

Deutsche Vereinigung  
für gewerblichen Rechtsschutz  
und Urheberrecht e.V.

Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht  
Konrad-Adenauer-Ufer 11 • RheinAtrium • 50668 Köln

---

**Der Generalsekretär**

Europäische Kommission  
- Generaldirektion IV/Wettbewerb -  
Herrn Generaldirektor Philip Lowe  
Rue Joseph II / Jozef II-Straat 70

Konrad-Adenauer-Ufer 11  
RheinAtrium  
50668 Köln

Telefon (0221) 650 65-151  
Telefax (0221) 650 65-205  
e-mail: office@grur.de  
www.grur.de

B-1000 Brüssel

Mittwoch, 5. April 2006

## **Stellungnahme**

### **zum Diskussionspapier der Kommission zur Auslegung von Art. 82 EGV**

Sehr geehrter Herr Generaldirektor,

die Kommission hat im Dezember 2005 ein Diskussionspapier zur Anwendung von Art. 82 EGV auf bestimmte, marktverschließende Marktmissbrauchspraktiken veröffentlicht und interessierte Kreise und Institutionen aufgefordert, zu dem Diskussionspapier Stellung zu nehmen.

Die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht ist eine wissenschaftliche Vereinigung, zu deren satzungsgemäßen Aufgaben die Beratung der Organe der Gesetzgebung in Fragen des gewerblichen Rechtsschutzes gehört. Ihr gehören Vertreter aller am gewerblichen Rechtsschutz interessierten Berufsgruppen an, Rechts- und Patentanwälte, Richter, Professoren, Beamte der Spezialbehörden und der mit einschlägigen Fragen befassten Ministerien sowie Unternehmensvertreter. Die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht hat daher auch traditionell zu allen wesentlichen, den gewerblichen Rechtsschutz betreffenden Gesetzesvorhaben Stellung genommen. Da die offizielle Bekanntmachung des vorliegenden

Diskussionspapiers als Leitlinien tiefgreifende Veränderungen in der Bewertung bestimmter Unternehmenspraktiken im Hinblick auf Art. 82 EGV hätte, hat sich der Fachausschuss Kartellrecht der Vereinigung, der sich aus auf Fragen des Kartellrechts spezialisierten Mitgliedern zusammensetzt, mit dem Diskussionspapier befasst und die vorliegende Stellungnahme erarbeitet.

Anders als im Zusammenhang mit dem Systemwechsel bei Artikel 81 EG-Vertrag zum Prinzip der Legalausnahme aufgrund der VO 1/2003 und der damit verbundenen verpflichtenden Anwendung des Art. 81 Abs. 3 EGV durch Unternehmen („Selbsteinschätzung“), Gerichte und Behörden besteht für die vorliegenden Auslegungsgrundsätze kein unmittelbares Bedürfnis. Die Rechtsprechung hat die Voraussetzungen des Art. 82 EGV in Überprüfung der Praxis der Kommission weitgehend herausgearbeitet und auf diese Weise hinreichende Rechtssicherheit geschaffen. Die Vereinigung hat gleichwohl grundsätzlich keine Bedenken gegen die Veröffentlichung von „Leitlinien zur Anwendung von Art. 82“, sofern durch derartige Leitlinien die Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen erhöht und die Anwendung des Art. 82 EGV durch die hierzu berufenen nationalen Behörden und Gerichte erleichtert wird. Diese Funktion kann das vorliegende Diskussionspapier noch nicht erfüllen. Insbesondere hat die Vereinigung erhebliche Bedenken, durch „Auslegungsgrundsätze“ eine grundlegende Änderung der tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 82 EGV im Sinne einer „efficiency“-Doktrin und eines Auswirkungsansatzes einzuführen, ohne dass es hierzu auch nur im Ansatz gefestigte Rechtsprechung der europäischen Gerichte gibt (nachfolgend 1). Darüber hinaus wäre es im Sinne der Erhöhung der Rechtssicherheit wünschenswert, wenn für die Unternehmen bis zu einem bestimmten Marktanteil bzw. für bestimmte Verhaltensweisen ein „safe harbour“ geschaffen würde (nachfolgend 2). Schließlich nimmt die Vereinigung zu den Teilen des Diskussionspapiers Stellung, welche für ihre Mitglieder im Zusammenhang mit Art. 82 von besonderer Bedeutung sind, nämlich „refusal to supply“ und „aftermarkets“ (nachfolgend 3).

1. Der „efficiency“-Ansatz ist in mehrfacher Hinsicht problematisch: In erster Linie stellt sich die Frage, ob der „efficiency“-Ansatz des Diskussionspapiers mit Art. 82 EGV sowie der hierzu ergangenen Rechtsprechung der europäischen Gerichte (in „Michelin“ hat der EuGH nach hiesigem Verständnis die Berücksichtigung der

Auswirkungen eines bestimmten Verhaltens sogar ausdrücklich zurückgewiesen) vereinbar ist. Insbesondere die an Art. 81 Abs. 3 EGV angelehnte Prüfung der sachlichen Rechtfertigung bestimmter Praktiken geht deutlich über den bisherigen Ansatz der Rechtsprechung zur Rechtfertigung wettbewerbsbeeinträchtigender Praktiken durch marktbeherrschende Unternehmen hinaus. Wollte man die Kriterien des Art. 81 Abs. 3 EGV unterschiedslos auf Art. 82 EGV anwenden, würde dies zu einer völligen Vermischung der beiden bisher sehr klar voneinander getrennten Vorschriften führen. Wollte man die Kriterien des Art. 82 anders auslegen, hätte dies eine weitgehende Verwirrung zur Folge. Ungeachtet dessen ist von vornherein nur schwer vorstellbar, dass bei einem marktbeherrschenden Unternehmen durch ein bestimmtes Verhalten der Wettbewerb nicht ausgeschaltet wird, da bereits per definitionem das marktbeherrschende Unternehmen über einen nicht hinreichend vom Wettbewerb kontrollierten Verhaltensspielraum verfügt. Es steht daher zu befürchten, dass aufgrund der Auslegungsgrundsätze der Anwendungsbereich des Art. 82 EGV auf der tatbestandlichen Stufe erheblich erweitert und erst auf der Stufe der Rechtfertigung wieder unter Berücksichtigung der Verbraucherinteressen und efficiency-Ansätze eingeschränkt wird. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass Art. 82 EGV in erster Linie dem Schutz der Mitbewerber gegen missbräuchliches Verhalten im Wettbewerb dient, stellt sich aber die Frage, ob die Anknüpfung an die Verbrauchervorteile ein geeignetes Kriterium für die Anwendung von Art. 82 EGV ist. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Verbrauchervorteile ein geeignetes Kriterium für die Anwendung von Art. 82 EGV sind, bleibt die weitere Frage, wer die Voraussetzungen der Rechtfertigung darzulegen und im Streitfall zu beweisen hat. Bisher oblag es grundsätzlich der Kartellbehörde oder – in Zivilverfahren – dem Kläger, den Beweis für die mangelnde sachliche Rechtfertigung zu führen. Verschiedene Passagen des Diskussionspapiers lassen den Schluss zu, dass diese Regel aufgegeben werden soll und durch die Einfügung der efficiency-Prüfung die Darlegungs- und Beweislast uneingeschränkt dem marktbeherrschenden Unternehmen auferlegt wird. Dies ist mit der Rechtsprechung der europäischen Gerichte, wonach die Behörde sämtliche Voraussetzungen des Art. 82 EGV und damit auch die der fehlenden sachlichen Rechtfertigung darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen hat, sowie mit Art. 2 VO 1/2003 nicht vereinbar. Die

Anknüpfung an die Verbrauchervorteile schafft überdies zusätzliche Rechtsunsicherheit, da es weder eindeutige und allgemein anerkannte Kriterien noch betriebswirtschaftlich anerkannte Methoden für die Bemessung der Verbrauchervorteile gibt. Unklar bleibt auch, ob maßgeblich kurzfristige, mittelfristige oder langfristige Vorteile sind.

2. Die Vereinigung schlägt weiterhin vor, ausdrückliche Sachverhalte festzuschreiben, bei deren Vorliegen das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung und/oder ein missbräuchliches Verhalten ausgeschlossen werden kann („safe harbour“). Die Feststellungen unter Tz. 31 des Diskussionspapiers schaffen demgegenüber nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit, da selbst bei Marktanteilen von weniger als 25 % das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung nicht mit Sicherheit ausgeschlossen wird. Diese Feststellung des Diskussionspapiers schafft zusätzlich Rechtsunklarheit im Hinblick auf die Gruppenfreistellungsverordnungen „Vertikalvereinbarungen“, da gemäß Art. 3 der VO 2790/99 die gruppenweise Freistellung bis zu einem Marktanteil von 30 % gilt. Es steht zu befürchten, dass zukünftig selbst bei Unterschreitung dieser Marktschwelle von 30 % nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden kann, dass ein bestimmtes, nach der VO 2790/99 freigestelltes Verhalten unter dem Aspekt des Art. 82 EGV angegriffen werden kann.

Auch hinsichtlich der einzelnen Behinderungstatbestände wird im Interesse einer hinreichenden Rechtssicherheit empfohlen, einzelne Sachverhalte selbst bei Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung positiv aus dem Anwendungsbereich des Art. 82 EGV auszunehmen. Dies betrifft beispielsweise und insbesondere die Feststellung, dass das Eintreten in Wettbewerbsangebote per se kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt (hiervon bleibt die Bewertung von Meistbegünstigungsklauseln, einschließlich der „englischen Klausel“ unberührt). Demgegenüber sind die teilweise in dem Diskussionspapier näher dargelegten Vermutungen nicht geeignet, die erforderliche Rechtssicherheit zu schaffen. Sie schaffen im Gegenteil zusätzliche Rechtsunsicherheit, da Vermutungen ihrem Wesen nach widerlegbar sind. Dies wirkt insgesamt umso schwerwiegender, als weder in Art. 82 noch in der VO 1/2003 ein Verfahren vorgesehen

ist, durch förmliche Entscheidung hinreichende Rechtssicherheit über die Vereinbarkeit eines bestimmten Verhaltens mit Art. 82 EGV zu schaffen.

3. Die Kapitel „refusal to supply“ und „aftermarkets“ berühren in besonderem Maße die Interessen der von den Mitgliedern der Vereinigung vertretenen Unternehmen. Das Diskussionspapier lässt eine hinreichende Klarstellung hinsichtlich der unternehmerischen Freiheit, den eigenen Vertrieb zu gestalten bzw. über die Lizenzierung von gewerblichen Schutzrechten oder Know-how frei entscheiden zu dürfen, vermissen. Eine in sich konsistente Abgrenzung zwischen einem von vornherein den wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen entzogenem wettbewerblichem Verhalten (unter Berücksichtigung der GVO'en) und dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist nicht gelungen und führt, insbesondere im Bereich der gewerblichen Schutzrechte zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit.
  - a) Hinsichtlich des „refusal to supply“ ist allgemein anerkannt, dass auch ein marktbeherrschendes Unternehmen seinen Vertriebsweg frei gestalten kann und sich insbesondere, sofern sein Verhalten nicht unter Art. 81 EGV fällt, die Abnehmer seiner Produkte frei aussuchen kann. Die Vereinigung empfiehlt daher eine Klarstellung dieses Grundsatzes.
  - b) Soweit sich das Diskussionspapier ab Tz. 243 mit den „aftermarkets“ beschäftigt, schafft das Diskussionspapier zusätzliche Unklarheiten und damit Rechtsunsicherheit. Zwar sollen nach den Ausführungen des Diskussionspapiers (Tz. 238) die gewerblichen Schutzrechte vorgehen, gleichwohl wird beispielsweise unter Tz. 264 die Verweigerung einer Lizenz ausdrücklich als ein möglicher Fall des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung angesehen. Dies ist in der Rechtsprechung des EuGH nicht oder nur unter ganz engen Voraussetzungen, insbesondere aber im Bereich der „aftermarkets“ nicht angelegt. Der Vorrang der Freiheit der Ausübung gewerblicher Schutzrechte ist daher wesentlich deutlicher herauszustellen und jede Relativierung dieses Grundsatzes zu streichen.

Die Beschränkung der Stellungnahme auf einige für die Vereinigung bedeutsame Punkte bedeutet nicht, dass die Vereinigung den übrigen Teilen des Diskussionspapiers zustimmt.

Die Vereinigung geht vielmehr davon aus, dass sie im Verlauf des weiteren Verfahrens ergänzend Gelegenheit erhält, zu einzelnen Aspekten des Diskussionspapiers insbesondere dann Stellung zu nehmen, wenn die Kommission beabsichtigen sollte, diese als Leitlinien zur Auslegung von Art. 82 EGV zu veröffentlichen.

Selbstverständlich ist die Vereinigung gerne bereit, die vorgetragenen Bedenken im Rahmen einer Anhörung oder eines Gesprächs näher zu erläutern.

Dr. Kunz-Hallstein  
Präsident

Dr. Loschelder  
Generalsekretär