob dieser Zweitvertrag „*über die gelieferten Waren, über andere Waren oder über gewerbliche Leistungen*“ geschlossen wird. Sofern der Vertrag über die Lieferung eines Moduls geschlossen wird und verbindliche Regelungen über den Bezug eines Teilprodukts darin enthalten sind, handelt es sich um eine Vereinbarung mit einem Dritten über *eine zu liefernde Ware*. Aus der Verwendung des Partizip Perfekts konnte man möglicherweise auf den Gedanken kommen, dass begriffsnotwendig gar nicht vom Wortlaut des § 14 GWB a.F. erfasst sein konnte, was erst noch zu liefern ist.

Eine taugliche Zweitvereinbarung könnte sich nach einer derartigen Interpretation der Vorschrift erst auf einen Zeitpunkt beziehen, nachdem die Lieferung von Waren bereits stattgefunden hat. Dies würde jedoch zu einem zu engen Verständnis der Vorschrift führen, da sich in den Fällen einer klassischen Lieferkette ein preisbindender Verkäufer dem Verbot von § 14 GWB a.F. hätte entziehen können, indem er die Waren, die er mit einer Preisbindung schuldrechtlich an einen Erwerber verkauft, selbst erst noch beschaffen muss. Daher muss es unerheblich sein, ob die Waren bereits geliefert wurden oder nicht.[498] Trotzdem durfte man in der Verwendung des Partizip Perfekts im Gesetzestext innerhalb des Wortlauts von § 14 GWB a.F. keinen völlig bedeutungslosen Umstand sehen. Durch die Verwendung des Partizip Perfekts sollte

---

498 Emmerich, in I/M, § 14, Rn. 45; FK-Wolter, § 14 Rn. 27.

vielmehr zum Ausdruck gebracht werden, dass die Preisbindung im Hinblick auf gelieferte Waren in einem Zeitpunkt ihre Wirkung entfalten, nachdem die bindende Partei an sich die Kontrolle über solche Waren aus der Hand gegeben hat.

Diese Auffassung stellt auch keinen Widerspruch zu der vollkommen zutreffenden Aussage dar, dass es für die Anwendung von § 14 GWB a.F. unerheblich sei, ob die Zweitvereinbarung bereits geschlossen wurde oder nicht.[499] Zunächst einmal kommt es nämlich auf den Tatbestand einer Preisbindung in der Erstvereinbarung an. Ist dieser bejaht und handelt es sich dabei um die Lieferung von Waren, so konnte eine nach § 14 GWB a.F. einschlägige Preisbindung des Verkäufers gegenüber dem Käufer hinsichtlich der gelieferten Waren in Frage kommen, unabhängig davon, ob der Käufer sich auf der schuldrechtlichen Ebene bereits zu einem Weiterverkauf verpflichtet hat oder dies erst zu tun gedenkt. Anders sieht es aus, wenn man die Ebene des Erfüllungsgeschäfts betrachtet: Soll eine Preisbindung hinsichtlich der gelieferten Waren vorliegen, dann muss im Fall einer auch hypothetisch gedachten Vertragsdurchführung zuerst eine Lieferung der bindenden Partei an die gebundene Partei stattfinden, andernfalls bezieht sich die Erstvereinbarung gerade nicht auf die gelieferten Waren. Diese Konstellation kann auch nicht unter die Kategorie der Preisbindung hinsichtlich anderer Waren eingeordnet werden, weil sich beide Vereinbarungen ja auf die identischen Waren beziehen.

Eine nach § 14 GWB a.F. verbotene Preisbindung lag folglich nicht vor, wenn der Käufer einer Ware seinem Verkäufer eine Vorgabe darüber machte, zu welchem Preis er die Ware bei einem Vorverkäufer zu beziehen hat. Ob diese Praxis nicht unter anderen Gesichtspunkten kartellrechtlich bedenklich gewesen sein mag, kann angesichts der Aufgabenstellung und Zielsetzung dieser Arbeit offen bleiben.

---

499 ganz hM; statt vieler Klosterfelde/Metzlaff, in Langen/Bunte (9. Auflage), § 14 Rndr. 36.

### 3) Sonderproblem Regulierungsvereinbarungen

Unter dem Begriff der Regulierungsvereinbarungen[500] werden üblicherweise Rahmenabkommen zwischen Unternehmen aus dem Bereich der Versicherungswirtschaft und sog. Leistungserbringern zusammengefasst.[501] Unter Leistungserbringern versteht man diejenigen Teilnehmer am Wirtschaftsleben, die Leistungen an Versicherte erbringen, die diese wiederum von ihrer Versicherung unter den Voraussetzungen eines Versicherungsverhältnisses erstattet bekommen können.[502] Unter diesen beschriebenen Voraussetzungen hat der Kunde eines Versicherungsunternehmens in vielen Fällen kein gesteigertes Interesse, auf eine Kostenbegrenzung in seinen Geschäftsbeziehungen zu dem Leistungserbringer zu achten. Dies hat gerade im Bereich des Gesundheitswesens sowie im Bereich des Unfallersatzwagengeschäfts zu einer Kostenexplosion geführt, auf die die Versicherungsunternehmen in vielfältiger Weise[503] zu reagieren versuchen. Eine beliebte Maßnahme zur Kostenreduzierung stellt dabei das Bestreben der Versicherungsunternehmen dar, direkt mit den Leistungserbringern Tarife für Leistungen an die Versicherten zu vereinbaren. Bei einer derartigen Konstellation ist die Nähe zu einer Preisbindung evident. Weil sich das Konstrukt einer solchen Rahmenvereinbarung aber nicht ohne weiteres einer der vier zuvor beschriebenen Fallgestaltungen zuordnen lässt, soll es zum Abschluss der Erörterung des Themas nach dem deutschen Kartellrecht gesondert behandelt werden.

#### a) Die Regulierungsabkommen in der bisherigen Rechtsprechung zu § 14 GWB a.F.

Die Regulierungsabkommen waren bereits Gegenstand einiger Entscheidungen zum Preisbindungsverbot des § 14 GWB a.F. bzw. von dessen Vorgängervorschrift. Auch hier soll die Entwicklung der Rechtsprechung kurz skizziert werden:

---

500 Adolff, FS für Geis, 519 ff.

501 Vgl. detailliert zu diesem Problemkreise: *Kirscht,* Versicherungskartellrecht, 2003, S.

502 Bunte, VersR 1997, 1429.

503 Siehe hierzu nur die obigen Ausführungen zur „Carpartner“-Entscheidung auf 43 ff.

**aa) „ADAC-Straßendienstvertrag“**[504]

Ausgangspunkt des Überblicks im Zusammenhang mit der bisherigen Rechtsprechung ist eine eher untypische Form eines Regulierungsabkommens. Ein Verband von Abschleppunternehmern hatte die Praxis des ADAC beanstandet, mit der dieser üblicherweise einen kostenlosen Abschleppservice für seine Mitglieder vertraglich abzusichern pflegt. Entsprechende Straßendienstverträge verboten den Abschleppunternehmen, von ADAC-Mitgliedern Leistungen über die vom ADAC selbst gezahlte Vergütung hinaus zu fordern. Alleiniger Vertragspartner der Abschleppunternehmen war der ADAC, der auch jegliches Liquiditätsrisiko zu tragen hatte.

Das OLG Düsseldorf sah in dieser Praxis keinerlei Verstoß gegen das Preisbindungsverbot. Da die Abschleppunternehmen als Subunternehmer des ADAC fungierten, enthalte die Vereinbarung nur eine Preisregelung zwischen den Vertragsparteien. Aus dem

Kontrahierungsverbot mit ADAC-Mitgliedern könne keine Preisbindung für eine direkte Vereinbarung mit Kraftfahrern gefolgert werden, die sich nicht an Ort und Stelle als ADAC-Mitglieder ausweisen könnten. Vielmehr stehe es den Abschleppunternehmen nach dem Straßendienstvertrag frei, mit diesem Personenkreis eine direkte Vereinbarung abzuschließen, einschließlich frei verhandelter Vergütung.

Auch das Argument einer Gesetzesumgehung ließ das Oberlandesgericht nicht gelten. Die Tatsache, dass man denselben wirtschaftlichen Erfolg auch mit einer unerlaubten Preisbindung erzielen könne, reiche für die Annahme eines verbotenen Umgehungsgeschäfts nicht aus. Immerhin lässt sich aus dieser Aussage – wenn auch ein wenig versteckt – herleiten, dass das Gericht ein echtes Regulierungsabkommen für mit § 15 GWB a.F. vor der 6. GWB-Novelle unvereinbar hielt. Ein solches wäre nämlich gemessen am wirtschaftlichen Erfolg eine Alternative zum Kontrahierungsverbot. Die ADAC-Mitglieder würden dann direkt mit den Abschleppunternehmen an Ort und

---

504 OLG Düsseldorf, WuW/E OLG, 3494.

Stelle einen Vertrag zu den vom ADAC ausgehandelten Tarifen abschließen und erhielten später eine Kostenerstattung durch den ADAC. In der vom ADAC gewählten Konstruktion werteten die Richter es aber als den entscheidenden Umstand, dass der ADAC jegliches Liquiditätsrisiko trage.[505] Folglich lehnten sie die Anwendung von § 15 GWB a.F. vor der 6. GWB-Novelle ab.

**ba) „Selbstzahler“[506]**

Im Blickpunkt des kartellrechtlichen Interesses stand eine Vertragsklausel, die ein Trägerverband der Sozialhilfe mit verschiedenen Altenheimen abgeschlossen hatte. Danach verpflichteten sich die entsprechenden Altenheime, von den Heimbewohnern, die die Kosten ihres Aufenthalts eigenständig finanzierten, die gleichen Pflegesätze zu berechnen, die die Träger der Sozialhilfe für bedürftige Heimbewohner zu entrichten hatten.

In dieser Beschränkung sah der Bundesgerichtshof jedoch einen klaren Verstoß[507] gegen das kartellrechtliche Preisbindungsverbot, weil die Vereinbarung eine direkte Preisregulierung für entsprechende Zweitvereinbarungen mit sog. Selbstzahlern enthalte und somit schon eine rechtliche Bindung darstellte.

---

505 Indirekt bestätigte dann auch der Bundesgerichtshof in der Entscheidung „EH-Partner-Vertrag“ WuW/E BGH 2238 die Zulässigkeit des ADAC-Vertragssystems; zustimmend Adolff, FS Geiß, 2000, 519, 522; a.A. Emmerich, in I/M, § 14, Rn. 35.

506 BGH WuW/E BGH, 2813 ff.

507 Anders war die Konstellation bei OLG Düsseldorf WuW/E OLG, 753, wo lediglich die Verpflichtung bestand, Pflegesätze nur bis zur Selbstkostendeckung zu berechnen; hierin sah das Gericht keinerlei rechtliche oder wirtschaftliche Bindung für die Vereinbarungen mit Pflegegästen.

**ca) „Zahnersatz aus Manila“[508]**

Mit dieser Entscheidung führte die Rechtsprechung eine kartellrechtliche Klarstellung zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Regulierungsabkommen im Hinblick auf § 14 GWB a.F. herbei.

Ein Spitzenverband von Ersatzkassen hatte mit Zahntechnikern, die Zahnersatz aus dem Ausland anboten, ein Abkommen abgeschlossen. Darin wurden insbesondere feste Preissätze vereinbart, die die Zahntechniker bei einer Leistungserbringung an die Versicherten der Ersatzkassen nicht überschreiten durften. Eine Innung des Zahntechniker-Handwerks sah hierin neben anderen kartell- und wettbewerbsrechtlichen Verstößen eine Verletzung des Preisbindungsverbots.

Dieser Argumentation folgte das Gericht jedoch nicht. Vielmehr sah es den Umstand als entscheidend an, dass die Ersatzkassen das wirtschaftliche Risiko einer Auswahlentscheidung von Zahnarzt oder Patient treffe. Dabei berief man sich ausdrücklich auf die hier bereits mehrfach erwähnte Entscheidung „EH-Partner-Vertrag“[509], ohne allerdings die Formel von den „institutionellen Gegebenheiten“ heranzuziehen. Das Gericht ließ es ausdrücklich offen, ob es die Ersatzkassen nicht sogar als Nachfrager der Leistung betrachtete. In diesen Fällen läge bereits tatbestandsmäßig keine Zweitvereinbarung vor.[510]

**da) „Jugendnachtfahrten“[511]**

Obwohl dieser Fall nicht direkt mit dem Bereich der Regulierungsabkommen von Unternehmen aus der Versicherungswirtschaft zu tun hat, passt er in die Kette der bislang

---

508 WRP 2000, 759.

509 BGH WuW/E BGH 2238.

510 Ähnlich Steinmeyer, 115 f., 122 u. FS f. Sandrock, 943 (957), der einen Zweitvertrag für nicht gegeben hält aufgrund der Eigenschaft der Krankenkassen als wirtschaftliche Nachfrager solcher Leistungen.

511 BGH WRP 2002, 709.

dargestellten Entscheidungen, weil er die Argumentationslinien aus der Entscheidung „Zahnersatz aus Manila“ direkt aufgriff und weiter vertiefte:

Eine Gemeinde im Umland der Stadt Kiel wollte entsprechend bereits existierender Modelle in Nachbargemeinden für bestimmte Personengruppen (Frauen und Jugendliche) nachts günstige und sichere Transfermöglichkeiten von Kiel in die Gemeinde ermöglichen. Es sollte sichergestellt werden, dass Taxi- und Mietwagenunternehmen für den Transport von Personen aus Kiel in die betreffende Gemeinde keinen höheren Preis erhielten, als für Beförderungen innerhalb des Stadtgebiets von Kiel, wo der Tarif durch Verordnung festgeschrieben war. Sofern sich ein Taxi- oder Mietwagenunternehmen mit dieser Vergütung, d.h. dem Kieler Stadttarif, einverstanden erklärte, war die Gemeinde zu einer Subventionierung bereit. In diesem Fall musste der Fahrgast direkt an das Transportunternehmen nur einen gewissen Eigenanteil entrichten. Den Differenzbetrag zu dem Kieler Stadttarif zahlte die Gemeinde. Dabei wurde die Auszahlung über eine sog. „Arbeitsgemeinschaft für Frauennachtfahrten“ abgewickelt. Dieser gehörten insbesondere Taxigenossenschaften und Mietwagenfirmen an. Die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft sollten einen Vertrag mit der Gemeinde abschließen. Dieser beinhaltete die Verpflichtung, den Transport zu den für das Stadtgebiet von Kiel geltenden Tarifen unter gleichzeitiger Zustimmung zu den genannten Zahlungsmodalitäten durchzuführen. Der Bundesgerichtshof hatte die Frage zu entscheiden, inwieweit die Zustimmung einer Taxigenossenschaft, der eine Reihe selbstständiger Taxiunternehmen angehörte, die gleichzeitig jedoch eine erheblich geringere Anzahl von Taxis in Eigenregie betrieb, gegen § 14 GWB a.F. verstoßen könnte.

Das Gericht traf im Hinblick auf eine mögliche Preisbindung eine Unterscheidung dahingehend, ob ein selbstständiges Mitglied der Taxigenossenschaft oder ein von der Genossenschaft in Eigenregie betriebenes Fahrzeug betroffen war.

Hinsichtlich der ersten Fallgestaltung wurde herausgearbeitet, dass eine Vertragsbeziehung nur zwischen dem Fahrgast und dem selbstständigen Taxibetrieb bestehe.

Letzterer werde auch nicht durch die Vereinbarung der Arbeitsgemeinschaft gebunden, weil nur die Genossenschaft in der Funktion als Betreiber der Funkzentrale gebunden sei. Diese leite an die selbstständigen Taxibetreiber nur ein Angebot auf Abschluss eines Beförderungsvertrags weiter, dessen Annahme dem einzelnen Taxibetreiber freistehe.[512]

Weniger eindeutig wertete das Gericht die Situation im Hinblick auf die von der Genossenschaft selbst betriebenen Taxis. An und für sich sei die Genossenschaft aufgrund ihrer Verpflichtungen mit der Gemeinde hinsichtlich des Preises gebunden. Die Gemeinde, so der Bundesgerichtshof, handele im Interesse der potentiellen Fahrgäste und finanziere dieses Interesse zu einem nicht unerheblichen Teil. Daher sei ihre Situation vergleichbar mit derjenigen einer Krankenkasse, die Rahmenabkommen mit Leistungserbringern abschließe, um die aufgewendeten Mittel möglichst wirtschaftlich einzusetzen.

**b) Regulierungsabkommen im Unfallersatzwagengeschäft und die Tatbestandsmerkmale von § 14 GWB a.F.**

Sämtliche zuvor dargestellten Entscheidungen zum Themenkreis der Regulierungsabkommen – ob im Ergebnis nun richtig entschieden oder nicht - kranken daran, dass sie keine systematische Prüfungsreihenfolge der einzelnen Tatbestandsmerkmale von § 14 GWB a.F. beachteten. Entweder wurde an dem Umstand einer Preisbindung direkt die Nichtigkeitsfolge von § 14 GWB a.F. festgemacht oder die Zulässigkeit wurde offensichtlich ausschließlich ergebnisorientiert betrachtet. Am Beispiel der Fälle im Unfallersatzwagengeschäft soll nun der Versuch einer systematischen Prüfung der Tatbestandsmerkmale von § 14 GWB a.F. unter Zuhilfenahme der bisher gewonnenen Erkenntnisse gemacht werden. Hierfür soll der folgende, bewusst einfach gehaltene Beispielsfall dienen: Ein Kfz-Haftpflichtversicherungsunternehmen schließt mit einer Autovermietung ein Regulierungsabkommen ab. Dessen Abreden kommen dann zum

---

512 Ähnlich argumentierte der BGH bereits in WuW/E BGH, 1020 „Personenbeförderung ab Stadtkreisgrenze“, soweit es um den Vorwurf ging, es werde gegen das Preisbindungsverbot verstoßen.

Tragen, wenn ein Versicherungsnehmer der Haftpflichtversicherung als Schädiger bei einem Verkehrsunfall von dem Geschädigten in Anspruch genommen wird und zur Tragung der Kosten für die Anmietung eines Ersatzwagens verpflichtet ist. Inhaltlich sieht das Regulierungsabkommen eine gestaffelte Preistabelle vor. Ausschließlich nach dieser verpflichtet sich das Versicherungsunternehmen den Autovermieter innerhalb einer bestimmten Frist zu bezahlen. Im Gegenzug verpflichtet sich der Autovermieter, einen Geschädigten auf das Regulierungsangebot des Versicherers hinzuweisen, ihn sodann bei der Auswahl des Mietfahrzeuges zu beraten sowie sich die Ansprüche gegen den Versicherer auf Ersatz der Mietwagenkosten abtreten zu lassen.[513]

**ab) Taugliche Erstvereinbarung**

Bereits die Existenz einer tauglichen Erstvereinbarung erscheint umstritten, wobei es keiner weiteren Erwähnung bedarf, dass es sich bei Rahmenabkommen zwischen Versicherungsunternehmen und Leistungserbringern um Vereinbarungen zwischen Unternehmen im Sinne des Kartellrechts handelt.

Weniger klar zu beantworten ist die Frage, ob es sich auch um Vereinbarungen über gewerbliche Leistungen handelt, nachdem man eine Vereinbarung über Waren ohne ein vertieftes Eingehen hierauf ausschließen kann. Unbestritten dürfte sein, dass es sich bei den von den Versicherungen angebotenen Regulierungspaketen um eine Form der Dienstleistung handelt, die wiederum den klassischen Fall einer gewerblichen Leistung dargestellt.

Es wurde jedoch bereits an anderer Stelle[514] herausgearbeitet, dass es mitnichten ausreicht, wenn eine potentielle Erstvereinbarung in irgendeiner Form etwas mit gewerblichen Leistungen zu tun hat. Um den systematisch gebotenen Gleichklang mit Erstvereinbarungen über Waren zu erzielen, bei denen sich aus dem Gesetz heraus bereits

---

513 Das Beispiel ist entlehnt aus der Darstellung von Köhler, NJW 1995, 2019.

514 Vgl. die diesbezüglichen Ausführungen auf 72 ff.

die Existenz einer Liefervereinbarung als zwingende Tatbestandsvoraussetzung ableiten lässt, ist es vielmehr erforderlich, dass im Rahmen einer möglichen Erstvereinbarung i.S.d. § 14 GWB a.F. auch für gewerbliche Leistungen eine Lieferung in irgendeiner Form verabredet wurde.[515] Dies wiederum erforderte eine Vereinbarung, die von dem do ut des Gedanken getragen ist, üblicherweise also einen im Synallagma stehenden zivilrechtlichen Vertrag.

Allerdings wurde von Teilen der Literatur[516] unter Verweis auf die Entscheidung „Garant“[517] angeführt, dass die Erstvereinbarung weder eine Entgeltlichkeit noch ein Umsatzgeschäft verlange. Dieser Auffassung lag jedoch eine verkürzte und missverständliche Deutung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zugrunde: Den Vertretern dieser Auffassung ist zuzugeben, dass die angegriffene Klausel direkt nicht in einem Liefervertrag eines einkaufenden Unternehmens zu finden ist, sondern in den formularmäßigen Rahmenverträgen einer Genossenschaft, deren Mitglieder die auf Basis dieser Rahmenvereinbarung einkaufenden Unternehmen sind. Wesentliches Unterscheidungsmerkmal dieser Rahmenverträge der Genossenschaft mit den klassischen Regulierungsabkommen von Versicherungsgesellschaften ist, dass die erstgenannten Vereinbarungen im Zusammenhang mit späteren Beschaffungsvorgängen ihrer Mitglieder im Rahmen von Liefervereinbarungen zu sehen sind und nur im Zusammenspiel mit diesen ein sinnvolles Ganzes ergeben. Die Lektüre der Entscheidungsgründe von „Garant“ offenbart, dass auch dem Bundesgerichtshof ein derartiges Verständnis zugrunde lag. Dort heißt es wörtlich:

„*Der Hinweis, dass die Beschwerdeführerin keine eigenen Käufe tätige, hätte in diesem Zusammenhang nur Bedeutung, wenn Rahmenverträge ohne Folgeverträge mit*

---

515 Commichau/Schwartz, Rn. 229 sprechen von der Erbringung von (gewerblichen) Leistungen, sehen diesen Begriff jedoch eindeutig als Äquivalent zum Begriff der Lieferung im Zusammenhang mit Waren.

516 Klosterfelde/Metzlaff, in Langen/Bunte (9. Auflage), § 14, Rn. 26; Köhler, NJW 1995, 2019, 2020.

517 BGH WuW/E BGH 1787.

*Mitgliedern der Beschwerdeführerin blieben. Diesen Ausnahmefall hat das Beschwerdegericht bei der gebotenen generellen Betrachtungsweise zu Recht vernachlässigt.*“[518]

Wenn also behauptet wurde, dass die Urteilsbegründung in „Garant“ ein Beleg dafür sei, dass ein Umsatzgeschäft oder eine Entgeltlichkeit nicht vorausgesetzt werde, wird dadurch die Urteilsbegründung geradezu pervertiert. Der Entscheidung kann nur entnommen werden, dass es für eine Preisbindung gemäß § 14 GWB a.F. nicht erforderlich ist, eine Preisbindungsvereinbarung zeitgleich mit einer Liefervereinbarung abzuschließen, solange die geschlossene Preisbindungsvereinbarung Bestandteil einer später geplanten Lieferabrede sein soll.[519] An dem Erfordernis einer Liefervereinbarung als solche rüttelte die Entscheidung keineswegs.

Mit dieser Erkenntnis war aber noch nichts darüber gesagt, ob im Fall der klassischen Regulierungsvereinbarungen im Verhältnis zwischen Autovermietern und Kfz-Versicherungen nicht doch Lieferungen von gewerblichen Leistungen vorliegen. Möglicherweise lag ja in der Zahlungszusage der Versicherungsunternehmen die Gegenleistung für eine gewerbliche Leistung, die die Autovermietungen an die Versicherungsunternehmen erbringen, indem sie die Unfallgeschädigten im Interesse der Versicherungen bei der Auswahl der Mietwagen beraten.[520]

Es bestehen aber erhebliche Zweifel, ob man die Zahlungszusage an das Mietwagenunternehmen als eigenständige Gegenleistung des Versicherungsunternehmens anse-

---

518 WuW/E BGH 1788.

519 Ebenso Commichau/Schwartz, Rn. 229.

520 Köhler, NJW 1995, 2019, 2020 sieht sowohl die Erbringung von gewerblichen Leistungen durch die Versicherungen als auch durch die Mietwagenunternehmen, ohne hierin einen Zusammenhang herzustellen, weil er fälschlicherweise davon ausgeht, dass eine Erstvereinbarung nach § 14 GWB a.F. keine Entgeltlichkeit voraussetze. Sofern man hierbei tatsächlich für eigenständige gewerbliche Leistungen plädiert, wäre es aber systemgerechter, diese in einem Leistungs-Gegenleistungsverhältnis zu sehen.

hen konnte. Letztlich ist doch die Bezahlung der Mietwagenkosten lediglich die Gegenleistung aus einer Mietvereinbarung zwischen dem Mietwagenunternehmen und dem Unfallgeschädigten. Läge keine Abtretungsvereinbarung vor, wäre die direkte Bezahlung des Mietwagenunternehmens eine Leistung[521] des Versicherungsunternehmens an einen ihrer Versicherungsnehmer, der Schädiger in einem Unfallereignis war. Innerhalb dieser Viereckbeziehung wäre diese Zahlung gleichzeitig eine Leistung an den Geschädigten und schlussendlich eine Leistung des Geschädigten an die Mietwagenfirma. Es wäre dann aber noch zu klären, inwieweit die vereinfachte Schadensregulierung noch eine eigene Werthaltigkeit für den Mietwagenbetrieb hätte.

Obwohl es sich nicht gerade um einen typischen Fall einer Erstvereinbarung nach § 14 GWB a.F. handelte, lässt sich mit einigem argumentativen Aufwand vertreten, dass die Zahlungssage eine gewerbliche Leistung darstellt, für die die Autovermietung ihrerseits eine gewerbliche Leistung erbringt, nämlich durch die Bemühungen beim Zustandekommen der Regulierungsabreden mit dem Geschädigten. Es spricht auch nichts gegen die Annahme, dass die Gegenleistung für die Lieferung von gewerblichen Leistungen im Rahmen einer Erstvereinbarung durch ein „Tauschgeschäft“ gewerblicher Leistungen bewirkt werden kann.[522]

### bb) Taugliche Zweitvereinbarung

Lässt sich die Klippe der Existenz einer Erstvereinbarung über gewerbliche Leistungen noch mit gewissen Hindernissen umschiffen, ist nun zu untersuchen, ob dies auch für das Vorliegen einer Zweitvereinbarung galt. An die Zweitvereinbarung werden weniger strenge Anforderungen geknüpft, da die Drittpartei nicht dem Unternehmensbegriff unterfallen muss. Erforderlich ist aber in jedem Fall, dass eine Zweitvereinbarung mit einem Dritten abgeschlossen wurde oder ein solcher Abschluss zumindest intendiert war.

---

521 Nach dem modernen zivilrechtlichen Leistungsbegriff versteht man darunter jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.

522 Der Aspekt des Lieferverhältnisses über gewerbliche Leistungen in der Erstvereinbarung wird von Bunte, VersR 1997, 1429, 1430 f. gar nicht aufgegriffen.

Dies zu bejahen, scheint auf den ersten Blick unproblematisch, denn die zuvor herausgearbeitete Erstvereinbarung nimmt auf einen Mietvertrag zwischen der Autovermietung als potenziell gebundener Partei und einem Unfallgeschädigten Bezug. Um jedoch ein vollständiges Bild von dem genauen Ablauf einer Schadensregulierung bei der Anmietung eines Ersatzwagens zu erhalten, müssen allerdings auch der Umfang und die Rolle der Autovermietungen im Zusammenhang mit einem Regulierungsverfahren nach Wunsch der Versicherung gewürdigt werden.

Die Preisvorstellungen der Versicherungsunternehmen, die in den Regulierungsabkommen festgeschrieben sind, kommen erst dann zum Tragen, wenn der Geschädigte das Regulierungsangebot der Versicherungen akzeptiert. Hierbei übernimmt der Mietwagenunternehmer quasi die Rolle eines Regulierungsagenten für die Versicherungsunternehmen. Dies kommt dadurch zum Ausdruck, dass er dem Geschädigten ein Formularblatt der Versicherung des Schädigers zur Mietwagenkostenübernahmeerklärung aushändigt und dessen sorgfältiges Ausfüllen durch den Geschädigten überwachen soll.[523] Damit stellt sich der Inhalt eines Regulierungsabkommens doch in einem deutlich anderen Licht dar: Es geht also nicht darum, die Preise zwischen dem Autovermieter und dem Geschädigten in einem abzuschließenden Mietvertrag zu binden, sondern in erster Linie darum, mit dem Geschädigten eine gütliche Einigung zur Höhe der Kostentragung für den Ersatzwagen zu erreichen. Aufgrund dieser Einigung wird dem Geschädigten ein „Ersatzwagenbudget“ zugeteilt, das dieser seinerseits zur Anmietung eines Ersatzwagens oder für andere Zwecke verwenden kann. Es handelt sich somit bei der Zweitvereinbarung, die ein solches Regulierungsabkommen im Visier hat, gar nicht um die Vereinbarung der scheinbar gebundenen Partei mit einem Dritten, sondern um eine Vereinbarung der scheinbar bindenden Partei mit einem Dritten, bei

---

523 Vgl. Köhler, NJW 1995, 2019.

der die scheinbar gebundene Partei lediglich als Agent auftritt. Damit waren die Anforderungen an eine Zweitvereinbarung gemäß § 14 GWB a.F. aber nicht erfüllt. Die Regulierungsabkommen verstießen daher nicht gegen das Preisbindungsverbot.[524]

Dieses Ergebnis wird zudem untermauert, wenn man sich zusätzlich vergegenwärtigt, dass die Regulierungsabkommen üblicherweise auch noch eine Abtretung des Ersatzanspruchs gegen den Versicherer an die Autovermietung durch den Geschädigten vorsehen. Diese erfolgt gleichzeitig mit Abschluss eines Mietvertrags. Dies bedeutet, dass die Versicherung den Mietzins an die Vertragspartei des Erstvertrags auszubezahlen hat und dass diese Vorgehensweise bereits so in der Erstvereinbarung vorgesehen ist.

**cb) Zwischenergebnis zu b)**

Die Regulierungsabkommen zwischen den Versicherungsunternehmen und den Kfz-Haftpflichtversicherern verstießen nicht gegen § 14 GWB a.F. Dieses Ergebnis konnte durch sauberes Subsumieren unter den Wortlaut von § 14 GWB a.F. abermals erreicht werden, ohne dass es des umständlichen Umwegs über die Formel von den „anerkannten institutionellen Gegebenheiten“ bedurfte.[525] Die Verneinung von § 14 GWB a.F. war zudem auch ein sachgerechtes Ergebnis, da sie einer betriebswirtschaftlich nicht zu rechtfertigenden Abkoppelung des Unfallersatzwagengeschäfts von dem sonstigen Mietwagenmarkt gegensteuerte.[526] Ein Versicherungsunternehmen trägt im Rahmen einer Kfz-Haftpflicht nicht nur das wirtschaftliche Risiko, sondern aufgrund der Regelungen von § 3 PflVG auch das rechtliche Risiko, von einem Unfallgeschädigten direkt in Anspruch genommen zu werden. Andererseits hat nach einem Schadensfall

---

524 Adolff, FS Geiß, 2000, 519, 526 sieht die beschriebene Regulierungsprozedur mit einer ähnlichen Argumentation ebenfalls als unproblematisch an.

525 Vgl. die ausführliche Begründung von Bunte, VersR 1997, 1429, 1431 ff.; seine Argumentation weist deutliche Parallelen zu den Ausführungen von Horn, ZHR 157, 336 ff., mit denen dieser die kartellrechtliche Zulässigkeit von Kreditkartensystemen verteidigt. Beide Autoren kommen zu sachgerechten Ergebnissen, obwohl sich der Lösungsansatz in beiden Fällen zu weit vom Wortlaut von § 14 GWB a.F. entfernt.

526 Adolff, FS Geiß, 2000, 519, (526 f.) unter Verweis auf andere Quellen, der mit Recht ein solches Ergebnis für „wettbewerbspolitisch unerwünscht und verteilungsökonomisch nicht gerechtfertigt“ hält.

der Anspruchsberechtigte eine Obliegenheit zur Schadensminderung. Es gibt keinen Ansatzpunkt dafür, warum es juristisch problematisch sein soll, dass der Anspruchsverpflichtete zu seinen Gunsten ein erweitertes Potenzial für eine Minderung des Schadens schafft. Dies gilt umso mehr, wenn Marktbedingungen künstlich geschaffen werden, die sich von den in § 254 BGB bzw. § 62 VVG normierten Vorstellungen des Gesetzgebers entfernen, weil der Anspruchsberechtigte selbst die tatsächlichen Marktbedingungen unter betriebswirtschaftlichen Aspekten nicht erforschen kann und daran auch kein gesteigertes Interesse haben dürfte, solange er die wirtschaftlichen Folgen im Ergebnis nicht (direkt) zu tragen hat.

**c) Ergebnis zu 3)**

Die Schwierigkeiten bei der Zuordnung, wer Lieferant von gewerblichen Leistungen in den Regulierungsfällen bei Unfallersatzwagen ist, haben deutlich gemacht, dass die Einordnung der Regulierungsabkommen als eigenständige Fallgruppe ihre Berechtigung hat, ohne dass Parallelen zu anderen Fallgruppen geleugnet werden können. Diese zeigen sich besonders im Hinblick auf die Fallgruppe, bei der die Bindung von der liefernden Partei ausgeht und sich auf andere als die gelieferten Waren bezieht (Kreditkartenfälle) sowie im Verhältnis zu der Fallgruppe der Bindung durch die belieferte Partei im Hinblick auf die *zu liefernde* Ware (und nicht auf die *gelieferte* Ware, wie von § 14 GWB a.F. vorausgesetzt). Beide Fallgruppen ähneln den Regulierungsabkommen insofern, als der Preisbinder letztlich das wirtschaftliche Risiko der Zweitvereinbarung trägt, sofern eine solche überhaupt vorliegt. In den klassischen Konstellationen von § 14 GWB a.F., also den Lieferketten, spielt der Aspekt der Risikoverteilung[527] lediglich im Zusammenhang mit den Absatzmittlerverhältnissen eine Rolle und wurde ja auch vom Bundesgerichtshof in der Entscheidung „EH-Partnervertrag“[528] ausdrücklich zum entscheidenden Beurteilungskriterium erhoben.

---

527 Bunte, 152 f. sieht in dem Ansatz der Risikoverteilung einen verallgemeinerungsfähigen Gedanken im Rahmen von § 14 GWB a.F.. Obwohl in eine andere Terminologie verpackt wird, sind diese Ausführungen nur ein weiteres Plädoyer für die „Formel von den institutionellen Gegebenheiten“.

528 WuW/E BGH 2238.

Die hier besprochene Fallgruppe der Regulierungsvereinbarungen zeichnet sich jedoch auch außerhalb des Unfallersatzwagengeschäfts dadurch aus, dass ein Versicherer letztlich immer die wirtschaftlichen Folgen einer Abrede zwischen einem seiner Versicherten und einem Leistungserbringer zu tragen hat. Im Gegensatz zu den Regulierungsabkommen im Unfallersatzwagengeschäft zeichnen sich die anderen besprochenen Entscheidungen aus dem Bereich der Krankenversicherungen dadurch aus, dass ein ausgeklügeltes Regulierungssystem nicht Gegenstand der Erstvereinbarung gewesen ist. Anders als im Fall des Regulierungssystems lassen sich daher keine Erstvereinbarungen über die Lieferung von gewerblichen Leistungen herleiten. Die zuvor besprochenen Fälle aus dem Bereich der Krankenkassen beschränkten sich nämlich in ihren Tatbestandsfeststellungen hinsichtlich der fraglichen Erstvereinbarung allein auf den Umstand, dass die Erstattungssätze darin fixiert wurden. Dies ist aber nicht ausreichend, um eine nach § 14 GWB a.F. taugliche Erstvereinbarung darstellen zu können, weil kein Lieferverhältnis zugrunde liegt. In keinem der besprochenen Fälle „Selbstzahler“ und „Zahnersatz aus Manila“ hätten daher die Tatbestandsmerkmale von § 14 GWB a.F. bejaht werden dürfen, ohne dass es eines Rückgriffs auf die Formel von den „anerkannten institutionellen Gegebenheiten“ bedurft hätte.

Dieser Grundsatz lässt sich über die Fälle der Regulierungsvereinbarungen hinaus auch auf andere schon besprochene Fallkonstellationen anwenden, insbesondere im Zusammenhang von (scheinbaren) Kollisionen des Preisbindungsverbots mit öffentlich-rechtlichen Fürsorgepflichten oder Einrichtungen. Vor diesem Hintergrund wäre es naheliegend gewesen, wenn die Rechtsprechung in den Fällen „Berliner Musikschulen“[529] und „Bundeswehrheime II“[530] die Frage verneint hätte, ob die Erstvereinbarung überhaupt die Lieferung von Waren oder gewerblichen Leistungen zum Gegenstand hatte. Zumindest im Fall der Höchsthonorarklausel der Musikschule dürfte diese Frage klar zu beantworten sein. Die öffentliche Hand stellte den Musiklehrern Räumlichkeiten zur Verfügung, ohne – sieht man von der Preisbindung selbst ab – eine irgendwie

529 BGH WuW/E BGH 1661.

530 BGH WuW/E BGH 1851.

geartete Gegenleistung zu verlangen. Dies reicht nach den an anderer Stelle[531] ermittelten Kriterien nicht aus, um darin eine irgendwie geartete Lieferbeziehung zu sehen. Die Tatbestandvoraussetzungen von § 14 GWB a.F. hätten daher bereits mangels tauglicher Erstvereinbarung abgelehnt werden müssen.

Ähnliches gilt, soweit die Bewirtschaftung der Bundeswehrkantinen durch private Pächter auf ihre Übereinstimmung mit dem Preisbindungsverbot beleuchtet wurde, auch wenn die vom Bund gewählte Vertragskonstruktion auf den ersten Blick ein wenig komplizierter erscheint. Entscheidend sind aber die tatbestandlichen Feststellungen, soweit sie ausdrücklich erwähnen, dass ein Entgelt für die Bereitstellung der Räumlichkeiten und Infrastruktur (einschl. Strom, Wasser etc.) nach der Neuordnung der Bewirtschaftungsstrukturen nicht mehr erhoben wurde. Im Gegenzug zum Verzicht auf die Gebühren wurde die Preisbindung festgeschrieben. Es lässt sich somit gut argumentieren, dass die Preisbindung zeitgleich mit dem Verzicht auf eine Gegenleistung für die Bereitstellung der Räumlichkeiten eingeführt wurde. Damit lag auch hier kein Lieferverhältnis vor, und die Preisbindung hätte mangels tauglicher Erstvereinbarung verneint werden müssen, ohne dass es eines Rückgriffs auf die nicht ganz zu Unrecht kritisierte[532] Formel von den „anerkannten institutionellen Gegebenheiten aufgrund öffentlich-rechtlicher Fürsorgepflichten“ bedurfte.

Das Tatbestandsmerkmal einer hinreichenden Erstvereinbarung zwischen Preisbinder und gebundener Partei wäre auch dann nicht erfüllt gewesen, wenn man die Fallkonstellation der Preisbindung durch die belieferte Partei hinsichtlich der zu liefernden Waren leicht abwandeln würde: Der Abnehmer von kompliziert hergestellten Waren könnte beispielsweise dem Vorlieferanten seines direkten Lieferanten vorschreiben, welchen Preis er bei der Lieferung an den direkten Lieferanten des Abnehmers nicht überschreiten dürfte. Mangels Vorliegens eines Liefervertrags konnte dieses Vorgehen

---

531 S. hierzu die Ausführungen auf 71 f.

532 Emmerich, in I/M, § 14, Rn. 38; Brühl WRP 1983, 6; Kretzer, 115 ff.

zumindest innerhalb des Geltungsbereichs des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht wegen eines Verstoßes gegen das Preisbindungsverbot sanktioniert werden. Eine abschließende Feststellung, ob ein solches Vorgehen möglicherweise gegen andere kartell- und wettbewerbsrechtliche Normen verstößt, soll damit an dieser Stelle aber nicht getroffen werden.

## C) Ergebnis zu Kapitel 2

Um eine Kernaussage dieses Kapitels zusammenzufassen: Preisbindungen waren innerhalb des Geltungsbereichs des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vor der 7. GWB-Novelle grundsätzlich auch dann untersagt, wenn sie Preisbegrenzungsmaßnahmen[533] wie Höchstpreise oder Preiserhöhungsverbote zum Gegenstand hatten, allerdings vorausgesetzt, die anderen Tatbestandsmerkmale von § 14 GWB a.F. waren ebenfalls erfüllt.

Die Analysen der hier behandelten Fallkonstellationen haben nämlich sehr deutlich gezeigt, dass die Mehrzahl der hier unter dem Stichwort Preisbegrenzungsmaßnahmen diskutierten Fälle aus der Praxis in Wahrheit nicht der Anwendung von § 14 GWB a.F. unterfielen, allerdings aus ganz unterschiedlichen Gründen. Die Ergebnisse des 2. Kapitels lassen sich in folgenden 5 Thesen verkürzt zusammenfassen:

1. Aus dem Wortlaut von § 14 GWB a.F. ergab sich im Umkehrschluss eindeutig, dass die Erstvereinbarung zwischen zwei Unternehmen die Lieferung von Waren oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben musste. Nicht jede Vereinbarung, die zwischen zwei Unternehmen geschlossen worden war und die eine Preisbindungsvereinbarung zum Gegenstand hatte, war jedoch automatisch eine Liefervereinbarung.
2. An einer den Tatbestand des § 14 GWB a.F. erfüllenden Zweitvereinbarung fehlte es in jedem Fall, wenn der vermeintliche Preisbinder selbst Partei dieser

---

533 a.A. nur LG Köln WuW/E LG 548, 549.

Zweitvereinbarung war und der vermeintlich Gebundene formal und inhaltlich lediglich im Namen des vermeintlichen Preisbinders handelte.

3. Ebenso fehlte es an einer tauglichen Zweitvereinbarung im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Kreditkartensystems, weil das Kreditkartenunternehmen in seinem Rahmenvertrag mit dem Vertragsunternehmen lediglich ein eigenes abstraktes Schuldversprechen abgab, ohne eine Preisbindung im Valutaverhältnis vorzunehmen.

4. Sofern alle Tatbestandsmerkmale von § 14 GWB a.F. erfüllt waren, griff die strenge Nichtigkeitsfolge für die Vereinbarungen auch dann, wenn die Vereinbarung eine Preisbegrenzungsmaßnahme zum Gegenstand hatte. Dies wurde im Fall von Lieferketten zudem durch das Empfehlungsverbot in § 22 I GWB abgesichert, dessen Verbot ausdrücklich auch die Festsetzung von Preisobergrenzen umfasste.

5. Eine zu weite Ausuferung des Preisbindungsverbots nach § 14 GWB a.F. ließ sich insbesondere im Fall von Preisbegrenzungsmaßnahmen durch eine sorgfältige und in Einzelfällen restriktive Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale verhindern, ohne dass es des Rückgriffs auf eine sog. „rule of reason“ bedurfte, beispielsweise durch die Formel von den „anerkannten institutionellen Gegebenheiten“.

## 3. Kapitel: Die rechtliche Beurteilung von Preisbegrenzungsmaßnahmen im Anwendungsbereich der Vertikal-GVO

Anders als im deutschen Kartellrecht lässt sich aus dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, der primären Rechtsquelle des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union, nicht die für die Struktur des GWB so wichtige Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen entnehmen. Stattdessen findet sich in Art. 101 Abs. 1 AEUV eine Generalklausel gegen jegliche Formen von Wettbewerbsbeschränkungen. Deren Wortlaut beginnt wie folgt:

„*Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen von Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken, insbesondere…*“

Hierauf folgt die Aufzählung verschiedener Fallgruppen, wobei unmittelbar unter Buchstabe a) dieser Aufzählung bereits die Formen von Preisbindungen gegenüber Dritten angesprochen werden:

„*…die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- und Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;*“

Die Behandlung der Vertikal-GVO („VGVO“), die in der Fassung vom 10.12.1999 (EU-VO 2790/1999) zum 01.06.2010 von der gegenwärtig geltenden VGVO (EU-VO 330/2010) abgelöst wurde, wird daher lediglich unter dem Blickwinkel erfolgen, inwieweit sich Auswirkungen auf Art. 101 Abs. 1 lit. a) AEUV ergeben.

## A) Allgemeines zur Struktur von Art. 101 AEUV

Soweit in irgendeiner Form der Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllt ist, ergibt sich nach Absatz 2 der Vorschrift zunächst einmal die Nichtigkeit der Vereinbarung oder des entsprechenden Beschlusses. Die Nichtigkeitswirkung besteht von Beginn an und mit absoluter Wirkung, d.h. gegenüber jedermann.[534]

---

534 Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 146.

Bei der strengen Nichtigkeitsfolge des Absatzes 2 muss es allerdings nicht in jedem Fall bleiben, wie aus Art. 101 Abs. 3 AEUV ersichtlich ist. Die dort geregelte Freistellung beschreibt, unter welchen Voraussetzungen die Verbotsnorm von Abs. 1 für nicht anwendbar erklärt werden kann. Das Inkrafttreten der VO Nr. 1/2003 blieb jedoch auch im Verständnis von Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht ohne größere Auswirkungen Der mit Inkrafttreten dieser Verordnung einhergehende Paradigmenwechsel soll an dieser Stelle kurz umrissen werden.

Art. 101 Abs. 3 AEUV sollte nach seiner ursprünglichen Konzeption keine echte Legalausnahme bilden, sondern nach dem System eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt funktionieren.[535]

Voraussetzung für eine Freistellung waren demnach die angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem zu erwartenden Gewinn, eine Leistungsverbesserung oder Innovationsförderung sowie die Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkungen im Hinblick auf die als schutzwürdig angesehenen Ziele, alle Voraussetzungen mussten stets kumulativ vorliegen.[536]

Der Wortlaut von Art. 101 Abs. 3 AEUV machte von Anfang an deutlich, dass es einen Unterschied zwischen Gruppenfreistellungsverordnungen und Einzelfreistellungen geben musste. Gruppenfreistellungsverordnungen wurden von jeher in generell-abstrakter Form erlassen, wobei diese entweder als ratsunmittelbare Verordnungen ergingen oder von der Kommission in einem zweistufigen Verfahren auf Basis einer Ermächtigungsgrundlage verabschiedet wurden.[537] Durch die Möglichkeit einer typisierenden Interessenbeurteilung sollte einerseits eine Verwaltungsvereinfachung erreicht werden, weil Gruppenfreistellungsverordnungen seit ihrer Existenz eine erhebliche

---

535 Saria, in Liebscher/Flohr/Petsche, § 1, Rn. 80; Honnefelder, 103; Lange, in Lange, Kap. 2 § 2, Rn. 146.

536 Zu den einzelnen Voraussetzungen vgl. Saria, in Liebscher/Flohr/Petsche, § 1, Rn. 74 ff.

537 Siehe die anschauliche Übersicht über das System der Gruppenfreistellungsverordnungen bei Kling/Thomas, Rn. 91 ff.

Rationalisierungsfunktion zukamen, andererseits sollte der Bürger dadurch ein höheres Maß an Rechtssicherheit erhalten.[538]

Dagegen wurden Einzelfreistellungen überwiegend als konstitutive Verwaltungsakte mit vollziehender Wirkung[539] gesehen. Vielfach wurde den Einzelfreistellungen auch im Verhältnis zu Gruppenfreistellungsverordnungen ein ergänzender Charakter zugeschrieben.[540] Teilweise sollten Gruppenfreistellungsverordnungen aber andererseits auch „funktionell als gebündelte Einzelfreistellungs-Entscheidungen" anzusehen sein.[541]

Die Einzelfreistellung war nach der Praxis der Kommission bis zum Inkrafttreten von VO Nr. 1/2003 von zwei weiteren Handlungsmöglichkeiten zu unterscheiden, die von der Kommission in der Praxis gebraucht wurden, dem comfort letter und dem Negativtest (*negative clearance*). Mit einem comfort letter (Verwaltungsschreiben) teilte die Kommission ohne rechtliche Bindungswirkung mit, dass eine Vereinbarung ihrer Ansicht nach nicht gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstößt. Im Fall eines Negativtests hingegen entschied die Kommission förmlich und mit rechtlicher Bindungswirkung, ob es eine Veranlassung gab, eine Vereinbarung oder eine Maßnahme zwischen mehreren Unternehmen bzw. innerhalb einer Vereinigung von Unternehmen anzunehmen, bei der an sich die Kommission zum Einschreiten verpflichten gewesen wäre.[542]

---

538 Saria, in Liebscher/Flohr/Petsche, § 1, Rn. 84.

539 Dazu: Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101, Rn. 399ff.; K. Schmidt, FS für Quack, 669 (671); a.A. Saria, in Liebscher/Flohr/Petsche, § 1, Rn. 89, der auch in der Einzelfreistellung einen Akt der Rechtssetzung mit individuell-konkreter Wirkung sieht.

540 Emmerich, in I/M I, Art. 81 Abs. 3, Rn. 58.

541 Wiedemann, in Wiedemann, § 6, Rn. 6.

542 Eine gute Übersicht an Kurzdefinitionen dieser Institute findet sich bei Hero, in Liebscher/Flohr/Petsche, Anhang 3 (Glossar).

## B) Die geänderte Funktion der Gruppenfreistellung unter der VO 1/2003

### I) Hintergrund der Neuregelung

Idealiter führt Wettbewerb bei unbeeinträchtigtem Ausgleich der Marktkräfte zu einer stetig besseren Versorgung der Märkte, wohingegen Beschränkungen gegenläufige Wirkungen haben.[543] Wie bereits unter den Darstellungen zum „More economic approach“ angesprochen, vermag im Einzelfall auch eine wettbewerbsbeschränkende Maßnahme unter dem Aspekt der Konsumentenwohlfahrt zu einer besseren Versorgung beitragen, als es unter den Bedingungen des freien Marktes der Fall wäre.[544] Davon ist (immer) dann auszugehen, wenn ein freies Aufeinandertreffen der Kräfte des Marktes nicht zum günstigsten Ergebnis führt.[545] Unter der Geltung des Art. 101 AEUV sind daher solche marktlichen Transaktionen (Vereinbarungen, Beschlüsse, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen) freistellungsfähig, wenn sie denselben Effekt erzielen wie der Markt, nämlich durch eine Förderung der Warenerzeugung und Warenverteilung oder des Fortschritts zur günstigen Versorgung des Marktes beitragen.[546] In der wirtschaftlichen Realität geht es dabei nicht selten um Schnelligkeit, um im Wettbewerb zu obsiegen. Insbesondere das Aufkommen der Publikumsgesellschaften[547] hat die Volatilität[548] der Unternehmensnotierungen an den amtlichen Wertpapierbörsen nochmals zugenommen. Obgleich das geltende Recht keinen Schutz bloßer Prospektanzen (Chancen, Hoffnungen, Erwartungen) gewährt, können die Marktakteure grundsätzlich verlangen, dass zur Durchführung marktlicher Transaktionen erforderliche Genehmigungsverfahren zügig durchgeführt werden. Die Marktakteure haben einen Anspruch auf Verfahrensbeschleunigung und können verlangen, dass ihnen bei der Konsumentenwohlfahrt dienlichen Vorhaben erwarten, dass ihnen das

---

543 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 154, 169.

544 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 154, 169.

545 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 154, 169.

546 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 154f.

547 Unter einer *Publikumsgesellschaft* sind jene i.S. von §§ 99 Abs. 1 InvG, 3 Abs. 2 AktG börsennotierten Aktiengesellschaften zu verstehen, bei denen die Aktien in den Händen einer Vielzahl von (Klein-) Aktionären liegen und somit breit gestreut sind, vgl. *Dreier*, Bezugsrechtsausschluss, 2005, S. 7.

548 Der Begriff der Volatilität kennzeichnet die Geschwindigkeit der Veränderlichkeit des Börsenkurses einer Aktie.

Wettbewerbsrecht keine unzumutbaren bürokratischen Barrieren schafft. Bis zum Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 1/2003[549] am 01.05.2004, dem Tag der EU-Erweiterung auf insgesamt 25 Mitgliedstaaten, wurde dieser Anspruch oftmals nicht eingelöst. Die bei der Europäischen Kommission (Kommission) anhängigen Freistellungsverfahren erstreckten sich mitunter auf mehrere Jahre und nahmen überdies beträchtliche Verwaltungsressourcen in Anspruch, deren Bereithaltung über das Steueraufkommen letztlich von den Unternehmen selbst finanziert werden musste.

Das umständliche Anmelde-[550] und Freistellungssystem unter der Geltung der VO 17/62[551] war nicht nur mit einer erheblichen Inanspruchnahme personeller Ressourcen der Kommission verbunden, sondern endete in aller Regel ohne eine förmliche Freistellungsentscheidung.[552] Wenn sämtliche Vereinbarungen, die in den Vorteil der Freistellungswirkung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV gelangen wollten, bei der Kommission angemeldet, von dieser geprüft und ausdrücklich freigestellt werden müssten, führt dies zu einer erheblichen Ressourcenbindung.[553] In der Praxis hatten sich unter diesen Rahmenbedingungen unverbindliche Stellungnahmen (*comfort letters*) etabliert, in denen den Unternehmen (formlos) mitgeteilt wurde, dass die Kommission keinen Anlass sähe, auf Grundlage des Art. 101 AEUV gegen die angemeldete Vereinbarung vorzugehen.[554] Die VO 1/2003 ist auf das Weißbuch der Kommission[555] zurückzuführen, ersetzt die VO 17/62 und konkretisiert Art. 101 Abs. 3 AEUV. Sie setzt die

---

549 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und Art. 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (VO 1/2003), ABl. 2003 L I/1.

550 Unter der Geltung der VO 17/62 konnte selbst bei materiellrechtlicher Genehmigungsfähigkeit keine Freistellung erteilt werden, wenn diese nicht zuvor nach Art. 4 VO 17/62 und dem Formblatt A/B angemeldet worden war, vgl. *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 732.

551 Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages vom 06.02.1962 (VO 17/62).

552 Vgl. *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 103, Rn. 4; *N. N.,* EG-Kartell-VO,VO 1/2003, Art. 1, Rn. 10.

553 Vgl. *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 103, Rn. 4.

554 Vgl. *N. N.,* EG-Kartell-VO,VO 1/2003, Art. 1, Rn. 10.

555 Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag, ABl, 1999 C 132/1.

meisten Vorschläge des Weißbuchs um, zielt konzeptionell auf eine stärkere nachherige Kontrolle marktlicher Transaktionen und dient der effizienten Ausgestaltung seines Vollzugs.[556] Unter der Geltung des Art. 17/62 unterfiel eine den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllende Vereinbarung nur dann nicht verboten und somit nichtig, wenn vor der in Rede stehenden Transaktion eine konstitutive Freistellungsentscheidung der Kommission vorlag.[557]

## II) Konkretisierung des Art. 101 Abs. 3 AEUV

### 1) Verbot mit Legalausnahme

Insbesondere zur Schaffung eines „*level playing field*[558]“ - innerhalb des Binnenmarktes sollten künftig die gleichen Wettbewerbsregeln angewendet werden[559] -, zur Ermöglichung einer zeitnäheren Nutzung von *„opportunities“*[560] und zur effizienteren Nutzung (vorhandener) Verwaltungsstrukturen ist das bis dahin geltende Verbot mit Erlaubnisvorbehalt[561] durch ein Verbot mit Legalausnahme[562] (Art. 101 Abs. 3 AEUV) ersetzt worden. Unter der Geltung der VO 17/62 war die Erlaubnis demgegenüber als rechtsgestaltender Verwaltungsakt zu erteilen.[563] Sie hatte rechtsgestaltende und damit bindende Wirkung für und gegenüber jedermann.[564]

---

556 Vgl. *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 735, 741.

557 Vgl. *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 730.

558 Vgl. *Hossenfelder*/*Lutz*, WuW 2003, S. 118, 129.

559 Vgl. *Hossenfelder*/*Lutz*, WuW 2003, S. 118, 120.

560 Unter dem Begriff der Opportunities (englischer Begriff für Chance, Gelegenheit oder Möglichkeit) werden gemeinhin einmalige, punktuelle und nicht wiederkehrende Geschäftschancen zur Realisierung größerer Vermögenszuwächse verstanden.

561 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Karsten Schmidt*, EG-Wettbewerbsrecht, 2006, VO 1/2003, Art. 1, Rn. 1; *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 731; *Schwarze-Brinker*, EU-Kommentar, Art. 103, Rn. 4.

562 Vgl. Loewenheim/ M. Meessen/ Riesenkampff-*Vogel*, Kartellrecht, GVO-Allg., Rn. 16; *Mestmäcker*/*Schweitzer*, Wettbewerbsrecht, § 14, Rn. 1 ff.; *Schwarze-Brinker*, EU-Kommentar, Art. 103, Rn. 4.

563 Vgl. *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 731.

564 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Karsten Schmidt*, EG-Wettbewerbsrecht, 2006, VO 1/2003, Art. 1, Rn. 1.

Soweit die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV vorliegen, greift Art. 101 Abs. 1 AEUV nach nunmehr geltenden Recht nicht ein, ohne dass ein Negativattest[565] der Kommission erforderlich wäre. Im Gegensatz zur Rechtslage unter der Geltung der VO 17/62 gelten unter der VO 1/2003 alle wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen nach Art. 101 Abs. 1 AEUV ohne weiteres als freigestellt, wenn sie die Voraussetzungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen.[566] Der Verbotstatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV folgt insoweit dem Prinzip der unmittelbaren Anwendbarkeit: An die für verboten erklärten Verhaltensweisen werden eo ipso - d. h., ohne Hinzutreten weiterer Vollzugsakte - Rechtsfolgen geknüpft, ohne dass ein zuständiges mitgliedstaatliches Gericht oder eine mitgliedstaatliche Verwaltungsinstanz dies vorher erklären müsste.[567] Der mitunter als System- oder Paradigmenwechsel bezeichnete Unterschied zur VO 17/62 besteht darin, dass Art. 101 AEUV insgesamt „self executing“[568] wird: Im Gegensatz zum vorherigen Recht gibt es unter dem Regime der VO 1/2003 keine konstitutiven (Einzel-) Freistellungsentscheidungen der Kommission mehr.[569] Art. 101 Abs. 3 AEUV ist somit anwendbar, ohne dass es einer vorherigen Anmeldung der Vereinbarung[570] oder einer konstitutiven Freistellungsentscheidung der Kommission bedarf.[571] Das unter der Vorgängerregelung unangefochtene Prinzip eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt wird insoweit durch den Grundsatz eines Verbots mit unmittelbar wirkender Legalausnahme ersetzt. Das Element der Legalausnahme war unter der Geltung der VO 17/62 lediglich im Bereich der Gruppenfreistellung erkennbar,[572] die hinsichtlich ihrer Wirkungen der Einzelfreistellung entsprach[573].

---

565 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Karsten Schmidt*, EG-Wettbewerbsrecht, 2006, VO 1/2003, Art. 1, Rn. 1.

566 Vgl. *Hossenfelder*/*Lutz*, WuW 2003, S. 118, 118.

567 Vgl. *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 719.

568 Vgl. *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 742.

569 Vgl. *N. N.*, EG-Kartell-VO,VO 1/2003 Vor Art. 1, Rn. 3.

570 Eine Anmeldung war vor dem Inkrafttreten der VO 1/2003 nach Art. 4 ff. VO 17/62 vorgesehen; vgl. zur nachträglichen Anmeldung nach aktuellem Recht: *Werner/Sachse*, WuW 2009, S. 1138 ff.

571 Vgl. *N. N.*, EG-Kartell-VO,VO 1/2003 Art. 1, Rn. 3.

572 Vgl. *N. N.*, EG-Kartell-VO,VO 1/2003 Art. 1, Rn. 9.

573 Vgl. *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 733.

Art. 1 VO 17/62 bestätigte das Prinzip der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV lediglich im Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 AEUV und Art. 102 AEUV, nicht jedoch im Hinblick auf Art. 101 Abs. 3 AEUV.[574] Indem nunmehr die Art. 101, 102 AEUV in ihrer Gesamtheit für unmittelbar anwendbar erklärt werden, wird Art. 1 VO 1/2003 zum zentralen Novum der europäischen Kartellrechtspraxis.[575] So bestimmt Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003 als die den Systemwechsel[576] konstituierende Kernbestimmung, dass wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen i. S. des Art. 101 Abs. 1 AEUV ohne vorherige Entscheidung *erlaubt* sind, soweit sie die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen. Umgekehrt bestimmt Art. 1 Abs. 1 VO 1/2003, dass die dort genannten Transaktionen (Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen i.S. von Art. 101 Abs. 1 AEUV), die nicht die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen, verboten sind, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf. Die Verbotswirkung tritt kraft sekundärrechtlicher Anordnung unmittelbar und direkt ein, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf.[577] Die Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV bedarf nicht mehr eines speziellen Antrags.[578] Unter der Geltung der VO 1/2003 wird infolgedessen überwiegend[579] davon ausgegangen, dass alle Entscheidungen, die von den beteiligten Ordnungsinstanzen (Kommission, mitgliedstaatliche Kartellbehörde, mitgliedstaatliches Gericht) nach Art. 101 Abs. 3 AEUV getroffen werden, im Gegensatz zum bislang geltenden Recht nur noch deklaratorische und feststellende Wirkung haben. Unternehmen können sich unmittelbar auf die subjektiven Rechte aus Art. 1 VO 1/2003 berufen.[580]

---

574 Vgl. *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 729.

575 Vgl. *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 741; *Leupold*/*Weidenbach*, WuW 2006, S. 1003 ff.

576 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Karsten Schmidt*, EG-Wettbewerbsrecht, 2006, VO 1/2003, Art. 1, Rn. 8.

577 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 153; *N. N.*, EG-Kartell-VO,VO 1/2003 Vor Art. 1, Rn. 2.

578 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 153.

579 Vgl. *N. N.*, EG-Kartell-VO,VO 1/2003 Art. 1, Rn. 21.

580 Vgl. *N. N.*, EG-Kartell-VO,VO 1/2003 Art. 1, Rn. 18.

### 2) Stärkung des Anwendungsvorrangs europäischen Rechts

Mit der Einführung eines Verbots mit Legalausnahme wurde zum einen der Anwendungsvorrang des europäischen Wettbewerbsrechts[581] gestärkt. Das mitgliedstaatliche Recht blieb parallel zum Gemeinschaftsrecht anwendbar, mit der Maßgabe, dass einzelstaatliches Recht nur noch gemeinsam mit dem europäischen Wettbewerbsrecht angewandt wird, wenn eine Vereinbarung i.S. des Art. 101 Abs. 1 AEUV oder eine marktmissbräuchliche Verhaltensweise i.S. des Art. 102 AEUV geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.[582]

## III) Dezentralisierung des Wettbewerbsrechts

### 1) Durchsetzung der Subsidiaritätsprinzips

Indem die entsprechenden Verwaltungskompetenzen stärker auf die Mitgliedstaaten übertragen werden, kommt es zur Dezentralisierung der Anwendung des Wettbewerbsrechts[583]. Die Dezentralisierung der Rechtsanwendung bei gleichzeitig vereinfachtem Verfahren, wirksamer Kontrolle und weniger verfahrensrechtlichen Zwängen für die Unternehmen trägt dem Subsidiaritätsprinzip Rechnung und lässt sich unmittelbar auf die im Weißbuch dokumentierten Reformbestrebungen der Kommission zurückführen.[584] Unter der Geltung der VO 1/2003 lässt sich insoweit eine Zentralisierung des materiellen Kartellrechts bei gleichzeitiger Dezentralisierung des Kartellrechtsvollzugs konstatieren. Die Einbeziehung der nationalen Behörden und Gerichte in die Einbeziehung der europäischen Wettbewerbsregeln ist nach Ansicht der Kommission ein wesentliches Element zur Erzielung eines verbesserten Wettbewerbsschutzes durch die VO 1/2003.[585] Sie erhöht letztlich die Notwendigkeit einer (besseren)

---

581 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Säcker,* Wettbewerbsrecht , 2008, § 1, Rn. 2 ff.

582 Vgl. *Hossenfelder*/*Lutz*, WuW 2003, S. 118, 120; *N. N.*, EG-Kartell-VO,VO 1/2003 Vor Art. 1, Rn. 2.

583 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Karsten Schmidt,* EG-Wettbewerbsrecht, 2006, VO 1/2003, Art. 1, Rn. 12.

584 Vgl. *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 736.

585 Vgl. *Hossenfelder*/*Lutz*, WuW 2003, S. 118, 123.

Abstimmung zwischen der Kommission sowie den mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden und Gerichten, um für eine hinreichende Kohärenz[586] der Kartellrechtspraxis in der Europäischen Union Sorge zu tragen.[587] Die Wettbewerbsbehörden und die Kommission sollen hierzu ein Netzwerk bilden, das die Infrastruktur für die neuen Instrumente der Zusammenarbeit bereitstellen und für eine optimale Verteilung der Fälle sorgen soll nach dem Grundsatz, dass ein Vorgang von der dafür am besten geeignetsten Behörde bearbeitet wird.[588]

### 2) Wegfall des Freistellungsmonopols der Kommission

Als wesentliches Element der Dezentralisierungsstrategie ist der Wegfall des bislang geltenden Freistellungsmonopols der Kommission zu nennen.[589] Art. 9 VO 17/62 sah diesbezüglich vor, dass ausschließlich die Kommission Freistellungsentscheidungen erteilen durfte. Unter Ausschluss der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden und Gerichte, die auf die Anwendung von Art. 101 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV beschränkt waren, konnten sich die Unternehmen mit einem Antrag auf Einzelfreistellung ausschließlich an die Kommission wenden.[590] Unter der Geltung der VO 1/2003 können die mitgliedstaatlichen Gerichte Art. 101 AEUV nunmehr insgesamt anwenden und nehmen damit eine bedeutsamere Rolle bei der Durchsetzung der europäischen Wettbewerbsregeln ein als unter der Geltung der VO 17/62. Die Exklusivität der Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV, die der Kommission nach Art. 9 VO 17/62 zustand, entfällt.[591] Die betroffenen Unternehmen haben fortan keine Möglichkeit mehr, bei der Kommission ein Negativattest (Unbedenklichkeitsbescheinigung) zu erlangen, dass das geplante Vorhaben nicht gegen europäisches Wettbewerbsrecht verstößt. Von der Aufgabe ihres unter der Geltung der VO 17/62 verfolgten zentralistischen Ansatzes erhofft sich die Kommission nicht nur eine erhebliche personelle Entlastung, sondern

---

586 Dazu: Calliess/Ruffert-*Christian Calliess*, EUV/AEUV, EUV Art. 1, Rn. 59ff.

587 Vgl. *N. N.*, EG-Kartell-VO,VO 1/2003 Art. 1, Rn. 14.

588 Vgl. *Hossenfelder*/*Lutz*, WuW 2003, S. 118, 123.

589 Vgl. *Hossenfelder*/*Lutz*, WuW 2003, S. 118, 118.

590 Vgl. *N. N.*, EG-Kartell-VO,VO 1/2003 Art. 1, Rn. 12.

591 Vgl. *N. N.*, EG-Kartell-VO,VO 1/2003 Art. 1, Rn. 14.

überdies Effizienzgewinne[592] für die Durchsetzung des europäischen Kartellrechts im gesamten Bereich des Gemeinsamen Marktes.[593] Zugleich wird der repressive Charakter des Kartellverbots verstärkt.[594]

### 3) Stärkere Einbindung mitgliedstaatlicher Gerichte und Verwaltungsinstanzen

Zur stärkeren Dezentralisierung der *Anwendung* des Wettbewerbsrechts werden die nationalen und Gerichte in den Vollzug des europäischen Kartellrechts eingebunden. Auf Grundlage von Art. 11 - 13 VO 1/2003 sollen Kommission und mitgliedstaatliche Behörden in einem gemeinsam gebildeten Netz von Behörden („*European Competition Network - ECN*“) die europäischen Wettbewerbsregeln in enger Zusammenarbeit anwenden: Das ECN soll dabei einen Rahmen für die Zusammenarbeit europäischer Wettbewerbsbehörden bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln schaffen und die Basis für die Verwirklichung und Wahrung einer gemeinsamen Wettbewerbskultur in Europa darstellen.[595]

Ob die Voraussetzungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind, kann im Gegensatz zum bisherigen Recht außer von den mitgliedstaatlichen Verwaltungsinstanzen gegebenenfalls auch von den mitgliedstaatlichen Gerichten (vollständig) geprüft werden.[596] Für die mitgliedstaatlichen Gerichte existiert unter der Geltung der VO 1/2003 ein Zusammenarbeitsmechanismus auf Grundlage des Art. 15 VO 1/2003: Die aus der stark aufgewerteten Bedeutung zivilgerichtlicher Instanzen für die Anwendung der Wettbewerbsregeln resultierende Gefahr inkohärenter Entscheidungen[597] wird indessen bereits dadurch abgemildert, dass diesen auf Grundlage des Art. 267 AEUV gegebenenfalls die Möglichkeit der Vorabentscheidungsvorlage eingeräumt ist, von der sie

---

592 Spätestens seit 1997 existieren neue Bestrebungen hin zu einer stärkeren Effizienzbetonung des EG-Vertikalkartellrechts, vgl. *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 717.

593 Vgl. *N. N.*, EG-Kartell-VO,VO 1/2003 Art. 1, Rn. 12.

594 Vgl. *N. N.*, EG-Kartell-VO,VO 1/2003 Art. 1, Rn. 12.

595 Vgl. *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 742.

596 Vgl. *Hossenfelder*/*Lutz*, WuW 2003, S. 118, 118.

597 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Karsten Schmidt*, EG-Wettbewerbsrecht, 2006, VO 1/2003, Art. 1, Rn. 16.

im Einzelfall Gebrauch machen können und müssen.[598] Weitere Mechanismen zur Erzielung materiell-rechtlicher Kohärenz ergeben sich aus Art. 10, 16 und Art. 29 VO 1/2003.[599]

## IV) Auswirkungen auf die Gruppenfreistellung

### 1) Entlastungsfunktion

Obgleich auch für Gruppenfreistellungen unter dem System des Verbots mit Legalausnahme an sich kein Raum mehr besteht, bleiben die GVO als sekundärrechtliche und abstrakt-generell formulierte Ausnahmen zum Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV im Gegensatz zu den Einzelfreistellungen auch unter der Geltung der VO 1/2003 bestehen und konkretisieren die Legalausnahme des Art. 101 Abs. 3 AEUV.[600] Ihr originärer Hauptzweck besteht darin, mehrere auf die Interessen unterschiedlicher Gruppen abstellende Entlastungsfunktionen zu erfüllen: Ohne die Existenz verfahrensrechtlicher Ventile wäre unter dem Regime der VO 17/62 die Erteilung von Einzelfreistellungen der Kommission auch in einer Vielzahl wettbewerbspolitisch *unbedenklicher* Fälle erforderlich gewesen. Um die Inanspruchnahme administrativer Ressourcen in Grenzen zu halten, wurde eine Vielzahl von GVO für bestimmte Vertragstypen erlassen, die der Kommission helfen sollten, dem „Massenproblem" Einhalt zu gebieten.[601] Die individuelle Entscheidung über die große Zahl der dem Art. 101 Abs. 1 AEUV unterfallenden Wettbewerbsbeschränkungen, wie sie im Einzelfreistellungsverfahren erfolgt, würde unweigerlich zu einer Paralyse der administrativen Institutionen führen.[602] Daneben käme es in vielen Volkswirtschaften in zahlreichen unproblemati-

---

598 Vgl. *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 742 f.

599 Vgl. *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 743.

600 Vgl. Begründungserwägung Nr. 10 VO 1/2003 sowie Tz. 2 der Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EGV, ABl. EG v. 27.04.2004; *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 732.

601 Vgl. *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 733; Vgl. Loewenheim/ M. Meessen/ Riesenkampff-*Vogel*, Kartellrecht, GVO-Allg., Rn. 11.

602 Vgl. Loewenheim/ M. Meessen/ Riesenkampff-*Vogel*, Kartellrecht, GVO-Allg., Rn. 14.

schen Fällen zu unzumutbaren Verzögerungen mit kaum zu ermessenden volkswirtschaftlichen Schäden.[603] Das System der Gruppenfreistellung ist insoweit wegen der damit verbundenen Verwaltungsvereinfachung nicht nur von erheblichem Vorteil, sondern erscheint zur praktischen Durchsetzung des Art. 101 Abs. 3 AEUV in seiner derzeitigen Form als geradezu unverzichtbar.[604] Fraglich erscheint indessen, ob den GVO auch seit der Geltung der VO 1/2003 noch konstitutive Wirkung zukommt oder ob sie lediglich deklaratorisch wirken.

### 2) Rechtswirkungen der GVO

#### a) "Theorie der deklaratorischen Wirkung"

Jedenfalls unter der Geltung der VO 17/62 hatte eine Gruppenfreistellung konstitutive Wirkung: Es handelte sich um gem. Art. 288 AEUV unmittelbar anwendbares Recht, das Bindungswirkung sowohl für die nationalen Kartellbehörden als auch für die (Zivil-) Gerichte der Mitgliedstaaten entfaltete.[605] Soweit das Verhalten der betroffenen Unternehmen in den Anwendungsbereich auf Grundlage des Art. 263 Abs. 2 AEUV erlassenen Gruppenfreistellungsverordnung (GVO) fiel, kamen folglich weder die Nichtigkeit der entsprechenden Vereinbarung noch Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüche oder die Verhängung von Bußgeldern in Betracht.[606]

Da die Freistellungswirkung bei Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des Art. 101 Abs. 3 AEUV unter der Geltung der VO 1/2003 - im Einklang mit der Rechtslage bei den nunmehr entfallenden Freistellungsentscheidungen - nunmehr ex lege eintritt, wird im Schrifttum seither allgemein angenommen, dass auch die GVO keine konstitutive Freistellungswirkung mehr für die in ihnen als unbedenklich bezeichneten Kooperationsformen begründen können.[607] Sie stellten lediglich deklaratorisch etwas

---

603 Vgl. Loewenheim/ M. Meessen/ Riesenkampff-*Vogel*, Kartellrecht, GVO-Allg., Rn. 14.

604 Vgl. Loewenheim/ M. Meessen/ Riesenkampff-*Vogel*, Kartellrecht, GVO-Allg., Rn. 14.

605 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Keßler*, Wettbewerbsrecht , 2008, GWB § 32d, Rn. 2.

606 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Keßler*, Wettbewerbsrecht , 2008, GWB § 32d, Rn. 2.

607 Vgl. *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 746.

fest, was ohnehin bereits auf Grund der Art. 101 Abs. 3 AEUV, Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003 gelte.[608] Da Art. 101 Abs. 3 AEUV entsprechend Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003 unmittelbar anwendbar sei, ohne das es einer vorherigen Feststellung bedürfe, komme auch den GVO nunmehr ein lediglich feststellender Charakter zu: Es handele sich um „Gruppen-Negativattestate", die keine normative Bindungswirkung hinsichtlich der nationalen Kartellbehörden und Gerichte entfalteten.[609] Im Ergebnis stellten die Vorgaben der GVO lediglich ein „Orientierungsmuster" hinsichtlich der Frage dar, ob die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind.[610]

**b) "Theorie der konstitutiven Wirkung"**

Zu einem anderen Ergebnis könnte man indessen dann gelangen, wenn man den Regelungsgehalt der GVO fokussiert. Anders als die übrigen Rechtsakte der Kommission (Entscheidungen, Negativattest, Beratungsschreiben[611]) regeln die GVO verbindlich, welche Vereinbarungen vom Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 3 AEUV ausgenommen sind. Dies spricht dafür, den GVO auch unter der Geltung der VO 1/2003 konstitutive Wirkung zuzusprechen.[612] Die Gegenansicht, welche der GVO unter derzeit geltendem Recht lediglich deklaratorische Wirkung beimisst, werde weder der Funktion und der systematischen Stellung des Art. 29 VO 1/2003 noch der Teleologie und der rechtspolitischen Bedeutung des Art. 101 Abs. 3 AEUV gerecht.[613] Soweit Art. 29 VO Abs. 1 und Abs. 2 VO 1/2003 übereinstimmend davon ausgehen, mit der Entscheidung seitens der Kommission oder der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörde sei der Entzug des Rechtsvorteils auf diesem Gebiet verbunden, setze dies notwendig die konstitutive Begründung eines Rechtsvorteils seitens der VO voraus.[614]

---

608 Vgl. *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 746; Loewenheim/ M. Meessen/ Riesenkampff-*Vogel*, Kartellrecht, GVO-Allg., Rn. 18.

609 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Keßler*, Wettbewerbsrecht , 2008, § 32d, Rn. 3.

610 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Keßler*, Wettbewerbsrecht , 2008, § 32d, Rn. 3.

611 Vgl. *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 103, Rn. 27.

612 Vgl. Loewenheim/ M. Meessen/ Riesenkampff-*Vogel*, Kartellrecht, GVO-Allg., Rn. 18; *N. N.*, EG-Kartell-VO,VO 1/2003 Art. 1, Rn. 23.

613 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Keßler*, Wettbewerbsrecht , 2008, § 32d, Rn. 4.

614 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Keßler*, Wettbewerbsrecht , 2008, § 32d, Rn. 4.

Insoweit erweise sich der „Entzug“ als actus contrarius von gleichsam konstitutiver Wirkung.[615] In rechtspolitischer Hinsicht ist zudem das aus dem Systemwechsel zum Verbot mit Legalausnahme resultierende Bedürfnis der Marktakteure nach Rechtssicherheit[616] zu berücksichtigen, dessen Erkenntnis die Kommission bereits im Weißbuch dazu veranlasst hat, die Funktion der GVO als „sicheren Hafen“ für die Betroffenen zu betonen.[617] Folgerichtig müsse den GVO auch unter der Geltung der VO 1/2003 konstitutive Wirkung zugesprochen werden: Die GVO binden in ihrem Anwendungsbereich nicht nur die Kommission, sondern zwingend und unabdingbar auch die jeweiligen mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden.[618]

**c) Ergebnis und Stellungnahme**

Mit *Weiß*[619] ist im Ergebnis davon auszugehen, dass die GVO konstitutiv wirken und im Umfang der durch sie angeordneten Freistellung abschließend über das Vorliegen der Legalausnahme gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV entscheiden. In den primärrechtlichen Grenzen ist die GVO trotz Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV verbindlich und bewirkt eine konstitutive Feststellung.[620] Der Grund hierfür ist im aus der Standardisierungswirkung von GVO und der ihnen unterliegenden Ratio der Gewährung von Rechtssicherheit folgenden allgemeinen Grundsatz zu sehen, dass nicht jede einzelne unter eine GVO fallende Vereinbarung den Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV genügen muss.[621]

Für die fortbestehende Verbindlichkeit der GVO trotz Nichterfüllung der materiellen Kriterien des Art. 101 Abs. 3 AEUV sprechen aber vor allem rechtspolitische

---

615 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Keßler*, Wettbewerbsrecht , 2008, § 32d, Rn. 4.

616 Vgl. *Schwarze-Brinker*, EU-Kommentar, Art. 103, Rn. 27.

617 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Keßler*, Wettbewerbsrecht , 2008, § 32d, Rn. 5.

618 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Keßler*, Wettbewerbsrecht , 2008, § 32d, Rn. 6.

619 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 198.

620 Vgl. *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 746.

621 Vgl. *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 747.

Gründe.[622] Anhand der GVO kann im Einzelfall zur Gültigkeit einer Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht erfüllenden Vereinbarung gelangt werden, soweit man die GVO unter dem Geltungsbereich der VO 1/2003 als unwiderlegbare Vermutung für das Vorliegen von Art. 101 Abs. 3 AEUV definiert und die GVO als Beweislastregeln betrachtet: Wer das Vorliegen der Voraussetzungen einer GVO darlegt und beweist, erbringt damit zugleich i. V. m. Art. 2 S. 2, 1 Abs. 2 VO 1/2003 den unwiderlegbaren Nachweis, dass das Verhalten nicht nach Art. 101 Abs. 1 AEUV verboten ist.[623]

## V) Bewertung aus Unternehmenssicht

### 1) Subsumtionsrisiko der Unternehmen

Mit dem Inkrafttreten der VO 1/2003 ist das Recht und auch die Pflicht der Unternehmen weggefallen, eine potenziell wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung bei der Kommission mit dem Ziel eines Negativattests oder einer Einzelfreistellung anzumelden.[624] Die Unternehmen als Adressat des Art. 101 AEUV können unter der Geltung der VO 1/2003 sofort mit dem Vollzug der geplanten Transaktion beginnen, tragen indessen das Subsumtionsrisiko, dass ihr Vorhaben dem europäischen Wettbewerbsrecht widerspricht und sämtliche zwischenzeitlich vollzogenen Rechtsgeschäfte nach Art. 101 Abs. 2 AEUV nichtig sind.[625] Im Gegensatz zur früheren Rechtslage können sie das Subsumtionsrisiko nicht mehr durch Anmeldung bei der Kommission umgehen.[626] Im Sinne einer verstärkten Eigenverantwortung sind sie dazu angehalten, die Vereinbarkeit der von ihnen getroffenen Vereinbarungen mit dem Kartellrecht selbst zu prüfen (Prinzip der Selbstveranlagung) und - im Vergleich zur Rechtslage unter der VO 17/62 - eine deutlich größere Verantwortung auf sich nehmen: Sie haben seither keine Möglichkeit mehr, die Vereinbarkeit einer Vereinbarung mit Art. 101 AEUV

---

622 Vgl. *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 747.

623 Vgl. *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 747.

624 Vgl. *Schwarze-Brinker*, EU-Kommentar, Art. 103, Rn. 22.

625 Vgl. Loewenheim/ M. Meessen/ Riesenkampff-*Vogel*, Kartellrecht, GVO-Allg., Rn. 13; *N. N.*, EG-Kartell-VO,VO 1/2003 Art. 1, Rn. 13.

626 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 198.

förmlich im Wege des Freistellungsverfahrens prüfen und von der Kommission bestätigen zu lassen.[627] Aus Unternehmenssicht kann sich dadurch ein Weniger an Rechtssicherheit[628] - die Einschätzung der von den Unternehmen konsultierten Experten muss nicht mit derjenigen der zuständigen Kartellbehörde übereinstimmen - und ein Wegfall der Bußgeldimmunität nach Art. 15 Abs. 5 VO 17/62 ergeben, was durch die Möglichkeit der informellen Konsultation mit der Kommission und den mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden nur unzureichend kompensiert wird.[629]

**2) Änderung der Beweislastverteilung**

Mit der Verlagerung des Subsumtionsrisikos in den privatwirtschaftlichen Bereich kommt es des Weiteren zu einer anderen Beweislastverteilung: Während das Unternehmen oder die Verwaltungsinstanz, die sich auf das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung beruft, diese auch zu beweisen hat (Art. 2 S. 1 VO 1/2003), obliegt dem Unternehmen, dem die Wettbewerbsbeschränkung vorgeworfen wird, etwaige Rechtfertigungsgründe darzulegen und zu beweisen (Art. 2 S. 2 VO 1/2003).[630] Ebenso wie für das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV trifft das Unternehmen die Beweislast für die Voraussetzungen der GVO, obgleich die Kommission zur Sachverhaltsaufklärung beizutragen hat und sich nicht darauf beschränken kann, den Nachweis vom Beteiligten zu verlangen.[631] Die Beweisregel des Art. 2 VO 1/2003 bestätigt letztlich die traditionelle Sichtweise einer strikten Trennung der Merkmale des Art. 101 Abs. 1 und Art. 101 Abs. 3 AEUV, steht aber letztlich einem integriertem Ansatz nicht entgegen, der bei der Beurteilung der Frage der verbotenen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens die Aspekte der Verbesserung der Warenerzeugung oder Warenverteilung oder die Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts tatbestandlich heranzieht.[632]

---

627 Vgl. *N. N.*, EG-Kartell-VO,VO 1/2003 Art. 1, Rn. 13.

628 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Karsten Schmidt,* EG-Wettbewerbsrecht, 2006, VO 1/2003, Art. 1, Rn. 17; *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 744.

629 Vgl. *N. N.*, EG-Kartell-VO,VO 1/2003 Art. 1, Rn. 13.

630 Dazu Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 198ff.

631 Dazu Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 198ff.

632 Vgl. *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 753.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob mit der Zuweisung des Subsumtionsrisikos der bis dahin der Kommission zustehende Beurteilungsspielraum den Unternehmen zufällt. Während der Kommission auf der Rechtsfolgenseite des Art. 101 Abs. 3 AEUV kein Ermessen zustand und die Freistellung bei Vorliegen der materiellrechtlichen Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV und ordnungsgemäßer Anmeldung zwingend zu erteilen war, stand ihr unter der Geltung der VO 17/62 bei der tatbestandlichen Würdigung ein durchaus erheblicher Beurteilungsspielraum zu.[633] Ein „Übergang" dieses Beurteilungsspielraums auf die betroffenen Unternehmen wird indessen von der Kommission abgelehnt.

**3) Stellungnahme**

Aus rechtsvergleichender Perspektive, die angesichts der internationalen Verflechtung der Märkte und der Zunahme der grenzüberschreitenden Unternehmensaktivitäten immer bedeutsamer wird, entspricht das Mehr an Eigenverantwortung hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Art. 101 AEUV indessen der Rechtslage in den Vereinten Staaten und anderen Ländern, in denen die Möglichkeit einer Anmeldung und einer daraus resultierenden Freistellungsentscheidung auch nicht gegeben ist.[634] Es sollte nicht gänzlich außer Acht gelassen werden, dass die Unternehmen letztlich selbst von der angestrebten Transaktion profitieren. Unter dem System eines Verbots mit Legalausnahme können sie ohne zeitliche Verzögerung mit ihrem Vorhaben beginnen, sobald sich ihnen die entsprechenden Geschäftschancen bieten. Nicht selten verfügen sie über hochspezialisierte Expertise beispielsweise aus international agierenden Law-Firms und können durch deren Inanspruchnahme das Subsumtionsrisiko (erheblich) begrenzen.

Zudem ist der Einwand eines Weniger an Rechtssicherheit insoweit zu relativieren, als dass bereits der unbestimmte Rechtsbegriff der Wettbewerbsbeschränkung und andere

---

633 Vgl. *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 732.

634 Vgl. *N. N.*, EG-Kartell-VO,VO 1/2003 Art. 1, Rn. 23.

Merkmale des Art. 101 Abs. 1 AEUV in hohem Maße interpretationsbedürftig sind.[635] So ist zu ihrer Ausfüllung nicht selten die Kenntnis konkreter Marktdaten und die Heranziehung ökonomischen Sachverstandes erforderlich.[636]

Aus Unternehmenssicht erscheint sich zukunftsbezogen eine gewisse Kompensation zu ergeben, indem sich Unternehmen im System der Legalausnahme in Einzelfällen auf die Bestimmungen der Gruppenfreistellungsverordnungen berufen können, wenn beispielsweise die maßgeblichen Marktanteilsschwellen nur geringfügig überschritten werden.[637] Insoweit ist unter der Geltung der VO 1/2003 ein Wandel von Funktion und Bedeutung der GVO zu konstatieren. Zumeist nämlich lässt sich aus den GVO entnehmen, welche Klauseln von der Kommission im Einzelfall für schädlich und welche Klauseln für unschädlich befunden werden.[638] Eine analoge Berufung auf die Bestimmungen der GVO wird erst dann ausscheiden müssen, wenn die Marktanteile den Grad zur Marktbeherrschung i.S. des Art. 102 AEUV erreichen, weil es in diesem Falle am Tatbestandsmerkmale des hinreichenden Restwettbewerbs[639] i.S. des Art. 101 Abs. 3 AEUV fehlt.[640] Entspricht die Vereinbarung i.S. des Art. 101 AEUV hinsichtlich ihrer inhaltlichen Ausgestaltung indessen einer GVO, können die Beteiligten gemeinhin rechtssicher davon ausgehen, dass „ihre“ Vereinbarung mit Art. 101 AEUV vereinbar ist.[641] Absolute Gewissheit werden die Unternehmen indessen selbst dann nicht erlangen können, wenn sie sich weitgehend an den Leitlinien der Kommission[642] orientiert, die sie zu Art. 101 Abs. 3 AEUV erlassen hat und die neben allgemeinen Grundsätzen Detailbemerkungen zu den Effizienzgewinnen enthält, die im Rahmen der Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV bedeutsam sein können.[643]

---

635 Vgl. *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 744.

636 Vgl. *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S. 744.

637 Vgl. *N. N.*, EG-Kartell-VO,VO 1/2003 Art. 1, Rn. 31.

638 Vgl. *N. N.*, EG-Kartell-VO,VO 1/2003 Art. 1, Rn. 31.

639 Vgl. Loewenheim/ M. Meessen/ Riesenkampff-*Vogel*, Kartellrecht, GVO-Allg., Rn. 10.

640 Vgl. *N. N.*, EG-Kartell-VO,VO 1/2003 Art. 1, Rn. 31.

641 Vgl. *N. N.*, EG-Kartell-VO,VO 1/2003 Art. 1, Rn. 34.

642 Vgl. 2004/C 101/08, ABl. 2004, C 101/97.

643 Vgl. *N. N.*, EG-Kartell-VO,VO 1/2003 Art. 1, Rn. 34.

### VI) Das veränderte Funktionsverständnis von Gruppenfreistellungsverordnungen nach Inkrafttreten von VO Nr. 1/2003

Während das Inkrafttreten der VO Nr. 1/2003 das Verfahren für den Erlass einer Gruppenfreistellungsverordnung sowie ihre formale Rechtsqualität unangetastet ließ, so machten sie im Hinblick auf das ihr zugrunde liegende Funktionsverständnis innerhalb der Wettbewerbsordnung doch einen tief greifenden Wandel mit. Die VO Nr. 1/2003 beruht auf einem System der sog. Legalausnahme. Dieses System setzt auf einer verstärkten eigenverantwortlichen Tätigkeit der Normadressaten des europäischen Kartellrechts, indem es das sog. „Prinzip der Selbstveranlagung" zum neuen Handlungsmaßstab für die betroffenen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen erhebt.

## C) Preisbegrenzungsmaßnahmen nach der VGVO

Im folgenden Abschnitt soll detailliert erläutert werden, welche Auswirkungen die VGVO auf die Zulässigkeit von Preisbegrenzungsmaßnahmen hat. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die genaue Ermittlung des Anwendungsbereichs der VGVO, für den man in der Gruppenfreistellungsverordnung selbst verschiedene Ansatzpunkte findet.

### I) Erfüllung des Tatbestands von Art. 101 Abs. 1 AEUV

Da eine Gruppenfreistellungsverordnung immer eine Ausnahme für an sich nach Art. 101 Abs. 1 AEUV verbotene Verhaltensweisen darstellt, muss im Fall der sachlichen Anwendbarkeit der VGVO naturgemäß zunächst der Tatbestand von Artikel 101 Abs. 1 AEUV erfüllt sein. An dieser Stelle ist daher ein vertieftes Befassen mit den Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 101 Abs. 1 AEUV angebracht.

#### 1) Normadressaten

Die Vorschrift stellt im Hinblick auf die Eigenschaften der von dem Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV betroffenen Rechtssubjekte bestimmte Mindestanforderungen auf.

**a) Unternehmensbegriff**

Ebenso wie bei § 1 und § 14 GWB a.F. spielt auch bei Art. 101 Abs. 1 AEUV in erster Linie der Unternehmensbegriff eine wichtige Rolle. Ähnlich wie im seitherigen deutschen Kartellrecht baut der Unternehmensbegriff des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union auf einem funktionalen Verständnis[644] auf, welches das System eines unverfälschten Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt sichern soll.[645] Dies führt zu einer umfassenden und weiten Auslegung des Unternehmensbegriffs durch die Gemeinschaftsorgane.[646]

Nach der Definition des EuGH ist demnach ein Unternehmen jede Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform und dem Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht sowie der Art ihrer Finanzierung.[647] Von wirtschaftlicher Art sind generell die selbstständigen Tätigkeiten, wobei der Wirtschaftszweig an sich gleichgültig sein soll.[648]

Eine wirtschaftliche Einheit wiederum soll nach Auffassung der Rechtsprechung und der Kommission immer dann gegeben sein, wenn eine einheitliche Organisation personeller, materieller oder immaterieller Art besteht, die dauerhaft einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt.[649]

---

644 Weiß, in Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV, Rn. 25.

645 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV Generelle Prinzipien, Rn. 5f.; EuGH Rs. C-364/92, Slg. 1994-I, 43 (60 ff.), „Eurocontrol"; Rs. C-55/96, Slg. 1997-I, 7119 (7147), Rn. 21 ff., „Job-Centre".

646 Emmerich, S. 26f.

647 EuGH Rs. 170/83, Slg. 1984, 2999 (3016), „Hydrotherm"; Rs. C-41/90, Slg. 1991-I, 1979, Rn. 21 „Höfner und Elser"; Slg. 1991-I, 2010 (2016 ff.), „Macrotron"; Rs. C-244/94, Slg. 1995-I, 4022 (4028) (Fédération francaise des sociétés d'Assurance); Slg. 1998, I-3886, S. 3895 ff. (CNSD); Rs. C-219/97, Slg. 1999-I, 6125 (6147), Rn. 67 "Drijvende Bokken".

648 SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Vorbem. zu Art. 101- 105 AEUV, Rn. 42.

649 EuG Rs. T-11/89, Slg. 1992-II, 757, Rn. 311 „Shell"; Kommission, Kooperationsbekanntmachung v. 4.8.1990, Abl. 1990, Nr. C 203/10, Rn. 8.

Auf die Rechtsform[650] des Unternehmens soll es weniger ankommen, so dass alle juristischen und natürlichen Personen[651] unter den Begriff fallen können, wodurch auch Berufsgruppen wie Einzelkaufleute[652] oder Freiberufler[653] eingeschlossen werden. Überhaupt wurde zunehmend von der Rechtsprechung eine autonome gemeinschaftsrechtliche Konzeption des Unternehmensbegriffs entwickelt, die sich weitestgehend von den Auslegungen der nationalen Gesetze gelöst hat.[654]

Anfänglich umstritten war die Frage, inwieweit Unternehmen eine eigene Rechtspersönlichkeit aufweisen müssen.[655] In der Praxis der Kommission scheint sich die Formel durchgesetzt zu haben, dass man zwar einerseits nicht das formale Element einer Rechtssubjektivität[656] zur unabdingbaren Voraussetzungen macht, andererseits es aber schon aus vollstreckungsrechtlichen Gründen unerlässlich sein soll, dass Gesellschaften und Körperschaften gesetzlich so behandelt werden, als hätten sie eine eigene Rechtspersönlichkeit.[657]

Eine Gewinnerzielungsabsicht[658] soll nicht erforderlich sein, obwohl der Austausch von Gütern oder Leistungen am Markt als das Erbringen einer wirtschaftlichen Leistung gegen Entgelt wesensnotwendig für die Eigenschaft als Unternehmen angesehen

---

650 Stockenhuber, in Grabitz/Hilf, Art. 101 AEUV, Rn. 51.

651 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV Generelle Prinzipien, Rn. 6; Kommission, Abl. 1978 Nr. L 157/39 (40), „RAI/UNITEL".

652 EuGH Rs. 23/67, Slg. 1967, 544 „Brasserie de Haecht I".

653 Weiß, in Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV, Rn. 26; Kommission, Abl. 1993 Nr. L 203/27, Rn. 40 "CNSD".

654 Gippini-Fournier, in L/M/R, Band 1, Art. 81 Abs. 1, Rn. 38.

655 Generell für die Notwendigkeit einer Rechtssubjektivität Emmerich, S. 26f.

656 Weiß, in Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV, Rn. 27 unter Verweis auf die Kommission, Abl. 1994 Nr. L 243/1 (45), Rn. 141 "Karton".

657 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 6 unter Verweis auf die Kommission, Abl. 1986 Nr. L 230/1 (32), „Polypropylen".

658 EuGH Rs. 209 bis 215 und 218/78, Slg. 1980, 3125, Rn. 88 „Van Landewyck"; Rs. C-244/94, Slg. 1995-I, 4022, Rn. 21 „Fédération francaise des sociétés d'Assurance"; SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Vorbem. zu Art. 101- 105 AEUV, Rn. 42; Bellamy/Child, Rn. 2-003.

wird.[659] Es scheint allerdings dabei von zentraler Bedeutung zu sein, ob die Tätigkeit „normalerweise“ oder zumindest „denkbarerweise“ gegen Entgelt erbracht wird.[660] In jedem Fall muss die für eine unternehmerische Tätigkeit notwendige Teilnahme am Wirtschaftsleben von einer gewissen Dauer[661] getragen sein und darf nicht nur vorübergehend oder gelegentlich[662] erfolgen.

Generell klammert der Unternehmensbegriff von Art. 101 Abs. 1 AEUV drei große Bereiche aus: Es sind dies der private Verbrauch, der Arbeitsmarkt sowie der Bereich des hoheitlich handelnden Staates.[663] Dies kann jedoch im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten, wenn es um die Abgrenzung zwischen einer unternehmerischen oder hoheitlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand geht.[664] Für ein Unternehmen der öffentlichen Hand ist demnach unabhängig von seiner Zuordnung und rechtlichen Organisationsform Art. 101 Abs. 1 AEUV zunächst grundsätzlich anwendbar.[665] Lediglich die bloße Ausübung staatlicher Gewalt fällt nicht unter Art. 101 und Art. 102 AEUV.[666] Diese Ausnahme gilt sogar dann, wenn der Staat diese Tätigkeiten von einem privatrechtlich organisierten Unternehmen als Beliehenem[667] durchführen lässt oder an eine internationale Organisation delegiert.[668] Sobald aber ein Handeln außerhalb der Delegation

---

659 EuGH Rs. 209 bis 215 und 218/78, Slg. 1980, 3125 „Van Landewyck“; Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 5; Goldman/Lyon-Caen/Vogel, Rn. 475.

660 Gippini-Fournier, in L/M/R, Band 1, Art. 81 Abs. 1, Rn. 41.

661 EuGH, 13.7.1962, Slg. 1962, 653 (675), „Klöckner und Hoesch“; EuGH Rs. 94/74, Slg. 1975, 699 (713), „IGAV/ENNC“; Hengst, in: Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 5.

662 EuGH Rs. C-159 u. 160/91, Slg. 1993-I, 637 (670), „Poucet und Pistre“; Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 6.

663 Emmerich, S. 26.

664 Vgl. hierzu die Darstellung von Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 8.

665 FK-Roth, Ackermann, Grundfragen Art. 81 Abs. 1, Rn. 40.

666 Weiß, in Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV, Rn. 29; EuGH Rs. 94/74, Slg. 1975, 699 (713), „IGAV/ENCC“; Rs. 30/87 „Bodson/Pompes Funebres“ Slg. 1988, 2479 (2512).

667 EuGH 155/73, Slg. 1974, 409 (429), „Saachi“; Rs. 26/75, Slg. 1975, 699 (713), „General Motors“.

668 EuGH, 19.1.1994 „EUROCONTROL“ Slg. 1994-I, S. 43, 61.

hoheitlicher Aufgaben eintritt, sind die Wettbewerbsregeln des Europarechts wieder anwendbar.[669]

Abgrenzungsschwierigkeiten können in besonderem Maß im Bereich der Sozialversicherungssysteme[670] auftreten, denn die Berücksichtigung des Solidaritätsgedankens allein soll noch nicht zu einer Unanwendbarkeit des EU-Wettbewerbsrechts führen.[671] Sozialversicherungsträger der öffentlichen Hand sollen vielmehr erst dann nicht die Unternehmenseigenschaft nach Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllen, wenn bei ihnen wie im Bereich der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung[672] eine Zwangsmitgliedschaft besteht und die gewährten Leistungen unabhängig von den Einzahlungen für alle Pflichtmitglieder gleich sind.[673] Sofern ein Sozialversicherungssystem aber nach dem Kapitalisierungsgedanken arbeitet, unterfällt es Art. 101 AEUV.[674]

Weiterhin wurde im Zusammenhang mit dem Unternehmensbegriff des Art. 101 Abs. 1 AEUV vom EuGH die Frage problematisiert, wie mit konzerninternen Wettbewerbsbeschränkungen umzugehen sei. Konkret stellte sich die Frage, ob im Verhältnis Mutter-/Tochtergesellschaft von einer wirtschaftlichen Einheit auszugehen sei, mit der Folge, dass in diesem Fall nur von einem Unternehmen im Sinn von Art. 101 Abs. 1 AEUV gesprochen werden kann und konzerninterne Abreden per se nicht dem Verbot der Vorschrift unterfallen. Nach den vom EuGH aufgestellten Kriterien reicht die Frage der Besitz- und Anteilsverhältnisse an einem Unternehmen aber allein noch

---

669 Kommission, Abl. 1975 Nr. L 29/14 (16), „General Motors“; Kommission, Abl. 1976 Nr. L 231/24 (27), „Armagnac“.

670 Hierzu detailliert Gippini-Fournier, in L/M/R, Band 1, Art. 81 Abs. 1, Rn. 44 f.

671 Rs. C-41/90, Slg. 1991-I, 1979, Rn. 21, „Höfner und Elser“; EuGH Rs. 244/94, Slg. 1995-I, 4022 (4028), „Fédération francaise des sociétés d’Assurance“; ander aber in EuGH Rs. C-159 u. 160/91, Slg. 1993-I, 637 (670), „Poucet und Pistre.

672 EuGH Rs. xx/04; Slg. 2004 I, 2524 (2542 ff.); “; letztere Entscheidung kritisierend Emmerich, in I/M I, Art. 81 Abs. 1 Rn. 28; Steinmeyer, FS f. Sandrock, 943 (947).

673 EuGH Rs. 244/94, Slg. 1995-I, 4022 (4028), „Fédération francaise des sociétés d’Assurance“; C-219/97, Slg. 1999-I, S. 6125, 6147, Rn. 67 „Drijvende Bokken.

674 EuGH Rs. C-219/97, Slg. 1999-I, S. 6125, 6147, Rn. 67 „Drijvende Bokken“; GA Tesauro, Schlussantrag zu EuGH Rs. C-159 u. 160/91, Slg. 1993-I, S. 664, Ziffer 23 „Poucet und Pistre“; Brinker, in Schwarze, Art. 101 AEUV, Rn. 25.

nicht aus, um eine wirtschaftliche Einheit bejahen zu können. Erforderlich ist vielmehr eine tatsächliche Kontrolle der Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft[675] oder wenn ein einheitliches Vorgehen von Mutter- und Tochtergesellschaft auf dem Markt erfolgt. Besteht aber eine theoretische Weisungsmöglichkeit der Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft und macht die Muttergesellschaft hiervon auch in der Praxis Gebrauch, dann bedarf es nicht mehr der Anwendung des Kartellverbots nach Art. 101 AEUV.[676]

Eine ähnliche Fragestellung wie im Fall von konzerninternen Absprachen tritt auf, wenn es um Absatzmittlungsverhältnisse geht. In Rechtsprechung[677] und Literatur[678] wurde in der Vergangenheit aber auch in aktuelleren Entscheidungen[679] bisweilen angedeutet, dass ein Handelsvertreter, der bestimmte Merkmale erfüllt, im Verhältnis zu seinem Geschäftsherrn kein eigenständiges Unternehmen sei. Dem ist entgegenzuhalten, dass sich die Situation im Fall von Absatzmittlern fundamental von konzerninternen Absprachen unterscheidet. Anders als bei verbundenen Unternehmen besteht zwischen einem Absatzmittler und seinem Prinzipal im Regelfall keine konzernmäßige Verflechtung und folglich auch keine aus dem Gesellschaftsrecht abgeleitete Leitungsmacht. Trotz vertraglich bedingter Abhängigkeiten handelt es sich bei einem Absatzmittler, welche vertraglichen Absprachen er auch immer mit seinem Geschäftsherrn haben mag, um ein eigenständiges Unternehmen im Sinn von Art. 101 Abs. 1 AEUV. Die Frage, ob derartige Abreden unter bestimmten Voraussetzungen nicht dem Verbot

---

675 Kommission, Abl. 1969 Nr. L 165/12 „Christiani/Nielsen".

676 EuGH 25.11.1971 „Béguelin" Slg. 1971, S. 949; 31.10.1974 „Centrafarm I" Slg. 1974, S. 1147, 1168; 31.10.1974 „Centrafarm II" Slg. 1974, S. 1183, 1198; Rs. 32 u. 36-82/78, Slg. 1979, S. 2435 „BMW-Belgium"; Rs. 30/87, Slg. 1988, S. 2479, 2513 „Bodson/Pompes Funebres"; 24.10.1996 „Viho" Slg. 1996-I, S. 5457, 5487 ff.; dem zustimmend Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 33ff.

677 EuGH Rs. 40 u.a./73, Slg. 1975, 1663, Rn. 482/483 „Europäische Zuckerindustrie"; Rs. C 266/93, Slg. 1995-I, 3447, Rn. 19 „Volkswagen und VAG Leasing".

678 Weiß, in Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV, Rn. 39ff.; jüngst wird diese Ansicht wohl auch von Gippini-Fournier, in L/M/R, Band 1, Art. 81 Abs. 1, Rn. 59 vertreten.

679 Differenzierend wenn auch in der Diktion ein wenig missverständlich EuGH Rs. C-217/05 „CEPSA"; bei Vorliegen einer echten Handelsvertretereigenschaft soll danach die Unternehmereigenschaft entfallen, jedoch nur im Hinblick auf die spezifischen handelsvertreterrechtlichen Regelungen; sehr kritisch hierzu Rittner WuW 2007, 365 (366).

unterfallen, ist im Rahmen des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung vertieft zu thematisieren.[680]

**b) Unternehmensvereinigungen**

Neben den Unternehmen führt Art. 101 Abs. 1 AEUV den Begriff der Unternehmensvereinigung als zweiten möglichen Normadressaten auf, sofern deren eigene Tätigkeit oder die der ihr angeschlossenen Unternehmen auf Wettbewerbsbeschränkungen gerichtet ist.[681]

Definiert wird der Begriff[682] der Unternehmensvereinigung als Zusammenschluss von Unternehmen, dessen Zweck zumindest auch in der Interessenvertretung seiner Mitglieder besteht.[683] Die Struktur des Zusammenschlusses ist unerheblich, Organisationsweise, Rechtsform und Rechtsfähigkeit sollen ebenfalls keine Rolle spielen.[684] In der Praxis sind insbesondere Wirtschaftsverbände, Berufsorganisationen und Arbeitgeberverbände als Formen von Unternehmensvereinigungen zu nennen[685], ebenso können Unternehmensvereinigungen nach Sinn und Zweck des Wortlauts auch ihrerseits selbst aus Unternehmensvereinigungen bestehen.[686] Bei dem Begriff der Unternehmensvereinigung wird ebenfalls nicht zwischen privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Verbänden unterschieden.[687]

---

680 So im Ergebnis wohl auch Weiß, in Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV, Rn. 39ff.

681 EuGH Rs. 71/74, Slg. 1975, 563, Rn. 30/31 „FRUBO.

682 Leicht unterschiedliche Akzente setzen die Definitionsvorschläge im Hinblick auf den Begriff der Unternehmensvereinigung in Art. 2 Abs. 2 VGVO; Vgl. hierzu *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 120; Schulte/Geiger, EuZW 2000, S. 396, 398.

683 Gippini-Fournier, in L/M/R, Band 1, Art. 81 Abs. 1, Rn. 63 weist jedoch darauf hin, dass es keine rechtlich verbindliche Definition für diesen Begriff gibt.

684 EuGH Rs. 123/83, Slg. 1985, 391, Rn. 17 „BNIC/CLAIR"; Kommission, Abl. 1985 Nr. L 35/35, 39 „Milchförderungsfonds"; Weiß, in Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV, Rn. 42f.

685 FK-Roth/Ackermann, EGV, Grundfragen Art. 81 Abs. 1, Rn. 29.

686 Kommission, ABl. 1994 Nr. L 343/1 (97), „Zement"; Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 68; Gleiss/Hirsch, EGKartR, Art. 85 I, Rn. 71.

687 Emmerich, 26f.

Eine Unternehmensvereinigung darf sich selbst wirtschaftlich nicht betätigen. Wird nämlich eine Tätigkeit im eigenen Interesse ausgeführt, liegen bereits die Voraussetzungen für die Unternehmenseigenschaft vor.[688] Der Normzweck für die Einfügung der Unternehmensvereinigungen als mögliche Adressaten des Verbots von Art. 101 Abs. 1 AEUV war nämlich der Ausschluss von Umgehungsmöglichkeiten für die Unternehmen, durch Gründung einer Unternehmensvereinigung das Marktverhalten zu koordinieren.[689] Allerdings trennt die Praxis nicht immer klar zwischen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen.[690]

Die angesprochene Problematik über die Unternehmenseigenschaft im Bereich der Sozialversicherungsträger setzt sich natürlich auf der Ebene der Unternehmensvereinigung fort, wenn sich diese Träger zu einem Verband zusammenschließen. Dies mag anhand des folgenden Falls aus dem Bereich des Gesundheitswesens veranschaulicht werden, den der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs Mitte 2001 im Weg eines Vorabentscheidungsverfahrens dem Europäischen Gerichtshof vorlegte und der wegen einer in Frage stehenden Preisbegrenzungsmaßnahme gerade für die Thematik dieser Arbeit von Interesse ist: Der EuGH hat nun die sog. Festbetragsregelung der Spitzenverbände der gesetzlichen Krankenversicherungen, die ihren angeschlossenen Mitgliedern Festbeträge für Erstattungshöchstgrenzen vorgeschrieben haben, unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten zu überprüfen. Der Juristische Dienst der Kommission hat in einer internen Stellungnahme die Eigenschaft der Spitzenverbände als Unternehmensvereinigung verneint. Es ist daher nicht zu erwarten, dass die derzeitige Praxis vom EuGH als mit Art. 101 Abs. 1 AEUV unvereinbar angesehen wird.

---

688 EuGH Rs. 90/76, Slg. 1977, S. 1091, 1127 “Van Ameyde/UCI”; Gippini-Fournier, in L/M/R, Band 1, Art. 81 Abs. 1, Rn. 67.

689 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 69.

690 EuGH Rs. 123/83, Slg. 1985, 391, Rn. 20 „BNIC/CLAIR”; Weiß, in Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV, Rn. 43f.

### 2) Verbotene Maßnahmen des Zusammenwirkens

Die Vorschrift zählt ausdrücklich Vereinbarungen von Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Maßnahmen als von dem Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV umfasst auf.

#### a) Vereinbarungen

Ebenso wie bereits im GWB genießt der Begriff der Vereinbarung auch im EU-Wettbewerbsrecht eine herausragende Bedeutung. Er wird grundsätzlich als gemeinschaftsrechtlich geprägt[691] angesehen und soll infolgedessen auch nach den Grundsätzen des Vertrags auszulegen sein.[692] Er ist nahezu deckungsgleich mit dem Vertragsbegriff des Zivilrechts, wie er von den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten verwendet[693] wird, wobei sowohl private als auch öffentlich-rechtliche Verträge erfasst werden.[694] Grob definiert werden Vereinbarungen als zwei- oder mehrseitige Übereinkünfte, durch die mindestens eine Partei zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen rechtlich oder faktisch verpflichtet wird und bei denen eine Willensübereinstimmung der beteiligten Unternehmen über die Regelung ihres Marktverhaltens vorliegt.[695] Nach einer anderen Kurzdefinition sollen die Parteien Konsens über einen gemeinsamen Plan erzielt haben.[696] Die wirtschaftliche Abhängigkeit[697] eines der beteiligten Unternehmen von dem anderen negiert ebenso wenig die Existenz einer Vereinbarung wie der Umstand, dass eine Zustimmung zu der Vereinbarung nur widerwillig[698] abgegeben sein mag.

---

691 FK-Roth/Ackermann, EGV, Grundfragen Art. 81 Abs. 1, Rn. 79.

692 EuGH Rs. 123/83, Slg. 1985, 391 (423), Rn. 17 „BNIC/CLAIR“; Stockenhuber, in Grabitz/Hilf, Art. 101 AEUV, Rn. 97f; Faull & Nipkay, Rn. 2.20.

693 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 77.

694 SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 39.

695 EuGH Rs. 45/69, Slg. 1970, 769 (803), „Chinin-Boehringer“; Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 77.

696 So Gippini-Fournier, in L/M/R, Band 1, Art. 81 Abs. 1, Rn. 78.

697 EuGH Rs. 32 u. 36-82/78, Slg. 1979, 2435 (2478), „BMW-Belgium”.

698 Kommission, Abl. 1985 L 85/1 (23), „Zellstoff“; Wertenbruch, EWS 2004. 145 (150).

Allerdings kann bei einer widerwillig abgegebenen Zustimmung ohne jeden eigenen Tatbeitrag von der Verhängung eines Bußgeldes abgesehen werden.[699]

Ansonsten ist der Begriff der Vereinbarung eher weit auszulegen.[700] Es genügt grundsätzlich jede Art der Willensübereinstimmung, unabhängig sowohl von ihrer Form[701] als auch von ihrem Inhalt. Die Vereinbarung kann folglich schriftlich, mündlich[702] oder gar konkludent[703] geschlossen werden. Ein Fall von konkludentem Handeln liegt auch dann vor, wenn im Zeitpunkt eines formal abgeschlossenen Vertrags zwar kein Bindungswille existiert, die Parteien sich später aber dennoch an den Inhalt der Abrede halten.[704] Unwichtig ist auch, welcher Begriff für die in Rede stehende Absprache verwandt wird, es kommt in erster Linie auf die Gesamtheit der jeweiligen Umstände an.[705]

Die weite Auslegung betrifft aber in jedem Fall auch die inhaltliche Ausgestaltung von Abreden. Im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV wird zunächst nicht zwischen vertikalen und horizontalen Vereinbarungen[706] unterschieden, so dass auch bloße Austauschverträge[707], jegliche Form von Vergleichen[708] und Satzungen[709] hierunter fallen

---

699 Kommission, Abl. 1973 L 293/40 (43), „Deutsche Philips“; Abl. 1979 L 16/9, (16), „Kawasaki“.

700 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 81.

701 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 81.

702 Kommission, Abl. 1972 Nr. L 22/16, (22), Rn. 7, „NCH”; ABl. 1977, Nr. L 39, 19 (23), „Theal/Watts”; Abl. 1989 Nr. L 74/1 (11), „PVC”; Abl. 1989 Nr. L 74/21, (32), „LDPE“; ABl. 1989 Nr. L 33/41, (61), Rn. 7 „Flachglas“; Abl. 1991, Nr. L 287/39 (42), Rn. 22 „Viho/Toshiba“.

703 Kommission, Abl. 1978, Nr. L 224/20 (37 f.), Rn. 78 „FEDETAB“; Abl. 1987, Nr. L 7/27, (31), Rn. 36 „Association Belge des Banques“; EuGH, Rs. 107/82 „AEG-Telefunken“ Slg. 1983, 3151 (3195).

704 EuGH Rs. 209-215 sowie 218/78, Slg. 1980, 3125 (3249 ff.), „Van Landewijk“; SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 39ff.

705 SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 39ff.; Mailänder, in GK, Art. 85 Rn. 7 a.E.

706 EuGH Rs. 56/65, Slg. 1966, 281 (302 f.) „LTM/MBU“; Weiß, in Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV, Rn. 47.

707 EuGH Rs. 42/84, Slg. 1985, 2545, Rn. 17 „Remia”.

708 EuGH Rs. 65/86, Slg. 1988, 5249, Rn. 15 „Bayer u.a./Süllhöfer“.

709 EuGH Rs. C-250/92, Slg. 1994-I, 5641, Rn. 23 „DLG”.

können. Fest steht, dass dieses Tatbestandsmerkmal innerhalb von Art. 101 Abs. 1 AEUV auf horizontale wie vertikale Vereinbarungen zunächst in gleichem Maße Anwendung findet.[710]

Nicht ganz unumstritten ist die Frage, welchen Grad von Verpflichtung eine Vereinbarung gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV beinhalten muss. Die Rechtsprechung hielt von jeher weder eine rechtliche[711] noch eine moralische oder tatsächliche Verpflichtung für erforderlich, so dass stets auch sog. gentlemen's agreements[712] unter den Begriff fielen. Auch die Kommission[713] scheint sich mittlerweile[714] dieser Argumentation vollständig angeschlossen zu haben. Teile des Schrifttums[715] hielten bislang an der Rechtsverbindlichkeit als Voraussetzung einer Vereinbarung fest. Für die Praxis dürfte die Frage letztlich wenig Bedeutung haben, da die strittigen Fälle im Rahmen von gentlemen's agreements in jedem Fall über das Merkmal der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen aufgefangen werden können.[716] Auch die Einklagbarkeit von Absprachen wird nicht für erforderlich gehalten, so dass auch Naturalobligationen Vereinbarungen im Sinn von Art. 101 Abs. 1 AEUV sein können.[717] Bloße Absichtserklärungen[718] sollen jedoch nicht ausreichend sein.

---

710 Gippini-Fournier, in L/M/R, Band 1, Art. 81 Abs. 1, Rn. 84.

711 EuGH Rs. C-277/87, Slg. 1990-I, 45, Rn. 12 „Sandoz".

712 EuGH Rs. T-141/89, Slg. 1995-II, 791, Rn. 96 „Tréfileurope".

713 Kommission, Entscheidung v. 23.4.1986, Abl. 1986, Nr. L 230, S. 1, Rn. 81 „Polypropylen".

714 In früheren Entscheidungen hielt sie noch an dem Vorliegen zumindest einer faktischen Verpflichtung fest: Kommission, Entscheidung v. 29.11.1974, Abl. 1974, Nr. L 343/19 (24), „Kugellager".

715 Schröter, in GTE, EU-/EGV, Art. 85, Rn. 41 u. 43; a.A. Emmerich, S. 26f.; differenzierend Gleiss/Hirsch, EGKartR, Art. 85 I, Rn. 74.

716 Weiß, in Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV, Rn. 48.

717 EuGH Rs. 45/69, Slg. 1970, 769 (803), „Chinin-Boehringer"; SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 42.

718 Bellamy/Child, European Community Law of Competition, Rn. 2-016 unter Bezugnahme auf die Entscheidung des EFTA-Gerichtshofs in Jaeger/Opel Norge, E-3/97 – Rep. 1999, 1 Rn. 38.

Zu beachten ist jedoch, dass die vor allem in anglo-amerikanischen Rechtssystemen verbreiteten Abreden in Form eines letter of intent (LOI) oder memorandum of understanding (MOU) oft nach den Maßstäben des kontinentaleuropäischen Zivilrechts bereits einklagbare Verträge sein können oder zumindest als vorvertragliche Schuldverhältnisse gewertet werden müssen. Letztlich müssen auch für derartige Absprachen die zuvor erörterten Grundsätze gelten, dass der Begriff der Vereinbarung anhand der Maßstäbe des Gemeinschaftsrechts zu messen ist und dass es im Ergebnis auf den Inhalt einer Abrede und nicht auf die von den Parteien selbst gewählte Terminologie ankommt.

Im Gegensatz zum Begriff der Vereinbarung steht der Begriff der einseitigen Maßnahmen[719], die allenfalls unter dem Aspekt von Art. 102 Abs. 1 AEUV von Relevanz sein können.[720] Dies gilt auch für die Einflussnahme von staatlichen Stellen mit hoheitlichen Mitteln auf Unternehmen.[721] Allerdings wurden in bestimmten Ausnahmefällen auch offensichtlich einseitige Maßnahmen eines Herstellers in Bezug auf dauerhafte Beziehungen zu seinen Großhändlern als Vereinbarungen eingestuft.[722]

Die Tatsache, dass einem Unternehmen die theoretische Möglichkeit der Einflussnahme versagt bleibt, lässt dennoch nicht das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung entfallen. Daher fallen auch Musterverträge[723] und allgemeine Geschäftsbedingungen[724] unter dieses Tatbestandsmerkmal. Sogar die Zustimmung zu einem Rundschreiben soll als Vereinbarung[725] gelten.[726]

---

719 Ein übersichtlicher Abriss über die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH und des EuG findet sich bei Wertenbruch, EWS 2004, 145 (146 f.).

720 Weiß, in Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV, Rn. 49.

721 SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 44.

722 Gippini-Fournier, in L/M/R, Band 1, Art. 81 Abs. 1, Rn. 86; EuGH Rs. 32 u. 36-82/78, Slg. 1979, 2435 Rn. 28 ff. „BMW-Belgium".

723 Kommission, Abl. 1992, Nr. L 12/24 (28), „Yves St. Laurent".

724 EuGH Rs. C-215 u. 216/96, Slg. 1999-I, S. 135 „Bagnasco".

725 EuGH Rs. 32 u. 36-82/78, Slg. 1979, 2435 (2476), „BMW-Belgium".

726 kritisch bis ablehnend zu der weiten Einbeziehung von einseitigen Maßnahmen unter den Begriff der Vereinbarung Dauses-Emmerich, H.I., § 1, Rn. 78; Gleiss/Hirsch, Art. 85 I, Rn. 91.

Der Europäische Gerichtshof [727] hat jedoch klargestellt, dass das kumulative Zusammenwirken einer an sich wettbewerbsneutralen Vertikalvereinbarung und einer daneben auferlegten wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme des Lieferanten allein noch keinen tauglichen Nachweis für eine nach Art. 101 Abs. 1 AEUV verbotene Vereinbarung darstellt.[728] Damit widersprach er ausdrücklich der Ansicht[729] der Kommission, die in der faktischen Verkürzung von Lieferkontingenten durch einen Pharmahersteller gegenüber den Bestellmengen der Großhändler in einzelnen Ländern zwecks Verhinderung von Parallelimporten noch eine taugliche Vereinbarung erblickt hatte. Die genauen Folgen dieser Entscheidung[730] sind noch nicht absehbar, zumal sich die Entscheidung selbst in der Tradition anderer Entscheidungen[731] sieht, die aber im Ergebnis eine Vereinbarung bejahten. Sicher kann man in der Entscheidung einen Auftrag an die Kommission herauslesen, bei künftigen Fällen saubere Tatbestandsfeststellungen über den tatsächlichen Nachweis einer wie auch immer gearteten stillschweigenden Vereinbarung zu treffen. In den zitierten Fällen vor „Adalat“ war dies weniger ein Problem, weil das von den Herstellern erstrebte Anliegen sich nur im Zusammenspiel mit den Händlern verwirklichen ließ. Bei „Adalat“ hingegen wollte der Hersteller durch die Liefermengenkürzung eine Täuschung durch die Großhändler vereiteln. Weiterhin wird darauf hingewiesen, dass es im Fall „Adalat“ auch an einer Aufforderung zu einer wettbewerbswidrigen Handlung fehlte.[732] Insofern erscheint es nur logisch und konsequent, wenn eine höhere Nachweispflicht an das Vorliegen einer weder schriftlich noch mündlich fixierten Vereinbarung geknüpft wird.

---

727 EuGH Rs. C-2/01 P u. C/03 P, Slg. 2004-I, 23, Rn. 12 „Adalat”.

728 Dem zustimmend Wertenbruch, EWS 2004, 145 (149).

729 Kommission, Abl. 1996, Nr. L 201/1, „Bayer”.

730 Gippini-Fournier, in L/M/R, Band 1, Art. 81 Abs. 1, Rn. 92; Kamann/Bergmann, EWS 2004, 151 (155).

731 EuGH, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151 (3195) „AEG-Telefunken“; EuGH, Rs. 26/84, Slg. 1985, 2725 „Ford II”; EuGH Rs. C-277/87, Slg. 1990-I, 45, Rn. 12 „Sandoz”.

732 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 91.

**b) Beschlüsse**

Soweit der Normadressat von Art. 101 Abs. 1 AEUV eine Unternehmensvereinigung ist, kann ein Verstoß gegen die Vorschrift nur in Frage kommen, wenn ein Beschluss gefasst wurde. Beschlüsse regeln die Rechtsbeziehungen zwischen dem organisationsrechtlich zuständigen Organ und den Adressaten eines Beschlusses, wobei dies aber auch mittels eines bereits bestehenden Gesamtrechtsakts erfolgen kann.[733]

Uneinheitlich beantwortet wird die Frage, welchen Grad von Bindungswirkung ein Beschluss entfalten muss. Unbestritten ist, dass sowohl rechtliche als auch faktische Bindungswirkungen ausreichen.[734] Ein Teil des Schrifttums[735] geht jedoch auch im Fall einer bloßen unverbindlichen Empfehlung von einem Beschluss im Sinn von Art. 101 Abs. 1 AEUV aus. Jüngere Entscheidungen der Gemeinschaftsorgane äußern sich hierzu nicht ganz eindeutig, sie werden jedoch dahingehend interpretiert, dass auf das Kriterium der Verbindlichkeit weniger großen Wert gelegt wird.[736] Ebenso wie bei dem Begriff der Vereinbarung gilt aber, dass im Zweifel eine Maßnahme durch den Begriff der abgestimmten Verhaltensweise in jedem Fall aufgefangen werden kann.

**c) Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen**

Die Erfassung von aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Rahmen des Verbots von Art. 101 Abs. 1 AEUV wird gemeinhin als Auffangtatbestand gesehen.[737] Der Begriff umfasst quasi jedwede Art von kooperativer Aktivität durch Unternehmen,

---

733 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 103.

734 SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 48; Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 104; Weiß, in Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV, Rn. 57.

735 FK-Roth/Ackermann, Grundfragen Art. 81 Abs. 1, Rn. 108.

736 SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 48; Weiß, in Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV, Rn. 57f.

737 Gleiss/Hirsch, Art. 85 EGV, Rn. 90; Grill, in Lenz, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 5; SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 50; Brinker, in Schwarze, Art. 101 AEUV, Rn. 35.

bei denen es sich nicht um eine Vereinbarung handelt.[738] Nach einer gängigen Definition des Europäischen Gerichtshofs versteht man unter einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise eine Koordinierung zwischen Unternehmen, die bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt.[739]

Die angesprochene Koordinierung bedarf keines Plans.[740] Das Verbot von aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen umfasst aber nicht das sog. autonome Parallelverhalten von Unternehmen. Die Abgrenzung erfolgt hier mittels der Formel des Selbstständigkeitspostulats. Danach hat jedes Unternehmen eigenständig zu entscheiden, welche Politik es auf dem Gemeinsamen Markt betreiben möchte.[741] Das Selbstständigkeitspostulat verbietet daher jede Form von unmittelbarem oder mittelbarem Austausch von sensiblen Informationen und die Fühlungnahme zwischen den Unternehmen über ein zukünftiges Marktverhalten mit dem Ziel die diesbezügliche Ungewissheit einzuschränken.[742]

Obwohl die klassischen Fälle von aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen naturgemäß in Konstellationen mit horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen auftauchen, kommen diese gelegentlich auch im Vertikalverhältnis[743] vor. Sie sind im Regelfall so konstruiert, dass zu einer existierenden Vereinbarung noch eine Verhaltensabstimmung hinzutritt.[744]

---

738 Gippini-Fournier, in L/M/R, Band 1, Art. 81 Abs. 1, Rn. 95.

739 EuGH Rs. 40 u.a. /73, Slg. 1975, 1663 Rn. 126 ff. „Europäische Zuckerindustrie“; Rs. 172 /80, Slg. 1981, 2021, Rn. 12 „Züchner/Bayerische Vereinsbank“.

740 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 109; Weiß, in Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV, Rn. 64.

741 EuGH Rs. 40 u.a. /73, Slg. 1975, 1663, Rn. 173 f. „Europäische Zuckerindustrie“; Rs. 172 /80, Slg. 1981, 2021, Rn. 13 „Züchner/Bayerische Vereinsbank“.

742 EuGH Rs. C-7 /95 P, Slg. 1998-I, 3111 (3163), Rn. 88 „John Deere“; SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 52; Weiß, in Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV, Rn. 66.

743 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 126 mit Nachweisen aus der Entscheidungspraxis der Kommission.

744 EuGH Rs. 100-103 /80, Slg. 1983, 1825 (1897), „Musique Diffusion Francaise”.

Der Nachweis, dass tatsächlich eine verbotene Verhaltensabstimmung und nicht etwa ein autonomes Parallelverhalten vorliegt, erweist sich in der Praxis vielfach als schwierig. Oftmals lässt sich ein direkter Beweis[745] nicht führen, daher spielt der Indizienbeweis eine wichtige Rolle. Parallelverhalten kann vornehmlich dann ein Anhaltspunkt für eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise sein, wenn das entsprechende Verhalten nicht den üblichen Wettbewerbsbedingungen entspricht und insbesondere nicht mit einem Marktzwang erklärt werden kann.[746] Für den Vergleich mit normalen Marktbedingungen können ökonomische Erfahrungssätze herangezogen werden.[747]

### d) Empfehlungen

Anders als im deutschen Kartellrecht kennt das Europäische Recht kein generelles Empfehlungsverbot.[748] Daraus lässt sich aber mitnichten folgern, dass alles, was als Empfehlung gehandelt wird, kartellrechtlich auch wirklich unbedenklich ist. Sofern sich die Empfänger einer Empfehlung rechtlich zu deren Befolgung binden, die Nichtbefolgung in irgendeiner Form wirtschaftlich, gesellschaftlich oder moralisch sanktioniert wird oder derart in einem Vertragswerk eingebunden ist, dass von einer Befolgung auszugehen ist, kann man durchaus von einer Vereinbarung im Sinn von Art. 101 Abs. 1 AEUV sprechen.[749]

---

745 Beispiele aus der Praxis der Kommission für einen direkten Beweis bei SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 70.

746 EuGH Rs. 48 /69, Slg. 1972, 619, Rn. 64 ff. „ICI“; Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 113.

747 Schröter, in GTE, EU-/EGV, Art. 85, Rn. 72.

748 Bunte, FS für Everling, 163 ff.

749 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 135.

Besondere Probleme in diesem Zusammenhang können die sog. Richtpreise[750] aufweisen. Die kollektive Vereinbarung nimmt den Marktteilnehmern die Unsicherheit darüber, welche Preispolitik die Konkurrenz fahren wird.[751] Daher ist die Empfehlung von Richtpreisen nur zulässig, wenn sie nicht auf einer abgestimmten Verhaltensweise beruht und auch nicht dazu führen wird. Für die Abgrenzung zwischen einer erlaubten Verhaltensabstimmung und einer verbotenen abgestimmten Verhaltensweise im Rahmen von Richtpreisen kommt es jedoch nicht in erster Linie darauf an, ob der Richtpreis befolgt wurde, sondern ob eine die Risiken des Wettbewerbs ausschließende Koordinierung vorliegt.[752] Anhaltspunkte für einen Fall von verbotenen Richtpreisen liegen dann vor, wenn der Richtpreis erheblich über dem Durchschnittspreis liegt oder seine Nichtbefolgung mit entsprechenden Sanktionen belegt ist.[753]

### 3) Wettbewerbsbeschränkung

Als weiteres Element seines Tatbestands verlangt Art. 101 Abs. 1 AEUV, die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs zu bezwecken oder zu bewirken.

#### a) Umfang und Ausmaß des Wettbewerbsschutzes

Art. 101 AEUV als Generalklausel des Europäischen Wettbewerbsrechts hat sich ebenso wie § 1 a.F. und § 14 GWB a.F., die seinerzeit korrespondierenden Generalklauseln[754] im deutschen Kartellrecht, den Schutz des Wettbewerbs zum Ziel gesetzt. Daher ist dieser Begriff vorab einer genaueren Betrachtung zu unterziehen.

---

750 grundlegend zu dieser Thematik EuGH Rs. 161/84, Slg. 1986, 353 (382 f.) „Pronuptia".

751 EuGH, 17.10.1972, „VCH", Slg. 1972, S. 977, 990; Kommission, Abl. 1974, Nr. L 237/3, 9 „Belgische Tapeten".

752 Kommission, Abl. 1996, Nr. L 181/28 „FENEX".

753 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 139; Kommission, Abl. 1995, Nr. L 312/79 (85), „Stichting".

754 Nach Aufgabe der Trennung in vertikale und horizontale Wettbewerbsbeschränkungen durch die 7. GWB-Novelle gibt es nunmehr in § 1 GWB nur noch eine dem Art. 101 Abs. 1 AEUV nahezu wortgleiche Generalklausel.

**aa) Der Begriff des Wettbewerbs**

Auch das europäische Wettbewerbsrecht verzichtet im Gesetz auf eine Definition des Wettbewerbsbegriffs. Es wird hingenommen, dass es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, der anhand der Zielsetzungen des AEUV auszulegen ist.[755] Zur Konkretisierung ist insbesondere der 4. Satz der Präambel heranzuziehen.[756] Leitbild des Vertrags soll der redliche, unverfälschte Wettbewerb sein[757], der durch die Wettbewerbsregeln des Gemeinschaftsrechts zu schützende Wettbewerb ist der wirksame Wettbewerb (auch *workable competition* oder *concurrence effective*).[758] Trotz der Konkretisierung des Wettbewerbsbegriffs durch die Gemeinschaftsorgane hat sich bis zum heutigen Tag keine allgemein gültige Definition herauskristallisiert. Fest steht lediglich, dass der Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit für alle Wirtschaftsstufen und für alle Erscheinungsformen des Wettbewerbs gilt.[759] Dabei ist der Preiswettbewerb ein wichtiger, allerdings bei weitem nicht der einzige relevante Faktor.[760] Vielmehr wird der Wettbewerb als die Summe der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheiten der Unternehmen auf dem Markt angesehen.[761] Daraus soll aber nicht gefolgert werden können, dass jede Beschränkung einer solchen Freiheit auch eine Wettbewerbsverfälschung gemäß Art. 101 AEUV nach sich zieht.[762] Die Vorschrift gilt allerdings dort nicht, wo Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen einen unlauteren oder nicht leistungsgerechten Wettbewerb zu verhindern gedenken, da das Schutzgut von Art. 101 AEUV allein der redliche Wettbewerb ist.[763] Was hierunter zu verstehen ist, richtet sich wiederum nach den Zielsetzungen des Vertrags.[764]

---

755 EuGH Rs. 209 bis 215 und 218/78, Slg. 1980, 3125 „Van Landewyck".

756 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 145.

757 Schröter, in GTE, EU-/EGV, Art. 85, Rn. 100.

758 EuGH Rs. 26/76, Slg. 1977, 1875 (1904), „Metro/SABA I".

759 EuGH Rs. 56 u. 58/64, Slg. 1966, 321 (387), „Grundig/Consten".

760 EuGH Rs. 75/84, Slg. 1986, 3021 (3086), „Metro/SABA II".

761 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 145.

762 Schröter, in GTE, EU-/EGV, Art. 85, Rn. 103.

763 EuGH Rs. 32/65, Slg. 1966, 457 (483), „Italienische Klage".

764 Siehe zum Schutzgut Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 149.

**ba) Spielarten des Wettbewerbs**

Ungeachtet der fehlenden Definition des Wettbewerbsbegriffs hat die Praxis der Gemeinschaftsorgane aber im Lauf der Zeit Unterteilungen des Wettbewerbs in seine verschiedenen Erscheinungsformen vorgenommen, die vielfach den uns bekannten Unterscheidungsformen des Wettbewerbs nach dem GWB ähnlich sind.

**(1) Horizontaler und vertikaler Wettbewerb**

Die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH lässt an sich keinen Zweifel daran aufkeimen, dass die Regelung des Art. 101 Abs. 1 AEUV, die den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt auf allen Wirtschaftsstufen umfassend schützen will, unterschiedslos für horizontale wie vertikale Wettbewerbsbeschränkungen Anwendung finden soll.[765] Begründet wird dies vor allem damit, dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen meist die Wahlmöglichkeiten von Verbrauchern einschränken.[766] Weiterhin wird angeführt, dass sich die Grenzen zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen gerade in Austauschverträgen mehr und mehr verwischen.[767] Dieses Auslegungsverständnis wurde anfangs nicht von allen Mitgliedsstaaten geteilt. Dies galt insbesondere für die Mitgliedsstaaten, deren nationale Wettbewerbsregeln für vertikale Beschränkungen bestimmte Sonderregelungen vorsahen. Neben Italien zählte hierzu bis zur 7. GWB-Novelle vor allem Deutschland, das vertikale Wettbewerbsbeschränkungen mit Ausnahme der Bindung von Preisen und Geschäftsbedingungen allenfalls einer Missbrauchsaufsicht unterstellte.[768] Auch wenn sich im europäischen Wettbewerbsrecht, anders als seinerzeit im GBW, eine Trennung zwischen

---

765 EuGH Rs. 32/65, Slg. 1966, S. 457 (485), „Italienische Klage“; Rs. 56 u. 58/64, Slg. 1966, 321 (322), „Grundig/Consten“; Rs. C-266/93, Slg. 1995-I, 3477 „VAG-Leasing“; Rs. C-70/93, Slg. 1995-I, 3439 „BMW/ALD Autoleasing“.

766 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 158.

767 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 159.

768 Rütters, 11 ff. geht auf die vergeblichen Versuche der deutschen und italienischen Regierung in den Verfahren EuGH Rs. 32/65, Slg. 1966, S. 457 (485), „Italienische Klage“ bzw. EuGH Rs. 56 u. 58/64, Slg. 1966, 321. (322), „Grundig/Consten“ ein, die EU-Organe zu einer weniger restriktiven Auslegung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen zu bewegen.

horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen nie unmittelbar aus dem Primärrecht ergab, so scheint doch eine vollständige Gleichbehandlung zwischen diesen beiden Spielarten der Wettbewerbsbeschränkung auch im EU-Wettbewerbsrecht zumindest nach heutigem Verständnis nicht durchzuhalten zu sein. Gerade die Existenz der VGVO, die ja ihrerseits wiederum einen sachlichen Anwendungsbereich für den Umfang der Freistellung definieren muss, mag für diese Auffassung als Beleg herhalten.[769]

### (2) Aktueller und potentieller Wettbewerb

Nach ganz herrschender Ansicht schützt Art. 101 Abs. 1 AEUV neben dem aktuellen auch den potentiellen[770] Wettbewerb.[771] Aufgrund der Konzeption der Vorschrift als Gefährdungstatbestand soll sie nicht nur eine bereits eingetretene, sondern auch eine künftig mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintretende Wettbewerbsbeschränkung unterbinden helfen.[772] Sieht ein Unternehmen von einem bestimmten Verhalten aufgrund einer Art. 101 Abs. 1 AEUV unterfallenden Maßnahme ab, so liegt dann ein Kartelltatbestand vor, wenn das Unternehmen im Rahmen einer wirtschaftlich realistischen Betrachtungsweise zum Markteintritt als Mitbewerber fähig war.[773]

---

769 Noack, 130 ff. beschreibt, wie die EU-Organe von ihrer ursprünglichen Auffassung, nach der vertikale Wettbewerbsbeschränkungen keine Sonderbehandlungen erfahren sollten, schrittweise abgerückt sind.

770 SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 73; Emmerich, in I/M I, Art. 81 Abs. 1, Rn. 157 ff..; Stockenhuber, in Grabitz/Hilf, Art. 101 AEUV, Rn. 134.; FK-Roth/Ackermann, Kommentar Art. 81 Abs. 1 – Grundfragen, Rn. 168 ff.; Bellamy/Child, European Community Law of Competition, Rn. 2-102; Ritter/Braun/Rawlinson, European Competition Law, 98.

771 EuGH Rs. 6/72, Slg. 1973, 215 (249 f.), „Continental Can"; EuG Rs. T-34/92, Slg. 1994-II, 905 (950), „Fiatagri".

772 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 163f.

773 SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 75 ff.

**b) Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung**

Die Verbotsnorm des Art. 101 Abs. 1 AEUV setzt eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs voraus. Diese drei Begriffe bilden somit gleichwertige Formen der Wettbewerbsbeschränkung, so dass eine genaue Unterscheidung letztlich entbehrlich ist.[774] Dennoch soll nachfolgend eine kurze Definition der drei Begrifflichkeiten zum besseren Verständnis gegeben werden.

**ab) Allgemeines**

Die Verhinderung des Wettbewerbs besteht in dessen vollständiger Ausschaltung.[775] Fallkonstellationen, bei denen Unternehmen durch eine nach Art. 101 Abs. 1 AEUV verbotene Verhaltensweise jeglichen potentiellen Wettbewerb auszuschalten vermögen, dürften jedoch nur in äußersten Ausnahmefällen vorkommen.[776]

Das Tatbestandsmerkmal der Einschränkung ist nach der ständigen Praxis des Gerichtshofs erfüllt, wenn eine Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsmöglichkeiten aller oder einzelner Beteiligter vorliegt, die sich über eine unternehmerische Maßnahme i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV verständigen.[777] Im Einklang mit der grundsätzlichen Auslegung des Begriffs der Vereinbarung ist weder eine rechtliche noch eine faktische Einschränkung nötig, vielmehr kann das Tatbestandsmerkmal der Einschränkung selbst bei unverbindlichen Koordinierungshandlungen[778] erfüllt sein.

Weiterhin ist es hinreichend für den Tatbestand der Einschränkung, wenn nur die Handlungsmöglichkeiten eines einzelnen an der Maßnahme beteiligten Unternehmens

---

774 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 172.

775 Emmerich, in I/M I, Art. 81 Abs. 1, Rn. 149.

776 Ein solcher Ausnahmefall findet sich bei EuGH Rs. 61/80, Slg. 1981, 851 „Cooperative Stemselen Kleuselfabriek".

777 EuGH Rs. C-306/96, Slg. 1998-I, 1983, Rn. 13 „Javico/YSL"; EuGH Rs. C-70/93, Slg. 1995-I, 3439, Rn. 19 „BMW/ALD"; EuGH Rs. 86/82, Slg. 1984, 883, Rn. 46 „Hasselbad".

778 Stockenhuber, in Grabitz/Hilf, Art. 101 AEUV, Rn. 122.

beeinträchtigt werden. Diese Konstellation dürfte besonders häufig bei vertikalen Abreden anzutreffen sein. Meist stellen derartige Abreden auch eine Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsmöglichkeiten Dritter dar, was die Frage der wettbewerbsrechtlichen Relevanz von Außen- und Drittwirkungen im Europäischen Wettbewerbsrecht aufwirft.[779] Aufgrund der weiten Definition des Merkmals der Einschränkung sind kaum Fälle denkbar, bei denen nicht zugleich eine Innen- und Außenwirkung vorliegt.[780] Eine vergleichbare Thematik wurde bereits im Zusammenhang mit der Darstellung der Rechtslage des früheren deutschen Kartellrechts erörtert. Es ging dabei um die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Beschränkung von Drittwettbewerb nach der 6. GWB-Novelle unter § 1 GWB a.F. gefasst werden kann. Aufgrund der Tatsache, dass Art. 101 Abs. 1 AEUV anders als § 1 GWB a.F. einen Generaltatbestand gegen jegliche Formen von Wettbewerbsbeschränkungen bildet, ist die Problematik aber nicht vollständig vergleichbar. Art. 101 Abs. 1 AEUV kann daher im Fall der Beschränkung von Drittwettbewerb[781] auch dann erfüllt sein, wenn die beteiligten unternehmerisch tätigen Rechtssubjekte nicht miteinander im Wettbewerb stehen.

Überwiegend wird gefolgert, dass die Terminologie von der „Verfälschung“ des Wettbewerbs unter Einbeziehung der „Einschränkung“ und der „Verhinderung“ als Oberbegriff zu sehen ist.[782] Die vereinzelt vertretene Auffassung[783], wonach dem Verfälschungsbegriff eine eigenständige Bedeutung zukommen soll, wird von der überwiegenden Ansicht in der Literatur abgelehnt.[784]

---

779 Für deren Berücksichtigung: Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 175ff, 179.; FK-Roth/Ackermann, Kommentar Art. 81 Abs. 1 EGV – Grundfragen, Rn. 165.

780 So zutreffend Stockenhuber, in Grabitz/Hilf, Art. 101 AEUV, Rn. 122.

781 SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 73, nennt ausdrücklich den Drittwettbewerb als Schutzgut von Art. 101 Abs. 1 AEUV.

782 Gleiss/Hirsch, Art. 85, Rn. 118; Müller-Graff, in Hailbronner/Klein/Magiera, Art. 85 Rn. 77; Schröter, in GTE, EU-/EGV, Art. 85, Rn. 103.

783 Emmerich, in I/M I, Art. 81 Abs. 1, Rn. 152.

784 Müller-Graff, in Hailbronner/Klein/Magiera, Art. 85, Rn. 77; Stockenhuber, in Grabitz/Hilf, Art. 101 AEUV, Rn. 123.

**bb) Praxis der Gemeinschaftsorgane**

Für die Praxis ist eine genaue Abgrenzung der zuvor aufgezählten Begrifflichkeiten unerheblich.[785] Das Fehlen einer klaren Definition des Wettbewerbs setzt sich auch bei dem Begriff der Wettbewerbsbeschränkung fort.[786] Stattdessen verfolgen die Gemeinschaftsorgane eine einzelfallorientierte Betrachtungsweise, die sich entweder an der Vergleichbarkeit des beanstandeten Verhaltens an einem der in lit. a) bis e) ausdrücklich aufgeführten Regelbeispiele orientiert[787] oder die Rechtsnatur sowie die möglichen negativen Auswirkungen[788] der beanstandeten Verhaltensweise kritisch beleuchtet. So wird danach gefragt, wie der Wettbewerb ohne die entsprechende Vereinbarung dastünde.[789] Damit gelangen sowohl der Europäische Gerichtshof als auch die Kommission zu einer weiten Auslegung der Wettbewerbsbeschränkung. Bei der Analyse des Maßnahmezwecks und der Maßnahmewirkung ist stets der wirtschaftliche und rechtliche Gesamtzusammenhang zu berücksichtigen. Dabei sind insbesondere Kriterien wie Art und Menge der betroffenen Erzeugnisse, die Marktstellung der Beteiligten sowie die Transparenz des betroffenen Markts, insbesondere seine Offenheit für Dritte, mit in Betracht zu ziehen. Nicht unerheblich ist schließlich auch die Frage, inwieweit eine Vereinbarung in ein Vertragsnetz gleichartiger Vereinbarungen eingebunden ist oder für sich isoliert steht.[790] Allerdings reicht die bloße Existenz eines solchen Bündels von Verträgen ohne die Berücksichtigung anderer Faktoren allein noch nicht aus, um eine Wettbewerbsbeschränkung zu bejahen.[791]

---

785 SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 79.

786 Weiß, in Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV, Rn. 77f.

787 EuGH Rs. 73/74, Slg. 1975, 1491, Rn. 10 u. 12 „Papiers Peints“.

788 EuGH Rs. 209-215 u. 218/78, Slg. 1980, 3125, Rn. 93, 123 u. 155 „Van Landewyck“; Kommission, Abl. 1974, Nr. L 343/19 (25), „Kugellager“.

789 EuGH Rs. 56/65, Slg. 1966, 281 (304) „LTM/MBU“; Rs. 56 u. 58/64, Slg. 1966, 321 (391); EuG Rs. T-34/92, Slg. 1994-II, 905, Rn. 49 „Fiatagri“; Kommission, Abl. 1973, Nr. L 140/17 (31), „Zucker“.

790 EuGH Rs. 23/67, Slg. 1967, 544 „Brasserie de Haecht I“.

791 EuGH Rs. C-234/89, Slg. 1991-I, 935, Rn. 14 u. 20 “Delimitis/Henninger Bräu“.

### cb) Der „more economic approach“

#### (1) Neues Wettbewerbskonzept

##### (a) Optimale Allokation der Ressourcen und Produktionsfaktoren

Jedenfalls bei einer Mehrheit konkurrierender Anbieter entscheidet der Verbraucher im Idealfall mit seiner Wahl für ein bestimmtes Produkt auch darüber, *wer* dieses Produkt herstellen soll. Der Verbraucher trifft mit seiner Entscheidung eine Aussage darüber, unter wessen Regime bzw. - bildlich gesprochen - in wessen Händen das Produkt vergleichsweise am besten hergestellt wird. Mit seiner Entscheidung für ein bestimmtes Produkt steuert der Verbraucher auch die Faktorallokation. Die Entscheidung sollte im Idealfall zu Gunsten des Produktes ausfallen, das unter maximal effizienten Einsatz der Produktionsfaktoren bzw. der herstellungsnotwendigen Ressourcen entstanden ist. Damit diese Funktion vollständig gewährleistet ist, muss der Preis möglichst „authentisch“ sein: Der Preis muss die tatsächlich vorgefundene Nachfrage sowie die dem Produkt entgegengebrachte Wertschätzung möglichst realitätsnah abbilden. Kommt es zu Preisabsprachen, ist nicht nur die Evaluationsfunktion des Verbrauchers gestört, weil dessen Entscheidungsgrundlage - der unter den Bedingungen freien Wettbewerbs entstandene Preis - nicht mit der tatsächlichen Wertschätzung des Produktes korreliert. Es kann vielmehr auch der Fall sein, dass die betriebswirtschaftlich wie volkswirtschaftlich anzustrebende optimale Allokation der Ressourcen bzw. Produktionsfaktoren gestört ist. Das Wettbewerbsrecht trägt insoweit zur volkswirtschaftlich optimalen Allokation der betrieblichen Ressourcen bei und ermöglicht dadurch Wohlfahrtsgewinne zu Gunsten des Verbrauchers und der Allgemeinheit. Namentlich die Begründer der sog. Chicago School postulierten als Vertreter der Law & Economics-Bewegung eine differenzierte Sicht, die weniger den Schutz der Unternehmen und ihrer Handlungsfreiheit als vielmehr die allgemeine Konsumentenwohlfahrt und den Schutz des (End-) Verbrauchers in den Vordergrund stellt.[792] Dieser Ansatz resultierte in einer sehr viel mehr an den ökonomischen Wirkungen ausgerichteten Analyse wettbewerbs-

---

792 Vgl. *Schwarze-Brinker*, EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 9, 40.

beschränkender Vereinbarungen: Die tatsächlichen Auswirkungen wurden durch ökonomische Untersuchungen und in letzter Zeit durch ökonomische Modellanalysen ermittelt.[793]

**(b) Neues europäisches Wettbewerbskonzept**

Die Europäische Kommission übernahm den Ansatz der Law & Economics-Bewegung bereits Ende der Neunziger Jahre des vorigen Jahrhunderts bei der Revision der Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO) und anschließend im Rahmen der Generalreform der Anwendung des europäischen Kartellrechts durch das Weißbuch[794] und die im Dezember 2002 erlassene Verordnung VO (EG) Nr. 1/2003[795].[796] Nach dem Willen der Kommission sollte an Stelle des bis dahin verfolgten verhaltensorientierten Ansatzes fortan die sorgfältige und umfassende Analyse der tatsächlichen Wirkungen von Vereinbarungen und Verhaltensweisen stärker im Vordergrund stehen.[797] Der Paradigmenwechsel zu einem „more economic approach" führte dazu, dass das Schutzgut des europäischen Kartellrechts nicht nur, möglicherweise nicht einmal mehr in erster Linie der Schutz des Binnenmarktes und die Erhaltung der Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer ist.[798] Vielmehr steht nunmehr auch im europäischen Wettbewerbsrecht der Schutz des Kunden und Endverbrauchers im Sinne einer allgemeinen Konsumentenwohlfahrt im Vordergrund.[799] Der neue Ansatz hat sich insbesondere in den Leitlinien über vertikale Vereinbarungen, den Leitlinien über horizontale Kooperation

---

793 Vgl. *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 9.

794 ABl. 1999 C 132/1; Das am 14.06.1985 von der Europäischen Kommission vorgelegte Weißbuch zur "Vollendung des Binnenmarktes" legt im Gegensatz zu den vorangehenden Ausarbeitungen konkret die wesentlichen und logischen Folgen des Gemeinsamen Marktes nieder, zusammen mit einem Aktionsprogramm für die Verwirklichung der diesbezüglichen Zielsetzung, vgl. *Streinz,* Europarecht, 2012, Rn. 906, 907.

795 ABl. 2003 L I/1.

796 Vgl. *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 9.

797 Vgl. *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 40.

798 Vgl. *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 9.

799 Vgl. *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 9.

sowie in weiteren Äußerungen der Kommission wie beispielsweise im Diskussionspapier über die Anwendung des Art. 102 AEUV niedergeschlagen.[800]

**(c) Suboptimale Wertschöpfung als Wettbewerbsbeschränkung**

Nach Maßgabe des „more economic approach" werden unter dem Begriff der „Wettbewerbsbeschränkung" deshalb solche Maßnahmen oder Zustände definiert, die bewirken, dass die Wertschöpfung kleiner ist, als sie den Umständen nach eigentlich sein könnte.[801] Als maßgebliche Ursachen einer nur suboptimalen Wertschöpfung werden klassische (stationäre) Monopolstellungen, nacktes Preiskartell, Markteintrittsbarrieren, vertikale Restriktionen, asymmetrische Informationen und externe Effekte genannt.[802] Allokationstheoretisch handelt es sich hier um Fälle des Marktversagens.[803]

Wo demgegenüber die betriebswirtschaftliche Wertschöpfung optimal ist, wird davon auch die Allgemeinheit profitieren. Eine Politik, die den Wettbewerb schützt, maximiert zugleich die gesellschaftliche Wohlfahrt: Wer den Wettbewerb um seiner selbst willen schützt, realisiert im Erfolgsfalle als Nebenprodukt ein gesellschaftliches Wohlfahrtsmaximum.[804] In betriebswirtschaftlicher Hinsicht trägt eine optimale Wertschöpfung zu guter Produktqualität, stabilen Beschäftigungsverhältnissen, wertschöpfungsgerechten Löhne und ansonsten guten Arbeitsbedingungen bei. Wirtschaftlich gesunde Unternehmen werden indessen nicht selten auch einen angemessenen Beitrag für das Gemeinwesen ab. Sie tragen dazu bei, die staatlichen Transferleistungen einzudämmen, indem sie den Beschäftigten über Lohnzahlungen und betriebliche Altersvorsorge eine eigenwirtschaftliche Existenz ermöglichen. Sie zahlen Steuern, die elementare Voraussetzung für die Gestaltung des Gemeinwesens und mitunter auch für den

---

800 Vgl. *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 40.

801 Vgl. *Schmidtchen,* WuW 2006, S. 6, 8.

802 Vgl. *Schmidtchen,* WuW 2006, S. 6, 8.

803 Vgl. *Schmidtchen,* WuW 2006, S. 6, 8.

804 Vgl. *Schmidtchen,* WuW 2006, S. 6, 8.

sozialen Frieden in einer Region sind. Nicht selten engagieren sie sich zudem in Stiftungen, die einen zusätzlichen Nutzen für das Gemeinwesen abwerfen. So ist es nicht verwunderlich, dass in der Theorie der Ökonomie, die Konsumenten als Eigentümer von Unternehmen und Monopolen sieht, *„consumer welfare“* und *„total welfare“* identisch sind.[805]

**(d) Effizienz als wirtschaftspolitisches Leitbild**

Im Gegensatz zur herkömmlichen Methode liegt dem „more economic approach“ vor dargestelltem Hintergrund ein antizyklischer Ansatz zu Grunde. Unter der Geltung einer Wirtschaftsverfassung, die das Konzept vom Wettbewerb zum Ordnungsprinzip der Marktwirtschaft erhebt, bedeutet jede staatlich sanktionierte Korrektur einer autonomen unternehmerischen Entscheidung einen Eingriff in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des Unternehmers.[806] Insbesondere die jüngeren, einem „more economic approach“ verpflichteten Reformen im europäischen Wettbewerbsrecht geben Anlass dazu, sich verstärkt mit der ökonomischen Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik zu befassen.[807] Indem stärker als bislang die Effizienz des Einsatzes von Produktionsfaktoren in den Vordergrund des Wettbewerbsrechts rückt, sollen letztlich die Immunität der Unternehmen und des Standortes gegenüber den Auswirkungen der Globalisierung gestärkt werden. Durch ihre Entscheidung für oder gegen ein bestimmtes Produkt entscheiden die Verbraucher insoweit auch über die Faktorenallokation innerhalb einer Volkswirtschaft. Eine optimale Faktorenallokation liegt grundsätzlich dann vor, wenn die verschiedenen Produktionsfaktoren möglichst effizient eingesetzt werden.

---

805 Vgl. *Schmidtchen*, WuW 2006, S. 6, 8.

806 Vgl. *Podszun*, WRP 2009, S. 509, 516.

807 Vgl. Köhler/Küpper/Pfingsten-*Glöckner*, Betriebswirtschaft, 2007, S. 1977, 1983; *Schmidtchen*, WuW 2006, S. 6, 6.

### (2) Strukturmerkmale des „more economic approach“

#### (a) Verstärkter Einsatz ökonomischer und ökonometrischer Messverfahren

Um in der Wettbewerbspolitik verwertbar zu sein, muss ein stärker wirtschaftswissenschaftliches Modell - *erstens* - das reale Phänomen adäquat theoretisch abbilden, - *zweitens* - auf operationalen Begriffen und Konzepten beruhen, - *drittens* - empirisch überprüfbar sein und - *viertens* - an die Entwicklungen der modernen Ökonomie anknüpfen.[808] Bei der Feststellung, ob von der Preisabrede eine Wettbewerbsbeschränkung ausgeht, fokussiert der „more economic approach“ vor dargestelltem Hintergrund im Gegensatz zur herkömmlichen Methode deren ökonomische (Aus-) Wirkungen im Einzelfall. Dabei gelangen neben ökonomischen insbesondere ökonometrische Messverfahren zum Einsatz,[809] die im zunehmenden Maße auch von der Europäischen Kommission[810] verwendet werden.[811] Der Ansatz, die administrativen Entscheidungen stärker mit ökonomischen Sachverstand zu unterfüttern und einen als unbefriedigend empfundenen Formalismus in der wettbewerbsrechtlichen Prüfung durch stärker wirkungsbasierte Fallanalysen abzulösen, prägt längst die Reformbemühungen auf den „klassischen“ Feldern der Wettbewerbspolitik und erfasst neben der Fusionskontrolle auch das Kartellverbot.[812] So strebt auch die Europäische Kommission danach, neben zu wenig begründbaren Prüfverfahren verstärkt auch verfeinerte ökonomische Kriterien zur Anwendung kommen zu lassen.[813] Unabhängig vom materiellen Gehalt der Forschung steht der „more economic approach“ steht in erster Linie für die gestiegene Bedeutung moderner wirtschaftswissenschaftlicher Forschung für die Rechtssetzung und Rechtsanwendung.[814] Nicht zuletzt die Europäische Kommission analysiert verstärkt die Auswirkungen des kartellrechtlich relevanten Verhaltens (*„effect based ap-*

---

808 Vgl. *Schmidtchen*, WuW 2006, S. 6, 7.

809 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*C.Becker/ Knebel*, Wettbewerbsrecht, 2008, § 36, Rn. 11; *Schwarze-Brinker*, EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 9, 40.

810 So in der Entscheidung vom 02.09.2003, GE/Instrumentarium, ABl. 2004/ L 109.

811 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*C.Becker/ Knebel*, Wettbewerbsrecht, 2008, § 36, Rn. 11.

812 Vgl. Oberender-*Oberender*, „more economic approach“, 2008, S. 1.

813 Vgl. Oberender-*Oberender*, „more economic approach“, 2008, S. 1.

814 Vgl. *Podszun*, WRP 2009, S. 509, 513.

*proach"*), wobei es zur Analysen der Marktfolgen einschließlich der ggf. erforderlichen Prognose kommt.[815] Unter wirtschaftswissenschaftlichen Gesichtspunkten wird spieltheoretisch analysiert, wie sich bestimmte Situationen auswirken, wobei unterschiedliche Verhaltensweisen der Marktakteure durchgespielt werden.[816]

**(b) Einzelfallbetrachtung**

In Abkehr vom bislang praktizierten Struktur-Verhaltens-Ergebnis-Paradigma lässt sich ein Trend zur Einzelfallanalyse ausmachen: An Stelle einer strikten Interpretation wird unter Verwendung von offenen Begriffen und Ausnahmeregeln verstärkt auf die besonderen Umstände des Einzelfalls, die Bedingungen der jeweiligen Branche und der beteiligten Unternehmen Rücksicht genommen.[817] Erforderlich erscheint eine umfassende Analyse der Auswirkungen, die einer *konkreten* Untersuchung des Einzelfalls gegenüber einer formalen per-se-Betrachtung Vorrang einräumt.[818]

**(c) Effizienzbetrachtung**

Unter der Prämisse, dass der Wettbewerb im Hinblick auf die Endprodukte nicht beeinträchtigt wird, können die aus der zu Grunde liegenden Abrede resultierenden Effizienzgewinne (*Efficiencies of Scale, Efficiencies of Scope*) die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen überwiegen und das wettbewerbsbeschränkende Verhalten rechtfertigen.[819]

---

815 Vgl. *Podszun*, WRP 2009, S. 509, 513.

816 Vgl. *Podszun*, WRP 2009, S. 509, 513 f.; Oberender-*Schwalbe*, „more economic approach", 2008, S. 11, 11; *Schmidtchen*, WuW 2006, S. 6, 7.

817 Vgl. *Podszun*, WRP 2009, S. 509, 514; Oberender-*Schwalbe*, „more economic approach", 2008, S. 129. 131.

818 Vgl. *Podszun*, WRP 2009, S. 509, 515.

819 Vgl. Köhler/Küpper/Pfingsten-*Glöckner*, Betriebswirtschaft, 2007, S. 1977, 1983.

In betriebswirtschaftlicher Hinsicht ist unter dem Begriff der Effizienz die Beurteilung der Beziehung zwischen der erbrachten Leistung und dem jeweiligen Ressourceneinsatz zu verstehen.[820] Es geht mithin um die interne Leistungsfähigkeit des Unternehmens, wobei insbesondere rationelle Abläufe und minimaler Ressourcenverbrauch im Vordergrund stehen.[821] Die Effizienz beschreibt ein (allgemeines) ökonomisches Prinzip, kann mit der Produktivität gemessen werden und steht im Gegensatz zur Effektivität, bei der es unter dem Gesichtspunkt der Zielerreichung darum geht, in welchem Ausmaß die geplanten Ziele auch tatsächlich erreicht worden sind.[822]

Der im Gegensatz zur konventionellen Methode stärkeren Berücksichtigung des Effizienzkriteriums liegt die Vermutung zu Grunde, dass Unternehmen die infolge einer effizienteren Ressourcenallokation erwirtschafteten Gewinne grundsätzlich an den Verbraucher weitergeben.[823] Die Maßstabsentscheidung für Effizienz und Verbraucherschutz ist dabei gegenüber den anderen Zielbestimmungen exklusiv: Der Mitbewerberschutz oder die Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen ist nach dem „more economic approach“ kein Maßstab des Wettbewerbsrechts.[824] Die im Gegensatz zur herkömmlichen Methode stärkere Indienststellung des Wettbewerbs zu Gunsten des Verbrauchers kommt in der jüngeren europäischen Rechtsprechung beispielsweise darin Ausdruck, dass das EuG in einem Re-Importfall das Vorliegen eines Kartellrechtsverstoßes verneint hat, da eine Schädigung des Endverbrauchers nicht nachzuweisen war.[825]

Bei der Ausfüllung des Effizienzbegriffs kommt es methodisch darauf an, dass überhaupt ein wirtschaftswissenschaftlicher Begriff zum inhaltlichen Kriterium des Rechts

---

820 Vgl. *Thommen/ Achleitner,* Betriebswirtschaftslehre, 2006, S. 110.

821 Vgl. *Thommen/ Achleitner,* Betriebswirtschaftslehre, 2006, S. 111.

822 Vgl. *Thommen/ Achleitner,* Betriebswirtschaftslehre, 2006, S. 111.

823 Vgl. *Podszun,* WRP 2009, S. 509, 514.

824 Vgl. *Podszun,* WRP 2009, S. 509, 514.

825 Vgl. *Podszun,* WRP 2009, S. 509, 514.

bestimmt wird.[826] Wenngleich ein Begriff vorzugswürdig erscheint, der im engen Bezug zur Wettbewerbsfreiheit steht, ist ebenso eine Effizienzanalyse denkbar, die auf konkrete Verbrauchervorteile abstellt.[827] Als unkontrovers gelten Verbesserungen der Effizienz, die zugleich die Rivalität im Markt fördern, so dass der Marktpreis konstant bleibt oder gar sinkt.[828] Dazu zählt zum einen die Erhöhung der Kostenheterogenität, mit der Folge, dass die Wahrscheinlichkeit koordinierter Effekte sinkt.[829] Dazu zählen des Weiteren Kostensenkungen etwa infolge von Unternehmenszusammenschlüssen, welche die Wettbewerbsposition kleiner Unternehmen gegenüber größeren Rivalen verbessern.[830] Zu nennen sind des Weiteren die Nutzung von „*economies of scale*“[831] und *„economies of scope“*, eine kostengünstigere Organisation des Einkaufs, die Verhinderung von destruktivem Wettbewerb (Rosinenpicken), die Erzeugung von Netzwerkeffekten (Standardisierung des Technologietransfers), die Schaffung neuer Produktvarianten und - last but not laest - die Verbesserung der Produktqualität.[832] Entsprechende Faktoren sollten auch dann Berücksichtigung finden, wenn sie von einem Steigen des Marktpreises begleitet sein sollten.[833] Es ist (dann) zu prüfen, ob die Effizienzsteigerung ausreicht, um den negativen Wohlfahrtseffekt auf Grund einer vergrößerten Preis-Grenzkosten-Relation zu kompensieren.

### (d) Fallgruppen

Als Fallgruppen, bei denen sich an Stelle der herkömmlichen Methode die Anwendung des „more economic approach“ anbietet, sind in erster Linie solche zu identifizieren,

---

826 Vgl. *Podszun*, WRP 2009, S. 509, 514.

827 Vgl. *Podszun*, WRP 2009, S. 509, 514.

828 Vgl. *Schmidtchen*, WuW 2006, S. 6, 14.

829 Vgl. *Schmidtchen*, WuW 2006, S. 6, 14.

830 Vgl. *Schmidtchen*, WuW 2006, S. 6, 14.

831 Vgl. Bechthold-*Bechthold*, GWB, 2006, § 2, Rn. 10: Effizienzvorteile, die sich bei der Zusammenführung von Unternehmen in allen unternehmerischen Funktionen ergeben können, betreffen insbesondere Kosteneinsparungen, die insbesondere aus Skalenvorteilen (economies of scale) resultieren können; *Kießwetter*, Übernahmen, 2008, S. 95.

832 Vgl. *Schmidtchen*, WuW 2006, S. 6, 14.

833 Vgl. *Schmidtchen*, WuW 2006, S. 6, 14.

die direkt auf die Korrektur von Marktunvollkommenheiten abzielen.[834] Zu denken ist hier an den Verkauf unter Einstandspreis, die Ausnutzung von Nachfragemacht[835], den Schutz selektiver Vertriebssysteme, die Zulässigkeit von Paralleleinfuhren[836], eine allgemeine Marktstörung sowie an Verkaufsförderungsmaßnahmen[837]. Genannte Fallgruppen sind im Kartellrecht ebenso anwendbar wie im Lauterkeitsrecht.[838] Gerade in den verbraucherschützenden Fallgruppen geht es um die Ermöglichung einer autonomen und zugleich informierten Entscheidung, die genuine Grundlage des Wettbewerbs ist.[839]

### (e) Institutionelle Folgerungen

#### (aa) "Second best"-Test

Auf Grundlage der ökonomischen Theorie des „Second best"[840] müssen die beschuldigten Unternehmen oder Unternehmensgruppen den Nachweis führen, dass die von der Kartellbehörde beanstandete Marktmacht begründende, verstärkende oder nutzbringende Verhalten geeignet ist, eine aus dem Marktversagen resultierende Ineffizienz zu verringern, oder dass durch das in Rede stehende Verhalten eine allokative Ineffizienz wohlfahrtsmäßig auf Grund (statischer oder dynamischer) angebotsseitiger oder nachfrageseitiger Effizienzgewinne überkompensiert wird.[841] Ein Marktverhalten, das im konkreten Fall den „Second best"-Test besteht, ist demzufolge (gesamt-)

---

834 Vgl. *Podszun*, WRP 2009, S. 509, 515.

835 Vgl. *Köhler*, WRP 2006, S. 139 ff.

836 Vgl. *Hoffmann*, WRP 2004, S. 994, 1002.

837 Vgl. *Glöckner*, Lauterkeitsrecht, 2004, S. 469.

838 Vgl. *Podszun*, WRP 2009, S. 509, 515; zum Verhältnis zwischen Kartell- und Lauterkeitsrecht: *Pichler*, Verhältnis, 2009, S. 1 ff.

839 Vgl. *Drexl*, Selbstbestimmung, 1998, S. 300; *Podszun*, WRP 2009, S. 509, 515.

840 Zur ökonomischen Theorie des „Second best" Vgl. Köhler/Küpper/Pfingsten-*Ewert*, Betriebswirtschaft, 2007, S. 1, 4.

841 Vgl. *Schmidtchen*, WuW 2006, S. 6, 6 und 15.

gesellschaftlich wünschenswert und sollte von der Rechtsordnung anerkannt werden.[842] Umgekehrt sollte ein Marktverhalten, das diesen Test nicht besteht, als (gesamt-) gesellschaftlich unerwünscht gewürdigt und von der Rechtsordnung nicht anerkannt werden.[843] In den Worten der Ökonomie gesprochen muss das von den Kartellbehörden beanstandete Marktverhalten hinsichtlich seiner allokativen Ineffizienz durch eine angebots- oder nachfrageseitige Effizienz im selben Markt überkompensiert werden.[844] Nackte Wettbewerbsbeschränkungen wie beispielsweise reine Preiskartelle können den Effizienztest niemals bestehen, soweit die Wohlfahrtssteigerung nicht von den beteiligten Unternehmen nachgewiesen werden kann.[845] Beide Forderungen beruhen auf der Idee, dass die Rechtsordnung das (gesamt-) gesellschaftliche Wohl fördern und nicht schädigen sollte.[846]

**(bb) "Capacity building"**

Um dabei den mitunter komplexen Gegebenheiten einer globalisierten Wirtschaft zu entsprechen und den ökonomischen Sachverstand in der justiziellen Praxis stärker durchzusetzen, sollte *de lege ferenda* ein „Capacity building" bei den zuständigen Kammern der Landgerichte oder die Ernennung von Ökonomen zu hauptamtlichen Beisitzern erwogen werden.[847]

**(cc) Entwicklung von Leitlinien**

Nach dem Vorbild der „*Guidelines for policymakers*", die von der britischen Wettbewerbsbehörde *Office of Fair Trading* herausgeben wurden und mit wenigen Fragen die wettbewerblichen Wirkungen eines regulatorischen Eingriffs bewerten helfen sol-

---

842 Vgl. *Schmidtchen*, WuW 2006, S. 6, 6.

843 Vgl. *Schmidtchen*, WuW 2006, S. 6, 6.

844 Vgl. *Schmidtchen*, WuW 2006, S. 6, 7.

845 Vgl. *Schmidtchen*, WuW 2006, S. 6, 15.

846 Vgl. *Schmidtchen*, WuW 2006, S. 6, 6 f.

847 Vgl. *Podszun*, WRP 2009, S. 509, 517 f.

len, ist des Weiteren die Entwicklung eines Prüfformulars zur Beurteilung der wettbewerblichen Wirkungen im Einzelfall anzuregen.[848] Ebenso wie im europäischen Beihilferecht geht es auch bei der wettbewerbsrechtlichen Erfassung von Preisabsprachen darum, einfache und ebenso praktikable und justiziable Regelungen zu entwickeln, die ökonomisch fundiert sein müssen und nach - etwa nach dem Vorbild der „*Guidelines for policymakers*“ - in Form von Leitlinien vorgelegt werden sollten.[849]

**(3) Stellungnahme**

Wie bereits ausgeführt, tragen authentische Preise im Wettbewerb dazu bei, dass der strukturell prinzipiell unterlegene Verbraucher seine Funktion im Wettbewerb bestmöglich entfalten kann. Eine bestmögliche Entfaltung der Funktion des Verbrauchers, über die durch den Preis gesteuerte Nachfrage zu einer bestmöglichen Allokation der betriebswirtschaftlichen Ressourcen und Produktionsfaktoren beizutragen, dient nach dem „*More economic approach*“ letztlich allen am Marktgeschehen Beteiligten. Sie trägt insbesondere zu Preisstabilität, hoher Produktqualität und stabilen Beschäftigungsverhältnissen bei. Ein Begriffsverständnis im Sinne des „more economic approach“ trägt dazu bei, dass die Privatwirtschaft Wohlfahrtsgewinne für alle abwerfen, der im Hinblick auf die Staatsverschuldung strapazierte Staat entlastet wird und sich stärker auf seine Kernaufgaben konzentrieren kann. Zwar gilt für den Bereich der Bundesrepublik Deutschland der Grundsatz der wirtschaftspolitischen Neutralität[850]. Die Verfassung gibt nicht ausdrücklich eine bestimmte Wirtschaftsverfassung vor. Im Rahmen der Verfassung kann die demokratisch legitimierte Regierung den wirtschaftspolitischen Akzent mehr in Richtung Staatsinterventionismus oder mehr in Richtung liberale Marktwirtschaft setzen. Den für die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland als essentiell anerkannten Wirtschaftsfreiheitsgrundrechten, zu denen neben der Unternehmens- und Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG sowie der Allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG die Eigentumsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG zu zählen ist, kann jedoch ein Bekenntnis zur Subsidiarität

---

848 Vgl. *Podszun*, WRP 2009, S. 509, 518.

849 Vgl. Oberender-*Schwalbe*, „more economic approach“, 2008, S. 129, 131.

850 Vgl. *Frotscher*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1999, Rn. 26.

entnommen werden. Das Subsidiaritätsprinzip besagt seinem Inhalt nach, dass die nächst höhere gesellschaftliche Kraft erst dann aktiv werden soll, wenn die nachgeordnete gesellschaftliche Kraft den Umständen nach nicht mehr die Fähigkeit und Möglichkeit hat, sich aus eigener Kraft zu helfen. Das so verstandene Subsidiaritätsprinzip gilt nicht nur für das Verhältnis zwischen Bürger und Staat im sozialen Bereich und für jenes zwischen den europäischen Nationalstaaten und der supranationalen Europäischen Union.[851] Es gilt ebenso für das Verhältnis zwischen den privatwirtschaftlichen Akteuren (Einzelunternehmen, Kapitalgesellschaften, Konzerne) und der staatlichen Gewalt, wenn es um die Steuerung und Organisation der Marktwirtschaft in ihrer Gesamtheit geht. Eine „teleologische Reduktion" des Staates auf seine Funktion als subsidiäre ordnende Gewalt anstelle einer Funktion des Staates als interventionistisch-gestaltende Gewalt trägt dazu bei, dass die Steuern gesenkt und Bürokratie abgebaut werden kann. Sie trägt infolgedessen dazu bei, dass Wachstumsimpulse freigesetzt und standortsichernde privatwirtschaftliche Innovationen angeregt werden. Gerade im Kontext der aktuellen Wirtschafts- und Finanzkrise[852], da nicht wenige Politiker den Kassandra-Rufen nach einer stärkeren staatlichen Regulierung erliegen, kann der „More economic approach" dazu beitragen, dass die deutsche Volkswirtschaft, die im zurückliegenden Jahr ein Negativwachstum von nahezu 6 Prozentpunkten zu verkraften hatte, schnell wieder Fuß fasst. Namentlich *Sinn*[853] weist darauf hin, dass es zur zeitnahen Verwirklichung eines selbsttragenden Wirtschaftsaufschwungs essentiell ist, entweder über eine Absenkung der Steuern oder über eine zeitweilige weitere Erhöhung der Staatsverschuldung die Nachfrageseite zu stärken. Wie bereits ausgeführt, kann dauerhaft kein Wettbewerb über den Preis, sondern nur über (technologische) Innovationen gewonnen werden. Der dem Subsidiaritätsprinzip folgende „More economic approach" trägt insoweit nicht nur zur Konsumentenwohlfahrt bei, sondern kann (dauerhaft) mehr Wachstum für alle generieren. Nochmals ist insoweit darauf hinzuweisen, dass der Schutz des Wettbewerbs kein formaljuristischer Selbstzweck ist, sondern eine echte materielle Funktion hat. Sein Vorrang gegenüber dem klassi-

---

851 Vgl. dazu: *Herzog*/*Gerken*, DIE WELT v. 19.06.2007, S. 4 f.

852 Vgl. KAS-*Herzog*, Finanzmarktkrise, 2009, S. 9 ff.

853 Vgl. *Sinn*, Kasino-Kapitalismus, 2009, S. 1 ff.

schen Wettbewerbskonzept der Freiburger Schule lässt sich unmittelbar mit der Geltung der im Grundgesetz festgeschriebenen Wirtschaftsfreiheitsgrundrechte begründen.

### c) Bezwecken oder Bewirken

Die Verbotsnorm von Art. 101 Abs. 1 AEUV greift jedoch nur dann, wenn die aufgezählten Zusammenarbeitsformen eine Wettbewerbsbeschränkung entweder bezwecken oder bewirken. Die Wettbewerbsbeschränkung muss nicht Gegenstand[854] einer Vereinbarung sein. Der Wortlaut der Vorschrift stellt klar, dass es sich um zwei alternative Tatbestände handelt, was auch von den Gemeinschaftsorganen[855] nicht in Zweifel gezogen wird. Ähnlich wie bei anderen Begriffsmehrheiten innerhalb des Wortlauts von Art. 101 Abs. 1 AEUV ist es für die Tatbestandserfüllung zunächst unerheblich, ob die Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wurde. Ein aus Sicht beteiligter Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen maßgeblicher Unterschied zu den vorherigen Begriffsmehrheiten besteht allerdings im Hinblick auf die Höhe des zu verhängenden Bußgelds.[856]

#### ac) Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen

Ob eine Maßnahme einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck hat, bestimmt sich anhand der objektiven Geeignetheit[857] der Maßnahme, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen, sowie anhand einer objektivierten Beurteilung[858] im Hinblick auf die Ziele der Vereinbarung. Maßgebliche Anhaltspunkte hierfür sind zunächst Inhalt und

---

854 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101, Rn. 218.

855 EuGH Rs. 56/65, Slg. 1966, 281 (303) „LTM/MBU“; Rs. C-219/95 P, Slg. 1997-I, 4411 (4412), „Ferriere Nord”.

856 Rs. 32 u. 36-82/78, Slg. 1979, 2435 (2475), „BMW-Belgium“; Stockenhuber, in Grabitz/Hilf, Art. 101 AEUV, Rn. 141.

857 Stockenhuber, in Grabitz/Hilf, Art. 101 AEUV, Rn. 142.

858 Weiß, in Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV, Rn. 106.

Wortlaut[859] einer in Frage stehenden Maßnahme. Weitere Begleitumstände des Zustandekommens[860] können zur Konkretisierung herangezogen werden. Zu diesen Begleitumständen zählen neben den wirtschaftlichen[861] vor allem rechtliche und tatsächliche[862] Faktoren.

Aufgrund der beschriebenen objektiven Sichtweise ist die subjektive Absicht[863] der Parteien zumindest im Rahmen der Zweckermittlung unbeachtlich. Auch brauchen die Parteien keine gemeinsame Absicht[864] zu verfolgen. Das Auslegen der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung anhand objektiver Kriterien bedeutete in der Praxis über viele Jahre hinweg eine erhebliche Beweiserleichterung für die Kommission.[865] Andererseits führt es dazu, dass der Versuch einer Wettbewerbsbeschränkung, der objektiv ungeeignet oder untauglich ist, zumindest im Hinblick auf Art. 105 Abs. 1 AEUV folgenlos bleibt.[866] Gerade einige der in den vergangenen Jahren veröffentlichten Leitlinien der Kommission, insbesondere die Leitlinien zur Anwendbarkeit des Art. 101 Abs. 1 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit[867] haben aber für eine zunehmende Subjektivierung des Begriffs gesorgt.[868]

Soweit die beteiligten Parteien eine objektiv taugliche Wettbewerbsbeschränkung bezweckt haben, brauchen deren tatsächliche Auswirkungen nicht mehr geprüft zu werden, damit der Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV bejaht werden kann. Art. 101

---

859 EuGH Rs. 56/65, Slg. 1966, 281 (303) „LTM/MBU“; Kommission, ABl. 1990 L 71/71 „Bayo-N-ox“.

860 SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 120.

861 EuGH Rs. 29 und 30/83, Slg. 1984, 1679, Rn. 26 „CRAM und Rheinzink“.

862 Rs. 32 u. 36-82/78, Slg. 1979, 2435, Rn. 23 u. 28 „BMW-Belgium“.

863 SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 120ff.; Stockenhuber, in Grabitz/Hilf, Art. 101 AEUV, Rn. 142.

864 EuGH Rs. 209 bis 215 und 218/78, Slg. 1980, 3125, Rn. 154 „Van Landewyck“.

865 Vgl. Emmerich, in I/M I, Art. 85 Abs. 1, Rn. 227 ff.

866 Weiß, in Calliess/Ruffert, Art. 81 AEUV, Rn. 108.

867 ABl. EG 2001 Nr. C 3/2, 4 ff. Tz. 18 ff.

868 Sehr kritisch hierzu Emmerich, in I/M I, Art. 85 Abs. 1, Rn. 233 ff.

AEUV wird einhellig als Gefährdungstatbestand[869] ausgelegt, der private Wettbewerbsbeschränkungen schon im Ansatz zu unterbinden versucht und einen Beitrag zur Verhinderung wettbewerbsbeschränkender Wirkungen leisten möchte. Art. 101 AEUV als Gefährdungstatbestand setzt nicht voraus, dass die Maßnahme erfolgreich[870] angewandt wurde, sie braucht im Prinzip zu keinem Zeitpunkt[871] praktiziert worden zu sein. Die Irrelevanz der praktischen Auswirkungen im Rahmen von bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen wird jedoch an anderer Stelle dadurch kompensiert, dass diese auch dem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit zu unterziehen sind. Im Zusammenhang mit Preisbindungen wurde allerdings entschieden, dass Vereinbarungen über Mindestpreise[872] ihrem Wesen nach auf eine Marktabschottung abzielen. Daher ist in diesen Fällen die Marktabschottung als bezweckt zu betrachten.

**bc) Bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen**

Sofern in einer Maßnahme kein wettbewerbsbeschränkender Zweck erkannt werden kann, ist im nächsten Schritt zu untersuchen, inwieweit sie gegebenenfalls eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt.[873] Hierzu sind die fiktiven Wettbewerbsverhältnisse[874] zu ermitteln, wie sie ohne die fragliche Maßnahme bestünden. Auf Basis dieser Formulierung lässt sich die vielfach geforderte[875] Kausalität zwischen der in Rede stehenden Maßnahme und der Wettbewerbsbeschränkung herleiten. Dies bedeutet aber nicht, dass zur Erfüllung des Tatbestands die Wirkung in jedem Fall schon eingetreten sein

---

869 SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 120ff.; Stockenhuber, in Grabitz/Hilf, Art. 101 AEUV, Rn. 143; Henst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 218.

870 EuGH Rs. 19/77, Slg. 1978, 131, Rn. 15 „Miller".

871 EuG Rs. T-66/92, Slg. 1994-II, 531, Rn. 40 „Herlitz".

872 EuGH Rs. 123/83, Slg. 1985, 391 „BNIC/CLAIR".

873 EuGH Rs. 56/65, Slg. 1966, 28 „LTM/MBU"; EuGH Rs. 56 und 58/64, Slg. 1966, 322. "Grundig/Consten"; Rs. 45/85, Slg. 1987, 405 „Sachversicherer"; Rs. 277/87, Slg. 1990-I, 45 "Sandoz"; EuG Rs. T-39 u. 40/92, Slg. 1994-II, 49 „Cartes Bancaires und Europay".

874 EuGH Rs. 56/65, Slg. 1966, 281 „LTM/MBU"; Rs. 99/79, Slg. 1980, 2511 „Lancõme"; EuG Rs. T-34/92, Slg. 1994-II, 905 (933), „Fiatagri"; EuG Rs. T-35/92, Slg. 1994-II, 957 „John Deere".

875 Koppensteiner, S. 342; Müller-Graff, in Hailbronner/Klein/Magiera, Art. 85, Rn. 107; Emmerich, in I/M I, Art. 81 Abs. 1, Rn. 239.

muss, auch hier reicht es aus, wenn diese mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft eintreten wird.[876] Eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung ist auch dann erzielt, wenn die Wettbewerbsposition von Dritten[877] beschränkt wird.

Überdies soll im Rahmen wettbewerbsbeschränkender Wirkung jedoch ein Adäquanzkriterium[878] erforderlich sein. Es soll verhindert werden, dass beteiligte Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen eine ungewöhnliche Verkettung von Umständen mit einer nicht zuvor erwarteten Wirkung auf den Wettbewerb zugerechnet wird.[879]

**d) Grenzen des Tatbestands**

Ähnliche Fragestellungen, wie man sie von den Diskussionen um § 1 GWB oder § 14 GWB a.F. unter den Stichworten „Immanenztheorie“ oder „Formel von den institutionellen Gegebenheiten“ kennt, tauchten auch schon kurz nach Wirksamwerden der Generalklausel von Art. 101 (damals noch Art. 85) AEUV auf. Einigkeit besteht insoweit, dass es Fälle von Wettbewerbsbeschränkungen gibt, die auf dem Markt eine ambivalente Wirkung entfalten und die im Einzelfall aufgrund von überwiegend positiven Effekten für den Wettbewerb nicht der Verbotsnorm von Art. 101 Abs. 1 AEUV unterfallen sollen.[880] Damit der Tatbestand in diesen Fällen der „Förderung neuen Wettbewerbs“[881] nicht eine zu weite Einschränkung von „Grundpfeilern“[882] unseres Wirtschaftssystems wie „Vertragsfreiheit“ oder „Privatautonomie“ zur Folge hat und keinesfalls zu einer Ausuferung „über das gebotene Maß“[883] hinaus führt, soll es einer

876 Kommission, ABl. 1974 Nr. L 237/12 (14), „Advocaat Zwarte Kip.

877 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 233f.

878 Stockenhuber, in Grabitz/Hilf, Art. 101 AEUV, Rn. 145.

879 Kommission, ABl. 1975 Nr. L 228/3 (8), „IFTRA/Hüttenaluminium“.

880 Stockenhuber, in Grabitz/Hilf, Art. 101 AEUV, Rn. 148 ff.; Weiß, in Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV, Rn. 110; Bunte, 371.

881 Weiß, in Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV, Rn. 110.

882 Stockenhuber, in Grabitz/Hilf, Art. 101 AEUV, Rn. 148.

883 Bunte, 371.

wie auch immer gearteten Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV gar nicht erst bedürfen. Derart eng begrenzte Ausnahmefälle sollen vielmehr bereits im Tatbestand der Verbotsnorm von Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgeschieden werden.[884]

**ad) Die „rule of reason" als mögliche Tatbestandsgrenze von Art. 101 Abs. 1 AEUV**

Unterschiedliche Beurteilungen ergeben sich aber bei der dogmatischen Bewertung dieser Tatbestandseinschränkungen. Vereinzelte Stimmen in der Literatur[885], insbesondere aus dem angelsächsischen Rechtskreis, sehen die Grenzen des Tatbestands in eine allgemeine „rule of reason"[886] eingebettet, die zur Folge haben soll, dass die Verbotsnorm bei überwiegend wettbewerbsgünstigen Absprachen grundsätzlich nicht eingreift. Überwiegend wird jedoch die „rule of reason" als Konstruktion einer universalen Einschränkung des Tatbestands von Art. 101 Abs. 1 AEUV abgelehnt.[887]

Die Gegner einer „rule of reason" im EU-Wettbewerbsrecht können insbesondere auf die Struktur von Art. 101 AEUV als gewichtiges Argument verweisen.[888] Würde man stets bereits im Rahmen des Tatbestands von Art. 101 Abs. 1 AEUV eine Abwägung der wettbewerbshemmenden mit den wettbewerbsfördernden Aspekten vornehmen müssen, dann wäre die Vorschrift von Art. 101 Abs. 3 AEUV gegenstandslos, um nicht zu sagen bedeutungslos.[889] Das könne nicht die Intention des Gesetzgebers gewesen

---

884 Bunte, 371.

885 Zahlreiche Nachweise über Fundstellen der Befürworter einer „rule of reason" im EU-Wettbewerbsrecht finden sich bei Horsch, 407 (Fn. 1075).

886 Diese Konstruktion kommt aus dem US-Antitrust-Recht; Vgl. hierzu die übersichtliche Darstellung bei Gliem, 86 ff.

887 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101, Rn. 190; SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2003, Art. 81 EGV, Rn. 108; Weiß, in Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV, Rn. 114.

888 Weiß, in Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV, Rn. 114; Dauses-Emmerich, H. I, § 1, Rn. 146; Everling WuW 1990, 995.

889 Mailänder, in GK-GWB/EG, Art. 85, Rn. 21.

sein.[890] Weiterhin wird darauf verwiesen, dass im EU-Wettbewerbsrecht jegliche Verstöße gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV noch nach Abs. 3 freigestellt werden könnten. Weil dies im US-Antitrust-Recht aber aufgrund der Regelungsstruktur des Sherman Act nicht möglich sei, gäbe es dort auch einen spezifischen Bedarf für eine „rule of reason"[891], die im US-Antitrust-Recht vorhandene Gesetzeslücke gäbe es aufgrund von Art. 101 Abs. 3 AEUV im EU-Wettbewerbsrecht nicht.[892] Dieses Argument wiederum wollen einige Befürworter der „rule of reason" nicht gelten lassen, weil dies die unterschiedliche „funktionelle Bedeutung"[893] der Absätze 1 und 3 vermenge.

Ein nicht ganz einheitliches Bild[894] bietet in diesem Zusammenhang die Rechtsprechungsgeschichte von EuGH[895] und EuG[896]. Nach einer anfänglichen Zurückhaltung,[897] positive und negative Aspekte auf den Wettbewerb zu überprüfen, wurde in späteren Entscheidungen[898] anerkannt, dass es spezifische Marktsituationen erforderlich machen, einzelne Wettbewerbsbeschränkungen hinzunehmen. Zur Begründung hierfür wurden vielfach Begriffe wie Wettbewerbsförderung durch Marktzutritt oder Funktionsnotwendigkeit verwandt.[899] Es gibt allerdings in der europarechtlichen Judikatur[900] Entscheidungen, bei denen eine Abwägung vorgenommen wurde, die dem Stil der US-Gerichte im Zusammenhang mit der Anwendung der „rule of reason" sehr nahe

---

890 Kritisch zu dieser Argumentation Schmitz, WuW 2002, 6 (9 f.).

891 Weiß, in Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV, Rn. 114.

892 Ackermann, 58; Gliem, 89.

893 So *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 28.

894 Vgl. Honnefelder, 84 ff.

895 EuGH Rs. C-235/92, Slg. 1999-I, 4575 (4618), Rn. 34 „Montecatini"; danach soll die rule of reason selbst im Falle ihrer Existenz im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV zumindest keine hardcore-Beschränkungen rechtfertigen können.

896 In EuG Rs. T-14/89, Slg. 1992-II, 1155, Rn. 265 „Montedipe" wird der Begriff der rule of reason auch in der Urteilsbegründung erwähnt. Eine Antwort auf die Zulässigkeit dieses Instituts im EU-Wettbewerbsrecht lässt das Gericht aber wegen der Offenkundigkeit des Kartellrechtsverstoßes offen.

897 EuGH Rs. 56 u. 58/64, Slg. 1966, 321 (390) „Grundig/Consten".

898 EuGH Rs. 56/65, Slg. 1966, 281 (304) „LTM/MBU".

899 EuGH Rs. C-250/92, Slg. 1994-I, 5641, Rn. 34 „DLG".

900 EuGH Rs. 161/84, Slg. 1986, 353 „Pronuptia"; auf diesen Umstand weisen zutreffend Ekkenga, 54 sowie Kevekordes, BB 1987, 74 (79) hin.

kommt, ohne dass freilich der Begriff der „rule of reason“ ausdrücklich erwähnt wurde. Von diesem Ansatz rückte die Rechtsprechung aber wieder ab und jüngere Urteile stellen ganz im Sinne der herrschenden Auffassung klar, dass der rule of reason im europäischen Kartellrecht eine Absage erteilt wird.[901]

Das Tatbestandsmerkmal der „Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs“ unterliegt wie jede andere europarechtliche Norm einer Auslegung durch die Judikative, bei der sich auch ein dynamischer Wandel im Verständnis der Norm vollziehen kann. Daher spricht grundsätzlich nichts gegen einschränkende Auslegungen von Tatbestandsmerkmalen. Daran ändert auch Art. 101 Abs. 3 AEUV zunächst wenig, diese Vorschrift markiert aber die Grenze einer einschränkenden Auslegung. Die Existenz von Art. 101 Abs. 3 AEUV bewirkt auch, dass eine Prüfung, inwieweit der Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV bereits in seiner Tatbestandsauslegung einzuschränken ist, nicht in demselben Umfang und Ausmaß vorzunehmen ist, wie es die Systematik der „rule of reason“ im US-Antitrust-Recht erfordert.[902] Die Vorschrift des Art. 101 Abs. 3 AEUV darf in keinem Fall ausgehöhlt werden.[903] Vielmehr hat der Gerichtshof seine eigene Systematik[904] entwickelt, die keineswegs vollständig kongruent mit der „rule of reason“ des US-Antitrust-Rechts ist.[905] Dies dürfte im Ergebnis ebenso für den EuG zutreffen.[906]

In diesem Umstand mag vielleicht auch die vielfach zum Ausdruck gebrachte Skepsis gegenüber der ausdrücklichen Verwendung des Begriffs der „rule of reason“ begründet sein. Ein ähnliches Problem ergab sich auch mit der Verwendung des Begriffs der

---

901 EuG Rs. T-65/98, Slg. 2003-II, 4653, Rn. 104 f. „Van den Bergh Foods“; Gippini-Fournier, in L/M/R, Band 1, Art. 81 Abs. 1, Rn. 25.

902 In diesem Sinne wohl auch Schmitz, WuW 2002, 6 (10).

903 So auch Ekkenga, 54 f., der für eine Trennung der „frei judizierbaren Zulassungsgründe“ von denen, die sich für ein individuelles Erlaubnisverfahren eignen, plädiert. Dadurch soll einer Kompetenzverlagerung bei der Prüfung von „wohlfahrtsökonomischen Aspekten“ von der Kommission zu den nationalen Behörden und Gerichten Einhalt geboten werden.

904 Whish, 102; Bellamy/Child, Rn. 2-063 u. 2-083 ff.

905 Fleischer/Körber, WuW 2001, 6 (17 f.); Schmitz/Liegl, WRP 1998, 244 (248).

906 EuG Rs. T-17/93, Slg. 1994-II, 595, Rn. 85 „Matra Hachette“

„Immanenztheorie“ nach der 6. GWB-Novelle. Vergleichbar der Meinung, die in diesem Zusammenhang bei § 1 GWB n.F. vertreten wurde, ist es auch im europäischen Wettbewerbsrecht angebracht, nur von einer einschränkenden Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung zu sprechen, um keine missverständlichen Assoziationen hervorzurufen. Wichtiger als die terminologische Frage ist aber die dogmatische: Unbestritten hat eine derartige Eingrenzung im Rahmen der Prüfung des Tatbestands von Art. 101 Abs. 1 AEUV zu erfolgen. Einer Freistellung nach Abs. 3 bedarf es in diesen Fällen erst gar nicht.

**bd) Ausgewählte Fallgruppen**

Die Bandbreite der Fallgruppen, für die solche einschränkenden Auslegungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV entwickelt wurden, umfasst die verschiedensten Sachverhalte. Sie reichen von den schon aus dem GWB bekannten funktionsnotwendigen, wettbewerbsbeschränkenden Nebenabreden (sog. ancillary restraints) im Zusammenhang mit Unternehmenskaufverträgen bis hin zu den Fällen von Alleinvertriebsverträgen, die unter die Fallgruppe der Markterschließung und Wettbewerbseröffnung eingeordnet werden. Aufgrund der Zielsetzung der Arbeit erfolgt eine Konzentration lediglich auf die Fallgruppen, die einen unmittelbaren Zusammenhang mit Preisbindungen aufweisen.

**(1) Handelsvertreter und Kommissionsagenten**

Die Frage nach der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Absatzmittlungsverhältnissen stellte sich ebenfalls frühzeitig im europäischen Wettbewerbsrecht. Wie im deutschen Kartellrecht war augenscheinlich, dass die strengen Folgen von Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht auf alle Arten von Absatzmittlungsverhältnissen anwendbar sein sollten, auch wenn diese bestimmte, an sich nach Art. 101 Abs. 1 AEUV verbotene Verhaltensweisen enthielten.

**(a) Rechtslage vor Inkrafttreten der VGVO**

Von der Kommission wurde diese Problematik erstmals in ihrer Bekanntmachung[907] vom 24.12.1962[908] über Alleinvertriebsverträge mit Handelsvertretern (sog. „Weihnachtsbekanntmachung“) aufgegriffen. Die Bekanntmachung stellte vornehmlich auf die Unterscheidung zwischen „echten“ und „unechten“ Handelsvertretern[909] ab. Nach damaliger Ansicht der Kommission nähmen die Handelsvertreter lediglich eine Hilfsfunktion auf dem Gütermarkt wahr.[910] Folglich beträfen die einem Handelsvertreter auferlegten Beschränkungen lediglich die von seinem Geschäftsherrn angebotenen Produkte und Dienstleistungen, nicht jedoch den davon unabhängigen Dienstleistungsmarkt für Absatzmittlungsverhältnisse. Die grundsätzliche Zulässigkeit des Instituts der Handelsvertreter als selbständig tätige jedoch einem Geschäftsherrn zugeordnete Hilfsfunktion ergab sich auch durch den Erlass der sog. Koordinationsrichtlinie[911] aus dem Jahre 1986. Die Rechtsprechung[912] ergänzte diese Gesichtspunkte bald danach und führte aus, dass der Fall eines Handelsvertreters aufgrund des Grads seiner Eingliederung in die Absatzorganisation seines Geschäftsherrn kartellrechtlich anders zu behandeln sei als beispielsweise eine Alleinvertriebsvereinbarung. Bei einem hohen Eingliederungsgrad sei der Handelsvertreter im Zusammenhang mit dem Warenabsatz des Geschäftsherrn nicht als selbständiges Unternehmen anzusehen. Diese durch das Eingliederungskriterium begründete funktionale Betrachtungsweise wurde in späteren Entscheidungen noch durch das Risikokriterium[913] ergänzt.[914]

---

907 Zur generellen Bedeutung und Rechtswirkung von Bekanntmachungen der Kommission, vgl. Bechtold, EWS 2001, 49 (53 f.).

908 ABl. 1962 C 139/2921.

909 Nolte, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV Fallgruppen, Rn. 673, 659.

910 Nolte, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV Fallgruppen, Rn. 639.

911 86/853 EWG, v. 18.12.1986, abgedr. ABl. 1986 L 382/17 ff.

912 EuGH EuGH Rs. 56 u. 58/64, Slg. 1966, 321 (387 f.), „Grundig/Consten“; Rs. 32/65, Slg. 1966, 457 „Italienische Klage“.

913 EuGH Rs. 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, Slg. 1975, 1663 (2024), „Europäische Zuckerindustrie“; Rs. C-266/93, Slg. 1995-I, 3477 „Volkswagen und VAG Leasing“.

914 EuG v. 15.9.2005, Rs. T-325/01, Rdnr. 85 ff.; 102 „DaimlerChrysler“, das sich allerdings noch auf die alte Rechtslage bezieht.

Ein wenig klares Bild ergibt sich jedoch im Hinblick auf die Frage, ob Mehrfirmenvertreter aus dem Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen waren. In früheren Entscheidungen[915] sollte eine Mehrfirmenvertretung nicht der einschränkenden Auslegung von Art. 101 Abs. 1 AEUV entgegenstehen. In späteren Entscheidungen[916] wurde festgehalten, dass Mehrfirmenvertretungen grundsätzlich in vollem Umfang Art. 101 Abs. 1 AEUV unterfallen.[917] Ähnliches soll auch für die Fälle der sog. „Doppelprägung" gelten, bei denen der Handelsvertreter zugleich auch Mitbewerber seines Prinzipals in dem sachlich relevanten Markt ist.[918] In der Literatur sind allerdings auch Zweifel aufgekommen, ob diese pauschale Feststellung nach der Entscheidung des EuG „DaimlerChrysler"[919] noch haltbar ist.[920]

**(b) Gegenwärtige Rechtslage**

Obwohl die VGVO an sich erst dann eingreift, wenn der Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV zuvor bejaht wurde, muss auf deren Regelungen bezüglich der Handelsvertreter an dieser Stelle schon einmal vorgegriffen werden. Art. 1 Abs. 1 lit. h) VGVO besagt, dass ein Unternehmen, das Waren oder Dienstleistungen für Rechnung eines anderen an Dritte verkauft, ebenfalls als Abnehmer im Sinne der VGVO zu verstehen ist, wenn ein solcher Kauf auf der Grundlage einer Vereinbarung geschieht, die Art. 101 Abs. 1 AEUV unterfällt.[921] Dieser Wortlaut könnte den Schluss nahe legen, dass

---

915 EuGH Rs. 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, Slg. 1975, 1663 (2027), „Europäische Zuckerindustrie".

916 EuGH Rs. 311/85, Slg. 1987, 3801 „Flämische Reisebüros".

917 Teilweise wird angezweifelt, ob bei dieser Entscheidung die Mehrfirmenvertretung wirklich die Triebfeder dafür war, ein Verbot mehrerer Reiseveranstalter gegenüber Reisevermittlern, Provisionen an Kunden weiterzugeben. Diese Vereinbarungen sind in der Literatur als „verkappte Preiskartelle" angesehen worden, die in jedem Fall nach Art. 101 Abs. 1 AEUV zur Nichtigkeit führen, Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 277; Kirchhoff, in Wiedemann, § 10, Rn. 2.

918 EuGH Rs. 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, Slg. 1975, 1663 (2024), „Europäische Zuckerindustrie"; Rs. C-266/93, Slg. 1995-I, 3477 „Volkswagen und VAG Leasing".

919 EuG v. 15.9.2005, Rs. T-325/01, Rdnr. 85 ff.; 102.

920 Kapp/Andresen, BB 2006, 2253 (2254).

921 Art. 1 VGVO enthält ansonsten eine Liste von Begriffsdefinitionen; entgegen der Meinung von Petsche, in Liebscher/Flohr/Petsche, § 7, Rn. 52, wird ausnahmsweise aber nicht ein Begriff definiert, sondern der Begriff des Käufers wird lediglich erweitert, zutreffend Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 274f.

Handelsvertretervereinbarungen grundsätzlich unter das Verbot von Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen sollen und nur nach der VGVO freistellungsfähig wären.

Allerdings kann diese Regelung sinnvoll nur im Zusammenhang mit Tz. 12 - 20 der Leitlinien für vertikale Beschränkungen vom 19.05.2010[922] gesehen werden. Diese Leitlinien der Kommission dienen grundsätzlich als Erläuterung der genannten Gruppenfreistellungsverordnung und sollen den betroffenen Unternehmen eine Orientierungshilfe geben, wobei durch Tz. 12-20 die Bekanntmachung über Alleinvertriebsverträge mit Handelsvertretern vom 24.12.1962 ersetzt wurde. Sie stellen im Gegensatz zur VGVO keine Rechtssätze dar und binden allenfalls die Kommission, nicht jedoch die Gerichte.[923] Dasselbe gilt auch für Bekanntmachungen.[924]

**(aa) Der Inhalt der Leitlinien**

Inhaltlich stellen die Leitlinien zunächst in Tz. 13 klar, dass sie Kriterien für das Vorliegen von „echten Handelsvertreterverträgen" aufstellen wollen. In diesen Fällen ist schon der Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht erfüllt. Aus der Definition in Tz. 12 ergibt sich zudem, dass der Begriff der Handelsvertreterverträge auch den Kommissionsagenten umfasst.[925] Alleiniges Kriterium für einen „echten Handelsvertretervertrag" soll das finanzielle oder geschäftliche Risiko des Handelsvertreters sein. Auf das vom EuGH entwickelte Kriterium der Eingliederung in die Absatzorganisation wird mit keinem Wort[926] eingegangen, im Gegenteil macht Tz. 13 unmissverständlich

---

922 ABl. 2010, Nr. C 130/1.

923 So schon zur Vorgängerfassung: Rittner, DB 2000, 1211 (1213); Bechthold, EWS 2001, 49 (53), der allerdings eine erhebliche praktische Auswirkung der Leitlinien auf die Rechtsprechung in allen Ebenen prognostiziert; Lange, EWS 2001, 18 (19) spricht etwas zurückhaltender von einer faktischen Bindung für die nationalen Kartellbehörden; zweifelnd Bauer, in Bauer/de Bronett, Rn. 50; a.A. Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 282 u. Polley/Seeliger, WRP 2000, 1203 (1208), die bezweifeln, dass der EuGH sich diese Auslegungskriterien zu eigen machen wird. Für die letztere Prognose mag Tz. 4 der Leitlinien selbst sprechen.

924 Pohlmann, WuW 2005, 1005 ff.; a.A. Schweda WuW 2004, 1133 ff.

925 Rittner, DB 2000, 1211 (1213).

926 Nolte, WuW 2005, 255 (256) u. Bunte/Kreutzmann, in FS f. Helm, 19 (38) sehen die Ausblendung des Eingliederungskriterium als unvereinbar mit der Rechtsordnung a.A. Horsch, 259 ff., die die „Absage an das Eingliederungskriterium" ausdrücklich begrüßt.

deutlich, dass es unwesentlich sein soll, ob der Vertreter für einen oder mehrere Auftraggeber tätig wird.[927]

In Tz. 14 werden die in Tz. 13 angesprochenen geschäftlichen oder finanziellen Risiken noch einmal in zwei Untergruppen unterteilt. Einerseits soll es Risiken geben, die sich unmittelbar aus den Verträgen zwischen dem Vertreter und seinem Geschäftsherrn ergeben, zum anderen werden Risiken im Hinblick auf geschäftsspezifische Investitionen („market-specific investments“) ausgemacht. Unter diese Risikogruppe sollen nach Auffassung der Kommission Aufwendungen eines Handelsvertreters fallen, die zur Vorbereitung für die Vertragsverhandlung und den Vertragsschluss dienen, sofern solche Aufwendungen nach Aufgabe des betreffenden Geschäfts nicht für andere Geschäfte genutzt werden können. Interessanterweise benutzt die deutsche Fassung 3 verschiedene Terminologien („geschäftliche Risiken“, „geschäftsspezifische Investitionen“ sowie „geschäftsspezifische Ausrüstung“), für einen Ausdruck, für den die englische Fassung nur den Begriff „market-specific investments“ kennt.[928]

Tz. 15 stellt klar, dass ein „echter Handelsvertretervertrag“ dann vorliegt, wenn der Vertreter keine oder nur unbedeutende Risiken bezüglich der beiden zuvor angesprochenen Gruppen übernimmt. Dabei verkennen die Leitlinien nicht, dass auch ein Handelsvertreter an sich ein eigenständiges Unternehmen ist, allerdings soll es sich um keine „unabhängige Wirtschaftstätigkeit“ handeln, wenn er im Rahmen eines Vertreterverhältnisses für seinen Prinzipal auftritt. Dieser in Tz. 15 aufgestellte Grundsatz wird von Tz. 20 wieder leicht eingeschränkt, da es auch Fälle geben soll, in denen Art. 101 Abs. 1 AEUV auch dann gilt, wenn der Geschäftsherr sämtliche finanziellen oder geschäftlichen Risiken übernimmt.

---

927 Vgl. die Gegenüberstellung der Leitlinien mit der vorherigen Rechtsprechung bei v. Bael & Bellis, 210; Bauer, in Bauer/de Bronett, Rn. 50, kommentiert dies als „erstaunlich“; Nolte, in Langen/Bunte, Art. 81 EGV Fallgruppen, Rn. 656ff.

928 Horsch, 274; Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 286; zur grundsätzlichen Zulässigkeit des Rückgriffs auf die englische Fassung zwecks Auslegung der deutschen Fassung.

In Tz. 16 betont die Kommission die Notwendigkeit einer einzelfallbezogenen Betrachtung. Später wird anhand von 7 Spiegelstrichen[929] erläutert, in welchen Fällen jegliches Risiko für den Handelsvertreter eliminiert werden muss und keinerlei Kostenbeteiligung erfolgen darf, um den Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV zu vermeiden.[930] Die Spiegelstrichliste reicht vom Verbot, sich an Transportkosten, Werbeaufwendungen des Auftraggebers sowie an den Kosten für die Lagerhaltung und für geschäftsspezifische Räumlichkeiten zu beteiligen über den Ausschluss, einen eigenen Garantiedienstleistungsbetrieb zu unterhalten bis hin zum Verbot einer Delkredere- und Produkthaftung im Hinblick auf das verkaufte Produkt.

Tz. 17 stellt klar, dass die genannte Aufzählung nicht als erschöpfend angesehen werden darf, wodurch sowohl Tz. 16 und abermals Tz. 15 eine Einschränkung erfahren.

Besonders bedeutsam im Hinblick auf Preisbindungen sind die Ausführungen in Tz. 18. Dort wird ausgeführt, dass im Fall eines Handelsvertretervertrags, der nicht in den Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt, eine Preisbindung für den Vertreter sowohl hinsichtlich der zu verkaufenden als auch der zu erwerbenden Waren oder Dienstleistungen statthaft ist.

**(bb) Das Echo auf den Erlass der Leitlinien**

Vor allem in der deutschsprachigen Literatur[931] war die Reaktion auf den Erlass der Leitlinien überwiegend negativ. Die Ausdrucksweise der Kommission in Tz. 12 – 20

---

929 Eine gute Zusammenfassung über den Inhalt der einzelnen Spiegelstriche findet sich bei Lange, in Lange, 271.

930 Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 292 sprechen von einer „schwarzen Liste“; dies erfolgt offenbar in bewusster Anlehnung an die Terminologie, die üblicherweise zur Beschreibung von Art. 4 VGVO verwandt wird, vgl. Polley/Seeliger, WRP 2000, 1203 (1211).

931 Lubitz, EWS 2003, 556 (558); Nolte, WuW 2005, 252 (256 ff.); Rittner, DB 2000, 1211 (1213 ff.); besonders lesenswert die detaillierte Befassung mit den einzelnen Kritikpunkten bei Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 290 ff., 198 ff.; Lange, EWS 2001, 18 (21); *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 125 f., 132; Pukall, NJW 2000, 1375 (1377), wobei sich die Kritik noch auf die zwischenzeitlich überarbeitete Fassung der Leitlinien bezieht; deutlich zurückhaltender Petsche, in Liebscher/Flohr/Petsche, § 7 Rn. 64 f.; differenzierend Horsch, 297.

der Leitlinien wurde als missverständlich und umständlich, um nicht zu sagen als insgesamt missglückt beschrieben. Während ein Teil der Missverständnisse dabei auch Ungenauigkeiten in der deutschen Übersetzung[932] zugeschrieben wurde, so richtete sich die Kritik in ihrer Mehrzahl aber gleichermaßen gegen den deutschen Text wie gegen die als Arbeitssprache dienende englische Fassung. Ein Wertungswiderspruch ergebe sich insbesondere zwischen Tz. 15 Satz 1 und Tz. 16 Satz 2, weil einerseits im Grundsatz unbedeutende Risiken vom Vertreter übernommen werden dürften, dieser Grundsatz werde dann aber für eine Reihe von in der Praxis bedeutenden Fallgruppen gleich wieder dahingehend abgeändert, dass für diese dem Vertreter noch nicht einmal unbedeutende Risiken aufgebürdet werden dürften.[933] Dies führe zu einem Ausschluss von üblichen Vertragsbestimmungen in Handelsvertreterverträgen.[934]

Unverhohlen wird den Verfassern der Leitlinien zum Vorwurf gemacht, sich nicht hinreichend mit der zivilrechtlichen[935] Konstruktion des Handelsvertreters auseinandergesetzt zu haben und sich in weitgehender Unkenntnis über die wirtschaftliche Bedeutung des Agenturvertriebs zu befinden.[936] Dadurch werde die in den vergangenen Jahren aufgrund der Richtlinie vom 18.12.1986 zur Koordinierung der Mitgliedsstaaten betreffend die selbstständigen Handelsvertreter („Handelsvertreterrichtlinie“)[937] erzielte Rechtssicherheit gefährdet.[938] Es wird darauf verwiesen, dass nach Art. 1 Abs. 2 dieser Richtlinie ein Handelsvertreter als „selbstständiger“ Gewerbetreibender gesehen werde, der insoweit auch eine unternehmerische Verantwortung tragen müsse.[939] Insgesamt sei der Tenor der Leitlinien beim Thema Handelsvertreter überängstlich formuliert und „von einem erheblichen Misstrauen“[940] gegenüber der Agentur geprägt.

---

932 Rittner, DB 2000, 1211 (1213).

933 Dazu: Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 295f.

934 *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 125.

935 Nolte, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV Fallgruppen, Rn. 662, 664.

936 Rittner, DB 2000, 1211.

937 86/653/EWG, AblEG L 382, 17.

938 Rittner, DB 2000, 1211 (1215).

939 Lange, EWS 2001, 18 (21); *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 126.

940 Rittner, DB 2000, 1211 (1213).

Obwohl der erste Entwurf der Leitlinien[941] noch einmal nach der Intervention durch das Europäische Parlament in Form einer Resolution überarbeitet wurde, sehen Kritiker die Agentur auf „ein lebensfremdes und lebensuntaugliches Zerrbild“[942] reduziert, das an der Rechtswirklichkeit vorbeigehe.[943]

### (cc) Die Rechtsprechung des EuGH nach Erlass der Leitlinien

Die Rechtsprechung scheint ihren endgültigen Kurs nach Erlass der Leitlinien noch nicht gefunden zu haben.

### (dd) Stellungnahme

Gegen die einzelnen angesprochenen Kritikpunkte an Inhalt und Systematik der Leitlinien lassen sich kaum Einwände vorbringen. Die Kritik ähnelt sehr stark derjenigen, die an früheren Gruppenfreistellungsverordnungen für vertikale Vereinbarungen unter dem Stichwort „Zwangsjacken-Effekt“[944] geübt wurde.[945] Vor Erlass der heutigen VGVO, die die Funktion einer sog. „Schirm-GVO“ besitzt, hatte die Kommission zwischen einzelnen Vertragstypen bei den Gruppenfreistellungsverordnungen differenziert. Um den Betroffenen Rechtssicherheit zu geben, enthielten diese Freistellungsverordnungen Anleitungen darüber, wie der Inhalt solcher Vereinbarungen auszusehen habe, damit sie in den Genuss einer bestimmten Gruppenfreistellungsverordnung kommen konnten. Vielleicht ist gerade der Inhalt der Leitlinien im Zusammenhang mit den Handelsvertreterverhältnissen noch eine Nachwirkung eines solchen schematisch-typologisierten Denkens, das zu dem bekannten „Zwangsjacken-Effekt“ führte. Unter diesen Umständen ist es dann allerdings als erheblicher Fortschritt zu werten, wenn

---

941 Abgedr. ABlEG Nr. C 270 vom 24.9.1999.

942 Rittner, DB 2000, 1211 (1215) unter ausdrücklichen Verweis auf seine an der ursprünglichen Fassung der Leitlinien geübte in DB, 1999, 2097 (2100).

943 *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 132.

944 Vgl. hierzu Bechtold, EWS 2001, 49 (50); Noack, 174; *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 60; in der englischsprachigen Literatur wird vom „straitjacket effect“ gesprochen, vgl. Griffiths, E.C.L.R 2000, 241 (244).

945 Diese Parallele zieht ausdrücklich Nolte, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV Fallgruppen, Rn. 666.

sich derartige Ausführungen nicht mehr in einer Gruppenfreistellungsverordnung selbst wiederfinden, sondern in den zumindest für die Rechtsprechung nicht verbindlichen Leitlinien. Es besteht daher durchaus noch die berechtigte Möglichkeit, dass diese durch die Praxis der Rechtsprechung an einzelnen Stellen gegenstandslos werden.[946]

Daneben wäre gelegentlich ein wenig mehr Verständnis für die besondere Situation der bei der Kommission mit der Ausarbeitung der Leitlinien beschäftigten Mitarbeiter angebracht. Üblicherweise wirkt an der Ausarbeitung eines solchen Dokuments eine Vielzahl von Mitarbeitern mit, die neben unterschiedlichen Muttersprachen auch in sehr verschiedenen Rechtssystemen ihre Ausbildung absolviert haben. Generell ist man in zahlreichen anderen Rechtssystemen deutlich zurückhaltender, von existierenden Musterverträgen und Standardklauseln (sog. „templates“) abzuweichen, als man dies vielleicht aus der deutschen Rechtspraxis kennen mag. Hinzu kommt, dass das System der Agenturen und Handelsvertretungen in anderen Mitgliedsstaaten keine den deutschen Verhältnissen vergleichbare Bedeutung hat. Oft werden in diesen Ländern auch Unternehmer als Eigenhändler angesehen, die nach deutschen Maßstäben als Handelsvertreter beurteilt werden.[947] In anderen Rechtssystemen verwurzelte Juristen mögen beim Umgang mit dem Ausschluss von Handelsvertretervereinbarungen aus dem Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV dieselben Probleme haben, die ein im deutschen Rechtssystem verwurzelter Kartellrechtler üblicherweise mit dem Begriff der „rule of reason“ hat. Vor diesem Hintergrund sollte man honorieren, dass die Kommission immerhin den ursprünglichen Entwurf ihrer Leitlinien vom September 1999 nach dem ersten großen Aufschrei noch einmal gründlich überarbeitet hat. Die weitere Entwicklung sollte der Rechtsprechung überlassen werden. Aufgrund des neuen Verfahrensrechts in Wettbewerbsangelegenheiten haben nunmehr auch die nationalen Gerichte die Möglichkeit, an der künftigen Auslegung von Art. 101 Abs. 1

---

946 Die Entscheidung EuG… könnte dabei ein Anfang in Richtung dieser Entwicklung darstellen; Nolte, WuW 2005, 252 (256 f. u. 262) sowie in: Langen/Bunte, Art. 101 AEUV Fallgruppen, Rn. 667ff. spricht sich daher für eine berichtigende Auslegung der Leitlinien aus, nach der die Kommission den Nachweis für die „Spürbarkeit“ von Risiken zu erbringen habe.

947 Vgl. hierzu das Beispiel aus Großbritannien bei *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 131.

AEUV im Hinblick auf Handelsvertreterverhältnisse mitzuwirken. Diese Entwicklung sollte weiterhin abgewartet werden.

**(2) Franchising**

Auch für das Franchising entwickelte sich im EU-Wettbewerbsrecht die Diskussion über die Reichweite und Grenzen von Art. 101 Abs. 1 AEUV. Einen ersten großen Meilenstein setzte dabei die berühmte Entscheidung „Pronuptia“[948] des Europäischen Gerichtshofs vom 28.1.1986. Die Entscheidung zählte einen Katalog von Bestimmungen auf, die in einem Franchise-Vertrag für wettbewerbsrechtlich unbedenklich angesehen wurden. Darunter fielen eine Konkurrenzschutzklausel für die Dauer des Vertrags und darüber hinaus, die Genehmigungspflicht des Franchisegebers vor der Übertragung des Geschäftsbetriebs an einen Dritten oder vor einer Verlegung des Geschäftssitzes, die Verpflichtung des Franchisenehmers, Geschäftsmethoden und Know-How des Franchisegebers einzusetzen und nur dessen Ware bzw. Ware von entsprechender Qualität zu verkaufen sowie das Erfordernis für den Franchisenehmer, sich für die Art der beabsichtigten Werbung die Einwilligung des Franchisegebers zu holen.[949] In keinem Fall sollten aber Gebietsschutzabreden und Preisbindungen im Gegensatz zu unverbindlichen Preisempfehlungen[950] wirksam sein.

Die „Pronuptia“-Entscheidung des EuGH dürfte auch maßgeblichen Einfluss auf den Inhalt der später durch die Kommission verabschiedeten Freistellungsverordnung Nr. 4087 für Franchise-Vereinbarungen („Franchise-GVO“)[951] vom 30.11.1988 gehabt haben. Von besonderer Wichtigkeit im Hinblick auf die Zulässigkeit von Preisbindungen war dabei Art. 5 e Franchise-GVO, der dem Franchisegeber verbot, den Franchise-

948 EuGH Rs. 161/84, Slg. 1986, 353.

949 Siehe hierzu die übersichtliche Darstellung bei Flohr, in Liebscher/Flohr/Petsche, § 8, Rn. 6.

950 EuGH Rs. 161/84, Slg. 1986, 353 (384), Rn. 25.

951 Abgedr. in ABl. 1988 359, 46.

nehmer unmittelbar oder mittelbar in seiner Freiheit zu beschränken, seine Verkaufspreise für vom Franchising umfasste Waren oder Dienstleistungen festzulegen.[952] Allerdings sollte das Recht des Franchisegebers, Verkaufspreise zu empfehlen, hiervon unberührt bleiben. Die 13. Einleitungserwägung zur Franchise-GVO sagte, dass es dem Franchisegeber frei stehe, Preise zu empfehlen, „soweit dies nach innerstaatlichem Recht zulässig ist und nicht zu aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zwecks tatsächlicher Anwendung dieser Preise führt". Der zeitliche Geltungsbereich der Franchise-GVO ging bis zum 31.12.1999. Sie wurde nunmehr durch die Vertikal-GVO ersetzt, so dass ein vertieftes Eingehen auf die Franchise-GVO an dieser Stelle nicht mehr notwendig ist.

Die großen inhaltlichen Parallelen zwischen der Entscheidung „Pronuptia" und dem späteren Erlass der Franchise-GVO zeigen dabei allerdings deutlich, dass die Grenzen zwischen einer einschränkenden Auslegung von Art. 101 Abs. 1 AEUV und einer Freistellung nach Abs. 3 der Vorschrift fließend sind und die Trennlinie in der Praxis nicht so genau auszumachen ist, wie dies an und für sich wünschenswert wäre, um den beteiligten Gerichten und Behörden die Kompetenzen klar zuweisen zu können.[953] Man kann dies natürlich auch positiv umschreiben, indem man feststellt, dass der EuGH bzw. das EuG dem Rat und der Kommission mit ihrer Rechtsprechung über die einschränkende Auslegung von Art. 101 Abs. 1 AEUV neue Impulse für die Entwicklung der Freistellungspraxis geben können.

Die Neufassung der Vertikal-GVO vom 20.04.2010 brachte gerade auch für Franchise-Verträge einige zu beachtende Änderungen.[954] Neben der Einführung einer zusätzlichen Marktanteilsschwelle für Franchise-Nehmer, einer neuen Know-how-Definition („bedeutsam und nützlich") sowie der Möglichkeit der Preisbindung nach Franchise-Systemen bei der Durchführung von Verkaufsförderungsaktionen ist insoweit

---

952 Flohr, in Liebscher/Flohr/Petsche, § 8, Rn. 207 spricht im Zusammenhang mit dem Preisbindungsverbot von einem „Herzstück" der Franchise-GVO.

953 Vgl. hierzu Ekkenga, 54 f.

954 Dazu: Wachter, Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts, 3. Auflage 2014, 6. Kap., Rn. 45ff.

vor allem noch die Berücksichtigung der Bedeutung des Internets durch entsprechende Regelungen in den Leitlinien zu erwähnen.

**(3) Zuliefervereinbarungen**

Im Bereich von Austauschverträgen[955] ist schließlich noch auf die kartellrechtliche Behandlung von Zulieferverträgen[956] einzugehen. In diesen wird prinzipiell eine moderne Form der Arbeitsteilung gesehen, die insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen Perspektiven bietet.[957] Diese Grundeinstellung spiegelt sich folglich auch in der Zuliefer-Bekanntmachung der Kommission aus dem Jahr 1978 wider.[958] Danach werden bestimmte Bedingungen des Auftraggebers an seinen Zulieferer, die eigentlich gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstießen, vom Wettbewerbsrecht dennoch hingenommen, allerdings unter der Maßgabe, dass der Zulieferer im Rahmen der Vereinbarung besondere Kenntnisse und Betriebsmittel seines Auftraggebers verwendet, ohne die er seine vertraglichen Verpflichtungen nicht erfüllen könnte. Entscheidend ist demnach, dass der Zulieferer als „verlängerte Werkbank“ eine bloße Hilfsfunktion einnimmt.[959]

Beispiele für solche zulässigen Bindungen und Beschränkungen sind die Verpflichtung, die Kenntnisse und Betriebsmittel nur zum Zweck der Auftragserfüllung zu nutzen, das Verbot ihrer Weitergabe an Dritte, die ausschließliche Bestimmung hergestellter Erzeugnisse für den Auftraggeber sowie bestimmte auferlegte Geheimhaltungspflichten.[960]

---

955 Zur Kritik der Zuliefererindustrie wegen des Fehlens spezifischer Zuliefererregelungen, vgl. Päuser, 63.

956 Vertiefend zum Wesen der Abnehmer-Zulieferer-Beziehungen Noack, 39 ff.

957 Bunte, 374.

958 ABl.EG 1979 C; zur fehlenden Bindungswirkung von Bekanntmachungen vgl. Pohlmann, WuW 2005, 1005 ff.

959 Stockenhuber, in Grabitz/Hilf, Art. 101 AEUV, Rn. 174.

960 Bunte, 375.

Obwohl sie nicht ausdrücklich in der Zuliefer-Bekanntmachung von 1978 erwähnt ist, dürfte noch eine weitere Gruppe von Wettbewerbsbeschränkungen keinen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellen, die bereits im Zusammenhang mit der Darstellung von § 14 GWB a.F. behandelt wurde: Es handelt sich um diejenigen Fälle, bei denen ein ebenfalls als „verlängerte Werkbank" fungierender Zulieferer von seinem Auftraggeber Preisvorgaben im Hinblick auf die Beschaffung von Vorprodukten erhält. Bekanntlich scheitert im deutschen Kartellrecht eine Anwendung von § 14 GWB a.F. daran, dass dessen Wortlaut nicht erfüllt ist.[961] Im europäischen Wettbewerbsrecht lässt sich die Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 1 AEUV sinngemäß mit dem Grundgedanken der Zuliefer-Bekanntmachung von 1978 begründen: Dem Zulieferer kommt lediglich eine Hilfsfunktion zu. Soweit der Auftraggeber eine Lieferung des Vorlieferanten an ihn direkt wirtschaftlich und rechtlich zu bestimmten Konditionen durchsetzen könnte, ist es nicht einzusehen, warum es einen kartellrechtlichen Verstoß darstellen soll, wenn der Auftraggeber sicherstellen möchte, dass der Zulieferer als „verlängerte Werkbank" zu eben diesen Konditionen die Vorprodukte bezieht.

### cd) Ergebnis

Im Hinblick auf die Grenzen des Tatbestands von Art. 101 Abs. 1 AEUV werden auch ähnliche Fallgruppen diskutiert, wie sie im deutschen Kartellrecht bei § 14 GWB a.F. unter dem Stichwort der „Formel von den institutionellen Gegebenheiten" bekannt sind. Anders als bei § 14 GWB a.F. besteht jedoch durch das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung eine direkte Möglichkeit der einschränkenden Auslegung. Im Bereich der Handelsvertreter existieren solche Einschränkungen des Tatbestands ungeachtet der zwischenzeitlich erlassenen VGVO. Darüber und über die im Rahmen dieser Einschränkung zu behandelnden Fallgruppen besteht weitgehende Einigkeit. Differenzen bestehen lediglich darin, ob im Zusammenhang mit diesen Einschränkungen der Begriff der „rule of reason" verwandt werden darf. Auch wenn man sich für die Verwendung dieser Terminologie entscheidet, muss beachtet werden, dass aufgrund der besonderen Struktur von Art. 101 AEUV die Systematik der Grenzen des

---

961 Vgl. die diesbezüglichen Ausführungen auf 181.

Tatbestands nicht deckungsgleich mit derjenigen sein kann, die im US-Antitrust-Recht besteht.

### e) Der relevante Markt

Ein Verstoß gegen das Kartellverbot ist stets im Hinblick auf den Markt zu untersuchen, auf den sich die in Frage stehende Maßnahme auswirkt. Hierfür wird der Begriff „relevanter Markt“ verwandt.[962] Dieser relevante Markt wird in einen sachlichen, örtlichen und zeitlichen Markt unterteilt. Die Kommission hat die „Bekanntmachung über die Definition des relevanten Markts“[963] veröffentlicht, mit der der Versuch unternommen wird, den Marktbegriff einheitlich für das gesamte europäische Wettbewerbsrecht zu definieren.

#### ae) Sachlicher Markt

Der sachlich relevante Markt[964] wird üblicherweise aus Sicht der Nachfrager beurteilt. Nach diesem sog. Bedarfsmarktkonzept gehören sämtliche Waren oder Dienstleistungen zu dem identischen sachlichen Markt, die aus der Sicht des Verbrauchers aufgrund ihrer Eigenschaften, ihrer Preislage oder ihres Verwendungszwecks als austauschbar bzw. substituierbar angesehen werden. Im Zusammenhang mit einer kartellrechtlich zu untersuchenden Absprache muss daher sowohl geprüft werden, ob diese sich auf untereinander austauschbare Erzeugnisse bezieht als auch der Umstand gewürdigt werden, ob andere Erzeugnisse die von der Vereinbarung umfassten Produkte verdrängen könnten.

---

962 SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 110.

963 ABl. 1997 Nr. C 372, 5.

964 Siehe dazu Kommission, Bekanntmachung über die Definition des sachlich relevanten Markts, a.a.O., Rn. 7 ff., 25 ff., 36 ff.

Die Substituierbarkeit auf der Angebotsseite kann allenfalls dann berücksichtigt werden, wenn Anbieter kurzfristig und als Reaktion auf kleine, dauerhafte Preisänderungen in der Lage sind, ihre Produktion auf die relevanten Erzeugnisse umzustellen, um sie ohne große Zusatzkosten auf den Markt zu bringen.[965]

Obwohl Eigenschaft, Preislage und Verwendungszweck an sich objektive Kriterien zu sein scheinen, darf die subjektive Sicht des Verbrauchers mit seinem häufig wechselnden Geschmack nicht unberücksichtigt bleiben.[966] Zu beachten sind dabei insbesondere überlieferte und verfestigte Verbraucherpräferenzen,[967] sämtliche dieser Aspekte sind einer Gesamtwürdigung zu unterziehen.[968] Als weiteres Element ist im Rahmen des sachlich relevanten Markts die sog. „Kreuzpreiselastizität“[969] von Bedeutung. Nach dieser Formel ist eine Austauschbarkeit von Produkten dann gegeben, wenn geringfügige Preisverschiebungen von 5% bis 10% die Nachfrage auf ein anderes Produkt in einem Ausmaß verlagern, so dass eine Preiserhöhung in diesem Umfang für das Produkt wirtschaftlich unrentabel wäre.[970] Die Entscheidungspraxis der Kommission ist kasuistisch geprägt, ein fallübergreifender Leitgedanke lässt sich aus der Vielzahl der Entscheidungen nicht herauslesen.[971]

**be) Räumlicher Markt**

Nach der Definition der „Bagatell-Bekanntmachung“[972] ist der räumlich relevante Markt das Gebiet, „in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder

---

965 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 253f; SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 111.

966 SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 111.

967 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 254; SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 112.

968 SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 111.

969 EuGH Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, Rn. 33 „United Brands“; EuG Rs. T-30/89, Slg. 1991/II-1439, Rn. 75 f. „Hilti“.

970 Weiß, in Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV, Rn. 96.

971 SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 113 m.w.N.

972 Abgedr. in ABl. 1997 C 372/3

Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten insbesondere durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet."

Nach der Praxis der Kommission ist dies üblicherweise der Gemeinsame Markt, wobei in Ausnahmefällen die Grenze jedoch auch enger gezogen wird.[973] Oftmals lassen sich die Grenzen des räumlich relevanten Markts auch aus der in Frage stehenden Vereinbarung selbst entnehmen.[974] Nach der Definition des EuG[975] bildet der räumlich relevante Markt das Gebiet, „in dem die Wettbewerbsbedingungen, insbesondere die Nachfrage der Verbraucher, hinreichend homogene Merkmale aufweisen."

### ce) Zeitlicher Markt

Äußerst geringe praktische Bedeutung hat die Abgrenzung nach dem zeitlich relevanten Markt.[976] Generell ist hierunter der Zeitraum zu sehen, innerhalb dessen die Wettbewerbsverhältnisse zu untersuchen sind.[977] Der zeitlich relevante Markt kann eine Rolle spielen, wenn Leistungen nur für eine bestimmte Zeit angeboten werden.[978]

### f) Die unmittelbare und mittelbare Festsetzung von An- und Verkaufspreisen

Preisabsprachen und Preisbindungen sind noch immer der klassische Fall von Wettbewerbsbeschränkungen, weswegen sie bei den in Art. 101 Abs. 1 AEUV aufgezählten Regelbeispielen in lit. a) neben der Festsetzung von Geschäftsbedingungen an erster

---

973 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 257

974 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 258; SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 118.

975 EuG Rs. T-34/92, Slg. 1994-II, 905 (936), „Fiatagri"

976 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 262; SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 118.

977 FK-Roth, Ackermann, Grundfragen Art. 81 Abs. 1, Rn. 293.

978 Bunte, in Langen/Bunte, Art. 81 EGV Generelle Prinzipien, Rn. 116.

Stelle stehen. Ohne dass dies ausdrücklich aus dem Wortlaut der Vorschrift hervorgeht, werden damit auch im europäischen Wettbewerbsrecht sowohl Waren als auch Dienstleistungen erfasst, wenngleich der Begriff Ankauf eher Assoziationen zu körperlichen Gegenständen als zu Dienstleistungen hervorzurufen vermag.[979] In der Beschränkung der Preisbildungsfreiheit wird der augenscheinlichste Angriff auf die Wettbewerbsfreiheit gesehen, der zudem noch zu einer Einschränkung des wichtigsten Wettbewerbsparameters führt.[980] Der Anwendungsbereich dieses Regelbeispiels ist demzufolge weit gefasst, aus dem Wortlaut ergibt sich, dass das Verbot von Preisfestsetzungen sowohl im Verhältnis zwischen Mitbewerbern als auch in Austauschverträgen gilt.

**af) Genereller Anwendungsbereich des Preisbindungsverbots**

Grundsätzlich soll Art. 101 Abs. 1 lit. a) AEUV die unterschiedlichsten Formen der Beeinflussung von Preisen erfassen. Das ursprüngliche Schwergewicht der Entscheidungspraxis bildeten dabei Fälle von horizontalen Absprachen über gemeinsame Verkaufspreise.[981] Anhand der Fallbeispiele im Bereich der horizontalen Absprachen wurde aber rasch deutlich, dass Art. 101 Abs. 1 AEUV alle Formen der Preisbeeinflussung[982] unterbinden sollte und sämtliche Bestandteile des Preises vom Schutzgut

---

979 Daher wären eigentlich die Begriffe Einkaufs- oder Beschaffungspreise die treffenderen Formulierungen.

980 Stockenhuber, in Grabitz/Hilf, Art. 101 AEUV, Rn. 178.

981 EuGH Rs. 45/69, Slg. 1970, 769 „Chinin-Boehringer“; Kommission, Abl. 1974, Nr. L 237/3, 9 „Belgische Tapeten“; weitere Nachweise bei SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 134.

982 Stockenhuber, in Grabitz/Hilf, Art. 101 AEUV, Rn. 180.

der Vorschrift umfasst werden. Als unmittelbare Preisfestsetzungen wurden daher Abreden, über Höchst- und Mindestpreise[983] einen Gewinn zu erzielen[984] sowie die Ausrichtung an Referenz-[985] oder Zielpreisen[986] angesehen. Auch die Zusage, ein Konkurrenzangebot zu überschreiten[987] oder zumindest nicht zu unterschreiten,[988] wird dieser Fallgruppe zugerechnet.

Das Tatbestandsmerkmal der mittelbaren Preisfestsetzung in Art. 101 Abs. 1 lit. a) AEUV umfasst einerseits Absprachen über Ausgleichskassen und Gewinnpoolungssysteme[989], andererseits fallen hierunter Absprachen über jede Form von Preisbestandteilen wie Skonti, Rückvergütungen[990] oder alle Arten von Kostenfaktoren.[991] Eine weitere wichtige Untergruppe der Preisfestsetzung im Rahmen von horizontalen Absprachen sind die sog. Rabattkartelle.[992] Wichtigste Erscheinungsformen stellen dabei der Ausschluss[993] jeglicher Rabattgewährung und die Vereinheitlichung[994] von Rabattgestaltungen dar. Eine spezielle Ausgestaltung bilden wiederum die sog. „Gesamtumsatzrabattkartelle“[995], bei denen die Höhe von Rabatten vom Gesamtumsatz eines Abnehmers mit den Mitgliedern des Kartells abhängt.

---

983 Kommission, Abl. 1983, Nr. L 317/1 (6, 8), „Gusseisen u. Stahlwalzen“.

984 Kommission, Abl. 1972, Nr. L 13/34 (39), „VCH“.

985 Kommission, Abl. 1980, Nr. L 318/32 „Solnhofer Natursteinplatten“.

986 Kommission, Abl. 1991, Nr. L 152/16 (17), „Soda-Solvay/CFK“.

987 Kommission, Abl. 1983, Nr. L 317/1 (6, 8), „Gusseisen u. Stahlwalzen“.

988 Kommission, Abl. 1974, Nr. L 160/1 (11), „IFTRA“.

989 Kommission, Abl. 1972, Nr. L 182/24 (25), „Feinpapier“; Kommission, Abl. 1972, Nr. L 302/24 (32 f.), „Cimbel”.

990 Kommission, Abl. 1971, Nr. L 10/15 (18), „Wand- und Bodenfliesen“; Kommission, Abl. 1973, Nr. L 217/34 (36), „Gas-Warmwasserbereiter und Bodenfliesen“.

991 Kommission, Abl. 1984, Nr. L 99/29 (34), „Nuovo CEGAM“; Kommission, Abl. 1990, Nr. L 15/25 (27), „Concordato Incendio“; Kommission, Abl. 1990, Nr. L 13/34 „TEKO“.

992 Vgl. hierzu Stockenhuber, in Grabitz/Hilf, Art. 101 AEUV, Rn. 181.

993 Kommission, Abl. 1975, Nr. L 159/22 (24), „Kachelhandel“.

994 Kommission, Abl. 1974, Nr. L 237/3 (9), „Belgische Tapeten“.

995 Kommission, Abl. 1971, Nr. L 10/15 „Wand- und Bodenfliesen“; Kommission, Abl. 1981, Nr. L 326/32 (37), „Flachglas in Italien“.

**bf) Anwendungsbereich in Vertikalverhältnissen**

Dieselben Grundsätze sollen nach Auffassung der Gemeinschaftsorgane auch für vertikale Absprachen gelten. Nach einer weit verbreiteten Ansicht lassen sich vertikale Vereinbarungen ihrerseits wieder in zwei Grundmuster[996] einteilen: Einerseits kann die Bindung eines Wiederverkäufers durch seinen Lieferanten ihren Ursprung in einer vorgelagerten Absprache[997] von Unternehmen haben, die mit dem Lieferanten auf derselben Wirtschaftsstufe stehen. Darunter zählen beispielsweise diejenigen Fallgruppen, die nach dem deutschen Kartellrecht innerhalb von § 1 GWB unter die Kategorie der „Sternverträge“ eingeordnet werden.[998] Daneben bestehen die Fälle einer sog. individuellen[999] oder autonomen Preisbindung, die weitgehend deckungsgleich mit dem Anwendungsbereich von § 14 GWB a.F. sein dürften. Die Bandbreite der verbotenen Verhaltensweisen unterscheidet sich im Zusammenhang mit vertikalen Beschränkungen nicht von verbotenen Beschränkungen zwischen Unternehmen, die auf derselben Wirtschaftsstufe stehen. Neben Verpflichtungen über die Einhaltung von Festpreisen fallen darunter Abreden über Rabatte[1000], Provisionsweitergabeverbote[1001] zumindest im Falle von Mehrfirmenvertretungen und unechten Handelsvertreterverhältnissen[1002] sowie Absprachen zur Einhaltung von Preisbandbreiten.[1003]

---

996 Stockenhuber, in Grabitz/Hilf, Art. 101 AEUV, Rn. 182; Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 266.

997 Kommission, Abl. 1970, Nr. L 148/9 „Aspa“; Kommission, Abl. 1974, Nr. L 237/3 (8), „Belgische Tapeten“, bestätigt durch EuGH Rs. 73/74, Slg. 1975, 1491 (1513); Kommission, Abl. 1978, Nr. L 224/20 (37 ff.), „FEDETAB“, bestätigt durch EuGH Rs. 209 bis 215 und 218/78, Slg. 1980, 3125, Rn. 88 „Van Landewyck“.

998 Stockenhuber, in Grabitz/Hilf, Art. 101 AEUV, Rn. 182 bezeichnet diese Fälle daher auch als „normales“ horizontales Preiskartell.

999 EuGH Rs. 243/83, Slg. 1985, 2015, Rn. 44 „Binon“; Kommission, Abl. 1970, Nr. L 242/22 (28), „Omega“; Stockenhuber, in Grabitz/Hilf, Art. 101 AEUV, Rn. 182.

1000 Kommission, Abl. 1982, Nr. L 54/36 (45), Rn. 42 „VBBB/VBVB“; Kommission, Abl. 1989, Nr. L 22/12 „Netto-Bücher-Vereinbarungen“.

1001 EuGH Rs. 311/85, Slg. 1987, 3801 „Flämische Reisebüros“.

1002 Vgl. hierzu die Ausführungen auf xxx; grundlegend hierzu Kapp/Schumacher, WuW 2007, 26 (27ff.).

1003 Kommission, Abl. 1980, Nr. L 383/11 (15), „Hennessy/Henkell“.

**(1) Höchstpreisbindungen zu Lasten des Käufers**

Ungeachtet des Umstands, dass Preisbindungen im Einzelhandel als Möglichkeit erkannt[1004] wurden, dem „free-rider"-Phänomen[1005] beizukommen, gilt die Festsetzung von Mindestpreisen in Vertikalverhältnissen als kategorisch verboten.[1006] Für lange Zeit schien es unbestritten zu sein, dass auch die Festsetzung von Höchstpreisen[1007] im Rahmen von Vertikalverhältnissen in jedem Fall einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellt, insbesondere wenn diese wie Festpreise wirken.[1008] Vergessen wird in diesem Zusammenhang allerdings oft auch die Urteilsbegründung der mehrfach erwähnten „Mars"-Entscheidung.[1009] Obwohl sie letztlich nur die Vereinbarkeit einer Maßnahme mit Art. 34 AEUV zum Gegenstand, können Teile ihrer Ausführungen auch dahingehend interpretiert werden, dass Höchstpreisbindungen unter bestimmten Umständen zulässig sein können.[1010] Aufgrund der zwischenzeitlich erfolgten Regelung von Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO ist diese Form der Preisbindung einer grundsätzlich neuen Bewertung zu unterziehen. Da dies nur im Kontext mit der erwähnten Regelung in der VGVO erfolgen kann, soll auch die Prüfung an anderer Stelle erfolgen, inwieweit Höchstpreise und Preisempfehlungen überhaupt in den Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen.[1011]

---

1004 Ekkenga, 55 f.; *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 45.

1005 Zu deutsch Trittbrettfahrer; darunter zählen beispielsweise die Fälle, bei denen ein Händler im Hinblick auf ein bestimmtes Produkt die Preise eines Mitbewerbers unterbietet, der zuvor durch Investitionen im Qualitäts- und Servicebereich dem Produkt zu einem höheren Wert verholfen hat, ohne dass der Händler mit dem niedrigeren Preisniveau selbst hätte solche Investitionen getätigt hat; ausführlich zu diesem Phänomen Noack, 249 ff.; kritisch zum free-rider Problem als Rechtfertigung für eine Preisbindung Schwintowski, FS f. Sandrock, 901 (908 f.).

1006 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 266.

1007 Bechtold, EWS 2000, 49 (52); Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 266.

1008 EuGH Rs. 16-20/79, Slg. 1979, 3327 (3339), „Danis"; allerdings weist Veelken, in I/M I, Vertikal-VO, Rn. 178 Fn. 621, zu Recht daraufhin, dass die Aussagen des Urteils nicht überinterpretiert werden dürfen, weil sie im Zusammenhang mit staatlicher Preisreglementierung stehen.

1009 Rs. C 470/93, WRP 1995, 677.

1010 Insbesondere Rn. 20 der Entscheidungsbegründung könnte in diese Richtung ausgelegt werden; vgl. weiterhin die Ausführungen auf 122.

1011 S. hierzu die diesbezüglichen Ausführungen auf 340 ff.

An dieser Stelle ist auch auf das Preisaufschlagsverbot im Zusammenhang mit Kreditkartenverträgen einzugehen. Nach der hier vertretenen Auffassung scheitert im Geltungsbereich des deutschen Rechts ein kartellrechtliches Preisbindungsverbot bereits daran, dass nach der zivilrechtlichen Vertragskonstruktion das Kreditkartenunternehmen gegenüber dem Vertragsunternehmen keine Bindung im Hinblick auf eine Zweitvereinbarung ausspricht. Dieses Ergebnis mag nach den zivilrechtlichen Grundsätzen anderer europäischer Rechtsordnungen anders sein, dennoch führt dies letztlich nicht zu einem Konflikt mit Art. 101 Abs. 1 AEUV. Im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV ist nämlich das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung ausdrücklich zu berücksichtigen, wohingegen die Annahme eines solchen ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals bei § 14 GWB a.F. problematisch erscheint. Es wurden aber schon bei der Interpretation überzeugende Erklärungsversuche dafür geliefert, warum an sich eine Wettbewerbsbeschränkung nicht vorliegt.[1012] Auf der Ebene des EU-Wettbewerbsrechts kann dies ohne weiteres Berücksichtigung finden, so dass letztlich ein Preisaufschlagsverbot in Kreditkartenverträgen nicht gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstößt.

**(2) Meistbegünstigungsklauseln**

Umstritten ist jedoch die Frage, inwieweit Meistbegünstigungsklauseln von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst werden.[1013] Nach der Entscheidungspraxis der Kommission wurden Meistbegünstigungsklauseln über die gemeinsame Entwicklung und anschließende Vermarktung eines neuen Erzeugnisses[1014] sowie in Patentlizenz- oder Know-how-Verträgen[1015] als nicht vom Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst angesehen. Eine durchweg einheitliche Betrachtungsweise der Kommission ist allerdings nicht zu erkennen.[1016]

---

1012 Horn, ZHR 157 (1993), 324 (338 f.)

1013 SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 141f.

1014 Kommission, Abl. 1968, Nr. L 201/7 (8), Rn. 4 „ACEC/Berliet".

1015 Kommission, Abl. 1975, Nr. L 222/34 (37), Rn. 4 „Kabelmetal".

1016 Kirchhoff, in Wiedemann, § 10, Rn. 277 m.w.N.

Überwiegend wird jedoch von einer Verletzung des Art. 101 Abs. 1 AEUV im Zusammenhang mit Meistbegünstigungsklauseln in demselben Umfang wie bei § 14 GWB a.F. ausgegangen.[1017] Wenn Dritten eine Besserstellung verboten werde, könne dies zu einer Beschränkung des Intra-Brand-Wettbewerbs im Hinblick auf die Waren führen, die ein Lieferant unter Verpflichtung zur Einhaltung einer Meistbegünstigungsklausel vertreibt.[1018] Außerdem werde es dem Lizenzgeber im Fall von Lizenzverträgen erschwert, die besonderen Gegebenheiten des Markts durch eine differenzierende Lizenzpolitik zu berücksichtigen.[1019]

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Zunächst einmal liegt eine Preisbindung nach dem Wortlaut von Art. 101 Abs. 1 AEUV in denselben Fällen vor, in denen im deutschen Recht nach § 14 GWB a.F. eine Preisbindung vorliegt. Anhaltspunkte, warum im AEUV wirtschaftliche Bindungen keine Rolle spielen sollten, gibt es nicht. Obwohl Art. 101 Abs. 1 AEUV mit der Voraussetzung der Wettbewerbsbeschränkung anders als § 14 GWB a.F. im Wortlaut des Tatbestands noch ein potentielles Korrektiv aufweist, kann dies zu keiner anderen Beurteilung führen, weil aus den angeführten Gründen diese Preisbindung zumindest auch mittelbar den markeninternen Wettbewerb beschränkt.

Untermauert wird dieses Ergebnis überdies noch durch die Formulierung von Art. 2 Abs. 1 Nr. 10 sowie Abs. 2 der Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 240/96 für Technologie-Transfer-Vereinbarungen.[1020] Darin gelten Meistbegünstigungsklauseln als unbedenkliche „weiße Klauseln“. An sich hätte es einer solchen Regelung nicht bedurft, wenn Meistbegünstigungsklauseln schon auf der Tatbestandsebene von Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgeschieden werden könnten. Folglich kann grundsätzlich die Meistbegünstigungsklausel nur im Weg einer Freistellung kartellrechtlich erlaubt sein.

---

1017 Kurth, WuW 2003, 28 (32); SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 141f.; Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 578; zwiefelnd Polley/Seeliger, WRP 2000, 1203 (1212)

1018 Kurth, WuW 2003, 28 (32), die jedoch offensichtlich die Begriffe vertauscht hat und fälschlicherweise von dem „inter-brand“-Wettbewerb spricht; Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 578.

1019 SJM-Schröter, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 141.

1020 ABl.EG 1996 Nr. L 31/2 (8)

### 4) Zwischenstaatlichkeitsklausel

Den Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllen nur solche unternehmerische Maßnahmen, die geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beschränken, weswegen dieses Merkmal auch kurz mit Zwischenstaatlichkeitsklausel umschrieben wird.

#### a) Allgemeines

Nach ganz überwiegender Auffassung erfüllt das Tatbestandsmerkmal eine Doppelfunktion.[1021] Als Sachnorm begrenzt es die Verbotsnorm von Art. 101 Abs. 1 AEUV auf solche Wettbewerbsbeschränkungen, die imstande sind, aufgrund von grenzüberschreitenden Handelsströmen die Verwirklichung eines einheitlichen Binnenmarkts zu behindern.[1022]

Als Kollisionsnorm[1023] grenzt es darüber hinaus den Anwendungsbereich des gemeinschaftsrechtlichen vom nationalen Kartellrecht der Mitgliedsstaaten ab. In dieser Funktion kommt der Zwischenstaatlichkeitsklausel nach Inkrafttreten der VO Nr. 1/2003 der Kommission eine erheblich gesteigerte Bedeutung zu. Es findet nämlich nicht nur eine Abgrenzung zum nationalen Kartellrecht statt, sondern letzteres wird nach dem neuen Kartellverfahrensrecht aufgrund von Art. 3 Abs. 2 der VO Nr. 1/2003 bei Bejahung der Zwischenstaatlichkeitsklausel nunmehr vollständig verdrängt. Es entspricht andererseits aber dem Subsidiaritätsgedanken, dass die Mitgliedsstaaten die ausschließliche Kontrolle über Sachverhalte haben, die nur innerhalb eines Mitgliedsstaats Auswirkungen haben können.[1024]

---

1021 Schröter, in GTE, EU-/EGV, Art. 85, Rn. 163.

1022 Stockenhuber, in Grabitz/Hilf, Art. 101 AEUV, Rn. 206.

1023 EuGH Rs. 56/65, Slg. 1966, 281 „LTM/MBU“; EuGH Rs. 56 u. 58/64, Slg. 1966, 321 „Grundig/Consten“.

1024 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 288f.

**b) Weite Auslegung**

Das Tatbestandsmerkmal unterliegt nach der Praxis der Gemeinschaftsorgane einer weiten Auslegung. Indem bereits die Eignung einer Handelsbeeinträchtigung für die Bejahung der Zwischenstaatlichkeitsklausel als ausreichend angesehen wird, ist zugunsten der Kommission ein Vehikel geschaffen worden, mit dem sich auch schon vor Inkrafttreten der VO Nr. 1/2003 der Anwendungsbereich des nationalen Kartellrechts der Mitgliedsstaaten erfolgreich zurückdrängen ließ.

In der Literatur spricht man sich teilweise dafür aus, bei jeder wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme eine Vermutung für die Zwischenstaatlichkeitsklausel zu bejahen.[1025] Andere Stimmen[1026] warnen vor einer zunehmenden Ausuferung des Tatbestandsmerkmals. Inhaltlich wird die Zwischenstaatlichkeitsklausel des Art. 101 Abs. 1 AEUV weitgehend kongruent zu den übrigen Zwischenstaatlichkeitsklauseln des EG-Vertrags ausgelegt, insbesondere wird ein Gleichklang mit dem Verbot von „Maßnahmen gleicher Wirkung“[1027] erkannt, das in Art. 34 AEUV niedergelegt ist. In der „Mars“-Entscheidung[1028] wurde bekanntlich eine Maßnahme gleicher Wirkung angenommen, die den Handel im innergemeinschaftlichen Verkehr zu beeinträchtigen imstande war. Da der EuGH im Hinblick auf Art. 34 AEUV die Zwischenstaatlichkeitsklausel in diesem Fall bejahte, könnte das Ergebnis im Fall einer Prüfung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht anders aussehen. Nach Inkrafttreten der VO Nr. 1/2003 ist dieser Sachverhalt aber dem Anwendungsbereich des nationalen deutschen Kartellrechts komplett entzogen.[1029]

---

1025 Whish, 216.

1026 Gleiss/Hirsch, Art. 85 Rn. 238.

1027 Vgl. EuGH Rs. 8/74, Slg. 1974, 852 „Dassonville“.

1028 EuGH Rs. C 470/93 „Mars“, WRP 1995, 677.

1029 Lampert, Rn. 103 ff.; Hossenfelder/Lutz, WuW 2003, 118 (120 f.); Weitbrecht, EuZW 2003, (70 f.).

**c) Begriffsverständnis**

Die Zwischenstaatlichkeitsklausel ist nach dem Begriffsverständnis des EuGH dann zu bejahen, wenn die in Rede stehende Maßnahme unter Berücksichtigung „der Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit“ erwarten lässt, dass sie auf eine Weise „unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Warenverkehr zwischen den Mitgliedsstaaten beeinflusst, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Markts nachteilig sein könnte.“[1030]

Im Hinblick auf den Begriff der Beeinträchtigung ist zu berücksichtigen, dass dieses Tatbestandsmerkmal sowohl im Fall einer negativen als auch einer positiven Beeinflussung erfüllt ist.[1031] Es ist bereits ausreichend, wenn die Handelsströme aufgrund der fraglichen Maßnahme in eine andere Richtung gelenkt werden.[1032]

Der Begriff des Handels erstreckt sich auf alle Tätigkeiten, die auf eine Teilnahme am Wirtschaftsleben gerichtet sind. Damit ist jede wirtschaftliche Tätigkeit, die eine Unternehmereigenschaft begründet, zugleich auch eine Handelstätigkeit.[1033] Der Begriff umfasst somit das Angebot sowie die Nachfrage nach Waren oder Dienstleistungen jeder Art.[1034]

Eine tatsächliche Beeinträchtigung des Handels ist keine Tatbestandsvoraussetzung, entscheidend ist vielmehr, dass eine Maßnahme geeignet ist.[1035] Die Rechtsprechung bejaht die Geeignetheit, wenn sich unter Berücksichtigung sämtlicher „objektiven

---

1030 EuGH Rs. 56/65, Slg. 1966, 281 (302 f.) „LTM/MBU“; EuGH Rs. 56 u. 58/64, Slg. 1966, 321 „Grundig/Consten“; EuGH Rs. 209 bis 215 und 218/78, Slg. 1980, 3125, Rn. 88 „Van Landewyck“.

1031 EuGH Rs. 23/67, Slg. 1967, 544 „Brasserie de Haecht I“;EuGH Rs. T-141/89, Slg. 1995-II, 791, Rn. 96 „Tréfileurope“.

1032 EuGH Rs. 56 u. 58/64, Slg. 1966, 321 „Grundig/Consten“.

1033 Stockenhuber, in Grabitz/Hilf, Art. 101 AEUV, Rn. 211.

1034 EuGH Rs. 172 /80, Slg. 1981, 2021, „Züchner/Bayerische Vereinsbank“.

1035 EuGH Rs. C-219/95P „Ferriere Nord“.

rechtlichen und tatsächlichen Umstände“ mit hinreichender Wahrscheinlichkeit prognostizieren lässt, dass die Maßnahme eines Unternehmens „unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell“ die Verkehrsströme beim Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinflussen kann.[1036]

**d) Entscheidungspraxis der Gemeinschaftsorgane**

Die Entscheidungspraxis der Organe war in der Vergangenheit an sich weitgehend kasuistisch geprägt. Folglich ist eine systematische Darstellung nur schwer möglich, einige Grundtendenzen ließen sich jedoch ausmachen.[1037] So erfüllen Regelungen über den innergemeinschaftlichen bzw. grenzüberschreitenden Verkehr mit Waren oder Dienstleistungen regelmäßig die Zwischenstaatlichkeitsklausel und zwar unabhängig davon, wo die betroffenen Unternehmen ihren Sitz haben.[1038] Klassische Beispiele für solche Beeinträchtigungen sind vertraglich vereinbarte Ausfuhr-[1039] und Einfuhrverbote.[1040]

Ebenso sollen Vereinbarungen die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllen, die sich auf das gesamte Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaats erstrecken, da dies zu einer Marktabschottung führe und mit dem Gedanken einer Marktintegration unvereinbar sei.[1041]

**e) Die Leitlinien der Kommission**

Aufgrund der weitreichenden Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals nach Erlass der VO Nr. 1/2003 gab die Kommission zwischenzeitlich aber in einer Bekanntmachung „*Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in*

---

1036 EuGH Rs. 31 /80, Slg. 1980, 3775 „L’Oréal“.

1037 Stockenhuber, in Grabitz/Hilf, Art. 101 AEUV, Rn. 212.

1038 EuGH Rs. 22/71, Slg. 1971, 949 „Béguelain“; Rs. 28/77, Slg. 1978, 1391 „Tepea“.

1039 EuGH Rs. 19/77, Slg. 1978, 131; EuG Rs. T-77/92, Slg. 1994-II, 549 „Parker Pen“; Kommission, Abl. 1988, Nr. L 78/34, „Konica“; Abl. 1994 Nr. L 378/45, „Tretorn”.

1040 Komm ABl. 1981 Nr. L 326/32, „Flachglas“

1041 EuGH Rs. 8/72, Slg. 1972, 977, „Cementhandelaren”; Rs. 243/83, Slg. 1985, 2015, „Binon“.

*den Artikeln 81 und 82 des Vertrages*“[1042] zur Auslegung dieses Tatbestandsmerkmal aus. Dabei betonen die Leitlinien, dass eine Vereinbarung nur dann den Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllt, wenn sie als Ganzes und nicht nur in Teilbereichen geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.[1043] Auch sollen die Auswirkungen unter Bewertung des wirtschaftlichen Kontexts der Handlung beurteilt werden.[1044] Nach den Ausführungen in den Leitlinien erfordert der Begriff „*Handel zwischen den Mitgliedstaaten*“ als Mindestvoraussetzung, dass eine fragliche Maßnahme Auswirkungen auf die grenzüberschreitende Tätigkeit zwischen mindestens zwei Mitgliedsstaaten oder Teilen dieser Staaten besitzt.[1045]

Im Hinblick auf die Eignung zur Beeinträchtigung greifen die Leitlinien die vom EuGH erstmals vor fast 40 Jahren in der Entscheidung „LTM/MBU“[1046] entwickelte Definitionsformel nahezu wörtlich auf.[1047] Eine tatsächliche Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handels soll für das Tatbestandsmerkmal auch weiterhin nicht erforderlich sein.[1048] Selbst eine Intensivierung dieses Handels steht einer Bejahung der Zwischenstaatlichkeitsklausel nicht im Wege.[1049]

Weiterhin hat die Kommission in den Leitlinien zur Zwischenstaatlichkeitsklausel eine Kategorisierung von Vereinbarungen und Verhaltensweisen vorgeschlagen, die auf der Basis von gewissen Wahrscheinlichkeiten das Tatbestandsmerkmal besser konkretisieren soll.[1050] Die Klassifizierungen im Hinblick auf bestimmte Maßnahmen und ihrer möglichen Erfüllung des Tatbestandsmerkmals erfolgt auf Basis der Kriterien

---

1042 Abgedr. in ABl. 2004 C 101/81.

1043 Tz. 14.

1044 Tz. 17.

1045 Tz. 19 ff.

1046 EuGH Rs. 56/65, Slg. 1966, 281 (302 f.), Vgl. hierzu die Ausführungen auf 278 f.

1047 Tz. 23.

1048 Lampert, Rn. 92.

1049 Tz. 34.

1050 Tz. 28.

„ihrem Wesen nach geeignet“, „ihrem Wesen nach in der Regel geeignet“ sowie „in der Regel geeignet“.[1051]

### 5) Spürbarkeit

Vom Wortlaut her sind alle wettbewerbsbeschränkenden Abreden vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV umfasst und zwar unabhängig von ihrem tatsächlichen Potenzial im Hinblick auf das Ausmaß einer Wettbewerbsbeschränkung. Um ungeachtet dessen einen besseren Differenzierungsgrad zu erreichen, hat der EuGH sehr früh das Kriterium der Spürbarkeit entwickelt, oftmals als „de Minimis-Regel“ oder „Bagatellklausel“ bezeichnet.[1052] Methodisch handelt es sich dabei um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, das den Verbotstatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV einschränken soll. Zwar bezieht sich das Spürbarkeitskriterium sowohl auf das Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung als auch auf die Zwischenstaatlichkeitsklausel, doch verzichtet die Praxis im Regelfall auf eine genaue dogmatische Differenzierung zwischen diesen beiden Aspekten.[1053] Die Rechtsprechungspraxis des EuGH zeigt außerdem, dass bei Ermittlung der Spürbarkeit sowohl auf qualitative als auch auf quantitative Kriterien zurückgegriffen wird.[1054]

#### a) Bündeltheorie

Um den tatsächlichen Grad einer Marktabschottung im Zusammenhang mit parallelen Vertragsverhältnissen ermitteln zu können, hat der EuGH die sog. Bündeltheorie entwickelt.[1055] Es kommt nicht nur auf die Wettbewerbsbeschränkung für jeden konkreten Einzelvertrag an, sondern es ist vielmehr eine Gesamtbetrachtung sämtlicher parallelen Wettbewerbsverhältnisse erforderlich.

---

1051 Siehe die Tabelle bei Lampert, Rn. 96.

1052 EuGH Rs. 56/65, Slg. 1966, 281 (302 f.) „LTM/MBU“; Rs. 5/69, Slg. 1969, 295 „Völk/Verwaecke“; EuGH Rs. 22/71, Slg. 1971, 949 „Béguelain“.

1053 Gleiss/Hirsch, EGKartR, Art. 85 I, Rn. 258.

1054 Emmerich, in I/M I, Art. 81 Abs. 1, Rdnr. 193 ff.

1055 Grundlegend hierzu EuGH Rs. 23/67, Slg. 1967, 544 (555 f.) „Brasserie de Haecht I“.

In der Folgezeit hat der EuGH[1056] zur weiteren Konkretisierung eine Zweistufentheorie entwickelt. Im ersten Schritt ist die Marktzugänglichkeit für Mitbewerber zu untersuchen. Dabei kommt dem Kumulativeffekt einer Anzahl gleichartiger Verträge eine besondere Bedeutung zu. Im zweiten Schritt muss untersucht werden, inwieweit die in Rede stehende Vereinbarung selbst zu einer Marktabschottung beiträgt. Dies ist anhand der Marktstellung des Vertragspartners sowie des Bindungsgrads des Vertragsnetzes zu ermitteln.[1057]

**b) Die „de Minimis-Bekanntmachung" der Kommission**

Die Entscheidungspraxis der EU-Organe ist jedoch sehr stark von der „de Minimis-Bekanntmachung" oder „Bagatellbekanntmachung" der Kommission geprägt.[1058] An deren grundsätzlicher Anwendbarkeit für vertikale Vereinbarung hat auch die VGVO nichts geändert.[1059]

Nach dieser Bekanntmachung wird eine Spürbarkeit im Regelfall verneint, wenn entweder die Marktanteile der von einer Vereinbarung betroffenen Unternehmen 10% unterschreiten oder wenn es sich bei den Vertragsparteien um „kleinere und mittlere" Unternehmen („KMU") handelt.[1060]

Im Weiteren unterscheidet die Bekanntmachung[1061] danach, ob es sich um vertikale oder horizontale Vereinbarungen handelt. Im Fall horizontaler Vereinbarungen wird die Spürbarkeit bereits beim Überschreiten eines Marktanteils von 5% durch die betroffenen Unternehmen verneint, bei vertikalen Vereinbarungen im Regelfall erst ab

---

1056 EuGH Rs. C-234/89, Slg. 1991-I, 935 (988 f.) "Delimitis/Henninger Bräu".

1057 *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 30.

1058 ABl.EG 1997 Nr. C 372/13 (15)

1059 *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 32.

1060 Bagatellebekanntmachung, Tz. 9 u. Tz. 19.

1061 Tz. 9 lit. b.

10%, wobei die niedrigere Quote gilt, wenn Zweifel am Charakter der Vereinbarung bestehen.

Diese Quoten werden jedoch durch gewisse qualitative Kriterien ergänzt. So wird die Spürbarkeit trotz der Erreichung von relevanten Marktanteilen verneint, wenn es sich bei den Parteien der fraglichen Vereinbarungen um KMU handelt. Für die Ermittlung, ob ein Unternehmen ein KMU ist, müssen jedoch wiederum quantitative Kriterien herangezogen werden: Jedes der betroffenen Unternehmen darf höchstens 250 Mitarbeiter beschäftigen oder der Jahresumsatz darf 40 Mio. Euro bzw. die Jahresbilanzsumme 27 Mio. Euro nicht übersteigen.[1062]

Gerade im Bereich der Vertikalvereinbarungen finden sich jedoch bestimmte Sperren, die zu einer Unanwendbarkeit der „Bagatellbekanntmachung“ führen, selbst wenn die Quote von 10% nicht erreicht ist oder es sich um KMU handelt. Dies trifft insbesondere auf Preisbindungsabreden sowie auf Gebietsschutzabreden zu.[1063]

### II) Taugliche Vertikalvereinbarung II

Gelangt man zu dem Ergebnis, dass der Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV an sich erfüllt ist, so ist im nächsten Schritt zu untersuchen, ob eine vertikale Vereinbarung im Sinn der VGVO vorliegt. Dies geschieht mittels der Legaldefinition des Art. 1 Abs. 1 lit. a) VGVO. Diese beschreibt die Anforderungen an Normadressaten, Art der Maßnahmen und möglichen Inhalt.

#### 1) Zusätzliche Anforderungen an die Normadressaten

Zunächst soll kurz erörtert werden, welche zusätzlichen Anforderungen die VGVO im Hinblick auf die Normadressaten stellt, damit die Anwendung der Gruppenfreistellungsverordnung überhaupt in Betracht kommt.

---

1062 Diese Kennzahlen finden sich in Tz. 19 der Bagatellebekanntmachung.

1063 Jestaedt/Bergau, WuW 1998, 119 (121 f.).

**a) Unternehmen als Normadressaten**

Nach der Generalklausel[1064] von Art. 1 Abs. 1 lit. a) VGVO kommt eine Freistellung nur dann in Betracht, wenn es um Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen zwischen zwei oder mehr Unternehmen geht. Die erwähnten Begrifflichkeiten sind als Tatbestandsmerkmale von Art. 101 Abs. 1 AEUV bekannt und es gibt keine Veranlassung, warum sie im Rahmen der VGVO anders auszulegen sind. Ergänzend sei allerdings noch einmal darauf hingewiesen, dass ein Zusammenschluss, der das Merkmal der Unternehmensvereinigung erfüllt, durchaus auch zugleich ein Unternehmen sein kann. Der Begriff der Unternehmensvereinigung wird in erster Linie gerade dazu gebraucht, um auch die Zusammenschlüsse kartellrechtlich zu erfassen, die den Unternehmensbegriff selbst nicht erfüllen.[1065] Dies ist deshalb von Bedeutung, weil Art. 2 Abs. 2 VGVO im Hinblick auf Unternehmensvereinigungen wieder Einschränkungen vom Anwendungsbereich der VGVO aufstellt. Allerdings stellt Art. 1 Abs. 1 lit. a) VGVO zusätzliche Anforderungen an den Unternehmensbegriff.

Ergänzt um die Ausführungen der Kommission in den Leitlinien, Tz. 24, 2. Spiegelstrich bestimmt die Vorschrift, dass die an einer Vereinbarung oder abgestimmten Maßnahme beteiligten Unternehmen „auf einer anderen Ebene der Produktions- oder Vertriebskette tätig“ sein müssen. Die klassischen Fälle bilden Vereinbarungen zwischen Herstellern und Groß-/Einzelhändlern sowie zwischen einem Rohstoffhersteller und einem Hersteller, der das Produkt des Rohstoffherstellers als Komponente für ein eigenes Produkt verwendet.[1066] Dabei kann ein Unternehmen durchaus auf mehreren Stufen der Herstellungs- und Vertriebskette agieren.[1067] Durch die Formulierung „zwei

---

1064 So die zutreffende Terminologie bei Polley/Seeliger, WRP 2000, 1203 (1204).

1065 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 68.

1066 Petsche, in Liebscher/Flohr/Petsche, § 7, Rn. 51.

1067 Leitlinien, Tz. 24, 2. Spiegelstrich.

oder mehr Unternehmen“ konnten nun auch erstmals mehrstufige Vereinbarungen von den Regelungen der VGVO erfasst sein.[1068]

Indem die Kommission in den „Leitlinien für horizontale Beschränkungen“[1069] von einer Tätigkeit „auf unterschiedlichen Ebenen der Produktions- und Vertriebskette“ spricht, trägt sie indirekt zu einem besseren Verständnis von Art. 1 Abs. 1 lit. a) VGVO bei, weil dadurch die innere Verbindung eines Stufenverhältnisses auf der Wertschöpfungskette hervorgehoben wird.[1070] Dies bedeutet, dass der Lieferant im Hinblick auf Waren oder Dienstleistungen eine Wertschöpfung erbringen muss, die als Vorleistung in die vom Käufer geschaffene Wertschöpfung eingeht.[1071] Durch dieses zusätzliche Kriterium fällt nicht jeder Austauschvertrag unter den Anwendungsbereich der VGVO, was zu einem deutlich engeren Anwendungsbereich führt, als dies bei § 14 GWB a.F. der Fall sein mag.

Unabhängig davon stellt der Wortlaut der Vorschrift unmissverständlich klar, dass die VGVO ungeachtet des von den Parteien aufgrund des Zivilrechts gewählten Vertragstyps Anwendung findet.[1072]

Eine weitere Präzisierung des Anwendungsbereichs der VGVO ergibt sich unmittelbar aus der Norm selbst: Die beteiligten Unternehmen müssen „für die Zwecke der Vereinbarung oder der abgestimmten Verhaltensweise“ auf unterschiedlichen Ebenen der Produktion und des Vertriebs stehen. Die Tatsache, dass sich zwei oder mehr Unternehmen auf irgendeinem Markt auf zwei unterschiedlichen Ebenen gegenüberstehen,

---

1068 SJM-Klotz, Wettbewerbsrecht, 2003, Fallgruppen Art. 81 – Liefer- und Bezugsvereinbarungen, Rn. 32.

1069 Tz. 11.

1070 So überzeugend Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 125.

1071 Veelken, in I/M I, Vertikal-VO, Rn. 68 ff.

1072 SJM-Klotz, Wettbewerbsrecht, 2003, Fallgruppen Art. 81 – Liefer- und Bezugsvereinbarungen, Rn. 32; Petsche, in Liebscher/Flohr/Petsche, § 7, Rn. 51; Polley/Seeliger, WRP 2000, 1203 (1205); *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 79.

ist also allein noch nicht hinreichend, wichtig ist, dass die fragliche Vereinbarung (oder abgestimmte Maßnahme) eine Verknüpfung zwischen diesen beiden Umständen schafft.[1073] Kann dies nachgewiesen werden, ist es umgekehrt dann aber unschädlich, wenn die Unternehmen sich auf einem anderen Markt als Wettbewerber gegenüberstehen.[1074]

**b) Unternehmensvereinigungen als Normadressaten**

Auch an den zweiten Normadressaten des Art. 101 Abs. 1 AEUV, die Unternehmensvereinigungen, werden aufgrund der Regelung von Art. 2 Abs. 2 VGVO zusätzliche Anforderungen für die Anwendbarkeit der Gruppenfreistellungsverordnung als solche gestellt. Die erste dieser zusätzlichen Anforderungen, nämlich dass es sich bei diesen Unternehmensvereinigungen zugleich auch um Unternehmen gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV handeln muss, ergibt sich allerdings nur im Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 1 VGVO.

Allerdings müssen die Mitglieder bzw. die Lieferanten, was sich abermals aus dem Rückschluss zu Art. 2 Abs. 1 lit. a) VGVO ergibt, auf einer unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufe tätig sein. Im Fall einer Unternehmensvereinigung kommt also eine einschränkungslose Anwendung der VGVO nur dann in Betracht, wenn einerseits die Tatbestandsmerkmale von Art. 2 Abs. 1 lit. a) VGVO erfüllt sind und andererseits eine vertikale Vereinbarung weder mit Mitgliedern oder Anbietern der Unternehmensvereinigung geschlossen wird. In Frage kommt eine Anwendung beispielsweise dann, wenn eine Unternehmensvereinigung Verkäufe an Kunden aufgrund einer von den Mitgliedern unabhängigen Tätigkeit vornimmt. Die Beantwortung der Frage, ob die zusätzlichen Voraussetzungen nach Art. 2 Abs. 2 VGVO für die Gruppenfreistellungsverordnung vorliegen müssen, kann also bei ein und derselben Unternehmensvereinigung für verschiedene Vereinbarungen unterschiedlich ausfallen, je nachdem, mit wem die vertikale Vereinbarung geschlossen wurde.[1075]

---

1073 Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 126.

1074 Metzlaff, BB 2000, 1201 (1203).

1075 Schulte/Geiger, EuZW 2000, 396 (398) scheint diese Konsequenz des insoweit unmissverständlichen Wortlauts nicht klar zu sein.

Aufgrund des erwähnten Zusammenspiels von Art. 2 Abs. 2 VGVO mit Art. 2 Abs. 1 lit. a) VGVO ist der Einwand, dass die praktische Handhabung von Art. 2 Abs. 2 VGVO die Abgrenzung zwischen horizontalen und vertikalen Beschränkungen erschwere, nur sehr bedingt zutreffend.[1076]

**ab) Einzelhändlereigenschaft**

Soweit es aber um vertikale Vereinbarungen mit Mitgliedern oder Anbietern geht, ergibt sich sowohl aus der Norm als auch aus den Leitlinien[1077] eindeutig, dass die Mitglieder ausschließlich Wareneinzelhändler sein müssen. Die Leitlinien definieren in Tz. 29 Satz 3 die Wareneinzelhändler als „Händler, die Waren an den Endverbraucher weiterverkaufen".

Bei der genauen Abgrenzung dieses Begriffs wird weitgehend auf die Auslegungsgrundsätze der Gruppenfreistellungsverordnung von Alleinvertriebsvereinbarungen[1078] zurückgegriffen.[1079] Danach muss zwischen den bezogenen und den weiterverkauften Waren weitgehende Identität bestehen, wobei geringfügige wertsteigernde Tätigkeiten des Händlers zur Verbesserung von Qualität, oder Haltbarkeit bzw. Veränderungen an der Verpackung oder der Mengenverteilung zulässig sind.[1080] Unschädlich ist es auch, wenn ein Endverbraucher selbst die Unternehmereigenschaft erfüllt.[1081]

---

1076 So aber Bayreuther EWS 2000, 106 (107); Noack, 290 f.

1077 Tz. 29, S. 2

1078 VO (EWG) Nr. 1983/83, ABl. EG 1983 L 173/1

1079 Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 366.

1080 Veelken, in I/M I, Vertikal-VO, Rn 86.

1081 Semler/Bauer, DB 2000, 193 (196)

**bb) Umsatzgröße**

Zusätzlich erfordert die Anwendung der VGVO bei vertikalen Vereinbarungen von Unternehmensvereinigungen mit ihren Mitgliedern oder Lieferanten noch, dass keiner der beteiligten Wareneinzelhändler einen Gesamtumsatz von mehr als € 50 Mio. erzielt haben darf.[1082] Für die Konkretisierung dieses Tatbestandsmerkmals ist Art. 8 VGVO heranzuziehen. Entscheidend ist demnach der Umsatz nach Abzug von Steuern und sonstigen Abgaben mit sämtlichen Waren und Dienstleistungen im Geschäftsjahr vor Abschluss der vertikalen Vereinbarung. Wünschenswert wäre allerdings gewesen, wenn Art. 8 VGVO auch definiert hätte, nach welchen Rechnungslegungsgrundsätzen die Ermittlung zu erfolgen hat.[1083]

Art. 8 Abs. 1 VGVO legt fest, dass nicht nur unmittelbar beteiligte Unternehmen, sondern auch verbundene Unternehmen nach Maßgabe der Vorschrift einzubeziehen[1084] sind, wobei der Begriff der verbundenen Unternehmen seinerseits in Art. 1 Abs. 2 VGVO umfassend definiert wird. Die Vorschrift enthält insoweit eine genaue Regelung dazu, wie die Zurechnung von Gemeinschaftsunternehmen zu erfolgen hat.[1085]

**cb) Anwendbarkeit der VGVO bei Beschlüssen**

Im Zusammenhang mit Unternehmensvereinigungen als Normadressaten wurde überdies darüber sinniert, ob es sich beim Unterlassen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen dem Anwendungsbereich der VGVO zuzuordnen, um eine planwidrige Regelungslücke handelt, was sich jedoch durch die Neufassung in Art. 2 Abs. 2 VGVO nunmehr erledigt hat.

---

1082 Sehr kritisch zu dieser Umsatzschwelle Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 368 ff.

1083 Trotz Bemühens um Vereinheitlichung im Rahmen der IAS mag es auch bei der Berechung des Umsatzes noch Unterschiede beispielsweise im Vergleich des HGB-Abschlusses mit einem Abschluss nach US-GAAP geben.

1084 Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 368.

1085 *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 107.

### 2) Gegenstand von Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen

Hinsichtlich der Mindeststandards, die eine Vereinbarung oder abgestimmte Maßnahme enthalten muss, um für eine Gruppenfreistellung in Frage zu kommen, enthält die Legaldefinition der vertikalen Vereinbarung in Art. 1 Abs. 1 lit. a) VGVO nur lückenhafte Ausführungen.

#### a) Mindestinhalt von an sich verbotenen Maßnahmen

Die Vereinbarung bzw. abgestimmte Verhaltensweise muss Bedingungen regeln, zu denen die Parteien bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können. Auch aus den Leitlinien ergeben sich keine näheren Hinweise über die konkrete inhaltliche Ausgestaltung. In jedem Fall sind aber wettbewerbsbeschränkende Absprachen erforderlich, die im unmittelbaren Zusammenhang mit Einkaufs-, Verkaufs- oder Weiterverkaufsbedingungen stehen.[1086] Vergleicht man die deutsche Fassung mit der englischen und französischen Version, so wird klar, dass der Begriff „beziehen“ besser mit dem präziseren Vokabular „kaufen“ hätte besetzt werden sollen.[1087] In jedem Fall ist durch die ausdrückliche Einbeziehung von Dienstleistungen zunächst einmal der Anwendungsbereich freistellungsfähiger Abreden im Vergleich zu den diversen Vorgängerregelungen erweitert worden.[1088] Fest steht daher auch, dass Miet- oder Pachtvereinbarungen keine nach der VGVO freistellungsfähigen Abreden darstellen[1089], obwohl diese vom Tatbestand des § 14 GWB a.F. erfasst waren[1090] und auch kein Grund ersichtlich ist, warum diese nicht Art. 101 Abs. 1 AEUV unterfallen sollen. Die Abgrenzung zwischen dem Verkauf von Dienstleistungen und

---

1086 Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 132.

1087 Dazu Mestmäcker/Schweitzer, § 14, Rn. 20ff.; die englische Fassung verwendet den Begriff „purchase“, noch eindeutiger die französische Version, die den Begriff „acheter“ verwendet.

1088 Griffiths, ECLR 2000, 241 (242); Horsch, 145; Nolte, 1998, 2429.

1089 Leitlinien, Tz. 25, S. 2; a.A. mit durchaus gewichtigen Argumenten: Veelken, in I/M I, Vertikal-VO, Rn. 63, der auch Miet- und Leasingverträge von der Freistellung der VGVO umfasst sieht, sofern diese „Element der volkswirtschaftlichen Wertschöpfungskette“ sein können. Diese Auffassung dürfte jedoch im Ergebnis schwer haltbar sein.

1090 Vgl. v. Wallenberg, Rn. 201.

einer Mietvereinbarung kann in der Praxis erhebliche Abgrenzungsprobleme verursachen, insbesondere im Zusammenhang mit Vereinbarungen über den Zugang zu Satelliten- und Telekommunikationsdiensten.[1091] Obwohl die Übergänge zwischen Kauf- und Mietverträgen in diesem Bereich fließend sind, hat die Abgrenzung erhebliche praktische Auswirkungen im Hinblick auf die Freistellung. Es empfiehlt sich eine Analyse der einzelnen in Art. 1 Abs. lit. a) UnterabVGVO erwähnten Begrifflichkeiten.

**aa) Exkurs: Spezifische Auslegungsgrundsätze von EU-Rechtsquellen**

Die zuvor erwähnte Unzulänglichkeit der deutschen Fassung im Vergleich zu der englischen und französischen Fassung des entsprechenden Verordnungstexts ist leider keine Ausnahme innerhalb der Vertikal-GVO. Die nachfolgenden Ausführungen zeigen vielmehr, dass gerade die für das Grundverständnis dieser Gruppenfreistellungsverordnung so zentrale Vorschrift des Art. 2 VGVO in ihrer deutschen Fassung an mehreren im Vergleich zu anderen Fassungen unpräzisen, in einigen Fällen geradezu missverständlichen Formulierungen krankt.

Dies ist sicher zum Teil auch ein strukturelles Problem von Rechtsquellen aus der europäischen Union. Während sich die EU-Institutionen bei dem Abfassen von Verordnungs- und Richtlinientexte vor Beginn des formalen Gesetzgebungsverfahrens in der Regel nur einiger weniger Arbeitssprachen bedienen dürften, müssen die Texte spätestens zu Beginn des Verfahrens in den über 20 Amtssprachen zur Verfügung stehen. Dass dies eine wahre Herkulesaufgabe sein dürfte, versteht sich von selbst. Nicht selten dürfte dies vielmehr auf eine Quadratur des Kreises hinauslaufen und Inkongruenzen und Ungenauigkeiten werden sich beim Abgleichen der Endfassungen in den verschiedenen Amtssprachen selten vermeiden lassen, weil nicht nur die Sprachen grundsätzlich unterschiedlich sein können, sondern auch die überlieferten Rechtssysteme der Mitgliedsstaaten historisch ganz andere Wurzeln haben mögen. So mag sich zwar ein Rechtsbegriff problemlos in verschiedene Sprachen übersetzen lassen, ohne dass

---

[1091] Vgl. Mathieu, E.C.L.R. 2000, 172 (175).

diese Einheitlichkeit in der Sprache auch zu einem kongruenten Verständnis eines Rechtsbegriffs in den verschiedenen Rechtssystemen führen mag.

Es stellt sich dann aber die Frage, ob es bei der Auslegung des Verordnungstexts in einer bestimmten Amtssprache zulässig ist, den Text einer anderen Amtssprache und möglicherweise das dahinter stehende Rechtsverständnis als Auslegungskriterium heranzuziehen. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die grammatikalische Auslegung in einem Umfeld der Sprachenvielfalt bei gleichzeitiger Verbindlichkeit aller Amtssprachen meist nicht ausreichend für das Verständnis und die Interpretation einer gemeinschaftsrechtlichen Norm ist.[1092]

Und so betonte die Rechtsprechung des EuGH[1093] bereits frühzeitig, dass sich die Auslegung einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift nicht auf den eindeutigen Wortlaut der Vorschrift in einer Sprache beschränken dürfe, sondern mittels eines Vergleichs von verschiedenen Fassungen zu einer allen Amtssprachen Rechnung tragenden Lösung gelangen.

Ähnliche Grundsätze sollen auch für die inhaltliche Auslegung einzelner Fachtermini gelten.[1094] Ein ausschließlicher Rückgriff auf einen aus dem nationalen Recht vertrauten Begriffsinhalt ist nicht statthaft und widerspräche dem Erfordernis einer einheitlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts.[1095] Vielmehr sind die verwendeten Begriffe auf ihre gemeinschaftsspezifische Funktion und Ausrichtung zu überprüfen. Dadurch konnte vielen Fachbegriffen in der Vergangenheit durch den EuGH eine genuin-gemeinschaftsrechtliche Bedeutung zugeordnet werden.[1096]

---

1092 EuGH Rs. 29/69, Slg. 1969, 419, Rn. 2 „Stauder/Stadt Ulm“; Rs. 6/74, Slg. 1974, 1287, Rn. 9 ff . „„Moulijn/Kommission“.

1093 EuGH Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415, Rn. 17 ff. „CILFITMinisterio della sanità“;EuGH Rs. 47/79, Slg. 1979, 3639, Rn. 4 „„Nehlsen/Stadt Bremen“.

1094 BBPS, Rn. 530

1095 Braselmann, EuR 1992, 55.

1096 Beispiele bei BBPS, Rn. 531.

Somit war es in dem vorangegangenen Beispiel durchaus zulässig, dass in der deutschen Fassung durch Rückgriff auf Begrifflichkeiten aus der englischen und französischen Fassung der Begriff „beziehen“ gedanklich mit dem Begriff „kaufen“ ersetzt werden kann. Festzustellen bleibt aber auch, dass diese gedankliche Ersetzung nicht zwangsläufig dazu führen muss, dass die in Rede stehende Handlung zwingend ein Rechtsgeschäft ist, das den Anforderungen von § 433 BGB entspricht.[1097]

**ba) Waren und Dienstleistungen**

Weder die VGVO selbst noch die Leitlinien enthalten eine Definition der Begriffe „Waren“[1098] und „Dienstleistungen“. Es spricht nichts gegen die Annahme, warum diese Begriffe in der VGVO nicht deckungsgleich mit den identisch gebrauchten Begriffen des GWB sein können. In jedem Fall sind beide Begriffe weit auszulegen.[1099]

**ca) Bedingungen**

Beim Umgang mit dem auf den ersten Blick scheinbar unproblematischen Begriff der „Bedingungen“ können verschiedene Auslegungsprobleme auftreten. Diese können ihre Ursache in der Auslegung dieses Begriffs selbst haben, aber auch in dem Verständnis darüber, wie sich diese Bedingungen im Verhältnis zu der in Frage stehenden Vereinbarung verhalten sollen.

---

1097 In der Praxis noch mehr Schwierigkeiten als bei Verordnungen dürften freilich bei der Umsetzung von Richtlinien in nationales Recht eintreten, insbesondere die Umsetzung in ein bestehendes Gesetzbuch integriert wird, wo eine in der Richtlinie auftauchende Begrifflichkeit bereits existiert und durch eine langjährige Auslegungstradition im nationalen Recht quasi „vorbelastet“ ist.

1098 Zu den Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Klassifikation von unkörperliche Software (z.B. beim Herunterladen vom Internet), Vgl. Polley/Seeliger CR 2001, 1 (4).

1099 Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 140.

**(1) Begriffsverständnis**

Eine genauere Definition des Begriffs der „*Bedingungen*“ findet sich weder in der VGVO noch in den Leitlinien. Soweit die deutschsprachige Literatur zur VGVO diesen Begriff näher thematisiert, wird davon ausgegangen, dass er „untechnisch“[1100] zu verstehen sei, weil er in den Leitlinien synonym mit dem Begriff „Voraussetzungen“ verwandt wird.[1101] Der Begriff der „*Voraussetzungen*“ selbst taucht im Text der VGVO etwa in Art. 2 Abs. 3 auf. Die Tatsache, dass sowohl die englische als auch die französische Fassung in Art. 2 Abs. 3 den Begriff „*condition (s)*“ verwenden und den identischen Begriff in Art. 1 Abs. 1 VGVO dort benutzen, wo in der deutschen Fassung der Begriff „Bedingungen“ verwandt wird, scheint diese These zu untermauern. Damit ist aber noch nicht ausgesagt, dass jede Vertragsbestimmung einer Vereinbarung auch eine Bedingung i.S.v. Art. 1 Abs. 1 VGVO ist. Ein Vergleich mit Art. 2 Abs. 3 VGVO lässt vielmehr einen anderen Schluss zu:

In dieser Vorschrift wird sowohl von den „*Bestimmungen einer Vereinbarung*“ als auch von dem „*Hauptgegenstand der Vereinbarung*“ gesprochen. Klar ist hierbei, dass die „Bestimmungen“ den umfassenderen Begriff bilden, von denen der „Hauptgegenstand“ lediglich den Unterfall einer ganz bestimmten Bestimmung bildet. Unter den Begriff der „Bestimmungen“ können alle Arten von Klauseln einer Vereinbarung fallen. Ein Vergleich sowohl mit der englischen als auch mit der französischen Fassung, wo die Begriffe „*provisions*“ bzw. „*dispositions*“ verwandt werden, bestätigt diese Begriffsauslegung.

Es stellt sich daher konkret die Frage, wo der Begriff der „Bedingungen“ im Verhältnis zu dem bereits genannten Begriffspaar eingeordnet werden kann. Bereits ein bloßer sprachlicher Vergleich zwischen dem Begriff der „Bestimmung“ und dem der „Bedingung“ legt zutage, dass letzterem im Regelfall mehr Qualifikationen abverlangt werden. Bei einem Vergleich mit der englischen Fassung des Begriffs stellt man fest, dass

---

1100 So die Beschreibung bei Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 132

1101 Tz. 24, dritter Spiegelstrich u. Tz. 25 S. 3 andererseits.

dem dort verwandten Begriff der „*conditions*“ im englischen Vertragsrecht sogar eine fachspezifische Bezeichnung zukommt. In Abgrenzung zu dem Begriff der „*warranties*“ versteht man hierunter wesentliche Bestimmungen eines Vertrags („essential terms“).[1102] Allerdings gesteht das Schrifttum zum englischen Vertragsrecht zu, dass auch dort der Begriff der „conditions“ gelegentlich untechnisch verstanden wird.[1103]

Mit dem Umstand, dass der Begriff der „Bedingungen“ untechnisch zu verstehen ist, sollte jedoch keinesfalls der Anspruch aufgegeben werden, ihm eine mit den Zwecken der VGVO vereinbare Auslegung zukommen zu lassen. Dafür reicht die zuvor erwähnte (negative) Feststellung allein noch nicht aus, dass nicht jede Bestimmung einer Vereinbarung zugleich eine Bedingung ist. Der Umstand, dass der Begriff synonym zu dem Begriff der „Voraussetzungen“ verstanden wird erweist sich dabei für seine Auslegung von besonderem Nutzen: Man kann immer dann von einer Voraussetzung einer Vereinbarung sprechen, wenn die Vereinbarung insgesamt mit einer solcher Vertragsbestimmung stehen und fallen soll; unter dem Blickwinkel des deutschen Vertragsrechts käme besagtes Rechtsinstitut einer sog. essentialia negotii nahe. Allerdings sind die in der VGVO genannten Begriffe trotz ihrer gelegentlichen Nähe zum Vertragsrecht nicht am Maßstab des nationalen Zivilrechts zu messen, sondern unterliegen einer unabhängigen Auslegung am Maßstab des Gemeinschaftsrechts.[1104] Im Streitfall muss ein Gericht anhand sämtlicher Umstände des Vertrags klären, inwieweit eine „Bestimmung“ auch eine „Bedingung“ oder besser gesagt „Voraussetzung“ einer Vereinbarung darstellt.

Die englische Fassung der VGVO verwendet dort, wo die deutsche Fassung von „Hauptgegenstand“ spricht, in dem Text der Verordnung Begriff „*primary object*“ („*l'objet principal*“ in der französischen Fassung.) Diesen Begriff kennt Black's Dictionary of Law, das führende Rechtswörterbuch in Großbritannien, nicht als juristischen Fachbegriff. Ähnliches trifft auch auf den in der deutschen Fassung gewählten

---

1102 Weyrdon, Anson's Law of Contract, 135.

1103 Poole, Law of Contract, 233.

1104 Mathieu, E.C.L.R. 2000, 172 (175).

Begriff zu. Abermals ist die deutsche Übersetzung jedoch als inkonsistent und missglückt zu bewerten. Sowohl in der englischen als auch in der französischen Fassung wird der Begriff „bezwecken“ in Art. 101 Abs. 1 AEUV sowie in Art. 4 VGVO mit „*...have as their object*“ bzw. „*...ont pour objet*“ übersetzt. Folglich wäre der Begriff „Hauptzweck“ in der deutschen Fassung die treffendere Terminologie gewesen. Angesichts der aus dem deutschen Kartellrecht in der Vergangenheit bekannten Kontroverse zwischen der „Gegenstandstheorie“ und der „Zwecktheorie“ ist es ein wenig bedauerlich, dass man gerade in der deutschen Fassung der VGVO nicht ein wenig mehr an sprachlicher Feinfühligkeit hat walten lassen, um diesen linguistischen Fauxpas zu verhindern.[1105]

Es wird vorgeschlagen, dass die Frage, ob es sich bei dem Vertrag um einen Haupt- oder Nebengegenstand handelt, anhand einer objektiven Gesamtbetrachtung der fraglichen Vereinbarung zu beurteilen ist und dass der Begriff weitgehend mit dem Begriff der Hauptleistungspflicht deckungsgleich sein soll.[1106] Nach einem anderen Definitionsversuch bildet der Hauptgegenstand einer Vereinbarung „*den Kern der zur Befriedigung der wesentlichen Vertragsinteressen dienenden Leistungen*“.[1107] Was die Hauptleistungspflichten bilden, lässt sich zumindest unter Zugrundelegung des deutschen Vertragsrechts mit dem grundlegenden Prinzip des „do ut des“ ermitteln.[1108] Im englischen Vertragsrecht zum Vergleich erfolgt die Abgrenzung danach, ob eine „condition“ oder eine „warranty“ vorliegt.

---

1105 Allerdings gibt es auch in der englischsprachigen Literatur zur VGVO Stimmen, die insbesondere im Hinblick auf Franchisevereinbarungen mit der gewählten Terminologie nicht einverstanden sind; Vgl. Korah/O’Sullivan, 146 ff.; Subiotto/Amato, Journal of World Competition 2000, 5 (8); a.A. offenbar Noack, 297; zum Verhältnis von Franchisevereinbarungen und Art. 2. Abs. 3 VGVO siehe insbesondere die Ausführungen auf 308 ff.

1106 Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 132f.

1107 Noack, 296.

1108 Zutr. Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 133.

Gegen eine Auslegung, bei der die Begriffe „Bedingungen“ in Art. 1 Abs. 1 VGVO und „Hauptgegenstand“ in Art 2 Abs. 3 VGVO als Synonyme zu verstehen[1109] wären, spricht jedoch das Verhältnis der beiden Vorschriften zueinander, wie es in Art. 2 Abs. 3 VGVO zum Ausdruck kommt: Eine Freistellung im Zusammenhang mit der Übertragung von geistigen Eigentumsrechten kann nach dem unmissverständlichen Wortlaut der Vorschrift überhaupt nur in Frage kommen, wenn eine „*vertikale Vereinbarung*“ nach Art. 1 Abs. 1 VGVO vorliegt. Wenn die Begriffe tatsächlich synonym zu verstehen wären, dann stünde der Hauptgegenstand der Vereinbarung schon bei der Prüfung von Art. 1 Abs. 1 VGVO fest. Ein spezieller Prüfungspunkt im Rahmen von Art. 2 Abs. 3 VGVO wäre dann an sich überflüssig, weil von vornherein klar wäre, dass die Übertragung von geistigen Eigentumsrechten nicht der Hauptgegenstand einer Vereinbarung wäre.

Dieses Verständnis der Begriffe ist einerseits mit dem Wortlaut der deutschen Fassung vereinbar, weil nach der Systematik der Verordnung zumindest klar sein dürfte, dass die Begriffe „Bedingungen“ und „Bestimmungen“ nicht synonym zu verwenden sind und die Begriffe „Hauptgegenstand“ und „Bedingungen“ im Vergleich zu dem Begriff der „Bestimmungen“ eine spezielle Form von Bestimmungen darstellen.

**(2) Bezug der Bedingungen zu der fraglichen Vereinbarung**

Art. 1 Abs. 1 VGVO spricht von einer „Vereinbarung..., die die Bedingungen betrifft“. Diese Formulierung ist äußert unpräzise, weil sie keine Antwort auf die Frage gibt, ob bereits die Existenz einzelner derartiger Bedingungen ausreichend ist, damit die Vereinbarung in den Genuss der Freistellung insgesamt kommen kann, oder ob die Freistellung nur im Hinblick auf die näher qualifizierten Bedingungen gilt. Aus Sicht eines

---

[1109] Nicht ganz klar Veelken, in I/M I, Vertikal-VO, Rn. 61, der neben der Existenz von „Bedingungen“ zwar noch einen „wirtschaftlichen Hauptgegenstand“ für erforderlich hält, aber offen lässt, ob es einen Oberbegriff des „Hauptgegenstands“ gibt, zu dem auch „Bedingungen“ i..S.v. Art. 2 Abs. VGVO zählen.

betroffenen Unternehmens, das um Klarheit im Hinblick auf die mögliche Unwirksamkeit einer abgeschlossenen Vereinbarung bemüht ist, dürfte dies kein ganz unwesentlicher Umstand sein.

Abermals findet sich in der englischen Fassung eine präzisere Formulierung, ohne dass auch diese ganz zufriedenstellend ist. Dort heißt es an der entsprechenden Stelle: „*…shall not apply to agreements or concerted practises entered into between two or more undertakings each of which operates, for the purpose of the agreement, at a different chain of production or distribution, and relating to the conditions under which the parties may purchase…"*. Die Freistellung soll also für Vereinbarungen zwischen zwei Unternehmen, die keine Wettbewerber sind, *bezüglich* solcher Bedingungen gelten, zu denen die Parteien Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können. Finden sich im Rahmen einer solchen Vereinbarung beispielsweise Abreden, in den Feldern der Forschung und Entwicklung nicht miteinander zu konkurrieren, so ist dies vom Umfang der Freistellung nicht umfasst. Dies ist letztlich auch das Verständnis, das die Kommission in den Leitlinien zum Ausdruck bringt[1110] und das überwiegend auf Zustimmung stößt.[1111]

**(3) Beziehen, Verkaufen oder Weiterverkaufen**

Offen gelassen wird auch die Frage, ob die bloße Abrede der Bedingungen ausreichend für das Vorliegen einer vertikalen Vereinbarung ist oder ob auch ein tatsächlicher Bezug geregelt sein muss. Teilweise wurde aus der früheren Terminologie der Leitlinien, welche die Begriffe „Käufer" und „Verkäufer"[1112] verwendet, gefolgert, dass die Kommission eine tatsächliche Durchführung einer Transaktion voraussetze.[1113] Es ist aller-

---

1110 Vgl. Tz. 25 S. 3.

1111 Baron, in L/M/R, Band 1, GVO-Vertikal, Rn. 64; Polley/Seeliger, CR 2001, 1 (4); Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 133; Whish, C.M.L.R. 2000, 888 (900), der fälschlicherweise auf Tz. 20 anstatt Tz. 25 S. 3 der Leitlinien verweist.

1112 Tz. 25.

1113 Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 134f; wohl auch Veelken, in I/M I, Vertikal-VO, Rn. 62.

dings zu bedenken, dass in der Praxis viele Unternehmen der Geltung von Geschäftsbedingungen zustimmen, um bei der Vergabe eines Projekts mit ihrem Gebot überhaupt eine Chance auf Berücksichtigung zu haben.[1114] Auch derartige Handlungen unterliegen der Überprüfung von Art. 101 Abs. 1 AEUV. Daher gibt es keinen Grund, warum sie nach der VGVO nicht freistellungsfähig sein sollen. Diese Auslegung ist auch keinesfalls unvereinbar mit der Terminologie der Kommission in deren Leitlinien. In der kaufmännischen Praxis verwenden zahlreiche Rahmenvereinbarungen oder Geschäftsbedingungen die Begriffe „Käufer" oder „Verkäufer", ohne dass in diesem Moment bereits ein tatsächlicher Bezug gegeben ist.[1115] Folglich dürften auch Vereinbarungen zwischen Kreditkartenunternehmen und Vertragsunternehmen über die Zusammenarbeit bei der Abwicklung im Kreditkartengeschäft freistellungsfähige Vereinbarungen sein, die die Rahmenbedingungen für den Verkauf von Dienstleistungen des Kreditkartenunternehmens an das Vertragsunternehmen im Zusammenhang mit dem Einsatz der Kreditkarte durch einen Inhaber regeln.

Durch die Neufassung der Vertikal-GVO wurde die Terminologie letztlich angepasst. Statt vom „Käufer" ist nunmehr die Rede vom „Abnehmer". Der „Verkäufer" wird seither als „Anbieter" bezeichnet. Anhand dessen wird deutlich, dass die Kommission auch mit der zuvor verwendeten Terminologie zum Ausdruck bringen wollte, dass es eine notwendige Bedingung ist, dass die Parteien der Vereinbarung, um deren Freistellung es geht, „Abnehmer" und „Anbieter" im Hinblick auf eine solche Vereinbarung sind, wobei der Kauf, Verkauf oder Weiterverkauf regelmäßig den Hauptgegenstand dieser Vereinbarung bilden wird.[1116] Anders ausgedrückt muss die Vereinbarung zumindest auch Leistungsaustausch von Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt

---

1114 In diese Richtung scheinen auch Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 132f. zu argumentieren, indem sie auf die Existenz von Rahmenvereinbarungen hinweisen.

1115 Nach Auffassung von Veelken, in I/M I, Vertikal-VO, Rn. 76 ist jede Wettbewerbsbeschränkung in einer vertikalen Vereinbarung auch zugleich eine Bedingung dieser Vereinbarung; gleichzeitig sieht er wohl unter einer Bedingung einen Bestandteil des Hauptinhalts einer Vereinbarung, Vgl. Rn 61; wenngleich diese Aussage für die Mehrzahl vertikaler Vereinbarungen zutreffen mag, so wird dabei jedoch übersehen, dass nur eine Vereinbarung in ihrer Gesamtheit bestimmen kann, wann eine Bedingung bejaht werden kann und ob es sich um einen Hauptgegenstand der Vereinbarung handelt.

1116 Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 132.

zum Gegenstand haben. Nur auf diese Teile der Vereinbarung bezieht sich die Freistellung und auch nur, wenn es sich um Bedingungen bzw. Voraussetzungen handelt, also um Bestimmungen, mit denen der Kauf oder der Verkauf von Waren oder Dienstleistungen stehen oder fallen soll.

Allerdings müssen die beiden zuletzt genannten Einschränkungen für die Freistellung an zwei Stellen durchbrochen werden, was letztlich wieder zu einer Erweiterung der Freistellung führt. Diese Aspekte hängen letztlich mit der Inhaltsbindung im Hinblick auf Zweitverträge zusammen und sind daher gerade bezüglich des Preisbindungsverbots besonders wichtig. Zu beachten ist nämlich, dass die Freistellungsgeneralklausel von Art. 1 Abs. 1 VGVO nicht ausdrücklich den im deutschen Kartellrecht in § 14 GWB a.F. behandelten Fall der Inhaltsbindung für eine Zweitvereinbarung aufführt, obwohl jede Fallgestaltung, die unter § 14 GWB a.F. subsumiert wurde, an sich auch Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllen müsste, blendet man einmal die Problematik des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung aus. Es lässt sich aus diesem Umstand zunächst einmal die Schlussfolgerung ziehen, dass eine Bindung, die einer Vertragspartei im Hinblick auf den Inhalt einer möglichen Zweitvereinbarung auferlegt wird, freigestellt wird, wenn mit der Festschreibung einer solchen Bindung der in der Erstvereinbarung geregelte Leistungsaustausch für Waren und Dienstleistungen stehen und fallen soll, ohne dass es im Hinblick auf diese Freistellung weiterer Anforderungen bedürfte.

Dabei bleibt es aber nicht allein. Mit dem Begriff „weiterverkaufen“ findet sich in Art. 1 Abs. 1 VGVO zumindest eine indirekte Erwähnung von Inhaltsbindungen für eine Zweitvereinbarung, wobei dieser Begriff aber nur einen Teilbereich der Fallkonstellationen abdeckt, die im deutschen Kartellrecht von § 14 GWB a.F. umfasst werden. Der Begriff „weiterverkaufen“ spricht die Fallgruppe an, bei der es um Inhaltsbindungen zu Lasten der belieferten Partei im Hinblick auf die durch den Erstvertrag gelieferten Waren oder Dienstleistungen geht. Sofern in der Erstvereinbarung mit den Regelungen über den Weiterverkauf durch den Käufer auch der Kauf der Waren oder Dienstleis-

tungen stehen und fallen soll, wäre dies von der Freistellung im Grundsatz bereits erfasst, ohne dass es der gesonderten Erwähnung des Weiterverkaufs bedürfte, denn es handelt sich dann ja bereits um eine Bedingung für den Kauf der Waren. Es ist auch keine Bedingung für die Anwendbarkeit der VGVO, dass der Käufer die Waren oder Dienstleistungen weiterverkauft, es wird immer besonders hervorgehoben, dass eine Freistellung auch dann möglich ist, wenn der Käufer die Waren zum Eigengebrauch verwendet[1117] oder weitervermietet.[1118] Es ist indes nicht davon auszugehen, dass die Fallgruppe des Weiterverkaufs in der Begriffsaufzählung aufgeführt wird, ohne dass diesem eine eigenständige juristische Bedeutung zukommen soll. Folglich ist zu untersuchen, worin diese in sinnvoller Form bestehen kann.

Es muss berücksichtigt werden, dass auch eine Zweitvereinbarung, mit welcher der Käufer der Erstvereinbarung die Waren oder Dienstleistungen nunmehr als Verkäufer an eine dritte Partei veräußert, Bedingungen i.S.d. Auslegung von Art. 1 Abs. 1 VGVO beinhalten muss. Die Erstvereinbarung enthält möglicherweise eine Bestimmung, die eine Inhaltsbindung für die Zweitvereinbarung vorgibt, ohne dass mit dieser Bestimmung der Leistungsaustausch der Erstvereinbarung steht und fällt. Daraus folgt aber nicht, dass dies auch für die in der Erstvereinbarung anvisierte Zweitvereinbarung gilt. Es mag durchaus sein, dass eine Vereinbarung zwischen dem Käufer der Erstvereinbarung und einem Dritten ohne eine Einigung über diesen Punkt nicht zustande kommen wird. Die Begriffe „kaufen“ und „verkaufen“ alleine reichen nicht aus, um den Freistellungsumfang im Grundsatz auf Bedingungen (Voraussetzungen) einer solchen Zweitvereinbarung erstrecken zu lassen. Dies erreicht man nur mit dem Begriff „weiterverkaufen“. Damit dem Begriff eine eigenständige juristische Bedeutung zukommt, ist er also zwingend so auszulegen, dass hierunter Bestimmungen in der Vereinbarung zwischen dem Verkäufer und dem Käufer fallen, sofern diese Bestimmungen in einer weiteren Vereinbarung des Käufers mit einem Dritten über den Weiterverkauf der Waren bzw. Dienstleistungen Bedingungen (Voraussetzungen) wären, ohne dass es auf

---

[1117] Leitlinien, Tz. 26, 3. Spiegelstrich, Satz 7; Päuser, 61 erblickt das Novum der Vorschrift gerade darin, dass der Freistellungstatbestand gerade auch einen Leistungsaustausch für den Eigenverbrauch des Beziehers eingeschlossen ist.

[1118] Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 135.

die Qualifizierung als Bedingungen in der Erstvereinbarung ankäme. In der Literatur wird darauf verwiesen, dass der Tatbestand des Merkmals „weiterverkaufen“ auch dann erfüllt sei, wenn der Käufer die Waren um- oder weiterverarbeitet.[1119] Dagegen lässt sich wenig vorbringen. Die vorangegangenen Ausführungen zeigen aber, dass dies nicht das eigentliche Problem im Zusammenhang mit der Auslegung dieses Begriffs ist. Auch darf nicht vergessen werden, dass ein Großteil dieser Erweiterung des Freistellungsumfangs durch die in Art. 4 VGVO enthaltene „schwarze Klausel“ wieder entfällt.

Die zweite Fallgruppe, bei denen die Freistellung auch auf Bestimmungen der Erstvereinbarung abstrahlt, die sich letztendlich auf Bedingungen einer Zweitvereinbarungen beziehen, ohne dass solche Bestimmungen der Erstvereinbarung auch Bedingungen für den Kauf oder Verkauf von Waren oder Dienstleistungen sein müssen, bezieht sich auf Fälle sog. „directed buys“. Bei den Zweitvereinbarungen handelt es sich dabei zwingend um Vereinbarungen über den Kauf bzw. Verkauf von Waren oder Dienstleistungen, bei denen es aber aus Sicht des Käufers dieser Vereinbarungen im Ergebnis keinen Unterschied machen darf, ob er diese Waren oder Dienstleistungen von dem Käufer der Zweitvereinbarung bezieht oder ob er sie von der bindenden Partei der Erstvereinbarung bezogen hätte.

**(4) Art. 2 Abs. 3 VGVO und Franchisevereinbarungen**

Art. 2 Abs. 3 VGVO enthält wesentliche Einschränkungen über die grundsätzliche Anwendbarkeit der VGVO, wenn es in einer Vereinbarung zumindest auch um die Übertragung von geistigem Eigentum geht. Eine für die Zwecke von Art. 2 Abs. 3 VGVO maßgebliche Definition des Begriffs der „geistigen Eigentumsrechte“ enthält Art. 1 Abs. 1 lit. f. VGVO. Aber auch der in Art. 1 Abs. 1 lit. g VGVO legal definierte Begriff des Know-how fällt nach Ansicht der Kommission für die Zwecke von Art. 2

---

[1119] Leitlinien, Tz. 24, 3. Spiegelstrich; Bayreuther, EWS 2000, 106 (107); *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 79.

Abs. 3 VGVO unter den Begriff der „geistigen Eigentumsrechte“.[1120] Insgesamt müssen 5 Voraussetzungen vorliegen, damit eine Vereinbarung über geistige Eigentumsrechte von der Freistellung profitieren kann.[1121]

**b) Allgemeine Voraussetzungen für die Freistellung im Rahmen von Art. 2 Abs. 3 VGVO**

Eine Vereinbarung, die auch die Übertragung von geistigen Eigentumsrechten zum Gegenstand hat, kann von vornherein nur in den Genuss der Vorteile der VGVO kommen, wenn sie sämtliche zuvor genannten Voraussetzungen von Art. 1 Abs. 1 lit. a) VGVO erfüllt. Dies ergibt sich daraus, dass Art. 2 Abs. 3 VGVO ausdrücklich eine Vertikale Vereinbarung voraussetzt, ein Begriff, der bereits in Art. 1 Abs. 1 VGVO legal definiert wurde. Daher unterliegen Vereinbarungen über die Weitergabe geistiger Eigentumsrechte zur Herstellung von Waren, etwa die Weitergabe von Formen oder Rezepturen, nicht dem Geltungsbereich der VGVO.[1122]

Weiterhin ist Voraussetzung für die Anwendung der VGVO im Zusammenhang mit der Übertragung von geistigen Eigentumsrechten, dass eine Übertragung bzw. Nutzung durch den Käufer einer solchen Vereinbarung erfolgt. Eine Lizenzierung auch innerhalb einer Vertikalen Vereinbarung zugunsten des Lieferanten wird nicht von dieser Gruppenfreistellungsverordnung umfasst.[1123]

Dritte Voraussetzung ist, dass die Übertragung von geistigen Eigentumsrechten nicht Hauptgegenstand der Vereinbarung ist. Der Begriff des „Hauptgegenstand(s)“ i.S.v.

---

1120 Leitlinien Tz. 37 Satz 2.

1121 Eine kurze und übersichtliche Auflistung dieser 5 Kriterien findet sich bei v. Bael & Bellis, 221.

1122 Leitlinien Tz. 31, 1. Spiegelstrich.

1123 Leitlinien, Tz. 33; Polley/Seeliger, WRP 2000, 1203 (1206) führen als Beispiel einen Subunternehmervertrag an, bei dem sich der Auftraggeber etwaige beim Unterauftragnehmer entstehende Rechte zusichern lässt.

Art. 2 Abs. 3 VGVO wurde bereits zuvor erörtert.[1124] Der in der VGVO gewählte Begriff setzt aber zudem voraus, dass die Übertragung von geistigen Eigentumsrechten auch nicht gleichgewichtig neben den Hauptgegenstand einer Vertikalen Vereinbarung treten darf.[1125]

Ferner muss zwischen den Bestimmungen über die Übertragung von geistigem Eigentum und der Nutzung, dem Verkauf, oder dem Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen ein unmittelbarer Zusammenhang bestehen. Solche Lizenzbestimmungen sollen daher lediglich die Nutzung, den Verkauf oder den Weiterverkauf von Dienstleistungen erleichtern.[1126]

Schließlich dürfen Vereinbarungen, die (als Annex) die Übertragung von geistigen Eigentumsrechten regeln, auch keine Bestimmungen enthalten, die denselben Zweck oder dieselbe Wirkung wie nicht freigestellte vertikale Beschränkungen haben.[1127] Darunter fallen sowohl Kernbeschränkungen als auch Wettbewerbsverbote.

### c) Freistellung von Franchisevereinbarungen

Die VGVO ersetzt neben anderen Freistellungsverordnungen auch die VO (EWG) Nr. 4087/88 bezüglich Franchisevereinbarungen.[1128] Anders als die Vorgängerregelung enthält die VGVO keine Definition des Franchisings.[1129] Der Verzicht auf eine allgemein gültige Definition scheint angesichts der Kritik am „Zwangsjacken-Effekt“[1130]

---

1124 Vgl. die Ausführungen auf 297 ff.

1125 Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 389.

1126 Liebscher/Flohr/Petsche, § 7, Rn. 82.

1127 Leitlinien, Tz. 36.

1128 Metzlaff, BB 2000, 1201; Liebscher/Petsche, EuZW 2000, 400.

1129 Art. 1 Abs. 3 lit. a der VO Nr. 4087/88 definierte das Franchising als „eine Gesamtheit von Rechten an gewerblichem oder geistigem Eigentum wie etwa Warenzeichen, Handelsnamen, Ladenschilder, Gebrauchsmuster, Geschmacksmuster, Urheberrechte, Know-how oder Patente, die zum Zwecke des Weiterverkaufs von Waren oder zur Erbringung von Dienstleistungen an den Endverbraucher genutzt wird“.

1130 Vgl. hierzu die Ausführungen auf 258 f.

der Vorgängerregelungen konsequent.[1131] Die EuGH-Rechtsprechung sah im Franchising vor Erlass der Franchise-GVO weniger eine spezielle Vertriebsform als eine Verwertung des vom Franchisegeber übertragenen Wissensschatzes in Form eines Absatzkonzepts.[1132]

### ac) Spielarten des Franchisings

Allerdings bezogen sich diese Aussagen der Rechtsprechung ausschließlich auf das Vertriebsfranchising.[1133] Hierunter versteht man Vereinbarungen, bei denen der Franchisenehmer Waren oder Dienstleistungen unter dem Zeichen des Franchisegebers absetzt. Im Rahmen dieser Gattung des Franchisings haben sich weitere Spielarten entwickelt, auf die noch einzugehen sein wird. Im Rahmen des Produktions- oder Herstellungsfranchisings werden Waren vom Franchisenehmer nach Angaben des Franchisegebers produziert und unter dem Geschäftszeichen des Franchisegebers abgesetzt.

In jedem Fall enthalten Franchisevereinbarungen Lizenzierungsbestimmungen, die sich auf eine Marke, auf Urheberrechte oder schlichtweg auf Know-how beziehen. Damit ist aber zugleich Art. 2 Abs. 3 VGVO zu beachten. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass der Verordnungstext weder in Art. 1 noch an irgendeiner anderen Stelle den Begriff „Franchising“ erwähnt.[1134] Obwohl die Leitlinien[1135] selbst das Franchising als klassisches Beispiel für die Übertragung von Know-how für Marketingzwecke anführen, wird in der Literatur immer wieder darauf verwiesen, dass dem Franchising keine bevorzugte Behandlung zu Gute kommen soll.[1136] Folglich ist eine

---

1131 a.A. *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 113.

1132 EuGH Rs. 161/84, Slg. 1986, 353 (381) „Pronuptia”.

1133 Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 397.

1134 Auf diesen Umstand weisen Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 411 hin.

1135 Tz. 42 ff.

1136 Liebscher/Petsche, EuZW 2000, 400; *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 113.

Franchisingvereinbarung wie jede andere Vereinbarung auch am Maßstab von Art. 1 Abs. 1 lt. A) sowie an Art. 2 Abs. 3 VGVO zu messen.

Eindeutig nicht in Genuss einer Freistellung kommt das reine Herstellungs- oder Produktionsfranchising, wie dies bereits unter der Franchise-GVO der Fall war.[1137] Abgrenzungsschwierigkeiten können allenfalls dort entstehen, wo der Franchisenehmer Waren vom Franchisegeber oder einem von diesem benannten Dritten weiterverarbeitet. Soweit der Franchisenehmer durch die Übertragung von Know-how in die Lage versetzt wird, die Waren selbst herzustellen und er an einer solchen Nutzung auch nicht vertraglich gehindert wird, richten sich entsprechende Bestimmungen nicht nach der VGVO, sondern nach der TT-GVO.[1138]

**bc) Vertriebsfranchising und VGVO**

Weniger klar stellt sich die Rechtslage bei den verschiedenen Spielarten des Vertriebsfranchisings dar.

Weitgehend unproblematisch unter den Anwendungsbereich der VGVO dürften diejenigen Fälle fallen, bei denen der Franchisegeber der Hersteller oder zumindest der Lieferant von Waren oder Dienstleistungen ist bzw. zumindest einen Lieferanten benennt.[1139] Wie auch schon zuvor[1140] erläutert, reicht der Umstand allein nicht aus, dass Waren oder Dienstleistungen von einem Dritten bezogen werden, damit der Anwendungsbereich[1141] der VGVO eröffnet wird. Entscheidend ist vielmehr, dass der Franchisegeber ein drittes Unternehmen mit der Lieferung beauftragt hat.[1142]

---

1137 Liebscher/Petsche, EuZW 2000, 400 (401); Metzlaff, BB 2000 1201, (1203).

1138 Liebscher/Petsche, EuZW 2000, 400 (401); *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 113; Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 418, 422.

1139 Metzlaff, BB 2000 1201, (1203).

1140 Vgl. die Ausführungen auf 308.

1141 So offenbar aber Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 422.

1142 Leitlinien, Tz. 43.

Nicht eindeutig wird der Fall des Haupt- oder Masterfranchisings bewertet, bei dem es einem Franchisenehmer gestattet wird, das Geschäftskonzept des Franchisegebers zum Abschluss von weiteren Franchiseverträgen zu nutzen. Die Leitlinien[1143] gehen ohne nähere Begründung davon aus, dass die Mehrzahl dieser Vereinbarungen auch in den Genuss der VGVO kommt. Diese Aussage darf aber nicht als Rechtsauslegung der Kommission überinterpretiert werden.[1144] Nach Auffassung der Kommission erfüllen auch die meisten Haupt- oder Masterfranchisevereinbarungen jede der genannten 5 Voraussetzungen, die zu einer Anwendung der VGVO auch bei Vereinbarungen im Zusammenhang mit der Übertragung von geistigen Eigentumsrechten führen. Zwingend ist diese Schlussfolgerung aber keinesfalls. Sie ist sogar problematisch, weil sie dazu verleiten kann, ohne genaue Prüfung die Anwendbarkeit der VGVO zu bejahen. Dabei ist das Vorliegen einer vertikalen Vereinbarung nach Art. 1 Abs. 1 lit. a) VGVO nicht so ohne weiteres zu begründen.

Viele Fälle des Haupt- oder Masterfranchisings bestehen in der bloßen Übertragung eines Geschäftskonzepts. Dies stellt üblicherweise den klassischen Fall der Übertragung von Know-how dar, das nach allgemeiner Ansicht unter den Begriff der geistigen Eigentumsrechte nach Art. 2 Abs. 3 VGVO zu subsumieren ist. Die VGVO darf aber nur dann angewandt werden, wenn in den Fällen des Haupt- oder Masterfranchisings auch Bedingungen für den Verkauf oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen geregelt sind. Dies ist anhand der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Es mag Fälle geben, bei denen noch nicht einmal der Verkauf oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen nachgewiesen werden kann. Dann ist aber eine Anwendung der VGVO ausgeschlossen.

In einigen Fällen wird der Franchisegeber den Franchisenehmer auch mit eigenen Dienstleistungen unterstützen. Zu denken ist dabei insbesondere an eine Mithilfe bei

---

1143 Tz. 43.

1144 So wohl Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 422.

der Vermarktung sowie an IT-Unterstützung. Ob die Bereitstellung von solchen Dienstleistungen aber im Ergebnis fast immer dazu führt, dass die Übertragung von Know-how als Form von geistigem Eigentum wirklich nicht Hauptgegenstand der Vereinbarung ist, muss doch eher bezweifelt werden. Es besteht die Möglichkeit, dass die Erhebung einer Statistik, so eine solche überhaupt realisierbar wäre, zu dem Ergebnis führte, dass die pauschale und nicht durch konkrete Fakten untermauerte Annahme der Kommission über die Freistellung von Haupt- oder Masterfranchisevereinbarungen[1145] widerlegt werden könnte.[1146]

Soweit vereinzelt die These aufgestellt wird, dass das Franchising in Form reiner Marken- oder Know-how-Lizenzen unproblematisch von der VGVO umfasst sei, kann dieser These so undifferenziert nicht zugestimmt werden.[1147] Es handelt sich bei dieser Art des Franchisings ebenfalls um einen Unterfall des Vertriebsfranchisings, bei dem der Absatz des Franchisenehmers dadurch gefördert werden soll, dass er entweder das Geschäftskonzept des Franchisegebers, im Mindestfall aber dessen Marke, im Betrieb seiner eigenen Filiale nutzen kann. Darin sind abermals zunächst Übertragungen von gewerblichen Schutzrechten nach Art. 2 Abs. 3 VGVO zu erblicken. Bevor aber die Frage beantwortet werden kann, ob in diesen der Hauptgegenstand einer Vereinbarung liegt, muss ohnehin erst einmal geprüft werden, ob die Voraussetzungen für eine vertikale Vereinbarung nach der Legaldefinition von Art. 1 Abs. 1 lit. a) VGVO vorliegen d.h. es müssen auch hier in jedem Fall Bedingungen enthalten sein, die den Bezug, Verkauf oder Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen betreffen. Ist dies nicht der Fall, scheitert die Anwendung der VGVO bereits hieran. Besteht die Leistung ausschließlich darin, dass eine Marke genutzt werden darf, dürfte ungeachtet der Bezeichnung inhaltlich eine nicht der VGVO unterfallende Markenlizenz vorliegen.[1148]

---

1145 Wenig überzeugend auch die Argumentation von Metzlaff, BB 2000 1201, (1203); dieser will den Vertrag zwischen Franchisegeber und Hauptfranchisenehmer deswegen in den Anwendungsbereich der VGVO fallen lassen, weil er davon ausgeht, dass der Vertrag zwischen Hauptfranchisenehmer und Franchisenehmer in jedem Fall unter die VGVO falle. Dass diese Schlussfolgerung keinesfalls zwingend ist, wird im nächsten Absatz klargestellt.

1146 Das dogmatische Begründungsdefizit wird auch von Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 422 erkannt.

1147 Noack 297; Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 417.

1148 *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 114.

**cc) Die „Sixt-Entscheidung“ im Licht der VGVO**

An dieser Stelle sei als Beispiel für die genannten Abgrenzungsschwierigkeiten die aus dem deutschen Recht bekannte „Sixt-Entscheidung“[1149] erwähnt. Bekanntlich wurde hierbei das Vertriebskonzept einer Autovermietung am Maßstab von § 14 GWB a.F. gemessen. Die in der VGVO auftretenden Abgrenzungsschwierigkeiten tauchten im GWB nicht auf, weil Voraussetzung für die Anwendung des Tatbestands von § 14 GWB a.F. lediglich die Erbringung von gewerblichen Leistungen ist. Diese Begrifflichkeit ist deutlich weiter gefasst als der Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 lit. a) VGVO. Sie erfasst nämlich neben Mietverträgen auch Markenlizenzverträge, was sich insbesondere aus dem Gegenschluss von § 17 GWB ergibt.

Ob das Franchisingkonzept der Autovermietung allerdings nach der VGVO freigestellt werden könnte, so es die Zwischenstaatlichkeitsklausel des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllte und zwar unabhängig von der Frage der noch zu behandelnden Höchstpreisbindungen[1150], lässt sich zumindest nach den Feststellungen im Tatbestand des Urteils allein nicht ermitteln. Angesichts des erheblich weiteren Anwendungsbereichs von § 14 GWB a.F. war dies auch für das konkrete Urteil nicht weiter erforderlich. Eine Anwendung der VGVO wäre wohl vertretbar gewesen, wenn die unabhängigen Autovermietungen ihre Fahrzeuge entweder von dem Franchisegeber direkt oder von einem auf seine Anweisung handelnden Dritten bezogen hätten.[1151] Davon ist im Tatbestand aber nicht die Rede.

---

1149 BGH NJW 1999, 2671 ff sowie die Ausführungen auf 94 ff. u. 140 ff.

1150 Vgl. hierzu die Ausführungen auf 340 ff.

1151 Diese Konstellation lag beispielsweise in den verschiedenen Apollo-Entscheidungen vor; Vgl. Haager, NJW 2002, 1460 (1465 ff.).

Der Tatbestand erwähnt aber, dass die „Unabhängigen Lizenzvertretungen (ULV)“ – die Vereinbarung verwendet also noch nicht einmal selbst den Begriff „Franchisenehmer“ – an dem Reservierungssystem der Autovermietung teilnehmen können.[1152] Hierin könnte der Bezug von Dienstleistungen zu erblicken sein. Die Dienstleistung könnte in der Vermittlung von Kunden bestehen. Um eine Anwendung der VGVO im Hinblick auf Art. 2 Abs. 3 vertreten zu können, müsste gerade darin aber der Hauptgegenstand der Vereinbarung zu erblicken sein. Die in diesem Punkt sehr kurzen Tatbestandsfeststellungen reichen allerdings kaum für eine abschließende Bewertung. Es ist nicht auszuschließen, dass es einem Lizenznehmer/Franchisenehmer gerade darauf ankommt an seiner Niederlassung, das Logo einer bekannten Autovermietung anbringen zu können. Dann wäre die Markenlizenz der Hauptgegenstand der Vereinbarung und die VGVO wäre folglich nicht anwendbar.

**d) Bindungen zu Lasten des Anbieters (Lieferanten)**

In diesem Zusammenhang muss auch der Frage nachgegangen werden, inwieweit die Legaldefinition der „*vertikalen Vereinbarung*“ auch Wettbewerbsbeschränkungen umfasst, die dem Lieferanten im Hinblick auf Vereinbarungen zwischen ihm und Dritten auferlegt werden. Dazu zählen beispielsweise gerade die dem Lieferanten auferlegten Meistbegünstigungsklauseln, soweit festgestellt wurde, dass sie in den Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen.

Für die überwiegende Ansicht im Schrifttum[1153] scheint es klar zu sein, dass auch derartige Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich von der Freistellung der VGVO erfasst werden. Meist wird diese Frage noch nicht einmal thematisiert.[1154]

---

1152 Teilweise wird vom „Subordinationsfranchising“ gesprochen, Vgl. Kling/Thomas, Rn. 386.

1153 Bauer, in Bauer/de Bronett, Rn. 99; Haager, DStR 2000, 387 (388); SJM-Klotz, Wettbewerbsrecht, 2003, Fallgruppen Art. 81 – Liefer- und Bezugsvereinbarungen, Rn. 84; Kurth, WuW 2003, 28 (33, 36); Petsche, in Liebscher/Flohr/Petsche, § 7, Rn. 125; Semler/Bauer, DB 2000, 193 (197); Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 419f.; zweifelnd Noack, 306 f.; Polley/Seeliger, WRP 2000, 1203 (1212)

1154 Von den zahlreichen Vertretern der herrschenden Meinung problematisieren überhaupt nur Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 419f. die Fragestellung näher.

Eine Mindermeinung[1155] sieht hingegen die grundsätzliche Anwendung der VGVO bei Wettbewerbsbeschränkungen zu Lasten des Lieferanten zumindest mit einiger Skepsis. Dabei verkennt diese Ansicht keineswegs den Umstand, dass die VGVO in Art. 3 Abs. 2 sowie in Art. 4 lit. e) ausdrücklich Bindungen zu Lasten des Lieferanten erwähnt.[1156] Folglich ließe sich argumentieren, dass eine schwarze Klausel für eine bestimmte Maßnahme unnötig sei, wenn diese Maßnahme doch gar nicht vom Umfang der Freistellung umfasst ist. Eine Freistellung für Wettbewerbsbeschränkungen zu Lasten des Lieferanten wird meist aus wettbewerbspolitischen Gründen abgelehnt. Die Ausführungen der Vertreter der Mindermeinung leiden jedoch an einem Begründungsdefizit.

Es stellt sich daher die Frage, mit welcher Begründung Bindungen zu Lasten des Lieferanten angesichts der zuvor erwähnten Vorschriften nicht in den Anwendungsbereich der VGVO fallen sollen. Wenn dies der Fall wäre, hätte es der besagten Regelungen kaum bedurft. Folglich sind Bindungen zu Lasten des Lieferanten an sich immer von der Freistellung umfasst. Es ist aber immer zuerst zu fragen, ob es sich bei der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung auch wirklich um eine Bedingung der Vereinbarung i.S.v. Art. 1 Abs. 1 lit. a) VGVO handelt. Dies mag gerade bei Wettbewerbsbeschränkungen zu Lasten des Lieferanten nicht notwendigerweise der Fall sein.

---

1155 Bechtold, EWS 2001, 49 (52); *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 80 f. u. 90 f.; die beiden Passagen sind jedoch schwer miteinander in Übereinklang zu bringen, da er einerseits Wettbewerbsbeschränkungen zu Lasten des Lieferanten als nicht vom Anwendungsbereich der VGVO umfasst sieht, später aber auch Meistbegünstigungsklauseln zu Lasten des Lieferanten für freigestellt erachtet.

1156 Bechtold, EWS 2001, 49 (52); *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 80 f.

### 3) Fehlen eines Wettbewerbsverhältnisses

Art. 2 Abs. 4 VGVO stellt den Grundsatz auf, dass zum Schutz des Inter-Brand-Wettbewerbs[1157] Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift fallen können, um sodann wieder Ausnahmen davon zu statuieren.

#### a) Begriff des „Wettbewerbers“

Es empfiehlt sich daher, den Begriff des Wettbewerbers genauer zu analysieren. Dies kann unter Zuhilfenahme der Legaldefinition des Art. 1 Abs. 1 lit. c) VGVO erfolgen. Danach versteht der Verordnungsgeber unter Wettbewerbern „tatsächliche oder potentielle Anbieter im selben Produktmarkt“. Es folgt eine recht grobe Umschreibung des Begriffs „Produktmarkt“, in der im Wesentlichen auf die Substituierbarkeit von Produkten „aufgrund ihrer Eigenschaften, ihrer Preislage und ihres Verwendungszwecks“ abgestellt wird, wobei es auf die Sicht des Käufers und nicht auf die Sicht des Endverbrauchers ankommen soll. Diese Formulierung weist darauf hin, dass der Marktbegriff der VGVO eine im Verhältnis zum Rest des europäischen Wettbewerbsrechts eigenständige Bedeutung hat, die anders als beim Unternehmens- und Vereinbarungsbegriff einen vollständigen Rückgriff nicht ohne weiteres zulässt.[1158] Dies alles führt zu einer äußerst extensiven Auslegung des Begriffs des „Wettbewerber(s)“.[1159]

Zwar kann die Ermittlung des relevanten Produktmarkts noch mittels der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Markts im Sinn des Wettbewerbs der Gemeinschaft[1160] erfolgen, die auf das Bedarfsmarktkonzept abstellt. Doch macht der Wortlaut der Vorschrift klar, dass ein Wettbewerb auf dem Produktmarkt allein für den Entzug der Freistellung aus der VGVO ausreicht. In diesem Fall

---

1157 Vgl. Lohse, 100 ff, zur generellen Schutzwürdigkeit des Inter-Brand Wettbewerbs Roitman, 56 f..

1158 Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 162.

1159 Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 164f.

1160 ABl. EG 1997 C 372/03

soll es unerheblich sein, dass sich die betroffenen Unternehmen auf dem geographischen Markt nicht als Wettbewerber gegenüberstehen[1161], was auch durch den Wortlaut der Leitlinien bestätigt wird.[1162]

Im Gegensatz zu den Regelungen im GWB erwähnt die VGVO ausdrücklich den potentiellen Wettbewerb, wobei die Leitlinien[1163] konkretisieren, wann potentieller Wettbewerb vorliegen soll. Potentieller Wettbewerb erfordert im ersten Schritt, dass aktuell kein konkurrierendes Produkt angeboten wird.[1164] Von einem potentiellen Lieferanten kann allerdings erst dann gesprochen werden, wenn das betreffende Unternehmen innerhalb eines Jahres imstande ist, die notwendigen Investitionen zu tätigen und den Markt zu bedienen. Außerdem ist eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Markteintritts nachzuweisen.

**b) Ausnahmen**

Art. 2 Abs. 4 zweiter Halbsatz listet alternativ 3 Ausnahmen auf, bei denen trotz des Vorliegens eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den beteiligten Unternehmen die VGVO Anwendung finden kann, allerdings nur unter der Maßgabe, dass die Wettbewerber eine nichtwechselseitige vertikale Vereinbarung treffen und zumindest eine von drei weiteren in Art. 2 Abs. 4 zweiter Halbsatz VGVO aufgezählten Voraussetzungen erfüllt ist. Der Verordnungsgeber begegnet Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern auch dann mit erheblichem Misstrauen, wenn sie vertikaler Natur sind, weil ihnen die Gefahr einer Markaufteilung nach Produkten oder Gebieten innewohnt.[1165] Hauptanwendungsfall einer nichtwechselseitigen Vereinbarung ist die Konstellation, bei der ein Hersteller ein Produkt eines anderen Herstellers vertreibt, ohne dass dies

---

1161 SJM-Klotz, Wettbewerbsrecht, 2003, Fallgruppen Art. 81 – Liefer- und Bezugsvereinbarungen, Rn. 36; Petsche, in Liebscher/Flohr/Petsche, § 7, Rn. 74.

1162 Tz. 26, S. 4; ähnlich auch die Formulierung in Tz. 147, S. 1 der Horizontalen Leitlinien.

1163 Tz. 26 S. 6 f.

1164 Petsche, in Liebscher/Flohr/Petsche, § 7, Rn. 75.

1165 Lohse, 100.

auch für den umgekehrten Fall gilt.[1166] Unter den Begriff der nichtwechselseitigen Vereinbarungen werden auch die sog. Dualdistributionsfälle[1167] gezählt, bei denen ein Hersteller neben einem Händler direkt seine Produkte vertreibt, ohne dass einer von ihnen zusätzlich fremde Konkurrenzerzeugnisse anbietet.

Nach Art. 2 Abs. 4 zweiter Halbsatz lit. a) VGVO kann eine nichtwechselseitige vertikale Vereinbarung zwischen Mitbewerbern auch dann in den Genuss der Gruppenfreistellung kommen, wenn die betroffenen Unternehmen im Zusammenhang mit Waren lediglich auf der Handelsebene, nicht aber auf der Herstellungsebene konkurrieren. Nach überwiegender Ansicht soll diese Ausnahme auch im Fall eines Franchisenehmers gelten, der an einem Produkt geringfügige Bearbeitungen vornimmt.[1168]

Eine ähnliche Regelung hat Art. 2 Abs. 4 zweiter Halbsatz lit. b) VGVO im Hinblick auf den Dienstleistungsmarkt im Sinn. Vom Wortlaut der Vorschrift wäre eine solche Vereinbarung aber nur dann der VGVO entzogen, wenn ein Unternehmen nicht mit dem Lieferanten auf der Stufe im Wettbewerb steht, auf der es die fraglichen Dienstleistungen bezieht. Danach käme eine Auslegung in Betracht, die die Freistellung auch dann gewährte, wenn die betroffenen Unternehmen auf einem vor- oder nachgelagertem Markt für Dienstleistungen Wettbewerber wären. In Teilen der Literatur wird sich für eine eingeschränkte Auslegung der Norm ausgesprochen, um im Ergebnis Parallelität zum Inhalt von Art. 2 Abs. 4 zweiter Halbsatz lit. a) VGVO herzustellen.[1169]

In jedem Fall dürfte damit sichergestellt sein, dass das aus der „Sixt-Entscheidung“[1170] bekannte Subordinationsfranchising, bei dem ein Franchisegeber seine Marke sowie sein Know-how lizenziert, gleichzeitig aber neben dem Franchisenehmer ebenfalls

---

1166 Leitlinien, Tz. 27.

1167 Haager, NJW 2002, 1473; Lohse, 109 f; Petsche, in Liebscher/Flohr/Petsche, § 7, Rn. 76.

1168 Metzlaff, BB 2000, 1201 (1204); Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 452.

1169 Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 454; Veelken, in I/M I, Vertikal-VO, Rn. 133 ff.

1170 BGH NJW 1999, 2671 ff.

gleichartige Dienstleistungen direkt anbietet, in den Anwendungsbereich[1171] der VGVO fällt.[1172]

### 4) Subsidiarität

Nach Art. 2 Abs. 5 VGVO besteht ein Subsidiaritätsverhältnis der VGVO zu anderen Gruppenfreistellungsverordnungen. Besonders im Hinblick auf die jüngst erlassene Gruppenfreistellungsverordnung zum Kfz-Vertrieb dürfte dies weitgehend unproblematisch sein.[1173]

## III) Marktanteilsschwelle

Eine zentrale aber in der Praxis zugleich heftig umstrittene[1174] Vorschrift ist Art. 3 VGVO, gemäß dem eine Freistellung nach dieser Gruppenfreistellungsverordnung nur dann in Betracht kommt, wenn ein Marktanteil von jeweils 30% von Anbieter und Abnehmer nicht überschritten wird.

### 1) Ermittlung des relevanten Markts

Die sachliche und räumliche Marktabgrenzung erfolgt nach den allgemeinen Regeln[1175], teilweise jedoch ergänzt oder eingeschränkt durch die Regelungen der VGVO.[1176] Einziger Parameter für die Bestimmung des relevanten sachlichen Markts

---

1171 Im Regelfall dürfte der Jahresumsatz von Franchisenehmern, die sich als Autovermieter betätigen, 100 Mio. EUR nicht überschreiben, so dass die VGVO bereits im Hinblick auf Art. 2 Abs. 4 zweiter Halbsatz lit. a) gilt.

1172 Die größeren Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Anwendung der VGVO dürften bei diesen Fällen jedoch meist im Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 3 auftreten; Vgl. die Ausführungen auf 308 ff.

1173 Zu den möglichen Abgrenzungsproblemen im Verhältnis zur Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung, siehe Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 467 ff.

1174 Vgl. Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 479.

1175 Mitteilung der Kommission v. 9.12.1997 über die Definition des relevanten Markts (ABl. 1997 Nr. C 372, 7).

1176 SJM-Klotz, Wettbewerbsrecht, 2003, Fallgruppen Art. 81 – Liefer- und Bezugsvereinbarungen, Rn. 63.

ist dabei die sog. Nachfragesubstituierbarkeit, d.h. die Austauschbarkeit der Vertragswaren oder Dienstleistungen aus Sicht der Nachfrager.[1177] Entscheidender Produktmarkt ist grundsätzlich nach Art. 3 Abs. 1 VGVO der Verkaufsmarkt des Lieferanten, wobei im Zusammenhang mit Verbundgruppen nach Art. 1 Abs. 1 lit a) VGVO die Vereinigung selbst als Lieferant anzusehen ist.[1178] Zusammengefasst bilden also diejenigen Waren oder Dienstleistungen des Lieferanten den Produktmarkt, die von dem direkten Käufer im Sinn der VGVO als untereinander austauschbar angesehen werden. Auf die Verbraucher- oder gar Endverbrauchermärkte kommt es folglich nicht an.[1179] Eine Ausnahme findet sich aber in Art. 3 Abs. 2 VGVO.

**2) Konkrete Berechnung des Marktanteils**

Nach Ermittlung des sachlich und räumlich relevanten Markts muss in einem weiteren Schritt das Gesamtmarktvolumen ermittelt werden, das für den Marktanteil des Lieferanten oder Käufers maßgeblich ist.[1180] Dabei wird grundsätzlich der Absatzwert zugrunde gelegt. Nur beim Fehlen verlässlicher Marktdaten darf dies auf Basis einer Schätzung erfolgen.[1181]

Bei der Berechnung des Marktanteils müssen auch die Marktanteile verbundener Unternehmen eingerechnet werden, weil nach Art. 1 Abs. 2 Satz 1 VGVO die Begriffe des Anbieters und des Abnehmers die mit diesen jeweils verbundenen Unternehmen einschließen. In Art. 1 Abs. 2 Satz 2 VGVO findet sich eine genaue Beschreibung, was unter einem verbundenen Unternehmen zu verstehen ist. Eine Deckungsgleichheit mit §§ 15 ff. AktG ist nicht zwingend. Marktanteile von verbundexternen Gemeinschaftsunternehmen werden den Muttergesellschaften nach Art. 1 Abs. 2 VGVO zu gleichen Teilen zugerechnet.

---

1177 Leitlinien, Rn. 90 f.

1178 Leitlinien, Rn. 89.

1179 Hengst, in Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, Rn. 250f.

1180 Polley/Seeliger, WRP 2000, 1203 (1210).

1181 Petsche, in Liebscher/Flohr/Petsche, § 7, Rn. 110.

Nach Art. 7 lit. b) VGVO hat die Ermittlung des Marktanteils auf Basis des dem Berechnungszeitpunkt vorhergehenden Kalenderjahres zu erfolgen, das einer kartellrechtlich fraglichen Maßnahme vorhergeht.

### 3) Toleranzen

Ein Anstieg des Marktanteils von über 30% führt nicht automatisch zum Entzug der Gruppenfreistellung.[1182] Mit Hilfe von Toleranzschwellen oder Korridorlösungen können nach Art. 7 lit. d), e) VGVO steigende Marktanteile bis zu einem gewissen Grad abgefangen werden.[1183] So bleibt die Freistellung beispielsweise für den Fall, dass in einem Kalenderjahr der Marktanteil erstmals zwischen 30% und 35% liegt, für die beiden Kalenderjahre nach dieser erstmaligen Überschreitung noch erhalten. Überschreitet der Marktanteil 35%, gilt die Freistellung indes nur noch für ein (weiteres) Kalenderjahr.[1184]

## IV) Reichweite und Grenzen des Preisbindungsverbots als „schwarze Klausel" nach Art. 4 lit. a) VGVO

Die Tatsache, dass eine vertikale Vereinbarung sämtlichen in Art. 1, 2, 3 VGVO niedergeschriebenen Freistellungsvoraussetzungen genügt, bedeutet keineswegs, dass damit schon ein abschließendes Urteil über ihre Freistellung von dem Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV gesprochen ist. Art. 4 VGVO listet verschiedene „schwarze Klauseln" auf, die auch als sog. Kernbeschränkungen[1185] (engl. „*hardcore restrictions*") bezeichnet werden, die zu einem Entzug der Freistellung führen können. Das Fehlen

---

1182 Vgl. Nazerali/Cowan, E.C.L.R. 2000, 50 (55)

1183 Semler/Bauer, DB 2000, 193 (196).

1184 Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 948 beschreiben die verschiedenen Fallkonstellationen in einer übersichtlichen Tabelle.

1185 Vgl. Leitlinien, Tz. 46 ff.

einer aufgelisteten Kernbeschränkung ist folglich dogmatisch nicht als Tatbestandsvoraussetzung für die Freistellung[1186] zu sehen, sondern führt nur zu deren Aufhebung im Hinblick auf eine Vereinbarung, die als solche in den Anwendungsbereich der VGVO fällt.[1187] Ähnlich wie dies schon bei Fallgruppen bekannt ist, die in Art. 101 Abs. 1 AEUV aufgelistet sind, findet sich auch im Rahmen von Art. 4 VGVO an erster Stelle eine Bestimmung, die das Thema Preisbindung anspricht.

**1) Bedeutung und Rechtsfolgen von Kernbeschränkungen**

Das System[1188] der „schwarzen Klauseln" bedeutet einen grundsätzlichen Paradigmenwechsel im Vergleich zu dem Inhalt von früheren Gruppenfreistellungsverordnungen, die sich mit vertikalen Vereinbarungen befassten. Diese beinhalteten meist das Prinzip der „weißen Klauseln". Danach waren alle Arten von Wettbewerbsbeschränkungen untersagt, es sei denn sie waren ausdrücklich erlaubt. Nunmehr sind wettbewerbsbeschränkende Klauseln in vertikalen Vereinbarungen zulässig, außer sie sind nach Art. 4 VGVO explizit verboten.[1189]

Beibehalten wurde jedoch das aus früheren Gruppenfreistellungsverordnungen bekannte sog. „Alles-Oder-Nichts-Prinzip". Danach wird einer vertikalen Vereinbarung mangels Abtrennbarkeit der schwarzen Klausel[1190] die Freistellung insgesamt entzogen, wenn sie nur eine nach Art. 4 VGVO verbotene Kernbeschränkung enthält. Davon zu unterscheiden sind die in Art. 5 VGVO enthaltenen sog. „roten Klauseln". Diese beinhalten eine Negativliste. Eine Bejahung einer dieser Voraussetzungen führt jedoch anders als im Fall von Art. 4 VGVO nicht zum vollständigen Entzug der Freistellung für die gesamte vertikale Vereinbarung, sondern hat lediglich zur Folge, dass die Freistellung im Hinblick auf die konkrete Klausel keine Anwendung findet.

---

1186 So aber wohl Ackermann, EuZW 1999, 741 (744).

1187 Zutreffend Veelken, in I/M I, Vertikal-VO Rn.. 166.

1188 Detailliert hierzu die Leitlinien in Tz. 46 – 56.

1189 Polley/Seeliger, WRP 2000, 1203 (1211).

1190 Vgl. Tz. 66 der Leitlinien; *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 89.

**2) Allgemeine Voraussetzungen von Kernbeschränkungen**

Art. 4 VGVO bestimmt den Entzug der Freistellung für vertikale Vereinbarungen, die „*unmittelbar oder mittelbar, für sich allein oder in Verbindung mit anderen Umständen unter der Kontrolle der Vertragsparteien folgendes bezwecken...*“

Wettbewerbsbeschränkungen, die als schwarze Klauseln klassifiziert werden, müssen folglich keineswegs den unmittelbaren Inhalt einer vertikalen Vereinbarung bilden. Der Zusammenhang zwischen einer vertikalen Vereinbarung und der entsprechenden Beschränkung sind vielmehr in einem umfassenderen Zusammenhang zu sehen.[1191] Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass auch Umgehungstatbestände von dem Entzug der Freistellung umfasst werden.[1192]

In der Literatur wird gelegentlich der Umstand problematisiert, dass nach dem Wortlaut von Art. 4 VGVO anders als im Fall von Art. 101 Abs. 1 AEUV an sich nur ein „Bezwecken“, nicht jedoch auch ein „Bewirken“ der Wettbewerbsbeschränkung verboten sein soll. Nach der überwiegenden Auffassung[1193] soll ein bloßes „Bewirken“ einer nach Art. 4 VGVO einschlägigen Wettbewerbsbeschränkung nicht zum Entzug der Freistellung für eine vertikale Vereinbarung führen.[1194]

Die Frage dürfte jedoch in der Praxis kaum eine Rolle spielen. Einerseits wird darauf hingewiesen, dass eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung im Regelfall auch bezweckt[1195] sein dürfte, zumal die Bestimmung des Zwecks einer Vereinbarung aufgrund von objektiven Kriterien bestimmt wird und nicht subjektiv angestrebt werden

---

1191 Veelken, in I/M I, Vertikal-VO Rn. 183.

1192 Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 518.

1193 Bauer, in Bauer/de Bronett, Rn. 57 u. 92; Pukall, NJW 2000, 1375 (1378); Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 518; Veelken, in I/M I, Vertikal-VO Rn. 185.

1194 Kritisch hierzu Polley/Seeliger, WRP 2000, 1203 (1211).

1195 Petsche, in Liebscher/Flohr/Petsche, § 7, Rn. 123.

muss.[1196] Andererseits wird darauf hingewiesen, dass die allgemeinen Voraussetzungen von Art. 4 VGVO aufgrund der Formulierung „*unmittelbar oder mittelbar, für sich allein oder in Verbindung mit anderen Umständen*“ bereits äußerst extensiv angelegt sind.[1197]

### 3) Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 4 lit. a) erster Halbsatz VGVO

In den Leitlinien[1198] wird ausdrücklich bestätigt, dass Art. 4 lit. a) erster Halbsatz VGVO nur Beschränkungen der Preisbildungsfreiheit des Käufers erfasst. Der in der Vorschrift erwähnte Begriff „*Verkaufspreis*“ ist auch schon in Art. 101 Abs. 1 lit. a) AEUV erwähnt. Es sind keine Gründe ersichtlich, warum der Preisbegriff in der VGVO eine andere Auslegung erfahren soll als im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV. Insofern kann auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen werden.[1199]

Damit wird die bereits an anderer Stelle diskutierte[1200] und im Ergebnis als nicht vollständig zufriedenstellend bewertete[1201] Situation im Hinblick auf die Handelsvertreterverhältnisse zementiert. Wenn ein Handelsvertreter aufgrund der in den Leitlinien aufgestellten Kriterien nicht als echter Handelsvertreter kategorisiert wird, kann er zwar durchaus grundsätzlich in den Genuss der Freistellung im Hinblick auf eine Anzahl von Wettbewerbsbeschränkungen kommen, jedoch bleibt es dem Prinzipal versagt, von eng umgrenzten Ausnahmen abgesehen, seinem Handelsvertreter eine Preisbindung aufzuerlegen. Wenn man bedenkt, dass der Handelsvertreter die von der Preisbindung umfasste Vereinbarung im Namen und für Rechnung des Prinzipals abschließt, so liegt es in der Natur der Sache, dass gerade Weisungen im Hinblick auf

---

1196 SJM-Klotz, Wettbewerbsrecht, 2003, Fallgruppen Art. 81 – Liefer- und Bezugsvereinbarungen, Rn. 78.

1197 Whish, C.M.L.R. 2000, 888 (912).

1198 Vgl. Tz. 47 S. 1.

1199 Vgl. die Ausführungen auf 269 ff.

1200 Vgl. hierzu die Ausführungen auf 251 ff.

1201 Vgl. insbesondere die Ausführungen auf 256 ff.

den Verkaufspreis für den Prinzipal von besonderem Interesse sind, um nicht zu sagen dieser vertraglichen Grundkonstruktion immanent sind.

Der ursprüngliche Entwurf der VGVO vom 24.09.1999[1202] verwandte in Art. 3 lit. a) (jetzt Art. 4 lit. a) VGVO) noch den Begriff des Wiederkaufspreises. Dieser Begriff hätte in jedem Fall nur diejenigen Waren oder Dienstleistungen umfasst, die der Käufer im Rahmen einer vertikalen Vereinbarung nach Art. 1 Abs. 1 lit. a) VGVO von dem Lieferanten einer solchen vertikalen Vereinbarung bezogen hätte. Ein solcher Anwendungsbereich entspräche ungefähr demjenigen, der im Rahmen der Behandlung von § 14 GWB a.F. als erste Fallgruppe besprochen wurde und bei dem es um solche Preisbindungen geht, die vom Lieferanten ausgehen und sich auf die aufgrund der Erstvereinbarung gelieferten Waren oder Dienstleistungen beziehen.

**a) Die Auffassung der Kommission und der herrschenden Lehre zur Auslegung des Begriffs Verkaufspreis**

Obwohl diese deutlich engere Formulierung letztlich keinen Eingang in den Wortlaut der VGVO gefunden hat, geht die Kommission in den Leitlinien nach wie vor davon aus, dass nur der Verkauf von Waren oder Dienstleistungen, die der Käufer vom Lieferanten aufgrund der vertikalen Vereinbarung bezogen hat, als Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. a) erster Halbsatz VGVO angesehen wird, nicht aber der Verkauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Lieferanten generell.[1203] Dieser in den Leitlinien durch die Kommission zum Ausdruck gebrachten Rechtsauffassung folgt die überwiegende Ansicht[1204] offensichtlich, meist jedoch ohne ein näheres Eingehen auf die erwähnte Problematik.

---

1202 ABl.EG 1999, C 270/7 (9).

1203 Vgl. die Ausführungen in Tz. 47 S. 1 u. 2.

1204 Nazerali/Cowan, E.C.L.R. 2000, 50 (52); Petsche, in Liebscher/Flohr/Petsche, § 7, Rn. 124; Polley/Seeliger, WRP 2000, 1203 (1211 f.); *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 90; Whish, C.M.L.R. 2000, 888 (912 f.).

**b) Die Gegenposition**

Eine insbesondere in der deutschsprachigen Literatur vertretenen Ansicht lehnt demgegenüber die in den Leitlinien zum Ausdruck kommende Auffassung der Kommission ab und sieht eine Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. a) erster Halbsatz VGVO auch dann als gegeben an, wenn eine Preisbindung zu Lasten des Käufers auch für von Dritten bezogene Waren oder Dienstleistungen ausgesprochen wird.[1205] Zwischen den Begriffen „*Verkaufspreis*“ und „*Wiederverkaufspreis*“ müsse es neben einem terminologischen auch einen inhaltlichen Unterschied geben.

Abgesehen davon bestehe die Gefahr von Wertungswidersprüchen, wenn man von Dritten gelieferte Waren oder Dienstleistungen nicht als Kernbeschränkung ansehe.[1206] Gelegentlich wird ein Vergleich mit Art. 4 lit. b VGVO gezogen, der den Begriff der „Vertragswaren und Vertragsdienstleistungen“ erwähnt, wobei mit diesem Begriff nach der vertretenen Auffassung der Gegenstand der vertikalen Vereinbarung gemeint sei, so dass sich aufgrund des Fehlens dieses Begriffs in Art. 4 lit. a) VGVO Rückschlüsse auf die Auslegung der Vorschrift ziehen ließen.[1207] Schließlich wird auch ein Vergleich mit dem Anwendungsbereich von § 14 GWB a.F. gezogen, der auch Preisbindungen des Lieferanten gegenüber dem Käufer untersagt, wenn es sich nicht um die gelieferten Waren handelt.[1208]

**c) Stellungnahme**

Auch wenn der Hinweis auf die Begriffsunterschiedlichkeit zwischen Verkaufspreisen und Wiederverkaufspreisen auf den ersten Blick nicht ohne weiteres von der Hand zu

---

1205 Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 521; SJM-Klotz, Wettbewerbsrecht, 2003, Fallgruppen Art. 81 – Liefer- und Bezugsvereinbarungen, Rn. 82; Veelken, in I/M I, Vertikal-VO Rn. 173; für den fast wortgleichen Art. 4 Abs. 1 Buchstabe a) der GVO für den Kraftfahrzeugsektor, siehe Creutzig, Rn. 1018.

1206 SJM-Klotz, Wettbewerbsrecht, 2003, Fallgruppen Art. 81 – Liefer- und Bezugsvereinbarungen, Rn. 82.

1207 Veelken, in I/M I, Vertikal-VO,, Rn. 173, 197.

1208 Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 521.

weisen ist, dürfte das in den Leitlinien zum Ausdruck gebrachte Auslegungsverständnis von Art. 4 lit. a) erster Halbsatz VGVO zutreffend sein. Die in der Vorschrift gewählte Formulierung rückt die dem Käufer auferlegte und von der Vorschrift letztlich umfasste Beschränkung sprachlich bereits so eng an die von dem Lieferanten verkauften Waren oder Dienstleistungen, dass es der ausdrücklichen Erwähnung des Begriffs „Wiederverkaufspreis" an sich nicht mehr bedarf. Erzielt wird dies durch die Betonung auf „*seinen* Verkaufspreis".

Diese Formulierung indiziert, dass es um eine begrenzte Warengruppe des Verkäufers gehen muss und nicht grundsätzlich jegliche vom Käufer an Dritte verkauften Waren oder Dienstleistungen erfassen soll. Dies könnte allenfalls dann gelten, wenn der Käufer überhaupt nur Waren von dem Lieferanten der besagten vertikalen Vereinbarung beziehen würde. In jedem Fall ist es nach Art. 1 Abs. 1 lit a) VGVO generell Voraussetzung einer Freistellung, dass der Käufer Waren oder Dienstleistungen vom Lieferanten bezieht. Eine andere Möglichkeit, den Kreis der Waren oder Dienstleistungen näher zu klassifizieren bietet Art. 4 lit. a) erster Halbsatz VGVO denn auch nicht. Daher umfasst das Preisbindungsverbot die vom Verkäufer gelieferten Waren oder Dienstleistungen oder solche, die ein Dritter dem Käufer auf Geheiß des Lieferanten verkauft hat.

**d) Praktische Auswirkungen**

Die praktischen Auswirkungen der aufgrund dieses Ergebnisses teilweise befürchteten Wertungswidersprüche sollten indes nicht überschätzt werden: Nach der hier zuvor vertretenen Auffassung[1209] müssen festgeschriebene Wettbewerbsbeschränkungen in einer Vereinbarung zwischen dem Lieferanten und dem Käufer so essentiell für die Vereinbarung sein, dass diese mit der Geltung einer solchen Wettbewerbsbeschränkung stehen und fallen soll. Nur dann ist der in Art. 1 Abs. 1 lit a) VGVO genannte Begriff der Bedingungen erfüllt und eine Freistellung kommt überhaupt in Betracht.

---

[1209] Vgl. die Ausführungen auf 298 ff.

Gerade Klauseln, bei denen ein Lieferant seinem Abnehmer Vorschriften über die Verkaufspreise von Waren und Dienstleistungen macht, die weder der Lieferant noch ein von ihm benanntes drittes Unternehmen selbst geliefert haben, stellen nicht notwendigerweise immer auch eine Bedingung i.S.v. Art. 1 Abs. 1 lit. a) VGVO dar.

Weiterhin dürfte der Lieferant von Waren oder Dienstleistungen aus rein praktischen Erwägungen nur dann ein Interesse haben, die Verkaufspreise von Waren oder Dienstleistungen zu beeinflussen, die der Käufer von Dritten bezogen hat, wenn sich dies in irgendeiner Form positiv für den Absatz der von ihm selbst (oder auf seine Anweisung von einem Dritten) gelieferten Waren oder Dienstleistungen auswirkt. Aufgrund der sehr weit gefassten Formulierung in Art. 4 lit. a) erster Halbsatz VGVO dürfte bereits dann ein Verstoß gegen diese Kernbeschränkung zu bejahen sein, wenn die Preisbindung für den Verkauf von anderen Waren oder Dienstleistungen irgendwelche Rückwirkungen, sei es auch indirekt oder mittelbar, auf den Weiterverkaufspreis der Waren oder Dienstleistungen bezweckt, die der Käufer von dem Lieferanten bezogen hat. In diesen Fällen ist der Lieferant nämlich auch nicht mehr in der Preisgestaltungsfreiheit solcher Waren oder Dienstleistungen frei und Art. 4 lit. a) erster Halbsatz VGVO wäre zunächst ohnehin erfüllt.[1210] Dies ist insbesondere in den Fällen zu bejahen, bei denen versucht wird, in irgendeiner Form eine Relation zwischen der Preisbindung für von Dritten gelieferte Waren oder Dienstleistungen und dem Weiterverkauf der aus der Sphäre des Lieferanten kommenden Waren oder Dienstleistungen herzustellen.

Lediglich in den Fällen, bei denen der Lieferant gegenüber dem Käufer eine Preisbindung für von Dritten gelieferte Waren oder Dienstleistungen ausspricht, die in keiner Weise zu demselben sachlich relevanten Markt gehören wie irgendwelche von dem Lieferanten an den Käufer gelieferten Waren oder Dienstleistungen, könnte es zu unterschiedlichen Ergebnissen zwischen diesen beiden Auslegungen kommen. Es setzt aber wieder voraus, dass eine solche Preisbindung eine Bedingung der vertikalen Vereinbarung nach Art. 1 Abs. 1 lit. a) VGVO

---

[1210] Allerdings liegt dann möglicherweise ein Höchstverkaufspreis nach Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO vor.

darstellt. Außerdem dürfte die Motivation für eine solche Preisbindung von sachfremden Erwägungen getragen sein, die nicht in der vertikalen Vereinbarung selbst ihren Grund haben. In diesen Fällen wird stets auch zu untersuchen sein, inwieweit nicht ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV vorliegt.

Ebenfalls abweichende Ergebnisse erhielte man in den Fällen der Kreditkartensysteme, sofern man diese entgegen der hier vertretenen Ansicht[1211] als Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV wertet und die Vertragskonstruktion dem Anwendungsbereich der VGVO zuordnet. Anders als in den zuvor beschriebenen Fällen wird man hier in jedem Fall davon ausgehen können, dass vertragliche Regelungen zur Sicherstellung der Gleichpreisigkeit zwischen Barzahlungs- und Kreditkartentransaktionen eine *conditio sine qua non* für eine vertikale Vereinbarung i.S.v. Art. 1 Abs. 1 lit. a) VGVO bilden können, da ohne sie die Attraktivität des Kreditkartensystems erhebliche Einbußen erleiden müsste. Da es aber bei den Vertragskonstruktionen im Zusammenhang mit der Benutzung von Kreditkarten keineswegs um klassische Lieferketten geht, würde eine Freistellung nach der VGVO im Zusammenhang mit Kreditkartenverträgen ausscheiden.

### 4) Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO als Schranke der Kernbeschränkung

Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO hat folgenden Wortlaut:

„*…; dies gilt unbeschadet der Möglichkeit des Lieferanten, Höchstverkaufspreise festzusetzen oder Preisempfehlungen auszusprechen, sofern sich diese nicht infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eine der Vertragsparteien tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken;*“

---

[1211] Vgl. die Ausführungen auf 170 ff.

**a) Dogmatische Einordnung der Vorschrift**

Die gewählte Formulierung ist dem Wortlaut früherer Gruppenfreistellungsverordnungen[1212] entlehnt, birgt allerdings eine gewisse sprachliche Unschärfe[1213], denn sie sagt nicht klar aus, ob Höchstverkaufspreise und Preisempfehlungen künftig formal von der Freistellung der VGVO umfasst werden oder ob sie nur ein Hinweis darauf sein soll, dass wegen des Fehlens einer Wettbewerbsbeschränkung in gewissen Fällen bereits der Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht gegeben ist, ohne dass in dieser Formulierung selbst eine Freistellung zu erblicken ist.

**aa) Höchstverkaufspreise als Merkmal einer fehlenden Wettbewerbsbeschränkung**

Soweit in der Literatur[1214] im Fall von Höchstpreisen bereits die Wettbewerbsbeschränkung und damit letztlich der Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV negiert wird, wird dies gelegentlich mit dem Verweis auf eine „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ begründet, die die Kommission auch in den Leitlinien[1215] zum Ausdruck bringe. Die Festsetzung von Höchstverkaufspreisen führe nicht dazu, dass der Preiswettbewerb auf der Handelsstufe ausgeschaltet werde. Vielmehr wird sogar in einigen Fällen eine legitime Notwendigkeit des Herstellers zur Festsetzung von Höchstverkaufspreisen angesehen, wenn der Händler gegenüber der nächsten Handelsstufe oder dem Endkunden eine gewisse Marktmacht auszuüben imstande ist, wie dies insbesondere im Fall von Alleinvertriebsvereinbarungen der Fall sein dürfte.

---

1212 Vgl. Bechtold, EWS 2001, 49 (52).

1213 Bayreuther, EWS 2000, 106 (111) spricht daher auch zu Recht von einer „Floskel“; auch *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 92 f. bewertet den Wortlaut als missverständlich.

1214 Montagnie, E.C.L.R. 2000, 269 (270 f.); Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 541; zurückhaltender Veelken, in I/M I, Vertikal-VO,, Rn. 178 ff.

1215 Vgl. Tz. 7 S. 2 und Tz. 102 S. 1 sowie außerhalb der Leitlinien die Mitteilung vom 26.11.1998, abgedr. ABl.EG 1998, C365/3 f.

Äußerungen der Kommission, auch außerhalb der Leitlinien,[1216] dass diese „Preisdeckelungen“ (engl. *price ceilings*) in vielen Fällen bereits grundsätzlich nicht wettbewerbsschädlich sind und damit keinen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellen sollen, dürften wohl auch vor dem Hintergrund jüngerer Rechtsprechungen[1217] aus dem Bereich des US-Antitrust-Rechts genährt worden sein. Obwohl die US-Rechtsprechung spätestens seit der Entscheidung „Sylvana“[1218] durch den Supreme Court, dem obersten Gericht der USA, im Fall vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen fast durchweg die an anderer Stelle erwähnte „rule of reason”[1219] angewendet hatte, was im Ergebnis zu einer erheblichen Lockerung des strikten Verbots von Section 1 des Sherman Act führte, verweigerte die Rechtsprechung unter Bezug auf eine Entscheidung[1220] des Supreme Court aus dem Jahre 1968 gerade Preisbindungen in Vertikalverhältnissen jegliche Berufung auf die „rule of reason“. Erst eine im Jahre 1997 ergangene Entscheidung des Supreme Court brachte im Fall von Preisbindungen eine Wende. Das Gericht entschied, nicht zuletzt aufgrund der in der Vorinstanz[1221] formulierten Zweifel, dass Höchstpreisbindungen nicht mehr einem per se-Verbot unterliegen sollen, sondern ebenfalls einer nach den Grundsätzen der „rule of reason“ zu erfolgenden Prüfung zu unterziehen seien.[1222]

Immer wieder wird darauf hingewiesen, dass Preisbindungen die Wirkungen anderer vertikaler Beschränkungen abfedern können.[1223] Einer ökonomischen Analyse des Rechts folgend wird vielfach auch der Aspekt einer sog. *double marginalization* (doppelte Gewinnspannenerhöhung) als Argument für eine Höchstpreisbindung angeführt.

---

1216 Vgl. ABl.EG 1998, C365/3 f. (insbes. 10, 14 u. 21).

1217 Grundlegend hierzu Montagnie, E.C.L.R. 2000, 269 (271 f.).

1218 Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977); Vgl. *Glasow*, Preisbindung, 2000, S. 29 ff.

1219 Vgl. die Ausführungen auf 247 ff.

1220 Albrecht v. Herald Co., 390 U.S. 145 (1968).

1221 Khan, 93 F. 3 d 1358 (7th Cir. 1996); vgl. *Glasow*, Preisbindung, 2000, S. 41 ff.

1222 Einen Abriss über die Bewertung von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen im US-Antitrust-Recht in den verschiedenen zeitlichen Epochen und ihr Einfluss auf die veränderte Sichtweise der Kommission zu vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere auch Höchstpreisbindungen, findet sich bei Veelken ZVglRWiss 97 (1998), 241 (247 ff.).

1223 Noack, 266.

Darunter versteht man eine Marktsituation, bei der sowohl ein Hersteller als auch ein Händler über eine gewisse Marktmacht verfügen und unabhängig voneinander einen Preisaufschlag durchsetzen können, was vielfach zu einem zu hohen Einzelhandelspreis führt, infolgedessen es zu einer Senkung der Nachfrage und zu einer auf lange Sicht für Hersteller und Händler unbefriedigenden Gewinnsituation kommt.[1224] Diesem Koordinierungsproblem soll eine dem Händler auferlegte vertikale Höchstpreisbindung beikommen.[1225]

**ba) Art. 4 lit. a) VGVO zweiter Halbsatz als Freistellungsnorm einer verbotenen Preisbindung**

In der deutschsprachigen Literatur zur VGVO wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass es sich bei dem Verweis auf Höchstpreisbindungen in Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO im Ergebnis dogmatisch um eine Freistellung der Höchstpreise von dem Verbot in Art. 101 Abs. 1 AEUV handele.[1226] Diese mehrheitlich vertretene Auffassung wird allerdings nur vereinzelt im Detail begründet. Immerhin können sich die Vertreter dieser Ansicht auf den klaren Wortlaut der Leitlinien berufen.[1227]

Vereinzelt wird argumentiert, dass Höchstverkaufspreise dieselbe wettbewerbsverfälschende Wirkung hätten wie Mindestpreise.[1228] Eine echte Auseinandersetzung mit der spezifischen Formulierung in Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO unterbleibt bedauerlicherweise aber.

---

1224 Rütters, 174 f.; Veelken ZVglRWiss 97 (1998), 241 (262 f.).

1225 Kritisch Schwintowski, FS f. Sandrock, 901 (908).

1226 Ackermann, EuZW 1999, 741 (743); Metzlaff, BB 2000, 1201 (1206); Polley/Seeliger, WRP 2000, 1203 (1212); Bechtold, EWS 2001, 49 (52), SJM-Klotz, Wettbewerbsrecht, 2003, Fallgruppen Art. 81 – Liefer- und Bezugsvereinbarungen, Rn. 85; offenbar auch Petsche, in Liebscher/Flohr/Petsche, § 7, Rn. 124 und *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 92 f.; offengelassen bei Whish, C.M.L.R. 2000, 888 (912).

1227 Vgl. Tz. 225.

1228 Bechtold, EWS 2001, 49 (52).

**ca) Die praktische Relevanz des Meinungsstreits vor Inkrafttreten der VO 1/2003**

Die zuvor dargestellte Kontroverse kann nicht beantwortet werden, ohne dass man zuvor auf die praktische Relevanz dieses Meinungsstreits eingeht, die in jedem Fall im Zeitpunkt des Inkrafttretens der VGVO existierte. Es wurde bereits an verschiedenen Stellen darauf hingewiesen, dass seit Inkrafttreten der VO 1/2003 mit den darin enthaltenen Verfahrensregeln zum Wettbewerbsrecht die nationalen Wettbewerbsregeln, also auch beispielsweise das deutsche Kartellrecht des GWB, vollständig verdrängt werden, sobald eine wettbewerbsrechtlich relevante Maßnahme geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.[1229] Im Hinblick auf die Sperrwirkung gegenüber dem nationalen Wettbewerbsrecht kommt es demnach heute nicht mehr darauf an, ob nun eine Maßnahme gar nicht erst in den Anwendungsbereich des Verbots nach Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt oder aufgrund einer Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt worden ist: Eine nach Art. 101 AEUV aus welchen Gründen auch immer wettbewerbsrechtlich erlaubte Maßnahme kann nicht aufgrund von nationalen Vorschriften des Wettbewerbsrechts verboten werden.

Dem war nicht immer so. Im Zeitraum zwischen dem Inkrafttreten der VGVO und dem Inkrafttreten der VO 1/2003 hätte es im Hinblick auf die Sperrwirkung des EU-Wettbewerbsrechts gegenüber den nationalen Kartellgesetzen einen Unterschied gemacht, ob eine Maßnahme bereits aus dem Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV herausgefallen wäre oder eine an sich verbotene Maßnahme aufgrund einer Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV zugelassen wird. Nur im Fall einer Freistellung entfaltete das EU-Wettbewerbsrecht eine Sperrwirkung gegenüber dem nationalen Recht.[1230] Maßnahmen, die aufgrund von Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt waren, durften daher nicht nach dem GWB verboten werden. Soweit Art. 4 lit. a) VGVO zweiter Halbsatz VGVO also als Freistellung zu bewerten wäre, hätte dies bereits vor Inkrafttreten der VGVO zu einer Verdrängung der Anwendbarkeit von § 14 GWB a.F. im innergemeinschaftlichen Verkehr geführt. Umgekehrt hätte das Verbot von § 14

---

1229 Vgl. hierzu die Ausführungen auf 281.

1230 Bechtold, EWS 2001, 49 (52f.); Polley/Seeliger, WRP 2000, 1203 (1212); Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 554.

GWB a.F. früher auch in den Fällen greifen können, bei denen eine Maßnahme wegen fehlender Wettbewerbsbeschränkung den Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV erst gar nicht erfüllt.

**da) Stellungnahme**

An der undifferenzierten Einordnung von Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO wird zu Recht Kritik geübt.[1231] Ein solches Ergebnis bedarf angesichts der Unebenheiten und Missverständnisse im Wortlaut der Norm schon einer genaueren Begründung. Die Befürworter einer Auslegung als reine Freistellungsnorm liefern bisweilen zudem noch Argumente für die Gegenposition, indem sie auf die Entwicklungsgeschichte bei Preisempfehlungen[1232] verweisen, welche nach dem insoweit nicht missverständlichen Wortlaut von Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO in strikter Parallelität zu den Höchstpreisbindungen stehen müssten.

Es wurde an anderer Stelle[1233] bereits erörtert, dass es – im Gegensatz zu der Situation bei Höchstpreisbindungen – eine gefestigte Rechtsprechung des EuGH zum Umgang mit Preisempfehlungen, insbesondere zu den sog. Richtpreisen, gibt.[1234] Diese gesicherte Rechtsprechung existierte schon, als die bereits erwähnte Franchise-GVO, eine der Gruppenfreistellungsverordnungen, die von der VGVO abgelöst wurden, in Kraft trat. Die Franchise-GVO behandelte das Thema Preisempfehlung mit einem dem Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO vergleichbaren Wortlaut. In Art. 5 lit. e Franchise-GVO hieß es nach der grundsätzlichen Klassifizierung von Preisbindungen als schwarze Klausel:

„*...; das Recht des Franchisegebers, Verkaufspreise zu empfehlen, bleibt unberührt*."

---

1231 Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 543f.

1232 Vgl. Bechtold, EWS 2001, 49 (52).

1233 Vgl. hierzu die Ausführungen auf 233 f. und 261.

1234 EuGH Rs. 161/84, Slg. 1986, 353 „Pronuptia".

Angesichts der zu diesem Zeitpunkt bereits bekannten Rechtsprechung des EuGH zur Zulässigkeit von Richtpreisen bei Franchiseverträgen war es allgemeines Verständnis, dass der Verweis auf die Zulässigkeit, Richtpreise zu empfehlen, lediglich deklaratorischer Natur war und zwar dahingehend, dass die Franchise-GVO die Rechtsprechung des EuGH über die fehlende Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 1 AEUV in keinem Fall beschränken wollte.[1235]

Insbesondere die englische Fassung von Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO legt den Schluss nahe, dass auch der VGVO eine ähnliche dogmatische Auslegung zukommt. Die englische Fassung lautet:

„…, *without prejudicing the possibility of the supplier's imposing a maximum sale price or recommending a sale price,…*"

Das Preisbindungsverbot soll also kein Präjudiz für die Zulässigkeit von Höchstpreisen und Preisempfehlungen an sich sein. Semantisch läge es nahe, dass die Wertung einer anderen – außerhalb der VGVO befindlichen - Entscheidungsebene durch das Versagen einer Freistellung im Fall von Preisbindungen nicht präjudiziert werden soll. Es läge eine Interpretation nahe, gemäß der mit dieser Formulierung die Auslegungsgrundsätze der Rechtsprechung im Hinblick auf den Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV gemeint sind.

Dennoch sind gewisse Zweifel angebracht, ob die dogmatische Bedeutung von Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO wirklich mit derjenigen von Art 5 lit. e Franchise-GVO

---

[1235] Dafür spricht auch die 13. Einleitungserwägung zur Franchise-GVO; ihr kann entnommen werden, dass die Verfasser der Verordnung nur dann von einem rechtswirksamen Bestand von Preisempfehlungen ausgingen, wenn die nationalen Wettbewerbsregeln dies verboten; im Falle einer Freistellung nach der Franchise-GVO wäre es aber zu der bekannten Sperrwirkung des EU-Wettbewerbsrechts gekommen; vgl. Bechtold, EWS 2001, 49 (52); Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 541f.

identisch ist. Immerhin befand sich die Kommission beim Erlass der VGVO bis zum Inkrafttreten der VO 1/2003 in einem gewissen Dilemma, was die Sperrwirkung von wettbewerbsrechtlich zulässigen Maßnahmen gegenüber dem nationalen Kartellrecht anbetraf: So hätte letztlich eine Maßnahme, die bereits wegen fehlender Wettbewerbsbeschränkung gar nicht erst den Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllte, durchaus nach den nationalen Wettbewerbsregeln verboten werden können. Andererseits konnte eine Maßnahme, die an sich nach Art. 101 Abs. 1 AEUV den Tatbestand der Wettbewerbsbeschränkung erfüllte, aber im Rahmen einer Gesamtabwägung im Hinblick auf die Auswirkungen für den Wettbewerb freigestellt wurde, aufgrund der Sperrwirkung einer Freistellung gegenüber dem nationalen Recht nicht mehr für unzulässig erklärt werden. Soweit man bereits im Fall von Höchstpreisbindungen eine Wettbewerbsbeschränkung verneint, hätte bei Inkrafttreten der VGVO aufgrund der althergebrachten Auslegungsgrundsätze von § 14 GWB a.F., die keine Wettbewerbsbeschränkung erforderten, in der Tat eine große Wahrscheinlichkeit bestanden, dass es zu einem Verbot nach dem nationalen deutschen Kartellrecht gekommen wäre. Es ist nicht auszuschließen, dass die Kommission mit dem Hinweis auf die Zulässigkeit von Höchstpreisbindungen, ohne dass sie dabei auf eine dem Themenkomplex Preisempfehlungen vergleichbare klar skizzierte Rechtsprechung zurückgreifen konnte, die Möglichkeit erhöhen wollte, faktisch zu einem Anwendungsvorrang des EU-Rechts zu kommen, ohne der Rechtsprechung des EuGH über die mögliche Anwendung der neueren Erkenntnisse des US-Antitrust-Rechts abschließend vorzugreifen.

Aus dem Wortlaut von Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO ergibt sich daneben noch ein weiteres gewichtiges Argument, warum eine Auslegung der Norm als bloßer deklaratorischer Hinweis auf die Grenzen des Tatbestands von Art. 101 Abs. 1 AEUV wohl zu kurz griffe: Anders als in Art. 5 lit. e) Franchise-GVO erwähnt Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO in einem Nebensatz Umstände, bei deren Vorliegen Höchstverkaufspreise und Preisempfehlungen doch unzulässig sein sollen. Es erscheint aber unwahrscheinlich, dass die erwähnte Einschränkung der Rechtsprechung einen Hinweis über die mögliche Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbe-

schränkungen in Art. 101 Abs. 1 AEUV geben soll, auch wenn der EuGH diese Umstände im Fall von Preisempfehlungen auch schon vor Inkrafttreten der VGVO als Zulässigkeitsschranke für Preisempfehlungen wertete.

Nach alledem erscheint eine Auslegung von Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO am naheliegendsten, die sowohl die Festsetzung von Höchstverkaufspreisen als auch Preisempfehlungen als von der Freistellung der VGVO umfasste Tatbestände ansieht, sofern man nicht bereits zu dem Ergebnis gelangen sollte, dass in diesen Fällen der Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV wegen des Fehlens einer Wettbewerbsbeschränkung ausscheidet.[1236] Die Wortwahl der in der VGVO scheint darauf hinzudeuten, dass die Kommission von einer fehlenden Wettbewerbsbeschränkung ausgeht.

Dieser Auffassung ist auch der Vorzug zu geben. Untermauert wird dies im Übrigen auch durch einen Vergleich mit dem nationalen deutschen Kartellrecht. Das langjährige aber mittlerweile überkommene Auslegungsverständnis der Rechtsprechung zu § 14 GWB a.F. im Fall von Höchstpreisbindungen bei klassischen Lieferketten scheiterte beispielsweise eine Ausnahme von der Verbotsnorm daran, dass nach dem klaren Wortlaut der Norm das Verbot selbst dann griff, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung nicht vorlag und das Kartellrecht – anders als bei horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen nach § 1 GWB – keine Ausnahmen vorsah, wenn der Tatbestand von § 14 GWB a.F. erst einmal bejaht wurde. Genau dieses Korrektiv der Verbotsnorm gibt aber Art. 101 Abs. 1 AEUV her, indem er fordert, dass unabhängig davon, ob es um horizontale oder vertikale Beschränkungen geht, eine Wettbewerbsbeschränkung positiv festzustellen ist. Dies bedeutet aber andererseits nicht, dass eine Vereinbarung, die eine Höchstpreisbindung zum Gegenstand hat, per se immer aus dem Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV herausfällt. Eine Wettbewerbsbeschränkung dürfte dann

---

[1236] Zu diesem Ergebnis scheinen wohl auch Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 543ff, insbesondere Rn. 408 u. Rn 410, sowie Rn. 416 zu kommen, wenngleich es ein wenig undeutlich ausgedrückt ist, weil es sich letztlich nur aus dem Zusammenspiel dieser Passagen ergibt.

vorliegen, wenn die Preise so niedrig festgesetzt sind, dass sie praktisch nicht unterschritten werden können[1237] oder sie durch Gewährung von Vorteilen bzw. der Ausübung von Druck wie Fix- oder Mindestpreise wirken[1238], aber auch, wenn sie als Orientierungshilfe gelten, an die sich die meisten Händler de facto halten.[1239]

Ungeachtet der ein wenig unübersichtlichen Ausgangslage beim Erlass der VGVO hätte es eines solch missverständlichen Wortlauts nicht bedurft. Es wäre in der Tat besser gewesen, wenn aus der Formulierung von Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO in eindeutiger Art und Weise hervorgegangen wäre, dass Höchstpreisbindungen und Preisempfehlungen freigestellte Formen einer Wettbewerbsbeschränkung darstellen, sofern sie den Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllen. Damit wäre der Rechtsprechung keineswegs die Möglichkeit genommen worden, Höchstpreisbindungen nicht als Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV einzuordnen. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 VGVO setzt deren Anwendung zwingend voraus, dass ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV und damit auch das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung zu bejahen ist. Allenfalls könnte die Freistellung in der Praxis bedeutungslos werden, wenn es einmal eine klare Rechtsprechung geben sollte, die einen weiten Teil der Höchstpreisbindungen als mit Art. 101 Abs. 1 AEUV vereinbar ansieht. Überdies hätte eine klare Formulierung als Freistellung angesichts der weniger klaren Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen Höchstpreisbindungen und dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in Art. 101 Abs. 1 AEUV bei Inkrafttreten der VGVO wohl den Effekt gehabt, dass faktisch schon vor Inkrafttreten der VO 1/2003 eine Harmonisierung auf dem Gebiet der Höchstpreisbindungen er-

---

1237 Veelken, in I/M EG-Wettbewerbsrecht I, Vertikal-VO,, Rn. 176.

1238 Dies lässt sich ja auch Art. 4 lit. a)) zweiter Halbsatz VGVO selbst entnehmen; leicht missverständlich die Ausführungen bei auch Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 542 f.; es entsteht der Eindruck, als ob Höchstpreisbindungen, die den Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllen, stets nach Art. 2 Abs. 1 VGVO freigestellt werden können. Soweit die Maßnahmen aber durch Druck oder aufgrund von Vorteilen wie Fix- oder Mindestpreise wirken, gibt es eben nach dem klaren Wortlaut von Art. 4 lit. a)) zweiter Halbsatz VGVO keine Freistellung.

1239 Vgl. Leitlinien Tz. 226 S. 1.

reicht worden wäre, weil ein unmissverständlicher Wortlaut in der VGVO einen größeren Einfluss auf die Praxis der nationalen Kartellbehörden und Gerichte genommen hätte.

**b) Der Umfang des Begriffs der „Höchstverkaufspreise“ in Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO**

Die VGVO definiert weder den Begriff des „Preises“ noch den der „Höchstverkaufspreise“. In den Leitlinien findet sich eine Aufzählung von Fallgestaltungen, bei denen eine nach Art. 4 lit. a) VGVO nicht freigestellte Preisbindung gegeben sein soll. Diese Aufzählung knüpft weitgehend an die Rechtsprechung zu Art. 101 Abs. 1 lit. a) AEUV an.[1240] Auch in den Leitlinien, wo zudem abweichend von der Terminologie der VGVO allgemein von Preisobergrenzen[1241] gesprochen wird, findet eine Auseinandersetzung mit dem Begriff nicht statt.

Unstreitig dürfte unter den Begriff des „Höchstverkaufspreises“ eine Gestaltung fallen, nach welcher der Lieferant einer Ware seinem Käufer vorschreibt, dass er im Fall eines Wiederverkaufs einen zahlenmäßig exakt bestimmten Betrag nicht überschreiten dürfe. Hierfür soll der Begriff „absoluter Höchstverkaufspreis“ verwendet werden, um eine Abgrenzung zu anderen Fallgestaltungen zu ermöglichen. Sofern man abweichend von den vorangegangenen Ausführungen zu der Beurteilung käme, dass absolute Höchstpreise den Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllten, könnte man immerhin davon ausgehen, dass in jedem Fall eine Freistellung nach Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO in Frage kommt, natürlich nur vorbehaltlich der in der Vorschrift erwähnten Einschränkungen.

---

1240 Vgl. hierzu die Ausführungen auf 269 ff.

1241 Vgl. Tz. 47 u. Tz. 225.

Führt man sich aber noch einmal die Konstellation der „Mars“-Entscheidung des EuGH[1242] vor Augen, so erkennt man, dass man möglicherweise zu kurz greift, wenn man unter den Begriff des „Höchstverkaufspreises“ lediglich die absoluten Höchstverkaufspreise fasst. Dem Hersteller der Eiscremeriegel wurde seinerzeit vorgeworfen, seinen Abnehmern untersagt zu haben, für die Dauer der Werbekampagne die Preise zu erhöhen. Unterstellt den Fall, dass dieser Vorwurf tatsächlich zugetroffen hätte, so hätte darin aber keine Vereinbarung über einen absoluten Höchstverkaufspreis gelegen, denn soweit der absolute Wiederverkaufspreis zwischen verschiedenen Händlern sich bereits vor der Werbekampagne zumindest theoretisch betragsmäßig hätte unterscheiden können, so hätte diese betragsmäßige Differenz auch nach einer derartigen Bindung durch den Hersteller Bestand gehabt, wenn nicht ein Händler mit einem ursprünglich höheren Preis sogar zusätzlich zur Werbekampagne eine Preissenkung vorgenommen hätte, was aber wenig wahrscheinlich sein dürfte. Man kann derartige Bindungen des Wiederkaufspreises in Abgrenzung zu betragsmäßig genau festgesetzten Höchstpreisen als „relative Höchstpreisbindungen“ bezeichnen. Obwohl die Entscheidung nicht im Zusammenhang mit Art. 101 Abs. 1 AEUV sondern mit Art. 34 AEUV stand, legt die Begründung des EuGH den Schluss nahe, dass die Rechtsprechung bereits damals davon ausging, dass solche Preisbindungen keine Wettbewerbsbeschränkungen i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellen. Das Gericht sprach davon, dass derartige Preisbindungen für den Verbraucher vorteilhaft seien. Außerdem sei die Wirkung aufgrund der begrenzten Zeitspanne ebenfalls äußerst eingeschränkt. Allerdings lässt das letzte Argument offen, inwieweit der Sachverhalt nach damaligen Maßstäben im Fall eines dauerhaften Preiserhöhungsverbots zu beurteilen gewesen wäre.

Der Begriff der „Höchstverkaufspreise“ in Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO dürfte hingegen in jedem Fall auch derartige relative Höchstpreisbindungen umfassen, wenn solche Maßnahmen nicht nur für einen kurzen Zeitraum begrenzt sein sollten. Dies setzt jedoch zugleich auch voraus, dass die Marktanteilsschwelle nach Art. 3 Abs. 1 VGVO nicht überschritten wird. Gerade in einem relativ engen Oligopol wie im Be-

---

[1242] Rs. C 470/93, WRP 1995, 677 (678), Rn. 20.

reich der Eiscreme- oder Schokoladenriegel sind jedoch Marktanteile von Branchenführern, die deutlich über diesem Grenzwert liegen, nicht von vornherein auszuschließen.[1243]

Unter den Begriff der „relativen Höchstpreisbindung“ kann jedoch auch noch eine Vielzahl anderer Maßnahmen gefasst werden. Ein weiteres bekanntes Beispiel ist selbstverständlich eine wie auch immer geartete Verpflichtung von Vertragsunternehmen der Kreditkartenunternehmen, den Benutzern von Kreditkarten keinen teureren Preis als den Barzahlungspreis zu berechnen, wobei nach der hier vertretenen Auffassung Kreditkartensysteme nicht gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen, eine Freistellung allerdings ebenfalls nicht in Betracht käme, weil diese nur für klassische Lieferketten gilt. Der EuGH[1244] hatte entschieden, dass im Fall eines unechten Handelsvertreterverhältnisses ein Provisionsweitergabeverbot einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellt. Denkt man sich den umgekehrten Fall, nämlich eine Provisionsweitergabeverpflichtung, so wäre dies abermals ein Fall einer relativen Höchstpreisbindung, die aller Voraussicht nach nicht gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstieße, in jedem Fall aber nach Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO freizustellen wäre.

### c) Die Schranken-Schranken in Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO

Die Zulässigkeit von Höchstverkaufspreisen, soweit sie überhaupt in den Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen, ist ihrerseits nicht schrankenlos. Im letzten Nebensatz von Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO werden zwei Tatbestandsalternativen aufgeführt, bei denen trotz der vermeintlichen Festsetzung eines Höchstverkaufspreises die Freistellung nach der VGVO ausgeschlossen wird. Im Hinblick auf die verschiedenen Begehungsformen des Tatbestands bietet die Regelung ebenfalls zwei Möglichkeiten an, nämlich die „Ausübung von Druck“ oder die „Gewährung von Anreizen“. Die Regelung ist darüber hinaus im Zusammenhang mit dem für alle

---

1243 Vgl. OLG Hamburg, Entscheidung vom 06.03.2003, Az. 5 U 227/01; im Rahmen dieses Wettbewerbsprozesses nach dem UWG über angeblich herabsetzende Werbung behauptet ein Hersteller von Müsliriegeln, er habe in diesem Bereich einen Marktanteil von 70%.

1244 Rs. 311/85, Slg. 1987, 3801 „Flämische Reisebüros“.

schwarzen Klauseln geltenden Einleitungssatz von Art. 4 VGVO zu sehen, so dass sich Höchstverkaufspreise oder Preisempfehlungen weder durch die Ausübung von Druck noch mittels der Gewährung von Anreizen „unmittelbar“ oder „mittelbar“ wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken.[1245] Ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV liegt jedoch nur vor, wenn diese Maßnahmen des Lieferanten erfolgreich verlaufen, da es ansonsten bereits an dem Vereinbarungsbegriff mangelt.[1246]

Nach Ansicht der Kommission liegt eine „Ausübung von Druck“ insbesondere dann vor, wenn versucht wird, einen Höchstverkaufspreis oder eine Preisempfehlung durch Maßnahmen wie Drohungen (z.B. einer Vertragskündigung im Fall eines Abweichens), Einschüchterungen, insbesondere aber durch Preisüberwachungs- und Abweichungsmeldesysteme durchzusetzen.[1247]

Als „Gewährung von Anreizen“ sieht die Kommission hingegen vor allem die Verknüpfung der Gewährung von Rabatten, Boni, Skonti, Absatzspannen, Verkaufshilfen, Werbungskostenersatz usw. mit dem Befolgen einer bestimmten Preishöhe.[1248] Dabei dürfte sie insbesondere einen wirtschaftlichen Druck auf den Käufer vor Augen gehabt haben, der zumindest zu einer faktischen Befolgung der Vorgaben des Käufers führt.[1249] Dem Käufer wird durch solche Instrumente die unternehmerische Entscheidung in ökonomischer Hinsicht abgenommen, obwohl er formaljuristisch dazu noch in der Lage wäre.[1250]

---

1245 Veelken, in I/M I, Vertikal-VO,, Rn. 182; Whish, C.M.L.R. 2000, 888 (912).

1246 EuG Rs. T-41/96 „Adalat“; *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 93 f.

1247 Vgl. Leitlinien Tz. 47 S. 7 i.V.m. S. 4 u. 5.

1248 Leitlinien Tz. 47 S. 7 i.V.m. S. 4.

1249 Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 550f.

1250 Haager, DStR 2000, 387 (389); *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 93.

Uneinheitlich ist die Beurteilung der Frage, ob Höchstverkaufspreise auch dann von der Freistellung umfasst sind, wenn diese so niedrig sind, dass sie wie Festpreise wirken. Nach überwiegender Ansicht sollen solche Fälle in jedem Fall einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellen, selbst wenn man Höchstverkaufspreise als im Grundsatz mit Art. 101 Abs. 1 AEUV vereinbar ansieht.[1251]

Nach dem Wortlaut von Art. 4 lit. a) VGVO scheinen derartige Fallgestaltungen zumindest von der Freistellung nach Art. 2 Abs. 1 VGVO umfasst zu sein. Die Leitlinien geben hier keine Klarheit. Die erwähnten Beispielsfälle[1252] zählen diese Variante einerseits nicht auf, andererseits kommt eine gewisse Skepsis im Hinblick auf die Gefahren für den Wettbewerb an anderer Stelle zum Ausdruck.[1253]

Soweit dieser Aspekt problematisiert wird, lehnt die Mehrheit im Schrifttum[1254] eine Freistellung ab, wenn Höchstverkaufspreise so niedrig festgesetzt sind, dass sie praktisch nicht unterschritten werden können. Andernfalls könne ein Lieferant dasselbe Ergebnis wie im Fall eines Festpreisdiktats erzielen, worin in jedem Fall eine unzulässige Kernbeschränkung zu sehen wäre. Es wird daher dafür plädiert, das Merkmal der „Ausübung von Druck“ so weit auszulegen, dass auch die alleinige Festsetzung eines faktisch nicht zu unterbietenden Höchstverkaufspreises als unzulässiger Druck des Lieferanten angesehen wird.[1255] Diese Auffassung verdient Zustimmung. Bei der Festsetzung einer derartigen Preisobergrenze handelt es sich um eine Form wirtschaftlichen Drucks, einen Festpreis durchzusetzen. Diese ist auch wettbewerbsschädlich, weil dem Käufer damit jede Möglichkeit genommen wird, Investitionen in andere Wettbewerbsparameter über den Preis ausgleichen zu können. Es wird allerdings in diesem Zusammenhang auch die Befürchtung geäußert, die Kommission könne

---

1251 Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 548; Veelken, in I/M I, Vertikal-VO,, Rn. 176.

1252 Tz. 47 S. 7 i.V.m. S. 4 u. S. 5; zustimmend Veelken, in I/M EG-Wettbewerbsrecht I, Vertikal-VO,, Rn. 171.

1253 Tz. 226.

1254 Bayreuther, EWS 2000, 106 (112); Nolte, BB 1998, 2429 (2434); Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 553.

1255 So die Argumentation bei Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 553.

Preisuniformitäten als Folge einer Festsetzung eines Höchstverkaufspreises immer als Indiz für einen versteckten Fest- oder Mindestpreis werten, ohne eine detaillierte Prüfung der Marktbedingungen im Einzelfall vorzunehmen.[1256]

Im Vergleich dazu wird es im Fall von Preisempfehlungen als nicht mit Art. 4 lit. a) VGVO unvereinbar angesehen, wenn alle Käufer die Preisempfehlung ihres Lieferanten befolgen, ohne dass dieser zu einem der beschriebenen Mittel greifen muss. Einer Prüfung des Art. 4 lit. a) VGVO bedarf es im Regelfall jedoch erst gar nicht, weil selbst im Fall einer Befolgung der Preisempfehlung durch sämtliche Käufer des Lieferanten ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht gegeben sein dürfte.[1257] Allerdings ist eine weitergehende Abstimmung des Käufers mit seinem Lieferanten, die den Charakter einer Vereinbarung hat, sowie eine Koordination der Lieferanten untereinander klar vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV umfasst.[1258] In diesen Fällen hilft auch die VGVO den Betroffenen nicht, die Unwirksamkeit derartiger Abreden zu verhindern. Soweit eine Absprache des Lieferanten mit seinen Käufern über die Verbindlichkeit der Preisempfehlung vorliegt, handelt es sich um eine Vereinbarung zur Festsetzung von Festpreisen, die eindeutig den Schranken-Schranken von Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO unterfallen, bei Absprachen innerhalb der Handelsstufe liegt in Wahrheit eine horizontale Koordination vor, die als wechselseitige Vereinbarung zwischen Wettbewerbern gemäß Art. 2 Abs. 4 VGVO selbst dann nicht in den Genuss einer Freistellung nach der VGVO kommen kann, wenn es sich um eine vertikale Vereinbarung handelt.

Die Kombination einer an sich zulässigen Preisempfehlung mit einer ebenfalls isoliert nicht zu beanstandenden relativen Höchstpreisbindung kann im Einzelfall zu einer Unzulässigkeit von Maßnahmen führen. Spricht ein Lieferant gegenüber seinen Käufern zunächst eine Höchstpreisempfehlung aus, die zu unterbieten für den Handel unwirtschaftlich wäre aber an die sich alle Käufer ohne äußere Einwirkung halten, so kann

---

1256 Noack, 306.

1257 Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 553; a.A. Bechtold, EWS 2001, 49 (52).

1258 EuGH Rs. 161/84, Slg. 1986, 353 (384) „Pronuptia“.

eine später erfolgende relative Höchstpreisbindung in Form eines Preiserhöhungsverbots faktisch zu einer Festpreisbindung führen, mit der Folge, dass eine solche relative Höchstpreisbindung in diesem Fall dann ausnahmsweise nicht mit Art. 4 lit. a) VGVO vereinbar wäre. Sofern hierbei ein Preiserhöhungsverbot allerdings nur kurzfristig ausgesprochen wird, beispielsweise für die Dauer einer Werbekampagne, wie es in der „Mars"-Entscheidung[1259] diskutiert wurde, dürfte die Rechtsprechung jedoch bereits den Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV aufgrund des Fehlens einer Wettbewerbsbeschränkung verneinen.

Fraglich ist, ob der Begriff „Festpreis(e)" nur im Sinn einer betragsmäßig feststehenden Zahl zu verstehen ist oder ob auch sog. „relative Festpreise" dazu führen, dass eine Abrede in einer vertikalen Vereinbarung als Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. a) auszulegen ist. Im Hinblick auf Preisempfehlungen dürfte sich dies bereits daraus ergeben, dass Preisempfehlungen ebenfalls von einem zahlenmäßig feststehenden Betrag ausgehen.

Anders könnte die Antwort möglicherweise im Zusammenhang mit dem Begriff der „Höchstverkaufspreise" ausfallen. Grundsätzlich begegnet es keinen Einwänden, wenn der Begriff im Einzelfall eine abgewandelte Bedeutung hätte, weil der Begriff jeweils in Beziehung zu den von der VGVO zugelassenen Maßnahmen zu setzen ist und sich seine Auslegung isoliert an der jeweiligen Begriffsauslegung für eine zugelassene Maßnahme orientieren sollte. Da auch die bereits erwähnten sog. „relativen Höchstverkaufspreise" gemäß der hier vertretenen Auffassung unter den Freistellungstatbestand der VGVO fallen, soweit sie überhaupt einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellen, läge es an sich nahe, dass auch „relative Festpreise" den Schranken-Schranken von Art. 4 lit. a) VGVO unterfallen, soweit es um die Zulässigkeit von „Höchstverkaufspreise(n)" geht.

---

[1259] Rs. C 470/93, WRP 1995, 677 (678).

Eine solche Schlussfolgerung begegnete allerdings erheblichen Einwänden, weil sie in sich widersprüchlich wäre. Wenn ein Hersteller beispielsweise durch die „Ausübung von Druck“ oder die „Gewährung von Anreizen“ eine relative Höchstpreisbindung dahingehend verhängt, dass er ein Preiserhöhungsverbot ausspricht und zum Zeitpunkt dieser Maßnahme ein unterschiedliches Preisniveau auf der Handelsstufe existiert, dann ist kein Grund dafür ersichtlich, warum diejenigen Händler mit einem höheren Preisniveau nicht ihre Preise nach Erlass einer solchen Maßnahme senken könnten, und zwar unabhängig davon, ob das zu diesem Zeitpunkt niedrigste Preissegment unterboten werden könnte oder nicht. Dann führt eine solche Situation aber weder zu einem absoluten noch zu einem relativen Festpreis. Nur wenn alle Händler ausnahmslos ein einheitliches Preisniveau hätten, das zu unterschreiten unwirtschaftlich wäre, müsste man ein Preiserhöhungsverbot annehmen, das durch „Ausübung von Druck“ oder die „Gewährung von Anreizen“ wie ein Festpreis wirkt und in diesem Fall trotz der generellen Freistellung von „relativen Höchstpreisen“ untersagt bleiben müsste, sofern man den Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV bejahte, was nach der o.g. Darstellung insbesondere bei zeitlich begrenzt angelegten Maßnahmen nicht notwendig der Fall ist.

**d) Zwischenergebnis**

Höchstpreisbindungen des Lieferanten gegenüber seinem Käufer im Hinblick auf die gelieferten Waren oder Dienstleistungen sind von der Freistellung nach Art. 2 Abs. 1 VGVO ungeachtet der schwarzen Klausel in Art. 4 lit. a) VGVO erfasst, wobei es in den meisten Fällen erst gar nicht einer Freistellung bedarf, weil der Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV schon nicht erfüllt ist.

Die Freistellung umfasst nicht nur Fallgestaltungen, bei denen der Lieferant seinem Käufer einen Höchstverkaufspreis betragsmäßig genau vorschreibt („absolute Höchstverkaufspreise“), sondern gilt auch für jegliche Maßnahmen, die im Ergebnis für Verträge des Käufers mit Dritten eine preisdämpfende Wirkung („relative Höchstverkaufspreise“) haben.

Soweit Höchstverkaufspreise die Wirkung von Festpreisen oder Mindestverkaufspreisen haben, ist dies aufgrund von Art. 4 lit. a) zweiter Halbsatz VGVO nur untersagt, wenn dies durch die „Ausübung von Druck“ oder die „Gewährung von Anreizen“ erfolgt ist. Festpreise sind jedoch als betragsmäßig feststehende Summen zu verstehen.

### 5) Meistbegünstigungsklauseln und Art. 4 lit. a) VGVO

Im Zusammenhang mit der Zulässigkeit von Preisbegrenzungsmaßnahmen wurde erörtert, dass nach der hier vertretenen Auffassung Meistbegünstigungsklauseln grundsätzlich gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen.[1260] An dieser Stelle soll kurz zusammengefasst werden, inwieweit eine Freistellung nach Art. 2 Abs. 1 VGVO für Meistbegünstigungsklauseln in Frage kommt. Prinzipiell lässt sich die Antwort bereits aufgrund der Darstellungen an anderen Stellen dieser Arbeit ableiten.[1261]

#### a) Meistbegünstigungsklauseln zu Lasten des Lieferanten

Der ganz überwiegende Teil der Literatur[1262] hält sowohl echte als auch unechte Meistbegünstigungsklauseln zu Lasten des Lieferanten grundsätzlich für freigestellt, weil Bindungen zu Lasten des Lieferanten nach Art. 2 Abs. 1 VGVO nicht erfasst sind. Diese Ansicht[1263] verdient zwar grundsätzlich Zustimmung, allerdings soll nochmals darauf hingewiesen werden, dass nach der hier vertretenen Auffassung nur dann eine Bedingung einer Vereinbarung i.S.v. Art. 2 Abs. 1 VGVO vorliegt, wenn mit einer

---

1260 Vgl. die Ausführungen auf 275.

1261 Siehe insbesondere die Ausführungen auf 296 ff. u. 318 f.

1262 SJM-Klotz, Wettbewerbsrecht, 2003, Fallgruppen Art. 81 – Liefer- und Bezugsvereinbarungen, Rn. 84; Kurth, WuW 2003, 28 (34); Petsche, in Liebscher/Flohr/Petsche, § 7, Rn. 125; Semler/Bauer, DB 2000, 193 (197); Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 583 ff.; a.A. Bechtold, EWS 2001, 49 (52); zweifelnd Polley/Seeliger, WRP 2000, 1203 (1212).

1263 Äußerst unpräzise ist die Darstellung von Kurth, WuW 2003, 28 ff.; obwohl der Aufsatz „Meistbegünstigungsklauseln im Licht der Vertikal-GVO“ zum Gegenstand hat, wird die in diesem Zusammenhang entscheidende Frage, nämlich ob Art. 2 Abs. 1 VGVO auch Bindungen zu Lasten des Lieferanten freistellt, mit keinem Wort erwähnt; die Freistellung von Meistbegünstigungsklauseln wird ausschließlich daran festgemacht, dass diese nicht nach Art. 4 lit. a) VGVO verboten sind.

solchen Klausel in einer Vereinbarung die gesamte Vereinbarung stehen und fallen soll.

Es ist bereits an anderer Stelle erörtert worden, dass eine Vereinbarung nur dann freigestellt werden kann, wenn sie den Leistungsaustausch von Waren oder Dienstleistungen zwischen den Parteien der Vereinbarung zum Hauptgegenstand hat.[1264] Dies mag man im Hinblick auf Meistbegünstigungsklauseln zu Lasten einer liefernden Partei als strukturellen Schwachpunkt ansehen, weil insbesondere im Telekommunikations- und Medienbereich Meistbegünstigungsklauseln zu Lasten einer liefernden Partei auch in den von vornherein der VGVO nicht unterfallenden Miet- und Serviceverträgen vereinbart werden können und es schwer einsehbar ist, warum hier wettbewerbsrechtlich eine unterschiedliche Behandlung vorgenommen soll.[1265] Wird aber festgestellt, dass die fragliche Vereinbarung als solche insgesamt vom Geltungsbereich der VGVO umfasst ist, kann im nächsten Schritt ermittelt werden, ob die Meistbegünstigungsklausel zu Lasten des Lieferanten auch eine Bedingung i.S.v. Art. 2 Abs. 1 VGVO ist. Es reicht nach der hier vertretenen Ansicht für eine Freistellung von Art. 2 Abs. 1 VGVO im Fall von echten Meistbegünstigungsklauseln zu Lasten des Lieferanten keinesfalls aus, dass eine Vereinbarung irgendeine Regelung über den Bezug, Verkauf oder Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen trifft[1266], weil sich nach dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 VGVO die Freistellung nur auf Bedingungen einer Vereinbarung bezieht und es nach der gesamten terminologischen Struktur der VGVO einen Unterschied zwischen Bedingungen und Bestimmungen einer Vereinbarung geben muss. Insofern sei nochmals ausdrücklich auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen.

---

1264 Vgl. hierzu insbesondere die Ausführungen auf 295 f.

1265 Auf diesen Umstand weist ausdrücklich Mathieu, E.C.L.R. 2002, 172 (175) hin.

1266 So aber Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 586.

**b) Meistbegünstigungsklauseln zu Lasten des Käufers**

Nach der hier vertretenen und an anderer Stelle erörterten Auffassung[1267] verbietet Art. 4 lit. a) VGVO nur die Preisbindung von solchen Waren oder Dienstleistungen, die der Käufer von dem Lieferanten bezogen hat.[1268] Daher sind echte Meistbegünstigungsklauseln zu Lasten des Käufers, also beispielsweise Klauseln, nach denen der Käufer seinen Kunden für die vom Lieferanten gelieferten Produkte beim Weiterverkauf keine ungünstigeren Preise berechnen darf als für Produkte, die er vom Wettbewerber des Herstellers bezogen hat, zunächst zulässig.

Soweit argumentiert wird, dass eine solche Klausel auch zumindest indirekte Bindungsrückwirkungen auf die Preisbildung beim Weiterverkauf der Produkte des Lieferanten haben könnte und somit von der schwarzen Klausel nach Art. 4 lit. a) VGVO umfasst sei, so mag dies zutreffend sein, allerdings muss wiederum berücksichtigt werden, dass dies im Regelfall nur preisdämpfende Folgen haben kann. Wenn beispielsweise die Vereinbarung besagt, dass der Käufer die Produkte Dritter nicht zu einem günstigeren Preis als gleichartige Produkte des Lieferanten verkaufen darf, so mag man darin eine mittelbare Preisfestsetzung für die Produkte des Lieferanten sehen, allerdings dürfte es sich dabei um eine relative Festsetzung von Höchstpreisen handeln, die gerade nicht vom Verbot des Art. 4 lit. a) VGVO umfasst wird.

**c) Zwischenergebnis**

Soweit Meistbegünstigungsklauseln in den Anwendungsbereich der VGVO fallen, greift zumindest das Verbot von Art. 4 lit. a) VGVO grundsätzlich nicht für sie. Innerhalb der Struktur der Vorschrift mag dies auf mehreren Gründen beruhen, sei es dass im Fall von Meistbegünstigungsklauseln zu Lasten des Lieferanten das Verbot in Art.

---

1267 Siehe hierzu die Ausführungen auf 335 f.; a.A. aber Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 587ff.; ebenso wohl Kurth, WuW 2003, 28 (34), die aber mit keinem Wort die Problematik anspricht, ob der Begriff „Verkaufspreise“ i.S.d. VGVO sich nicht nur auf die vom Lieferanten bezogenen Waren oder Dienstleistungen des Käufers bezieht.

1268 a.A. offenbar Kurth, WuW 2003, 28 (35), ohne freilich die Frage zu problematisieren, ob das Verbot von Art. 4 lit. a) VGVO wirklich auch Waren oder Dienstleistungen umfasst, die dem Käufer von einem Dritten ohne Mitwirkung des Lieferanten geliefert wurden.

4 lit. a) VGVO ebenso wenig greift wie für Preisbindungen zu Lasten des Käufers im Hinblick auf von Dritten gelieferten Gütern oder aufgrund des Umstands, dass eine etwaige mittelbare Bindungsrückwirkung auf vom Lieferanten an den Käufer gelieferte Waren allenfalls eine relative Höchstpreisfestsetzung bildet.

Der eigentliche neuralgische Punkt im Zusammenhang mit Meistbegünstigungsklauseln jedweder Art dürfte nach der hier propagierten Ansicht vielmehr die Frage sein, ob eine Bedingung gemäß Art. 2 Abs. 1 VGVO vorliegt und damit die Gruppenfreistellungsverordnung an sich anwendbar ist. Ist diese Frage zu verneinen, bliebe es bei dem Verbot von Art. 101 Abs. 1 AEUV, soweit zuvor dessen Tatbestandsvoraussetzungen positiv festgestellt worden sind.

## D) Ergebnis zu Kapitel 3

Die Ergebnisse in Kapitel 3 lassen sich thesenartig wie folgt zusammenfassen:

1. Insgesamt beurteilt das Wettbewerbsrecht der EU Preisbegrenzungsmaßnahmen in klassischen Lieferketten deutlicher positiver, als wir es von der bisherigen Rechtslage des deutschen Kartellrechts kennen.
2. Bereits der Wortlaut von Art. 101 Abs. 1 AEUV besitzt durch das unterschiedslos für potenziell horizontale und vertikale Beeinträchtigungen geltende Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung eine weitaus größere Flexibilität, bestimmte Vereinbarungen de lege lata aus dem Geltungsbereich der Verbotsnorm herausnehmen zu können. Dabei bedarf es keines Rückgriffs auf Art. 101 Abs. 3 AEUV solange dies nicht zu einer Aushöhlung des vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Instituts der Freistellung führt. Ob man im Zusammenhang mit einer Einschränkung der Tatbestandsauslegung von Art. 101 Abs. 1 AEUV terminologisch wie im US-Antitrust-Recht von einer „rule of reason“ sprechen darf, kann im Ergebnis dahingestellt bleiben.
3. Eine weitere Einschränkung für das ansonsten geltende Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV ergibt sich aufgrund der nach den Grundsätzen von Art. 101

Abs. 3 AEUV erlassenen VGVO. Danach sind wettbewerbsbeschränkende Bestimmungen in vertikalen Vereinbarungen in Abweichung von Art. 101 Abs. 1 AEUV erlaubt, wenn mit diesen Bestimmungen die betreffende Vereinbarung stehen und fallen soll und wenn auf sie keine der in Art. 4 VGVO aufgelisteten schwarzen Klauseln Anwendung findet.

4. Preisbindungen in klassischen Lieferketten fallen zwar grundsätzlich unter die nicht freistellungsfähige Kernbeschränkung des Art. 4 lit. a) VGVO, doch ist dessen zweiter Halbsatz abgesehen von den dort selbst genannten Einschränkungen dahingehend auszulegen, dass jegliche Formen von Preisbegrenzungsmaßnahmen von der VGVO freigestellt sind, die absolute oder relative Höchstverkaufspreise zur Folge haben.

5. Im Rahmen von klassischen Lieferketten bleibt abzuwarten, unter welchen tatbestandlichen Voraussetzungen die Rechtsprechung ein echtes Handelsvertreterverhältnis annehmen wird, das nicht dem Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV unterfällt. Auch die begleitenden Leitlinien der Kommission zur VGVO geben hierüber keinen hinreichenden Aufschluss und auch Art. 1 lit g) VGVO beinhaltet keine Hilfe für die Praxis.

6. Ungeachtet des Wortlauts von Art. 4 lit. a) VGVO werden Bindungen des Verkäufers im Hinblick auf Waren und Dienstleistungen, die nicht vom Lieferanten der vertikalen Vereinbarung oder von einem durch ihn angewiesenen Dritten an den Käufer geliefert wurden, nicht von der genannten Kernbeschränkung erfasst. Es sei denn sie hätten eine zumindest mittelbare Rückwirkung auf die vom Lieferanten bezogenen Waren, die keinen freigestellten Höchstpreis zur Folge hätte.

7. Meistbegünstigungsklauseln des Käufers sind wie grundsätzlich alle dem Lieferanten durch den Käufer in vertikalen Vereinbarungen auferlegten Bindungen nach Art. 2 Abs. 1 VGVO freigestellt, es sei denn, dass es sich bei diesen Bestimmungen in einer vertikalen Vereinbarung nicht um Bedingungen i.S.v. Art. 2 Abs. 1 VGVO handelt.

# 4. Kapitel: Das Preisbindungsverbot nach der 7. GWB-Novelle

## A) Eröffnung des Anwendungsbereichs von § 1 GWB n.F.

### I) Die Änderungen auf Grund der 7. GWB-Novelle

#### 1) Anwendungsvorrang des europäischen Wettbewerbsrechts

Die Änderungen, die das GWB infolge der 7. GWB-Novelle erfahren hat, sind zu einem wesentlichen Teil auf die VO 1/2003 zurückzuführen, die zum 01.05.2004 in Kraft getreten ist und die den Anwendungsvorrang des europäischen Wettbewerbsrechts bei gleichzeitiger Dezentralisierung des Vollzugs des Wettbewerbsrechts geführt hat. Um Rechtsunsicherheiten bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts zu reduzieren und insbesondere das Anliegen eines rechtsformenneutralen Wettbewerbsrechts zu verwirklichen, kommt es insgesamt zu einem Gleichlauf von deutschem und europäischem Wettbewerbsrecht. Eine Abgrenzung zwischen vertikalen und horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen findet nicht mehr statt. War die Unzulässigkeit von Preisbegrenzungsabsprachen zuvor noch speziell geregelt, unterfallen diese nunmehr der Generalklausel i. S. des § 1 GWB. Danach sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen verboten, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Mit der Stärkung des Anwendungsbereichs des europäischen Wettbewerbsrechts nach Art. 101 ff. AEUV, das nunmehr in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbares Recht darstellt, stellt sich die Frage nach dem Anwendungsbereich, das dem deutschen Wettbewerbsrecht nach dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle verbleibt. Als Ausgangspunkt einer Auflösung der aufgeworfenen Fragestellung kann nach diesseitiger Ansicht die Zielsetzung und die Funktion der beiden sich überlagernden Regelungsregime herangezogen werden. Ob sich die daraus ergebenen Anwendungsgrenzen zwischen den zentralen Steuerungsparametern der Subsidiarität und dem Grundsatz der größtmöglichen praktischen Wirksamkeit angemessen austariert sind, ist demgegenüber eher eine rechtspolitische Fragestellung, die vorliegend nicht zur Debatte steht.

Als vermutlich vorrangige Zielsetzung der Europäischen Gemeinschaft ist die Schaffung eines (gemeinsamen) Binnenmarktes zu nennen, zu dessen Verwirklichung die Gemeinschaft nach Art. 26 Abs. 1 AEUV verpflichtet ist. Um diese Zielsetzung zu erreichen, müssen die noch bestehenden Binnengrenzen so weit wie möglich eliminiert werden. Der Anwendungsbereich des der Verwirklichung eines (gemeinsamen) Binnenmarktes dienenden Art. 101 AEUV ist demnach dann eröffnet, wenn eine marktliche Transaktion i. S. des Art. 101 Abs. 1 AEUV einen grenzüberschreitenden Bezug hat. Nach diesseitiger Ansicht genügt es, wenn die marktliche Transaktion einen grenzüberschreitenden Bezug entfalten *kann*. Dafür spricht außer dem Wortlaut des Art. 101 AEUV („*den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind…*“) der Grundsatz des effet utile und der in Art. 1 VO 1/2003 angeordnete Anwendungsvorrang des Art. 101 AEUV in seiner Gesamtheit. Verglichen mit der Rechtslage vor dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle am 01.07.2005 ist der Anwendungsbereich des deutschen Wettbewerbsrechts enger.

**2) Erschöpfende Erfassung von Wettbewerbsbeschränkungen**

Die danach zu konstatierende Verengung des Anwendungsbereichs des deutschen Wettbewerbsrechts ist andererseits indessen zu relativieren. Soweit nämlich eine marktliche Transaktion i. S. von § 1 GWB *nicht* geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, und demnach der (sachliche) Anwendungsbereich des § 1 GWB eröffnet ist, ist der Anwendungsbereich des § 1 GWB infolge seiner generalklauselartigen Fassung erschöpfend. So ist den deutschen Wettbewerbsbehörden bei der Beurteilung, ob eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, ein vergleichsweise umfassender Beurteilungsspielraum auf Tatbestandsseite eingeräumt, bei dem im Sinne des „*more economic approach*“[1269] bzw. der „*rule-of-reason-Doktrin*“[1270] die Erwägung einfließen kann, ob die in Rede stehende Transaktion unter dem Gesichtspunkt der Konsumentenwohlfahrt überwiegend positiv oder überwiegend negativ ist.

---

1269 Substantiiert zu diesem Ansatz: *Ritter*/*Braun*, European Competition Law, 2004, S. 1 ff.; *Whish*, Competition Law, 2009, S. 1 ff.

1270 Zur *Rule of Reason* auf dem Gebiet der vertikalen Preisbindung im US-amerikanischen Recht: vgl. *U. S. Supreme Court*, Entscheidung v. 28.06.2007, No. 06-480 (*Leegin v. PSKS*), WuW 2008, S. 381 ff.

Die Tatsachen, welche die Wettbewerbsbeschränkung begründen, müssen dabei grundsätzlich vom Mitbewerber, der sich auf das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung beruft, oder von der jeweiligen staatlichen Kontrollinstanz dargelegt und bewiesen werden.

**3) Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung**

Neben der Begrenzung des Anwendungsbereichs durch das europäische Recht ergibt sich eine weitere Eingrenzung unter dem Gesichtspunkt der Erheblichkeit. Wie bereits angesprochen, soll das Wettbewerbsrecht - *erstens* - die Herausbildung (unangemessener) struktureller Überlegenheiten einzelner Marktakteure (Vermeidung insbesondere von Monopol- und Oligopolstrukturen) verhindern und - *zweitens* - im Sinne des „more economic approach“ eine unter dem Gesichtspunkt der Konsumentenwohlfahrt optimale Allokation betrieblicher Ressourcen und Produktionsfaktoren gewährleisten. Die Tätigkeit der Kartellbehörden ist dabei dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unterworfen. Es wäre angesichts der zentralen Zielsetzungen des Wettbewerbsrechts schlicht unangemessen, würde die Kartellbehörde bei jeder auch noch so kleinen Wettbewerbsbeschränkung und das Marktgeschehen eingreifen. Der den Kartellbehörden im Rahmen des § 1 GWB auf Tatbestandsseite eingeräumte Beurteilungsspielraum ermöglicht und gebietet es, erst ab einer bestimmten Schwere und Erheblichkeit in das Marktgeschehen einzugreifen. Insoweit sind hier unter dem Gesichtspunkt der Spürbarkeit und im Sinne der De-minimis-Bekanntmachung der Kommission vom 22.12.2001 Marktanteilsschwellen zu berücksichtigen, die bei horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich 10 % und bei vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen 15 % betragen. Bleibt die in Rede stehende Transaktion unterhalb dieser Marktanteilsschwellen, spricht bereits das Verhältnismäßigkeitsprinzip gegen die Anwendbarkeit des § 1 GWB. Die „de minimis-Bekanntmachung“ soll insoweit eine Ausklammerung von Bagatellsachverhalten ohne Weiteres ermöglichen.

### II) Stellungnahme zur Eröffnung des Anwendungsbereichs

Die Frage nach der Anwendbarkeit des § 1 GWB muss sich vor dargestelltem Hintergrund an zwei wesentlichen Entscheidungsparametern orientieren. Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft wird durch die Dominanz des Marktes geprägt. Der Markt soll im Idealfall eine bestmögliche Versorgung der Nachfrageseite und insbesondere des Verbrauchers zu angemessenen Preisen gewährleisten. Die Verwirklichung des (gemeinsamen) europäischen Binnenmarktes trägt dazu entscheidend bei. Der Verbraucher profitiert davon, dass die zwischenstaatlichen Handelsrestriktionen unter der Geltung der europäischen Grundfreiheiten Schritt für Schritt eliminiert werden. Vor diesem Hintergrund muss sich die Eröffnung des Anwendungsbereichs des deutschen Kartellrechts nach § 1 GWB vor allem daran ausrichten, ob die in Rede stehende marktliche Transaktion - *erstens* - die Erheblichkeitsschwelle bzw. die Spürbarkeitsschwelle überschreitet (Marktanteilsschwellen) und - *zweitens* - der zwischenstaatliche Handel (potenziell) betroffen ist. Wie die in Rede stehende marktliche Transaktion im Sinne des „*more economic approach*“ unter dem Gesichtspunkt der Konsumentenwohlfahrt zu beurteilen ist, unterfällt als Fragestellung nicht der Eröffnung des Anwendungsbereichs, sondern ist erst auf Tatbestandsebene im Rahmen des (eröffneten) § 1 GWB zu entscheiden.

## B) Entscheidungskompetenz des EuGH in innerstaatlichen Angelegenheiten

### I) Gleichlauf zwischen deutschem und europäischem Wettbewerbsrecht

Mit der zum 01.07.2005 in Kraft getretenen 7. GWB-Novelle hat der Gesetzgeber vor allem das Ziel verfolgt, einen Gleichlauf zwischen dem deutschen und dem europäischen Wettbewerbsrecht herzustellen. Die Herstellung eines Gleichlaufs erschien unter anderem deshalb erforderlich, weil die Zahl der grenzüberschreitenden Unternehmenstransaktionen mit dem Aufkommen der Globalisierung, aber auch mit dem zunehmenden Grad der europäischen Integration deutlich angestiegen ist. Das Absehen von einer Harmonisierung im Wettbewerb hätte bestehende Rechtsunsicherheiten sowohl auf Seiten der Marktakteure als auch auf Seiten der für die Ordnung des Wettbewerbs zuständigen Kartellbehörden weiter verstärkt und infolgedessen insbesondere

kleine und mittelständische Unternehmen (KMU[1271]) von grenzüberschreitenden Transaktionen abgehalten.[1272] Auch unter der Geltung des „New economic approach“ ist der deutsche Staat als grundrechtsgebundenes und dem Allgemeinen Gleichheitssatz i. S. des Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtetes Subjekt grundsätzlich zu einer rechtsformenneutralen und betriebsgrößenneutralen Ordnungspolitik[1273] verpflichtet.

## II) Determinanten der europäischen Rechtsprechung

### 1) Anwendungsvorrang des europäischen Rechts

Vor dargestelltem Hintergrund ist die Generalklausel des § 1 GWB bereits nach ihrem Wortlaut weitgehend mit der Zwischenstaatlichkeitsklausel des Art. 101 AEUV identisch. Soweit das zusätzliche Tatbestandsmerkmal „Handel zwischen den Mitgliedstaaten“ vorliegt und insoweit ein zwischenstaatlicher bzw. grenzüberschreitender Bezug zu bejahen ist, kommt der Zwischenstaatlichkeitsklausel des Art. 101 AEUV (zwingend) Anwendungsvorrang zu: Anwendbar ist in diesem Falle ausschließlich die Zwischenstaatlichkeitsklausel. Der Anwendungsvorrang setzt die unmittelbare Anwendbarkeit des europäischen Rechts in den Mitgliedstaaten zwingend voraus.[1274] Der AEUV vermittelt der Europäischen Union keine Hoheitsrechte, die einen supranationalen „Durchgriff“ in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gestatten.[1275]

---

1271 Nach der Definition der Europäischen Kommission ist ein Unternehmen dann der Gruppe der KMU zuzuordnen, wenn es weniger als 250 Personen beschäftigt und der Jahresumsatz 50 Mio. EURO bzw. die Jahresbilanzsumme 43 Mio. EURO nicht überschreitet, Vgl. Empfehlung der Europäischen Kommission v. 06.05.2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, ABl. 2003 L 124/36.

1272 Kleine und mittelständische Unternehmen tragen im europäischen Binnenmarkt ganz überwiegend zum Bruttoinlandsprodukt (BIP) bei, vgl. *Hommelhoff*, Organisationsverfassung, 2001, S. 279, 287.

1273 Vgl. zum Ansatz der rechtsformenneutralen Ordnungspolitik im Steuerrecht: *Birk*, Steuerrecht, 2006, § 7 (S. 349, Rn. 1105); *Reiß*, StuW 1996, S. 337, 344; *Tipke*/*Lang*, Steuerrecht, 2015, S. 445 (§ 11, Rz. 5).

1274 Vgl. *BVerfG*, Urteil vom 30.06.2009 - 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 -, www.bundesverfassungsgericht.de/ entscheidungen/es20090630_2bve000208.html, Rn. 342.

1275 Vgl. *BVerfG*, Urteil vom 30.06.2009 - 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 -, www.bundesverfassungsgericht.de/ entscheidungen/es20090630_2bve000208.html, Rn. 342.

**2) Effet utile**

Dem Anwendungsvorrang liegt neben dem bereits angesprochenen Anliegen, Rechtsunsicherheiten bei grenzüberschreitenden Transaktionen einzudämmen und somit die Verwirklichung des Binnenmarktes i. S. des Art. 26 Abs. 1 AEUV zu fördern, das Anliegen einer (größtmöglichen) praktischen Wirksamkeit („*effet utile*“[1276]) zu Grunde. Die Mitgliedstaaten müssen bei der Umsetzung von Bestimmungen des Vertrages diejenigen innerstaatlichen Handlungsformen wählen, die für die Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts bestmöglich geeignet sind.[1277] Es zählt zu den die gesamte Rechtsordnung bestimmenden Prinzipien, dass Ausnahmevorschriften eng auszulegen sind.[1278] So sind auch Ausnahmen zu den Grundfreiheiten stets eng auszulegen, damit die europäischen Grundfreiheiten, auf deren Geltung sich die EU-Mitgliedstaaten ja ihrerseits im Wege der Ratifikation selbst festgelegt haben, nicht leerlaufen. Für eine enge Auslegung der Ausnahmen zu den Grundfreiheiten spricht insbesondere der durch Art. 26 Abs. 2 AEUV hervorgehobene grundsätzliche Vorrang der Grundfreiheiten.[1279] Das Gebot der größtmöglichen praktischen Wirksamkeit wurde von der Rechtsprechung des EuGH vor allem in seiner Entscheidung zur Rechtssache *Cassis de Dijon*[1280] begründet und soll die europäische Integration auch auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts voranbringen.

---

1276 Vgl. *Nagel,* Wirtschaftsrecht, 59 ff.: Um auszuschließen, dass die Durchsetzung des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts ganz oder teilweise leerläuft, sind insbesondere die Grundfreiheiten des AEUV teleologisch mit dem Ziel ihrer „nützlichen Wirksamkeit“ auszulegen.

1277 Vgl. *EuGH,* Urteil vom 26.10.1995, Rs. C-151/94 (*Kommission/Luxemburg*), EuGHE 1995, S. I-3685, 3705; Vgl. auch *Henssler,* Anwaltsblatt 2009, S. 1, 3.

1278 Die europäischen Grundfreiheiten einschränkende Ausnahmebestimmungen betreffend vgl. *EuGH,* Urteil vom 12.12.2002, Rs. C-385/00 (*De Groot*), EuGHE 2002, I-11819 bis I-11875; vgl. auch *Eicker,* EuGH-Rechtsprechung, S. 47.

1279 Vgl. *Eickmann*, Wegzugsbesteuerung, 2007, S. 118; Ehlers-*Tietje*, Grundfreiheiten, 2006, S. 10, Rn. 57.

1280 Vgl. *EuGH,* Urteil v. 20.02.1979, Rs. C-120/78 (*Cassis de Dijon*), Slg. 1979, S. I-649 ff.

### 3) Auslegungsmonopol des EuGH

Der EuGH, dem bei der Konkretisierung der Europäischen Grundfreiheiten das Auslegungsmonopol[1281] zukommt, fungiert vor diesem Hintergrund als „Motor“ des Gemeinsamen Marktes und betont den Grundsatz den Grundsatz der größtmöglichen praktischen Wirksamkeit seit jeher in seiner ständigen Rechtsprechung. Gefordert ist eine dynamische Interpretationsmethode zu verstehen, die sich sowohl an den Vertragszielen als auch an der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts ausrichtet und die sich der richterlichen Rechtsfortbildung zur ständigen Konkretisierung und Lückenfüllung des Gemeinschaftsrechts bedient.[1282] Die Auslegung der vor allem durch den AEUV konstituierten Gemeinschaftsrechtsordnung ist beim EuGH monopolisiert, der insoweit verbindliche Maßstäbe für die Auslegung der Grundfreiheiten und des übrigen Gemeinschaftsrechts kreiert.

## III) Entscheidungskompetenz des EuGH für innerstaatliches Recht

### 1) Determinanten der Entscheidungskompetenz des EuGH

#### a) Wahrung des Gemeinschaftsrechts

Hier stellt sich ein weiteres, für die vorliegende Darstellung zentrales, Problem, inwieweit nämlich dem EuGH als supranationalem Spruchkörper eine Auslegungskompetenz nicht nur für die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, sondern möglicherweise auch für die Vorschriften des innerstaatlichen Rechts zukommt. Der Gerichtshof und das Gericht sichern in erster Instanz im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrags.

#### b) Subsidiarität des Gemeinschaftsrechts

Zu einer anderen Erkenntnis kann man angesichts der Formulierung *„im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten“* gelangen, der neben dem Anliegen der (horizontalen) Ge-

---

1281 Vgl. *Fischer*, Grundfreiheiten, 2001, S. 131.

1282 Vgl. *Fischer*, Grundfreiheiten, 2001, S. 131.

waltenteilung zwischen mitgliedstaatlicher und Gemeinschaftsgerichtsbarkeit insbesondere das Prinzip der Subsidiarität[1283] zu Grunde liegt. Danach wird die Gemeinschaft - und zu dieser zählt anerkanntermaßen auch der EuGH - in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirksamkeit besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können. Das Subsidiaritätsprinzip konkurriert in gewisser Hinsicht mit dem Gebot der größtmöglichen praktischen Wirksamkeit und war zuletzt in der Entscheidung des BVerfG vom 30.06.2009 zum Lissabon-Vertrag[1284] Betrachtungsgegenstand der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur.

### c) Integrationsverantwortung der Mitgliedstaaten

In seiner Entscheidung zum Lissabon-Vertrag unterstreicht das BVerfG unter Bezugnahme auf das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 GG) das Erfordernis der angemessenen Beteiligung des Bundestags bei der Übertragung von Hoheitskompetenzen auf die Gemeinschaftsebene. Das Demokratieprinzip findet seinen Ausdruck insbesondere im Wahlrecht, das einen Anspruch auf demokratische Selbstbestimmung, auf freie und gleiche Teilhabe an der in Deutschland ausgeübten Staatsgewalt sowie auf die Einhaltung des Demokratiegebots einschließlich der Achtung der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes begründet.[1285] Das für die demokratische Verfassung der Bundesrepublik Deutschland konstitutive Prinzip der repräsentativen Volksherrschaft kann verletzt sein, wenn im grundgesetzlichen Organgefüge die Rechte des Bundestages wesentlich geschmälert werden und damit ein Substanzverlust

---

1283 Vgl. *Pechstein*, M., EUV, 2003, EUV Art. 1, Rz. 38.

1284 *BVerfG*, Urteil vom 30.06.2009 - 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 -, www.bundesverfassungsgericht.de/ entscheidungen/es20090630_2bve000208.html.

1285 Vgl. *BVerfG*, Urteil vom 30.06.2009 - 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 -, www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html, Rn. 208.

demokratischer Gestaltungsmacht für dasjenige Verfassungsorgan eintritt, das unmittelbar nach den Grundsätzen freier und gleicher Wahl zustande gekommen ist.[1286] Nach den Feststellungen des erkennenden Senats darf die europäische Vereinigung auf der Grundlage einer Vertragsunion souveräner Staaten nicht so verwirklicht werden, dass in den Mitgliedstaaten kein ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse mehr bleibt (Leitsatz Rn. b)). Der erkennende Senat unterstreicht die zu einer erfolgreichen Integration erforderliche Wahrung der Integrationsverantwortung.

**d) Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung**

Als weiterer Ausgangspunkt zur Beantwortung der Frage nach der Auslegungskompetenz des EuGH für innerstaatliches Recht bietet sich das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 EU) an. Die Kompetenzen des EuGH sind ebenso wie diejenigen der anderen Gemeinschaftsorgane nicht auf eine unmittelbare demokratische Legitimation durch den Souverän zurückzuführen - der Begriff des „Unionsbürgers“ i. S. des Art. 21 AEUV ist insoweit missverständlich -, sondern sind auch unter der Geltung des Vertrags von Lissabon stets derivativer bzw. völkervertraglicher Natur[1287]. Selbst angesichts des Ausbaus der Rechte der Unionsbürger bewahrt das deutsche Staatsvolk solange seine Existenz, wie die Unionsbürgerschaft die Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten nicht ersetzt oder überlagert.[1288] Der derivative Status der Unionsbürgerschaft und die Wahrung der mitgliedstaatlichen Staatsangehörigkeit bilden die Grenze für die in Art. 21 Abs. 2 AEUV angelegte Entwicklung der Unions-

---

1286 Vgl. *BVerfG*, Urteil vom 30.06.2009 - 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 -, www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html, Rn. 210.

1287 Vgl. *BVerfG*, Urteil vom 30.06.2009 - 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 -, www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html, (Entscheidungstenor).

1288 *BVerfG*, Urteil vom 30.06.2009 - 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 -, www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html.

bürgerrechte und ebenso die Grenze der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union.[1289] Einfacher lässt sich dies in den Worten formulieren, dass die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft eben nicht unmittelbar vom Volke, sondern von der (zwischengeschalteten) Volksvertretung ausgehen, deren angemessene Beteiligung am europäischen Integrationsprozess gewahrt sein muss. Die Europäische Union ist in völkerrechtlicher Hinsicht kein Staat, sondern ein Staatenbund bzw. supranationales Völkerrechtssubjekt. Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung wird sie (ausschließlich) in den Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig (Art. 5 Abs. 1 EU).

Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung lässt sich als grundlegendes Strukturprinzip der (vertikalen) Gewaltenteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren derzeit 27 Mitgliedstaaten qualifizieren und ist auch bei der Bestimmung der Kompetenzen des EuGH heranzuziehen. Dem Bundesverfassungsgericht ist dabei die Prüfungskompetenz zugewiesen, ob sich die Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen unter Wahrung des gemeinschafts- und unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 Abs. 2 EU) in den Grenzen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte halten.[1290] Die nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung mögliche Übertragung von Hoheitsrechten wird durch den unantastbaren Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes begrenzt, der durch nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 i. V mit Art. 79 Abs. 3 GG definiert wird.[1291]

---

1289 Vgl. *BVerfG*, Urteil vom 30.06.2009 - 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 -, www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html, Rn. 350.

1290 Vgl. *BVerfG*, Urteil vom 30.06.2009 - 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 -, www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html, Entscheidungstenor, Rn. b).

1291 *BVerfG*, Urteil vom 30.06.2009 - 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 -, www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html, Entscheidungstenor, Rn. b); Kritisch dazu: *Deutscher Juristinnenbund e.V.*, Stellungnahme zum Lissabon-Urteil, S. 3 („Abkehr zu seiner bisherigen, wenn auch kritischen, so doch europarechtsfreundlichen und integrationsoffenen Auslegung des Grundgesetzes“).

### 2) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich insoweit festhalten, dass - *erstens* - das europäische Wettbewerbsrecht bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezuges Anwendungsvorrang gegenüber dem mitgliedstaatlichen Recht genießt, - *zweitens* - der EuGH die ausschließliche Kompetenz für die Auslegung von Gemeinschaftsrecht hat (der EuGH sichert durch sein Auslegungsmonopol die einheitliche Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts und lässt sich daher als „Motor der europäischen Integration" qualifizieren) und - *drittens* - bei Nichtvorliegen eines grenzüberschreitenden Bezuges ausschließlich das (autonom) gesetzte mitgliedstaatliche Recht gilt. Die Entscheidungskompetenz des EuGH ist grundsätzlich an die Grenzen des Gemeinschaftsrechts gebunden.[1292] Damit indessen sind allenfalls grundlegende Strukturprinzipien für die Abgrenzung der mitgliedstaatlichen von der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit gewonnen, die eingangs aufgeworfene Frage nach der Kompetenz des EuGH für die Auslegung auch mitgliedstaatlichen Rechts indessen noch nicht abschließend beantwortet. Immer öfter nämlich kommt es vor, dass mitgliedstaatliche Spruchkörper den EuGH auf Grundlage des Art. 267 AEUV im Vorabentscheidungsverfahren anrufen.

### 3) Erweiterte Entscheidungskompetenz im Vorabentscheidungsverfahren

#### a) Auslegung von Gemeinschaftsrecht als Regelfall

Nach den Feststellungen des EuGH, zu denen er im Rahmen seiner ständigen Rechtsprechung gelangt ist, erstreckt sich dessen Entscheidungskompetenz im Vorabentscheidungsverfahren grundsätzlich nicht auf die Auslegung innerstaatlichen Rechts.[1293] Ebenso wenig kann der EuGH im Vorabentscheidungsverfahren über die Vereinbarkeit einer innerstaatlichen Maßnahme mit dem Gemeinschaftsrecht entschei-

---

[1292] Vgl. Göttinger Online-Beiträge zum Europarecht Nr. 1-*Fredriksen*, Zusammenarbeit, 2005, S. 1, 28.

[1293] Vgl. Schwarze-*Schwarze*, AEUV, Art. 267, Rn. 9.

den, was beispielsweise im Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV möglich ist.[1294] Das Vorabentscheidungsverfahren soll der aus der Vollzugsdezentralisierung des Gemeinschaftsrechts resultierenden Gefahr divergierender Entscheidungen entgegenwirken und eine einheitliche Interpretation des Gemeinschaftsrechts gewährleisten.[1295] Mehr als jedes andere Verfahren vor dem Gerichtshof sichert es die praktische Wirkung der dem Einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte.[1296] Die Entscheidungskompetenz des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren erstreckt sich daher grundsätzlich nur auf die Auslegung im Sinne der abstrakten Interpretation einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung, nicht auch auf die Frage der Anwendung der fraglichen Vorschrift auf den konkreten Fall.[1297] Der EuGH ist indessen befugt, dem vorlegenden Gericht alle Kriterien für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts an die Hand zu geben, die wiederum das mitgliedstaatliche Gericht in die Lage versetzen, die Vereinbarkeit der entsprechenden nationalen Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht zu beurteilen.[1298]

**b) Ausnahme bei überschießender Anwendung von Gemeinschaftsrecht**

Fraglich und von der Judikatur des EuGH bislang nicht abschließend geklärt ist die Statthaftigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens bei dem Gemeinschaftsrecht entstammenden Normen, die nach dem Willen des nationalen Gesetzgebers auf rein innerstaatlich zu regelnde Sachverhalte Anwendung finden. Es stellt sich hier die Frage, ob sich die Entscheidungskompetenz des EuGH auf mitgliedstaatliche Normen erstreckt, die nicht auf eine Umsetzungsverpflichtung beispielsweise aus Art. 288 Abs. 3 AEUV zurückzuführen sind, sondern denen eine Initiative des Mitgliedstaats zu Grunde liegt, das mitgliedstaatliche Recht einem bestimmten europäischen Regelungsmodell anzupassen. Hier stellt sich das Problem der „überschießenden Anwendung“

---

1294 Vgl. Schwarze-*Schwarze,* AEUV, Art. 267, Rn. 9.

1295 Vgl. Callies/Ruffert-*Bernhard Wegener,* AEUV, Art. 267, Rn. 1; *Koch,* WuW 2006, S. 710, 717; Schwarze-*Schwarze,* AEUV, Art. 267, Rn. 9.

1296 Vgl. Callies/Ruffert-*Bernhard Wegener,* AEUV, Art. 267, Rn. 1.

1297 Vgl. Schwarze-*Schwarze,* AEUV, Art. 267, Rn. 9.

1298 Vgl. Schwarze-*Schwarze,* AEUV, Art. 267, Rn. 9.

des Gemeinschaftsrechts bzw. der „überschießenden Richtlinienumsetzung“[1299]. Bei der „überschießenden Anwendung“ des Gemeinschaftsrechts geht der mitgliedstaatliche Vollzug des Gemeinschaftsrechts nicht selten über die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben hinaus.[1300] Der Mitgliedstaat dehnt beispielsweise den Anwendungsbereich einer Richtlinie im nationalen Recht freiwillig aus.[1301] Obgleich eine Umsetzungsverpflichtung beispielsweise auf Grundlage des Art. 288 Abs. 3 AEUV nicht besteht, entschließt sich der mitgliedstaatliche Gesetzgeber nicht selten dazu, auch sachverwandte Lebensbereiche zur Vermeidung von systematischen Brüchen oder Regelungswidersprüchen im mitgliedstaatlichen Recht dem Regelungsmodell einer Richtlinie anzupassen.

Als Beispiel der „überschießenden Umsetzung“ von Gemeinschaftsrecht lässt sich die Ausdehnung des Regelungsmodells der Verschmelzungsrichtlinie (RL 2005/56/EG[1302]) anführen. Eine isolierte Umsetzung der europäischen Verschmelzungsrichtlinie ausschließlich auf Aktiengesellschaften hätte zur Geltung gänzlich unterschiedlicher Vorgaben für die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften geführt.[1303] Die vierte gesellschaftsrechtliche Richtlinie (RL 78/660/EWG)[1304] wurde auf

---

1299 Vgl. zum Problemkreis der „überschießenden Richtlinienumsetzung“*Habersack/Mayer,* JZ 1999, S. 913 ff.; vgl. *Hommelhoff* in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, 2000, S. 889, 913 ff.; *Hess,* RabelsZ 66 (2002), S. 470, 484 ff.; *Koch,* WuW 2006, S. 710 ff.

1300 Vgl. Göttinger Online-Beiträge zum Europarecht Nr. 1-*Fredriksen,* Zusammenarbeit, 2005, S. 1, 29.

1301 Vgl. Göttinger Online-Beiträge zum Europarecht Nr. 1-*Fredriksen,* Zusammenarbeit, 2005, S. 1, 29.

1302 Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten.

1303 Vgl. *Koch,* WuW 2006, S. 710, 711.

1304 RL 78/660/EWG vom 25.7.1978, ABl. EG 1978 L 222/11 i.d.F. der RL 90/605/EWG vom 8.11.1990, ABl. EG 1990 L 317/60.

das gesamte deutsche Bilanzrecht gem. §§ 264 ff. HGB[1305] ausgedehnt.[1306] Eine ähnliche Konstellation ist bei der Teil- oder der Mindestharmonisierung[1307] anzutreffen: Der mitgliedstaatliche Gesetzgeber übernimmt hier mitunter das gesamte gemeinschaftsrechtliche Regelungsmuster für das jeweilige Rechtsgebiet.[1308] So überträgt beispielsweise das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (SMG) die Systematik der Verbrauchsgüterrichtlinie[1309] auf das gesamte Kaufrecht des BGB.[1310] In diesen und anderen Fällen kann der mitgliedstaatliche Gesetzgeber ein Interesse daran haben, Fragen zur Auslegung im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV klären zu lassen. Die vorliegend interessante Frage besteht darin, ob die *freiwillige* Übernahme des Gemeinschaftsrechts durch einen Mitgliedstaat dazu führt, dass sich die Kompetenz des EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV erweitert. [1311]

Gegen eine diesbezüglich erweiterte Vorabentscheidungskompetenz des EuGH lässt sich zunächst einwenden, dass allein die Ausrichtung an einem europäischen Regelungsmodell aus nationalem Recht noch kein europäisches Recht macht.[1312] Im föderalen Verbund der Europäischen Union ist die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Rechtspflege grundsätzlich den Mitgliedstaaten zugeordnet.[1313] Folgt man der wohl überwiegenden Ansicht, welche die Qualifizierung von sowie die Abgrenzung

---

1305 Handelsgesetzbuch (HGB) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 6a des Gesetzes vom 31.07.2009 (BGBl. I 2009, S. 2512).

1306 Vgl. dazu *Habersack/Mayer,* JZ 1999, S. 913, 915; *Hommelhoff* in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, 2000, S. 889, 914.

1307 Vgl. Göttinger Online-Beiträge zum Europarecht Nr. 1-*Fredriksen,* Zusammenarbeit, 2005, S. 1, 29.

1308 Vgl. Göttinger Online-Beiträge zum Europarecht Nr. 1-*Fredriksen,* Zusammenarbeit, 2005, S. 1, 29.

1309 Vgl. RL 1999/44/EG vom 25.5.1999, ABl. EG L 171/12.

1310 Vgl. *Hess*, RabelsZ 66 (2002), S. 470, 484.

1311 Vgl. Göttinger Online-Beiträge zum Europarecht Nr. 1-*Fredriksen,* Zusammenarbeit, 2005, S. 1, 29.

1312 Vgl. *Koch,* WuW 2006, S. 710, 711.

1313 Vgl. *BVerfG,* Urteil vom 30.06.2009 - 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 -, www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html, Rn. 368.

zwischen mitgliedstaatlichem und Gemeinschaftsrecht nach dem Kreationsorgan vornimmt (hier sog. formell-institutionelle Theorie), handelt es sich auch bei dem an bestimmte Muster des Gemeinschaftsrecht angepassten Recht um autonomes mitgliedstaatliches Recht, nicht aber um Gemeinschaftsrecht.

Eine erweiterte Entscheidungskompetenz des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren kann sich indessen - wie in den aufgezeigten Beispielsfällen - dann ergeben, wenn sich ein Mitgliedstaat unabhängig von einer diesbezüglichen Verpflichtung aus eigener Initiative dazu entschließt, sein autonom gesetztes Recht dem Gemeinschaftsrecht anzupassen.[1314] So hat sich der deutsche Gesetzgeber auch im Zuge der 7. GWB-Novelle ohne einen Transformationszwang dazu entschlossen, das deutsche Kartellrecht freiwillig in einem sehr weiten Umfang dem europäischen Kartellrecht anzupassen.[1315] Die weitgehende Angleichung des deutschen Kartellrechts an Art. 101 AEUV und die damit verbundene Abschaffung verschiedener Besonderheiten der §§ 1 ff. GWB a. F. war von Anfang an die Absicht der Bundesregierung.[1316] Indem die 7. GWB-Novelle eine weitgehende Übernahme der europäischen Regelungen über wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen in das GWB vorsieht, sollte insbesondere gewährleistet werden, dass die parallele Anwendung des GWB in Fällen mit Zwischenstaatlichsbezug nicht zu anderen Ergebnissen führt als die Anwendung des (vorrangigen) Art. 101 AEUV. Vor allem ging es darum, eine Anpassung an die am 01.05.2004 in Kraft getretene Verordnung Nr. 1/2003 vorzunehmen, die durch ein umfassendes „Modernisierungspaket“ in Form von Bekanntmachungen und Leitlinien der Kommission begleitet worden ist und die Ausgestaltung des europäischen Wettbewerbsrechts so grundlegend verändert hat, dass von einem regelrechten Systemwechsel gesprochen wird.[1317] Mit Einführung des Prinzips der Legalausnahme[1318] (Art. 101 Abs. 3 AEUV),

---

1314 Vgl. *Koch*, WuW 2006, S. 710 ff.

1315 Vgl. *Koch*, WuW 2006, S. 710 ff.

1316 Vgl. Wiedemann-*Lübbig*, Handbuch, § 7, Rn. 81.

1317 Vgl. *Fuchs*, WRP 2005, S. 1384, 1384.

1318 Das Prinzip der Legalausnahme besagt seinem Inhalt nach, dass wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen auf europäischer Ebene automatisch freigestellt sind, wenn sie die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen; vgl. *Hertog/Noack*, WRP 2005, S. 1369, 1369 und 1399 f.; *Lutz*, WuW 2005, S. 718, 722.

welche das bis dahin geltende Freistellungsmonopol der Kommission (Art. 9 VO 17/62) entfallen lassen und zur verstärkten Dezentralisierung des Vollzugs europäischer Wettbewerbsregeln geführt hat, soll insbesondere eine kohärentere und effizientere Rechtsanwendung sichergestellt werden.[1319]

Vor dargestelltem Hintergrund erscheint letztlich eine Differenzierung geboten, ob es sich bei der freiwilligen Ausrichtung des mitgliedstaatlichen Rechts am europäischen Regelungsmodell lediglich um eine formale Angleichung handelt oder ob die Ausrichtung dem gesetzgeberischen Willen folgt, das mitgliedstaatliche Recht materiell dem europäischen Recht anzupassen.[1320] So nimmt der EuGH seine Entscheidungszuständigkeit in einem gemeinschaftsrechtlich nicht geregelten Sachbereich an, wenn sich lediglich der Gesetzgebungsakt am europäischen Vorbild orientiert.[1321] Zu einem anderen Ergebnis muss man demgegenüber gelangen, wenn der mitgliedstaatliche Gesetzgeber die europäische Regelung lediglich als „Muster" genommen hat, ohne zugleich auch die materielle Rechtslage übernehmen zu wollen.[1322]

**ab) Die Position des EuGH**

**(1) Entscheidungsparameter**

Nach anfänglicher Zurückhaltung vertritt der EuGH entgegen der Position der Generalanwälte[1323] in mittlerweile gefestigter Rechtsprechung die Ansicht, dass nationale Gerichte auch außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts zur Vorlage nach Art. 267 AEUV berechtigt seien.[1324] Der EuGH stützt sich

---

1319 Vgl. *Fuchs,* WRP 2005, S. 1384, 1384.

1320 Vgl. *Koch,* WuW 2006, S. 710, 712.

1321 Vgl. *Koch,* WuW 2006, S. 710, 712.

1322 Vgl. *Koch,* WuW 2006, S. 710, 714.

1323 Vgl. Bereits GA *Mancini* in *EuGH,* Rs. 166/84 (*Thomasdünger*), Slg. 1985, S. 3001 Rn. 2; siehe ferner nur die umfassende Zusammenstellung der Argumente der Generalanwälte von GA *Jacobs* in Rs. 28/95 (*Leur-Bloem*), Slg. 1997, S. I-4161 Rn. 47 ff.; a.A. GA *Léger* in Rs. C-208/98 (*Berliner Kindl*), Slg. 2000, S. I-1743 Rn. 24 ff.

1324 Vgl. Grundlegend *EuGH,* verb. Rs. C-297/88 u. C-197/89 (*Dzodzi*), Slg. 1990, S. I-3763; *EuGH,* Rs. 231/89 (*Gmurzynska-Bscher*), Slg. 1990, S. I-4003; *EuGH,* Rs. 28/95 (*Leur-Bloem*), Slg.

dabei unter anderem auf den Wortlaut des Art. 267 AEUV. Danach muss die Gemeinschaftsrechtsnorm für den Ausgangsrechtsstreit lediglich „entscheidungserheblich“[1325] sein, um die Kompetenz des EuGH zu begründen. Der EuGH hat die Entscheidungserheblichkeit der aufgeworfenen Rechtsfrage dann angenommen, wenn der mitgliedstaatliche Gesetzgeber die innerstaatlichen Rechtsvorschriften gerade deshalb dem Gemeinschaftsrecht angepasst hat, um die materielle Rechtslage auf nationaler und europäischer Ebene in Übereinstimmung zu bringen.[1326] Das Erfordernis der Entscheidungserheblichkeit erscheint angesichts des Ausnahmecharakters der Überprüfung einer innerstaatlichen Maßnahme vor allem deshalb bedeutsam, damit das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nicht leerläuft. Mit anderen Worten gesprochen muss es auf die Klärung gerade der vorgelegten Rechtsfrage in der Sache tatsächlich ankommen. Gelangt das nationale Gericht demnach zum Ergebnis, für die Beurteilung des Rechtsstreits komme es in der Sache auf die Auslegung einer Richtlinie an, so sei der EuGH zur Entscheidung berufen.

Das gemeinschaftsrechtliche Angleichungskonzept der Mindestharmonisierung ist im Kern auf eine mitgliedstaatliche „Erstreckung“ des Gemeinschaftsrechts angelegt: Die Mitgliedstaaten sollen das Harmonisierungskonzept über die Grenzen des Umsetzungsbefehls hinaus annehmen.[1327] Die Ansicht des EuGH kann als Folge des Kooperationsverhältnisses mit den nationalen Gerichten gesehen werden: Der Gerichtshof

---

1997, I-4161; zuletzt etwa *EuGH*, Rs. C-300/01 (*Salzmann*), Slg. 2003, S. I-4899; vgl. die Darstellung und Analyse der grundlegenden Rechtsprechung bei *Habersack/Mayer*, JZ 1999, S. 913, 916 ff.

1325 Vgl. Göttinger Online-Beiträge zum Europarecht Nr. 1-*Fredriksen*, Zusammenarbeit, 2005, S. 1, 29.

1326 Vgl. *Koch*, WuW 2006, S. 710, 713.

1327 Vgl. Göttinger Online-Beiträge zum Europarecht Nr. 1-*Fredriksen*, Zusammenarbeit, 2005, S. 1, 30.

stellt seine Auslegungskompetenz den nationalen Gerichten (bewusst) zur Verfügung.[1328] Wie der EuGH[1329] des Weiteren hervorhebt, habe die Gemeinschaft ein klares Interesse daran, dass jede gemeinschaftsrechtliche Bestimmung unabhängig von ihren Anwendungsvoraussetzungen einheitlich ausgelegt werde.

**(2) Kritische Reflexion**

Der diesbezüglichen Rechtsprechung des EuGH wird insbesondere von den Generalanwälten entgegen gehalten, dass es außerhalb des Geltungsbereiches des Gemeinschaftsrechts kein Gemeinschaftsrecht geben könne.[1330] Wie es der Generalanwalt Tesauro[1331] in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache *Kleinwort Benson*[1332] betont, verbiete insbesondere das - oben bereits angesprochene - Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung dem EuGH, jenseits der ihm vom AEUV (ausdrücklich) zugewiesenen Kompetenzen Rechtsprechung auszuüben. Wie der Generalanwalt *Darmon*[1333] in der Rechtssache *Gmurzynska-Bscher*[1334] hervorhebt, können die Mitgliedstaaten den Anwendungsbereich des Vorabentscheidungsverfahrens nicht einseitig erweitern. Der AEUV als Rechtsquelle der Entscheidungskompetenzen des EuGH steht nicht zur Disposition der Mitgliedstaaten.

Den gegen eine erweiterte Vorabentscheidungskompetenz vorgebrachten Argumenten lässt sich indessen entgegenhalten, dass bei überschießender Richtlinienumsetzung gerade dem Gemeinschaftsrecht auch außerhalb seines Geltungsbereichs eine jedenfalls

---

1328 Vgl. *EuGH,* verb. Rs. C-297/88 u. C-197/89 (*Dzodzi*), Slg. 1990, S. I-3763 Rn. 41; *EuGH,* Rs. 231/89 (*Gmurzynska-Bscher*), Slg. 1990, S. I-4012 Rn. 22.

1329 Vgl. *EuGH,* verb. Rs. C-297/88 u. C-197/89 (*Dzodzi*), Slg. 1990, S. I-3763 Rn. 37; *EuGH,* Rs. 28/95 (*Leur-Bloem*), Slg. 1997, S. I-4161 Rn. 32.

1330 Vgl. die Formulierung von GA *Darmon* in EuGH, verb. Rs. C-297/88 u. C-197/89 (*Dzodzi*), Slg. 1990, S. I-3763 Rn. 11; Rs. 231/89 (*Gmurzynska-Bscher*), Slg. 1990, S. I-4003 Rn. 8.

1331 Vgl. GA *Tesauro* in EuGH, Rs. 346/93 (*Kleinwort Benson*), Slg. 1995, S. I-615 Rn. 25; *Habersack/Mayer,* JZ 1999, S. 913, 919.

1332 Vgl. *EuGH,* Urteil vom 28.03.1995, Rs. C-346/93 -, www.juris.de.

1333 Vgl. GA *Darmon* in EuGH, Rs. 231/89 (*Gmurzynska-Bscher*), Slg. 1990, S. I-4003 Rn. 6; *Habersack/Mayer,* JZ 1999, S. 913, 919.

1334 Vgl. *EuGH,* Rs. 231/89 (*Gmurzynska-Bscher*), Slg. 1990, S. I-4003 Rn. 18

mittelbare Bedeutung erwächst.[1335] Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, das die Kompetenzen der Mitgliedstaaten gegen den Zugriff der Gemeinschaft schützen soll, vermag letztlich kaum zu verhindern, dass ein Mitgliedstaat freiwillig die Auslegungskompetenz des EuGH erweitert.[1336] In seiner Entscheidung zur Rechtssache *Gmurzynska-Bscher*[1337] betont der erkennende Senat den Charakter des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV als Instrument der (justiziellen) Zusammenarbeit zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten.[1338] Die Hilfestellung, die der EuGH den Mitgliedstaaten im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens bietet, entspricht letztlich der gegenseitigen Loyalitätspflicht, die im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV besonders ausgeprägt ist.[1339] Aus Sicht der mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeit ist eine Vorlagemöglichkeit vor allem deshalb erwünscht, weil sich der mitgliedstaatliche Gesetzgeber bei der überschießenden Richtlinienumsetzung für eine Übernahme des Gemeinschaftsrechts nicht nur dem Wortlaut nach, sondern gerade in seiner jeweiligen Auslegung durch den EuGH entschieden hat.[1340]

Ohne Vorlagemöglichkeit wäre das mitgliedstaatliche Gericht, das die Rechtsprechung des EuGH befolgen muss, letztlich gezwungen zu spekulieren, wie der EuGH gegebenenfalls entschieden hätte.[1341] Die Rechtsprechung des EuGH zur eigenen Auslegungskompetenz bei überschießender Richtlinienumsetzung kann damit als Beispiel

---

1335 Vgl. Göttinger Online-Beiträge zum Europarecht Nr. 1-*Fredriksen,* Zusammenarbeit, 2005, S. 1, 30.

1336 Vgl. *Hess*, RabelsZ 66 (2002), S. 470, 485: Unter Hinweis auf GA *Léger* in Rs. C-208/98 (*Berliner Kindl*), Slg. 2000, S. I-1743 Rn. 24 ff.

1337 Vgl. *EuGH,* Rs. 231/89 (*Gmurzynska-Bscher*), Slg. 1990, S. I-4003 Rn. 18

1338 Vgl. *Hess*, RabelsZ 66 (2002), S. 470, 487.

1339 Vgl. Göttinger Online-Beiträge zum Europarecht Nr. 1-*Fredriksen,* Zusammenarbeit, 2005, S. 1, 30.

1340 Vgl. Göttinger Online-Beiträge zum Europarecht Nr. 1-*Fredriksen,* Zusammenarbeit, 2005, S. 1, 31.

1341 Vgl. Göttinger Online-Beiträge zum Europarecht Nr. 1-*Fredriksen,* Zusammenarbeit, 2005, S. 1, 31.

einer richterlichen Kompetenzausweiterung unter Hinweis0 auf das Kooperationsverhältnis zu nationalen Gerichten gesehen werden.[1342] *Rasmussen*[1343] meint in diesem Zusammenhang, die Rechtsprechungslinie des EuGH sei letztlich eine Anpassung an eine künftige „EU der verschiedenen Geschwindigkeiten", in der voraussehbar sei, dass auch diejenigen Mitgliedstaaten, die nicht an einer verstärkten Zusammenarbeit teilnehmen, bereits freiwillig zahlreiche Regelungen der EU übernehmen oder kopieren würden, um nicht völlig von der Entwicklung der „Kern-EU" entkoppelt zu werden.

### bb) Weitere Untersuchung

#### (1) Erfordernis eines materiellen Synchronisierungswillens

Erforderlich erscheint vor dargestelltem Hintergrund ein materieller Synchronisierungswille des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers. Erforderlich für die Annahme eines materiellen Synchronisierungswillens ist, dass aus Sicht des mitgliedstaatlichen Richters Anlass zur Vermutung besteht, dass der mitgliedstaatliche Gesetzgeber das materielle deutsche Recht dem europäischen Recht inhaltlich anpassen und das europäische Regelungsmodell nicht nur als bloßes Muster verwenden will.[1344] Zur Ermittlung, ob dieser im Einzelfall gegeben ist, können beispielsweise die Gesetzesmaterialien[1345] herangezogen werden. Für einen materiellen Synchronisierungswillen kann dabei bereits der bloße Umstand sprechen, dass sich der mitgliedstaatliche Gesetzgeber überhaupt für eine Angleichung der mitgliedstaatlichen an die europäische Regelungsebene entschieden hat.[1346] Vorrangiges Ziel der 7. und 8. GWB-Novelle war die bereits

---

[1342] Vgl. *Hess,* RabelsZ 66 (2002), S. 470, 486; differenzierend und einschränkend demgegenüber: *Habersack/Mayer,* JZ 1999, S. 913, 921; Vgl. *Hommelhoff* in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, 2000, S. 889, 923 f.

[1343] Vgl. *Rasmussen,* EU-ret i kontekst, 2003, S. 571 f.

[1344] Vgl. *Koch,* WuW 2006, S. 710, 714.

[1345] Hier bietet sich insbesondere die Bezugnahme auf die Regierungsbegründung zur 7. GWB-Novelle an, abgedruckt unter: *BTDrucks.* 5/3640, S. 44 = WuW-Sonderheft zur 7. GWB-Novelle, S. 111.

[1346] Vgl. *Koch,* WuW 2006, S. 710, 714.

in der 6. GWB-Novelle begonnene konsequente Angleichung des nationalen Kartellrechts an das europäische Kartellrecht.[1347] Dazu wurden insbesondere die beiden ersten Abschnitte des GWB mit der Unterscheidung und unterschiedlichen Behandlung von horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen gestrichen und durch drei neue Paragraphen ersetzt, die den Wettbewerbsbestimmungen des AEUV entsprechen.[1348] So wurde das Kartellverbot des § 1 GWB in Angleichung an Art. 101 AEUV auch auf vertikale Wettbewerbsbeschränkungen erstreckt und die speziellen Freistellungstatbestände bis auf eine Ausnahme zu Gunsten der Generalklausel des § 2 GWB abgeschafft.[1349] § 1 GWB ist mit Ausnahme des zusätzlichen Tatbestandsmerkmals in Art. 101 Abs. 1 AEUV *„Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels“* mit Art. 101 Abs. 1 AEUV identisch und hat nach dem Willen des Gesetzgebers den gleichen Regelungsinhalt wie Art. 101 Abs. 1 AEUV. Das Verhältnis zwischen europäischem und nationalem Wettbewerbsrecht betreffend gebietet Art. 3 Abs. 1 S. 1 KartellVerfO[1350] einen vollständigen Gleichklang der beiden Regelungsebenen bei der Unterbindung von bilateralen und multilateralen horizontalen oder vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen, die den zwischenstaatlichen Handel berühren.[1351]

Der Angleichung des deutschen an das europäische Wettbewerbsrecht lag dabei insbesondere das Anliegen zu Grunde, bis zum Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle vorhandene Rechtsunklarheiten und Rechtsunsicherheiten einzudämmen. Insbesondere die (vergleichsweise) konturlose Zwischenstaatlichkeitsklausel - der Begriff der Zwischenstaatlichkeit wird von den europäischen Gerichten und der Kommission mitunter extrem weit ausgelegt[1352] - und die begriffliche Unschärfe bei der Abgrenzung zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsverzerrungen hatten nicht selten zur

---

1347 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Säcker*, Wettbewerbsrecht II, Einleitung, Rn. 27.

1348 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Säcker*, Wettbewerbsrecht II, Einleitung, Rn. 27.

1349 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Säcker*, Wettbewerbsrecht II, Einleitung, Rn. 27.

1350 Die KartellVerfO wurde auf der Grundlage von Art. 103 AEUV zum 01.05.2004 erlassen und nimmt Konkretisierungen in einzelnen Teilbereichen vor.

1351 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Säcker*, Wettbewerbsrecht II, Einleitung, Rn. 32.

1352 Vgl. *Hertog/Noack*, WRP 2005, S. 1396, 1397.

Folge, dass sowohl die betroffenen Unternehmen als auch die Gerichte nicht zuverlässig feststellen konnten, welches Recht im konkreten Fall einschlägig war.[1353] Durch die Angleichung des GWB an das europäische Recht wird eine Zweiteilung des deutschen Kartellrechts in Sachverhalte mit und ohne zwischenstaatlichen Bezug vermieden, die wegen der Unschärfe des Begriffs der Zwischenstaatlichkeit kaum praktikabel wäre.[1354] Rechtssicherheit und Rechtsklarheit gebieten hier eine einheitliche Erfassung vertraglicher Wettbewerbsbeschränkungen und eine Dogmatik, welche die Einheitlichkeit gewährleistet.[1355]

Die bis zum Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle bestehende rechtliche Zweiteilung führte nicht nur zur Unübersichtlichkeit des Kartellrechts, sondern hatte zur Folge, dass vor allem die wachstumsgenerierenden kleinen und mittelständischen Unternehmen (KMU) gerade bei lokalen und regionalen Sachverhalten in kaum zu rechtfertigender Weise gegenüber Großunternehmen benachteiligt waren.[1356] Der deutsche Gesetzgeber hat die §§ 1, 2 GWB gerade auch deshalb vollständig an die Zwischenstaatlichkeitsklausel des Art. 101 AEUV angeglichen.[1357]

Die dargelegten Umstände lassen den Schluss darauf zu, dass es dem deutschen Gesetzgeber mit der 7. GWB-Novelle um eine materielle Angleichung an das europäische Wettbewerbsrecht ging. Der zur Annahme einer erweiterten Entscheidungskompetenz im Vorabentscheidungsverfahren vorausgesetzte materielle Synchronisierungswillens lässt sich insoweit auf die Gesetzesmaterialien zur 7. GWB-Novelle stützen.

---

1353 Vgl. *Koch*, WuW 2006, S. 710, 715

1354 Vgl. *Hertog/Noack*, WRP 2005, S. 1396, 1397.

1355 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Säcker*, Wettbewerbsrecht II, Einleitung, Rn. 32.

1356 Vgl. *Hertog/Noack*, WRP 2005, S. 1396, 1397; *Koch*, WuW 2006, S. 710, 715.

1357 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Säcker*, Wettbewerbsrecht II, Einleitung, Rn. 32.

**(2) Einheitliche Interpretation von Gemeinschaftsrecht**

Für eine Statthaftigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens und somit die erweiterte Entscheidungskompetenz des EuGH auch im Falle der „überschießenden Anwendung“ des Gemeinschaftsrechts spricht die regelmäßig vom Gesetzgeber intendierte Einheitlichkeit der Interpretation der betreffenden Normen.[1358] Soweit die entsprechenden nationalen Rechtsvorschriften oder Vereinbarungen im Gemeinschaftsrecht getroffene Regeln übernähmen, bestehe ein klares Interesse der Gemeinschaft daran, dass die aus dem Gemeinschaftsrecht übernommenen Bestimmungen und Begriffe unabhängig davon, unter welchen Voraussetzungen sie angewandt werden sollen, einheitlich ausgelegt werden.[1359] Die Übernahme des Gemeinschaftsrechts in die nationale Rechtsordnung solle verhindern, dass es zu Ungleichbehandlungen vergleichbarer Sachverhalte komme.[1360]

Die demgegenüber auch aus dem Kreis der Generalanwälte geäußerte Kritik, die diesbezügliche extensive Anwendung des Vorabentscheidungsverfahrens laufe auf eine Anwendung des Gemeinschaftsrechts außerhalb seines Geltungsbereichs hinaus, vernachlässigt den insoweit offenen Wortlaut des Art. 267 AEUV.[1361] Auch aus dem für die Kompetenzausübung des Gerichtshofs geltenden - oben bereits angesprochenen - Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung rechtfertigt sich diese Kritik nicht, wenn sich der nationale Gesetzgeber selbst für eine überschießende Übernahme gemeinschaftsrechtlicher Normen und für deren einheitliche letztinstanzliche Interpretation durch die Gemeinschaftsgerichtsbarkeit entschieden hat.[1362] Aus dieser nationalen Entscheidung folgt schließlich auch die Pflicht der obersten mitgliedstaatlichen Gerichte zur Vorlage entsprechender Auslegungsfragen an den EuGH.[1363]

---

1358 Vgl. Callies/Ruffert-*Bernhard Wegener,* AEUV, Art. 267, Rn. 1.

1359 Vgl. Callies/Ruffert-*Bernhard Wegener,* AEUV, Art. 267, Rn. 4.

1360 Vgl. Callies/Ruffert-*Bernhard Wegener,* AEUV, Art. 267, Rn. 4.

1361 Vgl. Callies/Ruffert-*Bernhard Wegener,* AEUV, Art. 267, Rn. 4.

1362 Vgl. Callies/Ruffert-*Bernhard Wegener,* AEUV, Art. 267, Rn. 4.

1363 Vgl. Callies/Ruffert-*Bernhard Wegener,* AEUV, Art. 267, Rn. 4.

Fraglich erscheint, ob das Vorliegen einer überschießenden Umsetzung des Gemeinschaftsrechts auch eine Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV auslöst. Dafür scheint zunächst der Wortlaut des Art. 267 Abs. 3 AEUV zu sprechen: Auch hier geht es um die Auslegung von Gemeinschaftsrecht.[1364] Aus Sicht des Gemeinschaftsrechts indessen sind mitgliedstaatliche Gerichte außerhalb des Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts weder verpflichtet, nationale Rechtsvorschriften gemeinschaftsrechtskonform auszulegen, noch sind sie verpflichtet, sie unangewendet zu lassen.[1365] Art. 267 Abs. 3 AEUV kann die Vorlage an den EuGH nur dort erzwingen, wo das Gemeinschaftsrecht selbst eine einheitliche Anwendung einfordert.[1366] Ob *nach nationalem Recht* eine Vorlagepflicht der letztinstanzlichen Gerichte an den EuGH besteht, ist damit indessen noch nicht entschieden. Auf das Bestehen einer diesbezüglichen Vorlagepflicht scheint aber jedenfalls hinzudeuten, dass sich der nationale Gesetzgeber bei der überschießenden Richtlinienumsetzung für eine Übernahme des Gemeinschaftsrechts nicht nur dem Wortlaut nach, sondern gerade in seiner jeweiligen Auslegung durch den EuGH entschieden hat.[1367]

Der EuGH ist somit auch dann für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts zuständig, wenn dieses zwar den fraglichen Sachverhalt nicht unmittelbar regelt, der nationale Gesetzgeber indessen beschlossen hat, rein innerstaatliche Sachverhalte und Sachverhalte, die unter das Gemeinschaftsrecht fallen, gleich zu behandeln, und seine innerstaatlichen Rechtsvorschriften deshalb an das Gemeinschaftsrecht angepasst hat.[1368]

---

1364 Vgl. *Wassermeyer,* FS Lutter, 2000, S. 1633, 1639 f.

1365 Vgl. *EuGH,* Rs. 264/96 (*ICI*), Slg. 1998, I-4711 Rn. 34.

1366 Vgl. *Hess,* RabelsZ 66 (2002), S. 470, 487; *Hommelhoff* in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, 2000, S. 889, 918; a.A. *Wassermeyer,* FS Lutter, 2000, S. 1633, 1639 f. und anscheinend auch *Middeke* in: Rengeling/Middeke, Handbuch, 2003, S. 243.

1367 Vgl. *Hess,* RabelsZ 66 (2002), S. 470, 487 f., der für eine Vorlagepflicht kraft nationalen Rechts argumentiert.

1368 Vgl. Schwarze-*Schwarze,* AEUV, Art. 267, Rn. 9.

**(3) Verzicht auf das Gebot der europafreundlichen Auslegung**

Gegen die Annahme eines materiellen Synchronisierungswillens könnte zunächst der Verzicht auf das in § 23 GWB des Regierungsentwurfes (GWB-RegE)[1369] angeregte Gebot zur europafreundlichen Auslegung sprechen, der auf die Intervention des Vermittlungsausschusses zurückgeht und auf den ersten Blick für einen größeren nationalen Gestaltungsspielraum zu sprechen scheint. Der im dritten Abschnitt des Gesetzes („Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts“) enthaltene § 23 GWB-RegE sah unter der Überschrift „europafreundliche Auslegung“ vor, dass *„die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts bei der Anwendung der §§ 1 bis 4 und 19 maßgeblich zu Grunde zu legen sind, soweit hierzu nicht in diesem Gesetz besondere Regelungen enthalten sind“*. Auf diese Weise sollte der Gleichlauf zwischen dem deutschen und dem europäischen Wettbewerbsrecht nach Vorbild des britischen Kartellrechts, das durch Section 60 des Competition Act ausdrücklich an das europäische Kartellrecht gebunden wird, gesetzlich festgeschrieben werden.[1370] § 23 GWB-RegE stieß indessen auf erhebliche Kritik, weil Reichweite und Rechtsfolgen dieser Vorschrift unklar waren bzw. weil sie bei einer gebotenen engen Auslegung ihrer Reichweite nahezu überflüssig gewesen wäre.[1371] Auf die Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses wurde § 23 GWB Reg-E aus den Gesetzesänderungen gestrichen.

Nach der von *Lutz*[1372] vertretenen Ansicht erscheine auch ohne eine ausdrückliche Verpflichtung von Kartellbehörden und Gerichten eine weitgehende Berücksichtigung der Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts sachgerecht. Sie entspreche dem Grundanliegen der GWB-Novellen, eine „Synchronisierung“ des deutschen mit dem europäischen Wettbewerbsrecht zu gewährleisten.[1373] *Koch*[1374] folgt dieser von *Lutz*

---

1369 Regierungsentwurf, *BTDrucks.* 15/3640, S. 9 (=WuW-Sonderheft 7. GWB-Novelle, 2005, S. 79).

1370 Vgl. *Koch*, WuW 2006, S. 710, 716.

1371 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Böge/Bardong*, Wettbewerbsrecht II, GWB § 22, Rn. 4.

1372 Vgl. *Lutz*, WuW 2005, S. 718, 724.

1373 Vgl. *Lutz*, WuW 2005, S. 718, 724.

1374 Vgl. *Koch*, WuW 2006, S. 710, 716.

vertretenen Ansicht und bezieht sich dabei vor allem auf die Gesetzesmaterialien, denen zufolge die Auslegung des deutschen Kartellrechts im Lichte des europäischen Kartellrechts als „methodische Selbstverständlichkeit“ betrachtet wird und lediglich deshalb auf eine gesetzliche Festschreibung der Gemeinschaftstreue verzichtet wurde, um eine unverhältnismäßige Inanspruchnahme durch Anfechtungsklagen auszuschließen: Es sollte nicht jede der zahlreichen Bekanntmachungen und Leitlinien der Europäischen Kommission eine verbindliche Wirkung für die nationalen Gerichte auslösen.[1375] Der Wille des deutschen Gesetzgebers, einen Gleichlauf zwischen nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht herzustellen, werde dadurch letztlich nicht in Frage gestellt.[1376]

**c) Stellungnahme**

Die aufgezeigten Umstände und insbesondere die Gesetzesmaterialien zur 7. GWB-Novelle sprechen dafür, dass die zur Angleichung nicht verpflichtete Bundesrepublik Deutschland das europäische Wettbewerbsrecht nicht nur als Muster genommen hat und eine bloß formale Angleichung vornehmen wollte, sondern einen materiellen Gleichlauf mit dem europäischen Wettbewerbsrecht bezweckt hat. Die Gemeinschaft trifft die erforderlichen Maßnahmen zur Verwirklichung des Binnenmarktes. Diese Zielvorgabe bindet alle Organe der Gemeinschaft im Bereich ihrer Zuständigkeit, die nötigen Maßnahmen zu ergreifen, die für die Errichtung des Binnenmarktes erforderlich sind und solche Maßnahmen zu unterlassen, die seiner Verwirklichung abträglich sind.[1377] Sie bindet mithin auch den EuGH. Ergeben sich bei seiner im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens zu treffenden Entscheidung Zweifel, ob er sich für zuständig erklären und somit in der Sache entscheiden darf, so muss der EuGH auch dabei auf eine praktische Konkordanz zwischen dem die Souveränität der Mitgliedstaaten schützenden Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 Abs. 2 EU) und dem auf weitere Vertiefung der europäischen Integration zielenden Gebot der größtmöglichen praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts hinzuwirken. Damit die entgegen gesetzten

---

1375 Vgl. *Koch*, WuW 2006, S. 710, 716.

1376 Vgl. *Koch*, WuW 2006, S. 710, 716.

1377 Vgl. *Schwarze-Hatje*, EU-Kommentar, Art. 14, Rn. 12.

Prinzipien im Einzelfall richtig austariert werden, muss der Gerichtshof den insbesondere in den Gesetzesmaterialien manifestierten Willen des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers sorgfältig berücksichtigen. Vorlageberechtigt sind nach Art. 267 Abs. 2 AEUV nur die mitgliedstaatlichen Gerichte.[1378] Um die Gewaltenteilung in den Mitgliedstaaten nicht zu stören, die Geltung des nach der Regelungssystematik des AEUV gegenüber dem Grundsatz der größtmöglichen praktischen Wirksamkeit vorrangige Subsidiaritätsprinzip zu gewährleisten und überdies dem Ausnahmecharakter einer Auslegungskompetenz des EuGH auch in mitgliedstaatlichen Angelegenheiten Rechnung zu tragen, wird hier ein eindeutig zu erkennender und aus den Gesetzesmaterialien zu schließender Wille des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers zu fordern sein. Ist demnach auf einen eindeutiger Wille des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers zu schließen, sollte im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV eine Auslegungskompetenz des EuGH auch in innerstaatlichen Angelegenheiten anerkannt werden. Dafür spricht zunächst das Ziel des Art. 267 AEUV, eine einheitliche Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts in sämtlichen Mitgliedstaaten zu gewährleisten. Zum Gemeinschaftsrecht i. S. des Art. 267 AEUV zählen gerade auch die (ungeschriebenen) allgemeinen Rechtsgrundsätze,[1379] die bei der Auslegung und Anwendung nationalen Rechts relevant werden können. Eine nicht einheitliche Anwendung und Auslegung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten kann zu Rechtsunklarheiten und Rechtsunsicherheiten führen, die nicht nur dem europäischen Integrationsprozess in der alltäglichen wirtschaftlichen Praxis abträglich sein können, sondern die überdies die optimale Allokation betrieblicher Ressourcen und Produktionsfaktoren stören können, die unter der Geltung des „More economic approach“ übergelagerte Zielsetzung der Ordnung des Wettbewerbs ist.

---

1378 Vgl. Schwarze-*Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 267, Rn. 26.

1379 Vgl. Schwarze-*Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 267, Rn. 14.

## C) Tatbestandsvoraussetzungen von § 1 GWB n.F.

### I) Erfasste Wirtschaftssubjekte

#### 1) Allgemeine Eingrenzung

##### a) Unternehmen

§ 1 GWB n. F. setzt tatbestandlich zunächst das Vorliegen einer marktlichen Transaktion (Vereinbarung, Beschluss oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweise) voraus, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt und an der Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen beteiligt sind. Der Begriff des Unternehmens ist unabhängig vom dem anderer Gesetze zu definieren, kann nicht in Anknüpfung an § 14 BGB gefunden werden und ist vielmehr funktional aus dem Gesetzeszusammenhang sowie dem Sinn und Zweck des GWB zu bestimmen.[1380]

##### aa) Negativmerkmale

Dabei bietet sich zunächst ein Rekurs auf bestimmte Negativmerkmale an, deren Vorliegen die Unternehmenseigenschaft i. S. des § 1 GWB ausschließt. Vom Anwendungsbereich des GWB ausgeklammert ist dabei zunächst der private Verbrauch und - soweit sie nicht mittels gewerblicher Unternehmen erfolgt - die private Vermögensanlage.[1381] Eine Einbeziehung von privatem Verbrauch und Vermögensanlage in den Anwendungsbereich des GWB würde dem Sinn und Zweck des Gesetzes widersprechen, der ja gerade darin besteht, die bestmögliche Versorgung des Verbrauchers sicherzustellen.[1382] Versucht dieser, das mit dem GWB verfolgte Ziel durch eigene Aktionen zu erreichen, so kann es nicht Sinn des GWB sein, ihre Handlungsfreiheit - diese soll ja gerade durch das GWB geschützt werden - ihre Handlungsfreiheit einzuschränken.[1383]

---

1380 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer,* GWB, 2001, § 1, Rn. 32.

1381 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer,* GWB, 2001, § 1, Rn. 28.

1382 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer,* GWB, 2001, § 1, Rn. 28.

1383 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer,* GWB, 2001, § 1, Rn. 28.

Durch die Verwendung des Unternehmensbegriffs werden des Weiteren Arbeitnehmer aus dem Anwendungsbereich des GWB ausgeschlossen, da sie abhängige und weisungsgebundene Arbeit leisten und deshalb nicht als autonome Marktteilnehmer angesehen werden können.[1384]

Eine weitere Funktion des Unternehmensbegriffs i. S. des § 1 GWB besteht darin, hoheitliches Handeln von der Anwendung des GWB freizustellen. Völlig zutreffend weist *Zimmer*[1385] darauf hin, dass die Verfolgung eines öffentlichen Zwecks für sich genommen nicht die Qualifikation als hoheitliches Handeln begründet. Zur diesbezüglichen Abgrenzung kann nach diesseitiger Ansicht das Kriterium herangezogen werden, ob die Nachfrageseite bzw. der Verbraucher zur Verwirklichung eines bestimmten rechtsgeschäftlichen Erfolges zwingend auf die Mitwirkung der in Rede stehenden Stelle angewiesen ist. So ist beispielsweise die Unternehmenseigenschaft eines Notars jedenfalls bei der Beurkundung von Grundstückskaufverträgen oder Gesellschaftsverträgen zu verneinen, weil das Gesetz dessen Mitwirkung zwingend vorschreibt. Wollen die Beteiligten den angestrebten rechtsgeschäftlichen Erfolg erreichen, müssen sie die nach dem Gesetz vorgeschriebenen Stellen in Anspruch nehmen und können sich ihrer Mitwirkung nicht entziehen. Völlig zutreffend hat deshalb beispielsweise auch der *EuGH*[1386] die Europäische Organisation für Flugsicherung *Eurocontrol* wegen des hoheitlichen Charakters der operativen Tätigkeit der Flugverkehrskontrolle unter Hinweis auf die bestehenden Zwangsbefugnisse nicht als Unternehmen i. S. der Wettbewerbsregeln eingestuft. Auch hier besteht die Pflicht zur Inanspruchnahme. Als weiteres Beispiel, bei dessen Vorliegen die Unternehmenseigenschaft i. S. des § 1 GWB zu verneinen ist, lässt sich die Abwasserentsorgung anführen, für die wegen der im öffentlichen Interesse liegenden geordneten Entsorgung in aller Regel ein Anschluss- und Benutzungszwang angeordnet ist.

---

1384 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer*, GWB, 2001, § 1, Rn. 29.

1385 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer*, GWB, 2001, § 1, Rn. 30.

1386 *EuGH*, Urteil v. 19.01.1994 (*SAT Fluggesellschaft mbH/Eurocontrol*), WuW/E EWG/MUV 993, Slg. 1994-I, S. 43 ff. = NJW 1994, S. 2344 f.

Eine weitere Abgrenzung lässt sich hier nach dem Vorliegen öffentlicher Güter vornehmen: Öffentliche Güter werden in der Finanztheorie als diejenigen Güter definiert, die - *erstens* - durch die Nichtrivalität im Konsum charakterisiert sind und - *zweitens* - auf die das Ausschlussprinzip nicht anwendbar ist. Sie sind nicht von einer direkten Gegenleistung abhängig oder mit dem Bezahlen eines Preises verbunden und kommen insoweit allen zugute, die es beanspruchen (wollen).[1387] Das Vorliegen öffentlicher Güter wird nach diesseitiger Ansicht regelmäßig dazu führen, dass die Unternehmenseigenschaft i. S. des § 1 GWB zu verneinen ist. So gelang der *EuGH*[1388] in Übereinstimmung mit dem *EuG*[1389] zum Ergebnis, dass solche Stellen, die Waren oder Dienstleistungen (überwiegend) zu sozialen Zwecken erwerben und denen insoweit keine anbietende Beschaffungstätigkeit gegenübersteht, als nicht wirtschaftlich zu qualifizieren sind und den Unternehmensbegriff i. S. des § 1 GWB nicht erfüllen. Zuvor genannte Rechtsprechung des EuGH könnte indessen dazu führen, dass der Nachfragewettbewerb in einem Bereich, in dem er infolge einer starken Konzentration auf der Abnehmerseite besonders gefährdet erscheint, nicht mehr mit den Mitteln des Kartellrechts kontrolliert werden.[1390] Vor diesem Hintergrund spricht sich *Zimmer*[1391] dafür aus, die Beschaffungstätigkeit als unternehmerisches Handeln zu qualifizieren und dem Anwendungsbereich des § 1 GWB zu unterstellen.

**ba) Positivmerkmale**

Liegt keines der zuvor genannten Negativmerkmale vor, nimmt der *BGH*[1392] unter Bezugnahme auf den funktionalen Unternehmensbegriff die Unternehmenseigenschaft

---

1387 Vgl. *Graf*, Finanzwissenschaft, 2005, S. 34 ff.; *Zimmermann*, Kommunalfinanzen, 1999, S. 28 f.

1388 Vgl. *EuGH*, Urteil v. 11.07.2006, Rs. C-205/03 P, Slg. 2006, S. I-6295 ff. = WuW/ E EU-R 1213 f.

1389 *EuG*, Urteil v. 04.03.2003, Rs. T-319/99 *(Fenin)*, Slg. 2003, S. II-357 ff. = WuW/ E EU-R 688.

1390 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer*, GWB, 2001, § 1, Rn. 31.

1391 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer*, GWB, 2001, § 1, Rn. 31.

1392 Vgl. *BGH*, Urteil v. 06.11.2013, KZR 58/11; *BGH*, Beschluss v. 16.01.2008, KVR 26/07; *BGH*, Beschluss v. 09.03.1999, KVR 20/97, WRP 1999, S. 665 ff.; *BGH*, Beschluss v. 14.03.1990 - KVR 4/88 -, www.juris.de = BGHZ 110, S. 371 ff.; *BGH*, Beschluss v. 19.09.1974, - KRB 2/74 -, www.juris.de

bei jedweder selbstständigen Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr an. Ähnlich hat der *EuGH*[1393] in einer Vielzahl von Entscheidungen jede „eine wirtschaftliche Tätigkeit" ausübende Einheit als Unternehmen eingeordnet, wobei er wirtschaftliche Tätigkeit wiederholt mit der Erzeugung oder Verteilung wirtschaftlicher Güter oder gewerblicher Leistungen gleichgesetzt hat. Charakteristisch für den funktionalen Unternehmensbegriff ist insoweit, dass die Definition nicht auf das Unternehmen als solches, sondern auf die Teilnahme im geschäftlichen Verkehr abstellt.[1394]

Um den Schutzzweck des GWB möglichst umfassend zu verwirklichen, ist der Unternehmensbegriff prinzipiell weit auszulegen, wobei es bereits aus Gründen der Rechtssicherheit geboten erscheint, präzise Abgrenzungskriterien herauszuarbeiten.[1395] In Konkretisierung der dargestellten Rechtsprechung ist zunächst jede nicht lediglich dem privaten Verbrauch dienende Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr erfasst, so dass auch Privatpersonen durchaus als Unternehmen anzusehen sind, wenn sie Waren oder (Dienst-) Leistungen anbieten, weil in dieser Funktion der Schutz ihrer Handlungsfreiheit nicht weitergehen kann als jener der Wettbewerbsfreiheit.[1396]

Vor dem Hintergrund, dass der Wettbewerb von autonomen Marktteilnehmern getragen wird und folglich nur diese verpflichtet werden können, den Wettbewerb nicht zu beschränken, ist des Weiteren das Kriterium der Selbständigkeit in die Definition des Unternehmensbegriffs aufzunehmen: Der Unternehmensbegriff i. S. des § 1 GWB erfasst folglich jede selbständige und nicht lediglich dem privaten Verbrauch dienende Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr.[1397]

---

1393 Vgl. *EuGH*, Entscheidung v. 19.02.2002 (*Wouters*), Slg. 2002, S. I-1653, 1676 f. (Rn. 47); *EuGH*, Urteil v. 18.06.1998, Rs. C-35/96 *(CNSD*), Slg. 1998, S. I-3886, 3895 (Rn. 36); *EuGH*, Entscheidung v. 17.12.1993, Slg. 1993, S. I-664, 669 (Rn. 17).

1394 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer*, GWB, 2001, § 1, Rn. 32.

1395 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer*, GWB, 2001, § 1, Rn. 32.

1396 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer*, GWB, 2001, § 1, Rn. 34.

1397 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer*, GWB, 2001, § 1, Rn. 38.

Da der Begriff des Unternehmens i. S. des § 1 GWB funktional zu verstehen und insoweit weniger das Vorliegen institutioneller Merkmale entscheidend ist, damit der Anwendungsbereich des GWB eröffnet ist, genügt des Weiteren die Möglichkeit der künftigen Markteilnahme, damit die Unternehmenseigenschaft erfüllt ist.[1398] Im Übrigen bestände die Gefahr einer „offenen Flanke" des GWB, wenn die Wettbewerbsbeschränkung gerade für einen Zeitraum vereinbart ist, in dem die betreffende Organisation gerade ihre Marktteilnahme eingestellt hat.[1399]

### b) Unternehmensvereinigung

Neben Unternehmen werden auch Unternehmensvereinigungen von § 1 GWB erfasst. Als Mindestvoraussetzung für das Vorliegen einer Unternehmensvereinigung sind zwei oder mehr Unternehmen zu fordern.[1400] In diesem Falle ist es ebenso unerheblich wie unschädlich, wenn an dem Zusammenschluss außerdem noch Nichtunternehmen beteiligt sind.[1401] Während die Rechts- und Organisationsform der Vereinigung grundsätzlich unerheblich ist, wird zumindest ein gewisses Maß an gemeinschaftlicher Organisation zu fordern sein.[1402] Bei Nichtvorliegen des vorausgesetzten gemeinschaftlichen Organisationsgrades wird die in Rede stehende Transaktion dem beteiligten Einzelunternehmen zugerechnet.[1403]

## 2) Gesetzliche Krankenkassen als Unternehmen i.S. des § 1 GWB

### a) Praktische Relevanz der Fragstellung

Vor dem Hintergrund, dass die gesetzlichen Krankenkassen zwar in ihrer (operativen) Aufgabenerfüllung zumeist den privatwirtschaftlichen Unternehmen angeglichen

---

1398 Zuletzt BGH,Urteil vom 06.11.2013 - KZR 58/11; vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer,* GWB, 2001, § 1, Rn. 43.

1399 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer,* GWB, 2001, § 1, Rn. 43.

1400 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer,* GWB, 2001, § 1, Rn. 75.

1401 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer,* GWB, 2001, § 1, Rn. 75.

1402 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer,* GWB, 2001, § 1, Rn. 75.

1403 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer,* GWB, 2001, § 1, Rn. 75.

sind, letztlich aber eine gesetzlich definierte Aufgabe wahrnehmen und insoweit in die staatliche Organisation eingebettet sind, stellt sich die Frage, ob diese den Unternehmensbegriff i.S. des § 1 GWB n.F. erfüllen oder jedenfalls ansonsten den Vorgaben des Wettbewerbsrechts unterliegen.[1404] Diese Fragestellung ist deshalb von hoher praktischer Relevanz, weil die Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung ein wesentliches Ziel der jüngsten Gesundheitsreform darstellt.[1405] Anhaltspunkte für eine Beantwortung dieser Frage ergeben sich dabei aus § 69 des Fünften Sozialgesetzbuches (SGB V), wonach die §§ 18 - 21 GWB auf die freiwilligen Verträge mit Leistungsträgern entsprechend heranzuziehen sind. § 69 SGB V bestätigt die Geltung der §§ 18 - 21 GWB jedenfalls für den Fall, dass die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) zum Abschluss diesbezüglicher Verträge nicht verpflichtet sind und bei deren Nichtzustandekommen keine Schiedsamtsregelung greift.[1406] Nach derzeitigem Stand der Dinge bleiben die übrigen Bestimmungen wie die Zentralnorm des § 1 GWB *prima facie* auf Vertragsverhältnisse zwischen GKV und den Leistungserbringern unanwendbar.[1407] Die Neuregelung des § 69 SGB V und die Vertragsverhältnisse zwischen GKV und Leistungserbringern sind vor allem deshalb von Interesse, weil diesbezügliche Problematik paradigmatisch für das wirtschaftliche Handeln öffentlich-rechtlicher Körperschaften im Wettbewerbsverhältnis zu privaten Wettbewerbern ist.[1408] Die Anwendung unterschiedlicher Wettbewerbsordnungen auf die private Krankenversicherung (PKV) - hier gilt das Wettbewerbs- und Kartellrecht - und GKV - hier sind die Krankenkassen nach Art. 1 Abs. 3 GG grundrechtsgebunden[1409] - erscheint jedenfalls deshalb rechtfertigungsbedürftig, wenn ein wirklicher Wettbewerb zwischen PKV und GKV politisch gewollt ist.[1410]

---

1404 Vgl. vertiefend zu diesem Problemkomplex: Vgl. Becker/Kingreen-*Becker/Kingreen*, Krankenversicherung, 2008, § 69, Rn. 40 ff.; *Haverkate*/*Schwab*, Wettbewerbsrelevant 2004, S. 1 ff.; *Kluckert*, Wettbewerbsrechts 2009, S. 1 ff., *Stumpf*, WRP 2008, S. 286 ff.;

1405 Vgl. *Stumpf*, WRP 2008, S. 286, 286.

1406 Vgl. *Stumpf*, WRP 2008, S. 286, 288.

1407 Vgl. *Stumpf*, WRP 2008, S. 286, 288.

1408 Vgl. *Stumpf*, WRP 2008, S. 286, 286.

1409 Zu diesem Ergebnis muss man jedenfalls dann gelangen, wenn man Art. 1 Abs. 3 GG im Einklang mit der wohl überwiegenden Ansicht materiell-funktional auslegt

1410 Vgl. *Stumpf*, WRP 2008, S. 286, 286.

**b) Konstruktiver Unterschied zwischen GKV und PKV**

Das Verhältnis zwischen GKV und PKV beruht auf dem Sachleistungsprinzip: Die GKV erbringt durch Einschaltung von Leistungserbringern gegenüber den Versicherten bestimmte Sachleistungen wie medizinische Behandlung oder Arzneimittel.[1411] Auch das Anbieten von Gesundheitsleistungen im Rahmen des Sachleistungsprinzips gegenüber den Versicherten, d. h. die Weiterverteilung der beschafften Gesundheitsleistungen, stellt indessen eine wirtschaftliche Tätigkeit dar.[1412] Auf der Grundlage des Sachleistungsprinzips werden die Gesundheitsleistungen der gesetzlichen Krankenversicherung den Versicherten als Sach- und Dienstleistungen zur Verfügung gestellt (§§ 2 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 SGB V): Die als Leistungen zugesicherten sächlichen Mittel und persönlichen Dienstleistungen müssen von den Krankenkassen organisiert und den Versicherten gegenüber in Natur zur Verfügung gestellt werden.[1413] Die Versicherten, deren finanzielle Leistungsfähigkeit für den einzelnen Leistungserbringer keine Rolle spielt, haben Anspruch auf die Deckung des krankheitsbedingten Bedarfs als solchen und müssen die Gesundheitsleistungen weder auf eigene Kosten beschaffen noch finanziell in Vorleistung treten.[1414] Der Leistungserbringer wird letztlich im Auftrag der Krankenkasse tätig und rechnet die erbrachten Leistungen unmittelbar oder mittelbar mit dieser ab.[1415] Die Verhältnisse im Bereich der GKV sind deshalb komplizierter, weil das Verhältnis zwischen den Versicherungsnehmern und der GKV als ausschließlich sozialrechtlich bzw. öffentlich-rechtlich qualifiziert wird.[1416]

Demgegenüber beruht das Verhältnis zwischen der PKV und den privat Krankenversicherten auf dem Erstattungsprinzip.[1417] Nach dem Erstattungsprinzip bezahlen die

---

1411 Vgl. *Stumpf*, WRP 2008, S. 286, 286.

1412 Vgl. *Kluckert*, Wettbewerbsrechts 2009, S. 353.

1413 Vgl. *Kluckert*, Wettbewerbsrechts 2009, S. 235.

1414 Vgl. *Kluckert*, Wettbewerbsrechts 2009, S. 235.

1415 Vgl. *Kluckert*, Wettbewerbsrechts 2009, S. 236.

1416 Vgl. *Stumpf*, WRP 2008, S. 286, 286.

1417 Vgl. *Kluckert*, Wettbewerbsrechts 2009, S. 238; *Stumpf*, WRP 2008, S. 286, 286.

privat Versicherten die ärztlichen Leistungen selbst und erhalten daraufhin eine Erstattung von der PKV.[1418] Im Bereich der PKV bestehen insoweit ausschließlich privatrechtliche Verhältnisse zwischen Versicherungsnehmer und PKV einerseits und zwischen Versicherungsnehmer und Leistungserbringer andererseits.[1419] Dementsprechend sind auch die wettbewerblichen Verhältnisse von Leistungserbringern bzw. PKV untereinander nach dem herkömmlichen Kartell- und Wettbewerbsrecht zu beurteilen.[1420]

**c) Auflösung des Problems**

Wie bereits ausgeführt, bestimmt sich der Unternehmensbegriff i.S. des § 1 GWB n.F. funktional: Maßgeblich ist die im Einzelfall konkret ausgeübte, relevante Tätigkeit.[1421] Bei funktionaler Auslegung umfasst der Unternehmensbegriff jede natürliche und juristische Person in ihrer selbständigen, auf den Austausch von Waren und Dienstleistungen bezogenen erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit.[1422] Der funktionale Unternehmensbegriff gilt auch im Bereich der sozialen Sicherheit: Die Unternehmenseigenschaft ist im konkreten Fall zu bejahen, wenn die mutmaßliche wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise dem Bereich wirtschaftlicher Tätigkeit der Einheit, d. h. einem bestimmten Marktverhalten (Anbieten und Nachfragen von Gütern und Dienstleistungen zuzurechnen ist.[1423] Auch öffentliche[1424] und gemeinnützige[1425] Unternehmen können dabei den Unternehmensbegriff i.S. des § 1 GWB n.F. erfüllen. Im Rahmen der Abgrenzung, ob eine Handlung staatlich veranlasst ist und deshalb aus dem Anwendungsbereich des EG-Kartellrechts herausfällt, ist der staatliche Einfluss auf die

---

1418 Vgl. *Kluckert*, Wettbewerbsrechts 2009, S. 238; *Stumpf*, WRP 2008, S. 286, 286.

1419 Vgl. *Stumpf*, WRP 2008, S. 286, 286.

1420 Vgl. *Stumpf*, WRP 2008, S. 286, 286.

1421 Vgl. *Schwarze-Brinker*, EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 26.

1422 Vgl. *Schwarze-Brinker*, EU-Kommentar, 2009, Art. 81, Rn. 26.

1423 Vgl. *Kluckert*, Wettbewerbsrechts 2009, S. 365.

1424 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 25; *Schwarze-Brinker*, EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 26.

1425 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 25.

jeweilige Handlung maßgeblich.[1426] Wird dem Unternehmen ein wettbewerbswidriges Verhalten durch nationale Rechtsvorschriften vorgeschrieben oder bilden diese selbst einen rechtlichen Rahmen, der jegliche Möglichkeit für ein Wettbewerbsverhalten ausschließt, sind die Art. 101, 102 AEUV nach Ansicht des EuGH[1427] nicht anwendbar.

Die Einordnung von Systemen der sozialen Sicherung, zu denen auch die gesetzliche Krankenversicherung (GKV) zählt, erweist sich deshalb als anspruchsvoll, weil diesbezügliche Leistungen durchaus auch wirtschaftlich als Versicherung erbracht werden können.[1428] Ebenso wie andere Einrichtungen, die auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit tätig sind, erfüllen die gesetzlichen Krankenkassen eine Aufgabe mit ausschließlichem sozialen Charakter.[1429] Ihre Tätigkeit wird (prinzipiell) ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt.[1430] Leistungen der gesetzlichen Krankenkassen werden von Gesetz wegen und unabhängig von der Höhe der Beiträge erbracht, was für eine nicht wirtschaftliche Einordnung der Tätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen spricht.[1431] Die mit ihr betrauten Einrichtungen sind daher jedenfalls keine Unternehmen i.S. des Art. 101 AEUV.[1432]

Durch die 8. GWB-Novelle hat die Problematik jedoch eine Regelung erfahren. Dem § 4 Absatz 3 SGB V wurden die folgenden Sätze angefügt:

> *„Für das Verhältnis der Krankenkassen und ihrer Verbände untereinander und zu den Versicherten gelten die §§ 1 bis 3, 19 bis 21, 32 bis 34a, 48 bis 80 und 81 Absatz 2 Nummer 1, 2a und 6, Absatz 3 Nummer 1 und 2 [Nr. 1, 2 Buchstabe a*

---

1426 Vgl. *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 29.

1427 *EuGH*, Rs. C-395/95; *EuGH,* Rs. C-379/95; *EuGH*, Urteil v. 11.11.1997, Rs. C-359/95 P u. C-379/95 P (*Ladbroke Racing*), Slg. 1997, S. I-6265, Rn. 33.

1428 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 30.

1429 Vgl. *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 28.

1430 Vgl. *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 28.

1431 Vgl. *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 28.

1432 Vgl. *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 28.

*und Nr. 6], Absatz 4 bis 10 sowie die §§ 82 bis 95 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechend, wobei der Versorgungsauftrag der gesetzlichen Krankenkassen zu berücksichtigen ist [Neu eingefügt durch Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie v. 17.10.2012, Drs. 17/11053]. Satz 2 gilt nicht für Verträge, sonstige Vereinbarungen, Beschlüsse, Empfehlungen, Richtlinien oder sonstige Entscheidungen von Krankenkassen oder deren Verbänden, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind, sowie für Beschlüsse, Empfehlungen, Richtlinien oder sonstige Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses, zu denen er gesetzlich verpflichtet [Neueinfügung: oder ermächtigt] ist. Krankenkassen können die Unterlassung unzulässiger Werbemaßnahmen von anderen Krankenkassen verlangen; […].“*

Innerhalb bestimmter Bereiche wird das GWB daher ausdrücklich entsprechend auf Krankenkassen angewandt. Daraus wird deutlich, dass die Krankenkassen gerade keine Unternehmen sollen. Anderenfalls wäre keine „entsprechende Anwendung“ geboten. Die entsprechende Anwendung erstreckt sich insbesondere auf die Angebotstätigkeit.

**d) Frühere Diskussion**

**ad) Kontroverse zwischen deutscher und europäischer Rechtsprechung**

**(1) Rechtsprechung des EuGH**

Nach der Rechtsprechung des EuGH[1433] ist jedenfalls die Tätigkeit der Krankenkassen des deutschen Systems der GKV im Bereich der regulären GKV-Versorgung sowohl im Nachfragebereich als auch im Angebotsbereich als sozial und nicht als wirtschaftlich einzustufen. Krankenkassen nehmen danach reine soziale Aufgaben wahr, die auf

---

1433 *EuGH*, Urteil v. 16.03.2004, Rs. C-264/01/C-306/01/C-354/01 u. C-355/01; *(Festbetragsurteil)*, Slg. 2004, S. I-2493 ff. = EuZW 2004, S. 241 f.; *EuGH*, Urteil vom 11.07.2006, Rs. C-205/03 P, Slg. 2006, S. I-6295.

dem Grundsatz der Solidarität beruhen und ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt werden. Lediglich in eng begrenzten Ausnahmefällen halte der EuGH die Möglichkeit für gegeben, dass sich Krankenkassen als Unternehmen i.S. von Art. 101, 102 AEUV einstufen lassen: Erforderlich sei, dass sie außerhalb ihrer Aufgaben rein sozialer Art im Rahmen der Verwaltung des deutschen Systems der sozialen Sicherheit Geschäftstätigkeiten ausüben, die keinen sozialen, sondern einen wirtschaftlichen Zweck haben.[1434]

Neuere Entscheidungen bestätigen, dass der EuGH[1435] bei der Abgrenzung zwischen kartellrechtlich relevanter wirtschaftlicher Betätigung und kartellrechtlich irrelevanter nicht wirtschaftlicher Betätigung auf die Pflichtmitgliedschaft und vor allem auf die Unabhängigkeit der Leistungen von den Beiträgen rekurriert. Die demnach zur Annahme einer nichtwirtschaftlichen Tätigkeit erforderliche Unabhängigkeit sei insbesondere dann anzunehmen, wenn ein Sozialversicherungsträger keine Möglichkeit hat, auf die Leistungen Einfluss zu nehmen, die unabhängig von der Beitragshöhe vorgegeben sind. Unter diesen Umständen besteht in der Leistungserbringung als zentraler Aufgabe des Sicherungssystems kein Wettbewerb.

Soweit ein System der sozialen Sicherung nicht als Unternehmen einzuordnen ist, solle das nicht nur im Leistungsverhältnis zu den Versicherten, sondern ebenso beim Einkauf von Gütern bei Dritten gelten, derer das System zur Leistungserbringung bedarf.[1436]

Insbesondere die Aussagen des EuGH im Festbetragsurteil[1437] deuteten bereits darauf hin, dass ein System der sozialen Sicherung, das Dritten gegenüber Leistungen gegen

---

1434 Vgl. *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 28.

1435 Vgl. *EuGH,* Rs. C-159/91 und 160/91 *(Poucet und Pistre)*, Slg. 1993, S. I-664, Rn. 8 ff.

1436 Vgl. *EuG,* Rs. T-319/99 *(Fenin)*, Slg. 2003, S. II-357, Rn. 37.

1437 Vgl. *EuGH,* Urteil vom 16.03.2004, Rs. C-264/01/ C-306/01/ C-354/01 und C-355/01; Rs. C-264/01/ C-306/01/ C-354/01 und C-355/01 *(Festbetragsurteil)*, Slg. 2004, S. I-2493 = EuZW 2004, S. 241.

Entgelt erbringt, als Unternehmen angesehen werden kann: Danach legen Krankenkassen eine wirtschaftliche Betätigung an den Tag, wenn sie Geschäftstätigkeiten außerhalb ihrer gesetzlich definierten Aufgaben rein sozialer Art ausüben.

Ganz in diesem Sinne machte der EuGH mit seiner Entscheidung vom 03. Oktober 2013[1438] deutlich, dass auch gesetzliche Krankenkassen den Wettbewerbsregeln unterliegen und stellte klar, dass auch die gesetzlichen Krankenkassen unter die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken fallen, wenn sie mit entsprechenden Werbeaussagen an die Öffentlichkeit gehen.

**(2) Rechtsprechung des BGH**

Die Privilegierung der GKV gegenüber der PKV wird in der jüngeren Rechtsprechung des BGH[1439] damit begründet, dass die GKV einen gesetzlichen Versorgungsauftrag habe: Wegen des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrages der GKV seien die rechtlichen Rahmenbedingungen für Verträge mit Leistungserbringern selbst dann ausschließlich sozialrechtlich zu erfassen, wenn die GKV entsprechende sozialrechtliche Regeln missachten sollte.

Mit Urteil vom 06. November 2013[1440] entschied der BGH unter Berufung auf die die Rechtsprechung des EuGH, dass die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts anzusehen ist. Denn die von der VBL als Gruppenversicherungsverträge abgeschlossenen Beteiligungsvereinbarungen seien privatrechtlicher, nicht hoheitlicher Natur. Außerdem bestehe auch keine Pflichtmitgliedschaft bei der VBL.

---

1438 EuGH, 03.10.2013 - C-59/12.

1439 *BGH*, NJW-RR 2006, S. 1046.

1440 KZR 58/11.

**bd) Position des Schrifttums**

**(1) Die Ansicht von Brinker**

Nach der von *Brinker*[1441] vertretenen Ansicht bestehe im Bereich der regulären GKV-Versorgung keine relevante wirtschaftliche Betätigung. Eine *gesetzliche* Krankenkasse handele ausschließlich in Erfüllung ihres öffentlich-rechtlichen, dem Solidaritätsprinzip unterliegenden Versorgungsauftrages.[1442] Sie sei daher nicht wirtschaftlich tätig und kein Unternehmen im Sinne des *europäischen* Kartellrechts.[1443] Zudem ist sie *gesetzlich* verpflichtet, im Wesentlichen gleiche, gesetzlich definierte Pflichtleistungen anzubieten, die unabhängig von der Beitragshöhe sind.[1444] Die Krankenkassen seien in Deutschland zu einer Art Solidargemeinschaft zusammengeschlossen, die es ihnen ermöglicht, untereinander einen Kosten- und Risikoausgleich vorzunehmen.[1445]

**(2) Die Ansicht von Weiß**

Nach der von *Weiß*[1446] vertretenen Ansicht bilde der Begriff „wirtschaftlich" keinen Gegensatz zum Begriff „sozial". Dass eine Einrichtung ausschließlich soziale Ziele verfolgt, stehe der Anwendbarkeit des EG-Kartellrechts ebenso wenig entgegen wie die Berücksichtigung des Solidaritätsgedankens.[1447] Hinweise auf ein solidarisches System genügen für sich genommen nicht, um die Unternehmenseigenschaft zu negieren.[1448] Wenngleich der EuGH[1449] Sozialversicherungsträger vom Unternehmensbegriff ausklammere, erfolge dies nicht wegen der sozialen Aufgaben.[1450] Gerade im

---

1441 Vgl. *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 28.

1442 Vgl. *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 28.

1443 Vgl. *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 28.

1444 Vgl. *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 28.

1445 Vgl. *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 28.

1446 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 30.

1447 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 30.

1448 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 30.

1449 *EuGH*, Rs. C-159/91 und C-160/91 *(Poucet und Pistre)*, Slg. 1993, S. I-664, Rn. 20.

1450 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 30.

Falle der freiwilligen Mitgliedschaft werde der Einzelne ein öffentliches Sicherungssystem nur dann wählen, wenn es ihm vorteilhafter erscheint als das Angebot privater Versicherungen.[1451] Die Leistung könne unter diesen Umständen auch von Privat erbracht werden und sei als wirtschaftliche Betätigung zu qualifizieren.[1452] Entscheidendes Kriterium für eine Ausnahme vom Begriff der wirtschaftlichen Betätigung sei vielmehr, dass es sich um ein System der sozialen Sicherung handelt, bei dem - *erstens* - eine Zwangsmitgliedschaft besteht und - *erstens* - die gewährten, gesetzlich definierten Leistungen für Krankheit oder Mutterschaft unabhängig von den konkret geleisteten Einzahlungen für alle gleich sind.[1453]

Eine wirtschaftliche Betätigung sei letztlich nur dann nicht anzunehmen, wenn die (konkrete) Tätigkeit ihrer Art nach nur von öffentlichen Einrichtungen ausgeübt werden kann. Als maßgebliches Kriterium sei dabei die fehlende Vergleichbarkeit mit einer Betätigung privater Unternehmen heranzuziehen.[1454] Entscheidend sei das Gesamtbild der Betätigung.[1455] Im Rahmen der danach vorzunehmenden Gesamtbetrachtung kommt es vor allem darauf an, in welchem Umfang und in welcher Form das System durch den Grundsatz der Solidarität gekennzeichnet ist und ob auf der Grundlage der gesetzlichen Systemvorgaben Spielraum für einen Wettbewerb mit privaten Anbietern verbleibt.[1456] Soweit demnach das Vorliegen einer Zwangsmitgliedschaft und die Unabhängigkeit der Leistung von Beiträgen festzustellen sind, liege ein solidarisches System der Sicherung vor, das insoweit keine Betätigung wirtschaftlicher

---

1451 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 30.

1452 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 30.

1453 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 30.

1454 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 32.

1455 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/EGV, 2007, Art. 81, Rn. 32 (unter Bezugnahme auf Generalanwalt Tesauro, Schlussanträge zu EuGH, Rs. C- 159 und 160/91, Slg. 1993, S. I-664, Zf. 12.

1456 Vgl. *Mestmäcker*/*Schweitzer*, Wettbewerbsrecht, § 36, Rn. 38.

Art darstelle.[1457] Zu einer davon abweichenden Beurteilung könne man unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH[1458] nur dann gelangen, wenn das soziale Sicherungssystem nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeitet.[1459]

### 3) Stellungnahme zur früheren Diskussion

Wie bei anderen Unternehmen ist auch bei den gesetzlichen Krankenkassen zwischen Nachfrageseite und Angebotsseite zu differenzieren.

Die *Nachfrageseite* betreffend ermöglicht es die durch das Sachleistungsprinzip vermittelte Stellung der gesetzlichen Krankenkassen als formale Nachfrager, unmittelbaren oder jedenfalls mittelbaren Einfluss auf die Leistungserbringung zu nehmen.[1460] Die Möglichkeit von Versicherten oder bestimmten Leistungserbringern, Dispositionen zu Lasten der Krankenkassen zu treffen, lässt Versicherte oder disponierende Leistungserbringer im Verhältnis zu den Krankenkassen selbst nicht als Nachfrager erscheinen.[1461] Dass die von der Versicherten ausgewählten Leistungserbringer gegenüber den Versicherten nur im Rahmen und in Erfüllung ihrer gegenüber der Krankenkasse bestehenden Verpflichtung tätig werden, spricht für eine Zuordnung der gesetzlichen Krankenkassen zur Marktgegenseite im Verhältnis zu den Leistungserbringern.[1462]

Unabhängig davon, ob ein Krankenversicherungssystem mehr auf dem Solidarprinzip beruht oder - wie es bei den kapitalgedeckten Systemen der Fall ist - stärker auf Ei-

---

1457 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 32.

1458 Vgl. *EuGH*, Rs. C-219/97 *(Drijvende Bokken)*, Slg. 1999, S. I-6121, Rn. 71; GA Tesauro, Schlussanträge zu EuGH, Urteil vom 17.02.1993, Rs. C-159/91/ C-160/91, *(Poucet und Pistre)*, Slg. 1993, S. I-664, Zf. 23.

1459 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 32.

1460 Vgl. *Kluckert*, Wettbewerbsrechts 2009, S. 365.

1461 Vgl. *Kluckert*, Wettbewerbsrechts 2009, S. 365.

1462 Vgl. *Kluckert*, Wettbewerbsrechts 2009, S. 365.

genverantwortung setzt, sollten bei der Frage nach der Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Vorgaben des GWB *de lege ferenda* die übergeordneten Ziele nicht außer Acht gelassen werden. Die Angebotsseite betreffend geht es um eine aus Perspektive des Verbrauchers Versorgung mit qualitätsvollen medizinischen Leistungen zu angemessenen Preisen, die sowohl örtlich als auch zeitlich gut erreichbar ist. Eine angemessene Transparenz der Beitragsverwendung vorausgesetzt, kommt dem Verbraucher in seiner Funktion als aktiver Marktteilnehmer und nicht nur als (lethargisches) Mitglied der Solidargemeinschaft die Aufgabe zu, die verschiedenen Krankenkassen bei der Verwendung des Beitragsaufkommens zu kontrollieren und - beispielsweise durch die Androhung der Kündigung bei nicht effizienter Beitragsverwendung - pro futura auf eine effiziente Beitragsverwendung hinzuwirken. Die in Deutschland präsenten Krankenkassen sind untereinander durchaus nicht homogen, sondern unterscheiden sich bereits darin, wie sie den Verbraucher ansprechen. Im Rahmen von Marketing-Aktionen winken sie mit Werbeprämien, nehmen an Rankings um die verbraucherfreundlichste Krankenkasse teil und treten als Sponsor von größeren Sportveranstaltungen auf. Dabei geht es um nicht weniger als die Durchsetzung im Wettbewerb. Der Verbraucher kann sich unter einer Vielzahl von Krankenkassen zu Gunsten des für ihn persönlich besten Anbieters entscheiden (Grundsatz der freien Kassenwahl). Über den Grundsatz der freien Kassenwahl hat er nicht nur die Möglichkeit, ein effizientes und sparsames Geschäftsgebaren zu honorieren. Er kann ebenso eine weniger sparsame, ineffiziente Beitragsverwendung sanktionieren und sollte von dieser Möglichkeit auch Gebrauch machen. Eine diesbezügliche Bereitschaft des Verbrauchers sollte als Mittel der Disziplinierung der gesetzlichen Krankenkassen nicht unterschätzt werden. Vor diesem Hintergrund mutet es zunehmend anachronistisch an, die GKV von Gesetzes wegen gegenüber der PKV zu privilegieren. Auch die gesetzlichen Krankenkassen sind längst im Wettbewerb angekommen und sollten den privaten Krankenkassen unter Berücksichtigung des geltenden Verfassungsrechts (Schutzpflicht des Staates für Gesundheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Informationszugangsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG) so weit wie möglich gleichgestellt werden. Im öffentlichen Diskurs zu vernehmende Stimmen, die - teils zutreffend, teils nicht zutreffend - auf eine mögliche finanzielle Mehrbelastung mit steigendem Lebensalter hinweisen, ist dabei entgegenzuhalten, dass bereits § 1 SGB V mit „Solidarität und Eigenverantwortung“ überschrieben

ist. Wenngleich der Eintritt zahlreicher Krankheiten für den Einzelnen nur begrenzt geschweige denn überhaupt steuerbar ist, führt die Aussicht einer möglichen Kostensteigerung infolge eines erhöhten Krankenstandes auch zur Disziplinierung des Einzelnen. Erwiesenermaßen resultiert eine Vielzahl von Krankheiten beispielsweise auf Bewegungsmangel, ungesunden Essgewohnheiten oder ungesundem Lebenswandel (Konsum von Alkohol, Nikotin oder sonstigen Suchtmitteln). Ein Angleichung der GKV an die PKV kann vor diesem Hintergrund zur Disziplinierung des Versicherers bei der Beitragsverwendung und zur Disziplinierung des Versicherten in seiner Lebensführung beitragen: Unter marktwirtschaftlichen Bedingungen für beide Seiten eine Win-Win-Situation!

## II) Erfasste Maßnahmen

### 1) Vereinbarungen

#### a) Allgemeine Eingrenzung

Ausgehend vom zivilrechtlichen Vertragsbegriff, wonach eine Willenseinigung als integraler Bestandteil einer Vereinbarung inhaltlich übereistimmende Willenserklärungen der Beteiligten voraussetzt, soll nach der Praxis der Gemeinschaftsorgane jede Verständigung im Sinne einer übereinstimmenden Äußerung des Willens zu einem bestimmten Marktverhalten tatbestandsmäßig sein.[1463] Demgegenüber wird es an einer Vereinbarung fehlen, wenn Unternehmen lediglich feststellen oder sich mitteilen, dass sie über einen Sachverhalt oder über ein Verhalten gleicher Meinung sind.[1464] Eine derartige Einigkeit kann indessen Element einer Verhaltensabstimmung sein.[1465]

---

1463 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer*, EG-Wettbewerbsrecht, 2006, § 1, Rn. 81.

1464 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer*, EG-Wettbewerbsrecht, 2006, § 1, Rn. 81.

1465 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer*, EG-Wettbewerbsrecht, 2006, § 1, Rn. 81.

**b) Mietverträge in Scope**

Auf den Problemkreis der Mietverträge „in Scope“ (Mietverträge *im Rahmen* einer Regulierungsvereinbarung) wird detailliert unter dem Gliederungspunkt zu den Regulierungsvereinbarungen im Unfallersatzwagengeschäft eingegangen.

**2) Beschlüsse**

Beschlüsse entstehen durch die Abgabe paralleler Erklärungen, wie sie typischerweise im Rahmen einer verbandsmäßigen Organisation (Verein, Gesellschaft) anzutreffen sind, sind neben dem Vertrag und der Verhaltensabstimmung Erscheinungsformen eines einheitlichen Kartelltatbestandes und unterscheiden sich sachlich durch die Möglichkeit von (kollegialen) Mehrheitsentscheidungen und Majorisierungen, soweit die jeweilige Verbandsform oder das Statut nicht Einstimmigkeit erfordern.[1466] Ebenso wie bei Vereinbarungen kommt es dabei nicht auf die zivilrechtliche Wirksamkeit an: Ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB liegt auch bei einem im Widerspruch zur Satzung gefassten Beschlusses wettbewerbsbeschränkenden Inhalts vor, der lediglich eine außerrechtliche Bindung der Zustimmenden zur Folge hat.[1467] Neben Beschlüssen der Mitgliederversammlungen juristischer Personen, deren Mitglieder Unternehmen sind, erfasst das Kartellverbot Beschlüsse von Gesellschafts- und Vereinsorganen, soweit sie auf Grund einer Ermächtigung das Marktverhalten der Mitglieder regeln.[1468]

**3) Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen**

In seiner Entscheidung vom 04.06.2009[1469] hat der EuGH Stellung dazu bezogen, welche Anforderungen bei einem abgestimmten Verhalten i.S. des Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB vorliegen müssen. Der EuGH hat diesbezüglich sehr praxisrelevante materielle und prozessuale Klarstellungen vorgenommen und zugleich strenge Maßstäbe

---

1466 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer*, EG-Wettbewerbsrecht, 2006, § 1, Rn. 88.

1467 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer*, EG-Wettbewerbsrecht, 2006, § 1, Rn. 89.

1468 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer*, EG-Wettbewerbsrecht, 2006, § 1, Rn. 90.

1469 *EuGH*, Urteil v. 04.06.2009, Rs. C- 8/08 (*T-Mobile Netherlands BV*), www.juris.de.

formuliert, denen zufolge bereits ein einziges Treffen einen kartellrechtlichen Verstoß begründen kann, in dem ein Unternehmen ein wettbewerblich relevantes Detail bekannt gibt.[1470] Im zu Grunde liegenden Sachverhalt ging es sich dabei um die Kürzung von Standardvertragshändlerprovisionen, wobei es neben dem Ausmaß auch um die Modalitäten der in Rede stehenden Kürzung der Standardvertragshändlerprovisionen gegangen sein soll.[1471]

Der erkennende Senat hat in den Entscheidungsgründen ausgeführt, dass die Vertragshändlervergütungen wichtige Faktoren für die Festsetzung der Endverbraucherpreise darstellen.[1472] Die streitgegenständliche Fragestellung betreffend handele es sich bei einer abgestimmten Verhaltensweise um eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen, die zwar noch nicht bis zum Abschluss im eigentlichen Sinne gediehen sei, aber bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt.[1473] Um zu beurteilen, ob eine abgestimmte Verhaltensweise wettbewerbswidrig sei, müsse auf die objektiven Ziele, die sie zu erreichen sucht, sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext abgestellt werden, in den sie sich einfügt.[1474] Wenngleich die Absicht der Beteiligten kein notwendiges Element dieser Feststellung sei, könne sie dennoch berücksichtigt werden.[1475] Der EuGH stellt diesbezüglich klar, dass eine abgestimmte Verhaltensweise bereits dann einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck verfolge, wenn sie bereits das Potenzial hat, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu entfalten oder - in anderen Worten gesprochen - konkret geeignet ist, zu einer Wettbewerbsbeschränkung zu führen.[1476] Ob es *tatsächlich* zu einer Behinderung, Einschränkung oder Verfälschung gekommen ist, sei demgegenüber tatbestandlich irrelevant und habe allenfalls für die Bemessung der

---

1470 Vgl. *Schmidt/Koyuncu,* BB 2009, S. 2551, 2551.

1471 *EuGH,* Urteil v. 04.06.2009, Rs. C- 8/08 (*T-Mobile Netherlands BV*), www.juris.de, Rn. 12, 15.

1472 Vgl. *Schmidt/Koyuncu,* BB 2009, S. 2551, 2553.

1473 *EuGH,* Urteil v. 04.06.2009, Rs. C- 8/08 (*T-Mobile Netherlands BV*), www.juris.de, Rn. 26.

1474 *EuGH,* Urteil v. 04.06.2009, Rs. C- 8/08 (*T-Mobile Netherlands BV*), www.juris.de, Rn. 27.

1475 Vgl. *Schmidt/Koyuncu,* BB 2009, S. 2551, 2552.

1476 Vgl. *Schmidt/Koyuncu,* BB 2009, S. 2551, 2552.

Höhe der Bußgelder und für etwaige Ansprüche auf Schadensersatz Bedeutung.[1477] Den Informationsaustausch betreffend unterstreicht der EuGH das Selbständigkeitspostulat, wonach jeder Marktteilnehmer sein Verhalten im Gemeinsamen Markt selbständig und ohne „Fühlungnahme“ mit anderen Unternehmen zu bestimmen habe[1478], wobei der erkennende Senat gleichzeitig das Recht eines jeden Unternehmens anerkennt, sich dem festgestellten oder zu erwartenden Verhalten der Konkurrenz anzupassen.[1479] Art. 101 Abs. 1 AEUV untersage indessen jeden direkten oder indirekten Kontakt zwischen Wettbewerbern, der das Marktverhalten eines (potenziellen) Wettbewerbers zu beeinflussen oder einen Wettbewerber über das eigene Verhalten und eigene Entscheidungen zu informieren geeignet ist, soweit derartige Kontakte zu verzerrten oder verfälschten Wettbewerbsbedingungen führten.[1480]

Der Austausch von Informationen zwischen (selbständigen) Wettbewerbern verstoße nach Ansicht des EuGH gegen Kartellrechtsnormen, wenn er im Lichte der jeweiligen Marktstruktur den Grad der Ungewissheit über das künftige Marktgeschehen verringert oder beseitigt und dadurch zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt.[1481] Soweit wettbewerblich sensitive Parameter Gegenstand des Austauschs sind, könne eine abgestimmte Verhaltensweise selbst dann gegen Art. 101 AEUV verstoßen, wenn kein direkter Zusammenhang mit Verbraucherpreisen besteht.[1482] Aus Art. 101 Abs. 1 lit a) AEUV gehe insoweit hervor, dass aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die in der „unmittelbaren oder mittelbaren Festsetzung der An- und Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen“ bestehen, einen wettbewerbswidrigen Zweck zu verfolgen geeignet seien.[1483] Die Feststellung, dass mit einer abgestimmten Maßnahme

---

1477 *EuGH*, Urteil v. 04.06.2009, Rs. C- 8/08 (*T-Mobile Netherlands BV*), www.juris.de, Rn. 32..

1478 Vgl. *EuGH*, Urteil v. 16.12.1975, Rs. C-40/73 (*Zucker*), Slg. 1975, S. I-166, Rn. 174.

1479 Vgl. *Schmidt/Koyuncu*, BB 2009, S. 2551, 2552.

1480 Vgl. *Schmidt/Koyuncu*, BB 2009, S. 2551, 2552.

1481 Vgl. *Schmidt/Koyuncu*, BB 2009, S. 2551, 2553.

1482 Vgl. *Schmidt/Koyuncu*, BB 2009, S. 2551, 2553.

1483 Vgl. *Schmidt/Koyuncu*, BB 2009, S. 2551, 2553.

ein wettbewerbswidriger Zweck verfolgt wird, setze nicht voraus, dass ein unmittelbarer Zusammenhang mit den Verbraucherpreisen festgestellt wird.[1484] Regelmäßige und in kurzen Intervallen ausgetauschte Informationen zu gegenwärtigen und zukünftigen Preisen, Kosten und Kapazitäten, die individualisierbar einem Wettbewerber zur Verfügung gestellt werden, können letztlich eher zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen als historische Daten, die beispielsweise in aggregierter Form keinen Rückschluss auf das künftige Marktverhalten zulassen.[1485]

### III) Wettbewerbsbeschränkung

#### 1) Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung

##### a) Unterschiedlichkeit horizontaler und vertikaler Beschränkungen

###### aa) Konkretisierung durch die De-minimis-Bekanntmachung

Seit dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle am 01.07.2005 sind horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen im deutschen Recht gleichgestellt.[1486] Nach Art. 101 Abs. 1 lit a) AEUV liegt eine wettbewerbsbeeinträchtigende Vereinbarung vor, wenn sie „die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- und Verkaufspreise zum Gegenstand hat. Dass horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen auf europäischer Ebene ungeachtet der fehlenden Differenzierung in Art. 101 Abs. 1 AEUV dennoch unterschiedlich bewertet werden, zeigt indessen nicht zuletzt die De-minimis-Bekanntmachung der Kommission vom 22.12.2001, wonach für die Erheblichkeit bzw. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung unterschiedliche Schwellenwerte für horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen gelten. Die Bedeutung der De-minimis-Bekanntmachung ist vor allem darin zu sehen, dass sie dem Aufgreifermessen der Kommission sowie ihrem Ermessen bei der Festsetzung von Geldbußen wegen Verstößen gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV Schranken zieht, weil sich die

---

1484 *EuGH*, Urteil v. 04.06.2009, Rs. C- 8/08 (*T-Mobile Netherlands BV*), www.juris.de, Rn. 37.

1485 Vgl. *Schmidt/Koyuncu*, BB 2009, S. 2551, 2553.

1486 Vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 41/42, 2004, S. 16; Eingehend zur Behandlung von Vertikalvereinbarungen nach der 7. GWB-Novelle: *Bahr*, WuW 2004, S. 259 ff.

Kommission selbst verpflichtet hat, gegen Kartelle unterhalb der gesetzten Schwellenwerte nicht einzuschreiten.[1487] Grundsätzlich ist die Wettbewerbsbeschränkung auch unter der Geltung der 7. GWB-Novelle dann spürbar, wenn sie nach allgemeiner wirtschaftlicher Erwartung *geeignet* ist, bei den konkret festzustellenden Marktverhältnissen zur Marktbeeinflussung zu führen: Erforderlich ist demnach, dass die wettbewerblichen Betätigungsmöglichkeiten der Beteiligten und die Auswahlalternativen der Marktteilnehmer merklich beeinträchtigt werden.[1488] Die Spürbarkeit kann sich nach qualitativen oder quantitativen Kriterien bestimmen.[1489] Im zuletzt genannten Fall ist vor allem der Marktanteil der beteiligten Unternehmen entscheidend.[1490] Nach der Rechtsprechung des EuGH[1491] fehlt es an der Spürbarkeit einer Absprache nur dann, wenn sie das einzige Mittel darstellt, um einem Unternehmen das Eindringen in einen neuen Markt zu ermöglichen. Das Kriterium der Spürbarkeit ist als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal bei der inhaltlichen Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals „Wettbewerbsbeschränkung“ hineinzulesen. Das nationale Gericht sollte die Bagatellbekanntmachung bei seinem Urteil nur dann berücksichtigen, nachdem es sich vergewissert hat, dass die in der Bekanntmachung enthaltene Interpretation der für das Gericht maßgebenden Rechtsprechung des EuGH entspricht.[1492] Da das mitgliedstaatliche Wettbewerbsrecht nach dem Inkrafttreten der VO 1/2003 im Verhältnis zum europäischen Recht weder milder noch strenger sein darf, gelten die durch die De-Minimis-Bekanntmachung der Kommission und die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen Nr. VO 2790/1999 vom 22.12.1999 (Vertikal-GVO, VGVO[1493]) definierten Schwellenwerte grundsätzlich auch im Rahmen des § 1 GWB.

---

1487 Vgl. *Emmerich*, Kartellrecht, § 4, Rn. 60.

1488 Vgl. *Lutz*, WRP 2002, S. 47, 49.

1489 Vgl. *Lutz*, WRP 2002, S. 47, 49.

1490 Vgl. *Lutz*, WRP 2002, S. 47, 49.

1491 Vgl. *EuGH* (*Völk/Vervaecke*), S. 5.

1492 Vgl. Schröter, aaO., Rn. 229.

1493 Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. 1999 L 336/21 v. 29.12.1999.

**ba) Privilegierung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen**

Dass der für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen maßgebliche Schwellenwert mit 15 % Marktanteil[1494] höher liegt als bei horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen (10 % Marktanteil) unterstreicht, dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen nicht per se als wettbewerbsschädlich gelten, sondern die Auswirkungen für den relevanten Markt in jedem Einzelfall festzustellen und im Sinne des „more economic approach" zu bewerten sind. Grundsätzlich ist von einer vertikalen Wettbewerbsbeschränkung auszugehen, wenn es um marktliche Transaktionen zwischen Marktakteuren geht, die nicht miteinander im Wettbewerb stehen. Es geht um Wettbewerbsbeschränkungen zwischen verschiedenen Wertschöpfungs-, Produktions- und Vertriebsstufen.[1495] Sie sind abzugrenzen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf der gleichen Wirtschaftsstufe (horizontale Vereinbarungen) bzw. solchen Unternehmen, die auf Grund der Identität des angebotenen Produkts miteinander im Wettbewerb stehen.[1496] Die Wettbewerbsbeschränkung kann hier beispielsweise darin bestehen, dass sich ein (Groß-) Händler gegenüber dem Hersteller verpflichtet, seinen gesamten Bedarf für ein Produkt X bei eben jenem Hersteller zu decken. Sie kann aber auch darin bestehen, dass der Hersteller die Befugnis einräumt, das Produkt X als einziger in einem bestimmten Gebiet zu vertreiben. In diesen Fällen können sich Effizienzvorteile ergeben, die letztlich auch der Nachfrageseite zu Gute kommen und es rechtfertigen können, vom Verdikt der verbotenen Wettbewerbsbeschränkung abzusehen. Alles in allem können vertikale Wettbewerbsbeschränkungen demnach durchaus wettbewerbsförderlich sein.[1497] Sie tragen zu einer Verringerung der Transaktionskosten bei und können zu Effizienzen zwischen Unternehmen verschiedener Stufen der Wertschöpfungskette führen, indem sie beispielsweise die Produktionskosten verringern, die Qualität bestehender Produkte verbessern oder neue Produkte hervorbringen.[1498]

---

1494 De-Minimis-Bekanntmachung, Rn. 7.

1495 Vgl. *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 68; *Schultze*/*Pautke*/*Wagener*, BB 2009, S. 2266, 2266.

1496 Vgl. *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 68.

1497 Vgl. *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 68.

1498 Vgl. *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 68.

### b) Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung

#### ab) Einheitliche Marktanteilsschwelle

Die Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung (VGVO) erfasst als sog. „Schirmverordnung“ sämtliche vertikalen Vereinbarungen auf allen Wirtschaftsstufen, die den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen betreffen.[1499] Sie gilt indessen nicht für Miet- und Pachtvereinbarungen, Vereinbarungen über die Übertragung von Rechten des geistigen Eigentums oder die Vergabe von Nutzungsrechten.[1500] Nach der VGVO gilt über die De-Minimis-Bekanntmachung der hinaus Kommission nach Art. 3 Abs. 1 VGVO ein Schwellenwert von 30 % Marktanteil. Im Gegensatz zu den horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen sind die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen nach der VO 2790/1999 grundsätzlich erlaubt und damit vom Kartellverbot des Art. 101 AEUV freigestellt, soweit der relevante Marktanteil von 30 % nicht überschritten wird.[1501]

Die VGVO ist in allen Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar und führt insoweit zu einem Paradigmenwechsel[1502], als dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen nunmehr grundsätzlich erlaubt sind, soweit keine Kernbeschränkung i.S. des Art. 4 VGVO[1503] vorliegt, die zur Annahme einer „Schwarzen Klausel[1504]“ führt.

Dem insoweit auszumachenden Paradigmenwechsel liegt die Annahme zu Grunde, dass Wettbewerbsbeschränkungen auf unterschiedlichen Markt-, Handels- bzw. Wertschöpfungsstufen zu Effizienzvorteilen und insbesondere zur Eindämmung von Marktzugangsbarrieren führen können, die im Sinne der Konsumentenwohlfahrt allen Beteiligten zu Gute kommen.

---

1499 Vgl. *Kapp*, Kartellrecht, 2005, S. 78.

1500 Vgl. *Kapp*, Kartellrecht, 2005, S. 78.

1501 Vgl. *Kapp*, Kartellrecht, 2005, S. 78.

1502 Vgl. *Reinhard*, Paradigmenwechsel, 2005, S. 1 ff.

1503 Vgl. *Emmerich*, Kartellrecht, § 5, Rn. 20.

1504 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 35.

Dem vergleichsweise hohen Schwellenwert des Art. 3 Abs. 1 VGVO liegt die Erkenntnis zu Grunde, dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen nur dann wettbewerbliche Bedenken auslösen, wenn jedenfalls eine der Parteien über hinreichende Marktmacht verfügt.[1505] Damit besteht ein Bedürfnis, für die Mehrzahl der unbedenklichen vertikalen Abreden einen „sicheren Hafen" (*safe harbour*) zu schaffen, d. h. einen Freiraum zu definieren, innerhalb dessen eine eingehende kartellrechtliche Prüfung nicht erforderlich ist.[1506] Dieser ökonomische Ansatz wird durch die Marktanteilsschwellen der Vertikal-GVO umgesetzt.[1507]

Die Einführung einer einheitlichen Marktanteilsschwelle von 30 % stellte eine erhebliche Neuerung gegenüber der vorherigen Rechtslage dar und wurde von der Praxis überwiegend abgelehnt, weil die Bestimmung der Markanteile im Einzelfall mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit einhergeht.[1508] Wenngleich in der Praxis noch kein Fall bekannt geworden ist, in dem die Kommission wegen zu großer Marktmacht des Abnehmers nach Art. 6 VGVO den Rechtsvorteil der Freistellung entzogen hätte, ist es gerade bei hohen Marktanteilen oft zweifelhaft, ob die Freistellungsvoraussetzungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV vorliegen.[1509] Die Kommission trug der diesbezüglichen Kritik dadurch Rechnung, dass Unternehmen, die Vereinbarungen nicht anmelden, weil sie in gutem Glauben vom Nichterreichen der Marktanteilsschwelle ausgehen, auf Grundlage der Vertikal-Leitlinien der Kommission[1510] nicht mit Geldbußen rechnen mussten.[1511]

---

1505 Vgl. *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 69.

1506 Vgl. *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 69.

1507 Vgl. *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 69.

1508 Vgl. *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 72; *Schultze*/*Pautke*/*Wagener*, BB 2009, S. 2266, 2267.

1509 Vgl. *Schultze*/*Pautke*/*Wagener*, BB 2009, S. 2266, 2267.

1510 Vgl. *Mitteilung der Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1 v. 13.10.2000.

1511 Vgl. *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 72 f.

Seit der Neufassung der Vertikal-GVO gilt eine „doppelte Marktanteilsschwelle“, nach der die VGVO künftig nur noch dann zur Anwendung gelangt, wenn keine der beteiligten Parteien einen Anteil von 30 % oder mehr auf einem relevanten Markt erzielt, der von der Vereinbarung betroffen ist, vgl. Art. 3 Abs. 1 VGVO.

**bb) Ermittlung des Schwellenwertes**

Zur Bestimmung des maßgeblichen Schwellenwertes ist zunächst der relevante Markt zu sachlich und räumlich bestimmen.[1512] Der sachlich relevante Markt, dessen Eingrenzung grundsätzlich nach dem Bedarfsmarktkonzept vorzunehmen ist, umfasst sachlich alle Produkte, die von der jeweiligen Marktgegenseite als austauschbar betrachtet werden: Maßgebliche Kriterien für die Austauschbarkeit sind die Produkteigenschaften, der Produktpreis und der beabsichtigte Verwendungszweck.[1513] Nach den Vorstellungen der Kommission soll künftig auch die Position des Käufers auf dessen Märkten fokussiert werden, auf denen er die gelieferten Produkte bzw. die daraus resultierenden Produkte veräußert: Im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage soll der Marktanteil des Käufers auf seinem Ausliefermarkt mitentscheidend sein.[1514] Im zweiten Schritt ist das Marktvolumen zu ermitteln.[1515] Schließlich ist der Marktanteil der beteiligten Marktakteure zu bestimmen.[1516] Nach derzeit geltendem Recht kommt es ausschließlich auf den Marktanteil des Lieferanten mit den Produkten oder Dienstleistungen an, die Gegenstand der Vertragsbeziehungen sind.[1517] Maßgeblich ist ausschließlich der Markanteil der Lieferanten an dem Markt, auf dem der Lieferant unmittelbar tätig wird, indem er seine Waren oder/und Dienstleistungen an seine Kunden verkauft.[1518] Beziehen sich die Vertikalvereinbarungen auf mehrere Märkte und ist auf jedenfalls einem Markt die Markanteilsschwelle nicht überschritten, kommt es für die

---

1512 Vgl. *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 74; zur Bestimmung des kartellrechtlich relevanten Marktes unter dem Regime der 7. GWB-Novelle: *Lanßen*, Markt, 2009, S. 1 ff.

1513 Vgl. *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 75.

1514 Vgl. *Schultze*/*Pautke*/*Wagener*, BB 2009, S. 2266, 2267.

1515 Vgl. *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 74.

1516 Vgl. *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 74.

1517 Vgl. *Schultze*/*Pautke*/*Wagener*, BB 2009, S. 2266, 2267.

1518 Vgl. *Kapp*, Kartellrecht, 2005, S. 78.

Freistellungswirkung entscheidend darauf an, ob die Vereinbarung entsprechend trennbar ist.[1519] Bei Überschreiten der 30 %-Schwelle ist eine Einzelfallprüfung anhand der Vertikal-Leitlinien vorzunehmen.[1520]

**cb) Unmaßgeblichkeit von Schwellenwerten bei Kernbeschränkungen**

Unabhängig vom Erreichen der 30 %-Schwelle werden bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen („Kernbeschränkungen" i.S. des Art. 4 VGVO) von der VGVO so negativ beurteilt, dass ihre Existenz die Freistellung für die gesamte Vereinbarung ausschließt:[1521] Hierzu zählen nach derzeit geltendem Recht - *erstens* - Mindest- oder Festpreisbindungen[1522] des Käufers, - *zweitens* - Beschränkungen des Gebiets oder der Kundengruppe, in das oder an die der Käufer Vertragswaren verkaufen darf, - *drittens* - Beschränkungen des Einzelhandels hinsichtlich des aktiven und passiven Verkaufs an Endverbraucher bei selektiven Vertriebssystemen[1523], - *viertens* - Beschränkungen von Querlieferungen zwischen Händlern innerhalb eines selektiven Vertriebssystems und - *fünftens* - Beschränkungen des Lieferanten beim Ersatzteilvertrieb.[1524]

Eine Kernbeschränkung, bei deren Vorliegen die Freistellungswirkung unabhängig vom Erreichen der Schwellenwerte nicht eintritt, gilt danach insbesondere für die Freiheit des (Zwischen-) Händlers, seine Verkaufspreise selbst (autonom) festzulegen.[1525] Die Preisbildungsfreiheit der Unternehmen als eine der wichtigsten Erscheinungsfor-

---

1519 Vgl. *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 74.

1520 Vgl. *Kapp*, Kartellrecht, 2005, S. 78; *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 70.

1521 Vgl. *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 70.

1522 Zu den wettbewerbsrechtlichen Grenzen von Festpreisbindungen und Preisempfehlungen vor dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle: vgl. *Weber*, WuW 1998, S. 134 ff.

1523 Unter einem selektiven Vertriebssystem ist eine Absatzorganisation zu verstehen, bei der sich der Hersteller in einem bestimmten Gebiet auf einzelne ausgewählte Abnehmer (unter Ausschluss aller übrigen) beschränkt und in denen sich die ausgewählten Händler verpflichten müssen, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler zu verkaufen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind (Art. 1d VO 2790/1999).

1524 Vgl. Bagatellbekanntmachung (Tz. 11 b); *Kapp*, Kartellrecht, 2005, S. 80.

1525 Vgl. *Schwarze-Brinker*, EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 93f.

men des Wettbewerbs überhaupt, ist kartellrechtlich gegenüber jeder kollektiven Einflussnahme geschützt.[1526] Das Verbot der Preisbindung nach Art. 4 lit. a VGVO beschränkt sich daher nicht nur auf die unmittelbare oder mittelbare Gestaltung der Endpreise, sondern umfasst alle preisbildenden Faktoren.[1527] Als Beispiele kartellrechtlich verbotener Maßnahmen lassen sich neben der Fixierung von Mindestpreisen die Vereinbarung von Festpreisen, Absprachen über Preisbestandteile und Preisnachlässe, Rabattkartelle einschließlich der Gesamtumsatzkartelle und Absprachen über Skonti und Zahlungsaufschübe, Submissionskartelle, die Vereinbarung „gemeinsamer Zielpreise" sowie Absprachen über die Einkaufspreise oder über die kollektive Einführung der Preisbindung anführen.[1528]

Vor dem Hintergrund, dass die Kommission Kartelle auf dem Gebiet der Preise und Konditionen zu den stets verbotenen und deshalb streng zu verfolgenden Kernbeschränkungen zählt, statuiert Art. 101 Abs. 1 lit. a) AEUV der Sache nach ein „Per-se-Verbot" von Preis- und Konditionenkartellen.[1529] Art. 101 Abs. 1 lit. a) AEUV verbietet dabei auch vertikale Preisbindungen ohne Rücksicht darauf, ob sie sich auf die Endpreise oder auf einzelne Preisbestandteile bezieht: Weil es sich hier um eine Kernbeschränkung handelt, ist diesbezüglich kein Raum für die Anwendung der VGVO.[1530]

---

1526 Vgl. *EuGH*, Rs. C-26/76 (*Metro-Saba I*), Slg. 1977, S. I-1875, 1906.

1527 Vgl. *Bechthold*/*Brinker*/*Bosch*/*Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2009, VO 2790/1999 Art. 4, Rn. 5.

1528 Vgl. *EuG*, Urteil v. 21.02.1995, Rs. T-29/92, (*SPO*), Slg. 1995, S. II-289, 356 ff.; *EuG*, Urteil v. 06.04.1995, Rs. T-148/89 (*Tréfiliun/Kommission*), Slg. 1995, S. II-1063, 1706; *EuGH*, Entscheidung v. 10.12.1985, Rs. 260/82 (*NSO*), Slg. 1985, S. 3812, 3822 ff.

1529 Vgl. *Emmerich*, Kartellrecht, § 5, Rn. 4; zu Konditionenkartellen nach der 7. GWB-Novelle: *Zapfe*, WuW 2007, S. 1230 ff.

1530 Vgl. *Emmerich*, Kartellrecht, § 5, Rn. 6.

### c) Preisbindungen als Wettbewerbsbeschränkung

#### ac) Differenzierung nach Mindestpreisbindungen und Höchstpreisbindungen

Bei der Frage nach der Zulässigkeit von Preisbindungen ist grundsätzlich zwischen Mindestpreisbindungen und Höchstpreisbindungen zu differenzieren, wobei dem Begriff der Preisbindung - mitunter wird hier auch synonym von Preisfestsetzung gesprochen - jede Vereinbarung zu verstehen, mit der ein Vertragspartner den anderen verpflichtet oder verleitet, eine vertragsgegenständliche Leistung an Dritte nur zu einem bestimmten Preis zu veräußern und der Vertragspartner dieser Aufforderung zumindest stillschweigend zustimmt.[1531] Als Preisfestsetzungen gelten dabei auch indirekte Methoden, die eine Partei dazu veranlassen, Dritten einen bestimmten Preis abzuverlangen: Zu denken ist hier beispielsweise an (vertikale) Absprachen über Absatzspannen oder Nachlässe, die der Vertriebsmittler auf ein vorgegebenes Preisniveau höchstens gewähren darf.[1532] Der Absprache über einen festen Preis oder einen Mindestverkaufspreis hat dabei stets ein wettbewerbsbeeinträchtigendes Ziel, so dass es auf ihre konkrete Wirkung für das Marktgeschehen nicht ankommt.[1533] Eine Analyse der Marktbedingungen wird für nicht erforderlich gehalten, wenn eine Vereinbarung i. S. von Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB eine Wettbewerbsbeschränkung „bezweckt“, d. h. gewisse Kernbeschränkungen enthält.[1534] Höchstpreise und Preisempfehlungen in Vertikalvereinbarungen sind demgegenüber auf ihre konkreten Auswirkungen im betreffenden Markt zu untersuchen und können ebenso wie Mindestpreise verboten sein, wenn sie sich in Gestalt von Mindest- und Festpreisen auswirken.[1535]

Das im deutschen Recht bis zum Inkrafttreten der VGVO erheblich strengere Preisbindungsverbot der zweiten Hand wird in der VGVO erheblich abgemildert, indem

---

1531 Vgl. *Pischel,* EuZW 2005, S. 459, 461.

1532 Vgl. *Pischel,* EuZW 2005, S. 459, 461.

1533 Vgl. FK-*Roth/Ackermann,* Art. 81 Abs. 1 EGV, Rn. 241 (betreffend die Preisfestsetzung bei Horizontalvereinbarungen) und Rn. 245 (betreffend die Preissetzung bei Vertikalvereinbarungen); Immenga/Mestmäcker-*Emmerich,* EG-Wettbewerbsrecht, 2006, Art. 85 Abs. 1 EGV, Rn. 10; *Pischel,* EuZW 2005, S. 459, 463.

1534 Vgl. *Bahr,* WuW 2004, S. 259, 260.

1535 Vgl. *Pischel,* EuZW 2005, S. 459, 463.

nach geltendem Recht Höchstpreisbindungen, Bindungen hinsichtlich der AGB des Käufers beim Wiederverkauf und Preisempfehlungen[1536] grundsätzlich zulässig sind.[1537] Unter dem im europäischen Recht nicht legal definierten Begriff der Preisempfehlung ist dabei eine Erklärung über den Preis zu verstehen, durch die jemand etwas als für einen anderen gut oder vorteilhaft bezeichnet und es ihm deshalb anrät, nahe legt oder vorschlägt.[1538] Jedenfalls im Rahmen des Art. 4 lit. a VGVO sind Preisempfehlungen nach Ansicht der Verfasser der 7. GWB-Novelle erlaubt.[1539] Verboten sind demnach nur noch Mindest- und Festpreisbindungen,[1540] die sowohl nach dem geltenden Recht eine Kernbeschränkung darstellen.[1541] Festpreise und Mindestverkaufspreise verhindern, dass sich von Angebot und Nachfrage beeinflusste Preise am Markt entwickeln können.[1542]

Ausdrücklich von diesem Preisbindungsverbot ausgenommen und somit freigestellt sind Höchstverkaufspreise und Preisempfehlungen, sofern sich diese nicht infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eine der Vertragsparteien tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken.[1543] Da sich der Preis bei der Vorgabe von Höchstpreisen nicht über ein bestimmtes Niveau hinaus bewegen kann, dienen sie dem Schutz der Konsumenten und sind deshalb nicht im gleichen Umfang schädlich wie sonstige Preisfestsetzungen.[1544] Vor dem Hintergrund, dass eine Preisfestsetzung jedenfalls in oligopolen Märkten die Preistransparenz erhöht und Kartellabsprachen der bindenden Unternehmen begünstigt, kann letztlich auch bei

---

1536 Zu den wettbewerbsrechtlichen Grenzen von Festpreisbindungen und Preisempfehlungen vor dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle: Vgl. *Weber,* WuW 1998, S. 134 ff.

1537 Vgl. *Kapp,* Kartellrecht, 2005, S. 81.

1538 Vgl. Bechthold-*Bechthold,* GWB, 2006, § 22, Rn. 3.

1539 Vgl. Bechthold-*Bosch,* GWB, 2006, Art. 4 VO 2790/1999, Rn. 6; *Emmerich,* Kartellrecht, § 26, Rn. 7.

1540 Vgl. *Kapp,* Kartellrecht, 2005, S. 81.

1541 Vgl. *Schultze,* BB 2009, S. 2266, 2267.

1542 Vgl. *Pischel,* EuZW 2005, S. 459, 461.

1543 Vgl. *Kapp,* Kartellrecht, 2005, S. 82.

1544 Vgl. *Pischel,* EuZW 2005, S. 459, 461.

Höchstpreisbindungen die Gefahr bestehen, dass sie zu einem informellen Preisniveau und damit zu einem Mindestverkaufspreis führen.[1545]

Unzulässig sind nach der VGVO im Übrigen nur Preisbindungen des Abnehmers, nicht demgegenüber Bindungen des Anbieter, weil Bindungen des Anbieters nicht unter die Kernbeschränkung fallen und nach der VGVO alle dort nicht genannten vertikalen Beschränkungen freigestellt sind.[1546] Der klassische Anwendungsfall einer derartigen Bindung ist die Meistbegünstigungsklausel.[1547]

**bc) Preisbindungen im Lichte des „More economic approach“**

Angesichts der zunehmenden Durchsetzung der Chicago School gegenüber der vom Ordoliberalismus geprägten Freiburger Schule, die insbesondere durch eine Abkehr einer eher formaljuristischen Betrachtung von Wettbewerbsbeschränkungen und einer Hinwendung zu den diesbezüglichen ökonomischen Wirkungen geprägt ist, erscheint es im vorliegenden Kontext angebracht, die allokativen und distributiven Wirkungen von Preisbindungen detaillierter zu fokussieren.

*Gegen* die Zulässigkeit von Höchstpreisbindungen lässt sich insoweit einwenden, dass sie den materiellen Anreiz zur Generierung technologischer Innovationen und damit den Anreiz für international tätige Wissenschaftler und Forscher reduzieren, sich in Deutschland niederzulassen. Höchstpreisbindungen können insoweit standortschädlich sein und damit jeden Zielsetzungen entgegenstehen, wie sie in den Verträgen von Amsterdam und Lissabon formuliert sind. Unter dem Regime der 7. GWB-Novelle, die stärker als bislang von den Vorstellungen der *Chicago-School* beeinflusst war *und* auf einen selbsttragenden Wettbewerb bei gleichzeitiger Reduktion der staatlichen Interventionen setzte, erscheinen Höchstpreise aber insoweit als wettbewerbsrechtlich

---

1545 Vgl. *Pischel*, EuZW 2005, S. 459, 462.

1546 Vgl. *Kapp*, Kartellrecht, 2005, S. 82.

1547 Vgl. *Kapp*, Kartellrecht, 2005, S. 82; zur Meistbegünstigung im Licht der Vertikal-GVO: *Kurth*, WuW 2003, S. 29 ff.

unbedenklich, weil sie die Chance weiter Bevölkerungskreise erhöhen, *eigenwirtschaftlich* an der Teilhabe insbesondere an existenziellen Gütern des alltäglichen Bedarfs teilzuhaben. Die Festsetzung von Höchstverkaufspreisen seitens des Lieferanten liege insoweit letztlich nur im Interesse der Abnehmer und der Verbraucher.[1548] Zudem können sie dazu beitragen, das Problem der *double marginalisation* zu lösen, das sich ergibt, wenn Lieferant und Händler die Preisentscheidung unabhängig voneinander vornehmen, ohne die Auswirkungen der Preishöhe zu berücksichtigen.[1549] Wettbewerbspolitisch können Höchstpreisbindungen sinnvoll sein, um zu verhindern, dass der Handel den Verkaufspreis für Markenartikel besonders hoch hält, um dadurch den Absatz für seine eigenen Handelsmarken (No-Name-Produkte) zu erhöhen.[1550] Unter diesen Voraussetzungen ist dem Vertriebsmittler sowohl für die Markenartikel als auch für die eigenen Handelsmarken eine größtmögliche Entscheidungsautonomie gewährleistet: In seiner Funktion als „*double agent*“ kann er den Preisabstand zwischen den Produkten festsetzen.[1551] Vor allem aber können Höchstpreisbindungen dazu beitragen, das Problem des „*Freeridings*“ einzudämmen, das sich daraus ergibt, dass Kunden Produktinformationen von einem Geschäft mit umfassendem Serviceangebot einholen und das nachgefragte Produkt anschließend bei einem anderen Händler erwerben, der es durch Einsparung von Serviceleistungen zu einem besonders günstigen Preis anbieten kann (Trittbrettfahrer-Verhalten).[1552] Höchstpreisbindungen können hier dazu beitragen, dass die Händler nicht mehr über den Preis, sondern verstärkt über den Service in Wettbewerb treten. [1553]

Demgegenüber werden Mindestpreise für wettbewerbsschädlich befunden, weil sie jedenfalls die Tendenz haben, insbesondere einkommensschwache Bevölkerungskreise von bestimmten Waren und Dienstleistungen abzuschirmen und durch die Unterbin-

---

1548 Vgl. *Emmerich*, Kartellrecht, § 5, Rn. 6.

1549 Vgl. *Kirchhain*, WuW 2008, S. 167, 173.

1550 Vgl. *Kirchhain*, WuW 2008, S. 167, 173.

1551 Vgl. *Kirchhain*, WuW 2008, S. 167, 173.

1552 Vgl. *Kirchhain*, WuW 2008, S. 167, 173.

1553 Vgl. *Kirchhain*, WuW 2008, S. 167, 173.

dung des Preiswettbewerbs nicht nur überkommene Wirtschaftsstrukturen konservieren, sondern Marktzutrittsbarrieren generieren und protektionistisch zu wirken. Soweit der Wettbewerb durch die Erleichterung des Marktzutritts gefördert wird, hält die europäische Judikatur Tatbestandseinschränkungen bei vertikalen Maßnahmen für geboten.[1554] Mindestpreise haben insoweit tendenziell eine antizyklische Wirkung, können einen (überfälligen) Strukturwandel hemmen und *dadurch* zu Standortnachteile gegenüber vergleichbaren Wirtschaftsstandorten führen.

Nach diesseitiger Ansicht darf sich die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Preisbindungen letztlich nicht zu einseitig darauf fokussieren, dass der Verbraucher aus seiner Sicht günstige Preise vorfindet. Nicht weniger bedeutsam erscheint die Einbindung weiter Bevölkerungskreise in den aktiven Produktions- und Wertschöpfungsprozess, die ihrerseits grundlegende Voraussetzung für die Erzielung von Erwerbseinkommen ist.

**cc) Änderungsvorschläge der Kommission zu Mindest- und Festpreisbindungen**

Aus der Änderung der VGVO und insbesondere den neuen Ausführungen zur vertikalen Preisbindung in den Leitlinien im Kapitel zur individuellen Bewertung vertikaler Beschränkungen am Maßstab der Legalausnahme des Art. 101 Abs. 3 AEUV lässt sich ein Trend entnehmen, bei der Zulässigkeit von Mindest- und Festpreisbindungen stärker danach zu differenzieren, ob es im Einzelfall zu Effizienzgewinnen kommt.[1555] Als Beispiel effizienzgenerierender Mindest- und Festpreisbindungen nennt sie die Einführung eines neuen Produktes auf dem Markt oder den Eintritt in einen neuen (geographischen) Markt.[1556] Der Händler erhalte in diesem Falle einen Anreiz zur intensiveren Verkaufsförderung des neuen Produktes und trage somit zu der im Interesse des Verbrauchers liegenden erfolgreichen Markteinführung bei.[1557] Die Darlegungs- und

---

1554 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 112ff.

1555 Vgl. *Schultze*, BB 2009, S. 2266, 2267.

1556 Vgl. *Schultze*, BB 2009, S. 2266, 2267.

1557 Vgl. *Schultze*, BB 2009, S. 2266, 2267.

Beweislast für das Vorliegen aller notwendigen Voraussetzungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV trägt auch nach dem 31.05.2010 das Unternehmen.[1558] Dem Unternehmen obliegt es deshalb auch, zu den erwarteten Effizienzgewinnen substantiiert vorzutragen und entsprechende Nachweise zu erbringen.[1559] Gelingt dem Unternehmen der entsprechende Nachweis, darf die Kommission die negativen Auswirkungen der vertikalen Preisbindung nicht einfach vermuten, sondern muss prüfen, ob die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV vorliegen.[1560] Wenngleich die Regelung der VGVO zur vertikalen Preisbindung als unverändert streng einzustufen ist, eröffnen die Leitlinien in der Praxis zumindest einen gewissen Raum für eine erfolgreiche Verteidigung von Fest- und Mindestweiterverkaufspreisen im Einzelfall.[1561]

### dc) Festpreisbindung bei Franchisevereinbarungen

Eine unterschiedliche Vertriebsstufen betreffende und somit als vertikal zu qualifizierende Wettbewerbsbeschränkung ist auch beim Franchising, beim Handelsvertreter[1562] und bei zahlreichen Lizenzverträgen gegeben. Im Bereich Franchising hat die VGVO die bis zu ihrem Inkrafttreten maßgebliche VO (EWG) Nr. 4087/88[1563] ersetzt. Franchisevereinbarungen unterfallen dem Anwendungsbereich der GVGO nach Art. 1f VO 2790/1999. Soweit der Franchisegeber den Franchisenehmern ausschließlich eine Geschäftsmethode und die damit zusammenhängenden geistigen Eigentumsrechte lizensiert, kommt es nicht auf den Marktanteil des Franchisegebers - bezogen auf den Markt für die Lizenzierung derartiger Geschäftsmethoden an, sondern ausschließlich auf den

---

1558 Vgl. *Schultze*, BB 2009, S. 2266, 2268.

1559 Vgl. *Schultze*, BB 2009, S. 2266, 2267 f.

1560 Vgl. *Schultze*, BB 2009, S. 2266, 2268.

1561 Vgl. *Schultze*, BB 2009, S. 2266, 2268.

1562 Das für Handelsvertreterverträge maßgebliche Kartellrecht ist in den Tz. 12-21 der Entwurfs-Leitlinien zusammengefasst und reflektiert insbesondere die jüngere hierzu relevante Rechtsprechung des EuG - *EuG*, Urteil v. 15.09.2005, Rs. T-325/01 (*DaimlerChrysler/Kommission*) - und des EuGH - *EuGH*, Urteil v. 14.12.2006, Rs. C-217/05 (*CEPSA I*) und *EuGH*, Urteil v. 11.09.2008, Rs. 279/06 (*CEPSA II*) -.

1563 Vgl. *ABl.* 1988 L 359,46.

Verkaufsmarkt, auf dem der Franchisenehmer die lizensierten Geschäftsmethoden verwendet.[1564] Seit der Änderung der VGVO kann beim Franchising und vergleichbaren Systemen wie beispielsweise im selektiven Vertrieb die Vorgabe fester Wiederverkaufspreise künftig kartellrechtlich zulässig sein.[1565] Als Beispiel einer kartellrechtlich zulässigen Praxis kommt hier einerseits in Betracht, dass für einen vergleichsweise kurzen Zeitraum (2 bis 4 Wochen) eine Sonderangebotskampagne koordiniert werden soll.[1566] Andererseits ist daran zu denken, dass ein großer Händler ein bestimmtes Markenprodukt als Lockvogel (*„loss leader"*) zur Steigerung seines Gesamtabsatzes nutzt.[1567] In diesen Fällen hat die Festpreisbindung angesichts der kurzen Zeitdauer entweder gar keine (spürbaren) negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb oder sie ist im Sinne eines Mehrmarkenwettbewerbes letztlich im Interesse des Endkunden.[1568] Wie auch in anderen Bereichen der vertikalen Preisbindung lässt sich auch hier eine allgemeine Tendenz der Kommission vom Negativen zum Positiven ausmachen.[1569]

### 2) Bezwecken oder Bewirken

Die Vereinbarung, der Beschluss oder das abgestimmte Verhalten muss eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Während die Variante der Bezweckens diesbezüglich alle Verhaltensweisen erfasst, bei denen eine Beschränkung des Wettbewerbs ohne weiteres anzunehmen ist, bezieht sich die Variante des Bewirkens auf Konstellationen, in denen erst auf Grundlage einer Würdigung der Umstände des Einzelfalles von einem wettbewerbsbeschränkenden Effekt auszugehen ist.[1570]

---

1564 Vgl. *Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 74.

1565 Vgl. *Schultze*, BB 2009, S. 2266, 2268.

1566 Vgl. *Schultze*, BB 2009, S. 2266, 2268.

1567 Vgl. *Schultze*, BB 2009, S. 2266, 2268.

1568 Vgl. *Schultze*, BB 2009, S. 2266, 2268.

1569 Vgl. *Schultze*, BB 2009, S. 2266, 2268.

1570 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer*, EG-Wettbewerbsrecht, 2006, § 1, Rn. 155.

Ein Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung, deren Annahme unter Bezugnahme auf die Entscheidungspraxis der Kommission und die Judikatur des EuGH auf objektive Umstände zu stützen ist und etwaige von den Beteiligten verfolgte Absichten vernachlässigen kann, ist im Vertikalverhältnis beispielsweise bei einer „Preisbindung der zweiten Hand“ anzunehmen, welche dem Abnehmer/ Händler/ Vertriebsmittler verbindliche Vorgaben in Bezug auf die bei einem Weiterverkauf zu berechnenden Preise macht: Hier ist nach der Praxis der Gemeinschaftsorgane eine besondere Analyse der Marktwirkungen der Abrede und insbesondere eine Marktabgrenzung nicht erforderlich.[1571]

Lässt sich im Einzelfall nicht feststellen, dass eine Beschränkung des Wettbewerbs von den Beteiligten bezweckt ist, so sind die *Auswirkungen* des in Rede stehenden Marktverhaltens zu untersuchen.[1572] Damit das Marktverhalten vom Kartellverbot erfasst ist, muss der Wettbewerb insgesamt tatsächlich spürbar vermindert, eingeschränkt oder verfälscht worden sein.[1573] Die Wirkungen sind dabei stets im wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang zu betrachten, in dem das Marktverhalten steht und zusammen mit anderen zu einer kumulativen Auswirkung auf den Wettbewerb führen können.[1574] Anders als bei der Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung setzt die Beurteilung der Wirkung einer Vereinbarung eine eingehende Analyse der Marktbedingungen voraus.[1575] Nach Ansicht des EuGH müsse dabei zunächst eine Abgrenzung des relevanten Marktes erfolgen, sodann die Bedeutung des in Rede stehenden Vertrages und gleichartiger Verträge auf dem relevanten Markt ermittelt werden und schließlich der Frage nachgegangen werden, ob Dritten bei der Berücksichtigung ganzer „Bündel“ gleichartiger Verträge die Möglichkeit des Marktzutritts verwehrt sei.[1576] Soweit die Prüfung aller auf dem Markt bestehenden gleich-

---

1571 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer*, EG-Wettbewerbsrecht, 2006, § 1, Rn. 158.

1572 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer*, EG-Wettbewerbsrecht, 2006, § 1, Rn. 159.

1573 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer*, EG-Wettbewerbsrecht, 2006, § 1, Rn. 159.

1574 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer*, EG-Wettbewerbsrecht, 2006, § 1, Rn. 159.

1575 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer*, EG-Wettbewerbsrecht, 2006, § 1, Rn. 160.

1576 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer*, EG-Wettbewerbsrecht, 2006, § 1, Rn. 160.

artigen Verträge sowie der übrigen Begleitumstände zum Ergebnis führt, dass die fokussierten Verträge nicht die kumulative Wirkung hätten, neuen und ausländischen Mitbewerbern den Zugang zum Markt zu verschließen, so könnten die einzelnen zu einem Vertragsbündel zählenden Verträge den Wettbewerb nicht i. S. von Art. 101 Abs. 1 AEUV beeinträchtigen.[1577]

Ist eine Einschränkung wettbewerblicher Handlungsfreiheiten unmittelbar Gegenstand von Vertragspflichten der Beteiligten, so ist im Ergebnis ohne weiteres vom Bestehen eines wettbewerbsbeschränkenden Zwecks i. S. des Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB auszugehen.[1578] Dementsprechend verzichtet die Praxis der Gemeinschaftsorgane beim Vorliegen einer Kernbeschränkung grundsätzlich auf eine nähere Marktanalyse und insbesondere auf eine Abgrenzung des relevanten Marktes.[1579] Eine derartige, an objektiven Kriterien orientierte Auslegung des Merkmals der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung ist seit dem Regime der 7. GWB-Novelle wegen der Angleichung des § 1 GWB an Art. 101 Abs. 1 AEUV auch für das deutsche Recht zu befürworten.[1580]

---

1577 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer,* EG-Wettbewerbsrecht, 2006, § 1, Rn. 160.

1578 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer,* EG-Wettbewerbsrecht, 2006, § 1, Rn. 160.

1579 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer,* EG-Wettbewerbsrecht, 2006, § 1, Rn. 160.

1580 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Zimmer,* EG-Wettbewerbsrecht, 2006, § 1, Rn. 160.

## D) Preisbegrenzungsmaßnahmen als verbotene Preisbindungen i.S. des § 1 GWB n.F.

### I) Initiierung der Preisbegrenzung durch den Lieferer oder Leistungserbringer

#### 1) Weiterlieferung der aufgrund des Erstvertrags gelieferten Waren als Gegenstand der Preisbegrenzung

##### a) Ausnahmen vom Anwendungsbereich des § 1 GWB n.F. unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen auf die Zulässigkeit von Preisbegrenzungsmaßnahmen

###### aa) Ausnahmen aufgrund der Lehre von den „Institutionellen Gegebenheiten“

###### (1) Handelsvertreter

###### (a) Bewertung aus Sicht des „More economic approach“

###### (aa) Effizienzvorteile durch Dezentralisierung und Verselbständigung

Im Zuge der fortschreitenden Globalisierung der Wirtschaft werden die Margen knapper. Viele Unternehmen beschreiten daher den Weg, den Vertrieb zu dezentralisieren und zu verselbständigen.[1581] Betriebswirtschaftlich lässt sich hier durchaus von Outsourcing[1582] sprechen. Neben Handelsvertretern (§§ 1, 84 HGB) kommen dabei auch Kommissionäre und Eigenhändler zum Einsatz. Ebenso wie die Kommissionsagenten sind letztere bei wirtschaftlicher Betrachtung den „echten“ Handelsvertretern gleich gestellt.[1583] Der „echte“ Handelsvertreter schließt die Geschäfte (regelmäßig) im Namen *und* auf Rechnung des Herstellers: Seine Tätigkeit ist im Grunde genommen auf die Einholung der den Geschäftsabschluss besiegelnden Unterschrift beschränkt.

---

1581 Vgl. zur jüngeren Entwicklung im Bereich der Vertriebsbindungen: *Büttner*, Vertriebsbindungen, 2004, S. 1 ff.

1582 Vgl. zur Problematik des Outsourcing in betriebswirtschaftlicher Hinsicht: Köhler/Küpper/Pfingsten-*Mellewigt*, Betriebswirtschaft, 2007, S. 1326 ff.

1583 Vgl. Mäger-*S. Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 88.

Durch Dezentralisierung und Verselbständigung des Vertriebs bietet sich den Unternehmen grundsätzlich der Vorteil, dass sie sich auf ihre eigentlichen Stärken konzentrieren (Spezialisierung auf Kernaufgaben) und ihr firmenspezifisches Risikoportefeuille optimieren können. Infolge einer günstigeren Struktur von Chancen und Risiken verbessern sich ihre Chancen, Fremdkapital zu akquirieren und die Fremdkapitalkosten zu reduzieren. Insgesamt folgt die Dezentralisierung und Verselbständigung der Vertriebsorganisation dem spätestens seit der Millenniumswende zu konstatierenden Trend zu einer erhöhten Fremdkapitalausstattung der Unternehmen sowie zu einer Entkoppelung von Chancen und Risiken, wie sie bedauerlicherweise auch in der jüngsten Finanz- und Wirtschaftskrise[1584] ursächlich geworden ist. Die erhöhte Fremdkapitalausstattung führt insbesondere über die Erzielung von Leverage-Effekten[1585] zu einer höheren Rendite, zu einer höheren Unternehmensattraktivität aus Sicht international agierender Investoren und - last but not laest - zu einem höheren Unternehmenswert. Die Dezentralisierung und Verselbständigung der Vertriebsorganisation kann insoweit insbesondere aus Sicht des „More economic approach“ in wettbewerblicher Sicht als positiv beurteilt werden, da sie die wettbewerbliche Position der Beteiligten stärkt und den Wettbewerb fördert: Während sie dem Hersteller hilft, sich auf Kernaufgaben zu konzentrieren und infolgedessen die Produktqualität zu verbessern, erleichtert sie dem Vertriebsmittler den Marktzugang. Zudem kann der höhere Unternehmenswert dazu beitragen, dass die Unternehmensfinanzen konsolidiert werden und die Beschäftigungsverhältnisse stabil bleiben.

---

1584 Bereits zu Beginn des Jahres 2007 haben Finanzexperten den zunehmenden Umfang der Fremdkapitalfinanzierung mit Sorge betrachtet, weil diese Finanzierungsform mit kaum vorhersehbaren Risiken für die betroffenen Unternehmen verbunden ist; Vgl. „BaFin sieht Gefahren durch Finanzinvestoren“, Die Welt vom 13.01.2007, S. 11.

1585 Unter dem Begriff des Leverage-Effektes lassen sich jene ökonomischen Wirkungen subsumieren, die beim Einsatz von Wertpapiertransaktionen oder beim Kauf von Finanztiteln wie beispielsweise Terminkontrakten oder Anleihen dadurch erzielt werden, dass die Titel selbst als Sicherheit dienen. Die Hebelung des Eigenkapitals wird insbesondere über Kreditaufnahmen und Futures erreicht. Leverage-Effekte werden durch eine vergleichsweise höhere Fremdkapitalausstattung möglich; vgl. *Assmussen*, BB 2004, S. 1, 1; *Berger*/*Steck*, ZBB 2003, S. 192, 193; *Lang*, WM 2004, S. 53, 58; *Spindler*/ *Bednarz*, Hedge-Fonds, WM 2006, S. 553, 553; spezieller zur Wirkungsweise von Leverage-Effekten: MK-*Oechsler*, AktG, 2003, § 71, Rn. 5; *Steinmüller*, Hedge-Fonds, 2005, S. 19 (3. Kapitel, B.: II.: 3.: a)); *Von Livonius*, WM 2004, S. 60, 61.

**(bb) Effizienzvorteile durch Spezialisierung**

Aus wettbewerblicher Sicht nicht minder positiv ist die infolge der Dezentralisierung und Verselbständigung mögliche Spezialisierung des Herstellers zu bewerten: Indem sich der Hersteller auf eine bestimmte Kernaufgabe konzentriert, kann er seine personalen und sächlichen Ressourcen stärker auf die optimierte Erfüllung dieser Kernaufgabe richten. Infolgedessen können sich Effizienzvorteile ergeben und technologische Innovationen generiert werden, die dem Hersteller unter Umständen einen Übergang vom reinen Preiswettbewerb auf den Technologiewettbewerb ermöglichen. Letzterer kann bekanntermaßen leichter gewonnen werden als ein nicht selten ruinöser Preiswettbewerb. Technologische Innovationen kommen dem Unternehmensimage zu Gute, helfen das Preisniveau des gesamten Produktportefeuilles zu stabilisieren und können letztlich dazu beitragen, dass die globalisierungsbedingt gesunken Margen jedenfalls nicht weiter sinken.

**(b) Wirtschaftliche Einheit als Voraussetzung der kartellrechtlichen Privilegierung**

Vor dargestelltem Hintergrund erscheint seit In-Kraft-Treten der 7. GWB-Novelle[1586] und der VGVO eine Neubewertung veranlasst, ob dezentralisierte und verselbständigte Vertriebsstrukturen wie der Handelsvertreter, der Kommissionär, der Eigenhändler und der Franchisenehmer dem Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV, §§ 1, 2 GWB unterfallen. Denn die Anwendung der genannten wettbewerbsrechtlichen Vorschriften steht grundsätzlich unter der Prämisse, dass sich Hersteller und Vertriebsmittler ohne die in Rede stehende wettbewerbsrechtlich relevante Transaktion als selbstständige Wirtschaftssubjekte konfrontativ gegenüberstehen. Vor dem Hintergrund, dass Art. 101 Abs. 1 AEUV seinem Wortlaut zufolge lediglich Tatbestandshandlungen zwischen (selbständigen) Unternehmen und nicht innerhalb eines (identischen) Unternehmens erfasst, kommt es hier auf das Kriterium der wirtschaftlichen Einheit an, das die Anwendbarkeit des Art. 101 Abs. 1 AEUV ausschließt, wenn es an

---

[1586] Vgl. insoweit auch *Bechtold*, NJW 2007, S. 3761 ff.: Zur Entwicklung des deutschen Kartellrechts unter dem Regime der 7. GWB-Novelle.

der Unabhängigkeit im Marktverhalten fehlt.[1587] Das Kriterium der wirtschaftlichen Einheit dient dabei auch als dogmatischer Ansatz für die kartellrechtliche Privilegierung des Handelsvertreter- oder Kommissionsverhältnisses.[1588] Der Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV ist grundsätzlich nur dann eröffnet, wenn eine Vereinbarung zwischen unabhängigen Unternehmen geschlossen wird, die selbständig und eigenständig im Wettbewerb auftreten.[1589] Das ist nicht der Fall, wenn ein Unternehmen mit (echten) Handelsvertretern, Kommissionsagenten und Kommissionären tätig wird.[1590] Art. 101 AEUV setzt vielmehr voraus, dass der Vertriebsmittler im eigenen Namen *und* auf eigene Rechnung tätig wird, was grundsätzlich nur beim Eigenhändler der Fall ist.[1591] Art. 101 Abs. 1 AEUV steht insoweit unter der Prämisse, dass ein Vertragspartner durch die Vertriebsvereinbarung in seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit beschränkt wird, die beim (echten) Handelsvertreter bereits durch die Weisungsgebundenheit gegenüber dem Prinzipal[1592] (§ 86 Abs. 1 HGB i. V. m. §§ 675, 665 BGB) beschränkt ist.[1593] Die den Handelsvertretervertrag begleitende Wettbewerbsverbote bzw. Ausschließlichkeitsklauseln sind auch unter der neueren Rechtsprechung des EuG[1594], die das Kriterium der Risikoverteilung mehr quantitativ versteht und ein nicht näher spezifiziertes Maß an Risiken zulässt, allein dann zu rechtfertigen, wenn seine Stellung der eines in das Unternehmen des Prinzipals eingegliederten Hilfsorgans entspricht, die der eines Arbeitnehmers ähnlich ist.

---

1587 Vgl. *Bechthold*/*Brinker*/*Bosch*/*Hirsbrunner,* EG-Kartellrecht, 2009, Art. 81, Rn. 51 f.

1588 Vgl. *Bechthold*/*Brinker*/*Bosch*/*Hirsbrunner,* EG-Kartellrecht, 2009, Art. 81, Rn. 53 f.

1589 Vgl. *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 101 AEUV, Rn. 91.

1590 Vgl. *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 101 AEUV, Rn. 91.

1591 Vgl. *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 101 AEUV, Rn. 91.

1592 Soweit im Folgenden vom Prinzipal gesprochen wird, ist damit die in der jeweiligen Vertriebshierarchie höchste und weisungsgebende Instanz gemeint.

1593 Vgl. *Brinker*/*Siegert,* VersR 2006, S. 30, 32; *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 101 AEUV, Rn. 92.

1594 Vgl. *EuG,* Rs. T-325/01 (*Daimler/Chrysler*), WuW/E EuR 933, 934 f. (Tz. 86 ff.) = Slg. 2005, S. II-3319.

**(c) Rechtsprechung des EuGH**

Der *EuGH*[1595] stellt in diesem Zusammenhang überwiegend auf den Grad der Einbindung bzw. Integration des Vertriebsmittlers in die Vertriebsorganisation des Herstellers und die daraus resultierende Weisungsgebundenheit des Vertriebsmittlers ab (Eingliederungstheorie[1596]).[1597] Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen dem in die Absatzorganisation eingegliederten (echten) Handelsvertreter und dem Prinzipal werden als unternehmensintern qualifiziert.[1598] In seiner ständigen Judikatur gelangt der EuGH insoweit zum Ergebnis, dass der „echte" Handelsvertreter wegen seiner vergleichsweise starken Einbindung in die Vertriebsorganisation des Herstellers nicht dem Anwendungsbereich von Art. 101 AEUV, §§ 1, 2 GWB unterfällt.

In Konsequenz der vorgenannten Judikatur werden sämtliche dem „echten" Handelsvertreter hinsichtlich des Vertragsschlusses im Außenverhältnis zum Kunden auferlegten Verpflichtungen wie insbesondere Preis- und Konditionenbindungen (Festlegung der Preise und Bedingungen, zu denen der Vertriebsmittler die Waren verkaufen oder beziehen darf) grundsätzlich als kartellrechtsneutraler Bestandteil eines „echten" Handelsvertretervertrages betrachtet.[1599] Auch unter dem Regime der 7. und 8. GWB-Novelle dürfte dabei indessen stets zu prüfen sein, ob der Prinzipal wirklich beim „unechten" Handelsvertreter die Festlegung der Preise und Konditionen aus der Hand gegeben hat: Handelt es sich um einen echten Vermittlungshandelsvertreter, der keine Abschlussvollmacht hat und das vermittelte Geschäft dem Prinzipal zum Abschluss

---

1595 Vgl. *EuGH*, Urteil v. 16.12.1975, Rs. C-40/73 (*Zucker*), Slg. 1975, S. I-1663, 2024 f. (Tz. 19 ff.); *EuGH* (*Italienische Klage*), Slg. 1966, S. I-457, 485 f.; *EuGH*, Entscheidung v. 13.07.1966, Rs. 56/94 u. 58/64 (*Grundig/Consten*), Slg. 1966, S. I-321, 387 f.; *EuG*, Urteil v. 15.09.2005, Rs. T-325/01 (*Daimler/Chrysler*), WuW/E EuR 933, 934 f. (Tz. 86 ff.) = Slg. 2005, S. II-3319 ff.

1596 Vgl. *Bechthold*/*Brinker*/*Bosch*/*Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2009, Art. 81 EG, Rn. 53.

1597 Vgl. *Kapp*, WuW 2007, S. 1218 ff.; *Kapp/Schumacher*, EuZW 2008, S. 167 ff.

1598 Vgl. *Bechthold*/*Brinker*/*Bosch*/*Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2009, Art. 81 EG, Rn. 53.

1599 Vgl. *Kapp*, Kartellrecht, 2005, S. 76.

vorlegt, kann insoweit keine nach Art. 101 Abs. 1 AEUV relevante Preis- und Konditionenbindung vorliegen.[1600] Neben der Freigabe der Verkaufspreise dürfte beim „echten Handelsvertreter“ auch eine Provisionsweitergabe nicht mit dessen Interessenwahrungspflicht gegenüber dem Geschäftsherrn vereinbar sein, so dass ein entsprechendes Weitergabeverbot deshalb kartellrechtlich zulässig sein wird.[1601] Auf Grundlage von Provisionsabgabeverboten wird den Vermittlern untersagt, ihren Kunden Preisnachlässe auf Versicherungsprodukte zu gewähren, indem Teil der durch die Versicherer gezahlten Provisionen an ihre Kunden weitergegeben werden.[1602] Eine Provisionsweitergabe hat zur Folge, dass der Versicherungspreis gegenüber dem Kunden reduziert wird.[1603] Das aus Sicht der Kommission kartellrechtlich unzulässige Verbot der Provisionsteilung führt nach deren Ansicht zur Ausschaltung des Preiswettbewerbs unter den Vermittlern und ist deshalb jedenfalls bei „unechten“ Handelsvertretern als kartellrechtlich problematisch zu bewerten.

Vereinbarungen im vorgenannten Sinne sind keine Wettbewerbsbeschränkungen i. S. des Art. 101 Abs. 1 AEUV, da sie letztlich unerlässlich sind, um es dem Geschäftsherrn, der die essentiellen wirtschaftlichen Risiken übernimmt, zu ermöglichen, die Geschäftsstrategie festzulegen und durchzusetzen.[1604] Soweit der Vertriebsmittler trotz seiner Stellung als selbständiger Gewerbetreibender (§ 86 Abs. 1 HGB) im Großen und Ganzen dem Direktionsrecht des Prinzipals unterliegt und nach Maßgabe der ihm erteilten Weisungen handelt, erscheint dieses Ergebnis nur sachgerecht.

---

1600 Vgl. *Bechthold*/*Brinker*/*Bosch*/*Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2009, Art. 81 EG, Rn. 56.

1601 Vgl. *Kapp*, Kartellrecht, 2005, S. 77, *Kapp*/*Schumacher*, WuW 2007, S. 26 ff.

1602 Vgl. *Stancke*, VersR 2009, S. 1168, 1173.

1603 Vgl. *Kapp*/*Schumacher*, WuW 2007, S. 26 f.; *Stancke*, VersR 2009, S. 1168, 1173.

1604 Vgl. Mäger-*S. Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 89 (unter Bezugnahme auf vLL, Rn. 18).

### (d) Entscheidungspraxis der Kommission

#### (aa) Fehlendes Unternehmerrisiko als Voraussetzung kartellrechtlicher Privilegierung

In jüngerer Zeit stellt demgegenüber die Kommission verstärkt darauf ab, wie es um die spezifische Verteilung der Risiken zwischen dem Vertriebsmittler und dem Prinzipal bestellt ist.[1605] Um an der kartellrechtlichen Privilegierung teilzuhaben und seinen Status als „echter" Handelsvertreter zu bewahren, darf der Vertriebsmittler keine oder allenfalls unbedeutende Risiken für die vermittelten Geschäfte und vertriebstypischen Investitionen tragen.[1606] Die Kommission vertritt diesbezüglich die Ansicht, dass ein Handelsvertreter im Hinblick auf die vermittelten bzw. abgeschlossenen Geschäfte typischerweise kein eigenes unternehmerisches Risiko trägt und der das unternehmerische Risiko tragende Geschäftsherr ein legitimes Interesse daran hat, dem Handelsvertreter Vorgaben hinsichtlich von dessen Aktivitäten zu machen.[1607] In wirtschaftlicher Hinsicht erscheint danach die Preis- und Konditionenbindung erforderlich: Wegen der vom Handelsvertreter geleisteten Vermittlung wird (ausschließlich) der Prinzipal Geschäftspartner des Endkunden und trägt damit das wirtschaftliche Risiko der Vereinbarung.[1608] Ob der Vertriebsmittler dabei für einen oder mehrere Geschäftsherrn bzw. Auftraggeber tätig wird, soll nach der in Tz. 13 der Leitlinien zur VVGO zum Ausdruck gebrachten Rechtsansicht unerheblich sein.[1609] Wer die aus seiner Geschäftstätigkeit resultierenden Risiken selbst trägt, weil er beispielsweise im eigenen Namen und für eigene Rechnung handelt, muss sich folgerichtig auch als selbständiges Unternehmer im Sinne der einschlägigen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften behandeln lassen. Der Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV ist demnach nur dann nicht eröffnet, wenn der Vertriebsmittler keine Risiken in Bezug auf die vermittelten Geschäfte und in Bezug auf die geschäftsspezifischen Investitionen für das in Rede stehende Geschäft trägt (Tz. 13f. Leitlinien). Angesichts dessen muss sich der

---

1605 Vgl. *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 101 AEUV, Rn. 61f.

1606 Vgl. *Bechthold*/*Brinker*/*Bosch*/*Hirsbrunner,* EG-Kartellrecht, 2009, Art. 81 EG, Rn. 55.

1607 Vgl. Mäger-*S. Mäger,* Kartellrecht, 2006, S. 88.

1608 Vgl. *Brinker*/*Siegert,* VersR 2006, S. 30, 32.

1609 Vgl. *Bechthold*/*Brinker*/*Bosch*/*Hirsbrunner,* EG-Kartellrecht, 2009, Art. 81 EG, Rn. 55.

„unechte“ Handelsvertreter als Unternehmen i.S. des Art. 101 AEUV, §§ 1, 2 GWB behandeln lassen, um eine Kohärenz der mit dem jeweiligen Geschäft verbundenen Chancen und Risiken zu gewährleisten: Wer die finanziellen und wirtschaftlichen Folgen der Verwirklichung geschäftsspezifischer Risiko trägt, der muss diese Risiko folgerichtig auch steuern können. Ein gegenteiliges Ergebnis wäre mit der verfassungsrechtlich geschützten Privatautonomie nicht vereinbar und würde einem zivilrechtlich unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter nahekommen.

**(bb) Katalog der 7 Negativkriterien**

Der (formaljuristische) Rückgriff auf einen Handelsvertretervertrag genügt für sich genommen nicht aus, um die Anwendung des Art. 101 Abs. 1 AEUV auszuschließen.[1610] Vielmehr kommt es auf die rechtliche und tatsächliche Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen im Einzelfall an.[1611] Zur möglichst präzisen Abgrenzung zwischen der „echten“ und der „unechten“ Handelsvertretung enthalten die Vertikal-Leitlinien einen auch „Schwarze Liste“ genannten und nach diesseitiger Ansicht nicht abschließenden Negativkatalog. Ein „echtes“ Handelsvertreterverhältnis ist demnach nur dann anzunehmen, wenn der Vertriebsmittler - *erstens* - nicht an den Kosten der Lieferung der betreffenden Waren einschließlich der Transportkosten beteiligt ist, - *zweitens* - nicht auf eigenes Risiko ein Vorratslager für die Waren unterhält, - *drittens* – keine Produkthaftung übernimmt, - *viertens* – grundsätzlich keine Haftung für die Erfüllung der Vertragspflichten durch Kunden übernimmt, - *fünftens* – nicht in verkaufsfördernde Maßnahmen investiert, - *sechstens* - nicht in marktspezifische Ausrüstungen, Räumlichkeiten oder Mitarbeiterschulungen investiert und - *siebtens* - keine anderen Tätigkeiten auf Verlangen des Auftraggebers auf demselben sachlich relevanten Markt wahrnehmen muss (mit Ausnahme des Verlustes seiner Provision). Das nicht unproblematische Kriterium der „Tätigung *marktspezifischer* Investitionen“ soll nach Ansicht der Kommission vorliegen, wenn sich die in Rede stehende Investition nach Geschäfts-

---

1610 Vgl. Mäger-*S. Mäger,* Kartellrecht, 2006, S. 88.

1611 Vgl. Mäger-*S. Mäger,* Kartellrecht, 2006, S. 88.

aufgabe nicht mehr amortisieren kann, wie es beispielsweise bei dem Erwerb von Benzintanks durch einen Tankstellenpächter oder beim Erwerb spezieller Software durch Versicherungsvertreter anzunehmen ist.[1612]

Erfüllt der Handelsvertreter lediglich eines dieser sieben Negativkriterien, liegt ein „unechtes" Handelsvertreterverhältnis vor, auf das Art. 101 AEUV grundsätzlich anwendbar ist.[1613] Grundsätzlich darf der Handelsvertreter hinsichtlich der Geschäftsabschlüsse mit Dritten neben dem Risiko, bei unzureichender Vermittlertätigkeit geringere Provisionseinnahmen zu erzielen, keine finanziellen oder geschäftlichen Risiken auf Grund seiner Vermittlungstätigkeit tragen.[1614] Ist demgegenüber keines der einschlägigen Negativkriterien erfüllt, so sind Beschränkungen des Vertreters hinsichtlich seines Tätigkeitsgebiets, hinsichtlich der von ihm zu betreuenden Kunden und - last but not laest - hinsichtlich der Preise und der Bedingungen des vermittelten Geschäfts zulässig.

**(e) Provisionsweitergabeverbot bei unechtem Handelsvertreter als Kernbeschränkung**

Ist nach Maßgabe der vorgenannten sieben Abgrenzungskriterien von einem „unechten" Handelsvertreter auszugehen, soll eine Kernbeschränkung i.S. des Art. 4 VGVO beispielsweise dann vorliegen, wenn es dem *„unechten"* Handelsvertreter von Seiten des Herstellers untersagt wird, seine Provision ganz oder teilweise an den Kunden weiterzugeben.[1615] Damit dem „unechten" Handelsvertreter die verfassungsrechtlich gebotene Preisgestaltungsfreiheit zu gewährleisten, genügt hier die Konzession des Prinzipals, die Provision an die Kunden weitergeben zu dürfen.[1616] So bildet auch ein Handelsvertreter, der für mehrere Unternehmen tätig ist, mit der jeweils übergeordneten

---

1612 Vgl. *Kapp*, Kartellrecht, 2005, S. 75 f.

1613 Vgl. *Kapp*, Kartellrecht, 2005, S. 75.

1614 Vgl. Mäger-*S. Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 89.

1615 Vgl. *Kapp*, Kartellrecht, 2005, S. 76.

1616 Vgl. *Bechthold*/*Brinker*/*Bosch*/*Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2009, VO 2790/1999, Rn. 8; Mäger-*S. Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 90;

Stufe keine wirtschaftliche Einheit und muss im Verhältnis zum Prinzipal als Unternehmen qualifiziert werden, so dass ein Provisionsweitergabeverbot in diesem Falle kartellrechtswidrig wäre.[1617] Der „unechte“ Handelsvertreter hat daher die Freiheit, den vom Kunden tatsächlich geschuldeten Preis zu senken, ohne dass dadurch gleichzeitig der Erlös des Geschäftsherrn geschmälert wird.[1618]

**(2) Kartellrechtliche Privilegierung von Kommissionären**

Ebenso wie bei Handelsvertreterverhältnissen kommt es auch bei Kommissionären, die - wie bereits angesprochen - anders als der Handelsvertreter im *eigenen* Namen für fremde Rechnung auftreten, in Übereinstimmung mit den vorstehenden Grundsätzen darauf an, wer nach Maßgabe der sieben Abgrenzungskriterien das wirtschaftliche Risiko und die wirtschaftlichen Folgen der laufenden Geschäftstätigkeit trägt.[1619] Kommissionäre sind seit der Geltung der 7. GWB-Novelle kartellrechtlich wie der Handelsvertreter zu behandeln.[1620] Sie werden nach den Grundsätzen der BGH-Entscheidung in der Rechtssache *Sixt*[1621] kartellrechtlich privilegiert, soweit das gesetzliche Weisungsrecht des Geschäftsherrn reicht.[1622] Nach der von *Säcker*[1623] vertretenen Ansicht soll die kartellrechtliche Privilegierung dabei indessen weniger auf den Schutz handelsrechtlicher Institutionen, sondern allein auf die positiven Wirkungen im Wettbewerb zu stützen sein. Um insbesondere Umgehungstaktiken hinreichend zu erfassen und sonstige Mittlerverträge wie beispielsweise den Kommissionsagenten durch den Anwendungsbereich des § 1 GWB zu erschließen, sind im Rahmen von § 1 GWB die gleichen Maßstäbe (Kriterium der Risikoverteilung) anzusetzen wie im Rahmen des Art. 101 Abs. 1 AEUV.[1624]

---

1617 Vgl. *EuGH* (*VVR/Sociale Dienst*), Urteil v. 01.10.1987, Rs. C-311/85, Slg. 1987, S. I-3801 ff.

1618 Vgl. *Kapp*, Kartellrecht, 2005, S. 76.

1619 Vgl. *Kapp*, Kartellrecht, 2005, S. 77.

1620 Vgl. *Kapp*, Kartellrecht, 2005, S. 77.

1621 Vgl. *BGH* (*Sixt*), BGHZ 140, S. 342 ff. = WuW/E DE-R 264, 268.

1622 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Säcker*, Wettbewerbsrecht , 2008, § 1 GWB, Rn. 48.

1623 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Säcker*, Wettbewerbsrecht , 2008, § 1 GWB, Rn. 48.

1624 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Säcker*, Wettbewerbsrecht , 2008, § 1 GWB, Rn. 48.

**(3) Keine kartellrechtliche Privilegierung von Eigenhändlern**

Soweit Eigenhändler als Vertriebsmittler zum Einsatz kommen, gelangen diese seit der Geltung der 7. GWB-Novelle grundsätzlich nicht in das Privileg einer vertikalen Freistellung.[1625] Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Eigenhändler typischerweise das Risiko aus Lagerhaltung, Vorausdisposition und Kreditausfall seiner Abnehmer trägt.[1626] Trägt der Vertriebsmittler die wirtschaftlichen Risiken des Absatzes und der Vertragsabwicklung, ist er als Eigenhändler und damit als selbständiges Unternehmen i. S. des Art. 101 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren.[1627] Zu diesem Ergebnis muss bei vermeintlichen Handelsvertretern auch dann gelangen, wenn ein Vertriebsverhältnis mit Doppelprägung besteht und der Vertriebsmittler nur teilweise Eigenhändler ist: Das (fehlende) Kriterium der wirtschaftlichen Einheit lässt in diesem Falle die kartellrechtliche Privilegierung insgesamt entfallen.[1628] Insbesondere dann, wenn der Handelsvertreter hinsichtlich der Vertragsware auch als Eigenhändler auftritt, können die vertraglichen Beziehungen zum Prinzipal nach der Rechtsprechung des EuGH[1629] dem Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV unterfallen. Die Abgrenzung ist einzelfallbezogen anhand der Kriterien „Integration“ und „Loyalitätspflicht“ einerseits und „Autonomie“ andererseits vorzunehmen.[1630]

---

1625 Vgl. *Schwarze-Brinker,* EU-Kommentar, Art. 101 AEUV, Rn. 62.

1626 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Säcker*, Wettbewerbsrecht , 2008, § 1 GWB, Rn. 46.

1627 Vgl. *Bechthold*/*Brinker*/*Bosch*/*Hirsbrunner,* EG-Kartellrecht, 2009, Art. 81 EG, Rn. 54.

1628 Vgl. *Bechthold*/*Brinker*/*Bosch*/*Hirsbrunner,* EG-Kartellrecht, 2009, Art. 81 EG, Rn. 54.

1629 Vgl. *EuGH,* Entscheidung v. 24.10.1995, Rs. C-266/93 (*Volkswagen und VAG-Leasing*), Slg. 1995, S. I-3477; *EuGH,* Urteil v. 01.10.1987, Rs. 311/85 (*Vlaamse Reisebureaus*), Slg. 1987, S. I-3821 ff.; *EuGH,* Urteil v. 16.12.1975, Rs. C-40/73 (*Zucker*), Slg. 1975, S. I-1663 ff.; vgl. auch *EuG*, Urteil v. 15.09.2005, Rs. T-325/01 (*Daimler/Chrysler*), WuW/E EuR 933, 934 f. (Tz. 86, 89, 102 u. 116) = Slg. 2005, S. II-3319.

1630 Vgl. Mäger-*S. Mäger,* Kartellrecht, 2006, S. 89.

### (4) Franchisenehmer

#### (a) Konkurrenz der Vertriebsmittler

Eine *vertikale* Wettbewerbsbeschränkung im vorgenannten Sinne liegt beispielsweise dann vor, wenn ein (bundesweit werbender) Hersteller ein zweigleisiges Vertriebssystem unterhält, in dem neben Eigenhändlern[1631] auch Franchisenehmer zum Einsatz gelangen. Franchise-Verträge sind eine Erscheinungsform der bereits angesprochenen Verselbständigung von Vertriebssystemen.[1632] Kern derartiger Franchise-Verträge, die nach Art. 1 Abs. lit e VGVO ausdrücklich von der VGVO erfasst sind und die neben Wettbewerbsverboten insbesondere Absprachen über Preise und Konditionen umfassen können, ist die Lizenzierung der Firmen- und Markenrechte des Franchisegebers sowie die Überlassung dessen Know-hows in dem Vertrieb von Waren oder der Erbringung von Dienstleistungen, wohingegen sich der Franchisenehmer in der Regel zum ausschließlichen Bezug von der Vertragsware des Franchisegebers verpflichten muss.[1633] Dem Franchising liegt gewöhnlich die selbständige Nutzung eines fremden Geschäftsmodells im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu Grunde.[1634] Regelmäßig wird dabei der Franchisenehmer selbst Gewerbetreibender sein.[1635]

Dem Bereich vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen ist dabei in erster Linie das Vertriebsfranchising zuzurechnen, bei dem der Franchisenehmer vom Franchisegeber bezogene Waren ohne Verarbeitung absetzt, wobei es sich in erster Linie oder hauptsächlich um vom Franchisegeber bezogene Waren (Herstellerfranchising) oder um Produkte fremder Hersteller (Händlerfranchising) handeln kann.[1636] Gegenstand des

---

1631 Eigenhändler sind im Gegensatz zu den Franchisenehmern stärker in das Vertriebssystem des Herstellers eingegliedert, vgl. Palandt-*Weidenkaff*, BGB, 2015, Einf v § 581, Rn. 24.

1632 Vgl. Mäger-*S. Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 90.

1633 Vgl. *Emmerich*, 2006, § 5, Rn. 23.

1634 Vgl. Wiedemann-*Kirchhoff*, Handbuch, 2008, § 10, Rn. 52.

1635 Vgl. Palandt-*Weidenkaff*, BGB, 2015, Einf v § 581, Rn. 22.

1636 Vgl. Wiedemann-*Kirchhoff*, Handbuch, 2008, § 10, Rn. 51.

Dienstleistungsfranchisings ist demgegenüber die Erbringung standardisierter Dienstleistungen.[1637]

**(b) Zielkonflikt zwischen Vertriebsfreiheit und Vertragsgestaltungsfreiheit**

Beim Franchising kann sich bezüglich des weniger in das Vertriebssystem des Herstellers integrierten Franchisenehmers ein Zielkonflikt zwischen der Vertriebsfreiheit des Herstellers und der Vertragsgestaltungsfreiheit des Franchisenehmers ergeben, wenn beispielsweise der Hersteller bundesweit ein aggressive Preiskampagne fährt, von der zwar kein rechtlicher Zwang zur Nichtüberschreitung eines bestimmten Preisniveaus, wohl aber ein faktischer Druck ausgeht, die vorgegebenen Preisempfehlungen einzuhalten. Nach dem früheren deutschen Kartellrecht waren Höchstpreisbindungen ebenso nichtig wie sonstige Preisbindungen.[1638] Wie bereits ausgeführt und nunmehr durch § 2 Abs. 2 GWB i. V. mit Art. 4 lit. a HS. 2 VGVO unmissverständlich unterstrichen, gelten Preisempfehlungen[1639] und Höchstpreisbindungen[1640] auch nach den jüngsten Kommissionsvorstellungen[1641] als wettbewerbsrechtlich unschädlich - immer unter der Prämisse, dass sie nicht tatsächlich etwa infolge der Ausübung wirtschaftlichen oder faktischen Drucks wie Fest- oder Mindestverkaufspreise wirken.[1642] Ausnahmsweise kann ein Verstoß gegen das Kartellrecht auch dann vorliegen, wenn Höchstpreise als Orientierungspreis wirken, an den sich die meisten Käufer halten, und

---

1637 Vgl. Wiedemann-*Kirchhoff*, Handbuch, 2008, § 10, Rn. 51.

1638 Vgl. *Kirchhain*, WuW 2008, S. 167, 172.

1639 Der Begriff der Preisempfehlung erfasst die einseitige, ausdrücklich der Sache nach als unverbindlich gekennzeichnete Nennung eines Verkaufspreises mit der Maßgabe, dass es vom Käufer sowohl unterschritten als auch überschritten werden darf, vgl. *Bechthold*/*Brinker*/*Bosch*/*Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2009, VO 2790/1999 Art. 4, Rn. 7; Im Gegensatz zum bisherigen Recht, das die Zulässigkeit *unverbindlicher* Preisempfehlungen nach § 23 GWB a. F. ausdrücklich vorsah, müssen Preisempfehlungen unter dem Regime der 7. GWB-Novelle nicht mehr als unverbindlich hervorgehoben werden: vgl. *Kirchhain*, WuW 2008, S. 167, 176.

1640 Als Höchstpreis gilt unter dem Regime der VGVO die Festsetzung eines Verkaufspreises des Käufers durch den Lieferanten, mit der Maßgabe, dass dieser Preise zwar unterschritten, nicht jedoch überschritten werden darf, vgl. *Bechthold*/*Brinker*/*Bosch*/*Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2009, VO 2790/1999 Art. 4, Rn. 7.

1641 Vgl. *Schultze*, BB 2009, S. 2266, 2266 ff.; *Schwarze-Brinker*, EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 94;

1642 Diese Prämisse lässt sich insbesondere aus Art. 4 lit. a HS. 2 VGVO ableiten und wird von der europäischen Judikatur bestätigt, vgl. *EuG*, (*JCB*), Slg. 1994, S. II-2233, 2276 (Tz. 166 ff.).

sich dadurch ein einheitliches Preisniveau ergibt.[1643] Nach den Feststellungen des EuGH[1644] in der Rechtssache *Pronuptia* darf der Franchisegeber Richtpreise einseitig empfehlen, diese jedoch nicht durch abgestimmte Verhaltensweisen „vereinbaren".

Die wettbewerbsrechtliche Einordnung von Preisempfehlungen und Höchstpreisbindungen dürfte einerseits vor dem Hintergrund zu sehen sein, dass sich auch die Kommission in jüngerer Zeit von den Vorstellungen der Chicago School leiten lässt. Dem Hersteller muss es nach diesseitiger Ansicht ermöglicht sein, verschiedene Vertriebsmodelle zu erproben, um das in allokativer und distributiver Sicht bestgeeignetste Modell zu praktizieren. Die nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG grundrechtlich geschützte Eigentumsgarantie, die dem Grundrechtsträger ein Ausschluss- und Nutzungsrecht gegenüber jedermann (*inter omnes*) verbrieft, erstreckt sich auch auf das geistige Eigentum. In diesem Sinne können neben Marken und geschäftlichem Know-how auch bestimmte Geschäftsmodelle geschützt sein, soweit sie sich denn im Wettbewerb hinreichend deutlich von anderen Geschäftsmodellen abgrenzen lassen. Aus dem verständlichen Interesse des Herstellers, „sein" Geschäftsmodell im Wettbewerb kommerziell bestmöglich zu verwerten, kann sich deshalb gerade beim Franchising ein Zielkonflikt zwischen der Vertriebsfreiheit des Herstellers und der Vertragsgestaltungsfreiheit des Franchisenehmers ergeben, den es nach Maßgabe des geltenden Wettbewerbsrechts aufzulösen gilt.

### (c) Liberalisierung durch Schirm-Gruppenfreistellungsverordnung

Seit der Geltung der 7. GWB-Novelle lässt sich hier die Tendenz zu einer stärkeren Liberalisierung ausmachen, indem - wie bereits angesprochen - Preisempfehlungen und Höchstpreisbindungen unter dem Regime der VO 2790/1999 nicht mehr per se als unzulässig gelten. Mit der VGVO, die mitunter auch als Schirm-Gruppenfreistellungsverordnung[1645] bezeichnet wird, verfolgt die Kommission den Ansatz, alle Arten von

---

1643 Vgl. *Kirchhain*, WuW 2008, S. 167, 173.

1644 Vgl. *EuGH*, Entscheidung v. 28.01.1986, Rs. C-161/84 (*Pronuptia*), Slg. 1986, S. I-353.

1645 Vgl. *Schwarze-Brinker*, EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 94.

Vertriebsverträgen mit einem einheitlichen kartellrechtlichen Regelungsrahmen zu erfassen.[1646] Die VGVO vereinfacht und harmonisiert die Freistellungsbestimmungen für vertikale Vereinbarungen erheblich.[1647] Nach Art. 2 VGVO werden Art. 101 Abs. 1 AEUV und Art. 101 Abs. 3 AEUV auf Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Vereinbarungen zwischen Unternehmen, von denen jedes auf einer unterschiedlichen Produktions- und Vertriebsstufe tätig ist, für unanwendbar erklärt, wenn sie Bedingungen zum Verkauf oder Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen festlegen.[1648] Die besonderen Gruppenfreistellungsverordnungen für Alleinvertrieb und Franchising wie insbesondere die VO 4087/88 sind demgegenüber außer Kraft getreten.[1649]

Im Gegensatz zum vorherigen Recht sind Franchisevereinbarungen unter der Geltung der Schirm-Gruppenfreistellungsverordnung nunmehr nach den allgemeinen kartellrechtlichen Regelungen für Vertriebsvereinbarungen zu beurteilen, d. h. nach Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB und der VGVO i. V. m. § 2 Abs. 2 GWB.[1650] Eine Franchisevereinbarung fällt dabei selbst dann unter Art. 2 VGVO, wenn der Franchisegeber im Rahmen einer dualen Vertriebsorganisation eigene Geschäftslokale unterhält.[1651] Franchisevereinbarungen werden letztlich deshalb wettbewerbsrechtlich positiv gesehen, weil der Franchisegeber die Möglichkeit erhält, mit begrenzten finanziellen Mitteln ein einheitliches Vertriebsnetz aufzubauen und die Franchisenehmer vielfach erst durch ein derartiges System die Chance erhalten, sich als selbständige Unternehmer

---

1646 Vgl. Wiedemann-*Kirchhoff*, Handbuch, 2008, § 10, Rn. 55.

1647 Vgl. *Schwarze-Brinker*, EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 94.

1648 Vgl. *Schwarze-Brinker*, EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 94.

1649 Vgl. Wiedemann-*Kirchhoff*, Handbuch, 2008, § 10, Rn. 55.

1650 Vgl. Wiedemann-*Seeliger*, Handbuch, 2008, § 10, Rn. 72.

1651 Vgl. Wiedemann-*Seeliger*, Handbuch, 2008, § 10, Rn. 192, 196.

zu etablieren.[1652] Infolgedessen gibt es weder im deutschen noch im europäischen Kartellrecht eine Legaldefinition des Franchisings.[1653] Nach der von *Säcker*[1654] vertretenen Ansicht sind Franchisevereinbarungen und selektive Vertriebssysteme auf Grund ihres wettbewerbsfördernden Charakters einschließlich ihrer wenngleich wettbewerbsbeschränkenden, so doch notwendigen Nebenabreden dem Tatbestand des § 1 GWB zu entziehen. Der Verzicht auf eine Legaldefinition des Franchisings führt in der wirtschaftlichen Praxis zu Erleichterungen, indem die in Art. 1 VO 4087/88 genannten Mindestvertragsbestandteile wie beispielsweise die *„Benutzung des gemeinsamen Namens oder Zeichens“* oder die *„Mitteilung von Know-how durch den Franchisegeber an den Franchisenehmer“* nicht mehr vollständig erfüllt sein müssen, damit der Anwendungsbereich der VGVO eröffnet ist.[1655] Aus bestimmten Wesensmerkmalen des Franchisings ergeben sich indessen auch weiterhin Besonderheiten bei der Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen in Franchise-Verträgen, die insbesondere Bezugsbindungen und Wettbewerbsverbote betreffen.[1656]

Wegen der unmittelbaren Geltung der VO 2790/1999 in den Mitgliedstaaten ist hier auch eine Änderung zum bisherigen deutschen Recht zu konstatieren, das unter der Vorherrschaft des Ordoliberalismus der Freiburger Schule lange Zeit eine sehr kritische und negative Haltung gegenüber Vertikalvereinbarungen einnahm.[1657] Nach den Vorstellungen des Ordoliberalismus dürfte Vertragsfreiheit nicht zu dem Zwecke gewährt werden, um Verträge zu schließen, welche die Vertragsfreiheit beschränken oder beseitigen.[1658] Das seit Gründung der Bundesrepublik Deutschland ordoliberal geprägte deutsche Kartellrecht hatte jedenfalls bis zum Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle

---

1652 Vgl. Mäger-*S. Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 98.

1653 Vgl. Mäger-*S. Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 90.

1654 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*Säcker*, Wettbewerbsrecht , 2008, § 1 GWB, Rn. 49.

1655 Vgl. Wiedemann-*Seeliger*, Handbuch, 2008, § 10, Rn. 73.

1656 Vgl. Wiedemann-*Seeliger*, Handbuch, 2008, § 10, Rn. 73.

1657 Vgl. *Reinhard*, Paradigmenwechsel, 2005, S. 66.

1658 Vgl. *Reinhard*, Paradigmenwechsel, 2005, S. 65.

die alleinige Zielsetzung, den Wettbewerb als Institution zu schützen und die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Unternehmen zu sichern.[1659] Grundsätzlich sind daher vertikale Absprachen nach ordoliberalen Vorstellungen mit dem Ideal des ungehinderten Wettbewerbs auf jeder Handelsstufe unvereinbar.[1660] Noch der Josten-Entwurf zum GWB enthielt ebenso wie Art. 101 Abs. 1 AEUV und Sec. 1 *Sherman Act* ein umfassendes Verbot für Horizontal- und Vertikalvereinbarungen.[1661]

Vor dem Hintergrund der novellierten VGVO, der durch die VO 1/2003 angeordneten unmittelbaren Geltung des Gemeinschaftsrechts und nicht zuletzt angesichts der jüngst geäußerten Änderungsvorstellungen der Kommission[1662] kann ein lange Zeit angenommenes, undifferenziertes Verbot vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen keine Geltung mehr für sich beanspruchen. Während Mindestpreisbindungen als Kernbeschränkung i.S. des Art. 4 VGVO auch weiterhin unzulässig sind, wird bei Höchstpreisbindungen und Preisempfehlungen auch oberhalb des durch Art. 3 VGVO definierten Schwellenwertes von 30 % Marktanteil im Sinne des „More economic approach“ eine stärkere Fokussierung der Auswirkungen im Einzelfall geboten sein. Dabei gilt es, den gerade auch beim Franchising offenkundigen Konflikt zwischen der Vertriebsfreiheit des Herstellers und der Vertragsgestaltungsfreiheit des Franchisenehmers unter Beachtung der relevanten Aussagen des europäischen und deutschen Verfassungsrechts im Sinne praktischer Konkordanz auszutarieren. In diesem Zusammenhang sollte indessen nicht außer Acht gelassen werden, dass die europäische Judikatur[1663] einer „*Rule of reason*“ im Unionsrecht eher ablehnend gegenüber steht und ihre Anwendbarkeit jedenfalls bei einem offenkundigen Kartellverstoß (Per-se-Verstoß) eindeutig ablehnt.[1664]

---

1659 Vgl. *Kirchhain*, WuW 2008, S. 167, 171.

1660 Vgl. *Reinhard*, Paradigmenwechsel, 2005, S. 66.

1661 Vgl. *Reinhard*, Paradigmenwechsel, 2005, S. 66.

1662 Vgl. dazu: *Schultze*, BB 2009, S. 2266 ff.

1663 Vgl. *EuGH*, Rs. 235/92 P (*Montecatini*), Slg. 1992, S. II-4539, Rn. 133: *EuG*, Rs. 112/99 (*Metropolé télévision*), Slg. 2001, S. II-2459, Rn. 72.

1664 Vgl. *EuG*, Rs. T-14/89 (*Montedipe/Kommission*), Slg. 1992, S. II-1155, Rn. 265; *EuG*, Rs. T-148/89 (*Tréfiliun/Kommission*), Slg. 1995, S. II-1063 (Rn. 109).

**(aa) Kohärenz von Chancen und Risiken**

Bei einer stärker abstrakten Betrachtung geht es bei der durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Vertragsfreiheit um die Durchsetzung rein individueller Interessen, wenngleich diese nach der klassischen Nationalökonomie unbewusst auch den gesamtwirtschaftlichen Wohlstand im Sinne einer optimalen Verwendung der Ressourcen bei bestmöglicher Erfüllung der Konsumentenbedürfnisse fördert.[1665] Entsprechend der vornehmlichen Zielsetzung eines Unternehmens geht es bei der Vertragsfreiheit um die bestmögliche Teilhabe an der gesamtgesellschaftlichen Wertschöpfung im Sinne der Erzielung eines größtmöglichen Gewinns. Des Weiteren geht es um eine innerlich ausgewogene Kohärenz der aus dem Auftritt am Markt und dem jeweiligen geschäftlichen Engagement resultierenden Chancen und Risiken, die mit der Integration des Vertriebsmittlers (Eigenhändler, Franchisenehmer, Kommissionär) in das Vertriebssystem des Herstellers divergieren können. Grundsätzlich muss es dem Vertriebsmittler möglich sein, den erwarteten geschäftsspezifischen Risiken bei der Preiskalkulation Rechnung zu tragen. Dies gilt gerade vor dem Hintergrund, dass unter der Geltung der Eigenkapitalvereinbarung der Banken (Basel 2) grundsätzlich jedes geschäftliche Risiko angemessen mit Eigenkapital unterlegt sein muss. Grundsätzlich gilt auch hier wiederum das Prinzip: Wem die geschäftlichen Risiken durch das Auftreten im geschäftlichen Verkehr zugeordnet sind, dem muss es konsequenterweise auch möglich sein, diese Risiken zu steuern.

**(bb) Preisbindungen des Franchisenehmers im Lichte institutioneller Gegebenheiten**

Angesichts der nach vorstehenden Erwägungen gebotenen Kohärenz von Chancen und Risiken könnten auch Höchstpreisbindungen bedenklich sein, wenn sie dem Vertriebsmittler die Möglichkeit nehmen, die geschäftsspezifischen Risiken in den Preisen ab-

---

[1665] Vgl. *Reinhard*, Paradigmenwechsel, 2005, S. 57.

zubilden, und insoweit auf den Zweitvertrag „durchschlagen“. Wirtschaftspsychologisch betrachtet können faktische Höchstpreisbindungen, wie sie von zentral geschalteten Werbekampagnen ausgehen, die Leistungsbereitschaft des Franchise-Nehmers „ersticken“. Die Annahme einer Wettbewerbsbeschränkung scheint bereits deshalb nicht „aus der Luft gegriffen“. Ausgehend vom Gedanken der institutionellen Gegebenheiten könnte es indessen dann an einer Wettbewerbsbeschränkung fehlen, wenn die Vertragsgestaltung zwischen Hersteller und Vertriebsmittler lediglich dasjenige verwirklicht, was von der Rechtsordnung gedeckt und gleichsam von ihr gewollt ist. Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die lediglich der Einhaltung gesetzlicher Vorgaben dienen, sind kartellrechtlich nicht verboten.[1666]

Eine bundesweit oder gar europaweit geschaltete Werbekampagne, die vom Hersteller oder einer dem Hersteller gleichstehenden zentralen Stelle für ein standardisiertes Produkt initiiert ist und für dieses einen Höchstpreis oder eine Preisempfehlung ausgibt, entspricht insoweit den institutionellen Gegebenheiten eines Franchising-Vertrages oder ist diesem gar immanent. Soweit eine typische und jedenfalls nicht grundsätzlich unzulässige Klausel einer (Vertriebs-) Franchisevereinbarung für das Funktionieren des Franchise-Systems unerlässlich ist, könne diese nach den Feststellungen des EuGH[1667] in der Rechtssache *Pronuptia* nicht von vornherein als wettbewerbsbeschränkend betrachtet werden, da die Franchisegeber den Franchisenehmern ein Gebiet wirtschaftlicher Betätigung eröffnen, das ihnen zuvor weitgehend verschlossen war.[1668] Vor dem Hintergrund, dass neben der Identität und dem Geschäftskonzept des Franchisegebers auch der Name der durch die Geschäftsbezeichnung symbolisierten Vertriebsorganisation geschützt werden müsse,[1669] wird der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung insoweit teleologisch reduziert (sog. Immanenz-Gedanke).[1670]

---

1666 Vgl. *LG Düsseldorf*, Entscheidung v. 24.05.2005, VersR 2007, S. 1109 f.; *Krauß*, in: Langen/Bunte, § 1 GWB, Rn. 283; *Stancke*, VersR 2009, S. 1168, 1173.

1667 *EuGH*, Entscheidung v. 28.01.1986, Rs. C-161/84 (*Pronuptia*), Slg. 1986, S. I-353.

1668 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 108.

1669 *EuGH*, Entscheidung v. 28.01.1986, Rs. C-161/84 (*Pronuptia*), Slg. 1986, S. I-353, Ls. 2 (Tz. 16).

1670 Vgl. Wiedemann-*Kirchhoff/Seeliger*, Handbuch, 2008, § 10, Rn. 355.

Die Grenze zur Unzulässigkeit ist diesbezüglich erst dann erreicht, wenn eine Abrede in der Franchising-Vereinbarung weder den berechtigten Interessen des Franchisegebers noch denjenigen des Franchisenehmers dient.[1671] Als nicht notwendig zum Schutz des vermittelten Know-how oder zur Wahrung des Ansehens der Vertriebsorganisation und deshalb vom Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst sind beispielsweise Vereinbarungen, die die Franchisenehmer daran hindern, sich untereinander einen Preiswettbewerb zu liefern.[1672]

**(cc) Franchising als funktionsnotwendige Beschränkung ökonomischer Freiheiten**

Ein reiner Austauschvertrag fällt demgegenüber nicht unter das Kartellverbot, obgleich er begrifflich eine Beschränkung der Handlungsfreiheit bedeutet, und ist vielmehr als legitimer Gebrauch ökonomischer Freiheiten einzustufen.[1673] Verträge zur Errichtung bestimmter Vertriebssysteme, zu denen neben dem Franchising auch Lizenz- und Handelsvertreter-Vereinbarungen zu rechnen sind, zielen auf die Einrichtung spezieller Absatzwege und können nur unter bestimmten Bedingungen funktionieren, wenngleich diese im Einzelfall angesichts der weiten Fassung des Art. 101 Abs. 1 AEUV wettbewerbsbeschränkend sein mögen.[1674] Die funktionsnotwendigen Beschränkungen dürfen nicht vom Kartellverbot erfasst werden, außer sie übersteigen das Maß des Notwendigen.[1675] Soweit Beschränkungen wegen der Ermöglichung des Marktzutritts nicht vom Kartellrecht erfasst werden, ist dies ebenso wegen Sinn und Zweck des Kartellrechts geboten, den Wettbewerb zu fördern.[1676] Tatbestandsrestrik-

---

1671 Vgl. Wiedemann-*Kirchhoff/Seeliger*, Handbuch, 2008, § 10, Rn. 356.

1672 Vgl. Mäger-*S. Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 92.

1673 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 113.

1674 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 113.

1675 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 113.

1676 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 114.

tionen, wie sie mit der Immanenztheorie oder der Theorie von den institutionellen Gegebenheiten vorgenommen werden, sind insoweit Auslegungen des Tatbestands nach Sinn und Zweck des Kartellverbots und nicht Anwendung einer „*Rule of reason*“.[1677]

**(dd) Risikoreduktion durch Quali-Filialität**

Letztlich darf bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Preisbindungen im Rahmen von Franchise-Verträgen nicht außer Acht gelassen werden, dass die geschäftsspezifischen Risiken des Franchisenehmers gerade in der Anfangsphase infolge der Marktbekanntheit des Franchisegebers (beträchtlich) reduziert sein können: Zahlreiche Kunden kennen bereits die Marke oder das Geschäftsmodell, kommen im Vertrauen auf die standardisierte Qualität des feilgebotenen Produktes und sind der Lebenserfahrung zufolge weniger daran interessiert, wer Geschäftsinhaber ist oder welches Vertriebsmodell zu Grunde liegt. Durch eine einheitliche Geschäftsausstattung, die dem Prinzip der Standardisierung folgt, und vor allem ein einheitliches Auftreten gegenüber den Konsumenten ausschließlich unter der Marke des Franchisegebers erscheinen die Franchise-Partner auf dem Markt als einheitliche Unternehmung (Quasi-Filialität).[1678]

Der Franchisenehmer erhält (auch) dadurch einen Gegenwert, dass er im geschäftlichen Verkehr überhaupt mit der Marke bzw. mit dem Geschäftsmodell des Franchisegebers werden darf. Mit anderen Worten: Der Franchisenehmer durch die Nutzung der Marke oder des Geschäftsmodells an den „Früchten“ der Arbeitsanstrengungen der Franchisegebers, der ja durch sein Engagement die Marke oder das Geschäftsmodell aufgebaut und im geschäftlichen Verkehr bekannt gemacht hat. Bei einer bereits bekannten Marke können insoweit das geschäftstypische Risikoportefeuille und die Fremdkapitalkosten geringer sein als bei einem No-Name-Produkt, da der Fremdkapitalgeber wegen der Marktbekanntheit prospektiv einen bestimmten Geschäftserfolg

---

1677 Vgl. Calliess/Ruffert-*Weiß*, EUV/AEUV, Art. 101, Rn. 114.

1678 Vgl. Wiedemann-*Kirchhoff*, Handbuch, 2008, § 10, Rn. 52.

unterstellt. Dem Franchisenehmer wird es ermöglicht, eine erfolgversprechende Systemidee ohne Einsatz eigenen Kapitals durch ein einheitliches Vertriebsnetz zu nutzen.[1679] Die Franchisenehmer profitieren insoweit von der zentralen Werbung und vom Ansehen der Systemmarke sowie der Anwendung des Systemkonzepts.[1680]

**(ee) Ergebnis**

Die voranstehenden Erwägungen sprechen letztlich dafür, faktische Höchstpreisbindungen im Rahmen von Franchise-Verträgen unter dem Regime der 7. und 8. GWB-Novelle für wettbewerbsrechtlich zulässig zu erachten: Die Vertriebsfreiheit des Franchisegebers erscheint vor dargestelltem Hintergrund schutzwürdiger als die Vertragsgestaltungsfreiheit des Franchisenehmers.

**ba) Auswirkungen von Art. 34 AEUV auf § 1 GWB**

**(1) Preisregelungen als „Maßnahme gleicher Wirkung“**

Nach Art. 34 AEUV sind mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten verboten. Als Maßnahme gleicher Wirkung gilt nach der *Dassonville-Formel*[1681] des EuGH wie eine mengenmäßige Beschränkung „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern“. Auch nach einer zwischenzeitlich erfolgten partiellen Korrektur und Präzisierung dient die *Dassonville-Formel* auch seit dem Regime der 7. GWB-Novelle als Grundlage für die Beantwortung der Frage, ob mitgliedstaatliche Maßnahmen gegen Art. 34 AEUV verstoßen.[1682] In diesem Zusammenhang hat der EuGH auch Preisregelungen als steuernde Eingriffe in die marktförmige Bildung von Preisen in einer Vielzahl von Entscheidungen daraufhin untersucht, ob sie mit den Vorschriften des

---

1679 Vgl. Wiedemann-*Kirchhoff*, Handbuch, 2008, § 10, Rn. 52.

1680 Vgl. Wiedemann-*Kirchhoff*, Handbuch, 2008, § 10, Rn. 52.

1681 Vgl. *EuGH*, Urteil v. 11.07.1974, Rs. 8/74 (*Dassonville*), Slg. 1974, S. I-837, Rn. 5.

1682 Vgl. *Schwarze-Becker*, EU-Kommentar, Art. 34, Rn. 37.

AEUV über den freien Warenverkehr vereinbar sind.[1683] Als grobe Leitlinie darf dabei gelten, dass Preisregelungen als Maßnahmen gleicher Wirkung zu qualifizieren sind, wenn sie durch ihre Ausgestaltung in besonderem Maße dazu beitragen, die Wareneinfuhr zu behindern.[1684]

**(a) Höchstpreise**

Höchstpreise können in diesem Kontext insbesondere zur Bekämpfung von Inflation oder zur Sicherung der Versorgung festgesetzt werden und sind unter der Prämisse ihrer allgemeinen Geltung grundsätzlich nicht an Art. 34 AEUV zu messen.[1685] Zu einer abweichenden Beurteilung gelangt die Rechtsprechung des EuGH, soweit wegen des niedrigen Preises eine Einfuhr nur mit Verlusten möglich ist[1686] oder die typischerweise mit der Einfuhr verbundenen Kosten nicht ausgeglichen werden können[1687].

**(b) Mindestpreise**

Ebenfalls nur ausnahmsweise stellt die Festlegung von Mindestpreisen eine Maßnahme gleicher Wirkung dar.[1688] Vorausgesetzt, dass der Preis zu hoch angesetzt ist, um die niedrigsten Gestehungspreise in anderen Mitgliedstaaten als Wettbewerbsfaktor zu nutzen, insbesondere weil bei der Festsetzung nur inländische Kostenfaktoren berücksichtigt worden sind.[1689]

---

1683 Vgl. *Schwarze-Becker*, EU-Kommentar, Art. 34, Rn. 63.

1684 Vgl. *Schwarze-Becker*, EU-Kommentar , Art. 34, Rn. 63.

1685 Vgl. *Schwarze-Becker*, EU-Kommentar, Art. 34, Rn. 64.

1686 Vgl. *EuGH*, Urteil v. 26.02.1976, Rs. 65/75 (*Tasca*), Slg. 1976, S. I-291 (Rn. 26, 28).

1687 Vgl. *EuGH*, Rs. 259/88 (*Kommission/Belgien*), Slg. 1991, S. I-1306, Rn. 7.

1688 Vgl. *Schwarze-Becker*, EU-Kommentar, Art. 34, Rn. 65.

1689 Vgl. *EuGH*, Urteil v. 23.10.1984, Rs. 231/83 (*Cullet*), Slg. 1985, S. I-315, Rn. 29; *EuGH*, Urteil v. 24.01.1978, Rs. 82/77 (*Van Tiggele*), Slg. 1978, S. I-25 (Rn. 13).

**(c) Handelsspannen und „Preis-Stopp-Regelungen“**

Obgleich sie unterschiedslos gelten, unterfallen auch Handelsspannen[1690] und sog. „Preis-Stopp-Regelungen“[1691] dem Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV, wenn sie im Ergebnis zu einer Benachteiligung der Wareneinfuhr führen, weil entweder der Verkauf mit einem Verlust verbunden ist oder die grundsätzlich vorhandenen Wettbewerbsvorteile aufgehoben werden.

**(2) Unmittelbare Drittwirkung des Art. 34 AEUV**

**(a) Rechtsprechung des EuGH**

Fraglich in diesem Zusammenhang erscheint indessen, ob Art. 34 AEUV als in erster Linie an die Mitgliedstaaten gerichtete Vorschrift auch private Wirtschaftssubjekte unmittelbar oder jedenfalls mittelbar bindet.[1692] Diese Frage ist streng zu unterscheiden von der Verpflichtung des Staates, auch bei der Normierung des Privatrechts das Gemeinschaftsrecht zu respektieren.[1693] In der im weiteren Verlauf nicht bestätigten Entscheidung zur Rechtssache *Dansk Supermarked*[1694] hatte der EuGH eine Anwendbarkeit des Art. 34 AEUV auf vertraglich vereinbarte Verpflichtungen Privater angenommen. Des Weiteren hat der EuGH in der das Arbeitsrecht betreffenden Entscheidung zur Rechtsache *Angonese*[1695] EuGH jedenfalls dem Diskriminierungsverbot eine unmittelbare Drittwirkung beigemessen. Auf die Warenverkehrsfreiheit erscheint die Entscheidung zur Rechtssache *Angonese* indessen nicht ohne Weiteres übertragbar zu sein.

---

1690 Vgl. *EuGH,* Urteil v. 07.06.1983, Rs. 78/82 (*Kommission/Italien*), Slg. 1983, S. I-1955 (Rn. 16).

1691 Vgl. *EuGH,* Urteil v. 18.10.1979, Rs. 5/79 (*Kommission/Buys*), Slg. 1979, S. I-3202 (Rn. 26).

1692 Vgl. *Schwarze-Becker,* EU-Kommentar, Art. 34, Rn. 88.

1693 Vgl. *Schwarze-Becker,* EU-Kommentar, Art. 34, Rn. 88.

1694 Vgl. *EuGH,* Rs. 58/80 (*Angonese*), Slg. 2000, S. I-4139, Rn. 89.

1695 Vgl. *EuGH,* Urteil v. 06.06.2000, Rs. 281/98 (*Dansk Supermarked*), Slg. 2000, S. I-4139 (Rn. 89).

**(b) Stellungnahme**

*Gegen* eine unmittelbare Drittwirkung spricht insoweit, dass Art. 34 AEUV eine staatengerichtete Norm ist, wofür nicht zuletzt dessen Wortlaut spricht: Art. 34 AEUV soll die Freiheitsräume privater Wirtschaftssubjekte sichern, nicht aber deren Freiheiten einschränken.[1696] Für das Wettbewerbsrecht enthält der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in den Art. 101 ff. AEUV besondere Vorschriften, die ausdrücklich die Tätigkeit Privater im Wettbewerb regeln, so dass auch systematische Erwägungen gegen eine Drittwirkung des Art. 34 AEUV sprechen.[1697] Folgt man der Spezialität der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen, bleibt auch kein Raum für die Annahme einer mittelbaren Drittwirkung, d. h. für die Bedeutung des Art. 34 AEUV als Auslegungs- und Korrekturmaßstab im Rahmen von Generalklauseln - ganz unabhängig davon, ob das Gemeinschaftsrecht überhaupt eine mittelbare Drittwirkung in diesem Sinne entfalten kann.[1698]

**(c) Ausnahme bei Überlassung besonderer Gestaltungsmacht**

Aber auch die Anwendbarkeit des Art. 34 AEUV auf die Tätigkeit von Personen, die auf Grund ihrer besonderen Stellung Teile des Wirtschaftsleben autonom regeln können wie beispielsweise Verbände, setzt eine besondere Begründung voraus: Soweit nicht schon eine Einbeziehung in die staatliche Aufgabenerledigung oder staatliche Lenkung vorliegt - von einer Drittwirkung i. e. S. ist in diesen Fällen nicht zu sprechen -, kommt nur die Überlassung einer besonderen Gestaltungsmacht in Betracht, so dass sich die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer in einem Unterordnungsverhältnis befinden.[1699]

---

1696 Vgl. *Schwarze-Becker*, EU-Kommentar, Art. 34, Rn. 89.

1697 Vgl. *Schwarze-Becker*, EU-Kommentar, Art. 34, Rn. 89.

1698 Vgl. *Schwarze-Becker*, EU-Kommentar, Art. 34, Rn. 89.

1699 Vgl. *Schwarze-Becker*, EU-Kommentar, Art. 34, Rn. 90.

**b) Ergebnis zu a)**

In Anlehnung an die Entscheidungspraxis der Kommission und angesichts der (primären) Zielsetzung des Wettbewerbsrechts, die individuelle wirtschaftliche Handlungsfreiheit als Grundlage der marktwirtschaftlichen Ordnung sicherzustellen, erscheint es auch unter der zunehmenden Durchsetzung des „*More economic approach*“ zweckmäßig, bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Preisbindungen zu Lasten des Vertriebsmittlers auf die Zuordnung der essentiellen geschäftsspezifischen Risiken - insbesondere: Liquiditätsrisiko, Kreditrisiko, Amortisationsrisiko, Delkredererisiko und Insolvenzrisiko - abzustellen. Als entscheidend erscheint dabei aus diesseitiger Sicht die Kohärenz von Chancen und Risiken. Um wirtschaftliche Leistungsanreize nicht zu ersticken und gerade vor dem Hintergrund der Wirtschafts- und Finanzkrise 2008/ 2009 eine sachgerechte Zuordnung der Haftungsverantwortlichkeit zu ermöglichen - eine der tragenden Ursachen der vorgenannten Krise liegt nach diesseitiger Ansicht in der Entkoppelung von Verantwortlichkeiten und Risiken, wie sie sich infolge der Verbriefung von Kreditrisiken und der Entwicklung Strukturierter Finanzmarktprodukte ergeben hat, muss der (wirtschaftliche) Risikoträger die Risiken auch tatsächlich steuern können. Wie es um die Zuordnung der der geschäftsspezifischen Risiken bestellt ist, darf nicht abstrakt unterstellt werden, sondern muss von den Kartellsenaten auf Grund einer Gesamtbetrachtung der Umstände jedes Einzelfalles konkret festgestellt werden. Jedenfalls grundsätzlich daher an der Beschränkung der kartellrechtlichen Privilegierung auf „echte“ Handelsvertreter, Kommissionäre und Kommissionsagenten festgehalten werden.

**2) Preisbegrenzungsmaßnahmen hinsichtlich anderer Waren oder gewerblicher Leistungen als die auf Grund des Erstvertrags gelieferten am Beispiel des Preisaufschlagsverbots bei Kreditkarten**

Hinsichtlich dieses Problemkreises wird auf die obenstehenden Darstellungen zu der kartellrechtlichen Zulässigkeit des Preisaufschlagsverbotes bei Kreditkartenzahlern verwiesen.

## II) Von der belieferten Partei initiierte Preisbindung hinsichtlich anderer Waren/ gewerblicher Leistungen als den Liefergegenstand, dargestellt am Beispiel der Meistbegünstigungsfälle

### 1) Meistbegünstigungsklauseln als „Drittbegünstigungsverbot“

Bei den Meistbegünstigungsklauseln handelt es sich um vertragliche Abreden, dass der Hersteller Dritten keine günstigeren (preislichen) Konditionen einräumt als dem jeweiligen Händler bzw. Vertriebsmittler (sog. echte Meistbegünstigungsklauseln zu Gunsten des Händlers. Berücksichtigt man, dass es gerade neuen Wettbewerbern infolge einer derartigen Abrede unmöglich sein kann, sich im relevanten Markt durchzusetzen - die preisliche Gleichheit begünstigt den am Markt bereits etablierten Händler, da die Nachfrageseite zumeist keine Veranlassung sehen wird, den Händler zu wechseln - ist hier nicht nur ein wesentlicher Wettbewerbsparameter betroffen, sondern eine Marktabschottung zu konstatieren, welche die Annahme einer kartellrechtlich unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung nahe legt. Zudem scheint die Annahme hier nicht aus der Luft gegriffen, dass der Verbraucher jedenfalls teilweise seiner Möglichkeiten beraubt wird, durch seine Nachfrageentscheidung die Allokation und Distribution produktionsrelevanter Ressourcen zu beeinflussen. Dessen ungeachtet besteht nicht selten ein praktisches Bedürfnis für Meistbegünstigungsklauseln, um in Bezugsverträgen ein Gegengewicht zur Bezugsbindung zu implementieren.[1700] Wird in einem Bezugsvertrag zu Gunsten des Abnehmers eine Meistbegünstigung vereinbart, wirkt sich dies typischerweise auf eine Vielzahl von Verträgen mit Lieferanten aus, so dass ihr keineswegs per se die Spürbarkeit fehlt.[1701] Der Kommission nahestehende Autoren[1702] befürworten eine Anwendung des Art. 101 Abs. 1 AEUV auf Meistbegünstigungsklauseln, weil sie den Spielraum des Lieferanten für eine individuelle Preisgestaltung erheblich beschränkten und einem vertraglichen Diskriminierungsverbot nahekämen. Infolge der Meistbegünstigung werden die anderen Anbieter regelmäßig veranlasst sein, sich beispielsweise durch Serviceleistungen oder Preissenkungen bei komplementären Produkten zu etablieren, was nicht selten mit Folgeinvestitionen

---

1700 Vgl. Wiedemann-*Kirchhoff*, Handbuch, 2008, § 10, Rn. 254.

1701 Vgl. Wiedemann-*Kirchhoff*, Handbuch, 2008, § 10, Rn. 254.

1702 Vgl. SJM-*Schröter*, Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 101 Abs. 1, Rn. 141f.

verbunden ist. Tatsächlich wirken Meistbegünstigungsklauseln wie eine mittelbare Festsetzung der Verkaufspreise und erfüllen damit ein Regelbeispiel des Art. 101 Abs. 1 AEUV.[1703] Im Anwendungsbereich der VGVO sind Meistbegünstigungsklauseln, die den Lieferanten binden, freigestellt. Art. 4 lit. a VGVO qualifiziert insoweit lediglich Preisbindungen zu Lasten des Käufers bzw. Abnehmers als Kernbeschränkungen.[1704] Meistbegünstigungsklauseln zu Lasten Abnehmers mit der Maßgabe, seinen Kunden beim Weiterverkauf der Vertragswaren jeweils die günstigsten Preise zu gewähren, werden stets als Kernbeschränkungen i. S. d. Art. 4 lit. a VGVO darstellen.[1705] Demgegenüber sind Meistbegünstigungsklauseln zu Lasten des Verkäufers/ Lieferanten bereits nach dem Wortlaut des Art. 4 lit. a VGVO nicht erfasst und ungeachtet ihrer unmittelbar bzw. mittelbar wettbewerbsbeschränkenden Wirkung gruppenweise freigestellt.[1706] Unter dem Regime der 7. und 8. GWB-Novelle lässt sich in Bezug auf vertikale Vereinbarungen, die Preise und Geschäftsbedingungen betreffen, eine Abkehr zum bislang geltenden Recht ausmachen: Waren Meistbegünstigungsklauseln, die einem Lieferanten die künftige Besserstellung anderer Abnehmer gegenüber dem Vertragspartner rechtlich oder wirtschaftliche verbieten, nach der deutschen Praxis gemäß § 14 GWB a.F. unwirksam, sind sie nunmehr nach § 2 Abs. 2 GWB i. V. m. VGVO freigestellt.[1707] Auch bei höheren Marktanteilen ist dabei eine Freistellung nicht ausgeschlossen.[1708]

### 2) Gleichbehandlungsgebot

Selbst bei Marktanteilen, unter denen eine marktbeherrschende Stellung i. S. des § 20 GWB anzunehmen ist, sind nicht dazu angehalten, sämtlichen Nachfragern gleichermaßen günstige Preise zu gewähren.[1709] § 20 Abs. 1, Abs. 2 GWB statuiert insoweit keine gesetzliche Meistbegünstigungspflicht, die den Normadressaten zwingt, allen

---

1703 Vgl. Wiedemann-*Kirchhoff*, Handbuch, 2008, § 10, Rn. 255.

1704 Vgl. Wiedemann-*Kirchhoff*, Handbuch, 2008, § 10, Rn. 255.

1705 Vgl. Mäger-*S. Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 107 (Rn. 161).

1706 Vgl. *Kapp*, Kartellrecht, 2005, S. 82; Mäger-*S. Mäger*, Kartellrecht, 2006, S. 107 (Rn. 161).

1707 Vgl. Wiedemann-*Kirchhoff*, Handbuch, 2008, § 11, Rn. 10.

1708 Vgl. Wiedemann-*Kirchhoff*, Handbuch, 2008, § 11, Rn. 10.

1709 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*K. Westermann*, Wettbewerbsrecht , 2008, § 20, Rn. 96.

Geschäftspartnern die gleichen (günstigen) Bedingungen einzuräumen.[1710] Das wettbewerbsrechtliche Diskriminierungsverbot verbietet es insbesondere auch Unternehmen mit einer besonderen Machstellung nicht, auf die sich bietenden Marktbedingungen differenziert zu reagieren.[1711] Eine absolute Konditionen- und Preiskontrolle ist dem Wettbewerb insoweit fremd und kann auch über § 20 Abs. 1, Abs. 2 GWB nicht erreicht werden.[1712] Verboten ist daher ausschließlich die unterschiedliche Preis- und Konditionengestaltung, die auf Willkür oder wirtschaftsfremden unternehmerischen Entscheidungen beruht. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Preis ein wesentlicher Wettbewerbsparameter ausgemacht werden kann, würde ein weitergehendes Verbot mit dem Ziel einheitlicher Konditionen gegenüber allen gleichartigen Geschäftspartnern würde dem Wesen des Wettbewerbs widersprechen:[1713] Die Rechtsprechung billigt den Normadressaten i. S. des § 20 GWB insoweit einen weiten Spielraum für die Preisgestaltung zu.[1714]

### 3) Zulässigkeit leistungsbezogener Meistbegünstigungsklauseln

Im Hinblick darauf, dass leistungsbezogene Anreize des Vertriebsmittlers nicht selten dem Verbraucher zu Gute kommen - eine Steigerung der Absatzzahlen wird sich regelmäßig nur dann erzielen lassen, wenn dem Verbraucher ein Kauf gerade bei *diesem* Händler vorteilhaft erscheint und ihm die in Aussicht gestellten Vorteile zumindest kurzfristig zu Gute kommen -, stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit leistungsbezogener Meistbegünstigungsklauseln. Eine leistungsbezogene Meistbegünstigungsklausel kann beispielsweise vorsehen, dass der absatzstärkste Händler/ Vertriebsmittler den günstigsten Preis erhält und damit auch das Bezugspreisniveau für die anderen Händler definiert, die mit dem gleichen Produkt um die Gunst des Verbrauchers konkurrieren. Angesichts dessen, dass der Wettbewerb hier eher gefördert wird - der Verbraucher rückt stärker als bei nicht leistungsbezogenen Meistbegünstigungsklauseln in

---

1710 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*K. Westermann,* Wettbewerbsrecht , 2008, § 20, Rn. 96.

1711 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*K. Westermann,* Wettbewerbsrecht , 2008, § 20, Rn. 96.

1712 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*K. Westermann,* Wettbewerbsrecht , 2008, § 20, Rn. 96.

1713 Vgl. Hirsch/Montag/Säcker-*K. Westermann,* Wettbewerbsrecht , 2008, § 20, Rn. 96.

1714 Vgl. *BGH* (*Galopprennübertragung*), WuW/E DE-R 1251, 1254.

den Fokus des Vertriebsmittlers -, wird es hier regelmäßig an einem Verstoß gegen Art. 4 lit. a VGVO wenn nicht bereits an einer Wettbewerbsbeschränkung fehlen.

### III) Regulierungsvereinbarungen

#### 1) Aktueller wirtschaftlicher Bezug

In einer Zeit globalisierungsbedingt sinkender Margen, die in der Versicherungswirtschaft nicht zuletzt durch ein Überangebot inhaltsgleicher Produkte und Dienstleistungen zurückzuführen sind - bei nicht wenigen Versicherungsleistungen konkurrieren über 50 verschiedene Anbieter um die Gunst des Kunden -, suchen Versicherungsunternehmen nach (neuen) Wegen und Möglichkeiten, um die Oberhand im Wettbewerb zu behalten. Infolge der Deregulierung der zurückliegenden Jahre stehen sich in Deutschland mehr als 400 Lebens-, Sach- und Krankenversicherer und insgesamt über 300.000 Vermittler in einem auch international scharfen Wettbewerb.[1715] Ebenso wie diese unterfallen auch Sozialversicherungsträger, Rückversicherungsunternehmen, Einfirmen- und Ausschließlichkeitsvertreter, Mehrfirmenvertreter als Vermittler konkurrierender miteinander im Wettbewerb stehender Versicherer, Assekuradeure, Erst- und Rückversicherungsmakler, Strukturvertriebe, Banken und Sparkassen im Rahmen des Bankenvertriebs sowie Verbände und etwaige in diesem Bereich tätige Unternehmensberatungen und Marktforschungsinstitute den Bestimmungen des europäischen und deutschen Kartellrechts.[1716] Selbstverständlich gilt dies auch für die im Innen- und Außenverhältnis beschäftigten Vertriebsmittler der Versicherungsgesellschaften.[1717] Vor dem Hintergrund, dass inzwischen auch eine wachsende Zahl von Verbrauchern nach der Reduktion ihrer Transaktionskosten strebt und ihr Zeitkonto nicht beliebig vermehrbar ist, suchen viele Versicherungsunternehmen den Weg, dem Verbraucher zur Ermöglichung eines „*one stop shoppings*“ umfassende Servicepakte anzubieten. Nicht wenige Versicherungsnehmer tendieren inzwischen dazu, die Durchführung von Ersatzleistungen dem Versicherer zu überlassen. Sie versprechen sich davon eine Entlastung bei der Organisation der Schadensabwicklung und eine möglicherweise

---

1715 Vgl. *Stancke*, VersR 2009, S. 1168, 1168.

1716 Vgl. *Stancke*, VersR 2009, S. 1168, 1169 f.

1717 Vgl. *Stancke*, VersR 2009, S. 1168, 1169.

schnellere Leistungserbringung mit standardisierter Qualität. Auf Grund gesellschaftlicher Entwicklungen ist eine steigende Nachfrage nach sog. Beistands- und Assistance-Leistungen zu konstatieren: Hierbei handelt es sich beispielsweise um anwaltliche oder ärztliche Beratungsleistungen, aber auch um die Zurverfügungstellung spezieller Leistungen wie die Vermittlung und Bereitstellung von Abschleppdiensten, Ärzten, Krankenrückholung oder die organisatorische Unterstützung bei Reisezwischenfällen.[1718] Um den gewandelten Verbraucherbedürfnissen bestmöglich Rechnung zu tragen, haben sich dabei zahlreiche Versicherungsunternehmen in Netzwerken oder Kooperationen anderer Form zusammengeschlossen. Der Verbraucher ist dadurch mitunter nur noch mit einem Ansprechpartner konfrontiert, der im Schadensfalle alle erforderlichen Maßnahmen für den Versicherungsnehmer veranlasst.

**2) Abschluss von Rahmenverträgen**

Auf Seiten der Versicherungsunternehmen beschreiten nicht wenige Anbieter den Weg, dass sie mit den Leistungserbringern - hierunter sind grundsätzlich alle Unternehmen zu verstehen, deren Leistungen im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Schadensfall nachgefragt werden (z. B. Rechtsanwälte, Autovermieter, Reparaturwerkstätten, KFZ-Sachverständige und Ärzte) - Rahmenverträge (Erstvertragsebene) schließen, auf deren Grundlage den Leistungserbringern - regelmäßig wird es sich hier um Drittunternehmen handeln[1719] - im Verhältnis zum Versicherungsnehmer (Zweitvertragsebene) im Schadensfall bestimmte Preisobergrenzen vorgegeben sind. Diesbezügliche Rahmenverträge erfassen typischerweise eine unbestimmte Vielzahl potenzieller Leistungen, die geschädigte Dritte zu den vereinbarten Konditionen abrufen, oder aber die Erbringung von Leistungen regeln, zu denen sich das Versicherungsunternehmen auf Basis des Naturalersatzes verpflichtet hat.[1720] Der Versicherer gibt dem Versicherungsnehmer dabei im Gegenzug unter Umständen eine Empfehlung für den rahmenvertragsgebundenen Leistungserbringer.

---

1718 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 396 ff., 442.

1719 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 396 ff., 403.

1720 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 449.

Rahmenverträge in diesem Sinne sind vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Versicherungsnehmer bei der Auswahl des Leistungserbringers grundsätzlich „freie Hand“ hat und das Versicherungsunternehmen das daraus resultierende wirtschaftliche Risiko trägt. Nicht selten kommt es deshalb vor, dass bei der Naturalrestitution einzelne Kostenpositionen ausufern. Dem Versicherer ist das aus der Dispositionsfreiheit von Versicherungsnehmer, Geschädigtem und Leistungserbringer resultierende Risiko zugewiesen.[1721] Trotz der mit der Regulierung des Schadensfalles verbundenen Kostenlast hat der Versicherer insoweit keinen Einfluss auf die Höhe der Vergütung, sofern er nicht über eine Regulierungsvereinbarung Einfluss auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Leistungserbringer und dem Versicherungsnehmer nehmen kann.[1722] An einer direkten Einflussmöglichkeit wird es regelmäßig bereits deshalb fehlen, weil der der Geschädigte einen grundsätzlichen und nicht abdingbaren Anspruch gegen den Schädiger auf Geldleistung hat.[1723]

### 3) Effizienzvorteile

#### a) Senkung der Beitragssätze

Die Vorteile derartiger Regulierungsvereinbarungen liegen auf der Hand. Dem Versicherungsunternehmen wird eine Begrenzung seiner schadensfallbedingten Kosten ermöglicht, die er in geringeren Versicherungsbeiträgen an die Versicherungsnehmer weiter geben kann. Gelingt es einem Erstversicherer, durch die Errichtung eines Netzes von Leistungserbringern und eine gezielte Schadenssteuerung Regulierungsdienstleistungen günstig einzukaufen, verschafft er sich einen Kostenvorteil gegenüber anderen Versicherern der gleichen Sparte.[1724] Infolge der geringeren Beiträge werden Versicherungsleistungen gerade für schwächere Einkommensgruppen erschwingli-

---

1721 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 32.

1722 Vgl. zum Abschluss von Regulierungsvereinbarungen und ihrer kartellrechtlichen Relevanz: *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30 ff.; *Bunte*, VersR 1997, S. 1429 ff.; *Bunte*, NJW 1999, S. 93 ff.; *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 394 ff.; *Köhler*, NJW 1995, S. 2019 ff.; *Stancke*, VersR 2009, S. 1168 ff.; *Stancke*, VersR 2005, S. 1324 ff.

1723 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 394.

1724 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30 ff.

cher, so dass im Sinne des „*More economic approach*“ Wohlfahrtsgewinne erzielt werden können: Gerade vor dem Hintergrund, dass die Höhe der Versicherungsbeiträge einen wesentlichen Wettbewerbsparameter darstellt, wird der Wettbewerb eher gestärkt als gemindert.[1725] Sichert sich ein Unternehmen die Einflussnahme auf die Auswahl von Unternehmen, die Schadensersatzleistungen in natura erbringen, auf die Qualität und die Zeitdauer für die Leistungserbringung sowie das dafür anfallende Entgelt, muss sich das auf Grund der Bündelung der Nachfrage durch den Versicherer zwangsläufig kostenmindernd auswirken.[1726] Soweit die Einflussnahme des Versicherers auf die Regulierung von Schäden dazu beiträgt, dass die Qualität der Leistungserbringung optimiert und sowohl bei der Leistungserbringung als auch bei der Schadensregulierung Kosten reduziert werden können, liegt die Stärkung der diesbezüglichen Einflussnahme letztlich im originären Interesse der Versicherungsnehmer.[1727]

**b) Höhere Auftragszahlen für den Leistungserbringer**

Der Leistungserbringer erhält demgegenüber quasi eine „sichere Bank“: Soweit der Versicherer den Versicherungsnehmern dessen Unternehmen nahelegt oder gar eine Empfehlung ausspricht, kann er unter Umständen seine Werbungsaufwendungen und sonstigen Anstrengungen im Bereich Kundenakquise reduzieren. Der aus der Beachtung der vom Versicherungsunternehmen vorgegebenen Tarife resultierende Vorteil besteht oftmals darin, dass der Versicherungsnehmer von den Versicherern durch ermäßigte Selbstbehalte, Optionstarife oder sonstige Anreize dazu bewogen werden, Regulierungsleistungen bei den Leistungserbringern nachzufragen, mit denen der Versicherer eine Entgelt- oder Konditionenvereinbarung getroffen hat.[1728] Dieser zu Gunsten des Versicherungsnehmers ausgelobte wirtschaftliche Anreiz schlägt sich für den im „Regulierungsnetz“ gebundenen Leistungserbringer in höheren Auftragszahlen

---

1725 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 31.

1726 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 396.

1727 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 437.

1728 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 31.

nieder.[1729] Für den Leistungserbringer ergibt sich eine aus Sicht des „More economic approach“ als positiv zu beurteilende höhere Kapazitätsauslastung.

Sollte der Geschädigte auf einen Ersatzwagen angewiesen sein und von seiner diesbezüglichen Möglichkeit Gebrauch machen, bietet die Regulierungsvereinbarung dem Autovermieter die rechtliche und kalkulatorische Sicherheit, innerhalb einer überschaubaren Zeit an sein Geld zu kommen, ohne Einwendungen gewärtigen zu müssen.[1730]

### c) Beschleunigte Schadensabwicklung

Ein wirtschaftlicher Vorteil resultiert aber auch daraus, dass eine langwierige Auseinandersetzung mit dem Versicherer über die Höhe der Abrechnung vermieden und eine rasche Regulierung des Rechnungsbetrags erreicht wird.[1731] Bereits dieser Vorteil soll nach der von *Brinker/Siegert*[1732] vertretenen Ansicht genügen, um eine spürbare Beeinträchtigung der freien Entgeltgestaltung des einzelnen Leistungserbringers im Sinne einer wirtschaftlichen Bindung anzunehmen.

## 4) Kartellrechtliche Beurteilung

### a) Beeinflussung wesentlicher Wettbewerbsparameter

Aus kartellrechtlicher Sicht erscheinen derartige Rahmenverträge vor dargestelltem Hintergrund nicht unbedenklich. Eine kartellrechtliche Relevanz ist bereits deshalb anzunehmen, weil die Schadensregulierung der Versicherer deren Stellung im Wettbewerb bestimmt.[1733] Ob die Versicherungsunternehmen im Bereich der Schadensregulierung überhaupt Rahmenverträge mit leistungserbringenden Drittunternehmen

---

1729 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 31.

1730 Vgl. *Köhler*, NJW 1995, S. 2019, 2020.

1731 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 31.

1732 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 31.

1733 Vgl. *Stancke*, VersR 2005, S. 1324, 1328.

schließen dürfen, betrifft insoweit eines der wesentlichen kartellrechtlichen Probleme der Schadensregulierung.[1734] Die Wettbewerbsrelevanz entsprechender Rahmenverträge ergibt sich unmittelbar aus der Beschränkung des Selbständigkeitspostulats und des Geheimwettbewerbs.[1735] Wie die verschiedenen Kooperationsformen der Versicherer kartellrechtlich einzuschätzen sind, hängt wesentlich davon ab, ob das gemeinsame Verhalten wettbewerbsneutral ist oder ob durch die Kooperation die Wettbewerbsbedingungen und Wettbewerbsparameter beeinflusst werden.[1736] Wettbewerbsrelevant dürften grundsätzlich alle Verträge und Abstimmungen sein, die von den Parteien und/oder Dritten in der Bildung ihrer Leistungsmerkmale (z. B. Zeichnungsverhalten, Regulierungsverhalten, Prämienhöhe, Bedingungen, Kundenstamm/ Respektierungsvereinbarungen außerhalb der eigenen Vertriebsorganisation, Vertriebsgebiete, Provisionen, Rabatte, Umsätze, Kostenelemente, Marketingpläne) gegenüber ihren Kunden beschränken oder Kosten vereinheitlichen.[1737] Als wesentliche Wettbewerbsparameter im Bereich der Versicherungswirtschaft können insoweit die Versicherungsprämien, die Versicherungskonditionen und der interne Schadensregulierungsaufwand.[1738] Von wettbewerbsrechtlicher Relevanz dürften grundsätzlich alle Verträge und Abstimmungen sein, welche die Parteien und/oder Dritte in der Bildung ihrer Leistungsmerkmale (z. B. Zeichnungsverhalten, Regulierungsverhalten, Preise, Bedingungen) gegenüber deren Kunden beschränken oder Kosten vereinheitlichen.[1739]

**b) Unschädlichkeit des Austauschs über Rahmenbedingungen**

An einer Wettbewerbsbeschränkung fehlt es aber auch dann, wenn sich Unternehmen der Versicherungsbranche gegenseitig lediglich über Risikofaktoren, d. h. über außerhalb der individuellen Beeinflussbarkeit liegende objektive Umstände, welche die Rahmenbedingungen des Wettbewerbsverhaltens betreffen, informieren: Es handelt

---

1734 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 404.

1735 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 407.

1736 Vgl. *Stancke*, VersR 2009, S. 1168, 1169; *Stancke*, VersR 2005, S. 1324, 1324;

1737 Vgl. *Stancke*, VersR 2009, S. 1168, 1169.

1738 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 428, 429.

1739 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 403; *Stancke*, VersR 2005, S. 1324, 1325.

sich hierbei um Fakten, die einer Beschränkung der Handlungsfreiheit der Unternehmen nicht zugänglich sind und damit erst gar nicht unter den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. des § 1 GWB fallen.[1740] Bloße Marktinformationsverfahren, Benchmarkingprojekte oder Leistungsvergleiche zum Schadensmanagement bieten den Unternehmen die Möglichkeit, ihre Stellung im Wettbewerb zu bestimmen und (etwaigen) Verbesserungsbedarf zu erkennen.[1741] Insbesondere dann, wenn es um essentielle Wettbewerbsparameter wie den Kostenansatz oder die Art und Weise der Schadensregulierung geht - so z. B. in der Kranken-, Lebens- und Unfallversicherung -, können sie dem Verbraucher bei der Evaluation des infolge von Europäisierung und Globalisierung ebenso komplexen wie mitunter wenig transparenten Versicherungsmarktes helfen, sich besser zu orientieren.[1742] Im Sinne des „More economic approach" sind sie deshalb grundsätzlich geeignet, den Wettbewerb zwischen den Unternehmen zu fördern.[1743]

**c) "Botenlösung"**

Als kartellrechtlich unbedenklich gelten Rahmenverträge einzelner Versicherer mit Leistungserbringern, soweit sie keine festen Prämien und Konditionen vorsehen, zu denen die Leistungserbringer Verträge mit Versicherungsnehmern oder gegenüber dritten Anspruchsberechtigten beispielsweise aus Haftpflicht abschließen sollen.[1744] Im Rahmen dieser sog. „Botenlösung", die mangels Drittbindung unproblematisch ist, teilt der Leistungserbringer dem Versicherer mit, zu welchen Preisen und Konditionen er gegenüber den Anspruchsberechtigten Leistungen erbringen würde.[1745] Indem sich die diesbezügliche Übereinkunft darauf beschränkt, dass der Versicherer die maßgeblichen Konditionen als „Bote" dem Anspruchsberechtigten mitteilt, kommt es nicht zu

---

1740 Vgl. *Stancke*, VersR 2009, S. 1168, 1169.

1741 Vgl. *Stancke*, VersR 2005, S. 1324, 1326.

1742 Vgl. *Stancke*, VersR 2005, S. 1324, 1326.

1743 Vgl. *Stancke*, VersR 2005, S. 1324, 1326.

1744 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 472 ff.; *Stancke*, VersR 2005, S. 1324, 1330 f.;

1745 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 472 ff.; *Stancke*, VersR 2005, S. 1324, 1330 f.;

einer verbindlichen Festlegung von Preisen und Konditionen zwischen Leistungserbringer und Versicherer: Sowohl der Leistungserbringer als auch der Anspruchsberechtigte bleiben in ihrer Entscheidung frei, ob sie im konkreten Bedarfsfall zu den genannten Konditionen einen Vertrag schließen wollen.[1746] Zwar ist es dem Versicherer untersagt, auf die Einhaltung der Konditionen Druck auszuüben. Ihm ist es indessen zugestanden, bei der Vermittlung konkreter Aufträge die Preisgünstigkeit des Angebots zu berücksichtigen.[1747]

**d) Wettbewerbsbeschränkung**

*Grundsätzlich* kann eine Wettbewerbsbeschränkung durch den Abschluss von Regulierungsvereinbarungen bereits dann angenommen werden, wenn die individuelle Handlungsfreiheit von Versicherern durch Verträge oder auch nur durch reine Abstimmungen eingeschränkt wird.[1748] Regulierungsvereinbarungen beschränken regelmäßig die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Leistungserbringers, der über das „Ob" und „Wie" der Leistungserbringung nicht mehr selbst bestimmen kann, sondern in der Konkretisierung der Wettbewerbsfaktoren in der Leistungserbringung durch den Vertrag mit dem Versicherer festgelegt ist.[1749] Das Versicherungsunternehmen greift über den Rahmenvertrag mit dem Leistungserbringer in die Vertragsbeziehungen zwischen Leistungserbringer und Versicherungsnehmer ein, indem es die essentiellen Vertragselemente wie Preis und Qualität oder den Zeitpunkt der Leistung verbindlich definiert.[1750] Der Leistungserbringer verliert durch das Regulierungsabkommen in zentralen Bereichen seine Gestaltungsfreiheit.[1751] Auf Grundlage der Regulierungsvereinbarung entstehen den Leistungserbringern wirtschaftliche Nachteile, wenn sie die da-

---

1746 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 472 ff.; *Stancke*, VersR 2005, S. 1324, 1330 f.;

1747 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 472 ff.; *Stancke*, VersR 2005, S. 1324, 1330 f.;

1748 Vgl. *Stancke*, VersR 2005, S. 1324, 1324.

1749 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 449.

1750 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 452.

1751 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 31.

rin festgelegten Preisobergrenzen nicht einhalten. Vor dem Hintergrund, dass die inhaltliche Gestaltung von Verträgen in einem auf Vertragsfreiheit und Wettbewerb gegründeten System ausschließlich Sache der Vertragsparteien der Vertragsparteien des Leistungsverhältnisses ist, erweist sich die Einflussnahme durch den Versicherer als Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des Leistungserbringers: Eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. von Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB ist unter diesen Umständen anzunehmen.[1752]

**ad) Regulierungsvereinbarung als vertikale Wettbewerbsbeschränkung**

**(1) Fehlen einer Lieferkette**

Für die kartellrechtliche Beurteilung von Kooperationsformen im Bereich Schadensregulierung ist indessen davon auszugehen, dass sie die wesentlichen Wettbewerbsparameter (Prämien und Versicherungsbedingungen) unberührt lassen.[1753] In der Carpartner-Entscheidung[1754] hat das KG gar einen eigenen Markt für den Abschluss von Regulierungsvereinbarungen angenommen. Anders als beispielsweise im Falle von Handelsvertretern, Kommissionären und Kommissionsagenten kann nämlich im Verhältnis zwischen dem Versicherungsunternehmen und dem Leistungserbringer nicht von einer Lieferungskette ausgegangen werden. Das zur Annahme einer vertikalen Wettbewerbsbeschränkung erforderliche Stufenverhältnis könnte allenfalls zwischen Leistungserbringer und Versicherungsnehmer bzw. Geschädigtem vorliegen. In diesem Zusammenhang erscheint zwecks Ermöglichung einer Abgrenzung eine genauere Betrachtung erforderlich, ob die im Versicherungsfall geschuldete Leistung vom Versicherer im Wege des Naturalersatzes auf Grund eigener Verträge mit Leistungserbringern oder auf Grundlage eines Vertrages erbracht wird, der zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Leistungserbringer geschlossen wurde.[1755]

---

1752 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 452.

1753 Vgl. *Stancke*, VersR 2005, S. 1324, 1324.

1754 Vgl. *KG*, Entscheidung v. 29.05.1996 (*Carpartner*), WuW/E OLG 5677, 5688; zur Einschätzung der Carpartner-Entscheidung und ihrer Bedeutung für die weitere kartellrechtliche Entwicklung: *Bunte*, NJW 1999, S. 93 ff.

1755 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 32.

**(2) Konzept des wirtschaftlichen Nachfragers**

Zur Annahme einer Lieferkette könnte man indessen bei einer mehr wirtschaftlichen Betrachtungsweise gelangen, indem man das Versicherungsunternehmen als Kunden bzw. Nachfrager der feilgebotenen Leistung einstuft. Nach diesem Ansatz ist der Versicherer de jure zwar nicht Vertragspartner des Leistungserbringers, bei wirtschaftlicher Betrachtung de facto aber Nachfrager der gewerblichen Leistung.[1756] Wirtschaftlich betrachtet bezahlt nicht der Geschädigte, sondern der Versicherer die vom Geschädigten in Anspruch genommenen Leistungen, so dass sich die Schadensabwicklung über Geldersatz für exakt definierte Leistungen als mediatisierte Form des Naturalersatzes einstufen lässt.[1757] Teile des Schrifttums[1758] ziehen daraus die Schlussfolgerung, dass es auch kartellrechtlich allein auf die wirtschaftlichen Folgen der Nachfrageentscheidung, d. h. die Kostentragung, ankomme. Der Versicherer beschränke danach durch die Regulierungsvereinbarung nicht die Handlungsfreiheit eines Dritten, sondern gestalte (nur) seine eigene Position bei der indirekten oder mediatisierten Naturalrestitution.[1759]

**(3) "Dispositionstheorie"**

In seiner Entscheidung zur Rechtssache „Zahnersatz aus Manila" hat der BGH[1760] demgegenüber kein eindeutiges Votum zu Gunsten des vorgenannten Konzeptes bezogen. Der erkennende Senat hat stattdessen unterstrichen, dass es für die Stellung als

---

1756 Vgl. *BKartA* v. 07.07.1995, B-10-818000-A-207/94 (*Carpartner*), WuW BKartA 2795, 2808 f.; *KG*, Entscheidung v. 29.05.1996 (*Carpartner*), WuW/E OLG 5677, 5688; *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 453; *Stancke*, VersR 2005, S. 1324, 1331.

1757 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 453.

1758 Vgl. *Adolff*, FS Geiß, 2000, S. 519, 521 ff.; *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 32 f.; *Kerst*, VersR 2005, S. 479, 481.

1759 Vgl. *Adolff*, FS Geiß, 2000, S. 519, 521 ff.; *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 32 f.; *Kerst*, VersR 2005, S. 479, 481.

1760 Vgl. *BGH*, Entscheidung v. 14.03.2000, KZR 15/98 , WuW/E DE-R 487, 489 = NJW 2000, S. 3426 = VersR 2000, S. 1256 (unter Bezugnahme auf §§ 14, 20 GWB *a. F.*).

Nachfrager entscheidend darauf ankomme, wer die Auswahl zwischen mehreren Leistungserbringern zu treffen hat.[1761] Bereits in seiner vorangegangenen Rechtsprechung[1762] hatte der BGH betont, dass es entscheidend auf den Willen des Nachfragedisponenten ankomme, von dem es abhänge, welchem unter mehreren Leistungserbringern der anstehende Auftrag erteilt werde. In Konsequenz dieser Judikatur hat der BGH in der Rechtssache *Sixt*[1763] auch das Preisbindungsverbot zwischen Franchisegeber und Franchisenehmer angewendet, soweit der Franchisenehmer das wirtschaftliche Risiko seines Unternehmens selbst trägt.

**(4) Stellungnahme**

Soweit man der vorgenannten Rechtsprechung des BGH folgt, kommt es im Bereich der Privatversicherung kartellrechtlich darauf an, ob ein Dritter in die Entscheidungsfreiheit einer Partei eingreift: Kartellrechtlich entscheidend ist, ob und zu welchen Bedingungen sie mit einer Partei eine vertragliche Leistungsbeziehung begründet.[1764] Unabhängig davon, wen letztlich die wirtschaftlichen Folgen der Entscheidung des Geschädigten treffen, ist die Rahmenvereinbarung zwischen Versicherer und Leistungserbringer unter *dieser* Prämisse ein durch Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB verbotener Eingriff in die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Leistungserbringers.[1765]

Bei Regulierungsabkommen zwischen KFZ-Haftpflichtversicherern und Autovermietern im Unfallersatzgeschäft könnte der Vertrag zwischen dem Autovermieter und dem Geschädigten (folgerichtig) jedenfalls dann nicht als Zweitvertrag qualifiziert werden, soweit der Versicherungsnehmer kein eigenes (wirtschaftliches) Interesse an

---

1761 Vgl. *BGH*, Entscheidung v. 14.03.2000, KZR 15/98 , WuW/E DE-R 487, 489 = NJW 2000, S. 3426 = VersR 2000, S. 1256 (unter Bezugnahme auf §§ 14, 20 GWB *a. F.*).

1762 Vgl. *BGH* (*Taxi-Krankentransporte*), WuW/E DE-R 303, 304 f. = VersR 1999, S. 1167.

1763 Vgl. *BGH* (*Sixt*), BGHZ 140, S. 342 = WuW/E DE-R 264 ff.

1764 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 455.

1765 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 455.

niedrigen Kosten für die Leistungserbringung hat.[1766] Soweit es an einem eigenen Interesse des Versicherungsnehmers an Geringhaltung der Schadensregulierungskosten fehlt, etwa weil der Versicherungsvertrag keine Eigenbeteiligung des Versicherungsnehmers vorsieht, muss dem Versicherer als dem wirtschaftlichen Nachfrager die Möglichkeit eingeräumt sein, seine Interessen durch eine Vereinbarung mit dem Leistungserbringer zu sichern.[1767] Unter Bezugnahme auf den „*More economic approach*" lassen sich auf diese Weise Wohlfahrtsgewinne generieren, indem im Interesse sowohl der aktuellen als auch der potenziellen Versicherungsnehmer die Beitragsstabilität gefördert und ein Beitrag zur Teilhabe weiterer Bevölkerungskreise an (essentiellen) Versicherungsleistungen erbracht wird. Ohne selbst Vertragspartner zu sein, trägt der Versicherer das vollständige Risiko, da er seinerseits verpflichtet ist, die Kosten der Regulierung zu tragen.[1768] Dies legt unter Bezugnahme auf die „Lehre von den institutionellen Gegebenheiten" die Annahme nah, dass ein Verstoß gegen das Verbot vertikaler Beschränkungen nicht vorliegt.[1769] Bei Divergenz zwischen Risikoverantwortlichkeit und Risikoherrschaft fehlt es regelmäßig an der verfassungsrechtlich gebotenen Kohärenz wirtschaftlicher Chancen und Risiken, liegt die Annahme eines unzulässigen Vertrags zu Lasten Dritter nahe, was der durch Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) verfassungsrechtlich gebotenen wirtschaftlichen Selbstbestimmung zuwiderläuft.

### (5) Anwendbarkeit der VGVO

#### (a) "Theorie der Nichtanwendbarkeit"

Ein Teil des Schrifttums[1770] interpretiert Art. 2 Abs. 1 VGVO dahin, dass zwischen den erfassten Wirtschaftsbereichen (zwingend) „eine innere Verbindung in Form eines

---

1766 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 33.

1767 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 33.

1768 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 31.

1769 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 31.

1770 Vgl. Immenga/Mestmäcker-*Veelken*, EG-Wettbewerbsrecht, 2006, GFVO, Rn. 60 und 65.

Stufenverhältnisses auf der Wertschöpfungskette“ bestehen muss, und gelangt infolgedessen zur Ansicht, dass der Anwendungsbereich der VGVO nicht eröffnet ist: Dasjenige Unternehmen, das den Geschädigten im Rahmen der Schadensregulierung Leistungen erbringt, sei außer bei der Vereinbarung von Naturalersatz gerade nicht in die „Produktion“ von Versicherungsschutz eingebunden.[1771] Das vorausgesetzte Stufenverhältnis könne man allenfalls darin sehen, dass der Versicherer die Leistungen des Schadensbeseitigers zum Zweck der Erbringung ihrer eigenen Regulierungsleistung quasi vermittelt, was den Schadensbeseitiger in Bezug auf die Leistung zu einer Art Zulieferer des Versicherers machen würde.[1772] Diesbezüglich müsse indessen berücksichtigt werden, dass der Versicherer die Leistungen des Schadensbeseitigers (formaljuristisch) nicht selbst einkauft und damit kein Absatz- und Bezugsverhältnis zwischen den beiden Vertriebspartnern besteht.[1773] Soweit man der Gegenansicht folge, sei wegen des Nachzieheffektes einer solchen Regulierungspraxis ohnehin binnen kurzem die 50%-Schwelle des Art. 6 VGVO erreicht, woraufhin die Kommission die VGVO für nicht anwendbar erklären könne.[1774]

**(b) “Theorie der Anwendbarkeit“**

Vor dargestelltem Hintergrund erscheint fraglich, ob die VGVO eröffnet ist. Unter anderem das Gesetzgebungsverfahren zur 7. GWB-Novelle spricht dabei dafür, vertikale Vereinbarungen in der Versicherungswirtschaft am Maßstab des Art. 101 AEUV i. V. mit der VGVO zu messen.[1775] Die geltende Fassung der Legaldefinition vertikaler Vereinbarungen in Art. 2 Abs. 1 VGVO spricht für die Erstreckung der VGVO auf vertragliche Vereinbarungen, die den Vereinbarungspartner *außerhalb* einer Lieferkette lediglich hinsichtlich des Kaufs oder Verkaufs von Waren oder Dienstleistungen

---

1771 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 463.

1772 Vgl. *Stancke*, VersR 2005, S. 1324, 1331.

1773 Vgl. *Stancke*, VersR 2005, S. 1324, 1331.

1774 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 463.

1775 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 34.

von Dritten oder an Dritte binden. [1776] Wenn schon im Lichte des Schutzes des Intraband- und Interbandwettbewerbs wettbewerblich als besonders problematisch einzuschätzende Vereinbarungen in Produktions- und Vertriebsketten unter besonderen Umständen freigestellt sind, muss dies im Ergebnis erst recht für Bindungen gelten, die derartigen Bedenken nicht begegnen („Erst-recht-Schluss“ zu einer Anwendung der Freistellungsregelungen der VGVO im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV).[1777]

### bd) Regulierungsvereinbarung als Kernbeschränkung

#### (1) “Extensive Theorie“

Die (hier sog.) „Extensive Theorie“ sieht Regulierungsvereinbarungen als Kernbeschränkung im Sinne der Bagatellbekanntmachung, hält deshalb die Marktanteilsschwelle von 15 % für nicht anwendbar und geht von der Spürbarkeit diesbezüglicher Beschränkungen aus, weil sich bei vorausgesetzt schneller Verbreitung im Markt entsprechende Bündeleffekte ergeben.[1778] Eine Gruppenfreistellung nach § 4 lit. a VGVO komme bei einer „Beschränkung der Möglichkeiten des Käufers, seinen Verkaufspreis selbst festzusetzen“, nicht in Betracht: Für Festpreisbindungen, die auch nach der VGVO als Kernbeschränkung zu qualifizieren sind, bestehe insoweit keine Legalisierungsmöglichkeit.[1779] Jedenfalls eine direkt auf die VGVO gestützte Freistellung komme deshalb in den Regulierungsfällen nicht in Betracht.[1780]

#### (2) “Restriktive Theorie“

Soweit man weder den Versicherer noch der Leistungserbringer als „Käufer“ i. S. des Art. 4 lit. a HS. 1 VGVO einstuft - der Leistungserbringer erbringt als selbständiger Teilnehmer im Wirtschaftskreislauf eine Leistung gegenüber seinen Kunden -, dürften

---

1776 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 35.

1777 Vgl. *Stancke*, VersR 2005, S. 1324, 1331.

1778 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 461.

1779 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 461.

1780 Vgl. *Stancke*, VersR 2005, S. 1324, 1331.

Regulierungsvereinbarungen demgegenüber nicht als Kernbeschränkung i. S. des Art. 4 lit. a VGVO zu qualifizieren sein:[1781] Preisbindungen zu *Lasten* des Herstellers einer Ware oder zu *Lasten* des originären Dienstleistungen, wie sie in Regulierungsvereinbarungen typischerweise anzutreffen sind, werden durch Art. 4 lit. a VGVO nicht erfasst.[1782] Die „Schwarze Klausel" i. S. des Art. 4 lit. a HS. 1 VGVO erscheint aber auch deshalb nicht einschlägig, weil aus der Praxis kein Fall bekannt ist, dass der Versicherer die Leistung direkt vom Leistungserbringer einkauft, sodann an den Versicherungsnehmer verkauft und die Regulierungsvereinbarung den Preis für den Verkauf der Leistung an den Versicherungsnehmer definiert.[1783]

**(3) Zwischenergebnis**

Dass Regulierungsvereinbarungen in dem hier in Rede stehenden Sinn Kernbeschränkungen i.S. des Art. 4 VGVO verletzen und deshalb kartellrechtswidrig sind, vermag nach alledem nicht festgestellt werden.[1784] Soweit zudem die Marktanteilsschwelle von 30 % nicht überschritten wird, besteht nach den oben dargestellten Grundsätzen eine Vermutung für die Kartellrechtsmäßigkeit der Wettbewerbsbeschränkung, so dass der „Sichere Hafen" der Gruppenfreistellung vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV eröffnet und eine analoge Anwendung des Art. 4 lit. a HS. 1, HS. 2 VGVO überflüssig ist: Die Zulässigkeit von Preisbindungen in Regulierungsvereinbarungen ergibt sich danach aus dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 VGVO.[1785] Sollten die durch den Abschluss von Regulierungsvereinbarungen erzielten Kostenvorteile (ausnahmsweise) nicht in Form von Beitragssenkungen oder zur Vermeidung anderenfalls erforderlicher Prämienerhöhungen an die Versicherten weiter gegeben werden, kann die Kommission auf Grundlage des Art. 6 VGVO die Freistellungswirkung entziehen.[1786]

---

1781 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 36.

1782 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 36.

1783 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 36.

1784 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 36.

1785 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 36.

1786 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 36.

**(4) Möglichkeit der Einzelfreistellung**

**(a) Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV**

Wird demgegenüber die maßgebliche Marktanteilsschwelle überschritten und deshalb der „Sichere Hafen“ nicht erreicht, stellt sich die Frage nach der Möglichkeit einer direkt auf Art. 101 Abs. 3 AEUV gestützten Einzelfreistellung. Jedenfalls soweit man Versicherungsunternehmen und Leistungserbringer im Verhältnis zueinander als selbständige Unternehmen einordnet, ist der Anwendungsbereich von Art. 101 AEUV, § 1 GWB im Falle der Regulierungsvereinbarungen unstreitig eröffnet ist.[1787] Vor dem Hintergrund, dass Versicherer aus anderen Mitgliedstaaten unter Umständen noch kein entsprechendes Regulierungsnetz in Deutschland haben und ihnen unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten der Marktzutritt bei konkurrenzfähigen Schadensquoten erschwert sein kann, ist nicht auszuschließen, dass der Abschluss von bundesweit flächendeckenden Regulierungsvereinbarungen in Deutschland geeignet sein kann, i.S. des Art. 101 Abs. 1 AEUV den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.[1788]

Vor dargestelltem Hintergrund wäre der Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV eröffnet und das Anwendungs- und Konvergenzgebot des Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 einschlägig. Die Maßstäbe des europäischen Kartellrechts sind beim Anschluss von Regulierungsvereinbarungen wegen des eingangs angesprochenen Gleichlaufs von europäischem und deutschem Kartellrecht zu beachten.[1789] Seit der 7. GWB-Novelle besteht ein einheitlicher Ansatz für die Beurteilung von Kooperationen zwischen Versicherungsunternehmen (Art. 101 AEUV und §§ 1, 2 GWB), so dass eine Prüfung jedenfalls auf deutsches und europäisches Recht gestützt werden kann.[1790] Regulierungsvereinbarungen unterfallen bereits deshalb dem Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV, weil sie ganz allgemein für die Zukunft bestimmen, zu welchen Tarifen

---

1787 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 408.

1788 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 33.

1789 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 33.

1790 Vgl. *Stancke*, VersR 2005, S. 1324, 1324.

der Leistungserbringer seine gewerblichen Leistungen oder Warenlieferungen zu Gunsten des Versicherungsnehmers generell abrechnen darf, und somit die Erfüllung zukünftiger Bedürfnisse regeln, die im Einzelnen noch ungewiss sind.[1791] Auch im Bereich der Schadensabwicklung durch Versicherungsunternehmen ist somit davon auszugehen, dass die Regeln des allgemeinen europäischen und deutschen Kartellrechts anwendbar sind.[1792]

**(b) Unwahrscheinlichkeit einer Einzelfreistellung**

Angesichts dessen, dass eine Preisbindung regelmäßig als Kernbeschränkung zu qualifizieren ist und eine Einzelfreistellung unter Bezugnahme auf Rn. 46 der zur Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV ergangenen Leitlinien unwahrscheinlich ist, hält ein Teil des Schrifttums[1793] eine Einzelfreistellung von Rahmenvereinbarungen für unwahrscheinlich. Wie bereits angesprochen, müssen auch Versicherungsunternehmen unter dem Regime der VO 1/2003 selbst eine umfassende Selbsteinschätzung der Kartellrechtskonformität ihrer Handlungen vornehmen.[1794] Sie müssen auf Grund der generalklauselartigen und deshalb nicht rechtssicherheitsfördernden Zwischenstaatlichkeitsklausel (eigenverantwortlich) beurteilen, ob die von ihnen beabsichtigten Kooperationen mit dem Kartellrecht vereinbar sind.[1795] Das private Versicherungsunternehmen, das sich auf eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 GWB berufen will, trägt für das kumulative Vorliegen aller vier dafür bestehenden Voraussetzungen die Beweislast und das Irrtumsrisiko.[1796]

---

1791 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 34.

1792 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 408.

1793 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 464.

1794 Vgl. *Stancke*, VersR 2005, S. 1324, 1324.

1795 Vgl. *Stancke*, VersR 2005, S. 1324, 1324.

1796 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 470.

**(c) Erleichterungen durch die 7. GWB-Novelle**

Unter dem Regime der 7. GWB-Novelle wird diese Rechtsunsicherheit indessen ein Stück weit eingedämmt, da die in dem Mitgliedstaaten nach der VO 1/2003 unmittelbar anwendbare Zwischenstaatlichkeitsklausel des Art. 101 AEUV - im Gegensatz zur früheren Rechtslage nach § 14 GWB a.F. - kein generelles Preisbindungsverbot vorsieht und lediglich die Preisbindung innerhalb von Lieferketten („Preisbindung zweiter Hand“) untersagt.[1797] Die demnach für die kartellrechtliche Unzulässigkeit von Regulierungsvereinbarungen vorausgesetzte Lieferungskette existiert indessen nur im Verhältnis von Leistungserbringer und Versicherungsnehmer, nicht demgegenüber zwischen Versicherern und Leistungserbringern.[1798] Nach der von *Dreher*/*Kling* vertretenen Ansicht sollte ein diesbezügliches Vorgehen deshalb wegen seines „test case-Charakters“ im Wege informeller Beratung oder eines Freistellungsersuchens nach Art. 10 VO 1/2003 vorab geklärt werden.[1799] Letztlich aber dürfte der vorausgesetzte detaillierte Nachweis von Verbrauchervorteilen unter Bezugnahme auf die Prämiensenkungen bzw. abgewendeten Prämienerhöhungen oder verlässlicheren Standards bei der Schadensabwicklung kein nennenswertes Hindernis darstellen.[1800]

**cd) Zulässigkeit von Höchstpreisbindungen**

Der Versicherer hat regelmäßig ein wirtschaftliches Interesse, die Schadens- und Sachbearbeitungskosten zu begrenzen. Eine Abrechnung durch den Leistungserbringer, die den vereinbarten Satz unterschreitet, dürfte ihm daher regelmäßig nur billig sein. Regulierungsvereinbarungen erscheinen insoweit nach Art. 4 lit. a Abs. 2 VGVO selbst dann kartellrechtmäßig, wenn sich der Leistungserbringer lediglich zur Einhaltung bestimmter Höchstpreise verpflichtet.[1801] Höchstpreisbindungen sind eine Ausprägung

---

1797 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 34.

1798 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 34.

1799 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 470.

1800 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 36; *Stancke*, VersR 2005, S. 1324, 1331 f.

1801 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 36; *Stancke*, VersR 2005, S. 1324, 1331.

der Preis- und Konditionenbindung, bei welcher der Versicherer mit dem Leistungserbringer maximale anstelle von festen Preisen vereinbart.[1802] Soweit man die Anwendbarkeit der VGVO nicht bereits wegen Fehlen eines Vertikalverhältnisses zwischen Versicherer und Leistungserbringer ablehnt,[1803] sondern mit der „Theorie vom wirtschaftlichen Nachfrager" von deren Anwendbarkeit ausgeht, wird es entscheidend darauf ankommen, dass trotz der Regulierungsvereinbarung de facto eine autonome Preisentscheidung des Leistungserbringers gewährleistet ist.[1804] Im Hinblick auf den Massencharakter der erfassten Fälle und die naheliegende Gleichförmigkeit der Preise bzw. der sonstigen Konditionen der Schadensregulierung durch bestimmte Leistungserbringer ist die Gefahr nicht gänzlich von der Hand zu weisen, dass das Gesamtsystem von Vereinbarungen und Empfehlungen zum kartellrechtlich missbilligten Erfolg führen kann, dass die Höchstpreisbindungen wie Festpreisbindungen wirken und deshalb kartellrechtlich unzulässig sind.[1805] Letztlich sollte hier berücksichtigt werden, dass selbst die Vereinbarung einer Höchstpreisbindung den Wettbewerb selbst unter denjenigen Leistungserbringern aufrechterhält, die für ein und denselben Versicherer tätig sind.[1806]

### 5) Regulierungsvereinbarungen im Unfallersatzwagengeschäft

Wie erst kürzlich aus den Nachrichten zu vernehmen war, waren die Straßen in Deutschland noch niemals so sicher wie zuletzt. Die Nachfrage im Unfallersatzwagengeschäft ist dennoch größer als im „normalen" Mietwagengeschäft und hat in den zurückliegenden Jahren dazu geführt, dass sich ein eigener Markt für das Unfallersatzwagengeschäft herausgebildet hat. Dieser Markt zeichnet sich unter anderem dadurch aus, dass die Angewiesenheit des Nachfragers auf die zeitnahe Inanspruchnahme eines gleichwertigen Fahrzeuges als größer einzuschätzen ist als im „normalen" Mietwagen-

---

1802 *Stancke*, VersR 2005, S. 1324, 1331

1803 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 468.

1804 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 9999, Rn. 468.

1805 Vgl. *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, Rn. 471.

1806 Vgl. *Brinker*/*Siegert*, VersR 2006, S. 30, 36.

geschäft. Unfälle ereignen sich in den allermeisten Fällen unerwartet. Die große Mehrzahl der Deutschen verfügt nicht über ein Zweitfahrzeug, das ohne Weiteres zeitnah zum Unfall in Anspruch genommen werden könnte. Aber auch andere Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der uneingeschränkten (beruflichen) Mobilität, die in zahlreichen Fällen grundlegende Voraussetzung für die Erzielung von Erwerbseinkommen ist, werden wegen der eingeschränkten Prognostizierbarkeit von Unfällen bereits deshalb nicht getroffen sein, weil ihre Vorhaltung mit (unverhältnismäßigen) Aufwendungen organisatorischer und finanzieller Art verbunden sind. Die kommerziellen Autovermieter haben das daraus erwachsende gesteigerte Bedürfnis für Unfallersatzwagen erkannt und darauf durch die Einführung spezieller Unfallersatzwagentarife reagiert, die deutlich über den Tarifen für „normale“ Mietwagen liegen. Die KFZ-Vermieter bieten neben dem Normaltarif oftmals einen mitunter zweimal oder dreimal höheren Unfallersatztarif an, der sich gelegentlich auf 365 % des Normaltarifes beläuft.[1807]

Angesichts dessen, dass Angebot und Nachfrage als grundlegende Parameter einer marktwirtschaftlichen Ordnung den Preis bestimmen, könnte man die Divergenz von Unfallersatzwagen- und „Normal“-Wagentarifen für einen ganz normalen marktwirtschaftlichen Vorgang halten. Ebenso wie bei den bereits angesprochenen Regulierungsvereinbarungen stellt sich indessen auch hier das Problem, dass sich die wirtschaftlichen Folgen nicht im Budget des Geschädigten niederschlagen. Die geschädigte Person muss das beschädigte Fahrzeug nicht zur Naturalrestitution dem Schädiger anvertrauen. Sie kann Schadensersatz in Geld verlangen, hat die Dispositionsfreiheit zwischen mehreren Leistungserbringern und wird sich in zahlreichen Fällen wenig preissensibel verhalten, weil sie die wirtschaftlichen Folgen ihrer Entscheidung eben nicht im eigenen Budget zu spüren bekommt. Die wirtschaftlichen Folgen treffen stattdessen den Versicherer und in Gestalt von höheren Versicherungsbeiträgen die Versicherungsgemeinschaft.

---

[1807] Vgl. Palandt-*Grüneberg*, BGB, 2015, § 249, Rn. 33 (unter Bezugnahme auf die neuere Rechtsprechung des BGH und das Amtsgericht Speyer).

Bereits Mitte der Neunziger Jahre des vorigen Jahrhunderts war es vor dargestelltem Hintergrund zum Abschluss von Rahmenvereinbarungen zwischen Versicherern und kommerziellen KFZ-Vermietern[1808] gekommen, in denen sich diese auf die Preise und Konditionen der Inanspruchnahme von Unfallersatzwagen *verständigt* hatten. Diesbezügliche Besonderheit lag darin, dass es dem Versicherer durch „Abnahme" eines größeren Kontingents an Mietfahrzeugen gelang, die Preise für die Inanspruchnahme von Unfallersatzwagen (erheblich) zu dämpfen, und der Versicherer aus Sicht der Unfallbetroffenen als Vermieter auftrat. In Anlehnung an den englischen Begriff „scope", der sich wohl am ehesten mit „Rahmen" übersetzen lässt,[1809] lässt sich in diesem Zusammenhang auch von Mietverträgen „in scope" sprechen. Der Versicherer definiert im Rahmen- bzw. Regulierungsvertrag die preislichen und sonstigen Bedingungen, nach deren Maßgabe sich der Mietvertrag zwischen dem Geschädigten und dem Leistungserbringer (KFZ-Vermieter) richtet. Es handelt sich um einen Mietvertag *im Rahmen* des Regulierungsvertrages. Während die Vertragsabschlussfreiheit des Geschädigten uneingeschränkt erhalten bleibt - der Geschädigte kann sich grundsätzlich zwischen verschiedenen Anbietern entscheiden und dabei auch gänzlich auf eine Reparatur verzichten -, wird die inhaltliche Gestaltungsfreiheit nach Maßgabe der Regulierungsvereinbarung beschränkt. Vor dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle wurde hier unter Zugrundelegung eher formaljuristischer Kriterien eine Wettbewerbsbeschränkung angenommen. Seit Einführung der 7. GWB-Novelle könnte sich dies geändert haben.

Diesbezügliche Verträge sind kartellrechtlich relevant, soweit durch den zwischen Versicherer und KFZ-Vermieter geschlossenen Rahmenvertrag Einfluss genommen wird auf die inhaltliche Gestaltung des zwischen KFZ-Vermieter und Geschädigtem geschlossenen (Miet-) Vertrag. Grundsätzlich kann insoweit auf die vorangehenden Darstellungen zu den Regulierungsvereinbarungen verwiesen werden. Die kartellrechtlichen Bedenken lassen sich auch bei den Mietverträgen „in scope" entschärfen,

---

1808 Vgl. vertiefend zu diesem Problemkomplex: *Adolff*, FS Geiß, 2000, S. 519 ff.; *Bunte*, NJW 1999, S. 93 ff.; *Bunte*, VersR 1997, S. 1429 ff.

1809 Vgl. *Köbler*, Rechtsenglisch, 2000, S. 368.

wenn man den Versicherer wegen der geschäftsspezifischen Verteilung der wirtschaftlichen Risiken als Nachfrager einstuft. Sollte man dessen ungeachtet zur Annahme einer Wettbewerbsbeschränkung gelangen, so sollte seit der 7. GWB-Novelle die durch den Übergang vom ordoliberalen Ansatz der Freiburger Schule zum wohlfahrtsorientierten Ansatz der Chicago School bestimmte Entwicklung vom stringent-formaljuristischen Begriff der Wettbewerbsbeschränkung zu einem Verständnis berücksichtigen, dass im Sinne der Verbraucherwohlfahrt stärker die ökonomischen Auswirkungen kartellrechtsrelevanter Transaktionen berücksichtigt. Das unter dem Regime der VO 1/2003 auf mitgliedstaatlicher Ebene unmittelbar anwendbare Verbot, die An- oder Verkaufspreise oder sonstigen Geschäftsbedingungen unmittelbar oder mittelbar festzusetzen (Art. 101 Abs. 1a) AEUV), kann nach Art. 101 Abs. 3 AEUV auf diejenigen marktlichen Transaktionen (Vereinbarungen, Beschlüsse, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen) für nicht anwendbar erklärt werden, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn (insbesondere) zur Verbesserung der Warenerzeugung oder Warenverteilung beitragen (...). Zwar hat sich die höchstrichterliche europäische Judikatur bislang gegen eine Anwendbarkeit der „Rule of Reason“ im europäischen Kartellrecht ausgesprochen. Eine Abwägung der (positiven) wettbewerbsfördernden und (negativen) wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen bereits auf tatbestandlicher Ebene wird deshalb im Rahmen des Art. 101 Abs. 1 AEUV ebenso außer Betracht bleiben müssen wie im Rahmen des § 1 GWB. Obgleich den betreffenden Unternehmen der diesbezügliche konkrete Nachweis der die Freistellung rechtfertigenden Wirkungen nicht erspart bleibt und sie nach obigen Darstellungen das Irrtums- und Subsumtionsrisiko trifft, wird eine Freistellung von Mietverträgen „in scope“ seit der Geltung der 7. GWB-Novelle jedenfalls auf Grundlage von Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB möglich sein. Die diesbezügliche vorausgesetzte Verbesserung oder Förderung ist bereits dann anzunehmen, wenn das bei Anwendung des wettbewerbsbeschränkenden Vertrags erzielte bzw. erzielbare Ergebnis günstiger ist als das Ergebnis, das ohne diesen Vertrag eintreten würde.[1810] Dafür spricht nach diesseitiger Ansicht, dass der Abschluss von Rahmenverträgen im Unfallersatzwagenge-

[1810] Vgl. *Schwarze-Brinker*, EU-Kommentar, Art. 101, Rn. 86.

schäft dazu beiträgt, dass infolge der kostendämpfenden Maßnahmen die Gemeinschaft der Versicherten kostenmäßig weniger in Anspruch genommen wird, Beitragssenkungen für die Versicherten ermöglicht werden und infolge einer Konsolidierung der Finanzlage der Versicherungsunternehmen Arbeitsplätze gesichert werden können.

Für eine Zulässigkeit diesbezüglicher Rahmenvereinbarungen spricht aber auch, dass sie Neuanbietern im Segment des Unfallersatzwagengeschäfts den Marktzugang erleichtern können. Unter Bezugnahme auf § 249 Abs. 2 S. 1 BGB spricht letztlich auch der Gedanke der Institutionellen Gegebenheiten dagegen, dass Rahmenverträge im Unfallersatzwagengeschäft gegen das Kartellverbot i. S. des Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 1 GWB verstoßen. Nach § 249 Abs. 2 BGB kann nämlich der Gläubiger bei der Beschädigung einer Sache statt der Herstellung (lediglich) den dazu *erforderlichen* Geldbetrag verlangen. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB beschränkt den Anspruch auf Ersatz von Mietwagenkosten auf den erforderlichen Herstellungsaufwand.[1811] Bestehen mehrere Wege der Herstellung, so hat der Geschädigte im Rahmen des Zumutbaren den wirtschaftlicheren zu wählen.[1812] Bei der Leistung von Schadensersatz von Geld handelt es sich dem Wortlaut des § 249 Abs. 2 S. 1 BGB *„statt“* um ein Erfüllungssurrogat zum Grundsatz der Naturalrestitution i.S. des § 249 Abs. 1 BGB. Der Geschädigte muss sich deshalb bei Anmietung eines Mietwagens für den Normaltarif entscheiden.[1813] Soweit er das KFZ zum Unfallersatztarif mietet, kann er auch in diesem Falle grundsätzlich nur die Sätze des Normaltarifs ersetzt verlangen.[1814] Er soll auf Grundlage des § 249 Abs.1, Abs. 2 S. 1 BGB eine wirtschaftliche Kompensation für die durch das Schadensereignis erlittenen (konkreten) Vermögensnachteile erhalten, aber am Schadensereignis nicht „verdienen“. Der Abschluss von Rahmenverträgen kann

---

1811 Vgl. Palandt-*Grüneberg*, BGB, 2015, § 249, Rn. 33 (unter Bezugnahme auf die neuere Rechtsprechung des BGH).

1812 Vgl. Palandt-*Grüneberg*, BGB, 2015, § 249, Rn. 33 (unter Bezugnahme auf die neuere Rechtsprechung des BGH).

1813 Vgl. Palandt-*Grüneberg*, BGB, 2015, § 249, Rn. 33 (unter Bezugnahme auf die neuere Rechtsprechung des BGH).

1814 Vgl. Palandt-*Grüneberg*, BGB, 2015, § 249, Rn. 33 (unter Bezugnahme auf die neuere Rechtsprechung des BGH).

nach diesseitiger Ansicht dazu beitragen, den *Gedanken*[1815] der Vorteilsausgleichung praktisch zu implementieren. Die höheren Sätze der von den KFZ-Vermietern ohne Marktgegenmacht einseitig festgesetzten Unfallersatzwagentarife sind (ausnahmsweise) nur dann zu ersetzen, soweit spezifische im Normaltarif nicht berücksichtigte Leistungen bei der Vermietung einen Zuschlag rechtfertigen.[1816] Die betriebswirtschaftliche Kalkulation des konkreten Vermieters interessiert nicht.[1817] Der Abschluss von Mietverträgen „in scope" trägt insoweit zur Verwirklichung dessen bei, was im Rahmen der Schadensabwicklung unter Bezugnahme auf die neuere Rechtsprechung des BGH durch das geltende Schadensersatzrecht gedeckt ist, und ist deshalb aus diesseitiger Sicht auch nach dem Gedanken der Institutionellen Gegebenheiten kartellrechtlich zulässig.

Dass Art. 2 Abs. 1 VGVO einen unmittelbaren Zusammenhang der wettbewerbsbeschränkenden Verpflichtung mit der Regelung von Kauf-, Verkaufs- oder Weiterverkaufsbedingungen verlangt[1818] und deshalb keine Anwendung auf Mietverträge findet, kann insoweit dahingestellt bleiben[1819]. Obgleich er beim Abschluss von Rahmenverträgen wirtschaftlich betrachtet als Nachfrager auftritt, erwirbt der Versicherer den Unfallersatzwagen nicht, sondern tritt rechtlich betrachtet allenfalls als Vermittler auf.[1820]

---

1815 Eine unmittelbare Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung wird jedenfalls im Bereich der privaten Schadensversicherung in der Regel deshalb ausscheiden, weil der Schadensersatzanspruch nach § 86 des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) auf den Versicherer übergeht, vgl. Palandt-*Grüneberg*, BGB, 2010, Vorb v § 249, Rn. 83.

1816 Vgl. Palandt-*Grüneberg*, BGB, 2015, § 249, Rn. 33 (unter Bezugnahme auf die neuere Rechtsprechung des BGH)

1817 Vgl. Palandt-*Grüneberg*, BGB, 2015, § 249, Rn. 33 (unter Bezugnahme auf die neuere Rechtsprechung des BGH)

1818 Vgl. *Schultze*/*Pautke/Wagener*, Rn. 135.

1819 Vgl. *Schultze*/*Pautke/Wagener*, Rn. 137.

1820 Beim Abschluss von Miet- und Pachtverträgen fehlt es am essentiellen Erwerbsgeschäft einer Ware oder Dienstleistung und folglich auch an den vorausgesetzten Kauf-, Verkaufs- oder Weiterverkaufsbedingungen, vgl. *Schultze*/*Pautke/Wagener*, Rn. 137.

### 6) Ergebnis zu III.

Regulierungsvereinbarungen erscheinen nicht nur aus Verbrauchersicht sinnvoll. Sie bringen überdies den Leistungserbringern eine bessere Kapazitätsauslastung, tragen zur Entlastung der Versichertengemeinschaft bei und bringen dem Geschädigten letztlich auch keine Nachteile. Der Geschädigte soll auf Grundlage von §§ 249 Abs. 1, Abs. 2 BGB ein angemessene wirtschaftliche Kompensation für den erlittenen Schaden erhalten, aber am Schadensereignis nicht verdienen. Regulierungsvereinbarungen stehen dieser Zielsetzung nicht entgegen. Vor dem Hintergrund, dass der Versicherer die essentiellen wirtschaftlichen Risiken der Schadensregulierung trägt, erscheint es sachgerecht, ihn als „wirtschaftlichen Nachfrager“ zu qualifizieren. Im Lichte des „More economic approach“ erscheinen Regulierungsvereinbarungen eher wettbewerbsförderlich denn wettbewerbsschädlich. Sollte eine Einzelfreistellung auf Grundlage von Art. 2 Abs. 1 VGVO nicht möglich sein, ist den betroffenen Versicherern deshalb nahe zu legen, jedenfalls eine Einzelfreistellung auf Grundlage von Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB zu beantragen. Angesichts der aktuellen Tendenzen dürfte dieser Aussicht auf Erfolg bescheinigt sein.

## E) Übertragung wesentlicher BGH-Entscheidungen auf das heutige Recht

### I) Komplexität der Entscheidungsprognose

Eine Aussage darüber zu treffen, wie der BGH essentielle Fälle zum Preisbindungsverbot aus der Vergangenheit heute entscheiden würde, erscheint deshalb nicht einfach, weil die richterliche Entscheidungsfindung bekanntermaßen eine höchst persönliche ist und außer den einschlägigen rechtlichen Vorgaben auch den zeitlichen Rahmenbedingungen unterliegt, die maßgeblich durch das Aufkommen neuer technologischer Errungenschaften wie das Aufkommen neuer Informations- und Kommunikationsmedien bestimmt wird. So hat der BGH vor einiger Zeit unterstrichen, dass sich die (höchstrichterliche) Judikatur dem Aufkommen neuer technologischer Errungenschaften nicht verschließen darf. Das gilt nicht nur für den Prozess richterlicher Entscheidungen (Tatsachensammlung, Entscheidungsvorbereitung, Entscheidungskommunikation), sondern betrifft auch die materielle Entscheidungsfindung. In den zu-

rückliegenden Jahren haben sich die marktlichen Transaktionen durch das Aufkommen neuer Informations- und Kommunikationsmedien beträchtlich beschleunigt. Zudem haben sich die Entscheidungsgrundlagen des Verbraucherverhaltens diametral verändert. In diesem Zusammenhang sind nicht nur Google, E-Bay[1821] und diverse Preissuchmaschinen zu nennen. Das Verbraucherverhalten sowie die Art und Weise, wie Verbraucherentscheidungen zustande kommen, wird zunehmend durch das Aufkommen immer intelligenterer Algorithmen gesteuert, die auf Grund vorgefundener Verbraucherentscheidungen das künftige Verbraucherverhalten steuern, indem der Verbraucher beispielsweise via E-Mail frühzeitig individuell über neue Produkte informiert wird.[1822] Das Aufkommen diesbezüglicher Algorithmen hat klassische Vertriebsstrukturen (Hersteller - Großhändler - Händler - Verbraucher) geradezu revolutioniert und die Margen insbesondere auf der Großhandelsstufe teilweise existenziell zusammenschmelzen lassen. An dieser Stelle soll ein kurzer Hinweis auf diese gewandelten tatsächlichen wettbewerbsrelevanten Rahmenbedingungen genügen, mit denen die richterliche Entscheidungsfindung zu Beginn der zweiten Dekade des neuen Millenniums konfrontiert ist. Bei der Prognose, wie die höchstrichterliche Judikatur unter den gewandelten Rahmenbedingungen entscheiden würde, stünden die im Rahmen der vorliegenden Darstellung besprochenen Fälle nochmals zur Entscheidung an, muss angesichts der Entscheidungsfülle eine Auswahl essentieller wettbewerbsrechtlicher Entscheidungen getroffen werden.

## II) Grundlegende Entscheidungsparameter

Als grundlegende Entscheidungsparameter, die im Rahmen der vorzunehmenden Prognose zu berücksichtigen sind, kommen - *erstens* - die mit dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle vollzogene Angleichung des deutschen Wettbewerbsrechts an das europäische Wettbewerbsrecht, - *zweitens* - die Streichung der Sonderregelung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen gem. § 14 GWB a. F. sowie die dadurch vollzogene Gleichstellung horizontaler und vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen in § 1 GWB,

---

1821 Vgl. zur Bedeutung der Internet-Verkaufsplattform E-Bay im Rahmen heutiger Vertriebsstrukturen: *OLG Karlsruhe*, Urteil v. 25.11.2009, 6 U 47/08 Kart, www.juris.de; *OLG München*, Urteil v. 02.07.2009 - U (K) 4842/08 -, www.juris.de

1822 Vgl. zu diesem Problemkomplex: *Schirrmacher*, Payback, 2009, S. 1 ff.

- *drittens* - die Anordnung der unmittelbaren Anwendung der Zwischenstaatlichkeitsklausel gem. Art. 101 AEUV in den Mitgliedstaaten durch die VO 1/2003 und - *viertens* - das Inkrafttreten der VGVO in Betracht. Letztere ist bekanntermaßen in den Mitgliedstaaten als Schirm-Gruppenfreistellungsverordnung unmittelbar anwendbar und trägt durch ihre Legaldefinition für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen zur Rechtssicherheit bei, als dass die beispielsweise in der „ZVN-Entscheidung" des BGH bei der Abgrenzung zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen anfänglich zu konstatierenden Unsicherheiten zunehmend entschärft werden konnten. Als vertikale Wettbewerbsbeschränkung gelten nunmehr nach Art. 1 VGVO (sämtliche) Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen zwei oder mehr Unternehmen, von denen jedes zur Durchführung der Vereinbarung auf einer unterschiedlichen Produktions- und Vertriebsstufe tätig ist, und welche die Bedingungen betreffen, zu denen die Parteien bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können. Als weitere wesentliche und insbesondere durch die Kommission initiierte Veränderung ist seit der 7. GWB-Novelle eine Abkehr vom streng formaljuristischen und maßgeblich durch die Vertreter des Ordoliberalismus geprägtem Begriff der Wettbewerbsbeschränkung zu einem Begriff, der im Sinne des „More economic approach" stärker die ökonomischen Wirkungen berücksichtigt und insbesondere den Nutzen für die Konsumentenwohlfahrt fokussiert. Dabei sei nochmals unterstrichen, dass die höchstrichterliche europäische Judikatur (EuGH und EuG) einer Implementierung der „Rule of Reason" in das Gemeinschaftsrecht kritisch bis ablehnend gegenübersteht.

## III) Prognose ausgewählter Entscheidungen

### 1) "Carpartner-Entscheidung"

Vor dargestelltem Hintergrund wird diesseits die Ansicht vertreten, dass der BGH in der „Carpartner"-Entscheidung, der unter dem damals geltenden Recht noch das Tatbestandsmerkmal *„zu einem gemeinsamen Zweck"* zu Grunde lag, unter der Geltung der 7. und 8. GWB-Novelle stärker auf die Gesichtspunkte der Risikoverteilung und die Vorteile für den Verbraucher (u. a. Beitragsstabilität) abstellen dürfte, wie sie oben bereits dargestellt wurden. Dafür spricht jedenfalls die unter dem Regime der VO

1/2003 unmittelbare Geltung des Art. 101 Abs. 3 AEUV sowie die korrespondierende Bestimmung des § 2 Abs. 1 GWB, die im Gegensatz zum damaligen Recht eine angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur grundlegenden Voraussetzung der Einzelfreistellung erheben. Weder Art. 101 Abs. 3 AEUV noch § 2 Abs. 1 GWB enthalten eine Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs auf bestimmte Arten marktlicher Transaktionen, so dass auch Rahmenverträge wie in der „Carpartner"-Entscheidung einzelfreistellungsfähig sind. Der zur Einzelfreistellung vorausgesetzte detaillierte Nachweis wettbewerbsförderlicher Wirkungen dürfte dabei keine unüberwindbare Hürde darstellen. Die in der „Carpartner"-Entscheidung vom Rahmenvertrag ausgehende Beschränkung der Preisgestaltungsautonomie der Kraftfahrzeugvermieter ist rein formaljuristisch als Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren. Aus der Sicht des heute im Vordringen befindlichen „More economic approach" dürften indessen die Vorteile für den Verbraucher überwiegen, so dass der in Rede stehende Rahmenvertrag heute nicht mehr ohne Weiteres nach § 134 BGB verboten wäre.

### 2) "Kommunale Energieversorgung"

Das in der Rechtssache „Kommunale Energieversorgung" angenommene Exklusivitätsverhältnis zwischen § 1 a. F. (Kartellverbot) und § 16 GWB a. F. (Missbrauchsaufsicht über Ausschließlichkeitsbindungen) kann angesichts der in § 1 GWB n. F. vollzogenen Gleichstellung horizontaler und vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen keinen Bestand mehr haben. Angesichts des unter dem „More economic approach" gewandelten Verständnisses sowohl der Bedeutung der Freiheit des Wettbewerbs als auch der Zielsetzung des GWB wird hier die Ansicht vertreten, dass diese Entscheidung heute so nicht mehr ergehen könnte.

### 3) "Verbundnetz II"

Ebenso wie in der Rechtssache „Kommunale Energieversorgung" dürfte der BGH unter der Geltung der 7. und 8. GWB-Novelle auch hier insoweit zu einer abweichenden Entscheidung gelangen, weil das Exklusivitätsverhältnis zwischen §§ 1 GWB a. F. und

16 GWB a. F. entfallen ist. Angesichts des Fortbestands der „Lehre von den institutionellen Gegebenheiten“ würde indessen die Differenzierung zwischen funktionsnotwendigen und nicht funktionsnotwendigen Vereinbarungen fortbestehen.

**4) “Schokoladen-Riegel-Entscheidung“**

Ebenso wie in den anderen Entscheidungen zur Preisbindung durch den Hersteller dürfte sich auch in der “Schokoladen-Riegel-Entscheidung“ seit In-Kraft-Treten der 7. GWB-Novelle eine abweichende Entscheidung ergeben, als dass Preisbindungen als mit den horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen gleichgestellte Wettbewerbsbeschränkungen kartellrechtlich *grundsätzlich* unzulässig sind (Art. 101 Abs. 1a AEUV, § 1 GWB). Unter der Geltung der in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbaren VO 2790/1999, die vertikale Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 2 Abs. 1 VO 2790/1999 als grundsätzlich zulässig einstuft, gelten indessen nur Mindestpreisbindungen als „*hardcore restriction*“ (Art. 4 lit. a VO 2790/1999). Geschütztes Rechtsgut des Art. 4 VGVO ist die Preisgestaltungsautonomie des Vertriebsmittlers. Höchstpreisbindungen und Preisempfehlungen sind demgegenüber nach Art. 4 lit. a HS. 2 VGVO nur dann verboten, wenn sich diese infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eine der Vertragsparteien wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken. Untersagt sind insoweit Druckmittel, Androhung von Nachteilen, Anreize oder Vorteilsversprechungen durch eine Vertragspartei, um die andere zu veranlassen, die Höchstpreisbindung nicht zu unterschreiten oder die Preisempfehlung einzuhalten.[1823] Ob tatsächlich ein faktischer Zwang zur Gleichpreisigkeit vorliegt, dürfte dabei nach einer Gesamtbetrachtung der Umstände des Einzelfalles zu entscheiden sein. Da Höchstpreisbindungen zulässig sind, sind die vorgenannten Einwirkungen bei entsprechenden Preisempfehlungen zulässig, wenn sie die Freiheit der anderen Seite, diese Preise zu unterschreiten, nicht beschränken.[1824]

---

[1823] Vgl. *Bechthold*/*Brinker*/*Bosch*/*Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2009, VO 2790/1999, Art. 4, Rn. 7.

[1824] Vgl. *Bechthold*/*Brinker*/*Bosch*/*Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2009, VO 2790/1999, Art. 4, Rn. 7.

Diese Rechtslage wurde durch das Kammergericht Berlin erst 2012 auch bestätigt.[1825] Die Entscheidung wurde vom BGH nicht beanstandet.[1826] Das KG vermochte nicht zu erkennen,

> *„dass sich die Rechtslage hinsichtlich der Frage, welche Anforderungen an ein nach Art. 4 lit. a) Vertikal-GVO 2010 zu beanstandendes Ausüben von Druck zu stellen sind, gegenüber der Rechtslage vor der 7. GWB-Novelle "liberalisiert" hätte und insoweit ein "Mehr" an zulässiger Beeinflussung zulässt, als bisher. … Dafür, dass mit der Gesetzesnovelle die Möglichkeiten, einseitig Druck auf den Wiederverkäufer ausüben zu dürfen, um ihn zur Einhaltung bestimmter empfohlener Wiederverkaufspreise zu zwin- gen, erweitert werden sollten, ergibt sich nichts."*

**5) "Reyno-City-Bike"**

Angesichts der durch Art. 4 lit. a HS. 2 VGVO für grundsätzlich zulässig erklärten Höchstpreisbindungen dürfte die hier ausgesprochene Untersagung einer Preisüberschreitung als durch Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB erfasste vertikale Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 2 Abs. 1 VGVO gruppenfreigestellt sein und deshalb nicht die Rechtsfolge der zivilrechtlichen Unwirksamkeit nach § 134 BGB auslösen.

**6) "Probier-Preis-Aktion"**

Nach diesseitiger Ansicht dürfte diese Entscheidung jedenfalls im Ergebnis auch unter dem Regime der 7. und 8. GWB-Novelle Bestand haben, weil unverbindliche Preisempfehlungen nach Art. 2 Abs. 1, Art. 4 lit. a HS. 2 VGVO nunmehr grundsätzlich zulässig sind.

---

1825 KG Berlin, Urteil vom 02.02.2012, 16 O 263/05.

1826 BGH, 06.11.2012 - KZR 13/12.

**7) “Herstellerpreiswerbung“**

Auch unter der 7. und 8. GWB-Novelle dürfte es hier an einer unzulässigen Preisbindung fehlen, weil unverbindliche Preisempfehlungen nunmehr nach Art. 2 Abs. 1, Art. 4 lit. a HS. 2 VGVO grundsätzlich zulässig sind. § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB a. F. ist infolge der durch § 1 GWB vollzogenen Gleichstellung vertikaler und horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen (ersatzlos) entfallen. Zu berücksichtigen ist indessen, dass die Definition von Preisuntergrenzen nach geltendem Recht als Kernbeschränkung i. S. des Art. 4 lit. a VGVO zu qualifizieren und deshalb kartellrechtlich verboten ist.

**8) “Süßwarenpackungen“**

Ebenso wie unter der Geltung der 6. GWB-Novelle dürfte der BGH aus diesseitiger Sicht auch unter der 7. und 8. GWB-Novelle zum Ergebnis gelangen, dass ein Verstoß gegen das Preisbindungsverbot nicht vorliegt. Die Weitergabe der vom Händler erzielten Preisvorteile an den Verbraucher wird Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 Abs. 1 GWB expressis verbis zur Einzelfreistellungsvoraussetzung erhoben. Die freie Preisbildung als essentieller Wettbewerbsparameter einer marktwirtschaftlich geprägten Ordnung und Zielsetzung des GWB wird durch § 1 GWB geschützt. Art. 34 AEUV dürfte nach den obigen Ausführungen nur unter sehr engen Voraussetzungen eine Drittwirkung zwischen privaten Wirtschaftssubjekten entfalten und wird grundsätzlich durch die speziellere Regelung des Art. 101 AEUV verdrängt.

**9) “1 Riegel extra“**

Obgleich der BGH auch unter der 7. und 8. GWB-Novelle zum Ergebnis gelangen dürfte, dass ein Verstoß gegen das nunmehr in § 1 GWB verankerte Preisbindungsverbot nicht vorliegt, spricht einiges dafür, dass der erkennende Senat heute im Rahmen seiner Entscheidungsbegründung stärker auf die wirtschaftlichen Vorteile für den Endverbraucher rekurrieren dürfte. Ein diesbezüglicher Paradigmenwechsel wurde ja in dieser Entscheidung bereits vorsichtig angekündigt.

### 10) Rechtsprechung zu den Regulierungsvereinbarungen

Soweit sich Regulierungsvereinbarungen nach den obigen Ausführungen für den Verbraucher überwiegend positiv auswirken, wie beispielsweise bei Krankenkassen und KFZ-Pflichtversicherern der Versicherer das wirtschaftliche Risiko aus der Leistungserbringung trägt und bei wirtschaftlicher Betrachtung als Nachfrager bzw. Käufer auftritt, dürfte die Rechtsprechung des BGH Regulierungsvereinbarungen unter der 7. und 8. GWB-Novelle positiver gegenüberstehen und diese im Vergleich zu seiner bisherigen Rechtsprechung kartellrechtlich eher für zulässig befinden. So in den Fällen „ADAC-Straßendienst", „Zahnersatz aus Manila" und „Jugendnachtfahrten".

### 11) "Sixt"

Gerade vor dem Hintergrund, dass dem Franchisenehmer durch das Franchise-Modell gerade in der Anfangsphase wesentliche Erleichterungen in Punkto Kundenakquise und Kapitalbeschaffung zu Gute kommen und dem Franchisegeber infolge der dezentral-verselbständigten Organisation beträchtliche Risiken[1827] erwachsen - Defizite in Punkto Kundenbetreuung können den „*Good will*" einer Marke nachhaltig Schaden zufügen und zukunftsbezogen die Akquise von Fremdkapital beträchtlich erschweren. Wie der BGH in seiner jüngeren Rechtsprechung unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH unterstreicht, beruht der Erfolg eines Vertriebsfranchise-Systems wesentlich darauf, dass Identität und Ansehen der Vertriebsorganisation gewahrt werden: Nur so kann der einzelne Franchisenehmer daraus einen Gewinn ziehen.[1828] Dazu bedarf es der Sicherstellung eines einheitlichen Qualitätsstandards durch den Franchisegeber, der aber nach diesseitiger Ansicht auch gewisse Preisbindungen funktionsnotwendig voraussetzt.[1829]

---

[1827] Als essentielle geschäftliche Risiken sind hier grundsätzlich das Liquiditäts-, Amortisations- und Delkredererisiko zu nennen,Vgl. *LG Düsseldorf*, Urteil v. 14.03.2008, 13 O 343/06 (*„Kamps"*), www.juris.de, Rn. 50. Bei nicht wenigen Franchise-Verträgen dürfte der Franchisegeber überdies das Insolvenzrisiko des Franchisenehmers tragen, Vgl. *Bergmann*, Alfred: Anmerkung zum Beschluss des BGH v. 11.11.2008 - KVR 17/08 -, jurisPR-WettbR 9/2009 Anm. 3, B.

[1828] *BGH*, Beschluss v. 11.11.2008, KVR 17/08 (*„Praktiker"*), www.juris.de = WRP 2009, S. 208 ff.

[1829] *BGH*, Beschluss v. 11.11.2008, KVR 17/08 (*„Praktiker"*), www.juris.de = WRP 2009, S. 208 ff.

Aber auch unter Bezugnahme auf die Entscheidungspraxis der Kommission - diese macht die kartellrechtliche Privilegierung nach den obigen Ausführungen zutreffend von der Risikoverteilung zwischen Hersteller und Vertriebsmittler abhängig - erscheint es sachgerecht, dem Hersteller die Möglichkeit von Preisbindungen einzuräumen. Im Rahmen seines grundrechtlich geschützten geistigen Eigentums muss es dem Hersteller ermöglicht sein, verschiedene Modelle zum Vertrieb seiner Produkte zu praktizieren und sich letztlich das für ihn bestgeeignetste Modell zu entscheiden. Aus diesseitiger Sicht wird es deshalb für wahrscheinlich befunden, dass der BGH die in der Rechtssache „Sixt“ zu entscheidende Franchisevereinbarung unter Bezugnahme auf § 2 Abs. 1 GWB kartellrechtlich für zulässig befinden würde, weil der Franchisegeber die wesentlichen geschäftsspezifischen Risiken trägt und der aus dem zweigleisigen Vertriebssystem resultierende Anpassungsdruck letztlich dem Verbraucher zu Gute kommt. Nach der jüngeren Rechtsprechung des BGH[1830] sind zweigleisige (duale) Absatzsysteme - einerseits Verkauf durch eigene Regiebetriebe, andererseits Absatz über das Franchise-System - insbesondere nicht als selektive Vertriebssysteme i.S. des Art. 1d VGVO freigestellt: Erfasst sind diesbezüglich lediglich Vertriebssysteme, in denen sich der Lieferant verpflichtet, die Vertragswaren nur an Händler zu verkaufen, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden, und in denen sich diese Händler verpflichten, die betreffenden Waren nicht an Händler zu verkaufen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind.

Angemerkt sei in diesem Zusammenhang auch, dass dem Angebot einer standardisierten Produktqualität, die der Verbraucher bei Franchise-Systemen (billigerweise) erwartet, zumeist eine feste Kalkulationsgrundlage zu Grunde liegt. Deren Einhaltung ist Grundlage für das Angebot standardisierter Qualität und kommt letztlich dem Verbraucher zu Gute. In diesem Zusammenhang sei auch ein Hinweis auf eine neuere Entscheidung des *BGH* hingewiesen, wonach der Franchisegeber nicht verpflichtet ist,

---

[1830] *BGH*, Beschluss v. 11.11.2008, KVR 17/08 (*„Praktiker“*), www.juris.de = WRP 2009, S. 208 ff.

den Franchisenehmern dieselben Einkaufspreise einzuräumen wie den Regiebetrieben, da niemand verpflichtet sei, zu seinen Lasten fremden Wettbewerb zu fördern.[1831]

Erst nach dem Ergehen der Sixt-Entscheidung ist indessen die VGVO in Kraft getreten, die in den Mitgliedstaaten nach § 2 Abs. 2 GWB entsprechend gilt und Fest- oder Mindestpreise nach Art. 4 lit. a VGVO als Kernbeschränkungen einstuft. Auch Preisempfehlungen gelten nach Art. 4 lit. a VGVO als absolut unzulässig, wenn sie sich infolge der Ausübung von Druck wie Fest- oder Mindestpreise auswirken. Soweit der Hersteller bei Nichteinhaltung von Preisempfehlungen mit dem Selbsteintritt droht, geht davon für den Vertriebsmittler ein jedenfalls faktischer Zwang aus, die Vorgaben des Herstellers auch tatsächlich einzuhalten. Der Androhung des Selbsteintritts ist nach diesseitiger Ansicht als Eingriff in die Geschäfts- und Preisgestaltungsautonomie des Franchisenehmers zu werten. Der Franchisenehmer wird diesen gerade dann als „Druck“ i. S. des Art. 4 lit. a VGVO empfinden, wenn er davon ausgehen muss, dass ihm bei wiederholtem Verstoß gegen die Herstellerempfehlung der Lizenzverlust droht. Die diesbezüglichen Erwägungen des BGH können aus diesseitiger Sicht auch heute noch Geltung beanspruchen.

# 5. Kapitel: Gesamtergebnis

Die von deutschen Behörden und Gerichten heutzutage unmittelbar als verbindlich anzuwendenden wettbewerbsrechtlichen Normen, die das Thema Preisbindung als Form einer vertikalen Wettbewerbsbeschränkung behandeln, haben, wie die Wettbewerbsregeln überhaupt, in den letzten Jahren einen beispiellosen Umbruch erfahren, der angesichts der gegenwärtigen Diskussion um die 7. GWB-Novelle seinen Abschluss noch nicht gefunden haben dürfte. Von den daraus resultierenden Änderungen im Bereich des materiellen Rechts ist gerade der Bereich der Preisbegrenzungsmaßnahmen als spezielle Form der Preisbindung in nicht unerheblichem Ausmaß betroffen, wobei einzelne Fragen in diesem Zusammenhang selbst nach einem Inkrafttreten der 7.

---

[1831] Vgl. *Bergmann*, Alfred: Anmerkung zum Beschluss des BGH v. 11.11.2008 - KVR 17/08 -, jurisPR-WettbR 9/2009 Anm. 3, B.

GWB-Novelle in der derzeit geltenden Entwurfsfassung noch immer nicht geklärt sein dürften.

Fest steht, dass § 1 GWB auch einen deutschen Sonderweg beenden möchte, indem er entsprechend den Regelungen von Art. 101 Abs. 1 AEUV sowie Section 1 des Sherman Act nur noch ein einheitliches Kartellverbot als Generaltatbestand für alle Formen von horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen vorsieht. Dieser Neuerung ist im Grundsatz auch voll zuzustimmen, da die diesbezüglichen Regelungen in der derzeit noch geltenden Fassung des GWB, insbesondere §§ 1 ff. GWB und §§ 14 ff. GWB, in ihrem Gesamtzusammenhang einen recht unsystematischen Flickenteppich bilden. Es bleibt nicht nachvollziehbar, warum bei einem Preiskartell auf horizontaler Ebene einerseits zwar das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung bejaht sein muss, wozu es dann eine Reihe von Ausnahmevorschriften gibt, während eine vertikale Preis- und Konditionenbindung streng untersagt ist, ohne dass es in dem Tatbestand zumindest de lege lata das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung als Korrektiv oder eine Reihe ausdrücklich verankerter Ausnahmetatbestände gäbe, obwohl ansonsten vertikale Wettbewerbsbeschränkungen nur einem Missbrauchstatbestand unterliegen oder für gänzlich unbedenklich gehalten werden.

Mit dem Verlassen dieses Sonderwegs, den einige deutsche Kartellrechtler gerne wie den Gral gehütet sehen, ist aber keineswegs das Ende der Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen eingeläutet. Die Existenz der VGVO an sich beweist schon, dass eine solche Unterscheidung ihre Berechtigung besitzt, mag die VGVO auch im Einzelfall im Vergleich zu der derzeit noch geltenden Rechtslage nach dem GWB zu anderen Ergebnissen kommen.

Eine große Errungenschaft für das deutsche Kartellrecht wird das für horizontale wie vertikale Wettbewerbsbeschränkungen unterschiedslos anzuwendende Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung sein. Das bisherige Fehlen einer solchen Tatbestandsvoraussetzung machte den Umgang mit § 14 GWB a.F. gerade im Bereich der Absatzmittlungsverhältnisse, der Regulierungsabkommen mit Versicherern, in den

Fällen der öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge und nicht zuletzt im Zusammenhang mit Preisbegrenzungsmaßnahmen bisweilen zu einer Herkulesaufgabe. Eine Vielzahl dieser Fall wird künftig allein anhand der Tatbestandsmerkmale des Generaltatbestands von § 1 GWB gelöst werden können, wie dies auf der Ebene des EU-Wettbewerbsrechts im Zusammenhang mit Art. 101 Abs. 1 AEUV von Beginn an der Fall war. Die Behandlung dieser Fallkonstellationen unter § 14 GWB a.F. mündete vielfach in einem kartellrechtlichen Irrweg, der mit Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle sein Ende finden wird. Offensichtlich war man der Ansicht, dass jede Preisbindung, die nicht unter §1 GWB n.F. bzw. a.F. eingeordnet werden konnte, per se die Kriterien von § 14 GWB a.F. erfülle, ohne auf die weiteren Voraussetzungen dieser Vorschrift näher einzugehen. Die aus Art. 2 Abs. 1 – 1. Unterabsatz resultierende Notwendigkeit, als Eingangsvoraussetzung den Anwendungsbereich der Vertikal-GVO zu untersuchen, bevor auf etwaige Freistellungen eingegangen werden kann, wird den anwendenden Behörden und Gerichten deutlich mehr Disziplin abverlangen, als dies vielleicht gelegentlich im Umgang mit den Tatbestandsmerkmalen von § 14 GWB a.F. der Fall war.

Weiterhin werden künftig in jedem Fall vom Verkäufer eingesetzte Preisbegrenzungsmaßnahmen für Waren in klassischen Lieferketten, sofern sie überhaupt das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung erfüllen, de lege ferenda freigestellt sein, wenn es sich dabei um die Festsetzung von Höchstwiederkaufspreisen handelt. In der gegenwärtigen Fassung des deutschen Kartellrechts nach der 6. GWB-Novelle muss diese Form der Preisbindung noch als unzulässig erachtet werden.

Allerdings enthält die VGVO im Hinblick auf die Zulässigkeit bestimmter Preisbegrenzungsmaßnahmen einige Ungereimtheiten sowie insbesondere sprachliche Undeutlichkeiten, mit denen sich der deutsche Gesetzgeber genauer auseinandersetzen sollte, bevor es, wie derzeit in § 2 GWB vorgesehen, quasi zu einer uneingeschränkten Rezeption der Vertikal-GVO kommt. Aufgrund dieser Umstände dürfte die Freude

darüber, dass die vollständige Übernahme der Vertikal-GVO auch innerhalb des Anwendungsbereichs des GWB „ein erfreuliches Plus an Rechtssicherheit“[1832] bringen sollte, zu einem nicht unwesentlichen Teil wieder eingetrübt werden.

Zumindest eine Schwäche der Vertikal-GVO im Vergleich zu der bisherigen Rechtslage nach dem GWB scheint von den Verfassern des Entwurfs für eine 7. GWB-Novelle dabei schon ausgemacht zu sein, wie sich bei dem zuvor erwähnten Vergleich des Wortlauts von § 4 GWB mit Art. 4 lit. a) VGVO ergibt: Man möchte an einigen Stellen mietvertragliche Vereinbarungen dem Bezug von Dienstleistungen gleichstellen und damit an die Begriffstradition der „*Erbringung von gewerblichen Leistungen*“ anknüpfen.[1833]

Unsicherheiten hinterlässt die VGVO auch im Fall von Meistbegünstigungsklauseln als Form einer vom Käufer ausgehenden Preisbegrenzungsmaßnahme. Obwohl vom Käufer ausgehende Bindungen vom Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 VGVO klar umfasst sein sollten, enthält der Text VGVO einige missverständliche wenn nicht zweideutige Formulierungen, die von der Kommission leider auch nicht in den Leitlinien näher erläutert werden. Bis diese Fragen von der Entscheidungspraxis der Gemeinschaftsorgane abschließend geklärt sein werden, dürften noch einige weitere Jahre verstreichen. Auch vor diesem Hintergrund will es gut überlegt sein, ob man bereits jetzt schon die im Zusammenhang mit der Zulässigkeit von Meistbegünstigungsklauseln sehr klare Rechtslage zu § 14 GWB a.F. aufgibt,

Bei aller ausgesprochenen Kritik an § 14 GWB a.F. sollte jedoch nicht in Vergessenheit geraten, dass der Wortlaut dieser Vorschrift seit dem Inkrafttreten des GWB über viele Jahrzehnte hinweg so manche GWB-Novelle nahezu unverändert überdauert hat. Dies kann von zahlreichen anderen zentralen Normen im GWB nicht behauptet werden. Sollte man sich mit zu einer grundlegenden Reform des Preisbindungsverbots

---

1832 So die Wortwahl von Bahr, WuW 2004, 259 (261).

1833 Vgl. die Ausführungen auf 70 f.

entschließen, die aus den oben erläuterten Gründen auch dringend notwendig ist, sollte eine Nachfolgeregelung in der Absicht geschaffen werden, dass diese eine ähnliche Konstanz haben wird, wie der Inhalt von § 14 GWB a.F.. Angesichts der zuvor erwähnten Unklarheiten über die Auslegung der Vertikal-GVO wäre es unter Umständen nicht die schlechteste Lösung, wenn der deutsche Gesetzgeber noch einige Zeit zuwartete, um besser abschätzen zu können, wie insbesondere die europäischen Gerichte verschiedene, nicht ganz eindeutige Regelungen der Vertikal-GVO auslegen werden. Möglicherweise könnten sich derartige Klarstellungen im Gesetzestext des GWB widerspiegeln und somit zumindest in dessen Anwendungsbereich bereits im Gesetzestext die Klarheit bringen, welche die VGVO derzeit noch vermissen lässt.

Eine zusammenfassende abschließende Aussage im Zusammenhang mit Preisbegrenzungsmaßnahmen lässt sich aber dennoch machen: Wenn „Geschäftsleute des gleichen Gewerbes“ heute „zu Festen und zur Zerstreuung“ zusammenkommen, um bei den Worten von Adam Smith zu bleiben, und sie dort gefragt werden, warum sie auf diesen Zusammenkünften keine Pläne aushecken, um die Preise für ihre Produkte zu senken, so dürfte es für sie anders als in der Vergangenheit zunehmend schwieriger werden, sich in Ausflüchte über die vermeintlich strengen gesetzlichen Regelungen im Vertragsverhältnis zu ihren Abnehmern zu begeben.

## Literaturverzeichnis

*Ackermann*, Thomas, Die neuen EG-Wettbewerbsregeln für vertikale Beschränkungen, in EuZW 1999, S. 741 – 746

*Ackermann*, Thomas, Art. 85 Abs. 1 EGV und die rule of reason. Zur Konzeption der Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs, Bonn 1997

*Adams*, Michael, Zur Nichtigkeit des Preisaufschlagsverbots in Kreditkartenverträgen nach § 15 GWB, ZIP 1990, S. 632 – 635

*Adolff, Peter:* Verträge von Versicheren über Regulierungsleistungen, in: Festschrift für Karlmann Geiß - hrsg. von Hans Erich Brandner, Horst Hagen und Rolf Stürner - Köln/Berlin/Bonn/München 2000, S. 519 ff., zitiert: *Adolff,* FS Geiß, 2000, S. 519,

*Assmussen*, Jörg: Das Investmentmodernisierungsgesetz - praxisnah und liberal -, BB 2004, S. 1, zitiert: *Assmussen*, BB 2004, S. 1,

*Bael*, Ivo van/*Bellis*, Jean-Francois, Competition Law of the European Community, 5. Auflage, Den Haag, 2010 (zit. v. Bael & Bellis)

*Bahr*, Christian: Die Behandlung von Vertikalvereinbarungen nach der 7. GWB-Novelle, Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 2004, S. 259 - 266, zitiert: *Bahr*, WuW 2004, S. 259,

*Bauer*, Michael/*de Bronett*, Georg-Klaus, Die EU-Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 2001 (zit. Bearbeiter, in Bauer/de Bronett)

*Baumbach*, Adolf/*Hopt*, Klaus J., Handelsgesetzbuch, 36. neu bearbeitete Auflage, München 2014

*Baums*, Theodor, GWB-Novelle und Kartellverbot, ZIP 1998, S. 233 – 235

*Baur*, Jürgen F., Handelsvertretersysteme und § 15 GWB, BB 1985, S. 1821 - 1827

*Bayreuther*, Frank, Die Reform der EG-Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Wettbewerbsbescränkungen, in EWS 2000, S. 106 – 115

*Bechtold*, Rainer/Buntscheck, Martin, Die 7. GWB-Novelle und die Entwicklungen des deutschen Kartellrechts 2003 bis 2005, NJW 2005, S. 2966 – 2973

*Bechtold*, Rainer/Uhlig, Thorsten, Die Entwicklung des deutschen Kartellrechts 1997 – 1999, S. 3526 – 3533

*Bechtold*, Rainer, EG-Gruppenfreistellungsverordnungen – eine Zwischenbilanz, EWS 2001, S. 49 – 55

*Bechtold*, Rainer, Kommentar zum EG-Wettbewerbsrecht, München 2009 (zit. BBBH)

*Bechtold*, Rainer, Kommentar zum Kartellgesetz. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 5. Auflage München 2006

*Bechtold*, Rainer, Zum Referenten-Entwurf der 6. GWB-Novelle, BB 1997, S. 1853 – 1858

*Becker*, Ulrich /Kingreen, Thorsten: Kommentar zur Gesetzlichen Krankenversicherung, München 2008, zitiert: Becker/Kingreen-*Bearbeiter*, Krankenversicherung, 2008, §

*Belke*, Rolf, Grundfragen des Kartellverbots, ZHR 143 (1979), S. 74 – 94

*Bellamy*, Christopher/*Child*, Graham D., Common Market Law of Competition, 4. Auflage, London 1993

*Bergmann*, Alfred: Anmerkung zum Beschluss des BGH v. 11.11.2008 - KVR 17/08 -, jurisPR-WettbR 9/2009 Anm. 3, zitiert: *Bergmann*, jurisPR-WettbR 9/2009 Anm. 3,

*Berger*, Hanno/ *Steck*, Kai-Uwe: Regulierung von Hedgefonds in Deutschland - zugleich ein rechtsvergleichender Blick auf die USA, Luxemburg und die Schweiz-, ZBB 2003, S. 192 - 202, zitiert: *Berger*/ *Steck*, ZBB 2003, S. 192,

*Beuthien*, Volker, Sind auch leistungsbezogene Meistbegünstigungsklauseln nichtig?, DB 1980, S. 2021 – 2026

*Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, Die Europäische Union – Rechtsordnung und Politik, herausgegeben von Roland Bieber, Astrid Epinay, Marcel Haag und Bengt Beutler, 5. vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Baden-Baden 2001 (zit. BBPS)

*Birk*, Dieter: Steuerrecht, 9. Auflage, Heidelberg, 2006, zitiert: *Birk,* Steuerrecht, 2006, Rn.

*Böhner*, Reinhard, Verbot von Preisempfehlungen im Sixt-Autovermiet-Franchisesystem nach § 38 Abs. 1 Nr. 11 GWB, BB 1997, S. 1427 – 1433

*Bornkamm*, Joachim: Das Kartellverbot in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshof, in: Festschrift für Karlmann Geiß - hrsg. von Hans Erich Brandner, Horst Hagen und Rolf Stürner - Köln/Berlin/Bonn/München 2000, S. 539 ff., zitiert: *Bornkamm,* FS Geiß, 2000, S. 539,

*Bosch,* W.: Zur Anwendbarkeit des § 15 GWB auf durchgereichte Vertriebs- und Verwaltungssyteme, BB 1996, S. 1513 - 1517, zitiert: *Bosch,* BB 1996, S. 1513,

*Brinker,* Ingo/ *Siegert*, Reinhard: Rechtssicherheit für Regulierungsabkommen, Versicherungsrecht (VersR) 2006, S. 30 - 38, zitiert: *Brinker*/*Siegert,* VersR 2006, S. 30,

*Brühl*, Raimund, Die Formel von den „institutionellen Gegebenheiten" zur Einschränkung des § 15 GWB, WRP 1983, S. 3 – 6

*Büschgen,* Hans E.: Das kleine Bank-Lexikon, 3. Auflage, Stuttgart 2006, zitiert: *Büschgen,* Bank-Lexikon, 2006, S.

*Büttner,* Tilmann Andreas: Vertriebsbindungen: Zulässigkeit und Schutz nach der Rechtsprechungsänderung, Köln/ Berlin/ München 2004, zitiert: *Büttner,* Vertriebsbindungen, 2004, §

*Bunte*, Hermann-Josef, Abschied von dem "gemeinsamen Zweck" und den "gleichgerichteten Interessen, WuW 1997, S. 857 – 865

*Bunte*, Hermann-Josef, Die kartellrechtliche Beurteilung von Meistbegünstigungsklauseln, WRP 1980, S. 466 – 499

*Bunte*, Hermann-Josef, Die 6. GWB-Novelle – Das neue Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1998, S. 1748 – 1754

*Bunte*, Hermann-Josef, Kartellrecht, München 2003 (zit. Bunte)

*Bunte*, Hermann-Josef, Regulierungsabkommen zwischen Leistungserbringern und Versicherungsunternehmen auf dem Prüfstand des Kartellrechts, VersR 1997, S. 1429 – 1436

*Bunte*, Hermann-Josef, „carpartner" und die Folgen, NJW 1999, S. 93 – 96

*Calliess*, Christian/ *Ruffert*, Matthias: EUV/AEUV - Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta -, Kommentar, 4. Auflage, Neuwied/ Kriftel 2011, zitiert: Calliess/Ruffert-*Bearbeiter*, EUV/AEUV, 2007, Art.

*Burkhardt*, Jürgen, Kartellrecht, München 1995

*Canaris*, Claus-Wilhelm/ *Habersack*, Mathias /*Schäfer*, Carsten: Handelsgesetzbuch – Großkommentar -, Dritter Band: §§ 105 - 160, 5. Auflage, Berlin 2009, zitiert: Canaris/Habersack/Schäfer-*Bearbeiter*, HGB, 2009, §

*Commichau*, Gerhard/*Schwartz*, Harald, Grundzüge des Kartellrechts, 2. Auflage, München 2002

*Creutzig*, Jürgen, EG-Gruppenfreistellungs-Verordnung (GVO) für den Kraftfahrzeugsektor, Heidelberg 2003

*Dauses*, Manfred A., Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts (zit. Dauses-Bearbeiter), München 1994 ff.

*Deutscher Juristinnenbund e.V.* - Vereinigung der Juristinnen, Volkswirtinnen und Betriebswirtinnen -: Stellungnahme zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Lissabon-Vertrag (Zustimmungsgesetz von Bundestag und Bundesrat zum Vertrag von Lissabon, dem Gesetz zur Änderung der Verfassung und dem Begleitgesetz) vom 30. Juni 2009 - BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009 -, veröffentlicht unter: www.djb.de/static/common/download.php/savepm/.../St09-10_Lissabon.pdf, zuletzt abgerufen am 04.11.2009 (11:30 Uhr MEZ), zitiert: *Deutscher Juristinnenbund e.V.*, Stellungnahme zum Lissabon-Urteil, S.

*Dreher*, Meinrad/ *Kling*, Michael: Kartell- und Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, München 2007, zitiert: *Dreher*/*Kling*, Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 2007, Rn

*Dreier*, Peter: Bezugsrechtsausschluss im Aktienrecht - Reduzierung der Anforderungen an die sachliche Rechtfertigung -, Münster, 2005, zitiert: *Dreier*, Bezugsrechtsausschluss, 2005, S.

*Drexl*, Josef: Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers: Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinnütziger Bezüge, Tübingen 1998, zitiert: *Drexl*, Selbstbestimmung, 1998, S.

*Ebel*, Hans-Rudolf, Der gemeinsame Zweck in § 1 GWB und Austauschverträge, WuW 1979, S. 792 – 796

*Ebel*, Hans-Rudolf, Kartellrecht (GWB und EG-Vertrag), Kommentar, Loseblatt, Frankfurt a.M., 41. Aktualisierung, Neuwied/Kriftel November 2003 (zit. Ebel)

*Ebenroth*, Carsten-Thomas/*Parche*, Ulrich, Die kartell- und zivilrechtlichen Schranken Schranken bei der Umstrukturierung von Absatzmittlungsverhältnissen, BB 1988, Beilage Nr. 10/Heft 21, S. 1 ff.

*Ehlers*, Dirk: Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Auflage, Berlin 2005, zitiert: Ehlers-*Bearbeiter*, Grundrechte, 2005, S.

*Eicker*, Klaus: EuGH-Rechtsprechung Ertragssteuerrecht, Grundlagen - Kommentierte Entscheidungen - Materialien, Ernst & Young, 2. Auflage 2007, zitiert: *Eicker*, EuGH-Rechtsprechung, S.

*Eickmann*, Marco: Wegzugsbesteuerung, Aachen 2007, zitiert: *Eickmann*, Wegzugsbesteuerung, 2007, S.

*Einsele*, Dorothee, Der bargeldlose Zahlungsverkehr – Anwendbarkeit des Garantievertrags oder abstraktem Schuldversprechen?, WM 1999, S. 1801 – 1810

*Ekkenga*, Jens, Die Inhaltskontrolle von Franchise-Verträgen, Heidelberg 1990 (zit. Ekkenga)

*Elzer*, Hansjörg, Die Abgrenzung des Kartellvertrages gegen die sonstigen Verträge im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Heidelberg 1981 (zit. Elzer)

*Emmerich*, Volker, Kartellrecht, 13. Auflage, München 2014 (zit. Emmerich)

*Emmerich*, Volker, Unlauterer Wettbewerb, 9. Auflage, München 2012 (zit. Emmerich, UWG)

*Esser*, Josef/*Weyers*, Schuldrecht Band II Besonderer Teil, 7. völlig neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 1999

*Epp*, Wolfgang, Franchising und Kartellrecht, Köln, Berlin, Bonn, München, 1994

*Everling*, Ulrich, Zur Wettbewerbskonzeption in der neueren Rechtsprechung des

*Faull*, Jonatan/*Nipkay*, Ali, The EC Law of Competition, Oxford/New York 1999 (zit. Faull & Nipkay)

*Fezer*, Karl-Heinz, Das wettbewerbsrechtliche Irreführungsverbot als ein normatives Modell des verständigen Verbrauchers im Europäischen Unionsrecht, WRP 1995, S. 671 – 676

*Fikentscher*, Wolfgang, Wirtschaftsrecht, Band I, München 1983

*Fikentscher*, Wolfgang/*Heinemann*, Andreas, Der „Draft International Antitrust Code“ – Initiative für ein Weltkartellrecht des GATT, WuW 1994, S. 97 – 107

*Fischer,* Susanne: Primäres Gemeinschaftsrecht und direkte Steuern - Die Bindung des Steuergesetzgebers an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages -, Frankfurt am Main 2001, zitiert: *Fischer,* Grundfreiheiten, 2001, S.

*Fleischer*, Holger/*Körber*, Thorsten, Der Einfluss des US-amerikanischen Antitrustrechts auf das Europäische Wettbewerbsrecht, WuW 2001, S. 6 – 19.

*Fredriksen,* Halvard H.: Die Zusammenarbeit zwischen dem EuGH und deutschen Zivilgerichten im Lichte des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 EGV, hrsg. Vom Institut für Völkerrecht - Abteilung Europarecht -der Georg-August-Universität Göttingen, Göttinger Online-Beiträge zum Europarecht Nr. 1 vom 14. 07. 2005, S. 1 - 17, im Internet abrufbar unter http://www.europarecht.uni-goettingen.de/Paper26.pdf, zuletzt abgerufen am 07.11.2009 um 15:30 MEZ, zitiert: Göttinger Online-Beiträge zum Europarecht Nr. 1, Fredriksen, Zusammenarbeit, 2005, S. 1,

*Frotscher,* Werner: Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Auflage, München 1999, zitiert: *Frotscher,* Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1999, S.

*Fuchs,* Andreas: Die 7. GWB-Novelle - Grundkonzeption und praktische Konsequenzen, WRP 2005, S. 1384 - 1396, zitiert: *Fuchs,* Wirtschaft in Recht und Praxis (WRP) 2005, S. 1384,

*Gamm*, Otto-Friedrich von, Kartellrecht, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und zu Art. 85, 86 EWGV, 2. Aufl. Köln 1990

*Gehling*, Norbert, Die Zulässigkeit von Preisbindungen im Rahmen von Vertriebssystemen, Bochum 1988 (zit. Gehling)

*Glasow,* Bernhard: Vertikale Preisbindung, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbsrecht in den USA, Deutschland und Europa - Bestandsaufnahme, Kritik und Zukunftsperspektiven -, Saarbrücker Schriften zum Privat- und Wirtschaftsrecht Band 14, Frankfurt am Main u. a. O. 2000, zitiert: *Glasow,* Preisbindung, 2000, S.

*Gliem,* Barbara, Die Gruppenfreistellungsverordnungen im aktuellen und kommenden EG-Kartellrecht, Hamburg 2003

*Glöckner,* Jochen: Europäisches Lauterkeitsrecht, München 2006, zitiert: *Glöckner,* Lauterkeitsrecht, 2006, S.

*Grabitz,* Eberhard/*Hilf* Meinhard (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Band 1, München; Loseblattwerk, Stand: Juli 2015 (zit. Bearbeiter, in Grabitz/Hilf)

*Graf,* Gerhard: Grundlagen der Finanzwissenschaft, 2. Auflage, Heidelberg 2005, zitiert: *Graf,* Finanzwissenschaft, 2005, S.

*Greive,* Martin: Der große Steuer-Irrtum - Abgabensenkungen finanzieren sich nur zum Teil selbst – über die Höhe streiten Ökonomen -, DIE WELT v. 17.10.2009, S. 12, zitiert: *Greive,* DIE WELT v. 17.10.2009, S. 12.

*Griffiths,* Mark, A Glorification of de minimis – The Regulation on Vertical Agreements, E.C.L.R. 2000, S. 241 - 247

*Groeben,* Hans von der/ *Thiesing,* Jochen/ *Ehlermann,* Claus-Dieter/ *Bardenhewer,* Angela: EU-/EG-Vertrag Kommentar/ Kommentar zum EWG-Vertrag, 5. Auflage,

Baden-Baden 2003, zitiert: *Bearbeiter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EUV/EGV, Art., auch zitiert als *Bearbeiter*, in: GTE, EUV/EGV, Art.

*Habersack, Mathias/Mayer, Christian:* Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, JZ 1999, S. 913 ff., zitiert: *Habersack/Mayer*, Juristenzeitung (JZ) 1999, S. 913,

*Haager*, Bernd Christian, Die Entwicklung des Franchiserechts in den Jahren 1999, 2000 und 2001, NJW 2002, S. 1463 – 1475

*Haager*, Bernd Christian, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung, DStR 2000, S. 387 - 390

*Haager*, Bernd-Christian, Preisempfehlungen in Franchise- und anderen Vertriebssystemen, DStR 1999, S. 1153 - 1156

*Haase*, Jörg, Absatzmittlungsverträge zwischen Warenproduzenten und Eigenhändlern, Köln, Berlin, Bonn, München, 1996

*Hammann*, Harald, Die Universalkreditkarte – ein Mittel des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, Berlin 1990 (zit. Hammann)

*Haverkate*, Görg/ *Schwab*, Martin: Wettbewerbsrelevantes Verhalten der gesetzlichen Krankenkasse im Rahmen des deutschen und europäischen Wettbewerbs-, Kartell- und Verfassungsrechts, Heidelberg 2004, zitiert: *Haverkate*/*Schwab*, Wettbewerbsrelevant 2004, S.

*Herdegen*, Matthias, Internationales Wirtschaftsrecht, 3. Auflage, München 2002

*Herrlinger*, Justus, Änderungen der 7. GWB-Novelle im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens, WRP 2005, S. 1136 - 1139

*Hertog*, Johanna/ *Noack*, Britta: Die 7. GWB-Novelle, Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP) 2005, S. 1396 - 1407, zitiert: *Hertog*/*Noack*, WRP 2005, S. 1396,

*Hertz-Eichenrode*, Christian, Umgehung von § 15 GWB durch Mißbrauch „institutioneller Gegebenheiten“?, WuW 1983, S. 785 - 787

*Herzog, Bodo:* Die Finanzmarktkrise - Ursachen, Lehren und Lösungsansätze -, in: Konrad Adenauer Stiftung (Hrsg.): Lehren aus der Finanzmarktkrise - Ein Comeback der Sozialen Marktwirtschaft -, S. 9 ff., Sankt Augustin/ Berlin 2008, zitiert: KAS-*Herzog*, Finanzmarktkrise, 2009, S. 9 ff.

*Herzog*, Roman/ *Gerken*, Lüder: Von Roten Karten und stumpfen Schwertern - Eine Grundsatzkritik des EU-Verfassungsentwurfs, DIE WELT v. 19.06.2007, S. 4 - 5, zitiert: *Herzog*/*Gerken*, DIE WELT v. 19.06.2007, S. 4,

*Hess, Burkhard* Rechtsfragen des Vorabentscheidungsverfahren, RabelsZ, Band 66 (2002), S. 470 - 502, zitiert: *Hess*, RabelsZ, Band 66 (2002), S. 470,

*Hirsch*, Günter/ *Montag*, Frank/ *Säcker*, Franz Jürgen: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 2, GWB: §§ 1 - 96, 130 und 131, München 2008, zitiert: Hirsch/Montag/Säcker-*Bearbeiter*, Wettbewerbsrecht , 2008, §

*Hönn,* Günther: Kartellrechtliche Probleme moderner Zahlungssysteme, Zeitschrift für Bankrecht und Betriebswirtschaft (ZBB) 1991, S. 6 - 23, zitiert: *Hönn,* ZBB 1991

*Hoffmann,* Christian: Wettbewerb bei Visa und MasterCard: Kartellrechtliche Beurteilung der Vereinheitlichung in den Kreditkarten-System, WuW 2006, S. 17 - 30, zitiert: *Hoffmann*, WuW 2006, S. 17,

*Hoffmann,* Jochen: Parallelausfuhren im Europäischen Wettbewerbsrecht nach der „Bayer"-Entscheidung des EuGH, in: WRP 2004, S. 994 ff., zitiert: *Hoffmann,* WRP 2004, S. 994 ff.

*Hommelhoff,* Peter: Die Rolle der nationalen Gerichte bei der Europäisierung des Privatrechts, hrsg. von Andreas Heldrich u.a., 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band II, hrsg. von Claus-Wilhelm Canaris u.a., München 2000, S. 889 - 925, zitiert: *Hommelhoff* in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 889,

*Honnefelder*, Stephanie, Gruppenfreistellungsverordnung für selektive Vertriebssysteme, Baden-Baden 2003

*Horn,* Norbert: Kartellrechtliche Aspekte des Kreditkartengeschäfts, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR) Nr. 157 (1993), S. 324 – 348, zitiert: Horn, ZHR 1993, S. 324,

*Horsch,* Saskia, Die Handelsvertretung im EG-Kartellrecht unter besonderer Berücksichtigung der Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 2790/1999 und der Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Münster 2005

*Hossenfelder,* Silke/ *Lutz,* Martin: Die neue Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag, WuW 2003, S. 118 - 129, zitiert: *Hossenfelder*/*Lutz*, WuW 2003, S. 118,

*Immenga*, Ulrich/ *Mestmäcker*, Ernst-Joachim: Wettbewerbsrecht - Kommentar zum Europäischen Kartellrecht - 2 Bände und Ergänzungsband, 4. Auflage, München 2006, zitiert: Immenga/Mestmäcker-*Bearbeiter,* Wettbewerbsrecht, 2006

*Immenga*, Ulrich/ *Mestmäcker*, Ernst-Joachim: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) - Kommentar zum deutschen Kartellrecht, 2. Auflage, München 2003, zitiert: Immenga/Mestmäcker-*Bearbeiter,* GWB, §

*Jestaedt*, Thomas/*Bergau*, Thomas, Die neue Bagatellbekanntmachung der Kommission, WuW 1998, S. 119 – 134

*Kammann*, Hans-Georg/*Bergmann*, Ellen, Einseitige Vertriebsbeschränkungen und Art. 81 EG-Vertrag – Folgerungen aus dem Bayer-Adalat-Urteil des EuGH und dem Volkswagen-Urteil des EUG, EWS 2004, S. 151 – 155

*Kapp,* Thomas: Das Wettbewerbsverbot des Handelsvertreters: Korrekturbedarf bei den Vertikal-Leitlinie der Kommission?, WuW 2007, S. 1218 - 1230, zitiert: *Kapp*, WuW 2007, S. 1218,

*Kapp,* Thomas: Kartellrecht in der Unternehmenspraxis - Was Unternehmer und Manager wissen müssen -, Wiesbaden 2005, zitiert: *Kapp*, Kartellrecht, 2005, S.

*Kapp*, Thomas/*Schumacher*, Anke: Die kartellrechtliche Zulässigkeit des Provisionsweitergabeverbots in Handelsvertreterverhältnissen, WuW 2007, S. 26 - 32, zitiert: *Kapp*/*Schumacher*, WuW 2007, S. 26,

*Karl*, Matthias/*Reichelt*, Daniel, Die Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch die 7. GWB-Novelle, DB 2005, S. 1436 - 1444

*Kartte*, Wolfgang/*Kulka*, Michael, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen im deutschen und US-amerikanischen Kartellrecht, in Festschrift für Ernst C. Stiefel, 381 – 401

*Kasten*, Boris: Höchstpreisbindungen - Die kartellrechtliche Sanktionierung privatautonom-vertikaler Maximalpreisvereinbarungen: Ökonomische Analyse und Vergleich der Behandlung nach US-amerikanischem Antitrust Law, europäischen Wettbewerbsregeln und deutschem Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen -, Dissertation, Baden-Baden 2003, zitiert: *Kasten*, Höchstpreisbindungen, 2003, S.

*Kerst*, Andreas: Kartellrechtliche Zulässigkeit der Gebührenabkommen zwischen Rechtsschutzversicherungsunternehmen und Rechtsanwälten, VersR 2005, S. 479 - 481 zitiert: *Kerst*, VersR 2005, S. 479,

*Keßler*, Jürgen: Wettbewerbsbeschränkende Abreden in Gesellschaftsverträgen im Lichte von § 1 GWB und Art. 81 EGV - eine methodische und rechtsdogmatische Betrachtung -, WRP 2009, S. 1208 - 1214, zitiert: *Keßler*, WRP 2009, S. 1208,

*Kevekordes*, Johannes, Nichtanwendbarkeit des Preisbindungsverbots auf Kommissionärs- und Kommissionsagentenverträge, DB 1988, 1885 – 1888

*Kienholz*, Gerfried, Die Zahlung mit Kreditkarte im Nah- und Fernabsatz, München 2000 (zit. Kienholz)

*Kießwetter*, Matthias: Die Entscheidung der Aktionäre über die Abwehr von Übernahmen - Aktienrecht und kapitalmarktrechtlicher Regelungsansatz -, 1. Auflage - Schriften zum europäischen, internationalen und vergleichenden Unternehmensrecht Band 2 -. Baden-Baden 2008, zitiert: *Kießwetter*, Übernahmen, 2008, S.

*Kirchhain*, Simone: Die Gestaltung von innerstaatlich wirkenden Vertriebsverträgen nach der 7. GWB-Novelle, WuW 2008, S. 167 - 179, zitiert: *Kirchhain*, WuW 2008, S. 167,

*Kirscht*, Ute: Versicherungskartellrecht: Problemfelder im Lichte der Europäisierung, Karlsruhe 2003, zitiert: *Kirscht*, Versicherungskartellrecht, 2003, S.

*Kleier*, Ulrich F., Zulässige Möglichkeiten der mittelbaren Preisbeeinflussung, BB 1988, S. 1406 – 1411

*Kling*, Michael/Thomas, Stefan, Grundkurs Wettbewerbs- und Kartellrecht, München 2004

*Klinger-Schmidt*, U., Die Rechtsstrukturen im ec-Service - Eine Untersuchung über die verschiedener Funktionen der Eurocheque-Karte und die daraus resultierenden Haftungsrisiken des Bankkunden, 1. Auflage, Baden-Baden 1993, zitiert: *Klinger-Schmidt*, ec-Service, 1993, S.

*Kluckert*, Sebastian: Gesetzliche Krankenkassen als Normadressaten des Europäischen Wettbewerbsrechts, Berlin 2009, zitiert: *Kluckert*, Wettbewerbsrechts 2009, S.

*Koch,* Jens: Kartellrechtsentscheidungen des EuGH in Fällen ohne zwischenstaatlichen Bezug, WuW 2006, S. 710 - 719, zitiert: *Koch*, WuW 2006, S. 710,

*Köbler,* Gerhard: Rechtsenglisch, 5. Auflage, München 2000, zitiert: *Köbler,* Rechtsenglisch, 2001, S.

*Köhler*, Helmut: Die Regulierungsabkommen zwischen Versicherern und Autovermietern auf dem Prüfstand des Kartellrechts, NJW 1995, S. 2019 - 2021, zitiert: *Köhler*, NJW 1995, S. 2019,

*Köhler*, Helmut: Zur Kontrolle der Nachfragemacht nach dem neuen GWB und dem neuen UWG, WRP 2006, S. 139 - 147, zitiert: *Köhler*, WRP 2006, S. 139,

*Köhler*, Helmut/ *Bornkamm*, Joachim: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Band 13a, 27. Auflage, München 2009, zitiert: *Köhler*/ *Bornkamm*, UWG, 2009, §

*Köhler*, Helmut/ *Bornkamm,* Joachim: Wettbewerbsrecht, Band 13a, 24 .Auflage München 2006, zitiert: *Köhler*/ *Bornkamm*, Wettbewerbsrecht, 2006,

*Köhler,* Richard/ *Küpper,* Hans-Ulrich/ *Pfingsten,* Andreas: Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, 6. Auflage, Stuttgart 2007, zitiert: Köhler/Küpper/Pfingsten-*Bearbeiter,* Betriebswirtschaft, 2007, S.

*Koppensteiner*, Hans-Georg, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 4. überarbeitete und erweiterte Auflage, Wien 2012 (zit. Koppensteiner)

*Korah*, Valentine/*O'Sullivan*, Denis, Distribution Agreements Under the EC Competition Rules, Oxford/Portland (Oregon) 2002

*Kretzer*, Martin, Immanenztheorien im Kartellrecht: Methodische Fehlentwicklungen im Wirtschaftsrecht, Saarbrücken, 1992 (zit. Kretzer)

*Kropff*, Bruno/ *Semler*, Johannes: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage, München 2003, zitiert: MK-*Bearbeiter*, AktG, 2003, §

*Kümpel*, Siegfried, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Auflage, Köln 2011 (zit. Kümpel)

*Kurth*, Jutta Sabine: Meistbegünstigungsklauseln im Licht der Vertikal-GVO, WuW 2003, S. 28 - 37, zitiert: *Kurth*, WuW 2003, S. 29,

*Lampert*, Thomas, EG-Kartellverordnung: Praxiskommentar zur Verordnung EG Nr. 1/2003, Heidelberg 2004 (zit. Lampert)

*Lang*, Norbert: Das Investmentgesetz - kein großer Wurf, aber ein Schritt in die richtige Richtung -, WM 2004, S. 53 - 59, zitiert: *Lang*, WM 2004, S. 53,

*Lange*, Knut Werner, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Heidelberg, 2. Auflage, 2006 (zit. Bearbeiter, in Lange)

*Lange*, Knut Werner, Handelsvertretervertrieb nach den neuen Leitlinien der Kommission, EWS 2001, S. 18 - 23

*Langen*, Eugen/ *Bunte*, Hermann-Josef: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1: Deutsches Kartellrecht, 9. Auflage, München 2006, zitiert: *Bearbeiter, in:* Lange/Bunte, Kartellrecht I, 9. Auflage, 2003, §

*Langen*, Eugen/ *Bunte*, Hermann-Josef: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1: Deutsches Kartellrecht, 12. Auflage, München 2014, zitiert: *Bearbeiter*, in Lange/Bunte, § GWB, Rn.

*Langen*, Eugen/ *Bunte*, Hermann-Josef: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2: Europäisches Kartellrecht, 12. Auflage, München 2014, zitiert: *Bearbeiter*, in: Lange/Bunte, Art. AEUV, Rn.

*Langenbucher*, Katja/ *Gößmann*, Wolfgang/ *Werner*, Stefan: Zahlungsverkehr - Handbuch zum Recht der Überweisung, Lastschrift, Kreditkarte und der elektronischen Zahlungsformen -, München 2004, zitiert: *Langenbucher*/*Gößmann*/*Werner*, Zahlungsverkehr, 2004, §

*Lenz*, Patrick, Absatzförderung durch „zinssubventionierte“ Darlehen, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1999 (zit. Patrick Lenz)

*Lettl*, Tobias: Kartellrecht, München 2005, zitiert: *Lettl*, Kartellrecht, 2005, Rn.

*Leupold*, Henning/ *Weidenbach*, Georg: Neues zum Verhältnis von Art. 81 Abs. 1 und Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, WuW 2006, S. 1003 - 1006, zitiert: *Leupold*/*Weidenbach*, WuW 2006, S. 1003,

*Lieberknecht*, Otfried/Gnauk, Herbert, Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Wettbewerbsverboten in Personengesellschaften, BB 1963, S. 1654 – 1662

*Liebscher*, Christoph/*Flohr*, Eckhard/*Petsche*, Alexander, Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen, 1. Auflage, München 2003 (zit. Bearbeiter, in Liebscher/Flohr/Petsche)

*Liebscher*, Christoph/*Petsche*, Alexander, Franchising nach der neuen Gruppenfreistellungsverordnung (EG) Nr. 2790/99 für Vertikalvereinbarungen, EuZW 2000, S. 400 – 404

*Loewenheim, Ulrich/ M. Meessen, Karl/ Riesenkampff, Alexander*: Kommentar zum Kartellrecht, Band 1: Europäisches Kartellrecht, München 2006, zitiert: *Bearbeiter*, in: L/M/R, Band 1, Art.

*Loewenheim*, Ulrich/ *M. Meessen*, Karl/ *Riesenkampff*, Alexander: Kommentar zum Kartellrecht, Band 2: § 1 bis 3 GWB München 2009, zitiert: *Loewenheim*/*M. Meessen*/*Riesenkampff*, Kartellrecht, 2009

*Löhr*, Dieter/*Löhr*, Marlies, Zur kartellrechtlichen Bewertung sog. Meistbegünstigungsklauseln, S. 1370 – 1373

*Lohse*, Andrea, Kartellverbot und Schirm-GVO: eine restriktive Interpretation des § 1 GWB im Lichte der neuen Verwaltungspraxis der Kommission, Heidelberg, 2001 (zit. Lohse)

*Lubitz*, Markus, Der Handelsvertreter und das europäische Kartellrecht, EWS 2003, S. 556 - 559

*Lüder*, Tilman, Mars: Zwischen Keck und Cassis, EuZW 1995, S. 609 – 610

*Lutz*, Martin: Schwerpunkte der 7 . GWB-Novelle, WuW 2005, S. 718 - 732, zitiert: *Lutz*, WuW 2005, S. 718

*Mäger*, Thorsten: Europäisches Kartellrecht, Baden-Baden 2006, zitiert: Mäger-*Bearbeiter*, Kartellrecht, 2006, S.

*Mäger*, Thorsten/ *Ringe*, Friedericke: Wettbewerbsverbote in Unternehmenskaufverträgen als kartellrechtswidriger Abkauf von Wettbewerb, WuW 2007, S. 18 - 25, zitiert: *Mäger*/*Ringe*, WuW 2007, S. 18,

*Mahieu*, Katinka, How ICT Agreements Fit into the Scope of the Block Exemptions for Vertical Restraints, E.C.L.R. 2002, S. 172 - 179

*Martinek*, Michael, Franchising, Heidelberg 1987

*Meessen*, Karl M., Das Für und Wider eines Weltkartellrechts, WuW 2000, S. 5 – 16

*Mestmäcker*, Ernst-Joachim/ *Schweitzer*, Heike: Europäisches Wettbewerbsrecht, 3 . Auflage, München 2014, zitiert: *Mestmäcker*/*Schweitzer*, Wettbewerbsrecht, § , Rn.

*Metzlaff*, Karsten, Franchisesysteme und EG-Kartellrecht – neueste Entwicklungen, BB 2000, S. 1201 – 1209

*Meyer*, Michael, Salto im Rückwärts im Kartellrecht? Meistbegünstigungsklauseln nach der siebten GWB-Novelle, WRP 2004, S. 1456 – 1464.

*Monopolkommission:* Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle - Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, Baden-Baden 2004, zitiert: *Monopolkommission,* Sondergutachten, 2004, S.

*Montagnie,* Yves, The New Approach to Price Ceilings: a Matter of Sound Economic Reasoning, E.C.L.R. 2000, S. 269 - 274

*Möschel*, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 1983 (zit. Möschel)

*Müller-Hennenberg*, Hans/Schwartz, Gustav/*Benisch*, Werner, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, 4. Auflage, 1. Lieferung, §§ 1 – 4 GWB, Köln 1980 (zit. GK-Bearbeiter)

*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5, 6. Auflage, München 2011 (zit. Bearbeiter, in MünchKomm)

*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, 6. Auflage, München 2011 (zit. Bearbeiter, in MünchKomm)

*Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*, Band 1, München 2007 (zit. MüKo/-Bearbeiter)

*Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 1, 3. Auflage, München 2010 (zit. Bearbeiter, in MünchKomm-HGB)

*Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 5, 3. Auflage, München 2013 (zit. Bearbeiter, in MünchKomm-HGB)

*Musielak*, Hans-Joachim, Grundkurs BGB, 14. Auflage, München 2015

*Nagel*, Bernhard: Wirtschaftsrecht der Europäischen Union - Eine Einführung -, 4. Auflage, Baden-Baden 2003, zitiert: *Nagel*, Wirtschaftsrecht, 2003

*Nazerali*, Julie/Cowan, David, Unlocking E.U. Distribution Rules – Has the European Commission Found the Right Keys?, E.C.L.R. 2000, S. 50 – 56

*Nelißen*, Bernd, Die Abgrenzung „horizontaler" und „vertikaler" Wettbewerbsbeschränkungen nach der 6. GWB-Novelle, Frankfurt am Main; Berlin; Bern; Bruxelles; New York; Oxford; Wien, 2001 (zit. Nelißen)

*Niederleithinger*, Ernst, Der „Gemeinsame Zweck" des § 1 GWB in der Rechtsprechung des BGH, in Festschrift für Werner Benisch, Köln, Berlin, Bonn, München 1989, S. 277 – 291

*Noack*, Britta, Industrielle Zuliefererverträge und Art. 81 EGV – Unter besonderer Berücksichtigung der Gruppenfreistellungsverordnung 2790/99 für vertikale Vereinbarungen, Frankfurt 2004

*Nolte*, Steffen, Reform des Kartellrechts für Vertriebs- und Zulieferverträgen, BB 1998, S. 2429 – 2439

*Nolte*, Steffen, Renaissance des Handelsvertretervertriebs?, WuW 2006, S. 251 - 263

*Oberender,* Peter: Der „more economic approach“ in der Beihilfenkontrolle, Schriften des Vereins für Sozialpolitik Neue Folge Band 319, Berlin 2008, zitiert: Oberender-*Bearbeiter*, „more economic approach“, 2008, S. 1,

*Oechsler,* Jürgen: Lauterkeitsrechtliche Aspekte umsatzabhängiger Entgeltgestaltung im Kreditkartengeschäft, Wertpapiermitteilungen (WM) 1993, S. 1945 - 1949, zitiert: *Oechsler*, WM 1993, S. 1945,

*Oechsler,* Jürgen: Wettbewerb, Reziprozität und externe Effekte im Kreditkartengeschäft: Kartellrechtliche Grundprobleme des bargeldlosen Zahlungsverkehrs - Dissertation -, Schriften zum Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht Band 53, Saarbrücken 1991, zitiert: *Oechsler,* Kreditkartengeschäft, 1991, S.

*Oechsler,* Jürgen: Wettbewerb, Reziprozität und externe Effekte im Kreditkartengeschäft, ZHR 1993, S. 532 - 537, zitiert: *Oechsler,* ZHR 1993, S. 532,

*Palandt:* Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Auflage, München 2015, zitiert: Palandt-*Bearbeiter*, BGB, 2015, §

*Pastuschka*, Siegmund, Preisbindungen durch Nachfrager, DB 1984, S. 653 – 655

*Päuser,* Philipp, Vertikale Beschränkungen im Europäischen Wettbewerbsrecht nach der VO (EG) Nr. 2790/99 – Inaugural – Dissertation zur Erlangung eines doctor juris der Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg, 2002 (zit. Päuser)

*Peters*, Joachim, Kartellverbot und Ausschließlichkeitsbindungen, Osnabrück 1990 (zit. Peters)

*Pichler*, Philipp Daniel: Das Verhältnis zwischen Kartell- und Lauterkeitsrecht - Eine Standortbestimmung nach den Novellen von GWB und UWG -, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik Band 236, Baden-Baden 2009, zitiert: *Pichler*, Verhältnis, 2009, S.

*Pischel*, Gerhard: Preisfestsetzung nach Art. 81 EGV und Novellierung des GWB, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2005, S. 459 - 464, zitiert: *Pischel*, EuZW 2005, S. 459,

*Podszun*, Rupprecht: Der „more economic approach" im Lauterkeitsrecht, WRP 2009, S. 509 - 18, zitiert: *Podszun*, WRP 2009, S. 509,

*Rasmussen*, Hjalte: EU-ret i kontekst, 5. Auflage, Kopenhagen 2003, zitiert: *Rasmussen*, EU-ret i kontekst, 2003, S.

*Pohlmann*, Petra, Keine Bindungswirkung von Bekanntmachungen und Mitteilungen der Kommission, WuW 2006, S. 1005 – 1009

*Polley*, Romina, Preisdämpfende Maßnahmen im Rahmen eines Gemeinschaftsunternehmens als Verstoß gegen § 1 GWB, WuW 1998, S. 939 – 945

*Polley*, Romina/Seeliger, Daniela, Anwendung der neuen Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalverträge Nr. 2790/1999 auf Softwareverträge, CR 2000, S. 1 - 9

*Polley*, Romina/Seeliger, Daniela, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalverträge Nr. 2790/1999 – Ihre praktische Anwendung -, WRP 2000, S. 1203 – 1217

*Pukall*, Kirstin, Neue EU-Gruppenfreistellungsverordnung für Vertriebsbindungen, NJW 2000, S. 1375 – 1379

*Reinhard*, Petra: Paradigmenwechsel im EG-Wettbewerbsrecht? - Dargestellt am Beispiel selektiver Vertriebssysteme -, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht Band 34, Berlin 2005, zitiert: *Reinhard*, Paradigmenwechsel, 2005, S.

*Reiß*, Wolfram: Gesellschaftsrechtlich unzulässige Gewinnausschüttungen und ihre Rückabwicklung, StuW 1996, S. 337 - 355. zitiert: *Reiß*, StuW 1996, S. 337,

*Rengeling*, Hans-Werner/ *Middeke*, Andreas: Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Auflage, München 2003, zitiert: *Bearbeiter* in: *Rengeling/Middeke*, Handbuch, 2003, S.

*Ritter*, Lennart/ *Braun*, W. David: European Competition Law - A Practitioner´s guide -, Third edition, 2004, zitiert: *Ritter*/*Braun*, European Competition Law, 2004, S.

*Rittner*, Fritz, Das EuG und das europäische Handelsvertreter-Kartellrecht – Anmerkungen zum Cepsa-Urteil des EuG, WuW 2007, S. 365 – 367.

*Rittner*, Fritz, Die Ausschließlichkeitsbindung nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, DB 1957, 1091 -1095

*Rittner*, Fritz, Die EG-Kommission und das Handelsvertreterrecht – Zum geplanten EG-Recht über Vertikalverträge, DB 1999, S. 2097 - 2101

*Rittner*, Fritz, Die Handelsvertreterpraxis nach dem neuen EG-Kartellrecht für Vertikalvereinbarungen, DB 2000, S. 1211 - 1216

*Rittner*, Fritz, Die Wettbewerbsverbote der Handelsvertreter und § 18 GWB, ZHR 135 (1971), S. 289 – 319

*Rittner*, Fritz, Handelsvertreterverhältnis und Preisbindungsverbot, S. 2543 - 2552

*Rittner*, Fritz, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 8. Auflage, Heidelberg 2014 (zit. Rittner)

*Roitman*, David, Reform des EG-Wettbewerbsrechts: Die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vertriebsvereinbarungen und damit verbundene Aspekte der Verordnung 1/2003, Hamburg 2006

*Roniger*, Rainer, Das neue Vertriebskartellrecht, Kurzkommentar zur vertikalen EG-Gruppenfreistellungsverordnung, München (zit. Roniger)

*Rütters*, Silke, Die neue Schirm-Gruppenfreistellungsverordnung (EG) Nr. 2790/99 der Kommission: zu den Ursachen der weitreichenden Reform der EG-Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen und deren materiellrechtlichen Grenzen, Frankfurt 2002 (zit. Rütters)

*Salje*, Peter: Zur Zulässigkeit von Nichtdiskriminierungsklauseln im Kreditkartengeschäft, Wertpapiermitteilungen WM 1991, S. 262 – 271, zitiert: *Salje*, WM 1991, S. 262,

*Schäfer*, Carsten, Kartellverbot und Ausschließlichkeitsbindungen bei Alleinvertriebsvereinbarungen nach der sechsten Kartellrechtsnovelle, Festschrift für Peter Ulmer, S. 991 – 1013

*Scheerer*, Daniel: Rechtsfragen der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, Hamburg 2002, zitiert: *Scheerer*, Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S.

*Schirrmacher*, Frank: Payback, Frankfurt am Main 2009, zitiert: *Schirrmacher*, Payback, 2009, S.

*Schmidt*, Carsten, Ausschließlichkeitsbindung, Kartellverbot und Immanenztheorie – Zum Verhältnis zwischen § 16 GWB und § 1 GWB, Festschrift für Otto Sandrock, S. 833 - 847

*Schmidt*, Karsten, Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches Recht. Kartellrechtspflege nach deutschem Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln, Berlin, Bonn, München, 1977 (zit. Kartellverfahrensrecht)

*Schmidt*, Karsten, Kartellverbot und "sonstige Wettbewerbsbeschränkungen" Begriff und Funktion des „gemeinsamen Zweckes" im GWB - , Köln, Berlin, Bonn, München 1978 (zit.: Kartellverbot)

*Schmidt*, Karsten, Vertragliche Wettbewerbsverbote im deutschen Kartellrecht, ZHR 149 (1985), S. 1 - 27

*Schmidt*, Karsten, "Altes" und "neues" Kartellverbot – Kontinuität statt Umbruch durch die Neufassung des § 1 GWB, AG 1998, S. 551 – 55

*Schmidtchen*, Dieter: Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik, WuW 2006, S. 6 - 17, zitiert: *Schmidtchen*, WuW 2006, S. 6,

*Schmitz*, Stefan, Doch eine Rule of Reason im deutschen Kartellrecht?, WuW 2002, S. 6 – 16

*Schröter*, Helmut/ *Jakob*, Thinam/ *Mederer*, Hans: Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2014, zitiert: SJM-*Bearbeiter*, Wettbewerbsrecht, 2014

*Schulte*, Günther/Geiger, Andreas, Das Schicksal der Verbundgruppen unter der neuen Gruppenfreistellungsverordnung (EG) Nr. 2790/99 für Vertikalvereinbarungen, EuZW 2000, S. 396 – 400

*Schulte*, Günther, Preisbindung in Verbundgruppen, WRP2005, S. 1500 - 1504

*Schultze*, Jörg-Martin: Wasserstandsmeldung aus Brüssel: Änderungsvorschläge der EU-Kommission zur Vertikal-GVO für 2010, BB 2009, S. 2266 - 2272, zitiert: *Schultze*, BB 2009, S. 2266,

*Schultze*, Jörg-Martin/ *Pautke*, Stephanie/ *Wagener*, Dominique S.: Die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen - Praxiskommentar -, 3. Auflage, Heidelberg 2011, zitiert: *Schultze*/*Pautke/Wagener, Rn.*

*Schuhmacher*, Florian: Bewertungsprobleme im Kartellrecht, in: Festschrift für Manfred Straube, hrsg. von Josef Aicher und Siegfried Fina, Wien 2009, S. 409 - 426, zitiert: *Schuhmacher*, FS Straube, 2009, S. 409,

*Schwalbe,* Ulrich: Der „more economic approach“ in der Beihilfenkontrolle, in: : Der „more economic approach“ in der Beihilfenkontrolle, hrsg. von Peter Oberender, Schriften des Vereins für Sozialpolitik Neue Folge Band 319, S. 11 - 38, Berlin 2008, zitiert: Oberender-*Bearbeiter*, „more economic approach“, 2008, S. 11,

*Schwalbe,* Ulrich: Der „more economic approach“ in der Beihilfenkontrolle - Zusammenfassung der Diskussion, in: Der „more economic approach“ in der Beihilfenkontrolle, hrsg. von Peter Oberender, Schriften des Vereins für Sozialpolitik Neue Folge Band 319, S. 129 - 131, Berlin 2008, zitiert: Oberender-*Bearbeiter*, „more economic approach“, 2008, S. 129,

*Schwarz,* Günter Christian, Kartellvertrag und sonstige wettbewerbsbeschränkende Verträge. Das Merkmal „zu einem gemeinsamen Zweck“ in § 1 Abs. 1 S. 1 GWB, Köln, Berlin, Bonn, München 1984 (zit. Schwarz)

*Schwarze*, Jürgen: EU-Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2012, zitiert: *Schwarze-Bearbeiter,* EU-Kommentar, Art.

*Schwintowski*, Hans-Peter, Kartellrecht (GWB/UWG), 3. Auflage, München 1999

*Schwintowski*, Hans-Peter, Vertikale Beschränkungen im europäischen Wettbewerbsrecht – eine juristisch-ökonomische Kritik des neuen Konzepts der Kommission, Festschrift für Otto Sandrock, S. 901 – 922

*Semler*, Franz-Jörg/Bauer, Michael, Die neue EU-Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen – Folgen für die Rechtspraxis, in DB 2000, S. 193 – 200

*Sinn,* Hans-Werner: Kasino-Kapitalismus - Wie es zur Finanzkrise kam und was jetzt zu tun ist -, Berlin 2009, zitiert: *Sinn,* Kasino-Kapitalismus, 2009, S.

*Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB,* Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle.

*Spindler*, Gerald/ *Bednarz,* Sebastian: Die Regulierung von Hedge-Fonds im Kapitalmarkt- und Gesellschaftsrecht - Teil 1: Die Rechtslage -, WM 2006, S. 553 - 600, zitiert: *Spindler*/*Bednarz,* WM 2006, S. 553,

*Stancke,* Fabian: Schadensregulierung und Kartellrecht, VersR 2009, S.1168 - 1177, zitiert: *Stancke*, VersR 2009, S. 1168,

*Stancke*, Fabian: Versicherungsvertrieb und Kartellrecht, VersR 2005, S.1324 - 1332, zitiert: *Stancke*, VersR 2005, S. 1324,

*Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin, 13. Auflage (zit. Staudinger-Bearbeiter)

-§§ 397 – 432 (2012)

-§§ 779 – 811 (2015)

*Steindorff,* Ernst, Bezugsbindungen und gemeinsamer Zweck in § 1 GWB, BB 1981, S. 377 – 383

*Steindorff,* Ernst, Gesetzeszweck und gemeinsamer Zweck des § 1 GWB, BB 1977, S. 569 – 571

*Steinmeyer*, Heinz-Dietrich, Kartellrecht und deutsche gesetzliche Krankenversicherung, in Festschrift für Otto Sandrock, S. 943 – 959.

*Steinmeyer*, Heinz-Dietrich, Wettbewerbsrecht im Gesundheitswesen, Berlin 2000 (zit. Steinmeyer)

*Steinmüller*, Jens: Ausländische Hedgefonds und Private Equity-Pools im Investmentsteuerrecht, Berliner Schriftenreihe zum Steuer- und Wirtschafsrecht Band 21, Aachen/ Münster 2005, zitiert: *Steinmüller*, Hedge-Fonds, 2005, S.

*Streinz*, Rudolf: Europarecht, 9. Auflage, Heidelberg/ Landsberg/München/ Berlin 2012, zitiert: *Streinz*, Europarecht, 2012, Rn.

*Stoll*, Michael T., Die Drittbeschränkung im deutschen und europäischen Kartellrecht, Köln 2002 (zit. Stoll)

*Stumpf*, Christoph A.: Wettbewerb im Sozialrecht ? - Zur Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auf die Geschäftsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern -, WRP 2008, S. 286 - 291, zitiert: *Stumpf*, WRP 2008, S. 286,

*Subiotto*, Romano/Amato, Filippo, Preliminary Analysis of the Commission's Reform Concerning Vertical Restraints, Journal of World Competition 2000, S. 5 - 26

*Subiotto*, Romano/Amato, Filippo, The Reform of the European Competition Policy Concerning Vertical Restraints, Antitrust Law Journal 2001, Volume 69/1

*Sucker*, Michael, Die Beurteilung von Meistbegünstigungsklauseln nach § 15 GWB, DB 1976, S. 181 – 184

*Thommen*, Jean-Paul/ *Achleitner*, Ann-Kristin: Allgemeine Betriebswirtschaftslehre - Umfassende Einführung aus managementorientierter Sicht -, 5. Auflage, Wiesbaden 2006, zitiert: *Thommen/ Achleitner*, Betriebswirtschaftslehre, 2006, S.

*Tietje*, Christian: Internationales Wirtschaftsrecht, Berlin 2009, zitiert: Tietje-*Bearbeiter*, Wirtschaftsrecht, 2009, §

*Tipke*, Klaus/ *Lang*, Joachim: Steuerrecht, 22. Auflage, Köln 2015, *zitiert:* Tipke/Lang-*Bearbeiter*, Steuerrecht, 2015, §

*Traub*, Fritz, Das Verbraucherleitbild in rechtsvergleichender Sicht, Baden-Baden 1998 (zit. Traub)

*Traub*, Fritz, „Geltungserhaltende Reduktion" bei nichtigen vertraglichen Wettbewerbsverboten?, WRP 1994, S. 802 – 806

*Veelken*, Winfried, Anmerkungen zum Grünbuch der Kommission zur EG-Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen, ZVglRWiss 97 (1998), S. 241 – 285

*Vogel*, Till, Welche Bedeutung hat die Änderung des Kartellbegriffs, insbesondere im Hinblick auf die Verfolgung des gemeinsamen Zwecks?, Berlin 2002

*Vollmer*, Lothar, Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Preisbindungen bei Absatzmittlungsverhältnissen, DB 1984, S. 226 – 229

*Von Hahn,* Helmuth van/ *Jaeger,* Wolfgang/ *Pohlmann,* Petra/ *Rieger,* Harald/ *Schroeder,* Dirk: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht - mit Kommentierung des GWB, des EG-Kartellrechts und einer Darstellung ausländischer Kartellrechtsordnungen, Loseblattwerk, Grundwerk mit fortlaufender Lieferung in 6 Ordnern, Köln 2014, zitiert: FK-*Bearbeiter,* 2006, §

*Von Livonius*, Hilger: Investmentrechtliche Rahmenbedingungen für Hedge-Fonds in Deutschland, WM 2004, S. 60 - 69, zitiert: *Von Livonius*, WM 2004, S. 60,

*Wagner-von Papp,* Florian: Empfiehlt sich das Empfehlungsverbot?, WuW 2005, S. 379 - 388, zitiert: *Wagner-von Papp*, WuW 2005, S. 379,

Wallenberg, Gabriela von, Kartellrecht, 3. neu bearbeitete Auflage, Neuwied 2007 (zit. v. Wallenberg)

*Wassermeyer, Franz* Die Verpflichtung der obersten Bundesgerichte zur Vorlage von Bilanzierungsfragen an den EuGH, in: Uwe H. Schnieder u.a. (hrsg.), Deutsches und Europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht, Festschrift für Marcus Lutter, Köln 2000, S. 1633 ff., zitiert: *Wassermeyer*, FS Lutter, 2000, S. 1633

*Weber,* Beatrix: Recht des Zahlungsverkehrs: Überweisung - Lastschrift - Scheck - ec- und Kreditkarte - Internet - Insolvenz -, 4. Auflage, Berlin 2004, zitiert: *Weber,* Recht des Zahlungsverkehrs, 2004, S.

*Weber,* Martin: Wirtschaftliche Preisbindung als Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1998, S. 134 - 145, zitiert: *Weber*, WuW 1998, S. 134,

*Weitbrecht,* Andreas, Das neue EG-Kartellverfahrensrecht, EuZW 2003, S. 69 – 73

*Werner,* Philipp/ *Sachse,* Anna: Zur nachträglichen Anmeldung von Zusammenschlüssen nach dem GWB, WuW 2009, S. 1138 - 1149, zitiert: *Werner/Sachse,* WuW 2009, S. 1138

*Wertenbruch*, Johannes, „Einseitige Maßnahmen" des Herstellers in Vertriebsnetzen als Kartellvereinbarung im Sinne des Art. 81 EG, EWS 2004, S. 145 - 151

*Wessely*, Thomas W., Schützt das Preisbindungsverbot des § 14 GWB auch die Preisgestaltungsfreiheit des Monopolisten?, BB 1999, S. 2569 – 2576

*Whish,* Richard : Competition Law, Sixth Edition, Oxford/New York 2009, zitiert: *Whish,* Competition Law, 2009, S.

*Whish* Richard, Regulation 2790/99: The Commission's „New Style" Block Exemption for Vertical Restraints, CML Rev. 2000, S. 888 - 924

*Wiedemann,* Gerhard: Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage, München 2008, zitiert: *Wiedemann,* Handbuch, 2008, S.

*Wilhelm,* Jan, Der gemeinsame Zweck als Merkmal des Kartellverbots wie der daran anzuknüpfenden Verbote, ZHR 150 (1986), S. 320 - 353

*Zapfe*, Charlotte: Konditionenkartelle nach der 7. GWB-Novelle, WuW 2007, S. 1230 - 1240, zitiert: *Zapfe,* WuW 2007, S. 1230,

*Zimmer*, Daniel, Die Werbung mit oder Gewährung von Niedrigzinssätzen beim "B-Geschäft" – ein Verstoß gegen § 1 UWG, die Zugabenverordnung, das Rabattgesetz oder § 15 GWB?, ZHR 157 (1993), S. 400 – 419

*Zimmermann*, Horst: Kommunalfinanzen - Eine Einführung in die finanzwissenschaftliche Analyse der kommunalen Finanzwissenschaft -, Baden-Baden 1999, zitiert: *Zimmermann*, Kommunalfinanzen, 1999, S.