



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 Wettbewerb
Antitrust Registry
Ref.: HT.1407
1049 Brüssel
BELGIEN

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

Vorab per E-Mail an: comp-greffe-antitrust@ec.europa.eu

Cc nur per E-Mail an GD Unternehmen & Industry: [entr-standardisation-
infodesk@ec.europa.eu](mailto:entr-standardisation-infodesk@ec.europa.eu)

10. August 2010

Stellungnahme

**der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und
Urheberrecht (GRUR) durch den Fachausschuss für Kartellrecht**

**zu den Entwürfen der neuen Horizontal-Leitlinien,
der neuen Forschungs- und Entwicklungs-GVO und der neuen
Spezialisierungs-GVO**

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 in der Europäischen Union und in Deutschland.

Die Vereinigung hat die Entwürfe der neuen Horizontal-Leitlinien sowie der neuen Forschungs- und Entwicklungs-GVO und der neuen Spezialisierungs-GVO am 9. Juli 2010 in ihrem Fachausschuss für Kartellrecht beraten und kommt hiermit der Aufforderung der Kommission nach, zu diesen Entwürfen Stellung zu nehmen.

I. Allgemeines

Die Vereinigung legt Wert auf die Feststellung, dass es sich bei den Leitlinien nicht um legislative Maßnahmen, sondern um die Grundsätze der Kommission für die Prüfung von Vereinbarungen von Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen über horizontale Zusammenarbeit nach Art. 101 AEUV handelt. Gleichwohl wurde im Fachausschuss festgestellt, dass die Leitlinien eine eigene legislative Wirkung dadurch entfalten, dass sich Gerichte und nationale Kartellbehörden bei ihren Entscheidungen weitgehend an ihnen orientieren.

Die Vereinigung bittet die Kommission, in größerem Umfang als bisher geschehen, „safe harbours“ zu schaffen, also Verhaltensweisen zu definieren, die als kartellrechtlich unbedenklich anzusehen sind. Das könnte nicht zuletzt durch weitere Beispielfälle aus dem „weißen Bereich“ geschehen. In seiner gegenwärtigen Fassung beschreibt der Entwurf der horizontalen Leitlinien weitgehend unzulässige Verhaltensweisen und Beispielfälle und hält sich bei der Beschreibung zulässigen Verhaltens sehr zurück. Wie die Kommission in Textziffer 2 des Entwurfs der horizontalen Leitlinien zutreffend zum Ausdruck bringt, können horizontale Vereinbarungen erheblichen wirtschaftlichen Nutzen bringen. Es ist zu befürchten, dass angesichts der zu wenigen Aussagen zu kartellrechtlich zulässiger horizontaler Zusammenarbeit einerseits und der Notwendigkeit der Selbsteinschätzung der Anwendbarkeit der Art. 101 und 102 AEUV durch die Unternehmen andererseits eine wirtschaftlich nutzbringende Zusammenarbeit vielfach unterbleibt.

II. Informationsaustausch

Die Vereinigung begrüßt es, dass mit den Ausführungen in Textziffer 54 ff. der Leitlinien den Unternehmen Prüfungsmaßstäbe für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Informationsaustausches an die Hand gegeben werden sollen. Insgesamt erscheint der Vereinigung die Einstellung der Kommission gegenüber einem Informationsaustausch jedoch zu negativ; die zutreffende Aussage der Kommission in Textziffer 58 zur häufig wettbewerbsfördernden Wirkung eines Informationsaustausches wird bei der kartellrechtlichen Würdigung in Textziffer 60 ff. zu wenig berücksichtigt. Die Struktur des Marktes, auf dem Unternehmen Informationen austauschen, und Anzahl und Bedeutung dieser Unternehmen sind für die Einordnung, ob der konkrete Informationsaustausch wettbewerbsfördernde oder wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat, ebenso relevant wie die Berücksichtigung einer Marktmacht der Marktgegenseite der am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen; beide Gesichtspunkte müssen in die wettbewerbsrechtliche Würdigung einbezogen werden. In den Leitlinien wird aber nur dargelegt, wann ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV vorliegen kann, nicht aber, wann dies (aufgrund wettbewerbsfördernden Wirkungen) nicht der Fall ist. Insoweit ist auch hier auf den oben schon angesprochenen Gesichtspunkt des Fehlens von Aussagen

zu „safe harbours“ hinzuweisen. In diesem Zusammenhang wären auch Aussagen darüber wünschenswert, in welchem Rahmen ein Informationsaustausch über Unternehmensverbände zulässig ist. Gerade auf diesem Gebiet besteht bei Unternehmen und Verbänden große Rechtsunsicherheit.

Problematisch erscheint der Vereinigung die in Textziffer 82 enthaltene Definition der „öffentlichen Informationen“, die sich maßgeblich an einem kostenlosen Zugang zu den Informationen orientieren sollen. Marktdaten werden in Austauschsystemen zum Teil nur gegen die zur Kostendeckung erforderlichen Gebühren abgegeben, teilweise werden sie auch von auf die Zusammenstellung derartiger (auch tagesaktueller) Daten spezialisierte dritte Unternehmen an jedermann verkauft; sie sind dann immer noch für jedermann (wenn auch kostenpflichtig) zugänglich. Marktdaten werden in Austauschsystemen zum Teil nur gegen die zur Kostendeckung erforderlichen Gebühren abgegeben, sind aber im Grundsatz für jedermann zugänglich. Es sollte klargestellt werden, dass das tragende Prinzip nicht der kostenlose, sondern ein transparenter und diskriminierungsfreier Zugang ist.

In Textziffer 85 sollte klar zum Ausdruck gebracht werden, dass der Austausch echter aggregierter Daten im Grundsatz nicht wettbewerbswidrig ist und nur in Ausnahmefällen zu einem Kollusionsergebnis führen kann.

III. Verhältnis von Innovation und Wettbewerb (Normen)

Die Vereinigung begrüßt die grundsätzlich positive Einstellung der Kommission zu Normen und Standards. Es lässt sich jedoch die Frage aufwerfen, ob die Problematik der Normen in horizontalen Leitlinien zu Art. 101 AEUV zutreffend angesiedelt ist. Wie auch aus den Ausführungen der Kommission deutlich wird, ergeben sich die wettbewerbsrechtlichen Probleme vielfach nicht aus dem Prozess der Vereinbarung von Normen und Standards, sondern aus der Ausübung einer Machtposition durch ein einzelnes Unternehmen, die grundsätzlich als einseitige Maßnahme zu bewerten ist. Demgegenüber ist das Bestreben der Kommission eindeutig, die kartellrechtliche Kontrolle derartiger einseitiger missbräuchlicher Verhaltensweisen in den Bereich der Vereinbarung von Normen vorzuverlegen; eine solche Ausweitung der Missbrauchskontrolle ist aber nicht gerechtfertigt. Unabhängig von der rechtlichen Einordnung lässt sich nach Auffassung der Vereinigung den von der Kommission befürchteten Missbrauchsgefahren weder mit Art. 101 AEUV noch mit Art. 102 AEUV ausreichend vorbeugen. Das beruht zum einen darauf, dass sich in mitgliederabhängigen Normungsverbänden ein strenges Regime allseitiger Beteiligung und voller Transparenz von Schutzrechten und Lizenzpraktiken nicht wirksam vom Verband durchsetzen lässt, dem dafür auch wirksame Sanktionen fehlen. Zum anderen werden auf diese Weise weder die Fälle erfasst, in denen normnotwendige Patente an der Normung nicht beteiligten Unternehmen zustehen, noch die Fälle der Lizenzverweigerung oder der Geltendmachung von Schutzrechten zur Durchsetzung von komple-

zen oder überhöhten Lizenzansprüchen. Das ist unabhängig von dem Vorliegen einer FRAND-Erklärung. Die Entscheidung des deutschen Bundesgerichtshofs "Orange Book Standard" hat gezeigt, welchen Durchsetzungsvorsprung der Patentinhaber ausnutzen kann; in Holland lehnen die Patentverletzungsgerichte den Kartellrechtseinwand offensichtlich grundsätzlich ab (Rechtbank te's-Gravenhage v. 17.03.2010, Philips/SK Kassetten GmbH).

Als weitere Frage stellt sich, wie Normungsorganisationen die Einhaltung der von den Mitgliedern ihnen gegenüber abgegebenen Verpflichtungen sicherstellen können. FRAND-Erklärungen werden gegenüber den Normungsorganisationen abgegeben, auf sie berufen können muss sich aber der Lizenznehmer (Normanwender). Wie soll das im Rahmen des Art. 101 AEUV durchsetzbar sein? Sobald der Normungsbeschluss gefasst ist, ist das Kartell vollzogen; der Beschlussbeteiligte handelt jetzt nur einseitig, wenn er die Lizenz verweigert oder aus dem Patent klagt. Auch hier zeigt sich wieder, dass es sich eher um eine Problematik des Art. 102 als des Art. 101 AEUV handelt.

Die in Textziffer 287 des Leitlinienentwurfs angesprochene Möglichkeit der vorherigen Offenlegung der restriktivsten Lizenzbedingungen führt, insbesondere in den Bereichen der Telekommunikation und der Informationstechnologie, zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten. Die Standards in diesen Bereichen sind durch eine Vielzahl standardrelevanter Patente gekennzeichnet sowie dadurch geprägt, dass der Standardisierungsprozess kontinuierlich verläuft. Inhaber standardessentieller Patente können daher verleitet sein, als restriktivste Lizenzbedingungen besonders hohe Forderungen zu benennen, was eine erfolgreiche Standardisierung zu marktgerechten Bedingungen gefährden kann. Wichtiger erscheint in diesem Zusammenhang, dass die Inhaber standardrelevanter Patente die aus ihrer Sicht zulässige Gesamtbelastung angeben, die für die Nutzer des zukünftigen Standards bei Lizenzierung sämtlicher für den Standard relevanter Patente anfällt.

Zudem wird aus dem Entwurf der Leitlinien nicht hinreichend deutlich, auf welche Art von Normen sich die Leitlinien beziehen. Die Normierung nach dem anerkannten Stand der Technik, der ohnehin allen zugänglich ist, wirft im allgemeinen keine besondere Probleme auf und wird von den anerkannten Normungsorganisationen (in Deutschland DIN und VDE) seit jeher gut wahrgenommen. Probleme treten dagegen im Bereich innovativer Normen auf, insbesondere bei Kompatibilitätsnormen für Schnittstellen in Systemtechnologien, und hier, wenn die technische Lehre der Norm sich ganz oder teilweise mit der technischen Lehre von gewerblichen Schutzrechten deckt. Im übrigen erfolgt eine Normung durch sehr unterschiedliche Organisationen für sehr unterschiedliche Zwecke. So ist nicht immer Allgemeinzugänglichkeit bezweckt und nötig, zum Beispiel bei Clubprojekten mit gemeinsamem FuE-Charakter. Darüber hinaus sollte berücksichtigt werden, dass Normungsbeteiligte nicht notwendig Mitbewerber sein müssen und die Zugangsprobleme häufig in der vertikalen Linie (Technologieunternehmen/Produzenten) entstehen.

Angesichts der zahlreichen Sonderprobleme in diesem Bereich und der Gemengelage von Art. 101 und 102 AEUV sollte die Problematik der Normen aus den horizontalen Leitlinien herausgenommen und in einer gesonderten Leitlinie behandelt werden sollte, die alle Probleme anspricht.

IV. F&E-GVO und Spezialisierungs-GVO

Die Vereinigung begrüßt die weiteren Klarstellungen, die die Kommission in den Entwürfen zu den beiden Gruppenfreistellungsverordnungen vorgenommen hat. Es wäre jedoch wünschenswert, das Verhältnis zwischen den Horizontalleitlinien und den Gruppenfreistellungsverordnungen klarer zum Ausdruck zu bringen. Das in Textziffer 13 der Leitlinien vorgeschlagene Konzept des "am weitesten vorgelagerten unerlässlichen Bausteins" bringt für die Unternehmen bei der Selbsteinschätzung der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit zahlreiche Unsicherheiten mit sich, sofern es nicht klarer gefasst und durch eine Reihe von Beispielen verdeutlicht wird. So bleibt beispielsweise offen, ob bei komplexen Verträgen die "safe harbours" des "am weitesten vorgelagerten unerlässlichen Bausteins" auch für die übrigen Vertragselemente gelten (das geht aus Textziffer 14 nicht eindeutig hervor). Dieses Problem stellt sich auch bei der Frage, welche Marktanteilsschwellen gelten. Nach Textziffer 203 der Leitlinien soll bei Einkaufsvereinbarungen eine Marktanteilsschwelle von 15% gelten, ebenso nach Textziffer 235 für Vermarktungsvereinbarungen. Nach Art. 3 der Spezialisierungs-GVO liegt die Marktanteilsschwelle für die Freistellung bei 20%, in der Pressemitteilung der Kommission v. 4.5.2010 wird die Einführung einer zweiten Marktanteilsschwelle für Spezialisierungsvereinbarungen angekündigt. In Art. 4 der F&E-GVO beträgt die Marktanteilsschwelle für Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen 25%. Auch über die daraus entstehenden Unsicherheiten hinaus wäre eine Vereinheitlichung dieser unterschiedlichen Marktanteilsschwellen wünschenswert, um die Anwendung der Horizontalleitlinien und der F&E-GVO und Spezialisierungs-GVO für die Unternehmen zu vereinfachen.

Dr. Kunz-Hallstein
Präsident

Dr. Loschelder
Generalsekretär