



Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V.

18. September 2009

Stellungnahme

der GRUR durch den Fachausschuss für Kartellrecht

zu dem Entwurf einer Verordnung über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen

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 des Urheberrechts sowie die Unterstützung der gesetzgebenden Organe sowie der zuständigen Ministerien und Institutionen in Fragen des geistigen Eigentums.

Die Vereinigung nimmt zu dem Entwurf einer Verordnung über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen wie folgt Stellung:

Die Vereinigung teilt die Auffassung der Kommission, dass mit der Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 insgesamt positive Erfahrungen gemacht worden sind und die bisherige Regelung durch eine neue Gruppenfreistellungsverordnung fortgeführt werden sollte. Wenn die bisherige GVO auch in der Entscheidungspraxis der Gerichte keine nennenswerte Rolle gespielt hat, so ist sie doch für die Unternehmen, die bei ihrer Vertragsgestaltung auf Rechtssicherheit angewiesen sind, von ganz erheblicher Bedeutung. Sie gibt wichtige Anhaltspunkte vor allem für die Auslegung von Art. 81 Abs. 3 EG, aber auch für die Auslegung von Art. 81 Abs. 1 EG; wobei dieser Effekt durch die Leitlinien für vertikale Beschränkungen noch verstärkt wird. Insbesondere für Art. 4 und 5 der GVO geben die Leitlinien wichtige Hinweise, welche Beschränkungen in vertikalen Verträgen zu vermeiden sind und

wie sich ein „safe harbor“ erreichen lässt. Allerdings hat die in Art. 3 der GVO vorgesehene Marktanteilsschwelle in zahlreichen Fällen mangels eines Zugangs zu den erforderlichen Informationen Schwierigkeiten bereitet.

Im Einzelnen nimmt die Vereinigung zu folgenden Punkten Stellung:

1. Marktanteilsschwelle von 30 % auch auf der Abnehmerseite (Art. 3 des Entwurfs)

Nach der vorgeschlagenen Neufassung des Art. 3 soll die Freistellung nicht nur dann nicht gelten, wenn der Anbieter einen Anteil von mehr als 30 % an seinem Absatzmarkt besitzt, sondern auch dann, wenn der Abnehmer mehr als 30 % an seinem Absatzmarkt (und sogar Nachabnehmer mehr als 30 % an ihrem Nachabsatzmarkt, Leitlinien Nr. 86) besitzt. Dies wird in der Neufassung so ausgedrückt, dass die Freistellung nur gilt, wenn keines der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen einen Anteil von mehr als 30 % an einem "von der Vereinbarung betroffenen Markt hält". Die Kommission will damit der Zunahme der Verteilungsmacht von Handelsriesen Rechnung tragen (Presse-Verlautbarung vom 20.8.2009: *increase in large distributors' market power; Webseite der Kommission: public consultations: review of the competition rules applicable to vertical agreements*).

Die Vereinigung gibt zu bedenken, dass eine Marktmacht (mehr als 30 %) des oder der Abnehmer den Möglichkeiten des Anbieters, Beschränkungen auf dem Markt des Abnehmers durchzusetzen, eher engere Grenzen zieht. Dies gilt schon dann, wenn auch der Anbieter auf seinem Absatzmarkt mehr als 30 % besitzt (*countervailing power*), aber erst recht dann, wenn der Anbieter auf seinem Markt nicht 30 % erreicht, z.B. weil er ein kleines oder mittleres Unternehmen (KMU) ist. Erst in diesem Fall wirkt sich übrigens die Änderung des Art. 3 aus, weil die Freistellung bei einem Marktanteil des Anbieters von mehr als 30 % schon aus diesem Grund nicht gilt.

Außerdem gilt: Wenn es einem solchen Anbieter dennoch gelingt, dem auf seinem Absatzmarkt marktmächtigen Abnehmer (mehr als 30 %) Beschränkungen aufzuerlegen, verringert er damit die Möglichkeiten des Abnehmers, seine Macht auf diesem Markt zu nutzen, er "legt ihm Zügel an". Die vertragliche Beschränkung kann sich dann als wettbewerbsförderlich erweisen.

Schon aus diesen beiden grundsätzlichen Erwägungen erscheint der neue Ansatz einer erneuten Überprüfung bedürftig.

Darüber hinaus scheint der Vereinigung eine derartige Regelung auch nicht geboten zu sein. Weder aus dem Entwurf der GVO selbst, noch aus den Erwägungsgründen, noch aus den Leitlinien wird erkennbar, warum eine solche Ausweitung auf die Abnehmerseite erforderlich sein soll; es werden auch keine einschlägigen Beispiele benannt. Zwar mag es Einzelfälle gegeben haben, in denen sich bei einem Marktanteil eines Abnehmers von über 30 % Vereinbarungen zwischen Anbieter und Abnehmer negativ ausgewirkt haben. Das rechtfertigt jedoch nicht eine generelle Regelung, nach der die Vorteile der Gruppenfreistellung bei einem Marktanteil eines Abnehmers von über 30 % von vornherein nicht zur Anwendung kommen können. Auf diese Weise werden Abnehmermärkte einbezogen, auf denen sich Vereinbarungen zwischen Lieferant und Abnehmer überhaupt nicht auswirken

können. Es dürfte sich empfehlen, solche Fälle durch eine Anwendung des Art. 6 der GVO zu lösen, der eine flexiblere Handhabung ermöglicht.

Hinzu kommen schwerwiegende praktische Bedenken, da die vorgeschlagene Änderung geeignet ist, den Wert der Freistellung für die Unternehmen in Frage zu stellen. Es ist zu befürchten, dass in zahlreichen, wenn nicht in den meisten Fällen die Anwendung der GVO jedenfalls für die Anbieter unkalkulierbar wird. Die mit der GVO angestrebte Rechtssicherheit (vgl. Art. 23 der Leitlinien) würde nicht nur für kleine und mittlere Anbieter, sondern auch für größere Unternehmen weitgehend entfallen. Sie verfügen nämlich in aller Regel nicht über die Kenntnisse, die für die Bestimmung des Marktanteils ihrer Abnehmer erforderlich sind. Sie wären, wie sich auch aus Art. 84 ff. der Leitlinien ergibt, genötigt, den sachlich und räumlich relevanten Markt ihrer Abnehmer zu bestimmen.

Bei der räumlichen Marktabgrenzung kann das dadurch erschwert sein, dass es sich auch um verschiedene regionale Märkte handelt. Bei der sachlichen Marktabgrenzung wären gemäß Nr. 85 der Leitlinien beim Vertrieb von Endprodukten über mehrere Marktstufen auch die dem Abnehmermarkt nachgelagerten Märkte einzubeziehen. Das gilt nach Art. 86 der Leitlinien auch für eine sich über mehrere Marktstufen erstreckende vertikale Vereinbarung. Schon bei der Marktabgrenzung wären die Anbieter damit meist überfordert. Es kommt hinzu, dass der Marktanteil der Abnehmer eines Anbieters (und gegebenenfalls der Marktanteil von Abnehmern auf weiteren nachgelagerten Marktstufen) häufig ein Geschäftsgeheimnis der Abnehmer darstellt, zu dem der Anbieter keinen Zugang hat. Ihm sind dann nur Spekulationen möglich, die zu entsprechender Rechtsunsicherheit bei der Vertragsgestaltung führen.

2. Internetverträge

Die Vereinigung begrüßt, dass die Kommission in den Leitlinien den Versuch unternimmt, die Regelung der Kernbeschränkungen in Art. 4 der neugefassten Verordnung auf die verschiedenen Erscheinungsformen des Internet-Vertriebs anzuwenden. Nach ihrer Meinung sollten die diesbezüglichen Passagen der Leitlinien indessen noch weiter konkretisiert und durch Beispielfälle erläutert werden, damit die Rechtssicherheit in diesem Bereich weiter verbessert wird.

Ein schon nach der geltenden Fassung bestehender Wertungswiderspruch tritt bei den auf den Internet-Vertrieb bezogenen Ausführungen in den Leitlinien erneut zu Tage: Der an einem selektiven Vertriebssystem beteiligte Händler darf nach Art. 4 lit. c) weder seinen aktiven noch seinen passiven Verkauf an Endverbraucher beschränken; solche Beschränkungen dürfen ihm auch nicht beim Internet-Vertrieb auferlegt werden. Demgegenüber dürfen dem nicht-selektiven Händler Beschränkungen des aktiven Verkaufs in Gebiete und Kundengruppen auferlegt werden (Art. 4 lit b), erster Spiegelstrich); diese Möglichkeit gilt auch in Bezug auf den Internet-Vertrieb eines solchen Händlers. Die Überarbeitung der Verordnung sollte Veranlassung geben, diesen Wertungswiderspruch zu überdenken.

Was den selektiven Vertrieb angeht, erweist es sich als schwierig, die verschiedenen zulässigen Vertriebsbedingungen in solchen Verträgen (Beratung, markengerechte Präsentation, anmutungsgerechtes Auftreten usw.) auf den Internetvertrieb des Abnehmers zu übertragen. Die diesbezüglichen Ausführungen der Leitlinien sollten in Bezug hierauf weiter detailliert werden.

Schwierigkeiten bereitet die Anwendung der Vorschrift des Art. 4 lit b), erster Spiegelstrich auf den Internet-Vertrieb des Abnehmers, weil hier die Unterscheidung zwischen "aktivem" und "passivem" Vertrieb Probleme macht. Erscheint auf eine Internet-Nachfrage eines Kunden über einen Link ein hierauf konkret eingehendes Angebot des Abnehmers, so könnte die Grenze zum aktiven Vertrieb überschritten sein. Die Vereinigung regt an, die verschiedenen Formen der Internet-Kommunikation der Abnehmer, was die Unterscheidung zwischen aktivem und passivem Verkauf angeht, detaillierter durch Beispiele zu erläutern.

3. Kernbeschränkungen (Art. 4 des Entwurfs)

Die Vereinigung stimmt der Kommission darin zu, dass der bisherige Katalog von Kernbeschränkungen beibehalten werden sollte. Insbesondere ist sie nicht der Auffassung, dass das grundsätzliche Verbot der Preisbindung zweiter Hand – etwa US-amerikanischen Rechtsentwicklungen folgend – eingeschränkt werden sollte.

Die Vereinigung begrüßt aber den gegenüber der gegenwärtigen Fassung der Leitlinien neu aufgenommenen Hinweis in Rdnr. 47 des Leitlinien-Entwurfs, dass die aufgrund einer Kernbeschränkung bestehende Vermutung einer Anwendbarkeit des Art. 81 Abs. 1 EG und einer Nichtanwendbarkeit des Art. 81 Abs. 3 EG widerlegt werden kann. Für die Unternehmen wird dadurch verdeutlicht, dass die Vereinbarung einer Kernbeschränkung nicht notwendig zum Verbot der Vereinbarung führt, sondern dass in geeigneten Einzelfällen der aus der Vereinbarung resultierende Effizienzgewinn zu einer Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG führen kann.

4. Selektive Vertriebssysteme (Art. 4 lit. b, 3. Spiegelstrich des Entwurfs)

Zu den von der Freistellung ausgenommenen Kernbeschränkungen gehören nach Art. 4 lit. b des Entwurfs Vertriebsbindungen mit Bezug auf abgegrenzte Gebiete oder Kundengruppen. Im Wege der Ausnahmeregelung sollen jedoch Vertriebsbeschränkungen durch Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems zu Lasten nicht zugelassener Händler freistellungsfähig sein. Das entspricht der geltenden Regelung nach Art. 4 lit. b, 3. Spiegelstrich VO (EG) Nr. 2790/1999.

Die im Wortlaut geänderte Fassung kann jedoch zu Unsicherheiten über die Reichweite des notwendigen Schutzes selektiver Vertriebssysteme führen. Eine sachlich gebotene Lesart müsste nahelegen, dass sich der Zusatz „auf Märkten, auf denen ein solches System besteht“, als Qualifizierung für das auf diesen Märkten organisierte selektive Vertriebssystem und die dort tätigen Mitglieder bezieht. Dann ist der Zusatz nicht mehr als eine Präzisierung der bisherigen Regelung; er bleibt in dieser Auslegung auch im Einklang mit dem Verständnis eines selektiven Vertriebssystems, wie es in der Begriffsbestimmung nach Art. 1 Abs. 1 lit c des Entwurfs mit dem Ausschluss der Belieferung nicht zugelassener Händler Ausdruck findet und deckt sich mit der Erläuterung der Ausnahme in Tz. 55 Satz 3 der Leitlinien.

Sollte die Regelung jedoch einen Bezug zu den außerhalb der selektiv bedienten Märkte nicht zugelassenen Händlern herstellen, würde dies die beabsichtigte Freistellung in starkem Maße einschränken. Insbesondere müsste eine so gekappte Freistellung ihre Schutzwirkung als unverzichtbare Voraussetzung für Organisation und Durchsetzung eines selektiven Vertriebssystems verlieren. Das aus der versagten Freistellung folgende faktische Verbot einer Beschränkung des Vertriebs an nicht zugelassene Händler in einem vertriebsneutralen Staat oder Gebiet, in dem auf jede Vertriebsselektion durch den Anbieter verzichtet wird, bringt auch das

anderwärts mit erheblichem Aufwand des Anbieters und seiner selektierten Vertriebspartner unterhaltene Vertriebssystem zu Fall. Dem nicht zugelassenen, jedoch von Weiterlieferungsbindungen verschonten Händler im vertriebsneutralen Staat oder Gebiet öffnet sich eine für ihn besonders attraktive Chance eines Absatzes an die nicht zugelassenen Händler im selektiven Vertriebsgebiet. Nach dieser zweiten Auslegungsvariante wäre die Ausnahme von der Kernbeschränkung des Art. 4 lit. b nicht länger eine Privilegierung zum Schutz der wettbewerbspolitisch befürworteten selektiven Vertriebssysteme, sondern im Gegenteil eine Öffnungsklausel zum Unterlaufen solcher Systeme.

Die Vereinigung bittet daher, die Unklarheiten im 3. Spiegelstrich des Art. 4 lit. b des Entwurfs zu vermeiden und es entweder bei der bewährten Textfassung zu belassen oder eine Formulierung zu wählen, die lauten könnte:

„der Beschränkung des Verkaufs durch Mitglieder eines auf ihren Märkten bestehenden selektiven Vertriebssystems an nicht zugelassene Händler“

5. Sonstiges

Der Entwurf der GVO enthält in seiner deutschen Übersetzung gegenüber der gegenwärtig geltenden Fassung zahlreiche Änderungen rein sprachlicher Art. Nach Auffassung der Vereinigung haben diese Änderungen nicht in allen Fällen zu einer sachlichen Verbesserung geführt. Sie erwecken außerdem bei einem Vergleich mit der geltenden Fassung den unzutreffenden Eindruck einer tatsächlich nicht vorliegenden und auch nicht beabsichtigten Änderung. Dies spricht für eine Beibehaltung von Begriffen der früheren Fassung, soweit eine sachliche Änderung tatsächlich nicht beabsichtigt ist.

Außerdem sind verschiedentlich in der deutschen Fassung Begriffe verwendet worden, die denen der englischen Fassung nicht entsprechen. So entspricht beispielsweise dem englischen Begriff des „buyer“ der deutsche Begriff „Käufer“; er wird in der geltenden Fassung der GVO auch verwendet, ist aber in der deutschen Übersetzung des Verordnungsentwurfs durch den Begriff „Abnehmer“ ersetzt worden (vgl. etwa Art. 1 (1) (f) und (g) des Verordnungsentwurfs). Die – soweit dies möglich ist – Verwendung sprachlich entsprechender Begriffe in den verschiedenen sprachlichen Fassungen würde die Anwendung der GVO erleichtern und künftigen, auf die Verwendung unterschiedlicher Begriffe gestützten unzutreffenden Interpretationsversuchen den Boden entziehen.

Dr. Kunz-Hallstein
Präsident

Dr. Loschelder
Generalsekretär