

# Art. 85 Abs. 1 EGV und die rule of reason

Zur Konzeption der Verhinderung, Einschränkung  
oder Verfälschung des Wettbewerbs

von

DR. THOMAS ACKERMANN

Bonn



1997

CARL HEYMANNS VERLAG KG

*Köln • Berlin • Bonn • München*

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b> des Herausgebers .....	V
§ 1 <i>Einleitung</i> .....	1
I. Ansatz und Gang der Untersuchung .....	1
1. Zum Allgemeinen Teil .....	3
2. Zum Besonderen Teil .....	5
II. Terminologische Abgrenzungen .....	6
1. Zum Begriff »rule of reason« .....	6
a) Kartellrecht und Grundfreiheiten .....	6
b) Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen oder wettbewerbspolitische Würdigung? .....	6
2. Alternativbegriffe .....	9
<i>Allgemeiner Teil: Die Grundlagen der rule of reason</i>	
f 2 <i>Die rule of reason im US-Antitrustrecht</i> .....	11
I. Die wettbewerbspolitische Zielsetzung der rule of reason .....	11
1. Die ursprüngliche Konzeption .....	11
a) Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S. ....	11
b) Zur Vorgeschichte: Weiterentwicklung des common law oder Bruch mit der Tradition? .....	12
aa) U.S. v. Trans-Missouri Freight Association .....	13
bb) U.S. v. Addyston Pipe & Steel Co. ....	14
cc) Mitchel v. Reynolds .....	15
c) Zum Prüfungsmaßstab: Abwägung nach Billigkeitsgesichtspunkten oder wettbewerbspolitische Würdigung? .....	17
2. Erweiterung und Rückführung .....	17
a) Chicago Board of Trade and Appalachian Coals. ....	17
b) Trenton Potteries and Socony Vacuum .....	19
3. Die »Antitrust Revolution« .....	20
II. Die Elemente wettbewerblicher Würdigung bei der Anwendung von rule of reason und Per-se-Regel .....	21
1. Rule of reason und Per-se-Regel: Areedas Modell .....	21
a) Prüfungsstufen und Beweislastverteilung .....	22
b) Rule of reason und Ancillary-restraints-Doktrin .....	23
c) Rule of reason und Per-se-Regeln .....	24
2. Vertikale Beschränkungen .....	25
a) Kunden- und Gebietsbindungen .....	25
aa) Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc. ....	25
bb) Die instanzgerichtliche Rechtsprechung .....	28
b) Preisbindungen .....	30
c) Koppelungs- und Alleinbezugsbindungen .....	32
3. Horizontale Beschränkungen .....	36
a) Preisbezogene Absprachen .....	36
aa) National Society of Professional Engineers v. U.S. ....	36

## Inhalt

bb) Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc. . . . .	39
cc) Catalano und Maricopa . . . . .	41
b) Leistungsbezogene Absprachen. . . . .	43
aa) Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists. . . . .	43
bb) National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of the University of Oklahoma and University of Georgia Athletic Association. . . . .	45
c) Gemeinsame Forschung und Entwicklung . . . . .	49
III. Zusammenfassung . . . . .	50

### § 3 Die rule of reason im europäischen Kartellrecht I:

<i>Materiellrechtliche Vorgaben.</i> . . . .	53
I. Die Zielsetzungen des Gemeinschaftsrechts als Ausgangspunkt . . . . .	53
1. Der Vorrang des materiellen Rechts gegenüber Opportunitätsüberlegungen. . . . .	53
2. Der Vorrang objektiv-teleologischer Auslegung . . . . .	53
a) Grammatische Auslegung. . . . .	54
aa) »Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs« . . . . .	54
bb) Der Beispielskatalog in Art. 85 Abs. 1 EGV. . . . .	55
cc) Wettbewerbsbeschränkung und Art. 85 Abs. 3 EGV. . . . .	58
b) Historisch-genetische Auslegung. . . . .	59
3. Die Anknüpfungspunkte der teleologischen Interpretation im Überblick . . . . .	61
a) Marktintegration . . . . .	61
b) Allgemeine Ziele des Wettbewerbsschutzes. . . . .	62
c) Nichtwettbewerbliche Ziele des Gemeinschaftsrechts. . . . .	63
II. Rule of reason und allgemeine Ziele des Wettbewerbsschutzes. . . . .	65
1. Gegenwärtiger Diskussionsstand. . . . .	65
2. Wettbewerbspolitische und wettbewerbstheoretische Bedingungen der rule of reason. . . . .	66
a) Vollständige Konkurrenz im Sinne der Preistheorie. . . . .	67
aa) Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen durch Verhaltenskoordination . . . . .	67
bb) Wettbewerbstheoretische Probleme. . . . .	68
b) Die Konzepte des funktionsfähigen Wettbewerbs. . . . .	69
aa) Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen durch Verhaltenskoordination . . . . .	69
bb) Wettbewerbstheoretische Probleme. . . . .	70
c) Die Chicago School. . . . .	71
aa) Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen durch Verhaltenskoordination . . . . .	72
bb) Wettbewerbstheoretische Probleme. . . . .	73
d) Die Theorie der Wettbewerbsfreiheit . . . . .	75
aa) Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen durch Verhaltenskoordination . . . . .	76
bb) Wettbewerbstheoretische Probleme. . . . .	78
e) Folgerungen für eine rule of reason. . . . .	79
aa) Wettbewerbspolitische Zielsetzungen. . . . .	79
bb) Wettbewerbstheoretisches Instrumentarium. . . . .	80
(1) Das Methodenproblem . . . . .	80

## Inhalt

(2) Der Lösungsansatz: Partialanalytische Ceteris-paribus-Aussagen als falsifizierbare Mustervorausagen . . . . .	81
3. Vereinbarkeit mit den allgemeinen Zielen des europäischen Wettbewerbsschutzes. . . . .	83
a) Gesamtgesellschaftliche Vorteilhaftigkeit . . . . .	84
b) Freiheit der Marktteilnehmer . . . . .	86
aa) Freiheitsschutz als gemeinschaftsrechtliches Ziel . . . . .	86
bb) Mögliche Auswirkungen auf die Rule-of-reason-Problematik . . . . .	86
cc) Erörterung . . . . .	89
(1) Offenheit des Wortlauts des Art. 85 Abs. 1 EGV. . . . .	89
(2) Die Unterscheidung kartellrechtlich unzulässiger von zulässigen Außenwirkungen als Wertungsproblem . . . . .	90
(3) Die Abgrenzung zu Art. 86 EGV. . . . .	92
(4) Wahrung des Bestimmtheitsgebots. . . . .	93
4. Ergebnis . . . . .	94
<b>Rule of reason und nichtwettbewerbliche</b>	
- <b>Ziele des Gemeinschaftsrechts.</b> . . . . .	95
<b>Rule of reason und Marktintegration.</b> . . . . .	97
1. Gegenwärtiger Diskussionsstand . . . . .	97
fr 2. Das Spannungsverhältnis von Marktintegration und Wettbewerbsschutz . . . . .	98
a) Positive Bewertung integrationsfördernder Vereinbarungen . . . . .	98
4' b) Negative Bewertung integrationsbehindernder Vereinbarungen . . . . .	99
aa) Vertikale Ausschließlichkeitsbindungen mit Exportverboten . . . . .	99
bb) Geographische Preisdifferenzierung . . . . .	101
3. Der Lösungsansatz . . . . .	101
a) Vorrang der Effizienz?. . . . .	101
b) Vorrang des Binnenmarktes?. . . . .	102
c) Rule of reason mit Binnenmarktpräferenz und integrationspezifisches Per-se-Verbot . . . . .	104
V. Spielraum für verfahrensbezogene Überlegungen: Teilbarkeit der wettbewerblichen Würdigung . . . . .	106
VI. Zusammenfassung . . . . .	108
 § 4 <i>Die rule of reason im europäischen Kartellrecht II:</i> <i>Verfahren und Institutionen.</i> . . . . .	109
I. Dezentralisierung als bewertungsbedürftige Konsequenz der rule of reason . . . . .	109
1. Der methodische Ausgangspunkt der Prüfung . . . . .	109
2. Dezentralisierung und die Frage der administrativen Überlastung der Kommission . . . . .	110
3. Dezentralisierung und europäische Rechtsprinzipien . . . . .	111
a) Subsidiaritätsprinzip . . . . .*	111
aa) Art. 3 b Abs. 2 EGV. . . . .	112
bb) Art. 3 b Abs. 3 EGV. . . . .	115
b) Prinzip der Rechtssicherheit . . . . .	115
c) Prinzip der loyalen Zusammenarbeit . . . . .	116
d) Fazit . . . . .	116
II. Anwendung von Art. 85 EGV durch die Kommission . . . . .	117
1. Behandlung von Einzelfällen . . . . .	117
a) Verringerung der Fälle schwebender Unwirksamkeit und administrative Entlastung der Kommission . . . . .	117
b) Verlust von Prüfungsmöglichkeiten gegenüber den Unternehmen . . . . .	119

## Inhalt

2.	Bekanntmachungen und Gruppenfreistellungsverordnungen	120
a)	Die Zulässigkeit von Gruppenfreistellungsverordnungen im Anwendungsbereich der rule of reason	121
aa)	Gruppenfreistellung »möglicherweise« verbotener Vereinbarungen	121
bb)	Die Regelungstechnik vorsorglicher Freistellung	122
b)	Effektiver Wettbewerbschutz durch Gruppenfreistellungsverordnungen?	124
aa)	Vorzüge der Gruppenfreistellungsverordnungen	124
bb)	Nachteile der Gruppenfreistellungsverordnungen	126
cc)	Stellungnahme	128
III.	Erweiterung der Anwendungsmöglichkeiten für die Gerichte der Mitgliedstaaten	129
1.	Milderung der Folgen der Dichotomie von Verbots- und Freistellungstatbestand	129
2.	Probleme bei der Anwendung der rule of reason	132
a)	Eignung der Gerichte zur Beurteilung wettbewerblicher Wirkungen	132
b)	Wahrung einheitlicher Verbotsanwendung	135
aa)	Steuerungsmöglichkeiten des Gerichtshofs: Art. 177 EGV	135
bb)	Steuerungsmöglichkeiten der Kommission: Die Bedeutung des Verwaltungshandelns im zivilgerichtlichen Verfahren	136
(1)	Bindungswirkung von Negativattesten?	136
(2)	Bindungswirkung von Abstellungs- und Feststellungsentscheidungen?	138
(3)	Berücksichtigung des Verwaltungshandelns durch den nationalen Richter	140
cc)	Bewertung	141
c)	Belastung der Parteien	143
aa)	Abhilfe durch die Kommission?	143
bb)	Beweislast unter der rule of reason	145
IV.	Erweiterung der Anwendungsmöglichkeiten für die Behörden der Mitgliedstaaten	147
1.	Anreiz zu verstärkter mitgliedstaatlicher Durchsetzung von Art. 85 EGV	147
2.	Wertungsrelevante Unterschiede zur Anwendung der rule of reason durch nationale Gerichte	148
3.	Vermeidung der Nachteile einer Aufhebung des Freistellungsmonopols	150
V.	Zusammenfassung	150

### *Besonderer Teil: Die Anwendung der rule of reason*

§ 5	Vorfragen der rule of reason: Abstrakte Wettbewerbsrelevanz und Verhaltensbindung in der Rechtspraxis der Gemeinschaftsorgane	153
I.	Abstrakte Wettbewerbsrelevanz	153
1.	Abgrenzung mit Hilfe von Wettbewerbsdefinitionen?	153
2.	Wettbewerbshandeln im engeren Sinne	154
3.	Handeln mit mittelbarem Wettbewerbsbezug	156
II.	Verhaltensbindung mindestens eines beteiligten Unternehmens?	158
1.	Langfristige Kaufverträge über festgelegte Gütermengen	158
2.	Übertragung und Lizenzierung von Warenzeichen	161
3.	Unternehmenskauf und Anteilerwerb	162
4.	Gemeinsame Einkaufs- und Verkaufseinrichtungen	164
5.	Der Fall EATE	165
III.	Zusammenfassung	166

# Inhalt

der rule of reason: Ansätze in der Rechtsprechung

?H und des EuG.....167

issagen zur Verbotsreichweite: Maschinenbau Ulm und Consten-Grundig ... 167  
sbezogene Herstellerstrategie im Verbraucherinteresse

verbliche Rechtfertigung: Die Metro-Rechtsprechung. .... 171

['Der Ancillary-restraints-Ansatz. .... 173

['Die These von der Abwägung mit Intrabrand-Wettbewerbsbezug. .... 175

r Begrenzte Anerkennung der Interbrand-Wettbewerbsförderung. .... 176

«ig von Markterschließungsrisiken als wettbewerbliche Rechtfertigung— 177

['Die Vermarktungsvariante: Maissaatgut. .... 177

Besonderheit des Sortenschutzrechts. .... 180

b) Verringerung des Vermarktungsrisikos des Lizenznehmers  
bei der Markterschließung. .... 180

c) Verbreitung einer neuen Technologie. .... 181

'd) Förderung des Interbrand-Wettbewerbs. .... 182

Die Investitionsvariante: Coditel Nr. 2. .... 183

f/\$. Aufgabe des Markterschließungsansatzes?. .... 186

a) Windsurfing. .... 186

b) La Hesbignonne. .... 188

c) Ottung/Klee & Weilbach. .... 189

^ - Immanenzgedanke als wettbewerbliche Rechtfertigung. .... 190

1. Der klassische Anwendungsbereich  
der Ancillary-restraints-Doktrin: Remia. .... 190

2. Erweiterte Anwendung: Pronuptia. .... 192

a) Immanenzgedanke und Markterschließungsansatz. .... 193

b) Per-se-Legalität des Vertragsgegenstands oder wettbewerbliche Würdigung?. . . . 194

3. Rücknahme oder Fortführung des Ansatzes des Remia-Urteils?. .... 196

a) Bayer/Süllhöfer. .... 196

b) Tournier. .... 197

c) Die Rechtsprechung zu Bindungen in Genossenschaftssatzungen. .... 199

V. Bündelwirkung als Wettbewerbschädigung. .... 201

1. Henninger Bräu. .... 201

2. Die Rechtsprechung des Gerichts erster Instanz zur Bündelwirkung. .... 203

VI. Zusammenfassung. .... 205

5 7 Bewertung und Weiterentwicklung: Konsequenzen  
aus der vollen Anerkennung der rule of reason. .... 207

I. Zur Abgrenzung: Der Anwendungsbereich des Freistellungstatbestands. .... 208

1. Nichtwettbewerbliche Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen. .... 208

2. Positive Bewertung auf der Grundlage von Annahmen  
über Zukunftsmärkte. .... 210

II. Wettbewerbsnachteile. .... 211

1. Der Ausgangspunkt: Output-Reduzierung oder Gefährdung des  
Wettbewerbsprozesses?. .... 211

2. Horizontale Beschränkungen: Die bloße Absprache über einen  
Wettbewerbsparameter als Wettbewerbsnachteil («facial restraint«). .... 213

3. Vertikale Beschränkungen im Bereich des Vertriebs. .... 216

a) Vertriebssystemimmanente Regulierung des Intrabrand-Wettbewerbs  
als Wettbewerbsnachteil. .... 216

## *Inhalt*

aa) Tatsächliche Möglichkeit und Reichweite des Free-rider-Phänomens. . . . .	218
bb) Erforderlichkeit von Intra-brand-Wettbewerbsbeschränkungen. . . . .	220
cc) Zur Annahme der generellen wettbewerblichen Vorteilhaftigkeit. . . . .	220
(1) Wohlfahrtsverluste durch Vertriebsbindungen. . . . .	221
(2) Innovationsverluste durch Vertriebsbindungen. . . . .	222
(3) Kartellierungsgefahr als »competitive harm«?. . . . .	223
dd) Konsequenz für die erste Stufe der wettbewerblichen Würdigung. . . . .	224
b) Errichtung von Marktzutrittsschranken und Verdrängung von Konkurrenten durch Marktstrukturverschlechterung als Wettbewerbsnachteile. . . . .	225
aa) Errichtung von Marktzutrittsschranken durch Alleinbezugsbindungen. . . . .	225
bb) Verallgemeinerung des Ansatzes. . . . .	229
III. Wettbewerbsvorteile. . . . .	232
1. Der Ausgangspunkt: Reine Effizienzprüfung im Sinne der Chicago School oder Einbeziehung von Verbrauchervorteilen?. . . . .	232
2. Die Übertragung oder Einräumung von property rights als Wettbewerbsvorteil. . . . .	234
3. Markterschließung als Wettbewerbsvorteil. . . . .	238
4. Steigerung des Interbrand-Wettbewerbs als Wettbewerbsvorteil. . . . .	241
IV. Erforderlichkeit. . . . .	243
1. Der Ausgangspunkt: Wirtschaftliche Betrachtungsweise (»viable less restrictive alternative«). . . . .	243
2. Erforderlichkeit zur Übertragung oder Einräumung von property rights. . . . .	244
a) Wettbewerbsverbote in Unternehmensveräußerungs- und Gesellschaftsverträgen. . . . .	244
b) Bindungen in Lizenzvereinbarungen. . . . .	246
c) Bindungen im Vertriebsbereich. . . . .	248
3. Erforderlichkeit zur Markterschließung. . . . .	250
a) Bindungen in Lizenzvereinbarungen. . . . .	250
b) Gemeinschaftsunternehmen. . . . .	253
c) Bindungen im Vertriebsbereich. . . . .	254
4. Erforderlichkeit zur Steigerung des Interbrand-Wettbewerbs. . . . .	255
5. Gerichtliche Kontrolldichte bei Entscheidungen der Kommission. . . . .	257
6. Beweislast im Zivilprozeß. . . . .	258
V. Angemessenheit. . . . .	259
VI. Grenzen der rule of reason: Per-se-Verbote als Folge typisierter Voraussagen. . . . .	259
VII. Zusammenfassung. . . . .	260
§ 8 <i>Thesen</i> . . . . .	263
I. Thesen zur Grundlegung der rule of reason im EG-Kartellrecht. . . . .	263
II. Thesen zur Anwendung der rule of reason im EG-Kartellrecht. . . . .	264
Abkürzungsverzeichnis. . . . .	269
Literaturverzeichnis. . . . .	271