



Universität Konstanz

## **Dissertation**

zur Erlangung der Doktorwürde  
des Fachbereichs Rechtswissenschaft  
der Universität Konstanz

Franziska Ulrike Pertek

### **Der Begriff der Vereinbarung im Sinne des Artikel 81 Absatz 1 EG im Rahmen von scheinbar einseitigen Maßnahmen**

- Entwicklung von Leitlinien für die Feststellung einer  
Vereinbarung anhand der Urteile Bayer und VW II –

1. Gutachter: Prof. Dr. Jochen Glöckner
2. Gutachter: Prof. Dr. Karl-Heinz Fezer

- Tag der mündlichen Prüfung: 02. Mai 2007 -

**Stand der Arbeit: Mai 2006**

# **Die Ruhe, die Tatenlosigkeit ist gut und reizend, aber das Schaffen, das Hervorbringen hat tausendfältiges Lächeln.**

Sophie Moreau

Die vorliegende Arbeit wurde im Mai 2006 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Konstanz als Dissertation angenommen.

Mein Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Jochen Glöckner, LL.M. (USA), der das Thema angeregt und die Entstehung der Arbeit gefördert sowie betreut hat. Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Karl-Heinz Fezer für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens.

Der größte Dank gebührt meiner Familie, insbesondere bei meinen Eltern, Ulrike und Sven Siedentop sowie Jutta und Eckhard Pietzsch. Ohne ihre Förderung und Unterstützung in allen Phasen meines Lebens wäre mir eine vergleichbare Ausbildung nicht möglich gewesen.

Ganz herzlich danke ich meinem Schwiegervater, Herrn Peter Pertek, für sein Interesse an der Arbeit und die Mühe des Korrekturlesens sowie meiner Schwiegermutter, Ina Pertek, die ihren Mann in dieser Zeit entbehren musste.

Vor allem danke ich aber meinem Mann, Michael Pertek. Er hat mich während der Zeit der Entstehung der Arbeit stets liebevoll begleitet, mit Rat und Tat zu Seite gestanden und immer wieder aufs Neue ermutigt. Ihm ist diese Arbeit gewidmet.

Konstanz, Mai 2007

*Franziska Ulrike Pertek*

# INHALTSÜBERSICHT

INHALTSÜBERSICHT .....	III
INHALTSVERZEICHNIS .....	IIV
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS .....	XII
EINLEITUNG.....	1
Erstes Kapitel : Scheinbar einseitige Maßnahmen - Grundlagen sowie die wettbewerbliche Bedeutung .....	3
I.    Scheinbar einseitige Maßnahmen im Rahmen von Vereinbarungen.....	3
II.   Auswirkungen auf den Wettbewerb.....	22
III.  Abgrenzung zu Art. 82 EG .....	45
IV.  Die Rechtsprechungsentwicklung.....	51
Zweites Kapitel : Die Analyse der Rechtssachen <i>Bayer</i> und <i>VW II</i> .....	61
I.    Die Rechtssache Bayer .....	61
II.   Die Rechtssache VW II.....	71
III.  Vorgehensweise bei der Analyse der Urteile.....	76
IV.  Analyse des Bayer-Urteils .....	80
V.    Analyse des VW II-Urteils.....	118
VI.  Nähere Betrachtung des Vereinbarungsbegriffs .....	150
VII. Prüfung von scheinbar einseitigen Maßnahmen .....	183
VIII. Ergebnis des zweiten Kapitels .....	188
Drittes Kapitel : Konsequenzen .....	190
I.    Konsequenzen für die Wettbewerbsbehörden .....	190
II.   Konsequenzen für die Hersteller.....	227
Viertes Kapitel : Zusammenfassung .....	235
I.    Leitlinien für die Feststellung einer Vereinbarung .....	235
II.   Bestätigung dieser Ergebnisse .....	237
III.  Alternativen und Ergänzungen zu Art. 81 Abs. 1 EG.....	238
IV.  Auswirkungen der Ergebnisse .....	238
V.    Schlusswort .....	239
LITERATURVERZEICHNIS .....	241
FALLVERZEICHNIS .....	247
I.    Kommissionsentscheidungen.....	247
II.   Urteile des EuG.....	248
III.  Urteile des EuGH.....	249

# INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSÜBERSICHT .....	III
INHALTSVERZEICHNIS .....	IV
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS .....	XII
EINLEITUNG.....	1
Erstes Kapitel : Scheinbar einseitige Maßnahmen - Grundlagen sowie die wettbewerbliche Bedeutung .....	3
I.    Scheinbar einseitige Maßnahmen im Rahmen von Vereinbarungen .....	3
1. Begriffserläuterungen.....	3
a) Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG.....	4
aa) Zustandekommen einer Vereinbarung .....	4
bb) Die rechtliche Verbindlichkeit .....	5
cc) Abgrenzung zu den abgestimmten Verhaltensweisen.....	5
b) Einseitige Maßnahmen .....	7
2. Die weiteren Tatbestandsmerkmale des Art. 81 Abs. 1 EG.....	8
a) Unternehmen .....	8
b) Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken .....	9
c) Spürbarkeit .....	10
d) Zwischenstaatlichkeitsklausel .....	10
e) Rechtsfolge .....	11
f) Ausnahmen .....	11
3. Vertikale Vereinbarungen .....	12
a) Begriffserläuterung.....	12
b) Die Unterteilungsarten.....	13
aa) Alleinvertriebsvereinbarungen .....	14
bb) Alleinbezugsvereinbarungen .....	14
cc) Selektive Vertriebssysteme .....	15
c) Abgrenzung zwischen horizontalen und vertikalen Vereinbarungen	16
4. Scheinbar einseitige Maßnahmen .....	18
a) Innerhalb von Vertriebssystemen .....	19
b) Innerhalb einfacher Geschäftsbeziehungen.....	20
c) Trennen zwischen zwei Fallgruppen .....	20
II.    Auswirkungen auf den Wettbewerb.....	22
1. Die allgemeinen Ziele der Wettbewerbspolitik.....	22
2. Wettbewerbliche Auswirkungen .....	24
a) Die wettbewerblichen Erscheinungsformen.....	24

b) Wettbewerbsfördernde und wettbewerbsbeschränkende Effekte...	26
3. Die Entwicklung der Wettbewerbspolitik.....	27
a) Der Ausgangspunkt .....	27
b) Ausführverbote als schädlichste Wettbewerbsbeschränkung.....	29
c) Die Entwicklung in Bezug auf die Vertriebssysteme.....	30
aa) GVO für Alleinvertriebs- und Alleinbezugsvereinbarungen ..	30
bb) Selektive Vertriebssysteme .....	31
cc) GVO bzgl. des Kraftfahrzeugsektors .....	31
d) Die Modernisierung des Europäischen Kartellrechts .....	32
aa) GVO für vertikale Vereinbarungen.....	32
bb) Die neue Durchführungsverordnung VO 1/2003 .....	34
4. Die Hintergründe der Parallelhandelsbeschränkungen .....	34
a) Allgemeine Einführung .....	34
b) Der Pharmasektor .....	36
aa) Preisreglementierung durch die einzelnen Staaten.....	37
bb) Auswirkungen der Parallelimporte.....	38
cc) Ansicht der Kommission .....	39
c) Der Kraftfahrzeugsektor .....	40
aa) Faktoren für die Preisunterschiede .....	41
bb) Auswirkungen der Parallelimporte.....	41
cc) Ansicht der Kommission .....	42
d) Die Bedeutung des Parallelhandels .....	43
III. Abgrenzung zu Art. 82 EG .....	45
1. Art. 82 EG .....	45
a) Die marktbeherrschende Stellung.....	46
aa) Der relevante Markt.....	46
bb) Die beherrschende Stellung.....	46
b) Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.....	47
c) Rechtsfolge .....	47
2. Das Verhältnis von Art. 81 EG zu Art. 82 EG.....	48
IV. Die Rechtsprechungsentwicklung.....	51
1. BMW Belgium .....	51
2. AEG.....	52
3. Ford .....	53
4. Sandoz .....	55
5. Tipp Ex.....	55
6. Dunlop Slazenger .....	57
7. Bayerische Motorenwerke .....	58
8. VW I.....	59
Zweites Kapitel : Die Analyse der Rechtssachen <i>Bayer</i> und <i>VW II</i> .....	61
I. Die Rechtssache Bayer .....	61
1. Der Sachverhalt .....	61

2.	Die Kommissionsentscheidung.....	62
	a) Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG.....	62
	aa) Das Ausfuhrverbot .....	62
	bb) Das Ausfuhrverbot als Teil der fortlaufenden Beziehungen ...	63
	b) Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken .....	64
	c) Zwischenstaatlichkeitsklausel .....	64
3.	Die Entscheidung des EuG.....	65
	a) Der Begriff der Vereinbarung .....	65
	b) Ausfuhrverbot.....	65
	c) Zustimmung der Großhändler .....	66
	d) Zu den herangezogenen Präjudizien.....	67
	e) Fortsetzung der Geschäftsbeziehung.....	67
	f) Schlussfolgerung .....	68
4.	Das EuGH-Urteil.....	68
	a) Zur Beweislast für das Vorliegen einer Vereinbarung .....	68
	b) Kontroll- und Sanktionssystem .....	69
	c) Aufforderung des Herstellers .....	69
	d) Der wirkliche Wille der Großhändler.....	70
	e) Fortlaufende Geschäftsbeziehung .....	70
	f) Schlussfolgerung .....	71
II.	Die Rechtssache VW II.....	71
	1. Der Sachverhalt .....	71
	2. Die Kommissionsentscheidung.....	72
	a) Vereinbarung .....	72
	b) Wettbewerbsbeschränkung.....	72
	c) Zwischenstaatlichkeitsklausel .....	73
	3. Das EuG-Urteil.....	73
	a) Der Begriff der Vereinbarung .....	73
	b) Stillschweigende Zustimmung .....	74
	c) Zu den herangezogenen Präjudizien.....	74
	d) Einfügen der Aufforderung in den Vertrag .....	75
	e) Vorbehalt im Vertrag.....	75
	f) Schlussfolgerung .....	76
III.	Vorgehensweise bei der Analyse der Urteile.....	76
	1. Der zivilrechtliche Vertragsbegriff .....	76
	2. Einheitliches Verständnis in den Mitgliedstaaten .....	76
	3. Vergleichbarkeit mit dem Vereinbarungsbegriff .....	77
	4. Das deutsche Recht .....	78
	5. Zivilrecht im Wettbewerbsrecht.....	79
	6. Zusammenfassung.....	80
IV.	Analyse des Bayer-Urteils .....	80
	1. Einleitung .....	80

2. Aufforderung.....	80
a) Notwendigkeit dieser Voraussetzung.....	81
b) Das Verhalten zur Aufforderung.....	83
aa) Ausdrückliches Ausfuhrverbot.....	83
bb) Ergreifen einer wettbewerbswidrigen Maßnahme .....	83
cc) Einflussnahme auf das Verhalten der Vereinbarungspartei ....	86
dd) Im Zusammenhang mit gesetzlichen Verpflichtungen.....	87
c) Erforderlichkeit eines subjektiven Elements .....	89
aa) Übereinstimmende Interessenlage.....	89
bb) Der subjektive Wille.....	90
d) Die notwendige Mitwirkung der Händler.....	92
e) Schlussfolgerung .....	94
3. Zustimmung .....	95
a) Art und Weise der Zustimmung .....	95
b) Die de facto-Zustimmung.....	96
aa) Fortführung der Geschäftsbeziehung als Zustimmung .....	97
(i) Schweigen als Willenserklärung .....	97
(ii) Wesentliche Umstände .....	99
(1) Art der Geschäftsbeziehung.....	99
(2) Art und Weise der Bekanntmachung.....	100
(iii) Schlussfolgerung .....	102
bb) Abgestimmte Verhaltensweisen .....	102
c) Abstellen auf den wirklichen Willen der Händler.....	103
aa) Abstellen auf den erklärten Willen.....	103
bb) Mentalreservation .....	104
d) Schlussfolgerung .....	105
4. Einfügen im Rahmen fortlaufender Geschäftsbeziehungen.....	106
a) Vorliegen eines Vertriebsvertrages .....	107
aa) Vergleichbarkeit mit den Vertriebssystemen .....	107
bb) Rahmenvereinbarung durch nationale Vorschriften.....	111
b) Schlussfolgerung .....	111
5. Bestehen eines Kontroll- und Sanktionssystems.....	112
a) Indizwirkung.....	112
b) Repressive und präventive Kontrollen .....	113
c) Schlussfolgerung .....	114
6. Die Beweislast für das Vorliegen einer Vereinbarung.....	115
a) Beweislastverteilung.....	115
b) Beweislastumkehr.....	116
c) Schlussfolgerung .....	117
7. Zusammenfassung der Ausführungen zum Fall <i>Bayer</i> .....	118
V. Analyse des VW II-Urteils.....	118
1. Einleitung .....	118

2. Vereinbarung in einem Vertriebssystem.....	119
a) Aufforderung .....	119
b) Zustimmung.....	119
c) Vereinbarung .....	120
d) Schlussfolgerung .....	121
3. Einfügen der Maßnahme .....	122
a) Bisherige Voraussetzungen für das Einfügen.....	122
b) Neue Kriterien nach dem EuG .....	123
c) Die Unterscheidung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Maßnahmen .....	125
aa) Sinn dieser Unterscheidung.....	126
bb) Vereinbarkeit mit dem System eines Vertriebssystems .....	128
(i) Sinn und Zweck eines Vertriebssystems .....	128
(ii) Charakter eines Vertriebssystems .....	130
cc) Vorhersehbarkeit der Entwicklung der Verträge.....	132
(i) Vereinbarkeit mit Art. 81 Abs. 1 EG .....	132
(ii) Zumutbarkeit für die Händler.....	133
(iii) Rechtsprechungsentwicklung.....	134
(iv) Nachweisbarkeit .....	134
dd) Schlussfolgerung .....	135
d) Vorbehalt im Vertrag, bestehende Handelsbräuche oder entsprechende Rechtslage.....	136
aa) Vorbehalt im Vertrag.....	136
(i) Ausgestaltung des Vorbehalts .....	136
(ii) Neutralität.....	139
bb) Gegebene Handelsbräuche oder entsprechende Rechtslage..	141
(i) Gepflogenheiten im Handelsverkehr.....	141
(ii) Rechtslage .....	144
(iii) Schlussfolgerung .....	144
e) Beachtung eines Widerspruchs.....	145
f) Notwendige Mitwirkung der Händler .....	147
4. Nachträgliche Zustimmung .....	149
5. Schlussfolgerung .....	150
VI. Nähere Betrachtung des Vereinbarungsbegriffs .....	150
1. Wortlautorientierte Auslegung des Art. 81 Abs. 1 EG .....	150
a) Willensübereinstimmung.....	151
b) Druckausübung.....	151
aa) Ansicht der Rechtsprechung und der Kommission .....	152
bb) Ansicht in der Literatur .....	154
cc) Vergleich mit dem deutschen Recht.....	155
(i) § 123 Abs. 1 2. Alt. BGB .....	155
(ii) § 21 Abs. 2 GWB .....	156

(iii) Schlussfolgerung .....	156
dd) Auslegung des Art. 81 Abs. 1 EG .....	157
(i) Wortinterpretation von Wille .....	157
(ii) Verhältnis zu Art. 82 EG.....	158
ee) Relevanz des Drucks .....	159
(i) Art und Weise des Drucks.....	159
(ii) Zumutbarkeit .....	160
ff) Schutzzweckgedanke.....	161
gg) Ergebnis.....	162
c) Schlussfolgerung .....	162
2. Systematische Auslegung des Art. 81 EG.....	162
a) Abgrenzung zu Art. 82 EG.....	163
aa) Die Voraussetzung des Missbrauchs.....	163
bb) Handlungsfreiheit .....	167
b) Schlussfolgerung .....	169
3. Teleologische Auslegung des Art. 81 EG .....	170
a) Anwendung des nulla poena sine lege-Grundsatzes .....	171
b) Zivilrechtliche Auslegung der Willensübereinstimmung.....	173
c) Schlussfolgerung .....	176
4. Europarechtliche AGB-Kontrolle .....	176
a) Allgemeine Geschäftsbedingungen im EU-Recht.....	177
b) Europarechtliche AGB-Kontrolle innerhalb der Rechtsprechung	178
aa) Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen.....	179
bb) Kontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen .....	181
c) Sinn und Zweck der AGB-Kontrolle.....	181
d) Schlussfolgerung .....	183
VII. Prüfung von scheinbar einseitigen Maßnahmen .....	183
1. Zwei Fallgruppen .....	183
2. Zusammenfassung der Fallgruppe der nachträglichen Zustimmung	184
a) Willensübereinstimmung.....	184
aa) Aufforderung des Herstellers .....	184
bb) Zustimmung der Händler.....	185
b) Zusammenfassung .....	185
3. Zusammenfassung der Fallgruppe der vorherigen Zustimmung.....	186
a) Willensübereinstimmung.....	186
b) Einfügen der Maßnahme des Herstellers.....	186
aa) Vorbehalt .....	187
bb) Gepflogenheiten des Handelsverkehrs .....	187
cc) Widerspruch .....	187
c) Nachträgliche Zustimmung .....	187
d) Zusammenfassung .....	188
4. Beweislast für das Vorliegen einer Vereinbarung.....	188

VIII. Ergebnis des zweiten Kapitels .....	188
Drittes Kapitel : Konsequenzen .....	190
I. Konsequenzen für die Wettbewerbsbehörden .....	190
1. Weg über Art. 82 EG .....	190
a) Die marktbeherrschende Stellung.....	191
aa) Hersteller als Anbieter von Produkten .....	192
(i) Abgrenzung in Teilmärkte .....	193
(ii) Eine rein vertikale Dominanz.....	194
bb) Nachfrager von Vertriebsleistungen.....	197
(i) Der sachlich relevante Markt .....	197
(ii) Der räumlich und zeitlich relevante Markt .....	198
(iii) Beherrschende Stellung.....	199
cc) Marktbeherrschung im Pharmasektor .....	199
dd) Ergebnis zu der beherrschenden Stellung .....	203
b) Missbräuchliches Verhalten .....	204
aa) Das direkte Ausfuhrverbot .....	204
bb) Lieferbeschränkungen und Lieferverweigerungen.....	206
cc) Verbindliche Preisvorgaben .....	206
dd) Objektive Rechtfertigung .....	207
ee) Missbräuchliches Verhalten im Pharmabereich .....	208
(i) Die Rechtssache Syfait.....	208
(ii) Schlussanträge .....	209
(1) Missbräuchliches Verhalten .....	209
(2) Objektive Rechtfertigung .....	210
(iii) Stellungnahme .....	213
ff) Schlussfolgerung zum missbräuchlichen Verhalten.....	215
c) Ergebnis.....	215
2. Grundsatz des freien Warenverkehrs und dessen Auswirkungen auf die Mitgliedstaaten, am Beispiel Deutschland .....	216
a) Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit .....	216
b) Handlungspflichten der Mitgliedstaaten.....	217
c) GWB.....	218
d) Schlussfolgerung .....	220
3. Die einzelnen Sektoren .....	221
a) Der Pharmasektor .....	221
aa) Art. 95 EG .....	221
bb) Weitere Unternehmungen der Europäischen Kommission ...	222
b) Der Kraftfahrzeugsektor .....	224
aa) Art. 93 EG .....	224
bb) Weitere Unternehmungen der Europäischen Kommission ...	225
c) Schlussfolgerung .....	226
4. Beweislast .....	226

II. Konsequenzen für die Hersteller.....	227
1. Quotensysteme .....	228
2. Restriktive Herstellergarantien.....	229
3. Unverbindliche Preisempfehlungen .....	230
4. Anreizsysteme .....	232
5. Abhängigkeit vom Verhalten der Händler .....	232
6. Schlussfolgerung .....	233
Viertes Kapitel : Zusammenfassung .....	235
I. Leitlinien für die Feststellung einer Vereinbarung .....	235
II. Bestätigung dieser Ergebnisse .....	237
III. Alternativen und Ergänzungen zu Art. 81 Abs. 1 EG.....	238
IV. Auswirkungen der Ergebnisse .....	238
V. Schlusswort .....	239
LITERATURVERZEICHNIS .....	241
FALLVERZEICHNIS .....	247
I. Kommissionsentscheidungen.....	247
II. Urteile des EuG.....	248
III. Urteile des EuGH.....	249

# ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Kommission
Abs.	Absatz
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Alt.	Alternative
Art.	der Artikel (Einzahl)
Artt.	die Artikel (Mehrzahl)
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
bzw.	beziehungsweise
DAR	Deutsches Autorecht (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
ECLR	European Competition Law Review
ECU	European Currency Unit
EG	Europäische Gemeinschaft und Vertrag über die Europäische Gemeinschaft
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
endg.	endgültig
E.L.Rev.	European Law Review
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht 1. Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	siehe EG
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)

f.	folgend
ff.	folgende
FG	Fallgruppe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FuE	Forschung und Entwicklung
gem.	gemäß
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRURInt	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International (Zeitschrift)
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
i. R. d.	in der Regel
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kommanditgesellschaft
LG	Landgericht
lit.	littera
m. E.	meines Erachtens
Mio.	Million(en)
Mrd.	Milliarde(n)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Nr.	Nummer
PharmR	Pharmarecht (Zeitschrift)
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
Rnr.	Randnummer
Rs.	Rechtssache

S.	Seite
SGB	Sozialgesetzbuch
SJZ	Schweizerische Juristen Zeitung
Slg.	Sammlung (der Rechtsprechung des EuG und des EuGH)
StGB	Strafgesetzbuch
u. a.	unter anderem bzw. anderen
UN-Kaufrecht	Übereinkommen der vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf
v.	vor
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
Z.	Zeile
z. B.	zum Beispiel
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Bezüglich der nicht aufgeführten Abkürzungen vergleiche auch:

**Kirchner**, Hildebert/**Kastner**, Fritz: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,  
3. Auflage Berlin New York 1983.

# EINLEITUNG

Ein grundlegendes Ziel des EG-Vertrages ist es, ein System zu gewährleisten, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschung schützt.<sup>1</sup> Für die Verwirklichung dieses Ziels bilden die Europäischen Wettbewerbsvorschriften eine wesentliche Grundlage. Während Art. 81 EG sämtliche Absprachen zwischen Unternehmen, die den Wettbewerb beeinträchtigen könnten, verbietet, enthält Art. 82 EG das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt durch ein oder mehrere Unternehmen.

Gegenstand der Dissertation ist Art. 81 Abs. 1 EG und das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung. Konkret wird in dieser Arbeit der Frage nachgegangen, unter welchen Voraussetzungen - bei scheinbar einseitigen Maßnahmen - von einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG ausgegangen werden kann.

Sowohl nach der Rechtsprechung als auch nach der Literatur ist im Grundsatz unbestritten, dass eine einseitige Maßnahme des Herstellers allein keine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG darstellt.<sup>2</sup> Es müssen für das Vorliegen einer Vereinbarung mindestens zwei übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen, deren Ausdrucksform unerheblich ist, sofern sie den Willen der Parteien getreu wiedergeben.<sup>3</sup>

Ob eine solche Vereinbarung vorliegt, kann innerhalb der Problematik der scheinbar einseitigen Maßnahmen fraglich sein. Werden zum Beispiel in einem Rundschreiben vom Hersteller<sup>4</sup> an seine Händler Aufforderungen an den künftigen Bezug einer Ware formuliert, die den Parallelhandel beschränken und damit wettbewerbswidrig sind, hängt das Vorliegen einer Vereinbarung zum größten Teil vom Verhalten der Händler ab. Ignoriert der Händler die Aufforderung des Herstellers, so liegt grundsätzlich keine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG vor. Eine Ausnahme kann sich dann ergeben, wenn die Aufforderung des Herstellers Bestandteil einer vorher getroffenen Willensübereinstimmung geworden ist. Eine Vereinbarung kann ferner entstehen, wenn die Händler dem Inhalt des Rundschreibens

---

<sup>1</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. g EG; die Normen des EG-Vertrages werden in dieser Arbeit nach der Fassung des Amsterdamer Vertrages, der am 1.5.1999 in Kraft getreten ist, zitiert.

<sup>2</sup> *Grill* in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, Art. 81 EGV Rnr. 3; EuG-Urteil vom 3.12.2003, *VW II*, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141 Rnr. 35.

<sup>3</sup> *Hirsbrunner* in EWS 2001, 129; *Roth/Ackermann* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht VI. Band, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 Rnr. 32.

<sup>4</sup> In dieser Arbeit wird hauptsächlich das Verhältnis zwischen einem Hersteller von Produkten und seinen Händlern behandelt. Dies schließt aber nicht aus, dass das Gesagte nicht auf die Beziehung Lieferant/Wiederverkäufer und Händler Anwendung findet.

ausdrücklich oder konkludent zustimmen. Insbesondere bei der konkludenten Zustimmung stellt sich die Frage, wann konkret ein Vereinbarungswille bei den Händlern vorliegt.

Die Europäische Kommission und die Gemeinschaftsgerichte haben in der Vergangenheit in einer Reihe von Entscheidungen eine recht großzügige Interpretation des Begriffs der Vereinbarung vertreten und damit den Schein einer einseitigen Maßnahme innerhalb des Art. 81 EG durchsichtig wirken lassen. Der EuGH und das EuG hatten nun erneut Gelegenheit, sich im Zusammenhang mit Parallelimporten von Arzneimitteln und Kraftfahrzeugen mit dem Problem der scheinbar einseitigen Maßnahmen auseinander zu setzen. Das EuGH-Urteil *Bayer* vom 6.1.2004<sup>5</sup> und das EuG-Urteil *VW II* vom 3.12.2003<sup>6</sup> enthalten auf den ersten Blick neue Leitlinien zu diesem Thema.

Bevor darauf näher eingegangen werden kann, werden in dem ersten Kapitel dieser Arbeit die scheinbar einseitigen Maßnahmen im Rahmen des Gesetzes, der Wettbewerbspolitik und der Rechtsprechung dargestellt.

Mit Hilfe einer Analyse der beiden oben genannten Grundsatzentscheidungen anhand der bisherigen Rechtsprechung wird im zweiten Kapitel überprüft, ob die beiden Urteile tatsächlich eine Neuerung in der Rechtsprechung zu den scheinbar einseitigen Maßnahmen geschaffen haben. Ebenso wird in diesem Abschnitt die Ausgangsfrage in Bezug auf den Vereinbarungsbegriff beantwortet, wobei sehr genau auf das Zustandekommen einer Willensübereinstimmung eingegangen wird. Ergänzend zu der Analyse werden spezielle Probleme, wie zum Beispiel die Abgrenzung der Art. 81 EG zu Art. 82 EG, die Auswirkungen von massiver Druck- bzw. Zwangsausübung durch den Hersteller gegenüber seinen Händlern auf das Vorliegen einer Willenserklärung und das Bestehen einer möglichen AGB-Kontrolle innerhalb der Wettbewerbsregeln besprochen.

Im dritten Kapitel wird auf die sich aus der Arbeit ergebenden Konsequenzen für die Wettbewerbsbehörden, und die Unternehmen näher eingegangen, wobei insbesondere über einen Weg nachgedacht wird, Art. 82 EG als Alternative zu Art. 81 EG anzuwenden.

Diese Arbeit enthält einen Vergleich zwischen den bereits bestehenden Ansichten und den neuen Ansätzen aufgrund der Rechtsprechung bezüglich der Problematik der scheinbar einseitigen Maßnahmen. Innerhalb dieses Vergleiches wird nach einer vertretbaren Lösung gesucht, die dem Gesetz, der Förderung eines einheitlichen Binnenmarktes und den Interessen der Unternehmen als Wettbewerbsteilnehmer gerecht wird.

---

<sup>5</sup> Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

<sup>6</sup> Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141; am 13. Juli 2006 hat der EuGH den Fall *VW II* unter der Rs. 74/04 endgültig entschieden. Dieses abschließende Urteil wurde noch nicht in die Arbeit eingearbeitet, aber es findet sich an einigen Stellen in den Fußnoten wieder.

# **Erstes Kapitel:**

## **Scheinbar einseitige Maßnahmen - Grundlagen sowie die wettbewerbliche Bedeutung**

Bevor im zweiten Kapitel dieser Arbeit die bisherige Rechtsprechungsentwicklung im Zusammenhang mit dem *Bayer-Urteil*<sup>7</sup> und dem *VW II-Urteil*<sup>8</sup> analysiert werden kann, sind zunächst die tatsächlichen Voraussetzungen zu schaffen und der Gegenstand der Untersuchung, die scheinbar einseitigen Maßnahmen, vorzustellen. Dazu gehören in erster Linie der Begriff der Vereinbarung sowie deren Auswirkungen auf den Wettbewerb. Ferner enthält dieser Teil der Arbeit den rechtlichen Hintergrund für die scheinbar einseitigen Maßnahmen und eine kurze Übersicht über die bisherige Rechtsprechungsentwicklung.

### **I. Scheinbar einseitige Maßnahmen im Rahmen von Vereinbarungen**

#### **1. Begriffserläuterungen**

Artikel 81 Abs. 1 EG verbietet wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen von Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und abgestimmte Verhaltensweisen, die geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Das Kartellverbot beinhaltet drei Modalitäten der wettbewerbsrelevanten Verhaltenskoordinierung: die Vereinbarung, den Beschluss sowie die abgestimmten Verhaltensweisen. Mit dem Beschluss wird die wettbewerbsrelevante Verhaltenskoordinierung von Unternehmensvereinigungen erfasst. Die Beschlussfassung kann sowohl durch ein satzungsmäßig berufenes Organ der Unternehmensvereinigung oder durch ihre Mitglieder selbst im Rahmen einer Mitgliederversammlung gefasst werden.<sup>9</sup> Diese Verhaltenskoordinierung ist für die vorliegende Arbeit nicht von Bedeutung, da die Problematik um die scheinbar einseitigen Maßnahmen zwischen zwei verschiedenen Rechtssubjekten und nicht im Zusammenhang mit einer Unternehmensvereinigung auftritt. Deswegen sind die scheinbar einseitigen Maßnahmen im Rahmen von Vereinbarungen und bei Abgrenzungsschwierigkeiten im Zusammenhang mit abgestimmten Verhaltensweisen zu behandeln.

---

<sup>7</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

<sup>8</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141.

<sup>9</sup> *Stockenhuber* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 81 EGV Rnr. 103; *Lettl*, Kartellrecht, Rnr. 63.

a) Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG

Das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung ist erfüllt, wenn die betreffenden Parteien ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten<sup>10</sup>, ohne dass es von Bedeutung ist, auf welche Weise diese Willensübereinstimmung herbeigeführt wurde bzw. in welcher Form dies erfolgte.<sup>11</sup>

aa) Zustandekommen einer Vereinbarung

An das Zustandekommen einer Vereinbarung werden von der Literatur und der Rechtsprechung keine besonderen Anforderungen gestellt. Dies resultiert aus der Gleichstellung von Vereinbarungen, Beschlüssen und abgestimmten Verhaltensweisen in Art. 81 Abs. 1 EG.<sup>12</sup> Ob eine Absprache dem Tatbestand der Vereinbarung zugeordnet wird, hängt nicht von der jeweiligen Bezeichnung ab, sondern die Gesamtheit der jeweiligen Umstände ist maßgebend. Die Vereinbarung bedarf keiner besonderen Form. Vereinbarungen können schriftlich oder mündlich, ausdrücklich oder konkludent abgeschlossen werden.<sup>13</sup> Schreiben, die ein Unternehmen an seine Geschäftspartner richtet, um sie zu einem bestimmten Verhalten aufzufordern, sind Angebote zum Abschluss einer Vereinbarung. Diese kommt zustande, sobald der Empfänger dem Absender sein Einverständnis mit dem Inhalt des Schreibens mitgeteilt hat. Einer ausdrücklichen Annahmeerklärung steht die tatsächliche Befolgung der Aufforderung gleich.<sup>14</sup> Eine Vereinbarung liegt ferner vor, wenn die beteiligten Unternehmen eine bestehende Vereinbarung im gegenseitigen Einvernehmen aufheben, ändern oder ergänzen.<sup>15</sup>

Nach bisheriger h. M. in der Literatur und in der Kommissionspraxis war es irrelevant, wenn sich ein Beteiligter nachträglich auf eine Mentalreservation beim Zustandekommen einer Vereinbarung beruft oder behauptet, er habe ohne rechtlichen Bindungswillen, nur zum Schein oder Angst vor wirtschaftlichen Druck bzw. Zwang gehandelt.<sup>16</sup> In solchen Zwangssituationen muss sich nach Ansicht des EuG der Vertragspartner mit den hierfür im Gesetz vorgesehenen Mitteln wehren und darf sich nicht beugen.<sup>17</sup> Es stellt sich jedoch bei der Ausübung von Druck bzw. Zwang auf einen Beteiligten die Frage, ob unter bestimmten

---

<sup>10</sup> EuGH-Urteil vom 15.7.1970, *ACF Chemiefarma*, Rs. 41/69, Slg. 1970, 661 Rnr. 112; EuGH-Urteil vom 29.10.1980, *Van Landewyck u. a.*, Rs. 209-215 und 218/80, Slg. 1980, 3125 Rnr. 86.

<sup>11</sup> *Schröter* in: *Schröter/Jakob/Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 81 Abs. 1 Rnr. 71; *Eilmansberger* in *ZWeR* 2004, 285, 289.

<sup>12</sup> *Emmerich* in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 1 EGV Rnr. 76.

<sup>13</sup> *Stockenhuber* in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 81 EGV Rnr. 95; Entscheidung der Kommission vom 14.10.1998, *British Sugar*, ABl. EG 1999 Nr. L 76/1 Rnr. 66.

<sup>14</sup> EuGH-Urteil vom 29.10.1980, *Van Landewyck u. a.*, Rs. 209-215 und 218/80, Slg. 1980, 3125 Rnr. 86 ff.

<sup>15</sup> *Schröter* in: *Schröter/Jakob/Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 81 Abs. 1 Rnr. 76.

<sup>16</sup> *Bunte* in: *Langen/Bunte*, Kartellrecht, Art. 81 Generelle Prinzipien Rnr. 20; Entscheidung der Kommission vom 5.12.1971, *Pittsburgh Corning Europe*, ABl. EG 1972 Nr. L 272/35, 37; Entscheidung der Kommission vom 12.6.1982, *Hasselblad*, ABl. EG 1982 Nr. L 161/19 Rnr. 47.

<sup>17</sup> *Emmerich* in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 Rnr. 67; EuG-Urteil vom 6.4.1995, *Tréfileurope*, Rs. T-141/89, Slg. 1995, II-791 Rnr. 58.

Umständen noch von dem Vorliegen einer Willenserklärung gesprochen werden kann. Diese Frage wird im zweiten Kapitel beantwortet.

Eine Vereinbarung kann nur zwischen verschiedenen natürlichen und juristischen Personen zustande kommen. Die Parteien müssen somit rechtlich für die Dauer der Vereinbarung unterscheidbar sein, nicht dagegen wirtschaftlich voneinander unabhängig sein.<sup>18</sup>

#### bb) Die rechtliche Verbindlichkeit

Die Willensäußerungen der beteiligten Unternehmen sind regelmäßig auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet, welche darin besteht, dass zumindest eines von ihnen zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen verpflichtet wird.<sup>19</sup> Eine rechtliche sowie eine faktische Verbindlichkeit muss nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>20</sup> und des EuG<sup>21</sup> kein Kriterium für den Begriff der Vereinbarung sein. Dies ergibt sich nach Meinung der Rechtsprechung aus dem Gesetz, denn eine Kartellvereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG ist mit oder ohne Rechtsverbindlichkeit nach Art. 81 Abs. 2 EG ex lege nichtig. Somit kann es nur auf eine von den Parteien angestrebte Rechtsverbindlichkeit ankommen.<sup>22</sup> Aufgrund der weit gehenden Übereinstimmung des Begriffs der Vereinbarung mit dem Vertragsbegriff der Mitgliedstaaten ist diese angestrebte Rechtsverbindlichkeit der Parteien für eine Meinung in der Literatur eine Voraussetzung für den Vereinbarungs begriff.<sup>23</sup> Ein anderer Teil in der Literatur setzt zumindest eine faktische Verbindlichkeit, d. h. wirtschaftlich, moralisch oder gesellschaftlich, voraus in Anlehnung an der Begriff des „gentlemen`s agreement“.<sup>24</sup> „Gentlemen`s agreements“ sind rechtlich unverbindliche Absprachen, die allein einer faktischen Bindungswirkung unterliegen, aber unter den Tatbestand der Vereinbarung subsumiert werden.<sup>25</sup>

Im engen Zusammenhang mit der Frage, ob eine rechtliche Verbindlichkeit Voraussetzung für eine Vereinbarung ist, steht das Problem der Abgrenzung zu den abgestimmten Verhaltensweisen. Aufgrund dessen soll die Antwort auf die Frage im Rahmen dieser Abgrenzung geklärt werden.

#### cc) Abgrenzung zu den abgestimmten Verhaltensweisen

Eine abgestimmte Verhaltensweise ist eine willentliche Koordinierung des Verhaltens von mindestens zwei selbständigen Unternehmen am Markt.<sup>26</sup> Nach gängiger Formel des EuGH

---

<sup>18</sup> *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 1 EGV Rnr. 86.

<sup>19</sup> *Schröter* in: Schröter/Jakob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 81 Abs. 1 Rnr. 71.

<sup>20</sup> EuGH-Urteil vom 15.7.1970, *ACF Chemiefarma*, Rs. 41/69, Slg. 1970, 661 Rnr. 112; EuGH-Urteil vom 29.10.1980, *Van Landewyck u. a.*, Rs. 209-215 und 218/80, Slg. 1980, 3125 Rnr. 86.

<sup>21</sup> EuG-Urteil vom 14.5.1998, *Mayr-Melnhof*, Rs. T-347/94, Slg. 1998, II-1751 Rnr.65.

<sup>22</sup> *Stockenhuber* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 81 Rnr. 98.

<sup>23</sup> *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 1 EGV Rnr. 69.

<sup>24</sup> EuG-Urteil vom 6.4.1995, *Tréfileurope*, Rs. T-141/89, Slg. 1995, II-791 Rnr. 96.

<sup>25</sup> *Wiedemann*, Kartellrecht, § 7 Rnr. 7.

<sup>26</sup> *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 Rnr. 103.

ist dies jede Form der Koordinierung, die bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt.<sup>27</sup> Rechtliche und faktische Verbindlichkeit braucht beim abgestimmten Verhalten nicht gegeben sein; auch eine rechtsgeschäftliche Einigung zwischen den Beteiligten ist nicht erforderlich.<sup>28</sup> Die Erfassung der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen stellt infolge dieser Voraussetzungen einen Auffangtatbestand dar, wenn der Nachweis einer Vereinbarung oder eines Beschlusses nicht gelingt. Mit dieser Erkenntnis ist es fraglich, ob es auf eine konkrete Trennung zwischen den Begriffen Vereinbarung und abgestimmten Verhaltensweisen ankommt.

Setzt man, wie ein Teil der Literatur es macht, eine angestrebte Rechtsverbindlichkeit für den Vereinbarungsbegriff voraus, so wäre eine genaue Abgrenzung zu der Verhaltensabstimmung möglich. Ist die rechtliche Verbindlichkeit zu bejahen, nimmt man den Begriff der Vereinbarung an, und wenn nicht, kommt man zu der abgestimmten Verhaltensweise. Setzt man mit dem anderen Teil der Literatur lediglich die faktische Verbindlichkeit als Kriterium für eine Vereinbarung voraus, wäre dies jedoch in Grenzfällen kein taugliches Abgrenzungskriterium zu unverbindlichen Absprachen.<sup>29</sup> Die Beweisschwierigkeiten, besonders bei moralischer oder gesellschaftlicher Verbindlichkeit, könnten zu einer sehr unscharfen Abgrenzung führen. Wenn man dagegen wie der EuGH bei dem Begriff der Vereinbarung auf jegliche rechtliche oder faktische Bindung verzichtet, ist die Grenze zur Verhaltensabstimmung flüchtig.<sup>30</sup> Diese Ansicht wird vom Gesetz bestätigt, denn Art. 81 EG und die VO 1/2003 behandeln die beiden Koordinierungsmaßnahmen auf der Rechtsfolge-seite gleich.<sup>31</sup> Nach dem Willen des Gesetzgebers kommt es auf eine genaue Grenzziehung demzufolge nicht an und für den Begriff der Vereinbarung muss damit das Bestehen einer rechtlichen oder faktischen Verbindlichkeit nicht vorausgesetzt werden.

Andererseits ist bei einer Abgrenzung nicht allein auf das Vorhandensein einer rechtlichen Bindung abzustellen. Der Vereinbarungsbegriff steht dem Vertragsbegriff insoweit nahe, als er mit ihm nicht nur das Moment der Verständigung teilt, sondern auch das der inhaltlichen Bestimmtheit.<sup>32</sup> Eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG liegt dann vor, wenn sich die Parteien auf ein bestimmtes oder bestimmbares künftiges Verhalten mit Wettbewerbsrelevanz einigen. Somit kann die Abgrenzung zwischen einer Vereinbarung und einer abgestimmten Verhaltensweise nicht nur in der Existenz der Bindung gesehen werden, sondern in der

---

<sup>27</sup> EuGH-Urteil vom 16.12.1975, *Suiker Unie u. a.*, Rs. 40-48, 50, 54-60, 111, 113, 114/73, Slg. 1975, 1663 Rnr. 26-28.

<sup>28</sup> *Bunte* in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Art. 81 Generelle Prinzipien Rnr. 28.

<sup>29</sup> *Stockenhuber* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 81 EGV Rnr. 99.

<sup>30</sup> *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 Rnr. 71.

<sup>31</sup> Ebenso wird gem. Art. 2 Abs. 1 der VO 2790/1999 bei der Definition von vertikalen Vereinbarungen kein Unterschied zwischen Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen gemacht.

<sup>32</sup> EuGH-Urteil vom 8.7.1999, *Anic*, Rs. C-49/92, Slg. 1999, I-4125 Rnr. 42, 43.

Qualität der Verständigung.<sup>33</sup> Bei der Vereinbarung ist das konkret in Aussicht genommene Verhalten Inhalt der Erklärung; auf eine Umsetzung wird verzichtet. Bei der Verhaltensabstimmung liegt die Konkretisierung nicht in der Abstimmung, sondern im Marktverhalten selbst. Verhaltensabstimmung bedeutet die tatsächliche Kooperation bzw. Zusammenarbeit und nicht erst die Einigung über zukünftiges konkretes Verhalten. Das Unterscheidungskriterium der inhaltlichen Bestimmtheit scheint auf den ersten Blick geeignet, eine deutliche Grenze zwischen den beiden Verhaltensweisen ziehen zu können. Doch auch hier können sich im Einzelfall Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben. So könnte es durchaus sein, dass die konkrete Vereinbarung zeitlich mit der tatsächlichen Kooperation zusammenfällt. Dann stellt sich die Frage, welche von den beiden Verhaltensweisen dann gegeben ist bzw. welche den Vorrang vor der anderen hat.

Grundsätzlich sollte man sich mit Hilfe der historischen Auslegung an den Willen des Gesetzgebers halten. Es ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung des Art. 81 EG zur Erhaltung und zum Schutz des Wettbewerbs nur drei bestimmte Tathandlungen erfassen und andere zur Wettbewerbsgefährdung ebenfalls geeignete Koordinierungsmaßnahmen unberücksichtigt lassen wollte.<sup>34</sup> Es ist vielmehr im Sinne des Wettbewerbs davon auszugehen, dass die drei Begehungsformen als beispielhafte Auflistung für einen allgemeineren Tatbestand der „Koordinierung“ oder „Abstimmung“ aufzufassen sind.<sup>35</sup>

Somit ist festzustellen, dass es auf eine konkrete Abgrenzung zwischen dem Vereinbarungsbegriff und dem Begriff der Verhaltensabstimmung im Einzelfall nicht ankommt, denn sie werden alle unter Art. 81 Abs. 1 EG subsumiert. Damit ist die Frage nach der Voraussetzung einer rechtlichen Verbindlichkeit für den Begriff der Voraussetzung ebenso geklärt.

Die Problematik der scheinbar einseitigen Maßnahmen wird in der Rechtsprechung hauptsächlich nur im Zusammenhang mit dem Begriff der Vereinbarung diskutiert, deswegen wird diese Handlungsalternative in der vorliegenden Arbeit Hauptbezugspunkt sein.

#### b) Einseitige Maßnahmen

Einseitige Maßnahmen oder Handlungen werden grundsätzlich nicht als Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG gewertet. Dies ergibt sich aus der Definition des Vereinbarungsbegriffs durch die Gemeinschaftsorgane (Vereinbarung als Ausdruck gemeinsamen Willens) und aus der im Vertrag vorgezeichneten Grundstruktur des Europäischen Kartellrechts, wonach

---

<sup>33</sup> Roth/Ackermann in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht VI. Band, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 Rnr. 86.

<sup>34</sup> Stockenhuber in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 81 EGV Rnr. 114.

<sup>35</sup> Stockenhuber in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 81 EGV Rnr. 114.

einvernehmliche Koordinierungsmaßnahmen nach den Maßstäben des Art. 81 EG, einseitige Maßnahmen hingegen nur nach Art. 82 EG zu beurteilen sind.<sup>36</sup> Unmittelbar nicht erfasst von diesen beiden Vorschriften ist ein einseitiges wettbewerbswidriges Verhalten, das sich zwar auf eine gewisse wirtschaftliche Stärke stützen kann, jedoch nicht auf eine marktbeherrschende Stellung.<sup>37</sup> Dieses Verhalten fällt nach dem Gesetzeswortlaut weder unter Art. 81 Abs. 1 EG noch unter Art. 82 EG und muss dementsprechend sanktionslos bleiben. Ausnahmen können dann bestehen, wenn dieses einseitige Verhalten die vertraglichen Beziehungen der Parteien konkretisiert und sich damit in einen zugrunde liegenden Vertrag einfügt oder wenn die jeweilige Vertragspartei sich mit der einseitigen Maßnahme ausdrücklich oder konkludent einverstanden erklärt. Bei diesen Ausnahmen liegt eine Willensübereinstimmung zwischen den Parteien vor, die als Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG angesehen werden kann. Wann eine solche Ausnahme gegeben ist und wie diese klar von den einseitigen Maßnahmen abgrenzt werden kann, sind Fragen zum Problem der scheinbar einseitigen Maßnahmen, die in dieser Arbeit beantwortet werden sollen.

## 2. Die weiteren Tatbestandsmerkmale des Art. 81 Abs. 1 EG

Wie schon erwähnt, untersagt Art. 81 Abs. 1 EG alle Arten bewussten und gewollten Zusammenwirkens von Unternehmen mit wettbewerbsbeschränkendem Charakter.<sup>38</sup> In seinem Aufbau und Inhalt lehnt sich Art. 81 EG bei zum Teil abweichenden Formulierungen weitgehend an die ältere Vorschrift des Art. 65 §§ 1, 2 und 4 EGKS-Vertrag an.<sup>39</sup>

### a) Unternehmen

Es müssen mindestens zwei Unternehmen an einer Handlungsform i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG beteiligt sein. Der Begriff des Unternehmens umfasst jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihre Finanzierung.<sup>40</sup> Die Unternehmen sind die Normadressaten der Wettbewerbsregeln und umschreiben deren persönlichen Anwendungsbereich.<sup>41</sup> Zugleich werden mit dem Unternehmensbegriff hoheitliche Tätigkeiten und nicht wirtschaftliche Tätigkeiten von dem sachlichen Anwendungsbereich ausgeschlossen.

---

<sup>36</sup> *Stockenhuber* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 81 EGV Rnr. 101.

<sup>37</sup> *Lübbig* in WuW 1991, 561, 569.

<sup>38</sup> *Schröter* in: Schröter/Jakob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Einf. Art. 81 Rnr. 18.

<sup>39</sup> *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 1 EGV Rnr. 3.

<sup>40</sup> EuGH-Urteil vom 23.4.1991, *Höfner und Elser*, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979 Rnr. 21; EuGH-Urteil vom 17.2.1993, *Poucet und Pistre*, Rs. C-159, 160/91, Slg. 1993, I-637 Rnr. 17; *Lettl*, Kartellrecht, Rnr. 45.

<sup>41</sup> *Roth/Ackermann* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht VI. Band, Grundfragen Art. 81 Rnr. 8.

## b) Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken

Die in Art. 81 Abs. 1 EG genannten Maßnahmen sind nur verboten, wenn sie eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken. Allgemein wird jedoch nicht zwischen den einzelnen Alternativen unterschieden, sondern insgesamt von dem Begriff Wettbewerbsbeschränkung gesprochen. Der Begriff des Wettbewerbs ist im Europäischen Vertrag nicht definiert. Als unbestimmter Rechtsbegriff wird der Wettbewerb anhand der allgemeinen Grundsätze und der Ziele des Vertrages ausgelegt.<sup>42</sup> Wie diese konkret zu definieren sind, wird unter dem Abschnitt der allgemeinen Ziele der Wettbewerbspolitik zu klären sein.

Das Vorliegen einer Beschränkung des noch näher zu definierenden Wettbewerbs bestimmt sich nach Ansicht des EuGH nach dem Grundsatz des Selbständigkeitspostulats. Ausgangspunkt ist, dass jedes Unternehmen selbständig zu bestimmen hat, welche Politik es auf dem Gemeinsamen Markt zu verfolgen gedenkt, und zwar einschließlich der Wahl der Personen, denen es ein Angebot unterbreiten will.<sup>43</sup> Der EuGH nimmt eine Wettbewerbsbeschränkung an, wenn z. B. bestimmte Klauseln in Lieferverträgen die Abnehmer in ihrer Freiheit beschränken, die gelieferten Waren nach ihrem eigenen wirtschaftlichen Interesse zu vermarkten.<sup>44</sup> Entscheidend ist somit die unternehmerische Handlungsfreiheit. Wird diese wirtschaftliche Betätigungsfreiheit zumindest bei einem Marktteilnehmer eingeschränkt, liegt eine Wettbewerbsbeschränkung vor.<sup>45</sup> Ferner sind bei der Beurteilung einer Wettbewerbsbeschränkung die Auswirkungen der Maßnahmen auf den Binnenmarkt zu beachten. Je gefährlicher eine Maßnahme das Funktionieren des Binnenmarktes tangiert, umso eher liegt eine Wettbewerbsbeschränkung vor. So verhindern Parallelhandelsbeschränkungen eines Unternehmens gegenüber seinen Händlern das Grundziel des einheitlichen Binnenmarktes und bilden per se eine Wettbewerbsbeschränkung.

Die Feststellung des Zwecks eines Übereinkommens bezüglich einer Wettbewerbsbeschränkung ergibt sich aus dem Inhalt, dem rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang des Übereinkommens sowie aus dem Willen der Parteien, der in den jeweiligen Verhaltensweisen zum Ausdruck kommt.<sup>46</sup> Es genügt grundsätzlich der Nachweis, dass die von den Unternehmen getroffenen Absprachen eindeutig auf eine Einschränkung des Wettbewerbs abzielen; in diesem Fall ist es nicht mehr nötig zu prüfen, ob und inwieweit sie auch in Kraft gesetzt worden sind.<sup>47</sup> Somit kann auf eine eingehende Analyse der

---

<sup>42</sup> Schröter in: Schröter/Jakob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Einf. Art. 81 Rnr. 100.

<sup>43</sup> Z. B. EuGH-Urteil vom 16.12.1975, *Suiker Unie u. a.*, Rs. 40-48, 50, 54-60, 111, 113, 114/73, Slg. 1975, 1663 Rnr. 173/174; EuGH-Urteil vom 14.7.1981, *Züchner*, Rs. 172/80, Slg. 1981, 2021 Rnr. 13.

<sup>44</sup> Z. B. EuGH-Urteil vom 14.12.1983, *Kerpen*, Rs. 319/82, Slg. 1983, 4173 Rnr. 6; EuGH-Urteil vom 21.2.1984, *Hasselblad*, Rs. 86/82, Slg. 1984, 883 Rnr. 42.

<sup>45</sup> *Wiedemann*, Kartellrecht, § 7 Rnr. 18.

<sup>46</sup> EuGH-Urteil vom 8.11.1983, *IAZ*, Rs. 96-102, 104, 105, 108 und 110/82, Slg. 1983, 3369 Rnr. 25.

<sup>47</sup> EuGH-Urteil vom 29.10.1980, *Van Landewyck u. a.*, Rs. 209-215 und 218/78, Slg. 1980, 3125 Rnr. 86.

wirtschaftlichen Auswirkungen einer Vereinbarung jeweils dann verzichtet werden, wenn deren wettbewerbsbeschränkende Zielsetzung außer Zweifel steht.<sup>48</sup>

### c) Spürbarkeit

Die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung ist ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Art. 81 Abs. 1 EG. Die Wettbewerbsbeschränkungen müssen spürbare Auswirkungen auf Dritte besitzen. Maßstab für die Spürbarkeit ist die hypothetische Situation ohne die fragliche Wettbewerbsbeschränkung, d. h. bei Wettbewerb, und zwar auf dem relevanten Markt.<sup>49</sup> Mit diesem Tatbestandsmerkmal wird die Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EG auf Bagatellkartelle verhindert, die für das Funktionieren des Binnenmarktes unerheblich sind.

Die Kommission hat den Begriff der Spürbarkeit in der so genannten De-minimis-Bekanntmachung<sup>50</sup> unter Zuhilfenahme quantitativer Kriterien konkretisiert. Danach liegt keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung bei einer Vereinbarung vor, wenn die von den daran beteiligten Unternehmen gehaltenen Marktanteile auf keinem der von der Vereinbarung betroffenen relevanten Märkte die 10 %-Grenze (falls es sich bei den Unternehmen um tatsächliche oder potenzielle Konkurrenten handelt) oder die 15 %-Grenze (in allen anderen Fällen) überschreiten. Der Marktanteil verbundener Unternehmen ist dabei mitzuzählen. Wird in einem relevanten Markt der Wettbewerb durch die kumulative Wirkung von Vereinbarungen beschränkt, so werden die genannten Marktanteilsschwellen auf 5 % herabgesetzt. Zu beachten ist insgesamt, dass diese Bekanntmachung jedoch nur Hinweischarakter hat und es nicht ausgeschlossen ist, dass es im Einzelfall auch bei Überschreitung der Schwellenwerte an einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung fehlen kann. Diese Bekanntmachung führt zu einer Selbstbindung der Kommission.

### d) Zwischenstaatlichkeitsklausel

Nach Art. 81 Abs. 1 EG wird vorausgesetzt, dass die wettbewerbsbeschränkende Maßnahme geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Diese Zwischenstaatlichkeitsklausel hat den Zweck, den Geltungsbereich des EG-Rechts von demjenigen des innerstaatlichen Rechts abzugrenzen. Das heißt im Einzelnen, dass die wettbewerbswidrige Maßnahme den Handel zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar in einer Weise beeinträchtigen muss, die der Verwirklichung der Ziele eines

---

<sup>48</sup> EuGH-Urteil vom 30.1.1985, *BNIC/Clair*, Rs. 123/83, Slg. 1985, 391 Rnr. 22; EuGH-Urteil vom 11.1.1990, *Sandoz*, Rs. C-277/87, Slg. 1990, I-45.

<sup>49</sup> *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 Rnr. 200.

<sup>50</sup> Bekanntmachung der Kommission vom 22.12.2001 über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken, ABl. EG 2001 Nr. C 368/13.

einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein kann. Dies kann erreicht werden, wenn die wettbewerbswidrige Maßnahme zur Errichtung von Handelsschranken im Gemeinsamen Markt beiträgt und die vom Vertrag gewollte gegenseitige Durchdringung der Märkte erschwert.<sup>51</sup> Dabei ist nach der so genannten Bündeltheorie nicht allein die fragwürdige Maßnahme zu betrachten, sondern es muss zusätzlich gefragt werden, ob die betreffende Maßnahme nicht ein Teil eines umfassenden Vertragssystems ist und gerade dieses geeignet ist, die Handelsströme zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.<sup>52</sup> Außerdem wird im Zusammenhang mit der Zwischenstaatlichkeitsklausel das Merkmal der Spürbarkeit geprüft. Somit sind genauso wie bei dem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal in Bezug auf die Wettbewerbsbeschränkung Bagatellkartelle unerheblich für die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels und deswegen außer Acht zulassen. Die De-minimis-Bekanntmachung der Kommission<sup>53</sup> findet hier keine Anwendung. Der Rechtsprechung des EuGH ist zu entnehmen, dass die Spürbarkeit bereits bei einem Marktanteil der Beteiligten von etwa 5 % gegeben sein kann.<sup>54</sup>

#### e) Rechtsfolge

Wettbewerbswidrige Vereinbarungen und Beschlüsse sind gem. Art. 81 Abs. 2 EG nichtig. Eine nichtige Vereinbarung oder ein nichtiger Beschluss erzeugt „in den Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragspartnern keine Wirkungen und kann Dritten nicht entgegengehalten werden“.<sup>55</sup> Die Nichtigkeitsfolge tritt automatisch ein. Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen sind nicht in Art. 81 Abs. 2 EG erwähnt, da sie bereits aufgrund ihrer Natur keine rechtlich verbindlichen Beziehungen erzeugen. Bei umfassenden Vertragswerken erstreckt sich die Nichtigkeit nur auf die gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoßende Klausel, außer diese ist nicht von dem eigentlichen Vertragswerk zu trennen.

#### f) Ausnahmen

Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen, die unter das Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG fallen, können gem. Art. 81 Abs. 3 EG von diesem Verbot freigestellt sein, wenn die Unternehmen einer der dort genannten Voraussetzungen erfüllen oder die

---

<sup>51</sup> EuGH-Urteil vom 30.6.1966, *LTM/MBU*, Rs. 56/65, Slg. 1966, 281, 303.

<sup>52</sup> *Emmerich*, Kartellrecht, S. 374; *Lettl*, Kartellrecht, Rnr. 95.

<sup>53</sup> Bekanntmachung der Kommission vom 22.12.2001 über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken, ABl. EG 2001 Nr. C 368/13.

<sup>54</sup> EuGH-Urteil vom 1.2.1978, *Miller*, Rs. 19/77, Slg. 1978, 131 Rnr. 9/10; EuGH-Urteil vom 25.10.1983, *AEG*, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151 Rnr. 58.

<sup>55</sup> EuGH-Urteil vom 25.11.1971, *Béguelin*, Rs. 22/71, Slg. 1971, 949 Rnr. 29.

Bedingungen einer Gruppenfreistellungsverordnung<sup>56</sup> (im Folgenden: GVO) erfüllen. Die Gruppenfreistellungsverordnungen stellen grundsätzlich sämtliche Vereinbarungen einer bestimmten Art („Gruppe“) mit ihrem gesamten Inhalt frei, sofern bestimmte Marktanteilsschwellen nicht überschritten werden. Ausnahmen hiervon ergeben sich durch eine Reihe generell verbotener Wettbewerbsbeschränkungen (so genannte Kernbeschränkungen).<sup>57</sup>

Aufgrund der Regelung in Art. 1 VO 1/2003 gilt für die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG das System der Legalausnahme. Danach ist die zu beurteilende Verhaltensweise ipso jure, d. h. automatisch vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG freigestellt, wenn die Voraussetzungen von Art. 81 Abs. 3 EG oder einer GVO gegeben sind. Die Freistellungsvoraussetzungen können nationale Behörden gem. Art. 5 VO 1/2003, nationale Gerichte gem. Art. 6 VO 1/2003 oder die Kommission überprüfen. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG tragen gem. Art. 2 Satz 2 VO 1/2003 die Unternehmen. Um den Unternehmen, den nationalen Behörden und Gerichten das Verständnis für diese Gruppenfreistellungsverordnungen zu erleichtern, hat die Kommission Leitlinien für vertikale und horizontale Vereinbarungen erarbeitet. In diesen Leitlinien wird die Unbedenklichkeit von bestimmten Absprachen umschrieben. Ferner sollen die Leitlinien bei der Auslegung der betreffenden Gruppenfreistellungsverordnungen helfen.<sup>58</sup>

### **3. Vertikale Vereinbarungen**

#### **a) Begriffserläuterung**

Die scheinbar einseitigen Maßnahmen treten ausschließlich im Zusammenhang mit vertikalen Vereinbarungen auf. Der Begriff vertikal drückt dabei aus, dass die Beteiligten der Vereinbarung nicht auf ein und derselben, sondern auf jeweils vor- bzw. nachgelagerten Marktstufen tätig sind.<sup>59</sup> Zwischen ihnen besteht somit regelmäßig kein Wettbewerbsverhältnis, sondern eine Lieferanten-Abnehmer-Beziehung. Der Lieferant ist dabei Hersteller oder Händler, der Abnehmer ist Händler. Solche vertikalen Vereinbarungen können einfache Beschränkungen, z. B. hinsichtlich der Verwendung oder des Weiterverkaufs der Erzeugnisse,

---

<sup>56</sup> Z. B. VO (EG) Nr. 772/2004 der Kommission vom 27.4.2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. EG 2004 Nr. L 123/11; VO (EG) Nr. 2658/2000 der Kommission vom 29.11.2000 zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen für Spezialisierungsvereinbarungen, ABl. EG 2000 Nr. L 304/3.

<sup>57</sup> Z. B. Art. 4 VO 2790/1999 der Kommission vom 22.12.1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EG 1999 Nr. L 336/21.

<sup>58</sup> Bekanntmachung der Kommission vom 6.1.2001, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EG 2001 Nr. C 3/2; Mitteilung der Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. EG 2000 Nr. C 291/1.

<sup>59</sup> *Duijm*, Vertikale Vertriebsvereinbarungen, S. 20.

beinhalten oder aber umfassende Ausschließlichkeitsbindungen zum Alleinbezug/Alleinvertrieb bis hin zum selektiven Vertriebssystem sein. Bei den Letzteren spricht man von Vertriebssystemen, bei denen die vertikalen Vereinbarungen auch vertikale Vertriebsabreden genannt werden.

In der GVO Nr. 2790/1999 geht die Kommission davon aus, dass vertikale Vereinbarungen, soweit sie nicht bestimmte Arten schwer wiegender wettbewerbsschädigender Beschränkungen enthalten und die Vertragspartner nicht über erhebliche Marktmacht verfügen, sich im Allgemeinen günstig auf die Warenerzeugung oder -verteilung auswirken, weil sie eine bessere Koordinierung zwischen den beteiligten Unternehmen und dadurch eine Erhöhung der wirtschaftlichen Effizienz innerhalb einer Produktions- oder Vertriebskette ermöglichen.<sup>60</sup> Effizienzgewinne sieht die Kommission insbesondere in der Verringerung der Transaktions- und Distributionskosten sowie in der Optimierung von Umsätzen und Investitionen.<sup>61</sup> Diese Sichtweise der Kommission ist jedoch nicht verallgemeinerungsfähig, vielmehr bedarf die Aussage im Einzelfall einer Konkretisierung, wobei die Wesensmerkmale der verschiedenen vertikalen Liefer- und Bezugsvereinbarungen beachtet werden müssen. Bei vertikalen Vereinbarungen besteht zum Beispiel die Möglichkeit, die Absatz- und Versorgungsmöglichkeiten dritter Unternehmen sowie die Wahlfreiheit der Verbraucher zu beeinträchtigen.<sup>62</sup>

#### b) Die Unterteilungsarten

Im Rahmen von vertikalen Vertriebsvereinbarungen können Alleinbezugsvereinbarungen, Alleinvertriebsvereinbarungen, selektive Vertriebssysteme und Franchisevereinbarungen von Art. 81 Abs. 1 EG aufgrund von Gruppenfreistellungsverordnungen freigestellt sein. Diese Abgrenzung ergibt sich zum einen aus dem Sprachgebrauch innerhalb der Europäischen Gemeinschaft, und zum anderen gibt es für diese unterteilten Fallgruppen eine relativ umfangreiche Entscheidungspraxis bzw. sekundärrechtliche Regelungen.

Franchisevereinbarungen sind Vereinbarungen, in denen ein Unternehmen (der Franchisegeber) es einem anderen Unternehmen (dem Franchisenehmer) gegen Vergütung gestattet, eine Gesamtheit von Know-how und Lizenzen an gewerblichen Rechten (die „Franchise“) in seinem Geschäftsbetrieb zu nutzen, wobei der Franchisegeber dem Franchisenehmer während der Laufzeit der Vereinbarung eine kontinuierliche kommerzielle oder technische Unterstützung gewährt.<sup>63</sup> Auf Franchisevereinbarungen wird in dieser Arbeit

---

<sup>60</sup> VO (EG) der Kommission vom 22.12.1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EG 1999 Nr. L 336/21.

<sup>61</sup> Siehe VO 2790/1999, ABl. EG 1999 Nr. L 336/21, Begründungserwägungen Nr. 6 und Nr. 7.

<sup>62</sup> Gieseke, Die Untersagung von Parallelimportbeschränkungen, S. 22.

<sup>63</sup> Grill in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, Art. 81 Rnr. 108.

nicht näher eingegangen, da diese in erster Linie markenrechtliche und lizenzrechtliche Bereiche betreffen und die Problemstellung dieser Arbeit nicht in dem Ausmaß tangieren wie die anderen genannten Unterteilungen.

#### aa) Alleinvertriebsvereinbarungen

Mit einer Alleinvertriebsvereinbarung verpflichtet sich ein Lieferant, der gleichzeitig Hersteller sein kann, in einem regional abgegrenzten Raum nur einen einzigen Händler mit bestimmten Produkten zu beliefern.<sup>64</sup> Dem Lieferanten ist damit untersagt, in diesem Raum andere Händler zu beliefern. Ein solches Vertriebssystem führt dazu, dass der markeninterne (intra-brand) Wettbewerb eingeschränkt und der Markt, auf dem der zuzubehandelnde Händler tätig ist, aufgeteilt wird. Diese Vereinbarungen tragen regelmäßig zur Verbesserung der Warenverteilung bei, weil sie es dem Hersteller erlauben, seine Verkaufstätigkeit auf wenige Abnehmer zu konzentrieren, dadurch die Absatzförderung erleichtern und auf diese Weise wiederum eine intensivere Bearbeitung des Marktes sowie eine kontinuierliche Versorgung der Kundschaft ermöglichen.<sup>65</sup> Der Alleinvertriebshändler erhält im Gegensatz dazu die Gewissheit der regelmäßigen Belieferung mit bestimmten Waren und kann demzufolge in den Aufbau oder Schutz des Markenimages investieren, ohne Angst zu haben, dass andere Händler ohne eigenen Aufwand von seinen Anstrengungen profitieren (so genannter „free-rider-Effekt“). Dies ist vor allem bei Vertrieb neuer und komplexer Produkte vorteilhaft. Die eben genannten positiven Auswirkungen der Alleinvertriebsvereinbarungen bilden die Grundlage für eine Freistellung gem. Art. 2 VO 2790/1999<sup>66</sup> vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG. Jedoch können durch Verhinderungen von Parallelimporten oder durch das Vorschreiben von Wiederverkaufspreisen oder die Untersagung von passiven Verkäufen an Kunden außerhalb seines Vertragsgebietes die positiven Effekte der Alleinvertriebsvereinbarung beseitigt werden. Diese Wettbewerbsbeschränkungen führen zur Untersagung der Alleinvertriebsvereinbarung gem. Art. 81 Abs. 1 EG.

#### bb) Alleinbezugsvereinbarungen

Bei einer Alleinbezugsvereinbarung verpflichtet sich ein Händler für eine bestimmte Zeit, spezifizierte Produkte ausschließlich bei dem Vertragspartner zu kaufen, mit dem er die Vereinbarung getroffen hat, oder bei einem von diesem bestimmten Lieferanten.<sup>67</sup> Die Alleinbezugsvereinbarungen dienen, anders als die Alleinvertriebsvereinbarungen, in der Regel nicht dem Zweck, in neue Märkte vorzudringen, sondern sie sichern den Absatz der Vertragswaren in bereits vorhandenen Tätigkeitsgebieten. Der Lieferant hat durch Absprachen über den Exklusivbezug unter anderem den Vorteil, seinen Warenabsatz langfristig planen zu können und damit Produktions- und Vertriebskosten zu senken. Ferner

---

<sup>64</sup> Grill in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, Art. 81 Rnr. 96.

<sup>65</sup> Entscheidung der Kommission vom 24.6.1996, *BNP/Dresdner Bank*, ABl. EG 1996 Nr. L 188/37 Rnr. 18.

<sup>66</sup> ABl. EG 1999 Nr. L 336/21.

<sup>67</sup> *Duijm*, Vertikale Vertriebsvereinbarungen, S. 22.

kann mit dieser Vereinbarung eine Markentreue beim Händler gesichert werden. Der Händler kann aufgrund der Abrede über den Alleinbezug mit einer sicheren und regelmäßigen Bedarfsdeckung rechnen und somit die mit Marktschwankungen verbundenen Risiken reduzieren.<sup>68</sup> Aus wettbewerbspolitischer Sicht werden Alleinbezugsvereinbarungen in der Regel positiv bewertet, da sie zu einer Stärkung des Wettbewerbs zwischen den Marken (Interbrand-Wettbewerb) führen können. Die Alleinbezugsvereinbarungen können deswegen gem. Art. 2 VO 2790/1999 vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG freigestellt sein. Die GVO für vertikale Vereinbarung greift jedoch dann nicht, wenn ein Markt durch Alleinbezugsvereinbarung regelrecht gegen den Marktzutritt Dritter abgeschottet wird. Die Ausschließlichkeitsbindungen dürfen somit nicht durch die Art, den Gegenstand oder die Dauer dazu führen, dass Marktzugang und Entwicklungsmöglichkeiten dritter Unternehmen erheblich behindert werden.<sup>69</sup>

#### cc) Selektive Vertriebssysteme

Unter einem selektiven Vertriebssystem versteht man eine Absatzorganisation, bei welcher der Lieferant oder Hersteller die Zahl der von ihm belieferten Vertriebshändler nach bestimmten Kriterien begrenzt, und zwar indem nur diejenigen Vertriebshändler beliefert werden, welche den für den Vertrieb erforderlichen Qualitätsanforderungen genügen (qualitativer Selektivvertrieb) oder indem die Zahl der Vertriebshändler ausdrücklich begrenzt wird (quantitativer Selektivvertrieb).<sup>70</sup> Nach der Meinung des EuGH beeinflussen selektive Vertriebssysteme zwangsläufig den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt, da sie die Gefahr in sich bergen, nationale Märkte in der Gemeinschaft zu isolieren und unterschiedliche Preisniveaus aufrechtzuerhalten. Es gibt jedoch legitime Bedürfnisse, besonders hinsichtlich eines qualitativen Selektivvertriebs – wie zum Beispiel die Aufrechterhaltung eines Fachhandels, der in der Lage ist, bestimmte Dienstleistungen für hochwertige und technisch hoch entwickelte Erzeugnisse zu erbringen -, welche die Einschränkung, insbesondere des Preiswettbewerbs, zugunsten anderer Faktoren rechtfertigen.<sup>71</sup> Die mit einem selektiven Vertriebssystem einhergehenden Beschränkungen sind jedoch nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sie tatsächlich auf eine Verbesserung des Wettbewerbs abzielen; anderenfalls gäbe es für sie keine Rechtfertigung, da dann ihre einzige Wirkung darin bestünde, den Preiswettbewerb einzuschränken.<sup>72</sup> Um sicherzustellen, dass die selektiven Vertriebssysteme nur diesem Zweck dienen und nicht zur Erreichung von gemeinschaftswidrigen Zielen

---

<sup>68</sup> Entscheidung der Kommission vom 11.11.1994, *Olivetti/Digital*, ABl. EG 1994 Nr. L 309/24 Rnr. 29 ff.

<sup>69</sup> *Schröter* in: *Schröter/Jakob/Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 81 Abs. 3 Rnr. 349.

<sup>70</sup> *Grill* in: *Lenz/Borchardt*, EU- und EG-Vertrag, Art. 81 Rnr. 83; *Emmerich*, Kartellrecht, S. 408.

<sup>71</sup> XIII. Wettbewerbsbericht (1983), Z. 173.

<sup>72</sup> EuGH-Urteil vom 25.10.1983, *AEG*, Rs. 107/ 82, Slg. 1983, 3151 Rnr. 32-34.

geschaffen oder benutzt werden, hat der EuGH in seinem Urteil vom 25.10.1977<sup>73</sup> entschieden, dass einfache Fachhandelsbindungen zulässig sind,

„sofern die Auswahl der Wiederverkäufer aufgrund objektiver Gesichtspunkte qualitativer Art erfolgt, die sich auf die fachliche Eignung des Wiederverkäufers, seines Personals und seiner sachlichen Ausstattung beziehen, und sofern diese Voraussetzungen einheitlich für alle in Betracht kommenden Wiederverkäufern festgelegt und ohne Diskriminierung angewendet werden“.

Im Gegensatz dazu spricht man von einer qualifizierten Fachhandelsbindung, wenn der Hersteller innerhalb der einfachen Fachhandelsbindung seinen Vertriebspartnern besondere Vertriebsförderungspflichten, wie z. B. Erzielung eines Mindestumsatzes, die Haltung eines Mindestlagerbestandes oder die Verpflichtung, zum Aufbau des selektiven Vertriebssystems beizutragen, auferlegt, um die Marktstellung seiner Erzeugnisse gegenüber den Konkurrenzprodukten zu stärken.<sup>74</sup> Qualifizierte Fachhandelsbindungen verstoßen grundsätzlich gegen Art. 81 Abs. 1 EG, außer es liegt ein insgesamt positiv zu bewertendes Vertriebskonzept vor, das eine solch spezielle Bindung erfordert und durch die aufgegebenen Pflichten der Warenabsatz verbessert wird.<sup>75</sup> Ferner fällt der quantitative Selektivvertrieb nicht unter Art. 81 Abs. 1 EG, wenn die Begrenzung von Händlern auf eine gewisse Zahl pro geographisches Gebiet durch die besondere Eigenschaft des Produkts gerechtfertigt ist.<sup>76</sup> Dies könnte bei der Automobilbranche oder bei bestimmten Luxusgütern der Fall sein, wenn ein Interesse an einer engen Zusammenarbeit oder einer künstlichen Verknappung des Angebots besteht.

### c) Abgrenzung zwischen horizontalen und vertikalen Vereinbarungen

Art. 81 Abs. 1 EG verbietet vertikale sowie horizontale wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen.<sup>77</sup> Im Sekundärrecht zu Art. 81 EG findet man eine Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Vereinbarungen. Es gibt einmal die GVO für vertikale Vereinbarungen<sup>78</sup> und deren Leitlinien<sup>79</sup> sowie Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit<sup>80</sup>.

---

<sup>73</sup> EuGH-Urteil vom 25.10.1977, *Metro I*, Rs. 26/76, Slg. 1977, 1875 Rnr. 20.

<sup>74</sup> *Jakob-Siebert/Jorna* in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, S. 2/539 Rnr. 189.

<sup>75</sup> *Schröter* in: *Schröter/Jakob/Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 81 Abs. 1 Rnr. 183.

<sup>76</sup> EuG-Urteil vom 27.2.1992, *Vichy*, Rs. T-19/91, Slg. 1992, II-415 Rnr. 65 ff.; XV. Wettbewerbsbericht (1985), Z. 13.

<sup>77</sup> *Schröter* in: *Schröter/Jakob/Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 81 Abs. 1 Rnr. 109.

<sup>78</sup> VO (EG) der Kommission vom 22.12.1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EG 1999 Nr. L 336/21.

<sup>79</sup> Mitteilung der Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. EG 2000 Nr. C 291/1.

In sprachlicher Hinsicht wird jedoch in diesen gemeinschaftsrechtlichen Texten nicht genau zwischen den jeweiligen Vereinbarungen unterschieden, denn mit den Begriffen Zusammenarbeit<sup>81</sup> und Vereinbarungen<sup>82</sup> werden sowohl vertikale als auch horizontale Vereinbarungen bezeichnet. Die Kommission dagegen verwendet in den Überschriften ihrer Texte den Begriff „Zusammenarbeit“ allerdings nur in den Horizontal-Leitlinien, während bei den Vertikal-Sachverhalten von Vereinbarungen die Rede ist.<sup>83</sup> Eine Kohärenz in der sprachlichen Terminologie ist damit nicht erkennbar und damit für eine Unterscheidung nicht ausschlaggebend. Vielmehr ist auf die Marktstufe<sup>84</sup>, auf der die jeweilige Vereinbarung mit ihren Auswirkungen geschlossen wurde, abzustellen. Befinden sich die Vertragsparteien auf der gleichen Marktstufe, liegt eine horizontale Vereinbarung vor, und im Gegensatz dazu ist eine vertikale Vereinbarung bei Unternehmen, die sich auf unterschiedlichen Marktstufen bewegen, gegeben.

Regelmäßig werden vertikale Wettbewerbsbeschränkungen als weniger gravierend bzw. schädlich angesehen als horizontale.<sup>85</sup> Das lässt sich damit begründen, dass zwischen den Beteiligten vertikaler Vereinbarungen kein Wettbewerbsverhältnis besteht, sie also den Wettbewerb untereinander auch nicht ausschließen können. Dennoch ist, wie bereits in der Begriffserläuterung zu den vertikalen Vereinbarungen erwähnt, eine solche pauschale Bewertung der Wettbewerbswirkung von vertikalen Vereinbarungen nicht möglich. Eine vertikale Vereinbarung kann sowohl wettbewerbsfördernde als auch wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben.<sup>86</sup> Beispielsweise wird der Vertrieb von Produkten in einem neuen Markt häufig nur durch das Gewähren eines Alleinvertriebsrechts möglich.<sup>87</sup> Einerseits wird somit der Wettbewerb zwischen den Herstellern vergleichbarer Produkte gefördert; geschwächt wird jedoch der Wettbewerb unter den Händlern. Ferner sind vertikale Wettbewerbsbeschränkungen in ihren Wirkungen auf den Wettbewerb ungleich vielfältiger als horizontale. Bei horizontalen Vereinbarungen wird der Wettbewerb auf der Marktstufe eingeschränkt, auf der sich die Unternehmen befinden, die diese Vereinbarung schließen. Bei vertikalen Vereinbarungen gehen der Lieferant, der Abnehmer oder beide eine vertragliche Verpflichtung ein, mit denen sie ihre Freiheit bezüglich des Absatzes bzw. der Beschaffung einschränken. Diese Einschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit

---

<sup>80</sup> Bekanntmachung der Kommission vom 6.1.2001, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EG 2001 Nr. C 3/2, im Folgenden Horizontal-Leitlinien genannt.

<sup>81</sup> Vgl. die Überschrift der Horizontal-Leitlinien, ABl. EG 2001 Nr. C 3/2.

<sup>82</sup> Vgl. die Überschrift der VO 2790/1999, ABl. EG 1999 Nr. L 336/21; ferner Rnr. 1 ff. der Horizontal-Leitlinien, ABl. EG 2001 Nr. C 3/2.

<sup>83</sup> *Kulka* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht VI. Band, Fallgruppen I. Art. 81 Abs. 1, 3 Rnr. 10.

<sup>84</sup> In den Gemeinschaftstexten ist teils auch von „Produktions- oder Vertriebsstufen“ die Rede, ohne dass mit dieser sprachlichen Abweichung ein anderer Begriffsinhalt verbunden wäre.

<sup>85</sup> *Kulka* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht VI. Band, Fallgruppen I. Art. 81 Abs. 1, 3 Rnr. 17.

<sup>86</sup> *Beutelmann*, Selektive Vertriebssysteme im europäischen Kartellrecht, S. 30.

<sup>87</sup> Siehe unter Alleinvertriebsvereinbarungen, 1. Kapitel I. 3. b).

kann die unmittelbare Beziehung zwischen den Vertragsparteien betreffen, sie kann sich aber bei Verkaufsbeschränkungen auch auf weitere Marktstufen des Handels erstrecken.<sup>88</sup>

Das Kriterium der Marktstufe erscheint für die Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Vereinbarungen auf den ersten Blick gut geeignet zu sein, dennoch gibt es auf den zweiten Blick Fälle, bei denen eine klare Abgrenzung zwischen horizontalen und vertikalen Vereinbarungen sich nicht korrekt bestimmen lässt. Werden nämlich einheitliche Verträge zwischen einem Lieferanten und einer Vielzahl von Abnehmern, die sich auf derselben Marktstufe befinden, abgeschlossen, die alle einheitliche Wettbewerbsbeschränkungen vorsehen, so wird nicht nur vertikal, sondern auch horizontal koordiniert.<sup>89</sup> Diese vertikale Koordinierung der Abnehmer durch den Lieferanten bewirkt eine mittelbare horizontale Beschränkung des Wettbewerbs, vergleichbar einer unmittelbaren Vereinbarung der Abnehmer untereinander. Ferner gibt es in der GVO für vertikale Vereinbarungen geregelte Fälle, die auf den ersten Blick auf eine horizontale Vereinbarung schließen lassen, aber nach der GVO als Vertikalvereinbarung zu behandeln sind. In Art. 2 Abs. 4 der VO 2790/1999 wird von dem Grundsatz, dass vertikale Vereinbarungen unter Wettbewerbern nicht von der GVO erfasst werden, eine Ausnahme gemacht. Wird zum Beispiel eine Vereinbarung zwischen einem Lieferanten, der zugleich Hersteller und Händler ist, und einem Händler als Käufer geschlossen, kann dies eine horizontale Vereinbarung darstellen, da sie als Händler auf der derselben Marktstufe tätig sind. Eine vertikale Vereinbarung, die durch die GVO freigestellt sein kann, ist aber dann gegeben, wenn der Händler als Käufer keine mit den Vertragswaren im Wettbewerb stehenden Waren herstellt und die vertikale Vereinbarung nicht wechselseitig ist.<sup>90</sup>

Es ist festzuhalten, dass somit vertikale Vereinbarungen nicht immer gelöst von den horizontalen Vereinbarungen betrachtet werden können und eine korrekte Abgrenzung in manchen Fällen nicht möglich ist, dennoch sind für die vorliegende Arbeit die Aspekte der horizontalen Wettbewerbsbeschränkung auszuklammern, da sie nicht unmittelbar das Problem der scheinbar einseitigen Maßnahmen i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG betreffen.

#### **4. Scheinbar einseitige Maßnahmen**

Der Begriff der scheinbar einseitigen Maßnahmen wurde von der Rechtsprechung entwickelt, um damit die Fälle zu erfassen, bei denen die Abgrenzung zwischen dem Vorliegen einer einseitigen Maßnahme und dem Vorliegen einer Vereinbarung auf den ersten Blick nicht immer genau erkennbar war und konkret untersucht werden musste, welche Alternative vorlag.

---

<sup>88</sup> *Duijm*, Vertikale Vertriebsvereinbarungen, S. 20.

<sup>89</sup> *Beutelmann*, Selektive Vertriebssysteme im europäischen Kartellrecht, S. 31.

<sup>90</sup> Siehe Art. 2 Absatz 4 lit. b) der VO 2790/1999, ABl. EG 1999 Nr. L 336/21.

In der Arbeit wurde bereits festgestellt, dass einseitige Maßnahmen aufgrund des Gesetzeswortlauts und der Gesetzssystematik nicht unter Art. 81 Abs. 1 EG fallen. Im Gegensatz hierzu stellen scheinbar einseitige Maßnahmen durch einen konkreten Nachweis einer Zustimmung eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG dar. Die Gemeinsamkeit zu den einseitigen Maßnahmen besteht darin, dass sowohl einseitige als auch scheinbar einseitige Maßnahmen vom Hersteller unilateral im Rahmen seiner vertraglichen Beziehungen oder außerhalb dieser zu den Händlern getroffen werden. Der Unterschied zwischen den beiden ist, dass die Händler bei den scheinbar einseitigen Maßnahmen letztlich der einseitigen Aufforderung des Herstellers ausdrücklich oder zumindest stillschweigend zustimmen und somit eine Willensübereinstimmung bei den Beteiligten vorliegt. Solche Maßnahmen kommen zum einen im Zusammenhang mit Vertriebssystemen vor<sup>91</sup> und zum anderen erscheinen scheinbar einseitige Maßnahmen auch im Rahmen von einfachen Geschäftsbeziehungen.<sup>92</sup>

#### a) Innerhalb von Vertriebssystemen

Scheinbar einseitige Maßnahmen erscheinen besonders häufig innerhalb von selektiven Vertriebssystemen. Deswegen hat sich in der Rechtsprechung bereits eine gefestigte Meinung zu diesem Thema gebildet, wobei diese Sichtweise jederzeit auf Alleinbezugs- oder Alleinvertriebsvereinbarungen übertragen werden kann. Genau wie bei den selektiven Vertriebssystemen sind diese besonderen Abreden in einem Händlervertrag festgehalten und auf diesen Händlervertrag kommt es bei der Bestimmung des Vereinbarungsbegriffs i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG an.

Bei Vorliegen eines Vertriebssystems benötigt der Vereinbarungsbegriff, nach der Ansicht der Rechtsprechung in Bezug auf eine einseitige Maßnahme, keine besondere Prüfung.<sup>93</sup> Der Händler hat mit Unterschrift unter den Händlervertrag für das Vertriebssystem seine Zustimmung zu der Verkaufs- bzw. Vertriebspolitik des Herstellers erteilt, und die vom Hersteller getätigte einseitige Maßnahme stellt zu diesem Vertrag nur eine Konkretisierung dar. Somit liegt mit der vorherigen Zustimmung des Händlers eine Vereinbarung gem. Art. 81 Abs. 1 EG vor. Die rechtlich oder faktisch verhängte Maßnahme des Herstellers ist lediglich für die Frage relevant, ob die gesamte Vereinbarung, in die sich die Maßnahme einfügt, mit den Wettbewerbsvorschriften übereinstimmt. Ein Beispiel für einseitige Maßnahmen innerhalb von Vertriebssystemen ist die Aufforderung eines Herstellers

---

<sup>91</sup> Z. B. EuGH-Urteil vom 25.10.1977, *Metro I*, Rs. 26/76, Slg. 1977, 1875; EuG-Urteil vom 3.12.2003, *VW II*, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141.

<sup>92</sup> Z. B. EuGH-Urteil vom 11.1.1990, *Sandoz*, Rs. C-277/87, Slg. 1990, I-45; EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

<sup>93</sup> Vgl. EuGH-Urteil vom 24.10.1995, *Bayerische Motorenwerke*, Rs. C-70/93, Slg. 1995, I-3439; EuG-Urteil vom 6.7.2000, *VW I*, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707.

gegenüber seinen Händlern, herstellunabhängige Leasinggesellschaften unter bestimmten Umständen nicht mehr zu beliefern.<sup>94</sup> Aufgrund mehrfacher Bezugnahme auf den Händlervertrag konnte diese Aufforderung als Ausdruck der von dem Hersteller und den Händler gemeinsam getragenen Verkaufs- und Vertriebspolitik angesehen werden.

#### b) Innerhalb einfacher Geschäftsbeziehungen

Laufende Geschäftsbeziehungen sowie einzelne in diesem Rahmen abgeschlossene Kaufverträge stellen dagegen keine wettbewerbsbeschränkende, sondern nach Ansicht des EuGH im *Bayer*-Urteil „an sich neutrale Vereinbarungen“ dar.<sup>95</sup> In solche Vereinbarungen kann sich eine daneben verhängte einseitige Maßnahme des Herstellers nicht einfügen. Jedenfalls verliert die Vereinbarung selbst dadurch nicht ihren neutralen Charakter. In diesem Fall bedarf es daher eines besonderen Nachweises einer gerade auf die einseitige Maßnahme bezogenen Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG. Dabei ist insbesondere der Nachweis der Zustimmung seitens der Händler schwierig zu erbringen.<sup>96</sup> So war zum Beispiel nach Meinung der Rechtsprechung eine Zustimmung bei den Händlern zu einer wettbewerbswidrigen Maßnahme zu sehen, als ein Hersteller im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen seine Rechnungen mit dem Aufdruck „Ausfuhr verboten“ versandte und die Händler dieser Aufforderung nicht widersprachen.<sup>97</sup> Diese Annahme ist insoweit fraglich, da zumindest im deutschen Recht dem Schweigen grundsätzlich kein Erklärungsinhalt zukommt. Dieses Problem soll im zweiten Kapitel gelöst werden.

#### c) Trennen zwischen zwei Fallgruppen

Die Frage, die sich bei der Darstellung der scheinbar einseitigen Maßnahmen stellt, ist, ob man zwischen zwei Fallgruppen unterscheiden muss. Eine Fallgruppe würden dann die einseitigen Maßnahmen innerhalb von Vertriebssystemen darstellen. Diese Fallgruppe kann als *Fallgruppe der vorherigen Zustimmung* bezeichnet werden, da der Händler der später durchgeführten Maßnahme des Herstellers mit Unterzeichnung unter den Händlervertrag bereits zugestimmt hat. In der anderen Fallgruppe existiert kein bestimmtes Vertriebssystem und deswegen muss eine konkret getroffene Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG nachgewiesen werden. Die Fallgruppe kann demzufolge als *Fallgruppe der nachträglichen Zustimmung* bezeichnet werden.

---

<sup>94</sup> EuGH-Urteil vom 24.10.1995, *Bayerische Motorenwerke*, Rs. C-70/93, Slg. 1995, I-3439.

<sup>95</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

<sup>96</sup> Z. B. EuGH-Urteil vom 11.1.1990, *Sandoz*, Rs. C-277/87, Slg. 1990, I-45; EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

<sup>97</sup> EuGH-Urteil vom 11.1.1990, *Sandoz*, Rs. C-277/87, Slg. 1990, I-45.

In den Fällen der Rechtsprechung wird jedoch deutlich, dass eine exakte Trennung in die zwei Fallgruppen nicht immer möglich ist, denn trotz Vorliegens eines Vertriebssystems kann eine konkrete wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung existieren, ohne dass diese sich in ein spezielles Vertriebssystem einfügt.<sup>98</sup> Zum Beispiel bei *BMW Belgium*<sup>99</sup> und *Tipp Ex*<sup>100</sup> brachten die jeweiligen Vertriebshändler nach Erhalt einer einschlägigen Aufforderung vom Hersteller mit ihrem Verhalten ihre Zustimmung zum Ausdruck. Es lag in beiden Fällen ein Vertriebssystem vor. Der EuGH stellte jedoch bei der Bestimmung der Vereinbarung nicht auf dieses ab. Es lässt sich vielmehr erkennen, dass der EuGH zuerst ein Einfügen der einseitigen Maßnahme in das Vertriebssystem geprüft hat, und wenn ein solches nicht gegeben war, wurde der Nachweis für eine konkrete Vereinbarung geführt. Ferner ist die Möglichkeit denkbar, dass sich zwar die einseitige Maßnahme des Herstellers in ein Vertriebssystem einfügt, aber ebenso die Händler dieser Maßnahme in ausdrücklicher Weise zustimmen, zum Beispiel durch Befolgung der Maßnahme. In diesem Fall liegen beide Varianten der scheinbar einseitigen Maßnahmen zusammen vor.

Die zwei genannten Fallgruppen können damit nicht gänzlich getrennt betrachtet werden. Jedoch ist für den Nachweis einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung die Trennung in diese zwei Fallgruppen vorteilhaft, da zum Beispiel mit einer entsprechenden Legitimation im Händlervertrag für die durchgeführte Maßnahme des Herstellers der Beweis für eine Vereinbarung einfacher erbracht werden kann, als wenn eine Willensübereinstimmung am Verhalten der Beteiligten konkret nachzuweisen ist. Dies ergibt sich daraus, dass sich ein gegebenes wettbewerbswidriges Verhalten in einen geschriebenen Händlervertrag, der schon eine Vereinbarung darstellt, sich besser einordnen lässt, als in Verhaltensweisen, die erst in Bezug auf das Vorliegen einer Vereinbarung gedeutet und objektiv ausgelegt werden müssen. Die Unterteilung in die zwei genannten Fallgruppen ist somit ratsam. Ferner können die Voraussetzungen für eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG durch die Unterteilung der Fallgruppe entsprechend strukturiert werden.

---

<sup>98</sup> Generalanwalt *Tizzano* unterscheidet in den Schlussanträgen vom 17.11.2005 in der Rs. C-74/04, *VW II*, Rnr. 41 ff. ebenso zwischen den zwei Arten von Maßnahmen, trennt sie aber nicht strikt, sondern wendet sie auf ein und denselben Fall an.

<sup>99</sup> Rs. 32/78 und 36-83/78, EuGH-Urteil vom 12.7.1979, *BMW Belgium*, Slg. 1979, 2435, hier lag das Angebot zu einer Vereinbarung in einem Rundschreiben, und dieses wurde von den Händlern unterschrieben zurückgesandt.

<sup>100</sup> EuGH-Urteil vom 8.2.1990, *Tipp Ex*, Rs. C-279/87, Slg. 1990, I-261, hier wurde den Aufforderungen des Herstellers Folge geleistet.

## II. Auswirkungen auf den Wettbewerb

### 1. Die allgemeinen Ziele der Wettbewerbspolitik

„Alle Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft sind den Menschenrechten, den Werten der Demokratie und den freien Institutionen verpflichtet. Diese Rechte, Werte und Institutionen müssen in unseren politischen Systemen auf europäischer wie nationaler Ebene ständig überprüft und miteinander ins Gleichgewicht gebracht werden. In einem marktwirtschaftlichen System wird der notwendige Interessenausgleich durch wirksamen Wettbewerb herbeigeführt. Er erhält die wirtschaftliche Freiheit des Marktbürgers, fördert unternehmerisches Handeln, schafft das Umfeld, in dem die europäische Industrie wachsen und gedeihen kann, und trägt gleichzeitig sozialen Bedürfnissen Rechnung. Die Wettbewerbspolitik soll gewährleisten, dass die Rechte vieler nicht durch einige wenige, die ihre Marktmacht missbrauchen, untergraben werden. Sie soll Wettbewerbsverfälschung verhindern und dafür sorgen, dass der Markt den europäischen Unternehmen genügend Anreiz für Innovation bietet, damit sie weltweit wettbewerbsfähig bleiben.“<sup>101</sup>

Diese Einleitung im XV. Wettbewerbsbericht zeigt, in welchem großen Zusammenhang die Wettbewerbspolitik zu sehen ist und welche Bedeutung ihr dabei zukommt.

Um die Zielsetzung der Wettbewerbspolitik präziser und verständlicher zu erläutern, kommt es auf den Wettbewerbsbegriff an. Der Begriff des Wettbewerbs im EG-Recht wurde nie genau definiert, deswegen ist er in dem systematischen Zusammenhang zu erklären, in dem ihn das Gemeinschaftsrecht einordnet. Im Mittelpunkt steht dabei das Ziel, durch Errichtung eines Gemeinsamen Marktes das Wirtschaftsleben aller Beteiligten zu fördern und deren Wohlstand zu vergrößern.<sup>102</sup> Zu diesem Zweck gibt Art. 3 EG eine Vielzahl von Instrumenten vor. Unter anderem fordert Art. 3 Abs. 1 lit. g EG einen störungsfrei funktionierenden Marktmechanismus. Der EG-Vertrag geht von der Erfahrung aus, dass der unverfälschte Wettbewerb zu einer optimalen Verteilung und Nutzung der wirtschaftlichen Ressourcen, zu einer Verbesserung der Produktion und der Verteilung, zur Steigerung der Leistungsfähigkeit der Unternehmen, zu vermehrter Innovation und somit insgesamt zu einer Beschleunigung des wirtschaftlichen und technischen Fortschritts führt.<sup>103</sup> Die Wettbewerbsregeln werden dadurch bewusst als Mittel zur Erreichung der allgemeinen Vertragsziele in den Dienst der Gemeinschaft gestellt und sind deshalb stets in Zusammenhang mit den anderen Regeln des EG-Vertrages auszulegen, so auch der Begriff des Wettbewerbs. Der Wettbewerbsbegriff ist angesichts der unübersehbaren Vielgestaltigkeit von Wettbewerbsprozessen in einer modernen Wirtschaft schwer zu definieren. Abstrakt kann aber der Wettbewerb als Streben von zwei oder mehreren Personen bzw. Gruppen nach einem Ziel angesehen werden, wobei der höhere Zielerreichungsgrad des einen i. d. R. einen geringeren Zielerreichungsgrad des

---

<sup>101</sup> XV. Wettbewerbsbericht (1985), Einleitung.

<sup>102</sup> Vgl. die in Art. 2 EG genannten Ziele.

<sup>103</sup> *Schröter* in: *Schröter/Jakob/Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, Einf. Art. 81 Rnr. 20, XIV. Wettbewerbsbericht (1984), Einleitung.

anderen bedingt.<sup>104</sup> Wird nun diese allgemeine Definition in das Wirtschaftsleben übertragen, so kann zur besseren Veranschaulichung der Wettbewerb als Parallelkampf bezeichnet werden.<sup>105</sup> Der Wirtschaftsteilnehmer kämpft an zwei Fronten, einmal gegenüber seinen Konkurrenten und andererseits um jeden Kunden. Besser gesagt: Der Wettbewerb setzt sich zusammen aus den wirtschaftlichen Erfordernissen, Risiken und Chancen, die sich für die einzelnen Marktbeteiligten daraus ergeben, dass die Marktpartner zwischen den verschiedenen Anbietern wählen, oder doch von dem einen Anbieter auf andere ausweichen können.<sup>106</sup>

Um diesen Wettbewerb auszufüllen, benötigt jeder Marktteilnehmer genügend Entscheidungs- und Handlungsspielraum. Diese Freiheiten sollen durch Art. 81 EG und Art. 82 EG gewährleistet werden. Diese Vorschriften bilden die zwei Eckpfeiler der Wettbewerbsregeln für Unternehmen im Europäischen Recht und damit einen wesentlichen Bestandteil des nach Art. 3 Abs. 1 lit. g EG zu errichtenden Systems, welches innerhalb des Binnenmarktes einen freien, redlichen, unverfälschten sowie wirksamen Wettbewerb gewährleistet.<sup>107</sup> Der Begriff des unverfälschten Wettbewerbs setzt ein Mindestmaß an Wettbewerb voraus. Auf dem Markt muss so viel Wettbewerb vorhanden sein, dass die grundlegenden Forderungen des Vertrages erfüllt und seine Ziele, insbesondere die Bildung eines einzigen Marktes, mit binnenmarktähnlichen Verhältnissen erreicht werden.<sup>108</sup> Als unverfälscht und im höchsten Maße wirksam kann nur ein Wettbewerb gelten, der von künstlichen Beeinträchtigungen durch private und hoheitliche Eingriffe in den Wirtschaftsablauf frei ist, damit ein hinreichendes Ausmaß an Wettbewerbsfreiheit für jedermann garantiert wird. „Jedermann“ bedeutet nicht nur die Unternehmen und Hersteller, sondern auch die Verbraucher, die Nutznießer eines funktionierenden Wettbewerbs. Denn sie sollen von den wirtschaftlichen Vorteilen profitieren, die durch eine gewisse Aufrechterhaltung eines Wettbewerbsdrucks weitergegeben werden können.<sup>109</sup>

Die Wettbewerbsregeln der EG sind anzuwenden, wenn wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Diese Zwischenstaatlichkeitsklausel dient nicht nur der Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, wie bereits unter den Voraussetzungen zu Art. 81 Abs. 1 EG dargelegt. Aus ihr wird eine grundsätzliche Zielsetzung der Wettbewerbspolitik deutlich. Die EG-Wettbewerbspolitik dient als wichtiges Instrument zur Integration der Volkswirtschaften der Mitgliedsländer. Diese integrationspolitische Zielsetzung ergänzt dabei die staatsgerichteten Grundfreiheiten des Vertrages durch die an die

---

<sup>104</sup> Schmidt, Wettbewerbspolitik, S. 1.

<sup>105</sup> Martinek, Franchising, S. 446; Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 213.

<sup>106</sup> Knöpfle, Der Rechtsbegriff „Wettbewerb“, S. 222; Müller-Henneberg in WuW 1968, 657, 665.

<sup>107</sup> Schröter in: Schröter/Jakob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Einf. Art. 81 Rnr. 17.

<sup>108</sup> EuGH-Urteil vom 21.2.1973, *Continental Can*, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215 Rnr. 20 ff.

<sup>109</sup> Stockenhuber in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 81 EGV Rnr. 16.

Unternehmen gerichteten Wettbewerbsregeln bei der Schaffung und Aufrechterhaltung des Gemeinsamen Marktes.<sup>110</sup>

Ein weiteres Ziel der EG ist die wirtschaftliche Gerechtigkeit, die durch den funktionierenden Wettbewerb erreicht werden soll.<sup>111</sup> Hierunter fallen nach Ansicht der Kommission die Sicherstellung wirtschaftlicher Freiheiten im Sinne des Individualschutzes des Wettbewerbs sowie die Sicherstellung von Chancengleichheit kleinerer und mittlerer Unternehmen gegenüber Großunternehmen.<sup>112</sup>

Die Kommission wacht über den Wettbewerb, dass dieser seine Funktionen erfüllen kann, und greift nur bei für den Wettbewerb gravierenden Verstößen ein. In erster Linie hängt der Erfolg eines wirksamen und institutionell geschützten Wettbewerbs von der Entschlossenheit und der Fähigkeit der Wirtschaftsteilnehmer zu einem aktiven, dynamischen Verhalten in einem einheitlichen Gemeinschaftsmarkt ab. Der Gemeinsame Markt begünstigt die Entwicklung innovationswilliger und leistungsfähiger Unternehmen, für welche die nationalen Märkte zu klein sind.<sup>113</sup>

## 2. Wettbewerbliche Auswirkungen

### a) Die wettbewerblichen Erscheinungsformen

Um die wettbewerblichen Wirkungen der vertikalen Vereinbarungen im Rahmen der einseitig scheinbaren Maßnahmen genauer untersuchen zu können, muss eine Differenzierung bei den Erscheinungsformen des Wettbewerbs vorgenommen werden.

Unternehmerische Aktionsparameter, wie Service, Preis, Qualität und Werbung, können bei der Unterscheidung innerhalb des Wettbewerbs helfen, denn jeder Aktionsparameter verschafft den Marktbeteiligten Handlungsalternativen, mittels derer sie sich Marktvorteile verschaffen können.<sup>114</sup>

Die wichtigste Unterscheidung in diesem Zusammenhang ist jedoch die Unterscheidung zwischen dem Interbrand-Wettbewerb und dem Intra-brand-Wettbewerb.<sup>115</sup> Interbrand-Wettbewerb bezeichnet die Konkurrenz aller Händler von verschiedenen Herstellern auf den Endverbrauchermärkten.<sup>116</sup> Ein funktionsfähiger Interbrand-Wettbewerb sorgt dafür, dass die Macht der Hersteller gegenüber dem Handel und den Endverbrauchern begrenzt wird. Er zwingt den Hersteller, seine Produkte ständig zu verbessern, um konkurrierende Hersteller zu

---

<sup>110</sup> *Stockenhuber* in: Grabit/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 81 EGV Rnr. 10.

<sup>111</sup> *Beutelmann*, Selektive Vertriebssysteme im europäischen Kartellrecht, S. 56.

<sup>112</sup> IX. Wettbewerbsbericht (1979), Einleitung.

<sup>113</sup> XI. Wettbewerbsbericht (1981), Einleitung.

<sup>114</sup> *Beutelmann*, Selektive Vertriebssysteme im europäischen Kartellrecht, S. 32.

<sup>115</sup> *Duijm*, Vertikale Vertriebsvereinbarungen, S. 36.

<sup>116</sup> *Kirchhoff*, Vertikale Vertriebsverträge, S. 6; *Martinek*, Franchising, S. 448.

übertreffen. Dadurch bleiben den Verbrauchern Auswahlmöglichkeiten erhalten, die Qualität der Produkte und die angebotenen Serviceleistungen werden hochgehalten. Aufgrund dieser Wirkungsweise wird dieser Wettbewerb auch als „First-Line-Competition“ bezeichnet.<sup>117</sup> Er wird besonders durch Alleinbezugsvereinbarungen eingeschränkt.<sup>118</sup>

Eine Dimension des Interbrand-Wettbewerbs stellt der Intertype-Wettbewerb dar. Er bezeichnet die Konkurrenz zwischen verschiedenen Betriebsformen des Handels (etwa Fachhandel, Warenhäuser, Versandhandel, Verbrauchermärkte).<sup>119</sup> Der Hersteller hat es in der Hand, diesen Wettbewerb wie den Interbrand-Wettbewerb zu steuern, denn er wählt die Betriebsform des Handels aus.

Intrabrand- (oder produktinterner) Wettbewerb ist dagegen der Wirtschaftskampf der Händler um die Erreichung des optimalen Absatzes an die Endverbraucher bei einem Produkt eines bestimmten Herstellers bzw. einer bestimmten Marke.<sup>120</sup> Er wird auch „Second-Line-Competition“ genannt.<sup>121</sup> Dieser Wettbewerb verhindert zum einen die „doppelte Gewinnspannenerhöhung“ durch die Händler, die bei schwachem Intrabrand-Wettbewerb Monopolgewinne erzielen können. Ferner werden informelle Absprachen der Händler untereinander bzw. zwischen Herstellern und Händlern erschwert, je größer die Intrabrand-Konkurrenz ist. Darüber hinaus sorgt der Intrabrand-Wettbewerb dafür, dass keine künstlichen Marktschranken errichtet werden können. Dennoch akzeptiert die Kommission, dass der Intrabrand-Wettbewerb eingeschränkt wird, soweit sich damit Kosteneinsparungen oder sonstige Effizienzgewinne verwirklichen lassen. Dies wird aber immer unter dem Blickwinkel gesehen, dass sowohl der freie Warenverkehr innerhalb der Gemeinschaft als auch die Wahlfreiheit der Verbraucher gewährleistet bleiben.<sup>122</sup> Vertreibt ein Hersteller zweigleisig, also z. B. über Warenhäuser und den Facheinzelhandel, dann besteht innerhalb des Intrabrand-Wettbewerbs, wie beim Interbrand-Wettbewerb, eine Intertype-Komponente.<sup>123</sup>

Ungeklärt ist die Frage, welche konkreten Wechselwirkungen zwischen dem Interbrand-Wettbewerb und dem Intrabrand-Wettbewerb bestehen. Zum Beispiel könnte man sagen, dass Einschränkungen auf den Intrabrand-Wettbewerb zu negativen Auswirkungen auf den Interbrand-Wettbewerb führen. Diese Behauptung wurde jedoch nie bewiesen, deswegen ist

---

<sup>117</sup> *Bellamy/Child*, European Community Law of Competition, Art. 85 (1) Rnr. 2-060.

<sup>118</sup> Siehe 1. Kapitel I. 3. b) bb).

<sup>119</sup> *Kirchhoff*, Vertikale Vertriebsverträge, S. 10.

<sup>120</sup> *Kirchhoff*, Vertikale Vertriebsverträge, S. 8; *Martinek*, Franchising, S. 448.

<sup>121</sup> *Bellamy/Child*, European Community Law of Competition, Art. 85 (1) Rnr. 2-060.

<sup>122</sup> XIII. Wettbewerbsbericht (1983), Z. 34; siehe VO 2790/1999, ABl. EG 1999 Nr. L 336/21, Erwägungsgründe Nr. 6 und 7.

<sup>123</sup> *Duijm*, Vertikale Vertriebsvereinbarungen, S. 36.

eine solche pauschale Aussage nicht zu befürworten. Vielmehr ist im Einzelfall eine Gesamtbetrachtung geboten, die möglichst alle Wirkungen eines Verhaltens berücksichtigt.<sup>124</sup>

#### b) Wettbewerbsfördernde und wettbewerbsbeschränkende Effekte

Im Folgenden werden die wettbewerbsfördernde und wettbewerbsbeschränkende Effekte der vertikalen Vereinbarungen, die schon an verschiedenen Stellen dieser Arbeit genannt wurden,<sup>125</sup> zur Veranschaulichung der Problematik im Zusammenhang mit den Zielen der Wettbewerbspolitik zusammengefasst.

Das große Ziel der Wettbewerbspolitik, die Errichtung eines einheitlichen Binnenmarktes, hat gerade in Bezug auf die vertikalen Vereinbarungen eine wichtige Bedeutung. Vertikale Vereinbarungen dienen in aller Regel dem Vertrieb von Waren, also einem Vorgang, der für die Erschließung nationaler Märkte unverzichtbar ist.<sup>126</sup> Sie ermöglichen es den Unternehmen, den eigenen Aktionsrahmen über die nationalen Grenzen hinweg zu erweitern und dabei ein gegenseitiges Durchdringen der nationalen Volkswirtschaften zu verwirklichen.

Vertikale Vertriebsvereinbarungen stehen nicht nur im Einklang mit den Zielen des Wettbewerbs, sie beinhalten auch wettbewerbsbeschränkende Effekte. In erster Linie werden durch Vertriebsbindungen künstliche Handelsschranken errichtet, die den freien Warenverkehr zwischen den nationalen Teilmärkten beeinträchtigen. Dies steht dem Ziel eines einheitlichen Binnenmarktes entgegen. Ferner werden die Vertragsparteien durch die vertikalen Vereinbarungen in ihren Entscheidungs- und Handlungsspielräumen eingeschränkt. Die Zahl der Wirtschaftseinheiten, die hinsichtlich Warenbezug und –absatz unabhängig entscheiden können, ist bei vertikalen Vertriebsvereinbarungen kleiner als ceteris paribus bei freiem Vertrieb.<sup>127</sup> Dies hat die Senkung des Grades der Dezentralität wirtschaftlicher Entscheidungen zur Folge. Damit wird die Wettbewerbsfreiheit zumindest einer Partei eingeschränkt. Ferner wird durch die Uniformierung der Vertriebskanäle, insbesondere bei selektiven Vertriebssystemen, der Intertype-Wettbewerb eingeschränkt. Dies kann dazu führen, dass eine Intensivierung des Wettbewerbs durch neue Einzelhandelsformen verhindert wird. Eine weitere Folge trifft den Verbraucher, der ein Produkt durch einen einheitlichen Endverkaufspreis erhält. Durch die einheitliche Vertriebsform wird der Preiswettbewerb eingeschränkt.

Auf der anderen Seite wird der Qualitäts- und Servicewettbewerb unter den Einzelhändlern im Vergleich zum freien Wettbewerb gestärkt. Dies kommt dem Verbraucher wieder zugute,

---

<sup>124</sup> *Kirchhoff*, Vertikale Vertriebsverträge, S. 12; *Beutelmann*, Selektive Vertriebssysteme im europäischen Kartellrecht, S. 33.

<sup>125</sup> Siehe I. Kapitel I. 3. a) und 3. c).

<sup>126</sup> *Beutelmann*, Selektive Vertriebssysteme im europäischen Kartellrecht, S. 57.

<sup>127</sup> *Duijn*, Vertikale Vertriebsvereinbarungen, S. 37.

vorausgesetzt, dass er dies wünscht. Ein Vorteil für die vertikalen Vereinbarungen liegt in der flächendeckenden und regelmäßigen Versorgung mit den betreffenden Gütern. Dies kann nur gewährleistet werden, indem eine gesamtwirtschaftliche Effizienzsteigerung bei der Produktion und Distribution erzielt wird. Kosteneinsparungen können sich zum Beispiel ergeben, wenn die Alleinvertrieber die regionale Güterdistribution kostengünstiger vornehmen können als das Herstellungsunternehmen.

Die Anwendung von Alleinvertriebsverträgen und von Systemen des selektiven Vertriebs erlaubt Newcomern die Erschließung neuer Märkte, ohne dass sie erst ein eigenes Vertriebsnetz aufbauen müssen. Diese Möglichkeit ist insbesondere für kleinere und mittlere Unternehmen wichtig, denen die finanziellen Ressourcen einschließlich Kreditmöglichkeiten fehlen, um einen Eigenvertrieb aufzubauen.

Man sieht deutlich anhand der aufgezeigten Effekte der vertikalen Vereinbarungen auf den Wettbewerb, dass vertikale Vereinbarungen nicht pauschal als positiv oder negativ in Bezug auf den Wettbewerb charakterisiert werden können. Es muss vielmehr eine Interessenabwägung zwischen den verschiedenen Wettbewerbseffekten stattfinden.

### **3. Die Entwicklung der Wettbewerbspolitik**

Dieser Abschnitt enthält einen Überblick über die geschichtliche Entwicklung der Wettbewerbspolitik insbesondere in Bezug auf die vertikalen Vereinbarungen.<sup>128</sup> Dies soll zum besseren Verständnis der Probleme bei den vertikalen Vereinbarungen und ihrer wichtigen Stellung in der Europäischen Wettbewerbspolitik beitragen.

#### **a) Der Ausgangspunkt**

In den Anfangsjahren des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft fanden die Wettbewerbsregeln wenig Beachtung, da die Vorstellung vorherrschte, dass die nationalstaatlichen Gerichte das Kartellverbot umsetzen und überwachen. Erst ab dem Jahr 1962 entfalteten Art. 81 EG sowie Art. 82 EG volle Wirkung mit Inkrafttreten der Durchführungsverordnung Nr. 17/62 (im Folgenden: VO 17/62), die im Einzelnen verfahrensrechtliche Vorschriften enthielt und so die Behandlung der kartellrechtlichen Fälle auf der europäischen Ebene vereinfachen sollte.

---

<sup>128</sup> Außer Acht gelassen werden dabei aufgrund der nicht gegebenen Relevanz der Themen in Bezug auf die vorliegende Arbeit die Entwicklungen auf dem Sektor des Technologietransfers, der Patentlizenzvereinbarungen sowie Vereinbarungen zum Franchising.

In den ersten fünf Jahren nach Inkrafttreten der VO 17/62 galt die Aufmerksamkeit der Kommission vor allem den Alleinvertriebsverträgen mit Gebietsschutz<sup>129</sup>. Die sich aus dem absoluten Gebietsschutz ergebende Abschnürung des Vertragsgebietes schloss die Möglichkeit von Parallelimporten aus. Gerade diese Möglichkeit sollte aber nach den Vorstellungen der Kommission auf dem Gebiet der Wettbewerbspolitik etwaigen Preisforderungen der Alleinvertriebshändler entgegenwirken und somit zu einer Angleichung der Preise in einem die Merkmale des Binnenmarktes aufweisenden einheitlichen Markt beitragen.<sup>130</sup>

Die primäre Voraussetzung für ein Vorgehen gegen diese Alleinvertriebsverträge war jedoch, dass Art. 81 Abs. 1 EG auf die vertikalen Verträge für anwendbar erklärt wurde. Dies geschah erstmals im *Bosch*-Urteil vom 6.4.1962<sup>131</sup>. Dort hieß es, „dass es nicht ausgeschlossen ist, dass die Exportverbote ... unter die Begriffsbestimmung des Art. 85 Abs. 1<sup>132</sup>, insbesondere unter die Wendung Vereinbarung ..., welche den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind ..., fallen.“<sup>133</sup>

Dass Paralleleinfuhren zwischen den Mitgliedstaaten unerlässlich seien, um den Wettbewerb auch zwischen den Händlern des gleichen Erzeugnisses zu ermöglichen und dadurch einen Ausgleich zwischen den unterschiedlichen Preisen in den Mitgliedstaaten zu schaffen, wurde daraufhin in der Grundsatzentscheidung zu den Alleinvertriebsverträgen, *Grundig-Consten*<sup>134</sup>, vom Europäischen Gerichtshof in Übereinstimmung mit der Kommission klargestellt. Es wurde mit dieser Entscheidung erstmals deutlich gemacht, dass die Untersagung von Parallelimportbeschränkungen als wichtige Aufgabe in der Wettbewerbs-, Integrations- und Verbraucherpolitik der EG einen zentralen Platz einnimmt.

Durch eine konsequente Vorgehensweise der Kommission gegen bestimmte Alleinvertriebsverträge sahen sich die Hersteller gezwungen, ihre Alleinvertriebsverträge gem. Art. 4 der VO 17/62 bei der Kommission anzumelden, um eine Freistellung i. S. d. Art. 81 Abs. 3 EG (früher: Art. 85 Abs. 3 EWG) zu erlangen. Dies führte zu einem Massenproblem in Bezug auf tausende von Anmeldungen. Um diesem Problem aus dem Weg zu gehen, wurde eine Gruppenfreistellungsverordnung<sup>135</sup> aufgrund der Ermächtigung durch die VO 19/65/EWG des Rates vom 2.3.1965<sup>136</sup> erlassen. Die GVO setzte verbindliche

---

<sup>129</sup> I. Wettbewerbsbericht (1971), Z. 44.

<sup>130</sup> I. Wettbewerbsbericht (1971), Z. 46.

<sup>131</sup> Rs. 13/61, Slg. VIII, 100.

<sup>132</sup> Nun Art. 81 Abs. 1 EG.

<sup>133</sup> EuGH-Urteil vom 6.4.1962, *Bosch*, Rs. 13/61, Slg. VIII, 115.

<sup>134</sup> EuGH-Urteil vom 13.7.1966, Rs. 56 und 58/64, Slg. XII, 429.

<sup>135</sup> Verordnung Nr. 67/67/EWG der Kommission vom 22.3.1967 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinvertriebsverträgen, ABl. 1967 EG Nr. 57/849.

<sup>136</sup> VO des Rates über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, ABl. EG 1965 Nr. 36/533.

Richtlinien fest, die es der Kommission ermöglichten, in einem einfachen Verfahren die entsprechenden Anmeldungen zu bearbeiten.

Mit Hilfe dieser Erleichterung durch die GVO konnten sich der Europäische Gerichtshof und die Kommission Einzelfragen zuwenden, wie zum Beispiel, ob die Alleinvertriebsverträge mit Gebietsschutz nicht unter Art. 81 EG fallen, wenn sie „nicht spürbar“ sind. Als Ergebnis dieser Frage erließ die Kommission eine Bekanntmachung vom 19.12.1977 über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die nicht unter Artikel 81 Abs. 1 EG fallen.<sup>137</sup> Grundsätzlich ging die Kommission davon aus, dass eine Vereinbarung keine spürbaren Auswirkungen auf die Marktverhältnisse hat, wenn der Marktanteil der beteiligten Unternehmen nicht mehr als 5 % ausmacht und ihr gemeinsamer Jahresumsatz 50 Millionen ECU nicht überschreitet. In den darauf folgenden Jahren wurde diese Bekanntmachung mehrfach geändert, insbesondere verzichtete die Kommission in einer Änderung im Jahr 1997 auf die Umsatzschwelle und bekundete so ihre Auffassung, dass auch Absprachen zwischen Großunternehmen mit bislang bescheidenen Marktanteilen mangels spürbarer Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse aus dem Anwendungsbereich des Art. 81 EG herausfallen können.<sup>138</sup> Ein letztes Mal bis zum heutigen Tage verabschiedete die Kommission am 20.12.2001 eine neue Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung.<sup>139</sup>

#### b) Ausführverbote als schädlichste Wettbewerbsbeschränkung

Nachdem die Frage nach der Spürbarkeit für die Kommission geklärt war, begann diese im Jahr 1970 sich unter anderem mit dem selektiven Vertriebssystem auseinander zu setzen,<sup>140</sup> wobei sie stets peinlichst darauf geachtet hat, dass nicht einmal theoretisch die Möglichkeit blieb, Bezüge aus anderen Mitgliedstaaten zu erschweren oder gar zu verhindern.

Trotz der strengen Vorgehensweise der Kommission gegen vertragliche Ausführverbote, wurde auch in den Jahren nach dem *Grundig–Consten*-Urteil<sup>141</sup> versucht, den Handel mit Originalprodukten zwischen den Mitgliedstaaten zu verhindern. Deswegen ahndete die Kommission ab dem Jahr 1972 Verstöße gegen die Freiheit von Paralleleinfuhren mit Bußgeldern.<sup>142</sup>

Die konsequente Verfolgung dieser Wettbewerbspolitik wurde von der Kommission durch eine weite Auslegung des Vereinbarungsbegriffs unterstrichen. Für die Annahme einer Vereinbarung genügte bereits jede Verständigung der Unternehmen über einen gemeinsamen

---

<sup>137</sup> ABl. EG 1977 Nr. C 313/3.

<sup>138</sup> ABl. EG 1997 Nr. C 372/13.

<sup>139</sup> ABl. EG 2001 Nr. C 368/13.

<sup>140</sup> Entscheidung der Kommission vom 28.10.1970, *Omega*, ABl. EG 1970 Nr. L 242/22.

<sup>141</sup> EuGH-Urteil vom 13.7.1966, Rs. 56 und 58/64, Slg. XII, 429.

<sup>142</sup> II. Wettbewerbsbericht (1972) Z. 40, Entscheidung der Kommission vom 22.12.1972, *WEA-Filipacchi Music SA*, ABl. EG 1972 Nr. L 303/52.

Plan oder über eine gemeinsame Vorgehensweise, durch die ihre Handlungsfreiheit beschränkt werden konnte.<sup>143</sup>

Für die Kommission war es von Anfang an wichtig, mit dem einheitlichen Binnenmarkt eine Preisangleichung zugunsten der Verbraucher zwischen den Mitgliedstaaten zu erzielen.<sup>144</sup> Diesem Ziel schloss sich auch der Europäische Gerichtshof an. Er befand Exportverbotsklauseln, die das vorhandene Preisgefälle versuchten aufrechtzuerhalten, schon ihrem Wesen nach als eine Beschränkung des Wettbewerbs, unabhängig davon, ob sie auf Veranlassung des Lieferanten oder auf Veranlassung seines Abnehmers eingeführt wurden.<sup>145</sup> Ferner wurde vom EuGH festgestellt, dass eine solche Klausel gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstößt, auch wenn sie nicht streng angewandt wird, da sie schon aufgrund ihres Vorhandenseins geeignet ist, ein günstiges Klima für die Abschottung der Märkte zu schaffen.<sup>146</sup> Die Kommission nannte ferner die Bekämpfung der „Abschottung“ nationaler Märkte gar die vordringliche Aufgabe der EG-Wettbewerbspolitik.<sup>147</sup>

Am 25.11.1980 verhängte die Kommission das erste Mal Geldbußen wegen eines Ausfuhrverbots im Arzneimittelsektor.<sup>148</sup> Damit bekräftigte die Kommission ihre Entschlossenheit, diese besonders schwer wiegende Form der Marktabschottung streng zu bestrafen und dafür zu sorgen, dass Arzneimittel – ebenso wie andere Erzeugnisse - im gesamten Gemeinsamen Markt frei verkehren können.

### c) Die Entwicklung in Bezug auf die Vertriebssysteme

#### aa) GVO für Alleinvertriebs- und Alleinbezugsvereinbarungen

Am 1.7.1983 wurde die VO 67/67<sup>149</sup> von den Gruppenfreistellungsverordnungen für Alleinvertriebsvereinbarungen<sup>150</sup> und für Alleinbezugsvereinbarungen<sup>151</sup> ersetzt. Die zwei Verordnungen wurden dem Gedanken gerecht, dass die Alleinvertriebsvereinbarungen einen unterschiedlichen Charakter besitzen und unterschiedliche Auswirkungen auf den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt haben als die Alleinbezugsvereinbarungen. Geht es bei den Alleinvertriebsverträgen darum, den Wettbewerb innerhalb der einzelnen Märkte zu

---

<sup>143</sup> Entscheidung der Kommission vom 7.12.1988, *Flachglas II*, ABl. EG 1989 Nr. L 33/44 Rnr. 62; Entscheidung der Kommission vom 21.12.1988, *Petrochemiehersteller*, ABl. EG 1989 Nr. L 74/1 Rnr. 30.

<sup>144</sup> I. Wettbewerbsbericht (1971), Z. 56; VI. Wettbewerbsbericht (1976), Einleitung.

<sup>145</sup> EuGH-Urteil vom 1.2.1978, *Miller*, Rs. 19/77, Slg. 1978/131 Rnr. 7.

<sup>146</sup> VIII. Wettbewerbsbericht (1978), Z. 13.

<sup>147</sup> IX. Wettbewerbsbericht (1979), Einleitung.

<sup>148</sup> Entscheidung der Kommission vom 25.11.1980, *Johnson & Johnson Inc.*, ABl. EG 1980 Nr. L 377/16.

<sup>149</sup> Verordnung Nr. 67/67/EWG der Kommission vom 22.3.1967 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinvertriebsverträgen, ABl. 1967 EG Nr. 57/849.

<sup>150</sup> Verordnung Nr. 183/83/EWG der Kommission vom 22.6.1983 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen, ABl. EG 1983 Nr. L 173/1.

<sup>151</sup> Verordnung Nr. 184/83/EWG der Kommission vom 22.6.1983 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinbezugsvereinbarungen, ABl. EG 1983 Nr. L 173/5.

erhalten, soll bei den Alleinbezugsvereinbarungen der Zugang zum Markt für konkurrierende Hersteller und Lieferanten ermöglicht werden, um den Wettbewerb zwischen verschiedenen Marken in der Gemeinschaft aufrechtzuerhalten. Die VO 184/83 ging davon aus, dass das Problem der Marktabschottung in unmittelbarem Zusammenhang mit der Dauer und dem Gegenstand der Alleinbezugsverpflichtungen zu sehen ist, deswegen sah die VO vor, dass die Alleinbezugsverpflichtungen auf einen Zeitraum von höchstens fünf Jahren beschränkt werden muss und dass sie nur solche Erzeugnisse erfassen darf, die entweder sachlich oder nach Handelsbrauch zueinander in Bezug stehen.<sup>152</sup> Auch die neue VO für die Alleinvertriebsvereinbarungen brachte eine Veränderung mit sich. In der neuen VO 183/83 sollte die Freistellung nur dann erteilt werden, wenn die Möglichkeit von Paralleleinfuhren tatsächlich gewährleistet war, denn dies stellt eine unerlässliche Gegenleistung für jeden Gebietsschutz dar.<sup>153</sup>

#### bb) Selektive Vertriebssysteme

Entscheidendes Urteil im Jahr 1983 im Zusammenhang mit den selektiven Vertriebssystemen war das EuGH-Urteil *AEG*<sup>154</sup>. Anhand dieses Urteils hat der EuGH seine Haltung zu den kartellrechtlichen Problemen des selektiven Vertriebs präzisiert und weiterentwickelt. Angesichts der zunehmenden Beliebtheit dieser Form der Absatzorganisation hat das Urteil erhebliche Bedeutung für die künftige Wettbewerbspolitik der Kommission auf dem Gebiet der Vertriebsverträge.<sup>155</sup> Durch dieses Urteil wurde insbesondere betont, dass die Kommission und der EuGH weiterhin die Auffassung vertraten, dass selektive Vertriebssysteme nicht unter Art. 81 Abs. 1 EG fallen, sofern die Kriterien für die fachliche Eignung des Händlers und seines Personals sowie die Ausstattung seiner Verkaufsräume einheitlich für alle in Betracht kommenden Wiederverkäufer festgelegt und ohne Diskriminierung angewendet wurden.<sup>156</sup>

#### cc) GVO bzgl. des Kraftfahrzeugsektors

Angesichts der besonderen Verhältnisse im Kraftfahrzeugsektor trat am 1.7.1985 die GVO für Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge<sup>157</sup> in Kraft. In der GVO wurde klargestellt, dass selektive und ausschließliche Vertriebsvereinbarungen in der Regel unerlässliche Maßnahmen für Rationalisierungen auf diesem Sektor sind. Ferner wird durch die Zusammenarbeit zwischen den Kraftfahrzeugherstellern oder –importeuren einerseits und ausgewählten Händlern sowie Werkstätten andererseits ein besonderer auf das Produkt

---

<sup>152</sup> XIII. Wettbewerbsbericht (1983), Z. 29.

<sup>153</sup> VO 183/83, Abl. EG 1983 Nr. L 173/1, Erwägungsgrund Nr. 12.

<sup>154</sup> Rs. 107/ 82, Slg. 1983, 3151.

<sup>155</sup> XIII. Wettbewerbsbericht (1983), Z. 173.

<sup>156</sup> X. Wettbewerbsbericht (1981), Z. 2.

<sup>157</sup> Verordnung Nr. 123/85 der Kommission vom 12.12.1984 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge, ABl. EG 1985 Nr. L 15/ 16.

zugeschnittener Kundendienst ermöglicht.<sup>158</sup> Die GVO verfolgte die Erhaltung des Gleichgewichts zwischen den erzielten Nutzwirkungen und den dazu erforderlichen Beschränkungen.<sup>159</sup>

1994 stellte die Kommission fest, dass die gewünschte Funktion der VO 123/85, die Integration der nationalen Märkte zu fördern und einen dynamischen Wettbewerb zu gewährleisten, indem den Unternehmen des Kraftfahrzeugsektors ein verlässlicher Rahmen geboten wird, nur teilweise erfüllt wurde.<sup>160</sup> Am 1.10.1996 trat die neue VO 1475/95<sup>161</sup> in Kraft, die eine Reihe von Änderungen enthielt, um den Wettbewerb in den Kraftfahrzeug- und den Ersatzteilmärkten zu intensivieren und die Stellung der Verbraucher zu verbessern, damit ihnen die Vorteile des Binnenmarktes vollständig erschlossen werden können.<sup>162</sup> Die neue GVO verbot ausdrücklich sämtliche Vorgehensweisen zur Verhinderung des Parallelhandels.<sup>163</sup>

#### d) Die Modernisierung des Europäischen Kartellrechts

Die besonders wichtige Stellung der Wettbewerbspolitik wurde im Jahr 1993, als die Binnenmarktgrenzen gesetzlich beseitigt wurden, deutlich. Die Wettbewerbspolitik muss gewährleisten, dass die privaten Unternehmen die beseitigten Schranken nicht auf andere Weise wieder errichteten.<sup>164</sup>

##### aa) GVO für vertikale Vereinbarungen

Nicht nur um den hohen Erwartungen an die Wettbewerbspolitik, sondern auch um der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung gerecht zu werden, musste das Europäische Kartellrecht modernisiert werden. Damit nicht die innovativen und sich rasch ändernden Vertriebstechniken im Keim erstickt wurden, hat die Kommission im Januar 1997 ein Grünbuch veröffentlicht, um dieser Entwicklung gerecht zu werden.<sup>165</sup> In diesem Grünbuch wurde die Entwicklung der vertikalen Vertriebsvereinbarungen untersucht.

Das Ergebnis des Grünbuches war die Mitteilung der Kommission vom 30.9.1998.<sup>166</sup> Die Mitteilung enthielt den Vorschlag, von der auf formalen Erfordernissen beruhenden Politik

---

<sup>158</sup> XIV. Wettbewerbsbericht (1984), Z. 37.

<sup>159</sup> XVIII. Wettbewerbsbericht (1988), Z. 25.

<sup>160</sup> XXIV. Wettbewerbsbericht (1994), Z. 116.

<sup>161</sup> Verordnung (EG) Nr. 1475/95 der Kommission vom 28.6.1995 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge, ABl. EG 1995 Nr. L 145/25.

<sup>162</sup> XXV. Wettbewerbsbericht (1995), Z. 31.

<sup>163</sup> XXV. Wettbewerbsbericht (1995), Z. 33.

<sup>164</sup> XXI. Wettbewerbsbericht (1991), Z. 44.

<sup>165</sup> XXV. Wettbewerbsbericht (1995), Z. 44.

<sup>166</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln auf vertikale Beschränkungen vom 30.9.1998, KOM [1998] 544 endg.

mit sektorspezifischen Vorschriften zu einer Politik überzugehen, die praktisch sämtliche Vertriebssektoren erfasst und auf einer Würdigung der wirtschaftlichen Auswirkungen beruht. Dies sollte durch eine einzige umfassende GVO erreicht werden, die für alle vertikalen Beschränkungen im Bereich der Zwischen- und Endprodukte sowie der Dienstleistungen gilt.<sup>167</sup> Verwirklicht wurde der Vorschlag im Dezember 1999 durch eine neue GVO für vertikale Vereinbarungen (VO 2790/1999).<sup>168</sup> Abgesehen von bestimmten schwarzen Klauseln, die generell als unzulässig angesehen werden, sind mit dieser GVO alle vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen freigestellt, soweit der Marktanteil der betreffenden Unternehmen auf dem relevanten Markt 30 % nicht überschreitet. Diese GVO ist seit dem 1.6.2000 anwendbar und ersetzt die bis dahin geltenden Gruppenfreistellungsverordnungen über Alleinvertriebsvereinbarungen, Alleinbezugsvereinbarungen und Franchise-Vereinbarungen. Neben dieser neu eingeführten GVO bleiben die Gruppenfreistellungsverordnung über Technologietransfer<sup>169</sup> sowie die branchenbezogene Gruppenfreistellungsverordnung für den Kfz-Vertrieb weiter bestehen.<sup>170</sup>

In Bezug auf den Kfz-Vertrieb stellte die Kommission fest, dass die VO 2790/1999<sup>171</sup> mit den allgemeinen Regelungen nicht vollständig geeignet war, die Vereinbarungen im Kraftfahrzeugsektor befriedigend zu regeln. Denn gerade beim Verkauf für Neuwagen und den dazugehörigen Ersatzteilen und für die Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen sind nach Ansicht der Kommission strengere Bestimmungen notwendig. Deswegen wurde im Jahr 2002 eine neue Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 1400/2002<sup>172</sup> für den Kraftfahrzeugvertrieb von der Kommission erlassen. Die VO 1400/2002 stützt sich ebenso wie die VO 2790/1999 auf eine wirtschaftliche Analyse der vertikalen Beschränkungen. Ergebnis dieses Ansatzes ist eine Freistellungsverordnung, die nicht wie die VO 1475/95 ein einziges zulässiges Vertriebsmodell vorschreibt, sondern eine Reihe von Beschränkungen von der Freistellung ausschließt, deren erhebliche Nachteile für den Wettbewerb im Kraftfahrzeugsektor im Allgemeinen nicht durch eventuelle Vorteile

---

<sup>167</sup> XXVIII. Wettbewerbsbericht (1998), Z. 36.

<sup>168</sup> Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22.12.1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EG 1999 Nr. L 336/21.

<sup>169</sup> VO (EG) Nr. 772/2004 der Kommission vom 27.4.2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. EG 2004 Nr. L 123/11.

<sup>170</sup> Verordnung (EG) Nr. 1475/95 der Kommission vom 28.6.1995 zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge, ABl. EG 1995 Nr. L 145/25.

<sup>171</sup> Verordnung der Kommission vom 22.12.1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EG 1999 Nr. L 336/21.

<sup>172</sup> Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 der Kommission vom 31.7.2002 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABl. EG 2002 Nr. L 203/30.

ausgeglichen werden, selbst wenn der Marktanteil unter den Schwellenwerten liegt, bei deren Einhaltung die Freistellung automatisch gewährt wird.<sup>173</sup>

#### bb) Die neue Durchführungsverordnung VO 1/2003

Der generelle Reformprozess in der Wettbewerbspolitik war mit der neuen GVO für vertikale Vereinbarungen noch nicht am Ende. Am 27.9.2000 nahm die Kommission einen Vorschlag für eine neue Verordnung zur Durchführung der Art. 81 und 82 EG-Vertrag an. Am 1.5.2004 trat die neue Durchführungsverordnung Nr. 1/2003 in Kraft. Diese neue VO enthält die Umwandlung vom Verbotsprinzip zur Legalausnahme.<sup>174</sup> Das bedeutet, dass die vormalige Pflicht zur Anmeldung und das Erfordernis der Genehmigung wettbewerbsbehindernder Verhaltensweisen im Rahmen des Art. 81 Abs. 3 EG (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) abgeschafft worden ist. Der Grund für den Wechsel der beiden Systeme liegt vor allem in der Dezentralisierung der Anwendung des Art. 81 EG, um die Ressourcen der Kommission auf die Bekämpfung von schwer wiegenden Verstößen gegen die EG-Wettbewerbsregeln konzentrieren zu können.<sup>175</sup> Die Entlastung der Kommission ist auch der Grund, warum nach der neuen VO die nationalen Gerichte und Behörden in das Europäische Wettbewerbsrecht verstärkt einbezogen werden.

### **4. Die Hintergründe der Parallelhandelsbeschränkungen**

#### a) Allgemeine Einführung

Die meisten vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen haben das Ziel, den Parallelhandel zu verbieten. Die Hintergründe für diese Vorgehensweise werden im folgenden Abschnitt dargestellt.

Vom Parallelhandel spricht man, wenn Produkte eines Anbieters, die zum dortigen Verkauf in ein bestimmtes Land geliefert werden, aus diesem wiederum in ein anderes Absatzland des Anbieters exportiert werden.<sup>176</sup> Parallel wird dieser Handel deswegen bezeichnet, da er außerhalb des von den Herstellern oder Erstlieferanten für ihre Erzeugnisse in einem Mitgliedstaat aufgebauten Vertriebsnetzes - und in den meisten Fällen parallel dazu - stattfindet und Erzeugnisse betrifft, die in jeder Hinsicht den durch die Vertriebsnetze abgesetzten gleichen.<sup>177</sup> In der EU wurde der Parallelhandel durch den Grundsatz des freien

---

<sup>173</sup> XXXII. Wettbewerbsbericht (2002), Z. 167.

<sup>174</sup> Siehe zur Definition der Legalausnahme 1. Kapitel I. 2. f).

<sup>175</sup> VO 1/2003, ABl. EG 2003 Nr. L 1/1, Erwägungsgrund Nr. 3.

<sup>176</sup> *Gieseke* in WuW 1995, 284; *König/Engelmann/Sander* in GRURInt 2001, 919, 920.

<sup>177</sup> Mitteilung der Kommission vom 30.12.2003 über Paralleleinführen von Arzneispezialitäten, deren Inverkehrbringen bereits genehmigt ist, KOM [2003] 839 endg., S. 6.

Warenverkehrs (Artt. 28-31 EG) möglich.<sup>178</sup> Dieser Handel spielt nach Meinung des EuGH eine wichtige Rolle, um die Abschottung der nationalen Märkte zu verhindern.<sup>179</sup>

Hauptsächlicher Motivationsgrund für den Parallelhandel sind die Preisunterschiede für das jeweilige Produkt zwischen den Mitgliedstaaten, deswegen wird der Parallelhandel auch Arbitragegeschäft genannt.<sup>180</sup> Arbitrage bezeichnet den Handel, der Preisunterschiede für gleiche Handlungsalternativen in verschiedenen Märkten zum Zwecke einer beabsichtigten risikoarmen Gewinnerzielung nutzt. Große Preisunterschiede können die Folge bewusster Marketingstrategien und damit verbundener Segmentierung des Weltmarkts sein. Ferner können sie sich aber auch aus dem unterschiedlichen Lohnniveau oder aufgrund von Wechselkursschwankungen ergeben. Unterschiedliche Preise können des Weiteren daraus resultieren, dass die international agierenden Unternehmen die Verkaufspreise ihrer Produkte nach Leistungsfähigkeit des Absatzmarktes bestimmen („Charging what the market can bear“). Diese Leistungsfähigkeit schwankt infolge unterschiedlicher Kaufkraft und Zahlungsbereitschaft der Konsumenten für ein bestimmtes Gut oder verschieden intensivem Wettbewerb weltweit gesehen aber stark.<sup>181</sup> So kann zum Beispiel ein Hersteller sein Produkt in einem Land, in dem die Kaufkraft sehr niedrig ist, nicht zu demselben Kaufpreis vertreiben, den er in einem Land mit hoher Kaufkraft verlangt. Dies wird besonders deutlich im Kraftfahrzeugsektor. Das Auto an sich ist ein homogenes Gut, das meist in dem Land des Herstellers produziert wird. Von diesem Herstellerland aus wird das Kraftfahrzeug zu verschiedenen Preisen in andere Länder importiert. Der Endabnehmerpreis bestimmt sich abgesehen von der Beachtung der zuentrichtenden Steuern und Angaben in dem Importland nach der Kaufkraft der dort ansässigen Verbraucher.<sup>182</sup>

Die Parallelimporte fördern den wettbewerblich organisierten Binnenmarkt und tragen zu einer gewissen Preisharmonisierung bei, die im Interesse der Verbraucher liegt. Vor allem die Verbraucher in den Ländern mit höheren Preisniveaus ziehen ihren Gewinn aus den Parallelimporten, und über den Erwerb eines eingeführten Produktes hinaus können diese im eigenen Land durch die Konkurrenz mit den inländischen Produkten zu einer Preissenkung führen. An dem Fortbestehen des Parallelhandels sind ferner die Parallelimporteure interessiert, denn durch die Preisdifferenzen werden ihnen lohnende Geschäftsmöglichkeiten eröffnet. Sie werden als die eigentlichen Gewinner der Parallelimporte bezeichnet, denn sie müssen nicht in die Vermarktung des Produkts investieren und keine Kosten für Kundendienstleistungen aufbringen. Sie profitieren allein vom Ruf der jeweiligen Marke, indem sie das Produkt in einem Land billig ankaufen und im Importland unter dem dort üblichen Verkaufspreis wieder verkaufen. Einen gewissen Vorteil haben auch die

---

<sup>178</sup> *Lux* in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, Art. 28 EGV Rnr. 2.

<sup>179</sup> EuGH-Urteil vom 8.4.2003, *Pippig/Hartilauer*, Rs. C-44/01, Slg. 2003, I-3095 Rnr. 63.

<sup>180</sup> NERA-Studie 1999, London (NERA = National Economic Research Associates).

<sup>181</sup> *Freitag*, Parallelimporte, S. 28.

<sup>182</sup> Siehe 1. Kapitel II. 4. c) aa).

Unternehmen in den Hochpreisländern, denn die Senkung des Preisniveaus führt zu einer Unterbindung des Drucks nach Lohnerhöhung. Außerdem können sie sich dadurch für die Produktion parallel eingeführtes Material beschaffen.<sup>183</sup> Ferner profitiert der Transportsektor von dem Parallelhandel, denn ohne ihn wäre dieser grenzüberschreitende Handel nicht möglich.

Die Verhinderung von Parallelimporten liegt insbesondere im Interesse der Inhaber von Immaterialgüterrechten. Sie könnten durch die Abschottung der nationalen Märkte beim Absatz ihrer Güter Preisdifferenzierungen aufrechterhalten und dadurch - insbesondere in Ländern mit höherem Preisniveau - ohne zusätzliche Leistung einen höheren Gesamtgewinn erzielen, als dies ohne Marktsegmentierung möglich wäre. Auch die autorisierten Importeure bzw. Hersteller der geschützten Erzeugnisse sind am Verbot von Parallelimporten interessiert, weil dadurch ihre Gewinnspanne gesichert wird.

Soweit aus der bisherigen Entscheidungspraxis der Kommission erkennbar, sind vor allem die Hersteller folgender Güter an Parallelimportbeschränkungen interessiert:

- technisch hochwertige Produkte, die zu hohen Preisen an Verbraucher abgegeben werden, vor allem Kraftfahrzeuge und Unterhaltungselektronik
- Luxus- und Prestigeprodukte wie Parfüm, hochprozentige Alkoholika, Modeartikel.

Diese Übersicht ergab sich aus der NERA-Studie vom Februar 1999, welche die Kommission bei dem NERA-Institut in London in Auftrag gab, um die wirtschaftlichen Konsequenzen von Parallelimporten zu untersuchen. Die Studie konzentrierte sich auf Branchen, für welche das Markenrecht als wichtig erachtet wurde. Deswegen wurde zum Beispiel die Arzneimittelbranche nicht untersucht, da für diese das Patentrecht maßgeblich ist.

#### b) Der Pharmasektor

Arzneimittel sind nicht mit anderen Konsumgütern vergleichbar, da sie für die Menschen unter Umständen lebensnotwendig sind. Um die menschliche Gesundheit zu schützen, intervenieren die Mitgliedstaaten in dieser Branche mit Preisregulierungen. Die Preisfestsetzung in den einzelnen Mitgliedstaaten beruht jedoch auf unterschiedlichen politischen Entscheidungen, die sich aus der unterschiedlichen wirtschaftlichen, gesundheitlichen und finanziellen Politik ergeben.<sup>184</sup> Durch die unterschiedlichen staatlichen Regulierungen und nicht aufgrund der freien Marktwirtschaft ergibt sich, dass das Preisniveau für Arzneimittel zwischen den Mitgliedstaaten sich erheblich unterscheidet. Dies bildet einen Anreiz für den Parallelhandel. Innerhalb des Parallelhandels ist zwischen Parallelimport und

---

<sup>183</sup> Zäch, Recht auf Parallelimporte, SJZ 1995, 301, 304.

<sup>184</sup> *Rey/Venit* in E.L.Rev. 2004, 153, 175.

Reimport zu unterscheiden. Unter Parallelimport versteht man den Import von im Ausland hergestellten Arzneimitteln, die auch im Inland hergestellt oder vom (Original-)Hersteller selbst ins Inland eingeführt werden und dort zugelassen bzw. verkehrsfähig sind.<sup>185</sup> Ein Reimport liegt dagegen vor, wenn im Inland hergestellte und ins Ausland exportierte Arzneimittel anschließend dort reimportiert, also in das Herkunftsland zurückgebracht werden. Beide Alternativen führen zu der Konsequenz, dass die Hersteller der betroffenen Arzneimittel auf einigen Märkten mit den eigenen, durch Parallelhändler jedoch preisgünstiger angebotenen Produkten konkurrieren müssen.

#### aa) Preisreglementierung durch die einzelnen Staaten

Grundsätzlich muss kein Verbraucher der gesetzlichen Krankenkassen seine Medikamente im vollen Umfang bezahlen. Damit werden die Mitgliedstaaten dem Gedanken der sozialen Gerechtigkeit gerecht. Jeder Patient, ob arm oder reich, soll seine Krankheiten mit den entsprechenden Medikamenten versorgen können. Der einzelne Staat subventioniert die Krankenkassen und übernimmt somit einen Teil der Medikamentenkosten. Damit aber der einzelne Staat nicht in unendlicher Höhe die Krankenkassen subventionieren muss, setzt er, oder wie in Deutschland die Spitzenverbände der Krankenkassen, Grenzen für die Erstattungsbeträge bei den Medikamenten fest. Die verschiedenen EU-Staaten haben eine große Bandbreite von Preisfindungs- und Erstattungssystemen entwickelt, um die Medikamentenpreise zu kontrollieren.

In Frankreich und Italien werden die Preise direkt kontrolliert. Die Preise von neuen Arzneimitteln sowie Preisänderungen müssen vom Staat genehmigt werden, damit sie von der Krankenkasse zurückerstattet werden.

Deutschland, Niederlande und Dänemark legen Referenzpreise fest. Dies ist der Preis, der rückerstattet wird. In Deutschland geschieht die Festlegung der Referenzpreise in zwei Schritten.<sup>186</sup> Als Erstes legt ein gemeinsamer Bundesausschuss in Richtlinien Arzneimittelgruppen fest, für die Festbeträge bestimmt werden können. Das sind zum Beispiel Gruppen mit demselben oder einem vergleichbaren Wirkstoff. Nachdem das Bundesministerium für Gesundheit und soziale Sicherung dieser Festlegung nicht widersprochen hat, setzen sich die Spitzenverbände der Krankenkassen zusammen und bestimmen die jeweiligen Festbeträge bzw. Referenzpreise.<sup>187</sup> Diese Festbetragsregelung soll die Versichertengemeinschaft vor überhöhten Arzneimittelpreisen schützen. Ausgenommen von dieser Regelung sind die nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittel, die außer in

---

<sup>185</sup> Freytag, Parallelimporte, S. 17.

<sup>186</sup> §§ 35, 35a SGB V (BGBl. I S. 2477).

<sup>187</sup> Die Preisbildung für verschreibungspflichtige Arzneimittel ist in der Arzneimittelpreisverordnung (BGBl. I S. 2190) geregelt.

bestimmten Ausnahmen<sup>188</sup> nicht von den Krankenkassen übernommen werden. Deutschland schreibt den Ärzten zusätzlich vor, bis zu welchem Gesamtwert sie jährlich Medikamente verschreiben dürfen.

#### bb) Auswirkungen der Parallelimporte

Die staatlichen Preiskontrollen wirken sich jeweils hauptsächlich auf den Heimmarkt aus, d. h. auf die nationalen Firmen sowie die ansässigen Tochtergesellschaften internationaler Firmen. Die Preisdifferenzierung durch die Preisreglementierung der einzelnen Mitgliedstaaten führt jedoch auch zu Parallelimporten. Durch Parallelimporte und Preisvergleiche ergeben sich so genannte Spillovers, d.h. die tiefen Preise und die Marktverzerrungen werden in andere Länder exportiert. Die durch die Parallelimporte geförderte Preisangleichung, besonders in den Hochpreisländern, ist zwar ein Mittel für das Beschleunigen der Integration des europäischen Marktes<sup>189</sup>, doch kann sie auch negative Folgen haben, besonders für so genannte Niedrigpreisländer. In diesen Ländern sind die Preise für Medikamente vom Staat recht niedrig gehalten, um eine umfassende Gesundheitsversorgung zu gewährleisten (z. B. Griechenland). Werden aus diesen Ländern jedoch die billigen Medikamente exportiert, um Profit in Ländern mit höheren Medikamentenpreisen zu machen, reduziert sich der Bestand der Medikamente in diesem Niedrigpreisland und es kann zu Lieferschwierigkeiten gegenüber den inländischen Enabnehmern in Bezug auf diese exportierten Medikamente kommen. Aber nicht nur auf die Länder mit dem Niedrigpreisniveau wirken sich die Nachteile des Parallelhandels aus, auch in den Hochpreisländern (z. B. England, Deutschland) gibt es nachteilige Auswirkungen. Die höheren Preise in diesen Ländern werden zu einem großen Teil für Investitionen in Forschung und Entwicklung (im Folgenden: FuE) für neue Medikamente genutzt. Die Finanzierung der Entwicklung von morgen ist abhängig vom Preis der Medikamente von heute. Wenn der Preis in diesen Ländern aber durch den Parallelhandel nach unten gedrückt wird, existieren weniger finanzielle Mittel für diesen Bereich. Der Parallelhandel reduziert damit die Gegenleistung für den höheren Preis der Medikamente, nämlich eine effiziente FuE, indem die Einnahmen für Innovationen auf den Importeur übergehen. Doch Innovationen sind gerade für einen umfassenden Schutz der menschlichen Gesundheit wichtig und teilweise sogar lebensnotwendig. Andererseits muss man auch erkennen, dass die Reduzierung der FuE-Ausgaben nicht allein auf den wachsenden Parallelhandel mit Medikamenten zu stützen ist, sondern auch auf die Rahmenbedingungen in den einzelnen Mitgliedstaaten, die momentan zu wenig verstärkte regulatorische Anreize für FuE schaffen.

Ferner werden sich die Hersteller von neuen Medikamenten hüten, diese schnellstmöglichst in den jeweiligen Exportländern zu vertreiben. Denn neue Medikamente sind in den

---

<sup>188</sup> Zum Beispiel bekommen Kinder unter 12 Jahren und Jugendliche mit Entwicklungsstörungen die Kosten dieser Medikamente erstattet.

<sup>189</sup> I. Wettbewerbsbericht (1972), Z. 54; König/Engelmann/Sander in GRURInt 2001, 919, 920.

Anfangsphasen meist teurer als übliche Medikamente, da ihre Entwicklungskosten sich erst über den Preis amortisieren müssen und sie nicht in der Vielzahl vertrieben werden wie die althergebrachten Medikamente. Wird der festgelegte Preis aber durch den Parallelhandel nach unten gedrückt, besteht in Zukunft für innovative Unternehmen kein Anreiz mehr, neue Medikamente auf den Markt zu bringen, da dies für sie nur finanzielle Einbußen bedeuten würde. Auf der anderen Seite kann die Entstehung eines Preiswettbewerbs zwischen Originalhersteller und Parallelhändler auch einen Vorteil für den Endverbraucher bedeuten. Dieser Wettbewerb zwingt den Originalhersteller dazu, die Preise für die Medikamente nicht in beliebiger Höhe festzusetzen, bevor der Referenzpreis für das Medikament bestimmt wird.

Ferner kann der Verbraucher als Steuerzahler oder als Mitglied von Krankenversicherungen ein Interesse daran haben, dass die Beiträge vom gesetzlichen Gesundheitssystem sinnvoll verwendet werden.<sup>190</sup> Neue und effektivere Medikamente sind oft teurer als Vorgängerprodukte. Sie können oftmals vom Arzt nicht verschrieben werden, da sie das von den Krankenkassen vorgesehene Budget des Arztes sprengen würden. Bei importierten Produkten ist der Preis dagegen pro Einheit billiger, so dass mehr Patienten von diesem Medikament profitieren können. Des Weiteren kann der Verbraucher durch parallelimportierte Produkte unmittelbar bei Medikamenten auf Privatrezept sparen, wie zum Beispiel bei Verhütungsmitteln, die nur selten von den Krankenkassen erstattet werden.

Und nicht zuletzt sollen die Parallelimporte das Entstehen eines gemeinsamen Binnenmarktes durch eine gewisse Preisangleichung fördern. Jedoch ist eine vollkommene Verwirklichung dieses Ziels aufgrund der staatlichen Preisregulierungen nicht möglich, denn durch diese Preisfestsetzungen wird immer eine Preisdifferenz zwischen den Mitgliedstaaten bestehen.

#### cc) Ansicht der Kommission

Auch wenn die Kommission den Parallelhandel für die Verwirklichung eines einheitlichen Binnenmarktes für unerlässlich hält, so sieht sie ebenso auf diesem Wirtschaftssektor den Haupthinderungsgrund.<sup>191</sup> Gerade die großen Unterschiede bei den staatlich festgelegten Preisen können dem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes entgegenstehen.<sup>192</sup> Um den fünftgrößten Wirtschaftszweig der EU in vollem Umfang zur Verwirklichung der europäischen Ziele zu nutzen, muss besonders bei den staatlichen Regelungen für die Medikamentenpreise etwas unternommen werden. Diese Zielsetzung der Kommission lässt

---

<sup>190</sup> Wie groß der effektive Nutzen der Verbraucher bzw. der Kostenträger wirklich ist, ist umstritten. Laut einer Studie der London School of Economics ist dieser kaum spürbar (Kanavos et al., *The Economic Impact of Pharmaceutical Parallel Trade in European Union Member State: A Stakeholder analysis*, January 2004). Die Gegenansicht behauptet, dass die Studie auf fragwürdigen Fakten aufgebaut ist (siehe dazu *Bauroth* in *PharmR* 2005, 386, 394 m. w. N.).

<sup>191</sup> Mit der Lage auf dem Pharmamarkt setzt sich die Kommission in ihrer Mitteilung vom 1.7.2003 auseinander: Die pharmazeutische Industrie Europas zum Wohl der Patienten stärken: was zu tun ist, KOM [2003] 383 endg.

<sup>192</sup> Mitteilung der Kommission vom 1.7.2003, KOM [2003] 383 endg., S. 17.

sich jedoch nur langsam verwirklichen, da die Souveränität der einzelnen Mitgliedstaaten in diesem Bereich unantastbar ist. Sinn und Zweck dieser innerstaatlichen Regelungen ist in erster Linie die Garantie für eine angemessene Bereitstellung von Arzneimitteln und natürlich die Kontrolle der Ausgaben der Gesundheitssysteme. Die Kommission erkennt diese Beweggründe an, möchte aber auf der anderen Seite sich gegen die Vergrößerung der Preisdifferenzen zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten wenden, deswegen fordert sie, wenigstens neue Wege zur Regulierung der Gesundheitsausgaben für Arzneimittel zu gehen.<sup>193</sup> Zu einer angemessenen Lösung dieses Problems erwägt die Kommission die Einleitung eines Reflexionsprozesses zur Erkundung neuer Wege.

Um die Wettbewerbsfähigkeit des Arzneimittelsektors für die Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes einzusetzen, hat die Kommission versucht, den Parallelhandel auf diesem Gebiet zu fördern, indem sie zum Beispiel den Vereinbarungsbegriff i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG weit ausgelegt hat, damit dieser Parallelhandel in keiner Weise beschränkt werden konnte. Nichtsdestotrotz sieht sie auch die Gefahren durch einen extensiven Parallelhandel, wie zum Beispiel die Gefahr von Lieferengpässen bei wichtigen Arzneimitteln durch den Export aus Niedrigpreisländern in Hochpreisländer.<sup>194</sup> Die Kommission betont auch die Wichtigkeit von innovativen Arzneimitteln mit hohem therapeutischem Wert für die Verwirklichung sowohl pharma- als auch gesundheitspolitischer Ziele. Deswegen muss nach Meinung der Kommission die Forschung gefördert und unterstützt sowie neue Anreize geschaffen werden, um die Entwicklung neuer Therapien voranzutreiben.<sup>195</sup>

Anhand dieser Mitteilung der Kommission<sup>196</sup> wird deutlich, dass sie sich der Problematik in diesem Wirtschaftssektor durchaus bewusst ist und versucht, noch andere Wege als den über das Kartellrecht zu gehen, um die europäischen Hürden auf dem Arzneimittelsektor zu beseitigen und damit einen einheitlichen Binnenmarkt auch in diesem Sektor zu schaffen.

### c) Der Kraftfahrzeugsektor

Genauso wie der pharmazeutische Sektor weist auch die Automobilbranche eine hohe Anzahl von Parallelimporten auf.

---

<sup>193</sup> Mitteilung der Kommission vom 1.7.2003, KOM [2003] 383 endg., S. 17.

<sup>194</sup> Mitteilung der Kommission vom 1.7.2003, KOM [2003] 383 endg., S. 26.

<sup>195</sup> Mitteilung der Kommission vom 1.7.2003, KOM [2003] 383 endg., S. 16.

<sup>196</sup> Vom 1.7.2003, KOM [2003] 383 endg.

#### aa) Faktoren für die Preisunterschiede

Dem Kfz-Hersteller steht im Gegensatz zu dem Hersteller von Pharmaprodukten die alleinige Preisfestsetzung wegen fehlender staatlicher Regulierungen zu. Trotzdem ist er aufgrund bestimmter Faktoren innerhalb dieser unternehmerischen Freiheit beschränkt.

Zu den relevanten Faktoren für die beträchtlichen Preisunterschiede bei Kraftfahrzeugen und deren Ersatzteilen gehören extrem hohe Abgaben und Steuern, die beim Kauf eines Kraftfahrzeugs in einem Mitgliedstaat zu entrichten sind, so dass der Nettopreis niedrig gehalten werden muss.<sup>197</sup> Der Nettopreis bestimmt sich dann nach der vorhandenen Kaufkraft des durchschnittlichen Verbrauchers in dem jeweiligen Land, und nicht zuletzt orientiert sich der Nettopreis an der Höhe der Steuerabgaben. Ist die auf den Kauf eines Autos zu entrichtende Steuer sehr hoch, wie zum Beispiel in Dänemark, hat der Hersteller bei der Bestimmung des Preises, den er gegenüber dem Händler geltend macht, keinen großen Handlungsspielraum. Denn ein Händler wird in den meisten Fällen den vom Hersteller gesetzten hohen Preis auf die Endabnehmer abwälzen. Die Verbraucher könnten sich folglich aufgrund des hohen Endabnehmerpreises, den der Händler festlegt, kein Auto leisten.

Nicht allein die Steuern sind der Grund für die bestehenden Preisunterschiede. Hinzu kommen ebenso die unterschiedlichen Vertriebskosten, die z. B. in den östlichen Mitgliedstaaten weitaus geringer sind. In diesen Ländern sind zum Beispiel die Löhne, die Rohstoffe, die Nebenkosten - wie Miete von Verkaufsräumen - niedriger im Vergleich zu den westlichen Ländern. Aufgrund dieser niedrigen Vertriebskosten kann der Hersteller den Nettopreis auch geringer gestalten als zum Beispiel in Deutschland, wo das Lohnniveau sehr hoch ist. Weiter kommen preisrelevante Faktoren, wie die Marktanteile auf dem Kfz-Markt in dem jeweiligen Land oder die speziellen lokalen Gegebenheiten, hinzu, die die Preisstrategie des jeweiligen Herstellers beeinflussen.

Wie man daran sehen kann, sind die Gründe für die Einflüsse auf die Preisgestaltung nicht nur bei den unterschiedlichen Steuern zu suchen, sondern auch bei anderen Faktoren. Jedoch liegt der primäre Grund für die Preisdifferenzierungen zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten, den der Hersteller nicht beeinflussen kann, in den unterschiedlichen Steuern, die genauso wie die staatliche Preisregulierung im Pharmasektor nicht durch den Parallelhandel harmonisiert werden können.

#### bb) Auswirkungen der Parallelimporte

Auf dem europäischen Automobilmarkt herrscht intensiver Wettbewerb. Dies äußert sich nicht nur in starkem Preiswettbewerb, sondern auch im Angebot ständig neuer Modelle und rasantem technischem Fortschritt. Dabei spielt der Parallelhandel eine wichtige Rolle. Dieser ist gerade für die Verbraucher ein wichtiges Geschäft, denn dieser kann durch den

---

<sup>197</sup> XIV. Wettbewerbsbericht (1984), Z.40.

Preiswettbewerb ein Auto zu einem besseren Preis-Leistungs-Verhältnis kaufen. Dem Hersteller dürften unter Umständen solche Käufe nicht recht sein. Er erleidet durch die Käufe in Niedrigpreisländern von Kunden aus den Hochpreisländern finanzielle Verluste, da er diesen Käufer als Endkunden im Hochpreisland verloren hat. Deswegen versucht er, gegenüber seinen Händlern mit Parallelimportbeschränkungen diese Käufe einzudämmen. Ein weiteres Problem für den Hersteller stellen die Graumarkthändler dar. Das sind unabhängige Händler, die nicht Mitglieder eines Vertriebsnetzes des Herstellers sind. Sie erfüllen nicht die qualitativen Anforderungen, die in einem Vertriebssystem vorausgesetzt werden. Sie können deswegen zu geringeren Preisen an den Endkunden verkaufen, da sie nicht Vertragsdienstleistungen bezüglich der Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen anbieten müssen. Diese so genannten Graumarkthändler führen bei den Herstellern, die durch ihr gut aufgebautes Vertriebssystem inklusive der umfassenden Kundendienstleistungen dem Verbraucher nicht nur das Kfz verkaufen, zu Verlusten. Durch eine gewisse Marktabschottungspolitik versucht der Hersteller mit vertraglichen Regelungen solche Verkäufe an Graumarkthändler zu unterbinden. Im Hinblick auf den freien Warenverkehr und den einheitlichen Binnenmarkt sind solche Vorgehensweisen der Hersteller mit dem Wettbewerbsrecht nicht vereinbar.

#### cc) Ansicht der Kommission

Die kartellrechtliche Bewertung des Kfz-Vertriebs gehört zu den wichtigsten Tätigkeitsbereichen der Kommission. Der Grund dafür ist, dass zum einen der Kfz-Sektor einer der größten Industriebranchen ist: Es gibt 350.000 Unternehmen in allen 25 Mitgliedstaaten, 118.000 Vertragshändler, 232.000 unabhängige Werkstätten in dieser Branche bei einem Umsatz von 520 Mrd. Euro.<sup>198</sup> Zum anderen ist das Automobil nach Ansicht der Kommission als langlebiges, hochwertiges und technisch hoch entwickeltes Produkt anzusehen<sup>199</sup>, welches einen bedeutenden Stellenwert bei dem Verbraucher einnimmt. Deswegen ist es ein Verbraucherprodukt, das gerade in Hinblick auf marktintegrationspolitische Ziele besonderen Augenmerks bedarf. Insbesondere die bestehenden Preisunterschiede möchte die Kommission zugunsten der Verbraucher beseitigen. Der Parallelhandel soll durch Maßnahmen der Hersteller nicht beeinträchtigt werden. Gegen wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen von Kfz-Herstellern ging die Kommission deswegen bisher sehr streng vor und verhängte sehr hohe Geldbußen.

Ferner hat die Kommission, um den Vertrieb dieses besonderen Konsumgutes in der EU zu fördern, beizeiten eine eigene Gruppenfreistellungsverordnung für den Kfz-Sektor<sup>200</sup>

---

<sup>198</sup> Creutzig, Vertrieb und Betreuung neuer Kfz im 21. Jahrhundert - Anmerkung zur Kfz-GVO 1400/2002.

<sup>199</sup> VO 1400/2002, ABl. EG 2002 Nr. L 203/30, Erwägungsgrund Nr. 21 (Satz 1).

<sup>200</sup> Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 der Kommission vom 31.7.2002 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABl. EG Nr. L 203/ 30, siehe auch 1. Kapitel II. 3. d) aa).

geschaffen, um den ausschließlichen und selektiven Vertrieb besser zu strukturieren und den ungehinderten Parallelhandel zu gewährleisten. Jedoch gibt es noch andere Rahmenbedingungen, die gegen einen ungehinderten grenzüberschreitenden Verkauf sprechen und nicht durch die GVO erfasst werden konnten. Diese Rahmenbedingungen ausfindig zu machen und zu beseitigen, hat sich die Kommission zur Aufgabe gemacht. Im XXI. Wettbewerbsbericht wurde festgestellt, dass trotz Berücksichtigung von Ausstattungsunterschieden, Rabatten und Wechselkursen noch beträchtliche Preisunterschiede zwischen den einzelnen Ländern bestehen.<sup>201</sup> Bei Ford, Honda Mazda, Peugeot und Volkswagen bestanden bei zumindest einem Modell zum Zeitpunkt des Vergleichs Preisunterschiede von mehr als 40 %. Um dieser Preisdiskrepanz entgegenzuwirken, hat die Kommission 1994 eine Initiative zur Verbesserung der Preistransparenz ins Leben gerufen.<sup>202</sup> In diesem Zusammenhang informieren die führenden europäischen und japanischen Kfz-Hersteller die Kommission zweimal jährlich über die empfohlenen Verkaufspreise von Neufahrzeugen in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft. Diese Informationen werden anschließend von der Kommission an die Verbraucherverbände und an die Fachpresse weitergegeben. Schon in demselben Jahr wurde von der Kommission festgestellt, dass die Paralleleinfuhren in der Gemeinschaft dank der verbesserten Information der Verbraucher zunahmen. Jedoch ändern die Transparenzpolitik und die Gruppenfreistellungsverordnungen der Kommission nichts am eigentlichen Problem, die steuerlichen Diskrepanzen, in diesem Sektor. Denn wie bei der Preisregulierung von Arzneimitteln ist die Festsetzung der Steuern eine politische Entscheidung des jeweiligen Mitgliedstaates, und diese weigern sich stetig, ihre Souveränität auf diesem Gebiet beschränken zu lassen.

#### d) Die Bedeutung des Parallelhandels

Im Zusammenhang mit den Hintergründen für Parallelhandelsbeschränkungen ist die Bedeutsamkeit des Parallelhandels zu hinterfragen.

Die absolute Förderung der Parallelimporte wird an manchen Stellen in der Literatur unter Heranziehung der Lehren der Chicago-School kritisiert. Eine Wettbewerbsbeschränkung wird hiernach nur vermutet, wenn horizontale Konzentration oder Eintrittsbarrieren vorliegen, d. h. der Interbrand-Wettbewerb gefährdet ist.<sup>203</sup> Dies stützt sich darauf, dass der Konsumentenwohlstand am besten gedient sei, wenn der Käufer frei entscheiden kann, welche Produkte er zu welchem Preis erwerben will.<sup>204</sup> Dies setzt aber lediglich Wettbewerb zwischen verschiedenen Unternehmen voraus und nicht zwischen den Händlern einer Marke. Jedoch ist zu dieser Kritik zu bemerken, dass sich die Ansicht nicht auf wissenschaftliche

---

<sup>201</sup> XXI. Wettbewerbsbericht (1991), Z. 121.

<sup>202</sup> XXIV. Wettbewerbsbericht (1994), Anhang II, S. 395.

<sup>203</sup> Gieseke in WuW 1995, 284, 286.

<sup>204</sup> Reich, Europäisches Verbraucherschutzrecht, S. 126.

Hypothesen und Erfahrungssätze stützt, sondern auf normative Theorien.<sup>205</sup> Es gibt zwar auch kein ökonomisch richtiges Modell, was den Wettbewerbern die Entscheidung in wirtschaftlich prekären Situationen abnehmen könnte, jedoch allein durch Theorien lässt sich der Wettbewerb nicht erklären und schon gar nicht steuern. Deshalb müssen neben wirtschaftswissenschaftlichen Theorien die realen Auswirkungen auf die Wirtschaft sowie die Zielsetzung des Vertrages beachtet werden. Insbesondere der wirtschaftliche Ansatzpunkt fand unter dem Begriff der „ökonomischen Analyse“ in den letzten Jahren in den bereits geschilderten Reformen im Europäischen Wettbewerbsrecht seinen Niederschlag.<sup>206</sup>

Neben den wirtschaftlichen Aspekten müssen die Ziele des EG-Vertrages ernst genommen werden. Würde der Parallelhandel aufgrund der Marktabschottungspolitik massiv eingeschränkt werden, kann das Ziel des einheitlichen Binnenmarktes mit seinen Vorteilen für Wirtschaft und Verbraucher nicht erfüllt werden.<sup>207</sup> Andererseits steht das Ziel eines einheitlichen Binnenmarktes nicht mehr am Anfang, sondern hat sich in den letzten Jahren fortentwickelt. Es ist mittlerweile ein Punkt erreicht, der es rechtfertigt, dass nicht unbeachtet aller Interessen ein einheitlicher Binnenmarkt entstehen muss. Das bedeutet, dass neben den Interessen des Gemeinsamen Marktes auch die Interessen der Unternehmen Beachtung finden müssen. Zum Beispiel ist es das Ziel des Parallelhandels als Instrument der Integrationspolitik eine Preisangleichung auf dem Gemeinsamen Markt zu erreichen. Dies ist aber mit wirtschaftlichen Interessen der Unternehmen nicht in vollem Umfang vereinbar. Wird der Absatz zu Preisen „erzwungen“, die einerseits nicht dem Kostenniveau des betreffenden Landes entsprechen und andererseits unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten so niemals festgesetzt worden wären, ist es dem Hersteller unmöglich wirtschaftlich effizient zuarbeiten. Für den Hersteller entstehen dabei Nachteile, welche mit der Gewährleistung einer wirtschaftlichen Entscheidungs- und Handlungsfreiheit innerhalb eines funktionierenden Wettbewerbs nicht vereinbar ist.<sup>208</sup> Es darf auch nicht außer Acht gelassen werden, dass die Unternehmen die Spielmacher eines wirksamen Wettbewerbs sind.

Damit wird das Dilemma der Kommission als Hüterin der Verträge sichtbar. Einerseits soll die Integration der Märkte vorangetrieben werden, und zwar über zunehmenden Wettbewerb, andererseits soll die Industrie gefördert werden, indem man effiziente Allokationssysteme unterstützt. Die Kommission muss somit einen Interessenausgleich finden, den sie zum Beispiel im Arzneimittelsektor bereits verfolgt.<sup>209</sup>

Der Parallelhandel hat für den Gemeinsamen Markt an Bedeutung nicht verloren. Der Schutz des unverfälschten Wettbewerbs gehört neben den Grundfreiheiten, insbesondere der

---

<sup>205</sup> Reich, Europäisches Verbraucherschutzrecht, S. 127.

<sup>206</sup> Siehe 1. Kapitel II. 3. d).

<sup>207</sup> Beispiele für die Vorteile für die Verbraucher siehe 1. Kapitel II. 4.

<sup>208</sup> Weitere Nachteile für Unternehmen siehe 1. Kapitel II. 4. b) bb).

<sup>209</sup> 1. Kapitel II. 4. b) cc).

Warenverkehrsfreiheit, zu den grundlegenden, den Binnenmarkt konstituierenden Prinzipien des Gemeinschaftsrechts.<sup>210</sup> Nichtsdestotrotz hat der EuGH es immer abgelehnt, dieses Prinzip dergestalt zu instrumentalisieren, dass aus ihm in rechtsschöpferischer Weise Verhaltensvorschriften entwickelt werden.<sup>211</sup> Wettbewerbsverfälschungen können somit erst dann gemeinschaftsrechtlich relevant sein, wenn sie von den spezifischen Regelungen des Vertrags (Artt. 81, 82, 28 EG) erfasst werden. Genau in diesem gesetzlichen Rahmen muss sich der Schutz des Parallelhandels bewegen.

Der Parallelhandel fördert zwar die Entstehung eines einheitlichen Binnenmarktes, aber der Schutz des dazugehörigen notwendigen Wettbewerbs kann sich nicht über die gesetzlichen Grenzen und die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Unternehmen hinwegsetzen. Unter diesen Bedingungen wird in der vorliegenden Arbeit nach einer Lösung zu der Problematik der scheinbar einseitigen Maßnahmen gesucht, die den Interessen der verschiedenen Seiten gerecht wird.

### **III. Abgrenzung zu Art. 82 EG**

Eines der Hauptprobleme bei den scheinbar einseitigen Maßnahmen ist, dass einseitige Maßnahmen nur unter Art. 82 EG subsumiert werden können und nicht unter Art. 81 EG, der nur Verhaltenskoordinierung und Verhaltensabstimmungen erfasst. Für die scheinbar einseitigen Maßnahmen ist jedoch der Anwendungsbereich des Art. 81 EG eröffnet. Wo genau die Abgrenzung zwischen den beiden Artikeln liegt, soll in dieser Arbeit geklärt werden, genauso ob die festgelegten Grenzen mit den Urteilen über scheinbar „einseitige“ Maßnahmen überschritten worden sind. Doch bevor diese Frage genau beantwortet werden kann, sollen die Grundlagen hinsichtlich der Voraussetzungen von Art. 82 EG sowie in Bezug auf die Abgrenzung der beiden Artikel geklärt werden.

#### **1. Art. 82 EG**

Art. 82 EG als so genannte zweite Säule der Wettbewerbspolitik verbietet den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt. Eine diesem Artikel ähnliche Regelung enthielt Art. 66 § 7 EGKS-Vertrag.<sup>212</sup>

---

<sup>210</sup> EuGH-Urteil vom 10.1.1985, *Leclerc*, Rs. 229/83, Slg. 1985, I Rnr. 8.; *Baur* in: Schwarze, Unverfälschter Wettbewerb für Arzneimittel, S. 32.

<sup>211</sup> EuGH-Urteil vom 10.1.1985, *Leclerc*, Rs. 229/83, Slg. 1985, I Rnr. 20; EuGH-Urteil vom 18.6.1991, *ERT*, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925 Rnr. 27 f.

<sup>212</sup> *Schröter* in: Schröter/Jakob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rnr. 2.

## a) Die marktbeherrschende Stellung

### aa) Der relevante Markt

Um zu ermitteln, ob ein Unternehmen<sup>213</sup> den Markt beherrscht, ist zuerst der relevante Markt zu umschreiben, d. h. das Wettbewerbsgebiet, in dem die Marktmacht des angeblich beherrschenden Unternehmens (und der tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerber) zu beurteilen ist. Der relevante Markt<sup>214</sup> bedarf hauptsächlich, sowohl in sachlicher als auch in räumlicher Hinsicht, der Abgrenzung. Nur unter bestimmten, nicht häufig vorkommenden Umständen muss der Markt zeitlich abgegrenzt werden.<sup>215</sup> Der sachlich relevante Markt umfasst sämtliche Erzeugnisse, die von den Verbrauchern nach Eigenschaft, Preis oder vorgesehenem Verwendungszweck als austauschbar angesehen werden.<sup>216</sup> Der räumlich relevante Markt ist das Gebiet, in dem die betreffenden Erzeugnisse vertrieben werden und in dem alle Wirtschaftsbeteiligten ähnlichen oder hinreichend homogenen objektiven Wettbewerbsbedingungen ausgesetzt sind.<sup>217</sup>

Nach der Abgrenzung des relevanten Marktes - insbesondere in geographischer Hinsicht - muss festgestellt werden, ob dieser einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes bildet. Denn beherrschende Stellungen von Unternehmen auf lokalen und kleinen regionalen Märkten finden keine Beachtung im Art. 82 EG, da sie die Aufrechterhaltung und Entwicklung des gemeinsamen Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt nicht gefährden.<sup>218</sup> Maßgebendes Kriterium für die Wesentlichkeit des Marktes ist die Relevanz des betreffenden Marktes für den Wettbewerb in der Gemeinschaft. Dabei stellt der EuGH in erster Linie auf die Struktur des betreffenden Marktes sowie auf Größe und Umfang der Produktion und des Verbrauchs auf diesem Markt ab.<sup>219</sup>

### bb) Die beherrschende Stellung

Der EuGH hat die marktbeherrschende Stellung als wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens definiert, die es in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit

---

<sup>213</sup> Zur Definition des Begriffs des Unternehmens siehe 1. Kapitel I. 2. a).

<sup>214</sup> Nützliche Anhaltspunkte für die Bestimmung des relevanten Marktes enthält die Bekanntmachung der Kommission vom 9.12.1997 über die Definition des relevanten Marktes, ABl. EG 1997 Nr. C 372/5.

<sup>215</sup> Die zeitliche Abgrenzung des relevanten Marktes kann z. B. notwendig werden, wenn die Austauschbarkeit des betreffenden Erzeugnisses saisonalen Schwankungen unterworfen ist.

<sup>216</sup> EuGH-Urteil vom 14.2.1978, *United Brands*, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207 Rnr. 12.

<sup>217</sup> EuG-Urteil vom 12.6.1997, *Tiercé Ladbroke SA*, Rs. T-504/93, Slg. 1997, S. II-923 Rnr. 9.

<sup>218</sup> *Schröter* in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 86 Rnr. 128.

<sup>219</sup> EuGH-Urteil vom 16.12.1975, *Suiker Unie u. a.*, Rs. 40-48, 50, 54-60, 111, 113, 114/73, Slg. 1975, 1663 Rnr. 371/372.

verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.<sup>220</sup>

#### b) Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung ist ein objektiver Begriff, der kein Verschulden voraussetzt. In Art. 82 Satz 2 EG sind vier so genannte Regelbeispiele aufgezählt, die einen ersten Rückschluss erlauben, was der Vertrag unter dem Begriff Missbrauch versteht. Diese Aufzählung ist jedoch nicht abschließend. Es ist somit eine weitere Präzisierung des Missbrauchsbegriffs nötig. Vom EuGH werden solche Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung als missbräuchlich bezeichnet, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen.<sup>221</sup> Daraus folgt, dass Art. 82 EG die Verantwortung für die Aufrechterhaltung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs den Unternehmen in marktbeherrschenden Stellungen überträgt und nicht vor marktbeherrschenden Stellungen von Unternehmen schützen will.

Das missbräuchliche Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens muss ebenso wie bei der Anwendung des Art. 81 EG den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.<sup>222</sup>

#### c) Rechtsfolge

Art. 82 EG sieht keine Rechtsfolgen vor. Sie sind daher der VO 1/2003 und dem jeweiligen nationalen Recht zu entnehmen. In der VO 1/2003 ist zum Beispiel neben der Abstellungsverfügung (Art. 7 Abs.1 VO 1/2003), die von der Kommission angeordnet wird, auch die Erhebung von Geldbußen durch die Kommission (Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003) vorgesehen. Aber nicht nur die Kommission, sondern auch nationale Behörden und Gerichte können nach dem entsprechenden nationalen Recht Geldbußen verhängen oder eine Unterlassung der wettbewerbswidrigen Maßnahme anordnen.

Ferner ist in allen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten die Unwirksamkeit des gegen Art. 82 EG verstoßenden Rechtsgeschäfts als zivilrechtliche Sanktion geregelt.<sup>223</sup> Dies ergibt

---

<sup>220</sup> EuGH-Urteil vom 14.2.1978, *United Brands*, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207 Rnr. 63, 66; EuGH-Urteil vom 13.2.1979, *Hoffmann-La Roche*, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461 Rnr. 89; *Lettl*, Kartellrecht, Rnr. 237.

<sup>221</sup> EuGH-Urteil vom 13.2.1979, *Hoffmann-La Roche*, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461 Rnr. 91.

<sup>222</sup> Nähere Ausführungen zur Zwischenstaatlichkeitsklausel siehe unter 1. Kapitel I. 2. d).

sich im deutschen Recht aus § 134 BGB, innerhalb dessen Art. 82 EG ein Verbotsgesetz darstellt.

## 2. Das Verhältnis von Art. 81 EG zu Art. 82 EG

Grundsätzlich fallen einseitige Maßnahmen nicht unter Art. 81 EG, da für die von Art. 81 EG enthaltenen Maßnahmen eine irgendwie geartete Willensübereinstimmung vorliegen muss. Einseitige Maßnahmen können nur unter Art. 82 EG fallen, wenn sie von einem marktbeherrschenden Unternehmen ausgehen. Die Abgrenzung zwischen Art. 81 EG und Art. 82 EG scheint somit klar und deutlich - schwarz oder weiß, d. h. Willensübereinstimmung oder einseitige Maßnahme. Jedoch können Begriffe wie „scheinbar einseitige Maßnahme“ diese Klarheit ins Wanken bringen, und diese auf den ersten Blick vorgenommene Abgrenzung erscheint oberflächlich. Im folgenden Abschnitt sollen diese zwei Gesetzesnormen voneinander genauer abgegrenzt und ihr Verhältnis zueinander deutlich herausgearbeitet werden.

Während Art. 81 Abs. 1 EG das bewusste und gewollte Zusammenwirken von Unternehmen mit wettbewerbsbeschränkendem Charakter zum Gegenstand hat, richtet sich Art. 82 EG gegen einseitige Verhaltensweisen eines oder mehrerer marktbeherrschenden Unternehmen. Eine marktbeherrschende Stellung mehrerer Unternehmen liegt vor, wenn die Addition ihrer jeweiligen Marktstellung eine Marktbeherrschung ergibt und die Unternehmen so verbunden sind, dass sie gegenüber Dritten in gleicher Weise wie ein einzelnes marktbeherrschendes Unternehmen vorgehen können.<sup>224</sup> Die Verbindung der Unternehmen kann finanzieller, gesellschaftsrechtlicher, organisatorischer oder wirtschaftlicher Art sein.

Beide Artikel haben nach Ansicht des EuGH aber dasselbe gemeinsame Ziel: den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt gem. Art. 3 Abs. 1 lit. g EG vor Verfälschung zu schützen, womit sie sich gegenseitig ergänzen, aber ihre eigene Rechtsstellung dabei wahren.<sup>225</sup> Beide Vorschriften begrenzen wirtschaftliche Handlungsfreiheiten von Unternehmen, damit diese nicht benutzt werden können, um den Wettbewerb zulasten Dritter auszuschließen oder zu beschränken.

Art. 81 Abs. 1 EG schützt den Wettbewerb i. S. d. wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der Unternehmen auf dem von ihnen vorgefundenen Markt.<sup>226</sup> Art. 81 EG verbürgt umfassend die Handlungs- und Entscheidungsfreiheit aller Marktteilnehmer, um so einen funktionsfähigen Wettbewerb zu gewährleisten. Im Gegensatz dazu ist das Missbrauchsverbot des Art. 82 EG

---

<sup>223</sup> *Schröter* in: Schröter/Jakob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rnr. 56.

<sup>224</sup> *Lettl*, Kartellrecht, Rnr. 248.

<sup>225</sup> EuG-Urteil vom 10.7.1989, *Tetra Pak*, Rs. T-51/89, Slg. 1990, II-309 Rnr. 22, XX. Wettbewerbsbericht (1990), Z. 160.

<sup>226</sup> *Bunte* in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Art. 81 Generelle Prinzipien Rnr. 3.

nicht in der Lage, einen wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt wiederherzustellen, da dessen Wettbewerbsstruktur durch die Existenz des beherrschenden Unternehmens bereits nachteilig geschwächt ist. Aufgrund dieses Umstandes verfügt der Marktbeherrscher über Handlungsspielräume, die es ihm ermöglichen, die übrigen Marktbeteiligten und das Gemeinwohl nachhaltig zu schädigen.<sup>227</sup> Dieser Zustand soll durch eine Verhaltenskontrolle nach Art. 82 EG verhindert werden.

Durch das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG wird bereits die Entstehung von Marktmacht unterbunden. Art. 82 EG verbietet dagegen nur die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung. Der Missbrauchstatbestand richtet sich daher an sich nicht gegen den Bestand oder den Erwerb einer solchen Stellung.<sup>228</sup> Er schützt vielmehr den vorhandenen Restwettbewerb.<sup>229</sup> Das Kartellverbot möchte den Wettbewerb als solchen schützen, indem es einvernehmliches Verhalten, das mit der Wettbewerbspolitik des Gemeinsamen Marktes nicht vereinbar ist, unterbindet. Dagegen liegt die praktische Bedeutung des Art. 82 EG zweifellos in der Repression einseitiger, faktischer Missbrauchshandlungen des alleinigen Marktbeherrschers. Diese Vorschrift unterscheidet im Gegensatz zu dem Kartellverbot weder zwischen rechtsgeschäftlichem und rein faktischem Handeln noch zwischen dem Vorgehen eines oder mehrerer Unternehmen. Autonomes und koordiniertes Verhalten sind in Art. 82 EG gleichgestellt.<sup>230</sup>

Diese genannten Unterschiede zwischen den Normen deuten auf die unterschiedliche Wirkungsweise von Kartellverbot und Missbrauchsverbot hin. Während Art. 81 EG prinzipiell alle Unternehmen zu selbständigem Marktverhalten verpflichtet und damit die aktive Wettbewerbsfreiheit fördert, begrenzt Art. 82 EG im Interesse der übrigen Marktbeteiligten und zum Schutz des Wettbewerbs den Handlungsrahmen des Marktbeherrschers und schränkt somit die Freiheit zu autonomem Wettbewerbsverhalten ein.<sup>231</sup> Diese unterschiedlichen Regelungsinhalte schließen eine Gesetzeskonkurrenz aus. Zwischen Art. 81 EG und Art. 82 EG besteht aufgrund ihrer verschiedenen Voraussetzungen und Rechtsfolgen Idealkonkurrenz.<sup>232</sup> Das heißt, diese Vorschriften können parallel angewendet werden, wenn die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind. So hat der EuGH in der Sache *Hoffmann-La Roche* entschieden, dass der Umstand, dass eine vertikale Vereinbarung möglicherweise den Tatbestand des Art. 81 Abs. 1 EG erfüllt, nicht die Anwendung des Art. 82 EG ausschließt.<sup>233</sup>

---

<sup>227</sup> Schröter in: Schröter/Jakob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rnr. 19.

<sup>228</sup> EuGH-Urteil vom 9.11.1983, *Michelin*, Rs. 322/81, Slg. 1983, 3461 Rnr. 57.

<sup>229</sup> *FS Raisch*, S. 441, 446.

<sup>230</sup> Schröter in: Schröter/Jakob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rnr. 35.

<sup>231</sup> Schröter in: Schröter/Jakob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rnr. 36.

<sup>232</sup> EuGH-Urteil vom 21.2.1973, *Continental Clan*, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215 Rnr. 25; *Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86 EGV Rnr. 6.

<sup>233</sup> EuGH-Urteil vom 13.2.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461 Rnr. 116.

Ist nach dem Sachverhalt nicht eindeutig zwischen Kartellverbot und Missbrauchsverbot zu trennen, dann kommt demzufolge ein Verstoß gegen beide Wettbewerbsvorschriften in Betracht. In Bezug auf die Rechtsfolge galt bisher das Nichtkumulationsprinzip. Die einheitlich verhängte Geldbuße bemaß sich nach dem schwersten festgestellten Verstoß.<sup>234</sup> Allerdings lässt die Entscheidung der Kommission in der Sache *British Midland/Aer Lingus*<sup>235</sup> vermuten, dass die „Nicht-Kumulierungsregel“ heute nicht mehr als zwingendes Rechtsprinzip angesehen wird.<sup>236</sup> In dieser Entscheidung wurde nur aufgrund des Verstoßes gegen Art. 82 EG eine Geldbuße ausgesprochen, und auf eine Sanktion in Bezug auf den Art. 81 Abs. 1 EG wurde verzichtet.

Die Eigenständigkeit der Vorschriften bedeutet für die Gewährung einer Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG nicht gleichzeitig eine Befreiung von dem Verbot des Art. 82 EG.<sup>237</sup> Die Verfasser des Vertrages haben somit innerhalb der Normsysteme eine Differenzierung geschaffen. Dies hat seine Ursache darin, dass die Anwendung des Art. 82 EG mit der Feststellung des Missbrauchstatbestands bereits ein eigenes Unwerturteil abgibt, welches nicht hinnehmbar und somit einer Freistellung nicht zugänglich ist.<sup>238</sup> Jedoch ergibt sich aus der Zielkongruenz der beiden Vorschriften, dass die Wertungen von Art. 82 EG bei dem Freistellungstatbestand des Art. 81 Abs. 3 EG beachtet werden müssen.<sup>239</sup> Nach weit verbreiteter Ansicht in der Literatur sollte bei der Anwendung der beiden Vorschriften, nicht nur in Hinblick auf den Art. 81 Abs. 3 EG, eine harmonische Rechtsanwendung geboten sein, die jeder der beiden Vorschriften unter Wahrung ihrer jeweiligen Eigenart die größtmögliche Wirksamkeit im Hinblick auf die Erfüllung ihres übergeordneten Zwecks sichert und die Entstehung von Lücken im Wettbewerbssystem der Gemeinschaft verhindert.<sup>240</sup>

Nichtsdestotrotz könnte eine solch unerwünschte Lücke bei dem Umstand der scheinbar einseitigen Maßnahmen gegeben sein. Denn von den Wettbewerbsvorschriften nicht unmittelbar erfasst, ist ein einseitiges wettbewerbswidriges Verhalten eines Unternehmens, das keine beherrschende Stellung i. S. d. Art. 82 EG innehat. Wird in diesem Fall die „Scheinbarkeit“ nicht erwiesen, wird das wettbewerbswidrige Verhalten nicht geahndet. Ob dies eine gewollte oder nicht gewollte Regelungslücke seitens des Gesetzgebers darstellt, ist fraglich. Für die nicht gewollte Regelungslücke spricht vor allem der Umstand, dass ein solch wettbewerbswidriges Verhalten auf dem Verbot von Parallelimporten beruhen kann. Gerade

---

<sup>234</sup> Entscheidung der Kommission vom 7.12.1988, *Flachglas II*, ABl. EG 1989 Nr. L 33/44 Rnr. 84.

<sup>235</sup> Entscheidung der Kommission vom 26.2.1992, ABl. EG 1992 Nr. L 96/34 Rnr. 42.

<sup>236</sup> *Jung* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 82 EGV Rnr. 16.

<sup>237</sup> EuG-Urteil vom 10.7.1989, *Tetra Pak*, Rs. T-51/89, Slg. 1990, II-309 Rnr. 25.

<sup>238</sup> *Dirksen* in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Art. 82 Rnr. 202.

<sup>239</sup> *Stockenhuber* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 81 EGV Rnr. 42; Entscheidung der Kommission vom 29.10.1997, *Unisource*, ABl. EG 1997 Nr. L 318/1.

<sup>240</sup> *Schröter* in: Schröter/Jakob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rnr. 33; *Mestmäcker*, Europäisches Wettbewerbsrecht, S. 348 ff.; *Jung* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 82 EGV Rnr. 20.

so ein Verbot lässt sich aber mit der Zielsetzung des gemeinschaftlichen Vertrages – die Schaffung und Aufrechterhaltung eines einheitlichen Binnenmarktes - und dem Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit nicht vereinbaren. Jedoch kann allein die Zielsetzung des EG-Vertrages nicht zu einem per se-Verbot für alle Ausfuhrverbote führen, auch wenn die Maßnahme der Hersteller an sich weder unter Art. 81 EG noch unter Art. 82 EG fällt.

Eine konkrete Antwort auf diese Abgrenzungsfrage, die einer harmonischen Rechtsanwendung der beiden Wettbewerbsvorschriften gerecht wird, kann an dieser Stelle noch nicht gegeben werden, wird aber im zweiten Kapitel - nach der Analyse der zwei Grundsatzurteile - dieser Arbeit folgen.

#### **IV. Die Rechtsprechungsentwicklung**

Im Folgenden werden acht ausgewählte Entscheidungen erläutert, die im zweiten Teil dieser Arbeit als Grundlage für einen Vergleich mit den Urteilen *Bayer* vom 6.1.2004<sup>241</sup> und *VW II* vom 3.12.2003<sup>242</sup> dienen sollen. Es wurden bewusst nur solche Urteile ausgesucht, die sich mit der Problematik der scheinbar einseitigen Maßnahmen auseinandersetzen und m. E. die Richtung bei der Auslegung des Vereinbarungsbegriffs seitens des EuGH, EuG und der Kommission wesentlich geprägt haben.

##### **1. BMW Belgium**

In dem EuGH-Urteil *BMW Belgium* vom 12.7.1979<sup>243</sup> ging es um Rundschreiben, die von BMW Belgium, Tochtergesellschaft der Bayerischen Motorenwerke AG (im Folgenden: BMW) in München, an ihre Vertragshändler, die in ein selektives Vertriebssystem eingebunden waren, versandt worden waren. Den Hintergrund für diese Rundschreiben bildeten die Verkaufspreise der Kraftfahrzeuge für Privatpersonen. Die angewandten Preise waren im Jahr 1975 in Belgien vor allem wegen des von der belgischen Regierung verhängten Preisstopps zur Bekämpfung der Inflation niedriger als in den anderen Ländern des Gemeinsamen Marktes. Folglich wurden neue BMW-Fahrzeuge aus Belgien in andere Mitgliedstaaten exportiert. Über BMW Belgium richtete die Münchner BMW-Muttergesellschaft zwei Rundschreiben an ihre belgischen Vertragshändler, um eine Reduzierung der Ausfuhren zu erreichen. Für den Fall der Fortsetzung wurden eine Einschränkung der Lieferkontingente und eine Preisanpassung angedroht. Es ging zwar nicht eindeutig aus den Schreiben hervor, dass BMW generell die Verkäufe ins Ausland untersagte, aber es wurde aufgrund undeutlicher Formulierungen dieser Eindruck bei den

---

<sup>241</sup> Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

<sup>242</sup> Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141.

<sup>243</sup> Rs. 32/78 und 36-83/78, Slg. 1979, 2435.

Vertragshändlern erweckt. 47 von 90 der belgischen BMW-Vertragshändler unterschrieben das zweite Rundschreiben als Zeichen ihres Einverständnisses mit dem Exportverbot.

Der EuGH sah in der Versendung der Rundschreiben an alle belgischen Vertragshändler eine Aufforderung von BMW Belgium zum Abschluss von Vereinbarungen mit diesen Händlern, die auf völlige Einstellung der Exporte abzielten.<sup>244</sup> Diese stimmten mit ihrer Unterzeichnung dieser Aufforderung zu. Eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG lag somit vor. Der EuGH entschied ferner, dass die Verpflichtung der Vertragshändler zur Einhaltung des Exportverbotes nicht wegen des Bestehens eines selektiven Vertriebssystems für BMW-Fahrzeuge gerechtfertigt sei, dessen Grundsätze die Kommission in einer förmlichen Entscheidung gebilligt hatte. Das Exportverbot geht über die in den Musterverträgen für den Vertrieb von BMW-Fahrzeugen vorgesehenen Bestimmungen hinaus, die den BMW-Händlern zwar die Weitergabe der Vertragsware an nicht zugelassene Händler untersagten, es ihnen aber ausdrücklich freistellten, die Fahrzeuge im gesamten Gemeinsamen Markt an Endabnehmer oder deren Vermittler zu liefern.<sup>245</sup> Die Klage wurde vom EuGH abgewiesen. Durch dieses Urteil sah sich die Kommission in ihrer Haltung bestärkt, dass Verbrauchern und Einfuhrhändlern die Möglichkeit gewährleistet werden muss, in anderen Mitgliedstaaten neue Fahrzeuge anzukaufen, indem sie die bestehenden Preisunterschiede ausnutzen.<sup>246</sup>

## 2. AEG

In der AEG-Entscheidung vom 25.10.1983<sup>247</sup> hatte die AEG-Tochtergesellschaft Telefunken (im Folgenden: AEG) zum Zwecke des Aufbaus eines selektiven Vertriebssystems „Partner-Verträge“ mit Großhändlern und Einzelhändlern abgeschlossen. Als Einzelhändler sollten nur solche Händler ausgewählt werden, die objektive Voraussetzungen hinsichtlich ihrer fachlichen Eignung erfüllten sowie über qualifiziertes Personal und eine technisch für den Verkauf von Artikeln der Unterhaltungselektronik geeignete Ausstattung verfügten. Die Kommission teilte AEG am 17.5.1976 mit, dass keine Bedenken gegen das am 6.11.1973 angemeldete Vertriebssystem bestehen, da AEG darauf hingewiesen hatte, dass es jeden Händler zulassen würde, der die vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt. Im Laufe der Jahre kam die Kommission nach Eingang einiger Beschwerden zu der Überzeugung, dass die tatsächliche Durchführung des angemeldeten Vertriebssystems nicht dem angemeldeten Mustervertrag entsprach und stellte einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG fest. Es stellte sich heraus, dass aus Gründen der Preispolitik bestimmte Vertriebsformen und bestimmte Händler, die wegen ihrer Preisgestaltung eine Gefahr für die von AEG verfolgte Linie

---

<sup>244</sup> EuGH-Urteil vom 12.7.1979, *BMW Belgium*, Rs. 32/78 und 36-83/78, Slg. 1979, 2435 Rnr. 29.

<sup>245</sup> EuGH-Urteil vom 12.7.1979, *BMW Belgium*, Rs. 32/78 und 36-83/78, Slg. 1979, 2435 Rnr. 23.

<sup>246</sup> IX. Wettbewerbsbericht (1979), Z. 19.

<sup>247</sup> Rs. 107/ 82, Slg. 1983, 3151.

darstellten, der Zugang zum Vertriebsnetz dieser Firma verwehrt, erschwert oder von zusätzlichen Bedingungen abhängig gemacht wurde, obwohl diese Händler oder Vertriebsformen die vorgesehenen Voraussetzungen erfüllten. Darüber hinaus übte AEG mittelbar oder unmittelbar erheblichen Einfluss auf die Festsetzung der Wiederverkaufspreise durch die Händler aus.

Im späteren Rechtsmittelverfahren erklärte der EuGH, dass es unzulässig ist, wenn der Hersteller in der Absicht, ein hohes Preisniveau aufrechtzuerhalten oder bestimmte moderne Vertriebsarten auszuschließen, Händlern, die den qualitativen Anforderungen der Vertriebsbindung genügen, die Zulassung verweigert.<sup>248</sup> Dies stellt keine einseitige Maßnahme dar, vielmehr fügt sich das Verhalten des Herstellers in die Gesamtheit der vertraglichen Beziehungen ein, die das Unternehmen mit seinen Wiederverkäufern unterhält.<sup>249</sup> Bei der Aufnahme akzeptieren die Händler die von AEG verfolgte Politik, und darauf gründet auch ihre Zulassung, denn ansonsten würden sie früher oder später vom Händlernetz ausgeschlossen. Es lag somit eine Zustimmung der Händler zur Politik von AEG vor und damit eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG, die aufgrund der wettbewerbswidrigen Anwendung von AEG zur Durchsetzung ihrer Politik den Wettbewerb beschränkte. Wie bereits bei der geschichtlichen Entwicklung der Wettbewerbspolitik erwähnt, hat der EuGH in diesem Urteil seine Haltung zu den kartellrechtlichen Problemen des selektiven Vertriebssystems präzisiert und weiterentwickelt und damit bedeutende Maßstäbe für die künftige Wettbewerbspolitik in Bezug auf die Vertriebsverträge an die Kommission weitergegeben.<sup>250</sup>

### 3. Ford

Im Fall *Ford* vom 8.5.1985<sup>251</sup> hatte die Ford AG Deutschland (im Folgenden: Ford) im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems mit Händlern so genannte Haupthändler-Verträge abgeschlossen. Ford verkaufte im Rahmen dieser Verträge sowohl Fahrzeuge mit Rechtslenkung als auch Fahrzeuge mit Linkslenkung. Von Frühjahr 1981 an stieg die Nachfrage nach Fahrzeugen mit Rechtslenkung auf diesem Markt stark an, da die Verkaufspreise wegen Währungsschwankungen in Deutschland weit unter den Preisen des britischen Marktes lagen und infolgedessen immer mehr britische Kunden diese Fahrzeuge bei deutschen Händlern kauften. Aufgrund der Sorge um die Auswirkungen dieser Verkäufe auf Ford Großbritannien und ihres Vertriebs gab Ford mit einem Rundschreiben am 27.4.1982 den deutschen Händlern bekannt, dass Ford keine Aufträge für Fahrzeuge mit Rechtslenkung

---

<sup>248</sup> EuGH-Urteil vom 25.10.1983, *AEG*, Rs. 107/ 82, Slg. 1983, 3151 Rnr. 37.

<sup>249</sup> EuGH-Urteil vom 25.10.1983, *AEG*, Rs. 107/ 82, Slg. 1983, 3151 Rnr. 38.

<sup>250</sup> XIII. Wettbewerbsbericht (1983), Z. 173.

<sup>251</sup> Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725.

von den deutschen Händlern mehr annehmen wird und dass all diese Fahrzeuge künftig nur noch in England erhältlich sind.

Am 16.11.1983 erließ die Kommission eine Entscheidung, in der festgestellt wurde, dass der Haupthändler-Vertrag von Ford den Wettbewerb beschränke sowie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG beeinträchtige und deswegen dieser Vertrag nicht gem. Art. 81 Abs. 3 EG freigestellt werden kann. Diese Entscheidung richtet sich nur gegen den Haupthändlervertrag, da die Lieferverweigerung, die sich aus dem Rundschreiben ergibt, im wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Haupthändlervertrag zu sehen war. Hauptstreitpunkt in der Klage vor dem EuGH war die Frage, ob das Rundschreiben eine einseitige Handlung darstellt oder im Zusammenhang mit dem Haupthändlervertrag zu sehen ist und damit eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag vorliegt. Das Rundschreiben stellte nach Meinung des EuGH keine einseitige Handlung dar, sondern fügte sich in die vertragliche Beziehung, die das Unternehmen mit seinen Wiederverkäufern unterhält, ein.<sup>252</sup> Der EuGH begründete dies damit, dass die Zulassung zum Händlernetz die Zustimmung der Vertragspartner zur Vertriebspolitik von Ford auf dem deutschen Markt voraussetze. Ferner werden Vereinbarungen, die ein selektives Vertriebssystem darstellen, in der Regel geschlossen, um den Vertrieb der Erzeugnisse für eine bestimmte Anzahl von Jahren zu regeln. Da die technische Entwicklung für einen derartigen Zeitraum nicht immer vorhersehbar ist, müssen diese Vereinbarungen bestimmte Gesichtspunkte notwendigerweise späteren Entscheidungen des Herstellers überlassen.<sup>253</sup> Diese Veränderungen sind aber von der vorhergehenden Zustimmung der Händler zum Händlervertrag gedeckt. Die Einstellung der Lieferung der Fahrzeuge mit Rechtslenkung war somit in keinem anderen vertraglichen Rahmen als dem Haupthändlervertrag erfolgt und stellte somit eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG dar. Infolgedessen hat der EuGH festgestellt, dass Ford das selektive Vertriebssystem dazu benutzt hat, Paralleleinfuhren zu verhindern, um auf diese Weise eine künstliche Aufteilung des Gemeinsamen Marktes herbeizuführen.<sup>254</sup> Die Klage von Ford wurde im vollen Umfang vom EuGH abgewiesen. Damit wurde vom EuGH ausdrücklich klargestellt, dass einseitige Maßnahmen als Konkretisierungsmaßnahmen für vorangegangene Verträge durchaus als Vereinbarung im Sinne des Europäischen Kartellrechts bewertet werden können.

---

<sup>252</sup> EuGH-Urteil vom 8.5.1985, *Ford*, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725 Rnr. 21.

<sup>253</sup> EuGH-Urteil vom 8.5.1985, *Ford*, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725 Rnr. 20.

<sup>254</sup> EuGH-Urteil vom 8.5.1985, *Ford*, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725 Rnr. 46.

#### 4. Sandoz

Im EuGH-Fall *Sandoz* vom 11.1.1990<sup>255</sup> erhielten Kunden von Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA (im Folgenden: Sandoz), einer italienischen Tochtergesellschaft des Pharmakonzerns Sandoz, Rechnungen mit dem Vermerk „Ausfuhr verboten“. Dies war eine Maßnahme, die Sandoz traf, um den zunehmenden Parallelhandel mit ihren Medikamenten einzudämmen. Nach Ansicht von Sandoz war der Grund für den immer mehr zunehmenden Export der Medikamente aus Italien in dem von den italienischen Behörden festgesetzten niedrigen Preisniveau zu sehen.<sup>256</sup> Die von Sandoz verwendeten Rechnungen waren nur auf der Vorderseite bedruckt und außer der Rechnung befanden sich noch Angaben über den Gerichtsstand, die Rügefrist bei Mängeln und den Gefahrenübergang auf dem Vordruck.

Nach Ansicht des EuGH führte die Tatsache, dass die Rechnungen fortwährend und systematisch verwendet wurden, zu der Schlussfolgerung, dass die Kunden von Sandoz implizit mit dem Ausfuhrverbot einverstanden waren und es akzeptierten.<sup>257</sup> Der Aufdruck „Ausfuhr verboten“ bildet im Hinblick auf Art. 81 Abs. 1 EG eine Vertragsklausel, die Teil der Vereinbarung ist, auf die Sandoz und seine Kunden ihre Transaktionen gründeten. Dies wurde durch die Tatsache bestätigt, dass sich auf der Vorderseite der Rechnung einige andere für die Kunden wichtige Geschäftsbedingungen befanden. Eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG war deshalb anzunehmen, weil Geschäftshandlungen, wie etwa der Versand von Rechnungen an einen ständigen Abnehmer, nicht nur einseitiges Verhalten darstellte, sondern sich in den allgemeinen Rahmen der Geschäftsbeziehungen eingliederte.<sup>258</sup> Die Klage wurde vom EuGH zurückgewiesen. Dieses Urteil fügte sich in die Rechtsprechung des Gerichtshofs ein, wonach das Verhalten eines Unternehmens im Rahmen der Geschäftsbeziehungen mit seinen Abnehmern von Art. 81 Abs. 1 EG erfasst wird, sofern deren stillschweigende oder ausdrückliche Zustimmung festgestellt werden kann.<sup>259</sup>

#### 5. Tipp Ex

In der *Tipp Ex*-Entscheidung vom 8.2.1990<sup>260</sup> ging es um eine Vereinbarung vom 5.10.1979 zwischen der Tipp Ex GmbH & Co. KG (im Folgenden: Tipp Ex) als Vertreiber für Korrekturmittel beim Maschineschreiben und ihrem französischen Alleinvertriebshändler

---

<sup>255</sup> Rs. C-277/87, Slg. 1990, I-45.

<sup>256</sup> Entscheidung der Kommission vom 13.7.1987, ABl. EG 1987 Nr. L 222/28 Rnr. 16.

<sup>257</sup> EuGH-Urteil vom 11.1.1990, *Sandoz*, Rs. C-277/87, Slg. 1990, I-45, XX. Wettbewerbsbericht (1990), Z. 155.

<sup>258</sup> EuGH-Urteil vom 11.1.1990, *Sandoz*, Rs. C-277/87, Slg. 1990, I-45, XX. Wettbewerbsbericht (1990), Z. 155.

<sup>259</sup> EuGH-Urteil vom 11.1.1990, *Sandoz*, Rs. C-277/87, Slg. 1990, I-45, XX. Wettbewerbsbericht (1990), Z. 155.

<sup>260</sup> Rs. C-279/87, Slg. 1990, I-261, WuW 1990, 795 ff.

Diffusion Marketing International (im Folgenden: DMI). Tipp Ex forderte von DMI, die Preise für einen Kunden, ISA France (im Folgenden: ISA), so weit anzuheben, dass dieser kein wirtschaftliches Interesse mehr an Parallelausfuhren habe. ISA war für seine Preisunterbietungen und Weiterverkäufe an einen deutschen Händler bekannt. DMI reagierte auf die Forderung mit einer 10- bis 20-prozentigen Anhebung der Preise nur gegenüber ISA.<sup>261</sup> Daraufhin zog sich ISA aus den Vertragsbeziehungen mit DMI zurück. Zu einer erneuten Aufnahme dieser Beziehungen kam es nicht mehr, da DMI dies ablehnte. Mit der Wirkung vom 4.1.1982 entzog Tipp Ex DMI das Alleinvertriebsrecht für Frankreich und übertrug es der Beiersdorf AG.<sup>262</sup> In dem Vertragshändlervertrag zwischen Tipp Ex und der Beiersdorf AG verpflichteten sich die Vertragshändler, keine Kunden mit Tipp Ex-Ware zu beliefern, von denen bekannt ist, dass sie in Gebiete außerhalb des Vertragsgebietes weiterliefern wollen. Unter anderem wurden aufgrund dieser Vereinbarung ISA, die im Wege der Übertragung des Alleinvertriebsrechts auf die Beiersdorf AG wieder mit Tipp Ex-Produkten beliefert wurde, keine Sonderkonditionen mehr gewährt. Denn ISA hatte trotz Versprechens gegenüber der Beiersdorf AG, keine deutschen Händler mehr zu beliefern, die Exportgeschäfte fortgesetzt.

Aufgrund dieser Reaktion der Alleinvertriebshändler auf die Forderungen von Tipp Ex war nach Ansicht des EuGH das Vorliegen von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG bewiesen. Denn grundsätzlich führt ein absoluter Gebietsschutz für einen Alleinvertriebshändler, der die Kontrolle und die Behinderung von Parallelimporten ermöglichen soll, nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes zu einer vertragswidrigen künstlichen Aufrechterhaltung getrennter nationaler Märkte.<sup>263</sup> Tipp Ex hatte versucht, beide Alleinvertriebshändler DMI und die Beiersdorf AG mit der genannten Aufforderung zu beeinflussen, um den Reimport besonders nach Deutschland zu verhindern. DMI ist der Aufforderung von Tipp Ex, keine Ware an Kunden abzugeben, die Tipp Ex-Produkte in andere Mitgliedstaaten weiterverkaufen, nachgekommen, indem DMI erst die Preise gegenüber ISA erhöhte und ferner die Vertragsbeziehungen zu ISA nicht mehr weiterführte. Ebenso lag zwischen der Beiersdorf AG und Tipp Ex durch den Vertriebshändlervertrag eine Vereinbarung vor, die durch die Verpflichtung der Vertragshändler, keine Exportgeschäfte zu fördern, wettbewerbsbeschränkend war. Es lag eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG vor. In seinem Urteil hat der EuGH somit die Entscheidung der Kommission vom 10.8.1987 bestätigt. Insbesondere genügte es für einen Verstoß gegen die Europäischen Wettbewerbsregeln, dass ein Unternehmen hätte wissen müssen, dass sein beanstandetes

---

<sup>261</sup> EuGH-Urteil vom 8.2.1990, *Tipp Ex*, Rs. C-279/87, Slg. 1990, I-261, WuW 1990, 796.

<sup>262</sup> EuGH-Urteil vom 8.2.1990, *Tipp Ex*, Rs. C-279/87, Slg. 1990, I-261, WuW 1990, 796.

<sup>263</sup> EuGH-Urteil vom 8.2.1990, *Tipp Ex*, Rs. C-279/87, Slg. 1990, I-261, WuW 1990, 797.

Verhalten eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckte.<sup>264</sup> Somit musste Tipp Ex sich nicht tatsächlich bewusst sein, gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoßen zu haben.

## 6. Dunlop Slazenger

Beklagte in diesem Verfahren<sup>265</sup> war die Dunlop Slazenger International Ltd. (im Folgenden: Dunlop), eine Gesellschaft des englischen Rechts, welche Sportartikel herstellt und diese weltweit vertreibt. Newitt & Co. Ltd. (im Folgenden: Newitt), eine Gesellschaft englischen Rechts, die den Groß- und Einzelhandel mit Sportartikeln betreibt, kaufte bei Dunlop eine große Anzahl von Sportartikeln, insbesondere Tennis- und Squashbälle. Diese Artikel wurden von Newitt & Co. Ltd. in England und in andere europäische Mitgliedstaaten, insbesondere in die Niederlande, verkauft. Die Ausfuhren in andere Staaten wurden jedoch von Dunlop auf verschiedene Weise behindert, insbesondere über den Preis. Damit wollten sie ihren Alleinvertriebshändlern in den jeweiligen Staaten einen absoluten Gebietsschutz sichern. Durch Schreiben vom 5.8.1985 an Newitt & Co.Ltd. wies Dunlop auf ihre Geschäftspolitik hin, dass Ausfuhren ihrer Erzeugnisse auf einen beliebigen Markt der Welt nicht zugelassen sind. Solche Verkäufe stellen Vertragsverletzungen dar. Neben abschreckender Preisgestaltung versuchte Dunlop mit Liefersperren, Kennzeichnung und Beobachtung von Exportware, Aufkauf von Exportware und diskriminierende Benutzung offizieller Markenzeichen, ihre Geschäftspolitik durchzusetzen.

Die Kommission stellte mit ihrer Entscheidung vom 18.3.1992 fest, dass die Alleinvertriebsvereinbarungen von Dunlop die ungesicherte Zusicherung enthielten, dem Alleinvertriebshändler absoluten Gebietsschutz einzuräumen, und dass die zu diesem Zweck von Dunlop mit dem Zwischenhandel und mit Vertragshändlern geschlossenen Verkaufsverträge ein ebenfalls ungeschriebenes Exportverbot für das jeweilige Gebiet jedes ihrer Alleinvertriebshändler in der Gemeinschaft enthielten.<sup>266</sup> Dies stellte einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG dar. Das EuG bestätigte am 7.7.1994 diese Entscheidung.<sup>267</sup> Die gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoßende Vertragsklausel muss nicht schriftlich vorliegen, sie kann auch stillschweigend in die Vertragsbeziehungen zwischen einem Unternehmen und seinem Geschäftspartner einbezogen sein. Die durchgeführten Maßnahmen und der Schriftwechsel, um diese ausfahrfeindliche Politik durchzusetzen, bestätigen das von Dunlop verfolgte Exportverbot. Die stillschweigende Zustimmung von Newitt & Co.Ltd. ergab sich für das EuG einerseits aus dem Schriftwechsel, in dem das Exportverbot von Dunlop ausgesprochen worden ist, und andererseits aus den weiterhin erteilten Aufträgen an Dunlop

---

<sup>264</sup> EuGH-Urteil vom 8.2.1990, *Tipp Ex*, Rs. C-279/87, Slg. 1990, I-261, XX. Wettbewerbsbericht (1990), Z. 158.

<sup>265</sup> EuG-Urteil vom 7.7.1994, Rs. T-43/92, Slg. 1994, II-441.

<sup>266</sup> EuG-Urteil vom 7.7.1994, *Dunlop Slazenger*, Rs. T-43/92, Slg. 1994, II-441 Rnr. 11.

<sup>267</sup> EuG-Urteil vom 7.7.1994, *Dunlop Slazenger*, Rs. T-43/92, Slg. 1994, II-441 Rnr. 52.

ohne Widerspruch zu dieser Politik.<sup>268</sup> Das EuG hat mit diesem Urteil deutlich gemacht, dass in der stillschweigenden Befolgung des auferlegten Wettbewerbsverbots eine Vorgehensweise i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG zu sehen war.

## 7. Bayerische Motorenwerke

Dieses Verfahren<sup>269</sup> betraf die ALD Auto-Leasing GmbH (im Folgenden: ALD) als das größte unabhängige Leasingunternehmen und BMW. ALD bietet privaten und gewerblichen Leasingunternehmen Fahrzeuge verschiedener Hersteller an. ALD verleast auch Fahrzeuge der Marke BMW. BMW vertreibt ihre Kraftfahrzeuge in Deutschland teils über Niederlassungen, teils über ausgewählte Händler. BMW ist auch im Bereich des Kraftfahrzeugleasings tätig, deren Leistungen auch von den Vertragshändlern von BMW angeboten werden. BMW ist der Auffassung, dass die unabhängigen Leasinggesellschaften zu Störungen ihrer Handelsorganisation führen, da diese Gesellschaften ihr Geschäft über einen oder einige wenige Händler der BMW-Handelsorganisation ohne Rücksicht auf den Sitz/Wohnsitz des Leasingnehmers/Kunden abwickelten. Dadurch sei ein paralleles Vertriebssystem entstanden, das den Gebietsschutz, der den Händler in dem jeweiligen Verantwortungsgebiet zustehe, unterlaufe und folglich die Vertriebsstruktur von BMW in Frage stelle. Deswegen richtete sich BMW an ihre Vertriebshändler mit einem Rundschreiben, das eine Untersagung des Verkaufs an Leasingnehmer, deren Wohnsitz außerhalb ihres Vertragsgebietes liegt und die durch Fremdgemeinschaften angeworben wurden bzw. werden, enthält. Nach Ansicht von ALD stellte dieses Rundschreiben ein Verstoß gegen das deutsche Wettbewerbsrecht sowie gegen Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag dar. ALD erhob Unterlassungsklage beim LG Frankfurt. Das LG gab dieser Klage statt. Nach erfolgloser Berufung legte BMW Revision beim BGH ein. Der BGH stellte fest, dass die Unterlassungsklage zurückzunehmen sei, wenn das Rundschreiben mit dem Gemeinschaftsrecht und insbesondere mit der VO 123/85 vereinbar sei. Aufgrund dieser Erwägung beschloss der BGH, das Verfahren auszusetzen und den EuGH um eine Vorabentscheidung zu ersuchen.

Der EuGH setzte sich in erster Linie mit der Frage auseinander, ob das Verhalten von BMW mit dem Art. 81 Abs. 1 EG vereinbar bzw. durch die VO 123/85 freigestellt ist. Nach der Rechtsprechung im Fall Ford<sup>270</sup> stellt eine einseitige Aufforderung eines Kraftfahrzeugherstellers an seine Vertragshändler keine einseitige Handlung dar, sondern eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG, wenn sie im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen erfolgt, die einer im Voraus getroffenen allgemeinen Vereinbarung unter-

---

<sup>268</sup> EuG-Urteil vom 7.7.1994, *Dunlop Slazenger*, Rs. T-43/92, Slg. 1994, II-441 Rnr. 61.

<sup>269</sup> EuGH-Urteil vom 24.10.1995, Rs. C-70/93, Slg. 1995, I-3439.

<sup>270</sup> EuGH-Urteil vom 8.5.1985, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725.

liegen.<sup>271</sup> Das vorliegende Rundschreiben von BMW nahm mehrfach Bezug auf den Händlervertrag. Somit sah der EuGH in der Aufforderung von BMW gegenüber ihren Händlern, herstellerunabhängige Leasinggesellschaften unter bestimmten Umständen nicht mehr zu beliefern, in Verbindung mit dem Händlervertrag eine Vereinbarung vorliegen. Diese Vereinbarung bewirkte nach Ansicht der EuGH einen absoluten Gebietsschutz und schränkte die geschäftliche Handlungsfreiheit der Händler ein.<sup>272</sup> Ferner war die Vereinbarung nicht durch die VO 123/85 gedeckt.<sup>273</sup> Das Verhalten von BMW und seinen Vertragshändlern stellte damit einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG dar. Mit dieser Entscheidung bestätigte der EuGH seine Ansicht zur Feststellung einer Vereinbarung innerhalb eines selektiven Vertriebssystems.

## 8. VW I

In dem EuG-Urteil<sup>274</sup> war die Volkswagen AG mit Sitz in Wolfsburg die Klägerin. Die Volkswagen AG ist die Dachgesellschaft des Volkswagen-Konzerns (im Folgenden: VW). Die Kraftfahrzeuge der Marken VW und Audi werden innerhalb der Gemeinschaft über selektive Händlernetze vertrieben. Der Import dieser Fahrzeuge sowie ihrer Ersatzteile und ihres Zubehörs nach Italien wird ausschließlich von der Gesellschaft italienischen Rechts Autogerma SpA (im Folgenden: Autogerma) mit Sitz in Verona durchgeführt. Der Vertrieb in Italien wird über rechtlich und wirtschaftlich selbständige Händler organisiert, die in einem Vertragsverhältnis zu Autogerma stehen. Die Händlerverträge waren von der Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EG durch die VO 123/85 freigestellt. Am 28.1.1998 erließ die Kommission eine Entscheidung gegen VW, in der ein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG festgestellt wurde. VW wurde vorgeworfen, dass der Konzern mit seinen Töchtern Audi und Autogerma Maßnahmen durchgeführt hatte, die sich als Ausdruck der Durchführung einer Marktabschottungspolitik darstellten. Das EuG bestätigte in dem Verfahren größtenteils die Kommissionsentscheidung. VW hatte mit Maßnahmen wie der Verweigerung der Bonuserteilung gegenüber italienischen Vertragshändlern für Verkäufe außerhalb der Vertragsgebiete, die mehr als 15 % der Gesamtverkäufe ausmachten, versucht, den Reexport aus Italien zu verhindern. Des Weiteren wurde von VW die Belieferung der italienischen Vertragshändler kontingentiert, um die Reexporte aus Italien einzudämmen. Diese Kontingentierung in Verbindung mit dem System der Bonuszahlung war geeignet, die italienischen Vertragshändler dazu zu veranlassen, den Verkauf von Fahrzeugen an Käufer anderer Mitgliedstaaten abzulehnen.<sup>275</sup> Zu diesen Maßnahmen kamen noch so genannte

---

<sup>271</sup> EuGH-Urteil vom 24.10.1995, *Bayerische Motorenwerke*, Rs. C-70/93, Slg. 1995, I-3439 Rnr. 16.

<sup>272</sup> EuGH-Urteil vom 24.10.1995, *Bayerische Motorenwerke*, Rs. C-70/93, Slg. 1995, I-3439 Rnr. 19.

<sup>273</sup> EuGH-Urteil vom 24.10.1995, *Bayerische Motorenwerke*, Rs. C-70/93, Slg. 1995, I-3439 Rnr. 38.

<sup>274</sup> EuG-Urteil vom 6.7.2000, *VW I*, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707.

<sup>275</sup> EuG-Urteil vom 6.7.2000, *VW I*, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707 Rnr. 89.

Verpflichtungserklärungen hinzu, die der Käufer in Italien unterschreiben musste. Darin verpflichtete sich der Erwerber unter Androhung einer Vertragsstrafe, das erworbene Auto nicht vor Ablauf von 3 Monaten und Erreichen eines Kilometerstandes von 3000 km zu verkaufen. Um für die korrekte Durchsetzung der getroffenen Maßnahmen zu sorgen, hat VW mit Hilfe ihrer Tochter Autogerma systematische Kontrollen vorgenommen und Warnungen an die Vertragshändler gerichtet.

Das EuG stellte, wie schon die Kommission, fest, dass eine Aufforderung eines Kraftfahrzeugherstellers an seine Vertragshändler keine einseitige Handlung darstellt, die sich dem Anwendungsbereich des Art. 81 Abs. 1 EG entzieht, sondern eine Vereinbarung im Sinne dieser Bestimmung, wenn sie im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen erfolgt, die einer im Voraus getroffenen Vereinbarung unterliegen.<sup>276</sup> Mit diesem Urteil machte das EuG deutlich, dass gerade Vertragsverletzungen, durch die die Verbraucher gehindert werden, die Vorteile des Binnenmarktes voll und ganz zu nutzen, verurteilt werden müssen.

---

<sup>276</sup> EuG-Urteil vom 6.7.2000, *VW I*, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707 Rnr. 236.

## **Zweites Kapitel:**

### **Die Analyse der Rechtssachen *Bayer* und *VW II***

Im diesem Kapitel werden die zwei Grundsatzurteile dieser Arbeit, *Bayer*<sup>277</sup> und *VW II*<sup>278</sup>, umfangreich dargestellt. Im Anschluss daran werden diese Urteile in Bezug auf die Voraussetzungen für eine Vereinbarung anhand der bisherigen Rechtsprechung analysiert und spezielle Probleme zu dieser Thematik behandelt, um aus den gefundenen Ergebnissen Leitlinien für die Bestimmung des Begriffs der Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG innerhalb der Problematik der scheinbar einseitigen Maßnahmen aufstellen zu können.

#### **I. Die Rechtssache Bayer**

Die umfassende Darstellung der Rechtssache *Bayer*, d. h. von der Kommissionsentscheidung bis zum EuGH-Urteil, soll dazu dienen, die anschließende Analyse besser zu verstehen. Dieser Fall beschäftigt sich eingehend mit dem Begriff der Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG. Während dieses Entscheidungsprozesses stellte sich immer wieder die Frage, ob die Kommission den Vereinbarungsbegriff zu weit ausgelegt hatte, indem sie die Maßnahmen von Bayer als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung ansah, oder ob die Europäischen Gerichte ihn zu restriktiv interpretiert haben, indem sie der Sichtweise der Kommission nicht folgten.

##### **1. Der Sachverhalt**

Die Bayer AG (im Folgenden: Bayer) ist die Muttergesellschaft eines der größten europäischen Pharmakonzerne und mit nationalen Tochtergesellschaften in allen Mitgliedstaaten der EU vertreten. Sie erzeugt und vermarktet seit vielen Jahren unter dem Warenzeichen Adalat bzw. Adalate ein Medikament, das zur Behandlung von kardiovaskulären Erkrankungen dient. In Frankreich und in Spanien lag der Preis für das Medikament in den Jahren von 1989 bis 1993 durchschnittlich 40 % unter dem Preis für das Medikament im Vereinigten Königreich. Dieser Preisunterschied war auf die direkte bzw. indirekte Festsetzung der Preise von den nationalen Gesundheitsbehörden zurückzuführen. Diese Entwicklungen veranlassten Großhändler in Spanien und Frankreich, große Mengen von Adalat in das Vereinigte Königreich auszuführen. Diese Parallelimporte verursachten bei

---

<sup>277</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

<sup>278</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141.

der britischen Tochtergesellschaft von Bayer erhebliche Verluste. Bayer reagierte auf diese Situation mit einer Änderung ihrer Lieferpolitik. Sie erfüllte die Bestellungen der Großhändler aus Frankreich und Spanien nicht mehr im vollen Umfang. Nach Beschwerden einiger betroffener Großhändler leitete die Kommission ein Verwaltungsverfahren zur Untersuchung etwaiger Verstöße der Tochtergesellschaften von Bayer in Frankreich (im Folgenden: Bayer Frankreich) und in Spanien (im Folgenden: Bayer Spanien) gegen Art. 81 Abs. 1 EG in.

## 2. Die Kommissionsentscheidung

Die Europäische Kommission hat am 10. Januar 1996 gegen Bayer wegen Verstoßes gegen Art. 81 Abs. 1 EG eine Geldbuße in Höhe von 3 Mio. ECU verhängt.<sup>279</sup>

### a) Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG

Die Kommission sah in der Änderung der Lieferpolitik durch Bayer einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG. Bayer hatte nach Ansicht der Kommission mit ihren Kunden im Rahmen fortlaufender Geschäftsbeziehungen ein Ausfuhrverbot festgesetzt, das auf spürbare Weise den Wettbewerb beschränkte und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigte.

### aa) Das Ausfuhrverbot

Das Ausfuhrverbot von Bayer ergab sich für die Kommission aus einem System für das Aufspüren exportierender Großhändler und der sofort folgenden Reduzierungen der gelieferten Mengen von Adalat, wenn die Großhändler die Gesamtheit oder einen Teil dieses Erzeugnisses exportierten.<sup>280</sup>

Die Kommission sah es als erwiesen an, dass Bayer Spanien und Bayer Frankreich über ein System zur Identifizierung exportierender Großhändler verfügte. Bayer Spanien hatte zur Ermittlung der exportierenden Großhändler ein EDV-System entwickelt. Dieses Kontrollsystem hat für alle Großhändler einen Grenzwert für die Liefermengen anhand des früheren Verbrauchs bestimmt. Bei Überschreitung der festgelegten Menge stoppte das System automatisch die Bestellung und der jeweilige Großhändler konnte sich nur unter besonderen darlegungspflichtigen Umständen größere Mengen liefern lassen.<sup>281</sup> Bayer Frankreich dagegen hat die exportierenden Großhändler mit weniger aufwendigen Methoden registriert. Die französische Tochtergesellschaft führte in handschriftliche Listen ihre Großhändler mit Belieferungsstatistiken auf. In den Statistiken wurden die monatlich bestellte

---

<sup>279</sup> ABl. EG 1996 Nr. L 201/1.

<sup>280</sup> ABl. EG 1996 Nr. L 201/1 Rnr. 156.

<sup>281</sup> ABl. EG 1996 Nr. L 201/1 Rnr. 110.

Menge nebst der Steigerung ihres Volumens im Vergleich zu den für das Vorjahr festgehalten. Wenn der Unterschied der gelieferten Mengen zum Vorjahr allzu groß war, wurde hinter dem jeweiligen Großhändler der Vermerk „nicht liefern“ oder „blockiert“ geschrieben.

Begründet wurden die Lieferstopps seitens der spanischen und französischen Tochtergesellschaft von Bayer mit dem Argument, dass Produktionsprobleme und unzureichende Bestände bestehen.<sup>282</sup> Der Zusammenhang zwischen den Lieferbeschränkungen und dem Ausfuhrverhalten ergab sich für die Kommission daraus, dass die Großhändler grundsätzlich für ihr Gebiet ein ausreichendes Belieferungsniveau erlangten, wenn sie sich auf die Belieferung für den nationalen Markt beschränkten, ansonsten wurden die Lieferungen gekürzt.<sup>283</sup>

#### bb) Das Ausfuhrverbot als Teil der fortlaufenden Beziehungen

Anhand des EuGH-Urteils *Sandoz* legte die Kommission dar, dass das Exportverbot ein wesentliches Element der fortlaufenden Geschäftsbeziehungen zwischen den Beteiligten ist.

Die fortlaufenden Geschäftsbeziehungen zwischen Bayer Spanien und Bayer Frankreich und ihren Großhändlern begründet die Kommission mit den jahrzehntelangen geschäftlichen Beziehungen mit ständig wiederholenden Geschäftshandlungen.<sup>284</sup> Das Exportverbot fügt sich in den Rahmen dieser fortlaufenden Geschäftsbeziehungen ein, denn nach Ansicht der Kommission sind erstens die bestellten Mengen ein ständiger, wesentlicher Bestandteil jeder Geschäftsbeziehung, zweitens hat Bayer Spanien sowie Bayer Frankreich gegenüber ihren Großhändlern ein systematisches und einheitliches Exportverbot durchgesetzt, und drittens haben die jeweiligen Großhändler in das Exportverbot konkludent eingewilligt.<sup>285</sup> Besonders der dritte Punkt ergab sich nach Meinung der Kommission daraus, dass die Großhändler die tatsächlichen Beweggründe der Kontingentierung der Lieferpolitik von Bayer, nämlich die Parallelexporte zu verhindern, erkannten. Die Kenntnis des Exportverbots der Großhändler war im Fall *Sandoz* für die Feststellung der Zustimmung seitens der Händler entscheidend.<sup>286</sup> Allein die Tatsache, dass die Großhändler im Fall *Sandoz* auf den expliziten Hinweis auf das Exportverbot nicht reagierten, hat zu dem Schluss geführt, dass diese das Exportverbot akzeptierten. In der vorliegenden Entscheidung haben die Großhändler, nachdem sie den Zweck der Lieferkontingentierung von Bayer erkannten, Umgehungssysteme geschaffen, um ihre Ausfuhren nach Großbritannien fortsetzen zu können. Zum einen teilten die Großhändler die Bestellungen für die Ausfuhr auf die verschiedenen Vertretungen auf sowie auf andere

---

<sup>282</sup> ABl. EG 1996 Nr. L 201/1 Rnr. 89.

<sup>283</sup> ABl. EG 1996 Nr. L 201/1 Rnr. 169.

<sup>284</sup> ABl. EG 1996 Nr. L 201/1 Rnr. 172, Rnr. 47-52.

<sup>285</sup> ABl. EG 1996 Nr. L 201/1 Rnr. 174-176.

<sup>286</sup> ABl. EG 1996 Nr. L 201/1 Rnr. 180.

kleine „nicht kontrollierte“ Großhändler.<sup>287</sup> Zum anderen versuchten die Großhändler, mit Bayer größere Lieferquoten für das Inland auszuhandeln.<sup>288</sup> Dieses Verhalten der Großhändler deutete die Kommission als Zustimmung zum Exportverbot, denn sie ließen sich damit, auch wenn es nur zum Schein war, auf die Lieferbeschränkungen ein.<sup>289</sup> Eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG lag somit nach Ansicht der Kommission vor.<sup>290</sup>

#### b) Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken

Die Kommission stellte des Weiteren fest, dass der Wettbewerb durch die Exportverbote auf spürbare Weise beschränkt wurde. Die vereinbarten Exportverbote verfolgten den Zweck, die Vertragsfreiheit der Großhändler zur Befriedigung der Nachfrage aus dem Vereinigten Königreich zu beschränken.<sup>291</sup> Sie hatten mithin die Wirkung, den Verkauf von parallel importiertem Adalat zu drosseln. Damit sollte der Markt des Vereinigten Königreichs vor Parallelimporten geschützt werden.<sup>292</sup> Diese Wettbewerbsbeschränkung war aufgrund der bestehenden Preisunterschiede besonders auf dem Markt des Vereinigten Königreichs spürbar.

#### c) Zwischenstaatlichkeitsklausel

Der Handel zwischen den Mitgliedstaaten wurde nach Ansicht der Kommission auf zweierlei Art und Weise spürbar beeinträchtigt. Zum einen wurden die potenziellen Ausgangsmärkte der Exporte (Frankreich und Spanien) mit den von Bayer durchgeführten Lieferbeschränkungen geschlossen, und zum anderen wurde der Bestimmungsmarkt der Exporte (das Vereinigte Königreich) mit der neuen Geschäftspolitik von Bayer geschützt.<sup>293</sup> Vor allem Frankreich und das Vereinigte Königreich sind nach Ansicht der Kommission bedeutende Märkte für die Gemeinschaft.<sup>294</sup>

---

<sup>287</sup> ABl. EG 1996 Nr. L 201/1 Rnr. 182.

<sup>288</sup> ABl. EG 1996 Nr. L 201/1 Rnr. 183.

<sup>289</sup> ABl. EG 1996 Nr. L 201/1 Rnr. 184.

<sup>290</sup> ABl. EG 1996 Nr. L 201/1 Rnr. 186.

<sup>291</sup> ABl. EG 1996 Nr. L 201/1 Rnr. 189.

<sup>292</sup> ABl. EG 1996 Nr. L 201/1 Rnr. 190.

<sup>293</sup> ABl. EG 1996 Nr. L 201/1 Rnr. 198.

<sup>294</sup> ABl. EG 1996 Nr. L 201/1 Rnr. 198.

### 3. Die Entscheidung des EuG

Bayer, unterstützt durch EFPIA<sup>295</sup>, erhob am 22.3.1996 Klage auf Nichtigerklärung der Kommissionsentscheidung. Die Kommission wurde in diesem Verfahren vom BAI<sup>296</sup> unterstützt. Das EuG erklärte die Kommissionsentscheidung am 26.10.2000<sup>297</sup> für nichtig. Nach Ansicht des Gerichts konnte die Kommission nicht nachweisen, dass Bayer mit seinen Großhändlern aus Spanien und Frankreich eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG über die Begrenzung von Parallelausfuhren in das Vereinigte Königreich getroffen hatte.

#### a) Der Begriff der Vereinbarung

Das EuG fasste zu Beginn seiner Ausführungen die Rechtsprechung zum Begriff der Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG zusammen.<sup>298</sup> Eine Vereinbarung ist gegeben, wenn die betreffenden Unternehmen ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten.<sup>299</sup> Hierfür muss kein verbindlicher und wirksamer Vertrag geschlossen werden. Es genügt vielmehr, dass eine Klausel Ausdruck des gemeinsamen Willens ist.<sup>300</sup> Es können auch unter bestimmten Umständen Maßnahmen, die ein Hersteller dem Anschein nach einseitig im Rahmen ständiger Beziehungen zu seinen Vertriebshändlern trifft oder durchsetzt, als Vereinbarungen i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG angesehen werden.<sup>301</sup>

#### b) Ausführverbot

Um die Frage zu klären, ob die Kommission in ihrer Entscheidung das Vorliegen einer Willensübereinstimmung zwischen den Parteien über die Begrenzung der Parallelimporte rechtlich hinreichend nachgewiesen hat, musste nach Ansicht des EuG geprüft werden, ob der Wille von Bayer, ein Ausführverbot durchzusetzen, von der Kommission falsch bewertet wurde.

Die Kommission sah es in ihrer Entscheidung als erwiesen an, dass Bayer Spanien und Bayer Frankreich aufgrund eines Kontroll- und Sanktionssystems ihren jeweiligen Großhändlern ein Ausführverbot auferlegt hatte.<sup>302</sup> Bayer bestritt die Einführung eines allgemeinen

---

<sup>295</sup> EFPIA = European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations, mit Beschluss vom 8.11.1996 wurde EFPIA als Streithelfer zugelassen.

<sup>296</sup> BAI = Bundesverband der Arzneimittel-Importeure e. V., mit Beschluss vom 8.11.1996 wurde BAI als Streithelfer zugelassen.

<sup>297</sup> Bayer, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383.

<sup>298</sup> EuG-Urteil vom 26.10.2000, Bayer, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383 Rnr. 66.

<sup>299</sup> EuG-Urteil vom 26.10.2000, Bayer, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383 Rnr. 67.

<sup>300</sup> EuG-Urteil vom 26.10.2000, Bayer, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383 Rnr. 68.

<sup>301</sup> EuG-Urteil vom 26.10.2000, Bayer, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383 Rnr. 70.

<sup>302</sup> EuG-Urteil vom 26.10.2000, Bayer, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383 Rnr. 74.

Vertriebskontrollsystems für Adalat nicht. Dies sollte dazu dienen, ihre neue Lieferpolitik durchzusetzen. Das neue Liefersystem bestand darin, Bestellungen nur nach Maßgabe des herkömmlichen Bedarfs der Großhändler zu erfüllen. Das Vertriebskontrollsystem war aber nicht dazu geeignet, den Export der Großhändler zu kontrollieren. Dies wurde vom EuG bestätigt, indem es festgestellt hat, dass die von der Kommission vorgebrachten Unterlagen keinen Beweis für die Behauptung, dass Bayer seine Lieferpolitik von dem Exportverhalten des jeweiligen Großhändler abhängig machte, enthielten.<sup>303</sup> Sie bestätigen vielmehr die Einführung der neuen Lieferpolitik von Bayer. Des Weiteren wurde in den Verhandlungen zwischen Bayer und den Großhändlern nie ein Ausfuhrverbot ausgesprochen oder darauf Bezug genommen. Vielmehr war in den Korrespondenzen mit den Großhändlern von Versorgungsschwierigkeiten die Rede und nicht von der Auferlegung eines Ausfuhrverbotes.<sup>304</sup> Selbst dass die Großhändler die Lieferbeschränkungen von Bayer als Reaktion auf die Ausfuhren angesehen hatten, ändert nichts an der fehlenden Beweiskraft für den Willen Bayers, ein Ausfuhrverbot zu verhängen. Die Kommission konnte somit nicht den Beweis erbringen, dass Bayer von ihren Großhändlern in irgendeiner Weise ein Ausfuhrverbot gefordert hat.

#### c) Zustimmung der Großhändler

Bayer hat nicht bestritten, dass die neue Lieferpolitik das Ziel hatte, die Parallelexporte ihrer Großhändler zu erschweren. Jedoch wurde diese Lieferpolitik nur einseitig durchgesetzt und beruhte nicht auf der ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung ihrer Großhändler.<sup>305</sup> Dennoch prüfte das EuG, ob wirklich keine irgendwie geartete Zustimmung der Großhändler bestand.

Die Kommission stützte die Zustimmung der Großhändler zu der neuen Lieferpolitik von Bayer auf das tatsächliche Verhalten der Großhändler. Nach Ansicht der Kommission ist die Zustimmung in den Strategien der Großhändler zur Umgehung der von Bayer eingeführten Politik der Lieferbeschränkungen zu sehen. Die Großhändler gingen zum Schein auf die Geschäftspolitik von Bayer ein, und damit akzeptierten sie sie.<sup>306</sup> Doch gerade die Umgehungsversuche dieser Politik lassen nach Meinung des EuG keine Bereitschaft erkennen, sich der von Bayer eingeführten Geschäftspolitik der Verhinderung von Parallelexporten anzuschließen.<sup>307</sup> Sie zeugen vielmehr vom festen und dauerhaften Willen dieser Großhändler, sich einer ihren Interessen grundlegend zuwiderlaufenden Politik zu

---

<sup>303</sup> EuG-Urteil vom 26.10.2000, *Bayer*, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383 Rnr. 89, 93, 96, 103, 108.

<sup>304</sup> EuG-Urteil vom 26.10.2000, *Bayer*, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383 Rnr. 98.

<sup>305</sup> EuG-Urteil vom 26.10.2000, *Bayer*, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383 Rnr. 111.

<sup>306</sup> EuG-Urteil vom 26.10.2000, *Bayer*, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383 Rnr. 123.

<sup>307</sup> EuG-Urteil vom 26.10.2000, *Bayer*, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383 Rnr. 126, 152, 154, 156.

widersetzen.<sup>308</sup> Der Ansicht der Kommission in Bezug auf eine tatsächliche Zustimmung der Großhändler konnte das EuG nicht folgen.

d) Zu den herangezogenen Präjudizien

Die bisherige Rechtsprechung konnte nach Überzeugung des EuG an dem grundsätzlichen Punkt, dass im vorliegenden Fall die Zustimmung der Großhändler zur neuen Politik von Bayer nicht erwiesen wurde und dass die Kommission folglich die Existenz einer Vereinbarung nicht dargetan hatte, nichts ändern.

Im Gegensatz zu der hier vorliegenden Entscheidung hatte der Hersteller in der Rechtssache *Sandoz* in allen seinen Rechnungen ausdrücklich eine wettbewerbsbeschränkende Klausel aufgenommen, die Bestandteil der vertraglichen Beziehungen zwischen ihm und seinen Großhändlern war. Ferner zeigte das tatsächliche Verhalten der Großhändler in Bezug auf die Klausel, an die sie sich de facto widerspruchslos hielten, dass sie ihr und der Art der zugrunde liegenden Geschäftsbeziehung stillschweigend zustimmten.<sup>309</sup>

In dem *Tipp Ex*-Urteil kam der gemeinsame Wille zwischen Tipp Ex und ihrem französischen Alleinvertriebshändler durch mündliche und schriftliche Verträge zum Ausdruck sowie aus dem entsprechenden Verhalten des Vertriebshändlers, das durch Drohungen und Pressionen durch den Hersteller hervorgerufen wurde.

Die beiden Urteile machen deutlich, dass anscheinend einseitige Verhaltensweisen eines Herstellers nur dann Grundlage einer Vereinbarung zwischen Unternehmen sein können, wenn das spätere Verhalten der Großhändler oder Kunden als de facto-Zustimmung ausgelegt werden kann. Diese Voraussetzungen lagen im vorliegenden Fall nach Ansicht des EuG nicht vor, und deswegen können diese Urteile nicht als Untermauerung der Ansichten der Kommission verstanden werden.<sup>310</sup>

Aus den gleichen Gründen wies das EuG die Heranziehung der Rechtsprechung von *BMW Belgium*, *AEG* und *Ford* zurück.<sup>311</sup>

e) Fortsetzung der Geschäftsbeziehung

Nach Ansicht der Kommission genügt die bloße Feststellung der Tatsache, dass die Großhändler ihre Geschäftsbeziehungen zu Bayer nicht abgebrochen hätten, nachdem diese ihre neue Politik zur Einschränkung der Ausfuhren betrieben habe, um das Vorliegen einer

---

<sup>308</sup> EuG-Urteil vom 26.10.2000, *Bayer*, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383 Rnr. 129.

<sup>309</sup> EuG-Urteil vom 26.10.2000, *Bayer*, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383 Rnr. 163.

<sup>310</sup> EuG-Urteil vom 26.10.2000, *Bayer*, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383 Rnr. 163, 167.

<sup>311</sup> EuG-Urteil vom 26.10.2000, *Bayer*, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383 Rnr. 169, 170, 171.

Vereinbarung als erwiesen anzusehen.<sup>312</sup> Das EuG folgt dieser Ansicht nicht. Es fehlt an dem subjektiven Element einer Vereinbarung, wenn die Großhändler ihre Geschäftsbeziehungen zu einem Hersteller nach einseitiger Einführung einer neuen Politik durch diesen Hersteller zwar fortsetzen, mit ihrem tatsächlichen Verhalten dieser Politik aber eindeutig widersprechen.<sup>313</sup> Ferner macht das EuG in Rnr. 174 deutlich, dass Art. 81 Abs. 1 EG nur Hindernisse für den Wettbewerb verbietet, die aufgrund einer Willensübereinstimmung von mindestens zwei Parteien geschaffen wurden. Wenn keine Willensübereinstimmung vorliegt, kommt für einseitige Verhaltensweisen nur die Vorschrift des Art.82 EG in Betracht. Sofern aber ein Hersteller keine beherrschende Stellung missbraucht und keine Willensübereinstimmung mit seinen Großhändlern besteht, kann ein Hersteller die Lieferpolitik verfolgen, die er für erforderlich hält, selbst wenn die Umsetzung dieser Politik aufgrund ihrer natürlichen Zielsetzung zu Wettbewerbsbeschränkungen führen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann.<sup>314</sup>

#### f) Schlussfolgerung

Die Kommission hat bei ihrer Entscheidung nach Ansicht des EuG einen Fehler begangen, indem sie eine Willensübereinstimmung zwischen Bayer und ihren Großhändlern als erwiesen ansah und daraus auf eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG geschlossen hat. Die Kommissionsentscheidung wurde vom EuG für nichtig erklärt.

### 4. Das EuGH-Urteil

Am 6.1.2004 wurde vom Europäischen Gerichtshof das Rechtsmittel der Kommission in der Sache *Bayer* zurückgewiesen.<sup>315</sup> Der EuGH überprüfte in diesem Verfahren nur das Vorliegen einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG, da dies der einzige Beschwerdepunkt der Kommission war.

#### a) Zur Beweislast für das Vorliegen einer Vereinbarung

Der EuGH wies die Rechtsmittelrüge von BAI zurück, dass nach dem Urteil *Anic* für das Vorliegen einer Vereinbarung ein prima-facie-Beweis von der Kommission genügt, um die Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln zu beweisen<sup>316</sup>, denn in dem Urteil *Anic* war aufgrund eines Treffens von drei Unternehmen eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG

---

<sup>312</sup> EuG-Urteil vom 26.10.2000, *Bayer*, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383 Rnr. 172.

<sup>313</sup> EuG-Urteil vom 26.10.2000, *Bayer*, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383 Rnr. 173.

<sup>314</sup> EuG-Urteil vom 26.10.2000, *Bayer*, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383 Rnr. 176.

<sup>315</sup> Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

<sup>316</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 58.

bereits festgestellt worden.<sup>317</sup> Die dort angewendete Beweislastumkehr bezog sich auf die Widerlegung dieser Feststellung seitens der anwesenden Unternehmen bei diesem besagten Treffen. Somit erfolgte die Beweislastumkehr nicht bezüglich der Existenz einer Vereinbarung.

#### b) Kontroll- und Sanktionssystem

Die Kommission rügte die Feststellung des EuG, dass ein Kontroll- und Sanktionssystem für die Bestimmung einer Vereinbarung über ein Ausfuhrverbot als Voraussetzung festgelegt wurde. Der EuGH führte dazu aus, dass das EuG diese Feststellung so nicht getroffen hat, sondern dass es die Existenz eines solchen Kontroll- und Sanktionssystems im Zusammenhang mit der Durchsetzung eines Ausfuhrverbots von Bayer untersucht hat. Jedoch schloss der EuGH nicht aus, dass ein solches System, welches im vorliegenden Fall gefehlt hat, in anderen Fällen durchaus ein Indiz für das Vorliegen einer Vereinbarung darstellen könnte.<sup>318</sup> Der Rechtsmittelgrund wurde vom EuGH zurückgewiesen.

#### c) Aufforderung des Herstellers

Ferner befanden die Kommission, BAI und ihre Streithelfer, dass im Urteil des EuG zu Unrecht befunden wurde, dass eine Vereinbarung über ein Ausfuhrverbot nur dann angenommen werden könne, wenn der Hersteller von den Großhändlern ein bestimmtes Verhalten fordere oder sich darum bemühe, dass diese sich seiner Politik der Verhinderung von Paralleleinfuhren anschließen. In Bezug auf diesen Rechtsmittelgrund stellte der EuGH klar, dass das EuG diesen Nachweis nicht verlangt hatte. Es traf vielmehr zu, dass das Vorliegen einer Vereinbarung auch aus dem Verhalten der jeweiligen Beteiligten abgeleitet werden kann. Jedoch kann eine solche Vereinbarung nicht durch etwas begründet werden, was nur Ausdruck der einseitigen Politik einer der Vertragsparteien ist, die ohne Unterstützung durch die andere durchgeführt werden kann.<sup>319</sup> Das EuG hatte zu Recht geprüft, ob Bayer von ihren Großhändlern eine Zustimmung zu der neuen Geschäftspolitik gefordert hatte. Denn für die Annahme des Zustandekommens einer Vereinbarung durch stillschweigende Zustimmung, ist es erforderlich, dass die auf ein wettbewerbswidriges Ziel gerichtete Willensbekundung einer der Vertragsparteien eine stillschweigende oder konkludente Aufforderung an die andere Seite darstellt, dieses Ziel gemeinsam zu verwirklichen. Insbesondere wenn die Vereinbarung auf den ersten Blick nicht im Interesse der anderen Seite lag.<sup>320</sup> Nach Auffassung des EuGH genügte der bloße Umstand für das

---

<sup>317</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 63.

<sup>318</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 82.

<sup>319</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 101.

<sup>320</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 102.

Vorliegen einer Vereinbarung nicht, dass ein Hindernis für Paralleleinfuhren bestand.<sup>321</sup> Der Rechtsmittelgrund wurde zurückgewiesen.

d) Der wirkliche Wille der Großhändler

Die Kommission rügte in diesem Rechtsmittelgrund die fehlerhafte Berücksichtigung des wirklichen Willens der Großhändler durch das EuG. Insbesondere EAEP<sup>322</sup>, als Streit-  
helferin im Rechtsmittelverfahren, und BAI argumentierten, dass zwar eine Willens-  
übereinstimmung für das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung vorliegen muss, jedoch keine  
Übereinstimmung der Interessenlage.<sup>323</sup> Der EuGH stellte wie das EuG fest, dass weder durch  
eine stillschweigende Zustimmung noch durch ein tatsächliches Verhalten die Großhändler  
ihren zustimmenden Willen zu der neuen Politik von Bayer zum Ausdruck gebracht hatten.<sup>324</sup>  
Deswegen war der Rechtsmittelgrund als unbegründet zurückzuweisen.

e) Fortlaufende Geschäftsbeziehung

In ihrem letzten Rechtsmittelgrund wirft die Kommission dem EuG vor, dass fehlerhaft ein  
Beweis für die Zustimmung der Großhändler zu der Politik von Bayer gefordert wurde,  
obwohl sich die von Bayer getroffenen Maßnahmen in die fortlaufenden Geschäfts-  
beziehungen zwischen dem Hersteller und den Händlern eingefügt hatten. Die dazu  
herangezogenen Urteile wurden ferner vom EuG als nicht ausreichend beachtet. Zumal nach  
Ansicht der Kommission der Vertrieb von Arzneimitteln Elemente des selektives Vertriebs  
aufwies.<sup>325</sup> Der Gerichtshof führte dazu aus, der bloße Umstand, dass eine an sich neutrale  
Vereinbarung und eine einseitig auferlegte wettbewerbsbeschränkende Maßnahme  
nebeneinander vorliegen, stünde einer verbotenen Vereinbarung nicht gleich.<sup>326</sup> Diese Ansicht  
fügte sich auch in die bisherige Rechtsprechung ein. Im Fall *Sandoz* beruhte die Feststellung  
einer Vereinbarung nicht darauf, dass sich die Händler weiter vom Hersteller beliefern ließen,  
sondern auf einer konkret nachgewiesenen Willensübereinstimmung zwischen den  
Parteien.<sup>327</sup> Genauso wenig konnten nach Ansicht des EuGH die Urteile im Fall *AEG* und  
*Ford* auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen werden. In diesen Rechtssachen war es  
nicht erforderlich, dass das konkrete Zustandekommen einer Vereinbarung nachgewiesen  
wurde, denn das Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung war bereits durch das

---

<sup>321</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 110.

<sup>322</sup> European Association of Euro Pharmaceutical Companies.

<sup>323</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 114.

<sup>324</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 119, 120, 121.

<sup>325</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 127.

<sup>326</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 141.

<sup>327</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 142.

Vorliegen eines Vertriebsvertrages erwiesen.<sup>328</sup> Das EuG hatte somit keinen Rechtsfehler begangen, indem es in diesem Punkt die Übertragbarkeit der herangezogenen Urteile ablehnte.

#### f) Schlussfolgerung

Alle von der Kommission, BAI und ihren Streithelfern hervorgebrachten Rechtsmittelgründe wurden als unzulässig oder unbegründet vom EuGH zurückgewiesen. Demzufolge hatte die eingelegte Rechtsmittelrüge von der Kommission und BAI keinen Erfolg.

## II. Die Rechtssache VW II

Der Fall *VW II* wird im Folgenden genauso wie die *Bayer*-Entscheidung umfassend dargestellt werden. Die Rechtssache *VW II* ist momentan beim EuGH anhängig.<sup>329</sup>

### 1. Der Sachverhalt

Die Volkswagen AG (im Folgenden: VW) vertreibt ihre hergestellten Kraftfahrzeuge in der Gemeinschaft im Rahmen eines selektiven und exklusiven Vertriebssystems über Händler, mit denen sie Händlerverträge abgeschlossen hat. In dem Händlervertrag festgehalten ist die Pflicht der Händler, den Absatz und den Kundendienst intensiv zu fördern und das Marktpotenzial innerhalb ihrer Marktverantwortungsgebiete auszuschöpfen. Der Vertrag ermächtigte VW, für die Endabnehmerpreise und Preisnachlässe unverbindliche Preisempfehlungen herauszugeben. In den Jahren 1996/1997 wurden die deutschen Volkswagen-Händler und Werkstätten von VW in drei Rundschreiben aufgefordert, das neue Modell des VW Passat Variant nicht unterhalb der unverbindlichen Preisempfehlungen zu verkaufen und sich an eine konsequente Preisdisziplin zu halten. Als Gründe wurden die Erhöhung der Rendite sowie die Verbesserung der Qualität der Fahrzeuggeschäfte genannt. Die deutschen Vertragshändler sollten beim Verkauf der Passat-Modelle keine oder nur beschränkte Preisnachlässe an Kunden gewähren. Wenn sich die Händler nicht an die Vorgaben halten sollten, sei die Erfüllung der Händlerverträge gefährdet, worauf VW energisch reagieren müsste. Einigen Vertragshändlern, die sich nicht an die angetragene Preisdisziplin, insbesondere in Bezug auf den neuen VW Passat, hielten, wurde schriftlich als auch mündlich mit rechtlichen Schritten gedroht, falls sie ihr Verhalten nicht der einheitlichen

---

<sup>328</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 144.

<sup>329</sup> EuGH hat am 13. Juli 2006 den Fall *VW II* unter der Rs. 74/04 endgültig entschieden und im Ergebnis die EuG-Entscheidung aufrechterhalten.

Preispolitik von VW angeglichen. Nach Beschwerde eines Käufers richtete die Kommission 1997/1998 mehrere Auskunftsersuchen an VW bezüglich der Preispolitik.

## **2. Die Kommissionsentscheidung**

Am 29.6.2001<sup>330</sup> erließ die Kommission eine Bußgeldentscheidung gegen VW wegen Verstoßes gegen Art. 81 Abs. 1 EG. In den Rundschreiben von VW sah die Kommission eine Aufforderung von VW gegenüber ihren deutschen Vertragshändlern, eine wettbewerbswidrige Maßnahme durchzuführen. Die Zustimmung der Händler zu dieser Aufforderung lag nach Ansicht der Kommission im Abschluss des Händlervertrages.

### **a) Vereinbarung**

Nach Ansicht der Kommission konkretisierten die Rundschreiben die vertraglichen Beziehungen dahingehend, dass die Händler die für den neuen VW Passat empfohlenen Listenpreise nicht als unverbindlich, sondern im Wesentlichen als verbindliche Preise ansahen und allenfalls geringfügige Nachlässe gewähren durften.<sup>331</sup> Die Rundschreiben waren als Teil einer laufenden Geschäftsbeziehung auf der Grundlage einer bestehenden allgemeinen Vereinbarung (Händlervertrag) anzusehen. Ferner knüpften die Abmahnungen an die Vertriebshändler, die sich nicht an die Preisdisziplin von VW hielten, an die vertraglichen Beziehungen von VW zu ihren Händlern an. Sie konkretisierten ebenfalls die Beziehung zu den Händlern hinsichtlich des Preisverhaltens. Somit bestand ein System von Vereinbarungen zwischen VW und ihren deutschen Händlern, das zur Durchsetzung der Preisdisziplin beim neuen VW Passat diente.<sup>332</sup> Die Maßnahmen fügten sich deswegen in das selektive Vertriebssystem ein, da alle vorgenommenen Maßnahmen direkt oder indirekt auf den Händlervertrag verwiesen. Ein vertragsrechtlicher Zusammenhang war damit gegeben. Es kam nicht darauf an, ob und in welchem Umfang die deutschen Händler ihre Preisgestaltungen geändert haben, da die Zielsetzung der Maßnahmen hinreichend in den Sitzungen von VW und dem Händlerbeirat verdeutlicht wurden ist.<sup>333</sup>

### **b) Wettbewerbsbeschränkung**

Die Maßnahmen bezweckten eine Bindung der Verkaufspreise, d. h. eine Beschränkung des Intra-brand-Wettbewerbs auf dem Gebiet der Preise. Es lag damit ein Fall der Preisfestsetzung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 lit. a EG vor.<sup>334</sup> Die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung ergab

---

<sup>330</sup> Entscheidung der Kommission vom 29.6.2001, ABl. EG 2001 Nr. L 262/14.

<sup>331</sup> ABl. EG 2001 Nr. L 262/14, Rnr. 57.

<sup>332</sup> ABl. EG 2001 Nr. L 262/14, Rnr. 59.

<sup>333</sup> ABl. EG 2001 Nr. L 262/14, Rnr. 68.

<sup>334</sup> ABl. EG 2001 Nr. L 262/14, Rnr. 71.

sich nach Ansicht der Kommission aus der Beschränkung des Preiswettbewerbs, welche auf eine erhebliche Abweichung des Preisverhaltens der Händler vom normalen Wettbewerbsverhalten abzielte.

#### c) Zwischenstaatlichkeitsklausel

Die Erhaltung eines hohen Preisniveaus in Deutschland führte zu einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, da die Höhe der Preisunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten ein Faktor mit erheblichem Einfluss auf den zwischenstaatlichen Warenfluss ist. Des Weiteren entstand bzw. verfestigte die Preisbindung eine sich auf Deutschland erstreckende, künstliche Hochpreiszone für das Modell VW Passat, die mit dem Ziel eines einheitlichen Marktes unvereinbar war.<sup>335</sup>

### 3. Das EuG-Urteil

Am 3.12.2003 erklärte das EuG die Kommissionsentscheidung für nichtig.<sup>336</sup> In dem Verfahren war die Frage zu beantworten, ob die Kommission in ihrer Entscheidung eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG zwischen VW und ihren Vertragshändlern über die streitigen Aufforderungen hinreichend nachgewiesen hatte.

#### a) Der Begriff der Vereinbarung

Das EuG legte dieser Entscheidung die in der Rechtsprechung mehrfach bestätigte Definition der Vereinbarung zugrunde. Das EuG stellt ferner fest, dass man zwischen scheinbar einseitigen und wirklich einseitigen Maßnahmen unterscheiden muss.<sup>337</sup> Scheinbar einseitige Maßnahmen sind als Vereinbarung zwischen Unternehmen anzusehen und können daher unter den Anwendungsbereich des Art. 81 Abs. 1 EG subsumiert werden. Sie treten bei wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen und Maßnahmen auf, die vom Hersteller scheinbar einseitig im Rahmen seiner vertraglichen Beziehungen zu Wiederverkäufern getroffen werden, jedoch deren zumindest stillschweigende Zustimmung finden. Die Kommission muss in denjenigen Fällen die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung der Händler nachweisen.<sup>338</sup>

---

<sup>335</sup> ABl. EG 2001 Nr. L 262/14, Rnr. 91.

<sup>336</sup> Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141.

<sup>337</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, *VW II*, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141, Rnr. 35.

<sup>338</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, *VW II*, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141, Rnr. 36.

## b) Stillschweigende Zustimmung

Nach Ansicht der Kommission ist beim Vorliegen eines selektiven Vertriebssystems die Zustimmung zu einer Vereinbarung grundsätzlich schon im Beitritt zu dem Vertriebsnetz des Herstellers zu sehen. Die VW-Händler hatten somit mit Unterschrift unter den Händlervertrag der späteren wettbewerbswidrigen Maßnahme von VW zugestimmt. Aufgrund dieser Feststellung konnte es nach Meinung der Kommission dahingestellt bleiben, ob die Maßnahme von VW tatsächlich umgesetzt wurde. Der Ansicht der Kommission hat sich das EuG nicht angeschlossen. Denn dies würde bedeuten, dass der Händler bei und durch diesen Vertragsabschluss im Voraus einer späteren rechtswidrigen Entwicklung dieses Vertrages zustimmte, selbst wenn es dem Händler gerade wegen der Wettbewerbsrechtskonformität des Vertrages nicht möglich war, eine solche Entwicklung zu erkennen.<sup>339</sup> Das EuG bestritt nicht, dass eine vorherige Zustimmung zu einer Vertragsentwicklung bei und durch den Abschluss eines rechtmäßigen Händlervertrages in Betracht kommen kann. Dabei muss es sich aber um eine rechtmäßige Vertragsentwicklung handeln, die entweder im Vertrag vorgesehen ist oder die der Händler im Hinblick auf einen Handelsbrauch oder die Rechtslage nicht verweigern kann.<sup>340</sup> Die Zustimmung zur rechtswidrigen Vertragsentwicklung kann erst erfolgen, wenn der Händler von der vom Hersteller gewollten Entwicklung Kenntnis erhält, eine andere Annahme ist unzulässig.<sup>341</sup> Der Nachweis einer Willensübereinstimmung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG wurde somit von der Kommission nicht erbracht.

## c) Zu den herangezogenen Präjudizien

Die Urteile *AEG*, *Ford*, *Bayerische Motorenwerke* und *VW I* konnten die Ansicht der Kommission, dass eine Zustimmung bei selektiven Vertriebssystemen nicht im Verhalten gesucht werden braucht, wenn dem Händlervertrag zugestimmt worden ist, nicht bestätigen.

Das *AEG*-Urteil konnte nach Meinung des EuG deswegen nicht herangezogen werden, weil der EuGH in diesem Fall nicht davon ausging, dass die Zustimmung der Händler zur wettbewerbswidrigen Politik der AEG eine bei Vertragsschluss im Voraus erteilte Zustimmung zu einer noch nicht bekannten Politik des Herstellers darstelle.<sup>342</sup>

Im Urteil *Ford* stand fest, dass das Rundschreiben von Ford von den Händlern umgesetzt worden war und sie sich trotz Protestes der Maßnahme gebeugt hatten. Ferner ging es in dem Urteil um eine eventuelle Freistellung gem. Art. 81 Abs. 3 EG und nicht um die Feststellung einer Vereinbarung.<sup>343</sup>

---

<sup>339</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, *VW II*, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141, Rnr. 43.

<sup>340</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, *VW II*, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141, Rnr. 45.

<sup>341</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, *VW II*, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141, Rnr. 45.

<sup>342</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, *VW II*, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141, Rnr. 49.

<sup>343</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, *VW II*, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141, Rnr. 51.

Die Vorabentscheidung im Fall *Bayerische Motorenwerke* ist im vorliegenden Fall nicht unmittelbar einschlägig. In dieser Entscheidung war vielmehr fraglich, ob die Aufforderung von BMW an ihre Händler, unterstellt, es handle sich dabei um eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG, unter die einschlägige Freistellungsverordnung fiel.<sup>344</sup>

Die Entscheidung des EuG in der Rechtssache *VW I* beruhte auf der Feststellung einer Zustimmung zu einer Maßnahme von VW, welche in dem Verhalten der Händler, die nicht mehr an ausländische Kunden verkauften, zu sehen und damit erwiesen war.<sup>345</sup>

Die Urteile *Sandoz*, *BMW Belgium*, *Bayer* und *Tipp Ex* bestätigen nach Ansicht des EuG ihre vertretene Meinung, indem in den Urteilen der Nachweis einer Willensübereinstimmung für das Vorliegen einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG gefordert wurde.

#### d) Einfügen der Aufforderung in den Vertrag

Nach Meinung des EuG ist es für das Einfügen einer Aufforderung in einen Vertrag nicht entscheidend, dass diese Aufforderung die Beeinflussung des Händlers bei der Durchführung des Vertrages bezweckt. Ansonsten würde die Übermittlung einer Aufforderung des Herstellers an seine Händler stets zur Feststellung einer Vereinbarung führen, denn eine derartige Aufforderung würde per definitionem die Beeinflussung der Händler bei der Durchführung ihres Vertrages bezwecken.<sup>346</sup> Die Aufforderung wird erst dann Bestandteil des Vertrages, wenn die Händler ihr in irgendeiner Form zustimmen.<sup>347</sup> Die Kommission hat die tatsächliche Zustimmung der Händler zu der wettbewerbswidrigen Maßnahme von VW nicht nachgewiesen und damit auch nicht das Vorliegen einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG.

#### e) Vorbehalt im Vertrag

Hilfsweise hat die Kommission in dem Verfahren bestimmte Paragraphen des Händlervertrages von VW herangezogen, die die ergriffenen Maßnahmen von VW legitimierten. Das EuG betrachtete diese Vertragsklauseln als neutral formuliert, in denen sich wettbewerbswidrige Maßnahmen des Herstellers nicht einfügen können, denn ansonsten würde sich der Händler an einen rechtswidrigen Vertrag gebunden fühlen. Die genannten Vertragsbestandteile sahen somit keine wettbewerbswidrige Entwicklung des Vertrages vor.<sup>348</sup>

---

<sup>344</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, *VW II*, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141, Rnr. 52.

<sup>345</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, *VW II*, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141, Rnr. 53.

<sup>346</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, *VW II*, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141, Rnr. 57.

<sup>347</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, *VW II*, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141, Rnr. 58.

<sup>348</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, *VW II*, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141, Rnr. 67.

#### f) Schlussfolgerung

Der Nachweis einer Willensübereinstimmung zwischen VW und ihren Händlern konnte von der Kommission nicht erbracht werden. Daher wurde die angefochtene Entscheidung der Kommission unter Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG vom EuG für nichtig erklärt.

### III. Vorgehensweise bei der Analyse der Urteile

Nachdem die zwei Grundsatzurteile in aller Ausführlichkeit dargestellt wurden, ist es fraglich, mit welchen Kriterien in der folgenden Analyse sich der Vereinbarungsbegriff am besten bestimmen lässt. In Frage kommen könnten Kriterien aus dem nationalen Zivilrecht.

#### 1. Der zivilrechtliche Vertragsbegriff

Man könnte den zivilrechtlichen Begriff des Vertrages bei der näheren Bestimmung des Begriffs der Vereinbarung heranziehen, denn sowohl bei einem Vertrag als auch bei einer Vereinbarung muss eine Willensübereinstimmung zugrunde liegen. Der Unterschied zwischen den beiden besteht jedoch darin, dass für eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG kein rechtsverbindlicher Vertrag gegeben sein muss, es genügt eine faktische Verbindlichkeit.<sup>349</sup>

Bei der Heranziehung dieses zivilrechtlichen Begriffs kommt es aber nicht auf die Frage nach dem „ob“ des Zustandekommens eines Vertrages an, sondern auf das „wie“. Das bedeutet, dass es nicht auf das Zustandekommen einer Rechtsverbindlichkeit ankommt, sondern auf das Zustandekommen einer Willensübereinstimmung. Deswegen kann die Rechtsfolge eines Vertrages außer Betracht gelassen werden.

#### 2. Einheitliches Verständnis in den Mitgliedstaaten

Wenn der zivilrechtliche Vertragsbegriff als Kriterium für das Zustandekommen einer Vereinbarung verwendet wird, müsste es in den Mitgliedstaaten einen einheitlichen Vertragsbegriff geben. Der Art. 81 Abs. 1 EG wird als Europarecht von allen Mitgliedstaaten herangezogen und muss deswegen von allen in gleicher Weise verstanden werden.

Für jeden Geschäftsfähigen in Europa erscheint es plausibel, dass ein Vertrag vorliegt, wenn man sich eine Wohnung mietet, ein Darlehen bei einer Bank aufnimmt oder eine Sache sich

---

<sup>349</sup> *Stockenhuber* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 81 EGV Rnr. 98. Die Rechtsprechung ist sich darin einig. Siehe auch I. Kapitel I. 1. a) bb).

gegen Entgelt aneignet. Fraglich ist nur, wo die gesetzliche Grundlage für dieses Verständnis festgeschrieben worden ist.

In Europa gibt es kein Europäisches Zivilgesetzbuch und damit keine einheitlichen Regeln für das Entstehen eines Vertrages. Bis auf die Verbraucherrechtsrichtlinien<sup>350</sup>, die zu einer gewissen Harmonisierung der Zivilrechtsordnung in den Mitgliedstaaten führten, wird zwar viel über ein gemeinsames Zivilgesetzbuch bzw. ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht diskutiert<sup>351</sup>, aber bisher wurden keine nennenswerten Ansätze gefunden. Dafür existiert aber ein UN-Kaufrecht, in dem der Abschluss eines Kaufvertrages gem. Artt. 14 bis 24 UN-Kaufrecht geregelt ist. Dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenverkauf vom 11. April 1980 sind einige Mitgliedstaaten der EU beigetreten. Das Übereinkommen nicht unterschrieben haben: Irland, Malta, Ungarn und das Vereinigte Königreich.

Mit diesem Übereinkommen wurde eine internationale Vereinheitlichung der Regeln des Common Law und der wichtigen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen erreicht.<sup>352</sup> Auch wenn nicht alle EU-Staaten dieses Abkommen unterschrieben haben, so ist jedoch aus diesen Vorschriften ein gewisses einheitliches Verständnis zu erkennen. Insbesondere, dass ein Vertrag aus Angebot und Annahme bestehen muss und diese zu einer Willensübereinstimmung führen.

### **3. Vergleichbarkeit mit dem Vereinbarungsbegriff**

Für den zivilrechtlichen Vertrag und für die Vereinbarung gem. Art. 81 Abs. 1 EG muss eine Willensübereinstimmung vorliegen. Dies ist eine wesentliche Gemeinsamkeit dieser beiden Rechtsinstitute.

Für das Zustandekommen einer Willensübereinstimmung können ähnliche Voraussetzungen gelten. Dies ergibt sich zum einen aus dem Gedanken der Rechtssicherheit, denn ein und

---

<sup>350</sup> Z. B. Produkthaftungsrichtlinie vom 25.7.1985, ABl. EG 1985 Nr. L 210/29; Pauschalreiserichtlinie vom 13.6.1990, ABl. EG 1990 Nr. L 158/59; Verbrauchsgüterkaufsrichtlinie vom 25.5.1999, ABl. EG 1999 Nr. L 171/12.

<sup>351</sup> Die Kommission hat am 12. Februar 2003 ihren Aktionsplan über ein kohärentes europäisches Vertragsrecht veröffentlicht (KOM [2003] 68 endg.). Der Aktionsplan sieht eine Mischung aus gesetzgeberischen und sonstigen Maßnahmen vor. Unter anderem soll die Kohärenz des Gemeinschaftsrechts auf dem Gebiet des Vertragsrechts erhöht und die Ausarbeitung europaweit geltender Allgemeiner Geschäftsbedingungen gefördert werden. Im Einzelnen sieht der Aktionsplan im ersten Teil die Festschreibung einer gemeinsamen Terminologie im Bereich des Vertragsrechts vor. Im zweiten Teil enthält der Aktionsplan die Ausarbeitung von Leitlinien für Standardvertragsklauseln. Der dritte Teil des Aktionsplans sieht einen Reflektionsprozess vor, an dessen Ende entschieden werden soll, ob ein Europäisches Vertragsrecht sinnvoll wäre. Geklärt werden soll auch der mögliche Anwendungsbereich des Europäischen Vertragsrechts, d. h., ob bei entsprechender Rechtswahl eine Anwendung auf alle Rechtsgeschäfte oder nur auf Rechtsgeschäfte mit grenzüberschreitendem Bezug möglich sein soll.

<sup>352</sup> Kötz, Europäisches Vertragsrecht I, S. 25.

derselbe Begriff, auf dem der Vertrag und eine Vereinbarung beruhen, kann nicht anders ausgelegt werden. Die wettbewerbsrechtliche Vereinbarung hat zwar nicht immer rechtsverbindliche Wirkung wie ein Vertrag, jedoch insbesondere in Bezug auf die Auswirkung einer solchen Verhaltenskoordinierung für die Unternehmen wesentliche Konsequenzen. Neben der zivilrechtlichen Nichtigkeit einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung steht vor allem die Verwirklichung einer gemeinsamen Zweckrichtung im Vordergrund. Beschließen Vereinbarungsparteien, einen gemeinsamen Willen auf dem für sie relevanten Markt zu verwirklichen, dann unterliegen sie einer gewissen Verhaltensbindung. Eine solche faktische Bindung liegt auch einem Vertrag zugrunde, da auch hier beide Vertragsparteien einen gemeinsamen Willen durch den Vertragschluss verwirklichen wollen. Genau diese Verhaltensbindung, die ein Vertrag sowie eine Vereinbarung auslösen, ist ein gemeinsames Element zwischen den Beiden, das eine Vergleichbarkeit bejahen lässt. Aus diesen Gründen wird besonders in der Literatur die Anlehnung des Begriffs der Vereinbarung an den Begriff des Vertrages in den einzelnen Mitgliedstaaten nicht umstritten.<sup>353</sup>

Es ist abermals darauf hinzuweisen, dass sich die Vergleichbarkeit nur auf das Zustandekommen einer Willensübereinstimmung bezieht und nicht auf die Rechtsfolgen, die in einem Vertrag zu einem Recht auf Gewährleistung oder Schadensersatz führen können.

#### **4. Das deutsche Recht**

Bei der Auffindung der Leitlinien zu den Voraussetzungen für den Vereinbarungsbegriff wird das deutsche Recht als Ausgangspunkt verwendet, denn „jeder Fuchs kennt seinen eigenen Bau am besten“<sup>354</sup>. An manchen Stellen wird sich später auch die Gelegenheit ergeben, auf das Recht einzelner europäischer Mitgliedstaaten einzugehen.

Dabei geht es nicht darum, dass die angesprochenen Normen in Bezug auf Willenserklärungen ins Europäische Recht übertragen werden sollen, sondern es sollen nur die Interpretationsmöglichkeiten bzw. die Auslegungsregeln herangezogen werden, die anhand dieser Normen entwickelt wurden. Dies soll insbesondere dann geschehen, wenn es um die Auslegung von konkludenten Verhaltensweisen geht, die als Willenserklärung zu einer Vereinbarung gewertet werden können.

Des Weiteren würde einer Übertragbarkeit der nationalen Normen der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht entgegenstehen. Andererseits ist es nach heute h. M. unstrittig, dass sich Gemeinschaftsrecht und nationales Recht gegenseitig durchdringen und deshalb voneinander abhängig sind (so genannte „Verzahnung“).<sup>355</sup> Dies zeigt sich

---

<sup>353</sup> *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 1 EGV Rnr. 69.

<sup>354</sup> *Martiny*, Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, S. 10.

<sup>355</sup> *Streinz*, Europarecht, § 3 Rnr. 175 ff.

insbesondere beim Vollzug des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten, aber auch beim Zusammenwirken der verschiedenen Organe der Gemeinschaft mit den nationalen Organen. Umgekehrt haben aber auch nationale Vorschriften Einfluss auf das Gemeinschaftsrecht, indem der EuGH z. B. Rechtsgrundsätze der Mitgliedstaaten auch im Gemeinschaftsrecht für anwendbar erklärt.<sup>356</sup>

## **5. Zivilrecht im Wettbewerbsrecht**

Es stellt sich die Frage, welche Rolle das Zivilrecht im Wettbewerbsrecht spielt und ob eine Auslegung von Begriffen im Wettbewerbsrecht mit Hilfe des Zivilrechts möglich ist.

Als Rechtsfolge sieht Art. 81 Abs. 2 EG vor, dass eine wettbewerbswidrige Vereinbarung oder ein wettbewerbswidriger Beschluss nichtig ist. Liegt einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung ein Vertrag zugrunde, so ist dieser zumindest bezüglich auf die betreffenden wettbewerbswidrigen Klauseln nichtig. Diese Rechtsfolge des Art. 81 Abs. 1 EG hat somit Auswirkungen auf das Zivilrecht. Im Gegensatz dazu hat das Zivilrecht mit dem Zustandekommen eines Vertrages, der sich als wettbewerbswidrig herausstellt, Auswirkungen auf das Wettbewerbsrecht. Die beiden Rechtsgebiete können damit in einem wettbewerbsrelevanten Fall nicht getrennt betrachtet werden.

Andererseits würde eine rein zivilrechtliche Betrachtungsweise des Wettbewerbsrechts, welches in Deutschland dem öffentlichen Recht zugeordnet ist, nicht dem Sinn und Zweck des Wettbewerbsrechts entsprechen. Wird im Zivilrecht allein auf das Verhältnis der Vertragsparteien abgestellt, so dient das Europäische Kartellrecht in erster Linie der Verwirklichung eines einheitlichen Binnenmarktes und stellt nur sekundär auf die Beteiligten des Wettbewerbs in Bezug auf die zu gewährende Handlungsfreiheit ab. Damit ein funktionsfähiger Wettbewerb in der EU vorliegen kann, muss jedem einzelnen Wettbewerber ein gewisser Handlungsspielraum zugestanden werden.

Demzufolge kann die einzige Möglichkeit im Wettbewerbsrecht nur die sein, dass insbesondere bei zivilrechtsnahen Begriffen, wie dem Begriff der Vereinbarung, das Zivilrecht beachtet werden muss, um den Begriff handhabbar zu machen. Die wettbewerbsrechtliche Zielsetzung dieses Begriffs darf jedoch im Zusammenhang mit seiner Norm nicht außer Acht gelassen werden.

---

<sup>356</sup> Z. B. Nulla poena sine lege-Grundsatz, siehe dazu 2. Kapitel VI. 3. a).

## 6. Zusammenfassung

Aus den eben dargelegten Gründen werden im Folgenden bei der Analyse der Grundsatzurteile in Bezug auf den Vereinbarungsbegriff an manchen Stellen zivilrechtliche Auslegungsmethoden, vor allem aus dem deutschen Recht, herangezogen, ohne dabei die teleologische Ausrichtung der Wettbewerbsregeln aus den Augen zu verlieren.

## IV. Analyse des Bayer-Urteils

Im Folgenden sollen die sich aus dem Urteil ergebenden Voraussetzungen für den Begriff der Vereinbarung zusammengefasst und kritisch anhand der bisherigen Rechtsprechung beurteilt werden. Die Rechtssache *Bayer* ist der *Fallgruppe der nachträglichen Zustimmung* zuzuordnen. Deswegen sollen in der nun folgenden Analyse die Voraussetzungen in Bezug auf diese Fallgruppe für eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG gefunden werden.

### 1. Einleitung

Die Voraussetzungen für den Vereinbarungsbegriff wurden in dem Rechtsmittelverfahren vor dem EuGH von der Kommission, BAI und ihren Streithelfern grundsätzlich nicht bestritten. Sie haben jedoch beanstandet, dass der Vereinbarungsbegriff anhand dieser Definition zu eng vom EuG ausgelegt worden ist. Denn im Gegensatz zu der Entwicklung innerhalb der Rechtsprechung vertrat die Kommission von Anfang an im Kampf gegen Parallelimportbeschränkungen einen sehr weiten Begriff der Vereinbarung. Zum Beispiel genügte es in der Kommissionsentscheidung *Kugellager* vom 29.11.1974<sup>357</sup> für die Feststellung einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG, dass eine Partei sich freiwillig verpflichtet, ihre Aktionsfreiheit der anderen Partei gegenüber einzuschränken. Damit lehnte die Kommission beizeiten das notwendige Vorliegen eines privatrechtlichen Vertrages für die Feststellung einer Vereinbarung ab.

Ob der von der Kommission in der Entscheidung erhobene Vorwurf begründet ist, soll nun anhand der in dem EuGH-Urteil genannten Gründe überprüft werden.

### 2. Aufforderung

Nach Ansicht des EuG<sup>358</sup> und des EuGH<sup>359</sup> hätte Bayer in der vorliegenden Rechtssache eine Aufforderung zur Bildung einer Willensübereinstimmung gegenüber ihren Großhändlern in

---

<sup>357</sup> ABl. EG 1974 Nr. 343/19, 24.

<sup>358</sup> EuG-Urteil vom 26.10.2000, *Bayer*, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383 Rnr. 120.

<sup>359</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 102.

irgendeiner Weise kundtun müssen, um eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG mit den Großhändlern treffen zu können. Diese Aufforderung konnte nur von Bayer kommen, da Bayer den Parallelhandel bezüglich ihres Produktes Adalat beschränken wollte. Der Wille von Bayer, die Exporte von dem Medikament Adalat zu verringern, stand mit der Interessenlage der Großhändler nicht im Einklang. Die Großhändler wollten vielmehr weiterhin zusätzliche Gewinne aus dem Parallelhandel ziehen und weiter exportieren. Da somit auf den ersten Blick kein gemeinsamer Wille der beteiligten Parteien erkennbar war, verlangte das EuG sowie der EuGH, dass der Hersteller, im vorliegenden Fall *Bayer*, seine Großhändler zu einem bestimmten Verhalten hätte auffordern bzw. sich um die Zustimmung der Großhändler hätte bemühen sollen.<sup>360</sup>

a) Notwendigkeit dieser Voraussetzung

Unter den eben genannten Umständen erscheint die vom EuG und vom EuGH vorausgesetzte Aufforderung des Herstellers an seine Großhändler zum Abschluss einer Willensübereinstimmung nicht unlogisch. Beim Zustandekommen einer Willensübereinstimmung muss zwangsläufig eine Partei, die eine Vereinbarung mit der anderen Partei abschließen will, ihren Willen gegenüber ihrem Vereinbarungspartner kundtun. Die Art und Weise dieser Kundgabe kann dahingestellt sein. Wichtig ist nur, dass die andere Vertragspartei das Angebot zur Willensübereinstimmung als solches erkennt und diesem zustimmt. Wiederum ist die Art und Weise der Zustimmung unbeachtlich. Der gemeinsame Wille muss für die Beweisführung im Verfahren nicht nur unter den Vereinbarungsparteien, sondern auch für einen objektiven Beobachter erkennbar sein.

So kann zum Beispiel ein Verkäufer seine Sache nicht verkaufen, wenn er sein Angebot zum Kaufvertrag niemandem vorträgt. Dies macht er entweder ausdrücklich gegenüber einer bestimmten Person oder durch schlüssiges Verhalten deutlich. Ebenso kann der Käufer seinen Willen zum Vertragsschluss nicht für sich behalten. Er muss ihn gegenüber dem Verkäufer in einer erkennbaren Weise zum Ausdruck bringen. Genauso gut kann dieses Beispiel außerhalb des Kaufrechts gebildet werden. Ein Abendessen zwischen zwei Personen kommt nicht zustande, wenn keiner von beiden ein Angebot zu einer Einladung ausspricht. An diesem Beispiel wird deutlich, dass die Herantragung des Willens in erkennbarer Weise für den Abschluss einer Vereinbarung, ob diese rechtsverbindlich ist oder nicht, eine Mindestvoraussetzung für eine Willensübereinstimmung bildet.<sup>361</sup> Es gibt jedoch Fälle, bei denen ein solch einfaches übereinstimmendes Verhalten nicht vorliegt und trotzdem eine Vereinbarung angenommen wird. So sind zum Beispiel die Allgemeinen

---

<sup>360</sup> EuG-Urteil vom 26.10.2000, *Bayer*, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383 Rnr. 120; EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 102.

<sup>361</sup> Vgl. dazu im deutschen Recht: *Rüthers/Stadler*, BGB-AT, § 17 Rnr. 35; *Brox*, Allgemeiner Teil des BGB, § 7 Rnr. 151.

Geschäftsbedingungen bei einem privatwirtschaftlich betriebenen Parkplatz meist für jedermann erkennbar an den Parkautomaten angebracht, aber ob der Parkende davon tatsächlich Kenntnis erlangt, ist fraglich. Gleichwohl geht man davon aus, dass eine so genannte Einbeziehungsvereinbarung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den zugrunde liegenden Vertrag zwischen Parkenden und Parkplatzbetreiber zustande gekommen ist. Voraussetzung für die Annahme ist für den Parkenden jedoch die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme.<sup>362</sup> Ein erkennbares Angebot oder eine erkennbare Aufforderung zur Bildung einer Vereinbarung muss somit in jedem Fall gegeben sein, auch wenn der Vereinbarungspartner die Möglichkeit einer konkreten Kenntnisnahme nicht nutzt.

Die Notwendigkeit des Vorliegens einer Aufforderung macht der EuGH besonders in Rnr. 101 und Rnr. 102 des Urteils deutlich. Der Gerichtshof betont, dass gerade bei offensichtlicher nicht übereinstimmender Interessenlage eine solche Aufforderung zur Verwirklichung eines gemeinsamen Willens unbedingt erforderlich ist. Der Wille von Bayer, durch die Quotierung der Lieferungen die Parallelimporte einzuschränken, war an sich für die Großhändler objektiv erkennbar. Jedoch reicht es für den Nachweis einer Vereinbarung nicht aus, dass ein wettbewerbsbeschränkender Wille einer Partei existiert. Vielmehr muss der Wille, die Parallelimporte einzuschränken, für das Erfüllen des Vereinbarungsbegriffs durch eine Aufforderung zur gemeinsamen Verwirklichung dieses Ziels gegenüber den Händlern wiedergegeben werden. Allein auf diese Voraussetzung kam es in der Entscheidung *Bayer* an.

Im *Bayer*-Urteil wurde nicht das erste Mal von den Europäischen Gerichten eine Aufforderung vom Hersteller gegenüber den Händlern zum Abschluss einer Vereinbarung vorausgesetzt. Im Urteil *General Motors* lehnte das EuG das Vorliegen einer Vereinbarung ab, da nicht hinreichend von der Kommission bewiesen wurde, dass die beabsichtigte wettbewerbswidrige Maßnahme von Opel an ihre Vertragshändlern mitgeteilt wurde.<sup>363</sup> Laut Sachverhalt der Entscheidung hatte sich Opel zur Durchführung einer restriktiven Lieferpolitik gegenüber seinen Vertragshändlern entschlossen, um den Export zu beschränken.<sup>364</sup> Diese wurde jedoch nicht umgesetzt und eine Vereinbarung gem. Art. 81 Abs. 1 EG konnte aufgrund der nicht nachweisbaren Aufforderung von Opel gegenüber seinen Händlern nicht angenommen werden. Auch der EuGH hatte zum Beispiel in der Rechtssache *BMW Belgium* das Rundschreiben von BMW als Aufforderung zum Abschluss einer Vereinbarung gewertet und dies für das Zustandekommen einer Vereinbarung vorausgesetzt.<sup>365</sup> Ebenso wurde im Urteil *Bayerische Motorenwerke* das von BMW versandte Rundschreiben vom EuGH als Aufforderung zum Abschluss einer

---

<sup>362</sup> Vgl. § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

<sup>363</sup> EuG-Urteil vom 21.10.2003, Rs. T-368/00, Slg. 2003, II-4491 Rnr. 88.

<sup>364</sup> EuG-Urteil vom 21.10.2003, *General Motors*, Rs. T-368/00, Slg. 2003, II-4491 Rnr. 63.

<sup>365</sup> EuGH-Urteil vom 12.7.1979, Rs. 32/78 und 36-83/78, Slg. 1979, 2435 Rnr. 29.

Vereinbarung bezeichnet.<sup>366</sup> Ferner konnte in dem Fall *Tipp Ex*<sup>367</sup> nur von einer Vereinbarung ausgegangen werden, indem Tipp Ex an seinen Alleinvertriebshändler in Frankreich konkrete Anforderungen zu einem bestimmten Verhalten aussprach und der Alleinvertriebshändler sich danach richtete. Gleichfalls stellte für den EuGH im Fall *Bayer* die Ausführverbotsklausel in der Rechtssache *Sandoz* eine Aufforderung zur Umsetzung einer wettbewerbswidrigen Maßnahme dar, die für die Händler klar erkennbar war.<sup>368</sup> An dieser Rechtsprechung wird deutlich, dass das Bestehen einer Aufforderung durch den Hersteller an sich und deren Abgabe und Zugang eine wesentliche Voraussetzung für das Vorliegen einer Vereinbarung bilden. Es muss somit eine erkennbare Aufforderung zur Verwirklichung eines gemeinsamen Willens für das Zustandekommen einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG vorliegen.

#### b) Das Verhalten zur Aufforderung

Die Frage, die sich nun im Anschluss an die Feststellung der Notwendigkeit der Voraussetzung stellt, ist, in welchem konkreten Verhalten sich eine Aufforderung zum Abschluss einer Vereinbarung objektiv erkennen lässt.

##### aa) Ausdrückliches Ausführverbot

Würde der Hersteller ein ausdrückliches Ausführverbot gegenüber den Großhändlern auferlegen, wäre der Nachweis für eine Aufforderung zum Abschluss einer Vereinbarung der Kommission sowie den Europäischen Gerichten unproblematisch. Mit der Kundgabe der Aufforderung ist der ausdrückliche Wille der Vereinbarungspartei für jedermann erkennbar. Jedoch ist die ausdrückliche Form nicht die einzige Form, eine Aufforderung zur Bildung einer Willensübereinstimmung gegenüber der Vereinbarungspartei zu verdeutlichen. Dies bestätigte der EuGH in Rnr. 99 des vorliegenden Urteils, indem er betonte, dass der Nachweis eines ausdrücklichen Ausführverbotes für den Beweis einer Vereinbarung nicht erforderlich ist. Vielmehr kann sich der Wille zu einer gemeinsamen Willensübereinstimmung aus dem Zusammenhang der gegebenen Umstände ergeben. In der Rechtssache *Bayer* lag kein ausdrückliches Ausführverbot vor. Deswegen war zu prüfen, ob die Aufforderung zum Abschluss einer Vereinbarung aus dem Verhalten des Herstellers abgeleitet werden konnte. Ein gemeinsames Verhalten der Parteien am Markt genügt nach der Definition des Vereinbarungsbegriffs.

##### bb) Ergreifen einer wettbewerbswidrigen Maßnahme

Aus dem Sachverhalt der *Bayer*-Entscheidung ging klar hervor, dass der Wille von Bayer zweifellos auf die Beschränkung von Parallelimporten gerichtet war. Daraus könnte man

---

<sup>366</sup> EuGH-Urteil vom 24.10.1995, Rs. C-70/93, Slg. 1995, I-3439 Rnr. 17.

<sup>367</sup> EuGH-Urteil vom 8.2.1990, Rs. C-279/87, Slg. 1990, I-261.

<sup>368</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 104.

schließen, dass allein durch die Lieferkontingentierung gegenüber den Großhändlern der Wille von Bayer zu einer wettbewerbswidrigen Willensübereinstimmung für die Händler deutlich genug zum Ausdruck gekommen ist. Die Deutlichkeit könnte durch die Ungleichbehandlung bei der Lieferkontingentierung durch Bayer verstärkt worden sein, denn die Lieferbeschränkungen wurden gegenüber allen Großhändlern nicht in gleicher Höhe ausgeübt. Diejenigen, die bei Bayer Spanien und Bayer Frankreich als Exporteure bekannt waren, wurden mit durchschnittlich weniger Adalat beliefert als die nichtexportierenden Großhändler. Bayer forderte mit den Lieferbeschränkungen indirekt seine Händler dazu auf, nicht mehr zu exportieren. Aus dieser Vorgehensweise könnte sich objektiv der Wille Bayers, eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung mit den Großhändlern abzuschließen, ergeben, der für die Großhändler als solcher auch erkennbar war. Somit könnte die neue Lieferpolitik von Bayer als Aufforderung, gelieferte Mengen nicht zu exportieren, zu verstehen sein.

Das Ergreifen einer Maßnahme des Herstellers, die den Wettbewerb beschränken sollte, genügte in den Urteilen *AEG*<sup>369</sup>, *Ford*<sup>370</sup>, *VW I*<sup>371</sup>, um das Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung anzunehmen. In den Fällen untersuchte das EuG sowie der EuGH nicht, ob der Hersteller ein bestimmtes Verhalten von seinen Händlern verlangt oder sich gar um deren Zustimmung zu den genannten Maßnahmen bemüht hatte. Diese Vorgehensweise der Europäischen Gerichte könnte sich jedoch daraus ergeben, dass in den genannten Entscheidungen bereits eine Vereinbarung vorlag.

In der Rechtssache *AEG*<sup>372</sup> hatte der Hersteller den Zugang zu seinem Vertriebssystem für gewisse Händler verwehrt, um ein hohes Preisniveau aufrechtzuerhalten und neue Vertriebsarten auszuschließen. Diese Maßnahme der Zugangsverweigerung zum Vertriebssystem hatte AEG ergriffen, ohne eine Zustimmung von den Händlern zu fordern. Ebenso hatte der Automobilhersteller Ford seine Lieferverweigerung bezüglich der Fahrzeuge mit Rechtslenkung ohne jegliche Aufforderung an seine Händler zu einer Zustimmung zu dieser Maßnahme durchgesetzt.<sup>373</sup> Des Weiteren hatte VW im Urteil *VW I*<sup>374</sup> wie Bayer seine Lieferungen beschränkt, um damit ein Ausfuhrverbot zu bewirken. Das EuG sah in diesem Verhalten eine Aufforderung zum Abschluss einer Vereinbarung.<sup>375</sup>

Bei näherer Betrachtung der Urteile *AEG*, *Ford* und *VW I* wird deutlich, dass nicht allein die Ergreifung der jeweiligen wettbewerbswidrigen Maßnahme zu der Feststellung einer Vereinbarung führte. Durch die Vereinbarung eines selektiven Vertriebssystems hatten die Hersteller bereits ihren Willen gegenüber den Händlern kundgetan. Die Händler stimmten

---

<sup>369</sup> EuGH-Urteil vom 25.2.1983, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151.

<sup>370</sup> EuGH-Urteil vom 8.5.1985, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725.

<sup>371</sup> EuG-Urteil vom 6.7.2000, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707.

<sup>372</sup> EuGH-Urteil vom 25.2.1983, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151.

<sup>373</sup> EuGH-Urteil vom 8.5.1985, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725.

<sup>374</sup> EuG-Urteil vom 6.7.2000, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707.

<sup>375</sup> EuG-Urteil vom 6.7.2000, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707 Rnr. 236.

nach Ansicht der Europäischen Gerichte der Politik der Hersteller mit Aufnahme in das selektive Vertriebssystem zu. Diese vorher getroffene Zustimmung umfasste auch die darauf folgenden Maßnahmen der Hersteller. Die ergriffenen Maßnahmen fügten sich in die bereits bestehende Vereinbarung ein. Es lag somit eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG der Beziehung zugrunde, die nicht erst mit der eingeführten Maßnahme durch den Hersteller entstehen musste.<sup>376</sup> Diese Urteile unterscheiden sich damit in einem wesentlichen Punkt von dem vorliegenden *Bayer*-Urteil. In diesem musste ein Zustandekommen einer Vereinbarung erst noch festgestellt bzw. nachgewiesen werden.

Die Kommission hatte in ihrer Entscheidung *Sandoz* die Ansicht vertreten, wenn keine anderweitige Erklärung gegeben ist, können die Lieferkürzungen als Beweis für die Absicht gelten, den Parallelhandel zu verhindern.<sup>377</sup> Jedoch wurde dieser Standpunkt im späteren Rechtsmittelverfahren vor dem EuGH nicht bestätigt. Der EuGH sah allein in dem Ausfuhrverbot-Vermerk auf der Rechnung eine Aufforderung an die Großhändler, dem Exportverbot zuzustimmen. Da die Großhändler der Aufforderung konkludent gefolgt waren, wurde das Vorliegen einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG bewiesen.<sup>378</sup> Der EuGH stellte bei der Feststellung einer Vereinbarung nicht auf die Kürzung der Lieferungen ab. Dies hätte auch ein Widerspruch zu seiner bisherigen Rechtsprechung bedeutet, denn allein der objektive Wille, eine Wettbewerbsbeschränkung zu verwirklichen, genügt nicht, wie schon oben festgestellt, um eine wettbewerbswidrige Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG anzunehmen.

Dass allein im Ergreifen einer wettbewerbswidrigen Maßnahme von Bayer keine Aufforderung zum Abschluss einer Vereinbarung mit den Händlern gesehen werden kann, bestätigt auch der EuGH in Rnr. 101 des *Bayer*-Urteils. Nach seiner Ansicht stellten die erfolgten Lieferkürzungen nur eine einseitige Handlung dar, auf die die Händler keinen Einfluss hatten.

Andererseits kann nicht grundsätzlich die These abgelehnt werden, dass in einer Maßnahme eine Aufforderung zum Abschluss einer Vereinbarung gesehen werden kann. Zum Beispiel können im deutschen Zivilrecht Handlungen, die mittelbar einen Schluss auf einen bestimmten Rechtsfolgwillen zulassen, als Willenserklärungen angesehen werden.<sup>379</sup> Jedoch muss der Erklärungswille, eine Vereinbarung abzuschließen, in einem solchen Verhalten objektiv klar zum Ausdruck kommen. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn vor der Durchführung der wettbewerbswidrigen Maßnahme deren Ziel deutlich gegenüber den

---

<sup>376</sup> Diese Ansicht bestätigte der EuGH in dem EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 106-109.

<sup>377</sup> Entscheidung der Kommission vom 13.7.1987, ABl. EG 1987 Nr. L 222/28 Rnr. 30.

<sup>378</sup> EuGH-Urteil vom 11.1.1990, *Sandoz*, Rs. C-277/87, Slg. 1990, I-45.

<sup>379</sup> *Heinrichs* in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Einf. v. § 116 Rnr. 6.

Händlern bekannt gegeben und damit zum Ausdruck gebracht wurde, dass eine Zustimmung erwünscht wird.

Der Fall *Bayer* lag jedoch anders. Bayer hatte ihre Lieferpolitik zwar verändert, aber aus objektiver Sicht war damit keine Aufforderung zum Abschluss einer Vereinbarung erkennbar. Dies ergab sich unter anderem daraus, dass Bayer einerseits nicht auf die Mitwirkung ihrer Großhändler bei der Umsetzung der Maßnahme angewiesen war. Andererseits war aus keinem anderen Verhalten von Bayer erkennbar, dass sie eine Zustimmung zu dieser Maßnahme von ihren Händlern gefordert haben. Bayer konnte die Maßnahme allein vollziehen. Genau diese Tatsache spricht bei der Lieferkontingentierung für das Durchführen einer einseitigen Maßnahme und nicht für das Herbeiführen einer Vereinbarung, auch wenn sich die Parteien über die Durchführung eines Exportverbotes bewusst waren. Inwieweit eine notwendige Mitwirkung der Händler bei der Umsetzung einer wettbewerbswidrigen Maßnahme des Herstellers für das Vorliegen einer Aufforderung eine Rolle spielt, soll zu einem späteren Zeitpunkt genauer geklärt werden.

cc) Einflussnahme auf das Verhalten der Vereinbarungspartei

Wenn schon nicht die Durchführung der Lieferbeschränkungen die Aufforderung zur Bildung einer Vereinbarung darstellt, könnte man vertreten, dass durch die Einflussnahme auf das Bestell- und Lieferverhalten der Großhändler zulasten der Ausfuhren von Adalat aus Frankreich und Spanien in andere Mitgliedstaaten der Wille von Bayer zum Abschluss einer Vereinbarung zum Ausdruck kam. Das Ergreifen der Maßnahme wird somit bezüglich der Voraussetzung für eine Vereinbarung nicht isoliert betrachtet, sondern in Verbindung mit dem Verhalten der Großhändler. Mit den ausgeübten Lieferbeschränkungen von Bayer blieb den Großhändlern nichts anderes übrig, als ihr Bestell- und Lieferverhalten den neuen Bedingungen anzupassen. Die Großhändler haben sich nicht ausdrücklich gegen die Lieferbeschränkungen gewehrt, sondern haben sich zum Schein auf die neue Lieferpolitik eingelassen, um so überhaupt noch beliefert zu werden.

Betrachtet man jedoch die Vorgehensweise von Bayer objektiv, dann ist es nicht verwunderlich, dass sich durch die neue Lieferpolitik bestimmte Verhaltensweisen der Großhändler änderten. Jede einseitig durchgeführte Veränderung in einer Vertragsbeziehung beinhaltet Auswirkungen auf die andere Vertragspartei. Keine Maßnahme in einer solchen wechselseitigen Beziehung bleibt ohne Wirkung. Hätte Bayer zum Beispiel die Lieferfristen geändert, hätten sich die Großhändler auf die neue Frist ebenso neu einstellen müssen wie bei der neu eingeführten Änderung der Liefermengen. Ferner muss man unterscheiden zwischen der neuen Lieferpolitik und dem angeblich verhängten Ausfuhrverbot. Die neue Lieferpolitik hat zwar Einfluss auf das Bestell- und Lieferverhalten der Großhändler, hatte aber grundsätzlich keine Auswirkungen auf das Ausfuhrverhalten der Großhändler, denn diese exportierten die Medikamente in andere Mitgliedstaaten weiter. Das EuG kam deswegen in Rnr. 108 zu dem Schluss, dass kein Zusammenhang zwischen den Lieferkürzungen und dem Exportverhalten der Großhändler nachgewiesen werden konnte.

Des Weiteren darf nicht vergessen werden, dass das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung an dem Kriterium der Willensübereinstimmung gemessen werden muss und nicht an auswirkungs- und erfolgsbezogenen Kriterien. Der systematisch richtige Ort für die Berücksichtigung der tatsächlichen Auswirkungen einer Maßnahme auf das Verhalten der Vereinbarungspartei ist das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung.<sup>380</sup> Dies wurde unter anderem im Urteil *VW I* vom EuG bestätigt.<sup>381</sup> VW hatte mit Lieferbeschränkungen, einem besonderen Bonussystem und so genannten Verpflichtungszusagen Einfluss auf das Verhalten seiner Händler in Bezug auf Verkäufe an Käufer anderer Mitgliedstaaten genommen. Die Händler sahen sich daraufhin gezwungen, nicht mehr an diese bestimmten Käufer Fahrzeuge zu liefern. Jedoch sah das EuG in dieser Einflussnahme auf das Verhalten der Händler nicht eine Vereinbarung begründet. Diese war vielmehr durch das Vorliegen eines selektiven Vertriebssystems gegeben. Die Einflussnahme spielte dagegen nach Ansicht des EuG im Prüfungspunkt „Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung“ eine wesentliche Rolle. Somit kann das Ziel von Bayer, mit den Lieferkontingentierungen den Export zu beschränken, nur unter diesem Tatbestandsmerkmal von Art. 81 Abs. 1 EG geprüft werden. Jedoch muss für diesen Prüfungspunkt erstmal eine Vereinbarung vorliegen.

Die Einflussnahme auf das Verhalten der Vereinbarungspartei kann somit nicht als Aufforderung zur Bildung einer Willensübereinstimmung gewertet werden, da dies kein geeignetes Kriterium für das Vorliegen einer Vereinbarung darstellt.

dd) Im Zusammenhang mit gesetzlichen Verpflichtungen

Wie bisher festgestellt wurde, hätte Bayer ihren Willen zur Bildung einer Vereinbarung über ein Ausfuhrverbot gegenüber den Großhändlern erkennbar zum Ausdruck bringen müssen, um eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG entstehen zu lassen. Dieser Vereinbarungswille von Bayer war jedoch aus den bisherigen Untersuchungen nicht erkennbar. Sieht man jedoch die neu eingeführte Lieferpolitik in Zusammenhang mit den gesetzlichen Verpflichtungen der Großhändler auf dem vorliegenden Sektor, dann könnte man eventuell in diesem Zusammenspiel ein Element für eine Vereinbarung erkennen.

Aufgrund der gesetzlichen Bevorratungs- und Versorgungspflichten in Frankreich und Spanien<sup>382</sup> wirkten sich die Lieferkürzungen nicht nur direkt auf das Bestellverhalten, sondern auch indirekt auf das Lieferverhalten der Großhändler aus. Die Händler mussten aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen in erster Linie die nationalen Apotheken versorgen. Die

---

<sup>380</sup> EuGH vom 6.4.2006, *General Motors*, Rs. C-551/03, Rnr. 66.

<sup>381</sup> EuG-Urteil vom 6.7.2000, *VW I*, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707 Rnr. 179.

<sup>382</sup> Diese wurden eingeführt aufgrund des Artikels 81 Absatz 2 der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.11.2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel (ABl. EG 2001 Nr. L 311/67). Der Artikel ist nun in der geänderten Fassung durch die Richtlinie 2004/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 (ABl. EG 2004 Nr. L 136/34) zu finden.

Lieferbeschränkung in Zusammenhang mit den gesetzlichen Verpflichtungen führten die Großhändler in eine Zwangslage, die das Ausführen von Medikamenten erschwert haben. Somit konnte die Kontingentierung nicht nur durch eine privatrechtliche Vereinbarung durchgesetzt werden, sondern auch durch das Zusammenwirken mit den gesetzlichen Verpflichtungen, einen bestimmten Markt vorrangig zu bedienen. Dies könnte zur Verhängung eines impliziten Exportverbots führen. Die unmittelbare Begrenzung der Lieferungen auf den Bedarf des jeweiligen Marktes bewirkt vor dem Hintergrund einer solchen gesetzlichen Verpflichtung eine Bindung der Waren an den nationalen Markt. Diese gesetzliche Verpflichtung könnte somit die gleiche Wirkung haben wie eine explizite Vereinbarung zwischen Abnehmer und Lieferanten, nicht zu exportieren, denn es droht bei der Nichtbefolgung eine Sanktion. Die Großhändler waren nicht frei, die erhaltenen Waren zu exportieren. Sie mussten in erster Linie ihren nationalen Markt abdecken. Das Zusammenwirken von Lieferverweigerung und gesetzlichen Anforderungen könnte damit das Auflegen eines Ausfuhrverbotes begründen. Ein ausdrückliches oder konkludentes Ausfuhrverbot wäre unter diesen Umständen nicht erforderlich.

Die Schlussfolgerung aus dieser Darstellung kann demzufolge nur lauten, dass Bayer ihren Willen zur Beschränkung der Parallelimporte nur mit der vorgenommenen Lieferkontingentierung unter Hilfe der nationalen gesetzlichen Regelungen durchsetzen konnte. Abgesehen davon, dass dies der Realität entsprach, muss dabei beachtet werden, dass gesetzliche Regelungen nicht für das Zustandekommen einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG herangezogen werden können; denn sie können die Grundlage für das fehlende Element in der Willensübereinstimmung nicht liefern. Die Elemente für eine Vereinbarung oder Willensübereinstimmung sind nur zwischen zwei Wirtschaftstreibenden zu finden, die Parteien einer Vereinbarung sind und nicht im Zusammenhang mit gesetzlichen Verpflichtungen, die durch eine öffentlich-rechtlich verpflichtende Person ausgesprochen werden. Der objektiv erkennbare Erklärungswille kann durch gesetzliche Bestimmungen nicht ersetzt oder ergänzt werden.

Der Zusammenhang zwischen gesetzlicher Verpflichtung und der Lieferbeschränkung sowie dessen Wirkungen auf die Großhändler ist ein wesentlicher Umstand für die Verwirklichung der neuen Geschäftspolitik von Bayer. Aus dem Umstand lässt sich aber keine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung schließen<sup>383</sup>, denn Bayer hat kein Ausfuhrverbot gegenüber den Großhändlern ausgesprochen oder in sonst einer Weise erkennbar verkündet.

---

<sup>383</sup> So auch der EuGH im Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 88.

c) Erforderlichkeit eines subjektiven Elements

Es stellt sich in diesem Zusammenhang grundsätzlich die Frage, ob eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG angenommen werden kann, wenn an dem Entstehen einer solchen Willensübereinstimmung kein Interesse beim Hersteller besteht.

aa) Übereinstimmende Interessenlage

Erst einmal ist zu klären, ob für den Begriff der Vereinbarung die Interessen der jeweiligen Vertragsparteien zu einem gemeinsamen Willen entscheidend sind.

Nach bisheriger Kommissionspraxis<sup>384</sup> und auch nach der hier genannten bisherigen Rechtsprechung zum Begriff der Vereinbarung wird deutlich, dass die Interessenlagen der Vereinbarungsparteien nicht übereinstimmen müssen. Bei keinem Urteil ist eine Übereinstimmung der wirklichen Interessenlage gegeben. Denn kein Händler würde freiwillig auf das beste Geschäft - nämlich den Parallelhandel - verzichten. Darin besteht unter anderem die Besonderheit der unter dem Stichwort „einseitige Maßnahmen“ diskutierten Wettbewerbsbeschränkungen, dass die an der kaufrechtlichen Austauschbeziehung beteiligten Parteien in den meisten Fällen gegenläufige Interessen verfolgen.<sup>385</sup> Die Zustimmung der Händler zu der gewollten Maßnahme vom Hersteller ist nur Mittel zum Zweck. Der verfolgte Zweck der Händler ist es, entweder die Vertragsbeziehungen aufrechtzuerhalten oder sich durch den Abschluss der Vereinbarung einer Sanktion zu entziehen.<sup>386</sup> Neben dem Hersteller haben nur diejenigen Beteiligten eines Vertriebsnetzes Interesse an der Einhaltung eines Gebietsschutzes, die aufgrund von Preisdisparitäten Konkurrenz durch Parallelimporte aus Niedrigpreisgebieten erhalten.

Für diese Sichtweise spricht auch, dass gleiche Motive der Parteien - zumindest in Bezug auf die Außenwirkung - im Europäischen Recht grundsätzlich keine Relevanz bei der Feststellung einer Vereinbarung haben.<sup>387</sup> Zum einen ergibt sich aus dem Begriff der Vereinbarung keinerlei Hinweis darauf, dass er neben der Einigung eine bestimmte Motivation der Beteiligten voraussetzt. Zum anderen spricht Art. 81 Abs. 1 EG selbst davon, dass die Vereinbarung die Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken muss, so dass eine gemeinsame Zweckrichtung nicht erforderlich ist. Gegenstehende Interessenlagen hindern somit nicht die Feststellung einer Vereinbarung.

---

<sup>384</sup> Entscheidung der Kommission vom 15.5.1991, *Gosme Martell/DMP*, ABl. EG 1991 Nr. L 185/23 Rnr. 33; Entscheidung der Kommission vom 25.11.1980, *Johnson & Johnson Inc.*, ABl. EG 1980 Nr. L 377/16 Rnr. 28; so auch *Jakobsen/Broberg* in ECLR 2002, 127, 132.

<sup>385</sup> *Krapf/Lange* in PharmR 2005, 255, 260.

<sup>386</sup> *Küpper* in BB 1997, 1105, 1107 (bzgl. der Motive der Lieferanten, Bedingungen ihrer mächtigen Abnehmer zu akzeptieren).

<sup>387</sup> *Stockhuber* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 81 EGV Rnr. 95; *Ritter/Braun/Rawlinson*, EEC Competition Law, S. 62.

Diese Ansicht ist auch keine Benachteiligung der Händler, denn es liegt in ihrer Hand, eine Vereinbarung durch öffentliches Bekunden ihrer Interessen zu verhindern. Werden die Interessen von einer Partei nach außen kundgetan, können die Interessen der jeweiligen Vereinbarungspartei für die Auslegung eines Verhaltens relevant sein.<sup>388</sup> Dies ist jedoch nur gegeben, wenn sie eindeutig und erkennbar nach außen getreten sind.<sup>389</sup> Denn nur dann können sie als Beweis für eine gewisse Einstellung und somit als Auslegungshilfe herangezogen werden.

#### bb) Der subjektive Wille

Die Frage, die sich mit den Überlegungen zu dem Erfordernis der übereinstimmenden Interessenlagen stellt, ist, ob bei Bayer ein Interesse zum Abschluss einer Vereinbarung vorlag, welches sich im subjektiven Willen widerspiegelt, und ob dieser als Beweis herangezogen werden konnte.

Wenn eine Partei sich mit einer anderen Partei über etwas einigt, dann muss die antragende Partei eine solche Willensübereinstimmung auch wollen. Im deutschen Zivilrecht wird dies durch den subjektiven Tatbestand einer Willenserklärung verdeutlicht, der das Erklärungsbewusstsein, den Handlungswillen und den Geschäftswillen als Voraussetzungen beinhaltet.<sup>390</sup> So kann zum Beispiel jemand einen Kaufvertrag nur verwirklichen, wenn er weiß, mit wem und über was er diesen Vertrag abschließen will. Er muss sich also als Erstes selbst klar darüber werden, was er will, und erst dann kann er nach seinen Vorstellungen agieren. Das heißt, bevor man aus objektiver Sicht feststellen kann, dass die Erklärungsperson eine Willensübereinstimmung herbeiführen möchte, liegt das subjektive Element des Wollens bei der Erklärungsperson bereits vor. Dieser Wille wird im deutschen Zivilrecht als Handlungswille bezeichnet und ist eine notwendige Voraussetzung für eine Willenserklärung.

Genau dieser Willensentschluss zur Herbeiführung einer Vereinbarung lag bei Bayer aber niemals vor. Bayer war bei der Durchsetzung ihrer neuen Lieferpolitik nicht auf die Zustimmung der Großhändler angewiesen. Es bestand für Bayer kein Interesse daran und auch keine Notwendigkeit, Einfluss auf das Verhalten der Großhändler zu nehmen oder diese zu einem bestimmten Verhalten aufzufordern. Das Ziel von Bayer, den Parallelhandel einzuschränken, konnte durch die einseitige Politik der Lieferkontingentierung ohne Mitwirkung der Großhändler verwirklicht werden. Somit hatte Bayer nicht den Willensentschluss, eine Willensübereinstimmung mit den Händlern herbeizuführen. Das subjektive Element für eine Willensübereinstimmung fehlte bei Bayer.

---

<sup>388</sup> *Krapf/Lange* in PharmR 2005, 255, 260.

<sup>389</sup> *Plesdenat*, Parallelimportbeschränkungen, S. 79.

<sup>390</sup> *Rüthers/Stadler*, BGB-AT, § 17 Rnr. 5 ff.

Fraglich ist nun, ob das Nichtvorliegen dieses subjektiven Willens als Beweis gegen das Vorliegen einer Vereinbarung angenommen werden kann. Im *Sandoz*-Urteil<sup>391</sup> wurde diese Frage verneint. Obwohl das ausdrückliche Ausführverbot auf den Rechnungen festgehalten wurde, argumentierte Sandoz, dass sie versehentlich diesen Aufdruck von dem Rechnungsbeleg nicht entfernt hätten und sie deswegen niemals den Willen hatten, ein Ausführverbot durchzusetzen.<sup>392</sup> Trotzdem nahm der EuGH ein Angebot zur Willensübereinstimmung an. Er stützte seine Argumentation darauf, dass die Ausführverbotsklausel im Zusammenhang mit den anderen Vertragsbedingungen auf dem Rechnungsbeleg eine Vereinbarung bildete, auf die sich die vorgenommenen Transaktionen stützten, unabhängig vom subjektiven Willen von Sandoz. Das subjektive Element spielte somit keine Rolle bei der Bestimmung einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG. Der EuGH zog die Argumentation von Sandoz bezüglich ihres subjektiven Willens ausschließlich bei der Frage der Verantwortlichkeit im Rahmen der Festlegung der Geldbuße heran<sup>393</sup>, bei der es auf den Vorsatz ankommen kann.

Auf der anderen Seite ist das subjektive Element eine notwendige Voraussetzung für einen Willensbildungsprozess. Jedoch ist das entscheidende Problem bei der Feststellung des subjektiven Elements die Nachweisbarkeit im Verfahren. Es stellt sich die Frage, wie dieser subjektive Wille sich äußert. Man kann den subjektiven Willen nur an objektiven Umständen erkennen. Sind solche objektiven Umstände nicht gegeben, dann ist der subjektive Wille nicht von außen erkennbar und somit auch nicht nachweisbar. Ansonsten könnte jedes Unternehmen nach vollzogener wettbewerbswidriger Handlung behaupten, dass es die Durchführung der wettbewerbswidrigen Maßnahmen nicht gewollt habe. Die Wettbewerbsregeln wären in diesem Fall nicht einschlägig. Dies kann nicht die Folge sein. Deswegen wurde im Urteil *Sandoz* zu Recht nicht auf den subjektiven Willen von Sandoz abgestellt, sondern ungeachtet der von Sandoz vorgebrachten subjektiven Einstellung bezüglich der Ausführverbotsklausel eine Aufforderung zum Abschluss einer Vereinbarung angenommen. Sogar das EuG sprach in seiner Entscheidung in Rnr. 173 von einem subjektiven Element, das in der Rechtssache *Bayer* nicht vorliegt. Jedoch wollte das EuG damit keine nachweisbare Voraussetzung für den Vereinbarungsbegriff festlegen, sondern das Gericht bezeichnete mit dem subjektiven Element der Vereinbarung die unbedingt erforderliche Willensübereinstimmung, deren Vorliegen im Verfahren nur anhand objektiver Kriterien festzumachen ist.

Somit ist festzustellen, dass es auf das subjektive Element einer Willensübereinstimmung aufgrund des schwer zu erbringenden Nachweises im Verfahren nicht ankommen kann. Die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Vereinbarung können sich nur aus objektiven

---

<sup>391</sup> EuGH-Urteil vom 11.1.1990, *Sandoz*, Rs. C-277/87, Slg. 1990, I-45.

<sup>392</sup> EuGH-Urteil vom 11.1.1990, *Sandoz*, Rs. C-277/87, Slg. 1990, I-45, WuW 1990, 993, 994.

<sup>393</sup> EuGH-Urteil vom 11.1.1990, *Sandoz*, Rs. C-277/87, Slg. 1990, I-45, WuW 1990, 993, 996 Rnr. 36.

Umständen ergeben, die von der Kommission umfassend nachgewiesen werden müssen. Deswegen ist wie bei dem Vorliegen bestimmter Interessen der Parteien der subjektive Wille nur entscheidend, wenn er an objektiven Umständen festgemacht werden kann, also in erkennbarer Weise nach außen hervortritt.

#### d) Die notwendige Mitwirkung der Händler

Es wurde eben dargestellt, dass Bayer kein Interesse an der Bildung einer Vereinbarung mit ihren Großhändler hatte, da sie ihre Hilfe bei der Umsetzung der neuen Lieferpolitik nicht benötigte. Daraus wurde geschlossen, dass nur eine einseitige Maßnahme vorliegen kann.

Das Bedürfnis der Mitwirkung der Vereinbarungspartei könnte bei Umsetzung einer wettbewerbswidrigen Maßnahme ein entscheidendes Indiz für die Abgrenzung zwischen den so genannten scheinbar einseitigen und einseitigen Maßnahmen sein. Wenn das Angebotsverhalten des Herstellers zum Abschluss einer wettbewerbswidrigen Maßnahme nicht definitiv zu ermitteln ist, so wäre es denkbar, darauf abzustellen, ob die Mitwirkung der Händler zu dieser wettbewerbswidrigen Maßnahme unbedingt nötig ist oder nicht. Kommt es nicht auf die Mitwirkung der Händler wie im vorliegenden Fall von *Bayer* an, so spricht dieser Umstand eher für eine einseitige Maßnahme, als für eine scheinbar einseitige Maßnahme, die sich später als Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG herausstellt.

Im Fall *Sandoz* war die Mitarbeit der Großhändler zur Erreichung des Ziels - die Durchsetzung des Ausfuhrverbots - unerlässlich.<sup>394</sup> Ohne die Unterstützung der Großhändler hätte Sandoz sein Exportverbot nicht durchsetzen können. Genauso war in der Rechtssache *Tipp Ex* der Hersteller auf die Hilfe vom französischen Alleinvertriebshändler angewiesen, um die Verhinderung der Reimporte durchzusetzen.<sup>395</sup> Die von Tipp Ex geforderte Preiserhöhung konnte nur mit Hilfe des jeweiligen Alleinvertriebshändlers durchgesetzt werden.

Ebenso kann die Rechtssache *BMW Belgium*<sup>396</sup> in diesem Zusammenhang genannt werden. BMW war bei der Einhaltung des von ihnen gewünschten Exportverbots auf seine Händler angewiesen. Ferner konnte BMW im Fall *Bayerische Motorenwerke*<sup>397</sup> mit dem Erfolg ihrer Aufforderung, selbständige Leasingunternehmen nicht mehr zu beliefern, nur rechnen, wenn die Lieferungen von den Vertriebshändlern wirklich eingestellt worden wären.

In diesen Fällen waren die Hersteller bei der Auferlegung einer wettbewerbswidrigen Maßnahme auf die Mitwirkung der Vereinbarungspartner angewiesen. Allein durch die

---

<sup>394</sup> Dies stellte der EuGH in Rnr. 104 des EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 fest.

<sup>395</sup> EuGH-Urteil vom 8.2.1990, Rs. C-279/87, Slg. 1990, I-261, WuW 1990, 795, 796.

<sup>396</sup> EuGH-Urteil vom 12.7.1979, Rs. 32/78 und 36-83/78, Slg. 1979, 2435.

<sup>397</sup> EuGH-Urteil vom 24.10.1995, Rs. C-70/93, Slg. 1995, I-3439.

Auferlegung der gewünschten Maßnahme hätte das verfolgte und gewünschte Ziel der Parallelimportbeschränkungen nicht verwirklicht werden können. Es bedurfte jedes Mal der Umsetzung.

Auf der anderen Seite war im Fall *Ford*<sup>398</sup> keine Mitwirkung der Händler zu der Lieferverweigerung von Fahrzeugen mit Rechtslenkung erforderlich. Dies hätte somit in dem Fall eher für eine einseitige Maßnahme gesprochen als für eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG. Jedoch wurde die Vereinbarung durch das Vorliegen eines selektiven Vertriebssystems begründet, in das sich die Maßnahme des Herstellers einfügte. Deswegen musste keine Aufforderung des Herstellers nachgewiesen werden, und es konnten die Umstände dahingestellt sein, die auf eine Aufforderung innerhalb der Fallgruppe der nachträglichen Zustimmung deuteten.

Es lässt sich somit festhalten, dass als Indiz für das Vorliegen einer Vereinbarung durchaus auf die erforderliche Mitwirkung der Gegenseite abgestellt werden kann.<sup>399</sup> Man kann insbesondere daran den Vereinbarungswillen des Herstellers erkennen. Genau diese Feststellung hat der EuGH im vorliegenden Urteil für wesentlich angesehen.<sup>400</sup> Daraus hat er den Schluss gezogen, dass die Maßnahme von Bayer, die ohne Unterstützung durch andere durchgeführt werden konnte, nur als einseitige Verhaltensweise bewertet werden kann. Die Bedeutung dieser Indizwirkung in der Entscheidung *Bayer* für die Feststellung einer Willensübereinstimmung ist wesentlich gewesen und führte als tragender Grund mit zur Ablehnung des Vorliegens einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG.

Anders muss es in der Rechtssache *Glaxo Welcome*<sup>401</sup> gesehen werden. Das Pharmaunternehmen Glaxo Welcome hatte ein duales Preissystem für pharmazeutische Produkte gegenüber seinen spanischen Großhändlern als neue Verkaufsbedingungen eingeführt. Produkte für den spanischen Markt, die von der spanischen Sozialversicherung oder aus öffentlichen Mitteln Spaniens finanziert werden, wurden zu dem von den spanischen Gesundheitsbehörden festgelegten Höchstpreisen verkauft.<sup>402</sup> Für die anderen Produkte, deren Bestimmungsort ein anderer als Spanien war, legte Glaxo Welcome einen höheren Preis fest. Für die Umsetzung dieses dualen Preissystems, das den Zweck verfolgte, die Exporte zu erschweren, benötigt Glaxo Welcome die Mitwirkung der spanischen Großhändler. Dieser Umstand stellt ein Indiz dar, dass das Vorliegen einer Vereinbarung zwischen Glaxo Welcome und seinen spanischen Großhändlern vermuten lässt.

Es darf nicht außer Acht gelassen werden, dass es bei der Indizwirkung nicht auf die tatsächliche Umsetzung der wettbewerbswidrigen Maßnahme durch den Händler ankommen

---

<sup>398</sup> EuGH-Urteil vom 8.5.1985, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725.

<sup>399</sup> Ebenso *Krapf/Lange* in PharmR 2005, 255, 261.

<sup>400</sup> Siehe dazu EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 101, 110.

<sup>401</sup> Entscheidung der Kommission vom 8.5.2001, ABl. EG 2001 Nr. L 302/1.

<sup>402</sup> Entscheidung der Kommission vom 8.5.2001, *Glaxo Welcome*, ABl. EG 2001 Nr. L 302/1 Rnr. 19.

kann, denn für einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG genügt bereits die bezweckte Wettbewerbsbeschränkung und nicht die tatsächlich vorliegende. Deswegen kann es bei der Ermittlung der Indizwirkung nur auf den bezweckten Erfolg und auf die notwendige Mitwirkung der Händler bei einer hypothetischen Umsetzung der Maßnahme ankommen.

#### e) Schlussfolgerung

Es lässt sich sagen, dass eine Aufforderung zur Bildung einer Willensübereinstimmung beim Zustandekommen einer Vereinbarung gegeben und objektiv erkennbar sein muss. Ob der Wille zu einem Angebot ausdrücklich kundgetan wird oder sich aus den Umständen ergibt, ist unerheblich.

Jedoch genügt das Ergreifen einer Maßnahme, z. B. die Lieferkontingentierung, die einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt, nicht, wenn aus ihr objektiv nicht erkennbar ist, dass ein gemeinsamer Wille herbeigeführt werden soll. Die Betrachtung der Maßnahme im Zusammenhang mit deren Auswirkungen auf das Verhalten der Vereinbarungspartei führt ebenfalls nicht zu der Annahme einer Willenserklärung. Denn die Auswirkungen einer Maßnahme spielen bei der Feststellung einer Vereinbarung keine Rolle, sondern können nur im Rahmen der Wettbewerbsbeschränkung herangezogen werden, wenn eine wettbewerbswidrige Zwecksetzung nicht erwiesen ist. Ferner konnte in diesem Zusammenhang das Zusammenwirken von Lieferbeschränkung und nationaler gesetzlicher Verpflichtungen an die Großhändler eine Aufforderung an die Händler zu einer Zustimmung nicht begründen, da gesetzliche Bestimmungen kein Element einer Willensübereinstimmung bilden können.

Es wurde außerdem festgestellt, dass das subjektive Element in der Willensbildung aus Beweisgründen beim Zustandekommen einer Willensübereinstimmung nicht herangezogen werden kann. Als Indiz für ein Angebot zu einer Vereinbarung kann auf die notwendige Mitwirkung der Gegenseite abgestellt werden. Ist die Unterstützung der Händler bei einer Maßnahme des Herstellers nicht erforderlich, dann spricht dieser Umstand eher dafür, dass es sich bei der ergriffenen Maßnahme des Herstellers um eine einseitige handelt, die nicht unter Art. 81 Abs. 1 EG subsumiert werden kann.

Der EuGH hat somit im vorliegenden Fall in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung korrekt angenommen, dass sich aus dem Verhalten von Bayer kein Angebot zu einer Vereinbarung herleiten ließe. Dieser Ansicht ist aufgrund des eben Gesagten zuzustimmen. Auch wenn beiden Vereinbarungsparteien bewusst war, welchen Zweck die Lieferkontingentierungen hatten, so kann aufgrund der Umstände aus dem Verhalten von Bayer das Bestehen einer Aufforderung zur Durchführung eines Exportverbotes nicht hergeleitet werden.

### 3. Zustimmung

Mit der Feststellung, dass keine Aufforderung von Bayer gegenüber ihren Händlern vorlag, ist die Prüfung des Vorliegens einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung gem. Art. 81 Abs. 1 EG beendet. Dennoch prüfte der EuGH, ob eine Zustimmung der Großhändler vorlag, um auf die von der Kommission vorgebrachten Argumente eingehen zu können. Im Folgenden soll ebenso die Zustimmung der Großhändler geprüft werden, um die Voraussetzungen für das Bestehen einer Vereinbarung in der *Fallgruppe der nachträglichen Zustimmung* vollständig zu erarbeiten.

Würde man wie die Kommission annehmen, dass Bayer ein Ausfuhrverbot gegenüber den Großhändlern auferlegt hat, dann müssten die Großhändler diesem in irgendeiner Weise zustimmen, um eine Vereinbarung gem. Art. 81 Abs. 1 EG entstehen zu lassen. Dies ist auch nicht strittig, da „vereinbaren“ gemeinsam festlegen bedeutet. Das heißt wiederum, dass nicht jede Partei für sich allein agiert, sondern es muss objektiv erkennbar sein, dass die an der Vereinbarung beteiligten Parteien etwas gemeinsam verwirklichen. Dementsprechend müssen die Händler mit den Maßnahmen des Herstellers in erkennbarer Weise einverstanden sein, um so festzulegen, wie man sich am Markt gemeinsam verhält.

#### a) Art und Weise der Zustimmung

Ausdrücklich muss die Annahmeerklärung zu einer wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme genauso wenig erfolgen wie die Aufforderung dazu. Gemäß der Rechtsprechungspraxis des EuGH reicht es für die Annahme einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung aus, wenn das spätere Verhalten der Kunden des Unternehmens, das ein bestimmtes Verhalten vorgegeben hat, als de facto-Zustimmung ausgelegt werden kann<sup>403</sup>, bzw. eine konkludente Zustimmung erfolgt, die von der Kommission nachgewiesen werden muss.<sup>404</sup> Die tatsächliche Befolgung der Aufforderung steht damit einer ausdrücklichen Annahmeerklärung gleich.

Im Fall *Landewyck* hatte es für die Annahme einer Zustimmung genügt, dass die Mitgliedsunternehmen der *Fédération belgo-luxembourgeoise des Industries du Tabac* (im Folgenden: Fedetab) der Kommission mitgeteilt hatten, dass sie sich der Empfehlung anschließen.<sup>405</sup> Zum anderen hatten die klagenden Mitglieder der Fedetab im Verfahren vor

---

<sup>403</sup> EuGH-Urteil vom 11.1.1990, *Sandoz*, Rs. C-277/87, Slg. 1990, I-45, WuW 1990, 994; EuGH-Urteil vom 8.5.1995, *Ford*, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725; EuG-Urteil vom 3.12.2003, *VW II*, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141.

<sup>404</sup> EuGH-Urteil vom 29.10.1980, *Van Landewyck u. a.*, Rs. 209-215 und 218/78, Slg. 1980, 3125 Rnr. 86; EuGH-Urteil vom 25.10.1983, *AEG*, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151 Rnr. 38; *Roth/Ackermann* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht VI. Band, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG Rnr. 80, *Schröter* in: Schröter/Jacob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 81 Abs. 1 Rnr. 75.

<sup>405</sup> EuGH-Urteil vom 29.10.1980, *Van Landewyck u. a.*, Rs. 209-215 und 218/78, Slg. 1980, 3125 Rnr. 86.

dem EuGH eingeräumt, sich der Empfehlung entsprechend verhalten zu haben<sup>406</sup>. In dieser Verhaltensweise war eine de facto-Zustimmung zu sehen. Die Händler haben mit ihrem Verhalten dem Willen von Fedetab stillschweigend zugestimmt. Genauso lag der Fall *Sandoz*.<sup>407</sup> Der EuGH sah die stillschweigende Zustimmung der Händler in der Fortführung der Geschäftsbeziehung als gegeben an.

Im Gegensatz dazu wurde im Urteil *BMW Belgium*<sup>408</sup> eine ausdrückliche Zustimmung der Händler als erwiesen angesehen, da die Händler die Rundschreiben von BMW als Zeichen der Zustimmung unterschrieben hatten.

Im vorliegenden Fall wurde von Bayer keine Einwilligung der Großhändler zu ihrer neuen Lieferpolitik gefordert, die die Paralleleinfuhren verhindern sollten. Ferner haben die Großhändler niemals ausdrücklich erklärt, die von ihnen empfangene Ware nicht zu exportieren. Unabhängig von diesem Umstand sah die Kommission in der Rnr. 184 ihrer Entscheidung jedoch in dem Bestellverhalten der Großhändler die konkludente Zustimmung zu einem angeblich auferlegten Ausfuhrverbot.<sup>409</sup>

#### b) Die de facto-Zustimmung

Die Kommission leitete aus dem geänderten Bestellverhalten der Großhändler eine Annahme des von Bayer verhängten Ausfuhrverbotes ab, das Bayer nach Ansicht der Kommission durch Kürzung zu großer Bestellungen, die auf Exportabsichten schließen ließen, eingeführt hatte. Es wurde bereits oben ausführlich erörtert, dass Bayer kein Ausfuhrverbot gegenüber den Händlern ausgesprochen hatte und ein solches sich ebenso nicht aus dem Verhalten ergab. Fraglich könnte nur generell sein, ob allein aus dem Lieferverhalten eine Zustimmung zu einer wettbewerbswidrigen Politik gesehen werden kann oder nicht. Diese Frage nach den Anforderungen an den Nachweis einer stillschweigenden Zustimmung zu einer einseitigen Maßnahme, um das Vorliegen einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG festzustellen, war einer der zentralen Punkte dieser vorliegenden Entscheidung.

Grundsätzlich müssen die Parteien nach der Definition für den Vereinbarungsbegriff ihren gemeinsamen Willen auf dem Markt kundtun. Für die Nachweisbarkeit des gemeinsamen Willens muss von außen erkennbar sein, dass die Beteiligten eine gemeinsame Marktstrategie verfolgen. Bayer hat im vorliegenden Fall einseitig die Lieferbeschränkung durchgesetzt, um den Parallelimport zu beschränken. Den Händlern blieb nichts anderes übrig, als sich diesem zu fügen. Jedoch ist damit von außen nicht erkennbar, dass sie einem Ausfuhrverbot zugestimmt haben. Vielmehr führten sie ihre Exporte von Adalat weiter fort. Demzufolge

---

<sup>406</sup> EuGH-Urteil vom 29.10.1980, *Van Landewyck u. a.*, Rs. 209-215 und 218/78, Slg. 1980, 3125 Rnr. 86.

<sup>407</sup> EuGH-Urteil vom 11.1.1990, Rs. C-277/87, Slg. 1990, I-45, Leitsatz Nr. 1.

<sup>408</sup> EuGH-Urteil vom 12.7.1979, Rs. 32/78 und 36-83/78, Slg. 1979, 2435, 2477 Rnr. 29.

<sup>409</sup> Entscheidung der Kommission vom 10.1.1996, *Bayer*, ABl. EG 1996 Nr. L 201/1.

kann das nach der Definition geforderte Marktverhalten nicht im Bestellverhalten der Händler gesehen werden, sondern vielmehr allein in einer Nichtausfuhr der gelieferten Waren bzw. in der Einwilligung in ein solches Ausfuhrverbot. Die Kontingentierung an sich kann zwar Gegenstand des Marktverhaltens sein, diese wurde aber einseitig durchgeführt. Eine Einwilligung der Händler könnte nur konkludent bzw. stillschweigend gegeben sein, wenn sie die Ausfuhr eingestellt hätten.

aa) Fortführung der Geschäftsbeziehung als Zustimmung

Trotz der Feststellung, dass keine Zustimmung der Großhändler im Bestellverhalten gesehen werden konnte, blieb im Verfahren vor dem EuGH die Frage bestehen, ob sich allein durch die Fortführung der Geschäftsbeziehungen eine de facto-Zustimmung zu einem Ausfuhrverbot begründen ließe.

(i) Schweigen als Willenserklärung

Die Fortführung der Geschäftsbeziehung an sich könnte eine Zustimmung in Form des Schweigens bedeuten. Grundsätzlich stellt das Schweigen im Europäischen Vertragsrecht keine Willenserklärung dar, da ihm keine eigene Aussagekraft zukommt.<sup>410</sup> Wer schweigt, setzt im Allgemeinen keinen Erklärungstatbestand, er bringt weder Zustimmung noch Ablehnung zum Ausdruck.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kann dann bestehen, wenn die Parteien untereinander eine dahingehende Übung etabliert haben, oder wenn sich dies aus Gebräuchen ergibt.<sup>411</sup> Dies kann insbesondere gegeben sein, wenn Vertrags- oder Geschäftsbeziehungen zwischen den Parteien bereits bestehen.<sup>412</sup> Im deutschen Recht ist diese Ausnahme im Handelsrecht anerkannt, um eine zügige Abwicklung der Geschäfte zu gewährleisten. Die Vertragspartner sind Kaufleute, die mit den Umgangsformen im Geschäftsleben vertraut sind und deswegen als Schweigende nicht besonders schutzwürdig sind. Schnelligkeit und Reibungslosigkeit spielen auch im Europäischen Recht eine mindestens genauso große Rolle wie im deutschen Handelsrecht. Gerade zwischen Unternehmen, wie sie als Vereinbarungsparteien im Art. 81 Abs. 1 EG vorausgesetzt werden, muss genauso wie im deutschen Handelsrecht eine geschälerte Schutzwürdigkeit herrschen, da diese sich an gewisse Gepflogenheiten im Handelsverkehr gewöhnt haben. Gegen diese Ansicht könnte sprechen, dass die Vertragsparteien in der EU aus unterschiedlichen Rechts-, Kultur- und Sprachräumen kommen und aufgrund dessen beim Verständnis von Schweigen Differenzen auftreten könnten. Um dieses Problem zu lösen, muss hauptsächlich auf den Sinn und Zweck vom Schweigen im Geschäftsverkehr abgestellt werden. Ob ein Kaufmann im Sinne des deutschen

---

<sup>410</sup> Kötz, Europäisches Vertragsrecht, S. 41; Art. 18 Abs. 1 Satz 2 UN-Kaufrecht; v. Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. 188.

<sup>411</sup> V. Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. 188.

<sup>412</sup> Kötz, Europäisches Vertragsrecht, S. 42.

Rechts vorliegt oder nicht, ist unerheblich, da die strengeren Regeln zum Schweigen hauptsächlich Private schützen sollen und nicht im Geschäftsleben Erfahrene. Es ist davon auszugehen, dass Personen, die ein Unternehmen i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG führen, sich mit den einschlägigen Gepflogenheiten im Handelsverkehr auskennen. In Bezug auf die Barriereprobleme kann nur vorgebracht werden, dass niemals bei erstmaliger Änderung innerhalb der Vertragsbeziehung ein Schweigen als Zustimmung ausreichen kann, außer dies wurde explizit vereinbart. Im EG-Recht können somit die Grundsätze vom Schweigen aus dem deutschen Handelsrecht ansatzweise übertragen werden, da ein ähnlich zu regelnder Rahmen besteht wie im deutschen Recht.

Die Frage der Übertragbarkeit der deutschen Regeln in das Europäische Recht kann aber dahingestellt bleiben, wenn die Fortführung der Geschäftsbeziehung kein Schweigen darstellt. Mit einem Schweigen wird nichts erklärt. Führen aber die Händler die Geschäftsbeziehung weiter, kann eine Erklärung in diesem Verhalten liegen. Indem der Händler weiterhin an der Geschäftsbeziehung festhält, obwohl ihm eine Änderung dieser mitgeteilt worden ist, bleibt er nicht untätig, sondern setzt mit seinem widerspruchslosen Verhalten einen Erklärungstatbestand und zwar in konkludenter Art und Weise. Das bedeutet, dass es auf eine Ausnahme vom den Grundsätzen des Schweigen nicht ankommt, da die Zustimmung an dem Verhalten der Händler festgemacht werden kann.

Fragwürdig bleibt jedoch, ob die widerspruchslose Fortführung der Geschäftsbeziehung zwischen den Unternehmen einen Umstand schafft, bei dem der Erklärungsempfänger eine Zustimmung annehmen kann. Es muss aus dem Verhalten der Händler eine Zustimmung erkennbar sein.

Besteht die Geschäftsbeziehung zwischen den Unternehmen schon lange und wurde in dieser Zeit schon oft die Unternehmensstrategie geändert, dann kommt es darauf an, ob sich in dieser Zeit die Praxis oder Übung eingespielt hat, dass die Fortführung der Geschäftsbeziehung als Zustimmung zu der Änderung genügt bzw. der Änderung sofort nach Einbeziehung widersprochen wurde. Denn nur dann kann man der Fortführung der Geschäftsbeziehung eine Erklärungswirkung in Form der Zustimmung zukommen lassen.

Zu einem anderen Ergebnis muss man jedoch kommen, wenn in der Geschäftsbeziehung bestimmte Bedingungen zum ersten Mal verändert werden, denn dann kann man jedenfalls nach dem deutschen Recht in der Fortführung der Geschäftsbeziehung keine Zustimmung sehen. In dieser Konstellation hat sich durch lang andauernde und wiederholende Übung keine Praxis herausgebildet, auf die der Erklärungsempfänger nach den Umständen vertrauen konnte, dass dieses Verhalten eine Zustimmung bedeutet. Es müssen vielmehr Umstände

hinzukommen, die darauf schließen lassen können, dass sich der Händler der Bedeutung seines Verhaltens bewusst ist.<sup>413</sup>

Also kann somit der Fortführung der Geschäftsbeziehung die Erklärungswirkung einer Zustimmung zukommen, wenn besondere Umstände vorliegen. Die Frage ist nur, auf welche Umstände man dabei abstellt.

#### (ii) Wesentliche Umstände

Eine Willensübereinstimmung bzw. Zustimmung muss im konkreten Einzelfall nachgewiesen werden. Nur die Berufung auf die Fortführung der Geschäftsbeziehung genügt nach den oben dargestellten Grundsätzen nicht. Dies hätte ansonsten innerhalb des Art. 81 Abs. 1 EG eine unlogische Konsequenz zur Folge. Wenn zum Beispiel der Händler eine Lieferung annimmt, die aufgrund der Durchsetzung eines Exportverbotes nicht den üblichen Umfang hat, und dies als Zustimmung ohne Hinzutreten besonderer Umstände gewertet wird, würde das als Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG angesehen werden. Verweigert der Hersteller dagegen ganz die Lieferung, was ein viel härteres Mittel gegenüber den Lieferbeschränkungen darstellt, würde dieses Verhalten nicht unter Art. 81 Abs. 1 EG fallen, da keine Vereinbarung vorliegt; denn bei dieser Konstellation kann der Händler keine Änderung des Lieferumfangs akzeptieren, da es keine Lieferung mehr gibt.

Unter dieser Schlussfolgerung ist das *Ford-Urteil*<sup>414</sup> sehr kritisch auszulegen, denn in dieser Rechtssache hatte Ford die Lieferung von Fahrzeugen mit Rechtslenkung verweigert. In der Lieferverweigerung konnte der EuGH keine Vereinbarung sehen. Ferner konnte allein die Fortsetzung der Geschäftsbeziehungen nicht genügen, um eine Vereinbarung anzunehmen.<sup>415</sup> Den Händlern blieb aufgrund der einseitigen Maßnahme von Ford nichts anderes übrig, als nicht mehr zu bestellen. Denn selbst wenn sie bestellt hätten, hätten sie keine solchen Fahrzeuge für die Auslieferung nach England mehr bekommen. Der EuGH sah jedoch aufgrund des Vorliegens eines selektiven Vertriebssystems das Bestehen einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG als erwiesen an. In den Händlervertrag fügte sich die Lieferungsverweigerung als einseitige Maßnahme ein. Die fehlende Zustimmung wird somit vom Rechtsanwender fingiert. Diese Lösung des EuGH konnte im Fall *Ford* die einzige vertretbare sein, denn allein die Fortführung der Geschäftsbeziehung konnte keine Zustimmung der Händler begründen, da im Urteil dafür keine besonderen Umstände dargelegt wurden.

#### (1) Art der Geschäftsbeziehung

Die Art der Geschäftsbeziehung könnte eine wesentliche Bedeutung für die geforderten Umstände spielen. In einer gefestigten und lang andauernden geschäftlichen Beziehung

---

<sup>413</sup> So auch *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, S. 41.

<sup>414</sup> EuGH-Urteil vom 8.5.1985, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725.

<sup>415</sup> So auch *Wertenbruch* in EWS 2004, 145, 149.

können bestimmte Bräuche entstehen. In einer solchen Beziehung können sozusagen Veränderungen der Unternehmensstrategie vorkommen. Eine konkludente Zustimmung durch die Fortführung der Geschäftsbeziehung kann dann angenommen werden, wenn das Verhalten der Händler in Bezug auf die veränderten Bedingungen bisher üblich gewesen war oder ein eventuell gegebener Widerspruch immer sofort erfolgte. In diesem Fall kann der Hersteller darauf vertrauen, dass die Fortführung der Geschäftsbeziehung als Zustimmung gewertet werden kann. Wurde jedoch bisher die Zustimmung zu Veränderungen immer ausdrücklich erteilt, besteht kein Vertrauenstatbestand in Bezug auf eine konkludente Zustimmung. Im vorliegenden Fall bestanden die Geschäftsbeziehungen zwischen Bayer und ihren Großhändlern schon länger, so dass man eventuell von einem solchen Vertrauenstatbestand ausgehen konnte. Hinweise zur Vorgehensweise bei Veränderungen in der bisherigen geschäftlichen Beziehung können jedoch aus dem Sachverhalt nicht erkannt werden.

## (2) Art und Weise der Bekanntmachung

Eine weitere wichtige Bedeutung für das Vorliegen besonderer Umstände kommt der Art und Weise der Bekanntmachung der Veränderung zu. Der Händler kann die Durchführung der Maßnahme des Herstellers nur stillschweigend anerkennen, wenn er davon ausreichend Kenntnis erlangt.

Dies kann zum Beispiel durch ein Rundschreiben geschehen, denn gerade Rundschreiben stellen in ihrer Art und Weise eine ausdrückliche Kundgabe von Veränderungen dar. Diese Mitteilung gewährleistet, dass der Händler deutlich und separat auf die neuen Bedingungen mit der Folge hingewiesen wird, dass sie ihm nicht verborgen bleiben können. Eine Zustimmung durch die Fortführung der Geschäftsbeziehung kann unter diesen Umständen als Willenserklärung gewertet werden, wenn die geschäftliche Übung bisher keine ausdrückliche Zustimmung auf veränderte Bedingungen vorsah.

Im Fall *Bayerische Motorenwerke*<sup>416</sup> wurde ein Rundschreiben in Bezug auf die Unterlassung gebietsüberschreitender Lieferungen versandt. Jedoch ergab sich hier die Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG aus dem vorliegenden selektiven Vertriebssystem. Es musste nicht auf die Fortführung der Geschäftsbeziehung als Zustimmung abgestellt werden.

Nicht nur bei Rundschreiben ist eine ausreichende Kenntnisnahme durch die Händler gegeben. Im Fall *Dunlop Slazenger* wies der Hersteller die Händler in einer Auftragsbestätigung auf das Exportverbot hin.<sup>417</sup> Das EuG sah die stillschweigende Zustimmung des Alleinvertriebshändlers Newitt unter anderem in der immer währenden Neubestellung von Ware bei Dunlop.<sup>418</sup> Hier wird von einem Unternehmen vorausgesetzt, dass es eine Auftragsbestätigung genau prüft, um etwaige Unstimmigkeiten mit der

---

<sup>416</sup> EuGH-Urteil vom 24.10.1995, Rs. C-70/93, Slg. 1995, I-3439.

<sup>417</sup> Entscheidung der Kommission vom 18.3.1992, ABl. EG 1992 Nr. L 131/32 Rnr. 16, 17.

<sup>418</sup> EuG-Urteil vom 7.7.1994, Rs. T-43/92, Slg. 1994, II-441 Rnr. 61.

Bestellung feststellen zu können. Dabei muss ihm das Exportverbot auffallen und ihm gegebenenfalls widersprechen. Tut es dies nicht, kann der Hersteller von einer Zustimmung aufgrund seines Verhaltens ausgehen.

Fraglich ist, ob dem Hinweis für ein Exportverbot mit dem Aufdruck auf Rechnungen einer wirksamen und deutlichen Bekanntgabe Genüge getan worden ist. Im Fall *Sandoz*<sup>419</sup> wurde eine Ausführverbotsklausel auf der Rechnung vermerkt. Nach Ansicht des EuGH akzeptierten die Händler diese ausdrückliche Klausel, indem sie die Rechnungen zahlten und neue Ware bestellten. Es wurde keineswegs eine darüber hinausgehende Affirmation durch weiteres vereinbarungskonformes Verhalten festgestellt. Somit wurde in dem Bestellverhalten und in der Fortführung der Geschäftsbeziehung eine stillschweigende Zustimmung gesehen. Die Ausführverbotsklausel von Sandoz war sehr deutlich ausgesprochen. Diese Deutlichkeit stand gerade in einem engen Zusammenhang mit dem Bestellverhalten.<sup>420</sup> Die Versendung einer Rechnung erfolgt jedoch grundsätzlich erst nach Vertragsschluss, also kann für den ersten Vertrag mit der Ausführverbotsklausel keine Zustimmung zu einem Exportverbot vorliegen. Erst wenn der Händler weiß oder wissen muss, dass die Klausel auf jeder folgenden Rechnung abgedruckt wird und damit Bestandteil der Geschäftsbeziehung wird, kann der Hersteller darauf vertrauen, dass die widerspruchslöse Fortführung der Geschäftsbeziehung konkludent eine Zustimmung enthält. Etwas anderes kann nur gelten, wenn bisher immer eine ausdrückliche Zustimmung der Händler zu den veränderten Bedingungen erfolgte. Somit wird der Aufdruck auf einer Rechnung einer deutlichen Bekanntgabe nur nach systematischer und beständiger Verwendung gerecht.

Genauso gut kann eine Zustimmung im Verhalten gesehen werden, wenn über die veränderte Maßnahme im Voraus Verhandlungen zwischen Hersteller und Händler geführt worden sind und der Hersteller diese Maßnahme nun umsetzt. Der Händler konnte sich aufgrund der Vorverhandlungen auf diese Maßnahme einstellen. Sein Verhalten kann ihm deswegen als Willenserklärung angerechnet werden.

In der *Bayer*-Entscheidung vertrat die Kommission die Ansicht, dass die Großhändler von Bayer den Sinn und Zweck der Lieferkontingentierung von Bayer erkannt hatten und somit durch Fortführung der Geschäftsbeziehungen dem Ausführverbot konkludent zugestimmt haben.<sup>421</sup> Da die Kommission die Verhängung eines Exportverbotes von Bayer als nachgewiesen angesehen hatte, bildete das Exportverbot gerade ein wesentliches Element in den fortlaufenden Geschäftsbeziehungen wie im Fall *Sandoz*. In der Entscheidung *Sandoz* hatten die Händler aufgrund der konkret geäußerten Ausführverbotsklausel den Willen von Sandoz erkannt und haben sich danach gerichtet. Sie konnten ihn auch nicht verkennen, denn in seiner Ausdrucksweise war er für die Händler nicht verkennbar. Bayer hatte jedoch in

---

<sup>419</sup> EuGH-Urteil vom 11.1.1990, Rs. C-277/87, Slg. 1990, I-45.

<sup>420</sup> EuG-Urteil vom 26.10.2000, *Bayer*, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383 Rnr. 163.

<sup>421</sup> Entscheidung der Kommission vom 10.1.1996, ABl. EG 1996 Nr. L 201/1 Rnr. 184.

keiner Weise seinen Willen in dieser ausdrücklichen Weise wie bei *Sandoz* geäußert. Auch wenn die Großhändler den Willen zur Durchsetzung eines Ausführverbotes von Bayer erkannten, ändert dies nichts an der Tatsache, dass keine Aufforderung von Bayer zu einem Exportverbot vorlag. Allein die Fortsetzung der Geschäftsbeziehung und die Bezahlung der Rechnung konnten deswegen für die Annahme einer Vereinbarung im Fall *Bayer* nicht ausreichen.<sup>422</sup> Hätte Bayer ausdrücklich gegenüber ihren Händlern den Zweck ihrer Lieferbeschränkungen verdeutlicht, könnte man das Bestellverhalten unter diesen Umständen als Zustimmung sehen. Wobei es nicht auf die Schriftform der Aufforderung ankam, sondern allein auf die Klarheit und Deutlichkeit der Aussage. In der Bayer-Entscheidung konnte somit, wie es das EuG richtig gesehen hat<sup>423</sup>, keine Vereinbarung aufgrund der Fortführung der Geschäftsbeziehung durch die Händler angenommen werden. Ferner konnte nicht bewiesen werden, dass Bayer in einer anderen Weise eine Zustimmung von den Händlern zu ihrer neuen Lieferpolitik gefordert hat.<sup>424</sup> Auch wenn sich das Vorliegen einer Vereinbarung im Fall *Sandoz* begründen lässt, so wurde doch der Vereinbarungsbegriff in dieser Rechtssache sehr weit ausgelegt,<sup>425</sup> indem man die Zustimmung der Großhändler im Bestellverhalten sah, ohne auf eine langjährige und gefestigte Geschäftsbeziehung näher einzugehen.

Innerhalb der Konstellation zur Fortführung der Geschäftsbeziehung ist außerdem zu beachten, dass jederzeit ein Widerspruch durch den Händler erfolgen kann, der zu einer Ablehnung der Zustimmung führt.

### (iii) Schlussfolgerung

Für die Wertung der Fortführung einer Geschäftsbeziehung als Zustimmung sind verschiedene Umstände, wie die Art und Weise der Geschäftsbeziehung sowie der Bekanntmachung, entscheidend. Allein das Vorliegen einer länger andauernden geschäftlichen Bindung genügt für die Annahme einer Zustimmung nicht. Es muss am Einzelfall ermittelt werden, ob sich der Händler über die Bedeutung seines Verhaltens bewusst war oder nicht.

### bb) Abgestimmte Verhaltensweisen

Fraglich könnte sein, ob sich statt einer Vereinbarung aus dem Verhalten der Großhändler eine abgestimmte Verhaltensweise ableiten ließe. Wie im ersten Kapitel dieser Arbeit bereits ausführlich besprochen, kommt es bei der Handlungsalternative „abgestimmte Verhaltensweisen“ des Art. 81 Abs. 1 EG auf die tatsächliche Kooperation bzw. Zusammenarbeit an und nicht auf die Einigung über ein zukünftig konkretes Verhalten. Wobei mit dem Wort

---

<sup>422</sup> So auch *Wertenbruch* in EWS 2004, 145, 149.

<sup>423</sup> EuG-Urteil vom 26.10.2000, *Bayer*, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383, Rnr. 161-163.

<sup>424</sup> EuG-Urteil vom 26.10.2000, *Bayer*, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383, Rnr. 121, 122.

<sup>425</sup> Generalanwalt Tizzano bestätigt in den Schlussanträgen vom 17.11.2005 in der Rs. C-74/04, *VW II*, Rnr. 46 die weite Auslegung der *Sandoz*-Rechtsprechung.

„abgestimmt“ zumindest eine Interessenübereinstimmung vorausgesetzt wird. Genau diese lag jedoch nicht vor, da Bayer kein Interesse an einer Verhaltenskoordinierung mit ihren Großhändlern hatte. Somit kann das Verhalten beider Parteien auch nicht unter abgestimmte Verhaltensweisen subsumiert werden.

c) Abstellen auf den wirklichen Willen der Händler

Eine konkludente Zustimmung könnte sich aus dem wirklichen Willen der Großhändler herleiten lassen.<sup>426</sup> Die Großhändler hatten aufgrund der Lieferbeschränkungen von Bayer Strategien entwickelt, die darauf gerichtet waren, vorzutäuschen, dass der Bedarf der heimischen Märkte gestiegen sei. Diese Vortäuschung gelang den Großhändlern durch eine Aufteilung der Exportmengen auf andere Händlervertretungen. Das EuG und der EuGH deuteten diese Verhaltensweise jedoch nicht als Zustimmung zu einem Ausfuhrverbot.<sup>427</sup> Die Kommission und BAI waren anderer Meinung. Der Begriff der Vereinbarung wurde nach ihrer Ansicht fehlerhaft ausgelegt, indem bei der Feststellung des Willens auf die Mentalreservation der Großhändler abgestellt wurde und nicht auf den nach außen erkennbaren Willen, der eventuell eine Zustimmung beinhaltetete.

aa) Abstellen auf den erklärten Willen

Nach der Ansicht der Kommission und von BAI spielte aber gerade in der bisherigen Rechtsprechung der wirkliche Wille der Vereinbarungspartei bei der Feststellung einer Vereinbarung keine Rolle. So hatte sich im Fall *Anic*<sup>428</sup> der Hersteller Anic Partecipazioni SpA (im Folgenden: Anic) von Polypropylen im Verfahren darauf berufen, dass Anic sich in den Sitzungen, die mit anderen Herstellern stattfanden, nur über die zu erwartende Marktentwicklung informieren wollte. EuGH hielt dem entgegen, sie hätten nicht dargetan, dass ihren Wettbewerbern bekannt gewesen sei, dass ihr Marktverhalten vom Inhalt der Sitzungen unabhängig sein werde.<sup>429</sup> Entscheidend war nicht der wirkliche, sondern der erklärte Wille.

Ferner hat der EuGH im Urteil *BMW Belgium*<sup>430</sup> auch nicht auf den wirklichen Willen der Händler abgestellt. Er war irrelevant. Die Händler hatten trotz des Rundschreibens von BMW weiter ihre Ware exportiert und damit erklärt, dass sie mit dem verhängten Ausfuhrverbot nicht einverstanden waren. Genauso war es im Fall *Dunlop Slazenger*<sup>431</sup>. In dem Verfahren vor dem EuG wurde festgestellt, dass die Beschwerdeführerin trotz auferlegten Exportverbots weiterhin ihre Ware bei Dunlop bestellte und auch weiterhin die Ware exportierte. In dem

---

<sup>426</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 117 ff.

<sup>427</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 123; EuG-Urteil vom 26.10.2000, *Bayer*, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383 Rnr. 154.

<sup>428</sup> EuGH-Urteil vom 8.7.1999, Rs. C-49/92, Slg. 1999, I-4162.

<sup>429</sup> EuGH-Urteil vom 8.7.1999, *Anic*, Rs. C-49/92, Slg. 1999, I-4162 Rnr. 19.

<sup>430</sup> EuGH-Urteil vom 12.7.1979, Rs. 32/78 und 36-83/78, Slg. 1979, 2435.

<sup>431</sup> EuG-Urteil vom 7.7.1994, Rs. T-43/92, Slg. 1994, II-441.

Urteil heißt es dazu, dass es für das Verbot von Art. 81 Abs. 1 EG ohne Belang ist, ob die streitige wettbewerbsbehindernde Abrede zwischen den Parteien tatsächlich eingehalten wurde.<sup>432</sup> So wurde bei der Vereinbarung eines Exportverbots, das nicht schon an die Belieferung des Händlers anknüpft, sondern ihm erst den Export bereits gelieferter Mengen verbietet, nicht auf den wirklichen Willen abgestellt.

Der Unterschied zwischen den genannten Urteilen und dem Urteil *Bayer* ist jedoch, dass bei allen drei Urteilen bereits eine erwiesene Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG vorlag. Es ist auch anerkannt, dass die wettbewerbswidrige Zwecksetzung bei Schließung einer Vereinbarung schon das Verbot von Art. 81 Abs. 1 EG auslöst und nicht erst deren Umsetzung. Für diesen Umstand muss bereits das Vorliegen der Vereinbarung gegeben sein. In dem Urteil *Anic*<sup>433</sup> brachten die regelmäßigen Versammlungen der Hersteller von Polypropylen den Nachweis für eine Vereinbarung mit sich. Bei dem *BMW Belgium*-Fall<sup>434</sup> stellte das Rundschreiben mit der Zustimmung durch Unterschriften die von Art. 81 Abs. 1 EG vorausgesetzte Vereinbarung dar. Bei *Dunlop Slazenger*<sup>435</sup> war der Vereinbarungsbegriff durch den vorangegangenen Schriftwechsel gegeben. Bei *Bayer* kam es jedoch auf den wirklichen Willen an, da keine Vereinbarung zwischen Bayer und seinen Großhändlern und auch kein erklärter Wille der Händler erwiesen war. Um eine wettbewerbswidrige Willensübereinstimmung entstehen zu lassen, hätten sich die Großhändler bereit erklären müssen, nur noch für ihren heimischen Markt zu bestellen oder die gelieferten Waren nicht mehr auszuführen und auf diese Weise ihr Verhalten an ein von Bayer angeblich verhängtes Ausfuhrverbot anzupassen. Dies war nicht gegeben, somit lag auch kein erklärter Wille bzw. die willentliche Mitwirkung an der Durchsetzung eines Exportverbotes vor. Ferner kann man in dem geänderten Bestellverhalten der Großhändler keine Täuschungsabsichten hinsichtlich eines Ausfuhrverbotes erkennen, da Bayer von ihnen keine Zustimmung zu einem Ausfuhrverbot verlangt hatte. Deswegen konnte nicht auf den erklärten Willen, sondern nur auf den wirklichen Willen der Händler abgestellt werden.

#### bb) Mentalreservation

Fraglich könnte sein, ob bei dem Bestimmen des wirklichen Willens der Händler eine Mentalreservation bedeutend sein kann und ob solch eine vorliegt, denn die Großhändler hatten in Bezug auf die Lieferbeschränkungen Umgehungsstrategien entwickelt, um weiterhin mit der vollen Menge beliefert zu werden.

Es wurde bereits festgestellt, dass das Vorliegen bestimmter Interessen bei den Vereinbarungsparteien keine Rolle für das Vorliegen einer Vereinbarung spielt, außer sie treten nach außen erkennbar hervor. Insbesondere bei einer ausdrücklichen Willenserklärung

---

<sup>432</sup> EuG-Urteil vom 7.7.1994, *Dunlop Slazenger*, Rs. T-43/92, Slg. 1994, II-441 Rnr. 61.

<sup>433</sup> EuGH-Urteil vom 8.7.1999, Rs. C-49/92, Slg. 1999, I-4162.

<sup>434</sup> EuGH-Urteil vom 12.7.1979, Rs. 32/78 und 36-83/78, Slg. 1979, 2435.

<sup>435</sup> EuG-Urteil vom 7.7.1994, Rs. T-43/92, Slg. 1994, II-441.

kann es nicht auf einen abweichenden Willen ankommen, da nur der geäußerte Wille gelten kann. Etwas anderes könnte sich bei einer konkludenten Willenserklärung ergeben. Hier kann der wirkliche Wille herangezogen werden, wenn sich aus dem Verhalten nicht konkret erkennen läßt, was der Handelnde mit seinem Verhalten bewirken wollte. Es müssen dabei alle Umstände beachtet werden.

Man könnte nun annehmen, dass die Großhändler von Bayer mit ihren Umgehungsversuchen bezüglich der neuen Lieferpolitik dieser mit einem geheimen Vorbehalt zugestimmt haben. Der geheime Vorbehalt ist zum Beispiel im deutschen Recht in § 116 BGB geregelt. Geheim ist der Vorbehalt, wenn er demjenigen verheimlicht wird, für den die Willenserklärung bestimmt ist. Ein solcher Vorbehalt ist im deutschen wie im EG-Recht grundsätzlich irrelevant für das Zustandekommen einer Willenserklärung.<sup>436</sup> Somit könnte man annehmen, dass diese Umgehungsstrategien als objektiver Umstand beweisen, dass die Großhändler mit den Parallelimportbeschränkungen einverstanden gewesen sind, da sie sich der Situation angepasst haben.

Andererseits lässt sich auch aus dem Verhalten erkennen, dass die Großhändler gegenüber Bayer kein Geheimnis daraus gemacht, dass sie die erhaltenen Medikamente weiterhin in andere Mitgliedstaaten exportierten. Geheim gehalten haben sie nur ihre Strategien zur Umgehung der neuen Lieferpolitik und damit die Herkunft der exportierten Ware. Daraus kann man erkennen, dass der wirkliche Wille der Großhändler darin bestand, sich mit den Lieferbeschränkungen zu arrangieren, aber nicht mit einem Willen von Bayer in Bezug auf ein Exportverbot. Die Umgehungsversuche in Bezug auf die Lieferbeschränkungen können somit nicht als Zustimmung zu einem Exportverbot angesehen werden.

Somit lag keine Mentalreservation in Bezug auf das Ausfuhrverbot vor. Der EuGH ist richtigerweise nicht von einer Willensübereinstimmung ausgegangen.

#### d) Schlussfolgerung

Für das Zustandekommen einer Willensübereinstimmung i. S. d. des Vereinbarungsbegriffs muss eine Zustimmung der Vereinbarungspartei vorliegen. Auf welche Art diese erfolgt, ist unerheblich. Sie muss nur erkennbar mit dem Angebot des Herstellers übereinstimmen.

Allein auf eine Verhaltensweise, wie z. B. das Bestellverhalten der Händler, ist dann nicht abzustellen, wenn eine wettbewerbsbeschränkende Maßnahme des Herstellers nicht ausdrücklich auferlegt wurde. Denn die Händler können nicht einer Maßnahme zustimmen, die einseitig durchgesetzt werden konnte. Alles andere würde eine Konstruktion darstellen,

---

<sup>436</sup> Bunte in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Art. 81 Generelle Prinzipien Rnr. 20; Entscheidung der Kommission vom 5.12.1971, *Pittsburgh Corning Europe*, ABl. EG 1972 Nr. L 272/35, 37; Entscheidung der Kommission vom 12.6.1982, *Hasselblad*, ABl. EG 1982 Nr. L 161/19 Rnr. 47.

die den Vereinbarungsbegriff zu weit ausdehnen und die Beweisbarkeit eines solchen erschweren würde.

Natürlich war der Wille von Bayer, durch die Lieferbeschränkungen den Parallelhandel einzuschränken, gegeben, aber um aus diesem Umstand eine Willenübereinstimmung objektiv zu erkennen, musste der EuGH und auch das EuG auf den wirklichen Willen der Großhändler abstellen. Allein die Anpassung des Lieferverhaltens an die Lieferbeschränkungen stellte zwar einen erklärten Willen dar, der sich allerdings allein auf die neue Lieferpolitik bezog. Bezüglich eines angeblich verhängten Ausfuhrverbotes reagierten die Händler nicht, denn sie führten weiter ihre Ware aus. Eine Willensübereinstimmung lag damit nicht vor.

#### **4. Einfügen im Rahmen fortlaufender Geschäftsbeziehungen**

Wie es sich herausgestellt hat, lagen im Fall *Bayer* weder eine Aufforderung vom Hersteller und noch eine Zustimmung von den Händlern zu einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung vor. Deswegen muss das von Bayer entwickelte Quotensystem, das den Wettbewerb beeinträchtigt, sanktionslos bleiben.

Die Kommission sah dies im *Bayer*-Verfahren anders und wollte das Vorliegen einer Vereinbarung mit Hilfe der *Fallgruppe der vorherigen Zustimmung* begründen.<sup>437</sup> Innerhalb dieser Fallgruppe kann der Hersteller eine einseitige Maßnahme gegenüber seinen Händlern verhängen, die sich aber aufgrund einer vorherigen Vereinbarung in ein Vertragswerk einfügt. Das Einfügen einer wettbewerbswidrigen Maßnahme ist nach bisheriger Rechtsprechung gegeben, wenn die ergriffene Maßnahme des Herstellers durch einen Vorbehalt im Vertrag gedeckt ist oder eine Konkretisierung der Vertriebspolitik vorliegt. Der Händler hat zu der Geschäftspolitik des Herstellers durch vorherige Zustimmung seine Einwilligung erklärt und stimmte somit einer späteren Maßnahme von vornherein zu. Eine solche Konstellation lag den Fällen *AEG*<sup>438</sup>, *Ford*<sup>439</sup>, *Bayerische Motorenwerke*<sup>440</sup>, *VW I*<sup>441</sup> zugrunde. Fraglich war nun, ob diese Konstellation auch im vorliegenden Fall angenommen werden konnte, um eine Vereinbarung gem. Art. 81 Abs.1 EG feststellen zu können.

---

<sup>437</sup> Entscheidung der Kommission vom 10.1.1996, ABl. EG 1996 Nr. L 201/1 Rnr. 173.

<sup>438</sup> EuGH-Urteil vom 25.10.1983, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151.

<sup>439</sup> EuGH-Urteil vom 8.5.1985, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725.

<sup>440</sup> EuGH-Urteil vom 24.10.1995, Rs. C-70/93, Slg. 1995, I-3439.

<sup>441</sup> EuG-Urteil vom 6.7.2000, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707.

a) Vorliegen eines Vertriebsvertrages

Selektive Vertriebssysteme, Alleinbezugs- und Alleinvertriebsvereinbarungen stellen Vereinbarungen i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG dar. Dies war zum Beispiel in den Urteilen *AEG*<sup>442</sup>, *Ford*<sup>443</sup>, *Bayerische Motorenwerke*<sup>444</sup>, *VW I*<sup>445</sup> auch nicht strittig. Durch die in den vorliegenden Urteilen gegebenen selektiven Vertriebssysteme war das Vorliegen einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG bereits nachgewiesen. Fraglich in dieser Fallgruppe ist vielmehr, ob die von den Herstellern getroffenen Maßnahmen in irgendeiner Weise von den selektiven Vertriebsvereinbarungen erfasst werden und deshalb bei der Beurteilung von deren Vereinbarkeit mit den wettbewerbsrechtlichen Vorschriften zu berücksichtigen sind.

In dem Urteil *Bayer* lag keine der genannten Vertriebsverträge vor, sondern lediglich über die Jahre anhaltende fortlaufende Geschäftsbeziehungen zwischen Bayer und ihren Großhändlern. Die Frage, die sich somit im Urteil und nun auch generell stellte, ist, ob fortlaufende Geschäftsbeziehungen als ein ausreichendes Vertragswerk anzusehen waren, in das sich eine einseitige Maßnahme wie die von Bayer einfügen kann.

aa) Vergleichbarkeit mit den Vertriebssystemen

Die fortlaufenden Geschäftsbeziehungen könnten mit den Vertriebssystemen vergleichbar sein, wenn nicht die schriftliche Niederlegung ausschlaggebend ist, sondern die Praktizierung der Vereinbarung auf Jahrzehnte. Denn wenn ein Händler über Jahrzehnte beliefert wird, besteht auch ohne schriftliche Fixierung der Konditionen für diese Belieferung eine langfristige und teilweise genau festgelegte Geschäftsbeziehung, die eine Pflichtenbindung zwischen den Parteien begründen lässt. Diese könnte die Qualität einer so genannten Rahmenvereinbarung besitzen, die in der Fallgruppe der vorherigen Zustimmung vorausgesetzt wird. Dies kann nur der Fall sein, wenn der fortlaufenden Geschäftsbeziehung eine gleiche Bindungswirkung wie einem ausgearbeiteten Vertragswerk zukommt, denn erst dann kann man vom Vorliegen einer Vereinbarung ausgehen, in der sich ein Einfügen rechtfertigen lässt.

Des Weiteren begründen nicht nur Rahmenvereinbarungen, sondern auch langjährig bestehende Geschäftsbeziehungen besondere Schutzbestimmungen, z. B. bezüglich einer Vertragsbindung.<sup>446</sup> So wäre eine sofortige Auflösung einer bestehenden Geschäftsbeziehung zwischen Hersteller und Händler genauso wenig möglich wie bei einem vorab ausgearbeiteten Vertriebswerk. Dies ergibt sich aus der durch das Vertrauen entstehenden Pflichtenbindung.

---

<sup>442</sup> EuGH-Urteil vom 25.10.1983, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151.

<sup>443</sup> EuGH-Urteil vom 8.5.1985, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725.

<sup>444</sup> EuGH-Urteil vom 24.10.1995, Rs. C-70/93, Slg. 1995, I-3439.

<sup>445</sup> EuG-Urteil vom 6.7.2000, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707.

<sup>446</sup> Zum Beispiel im deutschen Handelsrecht beschrieben von *Hopt* in: Baumbach/Hopt, HGB-Kommentar, Einl. v. § 343 Rnr. 3.

Händlerbeziehungen im Arzneimittelvertrieb sind normalerweise nicht anders als im Kfz-Vertrieb auf Langfristigkeit angelegt. Die Pharmaziehersteller haben ihre festen Großhändler, die für den Absatz in einem bestimmten Gebiet eines Mitgliedstaates sorgen. Aufgrund der fehlenden qualitativen Selektion der Händler wie bei einem selektiven Vertriebssystem, gibt es für den Hersteller auch keinen Grund, den Händler zu wechseln, wenn die Belieferung der Apotheken und Endverbraucher funktioniert. Diese langfristigen Geschäftsbeziehungen benötigen genau wie festgeschriebene selektive Vertriebssysteme im Laufe der Jahre Konkretisierungen. Dies kann in Bezug auf Liefermengen gegeben sein, die etwa im Fall von Produktionsengpässen oder sonstigen Versorgungsschwierigkeiten Schwankungen unterliegen und daher nicht konstant über die Jahre gehalten werden können. In diesem Zusammenhang könnte die Veränderung der langjährigen Lieferpolitik im Fall *Bayer* als Konkretisierung gesehen werden, die sich in die bestehende Geschäftsbeziehung zwischen Bayer und den Großhändlern ohne ausdrückliche Vereinbarung einfügte.

Ferner hat sich im Pharmaziesektor seit Jahrzehnten in allen wesentlichen Ländern der EU ein Vertriebssystem herausgebildet, in dem der Großhandel die wesentliche Distributionsfunktion übernommen hat und die Hersteller weitestgehend auf einen Direktverkauf verzichten. Die Errichtung dieses Vertriebssystems bedurfte keiner vertraglichen Regelung, sondern entstand vielmehr aus einer gewissen Effizienz des Systems heraus.

Diese Punkte wie Langfristigkeit, Vertrauen, Bestehen eines bestimmten Vertriebsschemas könnten für eine gewisse Vergleichbarkeit sprechen. Andererseits könnte gegen diese Vergleichbarkeit der Unterschied in der Entstehungsweise der Vertragsarten sprechen. Innerhalb der einfachen Geschäftsbeziehung haben die Großhändler bei Bedarf bei Bayer Bestellungen aufgegeben. Bayer hat als Zustimmung zu dem Kaufvertrag nach Annahme der Bestellungen auf einer ad hoc-Basis geliefert. Damit lag nicht ein Vertragsschluss zu Beginn der Geschäftsbeziehungen vor, sondern ein Vertrag wurde von Bestellung zu Bestellung neu abgeschlossen. Im Gegensatz dazu wird ein Rahmenvertrag zu Beginn der Geschäftsbeziehung geschlossen. Die schriftliche Fixierung könnte in Bezug auf die bestehende Bindungswirkung den Unterschied zwischen einer bloßen faktischen Geschäftsbeziehung und einer Rahmenvereinbarung in wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht ausmachen.

Während ein Vertriebsvertrag zwischen Hersteller und Händler rechtlich bindende Liefer- und Bezugsverpflichtungen sowie deren Konditionen enthält, bestehen solche langfristigen rechtlichen Bindungen im Falle bloßer faktischer Geschäftsbeziehungen gerade nicht. In ihrem Liefer- und Bezugsverhalten sind beide Parteien in der einfachen Geschäftsbeziehung grundsätzlich frei. Der Händler behält sich die rechtliche Freiheit vor, ob und in welchem Umfang er entsprechend der Marktentwicklung die Produkte zukünftig vertreiben will. Genauso kann der Hersteller seine Lieferung entsprechend den wirtschaftlichen Umständen anpassen. Dafür bestehen keine voraus festgelegten Konditionen. Dennoch besteht eine gewisse Bindung, die eine Auflösung einer langfristigen Geschäftsbeziehung von heute auf

morgen unmöglich macht. Die Vertragsparteien sind aufgrund der Länge der geschäftlichen Beziehung aufeinander angewiesen und dies lässt einen Vertrauenstatbestand entstehen, der eine Bindungswirkung in Bezug auf das Bestehen der Geschäftsbeziehung auslöst. Trotzdem kann aufgrund des Fehlens eines rechtlich bindenden Vertragswerkes jederzeit die Belieferungsweise verändert werden, was bei einem selektiven Vertriebssystem in dieser Art nur möglich ist, wenn eine solche Vorgehensweise vorher im ausgearbeiteten Vertrag niedergelegt wurde oder die Parteien sich über eine Vertragsergänzung geeinigt hatten. Wirtschaftlich und rechtlich ist der Hersteller sowie der Händler in einem selektiven Vertriebssystem stärker gebunden, und gerade diese festgelegte Verbindlichkeit besteht in einer einfachen Geschäftsbeziehung nicht. Die Qualität der Bindungswirkung zwischen einer einfachen Geschäftsbeziehung und einer schriftlich festgelegten Vertragsbeziehung ist verschieden. Erstere baut auf Vertrauen auf und nicht wie das selektive Vertriebssystem auf niedergeschriebene Pflichten und Rechte.

Ein weiterer Punkt, der gegen die Vergleichbarkeit von einfachen Geschäftsbeziehungen und selektiven Vertriebssystemen sprechen könnte, ist die Vorgehensweise bei der Prüfung des Vorliegens einer Vereinbarung in der bisherigen Rechtsprechung. Der Gerichtshof hat in den Urteilen *AEG*<sup>447</sup>, *Ford*<sup>448</sup>, *Bayerische Motorenwerke*<sup>449</sup>, *VW I*<sup>450</sup> nicht auf die Feststellung abgezielt, ob das Ergreifen der in Rede stehenden Maßnahme dem Abschluss von Vereinbarungen gleichzustellen war, sondern, ob die Maßnahme im Zusammenhang mit den Vertriebssystemen herangezogen werden konnte, um die Wettbewerbswidrigkeit des Vertriebssystems festzustellen. Denn grundsätzlich können Wettbewerbsbeschränkungen innerhalb der selektiven Vertriebssysteme unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sein.<sup>451</sup> Damit prüfte der EuGH in den Fällen, ob die Maßnahmen in Verbindung mit dem Vertriebssystem diese Voraussetzungen erfüllten.<sup>452</sup> Die Existenz einer Vereinbarung wurde nie explizit in Frage gestellt. Im Gegensatz dazu war die Feststellung des Vorliegens einer Vereinbarung im *Bayer*-Urteil der Hauptprüfungspunkt.

Für die Möglichkeit des Einfügens einer wettbewerbswidrigen Maßnahme in eine einfache Geschäftsbeziehung kann das Urteil *Sandoz* auch nicht als Bestätigung der Vergleichbarkeit mit der Fallgruppe von scheinbar einseitigen Maßnahmen innerhalb eines Vertriebssystems herangezogen werden. Der Unterschied ergibt sich daraus, dass *Sandoz* mit dem „Ausfuhr-

---

<sup>447</sup> EuGH-Urteil vom 25.10.1983, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151.

<sup>448</sup> EuGH-Urteil vom 8.5.1985, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725.

<sup>449</sup> EuGH-Urteil vom 24.10.1995, Rs. C-70/93, Slg. 1995, I-3439.

<sup>450</sup> EuG-Urteil vom 6.7.2000, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707.

<sup>451</sup> Indizien für eine Rechtfertigung können Gruppenfreistellungsverordnungen liefern.

<sup>452</sup> Z. B. war in der Rechtsache *AEG* das Ergebnis des EuGH, dass die einseitige Maßnahme nicht mit dem genehmigten Vertriebssystem übereinstimmte, und deswegen war der Art. 81 Abs. 1 EG gegeben. Die Entscheidung *Ford* richtete sich nur gegen den Haupthändlervertrag. Die vorliegende Lieferverweigerung stand im wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Vertrag, und deswegen wurde eine gerichtliche Freistellung gem. Art. 81 Abs. 3 EG nicht gewährt.

verboten“ -Vermerk auf den Rechnungen ihren Willen in Bezug auf das Verhalten geäußert hat, das die Großhändler hinsichtlich des Endbestimmungslandes an den Tag legen sollten und diese der Aufforderung stillschweigend zustimmten. Auf die langjährige Geschäftsbeziehung kam es in dem Urteil nach Ansicht des EuGH nur insoweit an, als die Beziehung der Feststellung einer Vereinbarung diene, aber nicht fähig war, eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 EG zu begründen. Aufgrund der Geschäftsbeziehung konnte der Hersteller damit rechnen, dass sich der Händler gegen eine solche Ausführverbotsklausel wenden würde, wenn er damit nicht einverstanden gewesen wäre. Die Händler widersprachen dieser Vertriebspolitik jedoch nicht. Sie stimmten vielmehr direkt durch formale und tatsächliche Hinnahme und Billigung dem geäußerten Ausführverbot zu, indem sie ihre Ware weiter bei Sandoz bestellten. Eine Vereinbarung war damit gegeben. Diese Vereinbarung war innerhalb der bestehenden Geschäftsbeziehung und des daraus resultierenden Vertrauens zustande gekommen. Die Langfristigkeit der Geschäftsbeziehung führt zu einem Vertrauensverhältnis, das zur Folge hatte, dass eine konkludente Zustimmung von den Händlern angenommen werden konnte. Ein Einfügen lässt sich aber aufgrund des Fehlens einer bereits bestehenden Vereinbarung nicht begründen.

Die Trennungslinie zwischen einer einfachen Geschäftsbeziehung und einer daneben vom Hersteller ergriffenen wettbewerbswidrigen Maßnahme hat der EuGH in der vorliegenden Entscheidung in Rnr. 141 eindeutig gezogen, indem er die einzelnen, im Rahmen der Geschäftsbeziehung abgeschlossenen Kaufverträge nicht als wettbewerbsbeschränkende, sondern als „an sich neutrale Vereinbarungen“<sup>453</sup> bezeichnete. In solche Vereinbarungen kann sich nach Ansicht des EuGH eine Maßnahme des Herstellers nicht einfügen, jedenfalls verliert die Vereinbarung dadurch nicht ihren neutralen Charakter. Denn die zugrunde liegenden Geschäftsbeziehungen zwischen Hersteller und Händler bestimmen im Voraus gerade keine einzelnen Regelungen für das Vertragsverhältnis, die Veränderungen im Vertragsverhältnis mit umfassen. Sie stehen grundsätzlich solchen Änderungen neutral gegenüber. Das Einzige, was sich aus den einfachen Geschäftsbeziehungen ableiten lässt, ist das Vertrauen, dass den Nachweis einer konkludenten Zustimmung vereinfacht.<sup>454</sup>

Ferner bestehen Unterschiede in dem Charakter der jeweiligen geschäftlichen Verhältnisse. Der Charakter insbesondere der selektiven Vertriebssysteme besteht darin, durch quantitative oder qualitative Beschränkungen der Zulassung zu diesem System auf der einen Seite den Intra-brand-Wettbewerb zu beschränken, aber damit auf der anderen Seite den Inter-brand-Wettbewerb zu fördern, indem die Effizienz der jeweiligen Produktvermarktung gesteigert wird. Zu einfachen Geschäftsbeziehungen mit einem Arzneimittelhersteller dagegen ist grundsätzlich jeder Händler zugelassen, soweit Kapazitäten bestehen und er die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Der Sinn und Zweck einer solchen Beziehung ist ein ganz anderer

---

<sup>453</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 141.

<sup>454</sup> Siehe dazu 2. Kapitel IV. 3. b) aa) (ii) (1).

als der bei selektiven Vertriebssystemen. Hier kommt es nicht auf eine effiziente Vermarktung des Produkts an, sondern auf eine schnelle Belieferung des Patienten.

Die Vergleichbarkeit ist in Hinblick auf die stärkere Bindungswirkung der jeweiligen Vertriebssysteme und in Bezug auf die verschiedenen teleologische Richtung der Vertragstypen abzulehnen.

#### bb) Rahmenvereinbarung durch nationale Vorschriften

Fraglich könnte sein, ob eine Rahmenvereinbarung mit Hilfe der gesetzlichen Anforderungen an die Großhändler aus dem nationalen Recht konstruiert werden kann. Dazu müsste ein sachlicher Zusammenhang zwischen den nationalen Regelungen und der Vertragsbeziehung gegeben sein. Die Einhaltung des gesetzlichen Versorgungsauftrags gehört zur Geschäftsgrundlage jeder Vertragsbeziehung zwischen einem Arzneimittelhersteller und seinem Großhändler, da davon die Zulassung der Großhändler abhängt. Maßnahmen des Herstellers über die Einhaltung des gesetzlichen Versorgungsauftrags könnten sich demnach in die Vertragsbeziehungen einfügen. Dazu könnte auch die Änderung der Lieferpolitik gehören.

Dem ist aber entgegenzuhalten, dass die nationalen Gesetze keinen extensiven, vorher abgeschlossen vertraglichen Rahmen zwischen dem Hersteller und den Großhändlern darstellen können. Ferner schaffen die gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen für bestimmte wirtschaftliche Tätigkeiten naturgemäß niemals eine vertragliche Beziehung zwischen Händler und Hersteller, denn auch wenn ein Händler zugelassen ist, stellt dies keine Garantie für einen Vertrag mit einem Arzneimittelhersteller dar. Die Vorschriften begründen damit keine Rahmenvereinbarung.

#### b) Schlussfolgerung

Die Urteile über die selektiven Vertriebssysteme können wegen fehlender Vergleichbarkeit zu den einfachen Geschäftsbeziehungen nicht herangezogen werden, um geltend zu machen, dass der Nachweis einer Vereinbarung im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG durch die bloße Feststellung erbracht werden könne, dass die Maßnahmen des Herstellers zur Verhinderung oder Einschränkung von Paralleleinfuhren sich in den Rahmen der mit den Großhändlern unterhaltenen fortlaufenden Geschäftsbeziehungen einfügten. In Ermangelung eines Vertriebsvertrages, der eine Bindungswirkung auslöst, die mit einem in den fortlaufenden Geschäftsbeziehungen begründeten Vertrauenstatbestand nicht zu vergleichen ist, muss die Zustimmung zu einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG in der vorliegenden Fallgruppe tatsächlich festgestellt werden. Ferner kommt eine Konstruktion einer Rahmenvereinbarung durch gesetzliche Vorschriften nicht in Betracht.

## 5. Bestehen eines Kontroll- und Sanktionssystems

In Rnr. 78 ff. des *Bayer*-Urteils nimmt der EuGH zu der Frage Stellung, welche Bedeutung bei der Bestimmung einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG einem vom Hersteller eingeführten Kontroll- und Sanktionssystem zukommt.

### a) Indizwirkung

In seiner Entscheidung macht der EuGH in Rnr. 83 deutlich, dass das Bestehen eines Kontroll- und Sanktionssystems keine notwendige Voraussetzung für die Bestimmung einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG ist. Es kann vielmehr ein wichtiges Indiz für das Vorliegen einer Vereinbarung darstellen. So muss der Hersteller z. B. die Umsetzung eines Exportverbotes überwachen und deren Durchsetzung sicherstellen, wenn er seinen Großhändlern ein solches auferlegt und er deren Mitwirkung zur Umsetzung dieser Maßnahme benötigt. Auf die Zusage der Großhändler zur Einhaltung, z. B. eines Exportverbotes, allein kann sich der Hersteller in den meisten Fällen nicht verlassen, da der Parallelhandel für die meisten Großhändler einen wichtigen Zuverdienst bedeutet. Um seine Zielrichtung zu verdeutlichen, bleibt dem Hersteller demzufolge nichts anderes übrig, als ein Kontroll- und Sanktionssystem zu errichten. Dieses System kann in gewisser Weise garantieren, dass die Vereinbarung über dieses Exportverbot eingehalten wird. Damit deutet das Vorliegen eines solchen Systems auf eine eventuell geschlossene Vereinbarung zwischen Hersteller und Händler hin, kann diese aber allein nicht beweisen. Ein Kontrollsystem für exportierte Ware kann zum Beispiel vom Hersteller zur reinen Überwachung der Exportgeschäfte dienen, ohne dass der Hersteller bei Errichtung des Systems bereits eine Vereinbarung über ein Exportverbot mit seinen Händlern geschlossen hat. Ferner können Sanktionen dem Händler angedroht werden, um die wettbewerbskonformen Voraussetzungen eines Vertriebssystems sicherzustellen, und nicht, um eine wettbewerbswidrige Vereinbarung durchzusetzen.

Dass ein Kontroll- und Sanktionssystem keine notwendige Voraussetzung für den Vereinbarungsbegriff sein kann, bestätigen die Urteile *Sandoz*<sup>455</sup> und *Ford*<sup>456</sup>. In diesen Entscheidungen wurde vom EuGH kein Kontroll- und Sanktionssystem vorausgesetzt. Der EuGH argumentierte in Rnr. 85 der *Bayer*-Entscheidung, dass bei *Sandoz* bereits durch die vorgelegenen Umstände eine Vereinbarung rechtlich hinreichend nachgewiesen wurde und deswegen ein Kontroll- und Sanktionssystem als Indiz nicht mehr erforderlich war. Bei dem Fall *Ford* war das System nachträglicher Kontrolle nach Ansicht des EuGH in Rnr. 86 überflüssig, da es sich um eine schlichte Verkaufsverweigerung handelte, die ohne

---

<sup>455</sup> EuGH-Urteil vom 11.1.1990, Rs. C-277/87, Slg. 1990, I-45.

<sup>456</sup> EuGH-Urteil vom 8.5.1985, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725.

Mitwirkung der Händler durchgesetzt werden konnte. Diese Konstellation im Urteil *Ford* ist mit der Entscheidung *Bayer* vergleichbar. Bei *Bayer* handelte es sich ebenfalls um eine Änderung des Lieferverhaltens, zu deren Umsetzung kein Kontroll- und Sanktionssystem benötigt wurde, da die Koordinierung der neuen Lieferpolitik selbständig durch Bayer durchgeführt werden konnte.

In anderen gerichtlichen Entscheidungen wie *BMW Belgium*<sup>457</sup>, *Tipp Ex*<sup>458</sup>, *Dunlop Slazenger*<sup>459</sup> und *VW I*<sup>460</sup> gab es durchaus Drohungen und Sanktionen, als die gewünschte Politik der Hersteller von den Händlern nicht umgesetzt wurde. In der Rechtssache *BMW Belgium* drohte der Hersteller mit Lieferkontingentierungen, wenn die Händler sich nicht an das verhängte Ausfuhrverbot hielten.<sup>461</sup> Dunlop ging in dem Fall *Dunlop Slazenger* in der Sicherstellung des absoluten Gebietsschutzes für ihre Alleinvertriebshändler noch einen Schritt weiter und versuchte, mit Liefersperren, Kennzeichnung und Beobachtung von Exportware ihre Geschäftspolitik zu verwirklichen.<sup>462</sup> Auch der VW-Konzern hatte sich laut der *VW I*-Entscheidung ein Kontroll- und Sanktionssystem aufgebaut, um für die korrekte Durchsetzung der getroffenen Maßnahmen zu sorgen.<sup>463</sup> Mit Hilfe ihrer Tochtergesellschaft Autogerma nahm der Konzern systematische Kontrollen vor und sprach spezielle Warnungen gegenüber den Vertragshändlern aus, um die Geschäftstätigkeit dieser Händler in Bezug auf die Reexporte einzuschränken. Auch im Urteil *Tipp Ex* kontrollierte Tipp Ex seine Vorgaben an seine Alleinvertriebshändler und drohte mit Sanktionen bei Nichteinhaltung der vorgeschlagenen Maßnahmen.<sup>464</sup> In all diesen Entscheidungen waren die Kontroll- und Sanktionsmaßnahmen aber nicht ausschlaggebendes Kriterium für das Vorliegen einer Vereinbarung. Die Europäischen Gerichte zogen das Bestehen eines Kontroll- und Sanktionssystems in den jeweiligen Urteilen als Bestätigung für den schon erbrachten Nachweis für den Vereinbarungsbegriff heran, aber sie stellten niemals allein darauf ab.<sup>465</sup>

Somit bestätigt auch die bisherige Rechtsprechung die vom EuGH festgestellte Indizwirkung eines Kontroll- und Sanktionssystems für den Begriff der Vereinbarung.

#### b) Repressive und präventive Kontrollen

Obwohl die Voraussetzungseigenschaft eines Kontroll- und Sanktionssystems für das Vorliegen einer Vereinbarung in der *Bayer*-Entscheidung verneint wurde, hatte die

---

<sup>457</sup> EuGH-Urteil vom 12.7.1979, Rs. 32/78 und 36-83/78, Slg. 1979, 2435.

<sup>458</sup> EuGH-Urteil vom 8.2.1990, Rs. C-279/87, Slg. 1990, I-261.

<sup>459</sup> EuG-Urteil vom 7.7.1994, Rs. T-43/92, Slg. 1994, II-441.

<sup>460</sup> EuG-Urteil vom 6.7.2000, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707.

<sup>461</sup> EuGH-Urteil vom 12.7.1979, Rs. 32/78 und 36-83/78, Slg. 1979, 2469.

<sup>462</sup> EuG-Urteil vom 7.7.1994, Rs. T-43/92, Slg. 1994, II-441 Rnr. 12.

<sup>463</sup> EuG-Urteil vom 6.7.2000, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707 Rnr. 162.

<sup>464</sup> EuGH-Urteil vom 8.2.1990, Rs. C-279/87, Slg. 1990, I-261, WuW 1990, 795, 796.

<sup>465</sup> Vergleiche z. B. Rs. T-62/98, EuG-Urteil vom 6.7.2000, *VW I*, Slg. 2000, II-2707 Rnr. 193.

Kommission in dem *Bayer*-Urteil beweisen wollen, dass ein solches System auch im Fall *Bayer* vorlag. Mit der Behauptung, dass präventive Kontrollen ähnliche Wirkungen wie repressive Kontrollen haben können, wollte die Kommission in Rnr. 74 der EuGH-Entscheidung das Vorliegen eines Kontrollsystems bei Bayer beweisen. Nach Ansicht der Kommission setzte bei *Bayer* das Auferlegen eines Ausfuhrverbots schon eine Stufe früher als bei den üblichen Ausfuhrverboten an. Bayer kürzte auf Verdacht die Liefermengen und nicht erst nach Export der Güter. An die Stelle des direkten Verbots, das an eine konkrete Lieferung anknüpft, tritt ein indirektes Verbot, das schon an die Bestellung anknüpft. Dieses subtilere Verhalten hätte die gleiche Wirkung wie das normale Kontroll- und Sanktionssystem bei Ausfuhrverboten.

Nach Ansicht des EuGH in Rnr. 87 führte die Argumentation der Kommission jedoch eher zum Schluss, dass das so genannte präventive Ausfuhrverbot von Bayer ihre einseitige Politik bestätigt. Denn Bayer konnte ihre neue Geschäftspolitik einseitig, also ohne Unterstützung ihrer Großhändler, durchsetzen. Deswegen war sie nicht auf die Überwachung der Durchsetzung bedacht. Es lag in ihrer Hand, wie sie diese neue Lieferpolitik gestaltete und verwirklichte. Ferner konnten die Großhändler in Frankreich und Spanien weiterhin Adalat exportieren, daran wurden sie von Bayer nicht ausdrücklich gehindert. Dies war in den oben genannten Fällen, in denen ein Kontroll- und Sanktionssystem vorlag, anders. In keinem dieser Fälle hatte der Hersteller die Liefermengen einseitig im Voraus kontingentiert und in keinem dieser Fälle waren die Händler frei, die tatsächlich gelieferten Mengen zu exportieren. In den genannten Fällen versuchte der Hersteller vielmehr, den Export der gelieferten Mengen durch ausdrückliche oder konkludente Exportverbote zu verhindern. Dies wurde mit einem Kontroll- und Sanktionssystem sichergestellt.

Darin liegt auch der Unterschied zwischen einem so genannten präventiven und einem repressiven Kontrollsystem. Mit einem repressiven Kontrollsystem stellt der Hersteller die Durchführung seiner gewünschten Politik sicher, weil er erkennen kann, wer sich an seine Vorgaben hält und wer nicht. Diese Möglichkeit kann das präventive System nicht bieten, denn hier können nur Prognosen für die Zukunft für die Einhaltung abgegeben werden. Damit beinhaltet das präventive System nicht die gleiche Effektivität wie das repressive und damit können die beiden Systeme nicht auf der gleichen Stufe stehen.

### c) Schlussfolgerung

Ein Sanktions- und Kontrollsystem kann das Vorliegen einer Vereinbarung bestätigen, wenn genügend Beweise für das Vorliegen einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG bestehen. Denn es stellt sicher, wie die Kommission in der Rnr. 159 ihrer Entscheidung<sup>466</sup> richtig

---

<sup>466</sup> Entscheidung der Kommission vom 10.1.1996, ABl. EG 1996 Nr. L 201/1.

festgestellt hat, dass eine gewünschte wettbewerbswidrige Maßnahme eines Unternehmens von der Vereinbarungspartei umgesetzt wird. Es deutet auf den Willen des Herstellers hin, eine Geschäftspolitik durchzusetzen, kann aber nicht als Nachweis für den Willen der Händler und mithin auch nicht für eine Willensübereinstimmung herhalten. Möchte aber ein Unternehmen seine Geschäftspolitik ändern und lässt sich die Änderung allein in dem Machtbereich des Unternehmens verwirklichen, dann wäre ein solches System, wie der EuGH in Bezug auf die Rechtssache *Ford* festgestellt hat<sup>467</sup>, überflüssig.

Die bereits festgestellte Indizwirkung in Bezug auf die Mitwirkung der Händler<sup>468</sup> ist nicht nur in Bezug auf das Vorliegen einer Vereinbarung bedeutsam, sondern auch beim Vorliegen eines Kontroll- und Sanktionssystems.

## 6. Die Beweislast für das Vorliegen einer Vereinbarung

Im *Bayer*-Urteil wurde unter anderem das Problem der Beweislast für das Vorliegen einer Vereinbarung aufgeworfen.

### a) Beweislastverteilung

Gem. Art. 2 Satz 1 VO 1/2003 hat diejenige Partei oder Wettbewerbsbehörde das Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG zu beweisen, die den Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG behauptet. Die entsprechende Wettbewerbsbehörde ist in den bisherigen Fällen die Kommission gewesen. Die Beweislastverteilung zulasten der Kommission entspricht der bisherigen Rechtsprechung des EuGH.<sup>469</sup>

Diese Regelung lässt sich ferner mit dem materiellen Gemeinschaftsrecht rechtfertigen.<sup>470</sup> Auf der einen Seite will Art. 81 Abs. 1 EG entsprechend der Zielsetzung des Art. 3 Abs. 1 lit. g EG den freien Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschung schützen. Um dies effektiv durchzusetzen, müsste eine für die europäischen Behörden günstige Beweislastverteilung bestehen. Auf der anderen Seite wird durch die Auferlegung einer Geldbuße in die freie wirtschaftliche Betätigung des Unternehmens eingegriffen, die der Gerichtshof als Einzelgrundrecht anerkannt hat.<sup>471</sup> Muss das Unternehmen eine Geldbuße aufgrund eines Verstoßes gegen Art. 81 Abs. 1 EG zahlen, so ist das Unternehmen in seiner freien wirtschaftlichen Betätigung in empfindlicher Weise

---

<sup>467</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 86.

<sup>468</sup> Siehe 2. Kapitel IV. 2. d).

<sup>469</sup> EuGH-Urteil vom 13.7.1966, *Grundig-Consten*, Rs. 56 und 58/64, Slg. 1966, 321, 393; so auch das EuG in dem Urteil vom 24.10.1991, *Atochem*, Rs. T-3/89, Slg. 1991, II-1177 Rnr. 222.

<sup>470</sup> *Baumhof*, Die Beweislast im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof, S. 211 f.

<sup>471</sup> EuGH-Urteil vom 17.12.1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 Rnr. 17, 20.

beeinträchtigt. Ein derartiger Eingriff ist nur dann gerechtfertigt, wenn feststeht, dass die verbotene Verhaltensweise des Unternehmens tatsächlich nachgewiesen wurde und nicht nur zweifelhaft ist. Somit ist die Beweislastverteilung zulasten der Kommission gerechtfertigt.

#### b) Beweislastumkehr

Die Kommission, BAI und ihre Streithelfer waren in Rnr. 58, 59 der EuGH-Entscheidung der Ansicht, dass die Beweislast für eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG nicht ausschließlich bei der Kommission liegt. Es genüge, wenn die Kommission prima facie beweise, dass eine Vereinbarung vorliege. Diese Feststellung müsste dann von den betreffenden Unternehmen widerlegt werden. Diese Ansicht stützt sich auf das Urteil *Anic*.<sup>472</sup> Dort hatte die Kommission bewiesen, dass allein die stattgefundenen Sitzungen das Vorliegen einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG begründeten. Der Polypropylenhersteller *Anic* hatte behauptet, dass er zwar an den Sitzungen teilgenommen habe, aber nicht an den dort geschlossenen Vereinbarungen. Diese Behauptung musste *Anic* auch beweisen. Es fand somit eine Beweislastumkehr statt. Dieser Grundsatz wäre hier nach Ansicht der Kommission zu beachten gewesen.

Grundsätzlich ist fraglich, ob für die Beweiswürdigung in Bezug auf das Vorliegen einer Vereinbarung eine Schlussfolgerung aufgrund von Erfahrungsgrundsätzen ausreicht. Die Erfahrungsgrundsätze ergeben sich aus häufig typisch wiederholenden Geschehensabläufen.<sup>473</sup> Betrachtet man die bisherige Rechtsprechung zu der Feststellung einer Vereinbarung, so bildeten die Tatsachen bezüglich des Nachweises einer Vereinbarung kein einheitliches Bild. Eine Ausnahme könnte sich nur bei der Beweisführung innerhalb eines selektiven Vertriebssystems ergeben, da in diesem Fall sich die Vereinbarung grundsätzlich aus dem Vertragsschluss des Vertriebsvertrages ergibt. In den Fällen, in denen es auf ein solches Vertriebssystem nicht ankommt, kann sich das Zustandekommen einer Vereinbarung jedoch aus verschiedenen Geschehensabläufen ergeben. So schloss der EuGH im Fall *BMW Belgium*<sup>474</sup> das Vorliegen einer Vereinbarung aus dem von BMW verschickten Rundschreiben und dessen Bestätigung der Händler. Im Fall *Sandoz*<sup>475</sup> dagegen ergab sich die Vereinbarung aus der Ausführverbotsklausel auf den Rechnungen und dem Bestellverhalten der Händler. An diesen Beispielfällen lässt sich erkennen, dass die Vereinbarungen i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG nicht in gleicher Art und Weise zustande gekommen sind und ihr Nachweis auf unterschiedlichen Sachverhalten beruht. Ein typisch wiederholender Geschehensablauf lässt sich nicht erkennen. Natürlich war im Fall *Anic* eine Vereinbarung

---

<sup>472</sup> EuGH-Urteil vom 8.7.1999, Rs. C-49/92, Slg. 1999, I-4125.

<sup>473</sup> *Arens/Liike*, Zivilprozessrecht, § 24 Rnr. 279.

<sup>474</sup> EuGH-Urteil vom 12.7.1979, Rs. 32/78 und 36-83/78, Slg. 1979, 2469.

<sup>475</sup> EuGH-Urteil vom 11.1.1990, Rs. C-277/87, Slg. 1990, I-45.

aufgrund der Sitzungen nicht auszuschließen, aber genau diese Konstellation ist nicht der Regelfall.

Ferner ist fraglich, ob man entgegen der grundsätzlichen Beweislastverteilung eine Beweislastumkehr annehmen kann. Dies könnte nur bei Beweisschwierigkeiten in Frage kommen, wenn die Zielsetzung der Wettbewerbspolitik ansonsten nicht effektiv durchgesetzt werden kann. Jedoch würde eine Beweislastverteilung zulasten der Unternehmen einen verstärkten Schutz für den freien Wettbewerb bedeuten, da bei Zweifeln hinsichtlich der Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 1 EG von seiner Verletzung ausgegangen würde. Des Weiteren ist fraglich, ob man im Wettbewerbsrecht von Beweislastschwierigkeiten sprechen kann, denn in der VO 1/2003 sind umfangreiche Befugnisse zur Sachverhaltsermittlung für die Kommission niedergelegt wie kaum in einem anderen Bereich. Diese sind mit Zwangsmitteln durchsetzbar. Außerdem hat der Gerichtshof in den Entscheidungen zu den scheinbar einseitigen Maßnahmen auch den Indizienbeweis zugelassen, indem er zum Beispiel ein Kontroll- und Sanktionssystem als wichtiges Indiz für das Vorliegen einer Vereinbarung ansieht. Angesichts dieser Punkte ist eine Beweislastumkehr in diesem Bereich nicht zu vertreten.

Der EuGH ist dieser Schlussfolgerung gefolgt und verneinte in Rnr. 63 die Ansicht der Rechtsmittelführer und hielt sich an die grundsätzliche Beweislastregel. Bei Streitigkeiten über das Vorliegen von Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsregeln hat die Kommission die von ihr festgestellten Zuwiderhandlungen zu beweisen und die Beweismittel beizubringen, durch die das Vorliegen der die Zuwiderhandlung darstellenden Tatsachen rechtlich hinreichend bewiesen wird.<sup>476</sup> Ferner wurde in Bezug auf das Urteil *Anic* vom EuGH klargestellt, dass eine Beweislastumkehr erst eintreten kann, wenn eine Vereinbarung zustande gekommen ist und ein Unternehmen sich erst nachträglich auf eine eventuell vorliegende Mentalreservation berufen will.<sup>477</sup> *Anic* hatte sich als Verteidigungsrecht auf ihren wirklichen Willen berufen, da dieser aber objektiv für die Kommission nicht nachweisbar war, musste das erforderliche Beweismaterial von *Anic* selbst vorgebracht werden. Somit wurde in dem Urteil die grundsätzliche Beweisregel nicht angegriffen.

### c) Schlussfolgerung

Von der grundsätzlichen Beweislastregel kann somit nur abgewichen werden, wenn eine Vereinbarung bereits von der Kommission rechtlich hinreichend bewiesen wurde und das betroffene Unternehmen dies widerlegen will. Beweise zu Verteidigungszwecken müssen grundsätzlich von dem betroffenen Unternehmen erbracht werden, wie zum Beispiel das

---

<sup>476</sup> EuGH-Urteil vom 8.7.1999, *Anic*, Rs. C-49/92, Slg. 1999, I-4125 Rnr. 86; EuGH-Urteil vom 17.12.1998, *Baustahlgewebe/Kommission*, Rs. C-185/95, Slg. 1998, I-8417 Rnr. 56.

<sup>477</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 63.

Vorliegen von Art. 81 Abs. 3 EG gem. Art. 2 Satz 2 VO 1/2003. Da bei *Bayer* aber kein Vorliegen einer Vereinbarung von der Kommission rechtlich hinreichend bewiesen wurde, musste Bayer eine solche Feststellung nicht mit anderen Beweisen widerlegen. Die grundsätzliche Beweislastregel musste hier beibehalten werden und ist auch in sonstigen Fällen nicht zu modifizieren, wenn das Vorliegen einer Vereinbarung nicht nachgewiesen werden kann.

## **7. Zusammenfassung der Ausführungen zum Fall *Bayer***

Die Frage, die sich zu Beginn dieser Ausführungen stellte, war, ob mit diesem Urteil ein neuer Weg vom EuGH bezüglich der scheinbar einseitigen Maßnahmen gegangen worden ist.

Obwohl das eine oder andere Urteil im Lichte der *Bayer*-Entscheidung nun eventuell auch anders zu entscheiden gewesen wäre, konnte man jedoch an der Analyse sehen, dass sich im Großen und Ganzen keine wesentlichen Abweichungen zu der bisherigen Rechtsprechung ergaben. Es wurde vielmehr vom EuGH eine Klarstellung statt einer Neuorientierung auf dem Gebiet der scheinbar einseitigen Maßnahmen erreicht. Das Urteil fügt sich im Wesentlichen in die bisherige Rechtsprechung ein und bringt eine aufgrund der restriktiveren Auslegung des Vereinbarungsbegriffs neue Rechtssicherheit mit sich.

Es bleibt also dabei: Ohne eine wirklich nachzuweisende Willensübereinstimmung ist keine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG zu konstruieren, da der Art. 81 Abs. 1 EG kein per se-Verbot für die Verhinderung von Parallelhandel enthält.

## **V. Analyse des VW II-Urteils**

Ebenso wie im Zusammenhang mit der EuGH-Entscheidung *Bayer*<sup>478</sup> sollen im Folgenden die sich aus dem Urteil *VW II*<sup>479</sup> ergebenden Voraussetzungen für den Begriff der Vereinbarung im Rahmen von scheinbar einseitigen Maßnahmen anhand der bisherigen Rechtsprechung beurteilt werden.

### **1. Einleitung**

In der vorliegenden Entscheidung des EuG handelt es sich im Gegensatz zu dem EuGH-Urteil *Bayer*<sup>480</sup> um die *Fallgruppe der vorherigen Zustimmung*.

Dem Sachverhalt der EuG-Entscheidung lag ein selektives Vertriebssystem zugrunde. Nach bisheriger Rechtsprechung stellten einseitige Maßnahmen des Herstellers innerhalb eines

---

<sup>478</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

<sup>479</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141.

<sup>480</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

Vertriebssystems im Zusammenhang mit dem Händlervertrag eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG dar, wenn die einseitige Maßnahme ein Teil der Unternehmenspolitik darstellte<sup>481</sup> oder für die einseitige Maßnahme eine irgendwie geartete Legitimation im Händlervertrag enthalten war.<sup>482</sup> Die Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG ist hier bereits durch den Abschluss des Vertriebsvertrages gegeben. Dementsprechend musste bisher nur noch der Nachweis für das Einfügen der wettbewerbswidrigen Maßnahme des Herstellers in die vorher abgeschlossene Vereinbarung erbracht werden. Dabei darf nicht vergessen werden, dass eine Vereinbarung auch in dieser Fallkonstellation nur vorliegen kann, wenn die betreffenden Unternehmen ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten.<sup>483</sup>

## 2. Vereinbarung in einem Vertriebssystem

Genauso wie bei der *Fallgruppe der nachträglichen Zustimmung* muss auch in der vorliegenden Fallgruppe eine Willensübereinstimmung beider Parteien vorliegen. Das bedeutet im Einzelnen, dass der Hersteller seinen Händler zum Abschluss einer Willensübereinstimmung auffordern und der Händler dieser zustimmen muss.

### a) Aufforderung

Die Aufforderung zu einem Abschluss einer Vereinbarung liegt in dieser Fallgruppe nach bisheriger Rechtsprechung grundsätzlich in dem Angebot des Herstellers zum Abschluss eines Händlervertrages an seine ausgewählten Händler. Der Händlervertrag enthält die vom Hersteller gewünschte Vertriebspolitik. Diese Politik kann nicht genau in allen Einzelheiten im Vertrag für eine Vielzahl von Jahren festgelegt werden. Deswegen muss die Unternehmenspolitik des Herstellers in den folgenden Jahren konkretisiert werden können.

### b) Zustimmung

Mit Unterzeichnung des Händlervertrages stimmen die Händler der Durchführung des festgelegten Vertriebssystems und den dort niedergeschriebenen Punkten, die den Rahmen für die Vertriebspolitik des jeweiligen Herstellers bilden, ausdrücklich oder stillschweigend zu.<sup>484</sup> Diese Zustimmung bezog sich nach bisheriger Rechtsprechung auch auf die konkretisierenden

---

<sup>481</sup> Vgl. EuGH-Urteil vom 25.10.1983, *AEG*, Rs. 107/ 82, Slg. 1983, 3151 Rnr. 38 - die Ausschluss- und Aufnahmeverweigerungspraxis von AEG war ein Teil ihrer Unternehmenspolitik.

<sup>482</sup> *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 1 EGV Rnr. 87, 88; vgl. EuGH-Urteil vom 8.5.1985, *Ford*, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725 Rnr. 21.

<sup>483</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, *VW II*, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141, Rnr. 30.

<sup>484</sup> EuGH-Urteil vom 25.10.1983, *AEG*, Rs. 107/ 82, Slg. 1983, 3151 Rnr. 38; EuGH-Urteil vom 8.5.1985, *Ford*, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725 Rnr. 21.

Maßnahmen des Herstellers, welche die im Vertrag niedergelegte Vertriebspolitik zu einem späteren Zeitpunkt mit Inhalt ausfüllten oder durch eine gewisse Häufigkeit und Beständigkeit Bestandteil des Vertrages wurden.<sup>485</sup> Die Händler stimmen somit späteren Maßnahmen des Herstellers, die im Zusammenhang mit der im Vertrag festgelegten Vertriebspolitik stehen, im Voraus zu. Grundsätzlich kann der Händler nicht allen späteren Maßnahmen des Herstellers im Voraus zustimmen. Welche Maßnahmen von der vorher erteilten Zustimmung der Händler erfasst werden und welche nicht, wird anhand der Voraussetzung des Einfügens bestimmt.

### c) Vereinbarung

Mit dem Abschluss eines Vertriebsvertrages zwischen Hersteller und Händler liegt somit eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG vor, deren alleiniges Bestehen an sich grundsätzlich noch keine Wettbewerbswidrigkeit begründet.

Grundsätzlich entspricht es dem Charakter eines Vertriebsvertrages, dass eine irgendwie geartete Wettbewerbsbeschränkung diesem zugrunde liegt. Es ist unerheblich, ob es sich dabei um Alleinbezugs-, Alleinvertriebsvereinbarungen, selektive Vertriebssysteme oder sich daraus ergebende Mischverträge handelt.

Bei selektiven Vertriebssystemen wird in erster Linie der Intra-brand-Wettbewerb eingeschränkt. Jedoch hat der EuGH in der *Metro I*-Entscheidung grundsätzlich anerkannt, dass der eingeschränkte Intra-brand-Wettbewerb durch einen verstärkten Inter-brand-Wettbewerb kompensiert werden kann.<sup>486</sup> Deswegen sind, wie bereits im ersten Kapitel dieser Arbeit dargestellt, Vertriebssysteme unter bestimmten Voraussetzungen gem. Art. 81 Abs. 3 EG freistellungsfähig.<sup>487</sup> Allgemein gesagt, können die Vertriebssysteme unter Art. 81 Abs. 3 EG und die dazugehörigen Gruppenfreistellungsverordnungen fallen, wenn sie trotz negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb die Ziele der Wettbewerbspolitik mehr fördern als schädigen.

Außerdem hat der EuGH und nachfolgend die Kommission solche Voraussetzungen innerhalb eines selektiven Vertriebssystems nicht als Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG eingestuft, die nach den Eigenschaften des Produktes zur Wahrung seiner Qualität und zur Gewährleistung seines richtigen Gebrauchs erforderlich sind.<sup>488</sup> Als zulässige Selektionskriterien gelten danach die fachliche Qualifikation des Händlers und seines Verkaufspersonals, sachgemäße Verkaufsräume, sachgerechte Kundendienstleistungen und Beratung. Diesen Kriterien wird wettbewerbspolitisch eine neutrale Wirkung zugeschrieben, da sie objektiv nachvollziehbar

---

<sup>485</sup> Z. B. EuGH-Urteil vom 25.10.1983, *AEG*, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151 Rnr. 39.

<sup>486</sup> EuGH-Urteil vom 25.10.1977, *Metro I*, Rs. 26/76, Slg. 1977, 1875 Rnr. 21.

<sup>487</sup> Siehe I. Kapitel I. 3. b).

<sup>488</sup> EuGH-Urteil vom 11.12.1980, *L'Oréal*, Rs. 31/80, Slg. 1980, 3775 Rnr. 21; Entscheidung der Kommission vom 10.12.1984, *Grohe*, ABl. EG 1985 Nr. L 19/17 Rnr. 14.

sind.<sup>489</sup> Wettbewerbswidrig können die selektiven Vertriebssysteme mit diesen Kriterien erst dann werden, wenn die Anwendung dieser selektiven Vertriebssysteme in systematisch diskriminierender Art erfolgt.<sup>490</sup> Dies liegt zum Beispiel vor, wenn ein Händler alle von dem Vertriebssystem geforderten Merkmale erfüllt, aber trotzdem nicht zum Händlervertrag - ohne Angabe von anderen Gründen - zugelassen wird. Wird diese Vorgehensweise vom Hersteller in systematischer Weise bei anderen Händlern wiederholt, dann verstößt die Anwendung des eigentlich freistellungsfähigen Vertriebssystems gegen das Wettbewerbsverbot, da der Hersteller diese Händler gegenüber den bereits zugelassenen Händlern diskriminiert. Ferner kann natürlich das Vertriebssystem gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoßen, wenn der Hersteller im Rahmen seiner vertraglichen Beziehungen zu seinen Händlern eine Maßnahme ergreift, die sich aufgrund ihrer Art in das im Voraus vereinbarte Vertriebssystem einfügt und nach dem Inhalt gegen die Wettbewerbsregeln verstößt.

Keine Vereinbarung im Sinne dieser Fallgruppe kann eine auf fortwährenden Neubestellungen beruhende, einfache Geschäftsbeziehung sein. Eine solche einfache Geschäftsbeziehung besitzt nicht die gleiche Bindungswirkung wie ein schriftlich fixierter Rahmenvertrag. Zwar können längerfristige Geschäftsbedingungen auch gewisse Pflichtenbindungen zwischen den Geschäftsparteien begründen, aber dieses starke Abhängigkeitsverhältnis zwischen Hersteller und Händler, welches dem Vertriebssystem eigen ist, liegt gerade nicht vor.<sup>491</sup> Deswegen kann das Urteil *Sandoz*, bei dem zwischen Hersteller und Händler eine einfache Geschäftsbeziehung bestand, im Zusammenhang mit dieser Fallgruppe nicht herangezogen werden. Dieses Urteil gehört, auch nach Ansicht des EuGH im Fall *Bayer*, der *Fallgruppe der nachträglichen Zustimmung* an.<sup>492</sup>

#### d) Schlussfolgerung

Die Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG liegt in einem Vertriebssystem grundsätzlich mit Abschluss des Händlervertrages vor. Ob die einseitige wettbewerbswidrige Maßnahme des Herstellers, die im Laufe der Vertragsbeziehung zwischen Hersteller und Händler vom Hersteller ergriffen wird, im Zusammenhang mit dem Händlervertrag gesehen werden kann und somit einen Wettbewerbsverstoß darstellt, kann nur an der Voraussetzung des Einfügens festgestellt werden.

---

<sup>489</sup> Scheibach in DAR 2001, 49, 50.

<sup>490</sup> EuGH-Urteil vom 22.10.1986, *Metro II*, Rs. 75/84, Slg. 1986, 3021 Rnr. 71.

<sup>491</sup> Siehe auch 2. Kapitel II. 4.

<sup>492</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 142.

### 3. Einfügen der Maßnahme

Die Voraussetzung des Einfügens bedeutet genauer, dass die Europäischen Gerichte und die Kommission bei Vorliegen eines Vertriebssystems geprüft haben, ob die wettbewerbswidrige Maßnahme des Herstellers selbständig und getrennt von dem vorliegenden Vertriebssystem anzusehen war, oder ob sie von der Vereinbarung zu einem Vertriebssystem umfasst wurde und damit im Kern einen wesentlichen Bestandteil vom Händlervertrag bildete. Waren die wettbewerbswidrigen Maßnahmen selbständige Maßnahmen, so stellten sie einseitige Maßnahmen dar, die nicht unter Art. 81 Abs. 1 EG fielen. Waren sie andererseits ein Teil der Vereinbarung, dann wurden sie bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Vertriebssystems herangezogen.

Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Aufforderung bzw. eine Maßnahme des Herstellers an seine Händler dann keine einseitige Maßnahme, wenn sie im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen erfolgt, die einer im Voraus getroffenen allgemeinen Vereinbarung unterliegen.<sup>493</sup> Die allgemeine Vereinbarung ist grundsätzlich der abgeschlossene Händlervertrag. Ein Zusammenhang zwischen dem Vertrag und der Maßnahme des Herstellers wurde in der bisherigen Rechtsprechung angenommen, wenn die Maßnahme den Vertrag oder die zugrunde liegende Vertriebspolitik konkretisiert und damit Bestandteil des Vertrages geworden ist.

Diese Konstruktion des Einfügens einer wettbewerbswidrigen Maßnahme in ein vorher abgeschlossenes Vertragswerk stellt einen Kunstgriff der Kommission dar, um den Parallelhandel zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten über den Art. 81 Abs. 1 EG umfangreich zu schützen, sowie in manchen Wirtschaftssektoren eine Preisangleichung voranzutreiben. Der von der Kommission angestrebte umfassende Wettbewerbsschutz rechtfertigte bisher diesen Kunstgriff. Wie man anhand der Rechtsprechungsentwicklung sieht, haben die Europäischen Gerichte die Vorgehensweise der Kommission übernommen.<sup>494</sup> Das Urteil *VW II* vom EuG könnte nun aber zu einer restriktiveren Auslegung führen.

#### a) Bisherige Voraussetzungen für das Einfügen

Nach bisheriger Rechtsprechung kann die Maßnahme nur Bestandteil des Vertriebsvertrages sein, wenn der Vertrag einen Vorbehalt für die Anordnung enthält, oder durch systematische Anwendung der Konkretisierung aufgrund einer gewissen Dauer stillschweigend Bestandteil des Vertrages geworden ist. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, dann kann unter Umständen auch eine nachträgliche Zustimmung des Händlers vorliegen. In diesem Fall läge

---

<sup>493</sup> EuG-Urteil vom 6.7.2000, *VW I*, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707 Rnr. 60; EuGH-Urteil vom 24.10.1995, *Bayerische Motorenwerke*, Rs. C-70/93, Slg. 1995, I-3439 Rnr. 16.

<sup>494</sup> EuGH-Urteil vom 25.10.1983, *AEG*, Rs. 107/ 82, Slg. 1983, 3151; EuGH-Urteil vom 8.5.1985, *Ford*, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725; EuG-Urteil vom 6.7.2000, *VW I*, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707 u. a.

ebenfalls eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG vor, die jedoch unabhängig vom Händlervertrag geschlossen worden wäre. Die Voraussetzung des Vorbehalts im Händlervertrag wurde im Laufe der Rechtsprechung zum selektiven Vertriebssystem erst entwickelt. Ein solcher expliziter Vorbehalt im Händlervertrag wurde in der Rechtssache *AEG* noch nicht vorausgesetzt. Dort wurde vielmehr auf die Politik des Herstellers abgestellt, der die Händler aufgrund systematischer Anwendung konkludent zugestimmt hatten. Die praktizierende Vertriebspolitik in Bezug auf die Zulassung von Händlern in das Vertriebssystem und der neuen Preispolitik stellte eine Konkretisierung des Händlervertrags dar.<sup>495</sup> Eine wettbewerbswidrige Vereinbarung zwischen AEG und den bereits zugelassenen Händlern bestand somit. Erstmals wurde auf einen Vorbehalt im Händlervertrag für die Maßnahme des Herstellers im Fall *Ford*<sup>496</sup> abgestellt und in den Entscheidungen *Bayerische Motorenwerke*<sup>497</sup>, *VW I*<sup>498</sup> bestätigt.

Ferner ist es möglich, dass trotz Vorliegens eines Vertriebssystems nicht auf dieses bei der Feststellung einer Vereinbarung abgestellt wird so wie im Urteil *BMW Belgium*.<sup>499</sup> Obwohl das Rundschreiben von BMW an seine belgischen Vertragshändler Bezug auf den Händlervertrag zu einem selektiven Vertriebssystem genommen hatte, versuchte der EuGH nicht, den Vereinbarungsbegriff aus dem bestehenden Händlervertrag abzuleiten, sondern stellte den Abschluss einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung anhand der konkret durchgeführten Maßnahme des Herstellers fest. Ähnlich war die Sachlage auch bei dem Urteil *Tipp Ex*.<sup>500</sup> Zwischen Tipp Ex und seinen Händler bestand eine Alleinvertriebsvereinbarung, auf die bei der Feststellung der Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG nicht abgestellt wurde. Der EuGH subsumierte den Vereinbarungsbegriffs anhand der konkret durchgeführten Maßnahme. Diese Rechtssachen bezeugen damit, dass es die *Fallgestaltung der nachträglichen Zustimmung* innerhalb von ausgearbeiteten Vertriebssystemen geben kann.

#### b) Neue Kriterien nach dem EuG

In der vorliegenden Entscheidung *VW I*<sup>501</sup> stellte das EuG neue Kriterien in Bezug auf das Einfügen auf. Eine vorherige Zustimmung zu einer Vertragsentwicklung kann nach dem EuG nur dann gegeben sein, wenn es sich um eine rechtmäßige Vertragsentwicklung handelt. Diese Vertragsentwicklung muss ferner durch einen Vorbehalt im Vertrag gedeckt sein, oder

---

<sup>495</sup> EuGH-Urteil vom 25.10.1983, *AEG*, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151 Rnr. 38, 39.

<sup>496</sup> EuGH-Urteil vom 8.5.1985, *Ford*, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725 Rnr. 21.

<sup>497</sup> EuGH-Urteil vom 24.10.1995, *Bayerische Motorenwerke*, Rs. C-70/93, Slg. 1995, I-3439 Rnr. 17.

<sup>498</sup> EuG-Urteil vom 6.7.2000, *VW I*, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707 Rnr. 236.

<sup>499</sup> EuGH-Urteil vom 12.7.1979, *BMW Belgium*, Rs. 32/78 und 36-83/78, Slg. 1979, 2435.

<sup>500</sup> EuGH-Urteil vom 8.2.1990, *Tipp Ex*, Rs. C-279/87, Slg. 1990, I-261, WuW 1990, 795 ff.

<sup>501</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141.

gegebene Handelsbräuche bzw. Rechtslagen gebieten ein Einfügen in den Händlervertrag.<sup>502</sup> Rechtswidrige Maßnahmen können sich damit nicht mehr in einen Händlervertrag einfügen.

Fraglich ist nun, ob das EuG damit gänzlich die Existenz der *Fallgruppe der vorherigen Zustimmung* ablehnt, oder nur die Voraussetzungen innerhalb dieser Fallgruppe restriktiver auslegen wollte. Das Bestehen dieser Fallgruppe wurde in den Urteilen *AEG*, *Ford*, *Bayerische Motorenwerke* und *VW I* bestätigt, denn in diesen Rechtssachen wurde von einer vorherigen Zustimmung zu einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG ausgegangen. Es wurde in keinem dieser Urteile auf eine Zustimmung der Händler zu der konkret durchgeführten Maßnahme des Herstellers abgestellt.

Gegen das Argument der gänzlichen Aufgabe dieser Fallgruppe spricht das später erlassene EuGH-Urteil *Bayer*. Dort stellte der EuGH fest, dass das „Einfügen“ in eine bestehende Vertikalvereinbarung nicht voraussetzt, dass eine Willensübereinstimmung herbeigeführt wird. Der EuGH setzte sich sehr genau mit der *AEG*- und *Ford*-Entscheidung auseinander und betonte dabei, dass in beiden Fällen „der Nachweis einer Vereinbarung [...] nicht erforderlich war“.<sup>503</sup> Nach Ansicht des EuGH ist es in der Rechtssache *AEG* nur auf die „konkrete Anwendung“ der Vertriebsvereinbarung angekommen. Im Fall *Ford* lag das Problem ebenfalls ausschließlich in der Würdigung der Vertriebsvereinbarung und der sich einfügenden Maßnahme.<sup>504</sup> Der EuGH stellte damit nicht wie das EuG darauf ab, ob die erforderlichen maßnahmespezifischen Vereinbarungen vorlagen, sondern ganz im Gegenteil darauf, dass diese innerhalb selektiver Vertriebssysteme irrelevant sind und deshalb rechtlich eine Differenzierung zu den Fällen der vorherigen Zustimmung gegenüber den Fällen der nachträglichen Zustimmung erforderlich ist.

Die Abkehr des EuG zu der Ansicht in den bisherigen Fällen könnte sich durch den Sachverhalt in der *VW II*-Entscheidung erklären lassen. Die Händler haben sich gegen die neue Rabattpolitik des Herstellers gewehrt. Aus zumindest zwei Rückschreiben von Händlern bzgl. der Anweisung der neuen Rabattpolitik geht hervor, dass sie mit der neuen Vertriebspolitik aus der Führungsetage von VW nicht einverstanden waren.<sup>505</sup> Sie haben sich dieser Politik widersetzt. Fraglich ist nun, ob man bei dieser Konstellation die Zustimmung durch ein schlichtes Einfügen der Maßnahme annehmen kann, obwohl dies nicht der Einstellung der Händler zu der neuen Rabattpolitik entsprach. Von einer Willensübereinstimmung zwischen Hersteller und Händler kann in diesem Fall nicht ausgegangen werden. Die Händler wollten gerade nicht in einer gemeinsamen Art und Weise mit dem Hersteller auf dem Markt auftreten. Aus diesem Blickwinkel heraus hat das EuG

---

<sup>502</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, *VW II*, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141, Rnr. 45.

<sup>503</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 106.

<sup>504</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 107, 108.

<sup>505</sup> Entscheidung der Kommission vom 29.6.2001, *VW II*, ABl. EG 2001 Nr. L 262/14 Rnr. 31, 45 - Autohaus Binder und Rütz.

richtigerweise die Ansicht vertreten, dass nicht entscheidend ist, ob die Aufforderung die Beeinflussung des Händlers bei der Durchführung des Vertrages bezweckt, sondern allein, ob die Händler der Aufforderung in irgendeiner Weise zustimmen.<sup>506</sup> Andererseits stellte die neue Rabattpolitik eine Konkretisierung des Vertriebsvertrages dar, die einen Bestandteil des Händlervertrages hätte bilden können, wenn der Vertrag einen Vorbehalt für diese Konkretisierung enthalten hätte.<sup>507</sup> Jedoch wurde darauf in der EuG-Entscheidung nicht abgestellt. Nach Ansicht des EuG konnte eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG im vorliegenden Fall nur dann in Frage kommen, wenn der Vereinbarungsbegriff bezüglich der Maßnahme selbst erfüllt ist. Dies hatte die Kommission aber nicht hinreichend bewiesen.

In Rnr. 66 machte das EuG seine Ansicht in dieser Rechtssache zum wiederholenden Mal deutlich:

„... dass der Hersteller sich auf den Händlervertrag berufen habe, belege nicht, dass zwischen der Aufforderung und dem Händlervertrag eine organische Verbindung bestehe.“

Im Händlervertrag wären für die neue Rabattpolitik von VW zwei Klauseln als Vorbehalt in Frage gekommen.

Die Ansicht des EuG bedeutet, dass ein Einfügen einer wettbewerbswidrigen Maßnahme nicht mehr gegeben ist, obwohl der Vertrag eine Art Legitimation für die konkretisierende Maßnahme enthält. Dies stellt eine Abkehr zu den bisherigen Voraussetzungen für das Einfügen dar, die nicht auf die Rechtmäßigkeit der Maßnahme abstellten. Denn was bleibt von der *Fallgruppe der vorherigen Zustimmung* übrig, wenn man die Voraussetzungen des EuG nun anwendet? Wenn ein Händler nur späteren Maßnahmen des Herstellers durch Unterschrift unter den Händlervertrag zustimmen kann, wenn diese rechtmäßig sein soll, dann kommt ein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG durch vorherige Zustimmung schon gar nicht in Betracht, da kein Wettbewerbsverstoß bei einer rechtmäßigen Maßnahme vorliegen kann. Ob ein Aufgeben der Fallgruppe in Frage kommt, soll im Folgenden an den vom EuG aufgestellten Kriterien und dessen Geeignetheit innerhalb von Vertriebssystemen beurteilt werden.

#### c) Die Unterscheidung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Maßnahmen

In Rnr. 45 stellt das EuG klar, dass die Annahme, dass bei und durch Abschluss eines rechtmäßigen Vertriebsvertrages die Zustimmung zu einer rechtswidrigen Vertrags-

---

<sup>506</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, *VW II*, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141, Rnr. 57.

<sup>507</sup> Eine Konkretisierung aufgrund eines Handelsbrauchs kam hier nicht in Betracht, da die Rabattpolitik neu eingeführt wurde und nicht systematisch sowie längerfristig von den Händlern angewandt wurde.

entwicklung im Voraus erteilt wurde, unzulässig sei. Die Zustimmung zu rechtswidrigen Maßnahmen kann nur im konkreten Einzelfall erteilt werden.

In der Rechtsprechung vor diesem Urteil wurde nicht zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Maßnahmen innerhalb der Voraussetzung des Einfügens unterschieden. Bisher konnten sich rechtswidrige Nichtzulassungen von Händlern wie beim Fall *AEG*<sup>508</sup>, wettbewerbswidrige Lieferverweigerung wie beim Fall *Ford*<sup>509</sup>, Verbot der Lieferungen an Fremdleasingfirmen wie beim Fall *Bayerische Motorenwerke*<sup>510</sup> oder rechtswidrige Exportverbote wie bei *VW I*<sup>511</sup> in Händlerverträge einfügen. Fraglich ist nun, ob diese Unterscheidung beim Vorliegen von Vertriebssystemen Sinn hat und ob dadurch ein umfassender Wettbewerbsschutz durch Art. 81 Abs. 1 EG gewährleistet werden kann.

aa) Sinn dieser Unterscheidung

In der bisherigen Rechtsprechung gingen die Europäischen Gerichte und die Kommission davon aus, dass die Händler einer wettbewerbswidrigen Maßnahme durch vorherige Zustimmung mit Unterzeichnung des Händlervertrages zugestimmt haben. Mit dieser vorherigen Zustimmung haben sich die Händler nicht nur der Vertriebspolitik des Herstellers oder einer Konkretisierungsmaßnahme gebeugt, sondern sich auch dem Risiko ausgesetzt, Mittäter eines Wettbewerbsverstoßes zu werden. Ob dies im Willen der Händler liegt und mit den Wettbewerbsregeln vereinbar ist, kann durchaus fraglich sein.

Die Frage nach dem Willen der Händler ist schnell beantwortet. Liegt das Risiko oder die reale Umsetzung der Wettbewerbswidrigkeit nicht im Willen der Händler, dann müssen diese widersprechen. Denn der Wille, das subjektive Element, kann nur mit Hilfe eines Widerspruchs, der für jedermann erkennbar ist, als Beweis im Verfahren herangezogen werden.<sup>512</sup> Ein Widerspruch lag im vorliegenden Fall bei den Händlern nur teilweise vor. Damit könnte das EuG mit der Ablehnung des Vorliegens einer Vereinbarung Recht gehabt haben, wenn es den Widerspruch der Händler explizit beachtet hätte. Dies war jedoch nicht der Fall.

Ferner muss das Verhalten der Händler beurteilt werden, die nicht widersprochen haben. Ist es dem Händler zuzumuten, Mittäter eines Wettbewerbsverstoßes zu sein? Um diese Frage zu beantworten, ist es unerlässlich, die Rechtsfolgen einer solchen Mittäterschaft zu betrachten. Grundsätzlich können nach der VO 1/2003 alle beteiligten Unternehmen einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung mit Sanktionen durch die Kommission oder die nationalen Behörden belegt werden. Die Kommission kann gem. Art. 23 Abs. 2 VO 1 /2003 gegen die beteiligten Unternehmen Geldbußen verhängen. Besonders in den neueren Fällen

---

<sup>508</sup> EuGH-Urteil vom 25.10.1983, *AEG*, Rs. 107/ 82, Slg. 1983, 3151.

<sup>509</sup> EuGH-Urteil vom 8.5.1985, *Ford*, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725.

<sup>510</sup> EuGH-Urteil vom 24.10.1995, *Bayerische Motorenwerke*, Rs. C-70/93, Slg. 1995, I-3439.

<sup>511</sup> EuG-Urteil vom 6.7.2000, *VW I*, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707.

<sup>512</sup> Siehe dazu genauer 2. Kapitel IV. 2. c) bb).

wurden die Händler in einem kartellrechtlichen Verfahren jedoch nicht mit Bußgeldern belastet.<sup>513</sup> Die Geldbußen wurden vielmehr gegen die Hauptverantwortlichen, die Hersteller, verhängt. Der Händler musste somit keine finanzielle Last aufgrund der Wettbewerbswidrigkeit tragen. Die Kommission ist damit der besonderen Stellung des Händlers in einem Vertriebsvertrag, der durch bestimmte Pflichtenbindungen geprägt ist, gerecht geworden. Das Einzige, was die Händler dann noch hätte belasten können, ist das schlechte Gewissen, etwas Wettbewerbswidriges getan zu haben, sobald sie die Rechtswidrigkeit der Maßnahme erkannten. Aber gegen dieses Gefühl hilft nur die Äußerung eines Widerspruchs gegen die wettbewerbswidrige Maßnahme. Der Möglichkeit des Widerspruchs könnte die enge Pflichtenbindung zwischen Händler und Hersteller in einem Vertriebssystem entgegenstehen. Innerhalb dieses engen Verhältnisses können die Händler einem vom Hersteller ausgeübten Zwang unterliegen, der die Händler an der Ausübung eines Widerrufs hindert. Dem könnte jedoch entgegengesetzt werden, dass die Ausübung von Druck oder gar Drohungen bei Abschluss einer Vereinbarung nach bisheriger herrschender Meinung in Literatur und Kommissionspraxis irrelevant ist.<sup>514</sup>

Des Weiteren ist der Händler trotz vorheriger Zustimmung an die wettbewerbswidrige Vereinbarung gem. Art. 81 Abs. 2 EG nicht gebunden.<sup>515</sup> Die Klauseln in dem Händlervertrag sind gem. Art. 81 Abs. 2 EG nichtig, da sie durch die nachträgliche Maßnahme des Herstellers rechtswidrig geworden sind. Nur ausnahmsweise ist der ganze Händlervertrag nichtig, wenn sich die rechtswidrigen Klauseln des Vertrages nicht vom ganzen Händlervertrag trennen lassen.<sup>516</sup> Auch eine eventuelle Freistellung aufgrund einer Verordnung entfällt, wenn der Vertrag später gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstößt. Die Freistellung steht der Nichtigkeit der Klauseln gem. Art. 81 Abs. 2 EG nicht im Weg.

Der Sinn und Zweck der Unterscheidung zwischen einer rechtswidrigen und rechtmäßigen Vereinbarung liegt darin, die Händler vor einer nicht gewollten wettbewerbswidrigen Handlung zu schützen. Dieser Schutz wird jedoch durch den Art. 81 Abs. 2 EG und durch die Berücksichtigung der Stellung der Händler auf der Rechtsfolgenseite durch die Kommission bereits gewährt. Der Schutz vor einer rechtswidrigen Maßnahme liegt auch in den Händen der Händler. Erkennen sie die Rechtswidrigkeit der Maßnahme, so können sie sich mit einem Widerspruch gegen die Herbeiführung einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG wehren.

---

<sup>513</sup> Vgl. Entscheidung der Kommission vom 13.7.1987, *Sandoz*, ABl. EG 1987 Nr. L 222/28 Rnr. 33; Entscheidung der Kommission vom 18.12.1987, *Konica*, ABl. EG 1988 Nr. L 78/34 Rnr. 51; Entscheidung der Kommission vom 28.1.1998, *VW I*, ABl. EG 1998 Nr. L 124/60 Rnr. 208; Entscheidung der Kommission vom 2.10.2001, *VW II*, ABl. EG 2001 Nr. L 262/14 Rnr. 104.

<sup>514</sup> *Bunte* in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Art. 81 Generelle Prinzipien Rnr. 20; Entscheidung der Kommission vom 5.12.1971, *Pittsburgh Corning Europe*, ABl. EG 1972 Nr. L 272/35, 37; Entscheidung der Kommission vom 12.6.1982, *Hasselblad*, ABl. EG 1982 Nr. L 161/19 Rnr. 47.

<sup>515</sup> *Schröter* in: Schröter/Jacob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 81 Abs. 2 Rnr. 235.

<sup>516</sup> EuGH-Urteil vom 30.6.1966, *LTM/MBU*, Rs. 56/65, Slg. 1966, 282, 304; EuGH-Urteil vom 28.2.1991, *Delimitis*, Rs. C-234/89, Slg. 1991, I-935 Rnr. 40; *Weyer* in GRUR 2000, 848, 856.

Somit lässt sich feststellen, dass der Schutz der Händler vor einem Wettbewerbsverstoß auch schon vor der EuG-Entscheidung bestand und auch hinsichtlich spürbarer (finanzieller) Rechtsfolgen genügte.

#### bb) Vereinbarkeit mit dem System eines Vertriebssystems

Neben der Erkenntnis des Sinns der Unterscheidung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Maßnahmen könnte es fraglich sein, ob die Unterscheidung innerhalb der Voraussetzung des Einfügens mit der Zweckrichtung der Vertriebssysteme und dessen Charakter zu vereinbaren ist.

Das EuG betonte im Zusammenhang mit der Unterscheidung zwischen rechtswidriger und rechtmäßiger Maßnahme des Herstellers immer wieder die Voraussetzung der Willensübereinstimmung zwischen den beteiligten Parteien. Diese Willensübereinstimmung lag nach bisheriger Rechtsprechung durch den abgeschlossenen Vertriebsvertrag vor. Nun kann die Willensübereinkunft bei einer rechtswidrigen Entwicklung des Vertrages nur noch anhand der wettbewerbswidrigen Maßnahme nachgewiesen werden und nicht mit Hilfe eines Vertriebsvertrages. Damit legt das EuG den Vereinbarungsbegriff viel enger aus als bisher. Ferner ersetzt das Gericht die Prüfung, ob eine tatsächliche Willensübereinstimmung vorliegt, durch die Prüfung, ob deren Gegenstand rechtmäßig ist und blendet daher die Tatsachenumstände aus, die auf die Willensübereinstimmung selbst schließen lassen, insbesondere die Besonderheiten vom Hersteller ausgewählter Vertriebssysteme. Denn die Willensübereinstimmung liegt in diesen Fällen bereits vor, es handelt sich bisher nur um die Frage, ob ein Zusammenhang zwischen der wettbewerbswidrigen Maßnahme und dem Händlervertrag bestand und ob damit der Händlervertrag gegen Art. 81 Abs.1 EG verstößt.

#### (i) Sinn und Zweck eines Vertriebssystems

Grundsätzlich werden bestimmte Vertriebssysteme zwischen Hersteller und Händler vereinbart, um einen effizienten Vertrieb und eine Vermarktung eines Produktes zu gewährleisten, das dem Interesse des Herstellers gerecht wird. Dabei hat der Händler den Vorteil, einen leichteren Marktzugang zu bekommen, die Wettbewerbsintensität gegenüber anderen Händlern zu verringern und sich durch das vereinbarte System gewisse Wettbewerbsvorteile zu verschaffen.<sup>517</sup>

Diese Vertriebsverträge werden für eine bestimmte Anzahl von Jahren geschlossen.<sup>518</sup> Dabei können Vereinbarungen hinsichtlich technischer Entwicklungen oder bezüglich der Entwicklung auf dem Markt nur späteren Entscheidungen des Herstellers überlassen werden. Es wird also zu Beginn der Beziehung zwischen Hersteller und Händler ein Rahmenvertrag geschlossen, der den Umständen im jeweiligen Wirtschaftssektor im Laufe der Jahre angepasst

---

<sup>517</sup> *Dujm*, Vertikale Vertriebsvereinbarungen, S. 33 ff.

<sup>518</sup> EuGH-Urteil vom 8.5.1985, *Ford*, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725 Rnr. 20.

werden kann. Dies wurde vom EuGH in der Entscheidung *Bayer* bestätigt.<sup>519</sup> Die Aufnahme eines Händlers in die Vertriebsbindung gründet nur darauf, dass sich der Händler der vom Hersteller verfolgten Politik anschließt. Ein konkreter Nachweis einer Vereinbarung wäre mit dieser Interpretation des selektiven Vertriebssystems nicht nötig, außer es kommen Umstände hinzu, die diese Annahme als ein nicht tragbares Ergebnis für die Händler erscheinen lassen.

Um der Meinung des EuG gerecht zu werden, könnte man durchaus eine Willensübereinstimmung zu jeder Vertragskonkretisierung des Herstellers, ob rechtswidrig oder rechtmäßig, im Wege einer so genannten Vertragsergänzung fordern. Dem Händler würde es vorbehalten bleiben, den Konkretisierungen des Herstellers explizit zuzustimmen. Der Händler hätte damit eine gewisse Entscheidungsfreiheit bei der Ausgestaltung des Vertrages. Wenn er der nachträglichen Konkretisierung des Herstellers nicht zustimmt, kann sie auch nicht in den Vertrag übernommen werden. An dieser Konstellation könnte jedoch die praktische Umsetzung bedenklich sein. Denn manche Händler könnten der Konkretisierung zustimmen und manche nicht. Somit hätten die Händler des gleichen Herstellers verschiedene Vertriebsverträge. Dies würde nicht nur Rechtsunsicherheit für die Händler, sondern auch für den Hersteller bedeuten. Denn würde sich die Konkretisierung des Vertrages auf eine neue Preispolitik beziehen, weil zum Beispiel die Rohstoffkosten gestiegen sind, könnte der Hersteller diese neue Preispolitik nicht komplett umsetzen und somit nicht wirtschaftlich effizient arbeiten. Außerdem würde es zu erheblichen Preisunterschieden von Händler zu Händler kommen. Die Unterschiede könnten wiederum eine Diskriminierung gegenüber den Händlern darstellen. Die Vertriebssysteme haben jedoch nicht nur den Sinn und Zweck, die Beziehung zwischen Hersteller und Händler auf mehrere Jahre zu regeln, sondern möglichst alle Beziehungen zwischen dem Hersteller und seinen Händlern einheitlich zu gestalten. Dieser Einheitlichkeit und damit dem Charakter der selektiven Vertriebssysteme würde eine generelle nachträgliche Zustimmung zu Entwicklungen innerhalb der Vertragsbeziehung nicht gerecht werden.

Zu beachten ist jedoch hierbei, dass das EuG in Rnr. 45 ein Einfügen in den Händlervertrag insoweit zulässt, wenn die ergriffene Maßnahme des Herstellers rechtmäßig ist und dafür im Händlervertrag ein Vorbehalt enthalten ist oder die Handelsbräuche bzw. die Rechtslage es dem Händler nicht gebieten, sich dieser Maßnahme zu verweigern. Subsumiert man nun das Beispiel mit der Veränderung der Preispolitik aufgrund höherer Rohstoffpreise unter diese Voraussetzungen, so kann sich das Einfügen aus einem Vorbehalt im Vertrag ergeben. Enthält der Händlervertrag keine explizite Legimitation für die Gestaltung der Preispolitik aufgrund von Veränderungen der Marktlage, kann das Einfügen in diesem Fall durch gegebene Gepflogenheiten im Handelsverkehr gerechtfertigt sein. Solche Gepflogenheiten sind handelsrechtliche Bräuche, welche von den Beteiligten als üblich empfunden werden und sich

---

<sup>519</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 106, 141, 144.

in der kaufmännischen Praxis herausgebildet haben.<sup>520</sup> Es ist üblich, dass Marktteilnehmer sich der wirtschaftlichen Lage anpassen, die der Markt gerade bietet. Steigen die Preise der Rohstoffe, müssen auch die Endpreise steigen. Dies gewährleistet ein wirtschaftlich effizientes Arbeiten der Hersteller. Ein Einfügen kann unter diesen Umständen bejaht werden. Somit können bei rechtmäßigen Maßnahmen des Herstellers keine Uneinheitlichkeit oder Diskrepanzen zwischen den Händlern im Vertragsverhältnis auftreten, da ein Einfügen unter diesen Umständen vom EuG bejaht wird. Damit wird das EuG dem Sinn und Zweck der Vertriebssysteme in Bezug auf rechtmäßige Maßnahmen des Herstellers gerecht.

Außerdem stehen die Händler nicht allein gegenüber dem Hersteller. Sie haben sich in Organisationen und Verbänden zusammengeschlossen.<sup>521</sup> Mit diesen Zusammenschlüssen stehen sie dem Hersteller mit einer gewissen Verhandlungsmacht gegenüber. Diese Verbände und Organisationen würden im Interesse der Händler jederzeit für eine Einheitlichkeit der Auslegung des Vertrages sorgen, um die Entstehung von Rechtsunsicherheit zu verhindern. Dies würde jedoch wiederum Verhandlungen zwischen diesen Verbänden oder Organisationen und dem Hersteller mit sich bringen, die ein schnelles und dem relevanten Markt entsprechendes Handeln seitens des Herstellers verhindern würden. Der Hersteller könnte sich somit nicht immer den gegebenen Umständen anpassen und so seine Wettbewerbsfähigkeit auf dem relevanten Markt verlieren. Jedoch würde diese Situation, wenn man der Ansicht des EuG folgt, nur bei rechtswidrigen Maßnahmen des Händlers auftreten. Solche müssen aber gar nicht verhandelt werden, da deren Umsetzung einen Wettbewerbsverstoß bedeuten würde. Demzufolge besteht keine Gefahr, dass dieser Umstand eintreten wird.

Das EuG wird somit in der vorliegenden Entscheidung dem Sinn und Zweck der Vertriebssysteme in Bezug auf einheitliche Regelungen bei langfristigen Verträgen gerecht, indem es ein Einfügen einer rechtmäßigen Maßnahme des Herstellers in das vorhandene Vertragsverhältnis zulässt. Fraglich könnte sein, ob das Gericht bei den rechtswidrigen Maßnahmen des Herstellers und der Forderung nach einer tatsächlichen Zustimmung von den Händlern den eigentlichen Charakter des selektiven Vertriebssystems missachtet hat.

#### (ii) Charakter eines Vertriebssystems

Der Charakter eines Vertriebssystems ist durch ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis geprägt. Grundsätzlich begibt sich der Händler mit Abschluss eines Vertriebsvertrages in ein Abhängigkeitsverhältnis zum Hersteller. Er ist in erster Linie bezüglich des Produktes und dessen Lieferung vom Hersteller abhängig. Des Weiteren schreibt der Hersteller insbesondere Vertriebswegebündelungen vor, um den Warenfluss zu kontrollieren. Darüber hinaus beinhaltet

---

<sup>520</sup> vgl. § 346 HGB.

<sup>521</sup> Z. B. VTH-Verband Technischer Handel e. V.; Verband Deutscher BMW-Vertragshändler e. V.; Ford-Partner Verband e. V.

der Vertriebsvertrag noch weitere Bindungen, die das Absatzverhalten der Händler beeinflussen.<sup>522</sup> Sie alle dienen der Umsetzung der Marketingpolitik des Herstellers auf den verschiedenen Handelsstufen. In dieses Abhängigkeitsverhältnis begibt sich der Händler freiwillig, um vom Erfolg des Herstellers zu profitieren. Aufgrund dessen stellt sich die Frage, warum der Händler, dessen wirtschaftliche Existenz mit diesem Vertriebsvertrag auf dem Spiel steht, einer vom Hersteller rechtswidrigen Maßnahme nicht zustimmen sollte?

Diese Frage hat der EuGH im Fall *Bayer* anhand der Rechtssachen *AEG* und *Ford* insoweit beantwortet, als er sagt, dass ein Händler die Zulassung zu einem solchen System, das durch enge und intensive Pflichtenbindung geprägt ist, nur anstreben wird, wenn er der Vertriebspolitik des Herstellers im Gesamten zustimmt, also auch späteren konkretisierenden Maßnahmen.<sup>523</sup> Mit der Unterzeichnung des Händlervertrages ist der Händler sich somit bewusst, in welches Abhängigkeitsverhältnis er sich begibt. In diesem Zusammenhang stimmt er sämtlichen Maßnahmen des Herstellers zu auch denen, die erst später erfolgen. Dabei spielt auch die moralische Verpflichtung durch die vertragliche Beziehung zum Hersteller eine Rolle. Der Händler hat sich entschlossen, das Produkt des Herstellers in seinem Interesse zu vertreiben und fühlt sich deswegen ihm gegenüber verpflichtet. Eine Zustimmung zu der konkreten Maßnahme wäre sozusagen überflüssig, weil sich der Händler an die Vertriebspolitik des Herstellers gebunden fühlt. Aufgrund dessen ist davon auszugehen, dass der Händler an der einmal geschlossenen Willensübereinstimmung festhält, auch wenn der Hersteller diese wettbewerbswidrig modifiziert. Der Hersteller nutzt damit die faktische Abhängigkeit des Händlers aus. Eine Ausnahme zu dieser Annahme liegt vor, wenn der Händler den geforderten Maßnahmen des Herstellers widerspricht. Mit dem Widerspruch kündigt er seinen früher bestehenden Willen zur Durchführung sämtlicher Konkretisierungen auf. Widerspricht der Händler der Maßnahme nicht, muss aufgrund der engen Pflichtenbindung ein Einfügen der Maßnahme in den Händlervertrag bejaht werden, auch wenn es sich um eine rechtswidrige Maßnahme handelt.

Es ist festzustellen, dass bei rechtmäßigen Maßnahmen das EuG dem Sinn und Zweck der selektiven Vertriebssysteme zwar gerecht wird, indem es ein Einfügen in diesen Fällen annimmt. Andererseits lehnt das EuG bei Ergreifen einer rechtswidrigen Maßnahme ein Einfügen ab, da nur bei Kenntnis der Rechtswidrigkeit durch die Händler der Maßnahme zugestimmt werden kann. Damit übersieht das EuG die enge Beziehung zwischen Hersteller und Händler, die eine Ablehnung der Maßnahme von Seiten des Händlers kaum zulässt, da der Händler sich der Vertriebspolitik verpflichtet hat.

---

<sup>522</sup> Vgl. die Darstellung bei *Ahlert*, Distributionspolitik, S. 194; *Beutelmann*, Selektive Vertriebssysteme im europäischen Kartellrecht, S. 24.

<sup>523</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 144.

cc) Vorhersehbarkeit der Entwicklung der Verträge

Nach Ansicht des EuG in Rnr. 45 können die Händler nur nach Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der Vertragsentwicklung einer rechtswidrigen Maßnahme des Herstellers zustimmen. In diesem Zusammenhang ist es jedoch fraglich, ob es dem Händler zugemutet werden kann bzw. ob es ihm überhaupt möglich ist, die Rechtswidrigkeit der Maßnahme zu erkennen, und ob dieses Erfordernis der Kenntnisnahme mit Art. 81 Abs. 1 EG vereinbar ist.

(i) Vereinbarkeit mit Art. 81 Abs. 1 EG

Die Forderung des EuG, dass die Zustimmung der Händler erst erfolgen kann, wenn sie von der Wettbewerbswidrigkeit Kenntnis erlangen, könnte mit den Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 1 EG nicht übereinstimmen.

Es könnte sein, dass das Gericht mit dieser Voraussetzung zu hohe Anforderungen an die Kenntnis stellt, die die Parteien einer Vertriebsvereinbarung von deren Anwendung und Entwicklung in der Praxis haben müssen. Mit dieser Voraussetzung der Kenntnisnahme wird das kognitive Element in Zusammenhang mit dem normativen Element gesehen, aber Art. 81 Abs. 1 EG setzt keine positive Kenntnis der Rechtswidrigkeit der Vereinbarung voraus. Positive Kenntnis bedeutet das Wissen über die tatsächlichen Umstände. Das EuG spricht in seiner Entscheidung nur von „Kenntnis“ und nicht von „kennen müssen“. Das heißt, dass nach Ansicht des EuG nur nach Vorliegen positiver Kenntnis einer rechtswidrigen Maßnahme des Herstellers zugestimmt werden kann. Jedoch muss für einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG keine positive Kenntnis der Wettbewerbswidrigkeit vorliegen.<sup>524</sup> Es genügt vielmehr ein „kennen müssen“. Dies wird aus Art. 23 Abs. 1 VO 1/2003 deutlich, der bei einem Verstoß gegen die Wettbewerbsvorschriften für die Festsetzung einer Geldbuße nicht nur Vorsatz, sondern auch Fahrlässigkeit genügen lässt. Das bedeutet, dass auch fahrlässige Unkenntnis zu einem Verstoß gegen die Wettbewerbsnormen führen kann. Würde man der Meinung des EuG folgen, müsste aufgrund der Unkenntnis der Händler von der Rechtswidrigkeit das Vorliegen des Art. 81 Abs. 1 EG verneint werden. Diese Lösung ist mit den gesetzlichen Vorschriften, insbesondere der VO 1/2003, aber nicht vereinbar, da trotz Unwissenheit der Tatbestand des Art. 81 Abs. 1 EG erfüllt sein kann. Es muss dabei bleiben, dass die Voraussetzung für eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG die Willensübereinstimmung ist und nicht die Kenntnis vom Wettbewerbsverstoß.

Die Voraussetzung der „Kenntnis“ der Händler von der Rechtswidrigkeit für das Vorliegen einer Zustimmung kann aus Gründen der Nichtvereinbarkeit mit Art. 81 Abs. 1 EG für das Vorliegen einer Vereinbarung nicht entscheidend sein.

---

<sup>524</sup> Dies bestätigte der EuGH in seinem Urteil vom 6.4.2006, *General Motors*, Rs. C-551/03, Rnr. 77, indem er feststellte, dass der Nachweis der Absicht der Parteien, den Wettbewerb zu beschränken, keine absolute Voraussetzung für die Feststellung des restriktiven Zwecks einer Vereinbarung ist.

(ii) Zumutbarkeit für die Händler

Ferner ist es nicht immer leicht, zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Maßnahmen zu unterscheiden.<sup>525</sup> Gerade die Händler, die nicht immer über ein fundamentales Rechtswissen verfügen, könnten sich bei dieser Unterscheidung schwer tun. Natürlich kann der Händler sich an seinen Verband, der seine Interessen vertritt, wenden und Auskunft über die Rechtslage verlangen. Fraglich ist nur, ob der Händler unter dem eventuell ausgeübten Druck bzw. Zwang des Herstellers auch wirklich die notwendige Information einholt, oder ob er sich eventuell der Maßnahme erst einmal beugt und sich dann erst informiert. Aber dann wäre der Wettbewerbsverstoß bereits vollzogen. Die Händler haben aufgrund der engen Pflichtenbindung grundsätzlich ein Interesse daran, Konflikte mit den Herstellern zu vermeiden und ihre Stellung als Mitglied in dem Vertriebssystem zu wahren. Man kann deswegen nicht annehmen, dass sie jede Aufforderung des Herstellers präventiv zurückweisen, die sich als rechtswidrig herausstellen könnte.<sup>526</sup> Bis zum Beweis des Gegenteiles ist eher davon auszugehen, dass die Händler zustimmen. Liegt die Wettbewerbswidrigkeit jedoch sehr offensichtlich vor, wie zum Beispiel bei ausdrücklichen Exportverboten, ist es dem Händler durchaus zumutbar, die Wettbewerbswidrigkeit der Maßnahme zu erkennen. Ob ihm außerdem zuzumuten ist, sich aufgrund der vertraglichen Abhängigkeit vom Hersteller gegen die Maßnahme zu wehren, ist eine andere Frage.

Ferner schließt die Kenntnis von der Wettbewerbswidrigkeit eines Verhaltens am Markt nicht aus, dass dieses Verhalten am Markt zum Gegenstand einer Willensübereinstimmung wird. Die Kommissionspraxis bestätigt, dass wettbewerbswidrige Vereinbarungen immer wieder abgeschlossen werden, obwohl die Parteien von einer solchen Vereinbarung wissen, dass sie wettbewerbswidrig ist.<sup>527</sup>

Die Offensichtlichkeit einer wettbewerbswidrigen Maßnahme liegt nicht immer vor. Verschleiert der Hersteller durch Änderung der Rabattpolitik oder durch Lieferverzögerungen den wahren Grund, nämlich den Parallelhandel zu beschränken, so kann dies für den Händler auf den ersten Blick nicht erkennbar sein. Er befolgt dann aufgrund Unwissenheit diese Maßnahmen oder gibt sich zum Beispiel mit der Lieferverweigerung zufrieden. In Bezug auf solche Verschleierungstaktiken ist die Zumutbarkeit der Kenntnisnahme durch den Händler zu verneinen.

---

<sup>525</sup> Klageschrift der Kommission vom 16.2.2004 in der Rs. C-74/04, *VW II*, ABl. EG 2004 Nr. C 94/24.

<sup>526</sup> Klageschrift der Kommission vom 16.2.2004 in der Rs. C-74/04, *VW II*, ABl. EG 2004 Nr. C 94/24.

<sup>527</sup> Vgl. z. B.: Entscheidung der Kommission vom 23.11.1972, *Pittsburgh Corning Europe*, ABl. EG 1972 Nr. L 272/35; in dieser Entscheidung hatte Hertel, ein Vertragspartner von P. C. E., trotz Kenntnis der Wettbewerbswidrigkeit auf Verlangen von P. C. E. erhöhte Preise in den Exportländern erhoben, um die Ausfuhr einzuschränken. Dieses Verhalten begründete Hertel mit der Furcht vor Kündigung des Vertragshändlervertrags.

### (iii) Rechtsprechungsentwicklung

In der bisherigen Rechtsprechung wurde die Kenntnis des Händlers von der Wettbewerbswidrigkeit der Maßnahme nicht geprüft. Im Fall *AEG* stützte der EuGH das Vorliegen einer Vereinbarung allein auf die Vorgehensweise bei der „Zulassung“ zum selektiven Vertriebssystem,<sup>528</sup> also auf eine pauschale Zustimmung der Händler zur Herstellerpolitik. Der EuGH bezog den Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG ausdrücklich auf die „unzulässige Anwendung dieses Systems“.<sup>529</sup> Der EuGH erwähnt mit keinem Wort, dass den Händlern die restriktive Politik von AEG zum Zeitpunkt bekannt gewesen wäre. Das wäre aber wohl die Mindestvoraussetzung für eine spezifisch hierauf bezogene Vereinbarung nach jetziger Ansicht des EuG.

Auch in der Rechtsache *Ford* wurde nicht auf die Kenntnis der wettbewerbswidrigen Lieferverweigerung bei der Zustimmung abgestellt. Vielmehr wurde in Rnr. 20 der Entscheidung vom EuGH betont, dass die Aufnahme des Händlers in das Vertriebssystem die Zustimmung „zu späteren Entscheidungen des Herstellers“ enthält,<sup>530</sup> also zu Maßnahmen, die der Händler bei Abschluss des Händlervertrages nicht kennt. Dennoch fügte sich die Maßnahme des Herstellers in die vertragliche Beziehung ein, ohne dass es auf eine gesonderte Zustimmung der Händler ankam.<sup>531</sup>

Ebenso wurde in dem Fall *VW I* vom EuG angenommen, dass sich die restriktive Belieferung an italienische Händler in die vertragliche Beziehung einfügt, ohne dabei auf die Kenntnis des damit von VW bezweckten Exportverbots einzugehen.<sup>532</sup> Genauso stellten die Europäischen Gerichte in den anderen - bereits erwähnten - Entscheidungen im Rahmen von Vertriebssystemen beim Einfügen niemals auf die Kenntnis des Händlers von dem mit der Maßnahme verbundenen Wettbewerbsverstoß ab.<sup>533</sup> Der bisherigen Rechtsprechung ist die Voraussetzung der Kenntnis der rechtswidrigen Maßnahme seitens des Händlers fremd.

### (iv) Nachweisbarkeit

In diesem Zusammenhang spielt auch die Frage eine Rolle, wie das Wissen über die Rechtswidrigkeit der Maßnahme nachgewiesen wird.

Liegen keine schriftlichen oder sonstigen Beweise für die Kenntnis des Händlers zu einer entsprechenden rechtswidrigen Maßnahme des Herstellers vor, kommt es allein auf die Aussage des Händlers an. Sagt der Händler vor Gericht oder gegenüber der Kommission aus, er habe nichts von der Wettbewerbswidrigkeit der Maßnahme gewusst, dann kommt eine

---

<sup>528</sup> EuGH-Urteil vom 25.10.1983, *AEG*, Rs. 107/ 82, Slg. 1983, 3151 Rnr. 38.

<sup>529</sup> EuGH-Urteil vom 25.10.1983, *AEG*, Rs. 107/ 82, Slg. 1983, 3151 Rnr. 39.

<sup>530</sup> EuGH-Urteil vom 8.5.1985, *Ford*, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725.

<sup>531</sup> EuGH-Urteil vom 8.5.1985, *Ford*, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725 Rnr. 21.

<sup>532</sup> EuG-Urteil vom 6.7.2000, *VW I*, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707 Rnr. 213.

<sup>533</sup> EuG-Urteil vom 7.7.1994, *Dunlop Slazenger*, Rs. T-43/92, Slg. 1994, II-441 Rnr. 56, 60; EuGH-Urteil vom 24.10.1995, *Bayerische Motorenwerke*, Rs. C-70/93, Slg. 1995, I- 3439 Rnr. 16, 17.

Zustimmung zu einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG nicht in Betracht. Eine Willensübereinstimmung liegt damit nicht vor, da die vom EuG geforderte Kenntnis nicht vorliegt. Ferner kann in einer solchen Situation nicht sichergestellt werden, dass der Händler freiwillig zugibt, dass er bewusst auf einen Wettbewerbsverstoß eingegangen ist. Die Maßnahme des Herstellers kann somit nicht nach Art. 81 Abs. 1 EG verfolgt werden. Das Problem der Nachweisbarkeit macht deutlich, dass es nicht auf das Wissen des Händlers ankommen kann, sondern allein auf seine tatsächliche oder konkludente Zustimmung zu der Maßnahme und das Vorliegen einer Willensübereinstimmung, die sich anhand der objektiv gegebenen Umstände beweisen lässt.

Es ist festzuhalten, dass die Vorhersehbarkeit der rechtswidrigen Entwicklung des Vertrages bzw. die Kenntnis des Händlers von der Wettbewerbswidrigkeit mit den Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 1 EG sowie der bisherigen Rechtsprechung nicht übereinstimmen. Ganz abgesehen davon, dass es den Händlern in bestimmten Situationen nicht zumutbar ist, Kenntnis von dem sich anbahnenden Wettbewerbsverstoß zu erlangen. Zusätzlich besteht die Problematik des Nachweises einer solchen Kenntnis.

#### dd) Schlussfolgerung

Nach diesen Ausführungen ist es deutlich geworden, dass eine Unterscheidung zwischen rechtswidrigen und rechtmäßigen Maßnahmen des Herstellers innerhalb der Voraussetzung des Einfügens nicht geeignet ist, das Vorliegen einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG beim Bestehen eines Vertriebssystems zu bestimmen. Insbesondere die Eigenart der Vertriebssysteme lässt eine solche Unterscheidung nicht zu.<sup>534</sup> Abgesehen davon, ist die Unterscheidung mit dem Gesetz, mit der Kommissionspraxis und mit der bisherigen Rechtsprechung nicht vereinbar.<sup>535</sup> Der mit dieser Unterscheidung bezweckte Schutz der Händler wurde bisher mit anderen Mitteln erreicht, die angesichts der vielen Diskrepanzen, die eine solche Unterscheidung mit sich bringt, der Situation in ausreichendem Maße gerecht werden. Somit ist meiner Ansicht nach, die einzig zu vertretene Lösung, dass *die Fallgruppe der vorherigen Zustimmung* mit der Voraussetzung des Einfügens bestehen bleiben muss, um einen umfangreichen Schutz des Wettbewerbs zu gewährleisten.<sup>536</sup> Innerhalb dieser Fallgruppe ist auch nicht auf die Kenntnis der Händler von der Rechtswidrigkeit der Maßnahme abzustellen, da dies keine Voraussetzung des Art. 81 Abs. 1 EG darstellt und die Erlangung der Kenntnis unter gewissen Umständen den Händlern unzumutbar ist.

---

<sup>534</sup> Diese Ansicht wird auch von der Kommission in ihrer Klageschrift vom 16.2.2004 in der Rs. C-74/04, *VW II*, vertreten; ABl. 2004 Nr. C 94/24.

<sup>535</sup> Ebenso der EuGH in seinem *VW II* - Urteil vom 13.7.2006, Rs. 74/04, Rnr. 39.

<sup>536</sup> Ebenso der EuGH in seinem *VW II* - Urteil vom 13.7.2006, Rs. 74/04, Rnr. 43.

d) Vorbehalt im Vertrag, bestehende Handelsbräuche oder entsprechende Rechtslage

Mit der Feststellung des Bestehens der *Fallgruppe der vorherigen Zustimmung* muss nun weiterhin untersucht werden, welche Voraussetzungen für diese Fallgruppe vorliegen müssen. Wie bereits am Anfang der Untersuchung erörtert, muss grundsätzlich ein Vertriebsvertrag gegeben sein. In diesen Vertriebsvertrag kann sich eine wettbewerbswidrige Maßnahme einfügen. Wann ein Einfügen der Maßnahme gegeben ist, wird im Folgenden herausgearbeitet.

Eine rechtmäßige Maßnahme des Herstellers kann sich nach Ansicht des EuG nur in einen Vertriebsvertrag einfügen, wenn ein entsprechender Vorbehalt im Vertrag für die Maßnahme vorgesehen ist oder Handelsbräuche bzw. die Rechtslage es gebietet, die Zustimmung des Händlers nicht zu verweigern.<sup>537</sup> Diese Voraussetzungen könnten auch bei dem Einfügen rechtswidriger Maßnahmen relevant sein.

aa) Vorbehalt im Vertrag

Die bisherige Rechtsprechung sah ebenso wie das EuG in der vorliegenden Entscheidung für rechtmäßige Maßnahmen das Einfügen einer rechtswidrigen Maßnahme als bejaht an, wenn der Händlervertrag eine irgendwie geartete Legitimation für diese Maßnahme enthielt. In diesem Sinne wurde seit dem *Ford-Fall*<sup>538</sup> das Einfügen bei Vorliegen eines selektiven Vertriebssystems von den Europäischen Gerichten bejaht, ohne auf eine nachträgliche Zustimmung einzugehen. Wie dieser Vorbehalt ausgestaltet sein muss, ging aus der bisherigen Rechtsprechung nicht hervor.

(i) Ausgestaltung des Vorbehalts

Fraglich ist, ob der generelle Umstand des Einfügens einer Maßnahme in einen bereits abgeschlossenen Vertrag mit dem geltenden Recht vereinbar ist.

Grundsätzlich existieren im deutschen, englischen sowie im französischen Vertragsrecht Gestaltungsrechte, welche von beiden Parteien vereinbart und dann von der berechtigten Partei ausgeübt werden. § 315 BGB behandelt im deutschen Zivilrecht die Konstellation, bei der eine nachträgliche einseitige Bestimmung Bestandteil eines bestehenden Vertrages werden kann. Für den § 315 BGB wird vorausgesetzt, dass eine Willensübereinstimmung über einen Vertragsschluss vorliegt, bei dem die Leistung später von einer Partei bestimmt wird. Diese Leistung muss bestimmbar sein. Dies ist der Fall, wenn der Inhalt der Leistung rahmenmäßig im Vertrag festgelegt ist.<sup>539</sup> Nur so kann gewährleistet werden, dass der Bestimmungsberechtigte nicht willkürlich einseitige Regelungen trifft. Im englischen und im

---

<sup>537</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, *VW II*, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141, Rnr. 45.

<sup>538</sup> EuGH-Urteil vom 8.5.1985, *Ford*, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725.

<sup>539</sup> *Heinrichs* in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 157 Rnr. 9.

französischen Recht existieren unter Beachtung des Grundsatzes der „certainty“<sup>540</sup> beziehungsweise der „détermination“ ähnliche Bestimmungen.<sup>541</sup>

Auf Grundlage dieses nationalen Rechts und der bisherigen Rechtsprechung der Europäischen Gerichte lässt sich erkennen, dass eine Konkretisierung eines bereits bestehenden Vertrages mit Hilfe eines Vorbehalts im Vertrag gegeben sein kann.

Wie der Vorbehalt ausgestaltet sein muss, ergibt sich zunächst aus den Umständen. Wird ein Vertrag konkretisiert, muss die entsprechende Klausel für die Konkretisierung sehr weit formuliert sein, damit die konkretisierende Maßnahme diese ausfüllen kann. Es muss sozusagen eine Generalklausel vorliegen, die ausfüllungsbedürftig ist.

Des Weiteren ergibt sich aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit für die Händler, dass die Klausel für den Händler im Vertrag erkennbar sein muss, und laut Klausel darf nur der Hersteller zur Konkretisierung berechtigt sein. Mit dieser Erkennbarkeit und der Bestimmung der Berechtigung kann der Händler sich darauf einstellen, dass vom Hersteller in den folgenden Jahren Konkretisierungen des Vertragswerks vorgenommen werden. Eine entsprechende Kenntnis der Klausel ist anzunehmen, sobald eine Vorschrift erkennbar regelungsbedürftige Punkte beinhaltet und der Vertrag mit der ausfüllungsbedürftigen Klausel vom Händler unterschrieben wurde. Enthält der Vertrag eine Vereinbarung über die Berechtigung nicht, kann sich diese auch aus den Umständen ergeben. Im Fall *Ford* war zum Beispiel davon auszugehen, dass der Hersteller allein für die Modellpolitik verantwortlich ist.

Damit der im Vertrag enthaltene Vorbehalt nicht willkürlich vom Hersteller ausgefüllt werden kann, muss für den Händler aus der Klausel vorhersehbar sein, in welche Richtung eine spätere Konkretisierung vorgenommen wird. Diese Voraussetzung ähnelt dem Merkmal der Bestimmtheit des § 315 BGB. Andererseits darf die Vorhersehbarkeit nicht mit der Kenntnis über die Rechtswidrigkeit einer Maßnahme gleichgestellt werden. Aus dem Vorbehalt soll nur zu erkennen sein, in welchem Bereich der Hersteller spätere Maßnahmen vornehmen wird, zum Beispiel in Bezug auf die Rabattpolitik oder in Bezug auf den Umfang von Produktlieferungen. Die Vorhersehbarkeit bis ins Detail muss für den Händler nicht gegeben sein. Decken sich die Maßnahmen des Herstellers nicht mit diesem Vorbehalt, dann kann ein Einfügen als Voraussetzung für den Vereinbarungsbegriff i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG nicht in Frage kommen.

Genau aus diesem Grund lehnte Generalanwalt Tizzano das Vorliegen eines Vorbehalts in seinen Schlussanträgen für das Rechtsmittelverfahren vor dem EuGH ab. Tizzano bezweifelt an der Entscheidung in der Sache *VW II* nicht wie der EuG, ob überhaupt einer rechtswidrigen Maßnahme des Herstellers im Voraus zugestimmt werden kann, sondern dass § 2 des VW/Audi-Händlervertrages, auf den die wettbewerbswidrige Aufforderung von VW

---

<sup>540</sup> *Furmston*, *Furmston's Law of Contract*, S. 47-52.

<sup>541</sup> *Terré/Simler/Lequette*, *Droit civil, Les obligations*, Rnr. 262.

zu einer neuen Rabattpolitik zurückgeführt werden kann, eine Änderung der Preis- bzw. Rabattpolitik überhaupt vorsieht.<sup>542</sup> Dies unterscheidet nach Ansicht von Tizzano den vorliegenden Fall von der bisherigen Rechtsprechung zu der Fallgruppe der vorherigen Zustimmung.<sup>543</sup>

Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen. Abgesehen davon, dass die Verbindung zwischen der wettbewerbswidrigen Maßnahme und § 2 des fraglichen Händlervertrages keine Erfindung der Kommission ist, sondern aus dem Verhalten von VW herzuleiten war, da VW sich ausdrücklich auf diesen Teil ihres Händlervertrages bei den Abmahnungen bezog,<sup>544</sup> erfüllt die Klausel die oben erörterten Voraussetzungen und umfasst die wettbewerbswidrige Maßnahme von VW.

Nach § 2 des VW/Audi-Händlervertrages sind die VW-Händler verpflichtet, „die Interessen der VW AG, der Volkswagen Vertriebsorganisation sowie der Marke Volkswagen zu vertreten und in jeder Weise zu fördern. Dabei wird der Händler allen dem Vertragswerk dienenden Anforderungen hinsichtlich des Vertriebs fabrikneuer Volkswagen Automobile, der Ersatzteilebevorratung, des Kundendienstes, der Absatzförderung, Werbung und Schulung sowie der Sicherung des Leistungsstands für die jeweiligen Bereiche des Volkswagen Geschäfts nachkommen“.<sup>545</sup> Der erste Teil dieser Klausel macht deutlich, dass von VW erwünscht ist, dass Weisungen, die VW aufgrund ihres Interesses trifft, zu befolgen sind. Welche Weisungen dies im Einzelnen sind, werden im jeweiligen Zeitpunkt von VW festgelegt und somit wird dann die Klausel mit dem entsprechenden Inhalt gefüllt. Die Weisung von VW gegenüber ihren Händlern im vorliegenden Fall, Preisnachlässe bei dem neuen Passat-Modell zu unterlassen, diente der Steigerung der Rendite. Ferner sollte mit Rabatten der Wert des neu geschaffenen Passats nicht in Frage gestellt werden.<sup>546</sup> Die Anforderung von VW erfolgte somit im Rahmen des Verkaufs für fabrikneue Fahrzeuge. Die Anweisung zu einer gewissen Preisgestaltung war das ausfüllungsbedürftige Mittel zur Durchsetzung der Interessen von VW. Damit erfasste der § 2 des VW/Audi-Händlervertrages durchaus die vorgenommene Maßnahme und dies war für die Händler auch erkennbar. Ebenso spricht § 8 des VW/Audi-Händlervertrages nicht gegen diese Annahme.<sup>547</sup> § 8 beinhaltet die Regelung, dass unverbindliche Preisempfehlungen von VW gegenüber ihren Vertragshändlern geäußert werden dürfen. Aber dass dies die einzige Preisgestaltung im Rahmen des Händlervertrages sein muss, darüber sagt § 8 nichts aus. Es geht nirgendwo hervor, dass § 8 eine abschließende Regelung zur Gestaltung des Verkaufspreises vorsieht.

---

<sup>542</sup> Schlussanträge vom 17.11.2005 in der Rs. C-74/04, *VW II*, Rnr. 57.

<sup>543</sup> Schlussanträge vom 17.11.2005 in der Rs. C-74/04, *VW II*, Rnr. 59.

<sup>544</sup> Entscheidung der Kommission vom 29.6.2001, *VW II*, ABl. EG 2001 Nr. L 262/14 Rnr. 64.

<sup>545</sup> Entscheidung der Kommission vom 29.6.2001, *VW II*, ABl. EG 2001 Nr. L 262/14 Rnr. 64.

<sup>546</sup> Entscheidung der Kommission vom 29.6.2001, *VW II*, ABl. EG 2001 Nr. L 262/14 Rnr. 33.

<sup>547</sup> Dies behauptet aber Generalanwalt Tizzano in den Schlussanträge vom 17.11.2005 in der Rs. C-74/04, *VW II*, Rnr. 58.

Aus diesen Gründen ist die Ansicht des Generalanwalts abzulehnen und im Fall *VW II* das Vorliegen eines Vorbehalts bei der Prüfung des Einfügens einer wettbewerbswidrigen Maßnahme in einen Händlervertrag zu bejahen.<sup>548</sup>

(ii) Neutralität

In Rnr. 57 bemerkte das EuG, dass sich nicht jede Aufforderung des Herstellers an seine Händler in einen Vertrag einfügt. Dies war bisher auch nicht umstritten, denn wenn die Maßnahme in keiner Beziehung zum Händlervertrag stand, konnte sie auch kein Bestandteil von diesem sein. An einer Legitimation der neuen Rabattpolitik von VW fehlte es im vorliegenden Händlervertrag nicht, jedoch lehnte das EuG in Rnr. 66 den Bezug von der Rabattpolitik zum Händlervertrag mit der Begründung ab, dass die entsprechende Klausel aufgrund ihrer neutralen Formulierung in dem Vertrag keine rechtswidrigen Maßnahmen des Herstellers zuließe. Dieser Ablehnungsgrund ist neu in der bisherigen Rechtsprechung.

In der bisherigen Rechtsprechung konnten auch neutrale Vertragsklauseln die Legitimation für späteres rechtswidriges Verhalten des Herstellers enthalten, und eine rechtswidrige Maßnahme konnte sich damit in den vorliegenden Händlervertrag einfügen. Im Fall *Ford* war der Zusammenhang zwischen der Lieferverweigerung und dem Vertrag in der Festlegung der zu liefernden Erzeugnisse gesehen worden.<sup>549</sup> Diese Festlegung kann durchaus als wettbewerbsneutral betrachtet werden, da sie keine Aussage zur Förderung oder Beeinträchtigung des Wettbewerbs enthält. Die Lieferverweigerung dagegen stellt eine wettbewerbswidrige Maßnahme dar, da sie eine Marktabschottung zur Folge hat und somit die Entwicklung eines einheitlichen Binnenmarktes erheblich stört. Trotzdem fügte sich diese Maßnahme nach Ansicht des EuGH in die vertragliche Beziehung zwischen dem Hersteller und dem Händler ein und verstieß damit gegen Art. 81 Abs. 1 EG.<sup>550</sup> Die Händler stimmten indirekt der Maßnahme und direkt der Lieferpolitik von Ford durch Unterzeichnung des Händlervertrages zu.<sup>551</sup> Ebenfalls ist in der Rechtssache *VW I* davon auszugehen, dass der Vertrag hinsichtlich der Lieferbestimmungen zwischen Autogerma und den Händlern, die abhängig von der Lieferung des Herstellers an Autogerma waren, neutral formuliert war. Trotzdem bildeten der Händlervertrag und die Regelung nach dem EuG die Grundlage für die spätere Einschränkung der Belieferung, die auf die Beschränkung der Exporte aus Italien abzielte.<sup>552</sup> Die Rechtsprechung bezüglich des Einfügens in einen neutral formulierten Händlervertrag wird auch durch die Rechtssache *Bayerische Motorenwerke* bestätigt, indem der EuGH in diese Vorabentscheidung das Einfügen der Aufforderung des Herstellers in den

---

<sup>548</sup> Der EuGH musste der tatsächlichen Würdigung des EuG in Bezug auf die Vertragsklauseln folgen, EuGH-Urteil vom 13.7.2006, Rs. 74/04, Rnr. 49.

<sup>549</sup> EuGH-Urteil vom 8.5.1985, *Ford*, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725 Rnr. 24.

<sup>550</sup> EuGH-Urteil vom 8.5.1985, *Ford*, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725 Rnr. 21.

<sup>551</sup> EuGH-Urteil vom 8.5.1985, *Ford*, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725 Rnr. 21.

<sup>552</sup> EuG-Urteil vom 6.7.2000, *VW I*, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707 Rnr. 213.

Händlervertrag unter Heranziehung des *Ford*-Urteils bejaht.<sup>553</sup> Auch wenn in dieser Vorabentscheidung der Vereinbarungsbegriff nur rechtlich gewürdigt wurde und nicht auf den tatsächlichen Nachweis einer Vereinbarung eingegangen worden ist, kann das Urteil in diesem Zusammenhang herangezogen werden, da es konkret die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG innerhalb eines Vertriebssystems bestimmt.

Mit der bisherigen Rechtsprechung ist somit die Annahme des EuG, dass ein neutraler Vorbehalt im Händlervertrag nicht für das Einfügen einer rechtswidrigen Maßnahme ausreicht, nicht vereinbar. Neben der Diskrepanz mit der früheren Rechtsprechung stellt sich im Zusammenhang mit den Anforderungen des EuG ein weiteres Problem:

Nach dem EuG kann der Händler rechtswidrigen Entwicklungen des Vertrages nicht im Voraus zustimmen. Ferner kann eine neutral formulierte Klausel nicht Grundlage für eine rechtswidrige Praktizierung des Vertrages sein. Diese Ansicht widerspricht sämtlicher Lebenserfahrung. Eine Klausel sieht zwar eine solche Entwicklung nicht vor, lässt sie aber zu. Denn die sich daraus entwickelnde rechtswidrige Maßnahme kann es durchaus geben, nur kommt bezüglich einer Willensübereinstimmung kein Einfügen in Betracht, sondern nur eine tatsächliche Zustimmung. So kann eine Klausel in einem Händlervertrag zwar generalklauselartig die Bestimmung des Herstellers von Lieferumfängen regeln. Aber eine Lieferkontingentierung aufgrund einer Marktabschottungspolitik fügt sich in diese Klausel nicht ein, obwohl die Vornahme einer Lieferkontingentierung vom Hersteller durch die Klausel gestattet ist. Eine solche Klausel setzt gerade den Rahmen einer Vertriebspolitik fest, welcher der Händler durch die Unterzeichnung des Händlervertrages zustimmt. Nach Ansicht des EuG würde diese neutrale Klausel keine Grundlage eines Wettbewerbsverstoßes bilden. Die Wettbewerbswidrigkeit wäre erst dann gegeben, wenn der Händler der Maßnahme des Herstellers, die auf der Klausel beruht, in erkennbarer Weise zustimmt. Demzufolge könnte fraglich sein, wie Maßnahmen des Herstellers wettbewerbsrechtlich verfolgt werden können, die nicht der Mitwirkung des Händlers bedürfen und wenn eine ausdrückliche Zustimmung der Händler nicht gegeben ist.

Ferner können gerade neutral formulierte Klauseln eine Konkretisierung in späteren Phasen der vertraglichen Beziehung zulassen, da sie aufgrund ihrer Neutralität auslegungsbedürftig sind. Wettbewerbskonforme Klauseln hingegen müssen in gewisser Weise eng formuliert sein, sonst könnte man nicht feststellen, dass sie rechtmäßig im Sinne des Wettbewerbsrechts sind. Ein neutral formulierter Vorbehalt ist sozusagen für die Voraussetzung des Einfügens ein unbedingtes Muss. Ob die Konkretisierung dieses Vorbehalts dann in rechtmäßiger oder rechtswidriger Weise erfolgt, ist für das Bestehen des Vorbehalts und das Vorliegen einer

---

<sup>553</sup> EuGH-Urteil vom 24.10.1995, *Bayerische Motorenwerke*, Rs. C-70/93, Slg. 1995, I-3439 Rnr. 16, 17.

Vereinbarung unerheblich, weil es auf diesen Unterschied, wie bereits oben erläutert, nicht ankommen kann.

Somit ist der Ansicht des EuG zu widersprechen und festzustellen, dass ein neutraler Vorbehalt in einem Vertriebsvertrag eine Legitimation für das Einfügen darstellen kann.<sup>554</sup> Voraussetzung dafür ist, dass eine Art Generalklausel besteht, die in gewisser Weise für den Händler bestimmbar ist und sich als ausfüllungsbedürftig darstellt. Ferner wird die strikte Argumentation des EuG von Generalanwalt Tizzano insofern relativiert, in dem er bei der Ablehnung des Vorliegens eines Vorbehaltes im VW/Audi-Händlervertrag nicht auf das Vorliegen einer neutralen Klausel stützt, sondern die Verbindung zwischen der neuen Rabattpolitik und dem Inhalt der Klausel verneint.<sup>555</sup>

#### bb) Gegebene Handelsbräuche oder entsprechende Rechtslage

Das EuG lässt des Weiteren das Einfügen rechtmäßiger Maßnahmen zu, wenn Handelsbräuche das Einfügen der Maßnahme rechtfertigen oder eine entsprechende Rechtslage für das Einfügen gegeben ist.<sup>556</sup> Dies könnte ebenso für das Einfügen von rechtswidrigen Maßnahmen gelten.

##### (i) Gepflogenheiten im Handelsverkehr

Die vom EuG bezeichneten Handelsbräuche sind als übliche Gepflogenheiten im Handelsverkehr zu verstehen, die unter Kaufleuten bei Verträgen stillschweigend vereinbart sind.<sup>557</sup> Sie entstehen dadurch, dass sie unter Zustimmung der beteiligten Handelskreise tatsächlich ausgeübt werden. So kann zum Beispiel die Art und Weise der Lieferung der Produkte des Herstellers eine übliche Gepflogenheit im Handelsverkehr darstellen. Liefert der Hersteller normalerweise zum Ersten des Monats die Ware an, aber wegen Produktionsengpässen nun zum 15. des Monats, und hat sich der Händler mit diesem Liefertermin ohne Proteste bereits seit Monaten abgefunden, dann ist dies eine Gepflogenheit zwischen dem Hersteller und Händler geworden, die sich in die Vertragsbeziehung einfügt.

Auf diese Gepflogenheiten muss sich der Händler in Zusammenarbeit mit einem Unternehmen einstellen. Maßnahmen, die auf solchen Bräuchen beruhen, sind erkennbar, bevor sie tatsächlich vom Hersteller bekannt gegeben oder umgesetzt werden. Daneben muss ein Händler auch mit Verhaltensweisen rechnen, die in der speziellen Geschäftsbeziehung mit dem Hersteller üblich sind. Dabei sind die Kriterien der Systematik und Beständigkeit sehr bedeutsam. Diese spiegeln sich in den Verhaltensweisen des Herstellers wider. Wenn sie planmäßig, systematisch und regelmäßig erfolgen, sind sie für die im Vertriebssystem befindlichen Händler erkennbar. Für neu hinzukommende Händler sind die Maßnahmen

---

<sup>554</sup> Ebenso EuGH-Urteil vom 13.7.2006, *VW II*, Rs. 74/04, Rnr. 44.

<sup>555</sup> Schlussanträge vom 17.11.2005 in der Rs. C-74/04, *VW II*, Rnr. 57, 58.

<sup>556</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, *VW II*, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141 Rnr. 45.

<sup>557</sup> Siehe unter 2. Kapitel V. 3. c) bb) (i).

vorhersehbar, die ihnen bei Aufnahme bekannt gegeben werden oder im Hinblick auf den Tätigkeitsbereich oder die Größe des Unternehmens üblich sind.

Zieht man gewisse Gepflogenheiten im Handelsverkehr als Legitimation für die Voraussetzung des Einfügens heran, so ist zu beachten, dass Vereinbarungspartner aus verschiedenen Staaten diese Bräuche unterschiedlich verstehen könnten. Um eine Gepflogenheit im Handelsverkehr annehmen zu können, muss sichergestellt sein, dass die jeweilige Maßnahme auch für den Rechtskreis des jeweiligen Händlers typisch ist. Nach Ansicht des EuGH wird die Bekanntheit der Gepflogenheit in Europa angenommen, wenn der Brauch bei Abschluss regelmäßig befolgt wird oder sich die Händler diesem bereits in früheren Geschäften unterworfen haben.<sup>558</sup>

Eine Gepflogenheit im Handelsverkehr kann sich zum Beispiel in einer praktizierten Vertriebspolitik des Herstellers niederschlagen. Innerhalb der Vertriebspolitik kann es einige Veränderungen in den laufenden Jahren geben, die nicht immer deutlich vom Hersteller angekündigt werden. Werden diese Veränderungen innerhalb der Vertriebspolitik aufgrund der laufenden Übung üblich, sind sie als übliche Gepflogenheit im Handelsverkehr bei den Händlern anerkannt. Darunter können auch Veränderungen in der Vertriebspolitik fallen, die sich als wettbewerbswidrig herausstellen. Auf den Unterschied zwischen rechtmäßigem und rechtswidrigem Handeln kann es hier genauso wenig ankommen wie bei Vorliegen eines Vorbehaltes im Vertrag.

Eine Willensübereinstimmung liegt bei Vorliegen einer Gepflogenheit im Handelsverkehr grundsätzlich stillschweigend vor. Diese stillschweigende Vereinbarung ist ein Bestandteil des von Anfang an geschlossenen Vertragswerkes und fügt sich in dieses ein. Denn ohne diesen Händlervertrag gäbe es keine Grundlage für eine Gepflogenheit im Handelsverkehr.

Unter das Vorliegen einer Gepflogenheit im Handelsverkehr kann der Fall *AEG*<sup>559</sup> subsumiert werden. In dieser Rechtssache waren die differenzierte Zulassung von Händlern zum selektiven Vertriebssystem und die Maßnahmen zur Beeinflussung bei der Preisfestsetzung mit dem Wettbewerb nicht vereinbar. Diese Maßnahmen fügten sich laut EuGH in den Händlervertrag ein und bildeten somit eine wettbewerbswidrige Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG.<sup>560</sup> Die Annahme einer handelsrechtlichen Gepflogenheit in Bezug auf die differenzierte Zulassung der Händler und die Preispolitik könnte widerlegt werden, indem man behauptet, dass diese Zulassungspolitik und die Preispolitik im Vertriebsvertrag schon enthalten waren und die Händler einem wettbewerbswidrigen Händlervertrag von vornherein zugestimmt hatten. Doch dies kann nicht angenommen werden, da der Vertriebsvertrag von *AEG* bereits vorher bei der Kommission angemeldet war, und die Kommission bis dahin

---

<sup>558</sup> EuGH-Urteil vom 20.2.1997, *KMSG Mainschiffahrts-Genossenschaft eG*, Rs. C-106/95, Slg. 1997, I-911 Rnr. 24.

<sup>559</sup> EuGH-Urteil vom 25.10.1983, *AEG*, Rs. 107/ 82, Slg. 1983, 3151.

<sup>560</sup> EuGH-Urteil vom 25.10.1983, *AEG*, Rs. 107/ 82, Slg. 1983, 3151 Rnr. 38.

keine Einwände erhoben hatte.<sup>561</sup> Somit war der eigentliche Vertrag nicht rechtswidrig, sondern nur dessen Durchführung bzw. dessen systematische, planmäßige und regelmäßige Anwendung widersprach dem Wettbewerbsrecht.

Der EuGH hatte in diesem Fall keine konkrete Zustimmung der Händler zu der rechtswidrigen Durchführung festgestellt, sondern allein auf das Einfügen in den Vertrag abgestellt, ohne auf einen expliziten Vorbehalt im Vertrag für diese neue Politik einzugehen. Die Händler hatten einen rechtmäßigen Händlervertrag unterschrieben, der durch spätere Maßnahmen des Herstellers, nämlich der rechtswidrigen Anwendung des Vertrages, sich als wettbewerbswidrig herausstellte. Der Großteil der Händler<sup>562</sup> hatte sich dieser Änderung nicht widersetzt, also akzeptierten sie die neue Vertriebspolitik als so genannte Gepflogenheit im Handelsverkehr. Bestandteil der neuen Politik war es, dass die Händler, die zwar die qualitativen Zulassungsvoraussetzungen erfüllten, sich aber nicht an die (Preis-) Politik hielten, nicht in das Vertriebssystem aufgenommen bzw. aus dem System entfernt wurden.<sup>563</sup> Diese Zulassungspraxis wurde von AEG über längere Zeit durchgeführt. Diese Maßnahme bei der Durchführung kann vom Vertriebsvertrag nicht getrennt werden. Dies war auch den Händler nach längerer Praxis bekannt. Ein Einfügen dieser wettbewerbswidrigen Maßnahme kann nur aufgrund des Vorliegens einer Gepflogenheit im Handelsverkehr bejaht werden.

Ebenso kann der vom EuG entschiedene Fall *Dunlop Slazenger* unter die Befolgung einer Gepflogenheit im Handelsverkehr subsumiert werden. Das bestehende Exportverbot von Dunlop stellte sich als Teil ihrer Geschäftspolitik dar<sup>564</sup>, welche stillschweigend von den Händlern angenommen worden war.<sup>565</sup> Dieses Exportverbot konnte nicht von der stillschweigenden Zusicherung gegenüber den Alleinvertriebshändlern von Dunlop über einen absoluten Gebietsschutz getrennt werden. Die Vereinbarung über den absoluten Gebietsschutz bildete aufgrund des längerfristigen Bestehens der Verträge eine stillschweigende Übereinkunft neben dem Vertrag und war als Gepflogenheit im Handelsverkehr zu qualifizieren. Um diesen absoluten Gebietsschutz zu gewähren, musste ein Exportverbot gegenüber anderen Händlern bestehen. Auf dieses wurde vom Hersteller verschiedentlich in der Korrespondenz hingewiesen, und obwohl kein Vorbehalt im Vertrag enthalten war, wurde es stillschweigend von den Händlern akzeptiert. Um ein Einfügen des Verbotes in den Händlervertrag zu begründen, kann nur eine Gepflogenheit im Handelsverkehr angenommen werden.

---

<sup>561</sup> EuGH-Urteil vom 25.10.1983, *AEG*, Rs. 107/ 82, Slg. 1983, 3151 Rnr. 3.

<sup>562</sup> Ausnahme stellte der Händler Verbinnen dar, der es abgelehnt hatte, den Preisempfehlungen von AEG zu folgen.

<sup>563</sup> EuGH-Urteil vom 25.10.1983, *AEG*, Rs. 107/ 82, Slg. 1983, 3151 Rnr. 38.

<sup>564</sup> EuG-Urteil vom 7.7.1994, *Dunlop Slazenger*, Rs. T-43/92, Slg. 1994, II-441 Rnr. 56.

<sup>565</sup> EuG-Urteil vom 7.7.1994, *Dunlop Slazenger*, Rs. T-43/92, Slg. 1994, II-441 Rnr. 55.

Es ist somit festzustellen, dass in der Praktizierung einer Gepflogenheit im Handelsverkehr eine Legitimation für das Einfügen einer wettbewerbswidrigen Maßnahme in einen Vertrag gesehen werden kann.

(ii) Rechtslage

Ferner kann nach dem EuG die Rechtslage dem Händler gebieten, dass er einer rechtmäßigen Maßnahme im Voraus zugestimmt hat.<sup>566</sup> Fraglich ist, ob diese ebenso auf das Einfügen wettbewerbswidriger Maßnahmen übertragen werden kann.

Eine solche Rechtslage kann sich jedoch nur aus bestimmten festgelegten Pflichten im Vertrag oder aus dem geltenden nationalen oder Europäischen Recht ergeben. In einer qualifizierten Fachhandelsbindung übernimmt der Händler besondere Absatzförderungs-pflichten, unter anderem kann dabei die Pflicht des Händlers zur Mitwirkung bei der Verbreitung von Werbung enthalten sein. Fordert der Hersteller den Händler nun auf, statt Zeitungswerbung für sein Produkt ab sofort nur noch Flyers zu verteilen, dann muss der Händler dieser Aufforderung aufgrund der übernommenen Pflicht im Vertrag folgen. Er muss dieser Aufforderung nicht tatsächlich zustimmen, sondern diese fügt sich in den Händlervertrag und den dort vorgesehenen festgeschriebenen Pflichten ein.

Das Einfügen aufgrund einer Rechtslage kann nur bei rechtmäßigen Maßnahmen des Herstellers erfüllt sein. Zum einen kann das nationale bzw. Europäische Recht keine Wettbewerbswidrigkeit begründen, außer ein nationales Gesetz widerspricht - entgegen den Vorgaben der Europäischen Gemeinschaft - dem EG-Recht. Zum anderen ist davon auszugehen, dass die Hersteller keine wettbewerbswidrigen Händlerverträge aufsetzen, bei denen sie davon ausgehen müssen, dass ihnen Sanktionen seitens der Kommission drohen. Sollte dennoch ein wettbewerbswidriger Vertrag zwischen Hersteller und Händler bestehen, so muss man nicht auf das Einfügen einer wettbewerbswidrigen Maßnahme abstellen, um eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG zu begründen, sondern direkt auf den vorliegenden Händlervertrag.

Die gegebene Rechtslage kann nicht als Legitimation für das Einfügen einer rechtswidrigen Maßnahme des Herstellers in einen Händlervertrag herangezogen werden.

(iii) Schlussfolgerung

Neben dem Bestehen eines Vorbehaltes kann sich eine wettbewerbswidrige Maßnahme auch aufgrund des Bestehens einer Gepflogenheit im Handelsverkehr in den Vertriebsvertrag einfügen.

---

<sup>566</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, *VW II*, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141 Rnr. 45.

#### e) Beachtung eines Widerspruchs

Ein erfolgter Widerspruch durch die Händler könnte dazu führen, dass das Vorliegen der *Fallgruppe der vorherigen Zustimmung* abgelehnt werden muss.

Im Fall *Ford*<sup>567</sup> wurde vom EuGH die *Fallgruppe der vorherigen Zustimmung* angenommen und ein Einfügen einer wettbewerbswidrigen Maßnahme bejaht. Aus dem Sachverhalt ging hervor, dass mehrere deutsche Händler gegen die Lieferverweigerung von Fahrzeugen mit Rechtslenkung protestierten.<sup>568</sup> Sie widersprachen damit der zugrunde liegenden Vereinbarung. Trotzdem nahm der EuGH eine Vereinbarung im Sinne des Wettbewerbsverbots an. Dies ist nicht mit dem Vereinbarungsbegriff kompatibel.

Gegen den Willen der Händler wurde vom EuGH ein gemeinsamer Wille aufgrund des Vertriebsvertrages als bewiesen angesehen. Ein gemeinsamer Wille kann aber nur so lange bestehen bleiben, bis er einseitig revidiert wird. Wird der Wille des Herstellers von dem Händler nicht mehr mitgetragen, können die Händler dies nur mit einem Widerspruch äußern. Dies kann auch in Bezug auf einzelne Maßnahmen geschehen. Hier haben die Ford-Händler der Lieferverweigerung widersprochen. Eine Zustimmung zu der Maßnahme lag nach dem objektiven Empfängerhorizont nicht vor bzw. war diese Maßnahme auch nicht durch die vorherige Zustimmung gedeckt. Ein gemeinsamer Wille lag somit zum Zeitpunkt der Wettbewerbswidrigkeit der Maßnahme nicht vor. Damit konnte der EuGH in diesem Fall keine Vereinbarung annehmen. Die Auslegung des Vereinbarungsbegriffs war in dieser Rechtssache zu weit. Ein Widerspruch einer Vertragspartei muss bei der Feststellung des Vorliegens einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG immer beachtet werden, denn dieser Widerspruch spricht gegen das Vorliegen einer Willenübereinstimmung.

Besonders nach dem Urteil *Bayer*<sup>569</sup> ist innerhalb der Definition für den Vereinbarungsbegriff das Bestehen eines gemeinsamen Willens stärker zu betonen. Ein Widerspruch ist das deutlichste Zeichen, dass kein gemeinsamer Wille der Vertragsparteien bestand.

In der vorliegenden Entscheidung *VW II* hatten laut Sachverhaltsangaben die Händler Binder und Rütz explizit der Einführung der neuen Rabattpolitik widersprochen.<sup>570</sup> Dieser Widerspruch und damit der ausdrückliche Hinweis auf den Willen der Händler hätte von der Kommission nicht ignoriert werden dürfen. Aufgrund dieser Willensäußerung lag zumindest zwischen VW und den Händlern Binder und Rütz kein gemeinsamer Wille vor, und ein Einfügen in den Händlervertrag hätte explizit bezüglich dieser Händler abgelehnt werden müssen. Fraglich ist nur, wie sich der vorliegende Widerspruch auf die anderen Händler von VW auswirkt. Bezüglich dieser lag laut Sachverhalt kein Widerspruch vor. Jedoch hätte

---

<sup>567</sup> EuGH-Urteil vom 8.5.1985, *Ford*, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725 Rnr. 21.

<sup>568</sup> Entscheidung der Kommission vom 16.11.1983, ABl. EG 1983 Nr. L 327/31 Rnr. 25.

<sup>569</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

<sup>570</sup> Entscheidung der Kommission vom 29.6.2001, *VW II*, ABl. EG 2001 Nr. L 262/14 Rnr. 31, 45.

aufgrund der Wirkung der vorliegenden Widersprüche das Verhalten der anderen VW-Händler von der Kommission genau überprüft werden müssen. Eine allgemeine Annahme der Voraussetzung des Einfügens wird in diesem Fall dem Vereinbarungs-begriff nicht gerecht. Hätte sich nach näheren Untersuchungen herausgestellt, dass die Händler mit der Rabattpolitik einverstanden waren oder sie bereits umgesetzt hatten, was von der Kommission nicht bewiesen wurde, wäre die Annahme des Einfügens einer wettbewerbswidrigen Maßnahme in den Vertriebsvertrag gerechtfertigt gewesen. Somit ist der Meinung der Kommission, dass das Verhalten der Beteiligten (Hersteller und Händler) klar erkennen ließ, dass die Aufforderungen von ihnen als Bestandteil des Händlervertrages angesehen wurden und somit eine Willensübereinstimmung vorliegt, nicht zu zustimmen.<sup>571</sup>

Diese Argumentation findet ihre Zustimmung in den Schlussanträgen des Generalanwalts Tizzano, der in Rnr. 47 ausführt, dass die bloße Feststellung, dass eine Maßnahme von einem Hersteller im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen mit seinen Wiederverkäufern getroffen worden ist und/oder dass diese an einem bestimmten Vertriebssystem beteiligt sind, nicht genügt.<sup>572</sup> Es zählt allein, dass die Händler ihre Zustimmung genau zu der fraglichen Maßnahme des Herstellers gegeben haben, wobei die Zustimmung nach Ansicht von Tizzano, die ebenso in dieser Arbeit vertreten wird, vorrangig oder nachträglich von den Händlern abgegeben werden kann.

Dieser Argumentation könnte entgegengehalten werden, dass ein Widerspruch in erster Linie den Hersteller schützt. Liegt keine Willensübereinstimmung aufgrund des Widerspruchs der Händler vor, kann keine wettbewerbswidrige Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG angenommen werden und eine wettbewerbswidrige Maßnahme des Herstellers wird nicht sanktioniert. Wiederum benötigt der Händler, wie oben bereits festgestellt, keinen Schutz durch die Möglichkeit der Ausübung eines Widerspruchs. Der Händler ist bereits durch Art. 81 Abs. 2 EG und durch die Beachtung der besonderen Stellung des Händlers durch die Kommission auf der Rechtsfolgenseite geschützt. Fraglich ist nun, ob es auf die Schutzwirkung eines Widerspruchs für den Hersteller bei der Feststellung einer Vereinbarung ankommen kann. Aus dem *Bayer-Urteil*<sup>573</sup> und ansatzweise aus der vorliegenden Entscheidung des EuG wird der Wunsch nach einer restriktiveren Auslegung des Begriffs der Vereinbarung deutlich. Es wird immer wieder betont, dass eine Vereinbarung nur bei Vorliegen einer tatsächlichen Willensübereinstimmung angenommen werden kann. Diese ist aber bei Äußerung eines Widerspruchs nicht gegeben, denn dieser wirkt einer Willensübereinstimmung entgegen. Deswegen ist es im Rahmen der restriktiveren Auslegung des Vereinbarungs-begriffs eine Pflicht, den Widerspruch zu beachten, um eine weite Interpretation dieses Tatbestandsmerkmals zu vermeiden. Ob die Händler von dieser

---

<sup>571</sup> Klageschrift der Kommission vom 16.2.2004 in der Rs. C-74/04, *VW II*, ABl. EG 2004 Nr. C 94/24.

<sup>572</sup> Schlussanträge vom 17.11.2005 in der Rs. C-74/04, *VW II*.

<sup>573</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

Widerspruchsmöglichkeit aufgrund der engen Pflichtenbindung und des Abhängigkeitsverhältnisses zum Hersteller in jedem Fall Gebrauch machen, kann dahingestellt sein. Wichtig ist nur, wenn ein Widerspruch gegeben ist, muss dieser beachtet werden.

Es ist festzuhalten, dass ein Einfügen einer wettbewerbswidrigen Maßnahme des Herstellers in den Vertriebsvertrag nicht in Frage kommt, wenn ein eindeutiger Widerspruch der Händler vorliegt. Mit dem Widerspruch wird eine vorausgegangene Zustimmung revidiert und es existiert kein gemeinsamer Wille im Zeitpunkt der Aufforderung zu einer wettbewerbswidrigen Maßnahme mehr und somit keine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG. Liegt dieser Widerspruch nicht bei allen Händlern vor, so ist das Vorliegen eines gemeinsamen Willens insbesondere bei den schweigenden Händlern genauer zu untersuchen und stichhaltig zu beweisen, da man in dieser Konstellation nicht von einem generellen Einfügen der Maßnahme in den Vertriebsvertrag ausgehen darf.

#### f) Notwendige Mitwirkung der Händler

Fraglich ist, ob die notwendige Mitwirkung der Händler genauso wie bei der Fallgruppe der nachträglichen Zustimmung ein wichtiges Indiz ist, um das Vorliegen einer Vereinbarung feststellen zu können.

Dagegen könnte die bisherige Rechtsprechung sprechen. Bei einigen der Entscheidungen war eine Zustimmung der Händler zu der Maßnahme des Herstellers an sich entbehrlich bzw. nicht notwendig. In der Rechtssache *Ford*<sup>574</sup> kam es zum Beispiel nicht auf die Mitwirkung der Händler an. Die durchgeführte Lieferverweigerung von Rechtslenker-Fahrzeugen durch Ford konnte einseitig ohne notwendige Mitwirkung der Händler durchgesetzt werden. Im Fall *VW I*<sup>575</sup> konnte die Lieferkontingentierung ebenso einseitig vom Hersteller durchgeführt werden, ohne dass es eines Zutuns der Händler bedurfte. Diese Fälle zeigen, dass nach Ansicht der Rechtsprechung eine Vereinbarung innerhalb von Vertriebssystemen auch ohne notwendige Mitwirkung der Händler bei der Umsetzung der wettbewerbswidrigen Maßnahme vorliegen kann.

Bei diesen Entscheidungen könnte es jedoch fraglich sein, ob beim Hersteller überhaupt ein Vereinbarungswille vorlag. Wenn der Hersteller sein unternehmenspolitisches Ziel ohne die Händler durchsetzen kann, benötigt er die Konstellation der Vereinbarung an sich nicht.<sup>576</sup> Dies könnte jedoch darauf beruhen, dass die Maßnahmen ein Bestandteil des Vertrages, der die gegenseitigen Pflichten für den Vertrieb genau regelt, darstellt. Zu der Umsetzung der Maßnahme braucht der Hersteller die Zustimmung nicht, aber da die Maßnahme Bestandteil

---

<sup>574</sup> EuGH-Urteil vom 8.5.1985, *Ford*, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725.

<sup>575</sup> EuG-Urteil vom 6.7.2000, *VW I*, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707.

<sup>576</sup> Siehe bereits zu der Problematik der notwendigen Mitwirkung der Händler für die Bestimmung des Vorliegens einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG, 2. Kapitel IV. 2. d).

der Vertriebspolitik ist, muss sie von der Zustimmung zum eigentlichen Vertrag gedeckt sein. Der Vereinbarungswille des Herstellers lag somit bereits bei Abschluss des Händlervertes vor. Wie bereits in der Analyse zum *Bayer-Urteil* festgestellt, kann eine Vereinbarung innerhalb des Vertriebssystems angenommen werden, auch wenn die Maßnahme nicht der Mitwirkung der Händler bedarf, da solche Maßnahmen von dem vorher vereinbarten Rahmen des Vertriebsvertrages abgedeckt sind.

In der Rechtsache *VW II* kam es auf die Mitwirkung der Händler zur Umsetzung der neuen Rabattpolitik an. Wenn sie die Rabattpolitik umgesetzt hätten, wäre dieses Verhalten, ohne auf die Voraussetzung des Einfügens einzugehen, als de facto-Zustimmung gewertet worden. Eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG hätte damit vorgelegen. Andererseits benötigt der Art. 81 Abs. 1 EG zu seiner Verwirklichung nicht die tatsächliche Umsetzung der wettbewerbswidrigen Maßnahme, sondern es genügt bereits der gemeinsam bezweckte Erfolg.<sup>577</sup>

Es wäre dennoch denkbar, auf die notwendige Mitwirkung bei der Feststellung des gemeinsamen Willens abzustellen. Mit der Notwendigkeit eines aktiven Tuns bekommt der Händler die Möglichkeit, sein eigenes Handeln zu überdenken. Diese Mitbestimmungsmöglichkeit, die er bei mitwirkungsbedürftigen Maßnahmen des Herstellers aufgrund seines eigenständigen Handelns hat, würde dem Händler durch die Voraussetzung des Einfügens genommen werden. Aber gerade aufgrund der engen Pflichtenbindung, die ausführlich bei der Frage der Geeignetheit einer Unterscheidung zwischen rechtswidrigen und rechtmäßigen Maßnahmen erläutert wurde, ist es fraglich, ob der Händler eine solche Überdenkzeit nutzt. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass der Händler, der in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zu seinem Hersteller steht, mit dem Zweck der Maßnahme einverstanden ist.

Dennoch sollte die Kommission in Zukunft innerhalb der *Fallgruppe der vorherigen Zustimmung* bei Vorliegen mitwirkungsbedürftiger Maßnahmen die Annahme der Voraussetzung des Einfügens genau überprüfen. Setzt der Händler die Maßnahme des Herstellers nicht um, kann diese Verhaltensweise unter Umständen als Widerspruch gewertet werden. Diese Auslegungsmöglichkeit wurde in dem vorliegenden EuG-Urteil insbesondere nach dem Vorliegen von Widersprüchen einiger Händler nicht beachtet, vielleicht auch deswegen, weil die Kommission keine Beweise für die wirkliche Umsetzung der neuen Rabattpolitik durch die VW-Händler vorbringen konnte.

Die notwendige Mitwirkung der Händler bei der Umsetzung einer wettbewerbswidrigen Maßnahme kann in der Fallgruppe der vorherigen Zustimmung nur als Indiz für einen Widerspruch und nicht als Indiz für einen Vereinbarungswillen beim Hersteller herangezogen werden.

---

<sup>577</sup> EuG-Urteil vom 7.7.1994, *Dunlop Slazenger*, Rs. T-43/92, Slg. 1994, II-441 Rnr. 61.

#### 4. Nachträgliche Zustimmung

Eine nachträgliche Zustimmung innerhalb von Vertriebssystemen kann nach bisheriger Analyse der Rechtsprechung in Frage kommen, wenn ein entsprechender Vorbehalt oder eine handelsrechtliche Gepflogenheit im Vertragsverhältnis fehlt, oder die Händler gegenüber der wettbewerbswidrigen Maßnahme des Herstellers Widerspruch erhoben haben. In Bezug auf letztere Alternative ist es nämlich denkbar, dass der Händler zwar der Maßnahme im ersten Moment widerspricht und damit ein Einfügen der wettbewerbswidrigen Maßnahme abgelehnt werden muss, aber zu einem späteren Zeitpunkt die vom Hersteller geforderte Maßnahme umsetzt und damit eine de facto-Zustimmung zur Verwirklichung eines gemeinsamen Willens vorliegt.

Bisher wurde nur in zwei Fällen innerhalb der hier genannten Rechtsprechung bei Vorliegen eines Vertriebssystems auf eine nachträgliche Zustimmung abgestellt. In den Urteilen *BMW Belgium*<sup>578</sup> und *Tipp Ex*<sup>579</sup> wurde der Vereinbarungsbegriff auf die Zustimmung zu konkreten Maßnahmen gestützt. Dies erklärt sich jedoch bei dem Fall *BMW Belgium* daraus, dass kein Zusammenhang mit dem zugrunde liegenden Vertriebssystem hergestellt werden konnte, sondern allein eine Vereinbarung - unabhängig vom Vertragsverhältnis - zwischen Hersteller und Händler tatsächlich nachgewiesen werden konnte. Im Fall *Tipp Ex* wurde allein auf die Mitwirkung des Alleinvertriebshändlers abgestellt. Dieser folgte der Anweisung des Herstellers. Damit lag eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG, resultierend aus dem Verhalten des Alleinvertriebshändlers, als Zustimmung vor.

Somit kann eine nachträgliche Zustimmung auch bei Vorliegen eines Vertriebssystems in Frage kommen. Welche Kriterien für das Feststellen einer nachträglichen Zustimmung entscheidend sind, ergibt sich aus der dafür existierenden Fallgruppe.

Würde man der Ansicht des Generalanwalts Tizzano im Fall *VW II* folgen, hätte es durchaus auf eine nachträgliche Zustimmung im vorliegenden Fall ankommen können. Der in Frage kommende vertragliche Vorbehalt sah nach Meinung des Generalanwalts die geforderte Maßnahme von VW nicht vor. Deswegen hätte die Kommission in ihrem Verfahren versuchen können, eine tatsächliche Zustimmung zu der neuen Politik des Herstellers nachzuweisen.<sup>580</sup> Dieser Weg ist jedoch nun vor dem EuGH ausgeschlossen, da die Kommission als Rechtsmittelführerin ihre Analyse ausdrücklich auf das Bestehen eines selektiven Vertriebssystems gestützt hat. Somit kann die Frage dahinstehen, ob die Vertragshändler ihre Preisgestaltung aufgrund der Rundschreiben und Abmahnungen tatsächlich geändert hatten.<sup>581</sup>

---

<sup>578</sup> EuGH-Urteil vom 12.7.1979, *BMW Belgium*, Rs. 32/78 und 36-83/78, Slg. 1979, 2435.

<sup>579</sup> EuGH-Urteil vom 8.2.1990, *Tipp Ex*, Rs. C-279/87, Slg. 1990, I-261, WuW 1990, 795 ff.

<sup>580</sup> Schlussanträge vom 17.11.2005 in der Rs. C-74/04, *VW II*, Rnr. 52.

<sup>581</sup> Schlussanträge vom 17.11.2005 in der Rs. C-74/04, *VW II*, Rnr. 54.

## 5. Schlussfolgerung

Die *Fallgruppe der vorherigen Zustimmung* hat hinsichtlich des umfassenden Schutzes des Wettbewerbs weiterhin Bestand.<sup>582</sup> Jedoch müssen die Voraussetzungen innerhalb der Fallgruppe restriktiver ausgelegt werden als in der bisherigen Rechtsprechung. Die Begründung des EuG in der Rechtsache *VW II* ist bei genauer Betrachtungsweise gerade in Bezug auf die Unterscheidung zwischen rechtswidriger und rechtmäßiger Maßnahme nicht tragbar. Im Ergebnis ist jedoch dem Urteil des EuG zu zustimmen ebenso wie den Schlussanträgen des Generalanwalts Tizzano. In der vorliegenden Rechtssache kann keine Vereinbarung angenommen werden. Dies lässt sich m. E. durch das Vorliegen der Widersprüche vereinzelter Händler begründen. Dies hat das EuG nicht gesehen. Die Prüfung des EuG bedarf deswegen meiner Ansicht nach in Bezug auf Art. 81 Abs. 1 EG Korrekturen, die sich aus den Vorgaben im Gesetz und unter Heranziehung praxisrelevanter Gesichtspunkte ergeben.

## VI. Nähere Betrachtung des Vereinbarungsbegriffs

Nachdem die beiden Grundsatzurteile dieser Arbeit analysiert wurden, ist nun im Zuge der Auslegung auf den Vereinbarungsbegriff i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG und auf spezielle einzelne Probleme näher einzugehen, wie z. B. auf eine mögliche AGB-Kontrolle. Im Anschluss werden die Leitlinien für das Vorliegen einer Vereinbarung innerhalb der beschriebenen Problematik „scheinbar einseitigen Maßnahmen“ zusammenfassend dargestellt.

### 1. Wortlautorientierte Auslegung des Art. 81 Abs. 1 EG

Wie in dieser Arbeit bereits erläutert, muss sich der Vereinbarungsbegriff grundsätzlich aus dem Gemeinschaftsrecht selbst erklären.<sup>583</sup> Der Vereinbarungsbegriff gem. Art. 81 Abs. 1 EG kann einem zivilrechtlichen Vertrag nicht gleichgestellt werden. Dennoch sind gewisse Rahmenbedingungen, die beim Zustandekommen eines Vertrages für die Parteien Rechtssicherheit schaffen sollen, auch bei dem Vereinbarungsbegriff zu beachten. Eine solche restriktive und besonders wortlautorientierte Beurteilung ist bei der Auslegung des Art. 81 Abs. 1 EG nicht nur aus Rechtssicherheitsgründen geboten, sondern auch angesichts der hohen Geldbußen, die bei einem Verstoß gegen das Kartellverbot von der Kommission verhängt werden können.

---

<sup>582</sup> Ebenso EuGH-Urteil vom 13.7.2006, *VW II*, Rs. 74/04, Rnr. 39.

<sup>583</sup> *Plesdenat*, Parallelimportbeschränkungen, S. 54; EuGH-Urteil vom 30.1.1985, *BNIC/Clair*, Rs. 123/83, Slg. 1985, 391 Rnr. 17.

#### a) Willensübereinstimmung

Die bereits mehrfach erörterte Definition des Vereinbarungsbegriffs<sup>584</sup> ist in der Rechtsprechung sowie in der Literatur unbestritten, nur die Betonung innerhalb der Definition hat sich aufgrund der neueren Rechtsprechung ein wenig verschoben.

Kam es früher auf das Verhalten auf dem relevanten Markt an, d. h., lag ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten vor, wurde von der Kommission versucht, die wettbewerbswidrige Maßnahme unter Art. 81 Abs. 1 EG zu subsumieren. Die Folge dieser Vorgehensweise der Kommission war eine sehr weite Auslegung des Vereinbarungsbegriffs.

Orientiert man sich an der neuesten Rechtsprechung liegt die Betonung auf dem gemeinsamen Willen. D. h., es wird auf eine Willensübereinstimmung abgestellt und genauer geprüft, ob diese in den Sachverhalten zwischen den Beteiligten wirklich vorliegt. Diese neue Herangehensweise liegt näher am Wortlaut des Art. 81 Abs. 1 EG als die vormalige.

Wie bereits bei der Analyse der beiden Urteile mehrfach erwähnt, muss die Willensübereinstimmung für jederman erkennbar sein. Dies hat zur Folge, dass der Hersteller an den Händler eine erkennbare Aufforderung zum Abschluss einer Willensübereinstimmung heranträgt und der Händler dieser in ebenso erkennbarer Weise zustimmt. Erkennbar ist der gemeinsame Wille dann, wenn der Wille für einen außenstehenden Dritten deutlich sichtbar ist. Es ist jedoch im Einzelfall zu bestimmen, wann eine erkennbare Willensübereinstimmung vorliegt.

#### b) Druckausübung

Zweifelhaft könnte sein, ob man von einem gemeinsamen Willen ausgehen kann, wenn eine Vereinbarungspartei bei der Willenskoordinierung massiv unter Druck bzw. Zwang gesetzt wird.

Die Ausübung von Druck bzw. Zwang jedweder Art auf eine Vereinbarungspartei ist insbesondere im Verhältnis zwischen Hersteller und Händler keine Seltenheit. Der Hersteller besitzt aufgrund seiner wirtschaftlichen Stellung in diesem Verhältnis eine gewisse Macht, die er versucht, gegenüber dem Händler auszuspielen.

Bereits in der Analyse des *Bayer*-Urteils wurde innerhalb des Punktes zum Bestehen eines Kontroll- und Sanktionssystems auf die Druckausübung des Herstellers gegenüber den Händlern eingegangen und festgestellt, dass eine solche Druckausübung innerhalb eines Kontroll- und Sanktionssystems Indizwirkung für das Vorliegen einer Vereinbarung

---

<sup>584</sup> Das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung ist erfüllt, wenn die betreffenden Parteien ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten. *Schröter* in: *Schröter/Jakob/Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 81 Abs. 1 Rnr. 71; *Eilmansberger* in *ZWeR* 2004, 289.

besitzt.<sup>585</sup> Auf das Problem, inwieweit die Druckausübung das Zustandekommen einer Vereinbarung beeinflussen kann, wurde bislang nicht eingegangen und erfolgt nun hier. Dabei muss im Folgenden besonders untersucht werden, inwieweit ein autonomes Verhalten Voraussetzung für das Zustandekommen einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG sein kann.

#### aa) Ansicht der Rechtsprechung und der Kommission

In der Rechtsprechungs- und Kommissionspraxis sind in einigen Fällen Anmerkungen zu dem Thema der Druckausübung vom Hersteller zu finden.

Im Fall *BMW Belgium*<sup>586</sup> zum Beispiel drohte BMW seinen Händlern harte Konsequenzen an, wenn die Händler dem auferlegten Exportverbot nicht folgen würden. Die Drohungen reichten von Liefereinschränkungen, Preisanpassungen bis hin zur Aufkündigung des Händlerstatus. In einem späteren Rundschreiben wurden diese Drohungen bestärkt und zusätzlich mit einer Bekanntgabe der Namen der exportierenden Händler gedroht. Der EuGH wertete in Rnr. 36 der Entscheidung diese Drohungen für das Zustandekommen einer Vereinbarung als unerheblich. Nach Ansicht des Gerichtshofes war es den Händlern trotz der Abhängigkeit vom Hersteller möglich, ihre Zustimmung zu der ihnen herangetragenen Vereinbarung zu verweigern. Dies wurde durch die erhebliche Zahl der Vertragshändler erkennbar, welche keine Einverständniserklärung abgegeben hatten.

In der Rechtsache *Tipp Ex* wurde vom Hersteller auf den jeweiligen Alleinvertriebshändler in Frankreich Druck ausgeübt, indem mit dem Entzug des Alleinvertriebsrechts gedroht wurde.<sup>587</sup> Der EuGH stellte auf diese Druckausübung in seinem Urteil nur insoweit ab, als er die Zustimmung zu den von Tipp Ex geforderten Maßnahmen von den jeweiligen Alleinvertriebshändlern aufgrund des ausgeübten Drucks annahm.<sup>588</sup> Jedoch stellten die angedrohten und ausgeübten Sanktionen in der EuGH-Entscheidung das Bestehen einer Vereinbarung nicht in Frage.

Ebenso wurden in der Rechtssache *VW II* vom Hersteller gegenüber den Händlern Drohungen ausgesprochen. VW hatte den Händlern gedroht, „energisch zu reagieren“, d. h. „gerichtliche Schritte“ beziehungsweise „vertragsrechtliche Konsequenzen“ einzuleiten, wenn die Händler sich nicht an die Preisvorgaben des Herstellers halten sollten.<sup>589</sup> Das EuG ging auch in diesem Fall in seiner Entscheidung auf diese angedrohten Maßnahmen bei der Erörterung über die Feststellung einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG nicht ein.

---

<sup>585</sup> Siehe 2. Kapitel IV. 5.

<sup>586</sup> EuGH-Urteil vom 12.7.1979, *BMW Belgium*, Rs. 32/78 und 36-83/78, Slg. 1979, 2435.

<sup>587</sup> EuGH-Urteil vom 8.2.1990, *Tipp Ex*, Rs. C-279/87, Slg. 1990, I-261, WuW 1990, 795, 796 Rnr. 3.

<sup>588</sup> EuGH-Urteil vom 8.2.1990, *Tipp Ex*, Rs. C-279/87, Slg. 1990, I-261, WuW 1990, 795, 797 Rnr. 21.

<sup>589</sup> Entscheidung der Kommission vom 29.6.2001, *VW II*, ABl. EG 2001 Nr. L 262/14 Rnr. 24, 31, 44, 52.

Aus den genannten Urteilen geht hervor, dass die Rechtsprechung bisher das Handeln der Händler für das Vorliegen einer Vereinbarung unter Zwang in den meisten Fällen als irrelevant für die Feststellung einer Vereinbarung ansah. Nur in der Rechtsache *BMW Belgium* findet diese Problematik Erwähnung. Der EuGH stellte bei seinen Erwägungen auf die Intensität und die Auswirkungen der Druckausübung ab und kam zum Schluss, dass dieser nicht erheblich genug war, um das Verhalten der Händler nicht als Zustimmung werten zu können. In diesem Zusammenhang ist auf das EuG-Urteil *Cascades*<sup>590</sup> hinzuweisen. In diesem Urteil ging es um eine Kommissionsentscheidung, der Beschwerden von englischen und französischen Branchenorganisationen von Kartonbedruckern gegen eine Reihe gleichzeitiger und einheitlicher Preiserhöhungen von Kartonherstellern zugrunde lagen. Ein Kartonhersteller hatte sich gegen den Vorwurf der Mittäterschaft bei einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung mit der Begründung gewehrt, gegen ihn sei Zwang ausgeübt worden. Das EuG lehnte diese Rechtfertigung ab, weil der Beweis für einen Zwang nicht durch eine bloße Behauptung erbracht werden kann.<sup>591</sup> Jedoch schloss das EuG das Ablehnen des Vorliegens einer Vereinbarung bei Zwangsausübung nicht aus, indem er in seinem vierten Leitsatz der Entscheidung niederschrieb:

„Macht ein Unternehmen geltend, daß es von den an einem Kartell beteiligten Unternehmen zur Mitwirkung an diesem Kartell gezwungen worden sei, so kann ein Anhaltspunkt für die Ausübung unzulässigen Drucks in der Anzeige der rechtswidrigen Verhaltensweisen bei den zuständigen Behörden und in der Einlegung einer Beschwerde bei der Kommission gemäß Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 bestehen.“

Dieses Urteil besagt somit, dass der Ausübung von unzulässigem Druck oder Zwang beim Zustandekommen einer Vereinbarung eine Bedeutung zukommen kann, wenn das Bestehen einer Zwangslage von dem Betroffenen ausreichend bewiesen wurde.

In der Kommissionspraxis fand die Zwangslage des Händlers bisher nur auf der Rechtsfolgenseite im Bußgeldverfahren Beachtung. Die Kommission verhängte gegen die mitwirkenden Händler zum Beispiel im Fall *Tipp Ex* nur eine geringe Geldbuße, weil sie den eingeschränkten Handlungsspielraum des Alleinvertriebshändlers erkannte.<sup>592</sup> Diese Ansicht wurde in diesem Fall vom EuGH bestätigt.<sup>593</sup> Des Weiteren wurden in der Rechtssache *VW I* die Händler als Opfer der durch den Hersteller eingeführten Politik von der Kommission angesehen, und wegen fehlender aktiver Mitwirkung bei der wettbewerbswidrigen Maßnahme wurden gegen sie keine Geldbußen verhängt.<sup>594</sup> Ebenso erfolgte gegen die Händler im Fall

---

<sup>590</sup> EuG-Urteil vom 14.5.1998, Rs. T-308/94, Slg. 1998, II-925.

<sup>591</sup> EuG-Urteil vom 14.5.1998, *Cascades*, Rs. T-308/94, Slg. 1998, II-925 Rnr. 115.

<sup>592</sup> Entscheidung der Kommission vom 10.7.1987, ABl. EG 1987 Nr. L 222/1 Rnr. 78, 79; beachtet wurde die Zwangslage der Händler auch in der Entscheidung der Kommission vom 12.12.1978, *Kawasaki*, ABl. EG 1979 Nr. L 16/9 Rnr. 47 f.

<sup>593</sup> EuGH-Urteil vom 8.2.1990, *Tipp Ex*, Rs. C-279/87, Slg. 1990, I-261, WuW 1990, 797 Rnr. 41.

<sup>594</sup> Entscheidung der Kommission vom 28.1.1998, ABl. EG 1998 Nr. L 124/60 Rnr. 208.

VW II keine Sanktionierung, da sie sich nur aufgrund des vom Hersteller ausgeübten Drucks an der wettbewerbswidrigen Vereinbarung beteiligten.<sup>595</sup> Die Kommission erkannte somit die Zwangslage der Händler, brachte aber diesen Umstand nicht mit dem Zustandekommen einer Willensübereinstimmung in Zusammenhang.

#### bb) Ansicht in der Literatur

Wie bereits im ersten Kapitel dieser Arbeit erwähnt, sieht die h. M. in der Literatur die wirtschaftliche Auswirkung des Drucks bei Herbeiführung einer Willensübereinstimmung als unbeachtlich an.<sup>596</sup> In solchen Zwangssituationen muss sich der Vertragspartner mit den hierfür im Gesetz vorgesehenen Mitteln wehren und darf sich nicht beugen.<sup>597</sup> Entscheidend ist allein die willentliche Mitwirkung an der Vereinbarung, die durch die Druckausübung des Herstellers auf den Händler nicht beeinträchtigt werde.<sup>598</sup> Ferner besagt diese Literaturansicht, dass innerhalb des Europäischen Wettbewerbsrechts der Grundsatz „coactus voluit, sed voluit“ Anwendung findet. Aufgrund dieses Grundsatzes sei auch die Grenze des Wortlauts von Art. 81 Abs. 1 EG nicht überschritten.<sup>599</sup>

Eine andere Ansicht in der Literatur betont, dass eine Vereinbarung eine freiwillige Übereinkunft voraussetzt, wobei die Entscheidungsautonomie nicht schon durch das In-Aussicht-Stellen jedweder (wirtschaftlicher) Nachteile ausgeschlossen ist.<sup>600</sup> Es muss eine Situation entstehen, in der es für den Betroffenen unzumutbar ist, den Vorgaben des ausgeübten Zwanges nicht zu folgen. In einer Zwangslage für den Händler bleibt eine gewisse Handlungs- und Entscheidungsfreiheit insoweit bestehen, wie dem Händler die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit bleibt, den Abschluss der Vereinbarung zu verweigern.<sup>601</sup> Diese Ansicht lässt eine Anlehnung an die EuGH-Entscheidung *BMW Belgium*<sup>602</sup> vermuten, bei dieser der EuGH auch auf die Möglichkeit der Händler abgestellt hat, die Vereinbarung zu verweigern. Ferner könnte daraus der Schluss gezogen werden, dass es möglich ist, das Vorliegen einer Vereinbarung aufgrund einer massiven Ausübung von Druck durch die überlegene Partei zu verneinen, wenn dem Händler keine andere Handlungsalternative mehr bleibt, als seine Zustimmung zu erteilen.

---

<sup>595</sup> Entscheidung der Kommission vom 29.6.2001, ABl. EG 2001 Nr. L 262/14 Rnr. 104.

<sup>596</sup> *Bunte* in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Art. 81 Generelle Prinzipien Rnr. 20; *Kamann/Bergmann* in EWS 2004, 150; siehe 1. Kapitel II. 1. a) aa).

<sup>597</sup> *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 1 EGV Rnr. 67.

<sup>598</sup> *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 1 EGV Rnr. 77.

<sup>599</sup> *Lübbig* in WuW 1991, 561, 568.

<sup>600</sup> *Roth/Ackermann* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht VI. Band, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 Rnr. 87.

<sup>601</sup> *Grill* in Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, Art. 81 EGV Rnr. 2; *Schröter* in: Schröter/Jakob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 81 Abs. 1 Rnr. 78; *Bellamy/Child*, European Community Law of Competition, Rnr. 2-021 m. w. N.

<sup>602</sup> EuGH-Urteil vom 12.7.1979, *BMW Belgium*, Rs. 32/78 und 36-83/78, Slg. 1979, 2435.

### cc) Vergleich mit dem deutschen Recht

In allen kontinentalen Rechtsordnungen ist die Drohung als ein Fall des „Willensmangels“ anerkannt.<sup>603</sup> Wer von seinem Verhandlungspartner durch eine Drohung<sup>604</sup>, durch „violence“<sup>605</sup>, „duress“<sup>606</sup>, „intimidación“<sup>607</sup> oder „coaccão moral“<sup>608</sup> in eine Zwangslage versetzt worden ist, in welcher er befürchten muss, „dass er oder eine ihm nahe verbundene Person an Leib oder Leben, Ehre oder Vermögen mit einer nahen und erheblichen Gefahr bedroht wird“<sup>609</sup>, kann er von dem Vertrag Abstand nehmen, den er zur Abwendung jener Gefahr geschlossen hat<sup>610</sup>.

#### (i) § 123 Abs. 1 2. Alt. BGB

Im deutschen Recht ist eine Willenserklärung, die unter Ausübung einer widerrechtlichen Drohung entsteht, gem. § 123 Abs. 1 2. Alt. BGB anfechtbar. Mit der Anfechtung wird der Vertrag ex tunc nichtig, § 142 Abs. 1 BGB. Es muss im deutschen Recht jedoch beachtet werden, dass nicht jede Drohung automatisch ein Anfechtungsrecht begründet. Die Drohung muss widerrechtlich erfolgen. Die Widerrechtlichkeit begründet sich aus dem Verstoß des Zwecks, des Mittels der Drohung oder der Relation der beiden gegen das geltende Recht. Mit dieser zusätzlichen Voraussetzung wird deutlich, dass die Beseitigung einer Willenserklärung an enge Voraussetzungen geknüpft ist.

Mit dem Anfechtungsrecht wird im deutschen Zivilrecht vor der Bindungswirkung einer Willenserklärung ohne vorhandene Entscheidungsautonomie geschützt. Jedoch muss der Bedrohte die Willenserklärung nicht anfechten. Er kann, wenn er will, eine Anfechtungserklärung gem. § 143 Abs. 1 BGB aussprechen. Eine Willensübereinstimmung, die unter Druck zustande kommt, ist somit im BGB durchaus möglich. Diese wird auch nach Ablauf der Anfechtungsfrist von einem Jahr gem. § 124 Abs. 1 BGB voll wirksam.

Im Europäischen Wettbewerbsrecht hingegen gibt es eine solche Anfechtungsmöglichkeit nicht. Die Folge für ein unter Zwang handelndes Unternehmen ist vielmehr, ein Mittäter eines Wettbewerbsverstoßes zu werden, und eventuell eine Geldbuße gem. Art. 23 VO 1/2003 von der Kommission aufgebürdet zu bekommen. Eine wettbewerbswidrige Vereinbarung ist jedoch gem. Art. 81 Abs. 2 EG nichtig und entfaltet keine Bindungswirkung faktisch oder rechtlicher Art zwischen den Vereinbarungspartnern mehr. Vertraglich ist somit der unter Druck gesetzte Händler an den mit dem Hersteller geschlossenen Vertrag nicht mehr

---

<sup>603</sup> Kötz, Europäisches Vertragsrecht I, S. 318.

<sup>604</sup> § 123 BGB.

<sup>605</sup> Art. 1111 Droit Civil (französisch); Art. 1434 Codice Civile (italienisch).

<sup>606</sup> *Henrich/Huber*, Einführung in das englische Privatrecht, S. 64.

<sup>607</sup> Art. 1267 Código Civil (spanisch).

<sup>608</sup> Art. 255 Código Civil (portugiesisch).

<sup>609</sup> So Art. 30 Abs. 1 schweizerisches Obligationenrecht. Sowie ähnlich Art. 1112 und 1113 Droit Civil (französisch); Art. 1435 und 1436 Codice Civile (italienisch).

<sup>610</sup> Z. B. Art. 1268 Codogo Civil (spanisch), Art. 870 österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch.

gebunden. Er muss die Vereinbarung nicht anfechten, sondern die Nichtigkeit tritt im europäischen Wettbewerbsrecht automatisch ein. Das Einzige, was tatsächlich bestehen bleibt, ist der Wettbewerbsverstoß. Der wird durch die Nichtigkeitsfolge nicht beseitigt. Dieser bestehende Nachteil für den Händler könnte für die Suche nach einem Weg sprechen, der zu einer Ablehnung einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG bei Ausübung von massivem Druck führt.

(ii) § 21 Abs. 2 GWB

Des Weiteren findet eine Druckausübung eines Unternehmens auf ein anderes Unternehmen im deutschen Kartellrecht Erwähnung.

Gem. § 21 Abs. 2 GWB wird im deutschen Wettbewerbsrecht ein Schutz gegenüber dem Unternehmen gewährt, welches durch die Einflussnahme anderer Unternehmen in seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt wird. Damit soll der Gefahr vorgebeugt werden, dass Verbote des GWB durch Anwendung von Druck- oder Lockmitteln umgangen werden.<sup>611</sup> Mit den Verboten des GWB ist unter anderem auch das Verbot einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung nach § 1 GWB gemeint.

§ 21 Abs. 2 GWB schützt in erster Linie die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Abnehmer eines Unternehmens gegen jede Form der einseitigen Einflussnahme seitens dieses Unternehmens. Damit wird mit diesem Tatbestand an das Verhalten des Zwang ausübenden Unternehmens vor einer Willensübereinstimmung angeknüpft und nicht an die Entstehung einer Willensübereinstimmung selbst. Der Regelung kann somit nicht entnommen werden, dass einer unter Zwang zustande gekommenen Einigung von vornherein die Qualität einer Vereinbarung i. S. d. § 1 GWB fehlt.<sup>612</sup> Das GWB kann somit nicht als Vergleich für die hier zu behandelnde Problematik herangezogen werden.

(iii) Schlussfolgerung

Im Vergleich mit dem deutschen Anfechtungsrecht hat eine im europäischen Wettbewerbsrecht zustande gekommene Vereinbarung rechtliche Konsequenzen für den Bedrohten. Er wird so behandelt, als hätte er die Zustimmung erteilt und den dadurch verursachten Vertragsverstoß begangen. Diese Rechtsfolge könnte vermieden werden, indem die Entscheidungsfreiheit des bedrohten Händlers stärker geschützt wird.

§ 123 BGB beruht auf dem Gedanken, dass die Willenserklärung nur dann Ausdruck wirklicher rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmung ist, wenn sich die Willensbildung frei von Täuschung und Drohung vollzogen hat.<sup>613</sup> Dieser Grundgedanke könnte ins EG-Recht übertragen werden.

---

<sup>611</sup> *Bechtold*, GWB-Kommentar, § 21 Rnr. 11.

<sup>612</sup> *Plesdenat*, Parallelimportbeschränkungen, S. 135.

<sup>613</sup> *Heinrichs* in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 123 Rnr. 1.

dd) Auslegung des Art. 81 Abs. 1 EG

Die Auslegung des Art. 81 Abs. 1 EG in Bezug auf die Entscheidungsautonomie könnte die wenigen Ansatzpunkte in der Rechtsprechung, Literatur und aus dem Vergleich mit dem deutschen Recht dahin gehend bestätigen, dass es bei dem Zustandekommen einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG auf das Vorliegen der Entscheidungsfreiheit ankommen muss.

(i) Wortinterpretation von Wille

Der Begriff der Vereinbarung setzt zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus. Der Wille zur Abgabe einer Erklärung muss somit für den Vereinbarungsbegriff vorliegen, auch wenn dieser aufgrund der Beweisschwierigkeiten beim Nachweis des Vorliegens einer Vereinbarung nur eine untergeordnete Rolle spielt.<sup>614</sup>

Der Wille wird als Vermögen eines Menschen verstanden, sich bewusst für oder gegen eine bestimmte Verhaltensweise zu entscheiden.<sup>615</sup> Bewusst ist eine Entscheidung dann, wenn sie mit allen Sinnen und aus ganzer Geisteskraft gebildet wird. Sowohl die Sinne als auch die Geisteskraft können von außen beeinträchtigt werden. Beispielsweise kann bei Anwendung massiver körperlicher Gewalt auf die Erklärungsperson innerhalb des Willensbildungsprozesses das Vorliegen eines freien Willens verneint werden. Dies liegt insbesondere bei der *vis absoluta* vor. Der Wille fehlt bei unmittelbar willensausschließender Gewalt, bei unbewussten Bewegungen, bei hypnotischen Handlungen, Reflexbewegungen, Bewusstlosigkeit und im Schlaf.<sup>616</sup> Widerrechtliche Drohungen an sich fallen dagegen nicht unter die *vis absoluta*, sondern führen als willensbeugende Gewalt (*vis compulsiva*) zunächst zum Entstehen einer Willenserklärung.<sup>617</sup> Täuschung und Drohung sind grundsätzlich für das erklärende Verhalten irrelevant. Grundlage hierfür ist, dass ein Getäuschter oder Bedrohter noch immer die Möglichkeit hat, sich anders zu entscheiden, mag der Entscheidungsfreiraum auch noch so klein sein.

An der Unterscheidung zwischen *vis absoluta* und *vis compulsiva* lässt sich erkennen, dass dem Vereinbarungspartner, der in welcher Weise auch immer unter Druck gesetzt wird, eine Handlungsmöglichkeit offen stehen muss, welche ihm die Chance gewährt, sich auch gegen den Abschluss der Vereinbarung zu entscheiden. Die Schwelle zwischen Bejahen und Ablehnen der Feststellung einer Willenserklärung bei der Ausübung von Druck, respektive Zwang, ist sehr hoch, denn nur wenn wirklich keine andere Handlungsalternative dem Unterdrückten zusteht, wird die *vis absoluta* bejaht. Es ist sozusagen die *ultima ratio*-Variante.

---

<sup>614</sup> Siehe 2. Kapitel IV. 2. c) bb).

<sup>615</sup> Brockhaus Wahrig, S. 744.

<sup>616</sup> Schmidt, BGB-AT, S. 67.

<sup>617</sup> Köhler, BGB-Allgemeiner Teil, § 7 Rnr. 51.

Anhand der Wortinterpretation des Willens und den Merkmalen des Willensbildungsprozesses lässt sich des Weiteren erkennen, dass der Wille ein gewisses Maß an Eigenständigkeit, Selbstbestimmtheit und Autonomie voraussetzt. Erst die Existenz dieser drei Merkmale kann die Bildung des Willens begründen. Dies kann nach bisheriger Auslegung nicht angenommen werden, wenn keine Handlungsalternative für den unter Druck gesetzten Erklärenden mehr gegeben ist.

(ii) Verhältnis zu Art. 82 EG

Das Vorliegen einer gewissen Entscheidungsfreiheit könnte innerhalb des Art. 81 Abs. 1 EG für den Begriff der Vereinbarung unbeachtlich sein, wenn Art. 82 EG das Fehlen von Entscheidungsfreiheit bei einem Unternehmen mit seinem Missbrauchsverbot als wettbewerbswidrige Situation vollständig erfasst.

Art. 82 EG verbietet die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung und genau dies kann besonders durch Druck verwirklicht werden, wenn das handelnde Unternehmen dabei seine Machtstellung auf dem relevanten Markt ausnutzt. Die Ausübung von Druck stellt eine einseitige Handlung dar, die unter den Art. 82 EG fallen kann, wenn diese sich als missbräuchlich herausstellt. Art. 82 EG befasst sich mit der Situation, in denen ein Unternehmen mit seiner zur Verfügung stehenden Macht wettbewerbswidriges Verhalten durchsetzen will. Diese Situation ist bei einer Druckausübung klassischer Weise als gegeben anzusehen. Aufgrund der beherrschenden Stellung kann das Unternehmen die für eine effiziente Wirkung des ausgeübten Drucks maßgebliche Macht gegenüber dem anderen Unternehmen ausspielen. Im Unterschied hierzu liegt der Sinn und Zweck des Art. 81 EG darin, das Zusammenwirken zweier oder mehrerer Unternehmen zum Schutz des Wettbewerbs zu unterbinden. Art. 81 EG soll verhindern, dass die durch den Binnenmarkt beseitigten staatlichen Handelshemmnisse durch private wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung zweier Unternehmen wieder aufgebaut werden<sup>618</sup> - es kommt somit in erster Linie auf das Zusammenwirken an.

Obwohl in Art. 81 Abs. 1 EG ein gemeinsames Verhalten der Beteiligten verlangt wird, müssen die Vereinbarungsparteien keine wirtschaftlich ähnlichen Machtstellungen besitzen. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 81 Abs. 1 EG. Dieser spricht nur von Unternehmen und nicht von gleich starken oder wirtschaftlich ähnlich gestellten Unternehmen. Daraus leitet sich die Folgerung ab, dass es nicht darauf ankommt, in welchem Verhältnis die Unternehmen zueinander stehen. Somit ist das Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses, wie es typischerweise innerhalb der verschiedenen Vertriebssysteme existiert, irrelevant für die Bestimmung einer Vereinbarung.

---

<sup>618</sup> *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 1 EGV Rnr. 6.

Im Gegensatz dazu erfasst Art. 82 EG explizit das Ungleichgewicht zwischen den beteiligten Unternehmen. Das Ungleichgewicht ist für diese Vorschrift erst relevant, wenn eine beherrschende Stellung i. S. d. Art. 82 EG vorliegt. Liegt diese nicht vor, so kann eine von einem Unternehmen hervorgerufene Zwangslage eines anderen Unternehmens unter Art. 82 EG auch nicht erfasst werden. Das Verhalten eines nicht marktbeherrschenden Unternehmens könnte dann unter Art. 81 Abs. 1 EG subsumiert werden.

Die Druckausübung stellt eine einseitige Handlung dar, die nicht durch Art. 81 Abs. 1 EG verboten wird. Führt die Druckausübung zu einer Vereinbarung, bleibt diese als vorherige Maßnahme des Händlers bei der Beweisführung insoweit irrelevant, als sie nicht als Indiz für den Willen des Herstellers für das Herbeiführen einer Vereinbarung herangezogen werden kann.<sup>619</sup>

Mit diesen Ausführungen wird deutlich, dass Art. 82 EG das Problem der Ausübung von Druck nicht vollständig erfassen kann. Liegt trotz der Ausübung von Druck auf den Erklärenden eine Vereinbarung vor, muss Art. 81 Abs. 1 EG überprüft werden.

#### ee) Relevanz des Drucks

Aufgrund der stärkeren Betonung des Vorliegens einer Willensübereinstimmung innerhalb der Voraussetzung der Vereinbarung und dem Umstand, dass Art. 82 EG nicht alle Fälle der Druckausübung innerhalb des Wettbewerbsrecht erfasst, kann gefolgert werden, dass der Zwang bei der Entstehung einer Vereinbarung entsprechende Beachtung finden muss. Diese Position findet sich sowohl in der Rechtsprechung als auch in der zugehörigen Literatur ansatzweise Anerkennung. Die sich daraus zwangsläufig abzuleitende Frage zielt darauf ab, ab wann die Bedeutsamkeit des Drucks bejaht werden muss bzw. die Relevanz erreicht ist, bei der man zum Schluss kommen muss, dass kein selbständiger Wille mehr gebildet werden konnte.

#### (i) Art und Weise des Drucks

Durch die Art und Weise des Drucks könnte die Relevanz näher bestimmt werden. Zum Beispiel stellt die Lieferverweigerung eines Herstellers gegenüber den Händlern eine extreme Druckausübung dar. Jedoch haben je nach Stellung des Händlers solche Verweigerungen unterschiedliche Auswirkungen.

Beispielsweise ist in der Automobilbranche ein Händler meist nur für einen Hersteller tätig. Aufgrund eines Vertriebsvertrages, dem in den meisten Fällen ein selektives Vertriebssystem zugrunde liegt, hat der Händler Investitionen vorgenommen, um die von ihm zu verkaufende Automobilmarke zu fördern. Droht der Hersteller ihm nun glaubhaft eine Lieferverweigerung für sämtliche Fahrzeuge seiner Marke an, bedeutet es für den Händler, dass er sein Geschäft

---

<sup>619</sup> Vgl. Indizwirkung eines Sanktions- und Kontrollsystems, 2. Kapitel IV. 5.

nicht mehr fortführen kann, da ihm die Ware fehlt. Ferner sind die Geschäftsräume, Vertriebswege und Marketingstrategien, die nur auf die eine Automobilmarke ausgestaltet wurden, für eine andere Automobilmarke bzw. einen anderen Automobilhersteller nicht adäquat verwendbar. Der Händler sieht sich angesichts der Drohung an den Rand seiner Existenz gebracht.

Eine gegenteilige Situation kann anhand eines Händlers für Lebensmittel exemplarisch dargestellt werden. Er ist meist nicht auf die Produkte einer bestimmten Marke respektive eines bestimmten Herstellers in seinem Laden beschränkt. Wird er Opfer einer Lieferverweigerung, nimmt er dieses Produkt aus seinem Bestand, doch sein Geschäft kann er fortführen, da dem Kunden entsprechende Substitute zur Verfügung stehen, die durchaus mit dem nicht lieferbaren Produkt vergleichbar sind.

Diese Beispiele zeigen, dass die Art und Weise des Drucks nicht ausschlaggebend für die Ablehnung des Vorliegens einer Vereinbarung sein kann, da es vielmehr auf die jeweilige Stellung des Händlers und auf die sich durch die Druckausübung ergebenden Auswirkungen für den einzelnen Händler ankommt. Der Art und Weise des Drucks kann deswegen innerhalb der Auswirkungen nur eine Indizwirkung zukommen.

#### (ii) Zumutbarkeit

Im Rahmen der Zumutbarkeit muss die einzelne Situation des Händlers betrachtet werden und ob für ihn die Zurechnung einer Zustimmung zu einer Willensübereinstimmung unter dem Bestehen einer Zwangslage tragbar ist.<sup>620</sup> Die Zumutbarkeit kann an einzelnen Kriterien festgemacht werden. So kann auf die wirtschaftliche Situation des Händlers, das Verhältnis zum Hersteller sowie die noch bestehenden Handlungsalternativen abgestellt werden.

Stellt man sich die Frage, warum ein Hersteller überhaupt Druck auf den Händler ausübt, so kann nur eine Schlussfolgerung richtig sein: Der Hersteller weiß, dass es ohne diesen Druck nicht zu einer seinen Zielen entsprechenden Willensübereinstimmung kommen kann. Das Mittel des Zwanges dient ihm zur Umsetzung seiner Ziele, und dabei unterstützt ihn seine Position als Lieferant. Diese Position wird durch bestimmte Vertriebssysteme, wie beispielsweise durch Alleinvertriebsvereinbarungen mit dem Händler, noch gestärkt. Ohne den Lieferanten erhalten die Händler ihre Ware nicht, um ihren Geschäftszweck, der im Vertrieb dieser Ware besteht, zu erfüllen. Dieser Aspekt ist bei der Bestimmung der Zumutbarkeit wesentlich. Primär muss die wirtschaftliche Stellung des Händlers betrachtet werden. Ist der Händler Vertragspartner eines selektiven Vertriebssystems oder einer Alleinvertriebsvereinbarung und besteht ein solches Vertragsverhältnis zu nur einem Hersteller, dann ist der Händler von dem Hersteller wirtschaftlich abhängig. Droht nun der Hersteller diesem Händler die Kündigung des Händlervertrages an, wenn der Händler die

---

<sup>620</sup> Genauso *Roth/Ackermann* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht VI. Band, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 Rnr. 87.

wettbewerbswidrige Maßnahme des Herstellers nicht befolgt, dann hat der Händler meist keine andere Wahl, als sich der ergriffenen wettbewerbswidrigen Maßnahme des Herstellers zu beugen. Die Entscheidungsautonomie, die zu einem gewissen Maß bei der Willensbildung vorliegen muss, ist in einem solchen Fall eingeschränkt, wenn nicht sogar beseitigt. Einschränkend ist jedoch festzuhalten, dass es hierbei auf die tatsächliche Situation ankommt. Hat der Hersteller diese Drohung bei anderen Händlern jedoch bereits tatsächlich umgesetzt, kann durchaus von einer entsprechenden Sanktionsbereitschaft gesprochen werden, die der Händler auch als solche auffassen konnte. Im Grunde genommen würde hier eine bloße vis compulsiva vorliegen, die zu einer Willenserklärung führt. Andererseits sollte der Schutz des Händlers, dem kein Anfechtungsrecht im Europäischen Wettbewerbsrecht zusteht und der sich den Folgen eines Wettbewerbsverstößes ausgesetzt sieht, bei einer solchen Konstellation entsprechende Beachtung finden. Eine Zustimmung, die allein der Abwendung des finanziellen Ruins und der Vernichtung der Existenz dient, beruht in der Regel nicht auf dem Fundament der Entscheidungsfreiheit. Ist eine solche Überlegenheit des Herstellers gegeben, kann von einer sehr intensiven Druckausübung ausgegangen werden, die das Entstehen einer Vereinbarung fraglich erscheinen lassen muss.

Diese Macht des Herstellers über den Händler ist aber erst dann für das Zustandekommen einer Vereinbarung relevant, wenn dem Händler keine anderen Handlungsalternativen zur Verfügung stehen. Jedoch ist der Gang zur Kommission oder zur zuständigen nationalen Behörde, um eine Beschwerde gegen den Hersteller einzureichen, in einer vertraglichen Beziehung, bestehend aus einer engen Pflichtenbindung, in der Praxis kaum vorstellbar. Insbesondere dann, wenn der Grad der Abhängigkeit vom Händler zum Hersteller groß ist.

Eine Vereinbarung kann nicht abgelehnt werden, wenn die Folgen der Druckausübung nur in immateriellen oder geringen materiellen Einbußen bestehen. Bei einer solchen Situation kann eine fehlende Konfliktbereitschaft oder die Begründung einer bloßen Rechtfertigung für die wettbewerbswidrige Vereinbarung nicht zur Ablehnung einer Vereinbarung führen.

#### ff) Schutzzweckgedanke

Insgesamt wird an den Ausführungen deutlich, dass es Situationen der Ausweglosigkeit für einen bedrohten Händler gibt, in denen man nicht mehr von dem Vorliegen einer Willenserklärung sprechen kann, da dem Händler die Entscheidungsautonomie genommen wird. Diese Schlussfolgerung macht wegen der wesentlichen Bedeutung des Bestehens eines freien Willens beim Abschluss einer Vereinbarung Sinn. Welche Konsequenzen birgt jedoch dieses Ergebnis in Bezug auf die Anwendung von Art. 81 EG? Wird in diesen Fällen das Vorliegen einer Vereinbarung abgelehnt, kann das Eingreifen von Art. 81 Abs. 1 EG nicht bejaht werden und das Verhalten des Herstellers wird sanktionslos bleiben. Sanktionslos auch deswegen, da in den meisten Fällen Art. 82 EG an der fehlenden Marktbeherrschung scheitert.

Wie mehrfach in der Arbeit ausgeführt, schützt Art. 81 EG in erster Linie den Wettbewerb und nicht wie im Beispiel des § 123 BGB den redlichen Rechtsverkehr. Dieser Schutzzweckgedanke muss auch bei der Auslegung des Vereinbarungsbegriffs beachtet

werden, auch wenn dies zum Nachteil der unterdrückten Händler ist. Es muss dabei bleiben, dass der Situation des bedrohten Händlers lediglich eine vis compulsiva zugrunde liegt und somit dem Händler ein Entscheidungsraum bleibt, auch wenn dieser sehr gering ist und mit höchster Wahrscheinlichkeit vom Händler nicht in Anspruch genommen wird. Der Händler ist in solchen Situationen nicht gänzlich schutzlos. Wie am Anfang dieses Abschnittes erwähnt, beachtet die Kommission die ungleiche Situation zwischen Hersteller und Händler auf der Rechtsfolgenseite und entbindet den unterdrückten Händler gegebenenfalls von der Zahlungspflicht einer Geldbuße. Zum Zwecke eines wirksamen Wettbewerbs muss diese Maßnahme zum Schutz der Händler genügen. Der Weg über die Ablehnung würde den Anwendungsbereich des Art. 81 EG unterlaufen.

#### gg) Ergebnis

Eine massive Beeinträchtigung des Willens kann zwar die Entscheidungsautonomie des Händlers beeinträchtigen, aber im Sinne eines effektiven Wettbewerbsschutzes kann dies nicht zur Ablehnung einer Vereinbarung an sich führen.

#### c) Schlussfolgerung

Nach dem Wortlaut des Vereinbarungsbegriffs muss ein erkennbarer gemeinsamer Wille der Vereinbarungsparteien für die Erfüllung dieser Voraussetzung vorliegen. Eine freie Willensbildung ist grundsätzlich für den Abschluss einer Vereinbarung notwendig, kann jedoch zum Schutze eines effektiven Wettbewerbs im Rahmen der Wettbewerbsvorschriften nicht in jedem Fall gewährleistet werden.

## **2. Systematische Auslegung des Art. 81 EG**

Die Frage nach der systematischen Auslegung beschäftigt sich mit der Abgrenzung von Art. 81 EG zu Art. 82 EG. Dieses Problem wurde in der vorliegenden Arbeit bereits mehrfach angesprochen.

Insbesondere wurde im ersten Kapitel das Verhältnis zwischen Art. 81 EG und Art. 82 EG dargestellt. Jedoch wurde dabei die Frage offen gelassen, ob die scheinbar einseitigen Maßnahmen eine gewollte oder nicht gewollte Regelungslücke zwischen den beiden Artikeln hinterlassen.<sup>621</sup> Die Suche nach der Antwort sollte mit dem Ziel nach einer harmonischen Rechtsanwendung durchgeführt werden, um den Schutz des Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt so effektiv wie möglich zu gewährleisten.

---

<sup>621</sup> Siehe 1. Kapitel III. 2.

a) Abgrenzung zu Art. 82 EG

Art. 81 EG und Art. 82 EG dürfen sich nicht widersprechen oder gegenseitig ausschließen, da sie die einzigen wettbewerbsrechtlichen Normen sind, die sich an private Unternehmen richten.

Art. 82 EG untersagt die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung „durch ein oder mehrere Unternehmen“. Ein Zusammenwirken mit anderen Unternehmen ist nach dieser Vorschrift nicht notwendig. Im Gegensatz dazu setzt Art. 81 Abs. 1 EG eine gewisse Kooperation von Unternehmen voraus, verlangt aber keine beherrschende Stellung. Würde man aber dennoch ein einseitiges Verhalten unter Art. 81 EG subsumieren und damit eine weite Auslegung der in Art. 81 Abs. 1 EG vorausgesetzten Handlungsalternativen zulassen, käme es unter Umständen zu paradoxen Ergebnissen. Eine den Wettbewerb beeinträchtigende einseitige Lieferbeschränkung eines kleinen Unternehmens wäre nach Art. 81 Abs. 1 EG somit nichtig. Hingegen kann ein solch einseitiges Handeln eines marktbeherrschenden Unternehmens nach Art. 82 EG erlaubt sein, sofern es nicht missbräuchlich ist.<sup>622</sup>

Dieses Ergebnis widerspricht dem konsistenten System der bestehenden Wettbewerbsregeln. Nicht jede einseitige Maßnahme wird wettbewerbsrechtlich sanktioniert, sondern nur, wenn das handelnde Unternehmen eine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt besitzt und das wettbewerbswidrige Verhalten missbräuchlich ist.

aa) Die Voraussetzung des Missbrauchs

In diesem Zusammenhang könnte es fraglich sein, warum gerade im Art. 82 EG ein missbräuchliches Verhalten vorausgesetzt wird und im Art. 81 Abs. 1 EG eine Verhaltenskoordinierung ausreicht, um den Wettbewerb zu beeinträchtigen.

Was missbräuchlich tatsächlich bedeutet, ist im EG-Vertrag nicht ausdrücklich definiert. Das Vorliegen dieser Voraussetzung garantiert jedoch den marktbeherrschenden Unternehmen, dass diese sich grundsätzlich von ihrem wirtschaftlichen Eigeninteresse leiten lassen und zur Erhaltung ihrer Marktstellung angemessene Maßnahmen ergreifen können.<sup>623</sup> Der Bestand oder der Erwerb einer beherrschenden Stellung wird nicht durch Art. 82 EG angegriffen, schließlich kann eine solche Stellung durch hervorragende Entwicklung der zu vermarktenden Produkte gerechtfertigt sein. Mit der Einführung eines generellen Monopolisierungsverbots wären dem internen Wachstum der Unternehmen quantitative Grenzen gesetzt, die mit der Förderung der wirtschaftlichen Unternehmenskraft durch die EU nicht im Einklang stehen würden. Ferner hätte eine mit genereller Wirkung ausgestattete Entflechtungsregel eine Gleichbehandlung zwischen einer auf echter Leistung beruhenden und einer mit wettbewerbswidrigen Mitteln geschaffenen oder aufrechtgehaltenen Machtstellung zur Folge,

---

<sup>622</sup> EuG-Urteil vom 26.10.2000, *Bayer*, Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383, 3447, Rnr. 180.

<sup>623</sup> *Lettl*, Kartellrecht, Rnr. 251.

was den Grundsätzen einer gerechten Wettbewerbspolitik entgegenstehen würde.<sup>624</sup> Die Marktbeherrschung ist somit für das Vorliegen des Missbrauchstatbestandes nur eine objektive Bedingung. Allerdings ergibt sich aus der Beherrschungsposition eine besondere Verantwortung, die darauf abzielt, dass eine Verteidigung der bestehenden Position nur mit den Mitteln des Leistungswettbewerbs zulässig ist. Das Verhalten des beherrschenden Unternehmens darf dagegen nicht auf eine Verstärkung der beherrschenden Stellung abzielen und nicht den verbleibenden Restwettbewerb beeinträchtigen.<sup>625</sup> Ausgangspunkt der Missbrauchsbestimmung ist somit eine Aktionsbeschränkung aufgrund einer besonderen Pflichtenstellung der marktbeherrschenden Unternehmen.

Im Gegensatz dazu genügt in Art. 81 Abs. 1 EG eine Verhaltenskoordinierung von mindestens zwei Unternehmen, die den Wettbewerb beschränkt. Daraus könnte der Schluss gezogen werden, dass das übereinstimmende Verhalten zweier Unternehmen dem Wettbewerb mehr schaden kann, als das einseitige Verhalten eines beherrschenden Unternehmens. Auf die Voraussetzung der Wettbewerbsbeschränkung kann es nicht als Unterscheidungsmerkmal ankommen, da beide Wettbewerbsvorschriften eine solche Einschränkung voraussetzen. Fraglich ist somit allein, ob die Verhaltenskoordinierung einem missbräuchlichen Verhalten gleichsteht.

Ein Unternehmen kann innerhalb des Rahmens eines Leistungswettbewerbs seine wirtschaftliche Handlungsfreiheit ausüben, unabhängig, ob es eine marktbeherrschende Stellung einnimmt oder nicht. Sobald aber ein Unternehmen in Zusammenarbeit mit einem anderen Unternehmen den Wettbewerb in erheblichem Maße zu beeinträchtigen versucht, ist dies verboten. Insbesondere bei nicht marktbeherrschenden Unternehmen könnte die Gefahr bestehen, dass durch solches Verhalten eine Stellung entsteht, die mit einem funktionsfähigen Wettbewerb nicht mehr vereinbar ist. Es ist folglich möglich, durch solche Vereinbarungen die Grenze zu einer marktbeherrschenden Stellung zu überschreiten. Hat das Unternehmen sich im Gegensatz dazu eine beherrschende Stellung mit eigener wirtschaftlicher Kraft und ohne Absprache mit anderen Wettbewerbern erarbeitet, dann darf es zur Bewahrung der Position selbige nicht missbrauchen.

Aus diesen Überlegungen heraus könnte der Schluss gezogen werden, dass Art. 81 EG deswegen kein missbräuchliches Verhalten voraussetzt, da die Entstehung einer beherrschenden Stellung entsprechend verhindert werden soll. Dies ist durch das im EG-Vertrag niedergeschriebene Ziel des Art. 3 Abs. 1 lit. g EG, nämlich einen unverfälschten und wirksamen Wettbewerb anzustreben, durchaus gerechtfertigt.<sup>626</sup> Das Verhalten nach Art. 81 Abs. 1 EG bildet somit eine Vorstufe zu dem Anwendungsbereich des Art. 82 EG,

---

<sup>624</sup> *Schröter* in: *Schröter/Jacob/Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rnr. 20.

<sup>625</sup> *Jung* in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 82 EGV Rnr. 101.

<sup>626</sup> *Schröter* in: *Schröter/Jacob/Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rnr. 21.

weil die Gefahr besteht, mit der Verhaltenskoordination, die Marktstellung auszubauen und damit den Wettbewerb nachhaltig zu schädigen.

Diese Gefahr ist bei der Verhaltenskoordination nicht gegeben, wenn eine Ausnahme des Verbotes i. S. d. Art. 81 Abs. 3 EG vorliegt oder ein Tatbestand einer GVO erfüllt ist. Eine solche Ausnahme existiert bei Art. 82 EG nicht, da der Markt bereits durch den Marktbeherrscher geschwächt ist. Der vorhandene Restwettbewerb muss geschützt werden und dessen Beseitigung kann dadurch nicht gerechtfertigt sein.

Aus diesen Überlegungen lässt sich feststellen, dass der Grund für das Bestehen der Voraussetzung des Missbrauchs nicht direkt an der Verhaltensübereinstimmung festzumachen ist, denn auch Art. 82 EG kann Verhaltenskoordinierungen erfassen, wenn die beteiligten Unternehmen eine beherrschende Stellung besitzen. In diesen Fällen können Art. 81 EG und Art. 82 EG nebeneinander Anwendung finden.<sup>627</sup> Das wesentliche Element für die unterschiedliche Behandlung liegt vielmehr in dem Markt, auf dem sich die Unternehmen befinden, und in den unterschiedlichen wettbewerbsbeschränkenden Gefahren auf diesen Märkten. Der Markt, auf dem ein funktionsfähiger Wettbewerb besteht, stellt einen Idealzustand dar. Ein solcher Markt muss vor künstlichen Beeinträchtigungen durch private und hoheitliche Eingriffe in den Wirtschaftsablauf geschützt werden. Der Idealzustand kann mit einer Verhaltenskoordination zwischen zwei Unternehmen ausgeschaltet werden. Diese Gefahr wird durch Art. 81 Abs. 1 EG beseitigt. Im Gegensatz dazu ist auf einem Markt, auf dem sich bereits ein marktbeherrschendes Unternehmen befindet, ein solcher Idealzustand nicht mehr zu realisieren. Ziel des Art. 82 EG ist es vielmehr, eine weitere Monopolisierung zu verhindern und den schon beherrschten Markt offen zugestalten, damit die Machtposition des beherrschenden Unternehmens durch das Eindringen neuer Unternehmen fragil bleibt und im Laufe der Zeit wieder abgebaut werden kann.<sup>628</sup> Die Marktverschiedenheit ist damit ein Grund für das Tatbestandsmerkmal des Missbrauchs in Art. 82 EG.

Auf den ersten Blick scheint die Grenze für eine wettbewerbsrechtliche Sanktionierung in Art. 81 Abs. 1 EG niedriger zu sein, als dies bei Art. 82 EG der Fall ist. Sobald eine wettbewerbswidrige Koordination vorliegt, greift Art. 81 Abs. 1 EG ein, obwohl ein funktionierender Wettbewerb bei Art. 81 Abs. 1 EG dem relevanten Markt zugrunde liegt. Im Gegensatz dazu verhindert die „Missbräuchlichkeit“ ein sofortiges Eingreifen von Art. 82 EG, obwohl der Wettbewerb auf dem konkreten Markt weit aus mehr geschwächt ist als der relevante Markt bei der Anwendung von Art. 81 Abs. 1 EG. Diese Unterschiedlichkeit resultiert aus der im Europäischen Wettbewerbsrecht grundsätzlich zu gewährleistenden wirtschaftliche Handlungsfreiheit. Jedes Unternehmen kann seine Stellung auf dem relevanten Markt erweitern, wenn dies ohne Beschränkung des Wettbewerbs erfolgt. Hat dieses

---

<sup>627</sup> EuGH-Urteil vom 13.2.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461 Rnr. 116.

<sup>628</sup> *Emmerich*, Kartellrecht, S. 436 f.

Unternehmen im Rahmen eines Leistungswettbewerbs eine marktbeherrschende Stellung aufgebaut, kann diese dem Unternehmen nicht mehr genommen werden, da dies die Früchte einer erfolgreichen Geschäftsstrategie sind. Grundsätzlich muss ein Unternehmen trotz dieser beherrschenden Stellung frei handeln können. Dieses unternehmerische Handeln kann aber wiederum durch das wettbewerbliche Funktionieren des Marktes eingeschränkt werden, auch wenn es dabei nur um die Wahrung eines bestehenden Restwettbewerbs geht. Um den wirtschaftlichen Erfolg des marktbeherrschenden Unternehmens nicht einzuschränken, aber gleichzeitig den Wettbewerb auf dem Markt nicht gänzlich untergehen zu lassen, wird die Voraussetzung des Missbrauchs benötigt. Die Voraussetzung des Missbrauchs schränkt somit die Handlungsfreiheit eines wirtschaftlich erfolgreichen Unternehmens ein.

Die Voraussetzung des Missbrauchs stellt im Art. 82 EG im Gegensatz zu Art. 81 EG eine zusätzliche Voraussetzung dar, die durch die unterschiedliche Stellung der Unternehmen auf den relevanten Märkten gerechtfertigt ist. Art. 81 EG bildet einen präventiven Schutz gegenüber dem Anwendungsbereich des Art. 82 EG und benötigt deswegen keine weitere Voraussetzung, um eine Wettbewerbswidrigkeit zu sanktionieren.

Nach diesen Feststellungen bleibt es jedoch fraglich, ob die Gefahr, die in einem Verhalten nach Art. 81 Abs. 1 EG inne wohnt, in den vorliegenden Grundsatzentscheidungen auch gegeben war. In der Entscheidung *Bayer*<sup>629</sup> hat der Hersteller die Lieferkontingentierungen gegenüber seinen Händlern durchsetzen wollen, um seine Stellung auf dem Markt in Großbritannien zu bewahren. Fraglich jedoch ist, ob dazu die neue Lieferpolitik ihren Beitrag leisten konnte, denn trotz durchgeführter Parallelimporte behielt das Medikament Adalat seine Position auf dem Produktmarkt für Herzmedikamente in Großbritannien. Die bestehende Nachfrage nach diesem Medikament blieb unverändert, nur der Vertrieb wurde nicht vom Hersteller, sondern direkt über den Parallelimporteur vorgenommen. Auch wenn diese Vorgehensweise Bayer finanzielle Verluste einbrachte, war die Gefahr eine marktbeherrschende Stellung durch diese Maßnahme zu erwerben, damit nicht gegeben. In der *VW II*-Entscheidung<sup>630</sup> wollte VW durch eine neue Rabattpolitik seine Marktstellung bewahren und sofern möglich ausbauen. Hier kann durchaus eine Gefahr in Bezug auf die Ausweitung des Beherrschungsgrades angenommen werden. Betrachtet man aber im Gegenzug den tatsächlichen relevanten Markt, auf dem VW aktiv ist, und das Existieren der anderen Automobilkonzerne, so kann das tatsächliche Bestehen der Gefahr nur sehr schwer begründet werden. Die Gefahr der Entstehung einer Marktmacht war somit in beiden Entscheidungen nicht gegeben. Das bedeutet jedoch nicht, dass bei jeder wettbewerbswidrigen Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG eine Gefahr für das Entstehen einer beherrschenden Stellung vorliegen muss, aber es kann aus teleologischen Gesichtspunkten ein Indiz dafür sein. Allerdings war dies hier nicht der Fall. Damit kann

---

<sup>629</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

<sup>630</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141.

angenommen werden, dass die europäischen Gerichte die Anwendung von Art. 81 Abs. 1 EG auf die vorliegende Fälle zu Recht verneint haben.

Andererseits sagt diese Feststellung nichts darüber aus, ob die Maßnahmen der Hersteller missbräuchlich i. S. d. Art. 82 EG waren. Bei beiden Entscheidungen lag nach Ansicht der Europäischen Kommission kein Markt zugrunde, der aufgrund einer beherrschenden Stellung eingeschränkt war. Dies kann sich allerdings ändern, sofern der relevante Markt, auf dem sich die Hersteller befinden, anders definiert werden würde. Der Unterschied in Bezug auf die Marktlage zwischen beiden europäischen Wettbewerbsvorschriften kann somit von der Definition des relevanten Marktes abhängen.

Insgesamt lässt sich aus den Ausführungen schließen, dass es bei den Abgrenzungskriterien zwischen Art. 81 EG und Art. 82 EG, die in dem Verhalten und in dem Bestehen einer beherrschenden Stellung zu finden sind, bleibt. Die Voraussetzung des Missbrauchs im Art. 82 EG besteht aufgrund der besonderen Umstände bei einer bestehenden Marktbeherrschung und hat keine Auswirkungen auf die bereits definierten Abgrenzungskriterien. Das Tatbestandsmerkmal macht nur deutlich, dass beide Wettbewerbsvorschriften verschiedene Fokussierungen haben, um einen wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten. Liegt keine beherrschende Stellung vor, dann muss eine Vereinbarung vorliegen, um die Maßnahme überhaupt sanktionieren zu können. Eine Vereinbarung kann aber nur in den Grenzen des Wortlauts gegeben sein. Würde unter dem Vereinbarungsbegriff auch einseitiges Verhalten fallen, wäre neben dem oben genannten absurden Ergebnis eine weitere Folge, dass der Art. 82 EG gegenstandslos werden würde. Denn einseitiges Verhalten würde dann automatisch mit Art. 81 EG sanktioniert werden, weil die Voraussetzung des Missbrauchs nicht erfüllt sein muss. Dies entspricht mit Sicherheit nicht dem Willen des europäischen Gesetzgebers und führt auch nicht zu der gewünschten harmonisierten Rechtsanwendung. Es bestehen nur diese zwei Vorschriften, adressiert an private Unternehmen zum effektiven Schutz des Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt, und jede dieser Vorschriften verfolgt ihr eigenes Ziel, wie man deutlich an den Gründen für das Bestehen der zusätzlichen Voraussetzung des Missbrauchs sehen konnte. Somit kann nach systematischer Auslegung nur kooperatives Verhalten, welches durch eine Willensübereinstimmung geprägt ist, unter Art. 81 Abs. 1 EG fallen.<sup>631</sup>

#### bb) Handlungsfreiheit

Grundsätzlich soll ein umfassender Entscheidungs- und Handlungsspielraum der Unternehmen zu einem funktionsfähigen Wettbewerb führen, der wiederum zur Nutzung und optimalen Allocation wirtschaftlicher Ressourcen, Verbesserung der Produktion, erhöhter Leistungsfähigkeit und Innovation beitragen und damit den allgemeinen Wohlstand fördern

---

<sup>631</sup> Ebenso Generalanwalt *Tizzano* in seinen Schlussanträgen vom 17.11.2005 in der Rs. C-74/04, *VW II*, Rnr. 48.

soll. Wird dieser Wettbewerb durch eine rechtswidrige Vereinbarung beeinträchtigt, wird die Vereinbarung mit dem Ziel, die Handlungsfreiheit auf dem betroffenen Markt aufrecht zu erhalten, verboten. Gleichzeitig wird jedoch im Sinne dieses Ziels der jeweilige Handlungsspielraum der am Wettbewerbsverstoß beteiligten Unternehmen eingeschränkt. In gleicher Weise schränkt Art. 82 EG im Interesse der anderen Marktteilnehmer und des Wettbewerbs die Handlungsfreiheit des Marktbeherrschers ein.

Liegt jedoch kein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG oder Art. 82 EG vor, da die Tatbestandsvoraussetzungen der Artikel nicht erfüllt sind, muss die Handlungsfreiheit der Unternehmen gewährt bleiben.

Eine vom Hersteller vorgenommene Lieferkontingentierung kann zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen, wie im Fall *Bayer*<sup>632</sup>. Diese Wettbewerbsbeschränkung kann nicht mit dem Art. 81 EG sanktioniert werden, wenn die Lieferkontingentierung eine einseitige Maßnahme darstellt. Ansonsten würde der Hersteller einem allgemeinen Kontrahierungszwang ausgesetzt sein. Der Unternehmer muss grundsätzlich aus Gründen der Handelspolitik beim Verkauf von Waren in einem Land die Freiheit besitzen, die Menge, die es über einen bestimmten Zeitraum an alle Händler in diesem Land verkauft, im Voraus festzulegen oder sie wegen bestimmten Umständen kurzfristig zu reduzieren. Nutzt der Hersteller dabei keine marktbeherrschende Stellung i. S. d. Art. 82 EG aus, so kann dieses Verhalten nach den Wettbewerbsregeln nicht verboten werden. Die Folge der Einführung eines allgemeinen Lieferzwanges ist dem gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht grundsätzlich fremd und hätte in der Folge unübersehbare wirtschaftliche Auswirkungen, da die Unternehmen nicht mehr autonom und damit wirtschaftlich effektiv handeln könnten, sondern nur unter der Prämisse, nicht gegen Wettbewerbsvorschriften zu verstoßen.

Im Gegensatz zu Art. 81 Abs. 1 EG kann es aber in Ausnahmefällen im Rahmen des Art. 82 EG zu einer Lieferpflicht kommen, die sich aus der besonderen Verantwortung eines marktbeherrschenden Unternehmens ergibt. Dies wurde erstmals in der Rechtssache *Commercial Solvents*<sup>633</sup> vom EuGH bestätigt. In diesem Fall weigerte sich Commercial Solvents, einen Dritten mit Rohstoffen zu beliefern, um sich die Rohstoffe für die eigene Herstellung eines Derivats vorzubehalten. Der Dritte benötigte aber die Rohstoffe, um ebenfalls ein eigenes Derivat herzustellen. Der EuGH sah in der Lieferverweigerung einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung als gegeben an, weil Commercial Solvents jeglichen Wettbewerb zu diesem Dritten ausschalten wollte.<sup>634</sup> Grundsätzlich kann eine Lieferpflicht erst nach einer genauen Abwägung des tatsächlichen und rechtlichen Hintergrundes angenommen werden, auch wenn der Wettbewerb außergewöhnlich

---

<sup>632</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

<sup>633</sup> EuGH-Urteil vom 6.3.1974, Rs. 6/73, Slg. 1974, 223.

<sup>634</sup> EuGH-Urteil vom 6.3.1974, *Commercial Solvents*, Rs. 6/73, Slg. 1974, 223 Rnr. 25.

beeinträchtigt wurde. Eine solche Lieferpflicht kann aber nur als Folge des Art. 82 EG gegeben sein.

Des Weiteren ergibt sich aus den einzelnen Tatbeständen des Art. 81 Abs. 1 EG, dass ein Kontrahierungszwang nicht mit dieser Wettbewerbsvorschrift vereinbar ist. Das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung bestimmt sich in der Rechtsprechung nach dem Grundsatz des Selbständigkeitspostulats, wonach jedes Unternehmen autonom über sein Marktverhalten zu entscheiden hat.<sup>635</sup> Nach diesem Grundsatz ist der Wettbewerb unter anderem dann beschränkt, wenn das Unternehmen nicht mehr selbständig entscheiden kann, mit welchen Personen es geschäftliche Beziehungen pflegen möchte. Dementsprechend muss das Verhalten, das diese Wettbewerbsbeschränkung bewirkt oder bezweckt, verboten werden. Die Wahrung dieses Grundsatzes kann aber andererseits nicht durch das Verbot i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG, wie im Beispiel von Lieferkontingentierungen, umgangen werden.

Eine Ausnahme von dieser Lösung kann eine Lieferkontingentierung innerhalb eines Vertriebsvertrages darstellen. Der Vertriebsvertrag stellt eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 EG dar, in der sich die Lieferbeschränkung einfügen kann, wenn die entsprechenden Voraussetzungen dafür vorliegen.

Das Prinzip der Handlungsfreiheit nimmt innerhalb des Art. 81 Abs. 1 EG eine wesentliche Stellung ein und darf deswegen nicht eingeschränkt werden, wenn die Wettbewerbsvorschriften nicht erfüllt sind. In der *Bayer*-Entscheidung<sup>636</sup> hat der EuGH das Prinzip der Handlungsfreiheit in Bezug auf die Lieferkontingentierungen beachtet, indem es in Rnr. 101 klar stellte, dass einseitige Maßnahmen nicht unter Art. 81 EG zu subsumieren sind, da es sonst zu einer Vermengung mit Art. 82 EG kommen würde. Im Gegensatz dazu wurde in der *VW II*-Entscheidung<sup>637</sup> die Handlungsfreiheit nicht in Frage gestellt, da VW durch den Abschluss der Vertriebsverträge mit den Händlern diese bereits ausgeübt hatte. Ein Kontrahierungszwang wäre nicht die Folge der Annahme einer Vereinbarung gewesen.

## b) Schlussfolgerung

Wurde bisher die Harmonie der Rechtsanwendung beider Artikel durch die Rechtsprechung innerhalb der Konstellation der scheinbar einseitigen Maßnahmen dadurch missachtet, dass der Begriff der Vereinbarung, der das Hauptabgrenzungskriterium zu Art. 82 EG darstellt, zu weit ausgelegt worden ist,<sup>638</sup> so ist es aufgrund der neueren Rechtsprechung und den Ergebnissen der systematischen Auslegung an der Zeit zu akzeptieren, dass nicht jede

---

<sup>635</sup> *Roth/Ackermann* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht VI. Band, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG Rnr. 223.

<sup>636</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

<sup>637</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141.

<sup>638</sup> Insbesondere das EuGH-Urteil vom 11.1.1990, *Sandoz*, Rs. C-277/87, Slg. 1990, I-45, WuW 1990, 993 ff.; siehe 2. Kapitel IV. 3. b) aa) (ii) (2).

Wettbewerbsbeschränkung unter Art. 81 EG und Art. 82 EG subsumiert werden kann. Dies wird durch die *Bayer-* und *VW II-*Rechtsprechung bestätigt. In beiden Urteile haben sowohl der EuGH als auch das EuG die Grenzen der europäischen Wettbewerbsvorschriften nicht überschritten.

Es besteht jedoch kein Anlass zur Sorge, dass durch diese Entscheidung für nicht marktbeherrschende Unternehmen unverhältnismässig große Handlungsspielräume für wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen entstehen. Denn das Risiko, dass die Händler bei an sich „echten“ einseitigen Maßnahmen ein Verhalten an den Tag legen, welche die Gemeinschaftsorgane als Zustimmung werten, tragen ausschließlich die jeweiligen Unternehmen. Ferner könnte die Änderung der Definition des relevanten Marktes in der jeweiligen Situation zur Bejahung einer beherrschenden Stellung führen. Dies hätte zur Folge, dass das wettbewerbswidrige Verhalten unter Art. 82 EG zu subsumieren wäre.

Die verbleibende Lücke im Schutz gegen wettbewerbswidriges Verhalten ist in der Systematik der Artt. 81 und 82 EG selbst angelegt und somit hinzunehmen. Der Auftrag, das Binnenmarktprojekt zu verwirklichen, befreit auch die Kommission nicht von der Bindung an den Wortlaut des Vertrages sowie vom ursprünglichen Sinn und Zweck der Wettbewerbsvorschriften. Die entscheidenden Merkmale der systematischen Abgrenzung sind zum einen das Vorliegen einer Vereinbarung und zum anderen die marktbeherrschende Stellung. Dies wird insbesondere an der Voraussetzung des Missbrauchs in Art. 82 EG deutlich. Wird eines der Abgrenzungskriterien im Zusammenhang mit dem Auftreten von scheinbar einseitigen Maßnahmen erfüllt, können die Wettbewerbsregeln eingreifen, ansonsten wird das wettbewerbswidrige Verhalten nicht sanktioniert.

Da somit die systematische Auslegung eine restriktive Auslegung des Begriffs der Vereinbarung fordert, um dem Wortlaut und dem jeweiligen Sinn und Zweck der Wettbewerbsvorschriften sowie der Wahrung der Handlungsfreiheit gerecht zu werden, ist es in Zukunft angesichts der Förderung des Binnenmarktes und im Sinne der Zielstrebigkeit der Kommission wichtig, nach neuen Wegen zur Lösung beim Vorliegen einer wettbewerbswidrigen einseitigen Maßnahme, die nicht unter Art. 82 EG subsumiert werden kann, zu suchen. Welche neuen Wege hierfür in Betracht kommen könnten, wird im dritten Kapitel dieser Arbeit weiter untersucht.

### **3. Teleologische Auslegung des Art. 81 EG**

Auch eine restriktive Auslegung des Vereinbarungsbegriffs muss sich an der ursprünglichen teleologischen Auslegung des Art. 81 EG orientieren und findet somit in den dort definierten Schutzbestimmungen ihre Grenzen.

Die teleologische Auslegung des europäischen Wettbewerbsrechts steht in enger Verbindung zu den Forderungen nach einem frei von Störungen funktionierenden Marktmechanismus, wie in Art. 3 Abs. 1 lit. g EG definiert und durch Art. 81 Abs. 1 EG gewährleistet wird.<sup>639</sup> Im Gegensatz hierzu kann Art. 82 EG nur die Rahmenbedingungen festlegen, die die Möglichkeit schaffen, dass auf dem beherrschenden Markt wieder ein wirksamer Wettbewerb entsteht. Art. 82 EG kann somit nicht im gleichen Umfang den Zweck der europäischen Wettbewerbsvorschriften gewährleisten, wie dies Art. 81 EG für sich in Anspruch nimmt. Aufgrund dieser Ambivalenz ist es nachvollziehbar, dass bei der Anwendung von Art. 81 EG grundsätzlich auf den Normzweck geachtet wird, schließlich ist er der Garant für den bestehenden und funktionierenden Wettbewerb. Legt man jedoch, wie in der bisherigen Praxis der Kommissionsentscheidungen ausschließlich der Anwendung von Art. 81 EG eine ergebnisorientierte Auslegung zum Schutze des Gemeinsamen Marktes zugrunde, ebnet man den Weg für eine sehr weite Normauslegung. Dies hat wiederum eine weite Auslegung des Begriffs der Vereinbarung zur Folge. Einer solchen Auslegung könnten rechtsstaatliche Grenzen entgegenstehen.

#### a) Anwendung des nulla poena sine lege-Grundsatzes

Bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts lässt sich der EuGH neben den definierten Normen auch von allgemeinen Prinzipien des Grundrechtsschutzes und der Rechtsstaatlichkeit leiten. Fraglich ist, ob der Grundsatz „nulla poena sine lege“ hier Anwendung findet und ob man verlangen kann, dass ein Verhalten nur dann sanktioniert wird, wenn es zum Zeitpunkt des Geschehens als Verstoß im Gesetz niedergelegt war.<sup>640</sup> Ein Verhalten nach Art. 81 Abs. 1 EG kann nur dann sanktioniert werden, wenn es dem niedergelegten Wortlaut entspricht, also eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG vorliegt und nicht aus einer weiten Auslegung aufgrund der europäischen Integrations- und Binnenmarktpolitik abgeleitet wird.

Das nulla poena sine lege-Prinzip gehört zu den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit und des Grundrechtsschutzes, an denen sich der EuGH maßgeblich orientiert<sup>641</sup> - und gilt somit als ungeschriebener Grundsatz des primären europäischen Gemeinschaftsrechts.<sup>642</sup>

Im deutschen Recht wird das verfassungsrechtlich anerkannte Prinzip i. d. R. als „Gesetzlichkeitsgrundsatz“ bezeichnet, dieser ist in Art. 103 Absatz 2 des Grundgesetzes (GG) und § 1 des Strafgesetzbuches (StGB) verankert. Danach kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde

---

<sup>639</sup> Siehe 1. Kapitel II. 1.

<sup>640</sup> Eser in: Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, § 1 Rnr. 4.

<sup>641</sup> Lübbig in WuW 1991, 561, 570.

<sup>642</sup> Claudi, Die Bindung der EWG an die Grundrechte, S. 426.

(*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Dieses rechtsstaatliche Prinzip soll sicherstellen, dass die strafrechtlichen Konsequenzen jeder Handlung vor deren Ausübung bereits bekannt sind.

Fraglich bleibt allerdings, ob dieser Grundsatz auch auf das Europäische Kartellrecht anwendbar ist. Bei Art. 81 EG i. V. m. Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 handelt es sich um eine Sanktionsvorschrift, welche besagt, dass dem Unternehmen, welches gegen das Kartellrecht verstößt, eine Geldbuße auferlegt wird. Während der Grundsatz „*nulla poena sine lege*“ von Strafe spricht, wird ein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG als Ordnungswidrigkeit bezeichnet und mit einer Geldbuße geahndet. Im deutschen Recht wird zwar ausdrücklich zwischen Geldbuße als Ordnungswidrigkeit und einer Strafe unterschieden, dennoch findet der Grundsatz auch bei Geldbußen nach § 3 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) Berücksichtigung, da auch bei diesen gesetzlich genau niedergeschrieben sein muss, was tatsächlich geahndet werden kann und vice versa. Gleiches gilt für die Anwendung des Art. 81 EG. Dafür sprechen auch die beachtlichen Geldbußen im Europäischen Wettbewerbsrecht, welche die Unternehmen in ihrer wirtschaftlichen Handlungsfreiheit erheblich beeinträchtigen. Dieser Umstand rechtfertigt es, dass wettbewerbswidrig handelnde Unternehmen aus den Wettbewerbsvorschriften erkennen müssen, gegen welche Norm sie verstoßen oder durch ihr zukünftiges Handeln verstoßen werden.<sup>643</sup> Die auferlegte Geldbuße kann ansonsten ihren Zweck als Pflichtenmahnung nicht erfüllen. Dieser Grundsatz ist folglich auf die europäischen Vorschriften des Wettbewerbsrechts, insbesondere auf den Art. 81 EG, anwendbar.

Das Prinzip der Rechtssicherheit gebietet es, dass das Gesetz zweifelsfrei Erlaubtes von verbotenem Verhalten differenziert und der Adressat des jeweiligen Gesetzes darauf vertrauen kann, dass er für ein Verhalten, welches nicht erkennbar in den Anwendungsbereich eines Verbotstatbestandes fällt, nicht zur Verantwortung gezogen werden kann.

Die Anwendung des *nulla poena sine lege*-Grundsatzes ist im Rahmen des Art. 81 Abs. 1 EG zu bejahen. Art. 81 Abs. 1 EG setzt mit seinen Handlungsalternativen eine wettbewerbsbeschränkende Verhaltenskoordinierung von mindestens zwei Unternehmen voraus, die für jederman erkennbar ist. Somit können unter Beachtung des Gesetzlichkeitsgrundsatzes einseitiges Verhalten eines Unternehmens und objektiv nicht erkennbar vorliegende Willensübereinstimmungen nicht unter Art. 81 Abs. 1 EG subsumiert werden. Dies lässt sich mit dem Rechtssicherheitsgedanken für die betroffenen Unternehmen und den zu erwartenden hohen Geldbußen rechtfertigen.

---

<sup>643</sup> Lübbig in WuW 1991, 561, 571.

## b) Zivilrechtliche Auslegung der Willensübereinstimmung

In den bisherigen Ausführungen wird zur Bestimmung des Vereinbarungsbegriffs der Vertragsbegriff aus dem Zivilrecht bezüglich des Vorliegens einer Willensübereinstimmung herangezogen, da beide Konstellationen den Moment der Verständigung teilen.<sup>644</sup> Zu Beginn der Analyse der Urteile wurde die Vorgehensweise im Zusammenhang mit dem Zivilrecht mit der besseren Bestimmbarkeit und der Rechtssicherheit für die Unternehmen begründet.<sup>645</sup>

Die Frage, ob dieser Ansatzpunkt mit der vom EG-Vertrag verfolgten Wettbewerbspolitik vereinbar ist, oder ob eventuell ein neuer Ansatzpunkt für die Bestimmung der Vereinbarung gem. Art. 81 Abs. 1 EG entwickelt werden muss, bleibt jedoch bestehen. Ein Teil in der Literatur und in der Rechtsprechung vertreten die Ansicht, dass der Vereinbarungsbegriff vom nationalen Vertragsbegriff völlig losgelöst zu betrachten ist.<sup>646</sup> Die rechtliche Qualifikation der Vereinbarung richtet sich dieser Ansicht nicht nach dem Zivilrecht der Mitgliedstaaten. Dies wird vor allem mit dem Nichtvorliegen der rechtlichen Verbindlichkeit für den Vereinbarungsbegriff begründet.<sup>647</sup>

Zu Beginn der Europäischen Kartellrechtsprechung wurde vom EuGH für das Vorliegen einer Vereinbarung der Abschluss eines Vertrages im eigentlichen Sinne vorausgesetzt.<sup>648</sup> In der neueren Rechtsprechung hingegen wird keine rechtliche Verbindlichkeit vorausgesetzt, sondern es genügt vielmehr das Vorliegen eines gemeinsamen Willens zu einem bestimmten Verhalten.<sup>649</sup>

Diese Erweiterung des Vereinbarungsbegriffs ging natürlich zulasten des Begriffs der abgestimmten Verhaltensweisen.<sup>650</sup> Würde man nun den Vereinbarungsbegriff ohne das Tatbestandsmerkmal der Willensübereinstimmung als gemeinsame Komponente mit dem zivilrechtlichen Vertragsbegriff interpretieren, käme man zu einer Gleichstellung mit dem Begriff der abgestimmten Verhaltensweisen. In Folge dessen käme es bei der Bestimmung einer Vereinbarung nur auf eine gemeinsame Verhaltenskoordinierung auf dem relevanten Markt an und nicht auf die tatsächliche Willensübereinstimmung, die i. d. R. vor der gemeinsamen Durchführung einer Maßnahme geschlossen wird. Dieser Ansatzpunkt könnte eine Erweiterung des Anwendungsbereiches von Art. 81 EG zur Folge haben, da die

---

<sup>644</sup> Roth/Ackermann in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht VI. Band, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 Rnr. 86.

<sup>645</sup> Siehe dazu 2. Kapitel, III.

<sup>646</sup> Stockenhuber in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 81 EGV Rnr. 97; EuGH-Urteil vom 30.1.1985, *BNIC/Clair*, Rs. 123/83, Slg. 1985, 391 Rnr. 17.

<sup>647</sup> Stockenhuber in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 2. Band, Art. 81 EGV Rnr. 98.

<sup>648</sup> EuGH-Urteil vom 14.7.1972, *ICI*, Rs. 48/69, Slg. 1972, 619 Rnr. 64; EuGH-Urteil vom 14.7.1981, *Züchner*, Rs. 172/80, Slg. 1981, 2021 Rnr. 12.

<sup>649</sup> Siehe dazu 1. Kapitel I. 1 a) bb), cc) sowie EuGH-Urteil vom 29.10.1980, *Van Landewyck u. a.*, Rs. 209-215 und 218/80, Slg. 1980, 3125 Rnr. 86; EuGH-Urteil vom 11.1.1990, *Sandoz*, Rs. C-277/87, Slg. 1990/I-45.

<sup>650</sup> Siehe dazu 1. Kapitel I. 1. a) cc).

Voraussetzung einer Willensübereinstimmung nicht mehr erfüllt werden muss. Jedoch ist für ein abgestimmtes Verhalten auch eine Willensübereinkunft erforderlich, die sich in dem abgestimmten Verhalten der Unternehmen widerspiegelt.

Ferner stellt sich bei dieser Annahme die Frage nach der Beweisführung.<sup>651</sup> Der Nachweis einer abgestimmten Verhaltensweise beruht in den meisten Fällen auf Indizien,<sup>652</sup> da es mit extremen Schwierigkeiten verbunden ist, die gegenseitige Verständigung in Form von übereinstimmenden Verhaltensweisen zu belegen, respektive zu beweisen. Insbesondere muss beachtet werden, dass bei lediglich gleichförmigen oder parallelen Verhaltensweisen kein verbotenes Verhalten nach Art. 81 Abs. 1 EG vorliegt, denn das Selbständigkeitspostulat beseitigt nicht das Recht der Unternehmen, sich dem festgestellten oder erwartenden Verhalten ihrer Konkurrenten anzupassen.<sup>653</sup> Mit solchen Beweisschwierigkeiten kann der Schutzzweck des Art. 81 Abs. 1 EG, der in dem Aufrechterhalten eines funktionierenden Wettbewerbs besteht, nicht gewährleistet werden.

Auf der anderen Seite würde eine alleinige schutzzweckorientierte Auslegung des Vereinbarungsbegriffs zu einem per se-Verbot aller Wettbewerbsbeschränkungen führen. Jedes wettbewerbsbeschränkende Verhalten von mindestens zwei Unternehmen müsste dann unter Art. 81 Abs. 1 EG subsumiert werden. Dies ist sowohl mit dem Wortlaut des Art. 81 Abs. 1 EG als auch mit dem nulla poena sine lege-Prinzip nicht vereinbar und wird aus diesen Gründen von der europäischen Rechtsprechung<sup>654</sup> nicht vertreten. Folglich muss ein Mittelweg zwischen einer effektiven Vorgehensweise gegen wettbewerbswidriges Verhalten einerseits und Rechtssicherheit für die Anwender andererseits bei der Auslegung von Art. 81 Abs. 1 EG gefunden werden.

Nach meiner Meinung ist ein Mittelweg bei der Auslegung des Vereinbarungsbegriffs durch den Begriff der Willensübereinstimmung, der in jedem nationalen Zivilrecht wieder zu finden ist, gefunden. Dies ergibt sich aus Gründen der Beweislast und der Rechtssicherheit, welche zwei wesentliche Aspekte für einen umfangreichen Schutz des Wettbewerbs - gerade in Bezug auf das Prinzip der Legalausnahme - darstellen. Das Vorliegen einer Willensübereinstimmung kann an konkreten Voraussetzungen festgemacht werden<sup>655</sup> und erleichtert damit nicht nur die Beweislast für die jeweiligen Wettbewerbsbehörden, sondern auch die Anwendung der Wettbewerbsregeln der jeweiligen Wirtschaftsteilnehmer. Den Begriff der Willensübereinstimmung können sich die Unternehmen, sowie die nationalen

---

<sup>651</sup> Dies erkennt auch *Schröter* in: *Schröter/Jakob/Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 81 Abs. 1 Rnr. 68.

<sup>652</sup> *Emmerich* in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 EGV Rnr. 125; *Schröter* in: *Schröter/Jakob/Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 81 Abs. 1 Rnr. 96.

<sup>653</sup> EuGH-Urteil vom 16.12.1975, *Suiker Unie u. a.*, Rs. 40-48, 50, 54-56, 111, 113 und 114/73, Slg. 1975, 1663 Rnr. 173/174.

<sup>654</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 110.

<sup>655</sup> Siehe dazu die Analyse der Grundsatzentscheidungen und das Auffinden von Voraussetzungen in Bezug auf den Vereinbarungsbegriff, 2. Kapitel IV. und V.

Behörden und Gerichte, die Art. 81 EG gem. Art. 5 der VO 1/2003 in gleicher Weise anwenden müssen wie alle europäische Organe, aus dem jeweiligen nationalen Vertragsrecht ableiten. Im Gegensatz zu den abgestimmten Verhaltensweisen, die sich nur im Einzelfall genau bestimmen lassen, ist der Begriff der Willensübereinstimmung besser fassbar.

Ferner ist m. E. die teilweise vertretene Ansicht in der Literatur und in der europäischen Rechtsprechung bezüglich der Unabhängigkeit des Vereinbarungsbegriffs vom Zivilrecht nur insoweit zu deuten, dass dies lediglich für die Ablehnung der rechtlichen Verbindlichkeit gelten sollte und nicht in Bezug auf die Auslegung einer Willensübereinstimmung.

Mit der Ablehnung der Übereinstimmung des Vereinbarungsbegriffs mit dem Begriff der abgestimmten Verhaltensweisen ist der Weg zu dieser dritten Handlungsalternative jedoch nicht versperrt. Kann eine Willensübereinstimmung von der Kommission nicht bewiesen werden, so hat die Kommission noch die Möglichkeit, das Verhalten des betreffenden Unternehmens an einer abgestimmten Verhaltensweise festzumachen, auch wenn der EuGH<sup>656</sup> beide Verhaltensweisen aufgrund des Vorliegens einer Willenskoordinierung gleich behandelt.

Aus den vorgenannten Gründen lässt sich feststellen, dass die vom EG-Vertrag verfolgte Wettbewerbspolitik, welche in erster Linie eine Integrationspolitik zur Förderung eines einheitlichen Binnenmarktes ist, mit einer zivilrechtlichen Auslegung des Vereinbarungsbegriffs effektiv geschützt werden kann.

Nichtdestotrotz kann aus wettbewerbspolitischen Gründen auch dann eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG angenommen werden, wenn das Vorliegen eines Angebots und einer Annahme als zivilrechtliche Voraussetzungen für eine Willensübereinstimmung nicht konkret nachgewiesen werden. Ein Beispiel dafür ist die Entscheidung *Anic*<sup>657</sup>. Allein die Teilnahme an Sitzungen der Polypropylenhersteller war in diesem Fall für die Kommission Beweis genug, dass eine Vereinbarung vorlag. Mit dieser Feststellung wurden die Kommission und später auch der EuGH dem Zweck des Art. 81 Abs. 1 EG gerecht, der darauf abzielt, die konkrete Entstehung von Kartellen zu verhindern. Allein die Gefahr der Bildung eines Kartells durch die abgehaltenen Sitzungen genügte, um Art. 81 Abs. 1 EG anzunehmen. Anhand dieser Kommissionsentscheidung und der daraus resultierenden Rechtsprechung wird deutlich, dass der konkrete Beweis einer Vereinbarung nach zivilrechtlichen Grundsätzen nicht immer der Ausrichtung des Art. 81 Abs. 1 EG gerecht wird und darüber hinaus im Sinne eines funktionsfähigen Wettbewerbs eine Vereinbarung angenommen werden kann. Wie bedeutsam die Beachtung des Zwecks von Art. 81 EG bei der Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale ist, zeigt ebenso die Erarbeitung der *Fallgruppe der vorherigen Zustimmung* durch die Kommission. Zu Beginn stellt diese Fallgruppe einen

---

<sup>656</sup> EuGH-Urteil vom 29.10.1980, *Van Landewyck u. a.*, Rs. 209-215 und 218/78, Slg. 1980, 3126 Rnr. 86.

<sup>657</sup> EuGH-Urteil vom 8.1.1999, Rs. C-49/92, Slg. 1999, I-4162.

Kunstgriff dar, der zwar mit den zivilrechtlichen Grundätzen zur Bildung einer Willensübereinstimmung vereinbar ist, aber von den typischen Merkmalen einer Willensübereinstimmung durch Aufforderung und Zustimmung aufgrund der Voraussetzung des Einfügens abwich. Heute ist die Fallgruppe in der Rechtsprechung anerkannt, um einen umfassenden Wettbewerbsschutz zu gewährleisten.

#### c) Schlussfolgerung

Mit dem Grundsatz „nulla poena sine lege“ wird der teleologischen Auslegung innerhalb des Art. 81 EG zum Schutze der Beteiligten eine Grenze gesetzt. Somit kann und darf das Verhalten der betroffenen Unternehmen nicht allein im Rahmen eines effektiven Wettbewerbsschutzes ausgelegt werden. Dies bestätigt auch der EuGH im Urteil *Bayer* in Rnr. 110.<sup>658</sup> Dort stellt er klar, dass allein der bloße Umstand, dass ein Hindernis für Paralleleinfuhren besteht, nicht für den Nachweis des Vorliegens einer Vereinbarung nach Art. 81 Abs. 1 EG genügt. Art. 81 Abs. 1 EG enthält kein per se-Verbot für eine wettbewerbswidrige Beeinträchtigung des Gemeinsamen Marktes. Somit plädiert der EuGH mit dieser Aussage für eine restriktive Auslegung des Art. 81 EG und wird damit dem nulla poena sine lege-Prinzip gerecht.

Mit einer zivilrechtlichen Herangehensweise an den Begriff der Willensübereinstimmung wird ein Stück Rechtssicherheit für die Wirtschaftsteilnehmer und insbesondere für die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte geschaffen, die zum Ziel des Art. 81 EG – das Bestehen eines wirksamen Wettbewerbs - beiträgt. Andererseits kann es auch Entscheidungen geben, bei denen die Voraussetzungen einer Willensübereinstimmung nach zivilrechtlichen Grundsätzen nicht konkret nachgewiesen werden kann, sondern diese in Anbetracht der von den Unternehmen ausgehenden kartellrechtswidrigen Gefahr unterstellt werden muss. Dies kann nur in engen Grenzen erfolgen, um dem Grundsatz „nulla poena sine lege“ gerecht zu werden.

#### 4. Europarechtliche AGB-Kontrolle

Durch die bisher relativ weite Auslegung des Begriffs der Vereinbarung und der damit verbundenen Möglichkeit, dass eine Vereinbarung auch vorliegt, wenn der Vertragsinhalt von einer Partei bestimmt wird,<sup>659</sup> könnte es möglich sein, innerhalb des Art. 81 Abs. 1 EG von einer AGB-Kontrolle im Europäischen Wettbewerbsrecht zu sprechen.

---

<sup>658</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

<sup>659</sup> *Grill* in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, Art. 81 EGV Rnr. 2; *Schröter* in: Schröter/Jakob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 81 Abs. 1 Rnr. 78.

Allgemeine Geschäftsbedingungen, die unter das Kartellverbot fallen können,<sup>660</sup> sind nach dem deutschen Recht alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen bei Abschluss des Vertrages stellt.<sup>661</sup> AGB sollen der Vereinfachung des Geschäftsverkehrs dienen. Wenn ein Unternehmen stets gleichartige Verträge schließt, dann erleichtern ihm die AGB die Formalitäten bei Abschluss eines Vertrages. Sie enthalten einheitliche Bedingungen, welche an die besonderen Bedürfnisse des jeweiligen Verwenders angepasst sind, und müssen somit nicht für jeden einzelnen Vertrag neu ausgehandelt werden.

#### a) Allgemeine Geschäftsbedingungen im EU-Recht

In Europa existieren momentan keine allgemeinen Vorschriften für Allgemeine Geschäftsbedingungen. Insbesondere im Bereich der vertraglichen Inhaltskontrolle und bezüglich der Vorschriften für die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen weicht das Recht innerhalb der einzelnen Mitgliedstaaten erheblich voneinander ab.<sup>662</sup> Ein gewisse Harmonisierung in diesem Bereich konnte die Richtlinie des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (im Folgenden: Klauselrichtlinie) vom 5.4.1993<sup>663</sup> erreichen. In dieser Klauselrichtlinie geht es im speziellen um die Überprüfung von missbräuchlichen Vertragsklauseln zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern. Die Richtlinie soll den Abschluss grenzüberschreitender Verträge steigern und somit die Errichtung eines einheitlichen Binnenmarktes erleichtern.

Die Kommission versucht nun auf der Basis des Aktionsplans „Ein kohärenteres Europäisches Vertragsrecht“<sup>664</sup> allgemeine Grundlagen für die Ausarbeitung von europaweit verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen zwischen Unternehmen untereinander und im Verhältnis zwischen Unternehmen und Behörden vorantreiben. Dies geht aus ihrer Mitteilung „Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands - weiteres Vorgehen“ vom 11.10.2004<sup>665</sup> hervor.

In dieser Mitteilung wird deutlich, dass die Kommission nicht selbst die Absicht verfolgt, Regeln für AGB zu erarbeiten, sondern nur als Vermittler tätig werden will, um bestehende Hindernisse, sowohl rechtlicher als auch administrativer Art, zu beseitigen.<sup>666</sup> Mit den daraus

---

<sup>660</sup> Schröter in Schröter/Jakob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 81 Abs. 1 Rnr. 78; Entscheidung der Kommission vom 30.7.1970, *Kodak*, ABl. EG 1970 Nr. L 147/24 Rnr. 14; Entscheidung der Kommission vom 25.11.1980, *Johnson & Johnson Inc.*, ABl. EG 1980 Nr. L 377/16 Rnr. 28; Entscheidung der Kommission vom 15.12.1990, *Bayer Dental*, ABl. EG 1990 Nr. L 351/46 Rnr. 9.

<sup>661</sup> Siehe § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB.

<sup>662</sup> *Najork* in GPR 2005, 54.

<sup>663</sup> ABl. EG 1993 Nr. L 95/29.

<sup>664</sup> Mitteilung der Kommission, KOM [2003] 68 endg.

<sup>665</sup> Mitteilung der Kommission, KOM [2004] 651 endg.

<sup>666</sup> Mitteilung der Kommission, KOM [2004] 651 endg., Nr. 2.2.2.

resultierenden inhaltlichen Fragen sollen sich die Wirtschaftsakteure selbst auseinandersetzen und nach adäquaten Lösungsalternativen suchen. Als unterstützende Maßnahme wird die Kommission eine Website als Kommunikationsplattform einrichten, auf der die Marktteilnehmer Informationen über die von ihnen verwendeten oder geplanten EU-weiten AGB austauschen können.<sup>667</sup>

Die Kommission geht in dieser Mitteilung insbesondere auf das Verhältnis zwischen den Wettbewerbsvorschriften und den EU-weiten AGB ein und weist in ihrer Mitteilung darauf hin, dass Vereinbarungen zur Entwicklung oder Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gegen Art. 81 EG verstoßen können.<sup>668</sup> In Art. 81 Abs. 1 lit. a EG sind „sonstige Geschäftsbedingungen“ ausdrücklich genannt. Um eine Unvermeidbarkeit mit dem Wettbewerbsrecht jedoch zu verhindern, verweist die Kommission auf ihre „Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit“<sup>669</sup>, und zwar insbesondere auf Abschnitt 6 mit Leitlinien über Normenvereinbarungen hin. In diesen Leitlinien wird zwar nicht explizit auf Vereinbarungen im Sinne der AGB eingegangen, jedoch sollen diese Leitlinien zur Vermeidung von Differenzen als Anhaltspunkte herangezogen werden.

Mit dieser Stellungnahme spricht sich die Kommission für eine europarechtliche AGB-Kontrolle innerhalb des Art. 81 EG aus.

#### b) Europarechtliche AGB-Kontrolle innerhalb der Rechtsprechung

Fraglich ist, ob in der europäischen Rechtsprechung eine europarechtliche AGB-Kontrolle bereits stattgefunden hat, ohne diese explizit als solche zu benennen.

Zu denken wäre beispielsweise an den Fall *Sandoz*<sup>670</sup>. Im Fall *Sandoz* könnte man durchaus vom Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen sprechen. In diesem Verfahren wurde das Ausfuhrverbot im Zusammenhang mit anderen Geschäftsbedingungen, wie beispielsweise Regelungen über zuständige Gerichtsbarkeit, die Verteilung der Transportrisiken sowie der Frist für die Einreichung einer Beschwerde nach Erhalt der Ware, auf der Rechnung abgedruckt. Um näher bestimmen zu können, ob eine AGB-Kontrolle in diesem Fall stattgefunden hat, muss anhand europarechtlicher Vorgaben überprüft werden, ob überhaupt AGB vorlagen. In Betracht kommen könnte hier die Klauselrichtlinie, die Vorgaben enthält, ab wann vom Vorliegen von Vertragsklauseln ausgegangen werden kann. Auch wenn sich diese Richtlinie nur auf die Beziehung zwischen Verbraucher und Gewerbetreibenden bezieht und nicht auf Verträge zwischen zwei Gewerbetreibenden, so ist aufgrund einer fehlenden

---

<sup>667</sup> Mitteilung der Kommission, KOM [2004] 651 endg., Nr. 2.2.3.1.

<sup>668</sup> Mitteilung der Kommission, KOM [2004] 651 endg., Nr. 2.2.3.2.

<sup>669</sup> ABl. EG 2001 Nr. C 3/2.

<sup>670</sup> EuGH-Urteil vom 11.1.1990, *Sandoz*, Rs. C-277/87, Slg. 1990, I-45, WuW 1990, 993.

einheitlichen Regelung in Europa speziell in diesem Bereich und der Ähnlichkeit der Interessenlagen, eine Analogie zu bejahen. Dies wird zum Beispiel durch die Umsetzung dieser Richtlinie in das deutsche Recht der AGB bestätigt.<sup>671</sup> Die deutschen AGB-Regelungen umfassen sowohl Verbraucherverträge als auch Verträge zwischen zwei Gewerbetreibenden. Demzufolge sind Vertragsklauseln dem Begriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen gleichzustellen.

#### aa) Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen

Nach dem Art. 3 der Klauselrichtlinie sind Vertragsklauseln dann gegeben, wenn diese zwischen den Parteien nicht ausgehandelt worden sind, sondern lediglich von einer Partei gestellt wurden.<sup>672</sup> Dies liegt insbesondere bei vorformulierten Standardverträgen vor.

Vertragsklauseln können nur Regelungen sein, die sich auf den Abschluss oder Inhalt eines Vertrages beziehen. Die Regelungen auf der Rechnung von Sandoz inklusive des Ausführverbotes normierten zum einen den Inhalt des Vertrages und zum anderen die Beziehung der Vertragsparteien untereinander bei auftretenden Beweisproblemen. Zusätzlich waren die Regelungen unzweifelhaft für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert, da sie auf dem Rechnungsformular, welches an alle Händler in gleicher Weise verschickt wurde, abgedruckt waren. Mit dem Abdruck auf der Rechnung waren die Klauseln vollständig formuliert und jederzeit abrufbar. Dies spricht dafür, dass die Klauseln nicht separat ausgehandelt wurden.

Ferner wurden die Geschäftsbedingungen von Sandoz als Hersteller gestellt und i. S. d. Art. 3 der Klauselrichtlinie nicht zwischen den Parteien ausgehandelt. Mit dem physischen Versand der Rechnung und den aufgedruckten Bedingungen veranlasste Sandoz die Einbeziehung dieser Bedingungen in das Vertragsverhältnis. Das einseitige Stellen der Bedingungen durch den Verwender stellt gleichzeitig das Angebot zu einer Einbeziehungsvereinbarung dar. Eine solche muss vorliegen, damit die Bedingungen Vertragsbestandteil werden können. Für die Art und Weise des Zustandekommens einer Einbeziehungsvereinbarung zwischen zwei Unternehmen, die Gegenstand einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG sein kann, müssen keine bestimmten Voraussetzungen gegeben sein. Es muss jedoch für die Vertragsklauseln eine Willensübereinstimmung nach außen hin deutlich erkennbar vorliegen. Da eine Rechnung üblicherweise erst nach Vertragsschluss gestellt und zugesandt wird, können die Geschäftsbedingungen bei Sandoz nicht von vornherein Vertragsbestandteil und damit Vertragsklausel geworden sein.<sup>673</sup> Allerdings können die Parteien einverständlich einen bereits geschlossenen Vertrag abändern und

---

<sup>671</sup> *Heinrichs* in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, v. § 305 Rnr. 10.

<sup>672</sup> ABl. EG 1993 Nr. L 95/29.

<sup>673</sup> Die erstmalige Verwendung der Exportklausel genüge bei der Fortführung einer Geschäftsbeziehung als Zustimmung auch nicht. Siehe dazu 2. Kapitel IV. 3. b) aa) (ii) (2).

die Allgemeinen Geschäftsbedingungen bzw. Vertragsklauseln noch nachträglich in die zukünftige Geschäftsbeziehung einbeziehen.

Das Angebot war mit Stellung und Übergabe der Rechnung gegeben. Der EuGH hatte in der Fortführung der Geschäftsbeziehung die Zustimmung gesehen.<sup>674</sup> Wie bei der Analyse des *Bayer-Urteils* bereits festgestellt, kann die Fortführung der Geschäftsbeziehung als Zustimmung zu einer Vereinbarung nur dann genügen, wenn eine lange Geschäftsbeziehung dem Vertragsverhältnis zugrunde liegt und ein Widerspruch des zustimmenden Unternehmens vom Auffordernden gegen eine Vereinbarung erwartet werden kann.<sup>675</sup> Dies aber kann nur vorliegen, wenn das Angebot zu einer Vereinbarung deutlich sichtbar für die andere Partei vorliegt. Im vorliegenden Fall war die Ausführverbotsklausel auf der Vorderseite der Rechnung abgedruckt, also bei Ansicht der Rechnung deutlich erkennbar. Die Händler akzeptierten die Einbeziehung der Klauseln in die bereits bestehende Geschäftsbeziehung, indem sie die Rechnungen zahlten und neue Ware bestellten. Dies wird insbesondere durch das Bestehen der langjährigen Geschäftsbeziehungen zwischen Sandoz und ihren Händlern bestätigt. Eine Einbeziehungsvereinbarung dieser Vertragsklauseln in die zukünftige Geschäftsbeziehung lag nach mehrfacher Verwendung der Rechnungsvordrucke somit vor.

Der einzig eventuell strittige Punkt könnte sein, ob die Interessenlagen zum Zeitpunkt der Einbeziehung miteinander übereinstimmen. Grundsätzlich besteht ein gemeinsames Interesse über die Regelungen über den Gerichtsstand sowie zum jeweiligen Gefahrenübergang. Diese verbindlichen Hinweise waren neben der Ausführverbotsklausel auf den Rechnungen von Sandoz abgedruckt. Bezüglich des Ausführverbotes stellt sich der Sachverhalt allerdings anders dar. Bei Abnehmern, die als Reexporteure der Medikamente nicht in Frage kamen, wie den belieferten Krankenhäusern, lag diese Bestimmung dem Regelungsinteresse des Kaufvertrages fern, da die Möglichkeit zu exportieren de facto nicht bestand. Bei anderen Abnehmern stand die Vereinbarung eines Ausführverbotes den Interessen sogar unter Umständen entgegen. Tatsächlich waren solche Parallelgeschäfte wirtschaftlich durchaus attraktiv. Wenn die Abnehmer trotz dieses jahrzehntelang applizierten Rechnungsaufdrucks die Geschäftsbeziehungen fortgesetzt haben, lässt sich daraus nur schließen, dass ihnen im Zweifel mehr am Bezug der Medikamente lag als an einer festgelegten Regelung der Exportfrage. Man könnte hier an den Gesichtspunkt des versteckten Dissenses denken, soweit diese Rechtsfigur auf Vereinbarungen im Gemeinschaftsrecht Anwendung finden kann.<sup>676</sup> Das vorliegende Problem muss jedoch nicht endgültig gelöst werden, da in dieser Arbeit bereits festgestellt wurde, dass es nicht auf die Interessenlagen der Vereinbarungsparteien

---

<sup>674</sup> EuGH-Urteil vom 11.1.1990, *Sandoz*, Rs. C-277/87, Slg. 1990, I-45, WuW 1990, 993, XX. Wettbewerbsbericht (1990), Z. 155.

<sup>675</sup> Siehe 2. Kapitel IV. 3. b) aa).

<sup>676</sup> *Lübbig* in WuW 1991, 561, 567.

ankommen kann, wenn sie nicht eindeutig und erkennbar nach außen getreten sind.<sup>677</sup> Hier hatten die Händler die Geschäftsbeziehung ohne Widerspruch fortgesetzt und damit ihre Interessen nach außen nicht explizit kundgetan. Die Interessen der Händler müssen damit unberücksichtigt bleiben. Es ist festzuhalten, dass im Fall *Sandoz* Allgemeine Geschäftsbedingungen bzw. Vertragsklauseln vorlagen, die Bestandteil der Geschäftsbeziehung geworden sind.

#### bb) Kontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Nach der Klauselrichtlinie muss die Vertragsklausel missbräuchlich sein. Missbräuchlich bedeutet gem. Art. 3 der Klauselrichtlinie, dass durch ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten ein Nachteil des Verbrauchers verursacht wird. Auf eine solche Missbräuchlichkeit kann es hier jedoch nicht ankommen, da ein Vertrag zwischen zwei Gewerbetreibenden besteht. Hier ist es entscheidend, ob gegen das Gesetz verstoßen wurde.

Der EuGH sah in der Ausführverbotsklausel, die eine Allgemeine Geschäftsbedingung respektive eine Vertragsklausel darstellt, einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG vorliegen. Die Ausführverbotsklausel wurde somit als Regelung innerhalb Allgemeiner Geschäftsbedingungen bzw. Vertragsklauseln anhand des Art. 81 Abs. 1 EG überprüft.

Damit steht fest, dass der EuGH Art. 81 Abs. 1 EG als Überprüfungsmaßstab für die Wirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bzw. Vertragsklauseln herangezogen und eine AGB-Kontrolle durchgeführt hat. Diese Vorgehensweise stimmt mit der oben dargestellten Kommissionsansicht überein.

#### c) Sinn und Zweck der AGB-Kontrolle

Fraglich könnte sein, ob der Sinn und Zweck einer AGB-Kontrolle auch mit der teleologischen Ausrichtung der Wettbewerbsvorschriften vereinbar ist. Würde auch aus dieser Perspektive eine gewisse Äquivalenz bestehen, so könnte man eine europarechtliche AGB-Kontrolle innerhalb der Wettbewerbsvorschriften annehmen.

Die Vorschriften über die Kontrolle der AGB, zum Beispiel im BGB und in der Klauselrichtlinie, sollen verhindern, dass der AGB-Verwender, der die Vertragsgestaltungsfreiheit allein in Anspruch nimmt, den Vertragspartner unter Abbedingung des dispositiven Rechts unangemessen benachteiligt. Somit soll innerhalb der Vertragsgestaltung die schwächere Partei geschützt werden. Liegt eine solche benachteiligende Klausel vor, so ist diese nach dem BGB (§ 306 Abs. 1 BGB) folglich auch nach Art. 6 der Klauselrichtlinie nicht Bestandteil des Vertrages. Mit dieser Regelung wird

---

<sup>677</sup> Siehe dazu 2. Kapitel IV. 2. c) aa).

die Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der schwächeren Partei bei Vertragsschluss wieder hergestellt.

Eine unangemessene Benachteiligung des Händlers durch eine wettbewerbswidrige Vereinbarung spielt bei der Überprüfung einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG jedoch eine nur untergeordnete Rolle. Dies wird insbesondere durch die Unbeachtlichkeit von Druck respektive Zwang bei Entstehung einer Vereinbarung deutlich.<sup>678</sup> In erster Linie sollen die Wettbewerbsvorschriften einen funktionierenden Wettbewerb fördern und garantieren, andererseits kann ein Wettbewerb nur langfristig bestehen, wenn den Vertragspartnern ausreichende Handlungs- und Entscheidungsfreiheit gewährt wird. Wie bereits bei der systematischen Auslegung erläutert, ist die Wahrung des Handlungs- und Entscheidungsspielraums der Marktteilnehmer ein entscheidendes Ziel des Art. 81 EG, denn nur durch die Wahrung dieser Freiheit hat der Wirtschaftsteilnehmer die Möglichkeit sich wettbewerbskonform zu verhalten. Die Bildung von Kartellen beschränkt jedoch eine umfassende Handlungsfreiheit.

Damit wird von Art. 81 EG zwar nicht ausdrücklich die schwächere Partei, wie dies bei einer AGB-Kontrolle der Fall ist, geschützt, aber im Ergebnis haben beide materiellen Prüfungen das Ziel, die Handlungsfreiheit der Vertragsparteien zu gewährleisten. Die primäre Zielsetzung der beiden Prüfungen bleibt jedoch ambivalent. Die AGB-Kontrolle möchte den redlichen Rechtsverkehr schützen und die Wettbewerbsregeln einen funktionsfähigen Wettbewerb ermöglichen, welcher jedoch ohne Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der Unternehmen nicht bestehen könnte. Trotz dieser Unterschiedlichkeit in den primären Schutzrichtungen hat die Handlungsfreiheit einen bedeutsamen Stellenwert, der eine vergleichbare Interessenlage rechtfertigt.

Nach der Gegenüberstellung der jeweiligen Zielsetzungen wird deutlich, dass Art. 81 Abs. 1 EG zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit von AGB bzw. Vertragsklauseln zum Schutze eines wirksamen Wettbewerbs herangezogen werden kann. Diese Überprüfung kommt einer Inhaltskontrolle der AGB-Vorschriften gleich. Jedoch dürfen dabei die unterschiedlichen Zweckrichtungen der vertraglichen und der wettbewerbsrechtlichen Regelungen nicht übersehen werden.

Diese Ansicht wird indirekt auch von der Kommission bestätigt, indem sie in ihrer Mitteilung vom 11.10.2004 erklärt, dass sie nicht beabsichtigt, separate Leitlinien zur Entwicklung und Verwendung von AGB zu veröffentlichen.<sup>679</sup> Dies ist, wie eben in Bezug auf Art. 81 Abs. 1 EG festgestellt wurde, aufgrund der bestehenden Vorschriften auch nicht zwingend.

---

<sup>678</sup> Siehe 2. Kapitel VI. 1. b).

<sup>679</sup> Mitteilung der Kommission, KOM [2004] 651 endg., Nr. 2.2.3.2.

#### d) Schlussfolgerung

Im Rahmen des Bestehens einer umfassenden Handlungs- und Entscheidungsfreiheit und aufgrund der Prüfungsmethode des EuGH im Fall *Sandoz* und der Ansicht der Kommission in diesem Bereich ist es vertretbar, von einer AGB-Kontrolle im EG-Recht anhand der Europäischen Wettbewerbsvorschriften zu sprechen.

Einerseits ist jedoch zu beachten, dass Art. 81 Abs. 1 EG nicht anwendbar ist, sofern Art. 81 Abs. 3 EG eingreift. Dies könnte bei Geschäftsbedingungen, welche die wirtschaftliche Verflechtung im Gemeinsamen Markt oder die Entwicklung neuer Märkte und die Verbesserung der Lieferbedingungen fördern, der Fall sein.<sup>680</sup> Andererseits ist bei dem einseitigen Stellen der AGB von einer Partei genau zu prüfen, ob wirklich eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG vorliegt oder ob durch eine restriktivere Auslegung des Begriffs eine Vereinbarung tendenziell abzulehnen ist.

## VII. Prüfung von scheinbar einseitigen Maßnahmen

Nachdem in dieser Arbeit alle Probleme bezüglich des Vorliegens scheinbar einseitiger Maßnahmen dargestellt worden sind und Lösungswege aufgezeigt wurden, folgt nun die Zusammenfassung der gefundenen Leitlinien für die Feststellung einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG.

### 1. Zwei Fallgruppen

Innerhalb der Fragestellung der scheinbar einseitigen Maßnahmen wird in zwei Fallgruppen unterschieden, die durch die beiden Grundsatzentscheidungen in dieser Arbeit veranschaulicht wurden. Zum einen wurde die *Fallgruppe der nachträglichen Zustimmung* und zum anderen die *Fallgruppe der vorherigen Zustimmung* behandelt.

Die zwei Fallgruppen können nicht vollkommen voneinander getrennt betrachtet werden. Insbesondere in der letztgenannten Fallgruppe können bestimmte Umstände dazu führen, dass das Einfügen einer wettbewerbswidrigen Maßnahme in den Händlervertrag abgelehnt und auf die Voraussetzungen der ersten Fallgruppe zurückgegriffen werden muss.

Dennoch wird bei der Zusammenfassung der Voraussetzungen im Folgenden zwischen den zwei Fallgruppen unterschieden, und gegebenenfalls bei der Prüfung die Möglichkeit der Verweisung auf die jeweilige andere Fallgruppe genutzt.

---

<sup>680</sup> Bekanntmachung der Kommission vom 6.1.2001, ABl. EG 2001 Nr. C 3/2, Erwägungsgrund Nr. 169.

## 2. Zusammenfassung der Fallgruppe der nachträglichen Zustimmung

Die Zusammenfassung der Voraussetzungen zu der *Fallgruppe der nachträglichen Zustimmung* ergibt sich aus der Analyse des *Bayer-Urteils*<sup>681</sup> sowie aus der Auslegung des Vereinbarungsbegriffs.

### a) Willensübereinstimmung

Grundsätzlich muss für den Begriff der Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG eine Willensübereinstimmung vorliegen, die sich aus einer Aufforderung des Herstellers zu einer bestimmten Maßnahme und einer Zustimmung des Händlers zu dieser Maßnahme zusammensetzt.

#### aa) Aufforderung des Herstellers

Neben dem Vorliegen einer ausdrücklichen Vereinbarung zwischen dem Hersteller und dem Händler kann eine Vereinbarung auch aus dem Verhalten der Beteiligten abgeleitet werden. Grundsätzlich wird der Nachweis einer Vereinbarung dann erleichtert, wenn zumindest auf Seiten des Herstellers eine klar artikulierte Willensäußerung, in Form einer Aufforderung, bestimmte Maßnahmen zu setzen oder zu unterlassen, vorliegt.<sup>682</sup> Bei Fehlen dieser ausdrücklichen Aufforderung, muss sich aus den Umständen primär erkennen lassen, ob nach dem objektiven Empfängerhorizont überhaupt ein Aufforderungswille bzw. ein Vereinbarungswille vom Hersteller existiert.

Dieser Vereinbarungswille, der aufgrund objektiver Umstände erkennbar sein muss, kann sich aus dem Vorliegen einer mitwirkungsbedürftigen Maßnahme ergeben. Ist zur Umsetzung einer wettbewerbswidrigen Maßnahme die Mitwirkung des Händlers notwendig, so muss der Hersteller sich bemühen, diese zu erreichen, indem er eine Vereinbarung mit dem Händler schließt. Ebenso kann aus der Einführung eines Kontroll- und Sanktionssystems durch den Hersteller ein Vereinbarungswille abgeleitet werden. Ist nach Ansicht des Herstellers eine Vereinbarung geschlossen, so versucht er in den meisten Fällen eine erfolgreiche Umsetzung dieser mit der Einführung eines Kontroll- und Sanktionssystems abzusichern. Diese beiden Punkte stellen eine Indizwirkung für das Vorliegen eines Vereinbarungswillens seitens des Herstellers dar.

Gesetzliche Verpflichtungen können nicht zum Bestehen einer Aufforderung führen. Auch dann nicht, wenn eine Maßnahme des Herstellers sich aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen stärker auf den Händler auswirkt, als eine Maßnahme ohne gesetzliche Vorschriften. Folglich

---

<sup>681</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

<sup>682</sup> Vgl. EuG-Urteil vom 21.10.2003, *General Motors*, Rs. T-368/00, Slg. 2003, II-4491 Rnr. 88: „Das Gericht ist daher der Auffassung, dass nicht rechtlich hinreichend nachgewiesen wurde, dass die Maßnahme restriktiver Belieferung den Vertragshändlern mitgeteilt wurde, und erst recht nicht, dass diese Maßnahme in die Vertragsbeziehungen zwischen Opel Nederland und ihren Vertragshändlern einbezogen wurde.“

können Gesetze keine Elemente einer Vereinbarung darstellen. Vereinbarungen i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG können nur zwischen zwei Unternehmen geschlossen werden.

#### bb) Zustimmung der Händler

Eine Zustimmung der Händler muss nicht ausdrücklich geäußert werden, sondern kann gleichwohl wie die zugrunde liegende Aufforderung konkludent zum Ausdruck gebracht werden.

In der Fortführung einer Geschäftsbeziehung kann beispielsweise eine Zustimmung durch konkludentes Verhalten gesehen werden, wenn bestimmte Kriterien vorliegen. Die Kriterien sind zum einen eine langjährige Geschäftsbeziehung, in der sich ein bestimmtes Vertrauensverhältnis zwischen Hersteller und Händler gebildet hat. Aufgrund dieses Vertrauensverhältnisses kann der Hersteller von einer Zustimmung durch die Fortführung der Geschäftsbeziehung ausgehen, wenn in der bisherigen Praxis der Geschäftsbeziehung in ähnlichen Situationen keine ausdrückliche Zustimmung oder Widerspruch erfolgten. Schließlich kann der Hersteller auf diese Art von Zustimmung vertrauen, denn es ist davon auszugehen, dass dem Händler die Bedeutung seines Verhaltens bewusst ist. Zum anderen muss die Aufforderung zur Bildung einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung vom Hersteller in einer Weise dem Händler kundgetan worden sein, dass sich dieser der Aufforderung nicht entziehen kann.

Eine Zustimmung kann ferner auf den erkennbar erklärten Willen gestützt werden. Liegt ein solcher, wie z. B. die Durchführung der Maßnahme oder Unterschrift auf einem Rundschreiben, nicht vor, muss auf den wirklichen Willen des Händlers abgestellt werden. Der kann sich wiederum nur aus den vorliegenden Umständen ergeben, wie zum Beispiel die Nichtbefolgung eines auferlegten Exportverbotes oder Preisempfehlungen. Die Interessen der jeweiligen Parteien können bei der Ermittlung der Sachlage unbeachtet bleiben, wenn sie nicht deutlich, wie zum Beispiel durch einen Widerspruch des Händlers, erkennbar sind.

Durch das Einfügen einer Maßnahme des Herstellers in eine bestehende Geschäftsbeziehung, die keinen Rahmenvertrag, wie zum Beispiel beim Vorliegen eines selektiven Vertriebssystems, darstellt, kann keine Zustimmung bewiesen werden. Eine einfache Geschäftsbeziehung entspricht nicht dem Charakter eines Vertriebsvertrages, der durch konkret festgelegte Pflichten eine Bindung zwischen Hersteller und Händler erzeugt und ein Einfügen einer später erfolgten Maßnahme in eine bereits bestehende Vereinbarung rechtfertigt.

#### b) Zusammenfassung

Ähnlich dem Zustandekommen eines Vertrages im Zivilrecht muss für das Vorliegen einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG innerhalb der *Fallgruppe der nachträglichen Zustimmung* eine Willensübereinstimmung, bestehend aus einer Aufforderung und einer

Zustimmung, gegeben sein. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen muss im Einzelnen aus den vorliegenden Umständen bestimmt werden.

### **3. Zusammenfassung der Fallgruppe der vorherigen Zustimmung**

Die Zusammenfassung der *Fallgruppe der vorherigen Zustimmung* ist das Ergebnis der Analyse des *VW II-Urteils*<sup>683</sup> und der Auslegung des Vereinbarungsbegriffs.

#### a) Willensübereinstimmung

Ebenso wie bei der *Fallgruppe der nachträglichen Zustimmung* muss in der vorliegenden Fallgestaltung eine Willensübereinstimmung für das Vorliegen einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG bestehen.

Die Willensübereinstimmung liegt innerhalb dieser Fallgestaltung in dem Abschluss eines Händlervertrages, der die Rahmenvereinbarung zu dem jeweilig vorliegenden Vertriebssystem bildet. Mit Vertriebssystemen sind Alleinbezugs-, Alleinvertriebsvereinbarungen, selektive Vertriebssysteme oder sich daraus ergebende Mischverträge gemeint. Diese Vertriebssysteme begründen eine enge und intensive Pflichtenbindung, und allein dieser Unterschied im Gegensatz zu den einfachen Geschäftsbeziehungen kann eine vorherige Zustimmung zu einer späteren Maßnahme begründen.

Die Aufforderung des Herstellers liegt im Angebot gegenüber dem Händler zur Aufnahme in das jeweilige Vertriebssystem. Mit der Unterschrift unter den Vertriebsvertrag nimmt der Händler das Angebot an und erklärt sich gleichzeitig mit der im Vertriebsvertrag zugrunde liegenden Unternehmenspolitik und den dazu festgesetzten Rahmen einverstanden.

#### b) Einfügen der Maßnahme des Herstellers

Die später vom Hersteller ergriffene wettbewerbswidrige Maßnahme muss sich in die mit Abschluss des Vertriebsvertrages vorliegende Vereinbarung einfügen. Sie muss ein Bestandteil dieser Vereinbarung sein. Dies kann nur vorliegen, wenn ein entsprechender Vorbehalt im Vertrag für die Maßnahme des Herstellers enthalten ist oder sich das Einfügen aus einer Gepflogenheit des Handelsverkehrs ergibt, die den Vertriebsvertrag konkretisiert hat.

---

<sup>683</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141.

#### aa) Vorbehalt

Wie der Vorbehalt im Vertriebsvertrag, der die Legitimation für die spätere wettbewerbswidrige Maßnahme des Herstellers bildet, tatsächlich ausgestaltet sein muss, wurde in der bisherigen Rechtsprechung nicht konkret festgelegt. Doch aufgrund der Notwendigkeit einer bestehenden Rechtssicherheit für den Händler bei Abschluss des Vertriebsvertrages muss der Vorbehalt eine Art Generalklausel sein, die so formuliert sein muss, dass sie ausfüllungsbedürftig ist. Diese inhaltliche Ausfüllung der Generalklausel darf nur dem Hersteller zustehen, und aus der Klausel selbst muss der Händler eine mögliche spätere Konkretisierung erkennen. Dieser Vorbehalt kann auch in der Präambel eines Vertriebsvertrages enthalten sein.

#### bb) Gepflogenheiten des Handelsverkehrs

Die durch einen Händlervertrag festgelegte Vertriebspolitik kann durch das Vorliegen von Gepflogenheiten des Handelsverkehrs konkretisiert werden. Mit dem Abschluss des Vertriebsvertrages akzeptiert der Händler die Gepflogenheiten im vertraglichen Verhältnis zum Hersteller, die der Hersteller innerhalb seiner Vertriebspolitik bestimmt. Die Angewohnheiten entstehen durch immer wiederkehrende Übungen und sind für den Händler erkennbar, bevor sie vom Hersteller tatsächlich bekannt gegeben oder umgesetzt werden. Für das Bestehen einer Gepflogenheit sind die Kriterien der Systematik und Beständigkeit wichtig.

#### cc) Widerspruch

Ein Einfügen der Maßnahme in den Vertriebsvertrag kommt nicht in Betracht, wenn der Händler der Maßnahme widerspricht. Der Widerspruch der Händler ist die deutlichste Form der Äußerung, dass die Händler mit dem Hersteller nicht einen gemeinsamen Willen teilen möchten. Eine eventuell vorliegende Verbindung zwischen der wettbewerbswidrigen Maßnahme des Herstellers und dem Händlervertrag wird damit gelöst.

Der Widerspruch kann ausdrücklich vom Händler geäußert werden oder konkludent erfolgen. Ein konkludenter Widerspruch kann unter Umständen in der Nichtumsetzung der vom Händler geforderten Maßnahme gesehen werden. Somit ist bei mitwirkungsbedürftigen Maßnahmen genau zu überprüfen, ob wirklich ein gemeinsamer Wille zwischen dem Hersteller und dem Händler vorliegt.

#### c) Nachträgliche Zustimmung

Eine nachträgliche Zustimmung innerhalb der *Fallgruppe der vorherigen Zustimmung* kommt nur dann in Betracht, wenn kein Vorbehalt im Händlervertrag, keine erkennbare Gepflogenheit im Handelsverkehr vorliegt oder wenn sich der Händler nach einem geäußerten Widerspruch doch noch zugunsten des Herstellers entschieden hat. Die Kriterien für eine

nachträgliche Zustimmung sind den Ausführungen zur *Fallgruppe der nachträglichen Zustimmung* zu entnehmen.

#### d) Zusammenfassung

Wenn ein Vertriebsvertrag zwischen einem Hersteller und einem Händler vorliegt, kann sich eine wettbewerbswidrige Maßnahme des Herstellers in diesen einfügen. Dafür muss ein Vorbehalt im Vertrag vorgesehen sein, oder die Maßnahme muss einer Gepflogenheit im Handelsverkehr entsprechen. Der Vertriebsvertrag stellt nach Erfüllung dieser Voraussetzung eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG dar.

#### **4. Beweislast für das Vorliegen einer Vereinbarung**

Grundsätzlich tragen die Kommission auf europäischer Ebene und die jeweiligen Wettbewerbsbehörden auf nationaler Ebene die Beweislast für das Vorliegen einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG i. V. m. Art. 2 Satz 1 VO 1/2003, da diese Behörden in den meisten Fällen den Vorwurf der Wettbewerbswidrigkeit der jeweiligen Maßnahme erheben. Eine Beweislastumkehr würde zulasten der Unternehmen gehen. Die Unternehmen haben aber nicht die Möglichkeit, wie die Kommission oder die nationalen Wettbewerbsbehörden nach der VO 1/2003 umfassend in der Sache zu recherchieren. Eine Beweiserbringungspflicht für die Unternehmen kann gegebenenfalls dann vorliegen, wenn eine Vereinbarung bereits von der Kommission oder den nationalen Wettbewerbsbehörden hinreichend bewiesen wurde und als Akt der Verteidigung von den Unternehmen wahrgenommen wird. Doch dann spricht man im Grunde genommen nicht mehr von einer Beweislastumkehr, sondern eher von einer Verteidigungshandlung.

### **VIII. Ergebnis des zweiten Kapitels**

Das Ziel dieses Kapitels war es, Leitlinien für die Voraussetzungen einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG zu finden.

Auf den ersten Blick erscheinen diese gefundenen Leitlinien klar und deutlich und für jedermann verständlich. Man könnte fast annehmen: trivial. Genau dieses Ziel sollte jedoch mit der Ausarbeitung der Leitlinien erreicht werden. Sie sollen für den Nichtjuristen erklärt werden und leicht verständlich sein, um eine Anwendung auf das eigene unternehmerische Handeln möglich zu machen. Diese Klarheit wurde von den Europäischen Gerichten und der Europäischen Kommission bisher in ihren Entscheidungen nicht erreicht.

Ferner wurde in diesem Kapitel deutlich gemacht, dass eine weite Auslegung des Vereinbarungsbegriffs innerhalb des Art. 81 EG weder mit dem Gesetz noch durch die üblichen Auslegungsregeln gerechtfertigt werden kann. Es muss für jede Vereinbarung eine

Willensübereinstimmung vorliegen, und diese Voraussetzung kann nicht mit Gründen, wie dem umfassenden Schutz des Wettbewerbs und der gewünschten Einheit des Binnenmarktes, umgangen werden.

## **Drittes Kapitel: Konsequenzen**

Abschließend wird im dritten Kapitel dieser Arbeit auf die Konsequenzen für die Kommission bzw. die nationalen Wettbewerbsbehörden und die Hersteller aufgrund der abgeleiteten Ergebnisse im zweiten Kapitel eingegangen. Dabei steht im ersten Teil die Frage im Vordergrund, welche Alternativen zu Art. 81 Abs. 1 EG zur Bekämpfung der Exportverbote gegeben sein könnten. Im Gegensatz dazu werden im zweiten Teil in Bezug auf die Hersteller nach Maßnahmen gesucht, die den Parallelhandel beschränken, aber nicht unter den Europäischen Wettbewerbsregeln subsumiert werden können.

### **I. Konsequenzen für die Wettbewerbsbehörden**

In den Urteilen *Bayer*<sup>684</sup> und *VW II*<sup>685</sup> hat die Europäische Kommission empfindliche Niederlagen hinnehmen müssen. Für die Europäische Kommission und die nationalen Wettbewerbsbehörden ist es nun an der Zeit, neue Wege zu finden, um die Hersteller an der Durchführung einseitiger Vertriebspraktiken zu hindern und damit dem im EG-Vertrag zugrunde gelegten Leitbild des unverfälschten Wettbewerbs gem. Art. 3 Abs. 1 lit. g EG gerecht zu werden. Dieser Grundsatz fordert, dass gegen jedes Wettbewerbsverhalten der Unternehmen vorgegangen werden muss, das geeignet ist, den Wettbewerb zu verfälschen. Exportverbote sind geradezu ein Musterbeispiel wettbewerbswidrigen Verhaltens. Wie in der bisherigen Arbeit festgestellt wurde, können die neuen Wege nicht über Art. 81 Abs. 1 EG führen, da dieser sonst entgegen den in dieser Arbeit analysierten Grenzen zu weit ausgelegt werden würde.

#### **1. Weg über Art. 82 EG**

Ein neuer Weg könnte über den Art. 82 EG führen. Bisher wurde festgestellt, dass Art. 81 EG keine einseitigen Maßnahmen eines Herstellers erfasst. Unter Art. 82 EG hingegen können einseitige Maßnahmen eines Unternehmens subsumiert werden, wenn das handelnde Unternehmen gleichzeitig marktbeherrschend ist.

Im Folgenden wird die Anwendbarkeit des Art. 82 EG auf die Problematik der scheinbar einseitigen Maßnahmen genauer untersucht und besonders auf die bekannten

---

<sup>684</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

<sup>685</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, *VW II*, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141.

Fallkonstellationen innerhalb dieser Problematik eingegangen. Käme man bei dieser Untersuchung zum Ergebnis, dass Art. 82 EG die Fälle von einseitigen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen erfasst, die nicht unter Art. 81 EG subsumiert werden können, dann wäre ein lückenloser Schutz eines unverfälschten Wettbewerbs im EG-Vertrag gewährleistet.

a) Die marktbeherrschende Stellung

Bevor von einer marktbeherrschenden Position gesprochen werden kann, muss der relevante Markt, auf dem das fragliche Unternehmen agiert, definiert werden.<sup>686</sup> Auf dem relevanten Markt müssen anschließend bestimmte Beurteilungskriterien vorliegen, die von der Kommission und von den Europäischen Gerichten bei der Bestimmung der Marktbeherrschung herangezogen werden. Diese Kriterien lassen sich unter den Kategorien Marktstruktur, Unternehmensstruktur und Marktverhalten zusammenfassen.

Anhand des Kriteriums der Marktstruktur wird die Wettbewerbssituation auf dem relevanten Markt insbesondere anhand des Marktanteils bestimmt. Der Marktanteil eines Unternehmens verdeutlicht in besonderem Maße, in welchem Umfang ein Unternehmen Produktion und Verteilung von Gütern auf dem relevanten Markt kontrolliert und damit anderen Wettbewerbern entzieht.<sup>687</sup> Ein außergewöhnlich hoher Marktanteil, das heißt höher als 75 %, reicht für die Annahme einer beherrschenden Stellung aus.<sup>688</sup> Liegt der Marktanteil darunter, müssen zur Bestimmung der Marktbeherrschung weitere Aspekte herangezogen werden, wie zum Beispiel der Marktanteil der Konkurrenzunternehmen oder eventuell bestehende Marktzutrittsschranken, aus denen Rückschlüsse auf die Position des zu untersuchenden Unternehmens gezogen werden können.<sup>689</sup>

Lässt sich aufgrund der Marktstrukturanalyse keine konkrete Aussage zum Vorliegen einer beherrschenden Stellung treffen, muss die Unternehmensstruktur genauer untersucht werden. In der Unternehmensstrukturanalyse geht es um die Frage, welche unternehmensspezifischen Eigenschaften und Fähigkeiten die Überlegenheit des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber seinen Wettbewerbern begründen.<sup>690</sup> Dabei spielen technologischer Vorsprung, kommerzielle Überlegenheit, Wirtschafts- und Finanzkraft, Verflechtung mit anderen

---

<sup>686</sup> Siehe 1. Kapitel III. 1. a) aa).

<sup>687</sup> *Jung* in: Grabitz/Hilf, Europäische Union, Art. 82 EGV Rnr. 56.

<sup>688</sup> *Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86 EGV Rnr. 74; *Wesseley* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht VI. Band, Normadressaten Art. 82 Rnr. 108.

<sup>689</sup> *Jung* in: Grabitz/Hilf, Europäische Union, Art. 82 EGV Rnr. 83.

<sup>690</sup> *Jung* in: Grabitz/Hilf, Europäische Union, Art. 82 EGV Rnr. 87.

Unternehmen und vertikale Verflechtung aller Unternehmensaktivitäten eine entscheidende Rolle.<sup>691</sup>

Das Marktverhalten als dritte Kategorie bei der Bestimmung einer beherrschenden Stellung hat in der bisherigen Entscheidungspraxis zu Art. 82 EG keine selbständige Bedeutung erlangt,<sup>692</sup> denn allein ein als bedenklich angesehenes Verhalten begründet für sich allein noch nicht die Annahme einer Marktbeherrschung. Das Verhalten muss vielmehr auf den mangelnden Wettbewerbsdruck oder auf eine vorhandene Wettbewerbsverhinderungsmacht zurückgeführt werden.<sup>693</sup> Innerhalb des Kriteriums des Marktverhaltens verdient die Preispolitik besondere Aufmerksamkeit, weil sie auf das Vorhandensein einer Preisbestimmungsmacht hinweisen kann.<sup>694</sup> Aber auch Investitions-, Produktions- und Absatzpolitik des führenden Unternehmens können Rückschlüsse auf eine beherrschende Stellung zulassen.<sup>695</sup>

Am Ende der Prüfung sind die Kategorien in einer Gesamtabwägung zu beurteilen, und es muss festgestellt werden, ob sie den beiden Elementen der Definition einer marktbeherrschenden Stellung<sup>696</sup> entsprechen. Das fragliche Unternehmen muss demzufolge die Fähigkeit zu einem unabhängigen Verhalten und damit die Möglichkeit zur Verhinderung eines wirksamen Wettbewerbs besitzen.<sup>697</sup>

In den Entscheidungen der Europäischen Gerichte, die dieser Arbeit für das Problem der scheinbar einseitigen Maßnahmen zugrunde lagen, wurde von der Kommission nicht auf Art. 82 EG abgestellt, da eine marktbeherrschende Stellung aufgrund der Marktanteile nicht vorlag.<sup>698</sup> Fraglich ist, ob abgesehen von einem hohen Marktanteil, die Unternehmen in diesen Fallkonstellationen zu einem unabhängigen Verhalten, welches zu einer Verhinderung des Wettbewerbs führen kann, überhaupt fähig waren.

#### aa) Hersteller als Anbieter von Produkten

Im Folgenden soll untersucht werden, ob ein Hersteller gegenüber seinen Vertriebshändlern als Anbieter von Produkten eine marktbeherrschende Stellung besitzen kann.

---

<sup>691</sup> *Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86 EGV Rnr. 89-93; *Jung* in: Grabitz/Hilf, Europäische Union, Art. 82 EGV Rnr. 89-93; *Schröter* in: Schröter/Jacob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rnr. 109-114; *Wessely* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht VI. Band, Normadressaten Art. 82 Rnr. 119.

<sup>692</sup> *Schröter* in: Schröter/Jacob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rnr. 115; *Wessely* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht VI. Band, Normadressaten Art. 82 Rnr. 137.

<sup>693</sup> *Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86 EGV Rnr. 95.

<sup>694</sup> *Jung* in: Grabitz/Hilf, Europäische Union, Art. 82 EGV Rnr. 99.

<sup>695</sup> *Schröter* in: Schröter/Jacob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rnr. 117.

<sup>696</sup> Zur Definition einer marktbeherrschenden Stellung siehe 1. Kapitel III. 1. a) bb).

<sup>697</sup> *Grill* in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, Art. 82 EGV Rnr. 12; *Jung* in: Grabitz/Hilf, Europäische Union, Art. 82 EGV Rnr. 56.

<sup>698</sup> Vgl. z. B. Entscheidung der Kommission vom 10.1.1996, *Bayer*, ABl. EG 1996 Nr. L 201/1, 8 Rnr. 23 ff.; Entscheidung der Kommission vom 28.1.1998, *VW I*, ABl. EG 1998 Nr. L 124/60 Rnr. 7 ff.

Aus der bisherigen Arbeit ging deutlich hervor, dass es für ein Vertriebssystem charakteristisch ist, dass gegenüber den Händlern ein Abhängigkeitsverhältnis zum Hersteller, mit der Möglichkeit den Intra-brand-Wettbewerb zu beschränken, besteht. Der Hersteller hat somit einen gewissen Verhaltensspielraum gegenüber seinen Händlern, der zu einer marktbeherrschenden Stellung führen könnte.

(i) Abgrenzung in Teilmärkte

Eine Angebotsdominanz des Herstellers könnte sich durch eine Abgrenzung in Teilmärkte ergeben. Wird der relevante Markt entsprechend eng definiert, kann eher von einer dominanten Stellung eines Unternehmens ausgegangen werden als bei einer weiten Marktdefinition.

Ein sachlich relevanter Markt besteht immer aus Produkten, die für den Verbraucher bzw. Abnehmer substituierbar sind. Für die Bestimmung der Austauschbarkeit sind Verwendungszweck und Eigenschaften entscheidend. Eine vollständige Austauschbarkeit der Produkte oder Dienstleistungen ist hierfür nicht erforderlich.<sup>699</sup> Entscheidend ist vielmehr, ob die in Betracht kommenden Waren und Dienstleistungen nach Preis, Qualität, Verwendungszweck und Verbrauchergewohnheiten geeignet sind, einen gleich bleibenden Bedarf zu befriedigen.<sup>700</sup>

Teilmärkte können entstehen, wenn Produkte durch bestimmte Umstände individualisiert werden können, obwohl sie mit an sich gleicher Eignung für die Bedarfsbefriedigung austauschbar wären. Dies kann der Fall sein, wenn der Hersteller durch Aufbau einer besonders leistungsfähigen Vertriebsorganisation oder durch gezielte Werbe- und Verkaufsförderungskampagnen seine Erzeugnisse so weit individualisiert hat, dass sie von den Verbrauchern als einzigartig und mit keinem anderen vergleichbaren Produkt als ersetzbar angesehen werden.<sup>701</sup> Diese Umstände können gerade bei Vorliegen von Verbraucherpräferenzen gegeben sein.<sup>702</sup>

Verbraucherpräferenzen entstehen, sobald sich eine Vielzahl von Verbrauchern beispielsweise aus Gewohnheit an ein bestimmtes Produkt gebunden fühlen und dieses als nicht mit anderen, ansonsten vergleichbaren Produkten ansehen. Zu beachten ist jedoch, dass es sich bei den Verbrauchervorlieben um ein höchst fragiles und schwer bestimmbares, subjektives Kriterium handelt. Deswegen wird in der Literatur für eine enge Marktabgrenzung teilweise verlangt, dass sich die Präferenz zu einer Exklusivität gesteigert hat.<sup>703</sup> Dies liegt zum Beispiel dann vor, wenn ein berühmter Autor, für den sich eine Verbraucherpräferenz feststellen lässt,

---

<sup>699</sup> EuGH-Urteil vom 9.11.1983, *Michelin*, Rs. 322/81, Slg. 1983, 3461 Rnr. 48.

<sup>700</sup> *Grill* in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, Art. 82 EGV Rnr. 5.

<sup>701</sup> *Schröter* in: Schröter/Jacob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rnr. 142.

<sup>702</sup> Bekanntmachung der Kommission, ABl. EG 1997 Nr. C 372/5 Nr. 41; *Roth/Ackermann* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht VI. Band, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG Rnr. 281.

<sup>703</sup> *Schröter* in: Schröter/Jacob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rnr. 142.

ausschließlich bei einem einzigen Verlag unter Vertrag steht und seine Bücher deshalb nur bei diesem Verlag erhalten werden können.

In Bezug auf diese genannten engen Voraussetzungen können sich bei den in der Arbeit genannten Entscheidungen keine Teilmärkte bestimmen lassen. Insbesondere in der Automobilindustrie können weder zur Exklusivität gesteigerte Verbraucherpräferenzen festgestellt werden, noch sind die Produkte durch besondere Werbung oder Vertriebsstrukturen ausreichend individualisiert worden. Ein VW hat die gleiche Grundausstattung wie ein Ford und beide werden zur Fortbewegung genutzt.

Ebenso kann im Pharmasektor kein relevanter Teilmarkt aufgrund von Verbraucherpräferenzen entstehen. Das Medikament Adalat in der Rechtssache *Bayer*<sup>704</sup> ist ein Herzmedikament, das jederzeit durch ein anderes mit einem ähnlichen Wirkstoff ersetzt werden kann. Benötigt der Verbraucher ein Medikament zur Behandlung seines Herzleidens und ist sein bisheriges Medikament nicht verfügbar, dann hat der Verbraucher Ausweichmöglichkeiten auf ein anderes Herzmedikament von einem anderen Hersteller. Aufgrund der Wichtigkeit des Medikaments kann sich ein Kunde in einer solchen Situation keine Verbraucherpräferenz leisten. Etwas anderes könnte sich ergeben, wenn man annimmt, dass der Patient aufgrund des vom Arzt ausgefüllten Rezepts keine Wahlmöglichkeit hat und somit nicht die Verbraucherpräferenz ausschlaggebend ist, sondern die Präferenzen des Arztes, der das rezeptpflichtige Medikament verschreibt. Dieser Ansicht wird bei der speziellen Betrachtung des Pharmamarktes konkreter nachgegangen.

Grundsätzlich ist jedoch festzustellen, dass es keine Sondermarktsegmentierung aufgrund von Verbraucherpräferenzen innerhalb der Produktmärkte für die genannten Entscheidungen gibt. Eine Ausnahme zu dieser Feststellung könnte eventuell bei einer Angebotsknappheit vorliegen, die zu einer drastischen Senkung der Intensität des Wettbewerbs führt.<sup>705</sup> Die Händler werden dann von ihren Lieferanten vollständig abhängig, und der Lieferant nimmt eine marktbeherrschende Stellung ein. Eine Konkurrenz zu den anderen Lieferanten besteht nicht mehr, da alle Lieferanten mit den gleichen Versorgungsproblemen konfrontiert sind und nicht im Zuge einer Belieferung anderer Kunden einspringen können.<sup>706</sup>

#### (ii) Eine rein vertikale Dominanz

Eine weitere Möglichkeit, die Anwendung von Art. 82 EG zu begründen, könnte darin bestehen, eine rein vertikale Dominanz, die sich allein auf das Verhältnis Hersteller - Händler bezieht, als Marktbeherrschung im Sinne des Art. 82 EG anzuerkennen.

Um eine beherrschende Stellung in dieser Beziehung jedoch annehmen zu können, müssen in erster Linie die von der Rechtsprechung geforderten hohen Marktanteile gegenüber den

---

<sup>704</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, *Bayer*, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

<sup>705</sup> *Wessely* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht VI. Band, Normadressaten Art. 82 EG Rnr. 90.

<sup>706</sup> Entscheidung der Kommission vom 19.4.1977, *ABG Ölkrise*, ABl. EG 1977 Nr. L 117/1.

Konkurrenten außer Betracht gelassen werden, denn diese Marktanteile wirken sich nicht auf die Beziehung zwischen Hersteller und Händler aus. Das Vorliegen eines hohen Marktanteils ist zwar nach Ansicht der Rechtsprechung und in der Literatur das ausschlaggebende Merkmal für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung, doch ein hoher Marktanteil allein bestätigt noch nicht das Vorliegen von Art. 82 EG. Deswegen sind im Folgenden für die Überlegungen die Marktanteile außer Betracht zu lassen.

Grundsätzlich spricht gegen die Konstellation der vertikalen Dominanz die Definition der beherrschenden Stellung, die ein unabhängiges Handeln gegenüber den Konkurrenten verlangt. Im Fall einer vertikalen Dominanz fehlt es an einer solchen horizontalen Machtposition. Unabhängig von der Beziehung zwischen Hersteller und Händler ist der Verbraucher in seiner Verwendungsabsicht frei und wird nicht durch den Hersteller beeinflusst. Aufgrund dessen wird in der Literatur das Vertikalverhältnis als Rahmen für eine beherrschende Stellung teilweise abgelehnt.<sup>707</sup>

Der EuGH hat bisher nur in einer Rechtssache das Abhängigkeitsverhältnis zwischen Hersteller und Händler bei der Bestimmung der Marktbeherrschung herangezogen. In der Rechtssache *Hugin*<sup>708</sup> ging es um den Bezug von Ersatzteilen durch die Händler für die von Hugin hergestellten Kassenregister. Da diese Kassenregister nur mit Ersatzteilen von Hugin repariert werden konnten, waren die Händler in Bezug auf die Ersatzteile abhängig vom Hersteller. Der EuGH hatte aufgrund einer engen Marktabgrenzung einen Monopolmarkt festgestellt, indem er als relevanten Markt den Markt der Ersatzteile für Hugin-Kassenregister bestimmte, auf dem Hugin folglich der einzige Anbieter war.<sup>709</sup> Die Annahme der beherrschenden Stellung stützte sich auf ein vertikales Kriterium, nämlich auf die mangelnde Ausweichmöglichkeit der Abnehmer.<sup>710</sup> Dennoch hatte der EuGH im Wege der engen Marktabgrenzung festgestellt, dass keinerlei horizontaler Wettbewerb mehr bestand. Somit bewirkte das bestehende Abhängigkeitsverhältnis zwischen Hersteller und Händler nicht nur einen Verhaltensspielraum im vertikalen Verhältnis, sondern auch horizontal gegenüber den Konkurrenten.

Die Methode des EuGH, das Problem der vertikalen Dominanz im Wege einer engen sachlichen Marktabgrenzung auf der horizontalen Ebene zu lösen, eignet sich demnach nicht, wenn innerhalb der Lieferbeziehung des Herstellers zum Händler eine Vielzahl von Erzeugnissen oder Dienstleistungen angeboten wird, die verschiedenen Märkten zuzuordnen sind.<sup>711</sup> Dann muss eine beherrschende Stellung allein aus dem Vertikalverhältnis abgeleitet werden.

---

<sup>707</sup> *Dirksen* in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Art. 82 Rnr. 13.

<sup>708</sup> EuGH-Urteil vom 31.5.1979, Rs. 22/78, Slg. 1979, 1869.

<sup>709</sup> EuGH-Urteil vom 31.5.1979, *Hugin*, Rs. 22/78, Slg. 1979, 1869 Rnr. 7.

<sup>710</sup> EuGH-Urteil vom 31.5.1979, *Hugin*, Rs. 22/78, Slg. 1979, 1869 Rnr. 7, 8.

<sup>711</sup> *Schröter* in: Schröter/Jacob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rnr. 76.

Die Annahme einer Marktmacht im Vertikalverhältnis wird in Teilen der Literatur<sup>712</sup> in Anlehnung an die Lehre vom „partenaire obligatoire“ befürwortet. Nach dieser Lehre begründet sich die beherrschende Stellung eines Unternehmens aus der Bindung eines Wettbewerbsteilnehmers an den anderen. Gestützt wird diese Ansicht auf das Argument, dass die Kommission und die Rechtsprechung die Abhängigkeit der Händler bei Vorliegen eines Monopols des Herstellers als ausschlaggebendes Kriterium für die beherrschende Stellung anerkannt hätten. Dies müsse nun ebenso auf andere Fälle erstreckt werden, in denen die Abnehmer keine hinreichende Wahl- und Ausweichmöglichkeit besäßen.<sup>713</sup>

An anderer Stelle in der Literatur wird gegen die Relevanz einer vertikalen Dominanz vorgebracht, dass in den Entscheidungen, die die Monopole tangieren, nicht die Abhängigkeit der Abnehmer ein die Marktbeherrschung begründendes Element sei, sondern nur die Folge der ohnehin durch das Monopol bestehenden Dominanz.<sup>714</sup>

Ferner ist das dominierende Unternehmen trotz bestehender enger Bindung an den Händler weiterhin dem Wettbewerb gegenüber dem Verbraucher ausgesetzt und hat gegenüber ihm keinen großen Verhaltensspielraum, wie dieser etwa gegenüber seinen Händlern gegeben ist. Der Hersteller darf beim Absatz seiner Produkte die anderen Hersteller nicht aus seinen strategischen Überlegungen ausschließen. Art. 82 EG hat nicht die Aufgabe, einzelne Wettbewerber, sondern den Wettbewerb insgesamt zu schützen.<sup>715</sup> Genau dieses Argument spiegelt den Sinn und Zweck des Art. 82 EG wider, und aus diesem Grund muss m. E. eine vertikale Dominanz im Anwendungsbereich des Art. 82 EG abgelehnt werden.

Zwar unterscheidet Art. 82 EG dem Wortlaut nach nicht zwischen einer horizontalen und einer vertikalen Ebene. Aber ausgehend von den teleologischen Gesichtspunkten möchte Art. 82 EG gerade den geschwächten Wettbewerb, verursacht durch das beherrschende Unternehmen, schützen. Dieser ist aber durch eine vertikale Marktbeherrschung nicht beeinträchtigt.

Der Intra-brand-Wettbewerb wird zwar aufgrund bestimmter enger Vertriebsbindungen beschränkt, aber im Gegensatz dazu wird der Inter-brand-Wettbewerb gefördert. Grundsätzlich hat somit die Abhängigkeit eines Unternehmens keinerlei Einfluss auf das Wettbewerbsgeschehen insgesamt, sofern genügend Händler und Hersteller auf dem Markt agieren.

Art. 82 EG muss wegen seiner teleologischen Auslegung in Bezug auf eine vertikale Dominanz abgelehnt werden, da keine ausreichende Gefahr für den eigentlichen Wettbewerb auf horizontaler Ebene besteht.

---

<sup>712</sup> *Schröter* in: *Schröter/Jacob/Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rnr. 77; *Möschel* in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86 EGV Rnr. 72.

<sup>713</sup> *Schröter* in: *Schröter/Jacob/Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rnr. 77.

<sup>714</sup> *Dirksen* in: *Langen/Bunte*, Kartellrecht, Art. 82 Rnr. 13.

<sup>715</sup> *Plesdenat*, Zulässigkeit von Parallelimportbeschränkungen, S. 186.

## bb) Nachfrager von Vertriebsleistungen

Unstrittig ist, dass Art. 82 EG auch die Nachfragemacht einschließt.<sup>716</sup> Dies folgt bereits aus der Erwähnung unangemessener Einkaufspreise als typisches Missbrauchsbeispiel in Art. 82 Satz 2 lit. a.<sup>717</sup> Das Vorliegen einer Marktbeherrschung ist auf dem Markt der Nachfrager davon abhängig, ob das Unternehmen Wettbewerbsbehinderungspotenzial besitzt und wie hoch der Grad wirtschaftlicher Abhängigkeit der Anbieter ist.<sup>718</sup> Der Grad der Abhängigkeit ist umso größer, je geringer die Verwendungsmöglichkeiten eines konkreten Produkts sind.<sup>719</sup>

Das Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses zwischen einem Unternehmen und seinen Lieferanten führte in der EuG-Entscheidung *British Airways* dazu, dass die gleichnamige Fluggesellschaft als marktbeherrschender Nachfrager nach „Luftverkehrsvermittlerdiensten“ angesehen wurde.<sup>720</sup> In dieser Rechtssache waren die Luftverkehrsvermittler aufgrund der hohen Einnahmen durch den Verkauf von Flugtickets für British Airways abhängig von dieser Fluggesellschaft.<sup>721</sup>

In den Entscheidungen bezüglich der Problematik der scheinbar einseitigen Maßnahmen könnte das Abhängigkeitsverhältnis innerhalb von Vertriebssystemen dazu führen, dass der Hersteller als Nachfrager von Vertriebsleistungen marktbeherrschend ist.

### (i) Der sachlich relevante Markt

Die sachliche Marktabgrenzung erfolgt bei dieser Prüfung spiegelbildlich nach denselben Grundsätzen wie auf der Anbieterseite.<sup>722</sup> Entscheidend ist die Frage, ob der Nachfrager für die Anbieter jederzeit austauschbar ist. Dies ist nicht mehr gegeben, wenn die Vertriebsleistung aus Sicht der anbietenden Händler eine derart eingeschränkte Verwendung besitzt, dass diese nur von einem einzelnen Hersteller nachgefragt werden kann.

Dies könnte innerhalb einer Alleinbezugsvereinbarung der Fall sein, innerhalb dieser der Hersteller für eine vertraglich vereinbarte Zeit einziger Anbieter ist. Hier beruht die mangelnde Austauschbarkeit der Nachfrage allein auf den in der Vereinbarung zwischen Hersteller und Händler niedergelegten Pflichten des Händlers und nicht auf dem Verwendungszweck der konkreten Vertriebsleistung. Vertreibt ein Händler Bier, kann die Vertriebsleistung jederzeit auch für ein anderes Bier zum Einsatz kommen.

---

<sup>716</sup> *Wessely* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht VI. Band, Normadressaten Art. 82 EG Rnr. 158.

<sup>717</sup> *Jung* in: Grabitz/Hilf, Europäische Union, Art. 82 EGV Rnr. 59; *Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86 EGV Rnr. 70.

<sup>718</sup> *Jung* in: Grabitz/Hilf, Europäische Union, Art. 82 EGV Rnr. 59.

<sup>719</sup> *Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86 EGV Rnr. 61; *Schröter* in: Schröter/Jacob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rnr. 145.

<sup>720</sup> EuG-Urteil vom 17.12.2003, Rs. T-219/99, Slg. 2003, II-5917 Rnr. 225.

<sup>721</sup> EuG-Urteil vom 17.12.2003, *British Airways*, Rs. T-219/99, Slg. 2003, II-5917, Rnr. 216.

<sup>722</sup> *Jung* in: Grabitz/Hilf, Europäische Union, Art. 82 EGV Rnr. 59.

Ferner führt eine Kündigung, die spätestens nach 5 Jahren gem. Art. 5 lit. a VO 2790/1999<sup>723</sup> erfolgen muss, zu einer Austauschbarkeit von mehreren Nachfragern als konkrete Abnehmer. Jedoch besteht innerhalb dieser 5 Jahre ein abgegrenzter Markt, auf dem sich der Hersteller als einziger Nachfrager befindet. Somit liegt ein temporärer Sondermarkt vor, wenn der Vertrag über eine bestimmte Zeit unkündbar ist. Ist der Vertrag hingegen jederzeit kündbar, liegt kein temporärer Sondermarkt vor, da eine Alleinbezugsvereinbarung dann keinen Einfluss auf die Austauschbarkeit der Nachfrage der Hersteller hat.

Ein sachlich relevanter Markt in Bezug auf die Nachfragemacht kann ferner bestehen, wenn ein Händler durch Investitionen seinen Betrieb speziell auf den Vertrieb der Produkte eines bestimmten Herstellers ausgerichtet hat. Dies kann zum Beispiel der Fall in der Automobilbranche sein. In diesem Bereich kommt es nicht selten vor, dass ein Händler zum Beispiel seine Verkaufsräume und den Vertrieb nur auf eine bestimmte Fahrzeugmarke ausrichtet sowie für diese Fahrzeugmarke geschultes Personal zur Verfügung stellt, eine besondere Werbung für die Marke betreibt und zudem einen Reparaturservice mit fahrzeugtypischen Ersatzteilen anbietet. Aufgrund dieser Investitionen entsteht eine enge Bindung zwischen dem Hersteller und dem Händler, die Voraussetzung für einen Sondermarkt ist.<sup>724</sup> Die Vertriebsleistung wurde nämlich durch Investitionen so verändert, dass sie allein mit der speziellen Nachfrage eines einzigen Herstellers dauerhaft übereinstimmt. Dies führt zu einer Monopolstellung des Herstellers gegenüber seinen Vertriebshändlern, da es den Händlern unmöglich ist, diese Ausstattung einem anderen Hersteller anzubieten.

Im Pharmasektor handelt es sich dagegen um Großhändler, die regelmäßig Produkte mehrerer konkurrierenden Hersteller gleichzeitig vertreiben. Daher lässt sich hinsichtlich der Vertriebsleistung dieser Händler kein Sondermarkt für einen Nachfrager begründen.

Ein sachlich relevanter Markt für die Bestimmung der Nachfragemacht kann somit dann gegeben sein, wenn eine temporär unkündbare Alleinbezugsvereinbarung oder eine investitionsbedingte Abhängigkeit des Händlers vom Hersteller vorliegt.

#### (ii) Der räumlich und zeitlich relevante Markt

Für die räumliche Marktabgrenzung genügt die Tätigkeit in einem Mitgliedstaat, da dieser ein wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes darstellt.<sup>725</sup> Die zeitliche Abgrenzung erfolgt zum einen durch die Dauer des Alleinbezugsvertrages und zum anderen durch den Zeitraum, in dem die Vertriebsleistung ausschließlich für den Nachfrager verwendbar bzw. individualisiert ist.

---

<sup>723</sup> ABl. EG 1999 Nr. L 336/21, 24.

<sup>724</sup> *Schröter* in: *Schröter/Jacob/Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rnr. 146.

<sup>725</sup> *Grill* in: *Lenz/Borchardt*, EU- und EG-Vertrag, Art. 82 EGV Rnr. 9.

### (iii) Beherrschende Stellung

Nach dieser Bestimmung des Marktes ist es fraglich, ob der Hersteller in den genannten Fallkonstellationen eine beherrschende Stellung einnimmt. Dies ist gegeben, wenn der Hersteller keiner wirksamen Kontrolle durch Wettbewerb mit anderen Nachfragern ausgesetzt ist und sich aus diesem Grund unabhängig gegenüber seinen Händlern verhalten kann.<sup>726</sup>

Innerhalb der investitionsbedingten Abhängigkeit ist die beherrschende Stellung des Herstellers unstrittig zu bejahen, wenn der Händler auf den Hersteller in Bezug auf seine einzig zu vertreibende Marke angewiesen ist. Der Hersteller kann sich dabei in großem Maße unabhängig gegenüber seinen Händlern verhalten und eventuell durch Parallelimportverbote den Interbrand-Wettbewerb verhindern.

Schwierig ist dies bei der Beurteilung innerhalb einer Alleinbezugsvereinbarung. Übernimmt der Hersteller selbst Pflichten innerhalb dieser Vereinbarung, die mit denen des Händlers vergleichbar sind, dann kann keine beherrschende Stellung bejaht werden, da sein Handlungsspielraum gegenüber dem Händler durch die vertraglichen Pflichten entsprechend eingeschränkt ist. Im Einzelfall ist in dieser Konstellation zu überprüfen, ob der Hersteller die Möglichkeit zu einem unabhängigen Verhalten gegenüber seinen Händlern besitzt.

Es ist festzustellen, dass eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens, insbesondere beim Vorliegen von Vertriebsvereinbarungen, als Nachfrager von Dienstleistungen grundsätzlich in Frage kommen kann.

#### cc) Marktbeherrschung im Pharmasektor

Aus den bisherigen Erläuterungen ist klar geworden, dass auf dem Kfz-Sektor eine beherrschende Stellung eines Unternehmens gem. Art. 82 EG mit einer übermäßigen Nachfragemacht begründet werden kann. Im Gegensatz dazu besteht die Schwierigkeit bei der Anwendung des Art. 82 EG im Pharmabereich darin, dass festgelegte Marktabgrenzungskriterien für die Bestimmung des sachlich relevanten Marktes in diesem Sektor bestehen und bei Anwendung dieser Kriterien keine beherrschende Stellung der Pharmaunternehmen bisher nachgewiesen werden konnte.

Üblicherweise verlangt die Kommission als Ausgangspunkt für Marktdefinitionen im Pharmasektor die dritte Ebene der Anatomisch-Therapeutisch-Chemischen Klassifikation (im Folgenden: ATC-Klassifikation). In der ATC-Klassifikation werden Wirkstoffe entsprechend dem Organ oder Organsystem, auf welches sie einwirken, und nach ihren chemischen, pharmakologischen und therapeutischen Eigenschaften in verschiedene Gruppen eingeteilt. Bei der Ermittlung der Austauschbarkeit von pharmazeutischen Produkten in sachlicher Hinsicht wird von der Kommission entsprechend der dritten Ebene der

---

<sup>726</sup> Jung in: Grabitz/Hilf, Europäische Union, Art. 82 EGV Rnr. 59.

ATC-Klassifikation auf die gleichen therapeutischen und pharmakologischen Eigenschaften abgestellt.<sup>727</sup> Bei rezeptpflichtigen Medikamenten bestimmen die Kommission sowie die nationalen Wettbewerbsbehörden die Substituierbarkeit nach dem medizinischen Anwendungsbereich, für den sie zugelassen sind und verordnet werden.<sup>728</sup> Das Medikament Adalat in der Rechtssache *Bayer* wurde von der Kommission den Kalziumantagonisten zugeordnet, da es zur Behandlung kardiovaskulärer Erkrankungen dient.<sup>729</sup> Der Hauptanwendungsbereich des Medikaments bezieht sich auf arterielle Hypertonie und Koronarinsuffizienz. Auch wenn das Medikament im Jahr 1992 an neunter Stelle der 40 wichtigsten pharmazeutischen Medikamente in der Welt stand,<sup>730</sup> konnte aufgrund der Marktabgrenzungskriterien kein beherrschender Markt hinsichtlich dieses Medikaments definiert werden, da es noch weit mehr Medikamente zur Bekämpfung von arterieller Hypertonie und Koronarinsuffizienz gibt.

Um den Parallelhandel weiterhin in diesem Sektor zu fördern, wurde insbesondere von den größeren Parallelimporteuren<sup>731</sup> und einigen nationalen Wettbewerbskommissionen<sup>732</sup> die bisherige Abgrenzung nach ATC-Gruppen kritisiert und der Vorschlag eingebracht, dass eine Abgrenzung nach dem Motto „ein Produkt - ein Markt“ erfolgen soll. Dabei wird auf die Sichtweise abgestellt, welche Produkte für die Großhändler und Apotheker substituierbar sind. Damit wird ein Teilmarkt im Pharmabereich angenommen, der sich aber nicht auf Verbraucherpräferenzen stützt.<sup>733</sup>

Die Kritik gegen eine Marktabgrenzung nach den ATC-Gruppen besteht in erster Linie darin, dass dieses System der Marktabgrenzung ursprünglich bei der Marktbestimmung in der Fusionskontrolle angewendet wurde. Die sachliche Marktabgrenzung in der Fusionskontrolle und bei der Anwendung des Art. 82 EG erfolgt aber nicht in identischer Weise. In der Fusionskontrolle wird bei der Marktdefinition auf zukünftige Umstände abgestellt, dagegen wird für die Marktabgrenzung innerhalb des Art. 82 EG die Gegenwart bzw. die Vergangenheit als Kriterium herangezogen.<sup>734</sup> Dieser Unterschied zwischen der Marktdefinition innerhalb der Fusionskontrolle und des Art. 82 EG rechtfertigt es, dass verschiedene Systeme für die Marktbestimmung verwendet werden.

---

<sup>727</sup> Entscheidung der Kommission vom 17.7.1996, *Sandoz*, ABl. EG 1997 Nr. L 201/1 Rnr. 22 ff.; Entscheidung der Kommission vom 10.1.1996, *Bayer*, ABl. EG 1996 Nr. L 201/1 Rnr. 8 ff.

<sup>728</sup> Entscheidung der Kommission vom 8.5.2001, *Glaxo Wellcome*, ABl. EG 2001 Nr. L 302/1 Rnr. 111.

<sup>729</sup> Entscheidung der Kommission vom 10.1.1996, *Bayer*, ABl. EG 1996 Nr. L 201/1 Rnr. 8.

<sup>730</sup> Entscheidung der Kommission vom 10.1.1996, *Bayer*, ABl. EG 1996 Nr. L 201/1 Rnr. 13.

<sup>731</sup> EAEPC, An analysis of the application of Article 82 EC to supply-restrictions in the pharmaceutical sector; ferner vertritt auch GIRP (Groupment International De La Repartition Pharmaceutique) diese Meinung in "Article 82 EC: How supply quota policies distort the pharmaceutical supply chain".

<sup>732</sup> Conseil de la concurrence, decision 04-D-05, February 24, 2004, *Phoenix Pharma* (einstweiliger Rechtsschutz); Berufungsgericht Milan, Rs. 2056/2005, Entscheidung vom 12.7.2005, *Farmacie Petrone/Pharmacia Italia SpA und Pfizer Italia SpA*; Griechische Wettbewerbsbehörde, Rs. 193/III/2001, Entscheidung vom 3.8.2001, *Glaxo Wellcome*, GRURInt 2002, 534.

<sup>733</sup> Vgl. 3. Kapitel 1. a) dd).

<sup>734</sup> EAEPC, Art. 82 EC, S. 33; GRIP, Art. 82 EC, S. 15.

Des Weiteren bringen die Kritiker gegenüber der Marktabgrenzung anhand der ATC-Klassifikationen vor, dass diese zu unspezifisch für die tatsächliche Marktabgrenzung bei der Anwendung des Art. 82 EG sei. Das System erfasst zum Beispiel nicht Verschreibungsgewohnheiten des Arztes, die abhängig von der Effektivität und den Auswirkungen bei dem jeweiligen Patienten sind.<sup>735</sup> Ferner werden bestimmte Eigenschaften des Medikaments von den bisherigen Marktabgrenzungskriterien nicht erfasst. Hierzu zählen beispielsweise die Art der Wirkung (schnell/mäßig, direkt/indirekt), Art der Anwendung (Tablette, Injektion u. a.), Art der örtlichen Anwendung (Krankenhaus/Zuhause) und ob dieses Medikament der ersten oder zweiten Generation des Medikamententypus angehört.<sup>736</sup> Aber nicht nur die Eigenschaften eines Produkts beeinflussen die Marktdefinition, sondern auch die äußeren Umstände, wie der Lieferungsablauf, sowie die Stellung und Funktion der Unternehmen, die am Vertrieb des Produkts beteiligt sind.<sup>737</sup>

Beim Vertrieb von Medikamenten sind spezifische Besonderheiten zu beachten, welche die Annahme einer engeren Marktabgrenzung bestärken. Zum einen bestehen in jedem Mitgliedstaat gesetzliche Versorgungspflichten für die betroffenen Großhändler. Nach diesen gesetzlichen Versorgungspflichten müssen Großhändler einen bestimmten Anteil an in dem Land zugelassenen Medikamenten auf Lager haben, um binnen kurzer Zeit die Apotheken oder Endverbraucher beliefern zu können. Kann ein Großhändler aufgrund von Lieferbeschränkungen des Herstellers ein bestimmtes Produkt nicht liefern, besteht für ihn die Gefahr einen großen Anteil seiner Kunden zu verlieren. Dieser latenten Gefahr könnte er allerdings entgegenwirken, indem er ein Nachahmungsprodukt des Medikaments, das er statt dem Originalmedikament ausliefern kann, dem Markt zur Verfügung stellt. Diese Austauschbarkeit mit dem Nachahmungsmedikament ist aber dann nicht gegeben, wenn noch kein Generikum vorhanden und die Nachfrage auf ein Produkt eingeschränkt ist. Dies kann der Fall sein, wenn der Arzt ein Rezept für ein patentgeschütztes Medikament ausschreibt. Aufgrund der schriftlichen Festlegung des Medikaments auf dem Rezept muss der Apotheker genau dieses Medikament dem Kunden liefern.<sup>738</sup> Es gibt somit beim Verschreiben eines patentgeschützten Medikaments für den Nachfrager (den Patienten) aufgrund des vom Arzt festgelegten Bedarfs nur ein Produkt, und dieses ist folglich nicht durch ein anderes substituierbar. Kann der Apotheker von einem Großhändler dieses Medikament nicht erhalten, da dieser mit Lieferkontingentierungen vom Hersteller auferlegt wurde, muss er zwangsläufig den Großhändler wechseln. Dieser Wechsel wird sich früher oder später im Bezug auf das ganze Sortiment des Großhändlers auswirken, sofern es dem Großhändler zum

---

<sup>735</sup> EAEPC, Art. 82 EC, S. 38-40.

<sup>736</sup> EAEPC, Art. 82 EC, S. 40-41.

<sup>737</sup> GIRP, Art. 82 EC, S. 13.

<sup>738</sup> GIRP, Art. 82 EC, S. 8; EAEPC, Art. 82 EC, S. 42. Eine Ausnahme besteht dann, wenn der Apotheker aufgrund staatlicher Regelungen ein billigeres Medikament, zum Beispiel ein parallelimportiertes Medikament, statt dem verschriebenen verwenden kann. Staatliche Regelungen für die Erlaubnis zum Austausch gibt es zum Beispiel in Deutschland, Italien, Niederlande, Polen, Schweden.

wiederholten Male nicht möglich ist, entsprechend den Anforderungen zu liefern. Dieser Lieferungsablauf macht deutlich, dass allein der Arzt die Wahl zwischen den einzelnen Medikamenten trifft und nicht der Apotheker oder gar der Großhändler.

Der Hersteller ist aufgrund der Eingrenzung des Arztes auf eines seiner produzierten Medikamente, das einzige Unternehmen, welches in der Lage ist, das nachgefragte Produkt zu liefern. Das Unternehmen kann sich somit unabhängig gegenüber seinen Wettbewerbern und den Großhändlern verhalten. Er ist sozusagen Monopolist für ein patentgeschütztes und rezeptpflichtiges Medikament.

Dieser Ansatz zu einer neuen Marktabgrenzung ist umstritten. Unter anderem wurde der Ansatz von EFPIA<sup>739</sup> in ihrer Untersuchung zu der Anwendung von Art. 82 EG im Pharmabereich<sup>740</sup> kritisiert.

Nach Meinung der EFPIA beruht diese Ansicht auf einem falschen Verständnis des gesetzlich bestimmten Versorgungsauftrages an die Großhändler.<sup>741</sup> Sinn und Zweck dieser gesetzlichen Regelungen in den jeweiligen Mitgliedstaaten ist es, den Bürgern die Sicherheit zu geben, jederzeit die Belieferung mit dem für sie wichtigen Medikament zu gewährleisten. Diese Überlegung beinhaltet aber nicht die Pflicht für die Hersteller, zu jeder Zeit ihre Großhändler zu beliefern, wenn deren Lagerbestand dieses Medikaments nicht mehr enthält. Dies würde die Vertragsfreiheit der Hersteller in beachtlichem Maße beschränken. Andererseits ist nicht zu übersehen, dass die Großhändler gegenüber den Herstellern in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen, da sie auf die Lieferung der Produkte angewiesen sind, um ihrer gesetzlichen Verpflichtung und wirtschaftlichen Interessen nachzukommen.

Zusätzlich kann gegen diese enge Marktabgrenzung vorgebracht werden, dass der Wettbewerb von rezeptpflichtigen Medikamenten nicht erst dann stattfindet, wenn der Arzt ein Rezept auf ein bestimmtes Medikament ausgeschrieben hat, sondern bereits vorher und zwar in dem Augenblick, in dem der Arzt noch die Möglichkeit hat, zwischen mehreren Medikamenten, die ein und dieselbe Krankheit heilen, zu wählen.<sup>742</sup> Unerheblich ist dabei, dass ein Rezept nach dem Ausschreiben des Arztes nicht mehr geändert werden kann.

Andererseits bleibt es dabei, dass im Unterschied zu anderen Märkten, auf denen in jeder Ebene der Lieferungskette die Möglichkeit der Austauschbarkeit eines Produktes besteht, der Pharmamarkt Besonderheiten aufweist, die beachtet werden müssen.<sup>743</sup> Die Verschreibung eines Medikaments bindet den Apotheker und dieser bekommt das Medikament aufgrund der staatlichen Versorgungspflichten unverzüglich vom Großhändler. Der Großhändler ist

---

<sup>739</sup> European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations.

<sup>740</sup> Article 82 EC: Can it be applied to control sales by pharmaceutical manufactures to wholesalers?

<sup>741</sup> EFPIA, Art. 82 EC, S. 27.

<sup>742</sup> EFPIA, Art. 82 EC, S. 28.

<sup>743</sup> EAEPC, Art. 82 EC, S. 43.

aufgrund der Lieferpflicht in einer gewissen Zwangslage, wenn der entsprechende Hersteller das Medikament nicht liefert.

Ferner behaupten die Befürworter der ATC-Klassifikation, dass ein patentiertes Medikament ein therapeutisches Unikat ist und deswegen mit anderen Produkten nicht substituierbar ist. Dies ist insoweit nicht korrekt, da in Wirklichkeit auf dem Forschungssektor meistens ein patentiertes Produkt mit einem anderen patentierten Produkt konkurriert.<sup>744</sup> Des Weiteren kann das Vorliegen eines Patentschutzes mit Marktmacht nicht gleichgesetzt werden. Die Annahme, dass das Vorliegen eines Patents die Marktmacht erhöht, wurde bisher auch von den Europäischen Gerichten<sup>745</sup> abgelehnt. Dieser Ansicht kann allerdings entgegengehalten werden, dass die Existenz für ein therapeutisch austauschbares Produkt an der Situation nichts ändert, dass die Nachfrage eines Patienten mit einem Rezept für ein anderes Produkt nach einem austauschbaren Produkt nicht erfüllt werden kann.<sup>746</sup>

Es gibt genügend Argumente für und gegen diese enge Marktabgrenzung. Stellt man wie die Kommission in ihren Leitlinien für vertikale Beschränkungen bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes beim Vertrieb von Endprodukten allein auf den Endnachfrager ab<sup>747</sup>, dann muss dieser engen Marktabgrenzung Recht gegeben werden. Dieser Endnachfrager ist letztendlich der Patient, der ein Rezept mit einem bestimmten Medikament in Händen hält. Weder der Apotheker noch der Großhändler - der vom Apotheker beauftragt wird - haben dann die Option ein anderes Medikament dem Patienten zu liefern. Das Medikament auf dem Rezept muss der Patient erhalten und für dieses Medikament ist der jeweilige Hersteller gegenüber dem Apotheker und dem Großhändler Monopolist. Aus diesem Grund ist die Diagnose des verschreibenden Arztes entscheidend. Dies bestätigt auch die Europäische Kommission in der Entscheidung *Glaxo Welcome*.<sup>748</sup> Dieser Ansicht ist m. E. auch zuzustimmen, denn die tatsächliche Situation im Pharmasektor bei verschreibungspflichtigen Medikamenten kann nicht missachtet werden. Es bleibt jedoch abzuwarten, wie sich die europäischen Organe zu diesem neuen Ansatz im Pharmabereich ausrichten werden.

#### dd) Ergebnis zu der beherrschenden Stellung

Wie die vorherigen Ausführungen zeigen, ist es nicht leicht, eine beherrschende Stellung des Herstellers innerhalb von Lieferbeziehungen festzustellen.

Konkrete Anhaltspunkte für eine beherrschende Stellung lassen sich allein innerhalb der Nachfragemacht begründen und dies vor allem innerhalb der Automobilbranche. In dieser Branche besteht zum größten Teil die Möglichkeit des Vorliegens einer investitionsbedingten

---

<sup>744</sup> EFPIA, Art. 82 EC, S. 28 f.

<sup>745</sup> Rs. 24/67, EuGH-Urteil vom 29.2.1968, *Parke Davis*, Slg. 1968, 86.

<sup>746</sup> *Bauroth* in PharmR 2005, 386, 391.

<sup>747</sup> ABl. EG 2000 Nr. C 291/1 Rnr. 91.

<sup>748</sup> Entscheidung der Kommission vom 8.5.2001, ABl. EG 2001 Nr. L 302/1 Rnr. 111.

Abhängigkeit der Händler gegenüber dem Hersteller, welche zu einer beherrschenden Stellung des Herstellers als Nachfrager von Vertriebsleistungen führen kann.

Im Pharmasektor werden sich nach meiner Ansicht zum Schutze eines effektiven Wettbewerbs andere Abgrenzungskriterien als die ATC-Gruppen-Spezifikation für die Bestimmung eines beherrschenden Marktes durchsetzen.

#### b) Missbräuchliches Verhalten

Allein das Bestehen einer beherrschenden Stellung auf dem relevanten Markt begründet das Vorliegen des Art. 82 EG nicht. Für einen kartellrechtlichen Eingriff muss ein missbräuchliches Verhalten gegeben sein. Missbräuchliches Verhalten liegt vor, wenn die Grenzen des zulässigen Leistungswettbewerbs überschritten werden.<sup>749</sup>

Bei der Bestimmung des relevanten Marktes wurde festgestellt, dass eine beherrschende Stellung ohne eine nähere Betrachtung des Einzelfalls in der Automobilbranche auf dem Nachfragemarkt in Frage kommen kann. Aus diesem Grund sind nun beispielhaft die typischen Vorgehensweisen der Hersteller, die in den vorgenannten Entscheidungen<sup>750</sup> zu einem Exportverbot führten, unter dem Aspekt des Missbrauchs zu betrachten. Auf die Beurteilung von missbräuchlichem Verhalten im Pharmasektor wird im Zusammenhang mit der Rechtsache *Syfait*<sup>751</sup> im Anschluss daran näher eingegangen.

##### aa) Das direkte Ausfuhrverbot

In der Rechtssache *BMW Belgium*<sup>752</sup> legte der Hersteller den Händlern ein direktes Ausfuhrverbot auf, indem er seinen Händlern in Rundschreiben explizit mitteilte, dass er keine Exporte seitens der Händler mehr wünschte.

Das direkte Ausfuhrverbot könnte eine Erzwingung unangemessener Einkaufspreise und sonstiger Geschäftsbedingungen gem. Art. 82 Abs. 2 lit. a EG darstellen, wenn es sich auf dem vom Hersteller beherrschten Nachfragemarkt auswirkt.

Für die Vertriebsleistungen der Händler auf dem Nachfragemarkt besteht die Gegenleistung darin, dass sie die Produkte des Herstellers zu einem über dem Einkaufspreis liegenden Betrag weiterverkaufen können. Spricht der Hersteller nun ein Exportverbot aus, verringert er die Nachfrage nach Vertriebsleistungen. Ein Exportverbot betrifft somit die Vertriebstätigkeit des Händlers.

---

<sup>749</sup> Grill in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, Art. 82 EGV Rnr. 22; siehe ferner 1. Kapitel III. 1. b) sowie 2. Kapitel VI. 2. a) aa).

<sup>750</sup> EuGH-Urteil vom 12.7.1979, *BMW Belgium*, Rs. 32/78 und 36-83/78, Slg. 1979, 2435; EuGH-Urteil vom 8.5.1985, *Ford*, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725; EuG-Urteil vom 6.7.2000, *VW I*, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707; EuG-Urteil vom 3.12.2003, *VW II*, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141.

<sup>751</sup> EuGH vom 31.5.2005, Rs. C-53/03.

<sup>752</sup> EuGH-Urteil vom 12.7.1979, Rs. 32/78 und 36-83/78, Slg. 1979, 2435.

Eine Erzwingung unangemessener Einkaufspreise liegt vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen dem Vertragspartner unangemessene Preise einseitig auferlegt, wobei die wirtschaftliche Übermacht des Marktbeherrschers den Zwang bewirkt.<sup>753</sup> Unangemessen sind die Preise, wenn sie in einem Missverhältnis zum wirtschaftlichen Wert der Ware oder den Dienstleistung stehen.<sup>754</sup> Die angebotene Dienstleistung sind die Vertriebsleistungen, die bei einer Erzwingung unangemessener Preise keinen Gewinn mehr erzielen.

Durch das Ausfuhrverbot werden die Händler jedoch nicht gezwungen, den Vertrieb ihrer Ware gänzlich einzustellen. Sie können ihre Ware zu den bisher üblichen Preisen im Inland verkaufen und den üblichen Gewinn durch ihre Vertriebsleistungen erzielen. Ihnen entgeht zwar der Gewinn aus dem Exportgeschäft, aber im Gegenzug sparen sie durch den Wegfall der Verkäufe ins Ausland die hierfür notwendigen Vertriebskosten ein. Aus diesem Grund entsteht durch das direkte Ausfuhrverbot kein unangemessenes Verhältnis zwischen Kosten und Verdienst der Händler, sofern die Kosten des Inlandvertriebs weiterhin gedeckt sind und darüber hinaus den Händlern ein Gewinn verbleibt.

Das direkte Ausfuhrverbot könnte aber eine unangemessene Geschäftsbedingung darstellen. Unangemessene Geschäftsbedingungen liegen vor, wenn die erzwungenen Konditionen offensichtlich unbillig sind.<sup>755</sup> Dies ist im Wege einer Interessenabwägung und nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu ermitteln.<sup>756</sup>

Ein Exportverbot kann grundsätzlich ein Bestandteil einer wettbewerbsrelevanten Vereinbarung und damit eine Geschäftsbedingung i. S. d. Art. 82 Abs. 2 lit. a EG sein. Der Hersteller übt mit dieser Geschäftsbedingung Einfluss auf das Verhalten der Händler aus, indem diese ihre Waren über das Inland hinaus nicht mehr anbieten können und in der Folge an Wettbewerbsfähigkeit gegenüber anderen Händlern verlieren.

Der Zweck eines Ausfuhrverbotes besteht in erster Linie darin, den relevanten Markt abzuschotten, um den Preis in dem abgegrenzten Gebiet auf entsprechend hohem Niveau zu halten. Dieser Zweck widerspricht dem Art. 3 Abs. 1 lit. g EG. Durch die Marktabschottung können die Kräfte des Wettbewerbs nicht mehr frei agieren und werden somit verfälscht. Innerhalb des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist die Verfolgung eines wettbewerbswidrigen Ziels unbillig.<sup>757</sup>

Ein direktes Ausfuhrverbot stellt eine unangemessene Geschäftsbedingung dar, die ein Missbrauch gem. Art. 82 Abs. 2 lit. a EG begründet.

---

<sup>753</sup> *Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86 EGV Rnr. 137.

<sup>754</sup> *Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86 EGV Rnr. 139; EuGH-Urteil vom 14.2.1978, *United Brands*, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207 Rnr. 251 ff.; EuGH-Urteil von 11.11.1986, *British Leyland*, Rs. 226/84, Slg. 1986, 3263 Rnr. 27.

<sup>755</sup> *Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86 EGV Rnr. 148.

<sup>756</sup> *Schröter* in: Schröter/Jacob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rnr. 195.

<sup>757</sup> *Schröter* in: Schröter/Jacob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rnr. 195.

## bb) Lieferbeschränkungen und Lieferverweigerungen

Lieferbeschränkungen oder -verweigerungen wie in den Fällen *Ford*<sup>758</sup> und *VW I*<sup>759</sup> könnten ebenso wie ein direktes Ausfuhrverbot missbräuchliche Maßnahmen auf dem Markt der Vertriebsleistungen darstellen.

Bei der Beschränkung des Lieferumfangs diktiert der Hersteller, wie das Angebot der Händler gegenüber dem Endverbraucher auszusehen hat. Damit beschränkt er die Händler auf ein deutlich kleineres Leistungsspektrum, als der Händler bei funktionierendem Wettbewerb zur Verfügung hätte. Diese Maßnahmen sind somit auch auf dem Markt der Nachfragemacht spürbar.

Eine Lieferbeschränkung oder -verweigerung könnte jedoch unter Umständen auch gerechtfertigt sein. Dies könnte dann der Fall sein, wenn beispielsweise Rohstoffknappheit besteht oder der Händler in Verzug mit der Bezahlung der Rechnungen gegenüber dem Hersteller ist. Solche Umstände könnten das missbräuchliche Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens rechtfertigen. Um diese Gegebenheiten im Einzelfall berücksichtigen zu können, ist es angebracht, die Maßnahmen des Herstellers bezüglich des Lieferumfangs unter Art. 82 Abs. 1 EG zu subsumieren. Art. 82 Abs. 2 lit. b EG kann ebenfalls auf diese Konstellation angewendet werden, jedoch lässt diese Variante des Art. 82 EG keine Interessenabwägung zu und ist damit nicht geeignet für eine der Situation angemessene Lösung in Bezug auf die Lieferbeschränkungen und -verweigerungen.<sup>760</sup>

Missbräuchliches Verhalten i. S. d. Art. 82 Abs. 1 EG bedeutet, dass sich der Hersteller solchen Mitteln bedient, die von wettbewerbsgemäßen Mitteln abweichen. Die Lieferbeschränkungen und -verweigerungen, die das Ziel haben, den Parallelhandel zu behindern, führen ebenso zu einer Marktabschottung wie das direkte Ausfuhrverbot. Dieses Ziel kann das Unternehmen nur aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung erreichen. Die Maßnahmen, die zur Umsetzung eines Ausfuhrverbotes dienen, stehen nicht im Einklang mit Art. 3 Abs. 1 lit. g EG und sind ebenso wie die Geschäftsbedingungen als missbräuchlich anzusehen.

## cc) Verbindliche Preisvorgaben

Missbräuchlich i. S. d. Art. 82 EG könnte auch die Einführung verbindlicher Preisvorgaben sein, wie dies im Fall *VW II*<sup>761</sup> geschehen ist.

---

<sup>758</sup> EuGH-Urteil vom 8.5.1985, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725.

<sup>759</sup> EuG-Urteil vom 6.7.2000, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707.

<sup>760</sup> So auch: *Schröter* in: *Schröter/Jacob/Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rnr. 210; *Jung* in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 82 EGV Rnr. 153; *Dirksen* in: *Langen/Bunte*, Kartellrecht, Art. 82 Rnr. 127.

<sup>761</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141.

Mit höheren Preisvorgaben beschränkt der Hersteller den Absatz der Händler, da die vorgegebenen Preise meist höher sind als die Preise, zu denen der Händler i. d. R. verkauft hätte. Mit dem Umsatz verbunden sind natürlich auch die Vertriebsleistungen, die aufgrund des niedrigeren Umsatzes nicht im vollen Umfang ausgeschöpft werden können. Die Preisvorgaben wirken sich somit auch auf dem Markt der Vertriebsleistungen aus.

Verbindliche Preisvorgaben sind i. S. d. Art. 82 EG missbräuchlich, da sie nicht Mittel eines funktionierenden Wettbewerbs sind. In einem wirksamen Wettbewerb könnten die Händler ihre Ware zu Preisen verkaufen, mit denen ein wirtschaftlich effizienteres Arbeiten in Bezug auf den Vertrieb und eine Gewinnoptimierung im Rahmen ihres Handlungsspielraums möglich ist. Durch die Preisbindung können sie in keinen funktionierenden Wettbewerb mit anderen Händlern treten. Die Beeinflussung des Wettbewerbs durch die marktbeherrschenden Hersteller beschränkt die Händler in ihrer Handlungsfreiheit und ist daher missbräuchlich.

#### dd) Objektive Rechtfertigung

Der Missbrauch einer beherrschenden Stellung kann unter bestimmten Umständen objektiv gerechtfertigt sein.

Grundsätzlich lassen die Kommission und die europäische Rechtsprechung in engen Grenzen eine objektive Rechtfertigung missbräuchlichen Verhaltens zu. Dies kann zum Beispiel gegeben sein bei einfachen Fachhandelsbindungen innerhalb von selektiven Vertriebssystemen.<sup>762</sup> Ebenso kann auch die Wahrnehmung legitimer geschäftlicher Interessen zu einer objektiven Rechtfertigung missbräuchlichen Verhaltens führen.<sup>763</sup> Ferner ist eine objektive Rechtfertigung Tatbestandselement von Art. 82 EG. Der Art. 82 Abs. 2 lit. c und lit. d EG liegt nur vor, wenn keine ökonomisch und sachlich vertretbaren Erwägungen vorliegen und keine Ziele des EG-Vertrages gefährdet sind.<sup>764</sup>

Bei den bisher geschilderten missbräuchlichen Verhaltensweisen der Hersteller kann nur bei Lieferbeschränkungen oder –verweigerungen eine objektive Rechtfertigung gegeben sein, wenn diese auf Umstände in der Produktion zurückzuführen ist. Andernfalls haben die Maßnahmen ausschließlich das Ziel, den Parallelhandel zu beschränken oder zu behindern und sind folglich wettbewerbsbeschränkend. Sie beschränken die Wettbewerbsfreiheit der Händler und stehen der Errichtung eines einheitlichen Binnenmarktes entgegen. Die Wettbewerbswidrigkeit der genannten Maßnahmen wurde bereits unter Art. 81 Abs. 1 EG in

---

<sup>762</sup> EuGH-Urteil vom 25.10.1977, *Metro I*, Rs. 26/76, Slg. 1977, 1875; EuGH-Urteil vom 11.12.1980, *L'Oréal*, Rs. 31/80, Slg. 1980, 3775.

<sup>763</sup> *Schröter* in: *Schröter/Jacob/Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rnr. 179.

<sup>764</sup> *Jung* in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 82 EGV Rnr. 130; *Schröter* in: *Schröter/Jacob/Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rnr. 177.

den jeweiligen Entscheidungen<sup>765</sup> festgestellt. Zu einem anderen Ergebnis kann man auch nicht in Art. 82 EG bei Vorliegen einer beherrschenden Stellung kommen. Aus diesem Grund ist eine objektive Rechtfertigung zu verneinen.

#### ee) Missbräuchliches Verhalten im Pharmabereich

Da das missbräuchliche Verhalten nur in Bezug auf eine beherrschende Stellung auf dem Nachfragemarkt geprüft worden ist und im Pharmabereich eine beherrschende Nachfragemacht kaum in Frage kommen kann, wird mit der Prüfung des missbräuchlichen Verhaltens im Pharmabereich fortgefahren.

##### (i) Die Rechtssache Syfait

Innerhalb des Pharmabereiches wurde insbesondere die Frage diskutiert, ob die einseitigen Lieferkontingentierungen, wie es bei *Bayer*<sup>766</sup> der Fall war, ein missbräuchliches Verhalten i. S. d. Art. 82 EG darstellen könnten.

Klarheit in dieser Sache sollte die Vorabentscheidung des EuGH in der Rechtssache *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias* (im Folgenden: *Syfait*) u. a. gegen *Glaxosmithkline AEVE* (im Folgenden: *GSK*)<sup>767</sup> bringen. Aus diesem Urteil erhofften sich die Pharmaunternehmer, die Großhändler, die Parallelhändler sowie die Europäische Kommission die Klärung der Frage, ob einseitige Lieferbeschränkungen, die nicht unter Art. 81 Abs. 1 EG fallen, von dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung als Anbieter nach Art. 82 EG erfasst werden.

Das Ausgangsverfahren vor der griechischen Wettbewerbskommission betraf die Belieferung griechischer Arzneimittelgroßhändler durch GSK. Mit dem Ziel, den Parallelhandel zu verhindern, weigerte sich GSK, die Bestellungen der Großhändler vollständig auszuführen und belieferte sie nur mit den für den nationalen Markt erforderlichen Mengen. Vorausgegangen war ein vollständiger Stopp von Lieferungen an die Großhändler, der jedoch von dem griechischen Wettbewerbsausschuss im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes aufgehoben wurde. Nach Auffassung der griechischen Wettbewerbskommission hat GSK in Griechenland zumindest in Bezug auf eines der betroffenen Arzneimittel eine marktbeherrschende Stellung inne. Der EuGH sollte in dem Vorabentscheidungsverfahren nur klären, ob die von GSK angewandten Lieferbeschränkungen eine missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung i. S. d. Art. 82 EG darstellen können.

---

<sup>765</sup> EuGH-Urteil vom 12.7.1979, *BMW Belgium*, Rs. 32/78 und 36-83/78, Slg. 1979, 2435 Rnr. 32; EuGH-Urteil vom 8.5.1985, *Ford*, Rs. 25 und 26/84, Slg. 1985, 2725 Rnr. 46; EuG-Urteil vom 6.7.2000, *VW I*, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707 Rnr. 236; Entscheidung der Kommission vom 29.6.2001, *VW II*, ABl. EG 2001 Nr. L 262/14 Rnr. 78.

<sup>766</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

<sup>767</sup> EuGH-Urteil vom 31.5.2005, Rs. C-53/03.

Dieses Verfahren wurde jedoch am 31.5.2005 aufgrund der fehlenden Vorlageberechtigung der griechischen Wettbewerbsbehörde als vorlageberechtigte Partei vom EuGH abschlägig beschieden.<sup>768</sup> Gem. Art. 234 EG muss die vorlegende Einrichtung bei einer Vorabentscheidung den Charakter eines Gerichts besitzen.<sup>769</sup> Die griechische Wettbewerbskommission hatte nach Ansicht des EuGH keinen Gerichtscharakter i. S. d. Art. 234 EG, und folglich war der EuGH für die Beantwortung der vorliegenden Fragen nicht zuständig.<sup>770</sup>

Nichtsdestotrotz könnten die Argumente aus den Schlussanträgen des Generalanwalts *Francis G. Jacobs*, der die Vorlageberechtigung der griechischen Wettbewerbsbehörde bejaht hatte, dennoch Ansätze zur Lösung der Frage, ob Art. 82 EG in dem Fall einschlägig war, bringen. Dies könnte gerade deswegen der Fall sein, weil der EuGH über die inhaltliche Richtigkeit der Argumente noch nicht entschieden hat.<sup>771</sup>

## (ii) Schlussanträge

### (1) Missbräuchliches Verhalten

Im ersten Teil seiner Beantwortung der Problematik um das Vorliegen des Missbrauchs beschäftigt sich *Jacobs* mit der Frage, ob die Lieferungsbeschränkung von GSK ohne weiteres als missbräuchlich i. S. d. Art. 82 EG angesehen werden kann.

Aus der bisherigen Rechtsprechung<sup>772</sup> leitete der Generalanwalt ab, dass es durchaus möglich erscheint, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen zur Lieferung seiner Waren oder zur Erbringung seiner Dienstleistungen verpflichtet ist. Eine solche Lieferpflicht ist allerdings nur in Ausnahmefällen gegeben.<sup>773</sup> Eine Lieferpflicht kann zum Beispiel dann vorliegen, wenn eine Lieferunterbrechung zu einer schwer wiegenden Störung des Wettbewerbs zwischen dem Unternehmen und dem Abnehmer auf einem nachgelagerten Markt oder zwischen dem Unternehmen und seinen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbern auf dem Rohstoffmarkt führen würde.<sup>774</sup>

Ferner zeigte der Generalanwalt unter Heranziehung des *United Brands*-Urteils<sup>775</sup> auf, dass einer Lieferpflicht auch Grenzen gesetzt sind. Ein marktbeherrschendes Unternehmen braucht zum Beispiel keine Bestellungen außerhalb des normalen Lieferrahmens ausführen.

---

<sup>768</sup> EuGH-Urteil vom 31.5.2005, *Syfait*, Rs. C-53/03.

<sup>769</sup> EuGH-Urteil vom 31.5.2005, *Syfait*, Rs. C-53/03, Rnr. 21.

<sup>770</sup> EuGH-Urteil vom 31.5.2005, *Syfait*, Rs. C-53/03, Rnr. 37, 38.

<sup>771</sup> Schlussanträge vom 28.10.2004 in der Rs. C-53/03, *Syfait*.

<sup>772</sup> U. a. schildert *Jacobs* die Fälle: EuGH-Urteil vom 14.2.1978, *United Brands*, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207; EuGH-Urteil vom 3.10.1985, *Télémarketing*, Rs. 311/84, Slg. 1985, 3261; EuGH-Urteil vom 6.4.1995, *Magill*, Rs. C-241/91 und C-242/91, Slg. 1995, I-743; EuGH-Urteil vom 29.4.2004, *IMS Health*, Rs. C-418/01, Slg. 2004, I-5039.

<sup>773</sup> Siehe 2. Kapitel VI. 2. a) bb).

<sup>774</sup> Schlussanträge vom 28.10.2004 in der Rs. C-53/03, *Syfait*, Rnr. 66.

<sup>775</sup> EuGH-Urteil vom 14.2.1978, *United Brands*, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207.

Außerdem darf ein marktbeherrschendes Unternehmen angemessene Schritte zum Schutze seiner geschäftlichen Interessen ergreifen, wenn das Verhalten in einem angemessenen Verhältnis zur Bedrohung steht und nicht auf die Verstärkung oder den Missbrauch seiner beherrschenden Stellung abzielt.<sup>776</sup>

Daraus zog *Jacobs* den Schluss, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht zwingend seine marktbeherrschende Stellung missbraucht, wenn es seine Lieferungen mit dem Ziel, den Parallelhandel zu beschränken, entsprechend verkürzt.<sup>777</sup> Auch wenn die Lieferbeschränkungen eine Marktaufteilung bewirken sollen, kann nach Ansicht von *Jacobs* aufgrund des bezweckten Schutzes von geschäftlichen Interessen ein solches Verhalten objektiv gerechtfertigt sein.

Die Annahme, dass das Verhalten von GSK nicht grundsätzlich als missbräuchlich bezeichnet werden kann, traf in der Literatur auf erheblichen Widerstand. Insbesondere *Christian König* und *Christina Engelmann* übten scharfe Kritik an den Ausführungen des Generalanwalts.<sup>778</sup>

Bei der Auslegung des Art. 82 EG ist nach Ansicht der Autoren die Einbindung dieser Vorschrift in das alles überspannende Ziel des EG-Vertrages - der Marktintegration - zu berücksichtigen.<sup>779</sup> Aufgrund dieses Ziels muss Art. 82 EG in jenen Fällen angewandt werden, in denen die beherrschenden Unternehmen versuchen, die Marktintegration zu gefährden. Dies wird durch die bisherige Rechtsprechung<sup>780</sup> bestätigt. Für die Autoren lag im vorliegenden Fall ein missbräuchliches Verhalten vor, da die Lieferbeschränkungen die Marktintegration direkt angriffen.

## (2) Objektive Rechtfertigung

Im Folgenden werden die wesentlichen allgemeinen Rechtfertigungsgründe für den Pharmabereich von *Jacobs* genannt und der Kritik von *König/Engelmann* gegenübergestellt.

*Jacobs* stützt das Vorliegen einer objektiven Rechtfertigung auf das Bedürfnis der Pharmaunternehmen, ihre legitimen geschäftlichen Interessen zu bewahren, die durch die besonderen Umstände auf dem Pharmasektor gefährdet sind.<sup>781</sup>

*König* und *Engelmann* lehnen im Gegensatz dazu das Vorliegen einer objektiven Rechtfertigung ab. Die Frage, ob Lieferverweigerungen objektiv gerechtfertigt sind oder

---

<sup>776</sup> Schlussanträge vom 28.10.2004 in der Rs. C-53/03, *Syfait*, Rnr. 56, 67; Rs. 27/76, EuGH-Urteil vom 14.2.1978, *United Brands*, Slg. 1978, 207 Rnr. 189, 190.

<sup>777</sup> Schlussanträge vom 28.10.2004 in der Rs. C-53/03, *Syfait*, Rnr. 69.

<sup>778</sup> GRURInt 2005, 304 ff.

<sup>779</sup> *König/Engelmann* in GRURInt 2005, 304, 306.

<sup>780</sup> Die Autoren zitieren u. a. die Fälle: EuGH-Urteil vom 11.11.1986, *British Leyland*, Rs. 226/84, Slg. 1986, 3263; EuGH-Urteil vom 14.2.1978, *United Brands*, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207; EuG-Urteil vom 7.10.1999, *Irish Sugar*, Rs. T-228/97, Slg. 1999, II-2969; EuG-Urteil vom 22.11.2001, *AAMS*, Rs. T-139/98, Slg. 2001, II-3413.

<sup>781</sup> Die Ansichten von Generalanwalt *Jacobs* wurden zum Teil in der Literatur auch begrüßt, siehe *Krapf/Lange* in PharmR 2005, 255, 265.

nicht, wurde vom EuGH in den meisten Fällen unter dem Schlagwort Essential facilities-Doktrin behandelt.<sup>782</sup> Diese sind aber nach Meinung der Autoren hier nicht anwendbar.<sup>783</sup> Die Anwendung dieser Doktrin setzt voraus, dass auf einem nachgelagerten Markt mit Hilfe des vorgelagerten Produkts ein Mehrwert in Form eines Derivatprodukts generiert wird, und dieser Mehrwert darf sich nicht allein im Weiterverkauf ausdrücken.<sup>784</sup> Beim Parallelhandel von Arzneimitteln entsteht trotz eventueller Umverpackung und Beifügen neuer Packungsbeilagen kein tatsächlich neues Produkt. Deswegen ist die Essential facilities-Doktrin hier auch nicht anwendbar. Ferner lag in den bisherigen Fällen zur Essential facilities-Doktrin die Begründung für die Zugangsverweigerung in der Berufung auf gewerbliche Schutzrechte oder Kapazitätsprobleme.<sup>785</sup> Das Ziel der Lieferbeschränkungen von GSK war, den Parallelhandel zu einzuschränken und damit den Markt abzuschotten. Eine Vergleichbarkeit mit diesen Fällen ist daher abzulehnen.

Unabhängig von dem Vorliegen einer Marktabstottung sind für *Jacobs* die durchgehenden und vielfältigen Regulierungen auf dem Arzneimittelsektor von wesentlicher Bedeutung für die Beurteilung des Verhaltens der Pharmaunternehmen. Zum einen existieren wesentliche Preisunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten aufgrund der staatlich festgelegten Preise, die durch die Gemeinschaftsvorschriften nur begrenzt harmonisiert wurden, und zum anderen herrschen für die Pharmaunternehmen aufgrund des hohen Regulierungsgrades für den Vertrieb von Arzneimitteln sowohl auf nationaler als auch auf Gemeinschaftsebene keine originären Wettbewerbsbedingungen.<sup>786</sup> Aufgrund dieser bestehenden Regulierungen versuchen die Pharmaunternehmen mit der Beschränkung des Parallelhandels, nicht selbst gesteuerte Preisunterschiede festzuschreiben, sondern Schaden zu vermeiden, der entsteht, wenn die sehr niedrigen Preise, die ihnen in einigen Mitgliedstaaten vorgeschrieben werden, gemeinschaftsweit durchgesetzt würden.<sup>787</sup>

Die besondere Konstellation auf dem Markt der Pharmaprodukte ändert nach *König* und *Engelmann* nichts am Vorliegen eines missbräuchlichen Verhaltens. Nach Ansicht des EuGH rechtfertigen die staatlich hervorgerufenen Preisunterschiede keine Ausnahme von Art. 28 EG.<sup>788</sup> Ebenso können sowohl die nationalen als auch die gemeinschaftsrechtlichen Regulierungen auf dem Markt der Pharmaprodukte im Rahmen des Art. 82 EG keine Berücksichtigung finden. Denn gerade durch den Parallelhandel entsteht ein Wettbewerb der nationalen Regulierungssysteme, welcher die Marktintegration vorantreibt. Genügt dieser Wettbewerb nicht, um eine Preisangleichung zu verwirklichen, dann bleibt nur noch der Weg

---

<sup>782</sup> Siehe zu der Essential facilities-Doktrin: *Körber* in RIW 2004, 881 f.

<sup>783</sup> Der gleichen Meinung ist EAEPD, Art. 82 EC, S. 58.

<sup>784</sup> *König/Engelmann* in GRURInt 2005, 304, 305.

<sup>785</sup> *König/Engelmann* in GRURInt 2005, 304, 305.

<sup>786</sup> Schlussanträge vom 28.10.2004 in der Rs. C-53/03, *Syfait*, Rnr. 78-80.

<sup>787</sup> Schlussanträge vom 28.10.2004 in der Rs. C-53/03, *Syfait*, Rnr. 84.

<sup>788</sup> *König/Engelmann* in GRURInt 2005, 304, 307; z. B. EuGH-Urteil vom 31.10.1974, *Centrafarm*, Rs. 16/74, Slg. 1974, 1183 Rnr. 16 f.

über die Harmonisierung der bestehenden Regelungen. Lässt man aber keinen Parallelhandel als Unterstützung zur Beseitigung der bestehenden Regelungen zu, hat dies zur Folge, dass sich die bestehenden Hindernisse noch weiter verfestigen.<sup>789</sup> Somit bleibt es trotz vorhandener staatlicher Vorgaben für die Pharmaunternehmen Aufgabe der Wettbewerbsregeln, den noch vorhandenen Restwettbewerb zu schützen und eine Verstärkung vorhandener Binnenmarkthindernisse durch unternehmerische Eingriffe zu verhindern.<sup>790</sup>

Ein weiterer objektiver Rechtfertigungsgrund für *Jacobs* ist die Beeinträchtigung der Forschung und Entwicklung (im Folgenden: FuE) durch den Parallelhandel.<sup>791</sup> Der Generalanwalt sieht die Investitionen in FuE durch die Einführung eines einheitlichen Preises aufgrund des Parallelhandels in der ganzen Gemeinschaft als gefährdet an. Insbesondere durch die niedrigen Preise können die Investitionskosten für neue Medikamente während eines regulären Produktzyklus nicht amortisiert werden.<sup>792</sup>

Trotz eventuell vorliegender Einschränkungen der Finanzkraft und der damit verbundenen Reduzierung des FuE-Tätigkeiten durch den Parallelhandel kann nach Meinung von *König/Engelmann* dieser Umstand mit einem Exportverbot, welches mit Art. 28 EG unvereinbar ist, nicht bekämpft werden. Allein das Einwirken auf die nationalen und europäischen Entscheidungsträger, die Rahmenbedingungen ändern und verstärkt Anreize für FuE schaffen können, ermöglicht eine Verbesserung im FuE-Bereich.<sup>793</sup>

*Jacobs* bringt als finales Rechtfertigungsargument die Folgen des Parallelhandels für den Verbraucher im von der Einfuhr betroffenen Mitgliedstaat vor. Der Parallelhandel mit Arzneimitteln führt nach der Betrachtungsweise des Generalanwalts nicht zwingend zu einem Preiswettbewerb, der für die Endverbraucher dieser Erzeugnisse wahrnehmbar wäre.<sup>794</sup> Durch die Bezahlung eines kleinen Pauschalbetrags, der in den meisten Mitgliedstaaten von den Gesundheitsbehörden bei Erwerb rezeptpflichtiger Medikamente festgelegt ist, kann der Patient die Einsparungen an dem jeweiligen Medikament nicht nachvollziehen.

Dieses Argument entkräften *König* und *Engelmann* mit dem Hinweis, dass der Verbraucher zwar in manchen Mitgliedstaaten nicht direkt bei der Bezahlung des Medikaments spart, aber durch die Senkung der Beitragssätze bei den staatlichen Krankenkassen, denen die Ersparnis von importierten Medikamenten zufließt.<sup>795</sup> Ferner ist der Schutz der Warenverkehrsfreiheit

---

<sup>789</sup> *König/Engelmann* in GRURInt 2005, 304, 307.

<sup>790</sup> Ebenso *Bauroth* in PharmR 2005, 386, 389.

<sup>791</sup> Schlussanträge vom 28.10.2004 in der Rs. C-53/03, *Syfait*, Rnr. 91-95; siehe ebenso 1. Kapitel II. 4. b) bb).

<sup>792</sup> Schlussanträge vom 28.10.2004 in der Rs. C-53/03, *Syfait*, Rnr. 91.

<sup>793</sup> *König/Engelmann* in GRURInt 2005, 304, 310.

<sup>794</sup> Schlussanträge vom 28.10.2004 in der Rs. C-53/03, *Syfait*, Rnr. 97.

<sup>795</sup> *König/Engelmann* in GRURInt 2005, 304, 310, 311; die Autoren belegen dies mit der Studie vom York Health Economics Consortium vom Mai 2003 und mit einer Darstellung der Erstattungsregeln von einigen Mitgliedstaaten.

nicht vom Grad des sozialen Werts der betroffenen Tätigkeit abhängig.<sup>796</sup> Marktaufteilende Maßnahmen sind nach Art. 82 Abs. 1 EG per se verboten, ohne dass es auf die Benachteiligung des Verbrauchers bei dieser Bewertung ankommt.

Für den Generalanwalt *Jacobs* steht zum Schluss seiner Ausführungen fest, dass die Beschränkung des Parallelhandels aufgrund der wirtschaftlichen Besonderheiten der pharmazeutischen Industrie eine angemessene und verhältnismäßige Maßnahme zum Schutz der geschäftlichen Interessen eines Pharmaunternehmens sein kann.<sup>797</sup> Für *König/Engelmann* dagegen werden mit einer solchen objektiven Rechtfertigung einer Lieferbeschränkung der Integrationsauftrag des EG-Vertrages und damit das System des freien Warenverkehrs in Frage gestellt.<sup>798</sup>

### (iii) Stellungnahme

Obwohl die Beantwortung der Frage nach einer objektiven Rechtfertigung von missbräuchlichem Verhalten durch den Generalanwalt mit Sicherheit einen sehr positiven Eindruck bei den Pharmaunternehmen hinterlassen hat, kann der gemeinschaftliche Auftrag und die Ziele des EG-Vertrages, wie von *König* und *Engelmann* besonders betont, bei dieser Thematik nicht abbedungen werden. Es ist meiner Ansicht nach nicht möglich, allein auf eine wirtschaftlich effiziente Arbeit eines Pharmaunternehmens abzustellen, denn dieses ist gerade aufgrund seiner bedeutsamen Arbeit dem Gemeinwohl verpflichtet. Diese Verpflichtung ergibt sich aus moralischen und rechtlichen Gründen, die *Jacobs* unter anderem in seinen Schlussanträgen erläutert.<sup>799</sup> Die rechtlichen Aspekte können sich zum einen aus der besonderen Marktverantwortung im Zusammenhang mit einer beherrschenden Stellung ergeben. Im Rahmen des Art. 82 EG kann es durchaus zu Lieferpflichten auf dem bereits belieferten Markt kommen.<sup>800</sup> Zum anderen kann aus Art. 81 der Richtlinie 2001/83/EG<sup>801</sup> eine solche Verpflichtung abgeleitet werden, zumindest wird durch diese Regelung der Handlungsspielraum eines Pharmaunternehmens eingeschränkt. Diese gesetzlichen Vorschriften und die Allgemeinwohlverpflichtung können m. E. von den Pharmaunternehmen nicht ignoriert werden.

Die Primärversorgung der Konsumenten bleibt zumindest in diesen Ländern vorrangig, in den sich das Pharmaunternehmen entschlossen hat, die Lieferungen fortzuführen, auch wenn die fehlenden Investitionen im FuE-Bereich durchaus einen bedeutsamen Kritikpunkt darstellen. Für die Förderung der FuE sind m. E. nicht allein die Unternehmen zuständig. Denn in dem Maße, wie die Pharmaunternehmen durch Preisregulierungen von den Mitgliedstaaten

---

<sup>796</sup> *König/Engelmann* in GRURInt 2005, 304, 310.

<sup>797</sup> Schlussanträge vom 28.10.2004 in der Rs. C-53/03, *Syfait*, Rnr. 100.

<sup>798</sup> *König/Engelmann* in GRURInt 2005, 304, 312.

<sup>799</sup> Schlussanträge vom 28.10.2004 in der Rs. C-53/03, *Syfait*, Rnr. 86.

<sup>800</sup> Siehe 2. Kapitel VI. 2. a) bb).

<sup>801</sup> ABl. EG 2001 Nr. L 311/67.

eingeschränkt werden, könnten sie auch von diesen im FuE-Bereich unterstützt werden, und wenn es nur eine Erleichterungen gewisser gesetzlicher Rahmenbedingungen ist.

Im Zusammenhang mit dem Bestehen der staatlichen Preisregulierungen und dem Erhalt des Restwettbewerbs auf dem Pharmamarkt ist in dieser Stellungnahme ergänzend zu erwähnen, dass die Durchführung eines dualen Preissystems ebenso wie die restriktive Belieferung der Großhändler missbräuchlich ist und nicht mit den besonderen Umständen im Pharmabereich gerechtfertigt werden kann. Das System der dualen Preisbildung wurde von Glaxo Welcome in Spanien eingeführt.<sup>802</sup> Das Pharmaunternehmen beachtete zwar bei der Preisbildung den Versorgungsauftrag im Inland durch das Festschreiben der niedrigeren Preise, wie sie der Staat vorgegeben hat, aber andererseits erhob es höhere Preise für die Produkte, die nicht für den Weiterverkauf im Inland bestimmt waren. Dies stellt eine Ungleichbehandlung von gleichwertigen Leistungen gegenüber den Handelspartnern gem. Art. 82 Abs. 2 lit. c EG dar. Eine Ungleichbehandlung liegt bei einer unterschiedlichen Preisfestsetzung grundsätzlich vor. Ferner lag eine Gleichwertigkeit bei den Produkten vor.<sup>803</sup> Zwar liegt ein Unterschied insofern vor, als das eine Produkt zum niedrigeren Preis aus den öffentlichen Kassen finanziert wird und nur für das Inland bestimmt ist und das andere Produkt zum höheren Preis nicht erstattungsfähig ist und exportiert werden kann. Diese Unterscheidung kann jedoch nicht gegen die Gleichwertigkeit der Produkte sprechen, da das Merkmal der Erstattungsfähigkeit nichts an der Zusammensetzung und der Qualität des Produktes ändert. Ferner können auch an sich erstattungsfähige und damit günstigere Produkte ins Ausland exportiert werden, auch wenn sie für diesen Handel nicht bestimmt waren. Das Produkt, welches vom Hersteller an den Großhändler geliefert wird, ist immer dasselbe.<sup>804</sup> Somit muss die Gleichwertigkeit der Produkte bejaht werden. Der Missbrauchstatbestand ist folglich aufgrund der Preisdiskriminierung bei dualen Preissystemen erfüllt.

Kernproblem im Pharmabereich bleibt die fehlende Harmonisierung der unterschiedlichen staatlichen Preisregulierungen. Die notwendige Harmonisierung kann aber sicherlich nicht durch den Parallelhandel sinnvoll erreicht werden. Trotzdem muss der Parallelhandel insoweit gestaltet werden, wie er mit dem Grundsatz des freien Warenverkehrs zu vereinbaren ist. Es bleibt den Beteiligten in diesem Sektor nichts anders übrig, als sich mit der gegebenen Situation abzufinden und dabei die bestehenden Wettbewerbsregeln gemäß ihrem Wortlaut und ihrer unbestrittenen teleologischen Auslegung zu beachten.<sup>805</sup>

Für den vorliegenden Einzelfall bedeutet dies, dass aufgrund der gegebenen marktbeherrschenden Stellung von GSK die verwirklichte Marktabschottung, unerheblich ob

---

<sup>802</sup> Entscheidung der Kommission vom 8.5.2001, ABl. EG 2001 Nr. L 302/1.

<sup>803</sup> Die Gleichwertigkeit lehnen *Krapf/Lange* in PharmR 2005, 321, 324 f. ab.

<sup>804</sup> *Bauroth* in PharmR 2005, 386, 392.

<sup>805</sup> Dies stellte das EuG in dem EuG-Urteil vom 6.7.2000, VW I, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707 Rnr. 336 klar, indem es darauf hinwies, dass die fehlende Harmonisierung staatlicher Regelungen ein Unternehmen nicht von der Pflicht entbindet, die wichtigsten Regelungen des gemeinsamen Marktes zu beachten.

sie eine Nebenfolge der Lieferbeschränkung war oder beabsichtigt herbeigeführt worden ist, den Missbrauchstatbestand des Art. 82 EG erfüllt. Den Schlussanträgen des Generalanwalts ist somit meiner Ansicht nach nicht zu folgen.

ff) Schlussfolgerung zum missbräuchlichen Verhalten

Besitzt der Hersteller als Nachfrager von Vertriebsleistungen eine beherrschende Stellung, dann können seine Maßnahmen, die in den bisherigen Fällen unter die Problematik der scheinbar einseitigen Maßnahmen subsumiert wurden, missbräuchlich sein. Eine objektive Rechtfertigung ist aufgrund der wettbewerbswidrigen Zielsetzung der Verhaltensweisen nicht gegeben.

Durch die Darstellung der Ausführungen von Generalanwalt *Jacobs* und der Kritik von *König/Engelmann* wird deutlich, dass die Lieferbeschränkungen eines Pharmaunternehmens, sofern ihm eine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt nachgewiesen wird, missbräuchlich sein können. Unter diesen Voraussetzungen hätte der EuGH in der *Bayer*-Entscheidung<sup>806</sup> den Art. 82 EG bejahen müssen. Eine objektive Rechtfertigung kommt aufgrund der Besonderheiten im Pharmasektor nicht in Frage.

c) Ergebnis

Die bei der Abgrenzung zwischen Art. 81 EG und Art. 82 EG festgestellte Regelungslücke kann nach der Prüfung des Art. 82 EG in Bezug auf die scheinbar einseitigen Maßnahmen nicht geschlossen werden.

Hinsichtlich des Vorliegens einer Angebotsmacht des Herstellers ist eine beherrschende Stellung nur schwer zu begründen. In der Automobilbranche kann der Hersteller aufgrund einer investitionsbedingten Abhängigkeit des Händlers eine beherrschende Stellung in Form der Nachfrage besitzen, die als missbräuchlich gewertet werden kann, sofern die Maßnahmen des Herstellers das Bestehen eines einheitlichen Binnenmarktes beeinträchtigen. Dies ist ebenso innerhalb einer Alleinbezugsvereinbarung möglich. Ferner kann im Pharmabereich mit einer engeren Marktdefinition bei rezeptpflichtigen Medikamenten eine beherrschende Stellung begründet werden.

Aufgrund der Schwierigkeiten bei der Bestimmung einer beherrschenden Stellung kann das Ziel eines grenzüberschreitenden Wettbewerbs in Bezug auf die Problematik der scheinbar einseitigen Maßnahmen nicht uneingeschränkt erreicht werden. Andererseits werden mit dieser Lösung die Privatautonomie und die Unternehmensfreiheit des Unternehmens geschützt. Würde nämlich dem Unternehmen, das ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis zum Händler unterhält, in jedem Fall Verhaltenspflichten auferlegt werden, würde es in seiner

---

<sup>806</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

Freiheit für flexible Marktstrategien eingeschränkt sein. Die Wettbewerbsregeln sollen aber nicht nur die Handlungsfreiheit der Händler schützen, sondern auch die der Hersteller. Es ist nicht die Aufgabe des Wettbewerbsrechts, jedes Ungleichgewicht zwischen den Wettbewerbsteilnehmern zu regulieren. Dieses Ergebnis wird dem am Anfang dieser Arbeit geforderten Interessenausgleich zwischen den verschiedenen Seiten gerecht.<sup>807</sup>

## **2. Grundsatz des freien Warenverkehrs und dessen Auswirkungen auf die Mitgliedstaaten, am Beispiel Deutschland**

Fraglich könnte sein, ob es für die Wettbewerbsbehörden einen Weg zum umfangreichen Schutz des Wettbewerbs direkt über den Grundsatz des freien Warenverkehrs gibt.

Neben der Abschaffung der Binnenzölle (Art. 23 EG) bilden die Verbote sonstiger nicht tarifärer Handelshemmnisse den Hauptbestandteil des freien Warenverkehrs innerhalb der Europäischen Gemeinschaft. Die Grundnormen sind Art. 28, 29 EG, wobei Art. 28 EG die Einfuhr von Waren und Art. 29 EG die Warenausfuhr betrifft.

Die Lieferbeschränkungen im Fall *Bayer*<sup>808</sup> waren dazu bestimmt, eine quantitative Begrenzung der Warenausfuhr aus dem Mitgliedstaat herbeizuführen. Dies führt zu einer künstlichen Segmentierung der nationalen Märkte, deren Verhinderung gerade das Ziel der Warenverkehrsfreiheit ist.

Staatlich verhängte Ausfuhrverbote und mengenmäßige Ausfuhrbeschränkungen sind nach Art. 29 EG gemeinschaftsrechtswidrig und damit verboten, dies betrifft aber eben nur staatliche Maßnahmen.

### a) Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit

Art. 29 EG könnte jedoch Drittwirkung gegenüber den Unternehmen haben. Drittwirkung bedeutet, dass die Unternehmen in ihrem Handeln unmittelbar an das Verbot des Art. 28 EG gebunden sind.

Eine Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit wird jedoch von der herrschenden Meinung<sup>809</sup> und insbesondere der Rechtsprechung des EuGH<sup>810</sup> abgelehnt. Im Gegensatz zu Art. 39 EG,

---

<sup>807</sup> 1. Kapitel II. 4. d).

<sup>808</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

<sup>809</sup> *Leible* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 28 EGV Rnr. 44; *Becker* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 28 EGV Rnr. 89.

<sup>810</sup> EuGH-Urteil vom 1.10.1987, *Vlaamse Reisbureaus*, Rs. 311/85, Slg. 1987, 3801, Rnr. 28-30; EuGH-Urteil vom 27.9.1988, *Bayer/Süllhöfer*, Rs. 65/86, Slg. 1988, 5249 Rnr. 11-13; EuGH-Urteil vom 5.11.2002, *CMA Gütezeichen*, Rs. C-325/00, Slg. 2002, I-9977 Rnr. 18-21.

der gem. Art. 7 Abs. 4 der VO 1612/68<sup>811</sup> für die Arbeitnehmerfreizügigkeit bezüglich des Diskriminierungsverbots bei Privatpersonen gilt, richtet sich Art. 28 EG schon vom Wortlaut her allein an die Mitgliedstaaten. Ebenso spricht die systematische Auslegung dagegen, da die Artt. 81 ff. EG entsprechende Normen für Tätigkeiten Privater im Wettbewerb enthalten.<sup>812</sup>

#### b) Handlungspflichten der Mitgliedstaaten

Anerkannt ist in der Rechtsprechung und in der Literatur hingegen, dass die Warenverkehrsfreiheit den Mitgliedstaaten nicht nur den Erlass bzw. die Beibehaltung beschränkender Regelungen verbietet, sondern auch zu Handlungspflichten führen kann.<sup>813</sup> Die Mitgliedstaaten sind dazu verpflichtet, i. V. m. Art. 10 Abs. 2 EG alle erforderlichen und geeigneten Maßnahmen gegen private Handelshemmnisse zu ergreifen, um in ihrem Gebiet die Beachtung dieser Grundfreiheiten sicherzustellen.<sup>814</sup> Sie müssen somit zum aktiven Schutz des freien Warenverkehrs gegen von privater Seite veranlasster Beschränkungen vorgehen.

Die bisherige Rechtsprechung behandelte in diesem Zusammenhang zum einen Proteste französischer Landwirte gegen landwirtschaftliche Erzeugnisse anderer Mitgliedstaaten<sup>815</sup> sowie zum anderen eine Straßenblockade auf der Brenner-Autobahn durch Demonstranten<sup>816</sup>. Diese Sachverhalte haben an sich mit der hier zu behandelnden Situation wenig zu tun, jedoch kann der Grundsatz der mitgliedstaatlichen Schutzpflichten durchaus auch auf andere Beschränkungen angewandt werden. Dafür spricht die neutrale Formulierung der mitgliedstaatlichen Schutzpflichten in den Urteilen, denn wer zu einer gewaltsamen Auflösung von Demonstrationen aufgrund des Schutzes der Warenverkehrsfreiheit verpflichtet ist, muss zu einem Vorgehen gegen Ausfuhrverbote und Lieferverpflichtungen verpflichtet sein.<sup>817</sup> Die Kommission kann als Hüterin der Verträge gem. Art. 211 EG in Bezug auf diese Schutzpflichten auf die Mitgliedstaaten einwirken. Kommt ein Mitgliedstaat dieser Pflicht nicht nach, sondern trifft oder behält staatliche Regelungen bei, welche die praktische Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln bei entsprechendem Verhalten von Unternehmen ausschalten könnten, liegt neben dem Verstoß gegen den Grundsatz des freien

---

<sup>811</sup> Verordnung des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. EG 1968 Nr. L 257/2.

<sup>812</sup> *Becker* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 28 EGV Rnr. 89.

<sup>813</sup> *Nicolaysen*, Europarecht II, S. 44/45.

<sup>814</sup> EuGH-Urteil vom 9.12.1997, *Kommission/Frankreich*, Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959, Rnr. 30, 32;

EuGH-Urteil vom 12.6.2003, *Schmidberger*, Rs. C- 112/00, Slg. 2003, I-5659 Rnr. 57, 59.

<sup>815</sup> EuGH-Urteil vom 9.12.1997, *Kommission/Frankreich*, Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959.

<sup>816</sup> EuGH-Urteil vom 12.6.2003, *Schmidberger*, Rs. C- 112/00, Slg. 2003, I-5659.

<sup>817</sup> *Hoffmann* in WRP 2004, 994, 1001.

Warenverkehrs eine mittelbare Verletzung der Wettbewerbsregeln seitens des Staates gem. Art. 10 Abs. 2, Art. 3 Abs. 1 lit. g EG i. V. m. Artt. 81, 82 EG vor.<sup>818</sup>

Aufgrund der Schutzpflichten müssen die Mitgliedstaaten ebenfalls dafür sorgen, dass die Ausgestaltung des nationalen Rechts es erlaubt, gegen Ausfuhrverbote und Parallelausfuhrbeschränkungen vorzugehen und diese zu unterbinden, soweit diese zu einer ungerechtfertigten Beschränkung des freien Warenverkehrs führen. Die Mitgliedstaaten haben dementsprechend einen Regelungsauftrag zu erfüllen.

Am Beispiel Deutschland ist nun zu überprüfen, ob in Deutschland ausreichende wettbewerbsrechtliche Regelungen in Bezug auf scheinbar einseitige Maßnahmen bestehen, um das gemeinschaftsrechtliche Ziel, einen grenzüberschreitenden Warenverkehr, zu erreichen.

### c) GWB

Nach der siebten Novellierung des GWB wurde der Wortlaut des § 1 GWB an den Art. 81 EG angepasst. Das bedeutet, dass von § 1 GWB vertikale und horizontale wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen ebenso erfasst werden wie von Art. 81 Abs. 1 EG. Ferner ist durch die Angleichung von § 1 GWB an den Art. 81 Abs. 1 EG das Vorliegen von zwischenstaatlichen Auswirkungen unerheblich. Denn Fälle von rein innerstaatlicher Bedeutung und Fälle mit Zwischenstaatlichkeitsbezug sind aufgrund der Wortgleichheit der gesetzlichen Grundlagen in Deutschland und in Europa gleich zu behandeln.

Einen zentralen Freistellungstatbestand wie Art. 81 Abs. 3 EG enthält der § 2 Abs. 1 GWB, und gem. § 2 Abs. 2 GWB gelten bei der Anwendung von § 2 Abs. 1 GWB die auf der Grundlage von Art. 81 Abs. 3 EG erlassenen EG-Gruppenfreistellungsverordnungen der Europäischen Kommission entsprechend.

Für die Auslegung der §§ 1, 2 GWB war ursprünglich im Referentenentwurf zum neuen GWB ausdrücklich geregelt, dass mit Hilfe einer „Europafreundlichen Anwendung“ (§ 23 GWB-E) die Grundsätze des Europäischen Wettbewerbsrechts bei der Anwendung der §§ 1, 2 GWB herangezogen werden müssen. Dabei sollte die ständige Spruchpraxis des Europäischen Gerichts erster Instanz, des Europäischen Gerichtshofs sowie die Verwaltungspraxis der Europäischen Kommission einschließlich ihrer Mitteilungen und Bekanntmachungen im Rahmen der Auslegung der nationalen Regelungen beachtet werden.<sup>819</sup> § 23 GWB-E wurde jedoch nicht in die am 1.7.2005 geltende Fassung des GWB

---

<sup>818</sup> EuGH-Urteil vom 30.4.1986, *Nouvelles Frontières*, Rs. 209 bis 213/84, Slg. 1986, 1425 Rnr. 71 f.; EuGH-Urteil vom 16.11.1977, *Inno/ATAB*, Rs. 13/77, Slg. 1977, 2115 Rnr. 31; *Schwarze* in EuZW 2000, 613, 618 f.

<sup>819</sup> Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 15/3640, 47.

übernommen. Dies ist mit der Begründung geschehen, dass es durch die Anpassung des deutschen Kartellgesetzes an das Europäische Recht selbstverständlich ist, dass die Normen des GWB im Lichte der europäischen Regeln auszulegen sind.<sup>820</sup> Das hat in Bezug auf die scheinbar einseitigen Maßnahmen zur Folge, dass die bei der Auslegung des Art. 81 Abs. 1 EG im zweiten Kapitel dieser Arbeit festgestellten Grenzen nicht bei der Auslegung von § 1 GWB ignoriert werden können, da § 1 GWB nicht weiter als Art. 81 Abs. 1 EG ausgelegt werden kann. Des Weiteren ist bei den Fällen zu den scheinbar einseitigen Maßnahmen zu beachten, dass durch die hauptsächliche Zwecksetzung der Hersteller, den Parallelhandel zu verhindern oder zu beschränken, immer ein Zwischenstaatlichkeitsbezug in diesen Fällen vorliegt und deswegen § 1 GWB neben dem Europäischen Wettbewerbsrecht gem. Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003 keine Anwendung findet. Auch wenn teilweise in der Literatur<sup>821</sup> die Frage aufgeworfen wird, ob der Vorrang des EG-Kartellrechts gem. Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003 in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung oder nur auf das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkungen gilt, ist dies m. E. unerheblich. Aufgrund der anerkannten europarechtskonformen Auslegung des § 1 GWB muss der Vereinbarungsbegriff entsprechend der kartellrechtlichen Entwicklung im Europarecht verstanden werden.

Ebenso wie im Europäischen Kartellrecht beinhaltet das GWB nicht nur Vorschriften über wettbewerbsbeschränkende Absprachen, sondern auch Regelungen über die Missbrauchsaufsicht von einseitigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen (§§ 19-21 GWB). Diese Vorschriften zum Missbrauchstatbestand enthalten jedoch strengere Regelungen als das Europäische Recht. Das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot des § 20 GWB bezieht sich nicht nur auf marktbeherrschende Unternehmen, sondern auch auf marktstarke Unternehmen.

Durch § 20 Abs. 2 Satz 1 GWB gehören auch Unternehmen zum Adressatenkreis, die eine relative Marktmacht gegenüber der vor- oder nachgeordneten Marktstufe besitzen. Eine solche vertikale Dominanz wird jedoch von Art. 82 EG nicht erfasst.<sup>822</sup> Vor der relativen Marktmacht eines Unternehmens werden jedoch nur kleine oder mittlere Unternehmen geschützt.

§ 20 Abs. 2 Satz 1 GWB enthält insbesondere die Erscheinungsformen der unternehmensbedingten Abhängigkeit. Eine unternehmensbedingte Abhängigkeit liegt vor, wenn einem Unternehmen das Ausweichen auf andere Geschäftspartner unzumutbar ist, weil es aufgrund bestehender Geschäftsverbindungen in eine existenzielle Abhängigkeit zu dem anderen Unternehmen geraten ist.<sup>823</sup> Dies ist insbesondere der Fall bei Kfz-Händlern, die

---

<sup>820</sup> Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 15/3640, 75.

<sup>821</sup> *Eilmansberger* in ZWeR 2004, 285, 302.

<sup>822</sup> Siehe 3. Kapitel I. 1. a) aa) (ii).

<sup>823</sup> *Bechtold*, GWB-Kommentar, § 20 Rnr. 22; *Emmerich*, Kartellrecht, S. 218.

durch umfangreiche Investitionen sich speziell auf die Bedürfnisse des betreffenden Herstellers ausgerichtet haben. Würde die Geschäftsbeziehung plötzlich beendet werden, wären die Investitionen für einen anderen Hersteller nahezu wertlos.<sup>824</sup>

Aufgrund dieses Anwendungsbereiches von § 20 Abs. 2 GWB innerhalb des Kfz-Sektors lässt sich vermuten, dass bei Fällen der scheinbar einseitigen Maßnahmen in Deutschland eine kartellrechtliche Sanktionierung in Frage kommen könnte und damit der Anwendungsbereich des deutschen Kartellgesetzes auf die zu behandelnden Beschränkungen weiter ist als der des EG-Vertrages. Ein Vorrang des Europäischen Wettbewerbsrechts kommt aufgrund des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 hier nicht in Frage.

Im deutschen Wettbewerbsrecht ist neben dem GWB das UWG mit der Generalklausel (§ 3 UWG) anwendbar. Zwischen den beiden Gesetzen besteht Anspruchskonkurrenz.<sup>825</sup> Jedoch ist aufgrund der ausführlichen Regelungen im GWB betreffend die Fallgestaltung der scheinbar einseitigen Maßnahmen ein Rückgriff auf das UWG nicht nötig.

#### d) Schlussfolgerung

Der Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit kann zum Schutz des Wettbewerbs nicht direkt auf Maßnahmen zwischen Unternehmen angewendet werden. Aus dem Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit kann nur die Pflicht für Mitgliedstaaten abgeleitet werden, einen gesetzlichen Rahmen für Unternehmen zu schaffen, um einen funktionierenden Wettbewerb zu gewährleisten. Dieser Pflicht ist der deutsche Gesetzgeber mit dem GWB nicht nur nachgekommen, sondern das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen besitzt im Rahmen von einseitigen Handlungen von Unternehmen zum Schutz von kleinen und mittleren Unternehmen einen größeren persönlichen Anwendungsbereich als das EG-Recht. Das GWB beinhaltet somit einen umfassenderen Schutz des Wettbewerbs in Hinblick auf die einseitigen Maßnahmen. Dieser Unterschied zwischen dem deutschen und dem Europäischen Wettbewerbsrecht macht deutlich, dass der europäische Gesetzgeber nur missbräuchliche einseitige Maßnahmen von marktbeherrschenden Unternehmen verbieten will, jedoch den nationalen Gesetzgebern eine strengere Regelung in diesem Bereich nicht untersagt. Meines Erachtens hat dies zur Folge, dass der europäischen Gesetzgebung bezüglich einseitiger Handlungen von Unternehmen eine andere Wertung zugrunde liegt. Dem europäischen Gesetzgeber kommt es auf den Schutz des Mittelstandes bei Vorliegen von einseitigen Maßnahmen nicht an. Im Gegensatz dazu möchte der europäische Gesetzgeber im Rahmen des Art. 81 EG und damit auch im Rahmen des Vereinbarungsbegriffs einheitliche Bedingungen im Binnenmarkt schaffen.<sup>826</sup> Leitet man nun aus dem Wortlaut des

---

<sup>824</sup> Vergleiche 3. Kapitel I. 1. a) cc) (iii).

<sup>825</sup> Köhler in WRP 2005, 645, 653.

<sup>826</sup> Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003.

Art. 81 Abs. 1 EG ab, dass nur Verhaltenskoordinierungen erfasst werden sollen, kann demzufolge der Wille des europäischen Gesetzgebers dahingehend ausgelegt werden, dass einseitige Maßnahmen eines nicht marktbeherrschenden Unternehmens, auch wenn sie wettbewerbsbeschränkende Wirkungen besitzen, im EG-Recht eben nicht sanktioniert werden sollen. Damit entspricht die restriktive Auslegung des Vereinbarungsbegriffs, die in dieser Arbeit vertreten wird, dem Willen des europäischen Gesetzgebers.

### 3. Die einzelnen Sektoren

Aufgrund der Analyse des *Bayer-Urteils*<sup>827</sup> und des *VW II-Urteils*<sup>828</sup> in dieser Arbeit wurde schon bei der Darstellung der Hintergründe des Parallelhandels besonders auf den Pharma- und Kraftfahrzeugsektor eingegangen.<sup>829</sup> An dieser Stelle wird geklärt, welche Möglichkeiten die Europäische Kommission hat, um den Parallelhandel in diesen Sektoren einheitlich für das EU-Gebiet zu fördern, und welche Möglichkeiten bis dato auch tatsächlich umgesetzt wurden.

#### a) Der Pharmasektor

Wie bereits mehrfach in dieser Arbeit erläutert, sind das Hauptproblem im Pharmasektor die staatlichen Regulierungen, die für die unterschiedlichen Preise in diesem Bereich sorgen.

Zu der Erkenntnis gelangte auch der EuGH im Urteil *Bayer* und stellte fest, dass es sich bei der Frage der Parallelimporte in erster Linie um ein Problem des Binnenmarktes und der fehlenden Harmonisierung nationaler Märkte handelt.<sup>830</sup> Der EuGH hinterlässt sogar in Rnr. 172 dieser Entscheidung den Eindruck, dass das Gericht die Gemeinschaftsbehörden auffordern wollte, durch Harmonisierungsmaßnahmen gegen nationale staatliche Preisregelungen im Arzneimittelbereich tätig zu werden.

Mit diesem Hinweis des EuGH stellt sich die Frage, ob es überhaupt Möglichkeiten für die Europäische Kommission gibt, gegen die unterschiedlichen staatlichen Preisvorgaben vorzugehen.

#### aa) Art. 95 EG

Die Europäische Kommission könnte eine Harmonisierung der unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Preise mit ihrem Initiativrecht gem. Art. 95 EG i. V. m. Art. 211 EG anstreben.

---

<sup>827</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

<sup>828</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141.

<sup>829</sup> Siehe 1. Kapitel II. 4.

<sup>830</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23 Rnr. 69.

Art. 95 EG soll zur Verwirklichung des Binnenmarktes i. S. d. Art. 14 Abs. 2 EG beitragen. Art. 95 EG ist spezieller gegenüber der allgemeinen Kompetenznorm des Art. 94 EG, der die Rechtsgrundlage für die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften in den Mitgliedstaaten aufgrund von Störungen im Gemeinsamen Markt besitzt. Art. 95 EG ermächtigt ebenso wie Art. 94 EG die Gemeinschaft zum Erlass von Angleichungsnormen.

Mit Hilfe des Art. 95 EG soll die effektive Ausübung der vom Vertrag gewährleisteten Grundfreiheiten in allen Mitgliedstaaten sichergestellt werden.<sup>831</sup> Zu den geschützten Grundfreiheiten des EG-Vertrages gehört die Warenverkehrsfreiheit i. S. d. Artt. 28, 29 EG. Ferner ist Art. 95 EG ebenso geeignet, neben dem Schutz der Grundfreiheiten die Durchführung von Harmonisierungsmaßnahmen zur Beseitigung von Wettbewerbsverfälschungen zu gewährleisten.<sup>832</sup>

Aufgrund dieses Anwendungsbereiches könnte die Europäische Kommission der Gemeinschaft gem. Art. 95 EG die Entstehung eines einheitlichen europäischen Preisfestsetzungssystems für Arzneimittel, das zentral verwaltet wird, der Gemeinschaft vorschlagen, um eine Harmonisierung der einzelstaatlichen Preisregulierungen zu erreichen. Die Schaffung eines solchen Systems wird jedoch von der Europäischen Kommission auf Grund der Unpraktikabilität abgelehnt, da sich „die Festlegung eines angemessenen Preisniveaus für die gesamte Gemeinschaft als äußerst schwierig erweisen dürfte“.<sup>833</sup> Zum einen wirken sich zwar niedrige Preise positiv auf die Einhaltung der Vorgaben für die Gesundheitsausgaben aus, zum anderen käme es aufgrund der niedrigen Preise zu einem Rückgang der europäischen Ausgaben für FuE. Dagegen würden höhere Preise den Verbrauchern in wirtschaftlich schwächeren Ländern den Zugang zu Arzneimitteln erschweren oder gar unmöglich machen.<sup>834</sup> Aus diesen Gründen sieht die Europäische Kommission vor, keine Harmonisierungsmaßnahmen in der Gemeinschaft in Bezug auf die Arzneimittelpreise einzuführen.

#### bb) Weitere Unternehmungen der Europäischen Kommission

Jedoch ist die Europäische Kommission im Pharmabereich nicht untätig, da der Pharmasektor einen wesentlichen Beitrag zum Ziel von Lissabon 2002, die Union zum wettbewerbsfähigen und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt zu machen, leisten kann.<sup>835</sup>

Die Europäische Kommission richtete 2001 eine Arbeitsgruppe „Innovation und Bereitstellung von Arzneimitteln“ (bezeichnet als G-10-Arbeitsgruppe) ein. Diese Reflexionsgruppe hatte die Aufgabe, Empfehlungen zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der

---

<sup>831</sup> *Hernfeld* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 95 EGV Rnr. 5.

<sup>832</sup> *Hernfeld* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 95 EGV Rnr. 6; *Tietje* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 95 EGV Rnr. 34.

<sup>833</sup> Mitteilung der Kommission, KOM [1998] 588 endg., S. 13 f.

<sup>834</sup> Mitteilung der Kommission, KOM [1998] 588 endg., S. 14.

<sup>835</sup> Mitteilung der Kommission, KOM [2003] 383 endg., S. 4.

Arzneimittelindustrie zu erarbeiten und einen Beitrag zur Verwirklichung von Zielen im sozialen Bereich sowie im Gesundheitswesen zu leisten. Im Mai 2002 legte die G-10-Arbeitsgruppe ihren Schlussbericht vor, der 14 Empfehlungen für die Förderung des Pharmasektors enthielt.

Auf diesen Schlussbericht reagierte die Europäische Kommission mit der Mitteilung vom 1.7.2003 „Die pharmazeutische Industrie Europas zum Wohle der Patienten stärken: was zu tun ist.“<sup>836</sup> In dieser Mitteilung gibt die Europäische Kommission Anleitungen für die Umsetzung der Empfehlungen und weist den Mitgliedstaaten den Weg zur Lösung der in ihren Zuständigkeitsbereich fallenden Fragen.

Neben der Einführung von verbesserten Patienteninformationen und Förderung von Patientenorganisationen, die dazu dienen sollen, das Informationsbedürfnis der Patienten zu befriedigen, soll nach Ansicht der Europäischen Kommission im Zusammenhang mit den staatlichen Preisregulierungen mehr auf Transparenz gesetzt werden. Dabei will sich die Europäische Kommission für die korrekte Umsetzung der Richtlinie über die Transparenz bei der Preisfestsetzung für Arzneimittel<sup>837</sup> in allen Mitgliedstaaten stark machen.<sup>838</sup>

Unter anderem schlägt die Europäische Kommission in Bezug auf die staatlichen Preisregulierungen, die einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes im Wege stehen, vor, dass in Zukunft die Pharmaunternehmen die Preise autonom bestimmen sollten.<sup>839</sup> Im Anschluss an die freie Preisfestsetzung sollten die Pharmaunternehmen mit den Mitgliedstaaten Schutzmechanismen zur Eindämmung der Pharmaausgaben erarbeiten. Zweck eines solchen Systems, das nur in Übereinstimmung mit dem Grundsatz des freien Warenverkehrs und des Wettbewerbs entwickelt werden kann, ist es, den Weg für die freie Preisgestaltung auf dem Markt zu ebnen.<sup>840</sup> Ferner fordert die Europäische Kommission in ihrer Mitteilung den freien Wettbewerb für Medikamente, deren Beschaffungskosten nicht vom Staat erstattet werden, um somit dem Patienten eine größere Auswahl von Medikamenten zu erschwinglichen Preisen zu bieten.<sup>841</sup>

Ein weiterer wichtiger Punkt für die Europäische Kommission ist die Unterstützung der Pharmaforschung in der EU, die von wesentlicher Bedeutung für die Verbesserung von Qualität und Wirksamkeit der Gesundheitsversorgung ist. Für dieses Ziel hat die Europäische Kommission Maßnahmen, wie beispielsweise die Erhöhung der Gemeinschaftsmittel für die europäische Forschung, die Schaffung virtueller Gesundheitsinstitute sowie die Errichtung

---

<sup>836</sup> Mitteilung der Kommission, KOM [2003] 383 endg.

<sup>837</sup> Richtlinie 89/105/EWG des Rates vom 21.12.1988 betreffend die Transparenz von Maßnahmen zur Regelung der Preisfestsetzung bei Arzneimitteln für den menschlichen Gebrauch und ihre Einbeziehung in die staatlichen Krankenversicherungssysteme, ABL. EG 1989 Nr. L 40/8.

<sup>838</sup> Mitteilung der Kommission, KOM [2003] 383 endg., S. 12.

<sup>839</sup> Mitteilung der Kommission, KOM [2003] 383 endg., S. 18.

<sup>840</sup> Mitteilung der Kommission, KOM [2003] 383 endg., S. 18.

<sup>841</sup> Mitteilung der Kommission, KOM [2003] 383 endg., S. 19.

eines europäischen Zentrums für Prävention und Bekämpfung von Krankheiten, vorgesehen.<sup>842</sup>

Anhand dieser Mitteilung ist zu erkennen, dass für die Europäische Kommission die Pharmaindustrie einen der zentralen Sektoren in der EU darstellt. Werden die Vorgaben der Europäischen Kommission alle umgesetzt, so ist es durchaus vorstellbar, dass das Ziel von Lissabon auf diesem Sektor erreicht werden kann.

#### b) Der Kraftfahrzeugsektor

Ebenso wie auf dem Markt für Arzneimittel bestehen im Kfz-Sektor erhebliche Preisunterschiede, die unter anderem auf staatliche Interventionen zurückzuführen sind. Das Problem auf dem Markt für Automobile sind hierbei die unterschiedlich hohen Abgaben und Steuern, die beim Kauf eines Kraftfahrzeugs in dem jeweiligen Mitgliedstaat zu entrichten sind.

##### aa) Art. 93 EG

Aufgrund ihres Vorschlagsrechts kann die Europäische Kommission gem. Art. 93 EG i. V. m. Art. 211 EG eine Harmonisierung im Steuerrecht anstreben. Grundsätzlich gehört die Steuerhoheit der Mitgliedstaaten zu den Kernbereichen staatlicher Souveränität und kann vom EG-Vertrag nicht vergemeinschaftet werden. Ausnahmen zu diesem Grundsatz liegen dann vor, wenn die unterschiedliche Steuerpolitik im Gemeinsamen Markt das Funktionieren und die Errichtung eines Binnenmarktes beeinträchtigt.<sup>843</sup> Eine solche Ausnahme stellt nach Ansicht der Europäischen Kommission die Besteuerung von Personenkraftfahrzeugen dar. Die 25 unterschiedlichen Steuersysteme rufen steuerliche Hindernisse hervor und beeinträchtigen das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes.<sup>844</sup>

Insbesondere der Automobilindustrie und dem europäischen Verbraucher wird aufgrund der Unterschiede die Möglichkeit verwehrt, die Vorteile des Binnenmarktes in vollem Umfang in Anspruch zu nehmen. Der Hersteller muss in einigen Mitgliedstaaten ein bestimmtes Fahrzeugmodell anhand unterschiedlicher Spezifikationen herstellen, um die Preise vor Steuern zu reduzieren. Dies gilt insbesondere bei Fahrzeugen, die für Hochpreisländer bestimmt sind.<sup>845</sup> Dies bringt zusätzliche Kosten mit sich, die die Wettbewerbsfähigkeit des Herstellers schwächen. Für den Verbraucher besteht das Problem insbesondere darin, dass die Zulassungssteuer in der Regel zweimal zu entrichten ist, wenn ein Fahrzeug von einem Mitgliedstaat in einen anderen verbracht wird.<sup>846</sup> Aus diesen Gründen hat die Europäische

---

<sup>842</sup> Mitteilung der Kommission, KOM [2003] 383 endg., S. 22/23.

<sup>843</sup> *Stumpf* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 93 EGV Rnr. 2.

<sup>844</sup> Mitteilung der Kommission, KOM [2005] 261 endg., S. 1.

<sup>845</sup> Mitteilung der Kommission, KOM [2002] 431 endg., S. 9.

<sup>846</sup> Mitteilung der Kommission, KOM [2002] 431 endg., S. 13/14.

Kommission am 5.7.2005 in einer Mitteilung an den Rat den Vorschlag für eine Richtlinie über die Besteuerung von Personenkraftwagen unterbreitet.<sup>847</sup>

Ziel des Vorschlags ist es zum einen, das Funktionieren des Binnenmarktes durch die Beseitigung der steuerlichen Hindernisse für die innergemeinschaftliche Verbringung von Personenkraftwagen zu verbessern. Zum anderen soll die Nachhaltigkeit durch die Umstrukturierung der Bemessungsgrundlagen der Zulassungssteuern und jährlichen Kraftfahrzeugsteuern gefördert werden. Der Vorschlag zielt jedoch lediglich auf die Festlegung einer EU-weiten Struktur für die Besteuerung von Personenkraftwagen ab und soll die Mitgliedstaaten nicht zur Einführung neuer Steuern verpflichten.

Der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission enthält unter anderem den Vorschlag, die Zulassungssteuern während einer Übergangszeit von fünf bis zehn Jahren abzuschaffen.<sup>848</sup> Ferner soll ein System errichtet werden, bei dem der Mitgliedstaat, in dem ein Personenkraftwagen zugelassen ist, bis zur Abschaffung der Zulassungssteuer einen Teil davon erstatten muss, wenn das Fahrzeug nach der Zulassung ausgeführt oder auf Dauer in einen anderen Mitgliedstaat verbracht wird.<sup>849</sup> Die Bemessungsgrundlagen sowohl der jährlichen Kraftfahrzeugsteuern als auch der Zulassungssteuern sollen künftig eine Kohlendioxid-Komponente enthalten.<sup>850</sup>

Die Umsetzung dieses Vorschlages vom Europäischen Rat würde bedeuten, dass die Mitgliedstaaten ihre Steuersysteme umstrukturieren müssten. Es bleibt abzuwarten, ob sich die Europäische Kommission mit ihrem Vorschlag durchsetzt. Für einen einheitlichen Binnenmarkt ohne Grenzen wäre es insbesondere für den Verbraucher wünschenswert.

#### bb) Weitere Unternehmungen der Europäischen Kommission

Nicht nur in Bezug auf die steuerlichen Hindernisse versucht die Europäische Kommission die Wettbewerbsfähigkeit des Kfz-Sektors voranzutreiben. Mit dem Inkrafttreten der GVO 1400/2002<sup>851</sup> am 1.10.2002 versuchte die Europäische Kommission, die Binnenmarktkomponente des Europäischen Wettbewerbsrechts beim Vertrieb von Kraftfahrzeugen stärker zu betonen. Die GVO 1400/2002 hat das Ziel, den Wettbewerb zwischen den Händlern zu intensivieren, den grenzüberschreitenden Erwerb von Automobilen zu erleichtern, sowie den Preiswettbewerb zu verstärken.

Nach der neuen GVO dürfen Hersteller dem Händler nur in engen Grenzen bestimmte Vertragsgebiete zuweisen, in denen der Händler verkaufen darf.<sup>852</sup> Ein absoluter Gebietschutz ist in der GVO 1400/2002, abgesehen von den Ausnahmen in

---

<sup>847</sup> Mitteilung der Kommission, KOM [2005] 261 endg.

<sup>848</sup> Mitteilung der Kommission, KOM [2005] 261 endg., S. 7.

<sup>849</sup> Mitteilung der Kommission, KOM [2005] 261 endg., S. 8.

<sup>850</sup> Mitteilung der Kommission, KOM [2005] 261 endg., S. 8.

<sup>851</sup> ABl. EG 2002 Nr. L 203/30.

<sup>852</sup> Art. 4 lit. b der GVO 1400/2000.

Art. 4 lit. b GVO 1400/2002, nicht mehr freistellungsfähig. Die Händler dürfen demnach grenzüberschreitend in der ganzen EU tätig werden. Ferner müssen die Hersteller dafür Sorge tragen, dass Autos, die von einem EU-Bürger gekauft werden, im Rahmen der Garantie oder Sachmängelhaftung bei jeder Herstellerwerkstatt der EU repariert werden können.<sup>853</sup> Außerdem darf der Hersteller den Händlern kein Wettbewerbsverbot bezüglich konkurrierender Produkte auferlegen. Gem. Art. 5 lit. a GVO können Händler nun Produkte von mindestens drei verschiedenen Herstellern anbieten.

#### c) Schlussfolgerung

Wie am Beispiel des Pharma- und des Kraftfahrzeugsektors aufgezeigt werden konnte, ist sich die Europäische Kommission durchaus bewusst, dass ihr zur Förderung des Parallelhandels in Europa nicht nur die Europäischen Wettbewerbsregeln zur Verfügung stehen, sondern zusätzliche Mittel im Rahmen des Art. 211 EG, die sie in beiden Industriebereichen zur Sicherstellung des ordnungsgemäßen Funktionierens und der Entwicklung des Gemeinsamen Marktes nutzt.

#### 4. Beweislast

Wie bereits bei der Analyse des *Bayer*-Urteils festgestellt, trägt die Beweislast bezüglich des Vorliegens einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung die jeweilige Wettbewerbsbehörde, wenn sie den Vorwurf eines Verstoßes eines Unternehmens gegen Art. 81 Abs. 1 EG erhebt.

In der vorliegenden Arbeit wird in Anlehnung an die *Bayer*-Entscheidung eine enge Auslegung des Vereinbarungsbegriffs sowohl bei der *Fallgruppe der nachträglichen* als auch bei der *Fallgruppe der vorherigen Zustimmung* vertreten. Das bedeutet konkret für die Wettbewerbsbehörden, dass sie bei strittigen Fällen in Bezug auf die scheinbar einseitigen Maßnahmen in Zukunft umfangreichere Sachverhaltsermittlungen unternehmen muss, um zu beweisen, dass eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung vorliegt.

Für den Nachweis in Bezug auf Art. 82 EG trägt gem. Art. 2 Satz 1 VO 1/2003<sup>854</sup> ebenfalls die jeweilige Wettbewerbsbehörde die Beweislast, wenn sie Art. 82 EG wettbewerbsrechtlich geltend machen will. Jedoch ist der Weg über Art. 82 EG für die Wettbewerbsbehörde nicht weniger schwierig als über Art. 81 EG. Das Problem besteht hierbei, dem Unternehmen eine beherrschende Stellung nachzuweisen. Diese Beweislastverteilung lässt sich aber ebenso wie in Art. 81 Abs. 1 EG rechtfertigen.<sup>855</sup> Das Unternehmen wird aufgrund des absoluten Verbotes von Art. 82 EG und den hohen Geldbußen in der freien wirtschaftlichen Betätigung

---

<sup>853</sup> Art. 5 der GVO 1400/200.

<sup>854</sup> ABl. EG 2003 Nr. L 1/1.

<sup>855</sup> Siehe zur Rechtfertigung der Beweislast in Bezug auf Art. 82 EG 2. Kapitel IV. 6. a).

eingeschränkt.<sup>856</sup> Dieser Eingriff kann nur mit dem Gemeinschaftsrecht verantwortet werden, wenn die Beweislast der zuständigen Wettbewerbsbehörde obliegt, die den Vorwurf der Wettbewerbswidrigkeit erhebt.

Man kann durchaus sagen, dass sich die Beweislast bei den Europäischen Wettbewerbsregeln für Wettbewerbsbehörden in Bezug auf die scheinbar einseitigen Maßnahmen als „Last“ darstellt. Auch wenn umfangreiche Instrumente in der VO 1/2003 und in den jeweiligen nationalen Gesetzen für die Aufklärung der Sachverhalte zur Verfügung stehen, so bedarf nach neuester Rechtsprechung die Subsumtion der scheinbar einseitigen Maßnahmen unter Art. 81 EG oder Art. 82 EG größere Anstrengung als in der Vergangenheit. Dies fordert die wortlautorientierte Auslegung dieser Artikel, die das Telos des Gemeinschaftsrechts gebietet. Aber angesichts des Ziels, d.h. die Erreichung eines unverfälschten Wettbewerbs in der Gemeinschaft, das in erster Linie auf die Handlungsfreiheit der Unternehmen aufbaut, scheint diese Lösung zur Beweislast gerechtfertigt zu sein.

## II. Konsequenzen für die Hersteller

Als Konsequenz der engeren Auslegung des Vereinbarungsbegriffs von Art. 81 Abs. 1 EG durch den EuGH und den EuG könnte dem Hersteller ein größerer Spielraum in Bezug auf Maßnahmen gegen den Parallelhandel zustehen.

In der vorliegenden Arbeit wurde die Möglichkeit festgestellt, dass wettbewerbswidrige Maßnahmen weder unter Art. 81 EG noch unter Art. 82 EG subsumiert werden können. Diese Lücke innerhalb der Europäischen Wettbewerbsregeln könnte eine Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten für den Hersteller bedeuten. Das kann natürlich nur für Unternehmen gelten, die keine marktbeherrschende Stellung inne haben, denn im Gegensatz zu einem Hersteller in beherrschender Stellung trägt dieses Unternehmen gegenüber seiner Konkurrenten und Geschäftspartner keine besondere Verantwortung für die Aufrechterhaltung eines Systems des unverfälschten Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt.<sup>857</sup> Damit stellt sich die Frage: Mit welchen Maßnahmen kann der Hersteller versuchen, die erwünschte Mitwirkung des Händlers zu erreichen und dessen Vertriebsverhalten in die gewünschte Richtung lenken, ohne dass eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG vorliegt?

Im Folgenden werden Maßnahmen von nicht marktbeherrschenden Herstellern auf ihre Zulässigkeit im wettbewerbsrechtlichen Sinne überprüft. Bei der Darstellung werden

---

<sup>856</sup> *Baumhof*, Die Beweislast im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof, S. 227.

<sup>857</sup> Die Auferlegung einer besonderen Verantwortung für Unternehmen in beherrschender Stellung hat der EuGH und das EuG unter anderem in folgenden Urteilen bestätigt: EuGH-Urteil vom 9.11.1983, *Michelin*, Rs. 322/81, Slg. 1983, 3461 Rnr. 57; EuG-Urteil vom 1.4.1993, *BPB*, Rs. T-65/89, Slg. 1993, II-389, 417 Rnr. 67; EuG-Urteil vom 6.10.1994, *Tetra Pak II*, Rs. T-83/91, Slg. 1994, II-755 Rnr. 114.

Maßnahmen des Herstellers im Eigenvertrieb und mit Handelsvertretern außer Betracht gelassen, da es bei diesen Konstellationen fraglich ist, ob Art. 81 EG Anwendung findet.<sup>858</sup> Unternehmensinterne Vereinbarungen unterliegen nicht dem Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG, wenn eine wirtschaftliche Einheit, bei denen Leitungsmacht durch Kapital- und/oder Stimmrechtsmehrheit besteht, zwischen den entsprechenden Unternehmen vorliegt.<sup>859</sup> Ferner werden auch Vereinbarungen mit einem Handelsvertreter nicht von Art. 81 Abs. 1 EG erfasst. Diese Feststellung wird darauf begründet, dass der Handelsvertreter auf dem Markt für die betroffenen Produkte nicht selbst als Anbieter oder Nachfrager tätig wird, sondern lediglich als Hilfsorgan des auftraggebenden Unternehmens fungiert, an dessen Weisungen er gebunden ist.<sup>860</sup> Dies ist der Fall, wenn das auftraggebende Unternehmen und der Handelsvertreter eine wirtschaftliche Einheit bilden und der Handelsvertreter seine Geschäftsgebaren nicht autonom bestimmen kann.<sup>861</sup> Übernimmt der Handelsvertreter jedoch bei der Ausführung seines Auftrages ein finanzielles oder geschäftliches Risiko<sup>862</sup> oder tritt er teilweise bei dem Vertrieb desselben Produktes als Eigenhändler auf<sup>863</sup>, gelangt das Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG wieder zur Anwendung.

## 1. Quotensysteme

Im *Bayer-Urteil*<sup>864</sup> wurden Quotensysteme als einseitige Maßnahmen von Herstellern in Bezug auf die Lieferung an die Händler nicht unter dem Begriff einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung subsumiert. Mit dieser Entscheidung könnten nun nicht marktbeherrschende Unternehmen die Möglichkeit haben, durch einseitige Maßnahmen, die nicht die Mitwirkung der Händler benötigen, bestimmte unternehmerische Ziele zu erreichen, auch wenn diese dem Wettbewerb schaden. Jedoch ist fraglich, ob allein die Einführung eines Quotensystems ein verlässliches Mittel ist, um das gewünschte Ziel zu erreichen.

Allein die Auferlegung von Lieferbeschränkungen hätte in der *Bayer*-Entscheidung nicht zu einer Einschränkung des Parallelhandels geführt. Vielmehr hing der Erfolg der Maßnahme von Bayer von anderen Umständen, wie beispielsweise der gesetzlichen Lagerhaltungs- oder Vollsortierungsvorschriften, ab. Wären die Großhändler aufgrund nationaler Vorschriften

---

<sup>858</sup> Grill in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, Vorbemerkung Art. 81-83 Rnr. 38, 39 und Art. 81 EGV Rnr. 25.

<sup>859</sup> Schroeder in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 81 EGV Rnr. 412 ff.; Schröter in: Schröter/Jakob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 81 Abs. 1 Rnr. 125 ff.; EuGH-Urteil vom 24.10.1996, *Viho*, Rs. C-73/95, Slg. 1996, I-5457 Rnr. 51.

<sup>860</sup> Grill in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, Art. 81 EGV Rnr. 25.

<sup>861</sup> EuG-Urteil vom 15.9.2005, *Daimler Chrysler*, Rs. T-325/01 Rnr. 86, 88.

<sup>862</sup> Klotz in: Schröter/Jakob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, FG 4 Art. 81 Rnr. 54; EuG-Urteil vom 15.9.2005, *Daimler Chrysler*, Rs. T-325/01 Rnr. 87.

<sup>863</sup> EuGH-Urteil vom 16.12.1975, *Suiker Unie u. a.*, Rs. 40-48, 50, 54-56, 111, 113 und 114/73, Slg. 1975, 1663 Rnr. 544/547.

<sup>864</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

nicht verpflichtet gewesen, einen bestimmten Bestand an Medikamenten auf Lager zu haben, hätten die Großhändler auf Kosten des nationalen Bedarfes ihre bisherigen Mengen weiter exportieren können. Deswegen kann eine wirksame Bekämpfung von Parallelexporten mit dieser Maßnahme nur in jenen Fällen erreicht werden, in denen ein Produkt aufgrund gesetzlicher Vorgaben in den verschiedenen Mitgliedstaaten in unterschiedlicher Ausgestaltung vertrieben werden muss.

Damit ist festzustellen, dass die Einführung des Quotensystems durch ein nicht marktbeherrschendes Unternehmen zwar nach dem Europäischen Wettbewerbsrecht unbedenklich ist, aber den vom Hersteller gewünschten Erfolg in Bezug auf den Parallelhandel nicht in allen Fällen erreichen wird.

## **2. Restriktive Herstellergarantien**

Ebenso wie Quotensysteme könnten restriktive Herstellergarantien zu einer Beeinträchtigung des Parallelhandels führen.<sup>865</sup> Herstellergarantien sind Zusagen des Herstellers über das Entstehen künftiger Gewährleistungsansprüche an dem gekauften Produkt in einem bestimmten Zeitrahmen. Solche Zusagen sind dann restriktiv, wenn sie nur den Käufern gegenüber gewährt oder eingelöst werden, die das Produkt bei bestimmten Händlern oder in bestimmten Gebieten erworben haben. Eine solche Maßnahme vom Hersteller ist einseitig, denn die Umsetzung bedarf nicht der Zustimmung der jeweiligen Händler. Mit einem solchen Garantiesystem werden die Händler des Herstellers gegenüber den Parallelimporteuren privilegiert, denn Herstellergarantien sind für Kunden bei einem Kauf bedeutsam, da es ein wesentlicher Vorteil ist, den die Kunden in Anspruch nehmen.

Eine solche Herstellergarantie kann nur bei einfachen Geschäftsbeziehungen nicht unter die Wettbewerbsvorschriften subsumiert werden. Eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG liegt natürlich dann vor, wenn das Bestehen der restriktiven Herstellergarantien als eine Art absoluter Gebietsschutz in einem Vertriebsvertrag geregelt ist.<sup>866</sup> Die vertragliche Beschränkung der Garantie hat die gleiche Wirkung in einem selektiven Vertriebssystem wie eine zulässige Vertragsklausel, durch die sich der Hersteller verpflichtet, nur über zugelassene Vertragshändler zu verkaufen, und durch die sich diese verpflichten, nur an andere zugelassene Händler oder an Verbraucher zu verkaufen.<sup>867</sup>

---

<sup>865</sup> *Eilmansberger* in ZWeR 2004, 285, 292.

<sup>866</sup> So z. B. in dem EuGH-Urteil vom 10.12.1985, *ETA/DK Investment*, Rs. 31/85, Slg. 1985, 3933.

<sup>867</sup> EuGH-Urteil vom 13.1.1994, *Metro/Cartier*, Rs. C-376/92, Slg. 1994, I-15 Rnr. 2.

Ferner ist eine restriktive Herstellergarantie nach Art. 4 Abs. 1 lit. g, k GVO 1400/2002<sup>868</sup> im Kfz-Sektor nicht erlaubt. Die restriktive Herstellergarantie, die in Händlerverträgen auf dem Kfz-Markt geregelt ist, verstößt somit gegen Art. 81 Abs. 1 EG.

Somit ist festzustellen, dass restriktive Herstellergarantien zwar geeignet sind, den Parallelhandel zu beschränken, aber nur in einem kleinen Anwendungsbereich nicht unter die Europäischen Wettbewerbsregeln zu subsumieren sind.

### 3. Unverbindliche Preisempfehlungen

Es könnte die Möglichkeiten bestehen, dass der Hersteller mit unverbindlichen Preisempfehlungen das Verhalten der Händler in Bezug auf den Parallelhandel beeinflussen könnte.

Laut der GVO 2790/1999 können unverbindliche Preisempfehlungen erlaubt sein.<sup>869</sup> Die Kommission geht somit von der grundsätzlichen Tatbestandsmäßigkeit von unverbindlichen Preisempfehlungen aus. Die Kommission bezieht in den Leitlinien für die vertikalen Beschränkungen den Standpunkt, dass Preisempfehlungen erst bei Überschreitungen der Marktanteilsschwelle von 30 % unter Art. 81 Abs. 1 EG fallen können.<sup>870</sup> Ferner hat die Kommission in ihrer Entscheidung zu der *Honorarordnung der belgischen Architektenkammer* deutlich gemacht, dass zwar unverbindliche Preisempfehlungen nicht in allen Fällen gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoßen, aber genau wie verbindliche Festpreise können Preisempfehlungen den Wettbewerb beeinträchtigen, da sie Preisabsprachen erleichtern oder begünstigen.<sup>871</sup> Unverbindliche Preisempfehlungen können somit von der Kommission als wettbewerbswidrig angesehen werden.

Betrachtet man die unverbindliche Preisempfehlung als Verhaltensweise des Herstellers gegenüber seinen Händlern, stellt sie eine einseitige autonome Handlung dar, die nach dem *Bayer-Urteil*<sup>872</sup> nicht unter Art. 81 Abs. 1 EG fällt. Die unverbindliche Preisempfehlung kann erst zu einer Vereinbarung werden, wenn die Händler der in der Empfehlung zum Ausdruck gebrachten Aufforderung ausdrücklich oder stillschweigend zustimmen. Außerdem hat das EuG in seinem *VW II-Urteil* ausdrücklich bestätigt, dass eine Vereinbarung nicht schon allein dadurch begründet wird, dass die Empfehlung den Zweck verfolgt, die Händler bei der Durchführung des Vertriebsvertrages zu beeinflussen.<sup>873</sup> Das heißt, dass unverbindliche

---

<sup>868</sup> ABl. EG 2002 Nr. L 203/30.

<sup>869</sup> Art. 4 lit. a VO 2790/1999, ABl. EG 1999 Nr. L 336/21.

<sup>870</sup> ABl. EG 2000 Nr. C 291/1 Rnr. 225 ff.

<sup>871</sup> Entscheidung der Kommission vom 24.6.2004, ABl. EG 2005 Nr. L 4/10 Rnr. 77.

<sup>872</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

<sup>873</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141, Rnr. 57.

Preisempfehlungen nach der neueren Rechtsprechung nicht ohne weiteres eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG darstellen, da keine Willensübereinstimmung vorliegt.

Fraglich könnte sein, ob eine Vereinbarung vorliegt, wenn ein Händlervertrag die Möglichkeit der Herausgabe von solchen Preisanregungen vorsieht. Diese Konstellation kann nicht anders behandelt werden als eine unverbindliche Preisempfehlung in einer einfachen Geschäftsbeziehung, da die vertragliche Grundlage nichts am Charakter einer unverbindlichen Empfehlung ändert.<sup>874</sup> Die Empfehlung selbst stellt keine Aufforderung dar, welcher die Händler folgen müssen. Die Empfehlung ist sozusagen eine Vorstufe zur Aufforderung ohne verhaltensbindenden Charakter. Dies wurde in der Rechtssache *JCB* bestätigt.<sup>875</sup> Das Gericht hatte eine Vertriebsvereinbarung zu beurteilen, nach welcher der Hersteller Listen mit empfohlenen Preisen erstellen konnte. Diese Praxis sah das EuG als unbedenklich an.<sup>876</sup>

Des Weiteren ist fraglich, ob Preisempfehlungen dann Vereinbarungen darstellen können, wenn sie von den Händlern befolgt werden. Diese Folge würde jedoch den Sinn und Zweck der Preisempfehlungen unterlaufen. Der Hersteller könnte seine Preisempfehlungen nur herausgeben, wenn er hofft, dass diese von den Händlern nicht befolgt werden. Außerdem unterliegen nach Ansicht der Kommission die Preisempfehlungen keinem per se-Verbot<sup>877</sup>, was aber die Folge dieser Annahme wäre. Preisempfehlungen stellen somit keine Vereinbarung dar, wenn sie teilweise erfolgreich waren oder ihren Zweck erfüllten.

Zu einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG wird die Empfehlung aber dann, wenn die Händler auf andere Weise ihre Zustimmung zu der Empfehlung signalisiert haben oder gar selbst an der Herausgabe der Empfehlung maßgeblich beteiligt werden.<sup>878</sup>

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass unverbindliche Preisempfehlungen so lange nicht unter das Wettbewerbsverbot fallen, wie die Händler ihre Freiheit bewahren, von den empfohlenen Preisen abzuweichen.<sup>879</sup> Wann die Freiheit der Händler beschränkt ist, muss im Einzelfall ermittelt werden. Jedoch könnte hier das Vorliegen eines Kontroll- und Sanktionssystem ein bedeutendes Indiz dafür sein, dass es sich eben nicht mehr um eine unverbindliche Empfehlung handelt.<sup>880</sup>

---

<sup>874</sup> Ebenso *Eilmansberger* in ZWeR 2004, 285, 295.

<sup>875</sup> EuG-Urteil vom 13.1.2004, Rs. T-67/01, Slg. 2004, II-49.

<sup>876</sup> EuG-Urteil vom 13.1.2004, *JCB*, Rs. T-67/01, Slg. 2004, II-49 Rnr. 126.

<sup>877</sup> Entscheidung der Kommission vom 24.6.2004, *Honorarordnung der belgischen Architektenkammer*, ABl. EG 2005 Nr. L 4/10 Rnr. 77.

<sup>878</sup> *Eilmansberger* in ZWeR 2004, 285, 296.

<sup>879</sup> *Schröter* in: *Schröter/Jakob/Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 81 Abs. 1 Rnr. 165.

<sup>880</sup> Dies hat der EuGH in Bezug auf Festsetzung von Richtpreisen in dem EuGH-Urteil vom 17.10.1972, *Vereeniging van Cementhandelaren*, Rs. 8/72, Slg. 1972, 977 Rnr. 22 bestätigt.

#### **4. Anreizsysteme**

Fraglich ist, ob so genannte Anreizsysteme, also die Gewährung von Rabatten oder sonstigen Vergünstigungen beim Bezug der Vertriebsware vom Hersteller, zu einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG führen können.

Grundsätzlich können solche Anreizsysteme ähnlich wie ein Kontroll- und Sanktionssystem als Indiz für eine bestehende Vereinbarung zwischen Hersteller und Händler gelten, sofern sie dazu eingesetzt werden, die Umsetzung bestimmter Vorgaben des Herstellers an die Händler sicherzustellen. Die Belohnung für die Unterstützung bei einer wettbewerbsbeschränkenden Vertriebsstrategie verfestigt normalerweise die Abschottungspolitik des Herstellers.

Eine wettbewerbswidrige Vereinbarung i. V. m. einem Anreizsystem liegt insbesondere dann vor, wenn ein Bonussystem in einem Händlervertrag festgeschrieben ist, das aber nicht für Exportverkäufe gilt. Dies wurde in dem Urteil *General Motors* vom EuG klargestellt.<sup>881</sup> Bonusregelungen können ferner auch dann auf eine Vereinbarung hinweisen, wenn sie zwar nicht integraler Bestandteil des Vertrages geworden sind, aber zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vom Hersteller bereits einseitig praktiziert wurden und dies sich für den Händler als Gepflogenheit innerhalb des Handelsverkehrs zum Herstellers darstellt und er deswegen mit einer Zuzahlung rechnen kann.<sup>882</sup>

Artikel 81 Abs. 1 EG ist aber dann nicht gegeben, wenn die betreffenden Belohnungen für die Unterstützung bei einer wettbewerbsbeschränkenden Vertriebsstrategie einseitig und nachträglich gewährt werden. Kommt nämlich die Gratifikation für den Händler gänzlich unerwartet und hat der Händler seine Vertriebspolitik bisher nicht verändert, kann keine Vereinbarung angenommen werden. Dann besitzt dieser Bonus keine verhaltenssteuernden Effekte. Die bloße Akzeptanz einer Bonuszahlung durch den Händler ohne Wissen von der jeweiligen Maßnahme kann nicht zu einer Vereinbarung führen.

Anreizsysteme können somit nicht zu einer Verhaltensbeeinflussung der Händler von Seiten der Hersteller herangezogen werden. Wettbewerbsrechtlich unbeachtliche, nachträgliche Bonuszahlungen sind für den Hersteller im Rahmen einer Beeinflussung der Händler nicht als erfolgsversprechend zu werten.

#### **5. Abhängigkeit vom Verhalten der Händler**

Wie man der Darstellung der Möglichkeiten der Hersteller zur Beeinflussung des Verhaltens der Händler sehen konnte, geben die Urteile, die eine restriktive Auslegung des

---

<sup>881</sup> EuG-Urteil vom 21.10.2003, Rs. T-368/00, Slg. 2003, II-4491 Rnr. 98.

<sup>882</sup> *Eilmansberger* in ZWeR 2004, 285, 299.

Vereinbarungsbegriffs vertreten,<sup>883</sup> dem Hersteller keinen Freibrief zur einseitigen wettbewerbswidrigen Gestaltung ihrer Vertriebssysteme oder einfachen Geschäftsbeziehungen. Denn im Grunde genommen hängt es vom Verhalten der Händler ab, ob eine Vereinbarung geschlossen wird oder nicht. Anordnungen und Instruktionen des Herstellers allein führen nicht zu einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG. Diese stellen nur einseitige Maßnahmen dar. Stimmt der Händler diesen Anordnungen und Instruktionen aber in erkennbarer Weise zu, dann führt dies zu einer Vereinbarung im wettbewerbsrechtlichen Sinne.

Selbst Quotensysteme als einseitige Maßnahmen können Bestandteil einer Vereinbarung sein, wenn der Händler eigenständig die Initiative ergreift. Zum Beispiel ist es vorstellbar, dass ein Händler nach Einführung eines Quotensystems mit der Bitte zum Hersteller geht, dass er ausnahmsweise und einmalig eine größere Menge des Produkts benötigt, als es das Quotensystem vorsieht. Der Hersteller genehmigt die Ausnahme, da er die erbetene Menge auf Lager hat. In dieser Verhandlung zwischen Hersteller und Händler ist eine Vereinbarung über das Bestehen eines Quotensystems zu sehen, da einerseits der Händler durch seine Bitte das Vorliegen eines Quotensystems anerkennt und andererseits der Hersteller sich auf eine Absprache aufgrund der gewährten Ausnahme über das Quotensystem mit dem Händler einlässt. Der Hersteller muss somit auf das Verhalten der Händler achten, um eine Vereinbarung zu vermeiden.

Natürlich beinhaltet es eine gewisse Paradoxie, der sich die Händler ausgesetzt sehen. Wehren sie sich gegen die einseitig auferlegte Wettbewerbsbeschränkung oder beschweren sie sich sogar bei der Kommission, so kann die Kommission wegen Fehlens einer Vereinbarung nicht erfolgreich gegen den Hersteller vorgehen. Fügen sie sich jedoch der Maßnahme des Herstellers, wenn auch nur konkludent oder vorübergehend, so fallen die Beschränkungen unter Art. 81 Abs. 1 EG, und die Händler sind Partei einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung.<sup>884</sup>

Trotz dieser Paradoxie bietet das Verhalten der Händler die Gewähr dafür, dass die Hersteller ihre Positionen auf dem jeweils relevanten Markt nicht ausnutzen, respektive missbrauchen.

## **6. Schlussfolgerung**

Die Prüfung der Zulässigkeit der genannten Maßnahmen in Bezug auf die Europäischen Wettbewerbsregeln lässt nicht den Schluss zu, dass die nicht marktbeherrschenden Hersteller einen nennenswerten größeren Verhaltensspielraum gegenüber den Händlern haben. Es kann

---

<sup>883</sup> Z. B.: EuGH-Urteil vom 6.1.2004, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23; EuG-Urteil vom 15.9.2005, *Daimler Chrysler*, Rs. T- 325/01 Rnr. 83.

<sup>884</sup> *Kamann/Bergmann* in EWS 2004, 151, 155.

bei keiner der genannten Maßnahmen pauschal ausgeschlossen werden, dass eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung im Einzelfall vorliegt. Bei der Durchführung jeder Maßnahme ist die Gesamtbeziehung zwischen dem Hersteller und dem Händler zu betrachten, ob ein erkennbar gemeinsamer Wille vorliegt.

Die Darstellung der Konsequenzen für die Unternehmen bestätigt zu guter Letzt die in dieser Arbeit herausgearbeitete restriktive Sichtweise bezüglich des Vereinbarungsbegriffs. Auch mit dieser restriktiven Sichtweise ist nicht zu befürchten, dass nun im großen Ausmaß von den Unternehmen eine Abschottungspolitik betrieben werden kann und die Verwirklichung eines einheitlichen Binnenmarktes in gravierendem Ausmaß gefährdet ist.

## **Viertes Kapitel: Zusammenfassung**

Zu Beginn der vorliegenden Arbeit wurde die Frage gestellt, unter welchen Voraussetzungen - bei scheinbar einseitigen Maßnahmen – von einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG auszugehen ist.

Die beiden Urteile *Bayer* vom 6.1.2004<sup>885</sup> und *VW II* vom 3.12.2003<sup>886</sup> sollten im Hinblick auf die oben genannte Fragestellung Klarheit bringen. Mit einer Analyse dieser Grundsatzentscheidungen anhand der bisherigen Rechtsprechung und einer zivilrechtlichen Herangehensweise an den Begriff der Vereinbarung wurden Leitlinien für das Tatbestandsmerkmal des Art. 81 Abs. 1 EG herausgearbeitet.

### **I. Leitlinien für die Feststellung einer Vereinbarung**

Folgende Leitlinien sind das Resultat dieser Arbeit.

- **Für eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG muss eine Willensübereinstimmung zwischen mindestens zwei Parteien vorliegen.**

Die Ausdrucksform dieser Willenskundgabe ist unerheblich. Die Willensübereinstimmung muss lediglich für einen objektiven Dritten erkennbar sein.

Diese Feststellung wurde bisher als Grundvoraussetzung von allen Seiten akzeptiert. Die intensivere Betonung einer Willensübereinstimmung innerhalb der Voraussetzung von Art. 81 Abs. 1 EG hat sich allerdings durch neuere Rechtsprechung verändert. Daraus folgte eine engere Auslegung des Vereinbarungsbegriffs.

- **Liegen scheinbar einseitige Maßnahmen eines Herstellers vor, so ist zwischen der *Fallgruppe der nachträglichen Zustimmung* und der *Fallgruppe der vorherigen Zustimmung* zu unterscheiden.**

Die *Fallgruppe der vorherigen Zustimmung* kann beim Vorliegen eines Vertriebsvertrages<sup>887</sup> zwischen dem Hersteller und dem Händler in Frage kommen. Dagegen ist die *Fallgruppe der nachträglichen Zustimmung* bei laufenden Geschäftsbeziehungen gegeben. Die beiden

---

<sup>885</sup> Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

<sup>886</sup> Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141.

<sup>887</sup> Dabei kann es sich um Alleinvertriebsvereinbarungen, Alleinbezugsvereinbarungen, selektive Vertriebssysteme oder Mischformen aus den genannten Vereinbarungen handeln.

genannten Fallgruppen sind bei der Prüfung des Art. 81 Abs. 1 EG nicht isoliert zu betrachten, sondern es kann innerhalb der Fallgruppen zu Querverbindungen kommen.

- **Für die *Fallgruppe der nachträglichen Zustimmung* muss eine Aufforderung des Herstellers zur Durchführung einer bestimmten wettbewerbswidrigen Maßnahme gegenüber seinen Händlern konkret nachgewiesen werden. Stimmt der Händler dieser Aufforderung in ausdrücklicher oder konkludenter Weise zu, liegt eine Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG vor.**

Als Indizien für das Vorliegen eines Vereinbarungswillens des Herstellers können die Mitwirkungsbedürftigkeit der Händler bei der Umsetzung der vom Hersteller angestrebten Maßnahme sowie das Bestehen eines Kontroll- und Sanktionssystems oder das Bestehen eines Anreizsystems seitens des Herstellers gelten.

Neben einer ausdrücklichen Zustimmung der Händler kann auch aus einem bestimmten Verhalten eine Zustimmung abgeleitet werden, sofern ein Vertrauenstatbestand für den Hersteller hinsichtlich dieser Art der Zustimmung besteht.

- **Bei der *Fallgruppe der vorherigen Zustimmung* stellt der bestehende Vertriebsvertrag zwischen Hersteller und Händler die für den Art. 81 Abs. 1 EG notwendige Willensübereinstimmung dar. Die vom Hersteller durchgeführte wettbewerbswidrige Maßnahme kann Bestandteil dieser Vereinbarung sein, wenn sich die Maßnahme aufgrund eines Vorbehalts im Vertrag oder einer Gepflogenheit im Handelsverkehr in den Vertriebsvertrag einfügt.**

Der Vorbehalt ist eine ausfüllungsbedürftige und für den Händler erkennbare Generalklausel im Vertriebsvertrag. Diese befugt den Hersteller, im Laufe des Vertragsverhältnisses mit dem Händler Maßnahmen zur Konkretisierung der Unternehmenspolitik zu ergreifen. Eine so genannte Gepflogenheit im Handelsverkehr ist gegeben, wenn die in Frage kommende Maßnahme des Herstellers sich systematisch und beständig mit Wissen der Händler wiederholt.

Ein Einfügen kommt nicht in Betracht, wenn ein Widerspruch durch die Händler vorliegt oder ein solcher in der Nichtumsetzung der Maßnahme des Herstellers gesehen werden kann. Muss die Voraussetzung des Einfügens abgelehnt werden, kann eine Zustimmung der Händler mit Hilfe der *Fallgruppe der nachträglichen Zustimmung* konkret nachgewiesen werden.

- **Die Beweislast für das Vorliegen einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG trägt die jeweilige Wettbewerbsbehörde.**

Im Sinne des Art. 2 Satz 1 VO 1/2003 ist die Europäische Kommission oder die jeweilige nationale Wettbewerbsbehörde diejenige Partei, welche den Vorwurf des Vorliegens von Art. 81 Abs. 1 EG erhebt. Die Beweisführung zulasten der Wettbewerbsbehörden lässt sich mit dem Bestehen der ausführlichen Instrumente zur Beweisführung in der VO 1/2003 begründen.

Das Vorliegen einer Vereinbarung und deren Wettbewerbswidrigkeit kann auch anhand einer AGB-Kontrolle nachgewiesen werden.

## **II. Bestätigung dieser Ergebnisse**

Diese Ergebnisse wurden durch eine entsprechende Auslegung des Art. 81 Abs. 1 EG sowie des Tatbestandsmerkmals der Vereinbarung bestätigt.

Die wortlautorientierte Auslegung lässt für den Begriff der Vereinbarung kein anderes Element als die Willensübereinstimmung zu. Eine freie, von Zwang respektive Druck losgelöste Willensbildung wäre nach zivilrechtlichen Grundsätzen zwar wünschenswert, kann aber in Anbetracht der Zielsetzung von Art. 81 EG – einen funktionsfähigen Wettbewerb zu gewährleisten – innerhalb des Vereinbarungsbegriffs nicht Voraussetzung sein. Ferner ist im Zusammenhang mit dem Wortlaut auch der Wille des europäischen Gesetzgebers zu beachten, der dafür spricht, dass einseitige Handlungen von nicht marktbeherrschenden Unternehmen nicht unter die europäischen Wettbewerbsregeln zu subsumieren sind.

Aus der systematischen Stellung des Art. 81 Abs. 1 EG ist erkennbar, dass nur eine Verhaltenskoordinierung unter diesem Artikel zu subsumieren ist. Art. 81 EG und Art. 82 EG sind die einzigen Regeln zum Schutze des Wettbewerbs. Aus diesem Grund müssen beide Artikel in ihrem Anwendungsbereich voll ausgeschöpft werden, ohne sich eine gegenseitige Beschränkung aufzuerlegen.

Die teleologische Auslegung bestätigt ebenfalls die gefundenen Ergebnisse. Aufgrund des nulla poena sine lege-Grundsatzes kann Art. 81 Abs. 1 EG über seinen Wortlaut hinaus nicht angewendet werden. Ferner ist eine zivilrechtliche Herangehensweise an den Vereinbarungsbegriff auch unter teleologischen Gesichtspunkten geboten. Ein wirksamer Wettbewerb kann nur aufrechterhalten werden, wenn die Hauptakteure des Wettbewerbs (die Unternehmen) die Wettbewerbsvorschriften korrekt anwenden können. Dies ist ebenso für die nationalen Wettbewerbsbehörden als auch die nationalen Gerichte von entscheidender Bedeutung, da sie nach der VO 1/2003 neben der Europäischen Kommission die Hüter des Wettbewerbsrechts in Europa sind. Mit einer zivilrechtlichen Auslegung kann der Vereinbarungsbegriff für die entsprechenden Personen verständlicher gemacht werden, da in jedem nationalen Recht ähnliche Regelungen zur Bildung eines Vertrages existieren. Diese Auslegungsmethode tritt jedoch hinter den Zielen des Wettbewerbsrechts zurück, wenn die Gefahr zur Bildung von Kartellen besteht und dabei die Bildung einer Vereinbarung nach den zivilrechtlichen Grundsätzen nicht konkret nachgewiesen werden kann, sondern nur vermutet wird.

### **III. Alternativen und Ergänzungen zu Art. 81 Abs. 1 EG**

Mit der Bestätigung der restriktiveren Auslegung des Vereinbarungsbegriffs stellte sich in der Arbeit die Frage, ob andere Möglichkeiten existieren, das Problem der scheinbar einseitigen Maßnahmen in Bezug auf die Förderung des Parallelhandels zu handhaben.

Dabei wurde festgestellt, dass Art. 82 EG innerhalb dieser Problematik keine tatsächliche Alternative zu Art. 81 EG darstellt. Zwar liegt ein missbräuchliches Verhalten in allen bisherigen üblichen Handlungen bei den scheinbar einseitigen Maßnahmen vor, welche aufgrund des Integrationsziels der EU und des Systems des freien Warenverkehrs auch nicht objektiv gerechtfertigt sind. Jedoch ist der Nachweis einer beherrschenden Stellung eines Unternehmens schwer zu erbringen. Im Pharmabereich zum Beispiel scheiterte bisher die Annahme einer solchen Stellung an dem ATC-Klassifikations-Raster, das jedoch mit der neuen „Ein Produkt - ein Markt“ - Theorie, die eine marktbeherrschende Stellung begründen würde, in naher Zukunft durch die Europäische Kommissionspraxis oder durch die Europäische Rechtsprechung aufgegeben werden könnte. Ferner genügt eine rein vertikale Dominanz eines Unternehmens für die Begründung dieses Tatbestandsmerkmals nicht. Dagegen ist es insbesondere in der Automobilbranche möglich, dass eine beherrschende Stellung eines Unternehmens auf dem Nachfragemarkt vorliegen kann.

Eine Ergänzung zu den Bemühungen der Kommission in Hinblick auf die Förderung eines einheitlichen Binnenmarktes stellt der Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit dar. Aus Art. 28 f. EG kann nach h. M. die Pflicht der Mitgliedstaaten zur Gewährleistung eines funktionierenden Wettbewerbs abgeleitet werden. Dieser Pflicht ist Deutschland insbesondere durch die siebente Novellierung des GWB nachgekommen. Des Weiteren aktiviert die Kommission in Bezug auf den Pharmasektor und den Kraftfahrzeugsektor das Bewusstsein für die bestehenden Probleme in den einzelnen Mitgliedstaaten und wirkt mit Lösungsvorschlägen auf die einzelnen Mitgliedstaaten ein. Im Pharmabereich setzt die Kommission hinsichtlich der Preisdifferenzen in erster Linie auf Transparenz bei den Regulierungssystemen. Zusätzlich versucht sie, Alternativen zu den bisherigen staatlichen Preisfestlegungssystemen zu finden. In der Automobilbranche existieren auf Seiten der Kommission Vorschläge für eine Richtlinie zur Beseitigung der steuerlichen Unterschiede. Ferner soll in diesem Bereich mit Hilfe der GVO 1400/2002, die gewisse Erleichterung für den grenzüberschreitenden Handel enthält, die Erreichung eines einheitlichen Binnenmarktes unterstützt werden.

### **IV. Auswirkungen der Ergebnisse**

Die Auswirkungen der Ergebnisse bzw. der stärkeren Betonung der Willensübereinstimmung innerhalb des Vereinbarungsbegriffs auf die Hersteller sind verhältnismäßig gering. Den Herstellern wird aufgrund der restriktiven Auslegung des Vereinbarungsbegriffs kein

erweiterter Verhaltensspielraum gewährt. Einzelne Maßnahmen, wie die Einführung von Quotensystemen oder eine unverbindliche Preisempfehlung, können wettbewerbswidrig sein, ohne dass sie tatsächlich durch die europäischen Wettbewerbsregeln geahndet werden können. Jedoch können im Normalfall diese Maßnahmen die Umsetzung des gewünschten Erfolges nicht garantieren. Ferner haben die Händler mit ihrem Verhalten großen Einfluss auf das konkrete Vorliegen einer Vereinbarung i. S. d. Art. 81 Abs. 1 EG.

Die restriktivere Auslegung des Vereinbarungsbegriffs stellt die grundsätzliche Förderung des Parallelhandels durch die Kommission nicht in Frage. Der Handel zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten muss gewährleistet sein, um eine Anpassung des Preis-Leistungs-Verhältnisses zu schaffen. Es sind jedoch die gesetzlichen Grenzen des EG-Vertrages und die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Unternehmen bei der Durchsetzung eines uneingeschränkten Parallelhandels zu beachten. Die Waage mit den Interessen der Unternehmen einerseits, welche die Hauptakteure eines funktionierenden Wettbewerbs sind, und der von der EU verfolgten Integrationspolitik andererseits muss ein solides Gleichgewicht halten.

## V. Schlusswort

Der EuGH stellt mit dem Urteil *Bayer*<sup>888</sup> klar, dass es sich bei der Frage der Parallelimporte um ein Problem des Binnenmarktes und der fehlenden Harmonisierung nationaler Märkte handelt, das nicht über eine extensive Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EG gelöst werden kann.

Dieses Urteil ist aufgrund seines klaren Inhalts in Bezug auf die Voraussetzung zu dem Vereinbarungsbegriff verallgemeinerungsfähig. Der Gerichtshof stellt zwar keine neuen Leitlinien auf, betont aber dafür die Bedeutsamkeit des Vorliegens einer Willensübereinstimmung und gewährt somit der extensiven Vorgehensweise der Kommission im Bereich der scheinbar einseitigen Maßnahmen Einhalt.

In dem *VW II*-Urteil<sup>889</sup> wollte der EuG den Vereinbarungsbegriff restriktiver auslegen. Jedoch waren die Mittel bei der Herangehensweise mit der bisherigen Rechtsprechung und mit den tatsächlichen Umständen beim Vorliegen eines Vertriebsvertrages nicht vereinbar, auch wenn dem EuG im Ergebnis in dieser Rechtssache zu folgen ist. Es bleibt allerdings abzuwarten, wie sich der EuGH zukünftig in dieser Sache äußern wird.

Unbestritten ist insgesamt, dass das Leitbild eines unverfälschten Wettbewerbs, welches von Art. 3 Abs. 1 lit. g EG gefordert wird, nicht in vollem Umfang erreicht werden kann. Ansonsten müsste gegen jedes wettbewerbswidrige Verhalten konsequent vorgegangen

---

<sup>888</sup> EuGH-Urteil vom 6.1.2004, Rs. C-2/01 und C-3/01, Slg. 2004, I-23.

<sup>889</sup> EuG-Urteil vom 3.12.2003, Rs. T-208/01, Slg. 2003, II-5141.

werden, auch wenn es nur ansatzweise den Wettbewerb beeinträchtigt. In erster Linie ergibt sich dies aus dem Gesetz, das nur zwei Wettbewerbsvorschriften für diese umfassende Aufgabe enthält. Diesen Regelungen sind durch den Wortlaut, die Systematik und das Telos enge Grenzen gesetzt. Zusätzlich muss die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Unternehmen durch die Wettbewerbsregeln nicht nur geschützt, sondern auch gewährleistet werden. Drittens ist der Parallelhandel nachweislich nicht der einzige Weg, mit dem das Binnenmarktziel zu erreichen ist. Mit diesen drei Feststellungen wird gleichfalls der Umfang der schützenswerten Maßnahmen innerhalb des Europäischen Wettbewerbsrechts umschrieben.

Die Ergebnisse stellen m. E. eine mit allen Seiten vertretbare Lösung zu der Problematik der scheinbar einseitigen Maßnahmen dar und bilden einen Ansatz für weitere Denkprozesse und Lösungsalternativen.

## LITERATURVERZEICHNIS

**Ahlert**, Dieter: Distributionspolitik, 4. Auflage Stuttgart 2004, zit.: *Ahlert*, Distributionspolitik;

**Arens**, Peter/**Lüke**, Wolfgang: Zivilprozessrecht-Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung, 8. Auflage München 2003, zit.: *Arens/Lüke*, Zivilprozessrecht;

**v. Bar**, Christian/**Zimmermann**, Reinhard: Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht, München 2002, zit.: *v. Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht.

**Baumbach**, Adolf/**Hopt**, Klaus J./**Merkt**, Hanno: Handelsgesetzbuch, 31. Auflage München 2003, zit.: *Bearbeiter* in: Baumbach/Hopt, HGB-Kommentar;

**Baumhof**, Angelika: Die Beweislast im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof, Baden-Baden 1996, zit.: *Baumhof*, Die Beweislast im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof;

**Bauroth**, Thilo: Staatliche Interventionen, duale Preissysteme und europäisches Kartellrecht – Wie weit kann die pharmazeutische Industrie bei der Beschränkung des Parallelhandels gehen? – Ein Kommentar zum Aufsatz von Erwin Krapf und Dr. Barbara Lange, PharmR 2005, 386-395, zit.: *Bauroth* in PharmR 2005, S.;

**Bechtold**, Rainer: GWB-Kommentar, 3. Auflage München 2002, zit.: *Bechtold*, GWB-Kommentar;

**Bellamy**, Christopher/**Child**, Graham: European Community Law of Competition, 5. Auflage London 2001, zit.: *Bellamy/Child*, European Community Law of Competition;

**Beutelmann**, Martin: Selektive Vertriebssysteme im europäischen Kartellrecht, Heidelberg 2003, zit.: *Beutelmann*, Selektive Vertriebssysteme im europäischen Kartellrecht;

**Böhm**, Franz: Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933, zit.: *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf;

**Brockhaus Wahrig**: Deutsches Wörterbuch, Leipzig Mannheim 1984, zit.: Brockhaus Wahrig, Deutsches Wörterbuch;

**Brox**, Hans: Allgemeiner Teil des BGB, 25. Auflage Köln Berlin Bonn München 2001, zit.: *Brox*, Allgemeiner Teil des BGB;

**Claudi**, Hubertus: Die Bindung der EWG an die Grundrechte, München 1976, zit.: *Claudi*, Die Bindung der EWG an die Grundrechte;

**Creutzig**, Jürgen: Vertrieb und Betreuung neuer Kfz im 21. Jahrhundert - Anmerkung zur Kfz-GVO 1400/2002, Vortrag vom 20.4.2005 bei der GVO-Tagung in Braunschweig für den

Verband des Europäischen Kraftfahrzeuggewerbes (CECRA), zit.: *Creutzig*, Vertrieb und Betreuung neuer Kfz im 21. Jahrhundert - Anmerkung zur Kfz-GVO 1400/2002;

**Duijm**, Bernhard: Die Wettbewerbspolitik der EG gegenüber vertikalen Vertriebsvereinbarungen, Baden-Baden 1997, zit.: *Duijm*, Vertikale Vertriebsvereinbarungen;

**European Association of Euro-Pharmaceutical Companies (EAEPC)**: Understanding Competition in the Distribution of Pharmaceutical Products in Europe, An analysis of the application of Article 82 EC to supply-restrictions in the pharmaceutical sector, zit.: EAEPC, Art. 82 EC, S.;

**European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA)**: Article 82 EC: Can it be applied to control sales by pharmaceutical manufactures to wholesalers?, zit.: EFPIA, Art. 82 EC, S.;

**Eilmansberger**, Thomas: Die Adalat-Entscheidung des EuGH, ZWeR 2004, 285-304, zit.: *Eilmansberger* in ZWeR 2004, S.;

**Emmerich**, Volker: Kartellrecht, 9. Auflage München 2001, zit.: *Emmerich*, Kartellrecht;

**Frankfurter Kommentar**: Kartellrecht - Band VI. EG-Kartellrecht/Sachregister, Köln Stand: Oktober 2005, zit.: *Bearbeiter* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht VI. Band;

**Freytag**, Christiane: Parallelimporte nach EG- und WTO-Recht, Berlin 2001, zit.: *Freytag*, Parallelimporte;

**Furmston**, Michael P.: Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, 14. Auflage London Dublin Edinburgh 2001, zit.: *Furmston*, Furmston's Law of Contract;

**Gieseke**, Frank: Die Untersagung von Parallelimport-Beschränkungen durch EG-Kommission und EuGH, Frankfurt am Main 1994, zit.: *Gieseke*, Die Untersagung von Parallelimportbeschränkungen;

**ders.**: Parallelimporte und EU-Wettbewerbspolitik, WuW 1995, 284-289, zit.: *Gieseke* in WuW 1995, S.;

**Grabitz**, Eberhard/**Hilf**, Meinhard: Das Recht der Europäischen Union, Band I + II, München Stand: Dezember 2005, zit.: *Bearbeiter* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union;

**Groupement International De La Repartition Pharmaceutique (GIRP)**: Article 82 EC: How supply quota policies distort the pharmaceutical supply chain, zit.: GIRP, Art. 82 EC, S.;

**Von der Groeben**, Hans/**Thiesing**, Jochen/**Ehlermann**, Claus-Dieter: Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Auflage Baden-Baden 1999, zit.: *Bearbeiter* in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag;

**Henrich**, Dieter/**Huber**, Peter: Einführung in das englische Privatrecht, 3. Auflage Heidelberg 2003, zit.: *Henrich/Huber*, Einführung in das englische Privatrecht;

**Hirsbrunner**, Simon: Kommentar zu dem EuG-Urteil vom 26. Oktober 2000, Rs. T-41/96, Bayer AG gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaft, zit.: *Hirsbrunner* in EWS 2001, S.

**Hoffmann**, Jochen: Parallelausfuhren im Europäischen Wettbewerbsrecht nach der „Bayer“-Entscheidung des EuGH, WRP 2004, 994-1004, zit.: *Hoffmann* in WRP 2004, S.;

**Immenga**, Ulrich/**Mestmäcker**, Ernst-Joachim: EG-Wettbewerbsrecht, München 1997, zit.: *Bearbeiter* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht;

**Jakobsen**, Peter Stig/**Broberg**, Morten: The Concept of Agreement in Article 81 E.C.: On The Manufacturers` Right to Prevent Parallel Trade Within the European Community, ECLR 2002, 127-141, zit.: *Jakobsen/Broberg* in ECLR 2002, S.;

**Kamann**, Hans-Georg/**Bergmann**, Ellen: Einseitige Vertriebsbeschränkungen und Art. 81 EG-Vertrag – Folgerung aus dem Bayer-Adalat-Urteil des EuGH und dem Volkswagen-Urteil des EuG, EWS 2004, 151-155, zit.: *Kamann/Bergmann* in EWS 2004, S.;

**Krapf**, Erwin/**Lange**, Barbara: Staatliche Interventionen, duale Preissysteme und europäisches Kartellrecht – Wie weit kann die pharmazeutische Industrie bei der Beschränkung des Parallelhandels gehen?, PharmR 2005, 1. Teil: 255-266, 2. Teil: 321-330, zit.: *Krapf/Lange* in PharmR 2005, S.;

**Kirchhoff**, Wolfgang: Die kartellrechtliche Beurteilung vertikaler Vertriebsverträge, Köln Berlin Bonn München 1990, zit.: *Kirchhoff*, Vertikale Vertriebsverträge;

**Knöpfle**, Robert: Der Rechtsbegriff „Wettbewerb“ und die Realität des Wirtschaftslebens, Köln Berlin Bonn München 1966, zit.: *Knöpfle*, Der Rechtsbegriff „Wettbewerb“;

**Köhler**, Helmut: BGB Allgemeiner Teil, 23. Auflage München 2004, zit.: *Köhler*, BGB-Allgemeiner Teil;

**ders.**: Zur Konkurrenz lauterkeitsrechtlicher und kartellrechtlicher Normen, WRP 2005, 645-654, zit.: *Köhler* in WRP 2005, S.;

**Kommission der Europäischen Gemeinschaft**: I. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel Luxemburg, 1971, zit.: I. Wettbewerbsbericht (1971);

**Kommission der Europäischen Gemeinschaft**: II. Bericht über die Wettbewerbs-politik, Brüssel Luxemburg, 1972, zit.: II. Wettbewerbsbericht (1972);

**Kommission der Europäischen Gemeinschaft**: VI. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel Luxemburg, 1976, zit.: VI. Wettbewerbsbericht (1976);

**Kommission der Europäischen Gemeinschaft**: VIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel Luxemburg, 1978, zit.: VIII. Wettbewerbsbericht (1978);

**Kommission der Europäischen Gemeinschaft**: IX. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel Luxemburg, 1979, zit.: IX. Wettbewerbsbericht (1979);

**Kommission der Europäischen Gemeinschaft:** XI. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel Luxemburg, 1981, zit.: XI. Wettbewerbsbericht (1981);

**Kommission der Europäischen Gemeinschaft:** XIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel Luxemburg, 1983, zit.: XIII. Wettbewerbsbericht (1983);

**Kommission der Europäischen Gemeinschaft:** XIV. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel Luxemburg, 1984, zit.: XIV. Wettbewerbsbericht (1984);

**Kommission der Europäischen Gemeinschaft:** XV. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel Luxemburg, 1985, zit.: XV. Wettbewerbsbericht (1985);

**Kommission der Europäischen Gemeinschaft:** XVIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel Luxemburg, 1988, zit.: XVIII. Wettbewerbsbericht (1988);

**Kommission der Europäischen Gemeinschaft:** XX. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel Luxemburg, 1990, zit.: XX. Wettbewerbsbericht (1990);

**Kommission der Europäischen Gemeinschaft:** XXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel Luxemburg, 1991, zit.: XXI. Wettbewerbsbericht (1991);

**Kommission der Europäischen Gemeinschaft:** XXIV. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel Luxemburg, 1994, zit.: XXIV. Wettbewerbsbericht (1994);

**Kommission der Europäischen Gemeinschaft:** XXV. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel Luxemburg, 1995, zit.: XXV. Wettbewerbsbericht (1995);

**Kommission der Europäischen Gemeinschaft:** XXVIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel Luxemburg, 1998, zit.: XXVIII. Wettbewerbsbericht (1998);

**Kommission der Europäischen Gemeinschaft:** XXXII. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel Luxemburg, 2002, zit.: XXXII. Wettbewerbsbericht (2002);

**König, Christian/Engelmann, Christina:** Parallelbeschränkungen im Arzneimittelbereich auf dem Prüfstand des Art. 82 EG, GRURInt 2005, 304-312, zit.: *König/Engelmann* in GRURInt 2005, S.;

**König, Christian/Engelmann, Christina/Sander, Claude:** Parallelhandelsbeschränkungen im Arzneimittelbereich und die Freiheit des Warenverkehrs, GRURInt 2001, 919-927, zit.: *König/Engelmann/Sander* in GRURInt 2001, S.;

**Körber, Torsten:** Geistiges Eigentum, essential facilities und Innovationsmissbrauch, RIW 2004, 881-891, zit.: *Körber* in RIW 2004, S.;

**Kötz, Hein:** Europäisches Vertragsrecht I, Tübingen 1996, zit.: *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht;

**Küpper, Georg:** Missbräuchliche Ausübung von Nachfragemacht, insbesondere Lösung des so genannten Roß und Reiter-Problems, BB 1997, 1105-1115, zit.: *Küpper* in BB 1997, S.;

**Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef:** Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Berlin 2001, zit.: *Bearbeiter* in: Langen/Bunte, Kartellrecht;

**Lenz, Carl Otto/Borchardt, Klaus-Dieter:** EU- und EG-Vertrag - Kommentar, 3. Auflage Köln 2003, zit.: *Bearbeiter* in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag;

**Lettl, Tobias:** Kartellrecht, München 2005, zit.: *Lettl*, Kartellrecht;

**Lübbig, Thomas:** Einseitige Maßnahmen als Vereinbarungen im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag?, WuW 1991, 561-571, zit.: *Lübbig* in WuW 1991, S.;

**Martinek, Michael:** Franchising, Heidelberg 1987, zit.: *Martinek*, Franchising;

**Martiny, Dieter:** Auf dem Weg zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, Berlin Heidelberg 1999, zit.: *Martiny*, Auf dem Weg zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch;

**Mestmäcker, Ernst-Joachim:** Europäisches Wettbewerbsrecht, München 1974, zit.: *Mestmäcker*, Europäisches Wettbewerbsrecht;

**Müller-Henneberg, Hans:** Die Begriffe Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkungen im Kartellrecht, WuW 1968, 657-671, zit.: *Müller-Henneberg* in WuW 1968, S.;

**Najork, Eike N.:** Auf dem Weg zu allgemeinen Geschäftsbedingungen für den europäischen Markt: Anmerkung zur Mitteilung der Kommission vom 11. Oktober 2004, GPR 2005, 54-56, zit.: *Najork* in GPR 2005, S.;

**NERA-Studie 1999:** The Economic Consequences of the Choice of a Regime of Exhaustion in the Area of Trademarks. Final Report for DG XV of the European Commission, London Januar 1999: National Economic Research Associates, zit.: NERA 1999;

**Nicolaysen, Gert:** Europarecht II, Baden-Baden 1996, zit.: *Nicolaysen*, Europarecht II.

**Palandt, Otto:** Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Auflage München 2006, zit.: *Bearbeiter* in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch;

**Plesdenat, Carmen:** Zulässigkeit von Parallelimportbeschränkungen und sonstigen vertikalen Vertriebshindernissen vor dem Hintergrund der Art. 81 und 82 EG-Vertrag, Hamburg 2004, zit.: *Plesdenat*, Parallelimportbeschränkungen;

**Raisch, Peter:** Unternehmen, Recht und Wirtschaftsordnung - Festschrift zum 70. Geburtstag, Köln 1995, zit.: *FS Raisch*;

**Reich, Norbert:** Europäisches Verbraucherschutzrecht, 2. Auflage Baden-Baden 1993, zit.: *Reich*, Europäisches Verbraucherschutzrecht;

**Rey, Patrick/Venit James S.:** Parallel Trade and Pharmaceuticals: a Policy in Search of itself, European Law Review 2004, 153-177, zit.: *Rey/Venit* in E.L.Rev. 2004, S.;

**Ritter, Lennart/Braun, W. David/Rawilson, Francis:** EEC Competition Law, Deventer Bostin 1991, zit.: *Ritter/Braun/Rawilson*, EEC Competition Law;

**Rüthers, Bernd/Stadler, Astrid:** Allgemeiner Teil des BGB, 12. Auflage München 2002, zit.: *Rüthers/Stadler*, BGB-AT;

**Scheibach, Ralf:** Die Entwicklung des selektiven Vertriebs im Automobilhandel, DAR 2001, 49-56, zit.: *Scheibach* in DAR 2001, S.;

**Schmidt, Ingo:** Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. Auflage Stuttgart 2005, zit.: *Schmidt*, Wettbewerbspolitik;

**Schmidt, Rolf:** Bürgerliches Gesetzbuch - Allgemeiner Teil, Bremen 2004, zit.: *Schmidt*, BGB-AT;

**Schönke, Adolf/Schröder, Horst:** Strafgesetzbuch - Kommentar, 26. Auflage München 2001, zit.: *Bearbeiter* in: Schönke/Schröder, StGB-Kommentar;

**Schröter, Helmuth/Jakob, Thina/Mederer Wolfgang:** Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003, zit.: *Bearbeiter* in: Schröter/Jakob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht;

**Schwarze, Jürgen:** Unverfälschter Wettbewerb für Arzneimittel im europäischen Binnenmarkt, Baden-Baden 1998, zit.: *Bearbeiter* in: Schwarze, Unverfälschter Wettbewerb für Arzneimittel;

**ders.:** EU-Kommentar, Baden-Baden 2000, zit.: *Bearbeiter* in: Schwarze, EU-Kommentar;

**ders.:** Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2000, 613-627, zit.: *Schwarze* in EuZW 2000, S.

**Streinz, Rudolf:** Europarecht, Heidelberg 2003, zit.: *Streinz*, Europarecht;

**Terré, Francois/Simler, Philippe/Lequette, Yves:** Droit civil, Les obligations, 7. Auflage Paris 1999, zit.: *Terré/Simler/Lequette*, Droit civil, Les obligations;

**Wertenbruch, Johannes:** „Einseitige Maßnahmen“ des Herstellers in Vertriebsnetzen als Kartellvereinbarung im Sinne des Art. 81 EG, EWS 2004, 145-151, zit.: *Wertenbruch* in EWS 2004, S.;

**Weyer, Hartmut:** Belieferungsansprüche bei Verstoß gegen Art. 81 EGV?, GRUR 2000, 848-858, zit.: *Weyer* in GRUR 2000, S.;

**Wiedemann, Gerhard:** Handbuch des Kartellrechts, München 1999, zit.: *Wiedemann*, Kartellrecht;

**Zäch, Roger:** Recht auf Parallelimporte und Immaterialgüterrecht, SJZ 1995, 301-311, zit.: *Zäch*, Recht auf Parallelimporte.

## FALLVERZEICHNIS

### I. Kommissionsentscheidungen

Rechtssache	Name	Datum	Fundstelle
IV/10.498, 11.546, 12.992 17.394, 17.395, 17.971, 18.772, 18.888 und ex 3.213	<i>Omega</i>	28.10.1970	ABl. EG 1970 Nr. L 242/22
IV/24.055	<i>Kodak</i>	30.7.1970	ABl. EG 1970 Nr. L 147/24
IV/26.894	<i>Pittsburgh Corning Europe</i>	5.12.1971	ABl. EG 1972 Nr. L 272/35
IV/26.992	<i>WEA-Filipacchi Music SA</i>	22.12.1972	ABl. EG 1972 Nr. L 303/52
IV/27.095	<i>Kugellager</i>	29.11.1974	ABl. EG 1974 Nr. L 343/19
IV/28.841	<i>ABG Ölkrise</i>	19.4.1977	ABl. EG 1977 Nr. L 117/1
IV/29.430	<i>Kawasaki</i>	12.12.1978	ABl. EG 1979 Nr. L 16/9
IV/29.702	<i>Johnson &amp; Johnson Inc.</i>	25.11.1980	ABl. EG 1980 Nr. L 377/16
IV/25.757	<i>Hasselblad</i>	12.6.1982	ABl. EG 1982 Nr. L 161/18,
IV/30.696	<i>Ford</i>	16.11.1983	ABl. EG 1983 Nr. L 327/31
IV/30.299	<i>Grohe</i>	10.12.1984	ABl. EG 1985 Nr. L 19/17
IV/31.507	<i>Tipp Ex</i>	10.7.1987	ABl. EG 1987 Nr. L 222/1
IV/31.741	<i>Sandoz</i>	13.7.1987	ABl. EG 1987 Nr. L 222/28
IV/31.503	<i>Konica</i>	18.12.1987	ABl. EG 1988 Nr. L 78/34
IV/31.906	<i>Flachglas II</i>	7.12.1988	ABl. EG 1989 Nr. L 33/44
IV/31.865	<i>Petrochemiehersteller</i>	21.12.1988	ABl. EG 1989 Nr. L 74/1

IV/32.877	<i>Bayer Dental</i>	15.12.1990	ABl. EG 1990 Nr. L 351/46
IV/32.186	<i>Gosme Martell/DMP</i>	15.5.1991	ABl. EG 1991 Nr. L 185/23
IV/33 544	<i>Aer Lingus</i>	26.2.1992	ABl. EG 1992 Nr. L 96/34
IV/32.290	<i>Dunlop Slazenger</i>	18.3.1992	ABl. EG 1992 Nr. L 131/32
IV/34.410	<i>Olivetti/Digital</i>	11.11.1994	ABl. EG 1994 Nr. L 309/24
IV/34.279/F3	<i>Bayer</i>	10.1.1996	ABl. EG 1996 Nr. L 201/1
IV/34.607	<i>BNP/Dresdner Bank</i>	24.6.1996	ABl. EG 1996 Nr. L 188/37
IV/35.830	<i>Unisource</i>	29.10.1997	ABl. EG 1997 Nr. L 318/1
IV/35.733	<i>VW I</i>	28.1.1998	ABl. EG 1998 Nr. L 124/60
IV/F-3/33.708; IV/F-3/33.709; IV/F-3/33.710; IV/F-3/33.711	<i>British Sugar</i>	14.10.1998	ABl. EG 1998 Nr. L 76/1
IV/36.957/F3; IV/36.997/F3; IV/37.121/F3; IV/37.138/F3; IV/37.380/F3	<i>Glaxo Welcome</i>	8.5.2001	ABl. EG 2001 Nr. 302/1
COMP/F-2/36.693	<i>VW II</i>	29.6.2001	ABl. EG 2001 Nr. L 262/14
COMP/A.38549	<i>Honorarordnung der belgischen Architektenkammer</i>	24.6.2004	ABl. EG 2005 Nr. L 4/10

## II. Urteile des EuG

Rechtssache	Name	Datum	Fundstelle
T-51/89	<i>Tetra Pak</i>	10.7.1989	Slg. 1990, II-309
T-3/89	<i>Atochem</i>	24.10.1991	Slg. 1991, II-1177
T-19/91	<i>Vichy</i>	27.2.1992	Slg. 1992, II-415
T-65/89	<i>BPB</i>	1.4.1993	Slg. 1993, II-389
T-43/92	<i>Dunlop Slazenger</i>	7.7.1994	Slg. 1994, II-441
T-83/91	<i>Tetra Pak II</i>	6.10.1994	Slg. 1994, II-755

T-141/89	<i>Tréfileurope</i>	6.4.1995	Slg. 1995, II-791
T-504/93	<i>Tiercé Ladbroke SA</i>	12.6.1997	Slg. 1997, II-923
T-308/94	<i>Cascades</i>	14.5.1998	Slg. 1998, II-925
T-347/94	<i>Mayr-Melnhof</i>	14.5.1998	Slg. 1998, II-1751
T-228/97	<i>Irish Sugar</i>	7.10.1999	Slg. 1999, II-2969
T-62/98	<i>VW I</i>	6.7.2000	Slg. 2000, II-2707
T-41/96	<i>Bayer</i>	26.10.2000	Slg. 2000, II-3383
T-139/98	<i>AAMS</i>	22.11.2001	Slg. 2001, II-3413
T-368/00	<i>General Motors</i>	21.10.2003	Slg. 2003, II-4491
T-208/01	<i>VW II</i>	3.12.2003	Slg. 2003, II-5141
T-219/99	<i>British Airways</i>	17.12.2003	Slg. 2003, II-5917
T-67/01	<i>JCB</i>	13.1.2004	Slg. 2004, II-49
T-325/01	<i>Daimler Chrysler</i>	15.9.2005	noch nicht in der amtlichen Sammlung erschienen

### III. Urteile des EuGH

Rechtssache	Name	Datum	Fundstelle
13/61	<i>Bosch</i>	6.4.1962	Slg. VIII, 110
56/65	<i>LTM/MBU</i>	30.6.1966	Slg. 1966, 281
56 und 58/64	<i>Grundig-Consten</i>	13.7.1966	Slg. XII, 429
24/67	<i>Parke Davis</i>	29.2.1968	Slg. 1968, 86
41/69	<i>ACF Chemiefarma</i>	15.7.1970	Slg. 1970, 661
11/70	<i>Internationale Handelsgesellschaft mbH</i>	17.12.1970	Slg. 1970, 1125
22/71	<i>Béguelin</i>	25.11.1971	Slg. 1971, 949
48/69	<i>ICI</i>	14.7.1972	Slg. 1972, 619
8/72	<i>Vereeniging von Cementhandelaren</i>	17.10.1972	Slg. 1972, 977
6/72	<i>Continental Can</i>	21.2.1973	Slg. 1973, 215
6/73	<i>Commercial Solvents</i>	6.3.1974	Slg. 1974, 223
16/74	<i>Centrafarm</i>	31.10.1974	Slg. 1974, 1183

40-48, 50, 54-60, 111, 113, 114/73	<i>Suiker Unie u. a.</i>	16.12.1975	Slg. 1975, 1663
26/76	<i>Metro I</i>	25.10.1977	Slg. 1977, 1875
13/77	<i>Inno/ATAB</i>	16.11.1977	Slg. 1977, 2115
19/77	<i>Miller</i>	1.2.1978	Slg. 1978, 131
27/76	<i>United Brands</i>	14.2.1978	Slg. 1978, 207
85/76	<i>Hoffmann-La Roche</i>	13.2.1979	Slg. 1979, S. 461
22/78	<i>Hugin</i>	31.5.1979	Slg. 1979, 1869
32/78 und 36- 83/78	<i>BMW Belgium</i>	12.7.1979	Slg. 1979, 2435
209-215 und 218/80	<i>Van Landewyck u. a.</i>	29.10.1980	Slg. 1980, 3125
31/80	<i>L'Oréal</i>	11.12.1980	Slg. 1980, 3775
172/80	<i>Züchner</i>	14.7.1981	Slg. 1981, 2021
107/82	<i>AEG</i>	25.10.1983	Slg. 1983, 3151
96-102, 104, 105, 108 und 110/82	<i>IAZ</i>	8.11.1983	Slg. 1983, 3369
322/81	<i>Michelin</i>	9.11.1983	Slg. 1983, 3461
319/82	<i>Kerpen</i>	14.12.1983	Slg. 1983, 4173
86/82	<i>Hasselblad</i>	21.2.1984	Slg. 1984, 883
229/83	<i>Leclerc</i>	10.1.1985	Slg. 1985, 1
123/83	<i>BNIC/Clair</i>	30.1.1985	Slg. 1985, 391
25 und 26/84	<i>Ford</i>	8.5.1985	Slg. 1985, 2725
311/84	<i>Télémarketing</i>	3.10.1985	Slg. 1985, 3261
31/85	<i>ETA/DK Investment</i>	10.12.1985	Slg. 1985, 3933
209 bis 231/84	<i>Nouvelles Frontières</i>	30.4.1986	Slg. 1986, 1425
75/84	<i>Metro II</i>	22.10.1986	Slg. 1986, 3021
226/84	<i>British Leyland</i>	11.11.1986	Slg. 1986, 3263
311/85	<i>Vlaamse Reisbureaus</i>	1.10.1987	Slg. 1987, 3801
65/86	<i>Bayer/Süllhöfer</i>	27.9.1988	Slg. 1988, 5249
C-277/87	<i>Sandoz</i>	11.1.1990	Slg. 1990, I-45; WuW 1990, 993
C-279/87	<i>Tipp Ex</i>	8.2.1990	Slg. 1990, I-261; WuW 1990, 795
C-234/89	<i>Delimitis</i>	28.2.1991	Slg. 1991, I-935

C-41/90	<i>Höfner und Elser</i>	23.4.1991	Slg. 1991, I-1979
C-260/89	<i>ERT</i>	18.6.1991	Slg. 1991, I-2925
C-159, 160/91	<i>Poucet und Pistre</i>	17.2.1993	Slg. 1993, I-637
C-376/92	<i>Metro/Cartier</i>	13.1.1994	Slg. 1994, I-15
C-241/91 und C-242/91	<i>Magill</i>	6.4.1995	Slg. 1995, I-743
C-70/93	<i>Bayerische Motorenwerke</i>	24.10.1995	Slg. 1995, I-3439
C-73/95	<i>Viho</i>	24.10.1996	Slg. 1996, I-5457
C-106/95	<i>KMSG Mainschiffahrts-Genossenschaft eG</i>	20.2.1997	Slg. 1997, I-911
C-265/95	<i>Kommission/Frankreich</i>	9.12.1997	Slg. 1997, I-6959
C-185/95	<i>Baustahlgewebe/Kommission</i>	17.12.1998	Slg. 1998, I-8417
C-49/92	<i>Anic</i>	8.7.1999	Slg. 1999, I-4125
C-325/00	<i>CMA Gütezeichen</i>	5.11.2002	Slg. 2002, I-9977
C-44/01	<i>Pippig/Hartlauer</i>	8.4.2003	Slg. 2003, I-3095
C-112/00	<i>Schmidberger</i>	12.6.2003	Slg. 2003, I-5659
C-2/01 und C-3/01	<i>Bayer</i>	6.1.2004	Slg. 2004, I-23
C-418/01	<i>IMS Health</i>	29.4.2004	Slg. 2004, I-5039
C-53/03	<i>Syfait</i>	31.5.2005	noch nicht in der amtlichen Sammlung erschienen
C-551/03	<i>General Motors</i>	6.4.2006	noch nicht in der amtlichen Sammlung erschienen