

Deutsche Vereinigung  
für gewerblichen Rechtsschutz  
und Urheberrecht e.V.

Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht  
Theodor-Heuss-Ring 19-21 • 50668 Köln

---

Europäische Kommission  
Generaldirektion Wettbewerb DG IV  
Herrn Generaldirektor  
Dr. Alexander Schaub  
Avenue de Cortenberg 150  
B-1049 Brüssel

Sitz Berlin  
Hauptgeschäftsstelle Köln

50668 Köln, den **09.12.1999**  
Theodor-Heuss-Ring 19-21  
Telefon (0221) 77 16-151  
Telefax (0221) 77 16-205

Ihr Zeichen:  
Unser Zeichen: Lo/ks  
(Bei der Antwort bitte angeben)

**Stellungnahme zur Gruppenfreistellungs-VO Vertikale Vereinbarungen  
und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen  
(AmtsBl. C 270/7 vom 24.09.1999)**

Sehr geehrter Herr Generaldirektor,

die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. ist eine als gemeinnützig anerkannte wissenschaftliche Vereinigung aller auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts einschließlich des Wettbewerbsrechts tätigen Praktiker und Wissenschaftler. Sie bezweckt nach ihrer Satzung die wissenschaftliche Fortbildung des gewerblichen Rechtsschutzes und die Unterstützung der gesetzgebenden Organe sowie der zuständige Ministerien und Institutionen in Fragen des geistigen Eigentums.

Die Vereinigung nimmt zu dem Entwurf einer Gruppenfreistellungs-VO für vertikale Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen wie folgt Stellung:

1. Die Vereinigung hat den Entwurf einer Gruppenfreistellungs-VO für vertikale Vereinbarungen bereits im Rahmen des Anhörungsverfahrens vor der Rats-

entscheidung nach Art. 83 EGV geprüft. Im Hinblick auf die zahlreichen kritischen Stellungnahmen zu dem zentralen Ansatz der Gruppenfreistellungs-VO, wonach eine Freistellung ohne weitere Anforderungen dann anzunehmen ist, wenn der Anteil der beteiligten Unternehmen an dem relevanten Markt 30% nicht überschreitet, hat sie seinerzeit von einer eigenen Stellungnahme abgesehen. Nachdem nunmehr der Rat eine Ermächtigungsverordnung nach Art. 83 EGV erlassen hat und die Kommission die beteiligten Kreise erneut zur Stellungnahme aufgefordert hat, möchte die Vereinigung nicht verhehlen, daß auch sie erhebliche Zweifel an der Zweckmäßigkeit dieses Ansatzes hat.

a) Der Ansatz setzt voraus, daß bei wettbewerbsbeschränkenden Klauseln in Verträgen, an denen Marktpartner mit Anteilen oberhalb der Schwelle beteiligt sind, die Gefahr eines Mißbrauchs deutlich größer ist als bei Verträgen mit Marktanteilen unterhalb der Schwelle.

(1) Aus der Praxis der bisherigen Gruppenfreistellungs-VOen ergibt sich, daß nur in drei Fällen eine Gruppenfreistellung widerrufen worden ist. Dies spricht dafür, daß die Gefahr eines Mißbrauchs auch bei höheren Marktanteilen regelmäßig nicht besteht.

(2) Zwischen dem Marktanteil der Vertragspartner und der Gefahr, die von einer Wettbewerbsbeschränkung in einem vertikalen Vertrag ausgeht, besteht kein notwendiger Zusammenhang. Die kartellrechtliche Beurteilung richtet sich auf die konkrete wettbewerbsbeschränkende Klausel.

(3) Marktstarken Unternehmen wäre es künftig nur noch über Einzelfreistellungen möglich, in wirtschaftlich offensichtlich unbedeutenden Fällen vertikale Wettbewerbsbeschränkungen zu vereinbaren.

b) Die Vereinigung hat Zweifel daran, ob der Ansatz der Kommission zu der erwünschten Entlastung der Generaldirektion Wettbewerb führt.

(1) Unternehmen mit Marktanteilen oberhalb der Schwelle werden zur Vermeidung wirtschaftlicher Fehlinvestitionen auf Rat ihrer Berater eine

Einzelfreistellung beantragen, da ihre Vereinbarungen (schwebend) unwirksam sind (Art. 85, Abs. 2 EGV). Ob die Möglichkeit einer rückwirkenden Freistellung (Leitlinie Nr. 53) von der Kommission genutzt wird, läßt sich aus der Sicht der Unternehmen nicht vorhersehen.

- (2) Unternehmen werden außerdem ihre Verträge häufig deswegen bei der Kommission anmelden, weil Unklarheiten über die Marktabgrenzung und deshalb über die Höhe der Marktanteile besteht.
- c) Die Abgrenzung der Freistellung durch eine Marktanteils-Schwelle ist unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit problematisch.
- (1) Die Marktabgrenzung wird mit Hilfe des Homogenitätsgrades von Gütern vorgenommen, die problematisch ist. Der Markt ist kein Datum, sondern eine Variable, die der Beeinflussung der Marktteilnehmer unterliegt.
  - (2) Die gegenständliche und geographische Bestimmung des maßgeblichen Marktes kann problematisch sein. Im Fusionskontrollverfahren ist die Marktbestimmung fast in jedem Fall umstritten. Die Ausführungen der Leitlinien zur Marktdefinition (Nr. 78 ff.) sind umfangreich und kompliziert. Sie werden ebenso wenig Rechtssicherheit schaffen wie die Bekanntmachung der Kommission über die Bestimmung des relevanten Markts.
  - (3) Schon die Feststellung des Gesamtmarktvolumens ist häufig problematisch. Entsprechende Daten liegen jedenfalls den beteiligten Unternehmen häufig nicht vor, zumal da der Austausch aktueller Marktdaten zwischen den Unternehmen unzulässig ist.
  - (4) Da die Wirkungen der Gruppenfreistellung künftig „automatisch“ eintreten sollen, liegen die Risiken einer fehlerhaften Marktanteilsbestimmung bei den beteiligten Unternehmen, und zwar nicht nur bei den Herstellern/Lieferanten, sondern auch bei den Vertragspartnern.

- (5) Die bisherigen Erfahrungen der EU-Kommission mit Marktanteils-Bestimmungen berechtigen nicht zum Optimismus. Die gilt sowohl für den Marktanteil von 15 % in Art. 4 Abs. 2 Nr. 3 c) der VO 17/62 als auch für den Marktanteil gemäß Ziff. 9 der Bagatellbekanntmachung. Bei der Schaffung der Fusionskontroll-VO hat die Kommission (AmtsBl. 1992 Nr. C 36/3,4) ausgeführt, daß das Marktanteils-Kriterium „zu einem in der Praxis kaum mehr anwendbaren und für die Abgrenzung des Geltungsbereichs der Verordnung ungeeigneten Kriterium“ werde. Im heutigen Verfahren der Fusionskontroll-VO ist die Marktanteilsschwelle nur ein Indiz, hat also keine unmittelbare Rechtswirkung. Die auf Marktanteile beziehenden Regeln der Gruppenfreistellungs-VOen (EWG) Nr. 17/85 und (EWG) Nr. 418/85 (Marktanteile von 10 % bzw. 20 %) haben keine praktische Relevanz. Bei der Gruppenfreistellungs-VO „Technologietransfer“ (Nr. 240/96) hat die Kommission Pläne aufgegeben, auf Marktanteilsgrenzen abzustellen.
- (6) Anders als bei den genannten Regelungen handelt es sich bei den vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen um ein Massenproblem. Um so wichtiger sind die Nachteile unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit.
- d) Die flankierenden Maßnahmen, die die Kommission unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit vorschlägt, werden sich nicht als ausreichend erweisen.
- (1) Daß bei Überschreitung der Schwelle keine „Vermutung“ für die Unzulässigkeit gilt, hilft den Unternehmen nicht aus der bestehenden Unsicherheit.
- (2) Die Übergangsregelung für Marktanteilsschwankungen (Art. 8 Abs. 2) beseitigen die Rechtsunsicherheit ebenfalls nicht. Bei bestimmten Produkten können kurzfristig weit größere Schwankungen auftreten.

- (3) Die von der Kommission beabsichtigten Leitlinien sind als Auslegungshilfe im Prinzip zu begrüßen, ändern aber nichts an der Problematik der Marktanteilsbestimmung.
  - (4) Die bereits erwähnte Möglichkeit rückwirkender Freistellung (Änderung von Art. 4 Abs. 2 der VO Nr. 17) beseitigt für die Unternehmen nicht das Risiko der Inanspruchnahme. Wenn mit vertikalen Verträgen Investitionen verbunden sind, führt für die beteiligten Unternehmen der Weg an einer Einzelfreistellung nicht vorbei.
- e) Die Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit werden besonders deutlich, wenn man die Auswirkungen der beabsichtigten Verordnung auf Gerichtsverfahren berücksichtigt.
- (1) Wird während eines Gerichtsverfahrens ein Antrag auf Einzelfreistellung mit dem weiteren Antrag gestellt, eine rückwirkende Freistellung zu gewähren, wird das Gericht das Verfahren regelmäßig aussetzen, da die Kommission insoweit ein Freistellungsmonopol besitzt. Mit einer Kommissionsentscheidung kann nach der bisherigen Erfahrung erst nach längerer Zeit gerechnet werden. Da die Ausschließlichkeitsbindung für das gesamte Vertragswerk regelmäßig eine besondere Bedeutung hat, bleibt nicht nur die Wirksamkeit der Klausel, sondern die des Vertrages für längere Zeit in der Schwebe.
  - (2) Das angerufene Gericht verfügt über keine eigenen Kenntnisse über den Marktanteil. Es wird ein Sachverständigen-Gutachten oder eine Auskunft der EU-Kommission einholen, was mit erheblichen Verzögerungen des Verfahrens verbunden ist.
  - (3) Unter der Geltung der bisherigen Gruppenfreistellungs-VOen konnten die Gerichte selbst über die Wirksamkeit der Vertragsklauseln entscheiden, weil sie nur zu prüfen brauchten, ob die Vertragsklausel den Anforderungen der geltenden Gruppenfreistellungs-VOen entsprach.

- (4) Mit Recht hat sich daher die Mehrheit der Stimmen im Rahmen der ersten Anhörung für weiter gefaßte Gruppenfreistellungs-VOen ohne Marktanteilsplafon ausgesprochen, wo hingegen alle Varianten, die auf Marktanteilsschwellen abgestellt haben, mit teilweise erheblicher Mehrheit abgelehnt worden sind.
- f) Die Kommission sollte die Gelegenheit der erneuten Anhörung nutzen, Alternativen zu ihrer bisherigen Konzeption in die Betrachtung einzubeziehen.
- (1) In der europäischen Vertragspraxis haben sich vertikale Wettbewerbsbeschränkungen als weitaus weniger schädlich erwiesen als horizontale Wettbewerbsbeschränkungen. Häufig geht von Ausschließlichkeitsbindungen sogar eine den Wettbewerb förderliche Wirkung aus (Beispiel: selektive Vertriebssysteme).
- (2) In den USA und in Deutschland werden vertikale Wettbewerbsbeschränkungen in weit größerem Umfang von beschränkenden Vorschriften ausgenommen als nach dem Entwurf der Kommission. In Deutschland hat man mit dem heutigen § 16 GWB, der nur eine Mißbrauchsaufsicht vorsieht, gute Erfahrungen gemacht.
- (3) Es spricht daher vieles dafür, vertikale Wettbewerbsbeschränkungen nur noch einer Mißbrauchsaufsicht zu unterwerfen. Selbst wenn dies eine Änderung des primären Vertragsrechts voraussetzen würde, sollte diese Variante ernsthaft geprüft werden.
- (4) In Betracht kommt weiter eine Überarbeitung der bestehenden Gruppenfreistellungs-VOen. Dabei müssen die Bedingungen für die Anwendbarkeit stark vereinfacht, die Liste „schwarzer Klauseln“ auf die wirklich wichtigen Regelungen begrenzt und im übrigen eine Beschränkung auf die Mißbrauchsaufsicht (ohne Marktanteile) vorgesehen werden.

2. Die Leitlinien (Nr. 15, 20) nehmen Regelungen über Handelsvertretervereinbarungen, die die für Handelsvertreter typische Risikoverteilung aufweisen, zu Recht aus dem Anwendungsbereich des Art. 81 Abs. 1 EGV heraus. Für solche Vereinbarungen entfalten die Artikel 3 und 4 des GVO-Entwurfs daher keine Wirkung. Die gilt insbesondere auch für den Ein-Marken-Handelsvertreter, dessen Vertrag (mit Wettbewerbsverbot) ebenfalls schon nicht von Art. 81 Abs. 1 EGV erfaßt wird. Ziffer 20 Satz 3 der Leitlinien weist ergänzend darauf hin, daß bei einer festgestellten Abschottung der Märkte durch die Gesamtheit der vereinbarten Wettbewerbsverbote die Anwendbarkeit von Art. 81 Abs. 1 EGV nicht ausgeschlossen sein soll; es handelt sich insoweit um eine zutreffende Klarstellung.
  
3. Die Abgrenzung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen von horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen in Nr. 25 der Leitlinien (i.V.m. Art. 1), wonach die Verordnung nicht für vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern gelten soll, ist problematisch. Die Reichweite des Begriffs „potentieller Wettbewerb“ ist im Einzelfall nicht einfach zu bestimmen. Aus diesem Grunde haben die bisherigen Gruppenfreistellungs-VOen nur Vereinbarungen zwischen Herstellern von im Wettbewerb zueinander stehenden Produkten ausgeklammert. Dieser Anknüpfungspunkt erwies sich in der Praxis als gut handhabbar.
  
4. Eine weitere problematische Abgrenzung findet sich bei vertikalen Vereinbarungen, die sich auch auf gewerbliche Eigentumsrechte (Warenzeichen, Urheber und Know-how) beziehen. Danach sollen Vereinbarungen betreffend solche gewerblichen Schutzrechte dann von der Gruppenfreistellung erfaßt werden, wenn die betreffenden Bestimmungen nicht „Hauptgegenstand“ der Vereinbarung sind.
  - a) Eine Abgrenzung nach einem Hauptgegenstand und einem Nebengegenstand ist für viele Vereinbarungen nicht möglich. Nach dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 sollen die betreffenden Bestimmungen dann nicht Hauptgegenstand der Vereinbarung sein, wenn sie sich unmittelbar auf die Durchführung der vertikalen Vereinbarung beziehen, für diese notwendig

sind und keine Wettbewerbsbeschränkungen mit demselben Zweck oder derselben Wirkung enthalten wie vertikale Beschränkungen, die durch die Verordnung nicht freigestellt werden. Auch unter Berücksichtigung der diesbezüglichen Ausführungen in den Leitlinien (Nrn. 29 ff.)

- b) In Nr. 29 werden als Fälle, in denen die Bestimmungen betreffend gewerbliche Eigentumsrechte Hauptgegenstand der Vereinbarung sind, zunächst die Fälle genannt in denen der Lieferant von gewerblichen Schutzrechten des Käufers Gebrauch macht. Solche Bestimmungen können aber Gegenstand von Vereinbarungen sein, die die Durchführung einer Zusammenarbeit auf unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufen zum Gegenstand haben und die Bedingungen betreffen, zu denen die Parteien bestimmte Waren oder Dienstleistungen kaufen, verkaufen oder weiterverkaufen können (Definition des Vertikalverhältnisses in Leitlinie Nr. 23). Bei einer Betrachtung der Gesamtvereinbarung können solche Bestimmungen daher je nach Lage des Falles trotz der Negativdefinition in Nr. 29, erster Gedankenstrich der Leitlinien als „Nebengegenstand“ der vertikalen Vereinbarung angesehen werden, weil sie mit der Durchführung der Hauptvereinbarung unmittelbar verbunden und für sie notwendig sind.
- c) Die zweite negative Abgrenzung im zweiten Gedankenstrich von Nr. 29 der Leitlinien trägt für eine Abgrenzung nichts bei, weil sie die Gruppenfreistellungs-VO nur allgemein von Vereinbarungen gemäß der Verordnung über den Technologietransfer, die Bekanntmachung über Zulieferverträge oder Verordnungen abgrenzt, mit denen vertikale Vereinbarungen freigestellt werden, die im Zusammenhang mit horizontalen Vereinbarungen geschlossen werden. Als erstes Ergebnis läßt sich festhalten, daß der Versuch von Nr. 29 der Leitlinien, Bestimmungen zu identifizieren, die nicht Hauptgegenstand der vertikalen Vereinbarung sind, nicht geglückt ist.
- d) In Nr. 30-36 unternehmen die Leitlinien den Versuch, Bestimmungen betreffend gewerbliche Eigentumsrechte (insbesondere Warenzeichen, Urheberrechte, Know-how) zu bezeichnen, bei denen anzunehmen ist, daß sie

mit vertikalen Vereinbarungen unmittelbar verbunden und für sie notwendig sind. Auch diese Abgrenzung erscheint nicht geglückt.

- (1) Für den Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen ist eine Markenlizenz (in den Leitlinien heißt es hier irrtümlich „Warenzeichenlizenz“) für den Vertriebshändler nicht „in der Regel erforderlich“. Mit dem Inverkehrbringen von gekennzeichneten Waren in der Gemeinschaft ist das Markenrecht erschöpft. Der Vertriebshändler benötigt weder für den Weitervertrieb noch für die werbliche Ankündigung eine Lizenz. Abgesehen von diesen eher redaktionellen Mängeln läßt sich in bezug auf eine einfache oder ausschließliche Markenlizenz sowohl der Fall vorstellen, daß die Lizenz Hauptgegenstand der Vereinbarung ist, als auch der Fall, in dem die Markenlizenz nur ergänzenden, dienenden Charakter besitzt. Auch dies zeigt, daß eine Unterscheidung nach dem Hauptgegenstand oder dem „Nebengegenstand“ in vielen Fällen nicht möglich ist und dem Gebot der Rechtssicherheit nicht entspricht.
- (2) In Nr. 32 der Leitlinien wird der Fall genannt, daß der Wiederverkäufer verpflichtet ist, nur unter der Voraussetzung wiederzuverkaufen, daß der Käufer verpflichtet wird, nicht gegen das Urheberrecht zu verstoßen. Da in diesem Beispielsfall (Nr. 32) das Bestehen eines Urheberrechts vorausgesetzt wird, fallen derartige Bedingungen schon nicht unter Art. 81 Abs. 1 EV, wie in Nr. 32 zutreffend angedeutet wird. Es handelt sich also nicht um einen geeigneten Beispielsfall für die Unterscheidung zwischen Hauptgegenstand und „Nebengegenstand“.
- (3) Bei der Verpflichtung des Wiederverkäufers, den Verwender von Software dazu zu verpflichten, bei der Öffnung des Pakets die Voraussetzungen für die Benutzung zu beachten, die der Hersteller aufgestellt hat, muß zwischen dem Fall unterschieden werden, daß der Hersteller über „Rechte an der Software“ verfügt und solchen Fällen, in denen die Software nicht geschützt ist. Nr. 33 der Leitlinien scheinen den erstgenannten Fall zu unterstellen. Insoweit gilt das gleiche wie für Nr. 32. Bestehen keine ausschließlichen Rechte des Herstellers an der Soft-

ware (Möglichkeit und Grenzen des Softwareschutz sind noch weitgehend ungeklärt), entsteht das Problem, in welchem Umfang auf der Grundlage vertraglicher Vereinbarungen ein Schutz geschaffen werden kann, der dem der gewerblichen Schutzrechte entspricht. Erstens kann man nicht sagen, daß solche Bedingungen im Vertrag zwischen dem Hersteller und dem Wiederverkäufer nur einen „Nebengegenstand“ betreffen. Zweitens stellt sich die Frage, ob mit der Einbeziehung in den Bereich der Gruppenfreistellungs-VO eine Freistellung auch in den zuletztgenannten Fällen gewährt werden sollte, in denen Ausschließlichkeitsrechte des Softwareherstellers nicht bestehen, sondern durch vertragliche Vereinbarungen erst geschaffen werden sollen.

- (4) Die Nr. 34 der Leitlinien betrifft Hardware, in die urheberrechtlich geschützte Software einbezogen werden. Insoweit gelten die gleichen Hinweise wie zu Nr. 32 der Leitlinien.
- (5) Am deutlichsten zeigt sich die Ungeeignetheit einer Unterscheidung zwischen „Hauptgegenstand“ und „Nebengegenstand“ am Beispiel der Verträge zur Weitergabe von Know-how an den Käufer für Marketingzwecke (Franchise-Vereinbarungen). In ihnen ist die Nutzung der gewerblichen Schutzrechte (Marken, Unternehmensbezeichnungen, Know-how) kein Nebengegenstand, sondern der Hauptgegenstand der Vereinbarung. Gegen die Einbeziehung der bisher unter der VO (EWG) Nr. 4087/88 fallenden Vertriebs-Franchiseverträge in die Gruppenfreistellungs-VO bestehen keine Bedenken. Die Einbeziehung kann aber nicht über die Unterscheidung zwischen dem Hauptgegenstand und einem „Nebengegenstand“ erfolgen, vielmehr erscheint eine ausdrückliche Regelung für Franchise-Verträge in dem Text der Verordnung selbst (nicht nur in den Leitlinien) erforderlich.

Gloy  
Präsident  
In Abwesenheit unterzeichnet  
durch:

Loschelder  
Generalsekretär