

Vertikale Beschränkungen im Europäischen Wettbewerbsrecht nach der VO (EG) Nr. 2790/99

Inaugural – Dissertation zur Erlangung eines
doctor juris
der Juristischen Fakultät
der Bayrischen Julius-Maximilians-Universität
Würzburg

vorgelegt von
Philipp Päuser
aus Dortmund

2002

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Bayrischen Julius Maximilians Universität Würzburg im Wintersemester 2002/2003 als Dissertation angenommen. Für die Veröffentlichung sind Rechtsprechung und Literatur auf den Stand von Dezember 2002 gebracht.

Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Günter Chr. Schwarz, danke ich für die Anregung des Themas und die Betreuung meiner Arbeit.

Weiterhin möchte ich Herrn Dr. Möhlenkamp vom Bundesverband der Deutschen Industrie e. V. danken, durch dessen Hilfe sich mir eine Vielzahl neuer Informationsquellen und Kontakte erschlossen hat. Ebenfalls danke ich sehr Herrn Luc Peepkorn von der Europäischen Kommission als einem der Verantwortlichen für die bearbeitete Verordnung, der immer geduldig auch meine kritischen Fragen beantwortet hat. Außerdem möchte ich mich beim Bundeskartellamt bedanken, dass mir freundlicher Weise zwei seiner Stellungnahmen bei der Europäischen Kommission zur Verfügung gestellt hat.

Schließlich gilt mein Dank Frau Nina Wagner und Frau Stephanie Abbing für unzählige orthographische Verbesserungsvorschläge sowie Frau Carola Franke für technische Unterstützung und Herrn Justus Doctorandi für gelungene Unterhaltung während der Korrekturphase.

Diese Arbeit ist meinen Eltern gewidmet, die mir nicht nur stets die Freiheit gelassen haben, meine eigenen Entscheidungen zu treffen, sondern auch jede dieser Entscheidungen wie selbstverständlich und bedingungslos unterstützt haben. Dieser Unterstützung habe ich so viel mehr als nur meine gesamte Ausbildung zu verdanken und auch die Fertigung meiner Dissertation wäre ohne sie in dieser Form nicht möglich gewesen. Für dieses mir zuteil gewordene Glück bin ich sehr dankbar.

Düsseldorf, im Oktober 2003

Philipp Päuser

Inhaltsverzeichnis:

VORWORT	V
INHALTSVERZEICHNIS:	VII
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS:.....	XIV
EINLEITUNG:	1
KAPITEL EINS: DIE EUROPÄISCHE WETTBEWERBSPOLITIK IN BEZUG AUF VERTIKALE BESCHRÄNKUNGEN VOR ERLASS DER VO (EG) NR. 2790/99	3
A.) Das bisherige Freistellungssystem.....	3
I.) Verfahren nach der VO Nr. 17/62 vor der ÄnderungsVO Nr. 1216/99.....	3
II.) Gruppenfreistellungsverordnungen.....	4
a.) Zuständigkeit und Ermächtigungsgrundlage.....	5
b.) Aufbau der GVOen.....	6
c.) Wirkung der GVOen.....	7
B.) Schwächen des sekundären Gemeinschaftsrechts bezüglich der Freistellung vertikaler Vereinbarungen.....	7
I.) Rechtliche Beurteilung vertikaler Beschränkungen im bisherigen Gemeinschaftsrecht.....	7
II.) Kritik am Freistellungsverfahren	8
1.) Einzelfreistellung und comfort letters.....	8
2.) Gruppenfreistellungsverordnungen	9
a.) Regime der GVOen.....	10
b.) Sektorenspezifische Sonderregelungen	10
c.) Anwendbarkeit der GVOen.....	10
III.) Zusammenfassung	12
KAPITEL ZWEI: EINFÜHRUNG ZUR VERORDNUNG NR. 2790/99.....	14
A.) Entstehungsgeschichte.....	14
I.) Grünbuch.....	14
II.) Follow – up zum Grünbuch	16
III.) ÄnderungsVOen und Entwurf.....	17
IV.) Ziele der GVO	17
V.) Leitlinien	18
B.) Ermächtigungsgrundlage	18
I.) Wesentliche Neuerungen der VO Nr. 19/65	19
II.) Keine Freistellung von Beschlüssen.....	19
III.) Fehlende Begrenzung des Freistellungsrahmens in der Novellierung.....	20
IV.) Ergebnis.....	21
C.) Freistellungsverfahren	22
I.) Wesentliche Neuerungen der VO Nr. 17/62	22
II.) Rechtmäßigkeit der Verfahrensänderung.....	23
III.) Auswirkungen der Novelle.....	23
1.) Für die Kommission.....	24
2.) Für die Unternehmen.....	24
a.) Neuerungen	24
b.) Wertung.....	25
3.) Für die nationalen Gerichte und Behörden	26
IV.) Ergebnis.....	27
D.) Aufbau und wesentlicher Inhalt der GVO	27
KAPITEL DREI: BEGRIFFSBESTIMMUNGEN IN DER GVO NR. 2790/99: DIE ART. 1 UND 11	30
A.) Artikel 1	30
I.) Relevante Erwägungsgründe:.....	30
II.) Leitlinien:	30
III.) Allgemeines:.....	30
IV.) „Wettbewerber“ (Art. 1 Buchst. a)	31
1.) Alte Rechtslage / erstmalige Definition.....	31
2.) „Käufer“.....	32
3.) Produktmarkt.....	32
4.) Problem des „potentiellen“ Anbieters.....	33
V.) „Wettbewerbsverbote“ (Art. 1 Buchst. b).....	33
1.) Alte Rechtslage	33

2.)	Allgemeines.....	34
3.)	„Unmittelbare oder mittelbare Verpflichtungen“	34
4.)	Vertragswaren und –dienstleistungen.....	35
a.)	Direktbezugsverpflichtungen.....	35
b.)	Englische Klausel.....	36
5.)	80% der gesamten Einkäufe	36
6.)	„Auf der Grundlage des Einkaufswertes des vorherigen Kalenderjahres“	37
a.)	Keine Prozentangaben in den Verträgen	37
b.)	Einmalige oder ständige Überprüfung.....	37
c.)	Beweislast und Transparenz.....	38
d.)	Stellungnahme.....	38
VI.)	„Alleinlieferungsverpflichtungen“ (Art. 1 Buchst. c))	38
1.)	Alte Rechtslage	39
2.)	Anwendungsbereich	39
3.)	„Unmittelbare oder mittelbare Verpflichtungen“	39
4.)	„Zum Zwecke einer spezifischen Verwendung oder des Weiterverkaufs“	39
5.)	„An einen einzigen Käufer innerhalb der Gemeinschaft“	39
a.)	Alleinlieferung auch bei Beschränkung auf einen abgrenzbaren räumlichen Bereich ...	40
b.)	Stellungnahme.....	40
VII.)	„Selektive Vertriebssysteme“ (Art. 1 Buchst. d))	41
1.)	Alte Rechtslage	41
2.)	Allgemeines.....	41
3.)	„Kumulative Verpflichtung“.....	41
4.)	„Festgelegte Merkmale“	42
a.)	Keine ad-hoc Entscheidungen	42
b.)	Differenzierung der Merkmale.....	42
(1)	Freistellung von qualitativem Selektivvertrieb.....	43
(2)	Selektivvertrieb ohne Rechtfertigung durch das Produkt.....	44
(3)	Freistellung des Selektivvertriebs auch bei diskriminierenden Auswahlkriterien	44
(4)	Ergebnis.....	45
c.)	Kein Schiedsverfahren	45
VIII.)	„Intellektuelle Eigentumsrechte“ (Art. 1 Buchst. e)).....	45
IX.)	„Know-how“ (Art. 1 Buchst. f)).....	46
1.)	Alte Rechtslage	46
2.)	Wesentlich / unerlässlich	46
3.)	Verwendung in der GVO.....	46
X.)	„Käufer“ (Art. 1 Buchst. g))	46
1.)	Alte Rechtslage	46
2.)	Verwendung in der GVO.....	46
3.)	Allgemeines.....	47
4.)	Unpräzise Definition.....	47
5.)	Umgestaltung des Vertragsverhältnisses	48
6.)	Ergebnis/Wertung.....	48
B.)	Artikel 11	50
I.)	Relevante Erwägungsgründe / Leitlinien	50
II.)	Alte Rechtslage.....	50
III.)	Erfasste Begriffe (Art. 11 Abs. 1)	50
IV.)	Begriffsbestimmungen (Art. 11 Abs. 2)	51
1.)	Buchst. a): Tochterunternehmen.....	51
a.)	Kein mehrheitlicher Besitz des Kapitals oder Betriebsvermögens.....	51
b.)	Anwendung/ „mittelbare“ Einflussnahme	52
2.)	Buchst. b): Mutterunternehmen	52
3.)	Buchst. c): Schwesterunternehmen.....	52
4.)	Buchst. d): Mehrmütterklausel (1)	53
5.)	Buchst. e): Mehrmütterklausel (2)	53
V.)	Anwendung von Art. 3 (Art. 11 Abs. 3).....	54
KAPITEL VIER:	DER ANWENDUNGSBEREICH DER GVO NR. 2790/99: DIE ARTT. 2 UND 10	55
A.)	Artikel 2	55
I.)	Relevante Erwägungsgründe:.....	55
II.)	Leitlinien	55
III.)	Definition des Anwendungsbereiches (Art. 2 Abs. 1)	56
1.)	„Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen“	56
a.)	Rechtmäßigkeit der allgemeinen Freistellung von vertikalen Vereinbarungen.....	56
b.)	Keine Beschlüsse.....	57
c.)	Keine Beschränkung auf sektorale – oder branchenspezifische Wettbewerbsregeln	58
2.)	„Zwei oder mehr Unternehmen“	59

a.)	„Unternehmen“	59
b.)	„zwei oder mehr“	59
3.)	„Zwecks Durchführung der Vereinbarung auf einer unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufe tätig“	60
4.)	„Waren oder Dienstleistungen“	60
5.)	„Welche die Bedingungen betreffen, zu denen die Parteien ... beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können“	61
a.)	Zulieferverträge	61
(1)	Anwendbarkeit der GVO auf Zulieferverträge	62
(2)	Einschränkungen der Anwendbarkeit der GVO Nr. 2790/99	62
i)	Eingeschränkte Freistellung von Vereinbarungen zwischen potentiellen Wettbewerbern	62
ii)	Gruppenweise Freistellung nur bei Unterschreiten der Marktanteilsschwelle	63
(3)	Wertung	63
b.)	Kombinierte Hard- und Softwareverträge	63
c.)	OEM-Verträge	64
d.)	Vermietung, Leasing und Lizenzen	64
6.)	„Soweit die Vereinbarungen unter Art. 81 Abs. 1 fallen“	65
a.)	Spürbarkeit – Vereinbarungen von geringer Bedeutung	65
b.)	KMU	66
c.)	Handelsvertreterverträge	67
(1)	Alte Rechtslage	67
(2)	Allgemeines	67
(3)	Die Neuregelung des Handelsvertreterverträge nach den Leitlinien zur GVO Nr. 2790/99	67
i)	Definition des Handelsvertreters	67
ii)	Beurteilungskriterien	68
(a)	Risikoübernahme	68
(b)	Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers	69
(c)	Vorliegen einer „unbedeutenden“ Risikoübernahme	69
iii)	Schwarze und Weiße Liste für Handelsvertreterverträge	72
iv)	Ergebnis	73
(4)	Folgen für die Vertragspraxis	73
i)	Bei ausschließlicher Berücksichtigung von GVO und Leitlinien	74
ii)	Einordnung der Neuregelung in die bestehende Rechtspraxis	74
(5)	Wertung	75
(6)	Ergebnis	76
d.)	Vereinbarungen innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit	76
7.)	Ergebnis	77
IV.)	Unternehmensvereinigungen (Art. 2 Abs. 2)	77
1.)	Alte Rechtslage	77
2.)	Allgemeines	78
3.)	„Unternehmensvereinigungen von Wareneinzelhändlern“	78
a.)	Eigenständige juristische Person/Stufenverhältnis	78
b.)	Wareneinzelhändler	79
c.)	Art. 2 Abs. 2 keine Negativausnahme zu Art. 2 Abs. 1 der GVO	79
4.)	Jährlicher Gesamtumsatz der einzelnen Mitglieder	80
5.)	Horizontale Vereinbarungen und Beschlüsse	81
a.)	Beschlüsse	81
b.)	Horizontale Vereinbarungen	81
6.)	Ergebnis	82
V.)	Begleitende Übertragung von geistigen Eigentumsrechten (Art. 2 Abs. 3)	83
1.)	Alte Rechtslage	83
2.)	Allgemeines	83
3.)	„Geistiges Eigentum“	83
4.)	Voraussetzungen für die Freistellung	83
5.)	Hauptsächlich in den Freistellungsbereich fallende Rechte geistigen Eigentums	85
a.)	Warenzeichen	85
b.)	Urheberrecht	86
(1)	Keine Urheberrechtsverletzungen durch die Kunden des Vertriebshändlers	86
(2)	Schutzhüllenverträge	86
(3)	Kombinierte Hard- Softwareverträge	87
c.)	Übertragung geistigen Eigentums bei Franchisevereinbarungen	88
(1)	„Know-how“ i.S.d. Art. 1 Buchst. f) als geistiges Eigentum i.S.d. Art. 2 Abs. 3 der GVO?	88
(2)	Übertragung von Know-how und zulässige Schutzvereinbarungen	89
6.)	Ergebnis	90
VI.)	Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern (Art. 2 Abs. 4)	90

1.)	Alte Rechtslage	90
2.)	Allgemeines.....	91
3.)	Nichtwechselseitige Vereinbarung.....	91
4.)	Buchst. a) Jährlicher Gesamtumsatz des Käufers	92
5.)	Buchst. b) Käufer kein Hersteller.....	93
6.)	Buchst. c) Dienstleistungen.....	93
7.)	Wertung/Ergebnis.....	94
VII.)	Verhältnis zu anderen GVOen (Art. 2 Abs. 5), bzw. zu den nationalen Kartellrechtsordnungen und Art. 82 EGV	94
1.)	Die anderen GVOen	94
a.)	Regelung der GVO Nr. 2790/99.....	94
b.)	Einheitliche GVO für alle vertikalen Vereinbarungen möglich?	95
2.)	Verhältnis der GVO zu den nationalen Kartellrechtsordnungen.....	95
a.)	Vertikale Vereinbarungen	95
b.)	Horizontale Vereinbarungen	96
3.)	Art. 82 EGV.....	97
4.)	Ergebnis.....	97
B.)	Artikel 10	98
I.)	Alte Rechtslage.....	98
II.)	Relevante Erwägungsgründe / Leitlinien	98
III.)	Jährlicher Gesamtumsatz (Art. 10 Abs. 1)	98
IV.)	Überschreiten des Jahresumsatzwertes (Art. 10 Abs. 2)	99
KAPITEL FÜNF:	DER MARKTSCHWELLENWERT VON 30% : DIE ARTT. 3 UND 9	100
A.)	Artikel 3.....	100
I.)	Relevante Erwägungsgründe.....	100
II.)	Leitlinien	100
III.)	Die Marktanteilsschwelle von 30% (Art. 3 Abs. 1)	100
1.)	„Marktanteil des Lieferanten“.....	100
2.)	„An dem relevanten Markt“.....	101
a.)	Der sachlich relevante Markt	101
b.)	Der räumlich relevante Markt	102
c.)	Besonderheiten bei vertikalen Vereinbarungen	102
(1)	Abstellen auf den Vertragspartner.....	103
(2)	Marktanteil auf jeder Stufe unter 30%	103
(3)	Keine Märkte von Vertriebsformen	103
(4)	Produktpaletten	103
(5)	Hersteller als Ersatzteillieferant.....	104
(6)	Verknüpfung von Warenlieferung und Übertragung geistigen Eigentums.....	104
(7)	Franchisen über Geschäftsmethoden.....	104
d.)	Hypothetischer Monopolistentest.....	105
3.)	30%	105
IV.)	Der relevante Marktanteil bei Alleinbelieferungsverpflichtungen (Art. 3 Abs. 2)	106
1.)	Kumulative Anwendung von Abs. 1 und Abs. 2?	106
2.)	Marktabgrenzung.....	106
3.)	Unterbewertung der Nachfragemacht.....	107
4.)	Stellungnahme	107
V.)	Folgen einer Überschreitung der Marktanteilsschwelle.....	108
VI.)	Auswirkungen der Marktanteilsschwelle auf bestehende und zukünftige Verträge (Ergebnis) ..	109
1.)	Für Verträge, die bei Erlass der GVO bereits freigestellt waren	109
2.)	Für zukünftige Verträge	109
B.)	Artikel 9.....	111
I.)	Relevante Erwägungsgründe/Leitlinien	111
II.)	Ermittlung des Marktanteils (Art. 9 Abs. 1)	111
III.)	Regeln zur Anwendung der Marktanteilsschwelle (Art. 9 Abs. 2).....	111
1.)	Buchst. a) Beurteilungszeitraum	111
2.)	Buchst. b) Lieferungen an integrierte Händler.....	112
3.)	Buchst. c) erste Ausnahmeregelung für das Überschreiten der Marktanteilsschwelle.....	112
4.)	Buchst. d) zweite Ausnahmeregelung für das Überschreiten der Marktanteilsschwelle.....	113
5.)	Buchst. e) Kombination von Art. 9 Abs. 2 Buchst. c) und d)	113
C.)	Bewertung des neuen wirtschaftlicheren Ansatzes der Kommission.....	115
I.)	Reaktionen aus Literatur und Wirtschaft.....	115
1.)	Kritik an der Einführung einer Marktanteilsschwelle.....	115
a.)	Anwendbarkeit	115
b.)	Starre, einheitliche Marktanteilsgrenze	116
c.)	Zivilverfahren	116
2.)	Positive Reaktionen auf die Einführung einer Marktanteilsgrenze	117

II.)	Stellungnahme.....	117
1.)	Anwendbarkeit.....	118
	(1) Möglichkeit der Abgrenzung des relevanten Marktes	118
	(2) Kriterien zur Abgrenzung des relevanten Marktes	118
	(3) Marktanteilsberechnung.....	120
	(4) Ergebnis.....	121
2.)	Starre, einheitliche Marktanteilsgrenze.....	121
	(1) Zielsetzung der GVO	121
	(2) Einbeziehung der sonstigen Faktoren zur Marktmachtbestimmung im Rahmen der Einzelfallprüfung.....	122
	(3) Toleranzschwellen	123
	(4) Ergebnis.....	123
3.)	Zivilgerichtsverfahren.....	123
D.)	Ergebnis	124
KAPITEL SECHS: DIE „HARD-CORE“ LISTE UND DIE „BEDINGUNGEN“: DIE ARTT. 4 UND 5.....		126
A.)	Artikel 4.....	126
I.)	Alte Rechtslage.....	126
II.)	Relevante Erwägungsgründe.....	126
III.)	Leitlinien.....	126
IV.)	Allgemeines	126
V.)	Grundsätzliche Voraussetzungen und Auswirkungen der schwarzen Liste (Art. 4 S. 1).....	127
1.)	„Artikel 2 gilt nicht“.....	127
a.)	Tragweite der Beschränkung.....	127
b.)	Beibehaltung des „Alles-oder-Nichts“ Prinzips	128
c.)	Zivilrechtliche Auswirkung der Nichtigkeit einer Vereinbarung	129
2.)	„Bezwecken“.....	130
a.)	Zweckbegriff im EG - Kartellrecht.....	130
b.)	Vorliegen einer tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkung	131
3.)	„Unmittelbar oder mittelbar, für sich allein oder in Verbindung mit anderen Umständen unter der Kontrolle der Parteien“.....	131
VI.)	Kaufpreisbindungen (Art. 4 Buchst. a))	132
1.)	Alte Rechtslage	132
2.)	Höchstpreise und Preisempfehlungen	132
a.)	Unklare Formulierung.....	132
b.)	Keine Wirkung wie übliche Preisbindungen	133
3.)	Meistbegünstigungsklauseln	133
4.)	Handelsvertreter	134
5.)	Preisbindungen im GWB	135
6.)	Auswirkungen auf bestehende und zukünftige Verträge (Ergebnis)	135
VII.)	Wiederverkaufsbeschränkungen (Art. 4 Buchst. b)).....	136
1.)	Alte Rechtslage	136
2.)	Alleinvertrieb und Kundenaufteilung	136
a.)	Aktiver/passiver Verkauf;.....	136
b.)	Internet	137
c.)	Zuweisung	138
d.)	„Sich selbst oder ausschließlich einem anderen“	138
	(1) Literatur.....	138
	(2) Kommission	139
e.)	Auswirkungen auf bestehende und zukünftige Verträge (Ergebnis)	140
3.)	Beschränkung von Sprunglieferungen für Großhändler	140
a.)	Alte Rechtslage.....	140
b.)	Neuregelung	141
4.)	Beschränkung des Verkaufs an nicht zugelassene Händler im Selektivvertrieb.....	141
5.)	Beschränkung beim Verkauf von Zwischenprodukten.....	141
a.)	Voraussetzungen	141
b.)	Beispiel.....	142
c.)	Kein Schutz von unternehmerischem Know-how.....	142
6.)	Beschränkung des Lieferanten zulässig	143
VIII.)	Verkaufsbeschränkungen im Selektivvertrieb (Art. 4 Buchst. c)).....	143
1.)	Alte Rechtslage	143
2.)	Allgemeines.....	143
3.)	Verhältnis zu Art. 4 Buchst. b)	144
a.)	Alleinvertrieb und Selektivvertrieb.....	144
b.)	Sprunglieferungsverbot auf der Großhandelsstufe	145
4.)	Bedeutung des Art. 4 Buchst. c) für Franchisesysteme.....	145
a.)	Franchisevereinbarungen als Selektivvertrieb	145

b.)	Folgen für das Franchising	146
IX.)	Querlieferungen im Selektivvertrieb (Art. 4 Buchst. d))	147
1.)	Alte Rechtslage	147
2.)	Konsequenzen	147
X.)	Ersatzteillieferungen (Art. 4 Buchst. e))	148
1.)	Alte Rechtslage	148
2.)	Inhalt	148
B.)	Artikel 5	150
I.)	Relevante Erwägungsgründe	150
II.)	Leitlinien	150
III.)	Auswirkung der Missachtung von „Bedingungen“ (Art. 5 Satz 1)	150
IV.)	Zeitlich beschränkte Wettbewerbsverbote (Art. 5 Buchst. a)	151
1.)	Alte Rechtslage	151
2.)	Unbestimmte Dauer oder Dauer von mehr als fünf Jahren	151
a.)	Wettbewerbsverbot / unmittelbar oder mittelbar	152
b.)	Fünf Jahre	152
(1)	Auswirkungen auf bestehende und zukünftige Verträge	152
(2)	Wertung	154
c.)	Unbestimmte Dauer	154
3.)	Keine Befristung bei Verkauf aus Räumlichkeiten des Lieferanten	155
V.)	Nachvertragliche Wettbewerbsverbote (Art. 5 Buchst. b)	156
1.)	Alte Rechtslage	156
2.)	Auf Franchisevereinbarungen anwendbar?	156
3.)	Ausnahmetatbestand	157
a.)	Wettbewerb	157
b.)	Beschränkung auf die zuvor genutzte Verkaufsstelle	157
(1)	Einschränkung der Gewerbefreiheit des Abnehmers	158
(2)	Auswirkung der Beschränkung des Wettbewerbsverbots auf die ehemalige Verkaufsstätte	158
i)	Käufer als Mieter oder Pächter des Lieferanten	158
ii)	Abnehmer als Eigentümer	158
iii)	Ergebnis	159
(3)	Art. 5 Buchst. b) verzichtbar	159
4.)	„Unerlässlich“	159
5.)	Dauer von einem Jahr	160
6.)	Freistellung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote für Lieferanten	161
7.)	Auswirkungen auf bestehende und zukünftige Verträge (Ergebnis)	161
VI.)	Boykottverbot (Art. 5 Buchst. c))	161
C.)	Bewertung der neuen Form der Verbotsregelungen in der GVO/Ergebnis	162
	KAPITEL SIEBEN: ENTZUG DER GRUPPENFREISTELLUNG: DIE ARTT. 6, 7, UND 8	164
A.)	Artikel 6	164
I.)	Alte Rechtslage	164
II.)	Relevante Erwägungsgründe	164
III.)	Leitlinien	164
IV.)	Entzugsvoraussetzungen	164
1.)	Vertrieb an Endverbraucher	165
2.)	Erhebliche Marktmacht	165
3.)	Kumulative Wirkung nebeneinander bestehender Netze gleichartiger Beschränkungen	165
a.)	Bündeltheorie	166
b.)	Gleichartigkeit	166
c.)	Beitrag zu kumulativer Wirkung im Einzelfall	167
d.)	„Erhebliches Maß“	167
4.)	Beweislast	168
V.)	Wirkung der Entzugsentscheidung	168
VI.)	Wertung	169
B.)	Artikel 7	171
I.)	Alte Rechtslage	171
II.)	Relevante Erwägungsgründe	171
III.)	Leitlinien	171
IV.)	Voraussetzungen des Artikel 7	171
1.)	„Einzelfall“	171
2.)	„Im Gebiet des Mitgliedstaates oder in einem Teil desselben“	171
3.)	„Zuständige Behörde“	172
4.)	„Von Amts wegen oder auf Antrag“	172
5.)	„Unter den gleichen Umständen wie in Artikel 6“	173
V.)	Durchführung/Wirkung der Entzugsentscheidung	173

VI.)	Konkurrierende Zuständigkeit von nationaler Behörde und Kommission.....	174
VII.)	Wertung des dezentralen Ansatzes	174
1.)	Gefährdung der Kohärenz.....	174
2.)	Stellungnahme	176
a.)	Sicherungsmechanismen	176
b.)	Gemeinschaftsweite Wirkung der Entzugsentscheidung	177
C.)	Artikel 8.....	179
I.)	Relevante Erwägungsgründe.....	179
II.)	Leitlinien	179
III.)	Nichtanwendung der GVO per Suspensionsverordnung (Absatz 1).....	179
1.)	Mehr als 50% des betroffenen Marktes	180
2.)	Suspensionsverordnung als ultima ratio.....	180
3.)	Verordnung	181
a.)	Erlass der VO	181
b.)	Wirkung der VO	182
IV.)	Anwendbarkeit der Suspensionsverordnung (Absatz 2)	182
V.)	Wertung.....	182
D.)	Ergebnis.....	183
KAPITEL ACHT: ÜBERGANGSREGELUNGEN UND INKRAFTTRETEN: DIE ARTT. 12 UND 13		184
A.)	Art. 12	184
I.)	Relevante Erwägungsgründe:.....	184
II.)	Leitlinien:	184
III.)	Fristen.....	184
IV.)	Wertung	185
B.)	Art. 13	185
I.)	Relevante Erwägungsgründe/Leitlinien	185
II.)	Inkrafttreten	185
KAPITEL NEUN: PRÜFUNG VERTIKALER VEREINBARUNGEN AUF IHRE FREISTELLBARKEIT		186
A.)	Prüfungsschema für vertikale Vereinbarungen	186
B.)	Überprüfung der Einzelfreistellbarkeit	187
I.)	Spürbarkeit einer Beschränkung	187
1.)	Bestimmungsfaktoren.....	188
2.)	Allgemeine Regeln zur Beurteilung vertikaler Vereinbarungen	190
II.)	Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV	191
1.)	Effizienzgewinne.....	191
2.)	Beteiligung der Verbraucher.....	192
3.)	Unerlässlichkeit der Vereinbarung.....	192
4.)	Kein Ausschalten des Wettbewerbs	193
III.)	Wertung	193
KAPITEL ZEHN: ABSCHLIEßENDE BEURTEILUNG		195
A.)	Wesentliche Ergebnisse der Untersuchung.....	195
B.)	Fazit.....	197
ANHANG : LITERATURVERZEICHNIS.....		I

Abkürzungsverzeichnis:

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Die Aktien Gesellschaft (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Betriebs Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BGHZ	Entscheidungen des Bundes – Gerichtshofs in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BSG	Bundes Sozialgericht
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
CR	Computer Recht (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ECLR	European Competition Law Review (Zeitschrift)
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einf.	Einführung
endg.	endgültig
Erwgr.	Erwägungsgrund
EuG	Europäisches Gericht 1. Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
GD IV	Generaldirektion IV
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (Zeitschrift)
GVO, GVOen	Gruppenfreistellungsverordnung, -en,

GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
i.S.d.	im Sinne der/des
JZ	Juristen Zeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
KMU	kleine und mittelständische Unternehmen
KOM	Kommissionsdokument
Lief.	Lieferung
lit.	litera (Buchstabe)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer
S.	Seite
s.	siehe
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH (Teil I) und des EuG (Teil II)
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte, -er, -es,
Tz.	Teilzahl
u.	und
u.a.	unter anderen, -m
US	United States
u.w.	und weitere
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
Verlagsges. mbH	Verlagsgesellschaft mit beschränkter Haftung
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung

WBL	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Zeitschrift)
WBR	Wettbewerbsrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WSA	Wirtschafts – und Sozialausschuss der Kommission
z.	zu, zur, zum
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaften

Einleitung:

Betrachtet man allein den Wortlaut des Art. 81 Abs. 1 EGV¹, so besticht das europäische Kartellrecht durch eine geradezu vorbildliche Klarheit. Jedwedes wettbewerbsbeschränkende Verhalten² ist danach schlichtweg verboten.

Es ist jedoch leicht nachzuvollziehen, dass eine so komplizierte Materie wie die des Wettbewerbsrechts durch eine einzelne Generalklausel nicht umfassend geregelt werden kann. Ein ausnahmsloses Verbot jedweder Wettbewerbsbeschränkungen ist wirtschaftlich nicht sinnvoll. Im Laufe der Zeit ist daher, beruhend besonders auf Abs. 3 des Art. 81, ein umfangreiches Regelwerk aus Verordnungen und Bekanntmachungen zum Europäischen Kartellrecht entstanden.

So klar und einfach das Primärrecht im Bereich des Wettbewerbsrechts auch ist, so unübersichtlich wurde in den letzten Jahrzehnten das wettbewerbsrechtliche Sekundärrecht. Mehr und mehr wurde offenbar, dass die kartellrechtlichen Instrumentarien, deren Wurzeln bis in die fünfziger und sechziger Jahre zurückreichen, nicht mehr dazu geeignet waren, die Wettbewerbspolitik den Verhältnissen des modernen Wirtschaftslebens anzupassen.

Mit der Veröffentlichung des Grünbuchs zur EG – Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen³ im Jahre 1997 hat die Kommission der Europäischen Gemeinschaften⁴ deshalb einen tiefgreifenden Reformprozess eingeleitet.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der VO (EG) Nr. 2790/99 der Kommission vom 22.12.1999⁵ über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EGV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen sowie mit den dazugehörigen Leitlinien⁶. Sie ist das erste Ergebnis der oben genannten Reformbemühungen und basiert auf den Neufassungen der VOen Nr. 17/62⁷ und Nr. 19/65⁸.

In der folgenden Darstellung sollen, nach Ausführungen zum bisherigen Freistellungssystem, zunächst deren Schwachpunkte skizziert werden. Im Mittelpunkt der Arbeit wird dann die Erläuterung der neuen

¹ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, vom 25. 3. 1957; der Vertrag wird im folgenden zitiert in der konsolidierten Fassung des Vertrages von Amsterdam, ABI.EG 1997 Nr. C 340/173, v. 02.10.1997.

² Art. 81 Abs. 1 EGV spricht diesbezüglich von „Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse(n) von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte(n) Verhaltensweisen“. Soweit nicht etwas anderes erwähnt wird, werden im Rahmen dieser Arbeit bei der Verwendung der Begriffe „Vereinbarung“, „Absprache“ oder „Abrede“ sämtliche der zuvor genannten Formen von Unternehmensübereinkünften erfasst.

³ KOM (96) 721endg.; im folgenden: Grünbuch.

⁴ Im folgenden: die Kommission.

⁵ ABI.EG 1999 Nr. L 336/21, v. 29.12.1999.

⁶ ABI.EG 2000 Nr. C 291/1, v. 13.10.2000; im folgenden: Leitlinien.

⁷ ABI.EG 1962, S. 204 ff., v. 21.02.1962; geändert durch die VO (EG) Nr. 1216/99 des Rates vom 10.6.1999, ABI.EG 1999 Nr. L 148/5, v. 15.06.1999.

⁸ ABI.EG 1965, S. 533 ff., v. 02.03.1965; geändert durch die VO (EG) Nr. 1215/99 des Rates vom 10.6.1999, ABI.EG 1999 Nr. L 148/1, v. 15.06.1999.

Gruppenfreistellungsverordnung bzw. der Leitlinien stehen. In diesem Zusammenhang wird auch auf die Neuerungen im Rahmen der VOen Nr. 17/62 und 19/65 einzugehen sein, die eine wesentliche Grundlage für einige der Regelungen in der GVO darstellen.

Der Schwerpunkt der Untersuchung wird auf der Frage liegen, inwieweit es der Kommission gelungen ist, die zuvor herausgearbeiteten Schwachpunkte des bisherigen Freistellungsverfahrens zu beseitigen. Weiterhin sollen die Konsequenzen für die Vertragspraxis dargestellt werden, die sich durch die Verdrängung der alten GVOen durch die neue „Schirm“ – GVO ergeben haben.

Kapitel Eins: Die Europäische Wettbewerbspolitik in Bezug auf vertikale Beschränkungen vor Erlass der VO (EG) Nr. 2790/99

Zu Beginn soll zum besseren Verständnis der tiefgreifenden Veränderungen, welche die GVO Nr. 2790/99 mit sich bringt, kurz das bisherige Freistellungsverfahren erläutert werden. Im Anschluss daran ist auf die Schwachpunkte dieses Systems einzugehen.

A.) Das bisherige Freistellungssystem

Im folgenden werden lediglich die Grundzüge des allgemeinen Freistellungsverfahrens sowie der verschiedenen Freistellungsmöglichkeiten erläutert.¹

I.) Verfahren nach der VO Nr. 17/62 vor der ÄnderungsVO Nr. 1216/99

In seiner VO Nr. 17/62² hat der Rat das Verfahren zur Einzelfreistellung von Vereinbarungen nach Art. 81 Abs. 3 EGV geregelt.

Bis zur ÄnderungsVO Nr. 1216/99³ waren danach gemäß Art. 4 Abs. 1 der VO grundsätzlich alle⁴ nach Art. 81 Abs. 1 EGV untersagten Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmten Verhaltensweisen, für die eine Freistellung nach Abs. 3 angestrebt wurde, zwingend gemäß dem Formblatt A/B⁵ anzumelden.⁶ Die Freistellung der Vereinbarung durch die Kommission konnte dabei gemäß Art. 6 Abs. 1 der VO erst ab dem Zeitpunkt der Anmeldung erfolgen. Eine rückwirkende Freistellung war also nicht möglich.⁷

Von der ÄnderungsVO Nr. 1216/99 blieb die Möglichkeit der Unternehmen⁸ unberührt, gemäß Art. 2 der VO bei der Kommission ein Negativattest zu

¹ Die Kenntnis der allgemeinen Merkmale des Art. 81 EGV wird für diese Arbeit vorausgesetzt, sodass diese hier nicht näher erläutert werden sollen.

² A.a.O. (Einleitung: Fn. 7).

³ A.a.O. (Einleitung: Fn. 7).

⁴ Art. 4 Abs. 2 der VO Nr. 17/62 sieht für Unternehmen aus nur einem Mitgliedstaat gewisse Ausnahmen vor.

⁵ Abgedruckt im Anhang der VO Nr. 3385/94, ABl. EG 1994 Nr. L 377/28, v. 31.12.1994.

⁶ Mit der Einführung des Art. 4 Abs. 2 a) in die VO Nr. 17/62 aus dem Jahre 1999 wurde dieses Anmeldesystem für vertikale Vereinbarungen grundsätzlich abgeschafft; siehe dazu unten S. 22, Kapitel Zwei:C.)I.) „Wesentliche Neuerungen der VO Nr. 17/62“.

⁷ Vgl. hierzu ebenfalls unten S. 22, Kapitel Zwei:C.)I.) „Wesentliche Neuerungen der VO Nr. 17/62“.

⁸ Unter einem Unternehmen im gemeinschaftsrechtlichen Sinn ist eine Einheit zu verstehen, die eine kommerzielle oder wirtschaftliche Tätigkeit für eine gewisse Dauer ausübt. Der Begriff ist weit zu fassen. Auf die Eigentumsverhältnisse oder seine Zuordnung zum privaten oder öffentlichen Recht kommt es dabei nicht an; vgl. *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 127 Rn. 14; *Gleiss/Hirsch*, EG-Kartellrecht, Bd. I, Art. 85 Rn. 6; *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Vorbem. zu den Art. 85 bis 89 Rn. 16.

beantragen.⁹ Außerdem kann die Kommission weiterhin gemäß Art. 3 der VO ein Abstellen der Zuwiderhandlung verlangen und gemäß Art. 15 Abs. 2 ein Bußgeld aussprechen. Eine einmal erfolgte Freistellung kann schließlich von der Kommission gemäß Art. 8 Nr. 3 der VO Nr. 17 nachträglich widerrufen werden. Eine Vereinbarung unterliegt damit nach ihrer Freistellung der Missbrauchsaufsicht durch die Kommission.

Die Kommission konnte angesichts des aufwendigen und langwierigen Verfahrens, welches die VO Nr. 17 vorsieht, in einem Jahr durchschnittlich nur etwa 20 Fälle durch Freistellung erledigen.¹⁰ Nach Einführung der Anmeldepflicht wurde sie jedoch mit Freistellungsanträgen geradezu überschwemmt.¹¹ Um dieses Massenproblem zu lösen, teilte die Kommission den beteiligten Unternehmen in Einzelfällen deshalb durch ihre Dienststellen¹² in sog. „comfort letters“ oder „Verwaltungsschreiben“ mit, dass die angemeldete Vereinbarung zwar von Art. 81 Abs. 1 EGV erfasst werde, aber hinreichende Gründe für eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EGV vorlägen.¹³

II.) Gruppenfreistellungsverordnungen

Seit den achtziger Jahren machte die Kommission schließlich vermehrt von der ebenfalls in Art. 81 Abs. 3 EGV vorgesehenen gruppenweisen Freistellungsmaßnahme Gebrauch.¹⁴ Gruppen von Absprachen im Sinne dieser Vorschrift sind solche, denen gemeinsame oder vergleichbare Tatbestände zugrunde liegen und die angesichts der weitgehenden Gleichförmigkeit der

⁹ Dieses stellt eine Bestätigung dafür dar, dass mit dem in dem Antrag beschriebenen Vorgang kein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EGV vorliegt; vgl. Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht, Bd. I, Einl. Rn. 73. Gemäß Art. 9 Abs. 1 der VO Nr. 17 liegt die Entscheidungskompetenz hierüber dabei allein bei der Kommission.

¹⁰ Kommission im Grünbuch, a.a.O. (Einleitung: Fn. 3), S. v, Tz. 15; *Kalfass*, WuW 1999, 225, 235; *Semmler/Bauer*, DB 2000, 193, 194.

¹¹ Seit den sechziger Jahren sah sie sich einer Zahl von ungefähr 38.000 Anmeldungen auf Erteilung von Negativattesten oder Einzelfreistellungen ausgesetzt, wovon sich mehr als 37.000 auf vertikale Absprachen bezogen; vgl. *Blaurock*, in: Schwarze, Neuere Entwicklungen, S. 71, S. 72.

¹² Die Kommission als Kollegialorgan wird in diesem Fall nicht tätig; vgl. *Krück*, in: Dausen, EU-WR, Bd. 2, H. I § 3, Rn. 383.

¹³ Die Schreiben sind befristet und enthalten unter Umständen Auflagen für die Unternehmen, sodass sie praktisch einer Entscheidung nach der VO Nr. 17 entsprechen. Mit den comfort letters entsteht für die beteiligten Unternehmen ein Vertrauensschutz, denn die Kommission darf von ihrer Auffassung im Verwaltungsschreiben nur bei Änderung der Sach- oder Rechtslage Abstand nehmen, vgl. *Sauter*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 332 Rn. 6. Die nationalen Gerichte und Behörden hingegen können die Entscheidung der Kommission zwar als tatsächlichen Umstand berücksichtigen, bleiben aber völlig frei in ihrer eigenen Beurteilung. Sie können daher auch strengeres nationales Wettbewerbsrecht anwenden; vgl. *Bunte*, in: Langen/Bunte, Kommentar, Bd. I, Einf. zum GWB Rn. 85 und Einf. zum EG – Kartellrecht Rn. 77; *Grill*, in: Lenz, EGV – Kommentar, Vorbemerkung zu Art. 81-86 Rn. 40; *Huber/Baums*, in: Frankfurter Kommentar, Bd. III, § 1 a.F. Rn. 708; *Rehbinder*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 108 Rn. 30ff, *Schröter*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Vorbemerkung zu Art. 85 bis 89 Rn. 61; a. A.: *Brinker*, WuW 1996, S. 549, 556f.; *Schwarze*, JZ 1996, S. 62f..

¹⁴ Bis zum Jahre 1982 existierte für den Bereich der vertikalen Vereinbarungen lediglich die GVO Nr. 67/67 der Kommission, ABl. EG 1967, S. 849 ff., v. 22.03.1967.

Interessen der Beteiligten selbst, ihrer Handelspartner, ihrer Wettbewerber sowie der Verbraucher einer typisierenden Beurteilung zugänglich sind.¹⁵

a.) *Zuständigkeit und Ermächtigungsgrundlage*

Für den Erlass einer Gruppenfreistellung ist gemäß Art. 83 Abs. 1 EGV der Rat zuständig,¹⁶ der gemäß Abs. 2 b) die Einzelheiten der Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EGV festlegen soll. In der Regel erteilt dieser jedoch der Kommission die Befugnis zum Erlass einer GVO.¹⁷ Dies geschah für Vertriebsverträge und Lizenzvereinbarungen durch die VO 19/65¹⁸. Die VO Nr. 2821/71¹⁹ ermächtigte die Kommission hingegen zum Erlass von GVOen für Normen- und Typenkartelle, Forschungs- und Entwicklungskooperationen sowie Spezialisierungsvereinbarungen.²⁰

Basierend auf der VO Nr. 19/65 als Ermächtigungsgrundlage für die hier relevanten Vertriebsverträge hat die Kommission vor der GVO Nr. 2790/99 bisher folgende GVOen erlassen: die GVO Alleinvertrieb Nr. 1983/83²¹, die GVO Alleinbezug Nr. 1984/84²², die GVO Franchise Nr. 4087/88²³, die GVO Kfz - Vertrieb Nr.²⁴ und die GVO Technologietransfer Nr. 240/96²⁵.

¹⁵ *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Art. 85 Abs. 3 Rn. 280 m. Verweis auf *Thiesing*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Art. 85 Rn. 95, 2. Aufl..

¹⁶ Die Kommission nahm anfänglich an, sie könne die in Art. 81 Abs. 3 EGV vorgesehene GVO im Wege von Entscheidungen (Allgemeinverfügungen) nach der VO Nr. 17 in eigener Zuständigkeit bewirken und veröffentlichte daraufhin im Jahre 1962 den Entwurf einer solchen Allgemeinverfügung für Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen. Kommission und Rat haben daraufhin einen Kompromiss gefunden, nach dem der Rat im Wege einer Rahmenverordnung die der Gruppenfreistellung zugänglichen Kategorien von Absprachen festlegt und die Kommission zum Erlass von Durchführungsverordnungen ermächtigt; siehe *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 396 Rn. 2.

¹⁷ *Grill*, in: Lenz, EGV-Kommentar, Art. 81 Rn. 49.

¹⁸ Die Rechtmäßigkeit dieser ErmächtigungsVO wurde von Italien bezweifelt, vom EuGH jedoch ausdrücklich für zulässig erachtet; vgl. EuGH, Urteil v. 13. 07. 1966, Rs. 32/65 (Italienische Klage), Slg. 1966, 457, 483.

¹⁹ ABI.EG 1971 Nr. L 285/46, v. 20.12.1971.

²⁰ Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht, Bd. 1, Art. 85 Rn. 1788.

²¹ ABI.EG 1983 Nr. L 173/1, v. 22.06.1983.

²² ABI.EG 1983 Nr. L 173/5, v. 22.06.1983; sie löste gemeinsam mit der VO Nr. 1983/83 die alte VO Nr. 67/67 der Kommission, ABI.EG 1967, S. 849 ff., v. 22.03.1983 ab, die bis dahin Alleinvertrieb und -bezug geregelt hatte.

²³ ABI.EG 1988 Nr. L 359/46, v. 30.11.1988.

²⁴ ABI.EG 2002 Nr. L 203/30, v. 31.07.2002; sie hat die bisherige GVO Nr. 1475/95, ABI.EG 1995 Nr. L 145/25, v. 28.06. 1995 abgelöst.

²⁵ ABI.EG 1996 Nr. L 31/2, v. 31.01.1996; Sie fasste die GVO Patentlizenzen Nr. 2349/84, ABI.EG 1984 Nr. L 219/15, v. 23.07.1984, und die GVO Know-how Nr. 556/89, ABI.EG 1989 Nr. L 61/1, v. 04.03.1989 zusammen.

b.) Aufbau der GVOen

Sämtliche dieser GVOen weisen eine einheitliche Grundstruktur auf, die sich im wesentlichen an der Ermächtigungsverordnung des Rates orientiert.²⁶ Danach muss die GVO zunächst gemäß Art. 1 Abs. 2 der VO Nr. 19 „eine Beschreibung der Gruppen von Vereinbarungen enthalten, auf die sie Anwendung findet“.

An die allgemeine Definition des Anwendungsbereichs schließt sich eine so genannte „weiße Liste“ an. Dies stellt eine Aufzählung der Vertragsklauseln dar, die ohne weiteres freigestellt werden.²⁷

Den „weißen“ stehen die sogenannten „schwarzen Listen“ gegenüber, welche die Vertragsklauseln aufführen, die von der Kommission als für nicht freistellungsfähig erachtet werden und deshalb auf keinen Fall in der Vereinbarung enthalten sein dürfen. Werden sie von den Unternehmen dennoch verwendet, oder verwenden diese neben freigestellten Vereinbarungen solche, die über den Rahmen der GVO hinausgehen,²⁸ kommt die GVO insgesamt nicht zur Anwendung (sog. „Alles-oder-Nichts“ Prinzip).²⁹

Darüber hinaus ist in den GVOen Franchise Nr. 4087/88³⁰ und Technologietransfer Nr. 240/96³¹ eine „graue Liste“ enthalten, in der Vertragsklauseln aufgeführt sind, die von der Kommission erst nach einer individuellen Prüfung als freistellungsfähig angesehen werden.³²

Schließlich enthalten die GVOen das Recht der Kommission auf Widerruf der Freistellung, wenn die Vereinbarung Wirkungen entfaltet, die mit Art. 81 Abs. 3 EGV

²⁶ Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht, Bd. I, Art. 85, Rn. 1799.

²⁷ Diese weißen Listen sind in der Regel zweigeteilt: Im ersten Teil sind Beschränkungen aufgeführt, die zwar als Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EGV betrachtet, aber dennoch freigestellt werden. Im zweiten Teil sind die Beschränkungen aufgelistet, bei denen eine Freistellung nicht erforderlich ist, weil sie nicht gegen Art. 81 Abs. 1 EGV verstoßen; vgl. Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht, Bd. I, Art. 85, Rn. 1801.

²⁸ „überschießende Wettbewerbsbeschränkungen“, Wiedemann, GVO-Kommentar, Bd. 1, S. 100, Rn. 309.

²⁹ So die Kommission in ihrer Bekanntmachung zu den Verordnungen (EWG) Nr. 1983/83 und Nr. 1984/83 der Kommission vom 22. Juni 1983 über die Anwendung von Artikel 85 Abs. 3 [Art. 81 Abs. 3 n. F.] des Vertrages auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen beziehungsweise Alleinbezugsvereinbarungen, ABI.EG 1983 Nr. C 355/7, v. 30.12.1983, Tz. 13; im folgenden: Bekanntmachung Alleinvertrieb und Alleinbezug, Tz. 17. Abweichend davon zwar die Kommission, 17. Wettbewerbsbericht, 1988, S. 42 in Bezug auf die GVO Kfz-Vertrieb in ihrer alten Fassung (GVO Nr. 123/85, ABI.EG 1985 Nr. L 15/16, v. 18. 01.1985). In der neuen GVO Kfz-Vertrieb, a.a.O. (Fn. 24) ist jedoch in Art. 6 Abs. 2/3 wiederum das „Alles-oder-Nichts“ Prinzip festgeschrieben, sodass von dessen Allgemeingültigkeit auszugehen ist. – Zur Terminologie vgl. Bunte/Sauter, EG-GVOen, S. 220 Rn. 96. Vgl. zu den Rechtsfolgen überschießender Wettbewerbsbeschränkungen ausführlich: Coenen, Rechtsfragen zur Anwendung von GVOen gem. Art. 85 Abs. 3 EGV, S. 63 ff.

³⁰ A.a.O. (Fn. 23).

³¹ A.a.O. (Fn. 25).

³² Wird innerhalb von sechs Monaten von der Kommission kein Widerspruch eingelegt, gilt der Anwendungsbereich der GVO auch für diese Vereinbarung, ansonsten bleibt sie unanwendbar; vgl. *Brinker*, in: Schwarze, Neuere Entwicklungen, S. 59, S. 61; Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht, Bd. I, Art. 85, Rn. 1816ff.; *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Art. 85 Abs. 3 Rn. 292; *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 414 Rn. 39.

nicht vereinbar sind, sowie Regelungen zur zeitlichen Geltung und zur Übergangszeit.

c.) *Wirkung der GVOen*

Aufgrund der Tatsache, dass die GVOen eine unbestimmbare Anzahl von Fällen erfassen, werden sie mittlerweile von der herrschenden Meinung als allgemeine Befreiung vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EGV und damit als unmittelbar und verbindlich geltende Normsetzung i.S. des Art. 249 Abs. 2 EGV³³ angesehen.³⁴

Kommen die Unternehmen bei ihren Vereinbarungen den Vorschriften der GVO nach, so stellen diese die Absprache mit automatischer Wirkung frei. Sie ist damit von Beginn an zivilrechtlich wirksam. Einer gesonderten Anmeldung bedarf es nicht mehr. Weiterhin können sich die Unternehmen auch gegenüber Dritten auf die Freistellung durch die GVO berufen und sind vor einem Bußgeld nach Art. 15 der VO Nr. 17/62 geschützt.³⁵

B.) Schwächen des sekundären Gemeinschaftsrechts bezüglich der Freistellung vertikaler Vereinbarungen

Im Laufe der Zeit kam es jedoch immer wieder zur Kritik am Freistellungssystem des europäischen Gemeinschaftsrechts.

I.) Rechtliche Beurteilung vertikaler Beschränkungen im bisherigen Gemeinschaftsrecht

Die oben für den hier relevanten Bereich der Vertriebsabsprachen dargestellten GVOen deckten nur einen Teil der vertikalen Vereinbarungen ab.³⁶ Sämtliche Abreden, die nicht in den Anwendungsbereich einer dieser GVOen fielen, mussten daher per Einzelanmeldung freigestellt werden.

Dieses grundsätzliche Misstrauen gegenüber Vertriebsvereinbarungen ist nach den heutigen wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen jedoch nicht mehr gerechtfertigt. Zwar stand man auch hier den Vertriebsvereinbarungen lange Zeit

³³ Art 189 Abs. 2 EGV a.F..

³⁴ Axster, WuW 1994, 615, 616; Deringer, in: WuW/EWG-Wettbewerbsrecht, Art. 87, Rn. 4,5, und 26; Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht, Bd. I, Art. 85, Rn. 1787; Schröter, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Art. 85 Abs. 3 Rn. 280; Veelken, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 397 Rn. 2; a.A. bspw. Koch, in: Grabitz/Hilf, EGV, Bd. I, 1. Grundlieferung, vor Art. 85 Rn. 53.

³⁵ Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht, Bd. I, Art. 85 Rn. 1792; Rahlmeyer, in: Martinek/Semmler, Handbuch des Vertriebsrechts, § 30 Rn. 17; Schröter, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Art. 85 Rn. 284; Veelken, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 401 Rn. 11.

³⁶ Eilmannsberger, in: WBL 1997, 357, 358. Wolf, in: Baudenbacher, Neueste Entwicklungen, S. 123, 125.

eher skeptisch gegenüber und stufte sie als möglicherweise wettbewerbsfeindlich ein. Mit der Chicagoer Schule änderte sich diese Ansicht Anfang der achtziger Jahre aber grundlegend. Diese beurteilte sämtliche Vereinbarungen, die zu einer Effizienzsteigerung beitragen, positiv, was weitestgehend alle vertikalen Absprachen betraf.³⁷

Mittlerweile ist man dazu übergegangen, ein differenzierteres Bild von den Vertriebsvereinbarungen zu zeichnen. Man ist sich ihrer ambivalenten Wirkung bewusst geworden:³⁸ So können vertikale Vereinbarungen unterhalb von Marktmachtschwellen zu einer Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen und damit zu einer Erhöhung der volkswirtschaftlichen Wohlfahrt beitragen. Oberhalb von Marktmachtschwellen führen sie regelmäßig zu Monopolisierungseffekten, welche eine Verringerung der Konsumentenrente und somit gesamtwirtschaftliche Wohlstandsverluste zur Folge haben.³⁹ Aus diesem Grund wird sowohl eine generelle Regelung, die jede Form vertikaler Verträge erlaubt, als auch ein kategorisches Verbot, wie es das EG – Kartellrecht bisher grundsätzlich vorsah,⁴⁰ als nicht überzeugend angesehen.⁴¹

II.) Kritik am Freistellungsverfahren

Im Laufe der Zeit stand aber nicht nur die wettbewerbspolitische Einschätzung der Gemeinschaft bezüglich vertikaler Vereinbarungen, sondern auch das Freistellungsverfahren selbst im Mittelpunkt der Kritik von Praxis und Literatur.

1.) Einzelfreistellung und comfort letters

Während der Wartezeit auf eine Freistellung oder ein Verwaltungsschreiben waren die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln der Verträge gemäß Art. 81 Abs. 2 EGV zivilrechtlich schwebend unwirksam.⁴² Die Wettbewerbsregeln konnten gegenüber Unternehmen ohne Freistellung sogar theoretisch jederzeit als strategisches Mittel eingesetzt werden, um die Einklagbarkeit des Vertrages zu umgehen.⁴³ Die

³⁷ *Veelken*, ZVglRWiss 97, 241, 247ff.

³⁸ Die Kommission im Grünbuch, a.a.O. (Einleitung: Fn. 3) Tz. 57; BKartA, Stellungnahme Grünbuch, vom 20. 6. 1997, S. 3; *Ackermann*, EuZW 1997, 271; *Biro/Fletcher*, ECLR 1998, 129, 130; *Veelken*, ZVglRWiss, 97 (1998), 241, 247ff.. A. A.: *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 236 Rn. 156, der weiterhin davon ausgeht, dass vertikale Vereinbarungen „grundsätzlich genauso gefährlich“ seien, wie horizontale.

³⁹ *Schwintowski*, in: FS für Sandrock, S. 901, 906.

⁴⁰ Zur allmählichen Aufweichung dieses grundsätzlichen Verbots im Verlauf der achtziger Jahre vgl. *Bechtold*, RIW 1987, 809 ff..

⁴¹ *Kalfass*, in: WuW 1999, 225, 233. Seit Beginn der Neunziger Jahre fand diese Auffassung auch Einzug in die Wettbewerbstheorien einzelner Mitglieder der Kommission; vgl. den ehemaligen Wettbewerbskommissar *van Miert*, WuW 1995, 553, 558; und zuvor bereits *Ehlermann*, WuW 1992, 5, 10; ders., in: EuZW 1994, 647, 648.

⁴² Damit bestand für ein Unternehmen auch keine Möglichkeit eventuelle Ansprüche, wie z.B. Schadensersatzansprüche, aus diesen Absprachen geltend zu machen; vgl. statt vieler *Bunte*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, Art. 81 Gen. Prinz. Rn. 223; *Semmler/Bauer*, DB 2000, 193.

⁴³ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln auf vertikale Beschränkungen, ABl.EG 1998 Nr. C365, v. 26.11.1998, im folgenden: Follow-up.

Vertragspartner mussten lediglich behaupten, es liege ein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EGV vor.⁴⁴ Bis zu einer Entscheidung der Kommission bestand für die Parteien deshalb grundsätzlich keine Rechtssicherheit für die Vereinbarung. Das Verfahren zur Einzelfreistellung war jedoch langwierig und kompliziert,⁴⁵ sodass es für die Unternehmen praktische keine realistische Möglichkeit gab, dem Verbot des Art. 81 Abs. 1 EGV durch Einzelfreistellung wieder zu entkommen.⁴⁶

Für die Kommission bedeutete das Freistellungsverfahren hingegen einen enormen Verwaltungsaufwand.⁴⁷ Die Erfahrung hat allerdings gezeigt, dass Anmeldungen eigentlich nur einen geringen Wert für den Schutz des Wettbewerbs haben. In 37 Jahren der Verordnung Nr. 17 haben sich aus reinen Anmeldefällen nur neun förmliche Untersagungsentscheidungen ergeben. Die Bearbeitung der großen Zahl wettbewerbspolitisch unproblematischer Anmeldefälle hinderte die Kommission aber daran, sich auf die Verfolgung besonders schwerer Wettbewerbsverstöße zu konzentrieren, die natürlich nicht angemeldet wurden.⁴⁸ Die Kommission arbeitete damit insgesamt zu reaktiv.

Die von der Kommission eingeführten comfort letters konnten diese unbefriedigende Situation nicht beseitigen. Nach der Rechtsprechung des EuGH⁴⁹ bieten sie für die Unternehmen nicht die Rechtssicherheit formeller Entscheidungen und somit insbesondere keinen Schutz vor zivilrechtlichen Sanktionen durch nationale Behörden. Sie können also nicht als vollwertiger Ersatz für eine Freistellung angesehen werden.⁵⁰ Des Weiteren entspricht eine Bearbeitungsquote von 150 dieser Verwaltungsschreiben pro Jahr und eine damit verbundene Wartezeit von etwa 18 Monaten⁵¹ nicht den wirtschaftlichen Anforderungen.

2.) Gruppenfreistellungsverordnungen

Doch auch an den Gruppenfreistellungsverordnungen, welche die oben dargestellten Missstände von Einzelfreistellungen und comfort letters eigentlich beheben sollten, wurde im Laufe der Zeit Kritik geübt.

⁴⁴ Tatsächlich fand eine solche strategische Nutzung der Wettbewerbsregeln nur selten statt, wie die große Zahl der trotz fehlender Anmeldung problemlos praktizierten Vereinbarungen zeigt; siehe *Eilmannsberger*, in: WBL 1997, 357, 359; *Hossenfelder*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf.

⁴⁵ Nicht selten kam es vor, dass ein Freistellungsantrag sogar über 20 Jahre lang unbearbeitet bei der für Wettbewerbssachen zuständigen GD IV lag; vgl. *Schwintowski*, in: FS für Sandrock, S. 901, 902.

⁴⁶ *Eilmannsberger*, WBL 1997, 357, 358; *Hawk*, CMLR 1995, 974, 975 – 986.

⁴⁷ Intern wurde davon gesprochen, dass sich zeitweise über 90 % der Mitarbeiter der GD IV ausschließlich mit Freistellungsanträgen nach Art. 81 Abs. 3 EGV beschäftigten; vgl. *Brinker*, in: Schwarze, Neuere Entwicklungen, S. 59, S. 60; *Schröter*, in: Baudenbacher, Neueste Entwicklungen, S. 3, 5; *Schwintowski*, in: FS für Sandrock, S. 901.

⁴⁸ *Erhart*, *Ecolex* 1999, 513; *Schaub/Dohms*, *WuW* 1999, 1055, 1056. In den Jahren 1988 bis 1998 entfielen nur 13 % sämtlicher neuer Fälle auf von Amts wegen eingeleitete Verfahren; vgl. Kommission, Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG – Vertrag vom 28.4.1999, Arbeitsprogramm der Kommission Nr. 99/027, Tz. 44. Im folgenden: Weißbuch.

⁴⁹ EuGH, Urteil v. 10. 07. 1980, Rs. 253/78, 1 – 3/79 (Guerlain), Slg. 1980, 2327, 2373.

⁵⁰ *Ackermann*, *EuZW* 1997, 271, 272.

⁵¹ Kommission im Grünbuch, a.a.O. (Einleitung: Fn. 3), Tz. 98.

a.) *Regime der GVOen*

Zunächst wurde angeführt, das bisherige Regime der GVOen vermöge es nicht, Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu schaffen.⁵² Vielmehr sei durch die vielen verschiedenen Verordnungen mit sich überschneidenden Geltungsbereichen ein Normgefüge entstanden, das aufgrund seiner Komplexität und Unübersichtlichkeit durch die Unternehmen kaum mehr kostengünstig und fallbezogen aufgearbeitet werden könne.⁵³ Die GVOen wiederholten teilweise inhaltsgleiche Regelungen, lösten aber andererseits gleiche Sachverhalte in bestimmten Fällen unterschiedlich,⁵⁴ was zu widersprüchlichen Vorschriften führe.⁵⁵ Ohne spezialisierte Beratung sei das Erstellen von rechtlich einwandfreien Vertriebsverträgen daher kaum möglich. Dies benachteilige besonders die kleinen und mittelständischen Unternehmen (KMU), obgleich deren Vereinbarungen nur in seltenen Fällen als wettbewerbsbeschränkend anzusehen seien.⁵⁶

b.) *Sektorenspezifische Sonderregelungen*

Des Weiteren wurden auch die sektoralen Wettbewerbsregeln mit ihren Vorschriften für einzelne Branchen aus wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten kritisch beurteilt. Es wurde angeführt, diese beträfen nicht lediglich Ausnahmebereiche, in denen der Wettbewerb als Steuerungsmechanismus nicht funktioniere. Sie würden vielmehr für Branchen gelten, bei denen die Kommission im Marktverhalten von Lieferanten und Wiederverkäufern Besonderheiten sah, welche ihrer Meinung nach eine Sonderregelung rechtfertigten. Tatsächlich würden jedoch weitaus mehr Sektoren existieren, als von den GVOen erfasst wurden, sodass eine politische Motivation für diese Sonderregelungen anzunehmen sei. Die tendenzielle Überregulierung dieser sektoralen Wettbewerbsregeln lege zudem den Wettbewerbsprozess in positiver Weise fest, anstatt ausschließlich Wettbewerbsbeschränkungen zu unterbinden. Dadurch sei eine Optimierung des gesamten Wettbewerbs verhindert worden.⁵⁷

c.) *Anwendbarkeit der GVOen*

Besonders von den Unternehmen wurde immer wieder vorgebracht, die bisherigen GVOen seien durch das System der schwarzen und weißen Klauseln zu schablonenhaft, zu starr und unflexibel. Die Freistellung machten sie von der Wahl des Vertragstyps abhängig. Vereinbarungen, die freigestellte Absprachen aus verschiedenen GVOen enthielten, würden daher nicht freigestellt.⁵⁸ Durch die Vorgabe feststehender Klauseln entstehe für die Unternehmen ein

⁵² *Blaurock*, in: Schwarze, Neuere Entwicklungen, S. 71, S. 72; *Nolte*, BB 1998, 2429; *Rittner*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, § 9, Rn. 46/47; *Semmler/Bauer*, DB 2000, 193, 194.

⁵³ *Möschel*, in: FS für Deringer, S. 328, 333.

⁵⁴ *Martinek/Habermeier*, ZHR 158 (1994), 107, 114 – 124.

⁵⁵ *Veelken*, in: FS für Mestmäcker, S. 789, 792.

⁵⁶ *Martinek/Habermeier*, ZHR 158 (1994), 107, 112.

⁵⁷ *Duijm*, Die Wettbewerbspolitik der EG, S. 164, 165, 190.

⁵⁸ *Polley/Seeliger*, WRP 2000, 1203, 1205; *Veelken*, in: FS für Mestmäcker, S. 789, 791.

„Zwangsjackeneffekt“⁵⁹. Nur die Anwendung weißer Klauseln garantiere eine Freistellung.⁶⁰ Für Anpassungen an sich ändernde Marktbedingungen gebe diese Regelung mangels Flexibilität keinen Raum, sodass sie sich unter Umständen sogar beschränkend auf den Wettbewerb auswirken könne.⁶¹

Des Weiteren wurde die teilweise fehlende Freistellung von Minusklauseln⁶², überschießenden Klauseln⁶³ und die sachliche Anwendungsbegrenzung auf zwei Unternehmen kritisiert.⁶⁴ Dienstleistungen und Waren der Intermediärstufe würden von den GVOen ebenfalls nicht erfasst. Durch diesen eng gesteckten Anwendungsbereich würden viele wichtige vertikale Vereinbarungen von vornherein von der Freistellungswirkung der GVOen ausgenommen.⁶⁵ Das ausschließliche Abstellen auf den Inhalt der Vereinbarungen anstelle der Berücksichtigung ihrer Marktwirkung führe außerdem dazu, dass einige Absprachen per-se freigestellt würden, obwohl sie von Unternehmen mit erheblicher Marktmacht getroffen würden. Viele ökonomisch unbedenkliche Vereinbarungen bzw. Minusklauseln würden hingegen aufgrund der punktuellen Wirkung von GVOen nicht freigestellt.⁶⁶

Außerdem lasse die Kommission die Adressaten des Kartellverbots darüber im unklaren, inwiefern neben freigestellten Klauseln auch solche von der Freistellungswirkung einer GVO erfasst sind, die nicht in den weißen oder schwarzen Listen aufgeführt sind. Die mangelnde Transparenz bestimmter Regelungen,⁶⁷

⁵⁹ *Massey*, in: Hawk, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, S. 91, 114.

⁶⁰ Vgl. bspw. *Charbonnier*, in: Perspektiven für die Wettbewerbsfähigkeit Europas, S. 81, 95, der die Situation der Parteien mit der des Schützen vor der Torwand vergleicht. Sie müssen bestimmte Vertragstypen mit bestimmten Klauseln treffen, unabhängig davon, ob dies ihren Ansprüchen gerecht wird, oder nicht.

⁶¹ WSA, Stellungnahme Grünbuch, 3.1.1; *Axster*, in: FS für Deringer, S. 213 f.; *Bechtold*, EuR 1992, S. 41, 53; *Biro/Fletcher*, ECLR 1998, 129, 130; *Blaurock*, in: Schwarze: Neuere Entwicklungen, S. 71, 73; *Brinker*, in: Schwarze, Neuere Entwicklungen, S. 59, 61; *Duijm*, Die Wettbewerbspolitik der EG, S. 161/162; *Eilmansberger*, WBL 1997, 357, 358; *Martinek/Habermeier*, ZHR 158 (1994), 107, 131 – 134; *Müller-Graff*, EuR 1992, S. 1, 39 f.; *Nolte*, BB 1998, 2429; *Pukall*, NJW 2000, 1375; *Rittner*, JZ 1996, 377, 382; *Wolf*, in: Baudenbacher, Neueste Entwicklungen, S. 123, 125;.

⁶² Entgegen bspw. der GVO Technologietransfer, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 25), Art. 2 Abs. 3, enthielt die GVO Alleinvertrieb, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21), keine Bestimmung, nach der die Freistellung nicht berührt wird, wenn die Vertragspartner der Wettbewerbsbeschränkung einen weniger weitgehenden Umfang geben, als die Anwendbarkeit zulässt; vgl. *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 447 Rn. 34

⁶³ Siehe oben Fn. 28.

⁶⁴ *Ackermann*, EuZW 1997, 271, 272; WSA, Stellungnahme Grünbuch, 3.2.1.; *Rahlmeyer*, in: Martinek/Semmler, Handbuch des Vertriebsrechts, § 30 Rn. 17 ff.; *Wiedemann*, GVO-Kommentar, Bd. 1, S. 100 Rn. 309 ff.; ders. a.a.O., GVO 1983/83 Art. 1 Rn. 20.

⁶⁵ *Eilmansberger*, WBL 1997, 357, 358; *Semmler/Bauer*, DB 2000, 193; *Schwintowski*, in: FS für Sandrock, S. 901, 903; *Wolf*, in: Baudenbacher, Neueste Entwicklungen, S. 123, 125.

⁶⁶ *Ackermann*, EuZW 1997, 271, 272; *Bayreuther*, EWS 2000, 107; BKartA, Stellungnahme Grünbuch, S. 1; *Kallfass*, WuW 1999, 225, 237. Kritisch hingegen zu der mit den GVOen einhergehenden Annäherung des gemeinschaftsrechtlichen Verbots- an das Missbrauchsprinzip: *Emmerich*, in: Dausen, EU-WR, Bd. 2, H.I. § 1, Rn. 185; *Hossenfelder/Parlasca*, WuW 1995, 474, 475; *Köhler*, WRP 1996, 835, 841; *Wolf*, WM 1992, 1730.

⁶⁷ *Dressel*, GRUR Int. 1989, 186; *Müller-Graff*, EuR 1992, 1, 9 u. 31 ff.; *Rohardt*, WuW 1993, 124; *Skaupy*, DB 1989, 765, 767; *Ullrich*, GRUR Int. 1989, 246, 247; *Wiedemann*, GRUR Int. 1990, 807, 809;

zusammen mit der Benutzung unbestimmter Rechtsbegriffe,⁶⁸ erhöhten daher das Subsumtionsrisiko der Unternehmen.⁶⁹ Aufgrund des von der Kommission angewandten „Alles-oder-Nichts“ Prinzips⁷⁰ erstreckte sich dieses jedoch auf die gesamte Vereinbarung. Damit provoziere das Freistellungsverfahren geradezu eine Flut von Anmeldungen, bzw. trage zur Förderung des Zwangsjackeneffektes bei.⁷¹

III.) Zusammenfassung

Die Wettbewerbspolitik der Kommission in Bezug auf vertikale Vereinbarungen ist bis zum Erlass der GVO Nr. 2790/99 somit in drei wesentlichen Punkten zu kritisieren.

1. Der von der Kommission bisher verfolgte Ansatz, jegliche Art von Beschränkung behindere grundsätzlich den Wettbewerb, ist als juristisch-ökonomische Einschätzung vertikaler Beschränkungen nicht mehr zeitgemäß. Die aus diesem Ansatz resultierende Ausgestaltung des Sekundärrechts, nach der schon allein der Inhalt einer Vereinbarung über deren Freistellungsfähigkeit entscheidet, kann daher eine ökonomisch sinnvolle Beurteilung von vertikalen Absprachen nicht gewährleisten.
2. Das bisherige Gruppenfreistellungssystem gewährte den Unternehmen keine befriedigende Rechtssicherheit. Die GVOen selbst regelten nur einen kleinen Bereich des Spektrums der vertikalen Beschränkungen, waren mit ihren weißen Klauseln jedoch zu unflexibel. Ihre übermäßige Regulierung belastete besonders kleine und marktschwache Unternehmen unnötig. Aufgrund mangelnder Transparenz und der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe war zudem das Subsumtionsrisiko für die Unternehmen sehr hoch.

Für den großen Teil der nicht von den GVOen erfassten Vereinbarungen erfolgten rechtlich verbindliche Einzelfreistellungen hingegen nur schleppend, in den meisten Fällen aber gar nicht. Damit blieben die Unternehmen bis zu einer Entscheidung über ihren Antrag ohne wirksamen Rechtsschutz durch das Gemeinschaftsrecht.

3. Das Arbeitspotenzial der Kommission war mit der Bearbeitung der hohen Zahl von Freistellungsanträgen fast völlig gebunden. Es fehlten daher Kapazitäten für die Bearbeitung der wettbewerbsrechtlich wirklich bedeutungsvollen Fälle. Ein effektiver Wettbewerbsschutz mit Abschreckungswirkung war daher durch die Kommission nicht gewährleistet.

⁶⁸ *Lugard*, ECLR 1996, 166, 173 f.; *Müller-Graff*, EuR 1992, 1, 31; *Martinek/Habermeier*, ZHR 158 (1994), 107, 133.

⁶⁹ *Gillissen*, Lockerung des Freistellungsmonopols zugunsten der EU-Staaten, S. 56; *Neumann*, RIW 1985, 85, 88; *Wiedemann*, GRUR Int. 1990, 807, 811.

⁷⁰ Vgl. oben S. 6, Kapitel Eins:A.)II.)b.) „Aufbau der GVOen“.

⁷¹ *Ackermann*, EuZW, 1997, 271, 272; *WSA*, Stellungnahme Grünbuch, 3.2.1.; *Axster*, WuW 1994, 615ff., *Blaurock*, in: *Schwarze*, Neuere Entwicklungen, S. 71, S. 74; *Brinker*, in: *Schwarze*, Neuere Entwicklungen, S. 59, S. 61; *Eilmansberger*, WBL 1997, 357, 358; *Martinek/Habermeier*, ZHR 158 (1994), 107, 128 – 130; *Schnabel*, in: FS für Jürgen F. Baur, S. 163, 175; *Wiedemann*, GVO-Kommentar, Bd. 1, S. 109 ff., Rn. 331ff.. Für das „Alles-oder-Nichts“ Prinzip hingegen: *Veelken*, ZVglRW 97 (1998), 241, 275.

Kapitel Zwei: Einführung zur Verordnung Nr. 2790/99

Nach der Entstehungsgeschichte der GVO sollen nun die beiden ÄnderungsVOen erläutert werden, die der GVO Nr. 2790/99 vorausgingen. Im Anschluss daran werden kurz die Ziele und der Aufbau der GVO dargestellt.

A.) Entstehungsgeschichte

Die schon länger angekündigte und zeitlich mehrfach verzögerte Wende¹ in der europäischen Wettbewerbspolitik wurde im Jahre 1997 eingeleitet.

I.) Grünbuch

Mit dem damals vorgelegten Grünbuch² veröffentlichte die Kommission eine umfassende Analyse der rechtlichen und ökonomischen Rahmenbedingungen für vertikale Beschränkungen. Basierend auf dieser Analyse stellte die Kommission insgesamt vier Optionen³ für eine Reform der Wettbewerbspolitik bezüglich vertikaler Beschränkungen zur Diskussion.

Die erste Option⁴ stellte eine Beibehaltung der alten GVOen dar.⁵ Der zweite Vorschlag der Kommission beruhte ebenfalls auf der grundsätzlichen Beibehaltung des bisherigen Systems. Allerdings sah diese Option punktuelle Änderungen⁶ an den einzelnen GVOen vor.⁷ Die dritte Option⁸ beinhaltete die Einführung einer Marktanteilsschwelle von 40% als Anwendungsvoraussetzung für die verschiedenen

¹ *Veelken*, ZVglRWiss 97 (1998), 241, mit Bezug auf die Antwort der Kommission auf die schriftliche Anfrage im Europäischen Parlament vom 28. 7. / 11.9. 1995, ABI.EG 1995 Nr. C 311/42; XXV. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1995) Tz. 44. Vgl. auch *van Miert*, WuW 1995, 553, 558.

² Grünbuch, a.a.O. (Einleitung: Fn. 3).

³ Grünbuch, a.a.O. (Einleitung: Fn. 3), S. 81ff..

⁴ Grünbuch, a.a.O. (Einleitung: Fn. 3), S. 82, Tz. 281.

⁵ Aus den oben genannten Gründen, wurde diese Variante nur von einer geringen Minderheit der Stellungnahmen zum Grünbuch befürwortet. Ausdrücklich für eine Beibehaltung des bisherigen Systems sprach sich z. B. der Ausschuss der Regionen in seiner Stellungnahme zum Grünbuch aus. Dieses stelle den besten Schutz für die KMU und die Verbraucher dar; vgl. ABI.EG 1997 Nr. C 244/8, v. 12.06. 1997, Unterpunkt 11.

⁶ Die wesentlichsten Veränderungen waren eine inhaltliche Ausdehnung der Anwendungsbereiche auf zusätzliche Sachverhalte, Klauseln und Begünstigte, eine Abschaffung des „Alles-oder-Nichts“ Prinzips und eine Einräumung größerer Freiräume bei der Anwendung von Verordnungen für die Verwaltung. Der Katalog der Maßnahmen sollte aber modifizierbar sein und auch als ein Bestandteil in den anderen Optionen fungieren können; vgl. Grünbuch, a.a.O. (Einleitung: Fn. 3), S. 82, Tz. 282 – 285.

⁷ Da die vorgeschlagenen Änderungen im wesentlichen auf den oben ausgeführten Kritikpunkten beruhten, wurden sie in den Stellungnahmen zum Grünbuch weitgehend positiv aufgenommen; siehe *Ackermann*, EuZW 1997, 271, 272; WSA, Stellungnahme Grünbuch, 3.2.1ff.; *Rohardt*, WuW 1997, 473, 485.

⁸ Grünbuch, a.a.O. (Einleitung: Fn. 3), S. 84, Tz. 286 – 292.

GVOen.⁹ In der vierten Option¹⁰ wurde schließlich die Einführung einer weitgefassten GVO erwogen, die eine widerrufbare Annahme der Nichtanwendbarkeit von Art. 81 Abs. 1 EGV für Unternehmen mit einem Marktanteil von weniger als 20% vorsah. Diese sog. Negativattestannahme sollte sich mit wenigen Ausnahmen auf sämtliche vertikalen Beschränkungen erstrecken. Für die Fälle, in denen die Unternehmen den Schwellenwert überschreiten, sollte dann entweder eine GVO nach dem Modell der Option II, oder eine GVO mit einem Marktanteil von 40%, wie in Option III vorgesehen, eingreifen.¹¹

Auf das Grünbuch folgte eine breite Diskussion, die auch neue Vorschläge zur Reform des Wettbewerbsrechts bezüglich vertikaler Beschränkungen hervorbrachten.

So wurde zunächst als fünfte Option angedacht, durch eine restriktivere Auslegung des Tatbestandes von Art. 81 Abs. 1 EGV zu einem gänzlichen Verzicht auf die GVOen zu gelangen.¹² Die Grenzen der Interpretation von Art. 81 Abs. 1 EGV seien keineswegs schon vollständig ausgelotet. Vielmehr habe der EuGH selbst in einigen Urteilen¹³ eine Tendenz zur restriktiven Auslegung des Tatbestandes erkennen lassen,¹⁴ die der amerikanischen rule of reason¹⁵ entspreche.¹⁶ Entgegen dem Hinweis im Grünbuch, die Kommission ziehe nur Lösungen in Betracht, die sich im Rahmen des EG-Vertrages hielten,¹⁷ wurde weiterhin vorgeschlagen, Art. 81 Abs. 1

⁹ Dieser Vorschlag wurde in den Stellungnahmen teilweise negativ aufgenommen, da die Bestimmung von Marktanteilsschwellen kostspielig sei und Rechtsunsicherheit hervorriefe. Außerdem seien diese nur ein Merkmal neben anderen für die wirtschaftliche Beurteilung wesentlichen Kriterien. Schließlich stelle die Marktanteilsschwelle von 40% eine Reduktion des Freistellungsrahmens dar; so *Ackermann*, EuZW 1997, 271, 273; WSA, Stellungnahme Grünbuch, 3.3.1ff.; *Kellaway*, ECLR 1997, 387, 390; *Schnabel*, in: FS für Jürgen F. Baur, S. 163, 174/175; *Rohardt*, WuW 1997, 473, 484.

¹⁰ Grünbuch, a.a.O. (Einleitung: Fn. 3), S. 85, Tz. 293 – 301.

¹¹ Dieser Vorschlag sah als einziger eine Beurteilung unabhängig von den verschiedenen Vertragstypen vor. Er wurde in den Stellungnahmen jedoch teilweise als vertragswidrig abgelehnt, da damit das Verbotsprinzip des Art. 81 Abs. 1 EGV im Wege einer sekundärrechtlichen Regelung in eine Missbrauchsaufsicht verwandelt werde. Des Weiteren wurde angeführt, dass Option IV grundsätzlich eine Verringerung der Rechtssicherheit für die Unternehmen mit sich bringen würde, da Negativatteste wie Verwaltungsschreiben nach herrschender Auffassung keinen Vorrang vor dem nationalen Kartellrecht genießen; vgl. *Biro/Fletcher*, ECLR 1998, 129, 135; *Eilmansberger*, WBL 1997, 357, 364.

¹² Follow-up, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn.43), S. 9 (7) bspw.: *Ackermann*, EuZW 1997, S. 274.

¹³ Vgl. bspw. EuGH, Urteil v. 13. 07. 1966, Rs. 56 u. 58/64 (*Grundig/Consten*), Slg. 1966, 322, 387 f.; EuGH, Urteil v. 30. 06. 1966, Rs. 56/65 (*Maschinenbau/Ulm*), Slg. 1966, 282, 304; EuGH, Urteil v. 28. 01. 1986, Rs. 161/84 (*Pronuptia*) Slg. 1986, 353.

¹⁴ *Rohardt*, WuW 1997, 473, 481 – 484.

¹⁵ Zur rule of reason vgl. ausführlich: *Treumann/Peltzer*, US Business-Law, S. 212 – 218.

¹⁶ Gegen diese Option wurde jedoch vorgebracht, dass sie dem Art. 81 EGV immanenten System des Verbots mit Freistellungsklausel zuwiderlaufe. Die Freistellungsregelung des Abs. 3 würde bei diesem Ansatz leer laufen. Des Weiteren sei nicht ersichtlich, mit welchen Argumenten eine rule of reason auf vertikale Wettbewerbsbeschränkungen begrenzt werden kann; siehe BKartA, Stellungnahme Grünbuch, S. 8. Ebenso wurde die Anregung abgelehnt, die Tragweite des Art. 81 durch eine restriktivere Interpretation des Merkmals der Handelsbeeinträchtigung einzuschränken. Dies bedeute einen Kompetenzverlust für die Gemeinschaft und eine Renationalisierung der Wettbewerbspolitik; vgl. *Schröter*, in: *Baudenbacher*, Neueste Entwicklungen, S. 3, 6.

¹⁷ Grünbuch, a.a.O. (Einleitung: Fn. 3), S. 81, Tz. 273.

EGV dahingehend zu ändern, ein Missbrauchskontrollsystem bezüglich der vertikalen Beschränkungen einzuführen.¹⁸ Wie im GWB sollten dann alle vertikalen Beschränkungen grundsätzlich als zugelassen gelten, es sei denn, die Kommission stelle einen Missbrauch fest und hebe die positive Vermutung auf.¹⁹ Schließlich wurde die Einführung einer „Schirm“-GVO vorgeschlagen, die auf einem Ansatz ähnlich dem der schwarzen Listen basieren sollte. Hierfür waren zwei Varianten vorgesehen. Die erste sah keine Marktanteilsschwelle vor.²⁰ In der zweiten hingegen sollte die Freistellung auf Unternehmen mit einem Marktanteil von unter 25% beschränkt bleiben.²¹

Die vor dem Grünbuch vereinzelt diskutierte Variante der Einführung eines allgemeinen Teils für GVOen²² wurde allerdings nicht angesprochen.

II.) Follow – up zum Grünbuch

Nach zwei nichtamtlich veröffentlichten Entwürfen²³ wurde die sich an das Grünbuch anschließende Diskussion von der Kommission in dem sogenannten „Follow-up“ zum Grünbuch²⁴ ausgewertet und verarbeitet. Darin erkannte sie zunächst die oben dargestellte Kritik gegenüber dem Gruppenfreistellungssystem an.²⁵ Sie räumte ein, die formalen Anforderungen der GVOen seien zu streng und wirkten daher wie ein starres Korsett. Außerdem würden Beschränkungen unabhängig von ihrer Marktwirkung freigestellt und Dienstleistungen sowie Waren der Intermediärstufe vernachlässigt²⁶.

Durch die verschiedenen Stellungnahmen im Anschluss an das Grünbuch sei die Kommission in dieser Auffassung bestätigt worden. Es habe weitestgehende

¹⁸ Follow-up, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn.43), S. 9 (8) bspw.: BKartA, Stellungnahme Grünbuch, S. 6 und 7.

¹⁹ Auch dieser Ansatz wurde jedoch kritisiert. So sei eine Missbrauchsaufsicht problematisch, weil sie zu permanenten Eingriffen der Behörden führen könne. Außerdem sei ihre Wirksamkeit fraglich, da es umfangreicher Untersuchungen bedürfe, die Wettbewerbswirkungen vertikaler Beschränkungen zu beurteilen, die von den im Einzelfall vorliegenden Marktbedingungen abhängig seien. Zudem dürfe auch bei einer Missbrauchskontrolle nicht das gemeinschaftsrechtliche Ziel der Marktintegration vernachlässigt werden; vgl. *Kalfass*, in: WuW 1999, 225, 240.

²⁰ Follow-up, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn.43), S. 9 (6).

²¹ BKartA, Stellungnahme Grünbuch, S. 10 – 13.

²² Vgl. *Martinek/Habermeier*, ZHR 158 (1994), 107, 113; Wiedemann, GVO-Kommentar, Bd. 1, Allgem. Teil Rn. 76. Umfassend zu dieser Frage: Geers, Die Gruppenfreistellung im EG-Kartellrecht.

²³ Vgl. *Nolte*, BB 1998, 2429, 2430 Fn. 14.

²⁴ Follow-up, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn.43).

²⁵ Im Grünbuch hatte die Kommission zwar die von verschiedenen Unternehmen vorgebrachte Kritik am damaligen Freistellungssystem ausführlich dargelegt. Hierbei handelte es sich jedoch lediglich um die neutrale Darstellung einer nach der Kommission nicht repräsentativen Befragung. Eine Stellungnahme der Kommission selbst hingegen fehlte. Grünbuch, a.a.O. (Einleitung: Fn. 3), S. 69 – 80, Tz. 219 – 269.

²⁶ Follow-up, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn.43), S. 4.

Einigung darüber bestanden, dass es sinnvoll sei, die bis dahin geltenden Regeln für vertikale Beschränkungen zu überdenken.²⁷

Basierend auf diesen Erkenntnissen und ihren ökonomischen Analysen kam die Kommission schließlich zu dem Ergebnis, dass mit Ausnahme einiger schwerwiegender Beschränkungen bei fehlender Marktmacht von der Zulässigkeit vertikaler Beschränkungen ausgegangen werden könne.²⁸ Daher schloss sie sich, nachdem sie zuvor sämtliche Optionen des Grünbuchs als unzureichend verworfen hatte,²⁹ dem Vorschlag der Einführung einer „Schirm“-GVO mit Marktanteilsschwelle an und legte diesen in seinen Grundzügen dar.³⁰

III.) ÄnderungsVOen und Entwurf

Nachdem die Kommission mit den Änderungen der VO Nr. 17/62³¹ und Nr. 19/65³² im Juni 1999 die Grundvoraussetzungen für den Erlass der neuen GVO geschaffen hatte, veröffentlichte sie im September 1999 den Entwurf der GVO³³. Dieser enthielt auch einen Entwurf für die Leitlinien.

IV.) Ziele der GVO

Schon nach der relativ kurzen Frist von etwa drei Monaten folgte dann am 22.12.1999 die endgültige Verordnung Nr. 2790/99. Die endgültige Fassung der Leitlinien³⁴ wurde hingegen erst am 13.10.2000 erlassen.

Grundsätzliches Ziel der GVO – wie auch des europäischen Kartellrechts im allgemeinen – ist es, den Wettbewerb zu schützen und die Marktintegration zu fördern. Sie soll aber auch die Rechtssicherheit der Unternehmen fördern, für zumutbare Verwaltungskosten sowie für mehr Dezentralisierung sorgen.³⁵

Das unflexible alte System soll einem neuen, stärker wirtschaftlich ausgerichteten Ansatz weichen. Durch das Weglassen der weißen Klauseln, die festlegen, welche Vereinbarung freigestellt wird, soll mehr Flexibilität für die Unternehmen bei der Vertragsgestaltung zugelassen werden. Die breitgefaste „Schirm“-GVO soll den Unternehmen weiterhin einen „sicheren Hafen“ bieten,³⁶ indem diejenigen Vereinbarungen nicht mehr der Einzelprüfung unterliegen, von denen mit hinreichender Sicherheit angenommen werden kann, dass sie die Voraussetzungen

²⁷ Follow-up, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn.43), S. 8.

²⁸ Follow-up, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn.43), S. 25.

²⁹ Follow-up, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn.43), S. 32.

³⁰ Da die Vorschläge im Follow-up das Grundkonzept der eigentlichen GVO darstellen, soll hier auf eine ausführliche Darstellung der einzelnen Punkte verzichtet werden. Grundlegende Abweichungen der endgültigen GVO werden im folgenden jedoch an den entsprechenden Stellen deutlich gemacht werden. Selbiges gilt auch für den Entwurf der GVO sowie für die Leitlinien.

³¹ A.a.O. mit Hinweis auf die ÄnderungsVO, (Einleitung: Fn. 7).

³² A.a.O. mit Hinweis auf die ÄnderungsVO, (Einleitung: Fn. 8).

³³ ABI.EG 1999, Nr. C 270/7, v. 24.09.1999.

³⁴ A.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

³⁵ Follow-up, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn.43), S. 33.

³⁶ Follow-up, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn.43), S. 6.

von Art. 81 Abs. 3 EGV erfüllen.³⁷ Dadurch könnte weiterhin auch die Kommission vom Massenproblem der Freistellungsanträge befreit werden, sodass sie sich auf die wichtigen Fälle konzentrieren kann.³⁸ Die Kommission hat also versucht, mit diesen Zielsetzungen die im ersten Kapitel herausgearbeiteten Schwachstellen des bisherigen Freistellungssystems zu beseitigen.

V.) Leitlinien

Die Leitlinien zur GVO sollen es schließlich den Unternehmen erleichtern, vertikale Vereinbarungen selbst nach Maßgabe der EG-Wettbewerbsregeln zu beurteilen.³⁹

Da sie die Ansichten der Verfasser der GVO wiedergeben, kommt ihnen eine vorrangige Bedeutung bei der Interpretation des Verordnungstextes zu.⁴⁰ Als Akte sui generis haben sie für die nationalen Gerichte und Behörden zwar zunächst keine Bindungswirkung.⁴¹ Erst wenn der EuGH die Grundsätze der Leitlinien im Bedarfsfall durch ein Urteil bestätigt, werden sie allgemeinverbindlich.⁴² Sie haben jedoch schon jetzt als ein Kompendium über die kartellrechtliche Beurteilung von Vertikalvereinbarungen durch die Kommission eine große praktische Wirksamkeit. Denn es gilt als sicher, dass sie künftig nicht nur Maßstab für die Entscheidungen der Kommission sein, sondern auch die Praxis der nationalen Behörden und Gerichte maßgeblich beeinflussen werden.⁴³

Obwohl sie also grundsätzlich nicht rechtsverbindlich sind, ist davon auszugehen, dass sie von den zuständigen Behörden und Gerichten in den meisten Fällen als verbindliche Auslegungsanleitung verwendet werden.⁴⁴ Rechtssicherheit gibt es für die Unternehmen diesbezüglich jedoch nicht, so dass sie im Streitfall grundsätzlich sowohl mit der Entscheidungstradition des zuständigen Gerichts, als auch mit der Anwendung der Leitlinien rechnen müssen.

B.) Ermächtigungsgrundlage

Die Verordnung Nr. 2790/99 wurde von der Kommission „gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ und „gestützt auf die Verordnung Nr.

³⁷ GVO Nr. 2790/99, a.a.O. (Einleitung: Fn. 5), Erwgr. (5).

³⁸ Follow-up, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn.43), S. 33.

³⁹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6) Tz. 3.

⁴⁰ Pautke/Schultze, BB 2001, 317.

⁴¹ Geiger, R., EUV/EGV, Art. 249 Rn. 26; *Semmler/Bauer*, DB 2000, 193, 194, Fn. 30. In Bezug auf Bekanntmachungen, als Oberbegriff für Leitlinien: *Bunte*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, Einführung zum EG-Kartellrecht Rn. 25; *Bunte/Sauter*, EG-GVOen, S. 226 Rn. 104; *Mestmäcker*, Europäisches Wettbewerbsrecht, S. 38 ff.; *Gleiss/Hirsch*, EG-Kartellrecht, Bd. 1, Einl Rn. 77 ff.; *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Vorbem. z. d. Art. 85 bis 89 Rn. 13.

⁴² *Jaeger*, WuW 2000, 1062, 1070.

⁴³ *Bechtold*, EWS 2001, 49, 53.

⁴⁴ Zweifelhaft könnte dies bei grundlegenden Widersprüchen der Leitlinien mit der Entscheidungstradition wie bspw. der Neuregelung der Handelsvertretervereinbarungen sein, vgl. dazu unten S. 74ff., Kapitel Vier:A.)III.)6.)c.)(4)ii).

19/65/EWG des Rates vom 2. März 1965 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen⁴⁵ erlassen.

I.) Wesentliche Neuerungen der VO Nr. 19/65

Um den Erlass einer „Schirm“-GVO zu ermöglichen, musste die Ermächtigungsgrundlage in Form der VO Nr. 19/65⁴⁶ zunächst überarbeitet werden. Denn die ursprüngliche Fassung der VO aus dem Jahre 1965 sah in Art. 1 lediglich die Ermächtigung zur Freistellung von Vereinbarungen vor, die zwischen zwei Unternehmen getroffen wurden und die sich entweder auf den Alleinbezug bzw. den Alleinvertrieb von Waren oder auf die Nutzung gewerblicher Schutzrechte bezogen.

Mit der VO Nr. 1215/99 wurde der Anwendungsbereich des Art. 1 Abs. 1 Buchst. a) und des Art. 2 Buchst. b) der VO Nr. 19/65 auf alle Arten von vertikalen Vereinbarungen erweitert. Weiterhin wurde die Kommission durch Hinzufügen des Art. 1a dazu ermächtigt, in einer Gruppenfreistellungsverordnung Bedingungen festzuschreiben, unter denen sie per Verordnung die GVO auf bestimmte Netze gleichartiger Vereinbarungen oder abgestimmter Verhaltensweisen auf einem bestimmten Markt für nicht anwendbar erklären kann. Durch den eingefügten Art. 7 Abs. 2 der VO wurden schließlich die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten ermächtigt, den Vorteil der von der Kommission aufgrund von Art. 1 der VO Nr. 19/65 erlassenen GVOen zu entziehen.⁴⁷

Da alle der hier aufgeführten Änderungen in der GVO Nr. 2790/99 aufgegriffen wurden, sollen sie unten an entsprechender Stelle erläutert werden.⁴⁸

II.) Keine Freistellung von Beschlüssen

Während in der ErmächtigungsVO des Rates Nr. 2821/71⁴⁹ für horizontale GVOen alle drei in Art. 81 Abs. 3 EGV genannten Handelsformen aufgeführt sind, werden Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen von der VO Nr. 19/65 nicht erfasst. Diese Unterscheidung ist auch mit der Novellierung durch die VO Nr. 1215/99⁵⁰ nicht aufgehoben worden.

⁴⁵ GVO Nr. 2790/99 a.a.O. (Einleitung: Fn. 5), vor d. Erwägungsgründen.

⁴⁶ A.a.O. (Einleitung: Fn. 8).

⁴⁷ Diese Entzugsbefugnis für nationale Behörden ist unmittelbar anwendbar, da sie keines weiteren Gesetzgebungsaktes der Kommission bedarf, sie hinreichend klar und eindeutig ist, ihre Ausführung an keine materiellen Bedingungen geknüpft ist und sie für sich allein als rechtliche Regelung genügt; vgl. *Schmidt, G.*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 4, Art. 189 Rn. 10. Sie gilt damit seit dem 10. 6. 1999, dem Inkrafttreten der VO Nr. 1215/99; vgl. *de Bronett, WuW* 1999, 825, 826.

⁴⁸ Vgl. unten S. 56 ff., Kapitel Vier:A.)III.) „Definition des Anwendungsbereiches (Art. 2 Abs. 1)“; S. 171 ff., Kapitel Sieben:B.) „Artikel 7“; S. 179 ff., Kapitel Sieben:C.) „Artikel 8“.

⁴⁹ Vgl. Art. 1 Abs. 1 der VO, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 19).

⁵⁰ A.a.O. (Einleitung: Fn. 8).

Dabei ist umstritten, ob eine Änderung der VO Nr. 19/65 in diesem Zusammenhang bewusst unterlassen wurde,⁵¹ oder ob es sich um eine ungeplante Regelungslücke handelt, die durch analoge Anwendung zu schließen ist.⁵² Die Tatsache, dass in der Ermächtigungsverordnung im Jahre 1965 Beschlüsse nicht erwähnt wurden, könnte tatsächlich eine ungeplante Regelungslücke dargestellt haben. Da diese Lücke jedoch bei der Überarbeitung durch die VO Nr. 1215/99 nicht geschlossen wurde, ist anzunehmen, dass sie so gewollt war. Beschlüsse können damit von vertikalen Gruppenfreistellungsverordnungen nicht erfasst werden.

III.) Fehlende Begrenzung des Freistellungsrahmens in der Novellierung

Die alte Ermächtigungsgrundlage führte das Verbotssystem des Art. 81 Abs. 1 EGV mit Freistellungsmöglichkeit in Abs. 3 konsequent fort, indem sie enumerativ und damit abschließend die Arten von vertikalen Beschränkungen aufzählte, auf die das Verbot des Abs. 1 mittels GVO für nicht anwendbar erklärt werden konnte. In der neuen VO Nr. 19/65 ist dies nicht mehr der Fall.

Die Kommission hat während des gesamten Reformprozesses selbst immer wieder betont, dass verschiedene Gruppen von vertikalen Vereinbarungen mit schwerwiegenden wettbewerbsschädigenden Beschränkungen grundsätzlich nicht freigestellt werden sollten. Dabei wurden immer wieder die Vereinbarung von Mindestverkaufspreisen, die Behinderung von Parallelhandel oder Passivverkäufen und die in Vertriebsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern enthaltenen Beschränkungen genannt.⁵³

Im Vorschlag des Rates für eine NovellierungsVO Nr. 1215/99⁵⁴ wurden zumindest noch die Ausnahmen über Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern und die Absprachen von Gemeinschaftsunternehmen erwähnt. In der verabschiedeten Neufassung der VO heißt es dagegen nur noch, dass Gruppen von vertikalen Vereinbarungen i.S. der VO, die von zwei oder mehr Unternehmen geschlossen werden, freigestellt werden können. Eine Aufzählung nicht freistellbarer, schwerwiegend wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen fehlt. Sie taucht lediglich in Form der schwarzen Liste in Art. 4 der GVO Nr. 2790/99 auf.

Problematisch ist hier der Ansatzpunkt der Kommission. Die Neugestaltung der VO Nr. 19/65 war kein eigenständiger Prozess. Vielmehr wurde im Laufe der Diskussion über die Reformierung des Wettbewerbsrechts in Bezug auf vertikale Beschränkungen deutlich, dass der gefundene Lösungsweg mittels der alten Ermächtigungsgrundlage nicht verwirklicht werden konnte.⁵⁵ Die Novellierung der VO Nr. 19/65 hat sich somit nach den Vorgaben der geplanten „Schirm“-GVO gerichtet und nicht umgekehrt.⁵⁶

⁵¹ So *Ackermann*, EuZW 1999, 740; *Bayreuther*, EWS 2000,106, Fn. 11; *Roniger*, Das neue Vertriebsrecht, Art. 2 Fn. 1.

⁵² So *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG – Wettbewerbsrecht, Erg.-Bd., GFVO, Rn. 86.

⁵³ Grünbuch, a.a.O. (Einleitung: Fn. 3) Tz. 295; Follow-up, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn.43), S. 25; GVO Nr. 2790/99, a.a.O. (Einleitung: Fn. 5) Erwgr. (10).

⁵⁴ Art. 1 Abs. 1 a) d. Vorschlags zur Novellierung der VO Nr. 19/65, KOM 98/0546 Endg.; ABI.EG 1998 Nr. C 365/27, v. 26.11.1998.

⁵⁵ Siehe Grünbuch, a.a.O. (Einleitung: Fn. 3) Tz. 282.

⁵⁶ *de Bronett*, WuW 1999, 825; *Rohardt*, WuW 1998, 1050, 1057.

Abgesehen von der Tatsache, dass die hier gewählte Vorgehensweise den Sinn einer Ermächtigungsgrundlage ad absurdum führt, kann sie in Zukunft weitere negative Auswirkungen auf die Europäische Wettbewerbspolitik haben. Denn die VO Nr. 19/65 ist nicht nur Ermächtigungsgrundlage für die neue „Schirm – GVO“. Novellierungen der GVOen Technologietransfer⁵⁷ und Kfz - Vertrieb⁵⁸ sind ebenfalls aufgrund dieser VO zu erlassen. Das Versäumnis der Aufnahme einer allgemeingültigen schwarzen Liste in die Ermächtigungsgrundlage hat daher zur Folge, dass zukünftige GVOen diese allgemeingültigen Punkte in ihren schwarzen Listen ebenfalls gesondert werden aufführen müssen. Dies hat der Erlass der neuen GVO Kfz – Vertrieb bestätigt. So wurden dort nicht nur die Kernbeschränkungen, sondern sogar ein wesentlicher Teil der Regelungen aus den Artt. 1, 2, 4, 6 bis 9 und 11 der GVO Nr. 2790/99 übernommen.⁵⁹

Ein solcher Ansatz kann aber nicht zur Rechtsklarheit beitragen.⁶⁰ Wenn eindeutige Vorstellungen darüber existieren, welche vertikalen Vereinbarungen als sogenannte „hard-core“ – Beschränkungen nicht freigestellt werden dürfen, sollten diese als schwarze Klauseln in der Ermächtigungsgrundlage für GVOen aufgeführt sein und nicht erst in der jeweiligen GVO selbst. Nur so kann sichergestellt werden, dass die Standards einer „neuen Wettbewerbspolitik“, wie sie die Kommission in ihrem Grünbuch versprochen hat, auch für den Erlass von weiteren Gruppenfreistellungsverordnungen ihre Gültigkeit behalten.⁶¹

IV.) Ergebnis

1. Die für den Erlass der GVO Nr. 2790/99 erforderlichen Veränderungen an der VO Nr.19/65 wurden mittels der ÄnderungsVO Nr. 1215/99 vorgenommen.
2. Wegen der horizontalen Gefahren, die von der Freistellung von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen mit vertikaler Ausrichtung ausgehen, sind diese auch nach der ÄnderungsVO weiterhin von der Möglichkeit der Freistellung ausgeschlossen.
3. Aus Gründen der Rechtsklarheit wäre jedoch die Aufnahme einer Liste von Kernbeschränkungen in die Ermächtigungsgrundlage wünschenswert

⁵⁷ A.a.O. (Kapitel Eins: Fn.25).

⁵⁸ Dies ist bei der GVO Kfz – Vertrieb nun bereits geschehen, vgl. oben, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 24).

⁵⁹ Vergleiche hierzu die Art. 1 Abs. 1 Buchst. a) bis k), Art. 1 Abs. 2, Art. 2 Abs. 2 und 3, Art. 4 Abs. 1 Buchst. a) bis e), Art. 6 Abs. 1 Buchst. a), Art. 7, Art. 8 Buchst. a), und Art. 8 Abs. 2 der GVO Nr. 1400/02, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 24). Es wird deutlich, dass die genannten Regelungen, obwohl sie im wesentlichen nicht im Bezug zum unterschiedlichen Regelungsgehalt der beiden GVOen stehen, an verschiedenen Stellen zwar eine identische Regelung treffen, dazu jedoch nicht den identischen Wortlaut wählen.

⁶⁰ So das BKartA, Stellungnahme Follow-up, S. 9; Das BKartA forderte an dieser Stelle außer der Festlegung der „hard-core“-Beschränkungen auch die Festlegung einer Marktanteilsschwelle in der Ermächtigungsgrundlage. Vgl. auch *Wolf*, in: Baudenbacher, Neueste Entwicklungen, S. 123, 127.

⁶¹ A. A. nicht in Bezug auf die Ermächtigungsgrundlage sondern auf einen Allgemeinen Teil für GVOen: Geers, Die Gruppenfreistellung im EG-Kartellrecht, S. 121, der bezweifelt, dass ein lediglich auf einer schwarzen Liste beruhender Ansatz ausreicht, die erhöhten Gefahren für den Wettbewerbsschutz auszugleichen.

gewesen, um bei zukünftigen GVOen Abweichungen von den Kernbeschränkungen der GVO Nr. 2790/99 zu verhindern.

C.) Freistellungsverfahren

Das Verfahren der gruppenweisen Freistellung ist vor dem Erlass der neuen GVO im Bereich der vertikalen Vereinbarungen ebenfalls reformiert worden. Genauso wie bei der Novellierung der VO Nr. 19/65 geschah dies lediglich im Hinblick auf den Erlass der GVO Nr. 2790/99. Hinweise zur Anwendung der neuen Regelungen in der VO Nr. 17/62⁶² finden sich in den Leitlinien⁶³ zur GVO Nr. 2790/99.

I.) Wesentliche Neuerungen der VO Nr. 17/62

Gemäß den alten Verfahrensregeln der VO Nr. 17/62 mussten sämtliche Vereinbarungen, die unter Art. 81 Abs. 1 fielen und freigestellt werden sollten, angemeldet werden. Eine rückwirkende Freistellung war gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 2 der VO Nr. 17/62 nicht möglich.

Durch die Neufassung des Art. 4 Abs. 2 Nr. 2 mittels der VO Nr. 1216/99⁶⁴ sind nun alle vertikalen Vereinbarungen im Sinne der VO⁶⁵ von der Anmeldepflicht befreit.⁶⁶ Art. 6 Abs. 2 der VO nimmt „die in Artikel 4 Absatz (2) ... genannten Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen“⁶⁷ vom Rückwirkungsverbot des Art. 6 Abs. 1 Satz 2 aus. Damit können nunmehr Vereinbarungen nicht erst ab dem Zeitpunkt ihrer Anmeldung, sondern auch nachträglich ab dem Zeitpunkt ihres Zustandekommens freigestellt werden. Gemäß den Leitlinien zur Schirm – GVO Nr. 2790/99 müssen die Anmelder dabei nicht erklären, warum die Vereinbarung nicht vorher angemeldet wurde. Ebenso darf die rückwirkende Freistellung auch nicht mit der Begründung verweigert werden, dass die Vereinbarung zuvor nicht angemeldet worden ist.⁶⁸

⁶² A.a.O. (Einleitung: Fn.7).

⁶³ A.a. O. (Kapitel Eins: Fn. 6) Tz. 63 – 65.

⁶⁴ A.a.O. (Einleitung: Fn.7).

⁶⁵ Die Definition entspricht im wesentlichen der Definition in Art. 2 der VO 2790/99 und soll deshalb an entsprechender Stelle besprochen werden. Vgl. daher unten S. 56, Kapitel Vier:A.)III.) „Die Definition des Anwendungsbereichs (Art. 2 Abs. 1)“.

⁶⁶ Ein Dispens von der Anmeldung, zumindest für bestimmte Arten von Vereinbarungen, war bereits Anfang der neunziger Jahre gefordert worden; vgl. *Ehlermann*, WuW 1993, 997, 1000.

⁶⁷ Während in Art. 4 Abs. 1 von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen gesprochen wird, erwähnte der alte Abs. 2 Nr. 2 entgegen dem Verweis von Art. 6 Abs. 2 lediglich Vereinbarungen. Im neuen Art. 4 Abs. 2 Nr. 2 ist dagegen von Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen die Rede. Beschlüsse sind also auch hier wohl nicht in die Regelung mit einbezogen. Da ein materieller Grund für eine Unterscheidung zw. Vereinbarungen und Beschlüssen jedoch grds. nicht besteht (vgl. oben S. 19, Kapitel Zwei:B.)II.) „Keine Freistellung von Beschlüssen“) muss auch hier von einer versäumten Harmonisierung ausgegangen werden.

⁶⁸ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 63.

II.) Rechtmäßigkeit der Verfahrensänderung

Die Rechtmäßigkeit der Verfahrensänderung im Rahmen der VO Nr. 17/62 ist umstritten. Es wird vertreten, durch die Abschaffung der Anmeldepflicht werde für vertikale Beschränkungen de facto das Verbotsprinzip durch eine Quasi-Missbrauchsaufsicht ersetzt. Mit der Novelle sei fortan die Vereinbarung wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen praktisch ohne jedes Risiko möglich.⁶⁹ Eine solche Annäherung an eine Missbrauchsaufsicht sei aber nicht zweifelsfrei vertragsgemäß,⁷⁰ da zumindest eine reine Missbrauchsaufsicht nicht mit Art. 81 Abs. 1 EGV vereinbar sei.⁷¹

Inzwischen hat der Rat jedoch einen Vorschlag für eine neue Verordnung Nr. 17⁷² erlassen, der eine Abschaffung der Anmeldepflicht für sämtliche Wettbewerbsbeschränkungen vorsieht. Über seinen Inhalt wird besonders im deutschen Schrifttum heftig gestritten.⁷³ Eine isolierte Untersuchung der mittels der VO Nr. 1216/99 vorgenommenen Verfahrensänderungen erscheint daher aufgrund der momentan nicht absehbaren Entwicklungen an dieser Stelle nicht sinnvoll.⁷⁴

Für den weiteren Verlauf der Untersuchungen ist deshalb hypothetisch von einer Rechtmäßigkeit der Novellierung der VO Nr. 17/62 auszugehen.

III.) Auswirkungen der Novelle

Die Abschaffung der Anmeldepflicht wirkt sich auf die Kommission, die Unternehmen sowie auf die nationalen Gerichte und Behörden aus.

⁶⁹ *Emmerich*, WRP 2000, 858, 860.

⁷⁰ BKartA, Stellungnahme zum Follow-up, S. 7; *Paulweber/Kögel*, AG 1999, 500, 506.

⁷¹ *Jungblut*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. I, Art. 83 Rn. 6; *Kalfass*, in: WuW 1999, 225, 240; *Nolte*, BB 1998, 2429; *Ritter*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, S. 1470 Rn. 5, S. 1473, Rn. 18; *Sauter*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 359 Rn. 2; *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Art. 87 Rn. 9.

⁷² Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 EGV niedergelegten Wettbewerbsregeln und zur Änderung der Verordnungen (EWG) Nr. 1017/68, (EWG) Nr. 2988/74, (EWG) Nr. 4056/86 und (EWG) Nr. 3975/87 („Durchführungsverordnungen zu den Art. 81 und 82 EGV“), KOM (2000) 582 endg.

⁷³ Zum Meinungsstreit über die Frage, inwieweit der Vorschlag für eine neue Verordnung Nr. 17 vertragsgemäß ist, vgl. ablehnend: Gutachten des wiss. Beirats beim BMWi, WuW 2000, 1096 ff.; *Bartosch*, WuW 2000, 462 ff.; *ders.*, in: EuZW 2001, 101 ff.; *Deringer*, EuZW 2000, 5 ff.; *Fikentscher*, WuW 2001, 446 ff.; *Jaeger*, WuW 2000, 1062 ff.; *Mestmäcker*, EuZW 1999, 523 ff.; Monopolkommission, WuW 1999, 997 ff.; *Möschel*, JZ 2000, 61 ff.; *Paulweber/Kögel*, AG 1999, 500 ff.; *Rittner*, DB 1999, 1485 ff.; *Wesseling*, ECLR 1999, 420 ff.; zustimmend: *Ehlermann*, CMLR 2000, 537 ff.; *Geiger*, EuZW 2000, 165 ff.; *Schaub/Dohms*, WuW 1999, 1055 ff..

⁷⁴ Zudem wäre für die Beantwortung der Frage, ob die Abschaffung der Anmeldepflicht für vertikale Vereinbarungen vertragsgemäß ist oder nicht, eine systematische Auslegung des Vertrages notwendig. Eine solche würde jedoch den Rahmen der hier vorliegenden Arbeit sprengen.

1.) Für die Kommission

Mit der Abschaffung der Anmeldepflicht wird in Bezug auf die Kommission vornehmlich die Zielsetzung verfolgt, die Anmeldezahlen im Sinne einer einfacheren behördlichen Kontrolle zu verringern.⁷⁵ Die Frage der Wirksamkeit eines vertikalen Vertrages stellt sich damit grundsätzlich erst im Rahmen einer Zivilrechtsstreitigkeit. Die Kommission wird deshalb nur noch in seltenen Fällen über die Einzelfreistellung einer Absprache zu entscheiden haben. Sie hat damit die Last, Vertriebsvereinbarungen in Einzelfällen an Art. 81 Abs. 3 EGV zu messen, auf die nationalen Gerichte und Behörden abgewälzt.⁷⁶

Dadurch werden Ressourcen im Personalbereich freigesetzt, die von nun an für eine effektivere Verfolgung wettbewerbsschädigender Vereinbarungen genutzt werden können. Eines der Hauptziele der Reform wurde damit bereits erreicht.

2.) Für die Unternehmen

Die Unternehmen sollen von der Last des bürokratischen Aufwands befreit werden, die eine Anmeldung bisher mit sich brachte.⁷⁷

a.) Neuerungen

Eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung gilt zwar auch nach der Novellierung bis zur ihrer Freistellung weiterhin als schwebend unwirksam. Entspricht sie jedoch den Voraussetzungen einer GVO und/oder denen des Art. 81 Abs. 3 EGV, kann sie rückwirkend freigestellt⁷⁸ und damit geheilt werden. Die endgültige Unwirksamkeit bis zum Zeitpunkt der Anmeldung entfällt. Gegenüber den Kartellbehörden lässt diese Regelung Platz für Subsumtionsirrtümer, der Sanktionsdruck entfällt.⁷⁹ Denn sofern die Unternehmen nachweisen können, dass sie in gutem Glauben davon ausgegangen sind, dass ihre Vereinbarung einer GVO unterfällt, soll kein Bußgeld verhängt werden. Eine Anmeldung aus Vorsichtserwägungen muss nicht mehr vorgenommen werden und würde auch nicht vorrangig behandelt werden.⁸⁰ Damit sollen die Unternehmen zu größerer Selbständigkeit erzogen werden, in dem sie in eigener Verantwortung die Freistellungschancen für ihre Vereinbarungen abschätzen sollen.⁸¹

Durch die Möglichkeit der rückwirkenden Freistellung wird den Unternehmen auch ein stärkerer Rechtsschutz vor strategischen Klagen ihrer Vertragspartner gegeben.⁸² Zwar wird vertreten, dass die andere Vertragspartei im Falle des

⁷⁵ Erwgr. Nr. 5 der VO Nr. 1216/99, a.a.O. (Einleitung: Fn. 7),.

⁷⁶ *Nolte*, BB 1998, 2429, 2432.

⁷⁷ Erwgr. Nr. 6 der VO Nr. 1216/99, a.a.O. (Einleitung: Fn. 7),.

⁷⁸ Für den Fall, dass eine Vereinbarung den Voraussetzungen einer GVO entspricht, gilt diese natürlich als von Beginn an freigestellt. Im Streitfall wird jedoch genau diese Tatsache zweifelhaft sein, sodass sich erst im Laufe des Verfahrens herausstellen wird, ob die Vereinbarung rückwirkend angemeldet werden muss oder nicht.

⁷⁹ *Nolte*, BB 1998, 2429, 2432.

⁸⁰ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 63, 65.

⁸¹ *Schröter*, in: Baudenbacher, Neueste Entwicklungen, S. 3, 12.

⁸² Vgl. dazu oben S. 8, Kapitel Eins:B.II.1.) „Einzelfreistellung und Comfort letters“.

Zivilrechtsstreits alles tun werde, um eine Freistellung zu verhindern.⁸³ Diese an sich logische Konsequenz sollte einer gerechtfertigten Freistellung jedoch nicht im Wege stehen.

b.) Wertung

Unternehmen können bzw. müssen in Zukunft selber entscheiden, ob die gewollte Vereinbarung freistellungsfähig ist oder nicht. Zwar entfällt das Bußgeldrisiko, wenn die Unternehmen nachweisen können, dass sie in gutem Glauben von der Freistellungsfähigkeit der Vereinbarung ausgegangen sind. Deren zivilrechtliche Nichtigkeit gemäß Art. 81 Abs. 2 EGV verhindert diese Regelung aber nicht.⁸⁴ Die Tatsache, dass damit das zivilrechtliche Risiko des Subsumtionsirrtums ohne Entlastung auf den Schultern der Vertragsparteien ruht,⁸⁵ relativiert diese positive Entwicklung erheblich.

Für die Unternehmen wird es keine Möglichkeit mehr geben, Auskunft darüber zu erhalten, ob eine Vereinbarung freistellungsfähig ist oder nicht, bevor sie die Vereinbarung in die Praxis umsetzen. Dies belegen die Leitlinien zur GVO⁸⁶ und explizit der Vorschlag zur Ersetzung der VO Nr. 17/62⁸⁷. Entgegen der Auffassung der Kommission besteht jedoch auch weiterhin sehr wohl noch ein Bedarf für vorsorgliche Anmeldungen, bzw. Genehmigungen.⁸⁸ Gerade marktstarke Unternehmen werden in Zukunft sogar vermehrt auf dieses Verfahrensmittel angewiesen sein, da insbesondere sie Gefahr laufen, nicht von der Schirm – GVO erfasst zu werden.⁸⁹ Angesichts der enormen Investitionssummen, die der Aufbau einer neuen Vertriebsstruktur unter Umständen erfordern kann, ist es den Unternehmen nicht zuzumuten, die Einschätzung der Freistellungsfähigkeit ausschließlich selbst vorzunehmen. Gerade wenn in einem Genehmigungssystem keine Anmeldepflicht mehr besteht, darf den Unternehmen aus Gründen der Rechtssicherheit die Chance einer freiwilligen, vorsorglichen Anmeldung daher nicht genommen werden.⁹⁰

Zudem ist zu beachten, dass die Unternehmen in Bezug auf die äußerst diffizile rechtliche Einschätzung von vertikalen Vereinbarungen kaum Erfahrung besitzen. In Anbetracht der Tatsache, dass die GVO Nr. 2790/99 eine völlig neue Form der Gruppenfreistellung beinhaltet, wiegt dieser Umstand besonders schwer. Die Unternehmen werden hier mit den Rechtsfolgen aus den in der neuen Regelung eventuell auftauchenden Unklarheiten allein gelassen.

⁸³ Polley/Seeliger, WRP 2000, 1203, 1216.

⁸⁴ So auch: Bauer/de Bronett, Die EU – Gruppenfreistellungsverordnung, S. 116.

⁸⁵ So auch Desalaers/Obst in Bezug auf das Weißbuch; vgl. dies., EWS 2000, 41, 44.

⁸⁶ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 63, 65.

⁸⁷ Siehe oben Fn. 72, Bartosch, EuZW 2001, 101, 104.

⁸⁸ So auch Bauer/de Bronett, Die EU – Gruppenfreistellungsverordnung, S. 116 und Bartosch, EuZW 2001, 101, 104 – 105, in Bezug auf den Vorschlag zur neuen VO Nr 17/62.

⁸⁹ Vgl. unten S. 109, Kapitel Fünf:A.)VI.) „Auswirkungen der Marktanteilsschwelle auf bestehende und zukünftige Verträge (Ergebnis“.

⁹⁰ So wohl auch Schröter, der bis zum April 1999 noch davon ausging, dass eine solche Möglichkeit erhalten bliebe; siehe Schröter, in: Baudenbacher, Neueste Entwicklungen, S. 3, 12.

Für den vergleichsweise geringen Teil der verbleibenden vertikalen Vereinbarungen außerhalb der GVOen⁹¹ sollte die Kommission deshalb die Möglichkeit von vorsorglichen Anmeldungen in der Art aufrecht erhalten, dass eine schnelle Verbescheidung durch die Generaldirektion erfolgen kann.⁹²

Zumindest sollte aber ein Verfahren geschaffen werden, das es den bei einer Selbsteinschätzung in Schwierigkeiten befindlichen Unternehmen ermöglicht, rasche und präzise Auskünfte über die Anwendung der GVO und der dazugehörigen Leitlinien zu erhalten.⁹³ Eine Verfahrensreform für den Bereich der vertikalen Vereinbarungen ohne eine solche Maßnahme erscheint unvollständig und stellt für Unternehmen außerhalb des Anwendungsbereiches der GVO keine Verbesserung der Rechtslage dar.

3.) Für die nationalen Gerichte und Behörden

Da das Anmeldeverfahren abgeschafft wurde, entscheidet über die Einleitung eines Einzelfreistellungsverfahrens in Zukunft zunächst grundsätzlich das mit dem zivilrechtlichen Streitfall befasste nationale Gericht.

Ist für die Freistellung eine Wahrscheinlichkeit gegeben, soll das Verfahren ausgesetzt und eine Entscheidung der Kommission abgewartet werden. Die Gerichte können aber unter Umständen einstweilige Maßnahmen anordnen, so wie sie dies auch bei den Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 234 EGV⁹⁴ tun⁹⁵.

Dieser Entwicklung wurde teilweise mit Skepsis begegnet. Einerseits sei der Richter nach deutschem Prozessrecht auf die Informationsbeschaffung der Parteien angewiesen, sodass bezweifelt werden müsse, dass er zu einer Prüfung dieser Frage überhaupt in der Lage sei.⁹⁶ Andererseits drohe das Institut der rückwirkenden Freistellung vor den nationalen Gerichten leer zu laufen. Die Richter könnten aufgrund der langen Dauer der Freistellungsverfahren der Kommission versucht sein, die Nichtfreistellbarkeit der Vereinbarung anzunehmen. So würden sie die Aussetzung des Verfahrens für unbestimmte Zeit umgehen.⁹⁷

Sollte allerdings der mittlerweile veröffentlichte Vorschlag der Kommission über eine neue VO Nr. 17/62 umgesetzt werden⁹⁸, so würden die nationalen Gerichte in Zukunft selbst über die Freistellung von Vereinbarungen entscheiden und somit auch die Dauer des Verfahrens selbst bestimmen.⁹⁹ Außerdem würde überall dort

⁹¹ Nach Schätzung der Kommission ca. 10-20% sämtlicher vertikaler Vereinbarungen; vgl. Follow-up, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn.43), S. 33.

⁹² So auch *Bartosch*, EuZW 2001, 101, 105, in Bezug auf den Vorschlag zur neuen VO Nr. 17/62, der sogar der Meinung ist, der damit verbundene Arbeitsaufwand für die Kommission dürfe dabei keine Rolle spielen.

⁹³ So auch WSA, Stellungnahme VO, 3.2.5.

⁹⁴ Art. 177 EGV a.F..

⁹⁵ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 64.

⁹⁶ *Polley/Seeliger*, WRP 2000, 1203, 1217. Vgl. zu den Problemen der nationalen Gerichte bei der Anwendung des europäischen Rechts auch *Behrens*, in: FS für Everling, 83, 87.

⁹⁷ So *Bayreuther*, EWS 2000, 106, 109; *Nolte*, BB 1998, 2429, 2433; *Rohardt*, WuW 1998, 1050, 1058.

⁹⁸ A.a.O. (Fn.72).

⁹⁹ Vgl. Art. 1 des Vorschlags, a.a.O. (Fn. 72).

das nationale Kartellrecht komplett verdrängt, wo Vereinbarungen das Merkmal der Zwischenstaatlichkeit erfüllen.¹⁰⁰ Das bedeutet, dass die nationalen Kartellbehörden in Zukunft vornehmlich mit europäischem Kartellrecht befasst sein könnten.

Angesichts dieser anstehenden grundlegenden Veränderungen und der diesbezüglich nicht absehbaren Anpassungsvorgänge im nationalen Recht, soll hier daher auf eine nähere Erörterung der oben dargestellten Kritikpunkte verzichtet werden.

IV.) Ergebnis

1. Mit der Abschaffung der Anmeldepflicht ist eine enorme Entlastung der Kommission bewirkt worden. In Zukunft werden nahezu ausschließlich die nationalen Gerichte über die Freistellbarkeit von vertikalen Vereinbarungen entscheiden. Bei der Kommission wurden somit Ressourcen freigesetzt, die nunmehr zur Kontrolle des Wettbewerbsgeschehens eingesetzt werden können. Damit ist bereits eines der Hauptziele der Reform für den Bereich der vertikalen Vereinbarungen erreicht worden.
2. Aus Gründen der Rechtssicherheit hätte aber den Unternehmen weiterhin die Möglichkeit gegeben werden müssen, in Ausnahmefällen vorsorgliche Anmeldungen vornehmen zu können, bzw. Auskünfte über geplante Vereinbarungen einzuholen. So werden sie zwar von der bürokratischen Last der Anmeldepflicht und den daraus resultierenden kartellrechtlichen Repressalien befreit. Mit der Entscheidung über die zivilrechtliche Wirksamkeit lässt sie die Kommission jedoch nunmehr allein.

D.) Aufbau und wesentlicher Inhalt der GVO

Nach der für eine VO der Kommission üblichen Einleitung mit Darstellung der Erwägungsgründe beginnt der Text in Art. 1 entgegen dem Entwurf¹⁰¹ nicht mit dem Anwendungsbereich, sondern mit einer Reihe von Begriffsbestimmungen. Diese wird in Art. 11 fortgeführt, sodass die begriffsbestimmenden Artikel der VO den materiellen Teil praktisch einrahmen.

Erst Art. 2 definiert den Anwendungsbereich der VO. Danach sind nunmehr grundsätzlich alle vertikalen Vereinbarungen zwischen zwei und mehr Parteien freigestellt. Erstmals fallen auch vertikale Vereinbarungen zwischen Einzelhandelsvereinigungen unter den Schutz einer GVO. Absprachen zwischen Wettbewerbern sind dagegen nur freigestellt, sofern es sich um nicht-wechselseitige vertikale Vereinbarungen handelt. Der für die Freistellung von Wettbewerbern erforderliche Wert des jährlichen Gesamtumsatzes wird gemäß Art. 10 errechnet.

Art. 3 schränkt den Anwendungsbereich der VO insoweit ein, als dass er eine Marktanteilsschwelle von 30% einführt. Parteien mit einem höheren Marktanteil

¹⁰⁰ Vgl. Art. 3 des Vorschlags, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn 72.).

¹⁰¹ A.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 33).

kommen danach nicht in den Genuss der Freistellungswirkung. Die Ermittlung des Marktanteils der jeweiligen Betroffenen erfolgt nach Art. 9 der VO.

Die Artt. 4 und 5 legen die verschiedenen Kernbeschränkungen fest. Diese dürfen in den Vereinbarungen nicht enthalten sein, sonst entfällt die Freistellung durch die GVO. Enthält die Absprache dennoch eine der in Art. 4 genannten Beschränkungen, ist die gesamte Vereinbarung nichtig. Ist eine der in Art. 5 genannten Beschränkungen enthalten, ist lediglich die betroffene Klausel unwirksam. Weiße Klauseln fehlen in der Verordnung.

Art. 6 regelt den nachträglichen Entzug einer Freistellung durch die Kommission im Einzelfall, während Art. 7 erstmalig den zuständigen Behörden der einzelnen Mitgliedsstaaten das Recht gibt, eine Freistellung zu entziehen. Art. 8 sieht dann das Verbot ganzer Netze gleichartiger vertikaler Beschränkungen bei Erfassung von mehr als 50% des betroffenen Marktes vor.

Die Artt. 12 und 13 regeln schließlich das Inkrafttreten der GVO.

Kapitel Drei: Begriffsbestimmungen in der GVO Nr. 2790/99: **Die Art. 1 und 11**

In zwei umfangreichen Artikeln werden in der GVO Nr. 2790/99 die Definitionen bezüglich einiger der in der VO verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe vorgenommen. Während Art. 1 dabei verschiedene Termini erläutert, wird in Art. 11 der Begriff der verbundenen Unternehmen dargestellt.

A.) Artikel 1

I.) Relevante Erwägungsgründe:

Auf die Begriffsbestimmungen in Art. 1 nimmt keiner der Erwägungsgründe gesondert Bezug.

II.) Leitlinien:

- zum Begriff des Wettbewerbers in Buchst. a) siehe Leitlinien¹ Tz. 26 – 27,
- zum Begriff des Wettbewerbsverbots in Buchst. b) siehe Leitlinien Tz. 58,
- zu den unmittelbaren und mittelbaren Verpflichtungen vgl. Leitlinien Tz. 47,
- zur Analyse von Alleinbelieferungsverpflichtungen aus Buchst. c) vgl. Leitlinien Tz. 202 – 214,
- zur Analyse selektiver Vertriebssysteme aus Buchst. d) vgl. Leitlinien Tz. 184 – 198,

III.) Allgemeines:

Gegenüber dem Entwurf der Verordnung² fallen besonders zwei Dinge auf. Zum einen wurde der Artikel um die Definitionen der „intellektuellen Eigentumsrechte“ in Buchst. e) und des „Käufer(s)“ in Buchst. g) erweitert. Zum anderen waren die Begriffsbestimmungen des Art. 1 bei dem Entwurf der Verordnung in Art. 11 am Ende des materiellen Teils der Verordnung angeführt worden.

¹ A.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

² A.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33).

Die vorangegangenen GVOen boten, was die Aufführung von Begriffsbestimmungen angeht, kein einheitliches Bild³. Man kann daher nicht sagen, die GVO Nr. 2790/99 stelle hier eine Neuerung dar. Der Übersicht halber wäre es jedoch sicherlich wünschenswert gewesen, die verschiedenen Definitionen des Art. 1 und die Erläuterung des Begriffs der verbundenen Unternehmen in Art. 11 nicht zu trennen und die Reihenfolge des Entwurfs beizubehalten.

IV.) „Wettbewerber“ (Art. 1 Buchst. a)

Die Erläuterung der verschiedenen Begriffe beginnt in Buchst. a) mit der Definition der „Wettbewerber“. Diese sind danach „tatsächliche oder potentielle Anbieter im selben Produktmarkt“.

Verwendet wird der Terminus in Art. 2 Abs. 4 der GVO. Dieser schließt die Anwendung der GVO auf Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern bis auf einen eng gesteckten Ausnahmereich aus.⁴

1.) *Alte Rechtslage / erstmalige Definition*

In den bisherigen GVOen wurde der Begriff der Wettbewerber nicht explizit erläutert. Der EGV kennt außerdem keine Definition des „Wettbewerbs“⁵ an sich. Dennoch entspricht die in der „Schirm“-GVO gewählte Formulierung vom Grundsatz den bis dahin in den GVOen gebrauchten Beschreibungen⁶ und im weiteren grundsätzlich auch der gängigen Definition des Wettbewerbsverhältnisses im Deutschen Recht.⁷ In den nach der GVO erschienenen Leitlinien der Kommission zur Anwendbarkeit von Art. 81 EGV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit⁸ wird diese

³ Während bspw. in den GVOen Kfz-Vertrieb, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 24), und Technologietransfer, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 25), ähnlich dem Entwurf die Begriffsbestimmung in Art. 10 am Ende des materiellen Teils der VO vorgenommen wurde, ist in der GVO Franchise, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 23), die Erläuterung verschiedener Definitionen in Art. 1 erfolgt.

⁴ Vgl. dazu unten S. 90 ff., Kapitel Vier:A.VI.) „Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern (Art. 2 Abs. 4)“.

⁵ *Schollmeier/Krimphove*, in: Bleckmann, Europarecht, Rn. 1791; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 160 Rn. 137; Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht, Art. 85 Rn. 112; *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Art. 85 Abs. 1 Rn. 74;

⁶ Vgl. bspw. Art. 3 Buchst. a) und b) GVO Alleinvertrieb bzw. Alleinbezug, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21,22) „Hersteller von gleichen Waren oder solchen, die vom Verbraucher aufgrund ihrer Eigenschaften ... als gleichartig angesehen werden“ ; Art. 5 Buchst. a) GVO Franchise, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 23) „Unternehmen, die Waren herstellen oder Dienstleistungen erbringen, welche gleich sind oder aufgrund ihrer Eigenschaften ... als geichartig angesehen werden“; Art. 10 Nr. 17 GVO Technologietransfer, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 25) „Hersteller die Produkte anbieten, die vom Verbraucher aufgrund ihrer Eigenschaften ... als untereinander austauschbar oder substituierbar angesehen werden“.

⁷ Vgl. bspw. *Bunte*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 96: Aktueller Wettbewerb zwischen Unternehmen besteht dann, wenn diese bereits auf demselben sachlich relevanten Markt als Anbieter oder Nachfrager tätig sind. So auch: Bechtold, Kartellgesetz, § 1 Rn. 21; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB-Kommentar, §1 Rn. 174.

⁸ ABI.EG 2001 Nr. C 3/2, v. 06.01.2001, Tz. 9, Fn. 8. Vgl. dazu: *Polley/Seeliger*, WRP 2001, 494, 496; bzw. zum Entwurf: Geiger, EuZW 2000, 325.

Erläuterung ebenfalls wieder aufgenommen. Es handelt sich also trotz der erstmaligen ausdrücklichen Erläuterung um die traditionelle Definition des Begriffs.

2.) „Käufer“

Eine wesentliche Veränderung zu den bisher durch die Kommission gebrauchten Umschreibungen für Wettbewerb besteht allerdings darin, dass im Rahmen der Substituierbarkeit nicht mehr auf den „Verbraucher“, sondern auf den „Käufer“ abgestellt wird.⁹ Die Bestimmung des Wettbewerbs wird damit nicht mehr nach den Verhaltensweisen auf dem Endverbrauchermarkt getroffen. Vielmehr sind die Ansichten des jeweiligen Marktes relevant, auf dem die Vereinbarung getroffen wird. Diese Definition ist einerseits für die Unternehmen zunächst ungewohnt und wird eine gewisse Umstellung erfordern. Auf der anderen Seite ist sie in Bezug auf die Wirkung des Wettbewerbs präziser, da sich nicht mehr durch vereinbarungsfremde Erwägungen des Endverbrauchers bestimmt werden kann.

3.) Produktmarkt

Die Wettbewerber müssen auf demselben Produktmarkt tätig sein. Gemäß Art. 1 Buchst. a) 2. HS umfasst der Produktmarkt „Waren oder Dienstleistungen, die vom Käufer aufgrund ihrer Eigenschaften, ihrer Preislage und ihres Verwendungszwecks als mit den Vertragswaren oder –dienstleistungen austauschbar oder durch diese substituierbar angesehen werden“. Diese am Prinzip der subjektiven Äquivalenz¹⁰ ausgerichtete Definition des Produktmarktes wurde so von der Kommission bereits in der Bekanntmachung Alleinvertrieb und Alleinbezug¹¹ verwendet und entspricht der des sachlich relevanten Marktes unter Punkt II. Nr. 7 in der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft.¹²

Der Entwurf der GVO¹³ hatte noch missverständlich gelaute: „Lieferanten von Waren oder Dienstleistungen, die vom Verbraucher ... als austauschbar oder substituierbar angesehen werden“. Damit entstand entgegen dem englischen Verordnungstext, der mit der Formulierung „contract goods“ ausschließlich die von der Vereinbarung erfassten Waren oder Dienstleistungen betraf, der Eindruck, die Vertragsparteien seien schon Wettbewerber, wenn nur eines ihrer Produkte von den Kunden als substituierbar angesehen wird.¹⁴ Mit dem endgültigen Verordnungstext

⁹ Vgl. bspw. noch im Entwurf der GVO, Art. 11, 1. Spiegelstrich, Verordnungsentwurf, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 33).

¹⁰ Zum Begriff siehe Hoppmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, S. 39 ff.; *Baum*, WuW 1980, 401, 402.

¹¹ A.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 29) Tz. 21.

¹² ABI.EG 1997 Nr. C 372/5, v. 09.12.1997. Die Austauschbarkeit ist dabei empirisch anhand der Reaktion der Käufer zu ermitteln. Entscheidend ist das tatsächliche Marktgeschehen, selbst wenn es durch irrationale Verhaltensweisen geprägt wird; vgl. *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Art. 86 Rn. 107; *Thiesing*, in: FS für Hartmann, S. 355, 363.

¹³ Vgl. Art. 11, 1. Spiegelstrich, Verordnungsentwurf, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 33).

¹⁴ BDI, Positionspapier zum Entwurf, S. 2 und 3.

die Artt. 1, 2 und 4 der GVO Technologietransfer²⁴ enthielten jeweils auch eine Regelung über Wettbewerbsverbote.

In diesen GVOen war aber ohne nähere Bestimmung lediglich von Verpflichtungen die Rede, auch wenn diese aufgrund der weiten Auslegung des Vereinbarungsbegriffs in Art. 81 EGV ebenfalls mittelbare Verpflichtungen erfassten.²⁵

2.) Allgemeines

In Buchst. b) des Art. 1 der VO wird der in Art. 5 Buchst. a) und b) verwendete Begriff der „Wettbewerbsverbote“ erläutert. Danach sind „alle unmittelbaren oder mittelbaren Verpflichtungen, die den Käufer veranlassen, keine Waren oder Dienstleistungen herzustellen, zu beziehen, zu verkaufen oder weiterzuverkaufen, die mit den Vertragswaren oder -dienstleistungen im Wettbewerb stehen“, als Wettbewerbsverbote anzusehen. Jede auf die Gattung der Vertragsprodukte bezogene Alleinbezugsverpflichtung enthält somit ein Wettbewerbsverbot.²⁶ Ein solches liegt außerdem bei unmittelbaren oder mittelbaren Verpflichtungen des Käufers vor, „mehr als 80 % seiner auf der Grundlage des Einkaufswertes des vorherigen Kalenderjahres berechneten gesamten Einkäufe von Vertragswaren oder -dienstleistungen sowie ihrer Substitute auf dem relevanten Markt vom Lieferanten oder einem anderen vom Lieferanten bezeichneten Unternehmen zu beziehen“.

Die Definition von Wettbewerbsverboten im Kontext der neuen GVO bezieht sich also nur auf den Käufer.²⁷ Gleichartige Vereinbarungen gegenüber dem Lieferanten stellen somit kein Wettbewerbsverbot i.S.d. GVO dar. Weiterhin ist zu beachten, dass gemäß Art. 11 auch verbundene Unternehmen als Käufer im Sinne der GVO gelten.²⁸

3.) „Unmittelbare oder mittelbare Verpflichtungen“

Mit der GVO Nr. 2790/99 gebraucht die Kommission im Bereich der vertikalen Gruppenfreistellungsverordnungen erstmals die Wendung „unmittelbare und mittelbare“ Verpflichtungen.

Eine allgemeingültige Klärung der Frage, was die Kommission unter einer solchen mittelbaren Verpflichtung versteht, fehlt allerdings sowohl in der Verordnung selbst, als auch in den Leitlinien. In den Tz. 47/49 der Leitlinien werden lediglich Beispiele dafür gegeben, wann eine mittelbare Preisbindung, bzw. Verkaufsbeschränkung

²⁴ A.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 25).

²⁵ Nach der Bestimmung des Art. 81 Abs. 1 EGV genügt es, dass eine Einschränkung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit sich als Wirkung einer Vereinbarung darstellt. Diese Wirkung kann sich in einem veränderten Verhalten der Parteien niederschlagen, welches zugleich die Wettbewerbsbedingungen verfälscht; vgl. Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht, Art. 85 Rn. 154 ff.; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, S. 186 Rn. 245; Habermeier, in: Martinek/Semmler, Handbuch des Vertriebsrechts, § 29 Rn. 37; Schröter, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Art. 85 Abs. 1 Rn. 115;

²⁶ Semmler/Bauer, DB 2000, 193, 199.

²⁷ Roniger, Das neue Vertriebskartellrecht, Art. 1 Rn. 4.

²⁸ Vgl. dazu unten Kapitel Drei:B.).

vorliegt. Daraus lässt sich ableiten, dass solche Maßnahmen als mittelbare Verpflichtungen angesehen werden können, die eine Verpflichtung „auf indirektem Wege“ durchsetzen. Dies kann der Fall sein bei anderweitigen Vereinbarungen, die denselben Effekt erzielen, bei Kombinationen von jeweils einzeln zulässigen Vereinbarungen, die zusammen dieselbe Wirkung zeitigen, oder bei Drohungen, Einschüchterungen, Warnungen, Strafen, etc..²⁹

Die Tatsache, dass eine mittelbare Verpflichtung ausreichend ist, welche den Käufer zu einem Handeln „veranlasst“, zeigt, dass für ein Wettbewerbsverbot nicht zwingend eine rechtlich bindende Verpflichtung vorliegen muss. Auch eine entsprechende Anreizregelung kann im Einzelfall genügen.³⁰

4.) Vertragswaren und –dienstleistungen

Ein Wettbewerbsverbot liegt somit vor, wenn der Käufer verpflichtet wird, keine Produkte herzustellen, zu beziehen, zu verkaufen oder weiter zu verkaufen, die mit den Vertragswaren oder –dienstleistungen im Wettbewerb stehen.

a.) *Direktbezugsverpflichtungen*

Fraglich ist, ob Direktbezugsverpflichtungen, die den Käufer verpflichten, die Produkte ausschließlich direkt beim Lieferanten zu erwerben, ein Wettbewerbsverbot i.S. des Art. 1 Buchst. b) der GVO darstellen.³¹ Dies wäre der Fall, wenn unter „Vertragsprodukten“ auch die auf der Grundlage des Vertrages konkret zu liefernden Produkte³² und nicht lediglich die Art der Produkte³³ zu verstehen wären. Der Wortlaut könnte dann so interpretiert werden, dass identische Produkte, die aus anderer Quelle bezogen wurden, mit den Vertragsprodukten im Wettbewerb stünden.

Eine solche Interpretationsweise erscheint mit Art. 1 Buchst. b) allerdings nicht vereinbar. In dem oben beschriebenen Fall stellt die Konkurrenz für den Lieferanten nämlich nicht das identische Produkt, sondern vielmehr die andere Quelle dar, die dieses Produkt ebenfalls vertreibt. Es ist also lediglich der sog. „intra-brand“ Wettbewerb zwischen den Händlern der identischen Produkte betroffen. Eine Erfassung dieser Form des Wettbewerbs ist aber aus Art. 1 Buchst. b) nicht ersichtlich.

Des Weiteren ist die ratio legis des Art. 5 der GVO, in dem die Definition des Wettbewerbsverbots von Art. 1 Buchst. b) zur Anwendung kommt, darin zu sehen, die Möglichkeit des Marktzugangs zu gewährleisten und Marktabsprachen

²⁹ Vgl. dazu aber auch unten S. 130, Kapitel Sechs:A.)V.)2.)a.), wonach das Gericht erster Instanz bei einseitigem Handeln einer Partei, welches die andere Partei widerspruchslos hinnimmt, eine Vereinbarung abgelehnt hat.

³⁰ Vgl. Leitlinien, a.a.O., (Einleitung: Fn. 6), Tz. 152. So auch: *Bauer/de Bronet*, Die EU - Gruppenfreistellungsverordnung, S. 88.

³¹ *Semmler/Bauer*, DB 2000, 193, 199.

³² Bspw. Scheibenwischer der Marke X.

³³ In diesem Falle: Scheibenwischer.

vorzubeugen.³⁴ Durch Direktbezugsverpflichtungen wird jedoch der Marktzugang nicht in der Form beeinträchtigt, dass es zu einer Verringerung der Anzahl von angebotenen Produkten und damit zu einer Verringerung des Markenwettbewerbs käme. Es findet lediglich eine Begrenzung der Wiederverkäufer statt, die jedoch nicht verhindert, dass das entsprechende Produkt den Konsumenten erreicht.

Es ist daher nicht davon auszugehen, dass Direktbezugsverpflichtungen als Wettbewerbsverbot i.S. des Art. 1 Buchst. b) der GVO anzusehen sind.³⁵

b.) Englische Klausel

Fraglich ist, ob die sogenannten englischen Klauseln ein Wettbewerbsverbot im Sinne des Art. 1 Buchst. b) darstellen. Sie entbinden den Käufer von einer Alleinbezugspflicht, wenn Dritte für die Vertragswaren einen günstigeren Preis bieten und der Lieferant auf diesen Preis nicht einsteigt.³⁶

Nach Ansicht der Kommission haben englische Klauseln dieselbe Wirkung wie Wettbewerbsverbote und schaffen künstliche Transparenz in Bezug auf die Preise.³⁷ Sofern jedoch ein Vertrag so geregelt werden kann, dass der Dritte anonym bleibt, kann zwar keine Preistransparenz entstehen. Der Käufer bleibt aber gebunden, so lange er keinen Anbieter findet, der die Ware so günstig anbietet, dass der Lieferant die Vereinbarung aufgibt. Je nach Einzelfall kann eine englische Klausel somit einem Wettbewerbsverbot darstellen.³⁸

5.) 80% der gesamten Einkäufe

Um Umgehungen zu vermeiden,³⁹ werden nicht nur die klassischen Exklusivitätsbindungen, wie bspw. Alleinbezugsbindungen als ein Wettbewerbsverbot angesehen. Vielmehr wird bereits ein Wettbewerbsverbot angenommen, wenn der Käufer verpflichtet wird, 80 % seiner gesamten Einkäufe von Vertragswaren, bzw. -dienstleistungen oder ihrer Substitute auf dem relevanten Markt⁴⁰ bei einem einzigen Lieferanten zu tätigen.

Damit muss in Zukunft bei der Vereinbarung von Mindestabnahmemengen dem Käufer ein Bezugsspielraum für andere Lieferanten eingeräumt werden, der mindestens 20% übersteigt, oder es müssen die Vorgaben des Art. 5 Buchst. a) und b) der VO 2790/99 beachtet werden.

³⁴ Erwgr. Nr. 11 der GVO Nr. 2790/99, a.a.O. (Einleitung: Fn. 5).

³⁵ So auch: *Schultze/Pautke/Wagener*, Die Gruppenfreistellungsverordnung, Rn. 54; Bauer/de Bronett, Die EU – Gruppenfreistellungsverordnung, S. 90, die darauf hinweisen, dass Direktverpflichtungen beim Selektivvertrieb Querlieferungen verhindern und dort deshalb unzulässig sind.

³⁶ *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG – Wettbewerbsrecht, Erg.-Bd., GFVO, Rn. 21.

³⁷ Vgl. Leitlinien, a.a.O., (Einleitung: Fn. 6), Tz. 152.

³⁸ A.A.: Bauer/de Bronett, Die EU – Gruppenfreistellungsverordnung, S. 92; zweifelnd: Schultze, Die Gruppenfreistellungsverordnung, Rn. 78.

³⁹ *Semmler/Bauer*, DB 2000, 193, 199.

⁴⁰ Zur Ermittlung des relevanten Marktes vgl. unten S. 101 ff., Kapitel Fünf:A.)III.)2.) „an dem relevanten Markt“.

6.) „Auf der Grundlage des Einkaufswertes des vorherigen Kalenderjahres“

Zwar hat die Kommission ihre Begriffsbestimmung mit dem Verweis auf den Einkaufswert im Vergleich zum GVO-Entwurf präzisiert.⁴¹ Die Ausformulierung bleibt jedoch unter gewissen Gesichtspunkten problematisch.

a.) *Keine Prozentangaben in den Verträgen*

In der Praxis dürfte sich zunächst das Problem ergeben, dass nur die wenigsten Mindestabnahmeverpflichtungen in Prozentzahlen angegeben werden.⁴²

Diese Neuerung setzt somit eine Anpassung der Wirtschaft voraus. Erforderlich wird, dass sich die Parteien bei Vertragsabschluss Klarheit darüber verschaffen müssen, ob die vereinbarte Mindestbezugsverpflichtung 80 % des Einkaufsvolumens des Käufers überschreiten kann oder nicht. Sofern bei Abschluss der Vereinbarung die Einkaufsdaten des Käufers für das Vorjahr nicht vorhanden sind, kann sein Gesamtjahresbedarf auch geschätzt werden.⁴³

b.) *Einmalige oder ständige Überprüfung*

Weder aus der GVO noch aus den Leitlinien geht eindeutig hervor, ob das Einkaufsvolumen „des vorherigen Kalenderjahres“ als Maßstab für die gesamte Laufzeit der Vereinbarung gelten soll, oder ob diese jedes Jahr neu vorgenommen werden muss.

Eine einmalige Überprüfung des Volumens wäre als Lösung des Problems in Fällen, in denen der Umsatz des Abnehmers während der Vertragslaufzeit stark ansteigt, wettbewerbspolitisch ungerechtfertigt. Würde aber jedes Jahr erneut überprüft, stellt sich die Frage, ob bei einem nachträglichen Über-/Unterschreiten der 80 % - Marke der Tatbestand nachträglich verwirklicht wird bzw. entfällt.⁴⁴

Nach einer informellen Auskunft der Kommission darf die Mindestbezugsmenge in keinem Vertragsjahr die 80 % des Vorjahresbezuges überschreiten.⁴⁵ Ein Vertrag, der eine gewisse Abnahmemenge für einen unbestimmten Zeitraum oder einen Zeitraum von mehr als fünf Jahren vorsieht, fiel somit unter das Verbot des Art. 5 Buchst. a) der GVO, sobald in einem Jahr die 80 % - Marke überschritten wird.

Es wird deshalb vorgeschlagen, die Unternehmen sollten in Zukunft in ihre Vereinbarungen eine ausdrückliche Klausel aufnehmen, die besagt, dass der Käufer

⁴¹ Der GVO-Entwurf hatte lediglich auf „80% seines Einkaufsvolumens“ abgestellt; vgl. Art. 11, 2. Spiegelstrich, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33)

⁴² *Semmler/Bauer*, DB 2000, 193, 199.

⁴³ Leitlinien, a.a.O., (Einleitung: Fn. 6), Tz. 58.

⁴⁴ *Semmler/Bauer*, DB 2000, 193, 199.

⁴⁵ Roniger, Das neue Vertriebskartellrecht, Art. 1 Rn. 7; so auch *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG – Wettbewerbsrecht, Erg.-Bd., GFVO, Rn. 270.

frei ist, den 80 % des Vorjahres übersteigenden Bedarf bei einem Lieferanten seiner Wahl zu decken.⁴⁶

c.) *Beweislast und Transparenz*

Allein durch Verwendung der oben genannten Klausel könnte der Verkäufer damit in Zukunft sicherstellen, dass sein Vertrag nicht unter das Wettbewerbsverbot der GVO fällt.

Den Käufer könnte eine solche Vertragsgestaltung hingegen vor Probleme stellen: Zunächst müsste er, will er die Option der Befreiung vom vertraglich festgesetzten Bezug tatsächlich wahrnehmen, jedes Jahr für sämtliche betroffenen Produkte das Einkaufsvolumen bestimmen und zu den Abnahmemengen bei den jeweiligen Händlern in Relation setzen.

Theoretisch müsste der Käufer aber auch die relevanten Daten dem Händler auf dessen Verlangen hin offen legen, denn nur so kann er im Streitfall nachweisen, dass er seinen Bedarf tatsächlich ausschließlich gemäß der Befreiungsklausel bei anderen Verkäufern deckt. Er würde für den Anwendungsfall der Klausel die Beweislast tragen. Die Gefahr, dass der Käufer sich gezwungen sieht, trotz Befreiungsklausel auch den Rest seines Bedarfs bei dem Vertragspartner zu decken, ist hier aufgrund der Unannehmlichkeiten, die ihm der Verkäufer durch diese Klausel und die damit verbundene Beweislast leicht bereiten kann, besonders hoch.

Weiterhin würde dem Verkäufer auf diese Weise ein Einblick in die Geschäftsabläufe seiner Kunden gewährt, der zu einer Erhöhung der Transparenz des Nachfragemarktes führen könnte.

d.) *Stellungnahme*

Der Gedanke, mit der Einführung einer 80 %-Marke, die Umgehung des Wettbewerbsverbots zu verhindern, ist zu begrüßen. Aufgrund der spärlichen Ausführungen der Kommission zu dieser erstmalig auftauchenden Regelung dürfte es jedoch von der Durchsetzungskraft der Käufer abhängen, inwiefern sie sich diesen besonderen Schutz zunutze machen können oder nicht.

So könnte bspw. in den Vertrag im Rahmen einer Befreiungsklausel weiterhin aufgenommen werden, dass der Verkäufer im Streitfall auf eigene Kosten ein Wirtschaftsprüfungsunternehmen beauftragt. Dieses müsste ihm gegenüber bezüglich der konkreten Daten mit einer Schweigepflicht belegt sein und dürfte ihm nur Auskunft darüber erteilen, ob der Befreiungsfall eingetreten ist, oder nicht.

VI.) „Alleinbelieferungsverpflichtungen“ (Art. 1 Buchst. c))

In Art. 1 Buchst. c) der GVO werden als Alleinbelieferungsverpflichtungen alle unmittelbaren und mittelbaren Verpflichtungen bezeichnet, „die den Lieferanten veranlassen, die in der Vereinbarung bezeichneten Waren oder Dienstleistungen

⁴⁶ *Burrichter*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf; Roniger, Das neue Vertriebskartellrecht, Art. 1 Rn. 7.

zum Zwecke einer spezifischen Verwendung oder des Weiterverkaufs nur an einen einzigen Käufer innerhalb der Gemeinschaft zu verkaufen“.

1.) Alte Rechtslage

In Art. 1, 1. Alt. GVO - Alleinvertrieb⁴⁷ war bisher eine Definition für Alleinvertriebsvereinbarungen enthalten. Danach lag eine solche vor, wenn sich ein Vertragspartner gegenüber dem anderen verpflichtete, „zum Zwecke des Weiterverkaufs im Gesamtgebiet ... der Gemeinschaft bestimmte Waren nur an ihn zu liefern“.

2.) Anwendungsbereich

Im Hinblick auf den weiten Anwendungsbereich der neuen GVO⁴⁸ wurden jedoch einige Veränderungen vorgenommen. Die Definition enthält danach keine Beschränkung auf zwei Unternehmen und erfasst jetzt ebenfalls Dienstleistungen. Weiterhin kann die Lieferung zur spezifischen Verwendung durch Weiterverarbeitung erfolgen, womit auch Vereinbarungen mit weiterverarbeitenden Betrieben möglich werden. Die Beschränkung auf den Weiterverkauf ist damit aufgehoben.

Der Begriff der Alleinbelieferungsverpflichtungen taucht lediglich in Art. 3 Abs. 2 der GVO auf, in dem klar gestellt wird, dass bei diesen Verpflichtungen für die Berechnung der Marktanteilsschwelle der Anteil des Käufers am relevanten Markt zu ermitteln ist. Bei allen anderen vertikalen Verpflichtungen ist der Anteil des Verkäufers am relevanten Markt entscheidend.

3.) „Unmittelbare oder mittelbare Verpflichtungen“

Zur Definition der mittelbaren Verpflichtungen vgl. oben Kapitel Drei:A.)V.)3.).

4.) „Zum Zwecke einer spezifischen Verwendung oder des Weiterverkaufs“

Dem Wortlaut nach sind unter Alleinbelieferungen nur Lieferungen zu verstehen, die „zum Zwecke einer spezifischen Verwendung oder des Weiterverkaufs“ an nur einen Käufer erbracht werden. Damit handelt es sich ebenfalls um eine Alleinbelieferung i.S. der GVO, wenn der Händler die gleiche Ware oder Dienstleistung zu einem anderen spezifischen Zweck auch an andere Abnehmer verkaufen darf.⁴⁹

5.) „An einen einzigen Käufer innerhalb der Gemeinschaft“

Nach dem Wortlaut der Definition in Art. 1 Buchst. c) liegt eine Alleinbelieferungsverpflichtung nur vor, wenn sich der Lieferant dazu verpflichtet, die

⁴⁷ Vgl. GVO Alleinvertrieb, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21), Art. 1 letzter Teilsatz.

⁴⁸ Vgl. dazu unten S. 56ff., Kapitel Vier:A.)III.) „Die Definition des Anwendungsbereichs (Art. 2 Abs. 1)“.

⁴⁹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 202.

Vertragswaren oder -dienstleistungen ausschließlich an „einen einzigen Käufer innerhalb der Gemeinschaft“ zu veräußern.

a.) *Alleinbelieferung auch bei Beschränkung auf einen abgrenzbaren räumlichen Bereich*

Es wird jedoch vertreten, der befürchtete Abschottungseffekt auf dem nachgelagerten Markt könne bei marktstarken Nachfragern auch eintreten, wenn sich die Alleinbelieferungsverpflichtung auf einen räumlichen abgrenzbaren Bereich des Gemeinsamen Marktes bezieht. In einem solchen Fall solle ebenfalls auf die Marktmacht des Käufers abgestellt werden.⁵⁰ Die Konsequenz daraus wäre, dass man die Definition der Alleinbelieferungsverpflichtung praktisch auf Alleinvertriebsvereinbarungen i.S. des Art. 1 der GVO-Alleinvertrieb⁵¹ unter Einschluss der 2. Alt. ausweiten würde. Dann wäre bei diesen gemäß Art. 3 Abs. 2 der GVO ebenfalls auf den Marktanteil des Käufers abzustellen.

Gegen eine solche Auslegung wird vorgebracht, sie widerspräche dem eindeutigen Wortlaut der Bestimmung. Des Weiteren sei die Tatsache, dass im veröffentlichten Entwurf⁵² noch kein geographisches Tatbestandsmerkmal enthalten war, Beleg für die wörtliche Auslegung.⁵³

b.) *Stellungnahme*

Dieser Meinung ist zuzustimmen. Die Formulierung „ausschließlich an einen Käufer“ ohne den geographischen Zusatz im Leitlinien-Entwurf⁵⁴ könnte eventuell noch eine Auslegung zugelassen haben, die auf ausschließlich einen Käufer in einem bestimmten Gebiet abstellte. Durch die Definition in der endgültigen Fassung⁵⁵ wird nun jedoch deutlich, dass die Kommission eine solche Auslegung nicht zulassen wollte. Der Wortlaut ist insofern eindeutig und wird auch durch die erweiterte Erläuterung in den Leitlinien unterstützt.⁵⁶

Die Tatsache, dass in der GVO eindeutig nicht auf Alleinvertriebsvereinbarungen abgestellt wird, sondern eine neue Definition der Alleinbelieferungsverpflichtung eingeführt wird,⁵⁷ ist ebenfalls ein Hinweis darauf, dass eine Ausweitung des Tatbestandes der Alleinbelieferung nicht vorgesehen ist.

⁵⁰ *Semmler/Bauer*, DB 2000, 193, 195.

⁵¹ A.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21).

⁵² A.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33).

⁵³ Roniger, Das neue Vertriebskartellrecht, Art. 1 Rn. 11.

⁵⁴ Vgl. Art. 11, 3. Spiegelstrich GVO-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33).

⁵⁵ „nur an einen einzigen Käufer innerhalb der Gemeinschaft“

⁵⁶ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 202.

⁵⁷ Auch in den Leitlinien werden Alleinbelieferungsverpflichtungen und Alleinvertriebsvereinbarungen jeweils gesondert abgehandelt. Vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 202 – 214 u. 161 – 177.

VII.) „Selektive Vertriebssysteme“ (Art. 1 Buchst. d)

1.) Alte Rechtslage

In den alten GVOen wurden selektive Vertriebssysteme bisher nicht berücksichtigt. Art. 1 Buchst. d) der GVO Nr. 2790/99 stellt somit eine Neuerung dar.⁵⁸

2.) Allgemeines

Bei selektiven Vertriebssystemen im Sinne der GVO verpflichtet sich der Lieferant, „die Vertragswaren oder -dienstleistungen unmittelbar oder mittelbar nur an Händler zu verkaufen, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden“. Die Käufer hingegen verpflichten sich, „die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler zu verkaufen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind“.

Damit sind von der Definition des Selektivvertriebs auch ausdrücklich Dienstleistungen erfasst, obwohl bisher die gängigen Begriffsbestimmungen lediglich von Waren ausgegangen sind, die der Hersteller vertreibt.⁵⁹

Spezielle Regelungen, die selektive Vertriebssysteme betreffen, finden sich in den Verbotsartikeln 4 Buchst. b),c),d) sowie 5 Buchst. c).

3.) „Kumulative Verpflichtung“

Zu beachten ist, dass sich nach Art. 1 Buchst. d) der Verordnung sowohl der Käufer als auch der Lieferant zur Systemexklusivität verpflichten müssen. Diese sog. hersteller- und händlerseitig geschlossenen Vertriebssysteme⁶⁰ kommen in der Praxis jedoch als explizit abgeschlossene Vereinbarungen nur selten zustande. Der Grund hierfür dürfte die Tatsache sein, dass selektive Vertriebssysteme grundsätzlich auf einer Initiative des Lieferanten beruhen. Dieser hat im Vergleich zum Abnehmer ein gesteigertes Interesse an der Kontrolle des Vertriebs seines Produktes. Er wird sich deshalb zwar immer an die Vorgaben seines Systems halten, sich aber nur in den seltensten Fällen auch vertraglich dazu verpflichten.

Da eine Schutzbedürftigkeit des Abnehmers in diesem Fall somit nicht ersichtlich ist, scheint es hier angebracht, den Anwendungsbereich des Art. 1 Buchst. d) extensiv auszulegen und den Begriff der „Verpflichtung“ nicht auf rechtlich durchsetzbare Zusagen zu beschränken.⁶¹

⁵⁸ Kritisch hierzu BKartA, Stellungnahme Grünbuch, S. 14, das darauf abstellt, dass selektive Vertriebssysteme kein Massenproblem produzierten und es zweifelhaft sei, ob diese eine pauschal-positive Wirkung erzielten. A. A. : *Schwintowski*, in: FS für Sandrock, 901, 903.

⁵⁹ Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht, Bd. 1, Art. 85 Rn. 1655; *Hoppe*, in: Martinek/Semmler, Handbuch des Vertriebsrechts, § 31 Rn. 1; *Jakob-Siebert, Jorna*, in Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Art. 85-Fallgruppen, S. 2/530 Rn. 160; *Sauter*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 359 Rn. 1.

⁶⁰ Bauer/de Bronett, Die EU – Gruppenfreistellungsverordnung, S. 77.

⁶¹ So auch: Bauer/de Bronett, Die EU – Gruppenfreistellungsverordnung, S. 79.

4.) „Festgelegte Merkmale“

Die Vertragswaren oder -dienstleistungen dürfen nur aufgrund „festgelegter Merkmale“ an ausgewählte Händler verkauft werden.

a.) *Keine ad-hoc Entscheidungen*

Dies setzt voraus, dass diese bereits bei Vereinbarungsschluss bestimmt sind. Systeme bei denen, über die Zulassung nach „Ad-hoc-Kriterien“ entschieden wird, fallen damit nicht unter den Anwendungsbereich der GVO.⁶² Im Entwurf der GVO war sogar noch ausdrücklich davon die Rede, dass die Händler ausschließlich „aufgrund bestimmter *im voraus* festgelegter Kriterien ausgewählt“ werden können.⁶³ Da der Wortlaut aber auch in der vorliegenden Form eindeutig ist, konnten die Worte als überflüssig gestrichen werden.

b.) *Differenzierung der Merkmale*

Seit der „Junghans“-Entscheidung der Kommission aus dem Jahre 1976⁶⁴ wird zwischen rein qualitativen und anderen Begrenzungskriterien für den Selektivvertrieb unterschieden. Voraussetzung für ein qualitatives selektives Vertriebssystem ist, dass das Produkt einen selektiven Vertrieb bedingt sowie dass die Auswahlkriterien objektiv und nicht diskriminierend sind. Schließlich dürfen die Kriterien auch nicht das erforderliche Maß übersteigen. Ein solcher rein qualitativer Selektivvertrieb stellt keinen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EGV dar, da bei ihm die Zahl der Händler nur mittelbar begrenzt wird.

Selektive Vertriebssysteme, die über eine solche objektive Auswahl qualitativer Art hinausgehen, fallen grundsätzlich unter das Verbot des Art. 81 Abs. 1 EGV. Dies ist insbesondere beim quantitativem Selektivvertrieb der Fall. Bei diesem erfolgt die Auswahl der Händler bspw. nach der Zahl der bereits in diesem Gebiet zugelassenen Händlern oder nach Zulassungskriterien, welche die Zahl der in Frage kommenden Händler unmittelbar beschränken, indem bspw. ein Mindest- oder Höchstumsatz vorgeschrieben wird.⁶⁵

Im Follow – up zum Grünbuch hatte man zunächst anvisiert, sich möglichst weitgehend an die bisherige Vorgehensweise zu halten, wie sie sich aus den Entscheidungen der Kommission und den Urteilen des EuGH ergibt. Danach sollten selektive Vertriebsbindungen nur freigestellt werden, wenn der Lieferant bei der Auswahl seiner Händler objektive, nicht diskriminierende Kriterien anwendet, die Ware selektiven Vertrieb erfordert, er nicht bestimmte Vertriebsformen von vornherein grundsätzlich ausschließt und er dem Abnehmer nicht vorschreibt, welche konkurrierenden Marken er vertreiben darf.⁶⁶

⁶² Roniger, Das neue Vertriebskartellrecht, Art. 1 Rn. 15.

⁶³ Vgl. Art. 11, 4. Spiegelstrich GVO-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33).

⁶⁴ Kommission, Entscheidung v. 21.12.1976, Rs. 77/100 (Junghangs), ABLEG 1977, Nr. L 30/10; bestätigend: EuGH, Urteil v. 25.10.1977, Rs. 26/76 (Metro/Saba I), Slg. 1977, 1875; EuGH, Urteil v. 11. 12. 1980, Rs. 31/80 (L'Oréal), Slg. 1980, S. 3775.

⁶⁵ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6, Tz. 185).

⁶⁶ Follow-up, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn.43), S. 37.

Gemäß dem Wortlaut der neuen GVO ist nun für ein selektives Vertriebssystem lediglich Voraussetzung, dass überhaupt Merkmale festgelegt werden. Man könnte daher zunächst die Ansicht vertreten, dass die Kommission damit in Zukunft vollkommen auf eine Differenzierung zwischen verschiedenen Auswahlkriterien verzichten will.⁶⁷ Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die neue GVO von den Unternehmen selbst angewendet werden soll, wäre hier eine ausführlichere Erläuterung der Kommission in Bezug auf die Anforderungen an ein selektives Vertriebssystem wünschenswert gewesen. Dies scheint auch die Kommission erkannt zu haben, die in ihrer neuen GVO Kfz – Vertrieb nun explizit im Verordnungstext zwischen qualitativem und quantitativem Selektivvertrieb unterscheidet.⁶⁸ Ob diese Unterscheidung auch für die GVO Nr. 2790/99 gewollt ist, könnte ein Vergleich der erweiterten Leitlinien mit deren Entwurf klären.⁶⁹

(1) Freistellung von qualitativem Selektivvertrieb

Da die Freistellungswirkung der GVO Nr. 2790/99 grundsätzlich nur für Vereinbarungen gilt, „die unter Artikel 81 Absatz 1 fallen“,⁷⁰ würde der qualitative Selektivvertrieb gemäß der Junghans-Entscheidung gar nicht von der GVO erfasst. Für eine Freistellung kämen insofern also nur quantitative selektive Vertriebssysteme in Betracht.⁷¹

Im Gegensatz zum Leitlinien - Entwurf, in dem es nur hieß, Selektivvertrieb werde bis zu einem Marktanteil von 30% freigestellt, stellt die Kommission in Tz. 186 der Leitlinien zur GVO aber fest, dass sowohl Vereinbarungen über qualitativen als auch über quantitativen Selektivvertrieb nach der GVO freigestellt seien, wenn die Marktanteilsschwelle von 30% nicht überschritten wird.⁷² Aufgrund der expliziten Änderung des Leitlinientextes im Vergleich zum Entwurf ist anzunehmen, dass die Kommission den Anwendungsbereich der GVO offensichtlich auch auf den qualitativen Selektivvertrieb ausdehnen will, selbst wenn dies dem eindeutigen Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 Satz 2 der GVO widerspricht. In ihrer neuen GVO Kfz – Vertrieb hat die Kommission im Gegensatz dazu wiederum den qualitativen Selektivvertrieb ausdrücklich von der Begrenzung der Freistellungswirkung durch Marktanteilsschwellen ausgenommen.⁷³

In der Praxis dürfte die Beantwortung dieser Frage jedoch kaum eine Rolle spielen. Ob die GVO auf eine Vereinbarung nicht anwendbar ist, weil diese nicht Art. 81 Abs. 1 EGV unterfällt, wäre nur relevant, wenn sie dann auch trotz Missachtung der Vorgaben der Artt. 4 und 5 der GVO keine Wettbewerbsverletzung darstellen würde. Eine Vereinbarung der dort aufgeführten Kernbeschränkungen würde jedoch auch bei rein qualitativem Selektivvertrieb nach den Kriterien der „Junghans“-

⁶⁷ So bspw. *Bayreuther*, EWS 2000, 106, 115; Roniger, Das neue Vertriebskartellrecht, Art. 1 Rn. 15.

⁶⁸ Vgl. Art. 1 Abs. 1 Buchst. g) und h) der GVO Nr. 1400/02, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 24).

⁶⁹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6, Tz. 186), vgl. dazu Leitlinien-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Tz. 183 – 186.

⁷⁰ Art. 2 Abs. 1 Satz 2 der GVO Nr. 2790/99, a.a.O. (Einleitung: Fn. 5).

⁷¹ So *Liebscher/Petsche*, EuZW 2000, 400, 401.

⁷² Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6, Tz. 186).

⁷³ Vgl. Art. 3 Abs. 1 der GVO Nr. 1400/02, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 24).

Entscheidung gegen Art. 81 Abs. 1 EGV verstoßen.⁷⁴ Unterhalb der 30%-Marktanteilsschwelle spielt es daher keine Rolle, ob es sich um qualitativen oder quantitativen Selektivvertrieb handelt. Wenn das Erfordernis einer Einzelfreistellung umgangen werden soll, sind die Vorgaben der Artt. 4 und 5 der GVO grundsätzlich zu beachten.

(2) Selektivvertrieb ohne Rechtfertigung durch das Produkt

Man könnte ferner annehmen, dass nun auch ein selektives Vertriebssystem eingeführt werden könne, ohne dass das Produkt dies rechtfertigen würde.⁷⁵ Dies ist tatsächlich der Fall, allerdings nur, wenn der Selektivvertrieb den Verlust an markeninternem Wettbewerb aufzuwiegen vermag. Die Kommission geht davon aus, dass dies „in der Regel“ nicht der Fall sein wird. Bei spürbar wettbewerbswidrigen Wirkungen ist selbst bei vorheriger Freistellung damit zu rechnen, dass diese wieder entzogen wird.⁷⁶

Einerseits bestand bisher für den Selektivvertrieb, bei dem keine Rechtfertigung durch das Produkt vorlag, überhaupt keine Möglichkeit der Freistellung, so dass den Unternehmen nun neue Möglichkeiten offen stehen.⁷⁷ Andererseits sieht die Kommission für solche Vereinbarungen ein hohes Entzugsrisiko. Es erscheint fraglich, ob die Unternehmen ein solches Risiko in Zukunft eingehen wollen.

(3) Freistellung des Selektivvertriebs auch bei diskriminierenden Auswahlkriterien

Fraglich bleibt schließlich aufgrund des Wortlauts der GVO, ob die Auswahlkriterien bei selektiven Vertriebssystemen nun auch in diskriminierender Art und Weise gehandhabt werden können.⁷⁸ Auch diskriminierend ausgelegte Kriterien könnten grundsätzlich als „Merkmale“ angesehen werden.

Gegen die Freistellung eines selektiven Vertriebssystems mit diskriminierender Handhabung der Auswahlkriterien spricht jedoch die Definition des quantitativen selektiven Vertriebssystems in Tz. 185 der Leitlinien der Kommission. Demnach kommen bei diesem lediglich die Händlerzahl unmittelbar begrenzende Zulassungskriterien zu den Anforderungen für den objektiv qualitativen Selektivvertrieb „hinzu“. Das heißt, grundsätzlich müssen zunächst die Voraussetzungen des qualitativen Selektivvertriebs erfüllt sein. Dieser schreibt jedoch unter anderem die einheitliche Festlegung und unterschiedslose Anwendung der Auswahlkriterien vor, die nicht über das erforderliche Maß hinausgehen dürfen.

⁷⁴ Vgl. *Hoppe*, in: Martinek/Semmler, Handbuch des Vertriebsrechts, § 31 Rn. 24.

⁷⁵ *Bayreuther*, EWS 2000, 106, 115.

⁷⁶ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6, Tz. 18). Vgl. dazu allerdings die in den vergangenen Jahren gesunkenen Anforderungen an das Merkmal der Erforderlichkeit: Kommission, Entscheidung v. 21.12.1993, Rs. 94/29 (Grundig), ABI.EG 1994 Nr. L 20/15; Entscheidung v. 16. 12. 1991, Rs. 92/33 (Yves Saint Laurent), ABI.EG 1992 Nr. L 12/24; Entscheidung v. 24.07.1992, Rs. 92/428 (Parfums Givenchy), ABI.EG 1992 Nr. 236/11; *Bach*, WuW 1995, 5, 8f..

⁷⁷ Schultze/Pautke/Wagener, Die Gruppenfreistellungsverordnung, Rn. 112.

⁷⁸ *Bayreuther*, EWS 2000, 106, 115; bejahend: Schultze/Pautke/Wagener, Die Gruppenfreistellungsverordnung, Rn. 108.

Des Weiteren dürfte die diskriminierende Handhabung von Auswahlkriterien in den meisten Fällen Wirkungen zeitigen, die nicht mit Art. 81 Abs. 3 EGV zu vereinbaren sind, sodass auch aus diesem Grunde nicht mit einer Freistellung gerechnet werden sollte.

Für die praktische Anwendung von selektiven Vertriebssystemen ist daher aus den angeführten Gründen zu empfehlen, auf Diskriminierungen bei den Auswahlkriterien zu verzichten.

(4) Ergebnis

1. Soll das Erfordernis einer Einzelfreistellung umgangen werden, sind in der Praxis sowohl für den qualitativen als auch für den quantitativen Selektivvertrieb die Vorgaben der Artt. 4 und 5 der GVO zu beachten.
2. Bei Selektivvertrieb, der durch das Produkt nicht erfordert wird, ist in besonderem Maße darauf zu achten, dass der Verlust an markeninternem Wettbewerb durch anderweitige Effizienzgewinne aufgewogen wird. Ansonsten droht Entzug der Freistellung.
3. Diskriminierende Auswahlkriterien bei selektiven Vertriebssystemen sind wegen drohender Unwirksamkeit der Vereinbarung nicht zu empfehlen.

c.) *Kein Schiedsverfahren*

Ein Schiedsverfahren für Fälle, in denen einem Händler der Zugang zu einem Selektivvertriebsnetz verweigert wurde, ist im Gegensatz zu den Überlegungen in der Option II des Grünbuchs⁷⁹ mit der GVO Nr. 2790/99 nicht verwirklicht worden.

VIII.) „Intellektuelle Eigentumsrechte“ (Art. 1 Buchst. e))

Im Gegensatz zum Entwurf der GVO⁸⁰ enthält die Endfassung auch eine Definition über „intellektuelle Eigentumsrechte“. Es handelt sich dabei gemäß der Formulierung „unter anderem“ um eine exemplarische, nicht abschließende Aufzählung, die gewerbliche Schutz-, Urheber- und verwandte Schutzrechte gesondert aufzählt.

Die Bezeichnung dieser Rechte als „intellektuelle Eigentumsrechte“ ist wohl dem Englischen („intellectual properties“) entliehen. Tatsächlich taucht dieser Begriff im deutschen Text der Verordnung nicht ein einziges Mal auf. Es handelt sich um einen redaktionellen Übersetzungsfehler, gemeint sind die „geistigen Eigentumsrechte“, die in Art. 2 Abs. 3 der GVO Erwähnung finden.

⁷⁹ Grünbuch, a.a.O. (Einleitung: Fn. 3), Tz. 284, 5. Spiegelstrich.

⁸⁰ Art. 11, GVO-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33).

IX.) „Know-how“ (Art. 1 Buchst. f)

„Know-how“ i.S.d. GVO stellt „eine Gesamtheit nicht patentierter praktischer Kenntnisse“ dar, „die der Lieferant durch Erfahrung und Erprobung gewonnen hat und die geheim, wesentlich und identifiziert sind“.

1.) Alte Rechtslage

In Art. 1 Buchst. f) der GVO wird im wesentlichen die Definition der GVOen Franchise⁸¹ und Technologietransfer⁸² von „Know-how“ wiedergegeben.⁸³

2.) Wesentlich / unerlässlich

Neben den Änderungen, die aufgrund des veränderten Anwendungsbereichs erforderlich wurden, ist die Beschreibung des Tatbestandsmerkmals der Wesentlichkeit auf die Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs verkürzt worden. „Know-how“ ist danach wesentlich, wenn es für die Verwendung des Produkts „unerlässlich“ ist. Wann eine solche Unerlässlichkeit anzunehmen ist, bleibt jedoch offen.

3.) Verwendung in der GVO

Die Definition des Art. 1 Buchst. f) wird in Art. 5 Buchst. b) in Bezug auf nachvertragliche Wettbewerbsverbote verwendet. „Know-how“ wird jedoch auch von der Definition des „geistigen Eigentums“ in Art. 1 Buchst. e) erfasst, so dass in diesem Zusammenhang auch Art. 2 Abs. 3 der GVO zu beachten ist.⁸⁴

X.) „Käufer“ (Art. 1 Buchst. g)

1.) Alte Rechtslage

In den bisherigen GVOen fehlt eine gesonderte Definition des Käufers.

2.) Verwendung in der GVO

Der Begriff des Käufers wird in den Erwägungsgründen 7, 8, und 13 sowie den Art. 1 Buchst. a), b), c), f), g), Art. 2 Abs. 3 und 4 Buchst. a), b), c), Art. 3 Abs. 2, Art. 4 Buchst. a), b), e), Art. 5 Buchst. a), b), Art. 6 und Art. 9 Abs. 1 verwendet.

⁸¹ Art. 1 Buchst. f), GVO Franchise, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 23).

⁸² Art. 10 Nr. 1 GVO Technologietransfer, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 25).

⁸³ Vgl. Roniger, Das neue Vertriebskartellrecht, Art. 1 Rn. 20.

⁸⁴ Vgl. dazu unten S. 88, Kapitel Vier:A.)V.)5.)c.)(1).

3.) Allgemeines

Gemäß dem letzten der in Art. 1 der GVO bestimmten Begriffe sind auch diejenigen Unternehmen, die auf der Grundlage einer unter Art. 81 Abs. 1 EGV fallenden Vereinbarung Waren oder Dienstleistungen für Rechnung eines anderen Unternehmens verkaufen, als Käufer i.S. der GVO anzusehen.

Im Entwurf der GVO war diese Definition noch nicht enthalten.⁸⁵ Sie ist wahrscheinlich nachträglich eingefügt worden, um ein Verbindungsglied zwischen dem Kapitel über Handelsvertretervereinbarungen in den Leitlinien und den Vorgaben der GVO zu schaffen.

4.) Unpräzise Definition

Unklar ist jedoch inwieweit Handelsvertretervereinbarungen von der Definition tatsächlich erfasst werden. Denn dem Wortlaut nach trifft sie nur auf die Kommissionäre i.S. des § 383 HGB zu. Nur diese schließen tatsächlich für fremde Rechnung Verträge ab. Handelsvertreter ist hingegen auch, wer den Verkauf oder Ankauf von Waren lediglich vermittelt oder diese Geschäfte im Namen seines Geschäftsherrn abschließt.⁸⁶

Betrachtet man allein die GVO, könnte daher fraglich sein, ob diese überhaupt auf Handelsvertretervereinbarungen anzuwenden ist.⁸⁷ In den Leitlinien hat die Kommission jedoch festgestellt, dass nach ihrer Auffassung die GVO sowie die übrigen Teile der Leitlinien auf sämtliche Handelsvertretervereinbarungen, die Art. 81 Abs. 1 EGV unterfallen,⁸⁸ anwendbar sein soll.⁸⁹

Daher ist davon auszugehen, dass Art. 1 Buchst. g) extensiv auszulegen ist. Das heißt, sowohl formell als Handelsvertreter als auch formell als Kommissionäre auftretende Händler, die tatsächlich jedoch als „unechte Handelsvertreter“ i.S. der Leitlinien anzusehen sind, sind „Käufer“ i.S. der GVO. Sie haben sich an die entsprechenden Vorgaben der GVO zu halten.⁹⁰

Wie weit Art. 1 Buchst. g) auszulegen ist, wird wesentlich von der im Einzelfall vertretenen Ansicht der mit der Entscheidung befassten Behörde abhängen. In Anbetracht der Tatsache, dass die Unternehmen mittels der GVO ihre Vereinbarungen nun selbst einschätzen sollen, erscheint diese Situation bedenklich.

⁸⁵ Art. 11 GVO-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33).

⁸⁶ Art. 1 Abs. 2 Richtlinie 86/653/EWG des Rates zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABI.EG 1986 Nr. L 383/17, v. 18.12.1986.

⁸⁷ So *Rittner*, DB 2000, 1211, 1212; *Schütz*, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung, S. 21, 29; ebenfalls zweifelnd: *Lange*, EWS 2001, 18, 23.

⁸⁸ Vgl. umfassend zur Anwendbarkeit von Art. 81 Abs. 1 EGV auf Handelsvertretervereinbarungen unten S. 67, Kapitel Vier:A.)III.)6.)c.) „Handelsvertreterverträge“.

⁸⁹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 13; so auch schon: Leitlinien – Entwurf, a. a. O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Tz. 13.

⁹⁰ So auch *Ensthaler/Funk*, BB 2000, 1685, 1691; *Pukall*, NJW 2000, 1375, 1377; Roniger, Das neue Vertriebskartellrecht, Art. 1 Rn. 22.

5.) Umgestaltung des Vertragsverhältnisses

Rittner interpretiert die weite Auslegung der Definition und die damit verbundene Anwendbarkeit der GVO als Umgestaltung des Vertragsverhältnisses. An die Stelle des vereinbarten Handelsvertreterverhältnisses trete ein Käufer-/Verkäuferverhältnis mit all seinen rechtlichen Folgen. Dies stelle einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Vertragsfreiheit dar, sodass die Grenzen der Ermächtigungsnorm VO Nr. 19/65 in der novellierten Fassung des Jahres 1999⁹¹ überschritten seien.⁹² Art. 1 Buchst. g) wäre danach EG-rechtswidrig.

Da die GVO jedoch nur für Vereinbarungen gilt, die Art. 81 Abs. 1 EGV unterfallen,⁹³ kann sie gemäß den Leitlinien auch grundsätzlich nur „unechte“ Handelsvertreterverhältnisse betreffen.⁹⁴ Bei diesen handelt es sich um Vertriebsvereinbarungen, die zwar formell als Handelsvertreterverträge geschlossen wurden, bei denen der Händler nach Auffassung der Kommission jedoch tatsächlich als Eigenhändler auftritt.⁹⁵ Die Bezeichnung der Vereinbarung als Handelsvertretervertrag ist für diesen Umstand unerheblich. Die Vertragsfreiheit der Parteien kann nicht soweit gehen, dass sie die kartellrechtliche Wertung einer Vereinbarung mit der Wahl eines anderen Vertragsbegriffs außer Kraft setzt.

Wenn die GVO durch Art. 1 Buchst. g) daher lediglich auf Vereinbarungen anwendbar ist, die nach Auffassung der Kommission tatsächlich gar keine wettbewerbsrechtlich unbedenklichen Handelsvertretervereinbarungen darstellen, kann es sich dabei auch nicht um einen unangemessenen Eingriff in die Vertragsfreiheit handeln.⁹⁶ Somit liegt auch keine Überschreitung der Grenzen der Ermächtigungsnorm vor.

6.) Ergebnis/Wertung

1. Es ergibt sich lediglich aus den Leitlinien zur GVO Nr. 2790/99, dass die GVO auf „unechte“ Handelsvertretervereinbarungen i.S. der GVO anwendbar sein

⁹¹ A.a.O. (Einleitung: Fn. 8).

⁹² *Rittner*, DB 2000, 1211, 1212.

⁹³ Vgl. dazu unten S. 67, Kapitel Vier:A.)III.)6.) „soweit die Vereinbarungen unter Art. 81 Abs. 1 EGV fallen“.

⁹⁴ Zwar können gemäß Tz. 20 auch „echte“ Handelsvertretervereinbarungen unter Art. 81 Abs. 1 EGV fallen. Dies jedoch nur, wenn sie horizontale Wirkungen erzeugen, indem sie Kollusion fördern. In diesem Fall dürfte aber auch keine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EGV zu erwarten sein.

⁹⁵ Vgl. dazu unten S. 67, Kapitel Vier:A.)III.)6.)c.)(3)i) „Definition des Handelsvertreters“.

⁹⁶ Art. 1 Buchst. g) regelt also nur die Folgen des Versuchs der Kommission Handelsvertretervereinbarungen neu zu definieren. Unabhängig davon ist die Frage zu beurteilen, inwieweit die neue kartellrechtliche Bewertung von Handelsvertreterverträgen durch die Kommission in geltendes Zivilrecht eingreift. Tatsächlich ist es nun möglich, dass die Vereinbarung einen zivilrechtlich zulässigen Handelsvertretervertrag darstellt, sie kartellrechtlich aber nicht als solcher von der Kommission anerkannt wird, *Schütz*, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung, S. 21, 31. Zur Frage, inwiefern sich die in den Leitlinien zum Ausdruck kommende Einschätzung von Handelsvertreterverhältnissen durch die Kommission in die bestehende europäische Rechtspraxis einfügt, vgl. unten S. 73, Kapitel Vier:A.)III.)6.)c.)(4) „Folgen für die Vertragspraxis“.

soll. Art. 1 Buchst. g) ist danach als Verbindungsglied zu den diesbezüglichen Vorgaben der Leitlinien anzusehen.

2. Die Durchsetzung einer kartellrechtlichen Wertung der Kommission mittels einer GVO stellt auch keinen unverhältnismäßigen Eingriff in die Vertragsfreiheit der Parteien dar.
3. Es ist jedoch als unglücklich anzusehen, dass der Teil der GVO, der die Handelsvertretervereinbarungen betreffen soll, aus sich selbst heraus nicht verständlich ist und einer Erklärung durch eine Rechtsquelle bedarf, die grundsätzlich nur die Kommission rechtlich bindet. Insbesondere vor dem Hintergrund der mit dieser GVO eingeleiteten, verstärkten dezentralen Anwendung des EG-Kartellrechts durch nationale Gerichte und Behörden erscheint dieser Schritt bedenklich. Hier wäre im Hinblick auf eine zukünftig einheitliche Rechtsanwendung eine klare und eindeutige Regelung wünschenswert gewesen.
4. In Bezug auf eines der wesentlichen Ziele der GVO, nämlich Rechtssicherheit durch Rechtsklarheit zu schaffen, muss diese Definition daher als misslungen bezeichnet werden.

B.) Artikel 11

I.) Relevante Erwägungsgründe / Leitlinien

Bezüglich Art. 11 der GVO hat die Kommission keine besonderen Erwägungsgründe oder Leitlinien erlassen.

II.) Alte Rechtslage

Mit Ausnahme der GVO-Franchise⁹⁷ enthielten bisher alle GVOen Artikel, die eine Begriffsbestimmung von verbundenen Unternehmen – sog. Verbundklauseln – aufwiesen.⁹⁸ Diese waren in Aufbau und Inhalt in weitestem Maße identisch, abgesehen von einigen Abweichungen im Wortlaut redaktioneller Art.⁹⁹ Jedoch divergierten die Zusammenhänge, in denen die Unternehmensverbindungen relevant wurden, in den einzelnen GVOen erheblich.¹⁰⁰ Zwar gab es innerhalb der für die vorliegende Verordnung relevanten GVOen Alleinvertrieb und Alleinbezug keine wesentlichen Abweichungen. Dennoch ist es zu begrüßen, dass mit Art. 11 nun für einen Großteil der vertikalen Vereinbarungen eine einheitliche Regelung besteht.

Zu beachten ist dabei besonders, dass die Bestimmungen der GVO, die Franchisevereinbarungen betreffen, damit erstmals auch für verbundene Unternehmen gelten.

III.) Erfasste Begriffe (Art. 11 Abs. 1)

In Abs. 1 des Art. 11 der GVO wird klar gestellt, dass die Begriffe des „Unternehmens“, des „Lieferanten“ und des „Käufers“ i.S. der VO die jeweils mit diesen Parteien verbundenen Unternehmen mit einschließen. Während die entsprechende Passage im Entwurf der VO noch auf einzelne Artikel der Verordnung verwies, für welche die Begriffsbestimmung gelten sollte,¹⁰¹ stellt die Endfassung hiermit eine für die gesamte GVO gültige Definition auf.

Betroffen sind davon die Erwägungsgründe Nr. 3, 6, 7, 10, und 12 sowie die Art. 1 Buchst. b), g), Art. 2 Abs. 1 und 2, und Art. 5 Buchst. a) der GVO in Bezug auf den Begriff des „Unternehmens“.

Der Begriff des „Lieferanten“ schließt in den Erwägungsgründen Nr. 7, 8, und 10 sowie den Art. 1 Buchst. b), c), d), f), Art. 2 Abs. 2 und 4 Buchst. b), c), Art. 3 Abs. 1,

⁹⁷ A.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 23).

⁹⁸ So bspw. für die vertikalen GVOen: Art. 4 Abs. 2 und 3 GVO Alleinvertriebs- bzw. Alleinbezugsvereinbarungen, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21/22); Art. 10 Nr. 8 GVO Kfz-Vertrieb, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 24); Art. 10 Nr. 14 GVO Technologietransfer, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 25).

⁹⁹ *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 411 Rn. 31.

¹⁰⁰ *Martinek/Habermeier*, ZHR 158 (1994), S. 115 – 121; *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 410 Rn. 30.

¹⁰¹ Art. 10 Abs. 1 Satz 1, GVO-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33); „Verbundene Unternehmen im Sinne der Artikel 1 Absatz 2, 8 Absatz 1, 9 Absatz 2 und 11 sind: ...“.

Art. 4 Buchst. a), b), e), Art. 5 Buchst. a), b), c), Art. 6 und Art. 9 Abs. 1 der GVO die jeweils mit diesen verbundenen Unternehmen mit ein.

Schließlich werden in den Erwägungsgründen 7, 8, und 13 sowie den Art. 1 Buchst. a), b), c), f), g), Art. 2 Abs. 3 und 4 Buchst. a), b), c), Art. 3 Abs. 2, Art. 4 Buchst. a), b), e), Art. 5 Buchst. a), b), Art. 6 und Art. 9 Abs. 1 bei der Verwendung des Begriffs „Käufer“ auch die jeweils mit diesem verbundenen Unternehmen erfasst.

Wichtig ist dabei insbesondere, dass bei der in Art. 2 Abs. 2 und 4 vorgeschriebenen Berechnung des jährlichen Gesamtumsatzes die jeweils verbundenen Unternehmen ebenso zu berücksichtigen sind,¹⁰² wie bei der Berechnung des Marktanteils gemäß Art. 3 Abs. 1 und 2.¹⁰³

IV.) Begriffsbestimmungen (Art. 11 Abs. 2)

Wann von miteinander verbundenen Unternehmen auszugehen ist, wird in Art. 11 Abs. 2 der GVO definiert. Der Absatz ist dabei in die fünf Unterabschnitte der Buchst. a) bis f) unterteilt.

1.) Buchst. a): Tochterunternehmen

In Art. 11 Abs. 2 Buchst. a) der GVO wird der Standardfall eines Tochterunternehmens definiert. Danach liegt eine Verbindung mit einem anderen Unternehmen vor, wenn dieses unmittelbar oder mittelbar entweder über mehr als die Hälfte der Stimmrechte verfügt, mehr als die Hälfte der Mitglieder der Leitungs- oder Verwaltungsorgans oder der zu gesetzlichen Vertretung berufenen Organe bestellen kann oder das Recht hat, die Geschäfte des Unternehmens zu führen.

a.) Kein mehrheitlicher Besitz des Kapitals oder Betriebsvermögens

Diese Definition entspricht im wesentlichen den Definitionen in Art. 4 Abs. 2 Buchst. a) in den GVOen Alleinvertrieb und Alleinbezug¹⁰⁴, mit dem Unterschied, dass der erste Spiegelstrich nicht übernommen wurde. Dieser setzte für verbundene Unternehmen voraus, dass ein Unternehmen unmittelbar oder mittelbar mehr als die Hälfte des Kapitals oder Betriebsvermögens des anderen Unternehmens besaß. Der Grund für die fehlende Übernahme der Formulierung in die GVO könnte darin liegen, dass sie als missglückt angesehen wurde. Ein Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft „besitzt“ weder das Kapital noch das Betriebsvermögen der Gesellschaft.¹⁰⁵ Hinzu kommt, dass Stimmrechte in Gesellschaften jedweder Rechtsform nur bei einer Beteiligung an diesen zustande kommen. Der Verbundtatbestand wurde somit häufig von dem im ersten Spiegelstrich der GVO Nr. 2790/99 angeführten überlagert.¹⁰⁶

¹⁰² Vgl. dazu unten S. 98 ff., Kapitel Vier:B.)III.) „Jährlicher Gesamtumsatz (Art. 10 Abs. 1)“.

¹⁰³ Vgl. hierzu unten S. 112 ff., Kapitel Fünf:B.)III.)2.) „Buchst. b) Lieferung an integrierte Händler“.

¹⁰⁴ Vgl. a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21/22).

¹⁰⁵ Wiedemann, GVO-Kommentar, Bd. I, S. 41 Rn. 131.

¹⁰⁶ *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 412 Rn. 33.

b.) Anwendung/ „mittelbare“ Einflussnahme

Die in Art. 11 Abs. 2 Buchst. a) aufgeführten Einflussmittel sind abschließend.¹⁰⁷ Des Weiteren ist zu beachten, dass die Verbundtatbestände zwar auf die Rechtsformen des Gesellschaftsrechts Bezug nehmen. Sie sind jedoch nicht anhand des jeweiligen mitgliedstaatlichen Privatrechts, sondern gemeinschaftsrechtlich autonom zu interpretieren.¹⁰⁸

Die oben angeführte Einflussnahme kann unmittelbar oder auch nur mittelbar erfolgen. Im Gegensatz zu den Begriffsbestimmungen in Art. 1¹⁰⁹ ist die Verwendung des Begriffs der mittelbaren Einflussnahme in Art. 11 Abs. 2 nicht neu. Sie wurde ebenfalls in den alten GVOen Alleinvertrieb und Alleinbezug verwendet. Durch diese Wendung wird nicht nur die Einflussnahme durch Tochterunternehmen, sondern auch eine solche durch deren Töchter zugerechnet.¹¹⁰ Ein Tochterunternehmen muss dabei auf die Enkelgesellschaft einen Einfluss der in den Buchst. a) bis e) bezeichneten Art haben.¹¹¹

2.) Buchst. b): Mutterunternehmen

Buchst. b) des Art. 11 Abs. 2 stellt klar, dass auch das Mutterunternehmen eines an der Vereinbarung beteiligten Unternehmens als verbundenes Unternehmen anzusehen ist. Diese Regelung entspricht ebenfalls der alten Rechtslage in den GVOen Alleinvertrieb und Alleinbezug.¹¹²

3.) Buchst. c): Schwesterunternehmen

Gemäß Art. 11 Abs. 2 Buchst. c) sind auch die Schwesterunternehmen eines an der Vereinbarung beteiligten Unternehmens mit diesem verbunden. Auch diese Begriffsbestimmung ist aus den GVOen Alleinvertrieb und Alleinbezug übernommen.¹¹³

¹⁰⁷ *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 411 Rn. 31. Insbesondere ist nicht zusätzlich eine Kontrolle oder die Ausübung einheitlicher Leitung erforderlich. A.A.: Wiedemann, GVO-Kommentar, Bd. I, AT Rn. 123 ff.; Korah, Research and Development and the EEC Competition Rules Regulation 418/85, S. 83.

¹⁰⁸ *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 411 Rn. 31.

¹⁰⁹ Vgl. dazu oben S. 34, Kapitel Drei:A.)V.)3.) „unmittelbare oder mittelbare Verpflichtungen“.

¹¹⁰ Sog. Enkelgesellschaften; vgl. Wiedemann, GVO-Kommentar, Bd. I, S. 41 Rn. 129.

¹¹¹ *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 413, Rn. 37.

¹¹² Vgl. Art. 4 Abs. 2 Buchst. b) der GVOen Alleinvertrieb und Alleinbezug, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21/22).

¹¹³ Vgl. Art. 4 Abs. 2 Buchst. c) der GVOen Alleinvertrieb und Alleinbezug, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21/22).

4.) Buchst. d): Mehrmütterklausel (1)

Art. 11 Abs. 2 Buchst. d) der GVO stellt eine sog. Mehrmütterklausel¹¹⁴ dar. Danach sind verbundene Unternehmen solche Unternehmen, in denen eine der Vertragsparteien gemeinsam mit einem oder mehreren der unter den in Art. 11 Buchst. a) bis c) aufgeführten Unternehmen die in Art. 11 Buchst. a) bezeichneten Rechte oder Einflussmöglichkeiten haben. Gleiches gilt gemäß der 2. Variante für Unternehmen in denen zwei oder mehr der letzt genannten Unternehmen gemeinsam die in Art. 11 Buchst. a) dargestellten Einflussmöglichkeiten besitzen.

Im Gegensatz zum Entwurf der GVO wurde der Text insofern erweitert, als der Begriff der „anderen Unternehmen“¹¹⁵ ausgetauscht wurde. Damit ist nunmehr klargestellt, dass es sich bei diesen „anderen Unternehmen“ des GVO-Entwurfs jeweils um Unternehmen der in den Buchst. a) bis c) aufgeführten Art handeln muss.

Bezüglich der „gemeinsamen“ Ausübung der in Buchst. a) genannten Rechte oder Einflussmöglichkeiten ist zu beachten, dass entgegen dem Wortlaut die Addition der Einflussmittel der Mütter allein dafür nicht ausreichend ist. Es besteht vielmehr die Notwendigkeit einer Koordination der Einflussnahme. Diese muss zwar nicht für jede zukünftige, das Gemeinschaftsunternehmen betreffende Frage gesichert sein. Es sollte sich aber aus den rechtlichen und tatsächlichen Umständen begründen lassen, dass die Mütterunternehmen regelmäßig die Ausübung ihrer Gesellschafterrechte aufeinander abstimmen werden, in einer Weise, die auch vom Eigeninteresse des Gemeinschaftsunternehmens abweichen kann.¹¹⁶

5.) Buchst. e): Mehrmütterklausel (2)

Bei Art. 11 Abs. 2 Buchst. e) der GVO handelt es sich ebenfalls um eine Mehrmütterklausel.

Die Definition im ersten Spiegelstrich entspricht Art. 4 Abs. 3 der alten GVOen Alleinvertrieb und Alleinbezug.¹¹⁷ Im Gegensatz zur 1. Variante des Art. 11 Buchst. d) der GVO Nr. 2790/99 werden hier Unternehmen erfasst, bei denen nicht nur eine sondern mehrere der Vertragsparteien oder mit ihnen jeweils verbundene Unternehmen gemeinsam die unter Buchst. a) bezeichneten Rechte inne haben.

Der zweite Spiegelstrich ist wiederum in zwei Varianten aufgeteilt. Die erste Variante betrifft wie in Art. 11 Abs. 2 Buchst. d) den Fall, dass eine der Vertragsparteien Mutter in einem Mehrmütterkonzern ist. Hier hat sie allerdings gemeinsam mit einem oder mehreren Dritten Unternehmen, die also keine Unternehmen der in den Buchst. a) bis d) bezeichneten Art sind, die in Buchst. a) dargestellten Einflussmöglichkeiten. Das von diesen Einflussmöglichkeiten betroffene Unternehmen wird als mit der Vertragspartei verbunden angesehen. Gleiches gilt gemäß der zweiten Variante für ein oder mehrere Unternehmen, die mit der Vertragspartei oder den Vertragsparteien im Sinne der Buchstaben a) bis d) verbunden sind.

¹¹⁴ Veelken, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 413 Rn. 38.

¹¹⁵ Art. 10 Abs. 1 Buchst. d) GVO-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33).

¹¹⁶ Veelken, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 414 Rn. 38.

¹¹⁷ Vgl. a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21/22).

Diese Definition ist vollkommen neu. Das heißt, sie tauchte bisher weder in den alten GVOen¹¹⁸ noch im Entwurf der GVO¹¹⁹ auf. Zwar wäre es auch möglich gewesen Unternehmen mit mehreren Müttern wie bisher in einer einzigen Definition zusammenzufassen. Die Differenzierung wurde jedoch im Hinblick auf die Marktanteilsberechnung notwendig.¹²⁰

Im Hinblick auf die gemeinsame Ausübung von Einflussmöglichkeiten gilt für beide Varianten das oben unter 4.) gesagte.

V.) Anwendung von Art. 3 (Art. 11 Abs. 3)

Abs. 3 des Art. 11 der GVO regelt schließlich die Zurechnung von Marktanteilen bei Unternehmen mit mehreren Müttern i.S. des Art. 11 Abs. 2 Buchst. e). Danach werden den dort bezeichneten Mutterunternehmen die Marktanteile des gemeinsamen Tochterunternehmens nur zu gleichen Teilen angerechnet.

Die in Art. 11 Abs. 2 Buchst. d) bezeichneten Unternehmen sind von dieser anteiligen Berechnung des Marktanteils ausgenommen, weil dort nur eine Vertragspartei beteiligt ist, bzw. weil die Mütter jeweils miteinander verbundene Unternehmen in der in den Buchst. a) bis c) des Art. 11 Abs. 2 bezeichneten Art darstellen.

¹¹⁸ Vgl. a.a.O., (Kapitel Drei: Fn. 98).

¹¹⁹ Vgl. Art. 10 GVO – Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33).

¹²⁰ Vgl. dazu unten Kapitel Drei:B.)V.) „Anwendung von Art. 3 (Art. 11 Abs. 3)“.

Kapitel Vier: Der Anwendungsbereich der GVO Nr. 2790/99: **Die Artt. 2 und 10**

Während in Art. 2 der GVO deren Anwendungsbereich definiert wird, regelt Art. 10 die Berechnung des jährlichen Gesamtumsatzes von Unternehmen, die in Art. 2 Abs. 2 und 4 vorgeschrieben ist.

A.) Artikel 2

I.) Relevante Erwägungsgründe:

Die Erwägungsgründe Nr. 2 bis 6 beinhalten Erläuterungen in Bezug auf die durch die GVO freigestellten vertikalen Vereinbarungen. Aufschluss über den Anwendungsbereich der GVO im Vergleich zu anderen wettbewerbsrechtlichen Regelungen geben die Erwägungsgründe Nr. 16 und 17.

II.) Leitlinien

In den Teilzahlen 23 bis 45 wird in den Leitlinien auf den Seiten 6 bis 11 der Anwendungsbereich der GVO näher erläutert.¹ Dabei widmen sich:

- die Tz. 23 – 25 der Definition von vertikalen Vereinbarungen i.S. der GVO,
- die Tz. 26 und 27 den Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern,
- die Tz. 28 und 29 den Vereinigungen von Einzelhändlern,
- die Tz. 30 – 44 den Vereinbarungen mit Bestimmungen zum Schutz geistigen Eigentums,
- und die Tz. 45 dem Verhältnis der GVO zu anderen GVOen.

Welche Vereinbarungen grundsätzlich nicht unter Art. 81 Abs. 1 EGV fallen und damit auch nicht von der GVO erfasst werden, wird in Teilzahlen 8 bis 20 der Leitlinien klargestellt.² Dabei erläutern:

- die Tz. 8 bis 11 Vereinbarungen von geringer Bedeutung und Vereinbarungen zwischen KMU
- die Tz. 12 bis 20 Handelsvertreterverträge.

¹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 23 – 45.

² Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 8 – 20.

III.) Definition des Anwendungsbereiches (Art. 2 Abs. 1)

In Art. 2 Abs. 1 wird der grundsätzliche Anwendungsbereich der GVO definiert. Danach wird Art. 81 Abs. 1 EGV gemäß dessen Abs. 3 unter den in der VO genannten Voraussetzungen „für unanwendbar erklärt auf Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen zwei oder mehr Unternehmen, von denen jedes zwecks Durchführung der Vereinbarung auf einer unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufe tätig ist, und welche die Bedingungen betreffen, zu denen die Parteien bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können“. Diese stellen die „vertikale Vereinbarungen“ i.S. der GVO dar.

1.) „Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen“

a.) *Rechtmäßigkeit der allgemeinen Freistellung von vertikalen Vereinbarungen*

Aus der generellen Formulierung des Art. 2 Abs. 1 ergibt sich, dass die GVO Nr. 2790/99 nicht auf dem Inhalt nach bestimmten Formen vertikaler Absprachen wie bspw. das Franchising oder den Alleinbezug beschränkt ist.

Grundsätzlich wird vielmehr jede vertikale Vereinbarung vom Anwendungsbereich der GVO in Art. 2 erfasst. Sie ist damit von Beginn an zulässig, also zivilrechtlich wirksam.³ Damit etabliert die Kommission ein Regime, das praktisch der aus § 16 GWB bekannten Missbrauchsaufsicht entspricht.⁴ Einer solchen Annäherung sind jedoch enge Grenzen gesetzt, da das Verbotsprinzip des Art. 81 Abs. 1 EGV eine reine Missbrauchsaufsicht nicht zulässt.⁵ Da Art. 81 Abs. 3 EGV die Ausnahmen von dem generellen Kartellverbot regelt, kann jedoch so lange eine vertragsgemäße Gruppenfreistellung angenommen werden, so lange die dortigen Vorgaben beachtet werden. Bei der hier vorliegenden „Schirm“-GVO wäre dies nicht der Fall, wenn deren weiter Anwendungsbereich vom Gruppenbegriff des Art. 81 Abs. 3 EGV nicht mehr getragen würde.

Unter Gruppen von Absprachen im Sinne dieser Vorschrift hat man solche zu verstehen, die gemeinsame oder vergleichbare Tatbestände umfassen und angesichts der weitgehenden Gleichförmigkeit der Interessen der Beteiligten selbst, ihrer Handelspartner, ihrer Wettbewerber sowie der Verbraucher einer typisierenden Beurteilung zugänglich sind.⁶ Fraglich ist hier, ob nicht die allgemeine Erfassung vertikaler Vereinbarungen in Art. 2 der GVO diesen Gruppenbegriff aushöhlt.⁷

Die Gruppenbildung im Falle des Art. 81 Abs. 3 EGV erfolgt zur Freistellung vom Verbot des Art. 81 Abs. 1. Eine solche Freistellung ist aber nur bei kumulativem Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen möglich.⁸ Als größter denkbarer

³ Siehe oben S. 7, Kapitel Eins:A.)II.)c.) „Wirkung der GVOen“.

⁴ *Ackermann*, EuZW, 1999, 741; *Wolf*, EuZW 1999, 641.

⁵ *Nolte*, BB 1998, 2429. Siehe auch *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Art. 85 Rn. 27.

⁶ *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Art. 85 Abs. 3 Rn. 280.

⁷ *Paulweber/Kögel*, AG 1999, 500, 509.

⁸ *Bunte*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, Art. 81 Gen. Prinz. Rn. 147; Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht, Bd. 1, Art. 85 Rn. 1851; *Sauter*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht,

gemeinsamer Nenner für eine typisierende Beurteilung kann daher nur die grundsätzlich gesicherte Erfüllung dieser Freistellungsvoraussetzungen durch die Vereinbarungen angesehen werden. Nur Absprachen, bei denen von der Erfüllung dieser Vorgaben ausgegangen werden kann, sind gruppenweise – also ohne Einzelprüfung – gemäß Art. 81 Abs. 3 EGV freistellungsfähig.⁹ Dies stellt die Grenze des Verbots- zum Missbrauchsprinzip dar, bei dem alle Vereinbarungen so lange als legal gelten, so lange nicht ihre Unzulässigkeit festgestellt wird.

Diese Grenze des Verbotsprinzips wird von der VO der Kommission jedoch nicht überschritten. Auch wenn Art. 2 zunächst alle vertikalen Vereinbarungen umfasst, so wird dessen Anwendungsbereich doch innerhalb der GVO Nr. 2790/99 begrenzt. Denn deren Freistellungswirkung umfasst gemäß Art. 3 zunächst einmal nur Vereinbarungen unterhalb des festgesetzten Marktschwellenwertes,¹⁰ weil in diesem Bereich grundsätzlich keine schwerwiegenden wettbewerbsschädigenden Beschränkungen zu erwarten sind.¹¹ Des Weiteren schließt die VO über das Prinzip der schwarzen Liste bestimmte Vereinbarungen, die schwerwiegende Beschränkungen enthalten,¹² von der Freistellungswirkung aus.¹³ Durch diese Einschränkungen wird der Freistellungstatbestand der GVO auf eine durch klare Kriterien abgrenzbare Gruppe von vertikalen Vereinbarungen begrenzt, bei denen grundsätzlich im voraus eine Freistellung mit Sicherheit erwartet werden kann.¹⁴

Es handelt sich somit bei der „Schirm“-GVO um eine vertragsgemäße Annäherung an das Missbrauchsprinzip.¹⁵

b.) Keine Beschlüsse

Gemäß Art. 2 Abs. 1 der GVO kann Art. 81 Abs.1 EGV nur auf gewisse „Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen“ für unanwendbar erklärt werden. Beschlüsse werden somit von der GVO nicht erfasst. Die Ermächtigung VO Nr. 19/65 lässt dies nicht zu.¹⁶

Bd. I, S. 326 Rn. 1; *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Art. 85 Rn. 241.

⁹ EuGH, Urteil v. 13. 7. 1966, Rs. 32/65 (Italienische Klage), Slg. 1966, 458, 483 ff.; *Jungbluth*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, Art. 83 Rn. 6; *Pernice*, in: Grabitz/Hilf, EGV, Bd. I, Art. 87 Rn. 13 – 15; *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Art. 87 Rn. 10; *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 398 Rn. 4;

¹⁰ Vgl. dazu unten S. 100 ff., Kapitel Fünf:A.)III.) „Die Marktanteilsschwelle von 30% (Art. 3 Abs. 1)“.

¹¹ Vgl. Erwgr. Nr. 8 der GVO Nr. 2790/99, a.a.O. (Einleitung: Fn. 5).

¹² Vgl. Erwgr. Nr. 10 der GVO Nr. 2790/99, a.a.O. (Einleitung: Fn. 5).

¹³ Vgl. dazu unten S. 126 ff., Kapitel Sechs: „Die ‘hard-core’ Liste und die Bedingungen: Die Artt. 4 und 5“.

¹⁴ So auch: Geiger, Europäische Verbundgruppen im EU-Kartellrecht, S. 98.

¹⁵ So auch: *Paulweber/Kögel*, AG 1999, 500, 509.; *Wolf*, EuZW 1999, 641.

¹⁶ Vgl. dazu ausführlich oben Kapitel Zwei:B.)II.) „Keine Freistellung von Beschlüssen“.

c.) *Keine Beschränkung auf sektorale – oder branchenspezifische Wettbewerbsregeln*

Mit der neuen GVO Nr. 2790/99 wird an Stelle der drei alten GVOen Alleinvertrieb¹⁷, Alleinbezug¹⁸, und Franchise¹⁹, die wiederum sogar Sondervorschriften für einzelne Branchen enthielten,²⁰ in einer einzigen Verordnung die Gruppenfreistellung für den Bereich der vertikalen Vereinbarungen geregelt. Dieses Konzept der Kommission beruht auf der Erfahrung, dass eine Reihe von vertikalen Vereinbarungen regelmäßig die Voraussetzungen von Art. 81 Abs. 3 EGV erfüllen und die wirtschaftliche Effizienz innerhalb einer Produktions- oder Vertriebskette erhöhen.²¹

Es handelt sich also um eine „Schirm-“Gruppenfreistellung ähnlich der Forderung des Bundeskartellamtes im Anschluss an das Grünbuch.²² Damit erfasst eine GVO erstmals qualitativen und quantitativen Selektivvertrieb²³ sowie Zuliefervereinbarungen. Auch Großhandels- und Produktfranchiseverträge fallen in den Anwendungsbereich der GVO. Sie regelt also sektor- und branchenübergreifend alle Arten und Formen von Vertikalvereinbarungen.²⁴ Diese Ausdehnung und Vereinheitlichung der Gruppenfreistellungen bedeutet gegenüber der bisherigen Rechtslage eine ganz wesentliche und aus der Sicht der Unternehmen begrüßenswerte Vereinfachung der Gruppenfreistellung.²⁵ Die bisherige Vielfalt nebeneinander stehender und oft nur schwer voneinander abzugrenzender GVOen wurde beseitigt und gleichzeitig die im System der alten GVOen bestehenden Lücken geschlossen.²⁶ Der eingangs dargestellte Zwangsjackeneffekt entfällt damit.²⁷ Die Unternehmen müssen sich nun in ihren Vereinbarungen nicht mehr auf einen Vertragstyp beschränken, den sie in vorgegebener Form anwenden, sondern können verschiedene Arten des Vertikalvertriebs miteinander kombinieren.²⁸ Damit wird es den Vertragsparteien ermöglicht, flexibler zu agieren und ihre wirtschaftlichen Bedürfnisse besser zu decken.²⁹ Dies bedeutet die Verwirklichung eines der Hauptziele der GVO.

Mit der Aufgabe der unterschiedlichen Behandlung verschiedener Vertriebssysteme soll außerdem ein lenkender Eingriff in die von den Unternehmen getroffene Wahl der Vertriebsform vermieden werden.³⁰ Die Sonderbehandlung gewisser wirtschaftlicher Sektoren wurde damit für den Bereich der vertikalen Vereinbarungen

¹⁷ A.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21).

¹⁸ A.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 22).

¹⁹ A.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 23).

²⁰ Vgl. Art. 6 bis 13 der GVO Alleinbezug, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 22).

²¹ Vgl. Erwägungsgründe Nr. 2,3 und 6, GVO Nr. 2790/99, a.a.O. (Einleitung: Fn. 5).

²² Vgl. oben S. 14, Kapitel Zwei:A.)I.) „Grünbuch“.

²³ Die mitunter schwierige Abgrenzung zwischen diesen beiden Formen des selektiven Vertriebs entfällt somit zukünftig; vgl. *Klinkert*, WRP 1986, 249, 252.

²⁴ *Bayreuther*, EWS 2000, 106.

²⁵ *Bunte*, in: *Langen/Bunte*, Kartellrecht, Bd. 1, Art. 81 Fallgruppen, Rn. 506; *Semmler/Bauer*, DB 2000, 193, 194.

²⁶ *Bayreuther*, EWS 2000, 106, 107.

²⁷ *Bechtold*, EWS 2001, 49, 51; *Lange*, Handbuch des europäischen Kartellrechts, S. 260; *Semmler/Bauer*, DB 2000, 193, 194.

²⁸ *Polley/Seeliger*, WRP 2000, 1203, 1205.

²⁹ WSA, Stellungnahme VO, Unterpunkt 3.1.1..

³⁰ *Metzlaff*, BB 2000, 1201, 1202.

weitestgehend beseitigt,³¹ indem die Beurteilung nach deren Inhalt abgeschafft wurde. Dies bildet die erste Voraussetzung für einen wirtschaftlicheren Ansatz bei der Bewertung vertikaler Vereinbarungen.

2.) „Zwei oder mehr Unternehmen“

a.) „Unternehmen“

Die GVO erfasst Vereinbarungen zwischen zwei oder mehr Unternehmen. Handelt es sich allerdings bei einer der Vertragsparteien um einen Endverbraucher, der nicht als Unternehmen tätig ist, so findet die GVO keine Anwendung. Vereinbarungen mit Endverbrauchern fallen in der Regel nicht unter Art. 81 Abs. 1 EGV.³² Dagegen bleibt die Anwendung der GVO bei gewerblichen Endverbrauchern, bspw. bei Energielieferungsverträgen mit Exklusivitätsregelung, möglich.³³

b.) „zwei oder mehr“

Art. 2 Abs. 1 der GVO macht von den Möglichkeiten Gebrauch, die durch die Novellierung der VO Nr. 19/65 entstanden sind.³⁴ Danach sind nun auch vertikale Beschränkungen zwischen mehr als zwei Unternehmen freigestellt, soweit sie den Voraussetzungen der GVO entsprechen.

Diese Neuerung stellt ein Zugeständnis an den häufig geäußerten Kritikpunkt dar, die alten GVOen würden Freistellungen nur in zu engen sachlichen Grenzen ermöglichen.³⁵ Bereits das Grünbuch hatte in seiner zweiten Option eine solche Erweiterung der GVOen vorgeschlagen.³⁶

Bisher konnten Absprachen, bei denen auf der einen Seite Unternehmen beteiligt waren, nur freigestellt werden, wenn bei diesen Interessengleichheit herrschte und sie unter einheitlicher Kontrolle standen,³⁷ sie also eine wirtschaftliche Einheit bildeten.³⁸

³¹ Als einzig branchenspezifische GVO für den Bereich der vertikalen Vereinbarungen hat weiterhin Geltung die GVO KfZ-Vertrieb, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 24). Vgl. dazu unten S. 94, Kapitel Vier:A.)VII.)1.) „Die anderen GVOen (Absatz 5)“.

³² Vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 24. So auch: *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 127 Rn. 12; Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht, Bd. 1, Art. 85 Rn. 18; *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Vorb. z. d. Art. 85 bis 89 Rn. 24.

³³ *Semmler/Bauer*, DB 2000, 193, 196.

³⁴ Vgl. dazu oben S. 19, Kapitel Zwei:B.)I.) „Wesentliche Neuerungen der VO Nr. 19/65“.

³⁵ So: *Ackermann*, EuZW 1997, 271, 272; WSA, Stellungnahme Grünbuch, 3.2.1.; *Rahlmeyer*, in: Martinek/Semmler, Handbuch des Vertriebsrechts, § 30 Rn. 17 ff.; *Rohardt*, WuW 1998, 1050, 1051; Wiedemann, GVO-Kommentar, Bd. 1, S. 100 Rn. 309 ff..

³⁶ Grünbuch, a.a.O. (Einleitung: Fn. 3), Tz. 283, 3. Spiegelstrich .

³⁷ EuGH, Urteil v. 12. 07. 1984, Rs. 170/83 (Hydrotherm/Compact), Slg. 1984, 2999, Rz. 1.

³⁸ Bekanntmachung zu den Verordnungen (EWG) Nr. 1983/83 und Nr. 1984/83, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 29).

Die bisherige Begrenzung auf die Beteiligung von nur zwei Unternehmen sollte einen Ausschluss von Horizontalwirkungen der vertikalen Beschränkungen bezwecken.³⁹ Mit der Ausweitung des Tatbestandes kann diese Ausschlusswirkung nun nicht mehr aufrecht erhalten werden, sodass die Möglichkeit besteht, dass auch horizontale Vereinbarungen freigestellt werden könnten.⁴⁰ Trotz dieser Gefahr wurde der Tatbestand der GVO aber mit Ausnahme der Sonderregelung für Unternehmensvereinigungen in Art. 2 Abs. 2⁴¹ nicht näher eingegrenzt.

In der Praxis wird man daher bei Vereinbarungen zwischen zwei oder mehr Unternehmen zukünftig besonders darauf zu achten haben, ob es sich bei der Absprache um eine vertikale und damit freigestellte oder schon um eine horizontale Vereinbarung handelt, die von der GVO nicht mehr erfasst wird. *Veelken* legt Art. 2 Abs. 1 in diesem Zusammenhang deshalb so aus, dass die Unternehmen auf Käuferseite jeweils auf verschiedenen Wirtschaftsstufen tätig sein müssen, um Horizontalabsprachen zu verhindern.⁴²

3.) „Zwecks Durchführung der Vereinbarung auf einer unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufe tätig“

Im Gegensatz zum Entwurf der VO Nr. 1215/99⁴³, der lediglich Vereinbarungen zwischen Unternehmen erfasste, „von denen jedes auf einer anderen Wirtschaftsstufe tätig ist“, wurde diese Definition in der endgültigen Fassung der Novelle der VO Nr. 19/65 und damit auch in der GVO erweitert. Danach müssen die Unternehmen für eine Freistellung nicht grundsätzlich auf verschiedenen Wirtschaftsstufen angesiedelt sein. Sie müssen vielmehr nur im Rahmen der „Durchführung der Vereinbarung auf unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufen tätig“ sein.

Damit bleiben die außerhalb dieses Zusammenhangs stehenden Aktivitäten der Parteien unberücksichtigt.⁴⁴ In Bereichen, die von der Vereinbarung nicht betroffen sind, können die Unternehmen also auch direkte Wettbewerber sein, wenn eine der Vertragsparteien bspw. auf mehreren Stufen der Produktions- oder Vertriebskette tätig ist.

4.) „Waren oder Dienstleistungen“

Wie bereits in der Option II des Grünbuchs⁴⁵ angeregt, werden mit der GVO Nr. 2790/99 erstmals sowohl Vereinbarungen über Waren als auch über Dienstleistungen freigestellt. Eine Begrenzung der Freistellung von Dienstleistungen auf den Bereich des Alleinbezugs, bzw. des Alleinvertriebs findet aber im Gegensatz

³⁹ *Veelken*, ZVglRWiss 97, 1998, 241, 275; ders. in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 441 Rn. 17.

⁴⁰ *Bayreuther*, EWS 2000, 106, 107; BKartA, Stellungnahme zum Grünbuch, S. 14; *Veelken*, ZVglRWiss 97 (1998), 241, 275.

⁴¹ Vgl. dazu unten S. 77, Kapitel Vier:A.IV.) „Unternehmensvereinigungen (Art. 2 Abs. 2)“.

⁴² *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG – Wettbewerbsrecht, Erg.-Bd., GFVO, Rn. 67.

⁴³ A.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 54), Art. 1.

⁴⁴ WSA, Stellungnahme VO, Unterpunkt 3.1.1.1..

⁴⁵ Grünbuch, a.a.O. (Einleitung: Fn. 3), Tz. 284, 1. Spiegelstrich .

zum Vorschlag des Grünbuchs aufgrund der Ausrichtung der Verordnung als „Schirm“-GVO nicht statt.

Zum Zwecke der Anwendung der GVO werden sowohl die vom Lieferanten bereitgestellten Waren oder Dienstleistungen, als auch die aus deren Weiterverarbeitung entstandenen Produkte als Vertragswaren- bzw. Dienstleistungen angesehen.⁴⁶

5.) „Welche die Bedingungen betreffen, zu denen die Parteien ... beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können“

Die in der GVO Nr. 2790/99 freigestellten Vereinbarungen sollen die „Bedingungen“ regeln, zu denen die Parteien Waren oder Dienstleistungen „beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können“. In dieser generellen Formulierung spiegelt sich der Zweck der GVO wieder, grundsätzlich alle Bezugs- und Vertriebsvereinbarungen zu erfassen.⁴⁷

Die GVO stellt also nicht mehr auf bestimmte ausdrücklich genannte Bedingungen wie den Alleinbezug oder den Alleinvertrieb ab. Dadurch wurde das Problem teilweise fehlender Minusklauseln beseitigt. Die Unternehmen können nun auch nicht ausschließliche Bezugsverträge mit Wettbewerbsbeschränkungen abschließen.⁴⁸

Die gruppenweise Freistellung von vertikalen Vereinbarungen ist weiterhin nicht mehr auf Absprachen bezüglich des Weiterverkaufs von Waren beschränkt. Bisher waren Vereinbarungen über Lieferungen an Unternehmen, welche die gelieferte Ware konsumierten oder weiterverarbeiteten von der Freistellung ausgeschlossen. Von den GVOen erfasst wurde lediglich das Abpacken, Umpacken, Abfüllen oder Umfüllen von Waren.⁴⁹ Durch diese Ausweitung des Anwendungsbereichs sind nun auch Vereinbarungen über Waren und Dienstleistungen der Intermediärstufe gruppenweise freigestellt.

Schließlich wird der Anwendungsbereich der GVO auch nicht auf Vereinbarungen beschränkt, die das Weiterverkaufsrecht des Abnehmers an Dritte betreffen. Vielmehr sind auch Beschränkungen des Lieferanten beim Verkauf seiner Waren an andere Abnehmer unter den Voraussetzungen der GVO freigestellt.⁵⁰

a.) *Zulieferverträge*

Im Zuge der immer weiter voran schreitenden Spezialisierung gewinnen Zuliefervereinbarungen im Bereich der industriellen Produktion zunehmend an wirtschaftlicher Bedeutung.⁵¹ Die Regelung solcher Absprachen durch eine GVO würde daher einen deutlichen rechtspolitischen Fortschritt darstellen.⁵² Da bei

⁴⁶ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 24.

⁴⁷ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 24.

⁴⁸ *Polley/Seeliger*, WRP 2000, 1203, 1204.

⁴⁹ Bekanntmachung Alleinvertrieb und Alleinbezug, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 29), Tz. 9.

⁵⁰ *Bechtold*, EWS 2001, 49, 52; Vgl. dazu bspw. unten Kapitel Sechs:A.)VI.)3.), S. 133.

⁵¹ Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht, Bd. 1, Art. 85 Rn. 638; *Pukall*, NJW 2000, 1375, 1377.

⁵² *Nolte*, BB 1998, 2429, 2437.

Zulieferverträgen die Unternehmen Komponenten ihres Produkts zur Weiterverarbeitung von anderen zukaufen, fallen diese grundsätzlich in den Anwendungsbereich der GVO Nr. 2790/99.

(1) Anwendbarkeit der GVO auf Zulieferverträge

Voraussetzung ist allerdings, dass eine solche Zulieferungsvereinbarung überhaupt unter Art. 81 Abs. 1 EGV fällt.⁵³ Nach der Bekanntmachung der Kommission über Zulieferverträge⁵⁴ gilt dies nicht für die so genannten Fälle der verlängerten Werkbank. Bei diesen beauftragt der Unternehmer den Zulieferer, nach seinen Weisungen Erzeugnisse herzustellen oder Dienstleistungen zu erbringen.⁵⁵ Gemäß den Leitlinien soll die Zulieferbekanntmachung von der GVO unberührt bleiben, sodass nur die Zuliefervereinbarungen, die keinen Fall der verlängerten Werkbank darstellen, unter die GVO fallen können.⁵⁶

(2) Einschränkungen der Anwendbarkeit der GVO Nr. 2790/99

Neben den Verbotsartikeln 4 und 5 sind bei den Zulieferverhältnissen noch zwei weitere Einschränkungen in Bezug auf die Anwendbarkeit der GVO Nr. 2790/99 besonders zu beachten.

i) Eingeschränkte Freistellung von Vereinbarungen zwischen potentiellen Wettbewerbern

Vereinbarungen zwischen potentiellen Wettbewerbern werden im Rahmen der GVO gemäß Art. 2 Abs. 4 nur unter einschränkenden Bedingungen zugelassen.⁵⁷ Gerade im Bereich der industriellen Produktion ist die Möglichkeit des potentiellen Wettbewerbs hinsichtlich der Zwischenproduktion jedoch relativ groß. Dadurch wird ein nicht unbeträchtlicher Teil der industriellen Zulieferungsvereinbarungen aus dem Anwendungsbereich der GVO herausgenommen.⁵⁸ Hier kann auch in Zukunft eine Freistellung der Vereinbarung grundsätzlich nur über eine Einzelanmeldung erfolgen.

Grund für diese Einschränkung dürfte die Tatsache sein, dass im Bereich der oft oligopolistisch strukturierten industriellen Produktion erhebliche Vertragsmengen betroffen sein können, sodass Bezugsbindungen eine größere Ausschlusswirkung zu Lasten von Wettbewerbern des bindenden Lieferanten haben.⁵⁹

⁵³ Vgl. dazu unten S. 65, Kapitel Vier:A.)III.)6.) „soweit die Vereinbarungen unter Art. 81 Abs. 1 fallen“.

⁵⁴ ABl. EG 1979 Nr. C 1/2, v. 03.01.1979; im folgenden: Zulieferbekanntmachung.

⁵⁵ Zulieferbekanntmachung, a.a.O. (Kapitel Vier: Fn. 54), Tz. 1.

⁵⁶ Leitlinien, (Einleitung: Fn. 6), Tz. 33. Während im Follow-up, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn.43), S. 38, und im Leitlinien – Entwurf, a.a.O., (Kapitel Zwei: Fn. 33), Tz. 29, 2. Spiegelstrich, die Zulieferbekanntmachung noch explizit als nicht von der GVO Nr. 2790/99 betroffen aufgeführt wurde, wird sie in der endgültigen Fassung der Leitlinien allerdings nur noch in einer Fußnote erwähnt.

⁵⁷ Vgl. dazu unten S. 90ff., Kapitel Vier:A.)VI.) „Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern (Art. 2 Abs. 4)“.

⁵⁸ Nolte, BB 1998, 2429, 2437; Pukall, NJW 2000, 1375, 1377.

⁵⁹ So das BKartA, Stellungnahme Grünbuch, S. 14.

ii) Gruppenweise Freistellung nur bei Unterschreiten der Marktanteilsschwelle

Weiterhin richtet sich die Freistellung vertikaler Vereinbarungen vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EGV bei der GVO Nr. 2790/99 nach einer Marktanteilsschwelle. Grundsätzlich darf der Marktanteil des Lieferanten 30% des betroffenen Marktes nicht überschreiten.⁶⁰

In diesem Zusammenhang wirkt sich ebenfalls die oft oligopolistische Struktur im Zulieferbereich auf den Anwendungsbereich der GVO aus. Nicht selten wird aufgrund der geringen Anzahl konkurrierender Hersteller der Marktanteil der Lieferanten über 30% liegen, weshalb *Satzky* diesen Schwellenwert für Zuliefervereinbarungen auch als nicht sachgerecht erachtet.⁶¹ Den Parteien bleibt hier, mit Ausnahme der Alleinbelieferungsverpflichtungen, bei denen auf den Marktanteil des Käufers abgestellt wird, ebenfalls nur die Möglichkeit einer Einzelfreistellung.

(3) Wertung

Bei Zuliefervereinbarungen handelt es sich um eine hochkomplexe kartellrechtliche Problematik.⁶² In der GVO Nr. 2790/99 wird diese Form der Absprachen aber nicht einmal gesondert erwähnt und damit vom allgemeinen Regelungsgehalt der Vorschrift lediglich miterfasst. Gerade von Seiten der Zulieferindustrie ist die GVO daher diesbezüglich als nicht weitgehend genug kritisiert worden. Die umfassende Behandlung von Zuliefervereinbarungen erfordere vielmehr ein eindeutigeres Eingehen auf die besonderen Konstellationen der Zulieferverträge, wie bspw. die Marktverhältnisse in diesem Bereich.⁶³

Eine derartige Sonderbehandlung widerspräche jedoch dem Charakter der GVO als branchen- und sektorenübergreifende Vorschrift. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Probleme des industriellen Zulieferbereichs auch horizontale Aspekte betreffen,⁶⁴ kann und will die GVO Nr. 2790/99 dem Anspruch einer umfassenden Regelung der Zuliefervereinbarungen daher nicht gerecht werden. Die von den Anwendbarkeitseinschränkungen betroffenen Unternehmen werden daher in diesem Bereich weiterhin auf Einzelanmeldungen angewiesen sein.

b.) *Kombinierte Hard- und Softwareverträge*

In immer größerem Maße hat Software einen Anteil an modernen Industrieprodukten, wobei der Wert der Software oft den Wert der Hardware übersteigt. In diesen Fällen wird der Softwarelieferant seinem Abnehmer daher nicht nur die Verwendung der Hard-, sondern auch die der Software lediglich eingeschränkt gestatten wollen. Da es sich bei derartigen Beschränkungen aber um Lizenzvertragsrecht handelt, fiel die kartellrechtliche Beurteilung ein und desselben

⁶⁰ Vgl. dazu unten S. 100ff., Kapitel Fünf: „Der Marktanteilschwellenwert von 30%: Die Art. 3 und 9“.

⁶¹ *Satzky*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf.

⁶² Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht, Bd. 1, Art. 85 Rn. 638; *Satzky*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf.

⁶³ *Satzky*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf.

⁶⁴ *Pukall*, NJW 2000, 1375, 1377.

Vertrages bisher auseinander, sodass die unterschiedlichen Elemente der Vereinbarungen jeweils einzeln bei der Kommission angemeldet werden mussten.⁶⁵

Durch den branchen- und sektorenübergreifenden Anwendungsbereich der GVO Nr. 2790/99 ist dieser unbefriedigende Zustand nun beseitigt worden. Nunmehr sind auch im Rahmen der Zulieferverträge Vereinbarungen zur Übertragung oder Nutzung von Rechten an geistigem Eigentum ohne gesonderte Einzelanmeldung möglich, sofern diese auch die Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 3 erfüllen.⁶⁶

c.) *OEM-Verträge*

Zweifel bestanden bisher auch bezüglich der Freistellbarkeit von sogenannten Original Equipment Manufacturer-Verträgen (OEM-Verträge). Dabei handelt es sich um Verträge, bei denen ein an sich als Hersteller tätiges Unternehmen von einem anderen Unternehmen Produkte bezieht, um sie dann unter seiner Marke wie eigene Produkte zu verkaufen oder sie bei der Herstellung anderer Produkte als für den Kunden erkennbare fremde Teile zu verwenden. Der Abnehmer wird dabei jeweils verpflichtet, die Ware nicht in andere Produkte einzubauen oder selbständig zu vertreiben. Das andere Unternehmen hingegen veräußert die Produkte häufig ebenfalls an andere Käufer unter eigenem Namen.⁶⁷

Da der Abnehmer in den meisten Fällen selbst entwickelt und fertigt, ist die Zulieferbekanntmachung⁶⁸ auf OEM-Verträge oft nicht anwendbar. Während deshalb im Schrifttum teilweise die Anwendung der GVO Alleinvertrieb⁶⁹ auf die OEM-Verträge gefordert wurde,⁷⁰ ging die Kommission nicht von deren gruppenweisen Freistellungsfähigkeit aus. Der Abnehmer sei in diesem Falle nicht Absatzmittler sondern Endkunde des Zulieferers und baue somit die Ware nicht „zum Zweck des Weiterverkaufs“ ein.⁷¹

Mit der Generalklausel der GVO Nr. 2790/99 wurde dieses Problem gegenstandslos. Nunmehr sind auch die OEM-Verträge von der Gruppenfreistellung für vertikale Vereinbarungen erfasst.

d.) *Vermietung, Leasing und Lizenzen*

Da sich die Gruppenfreistellung der GVO Nr. 2790/99 nur auf den Verkauf, Kauf und Weiterkauf von Waren oder Dienstleistungen bezieht, sind Miet- und Pachtvereinbarungen nicht durch die GVO freigestellt. Lediglich Vereinbarungen

⁶⁵ *Nolte*, BB 1998, 2429, 2437.

⁶⁶ Vgl. dazu unten S.87, Kapitel Vier:A.)V.)5.)b.)3) „Kombinierte Hard- und Softwareverträge“.

⁶⁷ Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht, Bd. 1, Art. 85 Rn. 648; *Kirchhoff*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 10 Rn. 149; *Nolte*, BB 1998, 2429, 2437; Wiedemann, GVO-Kommentar, Bd. II, GVO 1983/83, Art. 1 Rn. 9:

⁶⁸ Vgl. oben a.a.O. (Kapitel Vier: Fn. 54), Tz. 2.

⁶⁹ A.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21).

⁷⁰ *Jacob-Siebert*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, 4. Aufl., Bd. II, Art. 85 Fallgruppen Rn. 210, der auf die wirtschaftliche Vergleichbarkeit abstellt; *Rahlmeyer*, in: Martinek/Semmler, Handbuch des Vertriebsrechts, § 30, Rn. 96; Wiedemann, GVO-Kommentar, Bd. II, S. 19, Rn. 9.

⁷¹ Kommission, 16. Wettbewerbsbericht (1986) Ziff. 72, „ICL – Fujitsu“; zustimmend: *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 444 Rn. 25.

über den Kauf oder Verkauf von Waren zum Zwecke der Vermietung an Dritte sind von der GVO erfasst.⁷² Für gemischte Verträge bedeutet dies im Übrigen auch, dass lediglich der Vertragsteil, der den Bezug, Verkauf und Weiterverkauf von Waren betrifft, von der GVO freigestellt ist.⁷³ Die restlichen Vertragsteile bedürfen der Einzelfreistellung.

Auch reine Lizenzverträge sind grundsätzlich nicht erfasst, weil es sich bei ihnen nicht um den Bezug, Verkauf oder Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen handelt.⁷⁴

6.) „Soweit die Vereinbarungen unter Art. 81 Abs. 1 fallen“

Die Freistellung „vertikaler Vereinbarungen“ gilt gemäß Art. 2 Abs. 1 Satz 2, soweit sie „Wettbewerbsbeschränkungen enthalten, die unter Artikel 81 Absatz 1 fallen“. Solche Vereinbarungen werden dann als „vertikale Beschränkungen“ i.S. der VO bezeichnet. Im Umkehrschluss sind Absprachen, die Art. 81 Abs. 1 EGV nicht unterfallen, kein Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht, so dass eine Freistellung nach den Bestimmungen der GVO nicht erforderlich ist.

Eine solche ausdrückliche Differenzierung gab es in den bisherigen GVOen Alleinvertrieb, Alleinbezug und Franchise bisher nicht.⁷⁵

a.) *Spürbarkeit – Vereinbarungen von geringer Bedeutung*

Vereinbarungen die Art. 81 Abs. 1 EGV nicht unterfallen, werden auch von der GVO nicht erfasst. In ihrem Kapitel der Leitlinien zur GVO „Grundsätzlich nicht unter Artikel 81 Absatz 1 fallende vertikale Vereinbarungen“ stellt die Kommission klar, dass davon insbesondere Vereinbarungen betroffen sind, die das Merkmal der Spürbarkeit nicht erfüllen.⁷⁶

Wann dieses Merkmal der Spürbarkeit erfüllt ist, richtet sich grundsätzlich nach der sogenannten „Bagatell“- oder „de minimis“-Bekanntmachung der Kommission,⁷⁷ die in ihrer geltenden Form sowie in zukünftigen Ausgestaltungen von der GVO bzw. den dazugehörigen Leitlinien unberührt bleibt.⁷⁸ Danach werden Vereinbarungen von Nichtwettbewerbern, deren Marktanteil auf dem relevanten Markt nicht mehr als

⁷² Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 25.

⁷³ Polley/Seeliger, CR 2001, 1, 4.

⁷⁴ Vgl. dazu aber unten S. 83, Kapitel Vier:A.)V.) „Übertragung von geistigen Eigentumsrechten (Art. 2 Abs. 3)“

⁷⁵ Vgl. jeweils Art. 1 der GVOen, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21, 22, 23). Dennoch wurden auch von den bisherigen GVOen grundsätzlich nur die Vereinbarungen erfasst, die auch den Tatbestand des Art. 81 Abs. 1 EGV erfüllten; vgl. Jungbluth, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, Art. 83 Rn. 6; Pernice, in: Grabitz/Hilf, EGV, Bd. I, Art. 87 Rn. 13 – 15; Schröter, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Art. 87 Rn. 10; Veelken, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 398 Rn. 4;

⁷⁶ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 8.

⁷⁷ Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, ABI.EG 2001, Nr. C 368/07 v. 22.12.01. Im folgenden: Bagatellbekanntmachung

⁷⁸ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 8.

15%⁷⁹ beträgt, grundsätzlich nicht von Art. 81 Abs. 1 und damit auch nicht von der GVO erfasst. Unterhalb dieses Marktanteils von 15% müssen die Vorgaben der GVO in den Artt. 4 und 5 daher grundsätzlich nicht beachtet werden.

Ausnahmen sowohl ober- als auch unterhalb der Marktanteilsgrenze sind jedoch möglich.⁸⁰ So führt die Bagatellbekanntmachung in Tz. 11 ähnlich wie die GVO Nr. 2790/99 eine Reihe von Kernbeschränkungen und Bedingungen auf, die zu ihrer Nichtanwendung führen.⁸¹ In solchen Fällen müssen für eine Freistellung daher auch bei Unterschreiten des Grenzwertes von 15% die Vorgaben der GVO berücksichtigt werden.

b.) *KMU*

Weiterhin führt die Kommission in diesem Kapitel aus, dass abgesehen von Fällen, in denen kumulative Wirkungen oder Kernbeschränkungen vorliegen, Vereinbarungen zwischen kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) selten dazu geeignet sind, spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigungen zu erzeugen.⁸² Diese fallen damit ebenfalls nicht unter Art. 81 Abs. 1 EGV und werden somit auch nicht von der GVO erfasst. Ergänzend zum Entwurf der Leitlinien⁸³ weist die Kommission nunmehr in der endgültigen Fassung darauf hin, dass sie auch bei Erfüllung des Verbotstatbestandes aus Mangel an Interesse für die Gemeinschaft kein Prüfverfahren einleiten wird.⁸⁴ Des Weiteren wurde auf die Übernahme der Tz. 11 des Leitlinien-Entwurfs verzichtet, in dem klargestellt wurde, dass in den Fällen, in denen Art. 81 Abs. 1 EGV nicht einschlägig ist, nationales Kartellrecht unberührt bleibt.⁸⁵

Unter KMU versteht die Kommission solche Unternehmen, die weniger als 250 Personen beschäftigen, höchstens 40 Mio. Euro im Jahr umsetzen bzw. eine Jahresbilanzsumme von höchstens 27 Mio. Euro haben. Des Weiteren müssen die Unternehmen selbständig sein, das heißt sie dürfen nicht mit mehr als 25% ihrer Stimm- bzw. Kapitalanteile im Besitz anderer Unternehmen stehen, die ihrerseits keine KMU sind.⁸⁶

⁷⁹ Tz. 7 b) der Bagatellbekanntmachung, a.a.O., Fn. 77.

⁸⁰ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 9/10.

⁸¹ Tz. 11 Nr. 2, Bagatellbekanntmachung, a.a.O., Fn. 77.; Zu den Ausnahmen im Rahmen der alten Bagatellbekanntmachung vgl. *Jestaedt/Bergau*, WuW 1998, 119, 121.

⁸² Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 11.

⁸³ Leitlinien-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Tz. 10.

⁸⁴ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 11.

⁸⁵ Vgl. dazu unten S. 95, Kapitel Vier:A.)VII.)2.) „Verhältnis der GVO zu den nationalen Kartellrechtsordnungen“.

⁸⁶ Definition der KMU in Art. 1 des Anhangs zur Empfehlung der Kommission betreffend die Definition der kleinen und mittleren Unternehmen, 96/280/EG, ABl. EG 1996 Nr. L 107/8, v. 30.04.1996.

c.) *Handelsvertreterverträge*

(1) Alte Rechtslage

Das Handelsvertreterrecht war auf europäischer Ebene bis zur GVO Nr. 2790/99 in der Handelsvertreterrichtlinie⁸⁷ und der sogenannten „Weihnachtsbekanntmachung“ über Alleinvertriebsverträge mit Handelsvertretern aus dem Jahre 1962⁸⁸ geregelt.

(2) Allgemeines

Die Handelsvertreterverträge⁸⁹ bilden den Schlusspunkt des Kapitels über vertikale Vereinbarungen, die grundsätzlich nicht unter Art. 81 Abs. 1 EGV fallen. Aufgrund dessen extensiver Auslegung müsste auch diese besonders im deutsch- und englischsprachigen Raum Europas weit verbreitete Vertriebsart⁹⁰ eigentlich unter den Verbotstatbestand subsumiert werden. In Reaktion auf die zahlreichen Anmeldungen zur Freistellung wurde jedoch schon früh über eine Ausnahme für Handelsvertreterverträge in Bezug auf Art. 81 Abs. 1 EGV nachgedacht.⁹¹

Dieser Teil der Leitlinien soll nun die „Weihnachtsbekanntmachung“ ersetzen.⁹² Im Grünbuch hatte die Kommission eine Neuordnung des Handelsvertreterrechts noch explizit ausgeschlossen, da dieses stets getrennt behandelt worden sei.⁹³ Auch in den darauf folgenden Mitteilungen und im Entwurf der „Schirm“-GVO wurde dieses Thema nicht berücksichtigt.⁹⁴ Lediglich aus dem gleichzeitig veröffentlichten Entwurf der Leitlinien ging hervor, dass die Kommission mit der Neuordnung der vertikalen Vereinbarungen auch das Handelsvertreterrecht novellieren wollte.⁹⁵

(3) Die Neuregelung des Handelsvertreterverträge nach den Leitlinien zur GVO Nr. 2790/99

i) Definition des Handelsvertreters

In der Endfassung der Leitlinien zur GVO Nr. 2790/99 sind Handelsvertreter nach Auffassung der Kommission juristische oder natürliche Personen, welche die Vollmacht erhalten, im Auftrag einer anderen Person entweder im eigenen Namen oder im Namen des Auftraggebers Verträge auszuhandeln und/oder abzuschließen. Diese Verträge müssen entweder den Verkauf oder den Erwerb von Waren bzw.

⁸⁷ A.a.O., (Kapitel Drei:Fn. 86). Diese behält auch nach Erlass der GVO Nr. 2790/99 volle Gültigkeit.

⁸⁸ ABl.EG 1962, S. 2921 f., v. 24.12.1962; im folgenden: Weihnachtsbekanntmachung.

⁸⁹ Grundsätzlich sind von den europäischen Regelungen in Bezug auf die Handelsvertreterverträge auch die Kommissionsagenten i. S. d. § 383 HGB erfasst. Der Einfachheit halber soll im folgenden aber nur von Handelsvertretern die Rede sein, sofern Besonderheiten für die Kommissionärsvereinbarungen nicht etwas anderes erfordern.

⁹⁰ *Rittner*, DB 1999, 2097, 2097.

⁹¹ *Jakob-Siebert/Jorna*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Art. 85 – Liefer- und Bezugsvereinbarungen Rn. 17.

⁹² Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 12.

⁹³ Grünbuch, a.a.O. (Einleitung: Fn. 3), S. ii, Fn. 2.

⁹⁴ Vgl. Art. 11 des GVO-Entwurfs, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), der keine den Handelsvertreter erfassende Definition für den Begriff des „Käufers“ enthält.

⁹⁵ Leitlinien-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Tz. 12 – 21.

Dienstleistungen durch den Auftraggeber zum Inhalt haben.⁹⁶ Wie schon in der Weihnachtsbekanntmachung⁹⁷ werden von dieser Definition somit auch die Kommissionsagenten erfasst. Sie bezieht sich im Gegensatz zur alten Regelung aber nicht ausschließlich auf Alleinvertriebsverträge und schließt außerdem auch den Vertrieb von Dienstleistungen mit ein.

Die Kommission unterscheidet weiterhin nicht mehr zwischen Eigenhändlern und Handelsvertretern,⁹⁸ sondern zwischen echten und unechten Handelsvertreterverträgen. Dabei soll Art. 81 Abs. 1 EGV auf echte Handelsvertreter nicht, auf unechte hingegen anwendbar sein, was wiederum bedeutet, dass diese von der GVO Nr. 2790/99 erfasst werden.

Es wird vertreten, eine solche Unterscheidung sei dem Handelsvertreterrecht unbekannt und produziere ein Scheinproblem.⁹⁹ Tatsächlich ist jedoch bereits schon lange vor dem Erlass der Leitlinien in der deutschen Literatur von „echten“ Handelsvertretern gesprochen worden.¹⁰⁰ Die Definition vom „unechten“ Handelsvertreter in den Leitlinien entspricht zudem vom Grundschemata der Abgrenzung zum Eigenhändler in der Weihnachtsbekanntmachung.¹⁰¹ Es ist somit davon auszugehen, dass dieser auch gemeint ist. Der neue Terminus ist vermutlich verwendet worden, um deutlich zu machen, dass der Vertrag zwar formell als Handelsvertretervertrag ausgekleidet ist, der Händler in der Praxis aber wie ein unabhängiger Vertriebshändler auftritt.

ii) Beurteilungskriterien

Ab wann ein „echter“ Handelsvertretervertrag gemäß den Leitlinien angenommen werden kann, ist nach verschiedenen Beurteilungskriterien zu bestimmen.¹⁰²

(a) Risikoübernahme

Nach den Leitlinien liegt ein echter Handelsvertretervertrag dann vor, wenn der Vertreter keine oder nur unbedeutende Risiken¹⁰³ finanzieller oder geschäftlicher Art übernimmt.¹⁰⁴ Die Kommission differenziert hier zwischen solchen Risiken, die mit dem Vertrag unmittelbar verbunden sind und solchen, die geschäftsspezifische¹⁰⁵ Investitionen betreffen.¹⁰⁶

⁹⁶ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 12.

⁹⁷ *Ulmer/Habersack*, ZHR 159 (1995), 109, 115.

⁹⁸ Vgl. Weihnachtsbekanntmachung, a.a.O. (Kapitel Vier: Fn. 88), I..

⁹⁹ So *Rittner*, DB 2000, 1211, 1213; ebenfalls kritisch: *Lange*, EWS 2001, 18, 19.

¹⁰⁰ Vgl. *Jakob-Siebert*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, 4. Aufl. 1991, Bd. 2, Art. 85 – Fallgruppen Rn. 256.

¹⁰¹ Vgl. Weihnachtsbekanntmachung, a.a.O. (Kapitel Vier: Fn. 88), I..

¹⁰² Eine umfassende Diskussion zu den Beurteilungskriterien in den Leitlinien der Kommission würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Im folgenden sollen daher nur die wesentlichen Neuerungen dargestellt werden. Einzelne Kritikpunkte werden in den Fußnoten jedoch gesondert erwähnt.

¹⁰³ Vgl. dazu unten (c) „Vorliegen einer unbedeutenden Risikoübernahme“.

¹⁰⁴ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 13 u. 15.

¹⁰⁵ Vgl. zu den „geschäftsspezifischen“ Risiken unten (c) „Vorliegen einer unbedeutenden Risikoübernahme“, 5. Spiegelstrich.

¹⁰⁶ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 14 u. 16.

Wie bei der Weihnachtsbekanntmachung¹⁰⁷ aus dem Jahre 1962 ist nach Auffassung der Kommission für die Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EGV somit allein die Frage der Risikoübernahme entscheidend. Über ihr Vorliegen ist jeweils im Einzelfall nach den tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten und nicht nach der Rechtsform zu entscheiden.

(b) Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers

Die sog. Eingliederungstheorie, die nicht nur der EuGH¹⁰⁸, sondern auch die Kommission¹⁰⁹ selbst, in der Vergangenheit zur Begründung der Nichtanwendbarkeit des Art. 81 Abs. 1 EGV verwandt hat, bleibt somit unberücksichtigt. In Tz. 13 der endgültigen Leitlinien¹¹⁰ wird sie sogar explizit ausgeschlossen. Danach sei es „unwesentlich, ob der Vertreter für einen oder für mehrere Auftraggeber handelt“. In ihrer „Suiker Unie“-Entscheidung¹¹¹ hatte die Kommission aufgrund einer Mehrfachvertretung noch eine Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers abgelehnt und als Folge dessen die Anwendbarkeit des Art. 81 Abs. 1 EGV angenommen. Wenn nach den Leitlinien aber die Mehrfachvertretung für die „Echtheit“ des Handelsvertretervertrages unwesentlich ist, kann die damit nicht vorliegende Eingliederung in den Betrieb ebenfalls nicht erheblich sein. Noch deutlicher wird die Kommission in Tz. 15 der Leitlinien, in der sie feststellt, dass ein Vertrag, sofern keine oder nur unbedeutende Risiken übernommen wurden, eine „echte“ Handelsvertretervereinbarung darstellt, „obwohl es sich bei dem Vertreter um ein eigenständiges Unternehmen handelt“. Ein eigenständiges Unternehmen kann aber nicht in den Betrieb des Auftraggebers eingegliedert sein.

Eine Erklärung für diesen Interpretationswechsel in Bezug auf die bisherige Entscheidungspraxis der Kommission findet sich in den Leitlinien allerdings nicht.¹¹²

(c) Vorliegen einer „unbedeutenden“ Risikoübernahme

Wann ihrer Meinung nach eine unbedeutende Risikoübernahme¹¹³ gegeben ist, erläutert die Kommission in einer explizit als „nicht erschöpfend“ gekennzeichneten Auflistung in der Tz. 16 der Leitlinien.

¹⁰⁷ Vgl. Weihnachtsbekanntmachung, a.a.O. (Kapitel Vier: Fn. 88), I..

¹⁰⁸ EuGH, Urteil v. 13. 7. 1966, Slg. 1966, Rs. 56 u. 58/64 (Grundig/Consten), 322, 387 f.; EuGH, Urteil v. 13. 07. 1966, Rs. 32/65 (Italienische Klage), Slg. 1966, 457, 485 f.; EuGH, Urteil v. 16. 12. 1975, Rs. 40 – 48, 50, 54 – 56, 111, 113, 114/73 (Suiker Unie), Slg. 1975, 1663, 2024 f.; EuGH, Urteil v. 01. 10. 1987, Rs. 311/85 (Flämisches Reisebüro), Slg. 1987, 3821, 3827 ff..

¹⁰⁹ Kommission, Entscheidung v. 23.12.1972 (Pittsburgh/Corning) ABl.EG 1972 Nr. L 272/35; Entscheidung v. 02.01.1973, Rs. 73/109 (Suiker Unie), ABl.EG 1973 Nr. L 140/17.

¹¹⁰ A.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

¹¹¹ A.a.O. (Kapitel Vier: Fn. 109).

¹¹² Der Grund hierfür könnte jedoch die massive Kritik an dem im Herbst 1990 vorgelegten Vorentwurf einer Bekanntmachung der Kommission betreffend Handelsvertreterverträge (Az. IV/484/90-DE) sein, der die Aufnahme der Eingliederungstheorie in die Beurteilungskriterien vorsah. Vgl. dazu bspw. Freund, EuZW 1992, 408, 409; Kapp, RIW 1992, 235 f.; Wissel/Scherer, DB 1991, 1659 ff.

¹¹³ Hierbei handelt es sich der Formulierung nach um eine Lockerung der Regelung gegenüber dem Leitlinien-Entwurf, in dem es in Tz. 15 noch geheißen hatte, der echte Handelsvertreter dürfe „keinerlei Risiko“ übernehmen; Leitlinien-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Tz. 15; kritisch zu diesem Punkt des Entwurfs: WSA, Stellungnahme VO, 3.1.6.; BDI, Positionspapier Handelsvertreter, S. 5; Pukall, NJW 2000, 1375, 1377. Da jedoch die in der folgenden Aufzählung

Sofern der Handelsvertretervertrag nur eines der folgenden Merkmale erfüllt, fällt er wie jede andere vertikale Vereinbarung möglicherweise unter Art. 81 Abs. 1 EGV. Gemäß dieser Liste darf der Händler kein Eigentum an der gekauften oder verkauften Ware besitzen. Genauso wenig darf er die Vertragsdienstleistung selbst erbringen.¹¹⁴ Außerdem:

- darf er sich „nicht an den Kosten einschließlich Transportkosten“ beteiligen, die im Zusammenhang mit der Erfüllung des Vertrages stehen. Im Gegensatz zum Entwurf der Leitlinien¹¹⁵ stellt die Kommission jedoch klar, dass die Erbringung der Transportleistung durch den Handelsvertreter damit nicht ausgeschlossen wird, so lange die Kosten vom Auftraggeber übernommen werden.¹¹⁶ In der Liste der Weihnachtsbekanntmachung bezüglich der Beschränkungen, die auf eine Tätigkeit als Eigenhändler hinweisen, wurde auf die Kostenverteilung beim Transport nicht abgestellt.¹¹⁷
- darf der Händler weder unmittelbar noch mittelbar verpflichtet sein, in Absatzförderungsmaßnahmen zu investieren.¹¹⁸ Da es im Leitlinien-Entwurf noch geheißten hatte, er dürfe gar keine Investitionen in die Verkaufsförderung vornehmen,¹¹⁹ ist davon auszugehen, dass nunmehr lediglich die Verpflichtung zu Werbemaßnahmen ausgeschlossen werden soll. Freiwillige Verkaufsförderung auf lokaler Ebene wäre danach möglich.¹²⁰ Auch die Absatzförderungsmaßnahmen wurden in der Weihnachtsbekanntmachung nicht erwähnt.¹²¹
- darf die Lagerung der Waren nicht auf Kosten des Handelsvertreters erfolgen, was auch die Kosten für die Lagerfinanzierung und für den Verlust von Lagerbeständen mit einschließt.¹²² Im Gegensatz zum Entwurf¹²³ wurde klargestellt, dass verschuldeter Verlust von Waren von dieser Regelung ausgenommen ist.¹²⁴ In der Weihnachtsbekanntmachung galt nur eine

genannten Kriterien nicht wesentlich geändert wurden, dürfte diese Lockerung in der Anwendung keine größeren Auswirkungen haben.

¹¹⁴ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 16, Satz 2.

¹¹⁵ Vgl. Leitlinien-Entwurf, a.a.O. (Einleitung: Fn. 33), Tz. 17, 1. Spiegelstrich.

¹¹⁶ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 16, 1. Spiegelstrich. Diese Erweiterung entspricht der Kritik an dem Leitlinien-Entwurf; vgl. BDI, Positionspapier Handelsvertreter, S. 6.

¹¹⁷ Vgl. Weihnachtsbekanntmachung, a.a.O. (Kapitel Vier: Fn. 88), I..

¹¹⁸ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 16, 2. Spiegelstrich.

¹¹⁹ Vgl. Leitlinien – Entwurf, a.a.O. (Einleitung: Fn. 33), Tz. 17, 2. Spiegelstrich.

¹²⁰ So mit Bezug auf den Entwurf gefordert von: BDI, Positionspapier Handelsvertreter, S. 7; *Rittner*, DB 1999, 2097, 2099. In Bezug auf die endgültige Version der Leitlinien auch eine Freistellung der Verpflichtung zu Werbemaßnahmen fordernd: *Burrichter*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf; Als „realitätsfremd“ bezeichnet die Vorschrift: *Schütz*, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung, S. 21, 31.

¹²¹ Vgl. Weihnachtsbekanntmachung, a.a.O. (Kapitel Vier: Fn. 88), I..

¹²² Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 16, 3. Spiegelstrich.

¹²³ Vgl. Leitlinien-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Tz. 17, 3. Spiegelstrich.

¹²⁴ Die Klarstellung so gefordert bspw. vom BDI, Positionspapier Handelsvertreter, S. 8. Die Risikoverteilung im Rahmen der Übernahme von Lagerkosten könne nur durch Prüfung des Einzelfalls festgestellt werden; vgl. *Burrichter*, Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf.

Vereinbarung zur Einrichtung eines Lagers in „erheblichem“ Umfang,¹²⁵ als Indiz für eine Eigenhändlerstätigkeit.¹²⁶

- darf vom Händler kein Kunden-, Reparatur-, oder Garantiedienstleistungsbetrieb eingerichtet werden, es sei denn der Auftraggeber übernimmt dessen Kosten.¹²⁷ Die Klarstellung des zweiten Halbsatzes fehlte im Leitlinien - Entwurf¹²⁸. Auch hier stellte die Weihnachtsbekanntmachung weniger restriktiv auf einen „erheblichen“ unentgeltlichen Service ab.¹²⁹
- darf der Handelsvertreter nicht in „geschäftsspezifische“ Ausrüstungen, Räumlichkeiten oder Mitarbeiterschulungen investieren, wie z. B. in einen Kraftstofftank im Falle des Kraftstoff Einzelhandels oder in spezielle Software bei Versicherungsvermittlern.¹³⁰ Im Entwurf der Leitlinien waren diese Investitionen explizit als Aufbau eines Verteilungssystems beschrieben und verboten worden.¹³¹ Es ist deshalb davon auszugehen, dass dem Handelsvertreter der Aufbau eines Verteilungssystems nunmehr gestattet sein soll, sofern diesem nicht rein „geschäftsspezifische“ Investitionen zugrunde liegen.

„Geschäftsspezifisch“ i.S. der Leitlinien sind Investitionen dann, wenn der Handelsvertreter diese ausschließlich benötigt, um die Vermittlungstätigkeit auszuführen.¹³² Sie stellen nach Ansicht der Kommission „normalerweise“ verlorene Aufwendungen (sog. Sunk costs) dar, wenn die Investition nach Aufgabe der Tätigkeit nicht für andere Geschäfte genutzt werden kann. Entgegen dem deutschen Wortlaut, der suggeriert, dass sich die Investition nur auf ein bestimmtes Geschäft beziehen muss, ist jedoch gemäß der englischen Definition „market specific“ auf den Markt der Handelsvertreterstätigkeit abzustellen. Danach stellt also die Tätigung von Investitionen des

¹²⁵ Vgl. Weihnachtsbekanntmachung, a.a.O. (Kapitel Vier: Fn. 88), I..

¹²⁶ Der Reduzierung des Tatbestandes auf den in der Weihnachtsbekanntmachung vorgesehenen Umfang erfolgte trotz Kritik aus der Wirtschaft somit nicht; vgl. BDI, Positionspapier Handelsvertreter, S. 8.

¹²⁷ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 16, 4. Spiegelstrich.

¹²⁸ Vgl. Leitlinien-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Tz. 17, 4. Spiegelstrich. Kritisiert von: BDI, Positionspapier Handelsvertreter, S. 8; *Rittner*, DB 1999, 2097, 2100. Die Kommission verkenne hier weiterhin, dass es sich mit Ausnahme des Garantiedienstleistungsbetriebs bei den genannten Tätigkeiten um eigenständige, unternehmerische Tätigkeiten des Handelsvertreters handle, die mit der Handelsvertreterstätigkeit in keinerlei Zusammenhang stünden. Unabhängige unternehmerische Tätigkeiten seien aber nach Tz. 15 der Leitlinien nun gerade explizit erlaubt; vgl. *Burricher*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf; so auch: *Schütz*, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung, S. 21, 31.

¹²⁹ Vgl. Weihnachtsbekanntmachung, a.a.O. (Kapitel Vier: Fn. 88), I..

¹³⁰ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 16, 5. Spiegelstrich.

¹³¹ Vgl. Leitlinien-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Tz. 17, 5. Spiegelstrich. Kritisch dazu: BDI, Positionspapier Handelsvertreter, S. 9.

¹³² Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 14. Das Fehlen dieser Definition im Leitlinien-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Tz. 14/15, war vom WSA kritisiert worden; vgl. WSA, Stellungnahme VO, 3.1.6.

Handelsvertreter, die nur noch auf dem betroffenen Markt genutzt werden können, die Übernahme eines bedeutenden Risikos dar.¹³³

Die Investition in geschäfts- bzw. marktspezifische Ausrüstung wurde in der Weihnachtsbekanntmachung ebenfalls nicht als Indiz für eine Eigenhändlerstätigkeit angesehen.¹³⁴

- darf der Handelsvertreter schließlich keine Haftung gegenüber den Kunden aus Produkthaftung übernehmen, es sei denn die Schuld liegt bei ihm selbst.¹³⁵ Auch gegenüber dem Auftraggeber darf er keine Haftung für die Erfüllung des Vertrages durch die Kunden übernehmen.¹³⁶ Diese Vorschriften wurden im Vergleich zum Leitlinien-Entwurf ebenfalls ausführlicher dargestellt.¹³⁷

Mit der Weihnachtsbekanntmachung wurde bisher nicht auf die Haftung als Indiz für die Übernahme eines Risikos abgestellt.¹³⁸

iii) Schwarze und Weiße Liste für Handelsvertreterverträge

Das Leitlinienkapitel bezüglich der Handelsvertreterverträge endet mit der Darstellung von Verpflichtungen, die grundsätzlich bei einem echten Handelsvertretervertrag als nicht unter Art. 81 Abs. 1 EGV fallend angesehen werden. Diese „weiße Liste“¹³⁹ schließt Gebiets-, Kunden-, und Preisgestaltungsbeschränkungen mit ein. Im Gegensatz zum Leitlinien-Entwurf¹⁴⁰ werden Beschränkungen der Vertragswaren jedoch nicht mehr ausdrücklich als unbedenklicher Bestandteil einer Handelsvertretervereinbarung aufgeführt.

Als nicht wettbewerbsbeschränkend gelten außerdem Alleinverreterklauseln, die den Geschäftsherrn verpflichten, keine anderen Handelsvertreter zu beschäftigen. Diese betreffen lediglich den „intra-brand“-Wettbewerb und dürften deshalb keine wettbewerbswidrigen Wirkungen entfalten. Im Leitlinien-Entwurf waren diese noch als wettbewerbsbeschränkend eingestuft worden.¹⁴¹

Wettbewerbsverbote hingegen, die dem Handelsvertreter vorschreiben, in der Zeit der Anstellung ausschließlich für einen Auftraggeber zu arbeiten, betreffen nach Auffassung der Kommission den Wettbewerb zwischen verschiedenen Marken. Sie sollen als „schwarze Klauseln“¹⁴² daher unter Art. 81 Abs. 1 EGV fallen, sofern sie

¹³³ Vor diesem Hintergrund erklärt sich auch das Beispiel des Kraftstofftanks in Tz. 16 der Leitlinien, das bei der Verwendung der Definition „geschäftsspezifisch“ unangebracht erscheint, da dieser auch bei Vertrieb einer anderen Kraftstoffmarke, also bei einem anderen „Geschäft“ weiterhin Verwendung finden kann; so *Rittner*, DB 2000, 1211, 1214. Geht man hingegen von der englischen Definition „market-specific“ aus, so wird deutlich, dass der Kraftstofftank nur für eine Tätigkeit im Bereich des Kraftstoffvertriebs geeignet ist.

¹³⁴ Vgl. Weihnachtsbekanntmachung, a.a.O. (Kapitel Vier: Fn. 88), I..

¹³⁵ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 16, 6. Spiegelstrich.

¹³⁶ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 16, 7. Spiegelstrich.

¹³⁷ Vgl. Leitlinien-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Tz. 17, 6. und 7. Spiegelstrich. Für überflüssig und zudem nicht ausreichend erläutert hielten diese Punkte des Entwurfs: BDI, Positionspapier Handelsvertreter, S. 9; *Rittner*, DB 1999, 2097, 2100.

¹³⁸ Weihnachtsbekanntmachung, a.a.O. (Kapitel Vier: Fn. 88), I..

¹³⁹ *Lange*, EWS 2001, 18, 21.

¹⁴⁰ Leitlinien-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Tz. 19.

¹⁴¹ Leitlinien-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Tz. 19; kritisch dazu BDI, Positionspapier Handelsvertreter, S. 10/11; *Rittner*, DB 1999, 2097, 2100.

¹⁴² *Lange*, EWS 2001, 18, 21.

zur Abschottung des relevanten Marktes führen. Entgegen der Weihnachtsbekanntmachung¹⁴³ stellt die Kommission also nicht mehr auf die Interessenwahrungspflicht zwischen den Vertragsparteien ab und differenziert nicht zwischen der Tätigkeit des Handelsvertreters auf dem Gütermarkt bzw. dem Dienstleistungsmarkt. Auch zu diesem Interpretationswechsel erfolgt keine nähere Begründung. Weiterhin sind Verpflichtungen ausgenommen, durch die abgestimmte Verhaltensweisen – also horizontale Vereinbarungen – gefördert werden.¹⁴⁴

Ist Art. 81 Abs. 1 EGV gemäß diesen Vorgaben der Leitlinien auf eine Handelsvertretervereinbarung anwendbar, gelten für diese Absprache die GVO sowie die übrigen Abschnitte der Leitlinien.¹⁴⁵

iv) Ergebnis

1. Wie in der nun ersetzten Weihnachtsbekanntmachung¹⁴⁶ stellt die Kommission mit den Leitlinien für die Beurteilung von Handelsvertretervereinbarungen nach Art. 81 Abs. 1 EGV lediglich auf die tatsächliche Risikoübernahme durch den Händler ab.
2. Die von ihr selbst und vom EuGH in der Entscheidungspraxis bisher angewandte Eingliederungstheorie kommt ausdrücklich – jedoch ohne nähere Begründung – nicht zur Anwendung.
3. Der Tatbestand einer erheblichen Risikoübernahme wurde von der Kommission im Gegensatz zur Weihnachtsbekanntmachung wesentlich restriktiver ausgelegt.
4. Wettbewerbsverbote für echte Handelsvertreter sind künftig als Wettbewerbsbeschränkung i.S. des Art. 81 Abs. 1 EGV anzusehen, wenn sie eine Marktabschottung zur Folge haben.
5. Handelsvertretervereinbarungen, auf die Art. 81 Abs. 1 EGV anwendbar ist, fallen in den Anwendungsbereich der GVO. Die übrigen Teile der Leitlinien sind auf sie ebenfalls anzuwenden.

(4) Folgen für die Vertragspraxis

Fraglich ist, welche Veränderungen die Neuregelung für die Vertragspraxis mit sich bringt.¹⁴⁷

¹⁴³ Weihnachtsbekanntmachung, a.a.O. (Kapitel Vier: Fn. 88), II..

¹⁴⁴ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 18 – 20; als praxisfremd und konstruiert kritisiert von *Rittner*, DB 2000, 1211, 1216 sowie in: DB 1999, S. 2101. ebenfalls kritisch: *Lange*, EWS, 2001, 18, 22.

¹⁴⁵ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6) Tz. 13. Vgl. dazu auch oben S. 47, Kapitel Drei:A.)X.)4.) „unpräzise Definition“

¹⁴⁶ Weihnachtsbekanntmachung, a.a.O. (Fn. 88), II..

¹⁴⁷ Eine kartellrechtliche Wertung der einzelnen Vorschriften bezüglich der Handelsvertretervereinbarungen gehört nicht in den Themenkomplex dieser Doktorarbeit. Im folgenden wird sich daher darauf beschränkt, die bisher veröffentlichte Kritik in ihren Grundzügen darzulegen und die Folgen der Neuregelung für die Vertragspraxis zu erläutern.

i) Bei ausschließlicher Berücksichtigung von GVO und Leitlinien

Geht man zunächst nur von den Leitlinien und der GVO als Maßstab aus, so hätte die Ersetzung der Weihnachtsbekanntmachung erhebliche Auswirkungen auf die bestehende und zukünftige Vertragspraxis von Handelsvertretervereinbarungen.¹⁴⁸

Sowohl die Regelung über die Wettbewerbsverbote¹⁴⁹ für den Handelsvertreter als auch die verschiedenen Punkte der Liste aus Tz. 16 der Leitlinien¹⁵⁰ würden dafür sorgen, dass ein Großteil der bestehenden und kartellrechtlich bisher als unbedenklich geltenden Formen von Handelsvertretervereinbarungen künftig unter Art. 81 Abs. 1 EGV fielen. Diese würden von der GVO erfasst und müssten damit deren Vorgaben, insbesondere die Artt. 4 und 5, beachten. Dort werden jedoch essentielle Elemente der Handelsvertretervereinbarungen, wie bspw. die Wettbewerbsverbote, nur unter Einschränkungen freigestellt.¹⁵¹ Der Handelsvertreter würde damit für die Industrie als rechtliche und wirtschaftliche Institution weitestgehend uninteressant,¹⁵² sodass bereits in einigen Branchen konkret über die Abschaffung des gesamten Handelsvertretervertriebs nachgedacht wird.¹⁵³ Den Geschäftsherren bliebe zwar immer noch die Möglichkeit, die Handelsvertreter als Angestellte zu behandeln,¹⁵⁴ viele selbständige, mittelständische Existenzen würden dadurch jedoch vernichtet.¹⁵⁵

ii) Einordnung der Neuregelung in die bestehende Rechtspraxis

Fraglich ist, inwiefern sich die Neuerungen der Kommission für das Handelsvertreterrecht auch praktisch durchsetzen werden. Ansatzpunkt sind hier viel weniger die Regelungen der GVO in Verbindung mit Art. 1 Buchst. g) als die Vorschriften in den Leitlinien, welche die neue Wertung von Handelsvertretervereinbarungen durch die Kommission enthalten.

¹⁴⁸ WSA, Stellungnahme VO, 3.1.6., Satz 2; BDI, Positionspapier Handelsvertreter, S. 12; *Burrichter*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf; *Ensthaler/Funk*, BB 2000, 1685 1691; *Lange*, EWS 2001, 18, 23; *Pukall*, NJW 2000, 1375, 1377; *Rittner*, DB 1999, 2097, 2100 und in: DB 2000, 1211, 1215; *Schütz*, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung, S. 21, 33.

¹⁴⁹ Das Wettbewerbsverbot ist eine Ausformung der Interessenwahrungspflicht zwischen den Vertragsparteien und gehört damit seit langem zum Kernbestand von Handelsvertreterverhältnissen; vgl. BDI, Positionspapier Handelsvertreter, S. 10. Des Weiteren ist der Begriff der „Marktabstottung“ viel zu unbestimmt und deswegen aufgrund der damit verbundenen Rechtsunsicherheit für die Unternehmen als Kriterium zur Bewertung des Wettbewerbsverbots nicht praktikabel; vgl. *Rittner*, DB 2000, 1211, 1215

¹⁵⁰ Sie schließt eine Reihe von teils überall gängigen Vertragsbestimmungen aus. Die Tatsache dass diese Liste in Tz. 17 der Leitlinien explizit als nicht abschließend bezeichnet wird, fördert zudem die bestehende Rechtsunsicherheit bei der Anwendung; vgl. BDI, Positionspapier Handelsvertreter, S. 5 – 9; *Burrichter*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf; *Lange*, EWS 2001, 18, 21; *Rittner*, DB 1999, 2097, 2099/2100; derselbe, in: DB 2000, 1211, 1214 – 1216; *Schütz*, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung, S. 21, 33.

¹⁵¹ *Rittner*, DB 2000, 1211, 1212; *Schütz*, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung, S. 21, 33.

¹⁵² BDI, Positionspapier Handelsvertreter, S. 12.

¹⁵³ *Burrichter*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf.

¹⁵⁴ *Ensthaler/Funk*, BB 2000, 1685 1691.

¹⁵⁵ *Rittner*, DB 1999, 2097, 2102; *Schütz*, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung, S. 21, 33.

Diese Leitlinien sind aber für die nationalen Gerichte grundsätzlich nicht verbindlich,¹⁵⁶ welche auf eine jahrzehntelange Entscheidungspraxis in dieser Frage zurückblicken können.¹⁵⁷ Es darf deshalb zumindest bezweifelt werden, dass sie von ihrer gefestigten Rechtsprechung abweichen werden, so lange die Leitlinien nicht vom EuGH bestätigt wurden. Eine solche Bestätigung erscheint jedoch angesichts der Widersprüche zur vom EuGH verwendeten Eingliederungstheorie und zum Interessenwahrungsgrundsatz der Handelsvertreterrichtlinie¹⁵⁸ ebenfalls nicht in allen Punkten sicher.¹⁵⁹

(5) Wertung

Ganz entgegen der Grundidee der GVO, den „Zwangsjackeneffekt“ alter GVOen zu beseitigen, versucht die Kommission durch ihre Vorgaben bei den Handelsvertreterverträgen den Betroffenen ein straffes Korsett aufzuzwingen.¹⁶⁰ Dieses würde, sofern es sich denn durchsetzt, den Großteil der Handelsvertretervereinbarungen von der Freistellung unberücksichtigt lassen. Der Grund hierfür sind Bedenken der Kommission, die Unternehmen könnten versuchen, mit Hilfe des Handelsvertretervertriebs das Preisbindungsverbot des Art. 4 Buchst. a) zu umgehen.¹⁶¹ Dies macht deutlich, dass die Kommission die Institution des Handelsvertreters als „verlängerten Arm“¹⁶² des Geschäftsherrn verkennt.¹⁶³

Die rechtliche Durchsetzung der neuen Regelung hängt jedoch von der zukünftigen Entscheidungspraxis der zuständigen Gerichte ab.¹⁶⁴ Dies bedeutet, dass die Unternehmen also selbst im Zivilprozess die Auswirkungen der rechtlichen Entwicklung erproben müssten. Im Hinblick auf die von ihnen zu tätigen Investitionen ist dieser Zustand der Rechtsunsicherheit für die Unternehmen nicht tragbar, so dass sie in der Praxis wohl dazu übergehen werden, die Leitlinien uneingeschränkt anzuwenden.

¹⁵⁶ Vgl. oben Kapitel Zwei: Fn. 41, 42.

¹⁵⁷ In Deutschland zu einzelnen Abgrenzungskriterien statt vieler: BGH ZIP 1998, 2176, 2178; BAG, BB 1990, 779, 780; BAG, BB 1997, 2377; Zum Wettbewerbsverbot bei Handelsvertretern bereits: BGH Z 52, 171, 173 ff..

¹⁵⁸ *Schütz*, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung, S. 21, 31; *Ulmer/Habersack*, ZHR 159 (1995), 109, 126.

¹⁵⁹ So *Rittner*, DB 2000, 1211, 1216; zweifelnd wohl auch: *Lange*, EWS 2001, 18, 23. A. A.: *Bechtold*, EWS 2001, 49, 54; *Burrichter*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf, der auf die Leitlinien als Richtschnur für die Interpretation durch die Gerichte abstellt und deshalb von deren baldiger Verwirklichung ausgeht.

¹⁶⁰ So auch: *Schütz*, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung, S. 21, 33.

¹⁶¹ *Peeperkorn*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf; Vgl. aber im Widerspruch dazu Tz. 48 der Leitlinien, die eine zumindest mittelbare Preisbindung durch den Geschäftsherrn vorsieht. Siehe dazu unten S. 134, Kapitel Sechs:A.)VI.)4.)

¹⁶² *Gleiss/Hirsch*, EG-Kartellrecht, Bd. 1, Art. 85 Rn. 628.

¹⁶³ So auch *Burrichter*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf; *Schütz* spricht von einem verzerrten und lebensfremden Bild der Kommission von den Handelsvertretervereinbarungen, vgl. *ders.*, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung, S. 21, 33.

¹⁶⁴ Vgl. dazu oben Kapitel Zwei:A.)V.), S.18.

(6) Ergebnis

1. Sollte sich die von der Kommission getroffene Neuregelung der Handelsvertreter durchsetzen, dürfte dies das Ende der Großzahl der Handelsvertreterverhältnisse bedeuten. Kapitel II. 2.) der Leitlinien muss deshalb als misslungener Versuch einer Neuordnung des Handelsvertreterrechts angesehen werden.
2. Die rechtliche Durchsetzung der Neuregelung erscheint aufgrund der grundsätzlichen Unverbindlichkeit der Leitlinien und der eigenständigen Rechtsprechungstradition in den betroffenen Mitgliedstaaten nicht sicher.
3. Die Unternehmen müssten damit erst vor Gericht feststellen, nach welchem Recht ihre Vereinbarungen in Zukunft beurteilt werden. Das Risiko ihre Investitionen dabei zu verlieren wird in der Praxis wohl aber dazu führen, dass ein Großteil der Unternehmen die Leitlinien uneingeschränkt anwenden wird.

d.) Vereinbarungen innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit

Schließlich findet Art. 81 Abs. 1 EGV und damit auch die GVO keine Anwendung, wenn die Vertriebsvereinbarungen innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit geschlossen werden. Ist dies der Fall kann zwischen den Parteien kein in kartellrechtlich relevanter Weise beschränkbarer Wettbewerb stattfinden.¹⁶⁵ Die Unternehmen werden dann als ein einziges Unternehmen angesehen.¹⁶⁶

Das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit ist vom Einzelfall abhängig und grundsätzlich schwer festzustellen.¹⁶⁷ Sie kann aber zumindest immer dann angenommen werden, wenn die Muttergesellschaft eine 50% überschreitende Beteiligung bei gleichzeitiger Repräsentation in den leitenden Gremien der Tochtergesellschaft innehat.¹⁶⁸ Die Tochtergesellschaft kann dann ihr Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen, sondern hat im wesentlichen die Weisungen der sie kontrollierenden Mutter zu befolgen.¹⁶⁹

¹⁶⁵ EuGH, Urteil v. 12.07.1984, Rs. 170/83 (Hydrotherm/Compact), Slg. 1984, 2999, 3016; *Ackermann*, EuZW 1999, 741, 745; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 139 Rn. 54; *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Vorbem. z. d. Art. 85 bis 89 Rn. 32.

¹⁶⁶ Vgl. bspw. Bekanntmachung zu den GVOen Alleinvertrieb und Alleinbezug, a.a.O. (Kapitel Vier: Fn. 38), Tz. 13.

¹⁶⁷ *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 138 Rn. 55.

¹⁶⁸ EuGH, Urteil v. 16. 12. 1975, Rs. 40 – 48, 50, 54 – 56, 111, 113, 114/73 (Suiker Unie), Slg. 1975, 1663, 1996,

¹⁶⁹ EuGH, Urteil v. 31.10. 1974, Rs. 15/74 (Centrafarm/Sterling Drug) Slg. 1974, 1147, 1168; EuGH, Urteil v. 04. 05. 1988, Rs. 30/87 (Bodson/Pompes Funebres), Slg. 1988, 2479 ,2512f., Rn. 19 ff; EUGH, Urteil v. 24. 10. 1996, Rs. C-73/95 (VIHO), Slg. 1996 I, 5457, 5495 f..

7.) Ergebnis

1. Bei dem weit gefassten Anwendungsbereich in Art. 2 Abs. 1 handelt es sich im Rahmen der GVO um eine vertragsgemäße Annäherung an das Missbrauchsprinzip.
2. Er bewirkt eine Beseitigung des Zwangsjackeneffektes und hat damit eine erhebliche Flexibilisierung der Vertriebsmöglichkeiten für die Unternehmen zur Folge. Mit dem weiten Anwendungsbereich wurde damit bereits eines der Hauptziele der GVO verwirklicht.
3. Erfasst werden jegliche Arten vertikaler Vereinbarungen zwischen zwei oder mehr Unternehmen. Dabei ist in Zukunft allerdings besonders darauf zu achten, dass eine Absprache zwischen mehreren Unternehmen keine horizontalen Wirkungen hervorruft.
4. Die Unternehmen müssen lediglich in Bezug auf die geschlossene Vereinbarung, die sowohl Waren als auch Dienstleistungen betreffen kann, auf verschiedenen Wirtschaftsstufen stehen.
5. Zulieferverträge fallen zwar in den Anwendungsbereich der GVO. Durch Einschränkungen in Art. 2 Abs. 4 und Art. 3 der GVO kommt aber nur ein kleiner Teil der Zuliefervereinbarungen in den Genuss der Gruppenfreistellung. Der Charakter der VO als allgemeine „Schirm“-GVO ließ eine umfangreiche Sonderregelung für die spezielle kartellrechtliche Problematik bei Zuliefervereinbarungen nicht zu.
6. OEM-Verträge sowie kombinierte Hard- und Softwareverträge fallen in den Anwendungsbereich der GVO und können damit gruppenweise freigestellt werden.
7. Die im Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich der GVO in den Leitlinien enthaltene Neuregelung der Handelsvertreterverhältnisse muss als misslungen bezeichnet werden. Angesichts ihrer Widersprüche zu verschiedenen Rechtsquellen des Gemeinschaftsrechts sowie einer eigenständigen nationalen Entscheidungspraxis ist ihre Durchsetzung zudem ungewiss.

IV.) Unternehmensvereinigungen (Art. 2 Abs. 2)

1.) Alte Rechtslage

Bisher konnten Vereinbarungen mit Unternehmensvereinigungen gemäß der Kommission nur im Rahmen der horizontalen GVOen freigestellt werden.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Vgl. Kooperationsbekanntmachung der Kommission, ABI. EG 1993 Nr. C 43/2, v. 16.02.1993, wo die Kommission in I.6. lediglich die Anwendung von horizontalen GVOen auf Unternehmensvereinigungen feststellt. *Schulte/Geiger*, EuZW 2000, 396, 397.

2.) Allgemeines

Gemäß Absatz 2 des Art. 2 der GVO sind Vertriebsvereinbarungen „zwischen einer Unternehmensvereinigung und ihren Mitgliedern oder zwischen einer solchen Vereinigung und ihren Lieferanten nur dann“ freigestellt, „wenn alle Mitglieder der Vereinigung Wareneinzelhändler sind und wenn keines ihrer einzelnen Mitglieder zusammen mit seinen verbundenen Unternehmen jährlich einen Gesamtumsatz von mehr als 50 Mio. Euro erzielt“.

Trotz der eigentlich damit verbundenen Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 2 Abs. 1 der GVO stellt die Regelung für die Unternehmensvereinigungen selbst jedoch eine Erweiterung der Freistellungsmöglichkeiten dar.¹⁷¹ Denn mit der Erwähnung in Art. 2 Abs. 2 der GVO wird nun deutlich, dass erstmals auch vertikale Vereinbarungen mit einer Unternehmensvereinigung – sei es durch deren Mitglieder oder durch Dritte – freigestellt werden können. Allerdings bestehen für diese Freistellungsmöglichkeit strenge Vorgaben:

3.) „Unternehmensvereinigungen von Wareneinzelhändlern“

Während sich der GVO-Entwurf noch auf „Einzelhandelsvereinigungen“ bezogen hatte,¹⁷² spricht Art. 2 Abs. 2 der endgültigen Fassung der GVO von sogenannten Unternehmensvereinigungen von Wareneinzelhändlern. Auch wenn eine genauere Definition, sowohl in diesen beiden Dokumenten, als auch in den Leitlinien, fehlt, dürften beide Begriffe die gleiche inhaltliche Bedeutung haben.¹⁷³

Grundsätzlich handelt es sich bei Unternehmensvereinigungen um eine Form der wirtschaftlichen Zusammenarbeit von Unternehmen durch Verbundgruppen. Diese stellen eine Kooperation von Unternehmen dar, die über eine reine ad hoc Zusammenarbeit hinausgeht und verschiedene Bereiche der unternehmerischen Tätigkeit umfasst. Die Beteiligten behalten dabei jedoch ihre wirtschaftliche und rechtliche Selbständigkeit bei.¹⁷⁴ In der GVO selbst fehlt eine Definition des Tatbestandsmerkmals der „Unternehmensvereinigung“.

a.) *Eigenständige juristische Person/Stufenverhältnis*

Der Wortlaut der GVO gibt lediglich Aufschluss darüber, dass die Unternehmensvereinigung Vertriebsvereinbarungen sowohl mit ihren Mitgliedern als auch mit ihren Lieferanten schließen kann.

Daraus folgt, dass es sich i.S. der GVO zunächst um eine eigenständige juristische Person handeln muss. Zu beachten ist dabei, dass diese juristische Eigenständigkeit sowohl gegenüber den Lieferanten als auch gegenüber den eigenen Mitgliedern

¹⁷¹ *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG – Wettbewerbsrecht, Erg.-Bd., GFVO, Rn. 78/79.

¹⁷² Vgl. GVO-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Art. 1 Abs. 2.

¹⁷³ *Schulte/Geiger*, EuZW 2000, 396, 398.

¹⁷⁴ *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 133 Rn. 36; Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht, Bd. 1, Art. 85 Rn. 68 ff.; *Schulte/Geiger*, EuZW 2000, 396.

besteht.¹⁷⁵ In Bezug auf die Rechtsform der Unternehmensvereinigung macht Art. 2 Abs. 2 keine Vorgaben. Diese muss lediglich Mitglieder haben.

Da die Unternehmensvereinigung im Rahmen der Vertikal-GVO erwähnt wird, lässt sich aus Art. 2 Abs. 1 außerdem ableiten, dass sie nach Auffassung der Kommission auf einer anderen Handelsstufe als ihre Mitglieder tätig ist.

b.) Wareneinzelhändler

Die Mitglieder der Unternehmensvereinigung müssen Wareneinzelhändler sein. Einzelhändler sind Vertriebshändler, die Waren an den Endverbraucher weiterverkaufen.¹⁷⁶ Im Leitlinien-Entwurf waren von diesem Begriff auch noch Händler erfasst worden, welche Dienstleistungen an den Endverbraucher erbringen.¹⁷⁷ In Tz. 28 der endgültigen Fassung der Leitlinien heißt es nun jedoch ausdrücklich, dass es sich um Einzelhändler für Waren und nicht für Dienstleistungen handeln muss.¹⁷⁸ Damit wurden mit den Leitlinien auch die Zweifel darüber ausgeräumt, ob Art. 2 Abs. 2 auch „Dienstleistungsvereinigungen“ erfassen solle, oder nicht.¹⁷⁹

Bei branchenübergreifenden Verbundgruppen, die sowohl mit Waren als auch mit Dienstleistungen handeln, sind demnach lediglich die Vereinbarungen freigestellt, die sich ausschließlich auf den Vertrieb von Waren beziehen. Eine Erläuterung, warum Dienstleistungsvereinigungen nicht von der GVO erfasst werden, geben die Leitlinien nicht. Nach Ansicht der Kommission besteht aber im Bereich der Dienstleistungen keine vergleichbare Wettbewerbssituation wie im Einzelhandel zwischen den KMU und großen Einzelhandelsketten, sodass hier eine restriktive Regelung für ausreichend erachtet wurde.¹⁸⁰

c.) Art. 2 Abs. 2 keine Negativausnahme zu Art. 2 Abs. 1 der GVO

Geiger vertritt die Auffassung, die Beschränkung in Art. 2 Abs. 2 der GVO Nr. 2790/99 solle nur für Einzelhandelsvereinigungen gelten. Andere Unternehmensvereinigungen seien über Art. 2 Abs. 1 der GVO freigestellt, da dieser sämtliche Vereinbarungen erfasse.¹⁸¹

Diese Ansicht ist mit einem Hinweis auf die rechtsgeschichtliche Entwicklung abzulehnen. Bisher waren vertikale Unternehmensvereinbarungen nicht freistellungsfähig.¹⁸² Wenn die GVO nun erstmals in Art. 2 Abs. 2 Freistellungsmöglichkeiten für Unternehmensvereinigungen anspricht, so kann nicht

¹⁷⁵ Geiger, Europäische Verbundgruppen im EU – Kartellrecht, S. 101.

¹⁷⁶ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 28.

¹⁷⁷ Leitlinien-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Tz. 27.

¹⁷⁸ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 28.

¹⁷⁹ Zweifelnd: *Schulte/Geiger*, EuZW 2000, 396, 398, vor Erlass der endgültigen Fassung der Leitlinien; Geiger, Europäische Verbundgruppen im EU – Kartellrecht, S. 102.

¹⁸⁰ *Peeperkorn*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001.

¹⁸¹ Geiger, Europäische Verbundgruppen im EU – Kartellrecht, S. 102; ähnlich Roniger, Das neue Vertriebskartellrecht, Art. 2 Rn. 9.

¹⁸² Siehe oben, Fn. 170.

davon ausgegangen werden, dass sie von der Generalklausel des Art. 2 Abs. 1 bereits erfasst werden. Für die Kommission stellten vertikale Vereinbarungen von Unternehmensvereinigungen bisher nämlich gerade keine gewöhnlichen Vereinbarungen dar.

Eindeutig wird die Ansicht der Kommission in Tz. 28 der Leitlinien. Danach sind ausdrücklich sämtliche Vereinbarungen von Unternehmensvereinigungen, welche die Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 2 der GVO nicht erfüllen, vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgeschlossen.¹⁸³ Diese Erläuterung fehlte noch im Entwurf.¹⁸⁴

Die Beschränkung von Einkaufsvereinigungen im Rahmen der Freistellung ist somit also keine Negativausnahme gegenüber sonst uneingeschränkt freistellbaren Vereinbarungen mit Unternehmensvereinigungen. Art. 2 Abs. 2 der GVO stellt vielmehr ausschließlich Unternehmensvereinigungen des Wareneinzelhandels frei. Alle anderen Unternehmensvereinigungen sind vom Anwendungsbereich der GVO ausgeschlossen.

Davon betroffen sind neben den Dienstleistungsvereinigungen insbesondere Verbundgruppen des Großhandels¹⁸⁵ und des Handwerks¹⁸⁶. Bei stufenübergreifenden Verbundgruppen, die sowohl auf der Groß- als auch auf der Einzelhandelsstufe tätig sind, werden demnach ausschließlich die Absprachen freigestellt, die sich auf die Einzelhandelsstufe beziehen.

4.) Jährlicher Gesamtumsatz der einzelnen Mitglieder

Als zweite Voraussetzung, deren Nichterfüllung eine Nichtanwendung der GVO zur Folge hat, schreibt Art. 2 Abs. 2 der GVO vor, dass der jährliche Gesamtumsatz der einzelnen Mitglieder der Unternehmensvereinigung zusammen mit den mit ihnen verbunden Unternehmen die Summe von 50 Mio. Euro nicht übersteigen darf.

Die Ermittlung des Gesamtumsatzes soll nach Art. 10 der GVO erfolgen.¹⁸⁷ In den Leitlinien stellt die Kommission dazu fest, dass die kartellrechtliche Würdigung in der Regel nicht anders ausfallen dürfte, wenn der Umsatz einiger Mitglieder diesen Betrag „unwesentlich“ überschreitet.¹⁸⁸ Es erscheint allerdings bedenklich, dass dieser zudem mit einem unbestimmten Rechtsbegriff versehene Hinweis in den für nationale Gerichte und Behörden grundsätzlich unverbindlichen Leitlinien zu finden ist.¹⁸⁹ Der Hinweis ist wohl so zu verstehen, dass in einem Fall der „unwesentlichen“ Überschreitung eine Einzelfreistellung der Vereinbarung wahrscheinlich ist.¹⁹⁰

¹⁸³ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 28.

¹⁸⁴ Vgl. Leitlinien-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Tz. 27.

¹⁸⁵ *Schulte/Geiger*, EuZW 2000, 396, 398.

¹⁸⁶ Geiger, Europäische Verbundgruppen im EU – Kartellrecht, S. 101.

¹⁸⁷ Vgl. dazu unten S. 98 ff., Kapitel Vier:B.) „Artikel 10“.

¹⁸⁸ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 28.

¹⁸⁹ So auch *Semmler/Bauer*, DB 2000, 193, 196, Fn. 56; Vgl. dazu oben Kapitel Zwei:A.)V.), S.18.

¹⁹⁰ *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG – Wettbewerbsrecht, Erg.-Bd., GFVO, Rn. 82 a.E., Fn 305.

In der Begrenzung des jährlichen Gesamtumsatzes ist ein Zugeständnis an die teilweise geäußerten Bedenken¹⁹¹ zu sehen, die Freistellung von Vertriebsvereinbarungen innerhalb von Unternehmensvereinigungen würde die Abgrenzung zu horizontalen Vereinbarungen erschweren und damit die horizontale Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedern vereinfachen.¹⁹² Die Kommission ist wie der Wirtschafts- und Sozialausschluss¹⁹³ der Auffassung, dass Handelskooperationen zwischen Unternehmensvereinigungen und ihren Mitgliedern keine von denen des klassischen Franchising abweichenden Wettbewerbseffekte und -verzerrungen in horizontaler oder in vertikaler Hinsicht hervorbringen, wenn es sich bei diesen lediglich um KMU handelt.¹⁹⁴

Fraglich ist allerdings die Praktikabilität der Vereinbarung. Unternehmensvereinigungen, die unter Umständen dreistellige Mitgliederzahlen aufweisen können, kennen keine Verpflichtung, den Umsatz des Unternehmens offen zu legen.¹⁹⁵ Es dürfte diesbezüglich somit sehr schwer sein, die erforderlichen Daten vorzulegen.

5.) Horizontale Vereinbarungen und Beschlüsse

Um zu verhindern, dass dennoch durch die Freistellung von Vereinbarungen innerhalb der Unternehmensvereinigungen die horizontale Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedern gefördert wird, bleibt gemäß Art. 2 Abs. 2 der GVO a. E. die Anwendung von Art. 81 Abs. 1 EGV auf horizontale Vereinbarungen zwischen den Mitgliedern der Vereinigung sowie auf Beschlüsse der Vereinigung unberührt. Diese Erläuterung hatte sich im Entwurf der GVO in Erwägungsgrund Nr. 3 befunden.¹⁹⁶

a.) Beschlüsse

Der Hinweis darauf, dass die Anwendbarkeit von Art. 81 Abs. 1 EGV auf Beschlüsse von Vereinigungen unberührt bleibt, beruht auf der Differenzierung in der ErmächtigungsVO Nr. 19/65, die in vertikalen GVOen keine Freistellungsmöglichkeit der Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen vorsieht.¹⁹⁷

b.) Horizontale Vereinbarungen

Vereinbarungen zwischen den Mitgliedern einer Unternehmensvereinigung lassen sich nur schwer in horizontale und vertikale Absprachen unterteilen. Horizontale Absprachen zwischen den Mitgliedern einer Unternehmensvereinigung können oft in einer vertikalen Vereinbarung enthalten sein. Andererseits können horizontale

¹⁹¹ Bundeskartellamt, Stellungnahme Follow-up, S. 4; *Bayreuther*, EWS 2000, 106, 107; *Pukall*, NJW 2000, 1375, 1377.

¹⁹² A.A: *Schulte/Geiger*, EuZW 2000, 396, 399, die hierin einen Nachteilsausgleich für die KMU im Bereich des gemeinsamen Einkaufs im Wettbewerb gegenüber den großen Unternehmen sehen.

¹⁹³ WSA, Stellungnahme Grünbuch, 2.11; WSA, Stellungnahme VO, 3.1.2.

¹⁹⁴ *Peeperkorn*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001. A. A: *Schulte/Geiger*, EuZW 2000, 396, 399, die hierin einen „fatalen dogmatischen Fehler“ der Kommission sehen.

¹⁹⁵ *Schultze/Pautke/Wagener*, Die Gruppenfreistellungsverordnung, Rn. 262.

¹⁹⁶ Vgl. Erwgr. Nr. 3, GVO-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33).

¹⁹⁷ Vgl. dazu oben S. 19, Kapitel Zwei:B.)II.) „Keine Freistellung von Beschlüssen“.

Abreden innerhalb einer Unternehmensvereinigung in der Regel auch vertikale Wirkung entfalten.¹⁹⁸

Gemäß Art. 2 Abs. 2 a. E. bleibt daher die Anwendbarkeit von Art. 81 Abs. 1 EGV auf horizontale Vereinbarungen unberührt. Den Leitlinien wurden diesbezüglich im Vergleich zu deren Entwurf weitere Erläuterungen hinzugefügt.¹⁹⁹ Vereinbarungen, Entscheidungen oder Beschlüsse der Unternehmensvereinigung sind demnach zunächst anhand der Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 81 EGV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit²⁰⁰ „als horizontale Vereinbarungen“ auf ihre Freistellbarkeit hin zu untersuchen. Nur wenn diese Prüfung positiv ausfällt, kommt auch eine Freistellung der vertikalen Aspekte der Vereinbarungen zwischen der Unternehmensvereinigung und ihren Mitgliedern in Frage.²⁰¹

Diese doppelte Kontrolle stellt allerdings den Sinn der Beschränkung auf eine Umsatzschwelle in Frage. Wenn horizontale Auswirkungen durch vorherige Überprüfung ausgeschlossen wurden, bedarf es einer Beschränkung der Freistellung auf KMU aus dem Grunde, dass lediglich bei diesen keine horizontalen Wirkungen zu befürchten seien, nicht mehr.²⁰²

6.) Ergebnis

1. Die Beschränkung des Art. 2 Abs. 2 der GVO bildet für Unternehmensvereinigungen gleichzeitig auch eine Erweiterung des Freistellungstatbestandes, da deren vertikale Vereinbarungen somit erstmals überhaupt gruppenweise freigestellt werden.
2. Die Reduzierung der Freistellung anhand der erzielten Gesamtumsätze soll die Freistellung von Vereinbarungen mit horizontaler Wirkung verhindern.
3. Es hätte jedoch genügt, wenn eine Freistellung nur für die Vereinbarungen zulässig gewesen wäre, die – wie es die Leitlinien verlangen – nach einer Überprüfung keine horizontale Wirkungen entfalten. Eine Beschränkung der Freistellung auf die KMU hätte damit umgangen werden können.

¹⁹⁸ Bayreuther, EWS 2000, 106, 107.

¹⁹⁹ Vgl. Leitlinien-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Tz. 27.

²⁰⁰ A.a.O. (Kapitel Drei: Fn. 8).

²⁰¹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 29.

²⁰² So im Ergebnis auch *Schulte/Geiger*, EuZW 2000, 396, 399, welche die Umsatzschwelle als schweren dogmatischen Fehler bezeichnen; *Schultze/Pautke/Wagener*, Die Gruppenfreistellungsverordnung, Rn. 261ff..

V.) Begleitende Übertragung von geistigen Eigentumsrechten (Art. 2 Abs. 3)

1.) Alte Rechtslage

Bisher enthielt lediglich die GVO Franchise Vorschriften zur Übertragung von geistigem Eigentum, ohne jedoch Vorgaben bezüglich des zulässigen Rahmens zu machen.²⁰³

2.) Allgemeines

Art. 2 Abs. 3 der GVO regelt die Freistellung von Vereinbarungen, die begleitende²⁰⁴ Bestimmungen zur Übertragung von geistigem Eigentum auf den Käufer oder zur Nutzung solcher Rechte durch den Käufer enthalten. Danach gilt Art. 2 Abs. 1 der GVO für derartige Absprachen, „sofern diese ... nicht Hauptgegenstand der Vereinbarung sind und sofern sie sich unmittelbar auf die Nutzung, den Verkauf oder den Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Käufer oder seine Kunden beziehen“. Des Weiteren dürfen die Vereinbarungen „keine Wettbewerbsbeschränkungen mit demselben Zweck oder derselben Wirkung enthalten wie vertikale Beschränkungen, die durch diese Verordnung nicht freigestellt werden“.

Zu beachten ist allerdings, dass hier gemäß des neuen Art. 1 Abs. 1 Buchst. b) der VO Nr. 19/65 weiterhin lediglich Vereinbarungen zwischen zwei Unternehmen freigestellt werden können.²⁰⁵

3.) „Geistiges Eigentum“

Unter geistigem Eigentum sind gemäß Art. 1 Buchst. e) gewerbliche Schutzrechte, Urheberrechte sowie verwandte Schutzrechte zu verstehen. Bei der dort gewählten Bezeichnung „intellektuelle Eigentumsrechte“ handelt es sich um ein redaktionelles Versehen.²⁰⁶

4.) Voraussetzungen für die Freistellung

Gemäß Tz. 30 der Leitlinien²⁰⁷ kann eine Freistellung der Vereinbarung über die Nutzung oder Übertragung von geistigem Eigentum nur freigestellt werden, wenn die folgenden fünf Voraussetzungen erfüllt sind, das heißt, wenn die Bestimmungen:

- Bestandteil einer Vereinbarung über den Bezug, den Kauf oder den Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen sind.²⁰⁸ Vereinbarungen über die Nutzung oder Übertragung von geistigem Eigentum für die Herstellung von Waren und reine Lizenzvereinbarungen sind hingegen von

²⁰³ Vgl. Art. 3 der GVO Franchise, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 23).

²⁰⁴ Bauer/de Bronett, Die EU – Gruppenfreistellungsverordnung, S. 59.

²⁰⁵ Siehe Art. 1 Buchst. b) der VO Nr. 19/65 i. d. F. der VO Nr. 1215/99, a.a.O. (Einleitung: Fn. 8).

²⁰⁶ Vgl. oben S. 45, Kapitel Drei:A.)VIII.) „ ‚Intellektuelle Eigentumsrechte´ (Art. 1 Buchst. e))“.

²⁰⁷ A. a. O., (Einleitung: Fn. 6),

²⁰⁸ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 30, 1. Spiegelstrich.

der Freistellung ausgeschlossen. Nicht freigestellt werden deshalb bspw. die Überlassung eines Rezepts und die Lizenz für die Herstellung eines Getränks anhand dieses Rezepts²⁰⁹, die Überlassung einer Schablone oder Mutterkopie sowie die Lizenz zur Herstellung und Verteilung der Mutterkopie,²¹⁰ reine Lizenzverträge zur Nutzung eines Warenzeichens zu Merchandisingzwecken, Vereinbarungen darüber, sich selbst als offiziellen Sponsor anpreisen zu dürfen und Urheberlizenzvereinbarungen über das Recht, Veranstaltungen aufzunehmen und im Rundfunk übertragen zu dürfen.²¹¹

- die Übertragung solcher Rechte vom Lieferanten auf den Käufer oder deren Nutzung durch den Käufer betreffen.²¹² Eine Übertragung vom Käufer auf den Lieferanten, egal in welcher Form, wird hingegen nicht freigestellt. Dies gilt insbesondere für Transfers von Know-how an einen Zulieferer. Hier gilt weiter die Zulieferbekanntmachung.²¹³ Werden dem Lieferanten lediglich Spezifikationen zur Verfügung gestellt, greift jedoch die Freistellung vom Kartellverbot durch die GVO.²¹⁴

Was unter Spezifikationen in diesem Zusammenhang zu verstehen ist, definieren die Leitlinien allerdings nicht. Setzt man den Begriff aber in Bezug zur Definition des Know-how in Art. 1 Buchst. f) der GVO dürften hierunter praktische Kenntnisse zu verstehen sein, die zwar für die Produktion der Ware wesentlich, nicht aber geheim sind. Hierbei wäre insbesondere an Maßangaben zu denken.²¹⁵

- nicht den Hauptgegenstand der Vereinbarung bilden.²¹⁶ Sie dürfen vielmehr nur der Durchführung der eigentlichen Vereinbarung über den Vertrieb oder den Bezug von Waren oder Dienstleistungen dienen.²¹⁷
- unmittelbar mit der Nutzung, dem Verkauf oder dem Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Käufer oder dessen Kunden zusammenhängen.²¹⁸ Erforderlich hierfür ist nach den Leitlinien, dass die Lizenzbestimmungen die Nutzung, den Verkauf oder Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen für den Käufer oder dessen Kunden erleichtern. Dies gilt bspw. für Franchisevereinbarungen, bei denen der Käufer vom Lieferanten nicht nur Waren zum Weiterverkauf bezieht, sondern darüber hinaus auch eine Lizenz zur Nutzung von dessen Warenzeichen und Know-

²⁰⁹ Gemäß Tz. 35 der Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), soll jedoch das zur Verfügungstellen eines Konzentrats, welches dann zu einem Getränk verdünnt und dann verkauft werden darf, von der Freistellung erfasst werden. *Bauer/de Bronett* nennen dies die „Coca-Cola-Klausel“, vgl. dies., Die EU – Gruppenfreistellungsverordnung, S. 60.

²¹⁰ Diese Art des Vertriebs wird bspw. von Microsoft praktiziert; vgl. BGH CR 2000, 651

²¹¹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 32.

²¹² Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 30, 2. Spiegelstrich.

²¹³ A. a. O., Fn. 54.

²¹⁴ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 33,

²¹⁵ *Satzky*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf.

²¹⁶ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 30, 3. Spiegelstrich.

²¹⁷ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 34.

²¹⁸ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 30, 4. Spiegelstrich.

how zur Vermarktung der Waren erhält.²¹⁹ Da der Verordnungstext als ursprüngliche Rechtsquelle hier aber lediglich einen unmittelbaren Bezug fordert, ist im Zweifel die in den Leitlinien verlangte Erleichterung nicht erforderlich.²²⁰

- im Verhältnis zu den Vertragswaren oder –dienstleistungen keine Wettbewerbsbeschränkung enthalten, die denselben Zweck oder dieselbe Wirkung wie vertikale Beschränkungen haben, die von der GVO nicht freigestellt sind.²²¹ Das heißt, auch bei der Vereinbarung der Übertragung von geistigem Eigentum sind insbesondere die Vorschriften der Artt. 4 und 5 der GVO zu beachten.²²²

5.) Hauptsächlich in den Freistellungsbereich fallende Rechte geistigen Eigentums

Es gibt im Rahmen der geistigen Eigentumsrechte drei Lizenzbereiche, bei denen die Kommission annimmt, dass sie der Durchführung von vertikalen Vereinbarungen i.S. des Art. 2 Abs. 3 der GVO dienen. Es handelt sich dabei um die Bereiche Warenzeichen, Urheberrecht und Know-how. Hier werden Lizenzvereinbarungen grundsätzlich freigestellt.²²³

a.) *Warenzeichen*

Bei Warenzeichenlizenzen handelt es sich um Vereinbarungen, bei denen dem Vertriebshändler für den Vertrieb der Produkte des Lizenzgebers an den Endkunden, die Verwendung einer Marke in einem bestimmten Gebiet gestattet wird.²²⁴ In Tz. 38 der Leitlinien stellt die Kommission klar, dass der Vertrag bei einer ausschließlichen Lizenz eine Alleinvertriebsvereinbarung darstellt. Sind also bei einer Warenzeichenlizenz die oben angeführten Voraussetzungen gegeben, so sind die sonstigen Vorschriften der GVO zu beachten. Die Wirksamkeit der Vereinbarung hängt in diesem Fall dann bspw. von der Höhe des Marktanteils des Lieferanten ab.²²⁵ Für reine Lizenzverträge, bei denen die Einräumung von Rechten an der Marke der Hauptgegenstand des Vertrages ist, gilt die neue GVO jedoch nicht. Hier greift auch keine andere GVO, sodass weiterhin nur der Weg der Individualfreistellung bleibt.²²⁶

²¹⁹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 35.

²²⁰ So auch *Polley/Seeliger*, CR 2001, 1, 5.

²²¹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 30, 5. Spiegelstrich.

²²² Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 36.

²²³ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 37.

²²⁴ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 38.

²²⁵ *Polley/Seeliger*, WRP 2000, 1203, 1206.

²²⁶ *Polley/Seeliger*, WRP 2000, 1203, 1206/1207.

b.) Urheberrecht

Von der GVO werden auch Vereinbarungen über Waren, an denen ein Urheberrecht besteht, erfasst. Die Kommission nennt hier Bücher und erstmals auch Software.²²⁷ Bisher war die Anwendung von vertikalen GVOen auf Softwareverträge umstritten.²²⁸ Fraglich ist jedoch auch bei der GVO Nr. 2790/99, in welchem Umfang Vertriebsvereinbarungen über Software erfasst werden. Der Grund hierfür ist, dass Software einerseits als Ware anerkannt ist, andererseits jedoch die Softwareüberlassung regelmäßig mit Lizenzvereinbarungen einhergeht.²²⁹ In den meisten Fällen dürfte diese Lizenzvereinbarung aber den Schwerpunkt des Kaufvertrages bilden.

(1) Keine Urheberrechtsverletzungen durch die Kunden des Vertriebshändlers

Soweit sie überhaupt unter Art. 81 Abs. 1 EGV fallen, sind die Vereinbarungen durch die GVO freigestellt, die den Käufer von Waren, an denen ein Urheberrecht besteht, dazu verpflichten, nur unter der Voraussetzung weiterzuverkaufen, dass seine Kunden das Urheberrecht des Lieferanten nicht verletzen.²³⁰

(2) Schutzhüllenverträge

Vereinbarungen über die Lieferung von Software auf einem materiellen Träger zum Zwecke des Weiterverkaufs, mit denen der Vertriebshändler keine Rechte an der Software selbst erwirbt, werden gemäß Tz. 40 der Leitlinien als Vereinbarungen über die Lieferung von Waren zum Weiterverkauf i.S. der GVO angesehen.²³¹ Bei diesen sogenannten „shrink-wrap“- oder „Schutzhüllenverträgen“ besteht nach Ansicht der Kommission das Lizenzverhältnis lediglich zwischen dem Hersteller der Software und dem Endabnehmer, der gegebenenfalls durch Öffnen der Verpackung

²²⁷ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 39.

²²⁸ Für eine Anwendbarkeit der GVO Nr. 1983/83, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21): Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht, Bd. 1, Art. 85 Rn. 1060; Moritz, CR 1993, 341, 342; *Rahlmeyer*, in: Martinek/Semmler; Handbuch des Vertriebsrechts, § 30 Rn. 94; Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, Rz. 325 f.; *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 443 Rn. 21; Wiedemann, GVO-Kommentar, Bd. 2, GVO 1983/83, Art1. Rn. 14. A.A. *Sucker*, CR 1989, 468, 475, der darauf abstellt, dass es dem Anwender auf die Nutzung der Software ankomme.

²²⁹ *Polley/Seeliger*, CR 2001, 1, 5.

²³⁰ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 39.

²³¹ Die unkörperliche Überlassung von Software durch Datenübertragung mittels Internet wird von der Kommission in den Leitlinien noch nicht als Warenvertrieb erfasst. Aufgrund der Tatsache, dass es faktisch aber keinen Unterschied macht, ob ein Programm auf einem Datenträger erworben oder erst aus dem Netz geladen und dann auf einen Datenträger überspielt wird, schlagen *Polley/Seeliger* vor, die GVO auch auf solche unkörperliche Übertragung von Software auszudehnen; vgl. *Polley/Seeliger*, CR 2001, 1, 4.

des Softwareprodukts²³² offenkundig machen muss, dass er die Lizenzbedingungen anerkennt.²³³

In Deutschland ist jedoch die Frage, ob in einem solchen Fall überhaupt ein wirksames Vertragsverhältnis zwischen Hersteller und Anwender zustande kommt, umstritten. Hier wird grundsätzlich nur eine Verbindung der Lizenzkette zwischen Hersteller und Vertriebs Händler sowie zwischen Vertriebs Händler und Anwender angenommen.²³⁴

Polley/Seeliger vertreten daher die Meinung, in der Praxis könnte sich für die Unternehmen daraus eine Zwickmühle ergeben: Entweder sie wählen die Variante der Schutzhüllenverträge. Dann wäre die GVO zwar anwendbar. Die zivilrechtliche Durchsetzbarkeit der Nutzungsbeschränkungen gegenüber dem Anwender wäre jedoch aufgrund der Zweifel über die Wirksamkeit des Vertrages zwischen Hersteller und Anwender gefährdet. Entwerfe man aber Verträge nach der in Deutschland angenommenen Lizenzkette, so bestehe bei Wettbewerbsbeschränkungen im Vertrag kein Schutz durch die GVO.²³⁵

Dem ist nicht zuzustimmen. Die Nutzungsbeschränkungen, die der Hersteller im Rahmen der Schutzhüllenverträge dem Endverbraucher auferlegen will, sollten sich redlicher Weise im Einklang mit dem urheberrechtlichen Schutz des Produkts befinden. Entscheidet sich der Hersteller daher aufgrund der zivilrechtlichen Unsicherheit der Schutzhüllenverträge für die Lizenzkette Hersteller – Vertriebs Händler – Anwender, so dürften auch die in diesem Fall dem Anwender auferlegten Nutzungsbeschränkungen lediglich dem urheberrechtlichen Schutz der Ware dienen.²³⁶ Gemäß der oben unter (1) dargestellten Auffassung der Kommission werden solche Verpflichtungen aber, falls sie überhaupt eine Verletzung des Art. 81 Abs. 1 EGV darstellen, von der GVO erfasst.

Entscheidet man sich daher aufgrund der nationalen, zivilrechtlichen Unsicherheiten gegen die Variante des Schutzhüllenvertrages, so kann der Hersteller auch über die dargestellte Lizenzkette dafür Sorge tragen, dass die Nutzungsrechte in dem erforderlichen Maße vom Anwender zu respektieren sind.

(3) Kombinierte Hard- Softwareverträge

Sofern sie überhaupt Art. 81 Abs. 1 EGV unterfallen, sind Beschränkungen, die Käufern von mit urheberrechtlich geschützter Software kombinierter Hardware auferlegt werden, von der GVO erfasst. Darunter fallen bspw. die Verpflichtungen,

²³² Die sog. „Enter“-Verträge, bei denen der Käufer die Lizenzbedingungen des Herstellers durch Klicken mit einer Taste oder der Maus anerkennt, werden von der Kommission nicht ausdrücklich genannt. Da der Weiterverkäufer jedoch auch hier keine Rechte erwerben soll, dürften diese Fälle gleich zu behandeln sein; vgl. *Polley/Seeliger*, CR 2001, 1, 6.

²³³ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 40.

²³⁴ Vgl. zu dieser Frage ausführlich: Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 374 ff.,

²³⁵ *Polley/Seeliger*, CR 2001, 1, 6; *dieselben*, in: WRP 2000, 1203, 1207. So auch: *Schultze/Pautke/Wagener*, Die Gruppenfreistellungsverordnung, Rn. 313.

²³⁶ Anderweitige Nutzungsbeschränkungen dürfen hingegen nur unter den oben in Kapitel Vier:A.)V.)4.) genannten Voraussetzungen für die Freistellung vereinbart werden.

die Software nicht zu kopieren oder in Verbindung mit anderer Hardware zu verwenden.²³⁷

c.) *Übertragung geistigen Eigentums bei Franchisevereinbarungen*

- (1) „Know-how“ i.S.d. Art. 1 Buchst. f) als geistiges Eigentum i.S.d. Art. 2 Abs. 3 der GVO?

Franchisevereinbarungen sind nach Ansicht der Kommission mit Ausnahme von Herstellungsfranchisen das deutlichste Beispiel für die Weitergabe von Know-how an den Käufer. Diesem wird dabei eine Lizenz zur Nutzung von Rechten an Waren- oder sonstigen Zeichen, sowie von Know-how zum Zwecke der Nutzung und des Vertriebs von Waren bzw. Dienstleistungen eingeräumt.²³⁸

Art. 1 Buchst. f) definiert den Begriff des Know-how für Art. 5 Buchst. b) der GVO. Darüber hinaus verwendet die Kommission diesen Begriff in ihren Leitlinien aber auch im Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 3.²³⁹ Fraglich ist, ob hier ebenfalls die Definition des Art. 1 Buchst. f) anzuwenden ist. Wäre dies der Fall dürfte eine Übertragung von Know-how niemals Hauptbestandteil einer Vertriebsvereinbarung sein.

Dies ist aber der Fall bei Haupt- oder Masterfranchisen. Dort steht allein die Lizenzierung eines Geschäftskonzepts im Vordergrund, die somit im Gegensatz zu den Vorgaben des Art. 2 Abs. 3 der GVO den Schwerpunkt der Vereinbarung bildet. Gleichwohl will die Kommission gemäß Tz. 43 der Leitlinien Hauptfranchisen nach Art. 2 Abs. 3 freistellen.²⁴⁰ Andererseits stellt die Kommission ebenfalls in Tz. 43 der Leitlinien fest, dass „Franchisevereinbarungen, bei denen es ausschließlich oder in erster Linie um die Vergabe von Lizenzen für die Nutzung von Rechten an geistigem Eigentum geht, ... nicht unter die Gruppenfreistellungsverordnung (fallen)“.²⁴¹

Veelken umgeht diesen Widerspruch, indem er annimmt, dass sich Art. 2 Abs. 3 lediglich auf technisches Know-how im Sinne der GVO Technologietransfer²⁴² beziehe. Art. 1 Buchst. f) hingegen erfasse nur kommerzielles Know-how, dass im Rahmen von Franchisevereinbarungen übertragen wird. Hauptfranchisen würden nach dieser Interpretation gar nicht von Art. 2 Abs. 3 der GVO erfasst und wären demnach freigestellt. Seine Theorie leitet *Veelken* aus der Abgrenzung zur GVO Technologietransfer ab.²⁴³

Diesem dogmatisch stimmigen Ansatz steht jedoch der in den Leitlinien eindeutig zutage getretene Wille der Kommission entgegen.²⁴⁴ Zum einen findet sich in den

²³⁷ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 41. Vgl. dazu bereits oben S. 63, Kapitel Vier:A.)III.)5.)b.) „Kombinierte Hard- und Softwareverträge“.

²³⁸ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 42.

²³⁹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 42ff..

²⁴⁰ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 43.

²⁴¹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 43.

²⁴² A.a.O., Kapitel Eins: Fn. 25.

²⁴³ *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG – Wettbewerbsrecht, Erg.-Bd., GFVO, Rn. 45.

²⁴⁴ So im Ergebnis auch *Schultze/Pautke/Wagener*, Die Gruppenfreistellungsverordnung, Rn. 139f., die jedoch, offensichtlich ohne den Ansatz *Veelkens* verstanden zu haben, diesen als

Leitlinien kein Hinweis auf die von *Veelken* vorgeschlagene Aufteilung des Know-how – Begriffes. Zum anderen ordnet die Kommission in den Leitlinien die Übertragung von Know-how unter die von Art. 2 Abs. 3 erfassten Vereinbarungen ein. Dabei weist sie im Zusammenhang mit Franchisevereinbarungen darauf hin, dass der Franchisegeber dem Franchisenehmer „insbesondere kommerzielle und technische Unterstützung“ gewährt.²⁴⁵

Es ist also davon auszugehen, dass die Kommission in der GVO auf einen einheitlichen Know-how – Begriff abgestellt hat, der ebenfalls von dem Begriff des „geistigen Eigentums“ in Art. 2 Abs. 3, bzw. Art. 1 Buchst. e) der GVO erfasst wird. Eine Begründung oder gar eine dogmatische Herleitung dazu, warum Art. 2 Abs. 3 auch auf Hauptfranchisen anzuwenden ist, bleibt die Kommission allerdings schuldig.

(2) Übertragung von Know-how und zulässige Schutzvereinbarungen

Sofern die Lizenzbestimmungen bei der Übertragung von Know-how die fünf oben unter 4.) genannten Voraussetzungen erfüllen, sind sie durch die GVO freigestellt. Dies trifft wie gezeigt nach Ansicht der Kommission auf die meisten Franchisevereinbarungen einschließlich den Hauptfranchisen zu. Handelt es sich hingegen um eine Absprache, bei der es in erster Linie um die Vergabe von Lizenzen für die Nutzung von Rechten an geistigem Eigentum geht, greift die GVO nicht ein. Diese Franchisevereinbarungen sollen aber dennoch ähnlich wie die unter die Verordnung fallenden Vereinbarungen behandelt werden.²⁴⁶ Was unter dieser „ähnlichen Behandlung“ zu verstehen ist, erläutern die Leitlinien allerdings nicht. Anzunehmen ist, dass in diesen Fällen von der Kommission eine Einzelfreistellung als wahrscheinlich angesehen wird.

Wann eine Verpflichtung nach Ansicht der Kommission als zum Schutze des geistigen Eigentums für notwendig erachtet wird, ist in Tz. 44 der Leitlinien dargestellt. Danach sind die Verpflichtungen,

- weder unmittelbar noch mittelbar in einem ähnlichen Geschäftsbereich tätig zu werden,
- keine Anteile am Kapital eines konkurrierenden Unternehmens zu erwerben, sofern dadurch dem Franchisenehmer ermöglicht würde, das geschäftliche Verhalten des Unternehmens zu beeinflussen,
- Know-how, das nicht Gemeingut ist, nicht an Dritte weiterzugeben,
- dem Franchisegeber sämtliche bei der Nutzung der Franchise gewonnenen Erfahrungen mitzuteilen und deren Nutzung zu gestatten,
- Verletzungen an Eigentumsrechten des Franchisegebers diesem mitzuteilen und gegebenenfalls selbst Klage zu erheben,

widersprüchlich zur Systematik der GVO bezeichnen. Sie gehen davon aus, Veelken beziehe Art. 5 Buchst. b) ausschließlich auf das technische Know-how. Das Gegenteil ist der Fall. Technisches Know-how unterfällt nach dem Ansatz Veelkens ausschließlich Art. 2 Abs. 3.

²⁴⁵ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 43.

²⁴⁶ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 43. Bei tatsächlicher Umsetzung dieses Gedankens würden damit die bisher bestehenden Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von Franchisevereinbarungen zu Lizenzvereinbarungen beseitigt; vgl. dazu: *Lachmann*, EWS 1998, 240 ff.

- das mitgeteilte Know-how nicht für andere Zwecke als für die Nutzung der Franchise zu verwenden,
- Rechte und Pflichten aus der Franchise nur mit Erlaubnis des Franchisegebers auf Dritte zu übertragen,

von der GVO freigestellt, sofern sie Art. 81 Abs.1 EGV unterfallen.²⁴⁷

Diese Liste entspricht im wesentlichen den Regelungen in Art. 3 Abs. 1 und 2 der GVO Franchise,²⁴⁸ die sich auf die Nutzung des Know-how beziehen. Zu beachten ist allerdings, dass sich diese Vorgaben nun nur noch in den rechtlich grundsätzlich unverbindlichen Leitlinien befinden.

6.) Ergebnis

1. Vereinbarungen, die eine Übertragung von geistigem Eigentum beinhalten, sind nur freigestellt, wenn es sich nicht um reine Lizenzvereinbarungen handelt, die Lizenzübertragung also nicht Hauptgegenstand der Vereinbarung ist. Hauptsächlich fallen in den Freistellungsbereich Vereinbarungen über Warenzeichen, Urheberrechte und Know-how.
2. Im Rahmen der Übertragung von Urheberrechten wird der Hersteller dabei nicht benachteiligt. Will er aufgrund nationaler Gegebenheiten auf Schutzhüllenverträge verzichten, so kann er auch mittels der gewöhnlichen Lizenzkette sein geistiges Eigentum ausreichend schützen.
3. Innerhalb der GVO existiert kein zweigeteilter Know-how – Begriff. Vereinbarungen über die Lizenzierung von Know-how fallen damit gänzlich unter Art. 2 Abs. 3 der GVO. Allerdings bleibt die Kommission eine Erklärung dazu schuldig, warum Hauptfranchisen gemäß Art. 2 Abs. 3 freigestellt werden sollen, obwohl sich bei ihnen der wesentliche Vertragsinhalt auf die Übertragung des Geschäftskonzepts bezieht.
4. Die von der Kommission zum Schutz von übertragenem Know-how aufgeführten freistellungsfähigen Verpflichtungen entsprechen im Wesentlichen der alten GVO Franchise. Sie befinden sich jetzt allerdings nur noch in den grundsätzlich unverbindlichen Leitlinien.

VI.) Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern (Art. 2 Abs. 4)

1.) Alte Rechtslage

Vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern wurden schon in den GVOen Alleinvertrieb²⁴⁹ und Alleinbezug²⁵⁰ gesondert behandelt. Dort wurden

²⁴⁷ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 44 Buchst. a) bis g).

²⁴⁸ A. a. O. (Kapitel Eins: Fn. 23), vgl. Art. 3 Abs. 1 Buchst. c) und d), sowie Abs. 2 Buchst. a) – d) und j).

²⁴⁹ Vgl. Art. 3 Buchst. b), a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21).

²⁵⁰ Vgl. Art. 3 Buchst. b), a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 22).

nichtwechselseitige Vereinbarungen zwischen Herstellern freigestellt, es denn einer der Vertragspartner hatte einen jährlichen Gesamtumsatz von über 100 Mio. Ecu. Eine Erfassung des Sonderfalls, dass der Hersteller gleichzeitig auch als Verkäufer der Ware tätig wird, gab es nicht.

2.) Allgemeines

Da Art. 2 Abs. 1 der GVO nicht auf ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien sondern auf die Zugehörigkeit zu einer anderen Wirtschaftsstufe abstellt, ist theoretisch auch die Freistellung von Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern durch die GVO denkbar. Die Frage, wann ein Wettbewerbsverhältnis i.S. der GVO vorliegt, beantwortet die Definition des Art. 1 Buchst. a) der Verordnung.²⁵¹

In Art. 2 Abs. 4 der GVO wird diese theoretische Möglichkeit der Freistellung von vertikalen Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern jedoch zunächst grundsätzlich ausgeschlossen. Dort heißt es, dass Abs. 1 „nicht für vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern“ gilt. Gemäß Tz. 26 der Leitlinien sind sie, „was mögliche Kollisionswirkungen betrifft“, vielmehr anhand der Horizontalleitlinien²⁵² zu beurteilen.

Dennoch kann unter gewissen Voraussetzungen auch eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern freigestellt werden:

3.) Nichtwechselseitige Vereinbarung

Die erste Voraussetzung für eine Anwendung des Absatzes 1 ist gemäß Art. 2 Abs. 4, 2. HS der GVO, dass es sich bei der Vereinbarung zwischen den Wettbewerbern um eine „nichtwechselseitige Vereinbarung“ handelt. Eine solche liegt gemäß Tz. 27 der Leitlinien vor, wenn ein Hersteller den Vertrieb der Produkte eines anderen Herstellers übernimmt, dieser aber nicht den Vertrieb von Produkten des erstgenannten Herstellers.

Von Seiten der Wirtschaft, aber auch von Seiten der Literatur, ist dieser undifferenzierte Ausschluss von wechselseitigen Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern kritisiert worden.²⁵³ Insbesondere seien die in der mittelständischen Praxis üblichen wechselseitigen Kollegenlieferungen wettbewerbspolitisch unbedenklich. Bei diesen beziehen in Bezug auf das Endprodukt konkurrierende Unternehmen voneinander Zwischenprodukte, die sie jeweils nicht selbst herstellen. Gleiches gelte für wechselseitige Zwischenerzeugnisse durch potentielle Wettbewerber. Da die Kommission auf diese Kritik jedoch nicht eingegangen ist,

²⁵¹ Siehe dazu oben, S. 31, Kapitel Drei:A.)IV.) „Wettbewerber“ (Art. 1 Buchst. a)“.

²⁵² A.a.O. (Kapitel Drei: Fn. 8). Wie sich aus Tz. 11 der Horizontalleitlinien ergibt, ist eine solche Doppelkontrolle anhand der horizontalen und vertikalen Leitlinien jedoch nicht nur bei den gemäß Art. 2 Abs. 4 der GVO ausgeschlossenen, sondern auch bei den gemäß der Buchstaben a) bis c) zulässigen Vertriebsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern durchzuführen.

²⁵³ BDI, Positionspapier zur VO, S. 2; Pukall, NJW 2000, 1375, 1377.

wird es in diesem nicht freigestellten Bereich auch zukünftig bei dem Verfahren der Einzelfreistellung bleiben.²⁵⁴

Neben der Nichtwechselfeitigkeit der Vereinbarung muss für eine Freistellung aber noch mindestens eine der in den Buchst. a) bis c) genannten Voraussetzungen erfüllt werden. Die Tatsache, dass die Tatbestände alternativ vorliegen können, ergibt sich aus der Verknüpfung der einzelnen Regelungen mit dem Wort „oder“.

4.) Buchst. a) Jährlicher Gesamtumsatz des Käufers

Handelt es sich um eine nichtwechselfeitige Vereinbarung zwischen den Wettbewerbern, so kann diese freigestellt werden, wenn außerdem gemäß Art. 2 Abs. 4 Buchst. a) der GVO der jährliche Gesamtumsatz des Käufers 100 Mio. Euro nicht überschreitet. Durch das Kriterium des Jahresumsatzes soll die wirtschaftliche Bedeutung der betreffenden Unternehmen indiziert werden. Von dieser Ausnahme profitieren sollen die KMU, bei denen in der Regel die wirtschaftlichen Vorteile stärker ins Gewicht fallen als die Nachteile für den Wettbewerb.²⁵⁵

Die einzelnen Tatbestände der Buchst. a) bis c) des Art. 2 Abs. 4 können alternativ vorliegen. Daraus folgt, dass die Käufer entgegen den Buchst. b) und c) sehr wohl Hersteller von Waren oder Dienstleistungen sein können, die mit denen des Lieferanten konkurrieren, solange ihr jährlicher Gesamtumsatz 100 Mio. Euro nicht übersteigt. In diesem Bereich sind damit zumindest nichtwechselfeitige Kollegenlieferungen zulässig.

Seitens der Wirtschaft wurde schon nach Erlass des GVO-Entwurfs gefordert, diesen Schwellenwert anzuheben. Er beruhe wohl auf dem Gedanken, dass mittlere und größere Unternehmen Kollegenlieferungen nicht benötigen würden. Dies aber sei gerade falsch.²⁵⁶ Die Kommission ist dieser Aufforderung aufgrund der oben genannten Zielsetzung jedoch nicht nachgekommen. Ähnlich wie schon unter 3.) wird bei einem Überschreiten des Grenzwertes von 100 Mio. Euro daher in Zukunft weiterhin eine Einzelfreistellung für Vertikalvereinbarungen zwischen Wettbewerbern beantragt werden müssen.

Fraglich ist, warum die Kommission hier von den aus den GVOen Alleinvertrieb²⁵⁷ und Alleinbezug²⁵⁸ bekannten De-Minimis – Regelungen abgewichen ist, und nur auf den Umsatz des Käufers abstellt. Es ist nicht ersichtlich, dass keine Gefahr der

²⁵⁴ Bereits vor der GVO waren Kollegenlieferungen von der Kommission als unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen angesehen worden; vgl. Kommission, Entscheidung v. 07.12.1988, Rs. 89/93 (Flachgas), ABI.EG 1989 Nr. L 33/44, 59, 63; Entscheidung v. 14.12.1982, Rs. 82/866 (Zinkbleche), ABI.EG 1982 Nr. L 362/40, 47.

²⁵⁵ Kommission, Entscheidung v. 12.07.1984, Rs. 84/381 (Carlsberg), ABI.EG 1984 Nr. L 207/26; Entscheidung v. 13.12.1985, Rs. 85/562 (Whisky & Gin), ABI.EG 1985 Nr. L 369/; *Jacob-Siebert/Jorna*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Art. 85 Fallgruppen Liefer- und Bezugsvereinbarungen Rn. 92; *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 459 Rn. 64, in Bezug auf die alte GVO Alleinvertrieb.

²⁵⁶ BDI, Positionspapier VO, S. 2.

²⁵⁷ A.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21).

²⁵⁸ A.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 22).

Marktaufteilung entsteht, wenn es sich bei dem Lieferanten um ein Unternehmen handelt, dass die Umsatzgrenze von 100 Mio. Euro überschreitet.²⁵⁹

5.) Buchst. b) Käufer kein Hersteller

Nichtwechselseitige Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern können außerdem freigestellt werden, wenn der Lieferant zwar sowohl als Hersteller als auch als Händler der Waren tätig wird, sein Abnehmer jedoch ausschließlich Händler ist und damit keine konkurrierenden Waren herstellt.²⁶⁰ Der Entwurf der Verordnung war insofern noch missverständlich, als dass dieser nur darauf abstellte, dass der Käufer kein Hersteller sein dürfe. So wurde nicht deutlich, dass der Fall erfasst werden sollte, in dem der Lieferant sowohl als Hersteller als auch als Verkäufer tätig wird.²⁶¹

Die alten GVOen waren auf die Position des Herstellers als einem eigenständigen Händler von Waren bisher nicht eingegangen.²⁶² Mit der GVO Nr. 2790/99 wurde den Herstellern nun unter den genannten Voraussetzungen ausdrücklich die Dualdistribution – also der Verkauf ihrer selbstproduzierten Waren mit gleichzeitigem Absatz durch weitere Vertriebshändler – ermöglicht.²⁶³

Die Regelung bietet jedoch keine Möglichkeit der Freistellung von Kollegenlieferungen, sodass für die Kritik seitens der Wirtschaft sowie für die Auswirkungen auf die Einzelfreistellungsanträge das oben unter 4.) Gesagte gilt.

6.) Buchst. c) Dienstleistungen

Für den Bereich der Dienstleistungen sieht Art. 2 Abs. 4 Buchst. c) vor, dass nichtwechselseitige Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern nur freigestellt werden sollen, wenn der Lieferant auf mehreren Wirtschaftsstufen tätig ist und der Käufer auf der Wirtschaftsstufe, auf der er die Vertragsdienstleistungen bezieht, keine mit diesen im Wettbewerb stehenden Dienstleistungen erbringt.

Diese Voraussetzung ist dem Text des GVO-Entwurfs hinzugefügt worden.²⁶⁴ Sie erfasst im Gegensatz zum Buchstaben b) allerdings auch den Fall, dass der Käufer auf einer anderen Wirtschaftsstufe eine Dienstleistung erbringt, die mit der vereinbarten in Wettbewerb steht. Veelken führt hier das Beispiel des Reisebüros an, das Reisen des Reiseveranstalters vermittelt, aber selber auch auf einem vor- oder nachgelagerten Markt als Veranstalter tätig wird. Eine solche Auslegung war von der Kommission jedoch wohl nicht beabsichtigt, denn die Regelungen in den Buchstaben b) und c) sind erkennbar parallel konstruiert und verfolgen denselben

²⁵⁹ *Schultze/Pautke/Wagner*, Die Gruppenfreistellungsverordnung, Rn. 328.

²⁶⁰ Zu beachten ist dabei, dass ein Händler, der dem Hersteller Spezifikationen nennt, damit dieser Waren unter dem Markennamen der Händlers herstellt, nicht als Hersteller dieser Eigenmarkenartikel anzusehen ist, Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 27.

²⁶¹ Siehe GVO-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Art. 1 Abs. 4 Buchst. b); so bemängelt von: BDI, Positionspapier VO, S. 3.

²⁶² Vgl. Art. 3 Buchst. b) der GVO Alleinvertrieb, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21) und Alleinbezug, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 22).

²⁶³ So auch die Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 27.

²⁶⁴ Vgl. GVO-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Art. 1 Abs. 4.

Zweck. Im Rahmen einer teleologischen Reduktion ist daher davon auszugehen, dass der Käufer nicht auch Anbieter einer im Wettbewerb stehenden Dienstleistung sein darf.²⁶⁵

7.) Wertung/Ergebnis

1. Die Vorschrift des Art. 2 Abs. 4 der GVO entspricht im Wesentlichen den Vorschriften der alten Vertikal-GVOen über Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern. Die Gesamtumsatzschwelle gilt jetzt allerdings nur noch für den Käufer, ohne dass hierfür eine Begründung abgegeben wird.
2. Durch Art. 2 Abs. 4 Buchst. b) der GVO wurde erstmals ausdrücklich die Dualdistribution vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EGV freigestellt.
3. Damit hat sich im Bereich der nichtwechselseitigen, vertikalen Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern i.S. des Art. 1 Buchst. a) der GVO die Rechtslage nicht grundlegend verändert. Grund hierfür sind die besonderen Gefahren von Vereinbarungen zwischen konkurrierenden Parteien für den Wettbewerb. Die Einschränkung der gruppenweisen Freistellung für diesen Bereich ist deshalb entgegen der Kritik aus der Wirtschaft grundsätzlich zu unterstützen.

VII.) Verhältnis zu anderen GVOen (Art. 2 Abs. 5), bzw. zu den nationalen Kartellrechtsordnungen und Art. 82 EGV

1.) Die anderen GVOen

a.) Regelung der GVO Nr. 2790/99

Das Verhältnis der „Schirm“-GVO zu anderen geltenden GVOen wird in Art. 2 Abs. 5 der GVO geregelt. Danach gilt die Verordnung „nicht für vertikale Vereinbarungen, deren Gegenstand in den Geltungsbereich einer anderen Gruppenfreistellungsverordnung fällt“.

Die GVO gilt daher nicht für Absprachen, die unter die GVOen Technologietransfer²⁶⁶ oder Kfz - Vertrieb²⁶⁷ fallen, sowie für vertikale Vereinbarungen, die in Verbindung mit horizontalen Absprachen geschlossen werden und deshalb unter die GVO Spezialisierungsvereinbarungen²⁶⁸ bzw. die GVO Forschung und Entwicklung²⁶⁹ fallen. Dieser Ausschluss gilt des Weiteren auch für GVOen, die künftig erlassen werden.²⁷⁰

²⁶⁵ Veelken, in: Immenga/Mestmäcker, EG – Wettbewerbsrecht, Erg.-Bd., GFVO, Rn. 124, 125.

²⁶⁶ A.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 25).

²⁶⁷ A.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 24).

²⁶⁸ ABI.EG 1985 Nr. L 53/1, v. 22.02.1985.

²⁶⁹ ABI.EG 1985 Nr. L 53/5, v. 22.02.1985.

²⁷⁰ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 45.

b.) *Einheitliche GVO für alle vertikalen Vereinbarungen möglich?*

Im Vorfeld der neuen GVO Kfz - Vertrieb wurde verstärkt darüber diskutiert, ob diese GVO nicht auch in der „Schirm“-GVO Nr. 2790/99 aufgehen solle. Diese Diskussion beruht zum einen auf einer Evaluation der Kommission, die festgestellt hat, dass die GVO Kfz – Vertrieb nicht die gewünschten positiven Effekte auf dem betroffenen Markt erzielen konnte.²⁷¹ Des Weiteren wurde darüber gestritten, ob eine branchenspezifische Regelung in diesem Bereich überhaupt gerechtfertigt sei.²⁷² Ohne eine Umstrukturierung des Kfz-Vertriebs mit der Etablierung eines freien Parallelhandels hielten allerdings auch Gegner der GVO Kfz-Vertrieb die neue „Schirm“-GVO für kein geeignetes Regelwerk in diesem Bereich.²⁷³

Aufgrund der Tatsache, dass in der neuen GVO Kfz – Vertrieb jedoch ein wesentlicher Teil der Grundvoraussetzungen für eine Freistellung mit denen der GVO Nr. 2790/99 identisch ist²⁷⁴, stellt sich aber die Frage, ob in Zukunft nicht doch über die Schaffung einer GVO für sämtliche vertikalen Vereinbarungen nachgedacht werden sollte. Mit einem allgemeinen Teil und verschiedenen besonderen Teilen könnte eine solche Verordnung den Rechtstext nicht nur vereinheitlichen, sondern auch insgesamt wesentlich verkürzen.

2.) Verhältnis der GVO zu den nationalen Kartellrechtsordnungen

a.) *Vertikale Vereinbarungen*

Durch den erweiterten Anwendungsbereich unterfallen grundsätzlich alle Vertriebsvereinbarungen der neuen „Schirm“-GVO. Ausgenommen sind lediglich Absprachen, die nicht gegen Art. 81 Abs. 1 EGV verstoßen und Vereinbarungen, die aufgrund der Einschränkungen der GVO in den Artt. 2, 3, 4 und 5 einer Einzelfreistellung bedürfen. Es ist daher zu untersuchen, welche Auswirkungen der Erlass der GVO auf die nationalen Kartellrechtsordnungen hat.

Eine EuGH-Rechtsprechung zu dieser Frage existiert bisher nicht.²⁷⁵ Gemäß der in Erwägungsgrund Nr. 17 der GVO²⁷⁶ dargestellten Auffassung der Kommission und nach der herrschenden Meinung in der Literatur²⁷⁷ kann nationales Kartellrecht aber

²⁷¹ *Monti*, Who will be in the driver's seat?, Rede in Brüssel vom 11.05.2000.

²⁷² Verneinend *Blaurock*, in: Schwarze, Neuere Entwicklungen, S. 71, S. 78; *Ensthaler*, BB 1999, 1509, 1511 ff.; *Ensthaler/Funk*, BB 2000, 1685. A. A. *Rohardt*, WuW 1997, 473; *Schnabel*, in: FS für Jürgen F. Baur, S. 163, 164.

²⁷³ *Ensthaler/Funk*, BB 2000, 1685, 1692.

²⁷⁴ Vgl. oben Kapitel Zwei: Fn. 59.

²⁷⁵ Die bisher einzige Entscheidung des EuGH zum Verhältnis des europäischen zum nationalen Kartellrecht befasste sich nicht direkt mit der Vorrangwirkung gemeinschaftsrechtlicher GVOen; vgl. Urteil d. EuGH v. 13.02.1969, Rs. 14/68 (Walt Wilhelm/Teerfarben I), Slg. 1969, 1 ff. . Vgl. umfassend zu dieser Frage auch Walz, Der Vorrang des europäischen vor dem nationalen Kartellrecht, S. 29 ff.

²⁷⁶ A.a.O. (Einleitung: Fn. 5).

²⁷⁷ *Bunte*, in: Langen/Bunte, Einführung zum EG-Kartellrecht Rn. 79; *Huber/Baums*, in: Frankfurter Kommentar, Bd. III, § 1 a.F. Rn. 701; *Grill*, in: Lenz, EG-Vertrag, Vorbemerkung zu Art. 81 – 86 Rn. 40; *Rehbinder*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, S. 106 Rn. 25/26; *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Vorbem. zu Art. 85 – 89 Rn. 60.

nur noch auf vertikale Vereinbarungen Anwendung finden, die nicht unter Art. 81 Abs. 1 EGV fallen. Die restlichen Absprachen werden entweder von der GVO erfasst, dann darf nationales Kartellrecht dieser Erlaubnis nicht widersprechen, oder sie sind durch Gemeinschaftsrecht verboten. Dann gilt aber ebenfalls der Vorrang des Gemeinschaftsrechts.

Dieser Ansicht hat sich auch das BKartA angeschlossen.²⁷⁸ Damit ist nationales Kartellrecht in Bezug auf vertikale Absprachen in Zukunft nur noch anwendbar, sofern Art. 81 Abs. 1 EGV, namentlich dessen Merkmal der Zwischenstaatlichkeit, nicht erfüllt ist. Da jedoch das europäische Kartellrecht mit seiner weitreichenden GVO mittlerweile die weniger strenge Regelungsform darstellt, könnte sich diese Tatsache besonders für KMU, deren Vereinbarungen häufig nur auf nationaler Ebene wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten, nachteilig auswirken. Für sie könnten Vereinbarungen nach nationalem Recht verboten sein, die für größere Unternehmen, deren Vereinbarungen dem europäischen Kartellrecht unterfallen, erlaubt sind. Eine Möglichkeit, diesen unbefriedigenden Zustand zu beseitigen, wäre einerseits die Anpassung der nationalen Kartellrechtsordnungen an das Gemeinschaftsrecht.²⁷⁹ Da aber dem BKartA ebenfalls nicht an einer Inländerdiskriminierung gelegen ist, hat es bereits angekündigt, im Wege der Ausübung seines Aufgreifermessens derartige Fälle durch Nichtaufgreifen dem europäischem Kartellrecht gleichzustellen.²⁸⁰

Diese Entwicklung zeigt auf, dass die nationalen Kartellrechtsordnungen in Zukunft immer stärker an Bedeutung verlieren werden. Sie werden einerseits mehr und mehr hinter die zunehmend umfassender werdenden Regelungen des gemeinschaftsrechtlichen Kartellrechts zurücktreten. Zudem werden sie sich andererseits aus Gründen der Gleichbehandlung von großen und kleinen Unternehmen immer stärker an dieses Gemeinschaftskartellrecht anpassen müssen.

b.) Horizontale Vereinbarungen

Zu beachten ist jedoch, dass sich die Freistellung der GVO Nr. 2790/99 lediglich auf die vertikalen Vereinbarungen eines Vertriebsvertrages bezieht. Das bedeutet, dass nationales Kartellrecht auch nur diesbezüglich verdrängt wird. Derzeit kann also bei Verträgen mit sowohl vertikalen als auch horizontalen Vereinbarungen § 1 GWB immer noch Anwendung finden,²⁸¹ sofern für den horizontalen Bereich keine Freistellung vorliegt. Sollte sich die Kommission allerdings mit ihrem Vorschlag zu einer neuen Verordnung Nr. 17 durchsetzen, wäre bei sämtlichen Vereinbarungen, die das Merkmal der Zwischenstaatlichkeit erfüllen, ausschließlich Gemeinschaftsrecht anzuwenden.²⁸² Dann würde auch hier das oben unter a.) gesagte gelten.

²⁷⁸ Hossenfelder, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001,

²⁷⁹ Ackermann, EuZW 1999, 741, 744; Semmler/Bauer, DB 2000, 193, 197.

²⁸⁰ BkartA, Tätigkeitsbericht 1999/2000, S. 58.

²⁸¹ Mit Hinweis auf die Gefahr der Unwirksamkeit für die Unternehmen, Haager, DStR 2000, 387, 390.

²⁸² Vgl. oben S. 26, Kapitel Zwei:C.)III.)3.) „Für die nationalen Gerichte und Behörden“.

3.) Art. 82 EGV

Gemäß Erwägungsgrund Nr. 16 der GVO Nr. 2790/99 gilt diese unbeschadet der Anwendung von Art. 82 EGV. Die Fusionskontrolle wird damit von der GVO nicht beeinflusst.

4.) Ergebnis

1. Der Anwendungsbereich der GVO Nr. 2790/99 lässt sowohl Art. 82 EGV als auch die GVOen Technologietransfer und Kfz-Vertrieb unberührt. Deren Neufassung mit Übernahme eines Großteils der Regelungen aus der GVO Nr. 2790/99 lässt es für die Zukunft jedoch möglich erscheinen, eine einheitliche GVO für sämtliche vertikalen Vereinbarungen zu schaffen.
2. Bisher verdrängt nur die GVO Nr. 2790/99 das nationale Kartellrecht. Eine umfassende Ausschließlichkeitsregelung ist allerdings schon in der neuen VO Nr. 17 geplant. Aufgrund der mittlerweile weniger strengen Vorschriften im Gemeinschaftsrecht werden die nationalen Kartellrechtsordnungen hier einer Anpassung bedürfen, um Inländerdiskriminierungen zu vermeiden.

B.) Artikel 10

In Art. 10 der GVO Nr. 2790/99 ist festgelegt auf welcher Berechnungsgrundlage der Gesamtumsatz i.S.d. GVO ermittelt wird.

I.) Alte Rechtslage

Aus der europäischen Fusionskontrolle²⁸³ aber auch aus den GVOen Alleinvertrieb und Alleinbezug sind Regelungen zur Ermittlung des Gesamtumsatzes bekannt.²⁸⁴ Im Rahmen dieser Vorschriften wurde auf die Umsätze abgestellt, die das vertragschliessende und die mit ihm verbundenen Unternehmen im letzten Geschäftsjahr mit allen Waren und Dienstleistungen vor Steuern und sonstigen Abgaben erzielt hatten.

II.) Relevante Erwägungsgründe / Leitlinien

Zu Art. 10 gibt es weder relevante Erwägungsgründe noch ein spezielles Kapitel in den Leitlinien.

III.) Jährlicher Gesamtumsatz (Art. 10 Abs. 1)

Die Summe des in Art. 2 Abs. 2 und 4 der GVO erforderlichen jährlichen Gesamtumsatzes einer Partei errechnet sich nach den Vorgaben des Art. 10 der GVO. Danach sind alle Umsätze zusammenzuzählen, welche die beteiligte Partei sowie die mit ihr verbundenen Unternehmen²⁸⁵ im letzten Geschäftsjahr mit allen Waren und Dienstleistungen nach Abzug von Steuern und sonstigen Abgaben erzielt haben. Es handelt sich hierbei um den sogenannten „Konzernumsatz“.²⁸⁶ Umsätze innerhalb des Konzerns bleiben dabei gemäß Art. 10 Abs. 1 S. 2 der GVO unberücksichtigt.

Zu beachten ist also, dass im Gegensatz zu den GVOen Alleinvertrieb und Alleinbezug nun auf die Umsätze nach Abzug der Steuern und sonstigen Abgaben abgestellt wird.

Nicht geregelt ist allerdings, inwieweit den Konzernmüttern der Umsatz von Gemeinschaftsunternehmen zugerechnet wird. *Roniger* schlägt hier analog Art. 11 Abs. 3 der GVO eine Zurechnung zu gleichen Teilen vor.²⁸⁷ Da die Kommission mit der Vorschrift in der Vertikal-GVO offensichtlich die bereits bestehenden Regelungen

²⁸³ Vgl. Art. 5 der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG 1990 Nr. L 257/13, v. 21.12.1989, in der Fassung der VO (EG) Nr. 1310/97, ABl. EG 1997 Nr. L 180/1, v. 30.06.1997.

²⁸⁴ Vgl. jeweils Art. 5 Abs. 3 der GVOen Alleinvertrieb und Alleinbezug, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21 u. 22).

²⁸⁵ Wann von einem verbundenen Unternehmen auszugehen ist, regelt Art. 11. Siehe dazu oben S. 50ff., Kapitel Drei:B.) „Artikel 11“.

²⁸⁶ Roniger, Das neue Vertriebskartellrecht, Art. 10 Rn. 1.

²⁸⁷ Roniger, Das neue Vertriebskartellrecht, Art. 10 Rn. 4.

fortführen wollte und eine Zurechnung zu gleichen Teilen auch der Lösung im Rahmen der Fusionskontrolle²⁸⁸ entspräche, ist dieser Interpretation zuzustimmen.

IV.) Überschreiten des Jahresumsatzwertes (Art. 10 Abs. 2)

Gemäß Art. 10 Abs. 2 der GVO gilt Art. 2 der GVO auch weiter, wenn der jährliche Gesamtumsatz in zwei jeweils aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren den betreffenden Schwellenwert um nicht mehr als ein Zehntel überschreitet.

Auch diese Regelung entspricht den Vorschriften in den alten GVOen Alleinvertrieb und Alleinbezug.²⁸⁹ In Bezug auf diese alten Regelungen hatte die Kommission festgestellt, dass die Berechnung der Überschreitung kumulativ erfolgt.²⁹⁰ Das bedeutete, dass die Gruppenfreistellung erst entfiel, wenn Ende des zweiten Jahres der Gesamtumsatz der zwei zurückliegenden Geschäftsjahre den Schwellenwert um mehr als 20 % überschritten hatte. Damit war in einem Geschäftsjahr auch ein Überschreiten des Schwellenwertes in der Höhe von 15% möglich, wenn dieser im darauf folgenden Jahr nicht um mehr als 5% überschritten wurde.

Mangels anderslautender Erläuterungen seitens der Kommission ist anzunehmen, dass auch bei der „Schirm“-GVO die Berechnung kumulativ erfolgen soll.²⁹¹

²⁸⁸ Vgl. Art. 5 Abs. 5 der Verordnung zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, a.a.O. (Kapitel Vier: Fn. 283), der wie Art. 10 Abs. 1 S. 2 der GVO in Buchst. a) eine Nichtberücksichtigung der konzerninternen Umsätze vorsieht und in Buchst. b) die Umsätze des Gemeinschaftsunternehmens mit Dritten den beteiligten Unternehmen zu gleichen Teilen zurechnet.

²⁸⁹ Art. 5 Abs. 2 der GVOen Alleinvertrieb und Alleinbezug, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21 u. 22).

²⁹⁰ A.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 29), Tz. 23.

²⁹¹ Zweifelnd: Veelken, in: Immenga/Mestmäcker, EG – Wettbewerbsrecht, Erg.-Bd., GFVO, Rn. 363.

Kapitel Fünf: Der Marktschwellenwert von 30% : Die Artt. 3 und 9

A.) Artikel 3

I.) Relevante Erwägungsgründe

In den Erwägungsgründen Nr. 8 und 9 der GVO erläutert die Kommission, inwiefern ihre Meinung nach die Marktanteilsschwelle von 30% Schlüsse auf die Auswirkungen einer vertikalen Vereinbarung zulässt.

II.) Leitlinien

Kapitel V. der Leitlinien beinhaltet in den Tz. 88 – 99 Ausführungen der Kommission zur Abgrenzung des Marktes und zur Berechnung des Marktanteils. Dabei wird in:

- Tz. 88 auf die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes verwiesen.
- den Tz. 89 – 95 der relevante Markt für die Berechnung der 30%-Marktanteilsschwelle der GVO erläutert.
- Tz. 96 der relevante Markt für die individuelle Beurteilung dargestellt.
- den Tz. 97 – 99 die Berechnung des Marktanteils zur Anwendung der GVO.

Außerdem erläutert die Kommission in Tz. 62 der Leitlinien die Folgen einer Überschreitung der Marktanteilsschwelle sowie in Tz. 65 ihre diesbezügliche Bußgeldpolitik.

III.) Die Marktanteilsschwelle von 30% (Art. 3 Abs. 1)

Mit Art. 3 Abs. 1 der GVO wird der Anwendungsbereich der GVO dahingehend eingeschränkt, dass von dieser nur Vereinbarungen freigestellt werden, bei denen „der Anteil des Lieferanten an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren oder –dienstleistungen verkauft, 30% nicht überschreitet“.

Bis zu diesem Bereich kann nach Ansicht der Kommission vermutet werden, dass die Vereinbarungen die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV erfüllen, so lange sie keine schwerwiegenden wettbewerbsschädigenden Beschränkungen enthalten.¹

1.) „Marktanteil des Lieferanten“

Mit Ausnahme des in Art. 3 Abs. 2 der GVO genannten Falles der Alleinbelieferungsverpflichtung ist bei der Überprüfung des Schwellenwertes ausschließlich der Marktanteil des Lieferanten zugrunde zu legen. Im Gegensatz zu

¹ Erwgr. Nr. 8 der GVO Nr. 2790/99, a.a.O. (Einleitung: Fn. 5).

den GVOen Nr. 417/85 und 418/85 ist also nicht der kumulierte Marktanteil der Parteien auf den betroffenen Absatzmärkten ausschlaggebend.²

Nach Ansicht der Kommission hängt die Wahrscheinlichkeit, dass eine Absprache eher effizienzsteigernde als wettbewerbsschädliche Wirkungen zeitigt, von der Marktmacht der Unternehmen ab. Diese beschreibt die Kommission als die „Fähigkeit, Preise durchzusetzen, die über dem freien Marktpreis liegen, und damit – zumindest kurzfristig – höhere Gewinne als normal zu erzielen“.³ Deshalb stellt sie bei der Beurteilung der Marktwirkung grundsätzlich auf die Anbietermacht und nicht auf die Nachfragemacht ab.

Im Falle einer vertikalen Vereinbarung zwischen einer Unternehmensvereinigung i.S. des Art. 2 Abs. 2 und ihren Mitgliedern stellt die Vereinigung den Lieferanten dar, dessen Marktanteil bei der Schwellenwertberechnung zu berücksichtigen ist.⁴

2.) „An dem relevanten Markt“

Gemessen werden soll der Marktanteil des Lieferanten mit denen seiner Konkurrenten auf dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren oder – dienstleistungen verkauft. Was unter diesem relevanten Markt zu verstehen ist, ergibt sich nicht aus Art. 3 Abs. 1 der GVO. Es finden sich jedoch verschiedene Hinweise dazu innerhalb der GVO sowie ein eigenes Kapitel in den Leitlinien.

In deren Teilzahl 88 verweist die Kommission auf die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft,⁵ in der sowohl der sachlich als auch der räumlich relevante Markt, sowie die Vorgehensweise bei der Abgrenzung definiert werden. Diese Bekanntmachung wird von der Kommission als Grundlage der Beurteilung des Marktanteils angesehen.⁶

a.) *Der sachlich relevante Markt*

Entsprechend der Bekanntmachung umfasst der in Tz. 90 der Leitlinien verwendete Begriff des sachlichen relevanten Marktes, alle Waren oder Dienstleistungen, die vom Käufer hinsichtlich ihrer Eigenschaften und Preise sowie hinsichtlich des Verwendungszwecks als austauschbar angesehen werden. In der GVO wird der

² Vgl. Art. 3 Abs. 1 der GVO Spezialisierungsvereinbarungen Nr. 417/85, ABI.EG 1985 Nr. L 53/1, v. 22.2.1985 in der Fassung des ABI.EG 1993 Nr. L 21/8, v. 29.1.1993 [Diese GVO wurde mittlerweile durch die GVO Nr. 2658/2000, ABI.EG 2000 Nr. L 304/3, v. 05.12.2000 ersetzt. In der Neufassung der GVO wurde eine generelle Marktanteilsschranke nach dem Vorbild der GVO Nr. 2790/99 eingeführt]; Art. 3 Abs. 3 und Abs. 3a der GVO Forschung und Entwicklung Nr. 418/85, ABI.EG 1985 Nr. L 53/5, v. 22.02.1985 in der Fassung des ABI.EG 1992 Nr. L 21/8, v. 29.01.1993 [Auch diese GVO wurde mittlerweile durch die GVO Nr. 2659/2000, ABI.EG 2000 Nr. L 304/7, v. 05.12.2000 ersetzt, die ebenfalls eine Marktanteilsschwelle nach Vorbild der GVO Nr. 2790/99 enthält].

³ Erwgr. Nr. 7 der GVO Nr. 2790/99, a.a.O. (Einleitung: Fn. 5). In Tz. 119 der Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6)

⁴ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 89.

⁵ ABI.EG 1997 Nr. C 372/5, v. 09.12.1997; im folgenden: „relevanter Markt“ – Bekanntmachung.

⁶ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

Begriff nicht verwendet. Die Artt. 1 Buchst. a) und 9 Abs. 1 der GVO gebrauchen jedoch entsprechende Definitionen.

Ähnlich wie im deutschen GWB⁷ setzt die Kommission damit auf das Bedarfsmarktkonzept. Der einzig bemerkenswerte Unterschied besteht hier darin, dass im deutschen Recht auf den „verständigen“ Verbraucher abgestellt wird,⁸ im europäischen Wettbewerbsrecht hingegen auf die Mehrheit der Verbraucher.⁹ Dieser theoretische Unterschied wirkt sich in der Praxis jedoch nur selten aus.¹⁰

b.) Der räumlich relevante Markt

Weiterhin muss auch auf den räumlich relevanten Markt abgestellt werden. Für diesen Begriff fehlt in der GVO eine Definition vollkommen. Lediglich in Tz. 90 der Leitlinien wird wiederum die Regelung der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes erläutert. Danach umfasst der räumlich relevante Markt „das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen an der Nachfrage und Lieferung relevanter Waren oder Dienstleistungen teilnehmen, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten mit merklich anderen Wettbewerbsbedingungen unterscheidet“.¹¹

Zu beachten ist dabei, dass es sich auf den höheren Handelsstufen um gewerbliche Käufer handelt. Deshalb wird bei diesen der räumliche Markt üblicherweise wesentlich umfangreicher bemessen sein als der beim Verkauf an Endverbraucher.¹² Des Weiteren geht die Kommission in ihren Entscheidungen des öfteren auch von weltweiten Märkten aus.¹³ Der räumlich relevante Markt ist also nicht auf das Gebiet der Gemeinschaft beschränkt.¹⁴

c.) Besonderheiten bei vertikalen Vereinbarungen

Grundsätzlich gilt für die Bestimmung des relevanten Marktes die „relevanter Markt“-Bekanntmachung der Kommission. In Verbindung mit vertikalen Beschränkungen

⁷ Bechtold, Kartellgesetz, § 19 Rn. 6; Emmerich, Kartellrecht, § 38 S. 427; Gamm, Kartellrecht, Einf. A Rn. 36; *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB-Kommentar, § 19 Rn. 22; *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, § 19 Rn. 9.

⁸ BKartA, 19.07.1984, Az. B 6 – 89/83 (TUI/Air Conti), WuW/E, BKartA, S. 2169, 2173.

⁹ *Hildebrand*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf.

¹⁰ *Hossenfelder*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf.

¹¹ Hier ist erneut darauf zu verweisen, dass es sich bei den Leitlinien um einen ausschließlich für die Kommission verbindlichen Rechtstext handelt, sodass nationale Gerichte und Behörden theoretisch eine andere Definition verwenden könnten (Vgl. dazu oben Kapitel Zwei:A.)V.), S.18.). So wird im deutschen Kartellrecht bspw. auf die räumlich gegebenen Austauschmöglichkeiten aus Sicht der Abnehmer abgestellt; vgl. Bechtold, Kartellgesetz, § 19 Rn. 13; *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB-Kommentar, § 19 Rn. 35; *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, § 19 Rn.25.

¹² Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 91.

¹³ Z. B. Fusionskontrollentscheidung v. 19.05.2000, „Alcatell/NewBridge/Networks“, Nr. M.1908/comp.

¹⁴ Bauer/de Bronett, Die EU – Gruppenfreistellungsverordnung, S. 111.

können sich jedoch besondere Fragen ergeben, welche die Kommission in den Tz. 89 – 95 der Leitlinien zu klären versucht hat. Dabei hat sie ihre Ausführungen im Vergleich zum Entwurf der Leitlinien¹⁵ aufgrund vorgebrachter Kritik¹⁶ noch ausführlicher gestaltet.

(1) Abstellen auf den Vertragspartner

Insbesondere ist bei vertikalen Vereinbarungen darauf zu achten, dass diese sich über mehrere Handelsstufen erstrecken können. Dies hat zur Folge, dass entgegen der „relevanter Markt“-Bekanntmachung¹⁷ in Bezug auf die Substituierbarkeit in der Regel nur bei Endprodukten auf die Sicht der Verbraucher abgestellt wird. Die Verbraucher haben normalerweise keine besondere Präferenz für bestimmte vom Käufer verwendete Einsatzgüter. Aufgrund dieser besonderen Konstellation auf der Intermediärstufe ist daher bei der Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen des Art. 3 der GVO nicht die Sicht der Verbraucher, sondern die des direkten Vertragspartners entscheidend.¹⁸

(2) Marktanteil auf jeder Stufe unter 30%

Weiterhin ist bei vertikalen Vereinbarungen zu beachten, dass der Marktanteil des Lieferanten auf keiner Handelsstufe über 30% liegen darf. Wird also bspw. ein Wettbewerbsverbot zwischen einem Hersteller, einem Groß- und einem Einzelhändler vereinbart, so darf weder der Marktanteil des Herstellers noch der des Großhändlers die Schwelle von 30% überschreiten.¹⁹

(3) Keine Märkte von Vertriebsformen

Da der Vertrieb ein und desselben Produkts mittels unterschiedlicher Vertriebsformen durchgeführt werden kann, werden die Märkte üblicherweise nicht anhand der angewandten Vertriebsform definiert.²⁰ Das bedeutet auch, dass ein Hersteller, der ein und dasselbe Produkt bei verschiedenen Händlern auf unterschiedliche Art und Weise vertreibt, bei der Berechnung seines Marktanteils nicht auf die jeweilige Vertriebsform abstellen kann. Er muss sich vielmehr seinen gesamten Anteil am Vertrieb des Produkts auf dem relevanten Markt anrechnen lassen.²¹

(4) Produktpaletten

Bei dem Verkauf von Produktpaletten können diese einen eigenen Markt bilden, wenn die gesamten Paletten vom Vertragspartner als substituierbar angesehen werden. Auf die Austauschbarkeit der einzelnen in der Palette enthaltenen Produkte kommt es dagegen hier nicht an.²²

¹⁵ Vgl. Leitlinien-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Tz. 79 – 85.

¹⁶ Vgl. bspw.: WSA, Stellungnahme VO, 3. 2. 2..

¹⁷ Vgl. „relevanter-Markt“ Bekanntmachung, a.a.O. (Kapitel Fünf: Fn. 5), Tz. 7.

¹⁸ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 91.

¹⁹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 93.

²⁰ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 91.

²¹ Roniger, Das neue Vertriebskartellrecht, Art. 3 Rn. 10.

²² Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 91.

(5) Hersteller als Ersatzteillieferant

Ein Hersteller von Waren, der gleichzeitig auch die Ersatzteile für seine Waren produziert, dürfte auf dem Anschlussmarkt für Ersatzteile häufig auch der einzige und wichtigste Lieferant sein. Dieselben Situationen können entstehen, wenn der Lieferant die Herstellung der Ersatzteile einem Zulieferer überlässt.²³

In solchen Fällen besteht einerseits die Möglichkeit, dass ein das Ersatzteilgeschäft einschließender Erstausrüstermarkt als relevanter Markt angesehen werden muss. Es können sich aber auch zwei verschiedene Märkte – der Erstausrüster- und der Anschlussmarkt – als relevante Märkte ergeben. Nach Auffassung der Kommission hängt diese Einteilung von der jeweiligen Sachlage ab.²⁴ Gemäß den von ihr angegebenen Entscheidungen und Hinweisen ist dabei insbesondere auf die wechselseitigen Beziehungen von Ersatzteilen und Primärprodukten abzustellen. Je stärker diese wechselseitigen Beziehungen sind, die sich bspw. in der Lebensdauer des Primärprodukts und dessen Abhängigkeit vom Ersatzteil bemerkbar machen, desto eher ist ein einheitlicher Markt anzunehmen. Ist die Lebensdauer des Primärprodukts hingegen kurz oder können auch leicht Ersatzteile von anderen Herstellern verwendet werden, so ist jeweils auf einen Erstausrüster und auf einen Anschlussmarkt abzustellen.²⁵

(6) Verknüpfung von Warenlieferung und Übertragung geistigen Eigentums

Bei der Verknüpfung von Vereinbarungen über den An- oder Verkauf von Waren mit Bestimmungen über Rechte an geistigem Eigentum ist nur der Anteil des Lieferanten am Markt, auf dem er die Vertragsware verkauft, maßgeblich.²⁶ Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass Bestimmungen zur Übertragung von geistigem Eigentum niemals Hauptbestandteil einer vertikalen Vereinbarung im Rahmen der GVO sein dürfen. Ausschlaggebend für den relevanten Markt ist aber nur das Betätigungsfeld des Lieferanten im Bereich des Hauptbestandteils der Vereinbarung.

(7) Franchisen über Geschäftsmethoden

Der Leitlinien-Entwurf²⁷ ging auf die Konstellation, dass keine weiterzuverkaufenden Waren, sondern lediglich eine Franchise über eine Geschäftsmethode verkauft wird, nicht gesondert ein. Deshalb stellte sich hier das viel zitierte Problem nach einem Beispiel von A. Schulz²⁸: Ein Unternehmen, das in Deutschland Franchising-Konzepte für Dachbegrünung vertreibt, hält auf dem Gesamtmarkt für Dachbegrünung einen Marktanteil von 0,5% - auf dem Markt der Franchise-Konzepte für Dachbegrünung jedoch einen Anteil von 50%. Je nach dem, ob man auf den Gesamtmarkt für Dachbegrünung abstellte oder nicht, fiel dieses Unternehmen entweder in den Anwendungsbereich der GVO oder es benötigte eine Einzelfreistellung.

²³ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 94.

²⁴ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 94.

²⁵ Kommission, Entscheidung v. 31.07.1991, IV/M. 12 (Varta/Bosch), ABI.EG 1991, Nr. L 320/26; Entscheidung, v. 11.07.1996, IV/M. 768 (Lucas/Varity), ABI.EG 1996 Nr. C 226/6; Entscheidung v. 23.02.1998, IV/M.1094 (Caterpillar/Perkins Engines), ABI.EG 1998 Nr. C 93/23; „relevanter Markt“ – Bekanntmachung, Rn. 56.

²⁶ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 95.

²⁷ Vgl. Leitlinien-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Tz. 79 – 85.

²⁸ Vgl. vor Erlass der endgültigen Leitlinien noch: Metzloff, BB 2000, 1201, 1205.

Gemäß der endgültigen Version der Leitlinien muss der Franchisegeber nun seinen Anteil an dem Markt berechnen, auf dem seine Geschäftsmethode eingesetzt wird. Die Bemessung des Anteils erfolgt über den Wert der Waren oder Dienstleistungen, welche die Franchisenehmer auf diesem Markt bereitstellen. Sie erfolgt unabhängig von der Frage, ob seine Konkurrenz sich dabei auch eines Franchisesystems bedient, oder nicht.²⁹ Bei dem oben genannten Beispiel wäre daher auf den Gesamtmarkt für Dachbegrünung abzustellen. Die Vereinbarung benötigte damit keine Einzelfreistellung.

Liefert der Franchisegeber neben der Geschäftsmethode aber auch bestimmte zu deren Verwirklichung benötigte Waren, so ist für diese sein Anteil an dem Markt zu berücksichtigen, auf dem diese Waren verkauft werden.³⁰

d.) *Hypothetischer Monopolistentest*

Die soeben dargestellten Besonderheiten sind bei der eigentlichen Abgrenzung des relevanten Marktes zu berücksichtigen. Sie erfolgt über den sogenannten „Hypothetischen Monopolistentest“ (HM), der auf der Methodik der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes basiert.³¹

Der HM erfolgt in zwei Stufen. Bei der ersten Stufe wird eine hypothetische, dauerhafte Preiserhöhung von 5 – 10% angenommen und die Verbraucherreaktion im Sinne von Abwanderungen der Nachfrager analysiert. Bei der zweiten Stufe erfolgt dann eine Messung der Profitabilität dieser Preiserhöhung durch eine Untersuchung der Auswirkungen eventueller Kundenabwanderungen auf den Gewinn.³² Sind diese Auswirkungen negativ, werden weitere Produkte in den sachlich und räumlich relevanten Markt mit einbezogen. Erst wenn die Substituierbarkeit so weit abnimmt, dass kleine dauerhafte Preiserhöhungen einen Gewinn einbrächten, ist der relevante Markt korrekt abgegrenzt.³³

3.) 30%

Nach der Abgrenzung des relevanten Marktes ist der Anteil des Lieferanten an diesem Markt zu bestimmen. Für eine Freistellung nach der GVO darf dieser 30% nicht überschreiten. Die konkrete Bestimmung des Anteils erfolgt nach den Vorgaben in Art. 9 der GVO.³⁴

Zu beachten ist dabei, dass die Möglichkeit besteht, dass ein Lieferant, der unterschiedliche Waren oder Dienstleistungen über ein einheitliches Vertriebssystem

²⁹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 95.

³⁰ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 94.

³¹ *Hildebrand*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf. Erstmals wurde dieser allgemein anerkannte Test allerdings formal in den Fusionsrichtlinien des US Department of Justice im Jahre 1982 einbezogen; vgl. U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, 1982.

³² Diese Stufe wird auch als sog. SSNIP-Test bezeichnet (**s**mall but **s**ignificant, **n**on-transitory increase in **p**rice); vgl. *Hoehn/Schmidheiny*, in: Baudenbacher, Neueste Entwicklungen, 271, 277.

³³ Vgl. Rn. 15 ff., der „relevanter Markt“-Bekanntmachung, a.a.O. (Kapitel Fünf: Fn. 5).

³⁴ Vgl. dazu unten S. 111ff., Kapitel Fünf:B.) „Artikel 9“.

absetzt, je nach Marktanteilsschwelle nicht in Bezug auf alle Produkte eine Gruppenfreistellung erlangt. Sofern diese nämlich die 30%-Schwelle überschreiten, gelten für sie die normalen Wettbewerbsregeln.³⁵

Der sowohl in der Option IV des Grünbuchs³⁶ als auch im Follow-up zum Grünbuch³⁷ auftauchende Gedanke, zwei Marktanteilsschwellen bei 20% und 40% einzuführen, wurde von der Kommission verworfen. Obwohl sich durch zwei Schwellenwerte vertikale Beschränkungen ökonomisch sinnvoller abstufen lassen,³⁸ entspricht diese Lösung den geäußerten Vorstellungen der meisten Mitgliedstaaten,³⁹ da sie den Vorteil der Klarheit und Einfachheit bietet.⁴⁰ Zu beachten ist allerdings, dass mit der Bagatellbekanntmachung bereits ein zweiter Marktanteilsschwellenwert gegeben ist, der sich auf die Freistellung von vertikalen Vereinbarungen auswirkt.⁴¹

IV.) Der relevante Marktanteil bei Alleinbelieferungsverpflichtungen (Art. 3 Abs. 2)

Gemäß Art. 3 Abs. 2 ist bei der Marktabgrenzung auf die Nachfragemacht ausschließlich dann abzustellen, wenn eine Alleinbelieferungsverpflichtung im Sinne des Art. 1 Buchst. c) der GVO⁴² vorliegt.

1.) Kumulative Anwendung von Abs. 1 und Abs. 2?

Es wird vertreten, dass bei Vereinbarungen, die Alleinbelieferungsverpflichtungen zu Lasten des Lieferanten und gleichzeitig auch Wettbewerbsverbote zu Lasten des Käufers beinhalten die Absätze 1 und 2 kumulativ anzuwenden sind.⁴³ Dem steht jedoch der eindeutige Wortlaut entgegen, wonach Abs. 2 auf vertikale Vereinbarungen anwendbar ist, „die Alleinbelieferungsverpflichtungen enthalten“. Unter Vereinbarungen ist jedoch der gesamte Austauschvertrag über Waren oder Dienstleistungen zu verstehen. Davon können also auch wettbewerbsrechtliche Verpflichtungen zu Lasten des Käufers erfasst sein.⁴⁴

2.) Marktabgrenzung

Der Marktanteil des Käufers errechnet sich dann aus einem Vergleich seiner sämtlichen Einkäufe mit allen Käufen auf dem relevanten Beschaffungsmarkt.⁴⁵

Bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes ist daher in diesem Fall auch nicht auf die Substituierbarkeit durch den Käufer, sondern auf die

³⁵ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 68/69.

³⁶ Grünbuch, a.a.O. (Einleitung: Fn. 3), Tz. 300.

³⁷ Follow-up, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn.43), S. 33

³⁸ Erhardt, in: Ecolex 1999, 69, 70; Nolte, BB 1998, 2429, 2431.

³⁹ Nolte, BB 1998, 2429, 2430. Vgl. bspw. BKartA, Stellungnahme Follow-up, S. 3.

⁴⁰ Erhardt, in: Ecolex 1999, 69, 70.

⁴¹ Vgl. dazu oben S. 65, Kapitel Vier:A.)III.)6.)a.) „Spürbarkeit – Vereinbarungen von geringer Bedeutung“.

⁴² Vgl. dazu oben S. 38 ff., Kapitel Drei:A.)VI.) „Alleinbelieferungsverpflichtungen (Art. 1 Buchst. c)“.

⁴³ Polley/Seeliger, WRP 2000, 1203, 1209; Veelken, in: Immenga/Mestmäcker, EG – Wettbewerbsrecht, Erg.-Bd., GFVO, Rn. 150 a.E..

⁴⁴ Schultze/Pautke/Wagener, Die Gruppenfreistellungsverordnung, Rn. 385.

⁴⁵ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 92.

Angebotsalternativen der Lieferanten abzustellen. Nach dem sogenannten Angebotsumstellungskonzept wird der relevante Markt hier somit danach abgegrenzt, inwiefern derselbe Lieferant in der Lage ist, unterschiedliche Bedürfnisse der Käufer zu decken. Gemäß der zu beachtenden Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes ist dafür zu untersuchen, ob der Anbieter in Reaktion auf kleine, dauerhafte Änderungen der relativen Preise in der Lage ist, seine Produktion auf die relevanten Erzeugnisse umzustellen und sie kurzfristig auf den Markt zu bringen.⁴⁶

Ansonsten gilt jedoch grundsätzlich das zur Berechnung des Anteils des Lieferanten unter III.) gesagte auch für die Bestimmung des Käuferanteils auf dem relevanten Markt.

3.) Unterbewertung der Nachfragemacht

Die Kommission hat selbst festgestellt, dass insbesondere bei Vereinbarungen, die den Vertrieb durch den Lieferanten hinsichtlich der Kunden oder des Verkaufsgebiets beschränken, die Nachfragemacht des Käufers die negativen Auswirkungen der Vertikalbeschränkungen verstärken kann.⁴⁷ Man könnte daher die Ansicht vertreten, es sei sinnvoll, auch in anderen Fällen als der Alleinbelieferungsverpflichtung auf die Nachfragemacht als Beurteilungskriterium für die Marktwirkung der Vereinbarung abzustellen.⁴⁸ Es erscheint nicht unproblematisch, dass der Marktanteil des Abnehmers bei dem überwiegenden Teil der Vereinbarungen zunächst völlig außer Acht gelassen wird. Hierin könnte man eine Unterbewertung der Gefahren einer übermäßigen Nachfragemacht sehen. Abhilfe könnte eine Ausnahmeregelung für den Fall von übermäßiger Nachfragemacht schaffen.

4.) Stellungnahme

Für die vorliegende Regelung spricht jedoch, dass sie klar und eindeutig ist und somit die Anwendung durch die Unternehmen – wenn auch auf Kosten einer ökonomischen Genauigkeit – vereinfacht. Zu viele Sonderbestimmungen könnten die ohnehin nicht einfache Abgrenzung des relevanten Marktes zusätzlich erschweren.

Ein hoher Marktanteil des Käufers kann eine Einschränkung des intrabrand-Wettbewerbs, also des Wettbewerbs zwischen den Verkäufern von ein und derselben Marke, bewirken. Die negativen Auswirkungen dieser Einschränkung können jedoch in Bezug auf den Endverbraucher grundsätzlich durch einen starken Wettbewerb zwischen den Marken, dem sogenannten interbrand-Wettbewerb, wieder ausgeglichen werden.

⁴⁶ „relevanter Markt“-Bekanntmachung a.a.O. (Kapitel Fünf: Fn. 5)Tz. 20.

⁴⁷ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 125.

⁴⁸ So bspw. *Semmler/Bauer*, DB 2000, 193, 195, in Bezug auf bestimmte Formen des Alleinvertriebs.

Der erforderliche Schutz dieses Markenwettbewerbs wird bei den Vertriebsvereinbarungen über die Kontrolle der Lieferanten erreicht.⁴⁹ Folglich können die wettbewerbsschädigenden Folgen einer übermäßigen Nachfragemacht durch die Begrenzung der Anbietermacht und dem damit verbundenen starken interbrand-Wettbewerb zumindest mittelbar kontrolliert werden.

Sollte diese mittelbare Kontrolle des Marktes nicht ausreichen, besteht außerdem noch gemäß den Artt. 6 und 7 der GVO die Möglichkeit, einer Vereinbarung die Freistellung wieder zu entziehen.⁵⁰

Allerdings wird zu beobachten sein, ob die dargestellten Regularien auch tatsächlich geeignet sind, in Fällen übermäßiger Nachfragemacht wettbewerbsschädigende Auswirkungen zu verhindern. Sollte dies nicht gelingen, so wäre bei einer eventuellen Überarbeitung der GVO eine Ausnahmeregelung für Fälle von übermäßiger Nachfragemacht zu empfehlen.

V.) Folgen einer Überschreitung der Marktanteilsschwelle

Sollte der Schwellenwert von 30% im Falle einer Vertriebsvereinbarung überschritten werden, so bedeutet dies keineswegs die automatische Rechtswidrigkeit der Absprache.⁵¹ Die Vereinbarung fällt lediglich nicht in den Anwendungsbereich der GVO, sodass es einer Einzelprüfung bedarf, welche die Unternehmen nach Ansicht der Kommission selber vornehmen sollen.⁵²

Nach *Pukall*⁵³ stellt die Marktanteilsschwelle eine „Verfahrensgrenze“ dar. Das bedeutet, dass eine Anmeldeverfahren angestrengt werden muss, sofern die Schwelle von 30% überschritten wird. Dies ist jedoch nicht der Fall, da eine Anmeldepflicht der Unternehmen nach der Novellierung der VO Nr. 17/62 gerade nicht mehr gegeben ist. Die Vereinbarung kann vielmehr bis zu einem etwaigen Gerichtsverfahren oder einer Prüfung von Amts wegen ohne jegliche Anmeldung durchgeführt werden.⁵⁴ Im Falle einer solchen Prüfung durch die Kommission, hat diese einen Verstoß gegen Art. 81 Abs.1 EGV zu beweisen.⁵⁵ Außerdem soll dann kein Bußgeld erhoben werden, wenn die Unternehmen gutgläubig davon ausgegangen sind, dass der Schwellenwert nicht überschritten wurde.⁵⁶

Aufgrund dieser Maßnahmen sieht die Kommission die mit der GVO verbundenen Risiken als minimiert an.⁵⁷ Da sie jedoch offensichtlich den Unternehmen die Möglichkeit der vorsorglichen Anmeldung entziehen will, bleibt für diese nur der

⁴⁹ Siehe oben Fn. 3.

⁵⁰ Vgl. dazu unten S. 164 ff., Kapitel Sieben:A.) „Artikel 6“ und S. 171 ff., Kapitel Sieben:B.) „Artikel 7“.

⁵¹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 62.

⁵² Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 62.

⁵³ *Pukall*, NJW 2000, 1375, 1376.

⁵⁴ Siehe dazu oben S. 22 ff., Kapitel Zwei:C.) „Freistellungsverfahren“.

⁵⁵ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 62.

⁵⁶ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 65. Die Bußgeldregelung der Kommission droht damit allerdings leerzulaufen, da es äußerst schwierig sein dürfte, einem Unternehmen nachzuweisen, dass es in Bezug auf die Überschreitung der Marktanteilsschwelle bösgläubig war; vgl. *Hossenfelder*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf.

⁵⁷ *Peeperkorn*, BDI – Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf.

Weg, über ein Gerichtsverfahren die Freistellungsfähigkeit der Vereinbarung zu klären. Bis dahin tragen die Parteien weiterhin alleine das Risiko der zivilrechtlichen Unwirksamkeit im Falle einer Nichtfreistellung.⁵⁸

Zur Vorgehensweise bei Überschreitung der Marktanteilsschwelle und der damit verbundenen Nichtanwendbarkeit der GVO vgl. unten Kapitel Neun:B.): „Überprüfung der Einzelfreistellungsfähigkeit“.

VI.) Auswirkungen der Marktanteilsschwelle auf bestehende und zukünftige Verträge (Ergebnis)

Die Einführung einer Marktanteilsschwelle als Freistellungskriterium stellt eine einschneidende Neuerung im europäischen Kartellrecht dar, die sowohl auf bestehende als auch auf zukünftige Verträge starke Auswirkungen haben wird.

1.) Für Verträge, die bei Erlass der GVO bereits freigestellt waren

Verträge, die schon bei Erlass der GVO freigestellt waren, müssen innerhalb der Übergangsfrist des Art. 12 der GVO⁵⁹ auf ihre Freistellbarkeit nach der neuen GVO überprüft worden sein. Für Vereinbarungen bei denen die betroffene Partei die Marktanteilsschwelle von 30% überschreitet, gilt das oben unter V.) gesagte.

2.) Für zukünftige Verträge

Die Koppelung der Freistellung durch die GVO mit einer bestimmten Marktanteilsschwelle hat zunächst zur Folge, dass sämtliche Lieferanten sowie sämtliche Käufer im Rahmen von Alleinbelieferungsverpflichtungen, von nun an mindestens einmal jährlich ihre Marktposition bestimmen müssen,⁶⁰ wenn sie in den Genuss der Gruppenfreistellung gelangen wollen.

Des Weiteren ist den Unternehmen zu raten, in Zukunft bei Vertragsschluss die Marktsituation⁶¹ nach der Auffassung der betroffenen Parteien zu dokumentieren. Dies kann im Streitfall zumindest dazu beitragen, dass sich der Vertragspartner gemäß dem Grundsatz aus Treu und Glauben nicht vom Konsens über gewisse Beurteilungskriterien lösen kann.⁶²

Für die Abgrenzung des Marktes selbst gilt es, zwei Dinge zu beachten. Einerseits ergibt sich aus der neuen Vorschrift die Konsequenz, dass ein weit abgegrenzter Markt die Chancen auf eine Gruppenfreistellung erhöht, da bei einem eng abgegrenzten Markt die Marktanteile zwangsläufig höher sein werden. Die Unternehmen sollten also grundsätzlich versuchen den relevanten Markt für die Anwendung der GVO möglichst weit abzugrenzen. Andererseits hat die Kommission in ihren bisherigen Entscheidungen tendenziell eine eher enge Marktabgrenzung

⁵⁸ Vgl. dazu bereits oben S. 25, Kapitel Zwei:C.)III.)2.)b.) „Wertung“.

⁵⁹ Vgl. dazu unten S. 184, Kapitel Acht:A.)III.) „Fristen“.

⁶⁰ Vgl. dazu unten S. 111, Kapitel Fünf:B.)III.)1.) „Buchst. a) Beurteilungszeitraum“.

⁶¹ Diese beinhaltet die Marktdefinition, die Anteile der Parteien sowie der Wettbewerber, etc..

⁶² Polley/Seeliger, WRP 2000, 1203, 1217.

vorgenommen.⁶³ So lange eine Abkehr von dieser Tendenz mittels eines „more economic based approach“ nicht ersichtlich ist, sollte daher in kritischen Fällen auf eine weite Marktabgrenzung verzichtet werden.

Vertikale Vereinbarungen marktstarker Unternehmen mit einem Marktanteil von über 30% werden in Zukunft nicht mehr von der GVO erfasst. Sie müssen ihre Absprachen daher auf die Möglichkeit einer Einzelfreistellung hin überprüfen.⁶⁴

⁶³ In Zukunft will sie allerdings einen wirtschaftlicheren und damit wohl auch weiteren Marktabgrenzungsansatz verfolgen. Vgl. dazu ausführlich unten S. 118ff., Kapitel Fünf:C.)II.)1.)(2) „Kriterien zur Abgrenzung des relevanten Marktes“.

⁶⁴ Vgl. dazu unten S. 186 ff., Kapitel Neun: „Prüfung vertikaler Vereinbarungen auf ihre Freistellbarkeit“.

B.) Artikel 9

I.) Relevante Erwägungsgründe/Leitlinien

Für die Erwägungsgründe und Leitlinien zu Art. 9 der GVO gilt grundsätzlich das oben unter A.) I./II.) zu Art. 3 der GVO Gesagte. Von besonderer Bedeutung für Art. 9 der GVO sind in den Leitlinien allerdings die Tz. 97 – 99.

II.) Ermittlung des Marktanteils (Art. 9 Abs. 1)

Gemäß Art. 9 Abs. 1 Satz 1 der GVO wird für die Ermittlung des Marktanteils grundsätzlich der Absatzwert „der verkauften Vertragswaren oder –dienstleistungen sowie der sonstigen von dem Lieferanten verkauften Waren oder Dienstleistungen zugrundegelegt“, die vom „Käufer“ als substituierbar angesehen werden. Diese Eingrenzung auf die Käufer- (Händler-) Sicht weicht von der gängigen Bewertung anhand der Einschätzung der Endabnehmer ab.⁶⁵

Sind wertmäßige Angaben nicht vorhanden, können auch „begründete Schätzungen“ vorgenommen werden, die auf anderen verlässlichen Marktdaten, wie bspw. Mengenangaben beruhen können.⁶⁶

Im Falle von Alleinbelieferungsverpflichtungen ist gemäß Art. 3 Abs. 2 der GVO auf den Käufer abzustellen. Art. 9 Abs. 1 Satz 3 der GVO sieht daher vor, dass der Marktanteil hier „auf der Grundlage des Wertes der auf dem Markt getätigten Käufe oder anhand von Schätzungen desselben zu ermitteln“ sind.⁶⁷

III.) Regeln zur Anwendung der Marktanteilsschwelle (Art. 9 Abs. 2)

In Abs. 2 des Art. 9 der GVO erläutert die Kommission einige Regeln zur Anwendung der Marktanteilsschwelle:

1.) Buchst. a) Beurteilungszeitraum

Die Marktdaten zur Berechnung des Marktanteils sollen gemäß Art. 9 Abs. 2 Buchst. a) der GVO „anhand der Angaben für das vorhergehende Kalenderjahr“ ermittelt werden. Daraus ergibt sich für die Unternehmen die Notwendigkeit, dass die Bestimmung des Marktanteils für die freizustellende Vereinbarung jedes Kalenderjahr erneut zu erfolgen hat. Dabei sollte von den betroffenen Unternehmen die Entwicklung über die gesamte Vertragslaufzeit dokumentiert werden, um im Streitfall eine lückenlose Anwendbarkeit der GVO nachweisen zu können.

Im Entwurf der Leitlinien war für Waren, deren Produktion länger als ein Jahr dauert, noch eine Berechnung des Marktanteils anhand des Durchschnitts der drei letzten

⁶⁵ Bechtold, EWS 2001, 49, 51.

⁶⁶ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 97.

⁶⁷ Im Entwurf der GVO, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), hatte es in Art. 8 Abs. 1 Satz 3 der GVO lediglich geheißen, die Regel des Satzes 1 gelte „sinngemäß auch für Artikel 2 Absatz 2“. Die Verständlichkeit des Textes wurde hier damit verbessert.

Kalenderjahre vorgesehen.⁶⁸ Diese Sonderregelung wurde in der endgültigen Version der Leitlinien ersatzlos gestrichen,⁶⁹ sodass auch hier die Berechnung ausschließlich aufgrund der Daten des Vorjahres zu erfolgen hat.

2.) Buchst. b) Lieferungen an integrierte Händler

Gemäß Art. 9 Abs. 2 Buchst. b) der GVO sind bei der Berechnung des Marktanteils auch die Waren und Dienstleistungen zu berücksichtigen, „die zum Zweck des Verkaufs an integrierte Händler geliefert werden“. Unter integrierten Händlern sind gemäß den Leitlinien verbundene Unternehmen i.S. des Art. 11 der GVO⁷⁰ zu verstehen.⁷¹ Betroffen sind von dieser Regelung damit Hersteller von Endprodukten, die diese auf dem Wege der Dualdistribution sowohl über konzerneigene als auch über externe Vertriebswege absetzen.⁷² Im Entwurf der GVO war diese Regelung lediglich in den Leitlinien enthalten.⁷³

Anders verhält es sich bei der Herstellung von Zwischenprodukten zur Verwendung im eigenen Unternehmen. Diese sogenannte Eigenproduktion soll bei der Definition des relevanten Marktes für Zwischenprodukte sowie bei der Berechnung des Marktanteils nicht berücksichtigt werden.⁷⁴

3.) Buchst. c) erste Ausnahmeregelung für das Überschreiten der Marktanteilsschwelle

Wird von einem betroffenen Unternehmen, wie in Art. 3 der GVO vorgeschrieben, der Marktanteil von 30% zunächst nicht überschritten,⁷⁵ so gilt bei einer anschließenden Überschreitung der 30%-Schwelle die Freistellung des Art. 2 fort, sofern der Marktanteil unter der Marke von 35% bleibt. Diese Ausnahmeregelung gilt im Anschluss an das Jahr, in dem die 30%-Schwelle erstmals überschritten wurde, für zwei weitere Kalenderjahre. In welchem Maße der Marktanteil in diesen zwei

⁶⁸ Leitlinien-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Tz. 85, Satz 3.

⁶⁹ Vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 97 – 99.

⁷⁰ Siehe oben S. 50 ff., Kapitel Drei:B.) „Artikel 11“.

⁷¹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 99 Satz 2. An dieser Stelle ist wiederum darauf hinzuweisen, dass es sich bei den Leitlinien nicht um einen allgemein rechtsverbindlichen Text handelt, sodass nationale Gerichte und Behörden bei ihrer Beurteilung von den Kriterien des Art. 11 abweichen könnten.

⁷² Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 99.

⁷³ Vgl. GVO-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Art. 8 Abs. 2 sowie Leitlinien-Entwurf, ebenda, Tz. 90.

⁷⁴ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 98. Allerdings liegt in der deutschen Version der Leitlinien ein redaktionelles Versehen vor. Das Wort „nicht“ am Ende des Satzes 2 fehlt. Aus dem Entwurf der Leitlinien, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Tz. 85, sowie aus der englischen Version („will not be taken into account“) ergibt sich jedoch, dass eine Nichtberücksichtigung gemeint ist. – Auch hier ist darauf hinzuweisen, dass die Leitlinien für die nationalen Gerichte und Behörden zwar richtungsweisend sein sollen, sie aber keinen rechtsverbindlichen Gesetzestext darstellen

⁷⁵ Die Klarstellung, dass die Vorgabe des Art. 3 der GVO zumindest einmal erfüllt worden sein muss, war im Entwurf der GVO noch nicht vorhanden; vgl. GVO-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Art. 8 Abs. 2 Buchst. b).

Folgejahren über 30% liegt, wird in der GVO nicht weiter erwähnt und ist somit als für die Freistellung unerheblich anzusehen.

Grund für diese Toleranzschwellenwerte sind die natürlichen Schwankungen am Markt, denen die Unternehmen unterworfen sind. Vereinbarungen sollen nicht aus dem Anwendungsbereich der GVO fallen, nur weil eine betroffene Partei in einem Jahr die 30%-Schwelle geringfügig überschritten hat. Den Vertragspartnern bleibt damit zwei Jahre Zeit, das Marktgeschehen zu beobachten und eventuell nötige Konsequenzen zu ziehen.

4.) Buchst. d) zweite Ausnahmeregelung für das Überschreiten der Marktanteilsschwelle

Für den Fall, dass das Unternehmen die 30%-Schwelle zunächst nicht überschreitet,⁷⁶ dann aber einen Marktanteil von über 35% erreicht, gilt die Freistellung des Art. 2 der GVO noch für ein weiteres Kalenderjahr.

In der Frage, um wie viel die Marke von 35% überschritten werden darf, macht die GVO wiederum keine Angaben. Damit kann davon ausgegangen werden, dass theoretisch ein Unternehmen auch bei Erreichen eines Marktanteils von 100%, für ein weiteres Jahr freigestellt bleibt.⁷⁷ Diese Regelung ist insbesondere für innovative Produkte wichtig, die als zunächst kleine Markteinsteiger schnell hohe Marktanteile erreichen können. Ihnen bleibt damit neben dem Jahr, in dem ein Marktanteil von über 35% erreicht wurde, ein weiteres Jahr Zeit, um ihren Vertriebsweg auf eine eventuelle Einzelfreistellung vorzubereiten.

5.) Buchst. e) Kombination von Art. 9 Abs. 2 Buchst. c) und d)

Eine Verbindung der in Art. 9 Abs. 2 Buchst. c) und d) der GVO genannten Ausnahmeregelungen darf jedoch nicht in der Weise erfolgen, dass „ein Zeitraum von zwei Kalenderjahren überschritten wird“.

Daraus ergibt sich im Umkehrschluss zunächst, dass die beiden Ausnahmeregelungen grundsätzlich miteinander kombiniert werden können. Zwischen der Anwendung des Buchst. d) und der des Buchst. c) muss also nicht notwendiger Weise die 30% Marke unterschritten worden sein. Es genügt vielmehr, wenn die Vereinbarung zuvor mindestens einmal in den Anwendungsbereich der GVO fiel.

Nach Eingreifen der Ausnahmeregelung in Buchst. c) ist jedoch eine direkt daran anschließende erweiterte Freistellung durch Buchst. d) nicht mehr möglich. Weiterhin verkürzt sich die Freistellung des Buchst. c) um ein Jahr, sofern zuvor eine ausnahmsweise Freistellung nach Buchst. d) vorgelegen hat.

Somit darf zwischen dem Zeitpunkt der Unterschreitung des Marktanteils von 30% und der ausnahmsweisen Freistellung bei der Regelung in Buchst. d) nicht mehr als

⁷⁶ Hier gilt das in Fn. 75 gesagte.

⁷⁷ In der Praxis droht dann jedoch der Entzug der Freistellung gemäß den Artt. 6 und 7 der GVO. Vgl. dazu unten S. 164ff., Kapitel Sieben: „Entzug der Gruppenfreistellung...“.

ein Kalenderjahr liegen. Gemäß Buchst. c) dürfen es nicht mehr als zwei Kalenderjahre sein.

Fraglich ist allerdings, ob eine Ausnahmeregelung in der Zukunft nochmals angewendet werden darf, wenn der maßgebende Marktanteil nach einem Überschreiten wieder unter 30% gesunken ist. Dies wäre nicht der Fall, wenn „erstmalig“ wörtlich zu verstehen ist, so dass bei der zweiten Überschreitung die Ausnahme nicht mehr greift. Nach inoffiziellen Aussagen der Kommission ist Art. 9 Abs. 2 jedoch nicht wörtlich zu verstehen. Die Ausnahmeregelungen sollen also wiederholt angewendet werden können.⁷⁸

⁷⁸ Bauer/de Bronett, Die EU – Gruppenfreistellungsverordnung, S. 115.

C.) Bewertung des neuen wirtschaftlicheren Ansatzes der Kommission

I.) Reaktionen aus Literatur und Wirtschaft

Die Marktanteilsschwelle in der neuen GVO hat in Literatur und Praxis unterschiedliche Reaktionen hervorgerufen.

1.) Kritik an der Einführung einer Marktanteilsschwelle

Den kritischen Stellungnahmen zur Marktanteilsschwelle ist sämtlich das Argument gemein, die neue Regelung biete ein erhebliches Potential an Rechtsunsicherheit.⁷⁹ In den einzelnen Äußerungen wurde dabei jedoch auf sehr unterschiedliche Kritikpunkte abgestellt.

a.) *Anwendbarkeit*

Einige Stimmen argumentierten dahingehend, dass der Marktanteil für die Unternehmen grundsätzlich kaum bestimmbar sei. Diesen fehlten die erforderlichen Informationen wie bspw. die Höhe des Marktvolumens.⁸⁰ Wenn überhaupt sei die Berechnung daher nur unter einem erheblichen Verwaltungsaufwand für die Unternehmen zu bewerkstelligen.⁸¹

Außerdem wurde vorgebracht, die Festlegung der zur Marktabgrenzung zu berücksichtigenden Kriterien, beruhe teilweise auf der Willkür der festlegenden Partei oder Institution.⁸² Hieraus könnten sich bei der Anwendung durch die verschiedenen beurteilenden Instanzen, namentlich bei den jeweiligen Vertragsparteien sowie der Kommission bzw. den nationalen Gerichten, unterschiedliche Marktabgrenzungskriterien ergeben. Verschiedene Marktabgrenzungskriterien führten aber unter Umständen auch zu verschiedenen Ergebnissen bei der Berechnung der Marktanteile.

Die Unternehmen würden damit durch ihre eigene Berechnung allein keine wirkliche Rechtssicherheit genießen.⁸³ Dieser Zustand werde noch dadurch verstärkt, dass eine abschließende Rechtsprechung, die zudem teilweise zu enge

⁷⁹ *Ackermann*, EuZW 1999, 741, 742; *Bayreuther*, EWS 2000, 106, 108; *Bechtold*, EWS 2001, 49, 51; *Brinker*, in: *Schwarze*, Neuere Entwicklungen, S. 59, S. 68/69; *Emmerich*, in: Dausen, EU – WR, Bd. II, H.I. § 1, Rn. 300; *Kellaway*, ECLR 1997, 387, 390 [in Bezug auf die Marktanteilsschwelle in Option III des Grünbuchs]; *Metzlaff*, BB 2000, 1201, 1205; *Möschel*, NJW 1995, 281, 284; *Nolte*, BB 1998, 2429, 2431; *Polley/Seeliger*, WRP 2000, 1203, 1209; *Rohardt*, WuW 1997, 473, 484 [in Bezug auf die Marktanteilsschwelle in Option III des Grünbuchs]; *Schroeder*, ECLR 1997, 430, 433; *Schwintowski*, in: FS für Sandrock, S. 901, 919; *Semmler/Bauer*, DB 2000, 193, 195.

⁸⁰ *Brinker*, in: *Schwarze*, Neuere Entwicklungen, S. 59, S. 69; *Emmerich*, in: Dausen, EU – WR, Bd. 2, H.I. §1, Rn. 300; *Semmler/Bauer*, DB 2000, 193, 195.

⁸¹ *Nolte*, BB 1998, 2429, 2431; *Schwintowski*, in: FS für Sandrock, S. , 901, 905.

⁸² *Ackermann*, EuZW 1999, 741, 742; *Bayreuther*, EWS 2000, 106, 108; Mit Hinweisen insbesondere auch auf Schwierigkeiten bei der räumlichen Abgrenzung des Marktes: *Bechtold*, EWS 2001, 49, 51.

⁸³ *Nolte*, BB 1998, 2429, 2431; *Schroeder*, ECLR 1997, 430, 433.

Abgrenzungskriterien verwende, sowohl national als auch auf der Gemeinschaftsebene nur für einen Bruchteil der betroffenen Märkte vorhanden sei.⁸⁴ Die rückwirkende Freistellungsmöglichkeit aus der novellierten VO Nr. 17/62⁸⁵ könne dieses Risiko der mangelnden Rechtssicherheit auch nicht wesentlich mildern,⁸⁶ sodass die neue Regelung vorsorgliche Anmeldungen durch die Unternehmen provoziere.⁸⁷

b.) *Starre, einheitliche Marktanteilsgrenze*

Ein weiterer Teil der kritischen Äußerungen richtete sich gegen die einheitliche Marktanteilsgrenze. Dabei wurde argumentiert, dass verschiedene Handelsmärkte grundsätzlich auch verschiedener Marktanteilsschwellen bedürften. Während vertikale Vereinbarungen auf dem einen Handelsmarkt bereits bei einem 20%igem Marktanteil negative Auswirkungen zeitigen könnten, wären die Auswirkungen auf einem anderen Markt selbst bei 40% Marktanteil immer noch positiv.⁸⁸ Die starre Marktanteilsgrenze hingegen vernachlässige, dass sich Marktanteile in kurzen Zeitspannen extrem verändern könnten.⁸⁹ Besonders von Herstellern innovativer Produkte könne die 30%-Schwelle schnell überschritten werden.⁹⁰

Der Marktanteil eines Unternehmens sei daher nicht als alleiniger Faktor für die von der Kommission angestrebte Bestimmung von Marktmacht anzusehen. Es müsse vielmehr auch auf die Finanzkraft der einzelnen Unternehmen, ihren Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie auf weitere andere Merkmale abgestellt werden.⁹¹

c.) *Zivilverfahren*

Schließlich wurde dahingehend argumentiert, dass den nationalen Gerichten im Streitfall für die Bestimmung des Marktanteils die erforderlichen prozessualen Befugnisse fehlten. Sie könnten weder Wettbewerber noch Kunden zur Auskunft

⁸⁴ *Ackermann*, EuZW 1999, 741, 742; *Metzlaff*, BB 2000, 1201, 1205; *Polley/Seeliger*, WRP 2000, 1203, 1209; *Semmler/Bauer*, DB 2000, 193, 195.

⁸⁵ Vgl., dazu bereits oben, S. 24ff., Kapitel Zwei:C.)III.)2.) „Für die Unternehmen“.

⁸⁶ *Polley/Seeliger*, WRP 2000, 1203, 1209.

⁸⁷ *Schwintowski*, in: FS für Sandrock, S. 901, 905, vor Erlass der GVO und der Leitlinien. Die Kommission ist diesem Argument in der Weise begegnet, dass sie deutlich gemacht hat, sie werde vorsorgliche Anmeldungen in Zukunft nicht bevorzugt behandeln. Über Einzelfreistellungen soll damit in Zukunft nur noch im Streitfall entschieden werden. Eine gesetzliche Festschreibung dieses Vorhabens, sowie die komplette Abschaffung der Anmeldepflicht ist ebenfalls geplant und befindet sich bereits im Vorschlagsstadium. Vgl. dazu bereits oben, S. 24ff., Kapitel Zwei:C.)III.)2.) „Für die Unternehmen“.

⁸⁸ Teile der Wirtschaft forderten deshalb die Marktanteilsschwelle zumindest auf 40% anzuheben. Vgl. BDI, Positionspapier zum Entwurf, S. 1.

⁸⁹ *Kellaway*, ECLR 1997, 387, 390 [in Bezug auf die Marktanteilsschwelle in Option III des Grünbuchs]; *Metzlaff*, BB 2000, 1201, 1205; *Nolte*, BB 1998, 2429, 2431.

⁹⁰ *Bayreuther*, EWS 2000, 106, 108.

⁹¹ *Baker/Wu*, ECLR 1998, 273, 280 [in Bezug auf die „relevanter-Markt“ Bekanntmachung]; *Kellaway*, ECLR 1997, 387, 390 [in Bezug auf die Marktanteilsschwelle in Option III des Grünbuchs]; *Kurz/Rall*, WuW 1986, 765, 768, 772; *Metzlaff*, BB 2000, 1201, 1205; *Schwintowski*, in: FS für Sandrock, S. 901, 919.

über Märkte und Anteile verpflichten. Ihnen bliebe vielmehr nur die Möglichkeit Sachverständigengutachten einzuholen, oder die Kommission um Rat zu fragen.⁹²

2.) Positive Reaktionen auf die Einführung einer Marktanteilsgrenze

Dem wird entgegengehalten, die Einführung einer Marktanteilsschwelle von 30 % sei sowohl theoretisch als auch praktisch sinnvoll. Gerade wenn ein Unternehmen einen Marktanteil von 25 – 30% halte, entstünden Verhältnisse, die Verhaltensabstimmungen und räumliche Segmentierungen erleichterten.⁹³ Zwar wird ebenfalls anerkannt, dass der Marktanteil nicht das einzige Kriterium für die Bestimmung der Marktmacht von Unternehmen sei. Da die Unternehmen aber noch weniger in der Lage wären, solche Merkmale wie den Konzentrationsgrad, die Dichte der bestehenden Vertriebssysteme oder die bestehenden Zutrittsschranken des Marktes selbst zu bestimmen, sei es sinnvoller, allein auf die Marktanteile abzustellen.⁹⁴ Diese würden von der Wirtschaft immer mehr als ein wichtiges Marketinginstrument genutzt und stünden deshalb den Unternehmen viel eher zur Verfügung.⁹⁵

Auch wenn mit dieser Vorschrift den Unternehmen ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit aufgebürdet würde, stelle die neue Regelung immer noch eine wesentliche Verbesserung im Vergleich zum status quo dar. Nicht nur, dass die Marktstellung der Unternehmen im alten Freistellungssystem überhaupt keine Berücksichtigung gefunden habe. Die Rechtssicherheit des alten Systems habe für die Unternehmen auch in den meisten Fällen lediglich darin bestanden, dass sie mit Sicherheit annehmen konnten, unter das Verbot des Art. 81 Abs. 1 EGV zu fallen.⁹⁶

Des Weiteren wird bezweifelt, dass die entstehende Rechtsunsicherheit derart bedeutend sei.⁹⁷ Die für vertikale Vereinbarungen neue Verfahrensweise werde immerhin auch in verschiedenen anderen GVOen angewendet⁹⁸ und durch die entfallene Anmeldepflicht sei das Risiko der Unternehmen ebenfalls begrenzt.⁹⁹

II.) Stellungnahme

Art. 3 bildet den Dreh- und Angelpunkt der GVO. Von der Anwendbarkeit dieser Regelung wird es abhängen, ob die neue „Schirm“-GVO einen wettbewerbspolitischen Erfolg darstellen wird, oder ob sich der bisherige,

⁹² Metzloff, BB 2000, 1201, 1205; Polley/Seeliger, WRP 2000, 1203, 1210; Semmler/Bauer, DB 2000, 193, 195.

⁹³ Kalfass, WuW 1999, 225, 243; Paulweber/Kögel, AG 1999, 500, 514; Wolf, in: Baudenbacher, Neueste Entwicklungen, S. 123, 126.

⁹⁴ Veelken, ZVglRW 97 (1998), 241, 278, 280.

⁹⁵ Blaurock, in: Schwarze, Neuere Entwicklungen, S. 71, 76.

⁹⁶ Eilmannsberger, in: WBL, 357, 362 [in Bezug auf die Einleitung: einer Marktanteilsschwelle in Option IV des Grünbuchs]; Paulweber/Kögel, AG 1999, 500, 514.

⁹⁷ Schultze/Pautke/Wagener, Die Gruppenfreistellungsverordnung, Rn. 365.

⁹⁸ Veelken, ZVglRW 97 (1998), 241, 279, 280.

⁹⁹ Damit entgegen Polley/Selliger, oben Kapitel Fünf: Fn. 86: Blaurock, in: Schwarze, Neuere Entwicklungen, S. 71, 75.

unbefriedigende Zustand für die Unternehmen lediglich auf andere Art und Weise fortsetzt.

1.) Anwendbarkeit

Der Hauptkritikpunkt in Bezug auf die Marktanteilsschwelle der neuen GVO war die Tatsache, dass die Unternehmen in Zukunft ihre Marktanteile selbst bestimmen und damit die schwierige Abgrenzung des relevanten Marktes selbst vornehmen müssen.

(1) Möglichkeit der Abgrenzung des relevanten Marktes

Dieser oben unter 1.)a.) dargestellten Meinung kann nicht zugestimmt werden. Eine ständige Kontrolle der eigenen Marktposition gehört heute zu den Grundlagen im Marketingbereich eines jeden Unternehmens, das nicht unter die Definition der KMU¹⁰⁰ fällt.¹⁰¹ Es erscheint nur schwer vorstellbar, dass ein Unternehmen heutzutage langfristige Investitionen vornimmt, ohne über seine Marktposition im Verhältnis zur Konkurrenz genau informiert zu sein. Daher kann davon ausgegangen werden, dass der überwiegende Teil dieser Unternehmen relativ exakte Schätzwerte über ihre Marktanteile vorweisen könnte, sofern man denn nur eine ökonomische Betrachtungsweise zugrundelegt.

Der so von den Unternehmen ermittelte Marktanteil hängt jedoch davon ab, auf welchem Markt diese sich selber sehen wollen. Die für die GVO erforderliche Marktanteilsberechnung muss sich hingegen auf die verobjektivierte Sicht der Marktgegenseite beziehen. Während also die ökonomische Analyse der Marktsituation darauf ausgerichtet ist, dem eigenen Unternehmen ein effizientes Wirtschaften zu ermöglichen, muss die juristische Untersuchung eine allgemeingültige Lösung hervorbringen, die einer gerichtlichen Überprüfung standhält.

Das Grundproblem besteht also nicht darin, dass eine Abgrenzung des relevanten Marktes für die Unternehmen mangels der erforderlichen Informationen völlig unmöglich wäre. Sie stehen vielmehr vor der Schwierigkeit, ihre durchaus vorhandenen Wirtschaftsdaten auf ein juristisches Bewertungsschema zu übertragen.

(2) Kriterien zur Abgrenzung des relevanten Marktes

Grundlage für dieses Schema sind die juristischen Kriterien, nach denen der relevante Markt abgegrenzt werden soll. Das Problem bei der Festlegung dieser Kriterien besteht darin, dass es unzählige verschiedene Handelsmärkte gibt, die nicht alle nach einheitlichen Merkmalen abgegrenzt werden können. Das von der Kommission dabei verwendete Bedarfsmarktkonzept bildet hier nur den kleinsten

¹⁰⁰ Siehe oben Kapitel Vier: Fn. 86.

¹⁰¹ Bloos, Marketing, S. 11; Lettau, Ganzheitliches Marketing, S. 64. So auch *Blaurock*, in: Schwarze, Neuere Entwicklungen, S. 71, S. 76.

gemeinsamen Nenner.¹⁰² Über das Merkmal der Substituierbarkeit hinaus kann damit praktisch um die Festlegung der Abgrenzungskriterien eines jeden einzelnen Handelsmarktes gestritten werden. Dieser Umstand führt zweifelsfrei zu einem gewissen Maß an Rechtsunsicherheit für die Unternehmen.

Dennoch sollte zunächst berücksichtigt werden, dass das Abstellen auf den Marktanteil mittels der Abgrenzung des relevanten Marktes keine einzigartige Vorgehensweise im Rahmen des Wettbewerbsrechts¹⁰³ darstellt. Es kann sich insofern also nur um eine schwierige, aber bereits heute nicht um eine völlig unpraktikable Vorschrift handeln.

Hinzu kommt, dass das eigentliche Problem der Marktabgrenzung die nicht umfassende Rechtsprechungspraxis darstellt. Der Grund für diesen Mangel an Entscheidungen liegt darin, dass die Kommission bisher bspw. im Bereich der Fusionskontrolle nur selten abschließende Marktabgrenzungen vorgenommen hat, um damit Einflüsse auf künftige Entscheidungen zu verhindern.¹⁰⁴ Die Ermittlung der Marktmacht wurde hier mit anderen Mitteln vorgenommen. Dennoch sollte berücksichtigt werden, dass es sowohl auf nationaler¹⁰⁵ als auch auf gemeinschaftlicher Ebene¹⁰⁶ durchaus eine Reihe von Entscheidungen zur Marktabgrenzung gibt, die von den Unternehmen als Vergleich herangezogen werden können.

Des Weiteren sind mit Inkrafttreten der GVO Nr. 2790/99¹⁰⁷ nun sowohl die Unternehmen als auch im Streitfall die Gerichte bzw. die Kommission gezwungen, den betreffenden Marktanteil abschließend zu berechnen. Ein Ausweichen auf andere Mittel ist hier nicht mehr möglich. Aufgrund der Masse der vertikalen Vereinbarungen kann daher angenommen werden, dass sich zumindest mittelfristig für den überwiegenden Teil der Handelsmärkte einheitliche Kriterien zur Marktabgrenzung herausbilden werden. Damit wird sich das Risiko der falschen Marktabgrenzung in Zukunft auf einige wenige spezielle Handelsmärkte verlagern.

¹⁰² Vgl. oben S. 101, Kapitel Fünf:A.)III.)2.)a.) „Der sachlich relevante Markt“.

¹⁰³ Für das europäische Wettbewerbsrecht vgl. Art. 4 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. c) 1. Spiegelstrich der VO Nr. 17/62, a.a.O. (Einleitung: Fn.7); Bagatellbekanntmachung, a.a.O. (Kapitel Vier: Fn. 77); Fusionskontrollverordnung, ABl. EG 1990 Nr. L 257/13, v. 21.12.1989; Art. 3 Abs. 1 der GVO Spezialisierungsvereinbarungen Nr. 417/85, a.a.O. (Kapitel Fünf: Fn. 2); Art. 3 Abs. 3 und Abs. 3a der GVO Forschung und Entwicklung Nr. 418/85, a.a.O. (Kapitel Fünf: Fn. 2). Im GWB wird das Bedarfsmarktkonzept ebenfalls im Rahmen der §§ 19 ff. angewendet.

¹⁰⁴ Vgl. bspw. Kommission, Entscheidung v. 22.11.1995 (Philips/Origin), ABl. EG 1996 Nr. C 58/3, Tz. 7; Entscheidung v. 11.05.1995 (EDS/Lufthansa), ABl. EG 1995 Nr. C 163/8, Tz. 17; Entscheidung v. 02.09.1991 (Digital/Philips), ABl. EG Nr. C 226/28, Tz. 10; Drauz/Schröder, Praxis der europäischen Fusionskontrolle, S. 70; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO, S. 833 Rn. 37; *Löffler*, in: *Langen/Bunte*, Kartellrecht, Bd. 1, FKVO 4064/89, Art. 2 Rn. 15.

¹⁰⁵ Vgl. die Auflistung bei: *Bechtold*, Kartellgesetz, § 19 Rn. 5- 12; *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB-Kommentar, § 19 Rn. 34, S. 592 - 608; *Ruppelt*, in: *Langen/Bunte*, Kartellrecht, Bd. 1, § 19 Rn. 10 - 24;

¹⁰⁶ Vgl. die Auflistung bei: *Albers*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, EGV-Kommentar, Bd. 2/II, Fusionskontrollverordnung, Art. 2 nach Rn. 167; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO, S. 839 - 854 Rn. 49 - 67; *Löffler*, in: *Langen/Bunte*, Kartellrecht, Bd. 1, FKVO 4064/89, Art. 2 Rn. 41 - 112;

¹⁰⁷ Ebenso wie mit den ihr folgenden Neuauflagen der GVOen Spezialisierungsvereinbarungen und Forschung und Entwicklung (a.a.O., Fn. 103), die beide ebenfalls auf eine Marktanteilsschwelle abstellen.

Schließlich will die Kommission im Bereich der Marktabgrenzung mit ihrer sogenannten „neuen Brüsseler Schule“¹⁰⁸ einen „more economic based approach“ – also einen mehr auf die ökonomische Analyse ausgerichteten Ansatz verfolgen.¹⁰⁹ Dabei sollen vermehrt Methoden der Marktforschung zur Abgrenzung der Märkte eingesetzt werden.¹¹⁰ Dieser Ansatz würde auch der Kritik entgegenwirken, die bisherige, tendenziell sehr enge Abgrenzungspraxis der Kommission gehe an der wirtschaftlichen Realität vorbei.¹¹¹ Er wäre daher sehr zu begrüßen. Ob die Kommission diesen Ansatz allerdings wirklich in ihrer Entscheidungspraxis umsetzen wird und ob es damit auch tatsächlich zu einer Vereinfachung der Marktabgrenzung kommt, ist derzeit noch nicht absehbar.

Damit bleibt festzuhalten, dass für die Unternehmen in Zukunft auch weiterhin ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit bei der Marktabgrenzung vorhanden sein wird. Hier hätte die Kommission durch Zulassen von vorsorglichen Anmeldungen oder einem Verfahren der schnellen Information über die Anwendung der GVO und der Leitlinien für mehr Rechtssicherheit sorgen können. Dennoch ist davon auszugehen, dass sich dieses Risiko auf ein zumutbares Maß vermindern wird, sobald aufgrund der Vielzahl von zu treffenden Entscheidungen eine umfassendere Rechtsprechungspraxis entwickelt wurde.

(3) Marktanteilsberechnung

In Bezug auf das Risiko der Marktanteilsberechnung ist zunächst festzustellen, dass es nur für die Unternehmen besteht, die konkret befürchten müssen, die 30% Marke zu überschreiten. Auf einem relativ gefestigten Markt dürfte es sich dabei um die Unternehmen mit einem Marktanteil von 25 – 30% handeln. Der überwiegende Teil der vertikalen Vertriebsvereinbarungen dürfte somit von dieser Problematik gar nicht betroffen sein.¹¹²

Geht man wie oben davon aus, dass die Unternehmen durchaus über die wirtschaftlichen Daten zur Berechnung des Marktanteils verfügen, so handelt es sich hierbei lediglich um das Risiko der richtigen Berechnung nach den Vorgaben des Art. 9 der GVO. Dieses Risiko ist den Unternehmen durchaus zumutbar, zumal es auch noch durch die Leitlinien abgemildert wird. Die Kommission will von einem Bußgeld absehen, sofern die Vereinbarung nicht angemeldet wurde, weil die Unternehmen in gutem Glauben davon ausgingen, dass die Marktanteilsschwelle nicht überschritten worden sei.¹¹³

¹⁰⁸ *Hildebrand*, BDI – Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf.

¹⁰⁹ *Bellamy/Child*, European Community Law of Competition, Rn. 7-005; Vgl. auch Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 102.

¹¹⁰ *Hildebrand*, BDI – Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf.

¹¹¹ So *Siragusa/Subiotto*, WuW 1991, 872, 882.

¹¹² Die Kommission geht davon aus, dass nur ca. 10-20% der Vereinbarungen außerhalb des Anwendungsbereichs der GVO anzusiedeln sind; vgl. Follow-up, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn.43), S. 33. Damit kann davon ausgegangen werden, dass nur ein vergleichsweise geringer Prozentsatz der Vereinbarungen knapp unter der Marktanteilsschwelle der GVO liegen wird.

¹¹³ Siehe dazu oben Fn. 56.

(4) Ergebnis

1. Entgegen der dargestellten Kritik an der neu eingeführten Marktanteilsschwelle ist die Marktanteilsberechnung den Unternehmen sehr wohl möglich. Die meisten großen Unternehmen können ihren Marktanteil nach rein ökonomischer Sichtweise bereits heute relativ exakt einschätzen. Dem kommt es entgegen, dass die Kommission bei der Bewertung der Marktabgrenzungskriterien einen mehr ökonomisch geprägten Ansatz verfolgen will.
2. Die umfassende Entscheidungspraxis, die Unternehmen benötigen, um eine sichere Marktabgrenzung vornehmen zu können, existiert derzeit noch nicht. Aufgrund der neuen rechtlichen Situation kann jedoch davon ausgegangen werden, dass sie sich zumindest mittelfristig entwickeln- und damit das Risiko für die Unternehmen auf ein zumutbares Maß verringert werden wird. Gerade für diese kritische Übergangsphase wäre allerdings die Möglichkeit einer vorsorglichen Anmeldung besonders hilfreich gewesen.
3. Im Bereich der Marktanteilsberechnung tragen die Unternehmen hauptsächlich nur das Risiko, den Marktanteil nach den Vorgaben des Art. 9 der GVO richtig zu berechnen. Es handelt sich daher auch hier um ein zumutbares Risiko.

2.) Starre, einheitliche Marktanteilsgrenze

Der zweite wesentliche Kritikpunkt an der Marktanteilsschwelle des Art. 3 der GVO ist die Tatsache, dass die Kommission nur eine starre Marktanteilsschwelle eingeführt hat, die zudem noch für sämtliche verschiedenen Handelsmärkte einheitlich gilt. Tatsächlich bringt die Einführung einer solchen starren, einheitlichen Marktanteilsschwelle für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung Nachteile mit sich. Die verschiedenen Besonderheiten der einzelnen Märkte werden so nämlich vordergründig nicht berücksichtigt.

(1) Zielsetzung der GVO

An dieser Stelle ist jedoch wiederum die besondere Zielsetzung der GVO zu beachten. Die Marktanteilsbestimmung soll von den Unternehmen selbst vorgenommen werden können.

Aus diesem Grund verkörpert Art. 3 der GVO einen Kompromiss zwischen einer möglichst vereinfachten und einer gleichzeitig auch wettbewerbsrechtlich aussagekräftigen Beurteilung der Marktmacht des betroffenen Unternehmens. Wie oben festgestellt, ist schon die Marktabgrenzung für die Unternehmen ein schwieriges Unterfangen. Die Bestimmung verschiedener anderer Faktoren, wie der Finanzkraft der auf dem Markt vertretenen Unternehmen oder den bestehenden Zutrittsschranken, würden die Beurteilung der Marktmacht noch wesentlich erschweren. Genauso würde es sich verhalten, wenn in der GVO für verschiedene Branchen und Märkte verschiedene Marktanteilsschwellen eingeführt würden. Dies würde im Übrigen auch der Zielsetzung der GVO widersprechen, eine sektorenübergreifende Regelung zu treffen.

(2) Einbeziehung der sonstigen Faktoren zur Marktmachtbestimmung im Rahmen der Einzelfallprüfung

Dennoch gibt es Fälle, in denen der Marktanteil alleine nicht zu einem wettbewerbsrechtlich sinnvollen Ergebnis führt. Entgegen der oben unter I.)1.)b.) dargestellten Kritik werden die weiteren Faktoren zur Marktmachtbestimmung im neuen Freistellungssystem der Kommission jedoch nicht vollkommen außer Acht gelassen. Ihre Berücksichtigung erfolgt allerdings erst im Rahmen der Einzelfallprüfung einer Vereinbarung. Eine solche kann einerseits bei einem nachträglichen Entzugsverfahren im Rahmen der Artt. 6 und 7 der GVO¹¹⁴ vorgenommen werden, wenn sich herausstellen sollte, dass die Marktmacht des betroffenen Unternehmens größer ist als es der Marktanteil erscheinen lässt. Andererseits geht die Kommission bei einer Überschreitung der 30%-Schwelle nicht automatisch von einer Unzulässigkeit der Vereinbarung aus. Hier kann durch Heranziehen der weiteren Faktoren zur Bestimmung von Marktmacht die Freistellungsfähigkeit der Vereinbarung nachgewiesen werden.¹¹⁵

Der offensichtliche Nachteil bei dieser Vorgehensweise ist, dass eine Berücksichtigung der übrigen Bestimmungsfaktoren in beiden Fällen grundsätzlich erst nach Schließung der Vereinbarung durchgeführt wird. Dieser Nachteil ist jedoch aus den dargestellten Gründen der dadurch vereinfachten Anwendbarkeit der GVO sowie der mittlerweile grundsätzlich positiven Bewertung vertikaler Wettbewerbsvereinbarungen hinnehmbar. Dazu trägt auch die Tatsache bei, dass die Kommission entgegen den Forderungen bspw. aus der deutschen Wirtschaft¹¹⁶ statt einer Marktanteilsschwelle von 40% lediglich eine restriktivere von 30% einführt.¹¹⁷ Die Fälle, in denen trotz Unterschreitung der Marktanteilsschwelle wettbewerbsschädliche Folgen aus der Vereinbarung entstehen, dürften damit seltener auftreten und wesentlich deutlicher auffallen. Die ebenfalls daraus resultierende Folge, dass eine Reihe von Vereinbarungen trotz wettbewerbsrechtlicher Unbedenklichkeit nicht unter die GVO fällt, ist aufgrund der Tatsache, dass diese anmeldefrei eine Einzelfreistellung erlangen können, für die Unternehmen als zumutbar anzusehen.¹¹⁸

¹¹⁴ Vgl. dazu unten S. 164 ff., Kapitel Sieben:A.) „Artikel 6“ und S. 171 ff., Kapitel Sieben:B.) „Artikel 7“.

¹¹⁵ So geht die Kommission bspw. bei innovativen Produkten entgegen der oben dargestellten Kritik (vgl. Kapitel Fünf: Fn. 90) von einer Freistellbarkeit vertikaler Beschränkungen aus, die unabhängig von der Marktmacht der Beteiligten vorliegt. Siehe unten S. 190f., Kapitel Neun:B.)1.)2.) „Allgemeine Regeln zur Beurteilung vertikaler Vereinbarungen“.

¹¹⁶ Vgl. oben Fn. 88.

¹¹⁷ Dieser Wert stellt damit einen Kompromiss dar zwischen den dargestellten Forderungen der Wirtschaft und den Empfehlungen des BKartA, das eine Schwelle von 25% vorgeschlagen hatte, vgl. BKartA, Stellungnahme Follow-up, S. 4; Wolf, in: Baudenbacher, Neueste Entwicklungen, S. 123, 126.

¹¹⁸ Davon zu trennen ist allerdings die Frage, unter welchen Umständen diese Einzelfreistellung gewährt wird. Die Tatsache, dass die Kommission freiwillige Einzelanmeldungen nicht mehr gesondert behandeln will, lässt die Unternehmen das Risiko der Vereinbarkeit ihrer Absprache mit Art. 81 Abs. 1 EGV alleine tragen. Dies scheint aufgrund der Schwierigkeit der Beurteilung nicht zumutbar. Vgl. dazu bereits oben S.25, Kapitel Zwei:C.)III.)2.)b.) „Wertung“.

(3) Toleranzschwellen

Des Weiteren sind die Toleranzschwellen in Art. 9 Abs. 2 Buchst. c) und d) der GVO zu berücksichtigen. Sie sorgen dafür, dass ein Unternehmen, das im letzten Kalenderjahr einen geringeren Marktanteil als 30% auf dem relevanten Markt besaß, für bis zu zwei Jahre in den Genuss der Gruppenfreistellung kommen kann, selbst wenn es die Marktanteilsschwelle überschritten hat. Damit wird es den Unternehmen ermöglicht, sich zumindest kurzfristig auf ein eventuelles Entfallen der Freistellung vorzubereiten.

(4) Ergebnis

1. Die Regelung, den Marktanteil mittels eines starren und einheitlichen Schwellenwertes zu ermitteln, stellt einen Kompromiss zwischen der Anwendung der GVO durch die Unternehmen auf der einen und einer wettbewerbsrechtlich aussagekräftiger Marktmachtbestimmung auf der anderen Seite dar.
2. Dieser Kompromiss führt wegen der Vernachlässigung anderer hierfür relevanter Faktoren zwangsläufig zu gewissen Ungenauigkeiten bei der Marktmachtbestimmung.
3. Aufgrund der eher restriktiv angesetzten Marktanteilsschwelle und der Möglichkeit, diese Ungenauigkeiten im Nachhinein durch Freistellungsentzug oder Einzelfreistellung zu korrigieren, sind diese aus dem Kompromiss resultierenden Nachteile jedoch auf ein wettbewerbsrechtlich tragbares Ausmaß reduziert worden.

3.) Zivilgerichtsverfahren

Der letzte Kritikpunkt gegenüber der Bestimmung der Freistellungsfähigkeit einer Vereinbarung mittels einer Marktanteilsschwelle, bezog sich auf die Befugnisse der nationalen Richter. Diese seien im nationalen Zivilgerichtsverfahren nicht in der Lage, die beteiligten Parteien zu einer Auskunft über die Marktsituation zu bewegen. Ihnen bliebe daher nur die Möglichkeit ein Sachverständigengutachten einzuholen oder die Kommission um Rat zu fragen.

Allerdings gilt es zu überlegen, ob das Sachverständigengutachten entgegen der vorgebrachten Kritik nicht als ein probates Mittel bei der Beurteilung in wettbewerbsrechtlicher Zivilverfahren angesehen werden kann.¹¹⁹ Insbesondere der Einwand, durch dessen Anwendung finde eine Verlagerung der Streitigkeiten auf die Ebene der Ökonomen statt,¹²⁰ erscheint angesichts der zuvor kritisierten, zu engen Abgrenzungen durch die Kommission¹²¹ nicht unbedingt als ein Nachteil.

Aber auch die Möglichkeit bei der Kommission erforderliche Informationen einzuholen, muss nicht zwangsläufig zu einer inakzeptablen Verlängerung der

¹¹⁹ In Bezug auf die von der Kommission im Weißbuch, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 48), geplante unmittelbare Anwendung des Art. 81 Abs. 3 EGV durch die Zivilgerichte und damit auch grundsätzlich in Bezug auf die Beurteilung komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte bejahend: *Jaeger*, WuW 2000, 1062, 1073.

¹²⁰ So *Polley/Seeliger*, WRP 2000, 1203, 1210.

¹²¹ Vgl. oben Fn. 111.

Verfahrensdauer führen.¹²² Sollte sich die Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten und der Kommission entsprechend der im Weißbuch vorgetragene Vorstellungen entwickeln,¹²³ erscheint eine derartige Informationsbeschaffung zumindest als möglich.¹²⁴

Hauptsächlich muss aber die Frage gestellt werden, ob die Beachtung der nationalen zivilgerichtlichen Voraussetzungen überhaupt in den Aufgabenbereich der Kommission fällt. Im Rahmen einer dezentralisierenden Umgestaltung des europäischen Wettbewerbsrechts ist eine Übertragung wesentlicher Aufgaben auf die nationalen Zivilgerichte begonnen worden.¹²⁵ Eine solche grundlegende Übertragung von Aufgaben an die nationalen Gerichte und Behörden kann sich jedoch nicht nach den jeweiligen nationalen zivilprozessualen Gegebenheiten richten. Da die europäische Gemeinschaft befugt ist, im Bereich des Wettbewerbsrechts die rechtlichen Vorgaben zu treffen, ist es somit Aufgabe der Mitgliedstaaten, ihre bisherigen Regelungen an diese veränderte Situation anzupassen. Denkbar wäre hier bspw. eine Sonderzuständigkeit eines Gerichts für wettbewerbsrechtliche Streitfälle, dessen Richter Sonderbefugnisse zur Ermittlung des Sachverhalts erhält.

D.) Ergebnis

1. Die Kommission hat mit der Einführung einer Marktanteilsschwelle in der GVO eines ihrer wesentlichen Ziele erfüllt. Die Freistellung wird im Wesentlichen nicht vom Inhalt einer Vereinbarung, sondern von deren wirtschaftlicher Auswirkungen abhängig gemacht.
2. Lieferanten, welche die GVO in Anspruch nehmen wollen, müssen mindestens einmal jährlich ihre Marktposition in Bezug auf sämtliche Erzeugnisse bestimmen.
3. Bei bestehenden Verträgen ist darauf zu achten, dass bei Überschreiten der 30%-Schwelle die Freistellung mit Ende der Übergangsfrist¹²⁶ entfällt.
4. Bei Neuabschlüssen ist den Parteien zu raten, die Einschätzung des relevanten Marktes im Vertrag zu dokumentieren. Im Verlaufe der Vereinbarung sollte im Übrigen auch der jeweilige jährliche Marktanteil der betroffenen Partei dokumentiert werden, um im Zweifel eine lückenlose Anwendbarkeit der GVO beweisen zu können.

¹²² So *Polley/Seeliger*, WRP 2000, 1203, 1210.

¹²³ Weißbuch, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 48), Tz. 104ff. .

¹²⁴ Wie in Fn. 119 in Bezug auf die Beurteilung komplexer, wirtschaftlicher Zusammenhänge bejahend: *Jaeger*, WuW 2000, 1062, 1073.

¹²⁵ Weißbuch, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 48), Tz. 46,47. Nach der Vorlage des Entwurfs der VO zur Ersetzung der VO Nr. 17/62, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 72) wird die Durchsetzung dieses Vorhabens auch kaum noch ernsthaft bezweifelt, *Bartosch*, EuZW 2001, 101, 102. Vgl. dazu auch oben S. 26, Kapitel Zwei:C.)III.)3.) „Für die nationalen Gerichte und Behörden“.

¹²⁶ Vgl. dazu unten S. 184, Kapitel Acht:A.)III.) „Fristen“.

5. Die derzeit existierende Rechtsunsicherheit der Unternehmen bei der Abgrenzung des Marktes sollte sich mittelfristig durch den zu erwartenden Ausbau der Rechtsprechung auf ein zumutbares Maß reduzieren lassen.
6. Die aus der vereinfachten wirtschaftlichen Betrachtungsweise resultierende Ungenauigkeit bei der Beurteilung von Marktmacht, ist im Rahmen des Gesamtkonzepts der GVO für Wettbewerb und Unternehmen ebenfalls als zumutbar anzusehen.
7. Durch die Einführung einer Marktanteilsschwelle wurde die GVO Nr. 2790/99 daher nicht vollkommen unpraktikabel. Insbesondere im Rahmen des Art. 3 der GVO wäre jedoch die Aufrechterhaltung der Möglichkeit, sich in Grenzfällen durch eine freiwillige Anmeldung Rechtssicherheit über die zivilrechtliche Wirksamkeit der Vereinbarung zu verschaffen, wünschenswert gewesen. Hierdurch hätte die Rechtssicherheit der Unternehmen bei der Marktabgrenzung im Rahmen einer gewissen Übergangsfrist wesentlich erhöht werden können.¹²⁷

¹²⁷ Vgl. dazu bereits oben S.25, Kapitel Zwei:C.)III.)2.)b.) „Wertung“.

Kapitel Sechs: Die „hard-core“ Liste und die „Bedingungen“: Die Artt. 4 und 5

In den Artt. 4 und 5 der GVO Nr. 2790/99 sind die Verpflichtungen aufgeführt, bei deren Vereinbarung trotz Erfüllung der sonstigen Vorgaben der GVO keine Freistellung erfolgt.

A.) Artikel 4

I.) Alte Rechtslage

Zur Systematik der Verbotsregelungen in den alten GVOen vgl. oben Kapitel Eins:A.)II.)b.) „Aufbau der GVOen“. Vergleichbare Regelungen werden unten bei den jeweiligen Vorschriften den alten GVOen gegenübergestellt.

II.) Relevante Erwägungsgründe

In Erwägungsgrund Nr. 10 der GVO Nr. 2790/99 widmet sich die Kommission den Kernbeschränkungen.

III.) Leitlinien

In dem Kapitel „Kernbeschränkungen im Sinne der Gruppenfreistellungsverordnung“ finden sich in den Tz. 46 – 56 der Leitlinien¹ gesonderte Erläuterungen zur „hard-core“ Liste der GVO.

Dabei widmen sich die:

- Tz. 46 der Reichweite des Art. 4.
- Tz. 47 dem Art. 4 Buchst. a).
- Tz. 48 den Handelsvertreterverträgen.
- Tz. 49 – 52 dem Art. 4 Buchst. b) und seinen Ausnahmen.
- Tz. 53 – 54 dem Art. 4 Buchst. c).
- Tz. 55 dem Art. 4 Buchst. d).
- Tz. 56 dem Art. 4 Buchst. e).

IV.) Allgemeines

Eine weitere grundlegende Neuerung stellt Art. 4 der GVO Nr. 2790/99 dar. Entgegen den bisherigen VOen enthält dieser weder eine Liste mit „weißen

¹ A.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

Klauseln², die festlegen, welche Vereinbarungen in jedem Fall erlaubt sind, noch „graue Klauseln“³, bei deren Anmeldung die Freistellung erst nach dem widerspruchslosen Ablauf einer bestimmten Frist eintritt.

Art. 4 der neuen GVO beschränkt sich lediglich auf die sog. „schwarze Liste“, die sämtliche Vereinbarungen aufführt, die in keinem Fall von der GVO erfasst werden.⁴ Den Parteien ist damit bei der Ausgestaltung ihrer Vereinbarungen also alles erlaubt, was in Art. 4 nicht explizit verboten wurde.

V.) Grundsätzliche Voraussetzungen und Auswirkungen der schwarzen Liste (Art. 4 S. 1)

Durch Art. 4 Satz 1 der GVO Nr. 2790/99 wird die Freistellung des Art. 2 der GVO insofern eingeschränkt, als dass dieser für solche vertikalen Vereinbarungen nicht gilt, „die unmittelbar oder mittelbar, für sich allein oder in Verbindung mit anderen Umständen unter der Kontrolle der Parteien“ die in den Buchst. a) bis e) aufgeführten Wettbewerbsbeschränkungen „bezwecken“.

1.) „Artikel 2 gilt nicht“

Die Erfüllung des Tatbestandes von Art. 4 der GVO durch eine vertikale Vereinbarung führt dazu, dass diesbezüglich die Freistellung vertikaler Vereinbarungen in Art. 2 der GVO „nicht gilt“.

a.) *Tragweite der Beschränkung*

Aus dieser Formulierung ist allerdings die Tragweite der Beschränkung durch Art. 4 der GVO nicht eindeutig erkennbar. Wie in den bisherigen GVOen wird nicht deutlich, ob lediglich die vom Tatbestand erfasste Wettbewerbsbeschränkung betroffen ist, oder ob sich die Nichtfreistellung auf sämtliche Verpflichtungen der Vereinbarung und damit auch auf eigentlich freigestellte Beschränkungen bezieht.

Ein Hinweis ergibt sich jedoch aus Erwägungsgrund Nr. 10, in dem es heißt, die GVO dürfe „keine Vereinbarungen freistellen, welche Beschränkungen enthalten, die für die Herbeiführung der vorgenannten günstigen Wirkungen unerlässlich sind“. Die Verwendung einer einzigen nach Art. 4 der GVO verbotenen Beschränkung reicht demnach für die Nichtanwendbarkeit der GVO auf die gesamte Vereinbarung aus.⁵

Auf diese Interpretation lässt auch der Umkehrschluss aus Art. 5 der GVO schließen, der eindeutig festlegt, dass die Freistellungswirkung nur für die „in vertikalen Vereinbarungen enthaltenen Verpflichtungen“ entfällt. Wenn dort explizit einzelne Verpflichtungen erwähnt werden, ist anzunehmen, dass Art. 4 der GVO, der

² Vgl. GVO Alleinvertrieb, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21), Art. 2; GVO Alleinbezug, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 22), Art. 2, Art. 7, Art. 11; GVO Franchise, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 23), Art. 2, Art. 3;

³ Vgl. GVO Franchise, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 23), Art. 6, Art. 7.

⁴ Die Kommission hat diese Liste im Vergleich zu ihrem Vorschlag im Follow-up, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn.43), S. 35, nach vorangegangener Kritik [vgl. WSA, Stellungnahme Veränderungsvorschlag VO Nr. 19/65, 3.12] gekürzt und präzisiert.

⁵ So auch *Bayreuther*, EWS 2000, 106, 113.

diese unerwähnt lässt, die Anwendbarkeit der GVO für die gesamte Vereinbarung entfallen lässt.

Deutlich wird die Kommission schließlich in Tz. 46 und 66 der Leitlinien⁶. Dort stellt sie fest, dass die Absprache als Ganzes vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgeschlossen sei, sofern der Tatbestand des Art. 4 der GVO erfüllt werde. Eine individuelle Freistellung vom Kartellverbot sei zudem unwahrscheinlich. Das sogenannte „Alles-oder-Nichts“ Prinzip bleibt somit auch in der neuen „Schirm“-GVO bestehen.

b.) Beibehaltung des „Alles-oder-Nichts“ Prinzips

Dies erscheint aufgrund der dargestellten Kritik an diesem Prinzip⁷ zunächst erstaunlich, zumal die Kommission eben gerade diese Äußerungen „beinahe aller Juristen“ noch im Grünbuch⁸ zum Anlass genommen hatte, seine Abschaffung vorzuschlagen.⁹ Bereits im Follow-up zum Grünbuch wurde dieser Vorschlag jedoch wieder zurückgenommen.¹⁰

Dieser Beibehaltung des „Alles-oder-Nichts“ Prinzips ist zuzustimmen. Sie lässt sich allerdings nicht allein mit dessen Sanktionswirkung begründen,¹¹ auch wenn diese im Rahmen der neuen freizügigeren GVO besonders von Nöten erscheint. Das Argument der Abschreckung galt auch schon für das alte Freistellungssystem, ohne dass es die mit dem „Alles-oder-Nichts“ Prinzip verbundene Kritik beseitigen konnte.

Diese wurde vielmehr als unverhältnismäßig angesehen. Bisher zeigten die GVOen den Vertragsparteien die Grenzen ihrer Freistellungswirkung nicht klar auf.¹² Dennoch lag bei Überschreitung dieser nicht definierten Grenzen das Risiko der Nichtigkeit einer Vereinbarung auf Seiten der Unternehmen. Das „Alles-oder-Nichts“ Prinzip verstärkte diese ungünstige Situation indem es die Nichtigkeit auch auf die freistellbaren Teile der Vereinbarung ausweitete.

Für das „Alles-oder-nichts“ Prinzip im Rahmen der GVO Nr. 2790/99 treffen diese Kritikpunkte jedoch nicht mehr zu. Mit der Generalklausel des Art. 2 der GVO wurde für den Bereich der vertikalen Vertriebsabsprachen im Rahmen des Gruppenfreistellungsverfahrens die Beschränkung auf bestimmte Vereinbarungstypen abgeschafft. Im Gegensatz zu früher können daher nun verschiedene Formen vertikaler Absprachen miteinander kombiniert werden, ohne dass sich daraus Risiken für die Freistellung der Vereinbarung ergeben. Des Weiteren ist auch das System der weißen Klauseln entfallen, sodass nunmehr alles erlaubt ist, was nicht in der GVO ausdrücklich verboten wurde. Folglich stellt sich für die Unternehmen das Problem der „überschießenden Wettbewerbsbeschränkungen“¹³ nicht mehr.

⁶ A.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

⁷ Vgl. oben, S. 10 f., Kapitel Eins:B.)II.)2.)c.) „Anwendbarkeit der GVOen“.

⁸ Grünbuch, a.a.O. (Einleitung: Fn. 3), Tz. 252.

⁹ So auch *Bayreuther*, EWS 2000, 106, 114.

¹⁰ Follow-up, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn.43), S. 39.

¹¹ So *Bayreuther*, EWS 2000, 106, 114; *Kallfass*, WuW 1999, 225, 243; *Polley/Seeliger*, WRP 2000, 1203, 1211; *Veelken*, ZVglRW 97 (1998), 241, 275.

¹² Vgl. oben S. 10, Kapitel Eins:B.)II.)2.)c.) „Anwendbarkeit der GVOen“.

¹³ Vgl. oben Kapitel Eins: Fn. 28.

Damit besteht aber für die Unternehmen auch kein Risiko der Nichtigkeit mehr, so lange sie die schwarzen Klauseln beachten.¹⁴ Die Anwendung des „Alles-oder-Nichts“ Prinzips kann daher im Rahmen der GVO Nr. 2790/99 nicht mehr als unverhältnismäßig angesehen werden und ist aufgrund seiner Sanktionswirkung deshalb zu begrüßen.

c.) *Zivilrechtliche Auswirkung der Nichtigkeit einer Vereinbarung*

Gemäß Art. 4 der GVO ist somit die gesamte wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung zwischen den Parteien nicht freigestellt, sobald auch nur ein Teil der Beschränkung dessen Tatbestand erfüllt. Auch eine Einzelfreistellung einer solchen Absprache ist unwahrscheinlich,¹⁵ sodass für derartige Absprachen de facto ein per se Verbot besteht.¹⁶ Gemäß Art. 81 Abs. 2 EGV ist dann von der Nichtigkeit der Vereinbarung auszugehen.

Dabei ist aber zu beachten, dass nur die nach Art. 81 Abs. 1 EGV verbotenen Vereinbarungen, nicht aber automatisch die kompletten Vertragswerke zwischen den Parteien nichtig sind. Lediglich solche Absprachen, die unmittelbar gegen Art. 81 Abs. 1 EGV verstoßen, von einer nichtigen Vereinbarung nicht zu trennen sind oder dem verbotswidrigen Vertragsinhalt dienen, werden gegenstandslos.¹⁷

Die Auswirkungen dieser Nichtigkeit einzelner Vereinbarungen auf den gesamten Vertrag richten sich entsprechend der allgemeinen Auffassung¹⁸ nach dem nationalen Recht und damit in Deutschland nach § 139 BGB. Im Falle der Nichtigkeit einer Vereinbarung ist also zu prüfen, ob die Parteien den Vertrag auch ohne die nichtigen Wettbewerbsbeschränkungen abgeschlossen hätten. Nur wenn eine solche Teilbarkeit der Vereinbarung mit dem hypothetischen Einverständnis der Parteien nicht angenommen werden kann, ist der Vertrag insgesamt als nichtig anzusehen.

¹⁴ So auch *Nolte*, BB 1998, 2429, 2436, der allerdings eine Verlagerung der Problematik auf die Frage befürchtet, ob die Vereinbarung einer schwarzen Klausel unterfällt oder nicht. Dieses Risiko stellt aber das übliche Risiko der Subsumtion unter einen Verbotstatbestand dar und ist den Unternehmen von daher durchaus zumutbar. A. A: *Rohardt*, WuW 1998, 1050, 1059.

¹⁵ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 46.

¹⁶ *Emmerich*, in: Dausen, EU – WR, Bd. 2, H.I. § 1, Rn. 298.

¹⁷ EuGH, Urteil v. 30.06.1966, Slg. 1966, Rs. 56/65 (Maschinenbau Ulm), 281, 304; EuGH, Urteil v. 13.07.1966, Slg. 1966, Rs. 56 u. 58/64 (Grundig/Consten), 322, 392f.; EuGH, Urteil v. 28.02.1991, Slg. 1991 I, Rs. C-234/89 (Delimitis/ Henninger Bräu), 935, 990; Die Kommission erwähnt in diesem Zusammenhang explizit Vereinbarungen, die im Zusammenhang mit der Erschließung von neuen räumlichen Märkten bzw. Produktmärkten stehen, Tz. 119 Nr. 10 der Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

¹⁸ EuGH, Urteil v. 30.06.1966, Slg. 1966, Rs. 56/65 (Maschinenbau Ulm), 281, 304; EuGH, Urteil v. 14.12.1983, Slg. 1983, Rs. 319/82 (Zementimport), 4173, 4184; EuGH, Urteil v. 18.12.1986, Slg. 1986, Rs. 10/86 (VAG France/Mange), 4071, 4088; BGH, Urteil v. 27.02.1969, KZR 3/68 (Fruchtsäfte), WuW/E BGH, 1000, 1001; BGH, Urteil v. 21.02.1989, KZR 18/84 (Schaumstoffplatten), NJW-RR 1989, 998, 999; Bunte/Sauter, EG-GVOen, S. 180 Rn. 50; Geiger, R., EUV/EGV, Art. 81, Rn. 36; Gleiss/Hirsch, EG – Kartellrecht, Bd. I, Art. 85, Rn. 1714; Koch, in: Grabitz/Hilf, EGV, Bd. I, Art. 85 Rn. 143; Bunte, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. I, Art. 81, Gen. Prinz. Rn. 210; Schmidt, K., in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, Art. 85 Abs. 2, Rn. 44; Schröter, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Art. 85 Rn. 207; Steindorff, Jura 1992, 561, 563;

2.) „Bezwecken“

Voraussetzung für die Zurechnung einer Wettbewerbsbeschränkung gemäß Art. 4 der GVO ist, dass die Parteien genau diese Auswirkung ihrer Absprache „bezweckt“ haben. Anders als bspw. in Art. 81 Abs. 1 EGV reicht es damit nicht aus, wenn die Parteien eine in Art. 4 der GVO genannte Wettbewerbsbeschränkung lediglich bewirken. Diese Voraussetzung beinhaltet somit das voluntative Element im Rahmen der Kausalität,¹⁹ die zwischen der Wettbewerbsbeschränkung und der Vereinbarung bestehen muss.

a.) *Zweckbegriff im EG - Kartellrecht*

Allerdings ist zu beachten, dass im Rahmen des Art. 81 Abs. 1 EGV der Zweckbegriff objektiv interpretiert wird. Das bedeutet, dass dort der Zweck der Maßnahme selbst, also ihre wettbewerbsbeschränkende Zielsetzung oder Tendenz, und nicht etwa die von den Beteiligten subjektiv verfolgten, nur schwer nachweisbaren Absichten maßgebend sind.²⁰ Angesichts der Tatsache, dass auch im Rahmen der Anwendung der GVO diese Absichten der Parteien nur schwer zu ermitteln sein werden, ist anzunehmen, dass auch hier von einem objektiv zu bewertenden Zweckbegriff ausgegangen werden kann. Das bedeutet, dass insbesondere die praktische Ausführung der Vereinbarung für die Bewertung maßgeblich ist.

Dabei hat die Kommission in der Vergangenheit oft aus einseitigen Handlungen einer Partei eine konkludente Vereinbarung hergeleitet, wenn die andere Seite sich ihnen nicht widersetzt hat.²¹ Nun hat das EuG jedoch entschieden, dass einseitiges Verhalten von Unternehmen gegebenenfalls nur als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung angesehen werden kann.²² Ansonsten muss positiv das Vorliegen einer Vereinbarung nachgewiesen werden.²³

Um Missverständnisse zu vermeiden sollten die Parteien dennoch bei den Vertragsverhandlungen möglichst detailliert und in enger Anlehnung an den Wortlaut der Kernbeschränkungen des Art. 4 festhalten, welchen Beschränkungen der Händler unterliegt.²⁴

¹⁹ Roniger, Das neue Vertriebskartellrecht, Art. 4 Rn. 3.

²⁰ Kommission, Entscheidung v. 13.12.1989, Rs. 90/38 (Bayo-n-ox) ABI.EG 1990, Nr. L 21/71, 76; *Bunte*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. I, Art. 81, Gen. Prinz. Rn. 97; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, Art. 85 Abs. 1 Rn. 241; ders., in: Dausen, EU – WR, Bd. 2, H.I. §1 Rn. 136; Geiger, R., EUV/EGV, Art. 81 Rn. 23; Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht, Bd. I, Art. 85 Rn. 148; *Mailänder*, in: Gemeinschaftskommentar, 3. Aufl., 3. Lief., EWGV-Art. 85 Rn. 25; *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Art. 85 Rn. 111; *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf, EGV, Bd. 1, Art. 81 Rn. 141.

²¹ Vgl. bspw. Kommission ABI.EG 1978, L 322/36, 38 („Zanussi“); und zuletzt: ABI.EG 1996, L 201/1 („Adalat“).

²² EuG, Urteil v. 26.10.2000, WuW/Eu-R 367 („Adalat“).

²³ *Schultze/Pautke/Wagener*, Die Gruppenfreistellungsverordnung, Rn. 458.

²⁴ Bauer/de Bronett, Die EU – Gruppenfreistellungsverordnung, S. 62.

b.) *Vorliegen einer tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkung*

Des Weiteren geht aus der Formulierung hervor, dass das Vorliegen einer tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkung nicht notwendiger Weise Tatbestandsvoraussetzung ist. Wie bei Art. 81 Abs. 1 EGV kann man in der Regel annehmen, dass die Unternehmen die bezweckte Wirkung auch hervorrufen können.²⁵ Es genügt daher, wenn die Vereinbarung eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung für die Zukunft lediglich bezweckt und die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind.²⁶

3.) „Unmittelbar oder mittelbar, für sich allein oder in Verbindung mit anderen Umständen unter der Kontrolle der Parteien“

Schließlich muss die Vereinbarung „unmittelbar oder mittelbar, für sich allein oder in Verbindung mit anderen Umständen unter der Kontrolle der Vertragsparteien“ eine in Art. 4 GVO aufgeführte Wettbewerbsbeschränkung bezwecken. Hierbei handelt es sich um das zweite Element der Kausalität, die zwischen der Vereinbarung der Parteien und der Wettbewerbsbeschränkung bestehen muss. Die Einschränkung des Wettbewerbs muss von den Vertragspartner „beherrscht“ werden können. Sofern sich die Beschränkung also nicht aus der Vertragsklausel selbst, sondern nur durch Hinzutreten weiterer Umstände ergibt, müssen diese Umstände dem Einflussbereich der Parteien zuzurechnen sein.²⁷ Ein bloßes Bewirken der Beschränkung, oder die Verwirklichung durch andere Marktteilnehmer genügt nicht.²⁸

Allerdings bleibt offen, was unter den genannten „Umständen“ zu verstehen ist, bzw. wie weit die „Kontrolle“ der Vertragsparteien tatsächlich gehen muss.²⁹ Auch die Leitlinien geben hier keinen Aufschluss. Da eine vergleichbare Voraussetzung auch aus den bisherigen GVOen nicht bekannt ist, wird diesbezüglich die Entscheidungspraxis der Kommission abgewartet werden müssen.

Auch was unter dem Begriff „mittelbar“ zu verstehen ist, ergibt sich nicht aus dem Text der GVO selbst. Allerdings geben die Leitlinien zu den Art. 4 Buchst. a) und b)³⁰ diesbezüglich einige Beispiele. In Anbetracht der Tatsache, dass nach der „Adalat“-Entscheidung³¹ eine zweiseitige Vereinbarung erforderlich ist, stellt sich allerdings die Frage, wie eine solche mittelbar getroffen werden soll.

²⁵ So in Bezug auf Art. 85 Abs. 1 EGV [Art. 81 Abs. 1 EGV n. F.] schon: *Mestmäcker*, Europäisches Wettbewerbsrecht, §16 S. 224.

²⁶ EuGH, Urteil v. 13.07.1966, Slg. 1966, Rs. 56 u. 58/64 (Grundig/Consten), 322, 342

²⁷ In diesem Fall liegt auch keine Vereinbarung im eigentlichen Sinn vor, da der Vertragspartner ja durch Druckmittel zur Einhaltung der Wettbewerbsbeschränkung gezwungen wird. Eine erfolglose Anreizregelung entspricht insofern einer abgelehnten Vereinbarung und ist deshalb unschädlich, Bauer/de Bronett, Die EU – Gruppenfreistellungsverordnung, S. 65.

²⁸ Roniger, Das neue Vertriebskartellrecht, Art. 4 Rn. 3.

²⁹ *Liebscher/Petsche*, EuZW 2000, 400, 402.

³⁰ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 47/49. Vgl. dazu bereits oben S. 34, Kapitel Drei:A.)V.)3.) „unmittelbare oder mittelbare Verpflichtungen“.

³¹ Vgl. oben Fn. 22.

VI.) Kaufpreisbindungen (Art. 4 Buchst. a)

Die erste Regelung des Art. 4 nimmt in Buchst. a) Beschränkungen des Käufers, in der Möglichkeit seinen Verkaufspreis selbst festzulegen, von der Freistellungswirkung der GVO grundsätzlich aus.

Damit sind weder direkte noch indirekte Eingriffe in die Preisgestaltung des Käufers beim Wiederverkauf der Ware zulässig.

1.) Alte Rechtslage

Kaufpreisbindungen waren sowohl gemäß den bisher geltenden Vertikal-GVOen,³² als auch nach der geltenden Entscheidungspraxis von EuGH³³ und Kommission³⁴ untersagt. Preisempfehlungen wurden im Rahmen der GVOen nur von der GVO Franchise behandelt. Danach waren sie zulässig, soweit sie nach nationalem Kartellrecht gestattet waren.³⁵

2.) Höchstpreise und Preisempfehlungen

Ausgenommen von dem Verbot des Art. 4 Buchst. a) sind die Festlegung von Höchstverkaufspreisen und Preisempfehlungen. Dies jedoch nur unter der Voraussetzung, dass sie sich nicht infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Vergünstigungen tatsächlich wie Fest- oder Mindestpreise auswirken.³⁶

a.) Unklare Formulierung

Es wird vertreten, die „Floskel“ des Art. 4 Buchst. a) „...unbeschadet der Möglichkeit...“ mache nicht deutlich, ob Höchstpreisbindungen nun definitiv zugelassen seien. Sie lasse vielmehr die Interpretation zu, es solle nur auf Bindungen verwiesen werden, die keine Wettbewerbsbeschränkungen i.S. des Art. 81 Abs. 1 EGV darstellten und deswegen weiterhin vereinbart werden könnten. Die Formulierung in Art. 4 Buchst. a) sei daher unklar.³⁷

Eine solche Auslegung des Verordnungstextes erscheint jedoch zu einseitig. Dies macht insbesondere die Einschränkung deutlich, dass sich Höchstpreise oder

³² Vgl. Erwgr. Nr. 8 der GVOen Alleinvertrieb (a.a.O. Kapitel Eins: Fn. 21) und Alleinbezug (a.a.O. Kapitel Eins: Fn. 22) sowie Art. 5e und Erwgr. Nr. 13 der GVO Franchise (a.a.O. Kapitel Eins: Fn. 23).

³³ EuGH, Urteil v. 03.07.1985, Rs. 243/83 (Binon/AMP), Slg. 1985, S. 2015, 2045 Tz. 39 ff..

³⁴ Kommission, Entscheidung, v. 05.10.1973 (Deutsche Philips), ABI.EG 1973 Nr. L 293/40; Entscheidung v. 22.12.1976 (Gerofabriek), ABI.EG 1977, Nr. L 16/8; Entscheidung v. 12.12.1988 (Buchpreisvereinbarungen), ABI.EG 1989, Nr. L 22/12.

³⁵ Vgl. Erwgr. Nr. 13 der GVO Franchise (a.a.O. Kapitel Eins: Fn. 23).

³⁶ In dieser Feststellung in Art. 4 Buchst. a) 2. HS ist eine Konkretisierung der Vorgabe aus Art. 4 Satz 1 der GVO zu sehen. Sie wäre eigentlich überflüssig, wenn die dort verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe erläutert worden wären.

³⁷ Bayreuther, EWS 2000, 106, 111.

Preisempfehlungen nicht wie übliche Preisbindungen auswirken dürfen.³⁸ Sie lässt darauf schließen, dass die Kommission hier von einer Dimension ausgeht, die dazu geeignet ist, den Wettbewerb zwischen den Staaten i.S. des Art. 81 Abs. 1 EGV zu beeinträchtigen.

Im Übrigen entspricht es der Auffassung der Kommission, dass Höchstpreisbindungen unter den in Art. 4 Buchst. a) der GVO genannten Voraussetzungen definitiv freigestellt sind.³⁹

b.) Keine Wirkung wie übliche Preisbindungen

Die Ausnahme vom Verbot des Art. 4 Buchst. a) der GVO gilt jedoch nur, wenn die Vereinbarungen über Höchstpreise oder Preisempfehlungen nicht dieselbe Bindungswirkung für den Käufer haben wie Fest- oder Mindestverkaufspreise.⁴⁰

Eine derartige Bindungswirkung können Höchstpreise bspw. erzeugen, wenn sie so niedrig angesetzt sind, dass es dem Käufer praktisch nicht mehr möglich ist, sie zu unterschreiten.⁴¹

Preisempfehlungen dürfen außerdem zu keinerlei Verhaltensabstimmungen führen.⁴² Diese Gefahr besteht, wenn dem Käufer der Anreiz genommen wird, den Wiederverkaufspreis gegenüber den Vorgaben des Lieferanten zu ändern, wie bspw. das Aufdrucken einer Preisempfehlung auf die Ware.⁴³

3.) Meistbegünstigungsklauseln

Weiterhin sind gemäß Art. 4 Buchst. a) der GVO lediglich Preisbeschränkungen unzulässig, die dem „Käufer“ auferlegt werden.

Teilweise bestand in der Literatur Unklarheit darüber, ob damit die Beschränkung des Lieferanten durch sog. Meistbegünstigungsklauseln⁴⁴ freigestellt sei.⁴⁵ Deren

³⁸ Vgl. dazu unten b.).

³⁹ *Peeperkorn*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001.

⁴⁰ Im Anschluss an das Grünbuch war der Vorschlag der Freistellung von Höchstpreisbindungen und Preisempfehlungen wegen deren Gefahr der preisbindenden Wirkung kritisiert worden; vgl. BKartA, Stellungnahme Grünbuch, S. 11; sowie Stellungnahme Follow-up, S. 5; *Veelken*, ZvglRW 97 (1998), 241, 262.

⁴¹ EuGH, Urteil v. 06.11.1979, Rs. 16 – 20/79 (Danis), Slg. 1979, 3327, 3339 f., Tz. 7ff..

⁴² EuGH, Urteil v. 28.01.1986, Rs. 161/84 (Pronuptia), Slg. 1986, 353, 384, Tz. 25.

⁴³ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 47.

⁴⁴ Dabei handelt es sich um die Verpflichtung des Lieferanten, keinem Dritten günstigere Preise oder Konditionen als dem Abnehmer einzuräumen (einfache Meistbegünstigung), bzw. dem Abnehmer die gleichen günstigeren Vertragsbedingungen zu gewähren, die er mit dem Dritten vereinbart hat (leistungsbedingte Meistbegünstigung). *Kirchhoff*, WuW 1995, 361, 370; *Nolte*, BB 1998, 2429, 2434.

⁴⁵ Vgl. *Ackermann*, EuZW 1999, S. 743, „freigestellt dürften ... sein“; *Nolte*, BB 1998, 2429, 2434, „dürften ... gegen das Preisbindungsverbot verstoßen“; *Polley/Seeliger*, WRP 2000, 1203, 1212, „Ein Unwirksamkeitsrisiko besteht jedoch...“; dieselben, in: CR 2001, 1, 8. Hingegen *Semmler/Bauer*, DB 2000, 193, 197, „Meistbegünstigungsklauseln...zulässig sind“.

Beurteilung als Wettbewerbsbeschränkung war bisher ebenfalls umstritten.⁴⁶ Mittlerweile hat die Kommission jedoch eindeutig klargestellt, dass Art. 4 Buchst. a) ausschließlich Beschränkungen des Käufers betrifft und dass Meistbegünstigungsklauseln im Umkehrschluss daher freigestellt werden.⁴⁷

Zu beachten ist aber, dass die Durchsetzung einer Meistbegünstigungsklausel einerseits in den meisten Fällen auf einer erhöhten Nachfragemacht des Käufers beruhen wird und sie andererseits dazu geeignet ist, diese zu verfestigen oder zu verstärken. Da die Nachfragemacht durch die GVO jedoch nur mittelbar kontrolliert wird,⁴⁸ wird hier in Zukunft insbesondere auf missbräuchliche Vereinbarungen zu achten sein.

4.) Handelsvertreter

In Tz. 48 der Leitlinien⁴⁹ erläutert die Kommission, dass bei Handelsvertreterverträgen üblicherweise der Auftraggeber den Verkaufspreis festlegt, da die Ware nicht in das Eigentum des Handelsvertreters übergeht. Mit dieser Regelung widerspricht sich die Kommission selbst. In den Leitlinien unterscheidet sie zwischen echten und unechten Handelsvertreterverhältnissen. Während echte Handelsvertreterverträge nicht unter Art. 81 Abs. 1 EGV fallen, ist dies bei unechten der Fall, sodass die GVO zur Anwendung kommt. Diese Unterscheidung wurde von ihr vorgenommen, um die Umgehung des Preisbindungsverbots in Art. 4 Buchst. a) der GVO zu verhindern.⁵⁰ Die Regelung in Tz. 48 der Leitlinien bezieht sich aber gerade auf diesen Art. 4 Buchst. a), sodass demnach auch bei unechten Handelsvertretern zumindest eine mittelbare eine Preisbindung durch den Auftraggeber möglich ist.

Gemäß Tz. 48 der Leitlinien darf dem Handelsvertreter nämlich lediglich nicht untersagt werden, seine Provision mit dem Kunden zu teilen. Bereits eine Einschränkung in diesem Recht stellt eine Kernbeschränkung i.S. des Art. 4 Buchst. a) der GVO dar. Der Vertreter muss also die Möglichkeit haben, den Verkaufspreis zu senken, solange dadurch das Einkommen des Auftraggebers nicht geschmälert wird.⁵¹

Da somit sowohl bei echten als auch bei unechten Handelsvertretern die Preise vom Geschäftsherren zumindest mittelbar vorgegeben werden können, erscheint der Sinn der Novellierung des Handelsvertreterrechts um so fraglicher.

⁴⁶ Für Meistbegünstigungsklauseln als Verstoß gegen das europäische Preisbindungsverbot: *Koch*, in: Grabitz/Hilf, EGV, Bd. 1, Art. 85, Rn. 129 a. E.; *Nolte*, BB 1998, 2429, 2435; *Rahlmeyer*, in: Martinek/Semmler, Handbuch des Vertriebsrechts, § 30, Rn. 183. Für die grundsätzliche Unbedenklichkeit von Meistbegünstigungsklauseln hingegen: *Gleiss/Hirsch*, EG-Kartellrecht, Bd. I, Art. 85, Rn. 298. Umfassend zu dieser Frage: *Kirchhoff*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 10 Rn. 277; derselbe, in: WuW 1995, 361, 370 f..

⁴⁷ *Peeperkorn*, BDI-Praxisseminar Vertikale Verträge, vom 22.03.2001, Düsseldorf.

⁴⁸ Vgl. dazu oben S. 107, Kapitel Fünf:A.)IV.)3.) „Unterbewertung der Nachfragemacht“.

⁴⁹ A.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

⁵⁰ Vgl. dazu oben S. 67ff., Kapitel Vier:A.)III.)6.)c.) „Handelsvertreterverträge“.

⁵¹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 48. Diese Regelung geht zurück auf die Entscheidung der Kommission v. 07.11.1991, Rs. 91/562 (Eirpage), ABl.EG 1991, Nr. L 306/22, Rn. 6.

5.) Preisbindungen im GWB

Mit ihrer Freistellung von Höchstpreisbindungen unterscheidet sich die GVO vom deutschen Kartellrecht, das in § 14 GWB sämtliche Preisbindungen untersagt. Von dieser Regelung sind auch die Höchstpreise erfasst.⁵² Sobald die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllt ist, wird diese Regelung jedoch vom europäischen Wettbewerbsrecht verdrängt.⁵³ Aufgrund der Tatsache, dass im Gemeinschaftsrecht die Vereinbarung von Höchstpreisen nicht wie eine der sonstigen Preisbindungen wirken darf, dürften sich die tatsächlichen Divergenzen zwischen den beiden Rechtssystemen allerdings in Grenzen halten.⁵⁴

Ähnlich verhält es sich mit den Preisempfehlungen, die nach EG-Kartellrecht nunmehr ausgesprochen werden dürfen, solange sie die Voraussetzungen des Art. 4 Buchst. a) der GVO erfüllen. Im deutschen Wettbewerbsrecht beschränkt sich die Zulassung von Preisempfehlungen gemäß § 22 Abs. 2 GWB hingegen nur auf die KMU, Rationalisierungsverbände sowie Wirtschafts- und Berufsvereinigungen. Unverbindliche Preisempfehlungen sind nach § 23 GWB nur für Markenwaren gestattet. Auch diese Regelung wird bei Vereinbarungen, die das Merkmal der Zwischenstaatlichkeit erfüllen, von der europäischen Regelung verdrängt.

Schließlich sind auch Meistbegünstigungsklauseln von § 14 GWB erfasst.⁵⁵ Auch hier droht damit demnächst eine Ungleichbehandlung zwischen Vereinbarungen, die das Merkmal der Zwischenstaatlichkeit erfüllen und solchen, die dies nicht tun und damit dem strengeren GWB unterfallen.⁵⁶

6.) Auswirkungen auf bestehende und zukünftige Verträge (Ergebnis)

1. Bestehende Verträge müssen nicht abgeändert werden, da das Preisbindungsverbot aus den alten Regelungen bekannt ist. Bei Handelsvertreterverhältnissen kann weiterhin eine Preisbindung stattfinden, selbst wenn diese nach den Leitlinien als unecht einzustufen sind. Dem Vertreter darf jedoch nicht untersagt werden, seine Provision an den Kunden weiterzugeben.
2. Unter den genannten Voraussetzungen gestattet die GVO nunmehr ausdrücklich auch Höchstpreisbindungen, Preisempfehlungen und

⁵² BGHZ 51, 163, 166f.; 80, 43ff.; BGH, Urteil v. 23.10.1979, KZR 22/78 (Berliner Musikschule), WuW/E BGH 1661; BGH, Urteil v. 08.05.1990, KZR 23/88 (Nora-Kundenrückvergütung), WuW/E BGH 2647, 2649 (alle in Bezug auf § 15 GWB a.F.); Bechtold, Kartellgesetz, §14 Rn. 8; *Hossenfelder*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001; *Klosterfelde/Metzlaff*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, § 14, Rn. 46;

⁵³ Vgl. oben S. 95, Kapitel Vier:A.)VII.)2.) „Verhältnis der GVO zu den nationalen Kartellrechtsordnungen“.

⁵⁴ *Hossenfelder*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf; a.A.: *Lange*, Das Handbuch des europäischen Kartellrechts, S. 261, der davon ausgeht, dass besonders die KMU unter den Auswirkungen der verschiedenen Rechtssysteme zu leiden haben werden.

⁵⁵ BGHZ 80, 43ff. „Garant-Lieferprogramm“ (in Bezug auf § 15 GWB a.F.); Bechtold, Kartellgesetz, §14 Rn. 8; *Hossenfelder*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001; *Klosterfelde/Metzlaff*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, § 14, Rn. 50;

⁵⁶ Zu den Perspektiven für rein innerstaatlich wirkende Vereinbarungen siehe oben S. 95 ff., Kapitel Vier:A.)VII.)2.) „Verhältnis der GVO zu den nationalen Kartellrechtsordnungen“.

Meistbegünstigungsklauseln. Darüber hinaus wird hier das eventuell strengere nationale Kartellrecht verdrängt. Dies eröffnet den Unternehmen insbesondere im Bereich des Franchising neue Möglichkeiten der Ausgestaltung von Vertriebsbindungen.

VII.) Wiederverkaufsbeschränkungen (Art. 4 Buchst. b)

Des Weiteren werden in Art. 4 Buchst. b) der GVO Vereinbarungen von der Gruppenfreistellung ausgenommen, die den Käufer in seinem Verkaufsgebiet oder Kundenkreis, in dem er die Vertragswaren oder Dienstleistungen verkaufen darf, unmittelbar oder mittelbar einschränken. Diese Kernbeschränkung will die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Kundengruppen verhindern.⁵⁷

1.) Alte Rechtslage

In den bisherigen Vertikal-GVOen existierte keinerlei Einschränkung in Bezug auf Begrenzungen des aktiven Verkaufs durch den Wiederverkäufer.⁵⁸ Insbesondere konnte den Abnehmern verboten werden außerhalb des Vertragsgebietes Kunden zu werben.

2.) Alleinvertrieb und Kundenaufteilung

Art. 4 Buchst. b) der GVO regelt aber auch vier Ausnahmen von dem Verbot der Wiederverkaufsbeschränkung. Die erste Ausnahme ermöglicht gemäß Spiegelstrich 1 Beschränkungen „des aktiven Verkaufs in Gebiete oder an Gruppen von Kunden, die der Lieferant sich selbst vorbehalten oder ausschließlich einem anderen Käufer zugewiesen hat“. Damit sind der Alleinvertrieb und die sogenannte Kundenaufteilung vom Verbot des Art. 4 Buchst. b) der GVO ausgenommen.

Die Verkäufe durch die Kunden des Abnehmers dürfen von dieser Ausnahme aber nicht begrenzt werden. Das heißt, der Käufer darf bspw. nicht dazu verpflichtet werden, seine Kunden nur unter dem Vorbehalt zu beliefern, dass sie nicht in Exklusivgebiete oder –kundengruppen anderer Vertriebshändler liefern.⁵⁹

a.) Aktiver/passiver Verkauf;

Gemäß den Leitlinien ist unter „aktivem Verkauf“ in diesem Zusammenhang die aktive Ansprache individueller Kunden in einem Gebiet oder einer Kundengruppe zu verstehen, das bzw. die ausschließlich einem anderen Vertriebshändler zugewiesen wurde. Davon erfasst wird bspw. Werbung mittels Direktversand von Briefen oder durch persönlichen Besuch sowie Werbung in den Medien, die sich speziell an die

⁵⁷ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 49.

⁵⁸ Vgl. Art. 2 Abs. 2 Buchst. c) der GVO Alleinvertrieb, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21); Art. 2 Abs. 2 der GVO Alleinbezug, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 22) und Art. 2 Buchst. d) der GVO Franchise, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 23).

⁵⁹ Roniger, Das neue Vertriebskartellrecht, Art. 4 Rn. 17. Vgl. einschränkend dazu allerdings Art. 4 Buchst. b) 2. Spiegelstrich der GVO.

fragliche Kundengruppe oder speziell an die Kunden in dem fraglichen Gebiet richtet. Die Errichtung eines Lagers oder einer Vertriebsstätte in dem Verkaufsgebiet eines anderen Händlers ist ebenfalls als aktiver Verkauf anzusehen.⁶⁰ Diese Definition entspricht der Begriffsbestimmung in Art. 2 Abs. 2 Buchst. c) der bisher geltenden GVO Alleinvertrieb.⁶¹

Im Gegensatz dazu stellt der „passive Verkauf“ in diesem Zusammenhang die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen dar. Davon erfasst sind bspw. allgemeine Werbe- oder Verkaufsförderungsmaßnahmen. Diese können nicht lediglich aufgrund der Tatsache, dass sie eine über das vom Vertrag betroffene Gebiet hinaus ausstrahlende Wirkung erzielen, als aktiver Verkauf angesehen werden, da je nach Wahl des Mediums solche Effekte nicht zu vermeiden sind.⁶² Vielmehr sind sie zulässig, sofern sie eine vernünftige Alternative zur Ansprache der eigenen Kundenkreise oder von Kundengruppen in nicht zugewiesenen Gebieten darstellen.⁶³

b.) *Internet*

Entsprechend den gemachten Ausführungen sieht die Kommission gemäß den Leitlinien den Rückgriff auf das Internet als „passiven Verkauf“ an, so lange den Kunden nicht unaufgefordert E-Mails mit Werbeinhalt zugesandt werden. Unzulässig wäre außerdem die Verwendung sog. Banner, die auf speziellen Seiten platziert werden, welche Kunden aus einem Gebiet zugänglich sind, das einem anderen Vertriebshändler zugewiesenen wurde. Dies soll grundsätzlich unabhängig von der dabei auf der Website verwendeten Sprache gelten.⁶⁴ Obwohl der Lieferant wie beim herkömmlichen Vertrieb auch Qualitätsanforderungen an den Verkauf über das Internet stellen können soll, darf er diesen nicht ohne sachliche Gründe verbieten oder ausschließlich sich selbst vorbehalten.⁶⁵

Die Kommission erklärt in diesem Zusammenhang allerdings nicht, welche Gründe sachlich geeignet wären, ein Verbot des Internetverkaufs zu rechtfertigen.⁶⁶ Ebenso wird nicht klar, was für Qualitätsanforderungen an den Verkauf über das Internet gestellt werden dürfen. Hinzu kommt die nur oberflächliche Differenzierung der Kommission bezüglich der Verkaufsform, wonach lediglich das unaufgeforderte Versenden von E-Mails und die Verwendung von Bannern einen aktiven Verkauf

⁶⁰ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 50.

⁶¹ A.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21). *Semmler/Bauer*, DB 2000, 193, 197; zu Art. 2 Abs. 2 Buchst. c) der GVO Alleinvertrieb: *Bunte/Sauter*, EG-GVOen, S. 257 Rn. 28; *von Stoephasius*, in: *Langen/Bunte*, Kartellrecht, Bd. 1, Art. 81 Fallgruppen Rn. 377; *Jacob-Siebert/Jorna*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Art. 85 - Liefer- und Bezugsvereinbarungen Rn. 106; *Veelken*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 451 Rn. 45.

⁶² *Ackermann*, EuZW 1999, 741, 743.

⁶³ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 50.

⁶⁴ Über die Auswirkungen der verwendeten Sprache besteht jedoch Streit in der Literatur, vgl. *Schultze/Pautke/Wagener*, Die Gruppenfreistellungsverordnung, Rn. 574f. m.w.N..

⁶⁵ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 51.

⁶⁶ Die Vermutungen in der Literatur gehen dahin, dass bei objektiv gefährlichen Gütern ein Vertriebsverbot über das Internet gerechtfertigt ist; *Schultze/Pautke/Wagener*, Die Gruppenfreistellungsverordnung, Rn. 555.

darstellt. Denn damit wird bspw. das gezielte und damit aktive Vernetzen der Seite mit den entsprechenden Suchmaschinen durch sog. „meta tags“ nicht erfasst.⁶⁷

Die genannten Punkte machen deutlich, dass der Internetvertrieb als neue Verkaufsform eigentlich einer gesonderten oder zumindest differenzierteren Bewertung bedarf. Die Ausführungen in den Leitlinien sind daher trotz ihres relativ großen Umfangs für die Praxis als nur bedingt tauglich anzusehen.

c.) *Zuweisung*

Die Zuweisung eines Gebietes oder einer Kundengruppe i.S. des Art. 4 Buchst. b) 1. Spiegelstrich der GVO liegt nach den Leitlinien dann vor, wenn der Lieferant damit einverstanden ist, sein Produkt an lediglich einen Vertriebshändler zum Vertrieb in einem bestimmten Gebiet oder an eine bestimmte Kundengruppe zu verkaufen. Der ausschließliche Vertriebshändler muss dabei gegen aktiven Verkauf in seinem Gebiet oder an seine Kundengruppe durch den Lieferanten innerhalb der Gemeinschaft geschützt werden. Eine Verknüpfung von Gebiets- und Kundengruppenzuweisung kann bspw. durch die Gewährung eines Alleinvertriebsrechts in Bezug auf eine bestimmte Kundengruppe in einem bestimmten Gebiet erfolgen, so lange dadurch die passiven Verkäufe an Kunden in diesem Gebiet nicht beeinträchtigt werden.⁶⁸

Aus der Verwendung des Perfekt⁶⁹ ergibt sich, dass eine derartige Zuweisung bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehen muss. Ist dies nicht der Fall, so besteht im Umkehrschluss für den Wiederverkäufer die Möglichkeit, an Kunden in diese freien Gebiete aktiv zu verkaufen.

d.) *„Sich selbst oder ausschließlich einem anderen“*

Der Lieferant muss das Gebiet oder die Kundengruppe sich selbst⁷⁰ oder ausschließlich einem anderen zugewiesen haben.

Wann eine Zuweisung des Lieferanten „an sich selbst“ vorliegt, erläutern die Leitlinien der Kommission allerdings nicht.

(1) Literatur

Semmler/Bauer gehen davon aus, dass eine Zuweisung vorliegt, wenn der Lieferant angibt, die sich selbst vorbehaltenen Gebiete oder Kundengruppen in Zukunft beliefern zu wollen, bzw. sie durch andere Exklusivabnehmer beliefern zu lassen. Fraglich sei jedoch, ob diese Angabe auch eine ausreichende Realisierungschance voraussetze, oder ob es genüge, wenn der Lieferant sich lediglich die vage Option einer Exklusivbelieferung offen halten wolle.⁷¹ *Pautke/Schultze* halten in diesem

⁶⁷ Vgl. hierzu ausführlich Pautke/Schultze, BB 2001, 317ff.

⁶⁸ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 50.

⁶⁹ „zugewiesen hat“.

⁷⁰ Im Entwurf der GVO war diese Möglichkeit offensichtlich vergessen worden; vgl. Art. 3 Buchst. b) 1. Spiegelstrich GVO – Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33). So ausdrücklich: *Liebscher/Petsche*, EuZW 2000, 400, 403; vgl. auch: *Ackermann*, EuZW 1999, 741, 743.

⁷¹ *Semmler/Bauer*, DB 2000, 193, 198.

Zusammenhang eine Selbstbehalt für möglich, sofern der Lieferant innerhalb einer Frist von 6 bis 24 Monaten das betreffende Gebiet selbst beliefern kann.⁷²

Eine ausreichend sichere Erschließung durch den Lieferanten ist für *Polley/Seeliger* Voraussetzung in dieser Frage. Diese Annahme beruht auf der Interpretation, Art. 4 Buchst. b) 1. Spiegelstrich der GVO wolle ein Unterbinden des aktiven Verkaufs nur noch zulassen, wo bereits ein anderer tätig sei.⁷³ Ohne die Voraussetzung der gesicherten Erschließung könne der Lieferant sich zunächst das gesamte Gemeinschaftsgebiet vorbehalten, um dann nur einen bestimmten Teil an seinen Käufer abzutreten. Dieser hätte damit keine Möglichkeiten des aktiven Wiederverkaufs außerhalb des ihm zugewiesenen Gebietes oder der ihm zugewiesenen Kundengruppe mehr.⁷⁴ Die Regelung des Art. 4 Buchst. b) 1. Spiegelstrich liefe damit leer.⁷⁵

Die tatsächliche Chance für die Exklusivbelieferung des vom aktiven Verkaufsverbot betroffenen Gebietes oder Kundenkreises wird damit als ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal angesehen. Dadurch würden die Möglichkeiten des Lieferanten zur Vereinbarung eines Verbots des aktiven Verkaufs eingeschränkt.

(2) Kommission

Nach Ansicht der Kommission soll es genügen, wenn der Lieferant angibt, dass er das betroffene Gebiet oder die betroffene Kundengruppe in Zukunft selber bearbeiten will. Eine reelle Chance auf eine zukünftige Exklusivbelieferung muss hingegen nicht bestehen. Es sei äußerst unwahrscheinlich, dass ein Lieferant den aktiven Verkauf in einem Gebiet untersagen werde, in dem für ihn mittelfristig keine Chance bestehe, ein Vertriebssystem zu errichten. Ihm gingen damit wertvolle Märkte verloren. Deshalb sei davon auszugehen, dass der Lieferant auch nur die Gebiete oder Kundengruppen mit einem aktiven Verkaufsverbot belegen werde, die er in Zukunft anderweitig beliefern will.⁷⁶

Das Verbot des aktiven Verkaufs außerhalb eines dem Käufer zugewiesenen Gebietes oder Kundenkreises soll daher entgegen der oben dargestellten Meinung nicht nur noch dort möglich sein, wo bereits ein anderer aktiv tätig ist, bzw. wo eine reelle Chance darauf besteht. Art. 4 Buchst. b) 1. Spiegelstrich regelt vielmehr lediglich, dass das Verbot der aktiven Kundenakquisition außerhalb eines dem Käufer zugewiesenen Bereichs im Gegensatz zur Beschränkung der passiven Kundenakquisition der Anwendbarkeit der GVO nicht entgegensteht.⁷⁷

⁷² Pautke/Schultze, BB 2001, 317, 320.

⁷³ *Polley/Seeliger*, CR 2001, 1, 8; *dieselben*, in: WRP 2000, 1203, 1213.

⁷⁴ *Liebscher/Petsche*, EuZW 2000, 400, 403.

⁷⁵ *Polley/Seeliger*, WRP 2000, 1203, 1213.

⁷⁶ *Peeperkorn*, BDI – Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf.

⁷⁷ *Ackermann*, EuZW 1999, 741, 743. So auch Bauer/de Bronett, Die EU – Gruppenfreistellungsverordnung, S. 74, die sogar für eine extensive Auslegung des Ausnahmetatbestands eintreten. Danach soll auch das Verbot zulässig sein, wenn der Lieferant plant, das Gebiet in Zukunft durch einen anderen beliefern zu lassen.

e.) *Auswirkungen auf bestehende und zukünftige Verträge (Ergebnis)*

1. Gemäß Art. 4 Buchst. b) 1. Spiegelstrich der GVO muss im Vorhinein festgelegt werden, für welche Gebiete oder Kundenkreise ein Verbot des aktiven Verkaufs aufgrund anderweitiger Zuweisung besteht.
2. Bestehende Verträge, die ein generelles aktives Verkaufsverbot außerhalb des dem Käufer zugewiesenen Gebietes oder Kundenkreises beinhalten, müssen bis zum Auslaufen der Übergangsfrist⁷⁸ angepasst werden. Betroffen dürften davon insbesondere Franchisevereinbarungen sein.⁷⁹
3. Eine Zuweisung kann allerdings ohne nähere Begründung durch eine Gesamtzuweisung an den Lieferanten erfolgen. Dabei könnte dem Käufer so lange ein aktiver Verkauf in vom Lieferanten bisher noch nicht bearbeitete Gebiete gestattet werden, bis dieser dem Käufer etwas anderes anzeigt.
4. Einer Anpassung in dem Sinne, dass nur noch dort aktiver Verkauf verboten werden kann, wo ein solcher auch bereits stattfindet bzw. wo eine reelle Chance dazu besteht, ist entgegen *Polley/Seeliger*⁸⁰ aber nicht erforderlich.
5. Die Vorgaben in den Leitlinien der Kommission zum Internetvertrieb sind in bezug auf diese besondere und neuartige Form des Vertriebs nicht differenziert genug und daher nur wenig praxistauglich.

3.) *Beschränkung von Sprunglieferungen für Großhändler*

Bei sog. Sprunglieferungen verkauft ein Unternehmer, der eigentlich auf der Großhandelsstufe tätig ist, direkt an den Endverbraucher, so dass die Einzelhandelsstufe übersprungen wird.

a.) *Alte Rechtslage*

Sprunglieferungsverbote wurden bisher grundsätzlich als Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EGV angesehen⁸¹ und deshalb bisher von den GVOen prinzipiell nicht freigestellt, da es sich um keine der in den weißen Klauseln genannten Wettbewerbsbeschränkungen handelte.⁸² Eine Ausnahme galt lediglich für den bisher nicht in einer GVO geregelten qualitativen Selektivvertrieb.⁸³

⁷⁸ Vgl. dazu unten S. 184, Kapitel Acht:A.)III.) „Fristen“.

⁷⁹ Vgl. *Metzlaff*, BB 2000, 1201, 1207.

⁸⁰ *Polley/Seeliger*, WRP 2000, 1203, 1213.

⁸¹ Vgl. Kommission, Entscheidung, v. 05.10.1973 (Deutsche Philips), ABI.EG 1973 Nr. L 293/40, 41; Entscheidung v. 13.12.1974 (BMW), ABI.EG 1975, Nr. L 29/1, 5; Entscheidung v. 03.06.1975 (Kachelhandelswaren), ABI.EG 1975 Nr. L 159/22, 26; Entscheidung v. 15.12.1975, ABI.EG 1976 Nr. L 28/19, 25.

⁸² Vgl. Art. 1 – 3 der GVOen Alleinvertrieb, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21) – wobei jedoch zu beachten ist, dass in der Verpflichtung zum Alleinvertrieb ein Sprunglieferungsverbot enthalten ist –, Alleinbezug, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 22), sowie der GVO Franchise, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 23). Vgl. zur GVO Alleinvertrieb auch: *Bunte/Sauter*, EG-GVOen, S. 250 Rn. 16.

⁸³ Kommission, Entscheidung v. 15.12.1975 (SABA), ABI.EG 1976 Nr. L 28/19, 26; Entscheidung v. 10.7.1985 (Grundig), ABI.EG 1985 Nr. L 233/1, 5; Entscheidung v. 16.12.1985, ABI.EG 1985 Nr. L 376/15, 19; EuGH, Urteil v. 25.10.1977, Rs. 26/76 (Metro/SABA I), Slg. 1977, 1875, 1908/1909;

b.) *Neuregelung*

Gemäß Art. 4 Buchst. b) 2. Spiegelstrich der GVO gilt nun für Beschränkungen in Bezug auf solche Sprunglieferungsverbote eine Ausnahme von dem Verbot der Beschränkung des Kundenkreises. Diese war im Entwurf der GVO noch nicht enthalten.⁸⁴ Gemäß den Leitlinien ist bei einem Sprunglieferungsverbot sowohl eine Beschränkung des aktiven als auch des passiven Verkaufs zulässig.⁸⁵

4.) Beschränkung des Verkaufs an nicht zugelassene Händler im Selektivvertrieb

Eine weitere Ausnahme findet sich in Art. 4 Buchst. b) 3. Spiegelstrich der GVO. Danach dürfen Mitgliedern eines selektiven Vertriebssystems Beschränkungen des Verkaufs an nicht zugelassene Händler auferlegt werden. Derartige Verpflichtungen wurden auch schon bisher als sogenannte „beschränkte Querlieferungsverbote“ zusammen mit dem Absatzsystem, in das sie eingebettet waren, freigestellt.⁸⁶ Neu ist hingegen, dass nun gemäß Art. 1 Buchst. d) der GVO auch der quantitative Selektivvertrieb erfasst wird.⁸⁷

Die Zulassung der Beschränkung in Art. 4 Buchst. b) 3. Spiegelstrich der GVO gilt ferner sowohl für den aktiven als auch für den passiven Verkauf und für alle Handelsstufen.⁸⁸

5.) Beschränkung beim Verkauf von Zwischenprodukten

Die vierte Ausnahme bildet Art. 4 Buchst. b) 4. Spiegelstrich der GVO. Danach kann dem Käufer verboten werden, „Bestandteile, die zwecks Einfügung in andere Erzeugnisse⁸⁹ geliefert werden, an Kunden zu verkaufen, welche diese Bestandteile für die Herstellung derselben Art von Erzeugnissen verwenden würden, wie sie der Lieferant herstellt“. Auch diese Beschränkung kann sich auf den aktiven und den passiven Verkauf beziehen.⁹⁰

a.) *Voraussetzungen*

Die Ausnahme gilt nicht, wenn der Käufer ein reiner Händler ist und die Ware ihm damit nicht „zwecks Einfügung in andere Erzeugnisse“ geliefert wird.

Bunte/Sauter, EG-GVOen, S. 250 Rn. 16; Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht, Bd. I, Art. 85 Rn. 1251ff.;

⁸⁴ Vgl. Art. 3 Buchst. b), GVO-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33).

⁸⁵ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 52.

⁸⁶ Bunte/Sauter, EG-GVOen, S. 250 Rn. 16; Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht, Bd. I, Art. 85 Rn. 1704; Sauter, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, Art. 85 Abs. 3, S. 360 Rn. 3.

⁸⁷ Vgl. dazu oben S. 41 ff., Kapitel Drei:A.)VII.) „Selektive Vertriebssysteme“ (Art. 1 Buchst. d)“.

⁸⁸ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 52.

⁸⁹ In der englischen („...the restriction of the buyer’s ability to sell components, supplied for the purposes of incorporation, to customers who would use them to...“) und der französischen Version („la restriction de la capacité de l’acheteur de vendre des composants destinés à l’incorporation à des clients qui pourraient utiliser ces composants pour...“) fehlt dieser Zusatz.

⁹⁰ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 52.

Vom Begriff der Bestandteile sind weiterhin alle Zwischenprodukte erfasst. Zur „Einfügung“ sind alle Güter geeignet, die zur Herstellung von Waren eingesetzt werden.⁹¹

Im Entwurf der GVO hatte es noch geheißen, dass grundsätzlich jedweder Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen, die zum Zwecke der Einfügung in andere Erzeugnisse geliefert werden, beschränkt werden könne.⁹² Es sollte damit der Wiederverkauf an direkte oder indirekte Käufer des Lieferanten verhindert werden können.⁹³ Nun darf dem Käufer nur noch verboten werden, an Kunden zu verkaufen, welche die Bestandteile für die Herstellung derselben Art von Erzeugnissen verwenden würden, wie sie der Lieferant herstellt. Der Verkauf an Kunden, die auf einem anderen technischen Gebiet tätig sind, ist hingegen gestattet.⁹⁴

b.) Beispiel

Nach einem Beispiel der Kommission bezieht sich die Regelung damit auf folgenden Fall:

A ist Hersteller von elektronischen Bestandteilen und verkauft diese an B. Gleichzeitig stellt er auch andere Erzeugnisse her (bspw. Fernseher), in die er diese elektronischen Bestandteile einbaut. Art. 4 Buchst. b) 4. Spiegelstrich der GVO erlaubt es nun A dem B zu verbieten, die elektronischen Bestandteile, die er ihm zwecks Einfügung in andere Erzeugnisse verkauft hat, an Dritte zu veräußern, die wiederum ebenfalls Fernseher herstellen.⁹⁵

Für den Fall, dass B allerdings selbst Hersteller von Fernsehern ist, muss Art. 2 Abs. 4 der GVO beachtet werden.⁹⁶ Das bedeutet, dass die GVO keine Anwendung findet, wenn es sich um eine wechselseitige Vereinbarung handelt und der jährliche Gesamtumsatz des Käufers 100 Mio. Euro überschreitet.⁹⁷ Abgesehen von den wenigen in Art. 2 Abs. 4 der GVO definierten Fällen, greift die Ausnahme des Art. 4 Buchst. b) 4. Spiegelstrich der GVO daher nur ein, wenn B Hersteller anderer Erzeugnisse (bspw. von Radios) ist.

c.) Kein Schutz von unternehmerischem Know-how

In der Literatur wurde darauf verwiesen, dass dieser Tatbestand eine eher theoretische Fallkonstellation darstelle.⁹⁸ Es wurde deshalb die Vermutung aufgestellt, die Regelung könne unter weiter Auslegung des Begriffes „verwenden“ so interpretiert werden, dass A dem B verbieten könne, die elektronischen Bestandteile an andere Hersteller derselben Art von Bestandteilen zu verkaufen.

⁹¹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 52.

⁹² Vgl. Art. 3 Buchst. b) 3. Spiegelstrich, GVO-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33).

⁹³ Follow-up, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn.43), S. 35.

⁹⁴ *Liebscher/Petsche*, EuZW 2000, 400, 403.

⁹⁵ *Peeperkorn*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom. 22.03.2001, Düsseldorf.

⁹⁶ *Bayreuther*, EWS 2000, 106, 114.

⁹⁷ Vgl. oben S. 90ff, Kapitel Vier:A.)VI.) „Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern (Art. 2 Abs. 4)“. Die beiden anderen Varianten des Art. 2 Abs. 4 der GVO in den Buchst. b) und c) scheiden von vorneherein aus, da B gemäß Art. 4 Buchst. b) 4. Spiegelstrich der GVO nicht lediglich Händler der Waren sein darf und es sich auch nicht um Dienstleistungen handelt.

⁹⁸ *Bayreuther*, EWS 2000, 106, 114.

Dadurch solle verhindert werden, dass diese durch Auseinanderbauen der Ware in den Besitz von unternehmerischem Know-how gelangen. Dieser Interpretation steht jedoch die mittlerweile geäußerte Meinung der Kommission entgegen.⁹⁹ Dieser Ausnahmemöglichkeit dürfte demnach jedoch nur eine geringe Praxisrelevanz zukommen.¹⁰⁰

6.) Beschränkung des Lieferanten zulässig

Art. 4 Buchst. b) der GVO sowie die in dortigen Spiegelstrichen 1 bis 4 aufgeführten Ausnahmen beziehen sich jeweils auf Beschränkungen des Käufers.¹⁰¹ Daraus ergibt sich das eine Beschränkung des Lieferanten hinsichtlich des Gebiets oder Kundenkreises, in das oder an den er Vertragswaren oder -dienstleistungen außerdem noch verkaufen darf, keine Kernbeschränkung darstellt.

VIII.) Verkaufsbeschränkungen im Selektivvertrieb (Art. 4 Buchst. c))

1.) Alte Rechtslage

Die bisherigen GVOen enthielten bisher keine Regelungen zum Selektivvertrieb und damit auch keine diesbezüglichen Vorgaben Verkaufsbeschränkungen.

2.) Allgemeines

Die Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs an – gewerbliche oder sonstige¹⁰² - Endverbraucher, soweit sie Mitgliedern eines selektiven Vertriebssystems auferlegt wird, welche auf der Einzelhandelsstufe tätig sind, wird in Art. 4 Buchst. c) der GVO von deren Freistellung ausgenommen.

Die Kernbeschränkung des Art. 4 Buchst. c) der GVO gilt allerdings „unbeschadet der Möglichkeit, Mitgliedern des Systems zu verbieten, Geschäfte von nicht zugelassenen Niederlassungen aus zu betreiben“. Demnach kann den Vertragshändlern untersagt werden, ihre Geschäftstätigkeiten in unterschiedlichen Geschäftsräumen auszuüben oder eine neue Verkaufsstelle an einem anderen Standort zu eröffnen.¹⁰³ Sofern es sich um mobile Verkaufsstellen handelt, kann vom Lieferanten ein Gebiet festgelegt werden, außerhalb dessen die mobile

⁹⁹ Vgl. oben Fn. 95.

¹⁰⁰ Bauer/de Bronett, Die EU – Gruppenfreistellungsverordnung, S. 80.

¹⁰¹ Vgl. Art. 4 Buchst. b) Satz 1: „der Käufer ... verkaufen darf“; Art. 4 Buchst. b) 1. – 3. Spiegelstrich „Beschränkungen des aktiven Verkaufs“; Art. 4 Buchst. b) 4. Spiegelstrich „Beschränkungen der Möglichkeiten des Käufers“.

¹⁰² Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 53.

¹⁰³ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 54. Es handelt sich hierbei um sog. „location clauses“, Ackermann, EuZW 1999, 741, 743. Diese location clauses waren schon im Pronuptia-Urteil des EuGH, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn.13), als für ein einheitliches Erscheinungsbild erforderlich angesehen worden und aus diesem Grunde auch in Art. 2 Abs. 2 Buchst. c) der GVO Franchise, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 23) explizit als erlaubte Vereinbarung aufgeführt worden; vgl. dazu: Kevekordes, BB 1987, 74, 74; von Schulze-Schaefer, GRUR Int. 1989, 515, 518; Veelken, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 597 Rn. 40.

Verkaufsstelle nicht betrieben werden darf.¹⁰⁴ Ohne die Möglichkeit derartiger Beschränkung würden rein quantitativ-selektive Vertriebssysteme nicht in den Genuss der GVO gelangen können. Hier will sich der Hersteller nämlich dahingehend binden, in einem bestimmten Gebiet nur eine bestimmte Anzahl von Händlern zu beliefern.¹⁰⁵

Den Vertriebshändlern darf jedoch nicht untersagt werden, von diesen zugewiesenen Verkaufsstellen aus aktiv in Gebiete zu verkaufen, die bereits anderen Vertriebshändlern zugewiesen wurden. Ebenso ist es unzulässig, Händlern eines Vertriebssystems einen abgegrenzten Kundenkreis zuzuweisen. Eine derartige Kombination aus „klassischem Alleinvertrieb“ und Selektivvertrieb „stellt in der Regel eine Kernbeschränkung dar“.¹⁰⁶ Da sich Art. 4 Buchst. c) der GVO jedoch nur auf Beschränkungen des aktiven und passiven Verkaufs auf der Einzelhandelsstufe bezieht, müssen auf anderen Verkaufsebenen e contrario derartige Beschränkungen möglich sein, sofern sie sich im Rahmen des Art. 4 Buchst. b) der GVO halten.¹⁰⁷

3.) Verhältnis zu Art. 4 Buchst. b)

a.) *Alleinvertrieb und Selektivvertrieb*

Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher durch Mitglieder der Einzelhandelsstufe sind gemäß Art. 4 Buchst. c) der GVO in einem selektiven Vertriebssystem nicht von der Gruppenfreistellung erfasst. Es ist daher fraglich, wie diese Regelung von Art. 4 Buchst. b) der GVO abzugrenzen ist, der in Spiegelstrich 1 gerade Beschränkungen des aktiven Verkaufs von den Kernbeschränkungen ausdrücklich ausnimmt.¹⁰⁸ Aus dem Verordnungstext ergeben sich diesbezüglich keine Hinweise.

Pukall vertritt hier die Auffassung, dass Art. 4 Buchst. c) der GVO als *lex specialis* den Regelungen zum Gebietsschutz in Buchst. b) vorgeht.¹⁰⁹ Die Kommission bevorzugt diesbezüglich den Begriff des Ausschließlichkeitsverhältnisses.¹¹⁰ Danach kann der Lieferant den Käufer entweder in ein selektives Vertriebssystem integrieren, ohne dass er auf dessen aktiven Verkauf Einfluss nehmen kann. Auf der anderen Seite hat er die Möglichkeit den aktiven Weiterverkauf des Käufers zu beschränken, kann mit ihm aber dann kein selektives Vertriebssystem aufbauen.

Eine Kopplung der Allein- und Selektivvertrieb ist gemäß den Leitlinien dennoch möglich, sofern weder der aktive noch der passive Verkauf des Käufers eingeschränkt werden. Der Lieferant kann nämlich sehr wohl verpflichtet werden, nur einen Händler oder eine begrenzte Zahl von Händlern in einem bestimmten Gebiet zu beliefern.¹¹¹ Im Entwurf der Leitlinien hatte die Kommission noch eine

¹⁰⁴ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 54.

¹⁰⁵ *Bayreuther*, EWS 2000, 106, 113.

¹⁰⁶ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 179.

¹⁰⁷ *Bayreuther*, EWS 2000, 106, 113. Vgl. auch unten 3.)b.) .

¹⁰⁸ *Metzlaff*, BB 2000, 1201, 1207.

¹⁰⁹ *Pukall*, NJW 2000, 1375, 1378. So auch: *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG – Wettbewerbsrecht, Erg.-Bd., GFVO, Rn. 226.

¹¹⁰ *Peeperkorn*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, v. 22.03.2001, Düsseldorf.

¹¹¹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 53.

Kombination von Allein- und Selektivvertrieb sowohl für den Käufer als auch für den Lieferanten von der Gruppenfreistellung ausgeschlossen.¹¹²

b.) Sprunglieferungsverbot auf der Großhandelsstufe

Im Gegensatz zum Entwurf der GVO¹¹³ ist Art. 4 Buchst. c) der GVO außerdem um die Bedingung ergänzt worden, dass sich die Beschränkung auf Mitglieder der Einzelhandelsstufe beziehen muss. Damit besteht entgegen *Roniger*¹¹⁴ die Möglichkeit der Vereinbarung eines Sprunglieferungsverbots in Art. 4 Buchst. b) der GVO auch für Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems auf der Großhandelsstufe. Wäre diese Möglichkeit nicht gegeben, widerspräche die GVO auch der gefestigten Entscheidungspraxis der Kommission und des EuGH¹¹⁵.

4.) Bedeutung des Art. 4 Buchst. c) für Franchisesysteme

a.) Franchisevereinbarungen als Selektivvertrieb

Da die GVO erstmals auch den Selektivvertrieb erfasst, ist es umstritten, ob Franchisevereinbarungen¹¹⁶ als selektive Vertriebssysteme i.S.d. GVO anzusehen sind.¹¹⁷ Nur soweit man dies bejahen kann, ist Art. 4 Buchst. c) der GVO auf Franchisesysteme anwendbar.

Pukall vertritt die Auffassung, dass dies für das Dienstleistungsfranchising nicht der Fall wäre, sodass Art. 4 Buchst. c) der GVO dort keine Anwendung fände.¹¹⁸ Da jedoch gemäß der Definition des Art. 1 Buchst. d) der GVO eindeutig auch der Vertrieb von Dienstleistungen als Selektivvertrieb möglich ist, muss angenommen werden, dass gegebenenfalls auch das Dienstleistungsfranchising als ein selektives Vertriebssystem angesehen werden kann.

Gemäß den Leitlinien handelt es sich bei Franchiseverträgen in der Regel um eine „Kombination unterschiedlicher vertikaler Beschränkungen“. Dabei nennt die Kommission „insbesondere“ den „Selektivvertrieb und/oder Wettbewerbsverbot und/oder Alleinvertrieb“.¹¹⁹ Daraus geht hervor, dass sie im Selektivvertrieb grundsätzlich einen zentralen Bestandteil von Franchisevereinbarungen sieht, der mit anderen Formen von Vertikalvereinbarungen kombiniert wird.

¹¹² Vgl. Leitlinien-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33) Tz. 43 a. E.. Kritisch hierzu: *Bayreuther*, EWS 2000, 106, 112/113.

¹¹³ Vgl. Art. 3 Buchst. c), GVO-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33).

¹¹⁴ *Roniger*, Das neue Vertriebskartellrecht, Art. 4 Rn. 19.

¹¹⁵ Vgl. oben Fn. 83.

¹¹⁶ Von dieser Fragestellung nicht betroffen sind industrielle Franchisen, die vom Anwendungsbereich der GVO gar nicht erst erfasst werden, da sie für gewöhnlich die Beziehungen zwischen Herstellern regeln, vgl. Erwgr. Nr. 4 der VO Nr. 4087/88, a.a.O (Kapitel Eins: Fn. 23).

¹¹⁷ *Liebscher/Petsche*, EuZW 2000, 400, 401; *Metzlaff*, BB 2000, 1201, 1207; *Pukall*, NJW 2000, 1375, 1378.

¹¹⁸ *Pukall*, NJW 2000, 1375, 1378.

¹¹⁹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 199.

Hierfür spricht auch die sehr weit gefasste Definition des Selektivvertriebs in Art. 1 Buchst. d) der GVO mit der erstmals ausdrücklichen Erwähnung von Dienstleistungen.¹²⁰ Nach dessen Vorgabe stellt eine Franchisevereinbarung grundsätzlich auch eine Vereinbarung über Selektivvertrieb i.S. der GVO dar.¹²¹ Es müssen bestimmte vorher festgelegte Kriterien erfüllt werden, um Franchisenehmer werden zu können. Außerdem wird nicht mit jedem, der diesen Voraussetzungen entspricht, eine Franchisevereinbarung geschlossen.¹²² Auszunehmen sind lediglich die Franchisesysteme, in denen die Franchisenehmer nur nach einem für jedes Vertriebssystem üblichen, allgemeinen Anforderungsprofil ausgesucht werden.¹²³ Demnach wären die Regelungen der GVO in Bezug auf selektive Vertriebssysteme in Zukunft auf Franchisevereinbarungen anzuwenden.

In seiner Pronuptia-Entscheidung¹²⁴ hat der EuGH jedoch festgestellt, dass Franchisevereinbarungen nicht grundsätzlich als selektives Vertriebssystem anzusehen sind. Ein solches scheidet aus, wenn bei der Vereinbarung der Franchisegeber die Nutzung seines Know-how gegen Entgelt einräumt, die Rechte des Franchisegebers hinreichend geschützt sind und es sich um eine nach außen hin einheitlich auftretende Vertriebsorganisation handelt. Solange der EuGH also nicht feststellt, dass es sich bei Franchisevereinbarungen um Selektivvertrieb i.S. der GVO handelt, kann unter Berufung auf dieses Urteil im Zivilprozess auch nach der GVO Nr. 2790/99 die Meinung vertreten werden, dass derartige Franchisevereinbarungen keinen Selektivvertrieb darstellen.¹²⁵

b.) Folgen für das Franchising

Art. 4 Buchst. c) der GVO findet also lediglich auf Franchisevereinbarungen Anwendung, die nicht den genannten Kriterien der Pronuptia-Entscheidung entsprechen.

Damit dürfen die von der Regelung betroffenen Franchisenehmer entgegen der alten Franchise GVO¹²⁶ nicht mehr im aktiven Verkauf an die Endverbraucher beschränkt werden. Die Vereinbarung eines Gebietsschutzes oder einer Kundenaufteilung ist daher nicht mehr möglich. Bestehende Verträge sind somit bis zum Ende der Übergangsfrist der GVO Nr. 2790/99¹²⁷ entsprechend anzupassen.

¹²⁰ Vgl. dazu oben S. 41 ff., Kapitel Drei:A.)VII.) „Selektive Vertriebssysteme“ (Art. 1 Buchst. d)“.

¹²¹ Vgl. schon nach Erlass des Pronuptia-Urteils zur Deckungsgleichheit von Franchising und Selektivvertrieb: *Ebenroth/Rapp*, JZ 1991, 962 ff.; *Kevekordes*, BB 1987, 74, 75.

¹²² In der bisherigen Literatur wird daher zwar zweifelnd, aber dennoch einhellig von der Anwendbarkeit des Art. 4 Buchst. c) der GVO auf die meisten Franchisesysteme ausgegangen: *Bayreuther*, EWS 2000; S. 113; *Liebscher/Petsche*, EuZW 2000, 400, 402; *Metzlaff*, BB 2000, 1201, 1207; wohl auch: *Pukall*, NJW 2000, 1375, 1378;

¹²³ *Metzlaff*, BB 2000, 1201, 1207.

¹²⁴ EuGH, Urteil v. 28. 01. 1986, Rs. 161/84 (Pronuptia) Slg. 1986, 353.

¹²⁵ *Liebscher/Petsche*, EuZW 2000, 400, 402,

¹²⁶ Vgl. Art. 2 Buchst. d) i. V. m. Art. 5 Buchst. g) der GVO Franchise, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 23).

¹²⁷ Vgl. dazu unten S. 184, Kapitel Acht:A.)III.) „Fristen“.

Die Auswirkungen dieser Regelungen dürften sich allerdings in Grenzen halten, da die meisten großen Franchisesysteme ohne einen Gebietsschutz arbeiten.¹²⁸ Kleinere Franchisesysteme hingegen dürften mit einem vereinbarten Gebietsschutz keine spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigung erzielen, sodass bereits eine Erfüllung des Tatbestandes von Art. 81 Abs. 1 EGV nicht in Frage kommt.¹²⁹

Zu beachten ist außerdem, dass die GVO Nr. 2790/99 zwar den Anwendungsbereich der neuen GVO Kfz-Vertrieb¹³⁰ unberührt lässt.¹³¹ Diese verbietet jedoch in ihrem Art. 4 Abs. 1 Buchst. d) und e) nunmehr ebenfalls eine Beschränkung des aktiven Verkaufs.¹³²

IX.) Querlieferungen im Selektivvertrieb (Art. 4 Buchst. d))

Des Weiteren fallen gemäß Buchst. d) auch Beschränkungen „von Querlieferungen zwischen Händlern innerhalb eines selektiven Vertriebssystems“ unter die Kernbeschränkungen des Art. 4 der GVO. Diese Regelung gilt auch, „wenn die Händler auf unterschiedlichen Handelsstufen tätig sind“.

1.) Alte Rechtslage

Da der Selektivvertrieb hier erstmals in einer Verordnung geregelt wird, gibt es keine entsprechenden Regelungen in den alten GVOen. Bisher hatte die Kommission Querlieferungsverbote aber grundsätzlich in allen Vertriebsformen als unzulässig angesehen.¹³³

2.) Konsequenzen

Der aktive und der passive Verkauf von Vertragsprodukten unter den Vertragshändlern darf gemäß Art. 4 Buchst. d) weder unmittelbar noch mittelbar beschränkt werden. Daraus folgt einerseits, dass Selektivvertrieb nicht mit Wettbewerbsbeschränkungen wie bspw. dem Alleinbezug kombiniert werden darf, die den Käufer dazu zwingen, die Ware aus einer bestimmten Lieferquelle zu beziehen.¹³⁴ Andererseits dürfen zugelassene Großhändler in einem selektiven Vertriebssystem nicht in Bezug auf den Verkauf des Produkts an zugelassene Einzelhändler beschränkt werden.¹³⁵ Hiermit sind bspw. Beschränkungen des Großhändlers auf ein bestimmtes Gebiet gemeint, außerhalb dessen er nicht mehr

¹²⁸ Pukall, NJW 2000, 1375, 1378. A. A. : Bayreuther, EWS 2000, 106, 113; Nolte, BB 1998, 2429, 2435.

¹²⁹ Pukall, NJW 2000, 1375, 1378.

¹³⁰ A.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 24).

¹³¹ Vgl. oben S. 94, Kapitel Vier:(A.)VII.)1.) „Die anderen GVOen“.

¹³² Vgl. Art. 4 Abs. 1 Buchst. d) und e) der neuen GVO Kfz-Vertrieb, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 24).

¹³³ Kommission, Entscheidung v. 11.07.1983 (Windsurfing International), ABl.EG 1983 Nr. L 222/1, 16; Entscheidung v. 25.09.1986, ABl.EG 1986 Nr. L 295/19, 24; EuGH, Urteil v. 21.02.1984, Rs. 86/82 (Hasselbad), Slg. 1984, 883, 908.

¹³⁴ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 55.

¹³⁵ Ebenda.

an zugelassene Einzelhändler verkaufen darf.¹³⁶ Beschränkungen des Verkaufs an nicht zugelassene Händler sind hingegen gemäß Art. 4 Buchst. b) 3. Spiegelstrich der GVO zulässig.

Im Umkehrschluss zu Art. 4 Buchst. d) der GVO sind Querlieferungsverbote außerhalb eines selektiven Vertriebssystems unter den Voraussetzungen der GVO nun freigestellt.¹³⁷

X.) Ersatzteillieferungen (Art. 4 Buchst. e)

1.) Alte Rechtslage

Da sich die alten GVOen nur auf den Weiterverkauf und nicht auf die Weiterverarbeitung von Waren bezogen, enthielten sie keine entsprechenden Regelungen. Lediglich in der alten GVO Kfz-Vertrieb, war eine in den Grundzügen entsprechende Vorschrift enthalten.¹³⁸

2.) Inhalt

Art. 4 Buchst. e) der GVO befasst sich mit „Beschränkungen, die zwischen dem Lieferanten und dem Käufer von Bestandteilen vereinbart werden, welche dieser in andere Erzeugnisse einfügt“ (Erstausrüster¹³⁹ oder OEM-Käufer¹⁴⁰). Verboten sind danach Vereinbarungen, „die den Lieferanten hindern, diese Bestandteile als Ersatzteile an Endverbraucher oder an Reparaturwerkstätten oder andere Dienstleistungserbringer zu verkaufen, die der Käufer nicht mit der Reparatur oder Wartung seiner eigenen Erzeugnisse betraut hat“. Im Entwurf der GVO war das Verbot, den Lieferanten in seinen Verkaufsmöglichkeiten an Endverbraucher zu beschränken, noch nicht enthalten.¹⁴¹ Dies ist somit die einzige Kernbeschränkung, die eine Vereinbarung zu Lasten des Lieferanten erfasst.

Die in Art. 4 Buchst. e) der GVO genannte Beschränkung darf weder mittelbar noch unmittelbar erfolgen. Indirekte Beschränkungen stellen bspw. Vereinbarungen dar, die den Lieferanten daran hindern der Ware technische Angaben und Spezialausrüstungen beizufügen, die für deren Verwendung als Ersatzteil durch die oben genannten Abnehmer notwendig sind.¹⁴²

Reparaturbetriebe und Dienstleister, die der Erstausrüster mit der Wartung seiner Produkte beauftragt hat, können jedoch dahingehend beschränkt werden, dass sie Ersatzteile ausschließlich vom Erstausrüster beziehen.¹⁴³ Zulässig ist eine derartige

¹³⁶ Dies ergibt sich auf dem Vergleich mit Tz. 44 des Leitlinien-Entwurfs, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33).

¹³⁷ *Ackermann*, EuZW 1999, 741, 743.

¹³⁸ Vgl. Art. 6 Abs. 1 Nr. 10 bis 12, alte GVO Kfz-Vertrieb, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 24).

¹³⁹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 56.

¹⁴⁰ Vgl. zu dem Begriff oben S. 64, Kapitel Vier:A.)III.)5.)c.) „OEM-Verträge“.

¹⁴¹ Vgl. Art. 3 Buchst. e) GVO-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33). Kritisch zur damaligen Formulierung: BDI, Positionspapier zum Entwurf, S. 3.

¹⁴² Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 56.

¹⁴³ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 56.

Beschränkung e contrario weiterhin auch, wenn der Käufer ein reiner Händler ist und er die Ware damit nicht selbst weiterverarbeitet.¹⁴⁴ Schließlich sind Verkaufsbeschränkungen für Ersatzteile zulässig, wenn die Zuliefervereinbarung die Voraussetzungen der Zulieferbekanntmachung¹⁴⁵ erfüllt.¹⁴⁶

Mit dieser Regelung soll verhindert werden, dass unabhängigen Reparatur- und Dienstleistungsunternehmen¹⁴⁷ sowie dem Lieferanten¹⁴⁸ der Zugang zum Ersatzteilmarkt verwehrt wird.

¹⁴⁴ *Semmler/Bauer*, BB 2000, 193, 198.

¹⁴⁵ A.a.O. (Kapitel Vier: Fn. 54).

¹⁴⁶ Sog. Zulieferverhältnisse mit dem Charakter der verlängerten Werkbank; vgl. *Nolte*, BB 1998, 2429, 2436.

¹⁴⁷ *Bayreuther*, EWS 2000, 106, 113.

¹⁴⁸ *Nolte*, BB 1998, 2429, 2436.

B.) Artikel 5

I.) Relevante Erwägungsgründe

In Nr. 11 der Erwägungsgründe widmet sich die Kommission den Bedingungen des Art. 5.

II.) Leitlinien

In den Tz. 57 bis 61 der Leitlinien¹⁴⁹ finden sich in dem Kapitel „Bedingungen im Rahmen der Gruppenfreistellungsverordnung“ Erläuterungen zu den Vorschriften in Art. 5 der GVO.

Dabei bezieht sich:

- Tz. 57 auf die Tragweite der Regelung.
- Tz. 58 sowie Tz. 59 auf Art. 5 Buchst. a).
- Tz. 60 auf Art. 5 Buchst. b).
- Tz. 61 auf Art. 5 Buchst. c).

III.) Auswirkung der Missachtung von „Bedingungen“ (Art. 5 Satz 1)

Ähnlich wie in Art. 4 der GVO setzt deren Art. 5 Satz 1 fest, dass die Erfüllung der im weiteren Verlauf des Artikels genannten Tatbestände dazu führt, dass die Freistellung nach Art. 2 der GVO auch in den Fällen nicht gilt, in denen „die einschlägige Marktanteilsschwelle nicht überschritten wird“.¹⁵⁰ Mit den in Art. 5 genannten Freistellungseinschränkungen will die Kommission sämtlichen Wettbewerbern den Marktzugang gewährleisten und Marktabsprachen verhindern.¹⁵¹

Sowohl aus der Formulierung „gilt nicht für die folgenden, in vertikalen Vereinbarungen enthaltenen Verpflichtungen“ als auch aus den Leitlinien¹⁵² wird allerdings deutlich, dass sich diese Nichtanwendbarkeit lediglich auf die jeweilige Verpflichtung, nicht aber auf die gesamte Vereinbarung bezieht. Das „Alles-oder-Nichts“ Prinzip wirkt hier also nicht, da die in Art. 5 enthaltenen Klauseln von der Kommission als „abtrennbar“ angesehen werden.¹⁵³

Der Grund für diese Unterscheidung besteht darin, dass die wettbewerbsbeschränkende Qualität der in Art. 4 der GVO genannten Kernbeschränkungen derart hoch ist, dass sie als praktisch nicht freistellbar anzusehen sind. Bei den in Art. 5 der GVO aufgeführten Verpflichtungen hingegen kann nach einer Einzelprüfung gemäß den allgemeinen Vorgaben des Art. 81

¹⁴⁹ A.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

¹⁵⁰ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 57.

¹⁵¹ Erwgr. Nr. 11 der GVO Nr. 2790/99, a.a.O. (Einleitung: Fn. 5).

¹⁵² Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 57.

¹⁵³ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 67.

EGV¹⁵⁴ unter Umständen eine Freistellung erfolgen. Ein praktisches per-se Verbot solcher Vereinbarungen wie in Art. 4 der GVO liegt damit nicht vor.¹⁵⁵

Die Unternehmen können somit erstmals in einer Vereinbarung Klauseln, die der GVO unterfallen, und bestimmte Klauseln, die eine Einzelfreistellung erfordern, miteinander kombinieren. Damit kommt den Unternehmen bei dem Selbstbeurteilungsprozess noch mehr Verantwortung zu.¹⁵⁶ Wenn allerdings in Zukunft nicht eine verstärkte Kontrolle der vereinbarten, abtrennbaren Klauseln erfolgt, könnten Unternehmen versucht sein, auch verbotene Klauseln aus Art. 5 der GVO, die keine Einzelfreistellung erwarten lassen, in die Vereinbarung mit aufzunehmen. Das zivilrechtliche Verlustrisiko wäre für sie aufgrund der in Art. 5 der GVO aufgeführten Klauseln und aufgrund der Abtrennbarkeit relativ gering.

IV.) Zeitlich beschränkte Wettbewerbsverbote (Art. 5 Buchst. a)

1.) Alte Rechtslage

Weder die GVO Alleinvertrieb¹⁵⁷ noch die GVO Franchise¹⁵⁸ enthielten zeitliche Beschränkungen. Lediglich in der GVO Alleinbezug war eine Freistellung von Alleinbezugsverpflichtungen auf 5 Jahre befristet. Allerdings waren bei dieser Sonderregelungen für Bierlieferungs- und Tankstellenverträge getroffen worden, die Bezugsbindungen für eine Dauer von bis zu zehn Jahren ermöglichten.¹⁵⁹ So enthielten die meisten Alleinvertriebsverträge bislang unbefristete Wettbewerbsverbote.¹⁶⁰ Im Bereich des Franchising, der Bierlieferung und des Mineralölmarktes enthielten die Vertriebsverträge zum größten Teil ebenfalls längerfristige Wettbewerbsverbote.¹⁶¹ In den meisten Fällen war dabei die Amortisierung der hohen Investitionen, die in diesen Bereichen getätigt werden, der Grund für die langen Bezugsbindungen.

2.) Unbestimmte Dauer oder Dauer von mehr als fünf Jahren

Gemäß der ersten Bedingung in Art. 5 der GVO gilt deren Art. 2 nicht für Vereinbarungen, die unmittelbare oder mittelbare Wettbewerbsverbote mit unbestimmter Dauer oder einer Dauer von mehr als fünf Jahren enthalten. Verträge, deren Wettbewerbsverbote sich über die Dauer von fünf Jahren hinaus stillschweigend verlängern, gelten dabei als für eine unbestimmte Dauer vereinbart.

¹⁵⁴ Vgl. dazu unten S. 187ff., Kapitel Neun:B.) „Überprüfung der Einzelfreistellbarkeit“.

¹⁵⁵ Pukall, NJW 2000, 1375, 1376.

¹⁵⁶ Positiv hierzu: WSA, Stellungnahme VO, 3.6.1.

¹⁵⁷ Vgl. Art. 2 Abs. 2 Buchst. a) GVO Alleinvertrieb, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21).

¹⁵⁸ Vgl. Art. 2 Buchst. e) GVO Franchise, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 23).

¹⁵⁹ Vgl. Art. 3 Buchst. d), Art. 8 Buchst. c), d) und Art. 12 Buchst. c) GVO Alleinbezug, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 22).

¹⁶⁰ Semmler/Bauer, DB 2000, 193, 199.

¹⁶¹ Metzloff, BB 2000, 1201, 1208; Pukall, NJW 2000, 1375, 1378.

a.) Wettbewerbsverbot / unmittelbar oder mittelbar

Unter einem Wettbewerbsverbot i.S. der GVO sind gemäß Art. 1 Buchst. b) der GVO Verpflichtungen zu verstehen, die dem Käufer verbieten, Konkurrenzprodukte herzustellen, zu beziehen oder zu kaufen. Des Weiteren fallen unter diesen Begriff auch Alleinbezugsvereinbarungen, die den Käufer verpflichten, mehr als 80% seines Letztjahreseinkaufswertes beim Lieferanten zu decken.¹⁶²

Bei Verträgen, die lediglich eine Bezugsbindung enthalten, deren Einzelfreistellbarkeit nicht eindeutig ist, sollte diese Bindung über eine Befreiungsklausel unter 80% gesenkt werden. Dann können problemlos längere Vertragslaufzeiten vereinbart werden.¹⁶³

Die Wettbewerbsverbote dürfen gemäß Art. 5 Buchst. a) der GVO außerdem weder unmittelbar noch mittelbar vereinbart werden. Hierbei handelt es sich um eine Doppelung, da die Definition in Art. 1 Buchst. b) der GVO bereits diese Tatbestandsvoraussetzung enthält. Wie schon bei der Begriffsbestimmung in Art. 1 der GVO finden sich allerdings auch in den Erläuterungen der Leitlinien zu deren Art. 5 Buchst. a) keine Hinweise darauf, was unter einem mittelbaren Wettbewerbsverbot zu verstehen ist.¹⁶⁴

b.) Fünf Jahre

Die Freistellung des Art. 2 der GVO gilt lediglich für Wettbewerbsverbote, die für fünf Jahre oder einen kürzeren Zeitraum vereinbart werden. In den nicht veröffentlichten Vorentwürfen zur GVO war noch eine Differenzierung zwischen Enderzeugnissen sowie Dienstleistungen, bei denen nur ein Wettbewerbsverbot von 3 Jahren zulässig sein sollte, und industriellen Zwischenerzeugnissen vorgesehen. Lediglich bei Vereinbarungen über letztere sollte ein Wettbewerbsverbot von 5 Jahren möglich sein.¹⁶⁵

(1) Auswirkungen auf bestehende und zukünftige Verträge

Auch wenn der Fortfall der Differenzierung zwischen End- und Zwischenerzeugnissen in der GVO teilweise positiv gewertet wurde,¹⁶⁶ waren die Reaktionen auf die Festsetzung der Dauer für gruppenfreigestellte Wettbewerbsverbote auf 5 Jahre eher kritisch.¹⁶⁷ Grund hierfür war die Einschränkung im Vergleich zu den Freistellungsmöglichkeiten der alten GVOen

¹⁶² Vgl. dazu oben S. 33ff., Kapitel Drei:A.)V.), „Wettbewerbsverbote (Art. 1 Buchst. b)“.

¹⁶³ Metzloff, BB 2000, 1201, 1208.

¹⁶⁴ Es ist daher auf die im Rahmen des Art. 1 Buchst. b) der GVO gemachten Feststellungen zu verweisen (S. 33ff., Kapitel Drei:A.)V.), „Wettbewerbsverbote (Art. 1 Buchst. b)“.

¹⁶⁵ Art. 6 des nichtveröffentlichten Vorentwurfs zur GVO. Metzloff, BB 2000, 1201, 1209; Nolte, BB 1998, 2429, 2439. Die Privilegierung der Zwischenerzeugnisse wurde damit begründet, dass bei deren Herstellung die kundenspezifischen, verlorenen Investitionen allgemein höher anzusetzen seien; vgl. Rohardt, WuW 1998, 1050, 1054.

¹⁶⁶ WSA, Stellungnahme VO, 3.5.2; Metzloff, BB 2000, 1201, 1209.

¹⁶⁷ BDI, Positionspapier zum Entwurf, S. 3; Nolte, BB 1998, 2429, 2439; Pukall, NJW 2000, 1375, 1378;

Nunmehr gilt die ehemalige Regelung der Wettbewerbsverbote in Art. 3 Buchst. d) der GVO Alleinbezug¹⁶⁸ für alle Arten des Vertriebs. Zudem sind die Sonderregelungen für Bierlieferungs- und Tankstellenverträge entfallen.

Dies hat grundsätzlich zur Folge, dass bestehende Alleinvertriebsverträge, die ein unbefristetes, bzw. länger als 5 Jahre dauerndes Wettbewerbsverbot i.S. der GVO enthalten, bis zum Ende der Übergangsfrist aus Art. 12 der GVO angepasst werden müssen, sofern eine Gruppenfreistellung angestrebt wird.¹⁶⁹

Allerdings ist gemäß den Leitlinien der Kommission bei vertragsspezifischen¹⁷⁰, „sehr umfangreichen Investitionen“ ein Wettbewerbsverbot mit einer längeren Laufzeit als fünf Jahre möglich.¹⁷¹ Angesichts der Abtrennbarkeit der Vereinbarung sollte daher überprüft werden, ob nicht gegebenenfalls eine Einzelfreistellung erreicht werden kann. Ein Großteil der oben angesprochenen Verträge bedürfte dann keiner Anpassung.

Die Kommission hat weiterhin festgestellt, dass der Effizienzgewinn im Rahmen der Übertragung von wesentlichem Know-how in der Regel Wettbewerbsverbote rechtfertigt, die lediglich durch die Dauer des Vertrages beschränkt werden.¹⁷² Dies gilt explizit auch für Franchiseverträge.¹⁷³ Hier wäre diesbezüglich somit ebenfalls keine Vertragsanpassung erforderlich.¹⁷⁴ Unklar ist allerdings, ob es ausreicht, wenn gemäß Tz. 157 der Leitlinien lediglich Know-how übertragen wird oder ob auch die Voraussetzungen der Tz. 200 vorliegen müssen. Da Tz. 157 allgemeiner gehalten ist und dort nur davon gesprochen wird, dass ein Wettbewerbsverbot „in der Regel“ gerechtfertigt ist, kann aber davon ausgegangen werden, dass die Vorgaben der Tz. 200 zu erfüllen sind. Danach muss das Wettbewerbsverbot notwendig sein, um die Einheitlichkeit und den Ruf des Franchisesystems zu erhalten.¹⁷⁵

Schließlich ist auch bei der Kombination von Wettbewerbsverbot und Alleinvertrieb ein lediglich durch die Dauer des Vertrages befristetes Wettbewerbsverbot möglich,

¹⁶⁸ A.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 22).

¹⁶⁹ Vgl. dazu unten S. 184, Kapitel Acht:A.)III.).

¹⁷⁰ Gemäß Tz. 155 der Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), handelt es sich um „vertragsspezifische“ Investitionen, wenn der Lieferant eine Anlage errichtet oder umstellt, mit der nur Bauteile für einen bestimmten Käufer gefertigt werden können. Wie aus Tz. 147 des Leitlinien-Entwurfs, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), hervorgeht, sind damit die sogenannten „sunk-costs“ gemeint.

¹⁷¹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 155. Die Kommission macht allerdings keine Angaben darüber, was unter einer „sehr umfangreichen“ Investition zu verstehen ist.

¹⁷² Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 157;

¹⁷³ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 200.

¹⁷⁴ Entgegen *Liebscher/Petsche* (in: EuZW 2000, 400, 402) müssen die Franchisegeber in Zukunft damit nicht gemäß Art. 5 Buchst. a) 3. HS die Räumlichkeiten oder Grundstücke, von denen aus ihre Produkte verkauft werden sollen, mieten oder pachten, um eine längeres Wettbewerbsverbot vereinbaren zu können.

¹⁷⁵ Dies entspricht den Vorgaben der Pronuptia-Entscheidung des EuGH, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 13), Tz. 16, die Angaben in den Leitlinien sind insofern auch für die nationalen Gerichte verbindlich. Im Entwurf der Leitlinien wurde außerdem verlangt, dass der Franchisegeber keine beherrschende Stellung inne hat; vgl. Leitlinien-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Tz. 199. Diese Voraussetzung ist zwar in der endgültigen Fassung der Leitlinien nicht mehr enthalten. Für einen Betrieb mit marktbeherrschender Stellung dürfte dennoch nur in wenigen Ausnahmefällen eine Einzelfreistellung möglich sein; vgl. dazu unten S. 187 ff., Kapitel Neun:B.) „Überprüfung der Einzelfreistellbarkeit“.

solange keine Marktbeherrschung vorliegt.¹⁷⁶ Hier wäre insofern ebenfalls keine Vertragsanpassung erforderlich.

(2) Wertung

Diese Möglichkeiten, ein längerfristiges Wettbewerbsverbot zu vereinbaren, sowie die in Art. 5 der GVO geltende „Abtrennbarkeit“, dürften die negativen Auswirkungen auf bestehende Verträge reduzieren. Es wäre allerdings wünschenswert gewesen, wenn einige dieser einschränkenden Hinweise anstatt in die grundsätzlich unverbindlichen Leitlinien¹⁷⁷ in die GVO aufgenommen worden wären. Des Weiteren vermögen Formulierungen wie „sehr umfangreiche Investitionen“ den Unternehmen nur schwer deutlich zu machen, ob in ihrem konkreten Fall eine Einzelfreistellung in Frage kommt oder nicht. Hier hätte es eindeutigerer Erläuterungen bedurft. Ohne diese sind die Leitlinien bis zu einer erläuternden Entscheidungspraxis kaum dazu geeignet, den Unternehmen die für eine Selbstbeurteilung erforderliche Rechtssicherheit zu bieten.¹⁷⁸ Wie zuvor bereits mehrfach angemerkt wäre daher auch im Rahmen des Art. 5 der GVO die Aufrechterhaltung von vorsorglichen Anmeldeoptionen für die Unternehmen eine Chance auf mehr Rechtssicherheit gewesen.

c.) Unbestimmte Dauer

Als für eine unbestimmte Dauer vereinbart sind auch die Verträge anzusehen, die Wettbewerbsverbote enthalten, die sich stillschweigend über einen Zeitraum von fünf Jahren hinaus verlängern. Auch dies entspricht der bisher geltenden Regelung in der GVO Alleinbezug.¹⁷⁹

Ist gemäß den Leitlinien die Verlängerung hingegen von der Zustimmung beider Vertragsparteien abhängig, entfällt die Freistellung des Art. 2 der GVO nicht.¹⁸⁰ Damit ist auch die Vereinbarung sog. Kettenverträge zulässig, die sich immer jeweils direkt an den vorherigen Vertrag anschließen.¹⁸¹ Allerdings darf der Folgevertrag nicht schon kurz nach Inkrafttreten des ersten Vertrages geschlossen werden. Es

¹⁷⁶ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 158. Hierbei handelt es sich allerdings wieder um nicht rechtsverbindliche Angaben der Kommission über Voraussetzungen zur Einzelfreistellung.

¹⁷⁷ Vgl. dazu oben Kapitel Zwei:A.)V.), S.18.

¹⁷⁸ So auch *Pukall*, NJW 2000, 1375, 1378.

¹⁷⁹ Bekanntmachung Alleinbezug und Alleinvertrieb, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 29), Tz. 39. Diese Regelung wurde jedoch in der Literatur zurecht kritisiert. Die Entscheidungssituation ist für den Käufer gleich, unabhängig davon, ob er den sich ansonsten verlängernden Vertrag kündigt, oder ob er mit dem Lieferanten einen neuen Bezugsvertrag abschließt; vgl. Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht, Bd. 1, Art. 85 Rn. 1485; *Rahlmeyer*, in: Martinek/Semmler, Handbuch des Vertriebsrechts, § 30 Rn. 224; Wiedemann, GVO-Kommentar, Bd. II, GVO 1984/83 Art. 3 Rn. 14.

¹⁸⁰ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 58. Aus dem Leitlinien-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33), Tz.48, war dies nicht deutlich geworden. – In der Kommentierung zur Laufzeitbegrenzung der GVO Alleinbezug so schon: *von Stoephasius*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, Art. 81 Fallgruppen, Rn. 385;

¹⁸¹ So auch: *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG – Wettbewerbsrecht, Erg.-Bd., GFVO, Rn. 275. Vor Erlass der endgültigen Leitlinien noch zweifelnd: *Liebscher/Petsche*, EuZW 2000, 400, 403; *Metzlaff*, BB 2000, 1201, 1208.

muss den Parteien nach Ablauf eines Vertrages vielmehr jeweils wieder eine freie Willensentscheidung für oder gegen eine erneute Bindung möglich sein.¹⁸²

Dem Wortlaut der GVO nach müsste es zudem schon ausreichen, wenn lediglich der Käufer der Verlängerung des Wettbewerbsverbots zustimmt, da bereits dann keine stillschweigende Verlängerung mehr vorliegt.¹⁸³ Eine einseitige Verlängerung des Vertrages durch den Lieferanten oder die Vereinbarung eines Eintrittsrechts für Verträge, die der Vertriebshändler mit neuen Lieferanten schließt, ist hingegen unzulässig.¹⁸⁴ Dies widerspräche der Zielsetzung der Regelung, die rechtliche und wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Vertriebshändlers nach Ablauf des Vertrages zu schützen.¹⁸⁵

Des Weiteren darf „nichts“ vorliegen, „was den Käufer daran hindert, das Wettbewerbsverbot nach Ablauf des Fünfjahreszeitraums tatsächlich aufzukündigen“.¹⁸⁶ Davon sind insbesondere Darlehen betroffen, die der Lieferant dem Käufer gewährt hat. Diese dürfen nicht so gestaltet sein, dass dem Käufer nach Ablauf des Wettbewerbsverbots eine Tilgung seiner Schulden nur möglich ist, wenn er einer Verlängerung des Wettbewerbsverbots zustimmt.¹⁸⁷ Genauso sollte es dem Käufer möglich sein, nicht vertragspezifische Ausrüstungen, die er vom Lieferanten erhalten hat, nach dem Ende des Wettbewerbsverbots zum Marktwert zu übernehmen.¹⁸⁸ „Vertragspezifisch“ sind in diesem Zusammenhang also Ausstattungen, die nicht für den Vertrieb konkurrierender Produkte verwendet werden können und für den Käufer mit Ablauf des Vertrages somit wertlos sind.¹⁸⁹

3.) Keine Befristung bei Verkauf aus Räumlichkeiten des Lieferanten

Die Befristung des Wettbewerbsverbots in Art. 5 Buchst. a) der GVO auf fünf Jahre gilt jedoch nicht, wenn die Vertragswaren oder –dienstleistungen vom Käufer in Räumlichkeiten und auf Grundstücken verkauft werden, die Eigentum des Lieferanten sind. Dasselbe gilt, wenn dieser die Verkaufsräume oder Grundstücke von Dritten, nicht mit dem Käufer verbundenen Unternehmen,¹⁹⁰ gemietet oder

¹⁸² Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht, Bd. I, Art. 85 Rn. 1484; *Jacob-Siebert/Jorna*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Art. 85 – Liefer- und Bezugsvereinbarungen Rn. 130; *Rahlmeyer*, in: Martinek/Semmler, Handbuch des Vertriebsrechts, § 30 Rn. 226; *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 490 Rn. 37; Wiedemann, GVO-Kommentar, Bd. II, S. 143, Art. 3 Rn. 18.

¹⁸³ So auch *Metzlaff*, BB 2000, 1201, 1208;

¹⁸⁴ So bereits die Kommentierung zu Art. 3 Buchst. d) der GVO Alleinbezug: Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht, Bd. I, Art. 85 Rn. 1486; *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 490 Rn. 37. A. A. Wiedemann, GVO-Kommentar, Bd. II, S. 142, Art. 3 Rn. 17, der lediglich zivilrechtliche Grenzen ziehen will.

¹⁸⁵ *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 489 Rn. 36 (in Bezug auf Art. 3 Buchst. d) GVO Alleinvertrieb).

¹⁸⁶ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 58.

¹⁸⁷ Ebenda.

¹⁸⁸ Ebenda.

¹⁸⁹ Bauer/de Bronett, Die EU – Gruppenfreistellungsverordnung, S. 95.

¹⁹⁰ Dieser Zusatz war im Entwurf der GVO (vgl. Art. 4 Buchst. a) GVO-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33) noch nicht enthalten. Er wurde eingefügt, um Umgehungen zu Vermeiden. *Liebscher/Petsche*, EuZW 2000, 400, 402.

gepachtet hat.¹⁹¹ Für künstliche Eigentumskonstruktionen, die lediglich eine Umgehung der Fünfjahresfrist bewirken sollen, gilt diese Einschränkung allerdings nicht.¹⁹² Auch darf das Wettbewerbsverbot nicht über den Zeitraum hinausreichen, in welchem der Käufer die Räumlichkeiten und Grundstücke nutzt.

Der Grund für diese Beschränkung liegt darin, dass dem Lieferanten nicht zugemutet werden soll, dass in Räumlichkeiten und auf Grundstücken, die in seinem Gewahrsam¹⁹³ sind, konkurrierende Produkte verkauft werden.¹⁹⁴

V.) Nachvertragliche Wettbewerbsverbote (Art. 5 Buchst. b)

Die GVO Nr. 2790/99 stellt gemäß Art. 5 Buchst. b) der GVO grundsätzlich keine Verpflichtungen frei, „die den Käufer veranlassen, Waren oder Dienstleistungen nach Beendigung der Vereinbarung nicht herzustellen bzw. nicht zu erbringen, zu beziehen, zu verkaufen oder weiterzuverkaufen“. Nach Ansicht der Kommission werden nachvertragliche Wettbewerbsverbote hauptsächlich bei Franchisevereinbarungen getroffen.¹⁹⁵

1.) Alte Rechtslage

Nur die GVO Franchise traf in Art. 3 Abs. 2 Buchst. d) eine Regelung zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot.¹⁹⁶ Ein solches war danach ohne räumliche Begrenzung möglich.

2.) Auf Franchisevereinbarungen anwendbar?

Fraglich ist zunächst, inwieweit Art. 5 Buchst. b) auf Franchisevereinbarungen überhaupt Anwendung findet. Gemäß Art. 2 Abs. 1 der GVO werden nur Absprachen erfasst, die Wettbewerbsverletzungen im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EGV darstellen. Bei Franchisevereinbarungen, die den Vorgaben der Pronuptia - Entscheidung des EuGH¹⁹⁷ entsprechen, ist dies nicht der Fall. Im Rahmen eines solchen Franchisesystems hat der Franchisegeber die Möglichkeit, dem Franchisenehmer für einen angemessenen Zeitraum ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot für das gesamte Verkaufsgebiet aufzuerlegen. Der angemessene Zeitraum dürfte sich hierbei auf ein Jahr belaufen.

¹⁹¹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 59.

¹⁹² Ebenda.

¹⁹³ Sowohl die englische („...period of occupation...“) als auch die französische („...période d’occupation...“) Fassung lassen den Gewahrsam anstatt des Eigentums ausreichen. Dies ist insofern auch richtig, da sich die Ausnahme auch auf Grundstücke bezieht, die der Lieferant „gemietet oder gepachtet“ hat.

¹⁹⁴ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 59.

¹⁹⁵ Vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 42.

¹⁹⁶ A.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 23).

¹⁹⁷ Entscheidung v. 17.12.1986, Rs. 87/17 (Pronuptia), ABI.EG 1987 Nr. L 13/39

Diese Grundsätze haben nach wie vor Bestand und können auch von der Kommission nicht durch die GVO aufgehoben werden.¹⁹⁸ Das bedeutet, dass Art. 5 Buchst. b) nur Franchisevereinbarungen ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot untersagt, welche ausnahmsweise die Vorgaben der Pronuptia – Entscheidung des EuGH nicht erfüllen.

3.) Ausnahmetatbestand

Eine Ausnahme von dieser Einschränkung des Art. 2 der GVO besteht gemäß deren Art. 5 Buchst. b) 2. HS nur für solche Verbotsvereinbarungen, die für den Schutz von Know-how, das der Lieferant dem Käufer überlassen hat, unerlässlich sind. Diese dürfen sich allerdings nur auf Waren oder Dienstleistungen beziehen, die mit den ehemaligen Vertragsprodukten in Wettbewerb stehen. Weiterhin muss sich das nachvertragliche Wettbewerbsverbot auf die Verkaufsstelle beschränken, in welcher der Käufer seine Geschäfte während der Vertragsdauer betrieben hat, und muss auf höchstens 1 Jahr begrenzt sein.¹⁹⁹

Gegen Handlungen des ehemaligen Abnehmers, die hingegen als eine Nutzung oder Offenlegung der vermittelten Kenntnisse anzusehen sind, kann sich der Lieferant gemäß Art. 5 Buchst. b) a. E. durch ein Verbot ohne zeitliche Begrenzung schützen.²⁰⁰

a.) *Wettbewerb*

Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot kommt nur in Betracht, wenn es sich auf Waren oder Dienstleistungen bezieht, die mit den Vertragswaren im Wettbewerb stehen. Hier ist eine weite Auslegung erforderlich, denn letztendlich geht es um den Schutz des Know-how. Ein Wettbewerbsverhältnis ist somit immer dann anzunehmen, wenn durch den Vertrag gewonnenes Know-how bei Konkurrenzprodukten in ähnlicher Weise angewendet werden kann.²⁰¹

b.) *Beschränkung auf die zuvor genutzte Verkaufsstelle*

Im Entwurf der GVO war die Bedingung, dass sich das nachvertragliche Wettbewerbsverbot lediglich auf die zuvor genutzte Verkaufsstelle beziehen darf, noch nicht enthalten.²⁰² Da die Voraussetzungen des Art. 5 Buchst. b) 2. HS aber

¹⁹⁸ *Bauer/de Bronnert*, Die EU – Gruppenfreistellungsverordnung, S. 99.

¹⁹⁹ Art. 5 Buchst. b) 2. HS, GVO Nr. 2790/99, a.a.O. (Einleitung: Fn. 5); Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 60.

²⁰⁰ Voraussetzung ist laut GVO, dass das Know-how nicht allgemein bekannt geworden ist. Hierbei handelt es sich um eine unnötige Doppelung, da die Definition von Know-how in Art. 1 Buchst. f) der GVO bereits vorschreibt, dass dieses „geheim“ und damit „nicht allgemein bekannt“ sein darf. So auch: *Metzlaff*, BB 2000, 1201, 1208.

²⁰¹ *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG – Wettbewerbsrecht, Erg.-Bd., GFVO, Rn. 286.

²⁰² Vgl. Art. 4 Buchst. b) GVO-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33). Danach wären alle nachvertragliche Wettbewerbsverbote bis zu einem Jahr zulässig gewesen, die sich lediglich auf Konkurrenzprodukte hätten beziehen und für den Schutz des Know-how unerlässlich hätten sein müssen.

kumulativ²⁰³ erfüllt sein müssen, hat die Kommission damit den Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung erheblich eingeschränkt.²⁰⁴

(1) Einschränkung der Gewerbefreiheit des Abnehmers

Sie dürfte damit den Vorwürfen begegnet sein, das nachvertragliche Wettbewerbsverbot gehe über das erforderliche Maß hinaus. So wurde vom WSA die Ansicht vertreten, die Einschränkung der Gewerbefreiheit des Abnehmers sei eher zu berücksichtigen als das für den Schutz des Know-how ohnehin nicht erforderliche nachvertragliche Wettbewerbsverbot.²⁰⁵ Insbesondere bei einer Kombination eines fünfjährigen, vertraglichen- mit einem einjährigen, nachvertraglichen Wettbewerbsverbot sei es für den ehemaligen Käufer fast unmöglich in seinem angestammten Betätigungsfeld weiterhin seinen Lebensunterhalt zu verdienen. Es sei daher wahrscheinlicher, dass dieser einen neuen Vertrag über fünf Jahre akzeptiere, als dass er ein faktisches Berufsverbot in Kauf nehme. Die Regelung des Art. 5 Buchst. a) der GVO könne so legal umgangen werden.²⁰⁶ Nach der Überarbeitung des Art. 5 Buchst. b) der GVO kann der Abnehmer jetzt nur noch beschränkt werden, wenn er weiterhin in der ehemaligen Verkaufsstätte tätig ist.

(2) Auswirkung der Beschränkung des Wettbewerbsverbots auf die ehemalige Verkaufsstätte

Es erscheint jedoch fraglich, ob diese dem Art. 5 Buchst. b) 2. HS der GVO hinzugefügte Bedingung zur Lösung des dargestellten Problems geeignet ist. Für den Verbleib des Käufers in der ehemaligen Verkaufsstätte sind grundsätzlich zwei Konstellationen denkbar.

i) Käufer als Mieter oder Pächter des Lieferanten

Zum einen könnte der Franchisenehmer die ehemalige Verkaufsstätte vom Anbieter gemietet oder gepachtet haben. Dann könnte wie bei Art. 5 Buchst. a) der GVO von diesem nicht erwartet werden, dass in seinen eigenen Räumlichkeiten oder Grundstücken konkurrierende Produkte vertrieben werden. Die Ausnahme von der im Vergleich zum Entwurf restriktiver angelegten Vorschrift wäre dann nachzuvollziehen. Es ist allerdings äußerst unwahrscheinlich, dass ein Bezugsvertrag aufgelöst wird, der ehemalige Käufer jedoch dieselbe Verkaufsstätte für andere Zwecke weiterhin beim Lieferanten mietet oder pachtet.

ii) Abnehmer als Eigentümer

Die zweite Konstellation liegt in dem Fall vor, dass die ehemalige Verkaufsstätte im Eigentum des Käufers steht. Der Lieferant muss dann damit rechnen, dass auch in

²⁰³ Dies ergibt sich aus den Kommata bei der Aufzählung der Bedingungen für die Ausnahmeregelung und aus dem Gebrauch der Worte „sowie“ und „und“. Anders Roniger, Das neue Vertriebskartellrecht, Art. 5 Rn. 6, der die Ansicht vertritt, dieser Schluss ergebe sich erst aus der Auswertung anderer Sprachfassungen.

²⁰⁴ Roniger, Das neue Vertriebskartellrecht, Art. 5 Rn. 6.

²⁰⁵ WSA, Stellungnahme VO, 3.5.4. .

²⁰⁶ Ders., 3.5.3., in Bezug auf eine Kombination von Art. 5 Buchst. a) und b) der GVO.

Zukunft von dort aus ein Verkaufsgeschäft vorgenommen wird. Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot würde ihn daher schützen können. Gerade in dieser Konstellation kann die Ausnahmeregelung des Art. 5 Buchst. b) 2. HS der GVO jedoch nicht als sinnvoll angesehen werden. Sie würde den Käufer nicht nur in der Nutzung seiner Gewerbefreiheit, sondern sogar in der Nutzung seines Eigentums einschränken.

iii) Ergebnis

Die restriktivere Ausnahmeregelung wirkt sich also nur in der ersten dargestellten Konstellation positiv für den Käufer aus.

(3) Art. 5 Buchst. b) verzichtbar

Zu fragen ist daher, ob bezüglich der Lieferanten ein besonderes Bedürfnis an der getroffenen Ausnahmeregelung in dieser Form besteht. Ansonsten könnte aus Gründen der Übersichtlichkeit auf sie verzichtet werden.

Von einem gesonderten Interesse der Lieferanten an einer derartigen Vorschrift ist allerdings nicht auszugehen. Zum einen bleibt ihnen noch die Möglichkeit ihr Know-how durch Verbot der nachvertraglichen Nutzung oder Offenlegung zeitlich unbefristet zu schützen.²⁰⁷ Zum anderen macht die Ausnahme des Art. 5 Buchst. b) 2. HS der GVO im Gegensatz zur Regelung im GVO-Entwurf für die Lieferanten in den meisten Fällen keinen Sinn mehr. Sie können den Abnehmer damit dennoch nicht daran hindern, in der unmittelbaren Nachbarschaft eine konkurrierende Verkaufsstätte zu eröffnen. Als Schutzklausel für zuvor übertragenes Know-how ist Art. 5 Buchst. b) 2. HS der GVO für die Lieferanten deshalb in dieser Form praktisch wirkungslos²⁰⁸ und kann somit als überflüssig angesehen werden.

4.) „Unerlässlich“

Die Kommission stellt weiterhin in Art. 5 Buchst. b) der GVO erstmals die Frage, wann der nachvertragliche Vertrieb von Konkurrenzprodukten zwar keine Nutzung oder Offenlegung, aber dennoch eine derart starke Gefährdung des Know-how darstellt, dass für dessen Schutz ein Verbot eines Konkurrenzbetriebes „unerlässlich“ ist.²⁰⁹ Weder die GVO noch die Leitlinien geben Aufschluss darüber, auf welche Handlungen diese Voraussetzung zutrifft.²¹⁰

Fraglich ist, ob eine derartige Differenzierung überhaupt erforderlich ist.

Es erscheint nur schwer vorstellbar, dass eine Handlung, die übertragenes Know-how derart gefährdet, dass ihre Untersagung für dessen Schutz „unerlässlich“ ist, nicht zumindest mittelbar auch eine Nutzung oder Offenlegung der gewonnenen

²⁰⁷ Vgl. dazu auch unten 4.).

²⁰⁸ So auch: *Metzlaff*, BB 2000, 1201, 1209.

²⁰⁹ Bisher war in der alten GVO Franchise im Zusammenhang mit nachvertraglichen Wettbewerbsverboten lediglich von der Nutzung der Franchise die Rede. Vgl. Art. 3 Buchst. c), GVO Franchise, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 23).

²¹⁰ Die Liste in Tz. 44 der Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6) betrifft Verpflichtungen, die während der Vertragslaufzeit einzuhalten sind. Des Weiteren führt sie lediglich „notwendige“ Vereinbarungen auf. Dort wird jedoch unter Buchst. a) auch das Wettbewerbsverbot genannt.

Kenntnisse zur Folge hätte. Ein Schutz des Know-how besteht solange es geheim ist und es damit seinem Anwender einen Wettbewerbsvorsprung verschaffen kann.²¹¹ Ein Verbot kann insofern also nur „unerlässlich“ sein, wenn ansonsten unmittelbar oder mittelbar der Verlust der Geheimhaltung und damit die Offenlegung droht.

Gerade die Möglichkeit, eine solche Offenlegung zu verhindern, bleibt gemäß Art. 5 Buchst. b) 3. HS der GVO jedoch unberührt. Überträgt man hierauf die Wertung des Ausnahmetatbestandes in Art. 5 Buchst. b) der GVO, so ist auch in Zukunft die nachvertragliche Verpflichtung zu einem örtlich ungebundenen Wettbewerbsverbot über einen angemessenen Zeitraum²¹² möglich. Voraussetzung ist allerdings auch hier, dass das Verbot „unerlässlich“ ist, die Offenlegung des Know-how also auf keinem anderen Wege verhindert werden kann.²¹³ Dann muss auch die Gewerbefreiheit des zuvor nutzungsberechtigten Käufers hinter den Schutzinteressen des Know-how-Inhabers zurücktreten.²¹⁴

Es gelten somit für den 3. HS dieselben Voraussetzungen wie für den 2. HS. Der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Buchst. b) 2. HS ist nach der hier vertretenen Auffassung auch aus diesem Grunde überflüssig.

5.) Dauer von einem Jahr

Das in Art. 5 Buchst. b) der GVO ausnahmsweise gestattete nachvertragliche Wettbewerbsverbot darf die Dauer von einem Jahr nicht überschreiten. Aus der deutschen Wirtschaft kam teilweise die Forderung diese Frist auf zwei Jahre auszuweiten.²¹⁵ Die Kommission ist jedoch bei dem vorgesehenen Zeitraum geblieben, um die Möglichkeit einer Umgehung der maximalen Dauer von 5 Jahren für Wettbewerbsverbote durch eine Kombination von Art. 5 Buchst. a) und b) der

²¹¹ Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht, Bd. 1, Art. 85 Rn. 793; *Mailänder*, GRUR Int. 1987, 523, 524; *Sucker/Guttoso*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/I, Art. 85 Immaterialgüterrechte Rn. 25; *Ullrich*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 1293 Rn. 27.

²¹² Die Kommission hielt in verschiedenen bisherigen Entscheidungen Wettbewerbsverbote von bis zu einem Jahr nach Vertragsbeendigung für angemessen, wobei allerdings im Einzelfall nach Maßgabe der Erforderlichkeit entschieden wurde; vgl. Kommission, Entscheidung v. 17.12.1986, Rs. 87/100 (Yves Rocher), ABl.EG 1987 Nr. L 8/49; Entscheidung v. 17.12.1986, Rs. 87/17 (Pronuptia), ABl.EG 1987 Nr. L 13/39; Entscheidung v. 14.11.1988, Rs. 88/604 (Servicemaster), ABl.EG 1988 Nr. L 332/38.

²¹³ Urteil des EuGH (Pronuptia), a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 13), Tz. 16. Vgl. auch: Epp, Franchising und Kartellrecht, S. 224 ff..

²¹⁴ An einen solchen Fall sind jedoch besonders hohe Anforderungen zu stellen. Das bedeutet, dass es sich um extrem geheimes Know-how handeln muss, welches dem Anwender weiterhin auch einen außergewöhnlichen Wettbewerbsvorteil verschafft; vgl. Kommission, Entscheidung v. 02.12.1988, Rs. 89/94 (Charles Jourdan) ABl.EG 1989 Nr. L 35/31, 36 Tz. 27. Des Weiteren müsste das Know-how auch ohne weiteres im Konkurrenzvertrieb angewandt werden können; vgl. Kommission, Entscheidung v. 17.12.1986, Rs. 87/100 (Yves Rocher), ABl.EG 1987 Nr. L 8/49, 55 Tz. 47; Entscheidung v. 17.12.1986, Rs. 87/17 (Pronuptia), ABl.EG 1987 Nr. L 13/39 43 Tz. 25.

²¹⁵ Vgl. bspw. BDI, Positionspapier zum Entwurf, S. 4.

GVO zu verhindern.²¹⁶ Diese Frist entspricht im Übrigen auch der bisherigen GVO Franchise sowie der bisherigen Entscheidungspraxis der Kommission.²¹⁷

6.) Freistellung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote für Lieferanten

Das Verbot nachvertraglicher Wettbewerbsverbote in Art. 5 Buchst. b) gilt in Bezug auf den Lieferanten. Aus den Leitlinien und der GVO wird auch nicht deutlich, ob es sich hierbei um eine unbewusste Lücke oder eine bewusste Ausgestaltung handelt. Aus wettbewerbspolitischen Gründen ist diese Tatsache zumindest zweifelhaft, da nachvertragliche Wettbewerbsverbote zu Lasten des Lieferanten geeignet sind, die wirtschaftliche Abhängigkeit kleiner und mittlerer Zulieferbetriebe von marktmächtigen Abnehmern zu fördern.²¹⁸

7.) Auswirkungen auf bestehende und zukünftige Verträge (Ergebnis)

1. Der Regelungsgehalt des Art. 5 Buchst. b) der GVO lässt sich darauf beschränken, dass nachvertragliche Bezugs- oder Verkaufsbindungen im Rahmen der GVO grundsätzlich verboten sind.
2. Von diesem nachvertraglichen Bindungsverbot sind aber im Rahmen von Franchisevereinbarungen nur solche bestehenden Verträge betroffen, die nicht den Vorgaben der Pronuptia – Entscheidung entsprechen.
3. Gemäß den Vorgaben des Art. 5 Buchst. b) a.E. ist das Verbot einer nachvertraglichen Nutzung oder Offenlegung von zuvor übertragenem Know-how ohne räumliche Beschränkung weiterhin zulässig. Allerdings darf hier der Schutz des Know-how auf keinem anderen Wege möglich sein.
4. Die Einführung des Ausnahmetatbestandes zum nachvertraglichen Bezugs- und Verkaufsbindungsverbot in Art. 5 Buchst. b) 2. HS muss als überflüssig und damit als misslungen bezeichnet werden. Er dürfte in der Praxis kaum zur Anwendung gelangen.
5. Nachvertragliche Wettbewerbsverbote zu Lasten des Lieferanten hätten ebenfalls von Art. 5 Buchst. b) erfasst sollen, um kleinere und mittlere Zulieferbetriebe nicht von marktmächtigen Abnehmern abhängig zu machen.

VI.) Boykottverbot (Art. 5 Buchst. c))

Schließlich führt Art. 5 Buchst. c) der GVO alle unmittelbaren oder mittelbaren Verpflichtungen²¹⁹ als vom Anwendungsbereich des Art. 2 der GVO ausgeschlossen

²¹⁶ Peepkorn, BDI-Praxisseminar Vertikale Beschränkungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf.

²¹⁷ Vgl. Art. 3 Abs. 1 Buchst. c), GVO Franchise, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 23); „...für einen angemessenen Zeitraum ... , der ein Jahr nicht überschreiten darf“. Zur Entscheidungspraxis der Kommission, vgl. oben Fn. 212.

²¹⁸ Bauer/de Bronett, Die EU – Gruppenfreistellungsverordnung, S. 100.

²¹⁹ Siehe dazu bereits oben S. 39, Kapitel Drei:(A.)V.)3.) „unmittelbare und mittelbare Verpflichtungen“.

auf, „welche die Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems veranlassen, Marken bestimmter konkurrierender Lieferanten nicht zu verkaufen“.

Damit soll verhindert werden, dass mehrere Lieferanten, die dieselben Verkaufsstellen eines selektiven Vertriebssystems nutzen, einen oder mehrere Wettbewerber davon abhalten, ebenfalls an diese Verkaufsstellen zu liefern.²²⁰ Während also ein generell gehaltenes Verbot, konkurrierende Produkte nicht zu führen, im Selektivvertrieb freigestellt wird, ist ein solches, das sich lediglich auf den Verkauf bestimmter, im Einzelfall ausgewählter Produkte bezieht, unzulässig.

Im Entwurf der GVO war auch die Verpflichtung, bestimmte Marken zu führen, von der Freistellung des Art. 2 ausgenommen.²²¹ E contrario ist daraus zu entnehmen, dass die unmittelbare oder mittelbare Verpflichtung der Mitglieder eines Selektivvertriebs, die Produkte bestimmter konkurrierender Lieferanten zu führen, grundsätzlich dem Anwendungsbereich der GVO unterliegt.

C.) Bewertung der neuen Form der Verbotsregelungen in der GVO/Ergebnis

1. Mit der Einführung einer Liste von Kernbeschränkungen und Bedingungen unter dem Verzicht auf die bisher üblichen „weißen“ und „grauen“ Klauseln hat die Kommission nach der Generalisierung des Anwendungsbereichs den zweiten notwendigen Schritt zur Beseitigung des „Zwangsjackeneffektes“²²² des alten Freistellungssystems vollzogen.
2. Die neue Regelung ermöglicht den Unternehmen, ihre Verträge flexibler zu gestalten und ist daher auch in der Literatur überwiegend positiv aufgenommen worden.²²³
3. Für die Parteien ist nunmehr alles erlaubt, was nicht explizit verboten ist.
4. Die Beibehaltung des „Alles-oder-Nichts“ Prinzips ist trotz der dagegen vorgebrachten Kritik zu begrüßen. Es kann im Gegensatz zur alten Rechtslage nicht mehr als unverhältnismäßig angesehen werden. Aufgrund seiner Abschreckungswirkung ist das „Alles-oder-Nichts“ Prinzip bei dem weiten Anwendungsbereich der GVO weiterhin auch wettbewerbsrechtlich erforderlich.
5. Durch die Möglichkeit der Abtrennbarkeit in Art. 5 der GVO, Absprachen, die einer Einzelfreistellung bedürfen, und Absprachen, die unter die GVO fallen, miteinander zu kombinieren, wurde der Spielraum für die Unternehmen bei der Vertragsgestaltung nochmals erweitert. Es wird jedoch verstärkt zu

²²⁰ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 61.

²²¹ Vgl. Art. 4 Buchst. c), GVO-Entwurf, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 33).

²²² Zum ersten Schritt zur Beseitigung des „Zwangsjackeneffektes“ durch den sämtliche Vereinbarungen umfassenden Anwendungsbereich der GVO vgl. oben S. 58ff., Kapitel Vier:A.)III.)1.)c.) „Keine Beschränkung auf sektorale- oder branchenspezifische Wettbewerbsregeln“.

²²³ Vgl. *Bayreuther*, EWS 2000, 106, 111; *Blaurock*, in: Schwarze, Neuere Entwicklungen, S. 71, S. 77; *Brinker*, in: Schwarze, Neuere Entwicklungen, S. 59, S. 67; *Metzlaff*, BB 2000, 1201, 1209; *Nolte*, BB 1998, 2429, 2429; *Polley/Seeliger*, CR 2001, 1, 9; *Semmler/Bauer*, DB 2000, 193, 194.

kontrollieren sein, ob diese Möglichkeit in Verbindung mit der Tatsache, dass eine Anmeldung für Einzelfreistellungen nicht mehr erforderlich ist, in Zukunft zu Missbrauch führt.

6. Die Tatsache, dass einige der Regelungen nicht eindeutig genug formuliert wurden, erschwert die Anwendung durch die Unternehmen. Einerseits sind teilweise wichtige Erläuterungen in den grundsätzlich nicht verbindlichen Leitlinien enthalten. Andererseits werden wie schon in den bisherigen GVOen²²⁴ einige unbestimmte Rechtsbegriffe weder in der GVO noch in den Leitlinien erörtert.
7. Bis zu einer gesicherten Rechtsprechung wird den Unternehmen damit ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit bei der Anwendung der GVO auf ihre Vereinbarungen verbleiben. Die Tatsache, dass Entscheidungen im Europäischen Kartellrecht in Zukunft zunehmend dezentral erfolgen werden, könnte diesen Zeitraum noch verlängern. Für diese Übergangsphase wäre deshalb die Möglichkeit einer vorsorglichen Anmeldung wünschenswert gewesen.
8. Der Ausnahmetatbestand zu Art. 5 Buchst. b) der GVO muss als überflüssig und damit als misslungen bezeichnet werden.

²²⁴ Vgl. dazu *Lugard*, ECLR 1996, 166, 173 f.; *Müller-Graff*, EuR 1992, 1, 31; *Martinek/Habermeier*, ZHR 158 (1994), 107, 133;

Kapitel Sieben: Entzug der Gruppenfreistellung: Die Artt. 6, 7, und 8

Vereinbarungen, die unter die GVO fallen, kann unter gewissen Voraussetzungen die Freistellung wieder entzogen werden. Die Voraussetzungen für einen Entzug durch die Kommission finden sich in Art. 6 der GVO. In Art. 7 sieht diese erstmals auch die Möglichkeit der Rücknahme der Freistellung durch die zuständigen nationalen Behörden und Gerichte vor. Schließlich kann die Kommission gemäß den Voraussetzungen in Art. 8 der GVO per Verordnung die Gruppenfreistellung sämtlichen Vereinbarungen eines Marktes entziehen.

A.) Artikel 6

I.) Alte Rechtslage

Beruhend auf Art. 7 der VO Nr. 19/65¹ bestand bereits in den bisherigen GVOen die Möglichkeit eines nachträglichen Entzugs, wenn eine Vereinbarung zwar die Voraussetzungen der jeweiligen GVO, nicht aber die des Art. 81 Abs. 3 EGV erfüllte.² Die jeweiligen Artikel enthielten dabei einen konkreten Beispielskatalog für die Frage, wann ein solcher Fall gegeben ist.³

II.) Relevante Erwägungsgründe

Erwägungsgrund Nr. 13 bezieht sich auf den in Art. 6 der GVO erläuterten Entzug der Gruppenfreistellung durch die Kommission.

III.) Leitlinien

In den Tz. 71 – 76 der Leitlinien erläutert die Kommission den Entzug der Gruppenfreistellung im Falle des Art. 6 der GVO.

IV.) Entzugsvoraussetzungen

Die Kommission ist wie bisher gemäß Art. 6 der GVO berechtigt, im Einzelfall den Vorteil der Anwendung der GVO zu entziehen, wenn eine Vereinbarung zwar die Voraussetzungen der jeweiligen GVO, nicht aber die des Art. 81 Abs. 3 EGV erfüllt. Art. 6 der GVO enthält allerdings keinen konkreten Beispielskatalog. Statt dessen

¹ A.a.O (Einleitung: 8);

² vgl. Bunte/Sauter, EG-GVOen, Einführung Rn. 107; *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 420 Rn. 51 ff., S. 465 Rn. 79

³ Vgl. Art. 6 der GVO Alleinvertrieb, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21), Art. 14 der GVO Alleinbezug, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 22) sowie Art. 8 der GVO Franchise, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 23).

finden sich sowohl in der GVO als auch in den Leitlinien Hinweise darauf, wann mit einem Entzug zu rechnen ist.

1.) Vertrieb an Endverbraucher

Die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV sind nicht erfüllt, wenn sie keine objektiven Vorteile bringt, die geeignet sind, den Schaden für den Wettbewerb zu kompensieren.⁴ Gemäß Tz. 71 der Leitlinien⁵ kann dies insbesondere beim Vertrieb von Waren an Endverbraucher⁶ der Fall sein. Hier können sich die mit einer vertikalen Vereinbarung einhergehenden Nachteile wesentlich stärker auswirken.

2.) Erhebliche Marktmacht

Gemäß dem für Art. 6 relevanten Erwägungsgrund Nr. 13 ist auch bei erheblicher Marktmacht des Käufers auf dem relevanten Markt, auf dem er Waren verkauft oder Dienstleistungen erbringt, mit einem Entzug der Freistellungswirkung zu rechnen.⁷

Die Marktmacht des Käufers ergibt sich in erster Linie aus dessen Anteil am sachlich und räumlich relevanten Markt. Ebenfalls zu beachten sind eventuell vorhandene Wettbewerbsvorteile wie bspw. wichtige Patente, überlegene Technik, Markenführerschaft oder eine überlegene Produktpalette.⁸

3.) Kumulative Wirkung nebeneinander bestehender Netze gleichartiger Beschränkungen

Der einzige Hinweis, der in Art. 6 der GVO selbst zu finden ist, betrifft den Fall, dass der Zugang zum Markt oder der dortige Wettbewerb durch die „kumulativen Wirkungen nebeneinander bestehender Netze gleichartiger vertikaler Beschränkungen ... in erheblichem Maße beschränkt wird“. Diese Beschränkungen müssen auf Vereinbarungen von miteinander im Wettbewerb stehenden Lieferanten oder Käufern beruhen. Der Entzug in einem solchen Fall dient also dem Schutz des Inter-brand Wettbewerbs.

Kumulative Wirkungen der in Art. 6 der GVO genannten Art können sich etwa aus selektiven Vertriebssystemen oder aus Wettbewerbsverboten ergeben.⁹ Eine Überprüfung dürfte insbesondere dann erforderlich sein, wenn auf dem Markt mehrere Vertriebsvereinbarungen existieren, bei denen der Marktanteil der Beteiligten jeweils knapp unter 30% liegt.¹⁰

⁴ Vgl. dazu unten S. 191 ff., Kapitel Neun:B.)II.) „Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV“.

⁵ A.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

⁶ Von der GVO erfasst werden allerdings nur Vereinbarungen mit gewerblichen Endverbrauchern, siehe oben S. 59, Kapitel Vier:A.)III.)2.)a.) „Unternehmen“.

⁷ Erwgr. Nr. 13 der GVO Nr. 2790/99, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 5).

⁸ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 123.

⁹ Erwgr. Nr. 13 der GVO Nr. 2790/99, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 5).

¹⁰ *Emmerich*, in: Dausen, EU – WR, Bd. 2, H.I Rn. 303.

a.) Bündeltheorie

Die Kommission wendet somit im Rahmen des Freistellungsentzuges wie schon in den bisherigen GVOen¹¹ die zur Beurteilung wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen i. S. des Art. 81 Abs. 1 EGV entwickelte „Bündeltheorie“ an.¹² Danach muss die Auswirkung einer wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme im Gesamtzusammenhang mit gleichartigen Verträgen untersucht werden. Denn Vereinbarungen, die für sich genommen harmlos sind, können in Verbindung mit anderen auf dem Markt bestehenden Vereinbarungen eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen und damit gegen Art. 81 Abs. 1 EGV verstoßen.¹³

b.) Gleichartigkeit

Für die Gleichartigkeit der nebeneinander bestehenden Netze von Vereinbarungen genügt es, wenn diese ähnliche Wirkungen am Markt entfalten.¹⁴ Dem Zweck der Vorschrift nach sind damit alle Vereinbarungen betroffen, die den Zugang zu oder den Wettbewerb auf dem betroffenen Markt beschränken.¹⁵ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sich die vertikalen Beschränkungen einer der Kategorien aus Markenzwang, Vertriebsbeschränkung, vertikaler Preisbindung oder Marktaufteilung zuordnen lassen.¹⁶ Es ist also nicht erforderlich, dass es sich dabei um Vereinbarungen der gleichen Art handelt.¹⁷

¹¹ Vgl. Art. 6 Buchst. b) der GVO Alleinvertrieb, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21), Art. 14 Buchst. b) der GVO Alleinbezug, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 22) sowie Art. 8 Buchst. a) der GVO Franchise, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 23), welchem die Regelung in der GVO Nr. 2790/99 praktisch wörtlich entspricht.

¹² In Bezug auf die GVO Nr. 2790/99: *Bayreuther*, EWS 2000, 106, 115. In Bezug auf die bisherigen GVOen: *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, S. 466 Rn. 81; *derselbe*, a.a.O., S. 508, Rn. 91; *derselbe*, a.a.O., S. 625 Rn. 115.

¹³ Die Bündeltheorie beruht auf der Rechtsprechung des EuGH. Vgl. EuGH, Urteil v. 12.12.1967, Rs. 23/67 (de Haecht I), Slg. 1967, 543, 555f.; EuGH, Urteil v. 11.07.1974, Rs. 8/74 (Dassonville), Slg. 1974, 837, 853f.; EuGH, Urteil v. 01.02.1977, Rs. 47/76 (Concordia), Slg. 1977, 65, 91f.; EuGH, Urteil v. 10.01.1980, Rs. 99/79 (Lancome/ETOS), Slg. 1980, 2511, 2536f.; EuGH, Urteil v. 11.12.1980, Rs. 31/80 (L'Oréal)), Slg. 1980, 3775, 3792; EuGH, Urteil v. 28.02.1991, Rs. C-234/89 (Delimitis), Slg. 1991 I, 935, 983f. .

¹⁴ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 73.

¹⁵ So *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, S. 625 Rn. 116, in Bezug auf Art. 8 Buchst. a) der GVO Franchise, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 23).

¹⁶ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 73.

¹⁷ Der eine Gleichartigkeit der Vereinbarungen verlangende Wortlaut der deutschen Fassung der GVO ist insofern irreführend, wie sich aus dem Vergleich mit der englischen und der französischen Fassung ergibt, wo jeweils von ähnlichen Vereinbarungen („similar“ und „similaires“) die Rede ist; vgl. *Ackermann*, EuZW 1999, 741, 744.

c.) *Beitrag zu kumulativer Wirkung im Einzelfall*

Einen Beitrag zur kumulativen Wirkung von gleichartigen Beschränkungen können gemäß der „Delimitis“-Entscheidung des EuGH¹⁸ allerdings nur Vereinbarungen leisten, die auch als Wettbewerbsbeschränkungen spürbar sind. Ist dies nicht der Fall, so unterliegen die Vereinbarungen auch nicht dem Entzugsmechanismus des Art. 6 der GVO.¹⁹

Unter einem „Einzelfall“ i.S. des Art. 6 der GVO ist in diesem Zusammenhang allerdings nicht nur eine einzelne Vereinbarung zu verstehen. Aufgrund der Tatsache, dass die Wettbewerbsbehinderung nur durch die kumulative Wirkung sämtlicher ähnlicher Vereinbarungen entsteht, kann auch nur eine Entscheidung für oder gegen sämtliche Absprachen mit derartigen Bindungen angemessen sein.²⁰ In ihrer einzigen bisher erlassenen Entzugsentscheidung hat die Kommission dementsprechend auch sämtlichen Unternehmen auf dem betroffenen Markt die Freistellung entzogen.²¹ Auch im Rahmen des Art. 6 der GVO hat die Kommission anscheinend die Absicht, sämtliche betroffenen Unternehmen gleich zu behandeln.²² Den Einzelfall stellt hier somit die konkrete Beschränkung dar, welche sich auf dem betroffenen Markt durch die kumulative Wirkung nebeneinander bestehender Netze ihrer Art wettbewerbsschädigend auswirkt.

d.) *„Erhebliches Maß“*

Für die Beantwortung der Frage, wann ein „erhebliches Maß“ an Wettbewerbsbehinderung durch die nebeneinander bestehenden Netzwerke aus ähnlichen vertikalen Beschränkungen gegeben ist, ist wie schon bei der GVO Franchise eine umfassende Interessenabwägung erforderlich.²³ Dabei ist insbesondere der für den behinderten Wettbewerbsteilnehmer gesperrte Marktanteil im Vergleich zum nichtgesperrten Markt zu berücksichtigen. Ebenso ist die Menge der auf dem gesperrten Markt verkauften Waren mit denen zu vergleichen, die auf dem ungebundenen Markt verkauft wurden.²⁴

¹⁸ Vgl. EuGH, Urteil v. 28.02.1991, Rs. C-234/89 (Delimitis), Slg. 1991 I, 977, 983f. .

¹⁹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 74. Vgl. dazu ausführlich: *Jehle*, EuZW 1991, 373 ff..

²⁰ So auch das EuG, Urteil v. 08.06.1995, Rs. T-7/93, T-9/93 (Langnese/Iglo-Kommission), Slg. 1995 (Langnese/Iglo-Kommission), II 1533, 1537: Die Beurteilung der Auswirkungen eines auf einem Markt von einem Lieferanten geschaffenen Netzes gleichartiger Ausschließlichkeitsverträge auf den Wettbewerb und die daraus in Anwendung von Artikel 85 des Vertrages zu ziehenden Konsequenzen gelten für die Gesamtheit der das Netz bildenden Einzelverträge.

²¹ Vgl. Entzugsentscheidungen der Kommission, Entscheidung v. 23.12.1992, Rs. 93/405 (Schöller), ABl.EG 1993 Nr. L 183/1; Entscheidung v. 23.12.1992, Rs. 93/406 (Langnese/Iglo), ABl.EG 1993 Nr. L 183/19.

²² In ihrem Follow-up zum Grünbuch (a.a.O. [Kapitel Eins: Fn.43], S. 36) hat die Kommission sich dahingehend geäußert, dass es „nur billig“ erscheint, „alle Unternehmen die erheblich zu der Gesamtwirkung beitragen, auf die gleiche Weise zu behandeln“.

²³ So *Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, S. 625 Rn. 117, in Bezug auf Art. 8 Buchst. a) der GVO Franchise, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 23).

²⁴ EuG, Urteil v. 8. 6. 1995, Rs. T-7/93, T-9/93 (Langnese/Iglo-Kommission), Slg. 1995 II, 1533, 1536: „Bei der Beurteilung des Einflusses der Netzwerke von Ausschließlichkeitsverträgen auf den Marktzugang sind das Verhältnis zwischen der Zahl der vertraglich an die Erzeuger gebundenen Verkaufsstätten und der Zahl der nicht gebundenen Händler, die durch die eingegangenen Verpflichtungen erfassten Mengen und das Verhältnis zwischen diesen Mengen und denjenigen,

Gemäß den unveröffentlichten Vorentwürfen der Kommission sollte ein Entzug bei Abdeckung von 50 bis 60% des Marktes mit parallelen Netzen möglich sein.²⁵ In der endgültigen Fassung gibt die GVO in Art. 6 jedoch keinen Aufschluss mehr darüber, wann ein erhebliches Maß an Bindung gegeben ist.²⁶ Die Kommission erwähnt kumulative Wirkungen jedoch im letzten Kapitel der Leitlinien im Zusammenhang mit Markenzwang²⁷ und Selektivvertrieb²⁸. Dort geht sie von vergleichbaren Werten aus.

Obwohl wie bereits festgestellt die dort genannten Werte bis zu einer Bestätigung durch den EuGH nicht allgemein verbindlich sind,²⁹ ist also anzunehmen, dass zumindest die Kommission eine erheblichen Marktbindung ab einem Bindungsgrad von über 50% annimmt. Dies ergibt sich auch aus der Tatsache, dass der Kollektiventzug in Art. 8 der GVO nur zur Anwendung kommen kann, wenn mehr als 50% des betroffenen Marktes gebunden sind.³⁰

4.) Beweislast

Will die Kommission einer Vereinbarung die Freistellung entziehen, trägt sie die Beweislast dafür, dass ein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EGV vorliegt und gleichzeitig die Voraussetzungen des Absatzes 3 nicht erfüllt sind.³¹

V.) Wirkung der Entzugsentscheidung

Die Entzugsentscheidung bewirkt ein Entfallen der Freistellung erst ex nunc mit Wirksamwerden des Entzugs.³² Wie vom WSA gefordert, gibt es somit keine rückwirkenden Entzugsentscheidungen.³³

die über nicht gebundenen Händler abgesetzt werden, sowie die Tatsache zu berücksichtigen, dass der Bindungsgrad, der sich aus solchen Netzen ergibt, zwar von gewisser Bedeutung ist, aber nur einen von mehreren Faktoren des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs bildet, in dem die Beurteilung vorzunehmen ist.“ Bestätigt durch den EuGH, Urteil v. 01.10.1998, Rs. C-279/95 P (Langnese/Iglo-Kommission), Slg. 1998 I, 5606.

²⁵ Nolte, BB 1998, 2429, 2438.

²⁶ Für den Bereich der Bierlieferungsverträge hatte die Kommission bei einem Bindungsgrad von 60% des Marktes bereits im Jahre 1988 eine kumulative Abschottungswirkung angenommen (17. WB 1988, Tz. 29). Von Polley/Seeliger wird daher der Bierlieferungsmarkt als von der Regelung besonders betroffen angesehen; vgl. dieselben, WRP 2000, 1203, 1215. In ihrem bisher einzigen Entzugsverfahren hat die Kommission bei einer Bindung von jeweils zwei Drittel bzw. drei Viertel des betroffenen Absatzweges des relevanten Marktes sowie bei einer Bindung des relevanten Marktes von über 30%, die sich auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaates erstreckt, eine erhebliche Marktbeschränkung angenommen. Kommission, Entscheidung v. 23.12.1992, Rs. 93/405 (Schöller), ABI.EG 1993 Nr. L 183/1, Tz. 125 – 127; Entscheidung v. 23.12.1992, Rs. 93/406 (Langnese/Iglo), ABI.EG 1993 Nr. L 183/19, Tz. 126 – 128. Bestätigt durch EuG, Urteil v. 08.06.1995, Rs. T-7/93, T-9/93 (Langnese/Iglo-Kommission), Slg. 1995, II 1533, 1536.

²⁷ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 142, 143, 146 u. 149.

²⁸ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 189.

²⁹ Vgl. dazu oben Kapitel Zwei:A.)V.), S.18.

³⁰ Vgl. dazu unten S. 180, Kapitel Sieben:C.)III.)1.) „Mehr als 50% des betroffenen Marktes“.

³¹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 72.

³² Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 75.

³³ Vgl. WSA, Stellungnahme VO, 3.7.4. .

Aus dem Vergleich mit Art. 8 der GVO, der eine Begrenzung des Entzugs auf „bestimmte Beschränkungen“ zulässt, könnte man schließen, dass im Rahmen des Art. 6 der GVO die Freistellungswirkung in Bezug auf die gesamte Vereinbarung entfällt.³⁴ In den Leitlinien gibt die Kommission jedoch ein Beispiel für einen Entzug bei selektiven Vertriebssystemen. Darin erläutert sie, dass der erforderliche Entzug „[g]egebenenfalls ... nur für die Begrenzung der Anzahl der Vertriebshändler“ gilt.³⁵ Dementsprechend ist davon auszugehen, dass die Kommission, sofern die Vereinbarung mehrere beschränkende Klauseln enthält, auch im Rahmen des Art. 6 der GVO lediglich den wettbewerbsschädigenden Klauseln die Freistellung entziehen wird.

VI.) Wertung

Der nachträgliche Entzug der Freistellung ist aufgrund des weiten Anwendungsbereichs der GVO und der Einführung von Marktanteilsschwellen für die Kommission als wichtiges Korrektiv unverzichtbar. Sie ist nun einerseits wesentlich stärker auf eine funktionierende Missbrauchskontrolle angewiesen und kann so andererseits eventuell vorhandene Ungenauigkeiten bei der Beurteilung von vertikalen Vereinbarungen durch die GVO³⁶ beseitigen.

Jedoch muss wegen der bei Entzug der Freistellung drohenden Nichtigkeit auch besonders der Vertrauensschutz der Unternehmen berücksichtigt werden. Denn diese haben im Glauben an die freistellende Wirkung der GVO unter Umständen hohe Investitionen getätigt. Für sie muss somit bei der Anwendung der GVO klar erkennbar sein, unter welchen Umständen sie mit einem Entzug der Freistellung zu rechnen haben.

Nicht zuträglich ist dieser Prämisse die Tatsache, dass die verschiedenen Beispiele der Kommission für einen eventuellen Entzugsfall auf den Art. 6 der GVO, die Leitlinien und ferner den Erwägungsgrund Nr. 13 verteilt sind. Hier wäre in Anlehnung an die bisherigen GVOen eine Aufzählung im Rahmen des Art. 6 der GVO wünschenswert gewesen.³⁷ Auch die erneute Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe³⁸ ohne weitere Erläuterungen erleichtert die Anwendung für die Unternehmen nicht, sondern erhöht deren Rechtsunsicherheit zumindest bis zu einer Ausfüllung dieser Begriffe durch die Rechtsprechung in Bezug auf die GVO.

Schließlich regelt die Kommission in Art. 6 der GVO den Freistellungsentzug, der unmittelbar aus der getroffenen Vereinbarung selbst resultiert, zusammen mit den kumulativen Wirkungen paralleler Netze. Art. 8 der GVO enthält ebenfalls eine Regelung für einen solchen Entzugsfall. Übersichtlicher wäre hier eine einheitliche Regelung für die Korrektur von Wettbewerbsschädigungen aufgrund von

³⁴ So: Roniger, Das neue Vertriebskartellrecht, Art. 6 Rn. 3.

³⁵ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 73.

³⁶ Siehe dazu bspw. oben, S. 117ff., Kapitel Fünf:C.)II.) „Stellungnahme“.

³⁷ Dies scheint auch die Kommission erkannt zu haben, die in ihrer neuen GVO Kfz – Vertrieb in dem ansonsten identisch aufgebauten Art. 6 eine solche Aufzählung vorgenommen hat. Vgl. Art. 6 der GVO Nr. 1400/02, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 24).

³⁸ Erwgr. Nr. 13 der GVO, a.a.O. (Einleitung: Fn. 5): „erhebliche Marktmacht“; Art. 6 der GVO, a.a.O. (Einleitung: Fn. 5): „in erheblichem Maße“.

kumulativen Wirkungen gewesen. Die verschiedenen Stufen des Eingriffs in den Wettbewerb durch Einzelfallentzug oder generelle Nichtanwendbarkeit für den betroffenen Markt hätte dort durch verschiedene Absätze geregelt werden können.

B.) Artikel 7

I.) Alte Rechtslage

In der GVO Nr. 2790/99 erhalten die zuständigen Behörden der Mitgliedsstaaten erstmals die Möglichkeit im nationalen Rahmen die Freistellung einer Vereinbarung zu entziehen. Daher gibt es in den bisherigen GVOen dazu keine entsprechenden Regelungen.

II.) Relevante Erwägungsgründe

Für Art. 7 der GVO ist Erwägungsgrund Nr. 14 zu beachten.

III.) Leitlinien

In den Tz. 76 bis 79 ihrer Leitlinien³⁹ widmet sich die Kommission dem Entzug der Freistellung durch die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten.

IV.) Voraussetzungen des Artikel 7

Die Befugnis der nationalen Behörden einer Vereinbarung die Freistellung zu entziehen ist nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich.

1.) „Einzelfall“

Zunächst können die zuständigen nationalen Behörden die Freistellung nur im Einzelfall entziehen.⁴⁰ Dabei können jedoch eine oder mehrere individuelle Vereinbarungen betroffen sein. Der das Entzugsverfahren beendende Verwaltungsakt hat diese Vereinbarungen eindeutig zu bezeichnen.⁴¹

2.) „Im Gebiet des Mitgliedstaates oder in einem Teil desselben“

Die Befugnis zum Entzug der Freistellung bezieht sich außerdem nur auf das Gebiet des Mitgliedstaates. Die Vereinbarung muss sich hier auf einem Markt auswirken, der „alle Merkmale eines gesonderten räumlichen Marktes aufweist und sich entweder auf das gesamte Gebiet oder einen Teil des Mitgliedstaates erstreckt“. Diese Aufgabenverteilung ist bereits aus der europäischen Fusionskontrolle⁴² bekannt. Ein gesonderter Markt liegt demnach vor, wenn die Auswirkungen der

³⁹ A.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

⁴⁰ Zum Begriff des Einzelfalls bei Entzugsentscheidungen vgl. bereits oben S. 167 Kapitel Sieben:A.)IV.)3.)c.).

⁴¹ *De Bronett, WuW* 1999, 825, 827.

⁴² Vgl. Art. 9 der VO (EWG) Nr. 4064/89, a.a.O. (Kapitel Vier: Fn. 283).

freigestellten Vereinbarung nicht über die Grenzen des betreffenden Mitgliedstaats hinausreichen.⁴³

3.) „Zuständige Behörde“

Gemäß § 50 GWB ist in Deutschland die zuständige Behörde für den Vollzug des europäischen Kartellrechts das Bundeskartellamt. Es handelt sich hierbei um eine Generalzuweisung, sodass es eines besonderen Auftrags zum Entzug des Freistellungsvorteils durch den Gesetzgeber nicht mehr bedarf.⁴⁴

Nach Veröffentlichung des GVO-Vorschlags wurden Bedenken angemeldet, die dezentrale Anwendung des Kartellrechts könne zu Überwachungslücken führen, da bspw. Österreich für diese Aufgaben institutionell wie personell nicht gerüstet sei.⁴⁵ In der endgültigen Fassung der Leitlinien wurde nunmehr der Fall berücksichtigt, dass es in einem Mitgliedstaat keine rechtliche Grundlage für den Entzug des Vorteils der Anwendung durch nationale Wettbewerbsbehörden gibt. Der betreffende Staat kann dann bei Bedarf die Kommission ersuchen, entsprechende Maßnahmen zu treffen.⁴⁶

4.) „Von Amts wegen oder auf Antrag“

Gemäß Art. 7 Abs. 2 der VO Nr. 19/65, der wie gezeigt für die nationalen Behörden unmittelbar anwendbar ist, erfolgt die Einleitung eines Entzugsverfahrens von Amts wegen oder auf Antrag. Der Antrag kann von der Kommission gestellt werden, oder von jeder juristischen oder natürlichen Person, die ein berechtigtes Interesse⁴⁷ geltend macht, den Vorteil der Verordnung zu entziehen.

Wenn sich dabei das berechtigte Interesse einer Person auf die Feststellung der Nichtigkeit einer Vereinbarung bezieht, so bedeutet dies, dass es in einem solchen Fall zu einer Arbeitsteilung zwischen der nationalen Behörde und dem nationalen Gericht kommt.⁴⁸

⁴³ *De Bronett, WuW* 1999, 825, 827. In Bezug auf die Fusionskontrolle: *Hirsbrunner*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV-Kommentar, Bd. 2/II, FKVO Art. 9 Rn. 27; *Immenga*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, S. 1023 Rn. 9; a. A: *Janicki*, in: Schwerpunkte des Kartellrechts, S. 63, 73, der auch untergeordnete Randbereiche angrenzender Staaten in die Regelung miteinbeziehen will.

⁴⁴ *De Bronett, WuW* 1999, 825, 828.

⁴⁵ *Erhart, Ecolx* 1999, 69, 72; Roniger, Das neue Vertriebskartellrecht, Art. 7 Rn. 6.

⁴⁶ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 76.

⁴⁷ Anerkannt wurde dies bisher für Verbraucher (26. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik, 1996, Tz. 55), die Verbraucherverbände (EuG, Urteil v. 18.05.1994, Rs. T-37/92 [BEUC u. NCC-Kommission], Slg. 1994 II, 285) sowie Unternehmen, die auf dem relevanten Markt als Wettbewerber bzw. als Vertragspartner des betroffenen Unternehmens tätig sind (EuG, Urteil v. 16.09.1998, Rs. T-110/95, 133/95 u. T-204/95 [IECC-Kommission], Slg. 1998 II, 3646, Tz. 78ff.) bzw. Unternehmensvereinigungen, wenn sie die Interessen derart betroffener Unternehmen als Vereinigung vertreten (Pressemitteilung der Kommission IP/97/1056 a.E.).

⁴⁸ *De Bronett, WuW* 1999, 825, 829.

5.) „Unter den gleichen Umständen wie in Artikel 6“

Sind die Auswirkungen der Vereinbarung mit den Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV unvereinbar, so kann die nationale Behörde die Freistellung entziehen, wenn dabei die gleichen Umstände wie in Art. 6 der GVO vorliegen. Es gilt hier somit das oben unter A.) gesagte entsprechend. Dies gilt insbesondere auch für die Beweislast.

V.) Durchführung/Wirkung der Entzugsentscheidung

Die Entzugsentscheidungen im Rahmen des Art. 7 der GVO sind nach dem Verfahrensrecht des jeweiligen Mitgliedstaates zu erlassen.⁴⁹ In Deutschland gelten somit die §§ 54ff. GWB.

Die Entscheidungen der nationalen Behörden dürfen jedoch die einheitliche Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft und die volle Wirksamkeit der zur Durchsetzung dieser Regeln ergriffenen Maßnahmen nicht beeinträchtigen.⁵⁰ Dem entsprechend sind zur kartellrechtlichen Bewertung von den nationalen Behörden Art. 81 EGV, die vom Gerichtshof und vom Gericht erster Instanz entwickelten einschlägigen Kriterien sowie die Bekanntmachungen, Mitteilungen, bzw. die bisherige Entscheidungspraxis der Kommission zu berücksichtigen.⁵¹ Das Risiko widerstreitender und paralleler Verfahren will die Kommission durch die Anwendung der Konsultationsmechanismen vermeiden, die in der Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten und der Kommission⁵² dargelegt sind.⁵³

⁴⁹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 78.

⁵⁰ Erwgr. Nr. 14 der GVO Nr. 2790/99, a.a.O. (Einleitung: Fn. 5). Dieser beruht auf: EuGH, Urteil v. 13.02.1969, Slg. 1969 I, Rs. 14/68 (Walt Wilhelm u.a./Bundeskartellamt), Rn. 4; EuGH, Urteil v. 28.02.1991, Slg. 1991 I, Rs. C-234/89 (Delimitis/ Henninger Bräu), 935, 990.

⁵¹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 78.

⁵² ABl. EG 1997 Nr. C 313/3, v. 15.10.1997, Tz. 49 – 53. Diese verlangt zunächst von den nationalen Gerichten, dass diese die Kommission über von ihnen aufgenommene Entzugsentscheidungsverfahren informieren. Die anderen nationalen Behörden werden dann von der Kommission hierüber in Kenntnis gesetzt (Tz. 49). Des Weiteren sollen sich die nationalen Behörden im Bedarfsfall bei der Kommission über bereits eingeleitete Verfahren oder andere wirtschaftliche und rechtliche Fragen informieren können (Tz. 52). Sollte sich bei parallelen Verfahren herausstellen, dass die Kommission eine mit der nationalen Entscheidung nicht vereinbare Regelung treffen wird, so haben die nationalen Behörden die geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die uneingeschränkte Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten und gegebenenfalls auszusetzen (Tz. 53). Zu Problemen bei der Anwendung dieser Bekanntmachung vgl. umfassend *Bechtold*, ZHR 160 (1996), 660, 666 ff..

Die dargestellten Vorgaben wurden im wesentlichen auch in den Art. 11 bis 16 des Vorschlags für eine neue VO Nr. 17, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 72) umgesetzt, welche bei einer zukünftigen uneingeschränkten Anwendbarkeit des Art. 81 EGV durch die nationalen Behörden die Zusammenarbeit mit der Kommission regeln sollen. Hierzu hat die Kommission des Weiteren eine Bekanntmachung angekündigt (S. 11), die konkrete Vorgaben für eine solche Zusammenarbeit machen soll.

⁵³ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 79.

Weiterhin hat der Entzug einer Freistellung im Rahmen des Art. 7 der GVO nur Rechtswirkung auf dem Gebiet des betreffenden Staates.⁵⁴ Ansonsten gilt hier ebenfalls das oben unter A.) gesagte entsprechend.

VI.) Konkurrierende Zuständigkeit von nationaler Behörde und Kommission

Ist die nationale Behörde im Rahmen des Art. 7 der GVO befugt, eine Entzugsentscheidung zu erlassen, so entsteht eine konkurrierende Zuständigkeit zwischen ihr und der Kommission. Diese ist nicht nur ausschließlich zuständig, wenn der räumlich relevante Markt die Größe eines Mitgliedstaates überschreitet. Sie bleibt auch neben der nationalen Behörde zuständig, wenn der betreffende Markt der Größe eines Mitgliedstaates oder eines Teiles davon entspricht.⁵⁵

Da sich derartige Fälle jedoch häufig für eine dezentrale Rechtsdurchsetzung eignen, sollen hier vornehmlich die nationalen Behörden tätig werden. Die Kommission behält sich allerdings vor, bestimmte Fälle, die für die Gemeinschaft von besonderem Interesse sind und bspw. eine neue Rechtsfrage aufwerfen, selbst aufzugreifen.⁵⁶

VII.) Wertung des dezentralen Ansatzes

Neben den Marktanteilsschwellen des Art. 3 der GVO ist insbesondere über die Einführung der Möglichkeit für nationale Behörden, einer Vereinbarung den Freistellungsvorteil zu entziehen, in Literatur und Wirtschaft kontrovers diskutiert worden.

1.) Gefährdung der Kohärenz

Der zentrale Anknüpfungspunkt der Diskussion war dabei die mit der vorgesehenen Entzugsmöglichkeit für nationale Kartellbehörden verbundene Gefährdung der Kohärenz der Rechtsanwendung des europäischen Kartellrechts.⁵⁷

Ein Großteil der deutschen Literatur und Wirtschaft war der Meinung, dass mit der Dezentralisierung eine Rechtszersplitterung durch einander widersprechende

⁵⁴ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 78. Die Leitlinien sind für die nationalen Gerichte und Behörden jedoch nicht verbindlich, sodass *Bayreuther* davon ausgeht, die Exterritorialwirkung nationaler Entzugsentscheidungen sei unklar; vgl. *Bayreuther*, EWS 2000, 106,110.

⁵⁵ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 77.

⁵⁶ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 77. Auch dieses Konzept wurde in dem Vorschlag für eine neue VO Nr. 17, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. .72) weiter ausgebaut, der in Art. 10 vorsieht, dass die Kommission nur noch „aus Gründen des öffentlichen Interesses der Gemeinschaft“ und ausschließlich „von Amts wegen“ Entscheidungen im Zusammenhang mit Art. 81 EGV treffen soll.

⁵⁷ Ein Teil der folgenden Literatur bezieht sich auf das Weißbuch der Kommission, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 48), sowie den Vorschlag für eine neue VO Nr. 17, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. .72). Da die dort diskutierten Probleme im Bereich der dezentralen Anwendung jedoch teilweise mit denen in der Literatur zu Art. 7 der GVO identisch sind, sollen diese Stellungnahmen hier unter besonderer Kennzeichnung ebenfalls Berücksichtigung finden.

Entscheidungen zu befürchten sei.⁵⁸ Diese seien nur durch eine gemeinschaftsweite Geltung der Entscheidungen nationaler Behörden zu verhindern.⁵⁹ Die Gefahr divergierender Entscheidungen würde durch die Tatsache, dass es sich bei den Leitlinien der Kommission für die nationalen Behörden grundsätzlich um einen unverbindlichen Rechtstext handelt, noch unterstützt.⁶⁰ Die bisher entwickelten Sicherungsmechanismen der Kommission zur Konfliktvermeidung zwischen den Beteiligten seien außerdem nicht ausgereift und führten in der Praxis kaum weiter.⁶¹ Hinzu käme schließlich, dass mit der EU-Osterweiterung marktwirtschaftlich unerfahrene Kartellbehörden das Europäische Wettbewerbsrecht anzuwenden hätten. Diese seien mit einer unmittelbaren Anwendung des Art. 81 EGV überfordert.⁶²

Trotz dieser Bedenken wurde von anderen Stimmen jedoch auch eine Dezentralisierung des europäischen Kartellrechts als notwendig angesehen.⁶³ Insbesondere vom BKartA war in seiner Stellungnahme zum Follow-up eine dezentrale Anwendung des Art. 81 EGV [Art. 85 a. F.] begrüßt worden.⁶⁴ Dessen Vertreter hatten schon seit einiger Zeit eine Dezentralisierung gefordert.⁶⁵ Aber auch in der Literatur stieß die Dezentralisierung auf Zustimmung. Die dezentrale Anwendung der Wettbewerbsregeln sei der am besten geeignete Weg, bürgernahe Entscheidungen und effektiven Wettbewerbsschutz zu erreichen.⁶⁶ Die Behörden der Mitgliedstaaten würden über eine bessere Kenntnis der lokalen Märkte und der

⁵⁸ *Ackermann*, EuZW 1999, 741, 745; *Bayreuther*, EWS 2000, 106, 110; *Blaurock*, in: Schwarze, Neuere Entwicklungen, S. 71, 77; *Brinker*, in: Schwarze, Neuere Entwicklungen, S. 59, 68; *Metzlaff*, BB 2000, 1201, 1209; *Nolte*, BB 1998, 2429, 2434; WSA, Stellungnahme VO, 2.3 u. 3.7.3.1.; BDI, Positionspapier zur VO, 5; in Bezug auf das Weißbuch, bzw. den VO-Vorschlag: *Geiger*, EuZW 2000, 165, 168; *Immenga*, EuZW 1999, 609; *Mestmäcker*, EuZW 1999, 523, 529; *Wesseling*, ECLR 1999, 420, 424 ff.; *Möschel*, JZ 2000, 61, 64; *Bartosch*, WuW 2000, 462 ff.; Gutachten des Beirates des BMWi, in: WuW 2000, 1096, 1099 f.; *Jaeger*, WuW 2000, 1062, 1065ff.; *Schütz*, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung, S. 21, 28 und ebenfalls schon im Vorfeld des Grünbuchs: *Schütz*, WuW 1994, 520, 521.

⁵⁹ *Ackermann*, EuZW 1999, 741, 745; (wohl auch) *Bayreuther*, EWS 2000, 106, 110; *de Bronett*, WuW 1999, 825, 832; *Nolte*, BB 1998, 2429, 2434; in Bezug auf das Weißbuch, bzw. den VO-Vorschlag: *Bartosch*, EuZW 2001, 101, 106; *Deringer*, EuZW 2000, 5, 9; So ebenfalls schon im Vorfeld des Grünbuchs: *Schütz*, WuW 1994, 520, 521; *Wolf/Fink*, WuW 1994, 289, 292;

⁶⁰ *Bayreuther*, EWS 2000, 106, 110; WSA, Stellungnahme VO, 2.3.; in Bezug auf das Weißbuch: *Mestmäcker*, EuZW 1999, 523, 529; Vgl. dazu oben Kapitel Zwei:(A.)V.), S.18.

⁶¹ In Bezug auf das Weißbuch, bzw. den VO-Vorschlag: *Bartosch*, EuZW 2001, 101, 106; *Deringer*, EuZW 2000, 5, 9; *Geiger*, EuZW 2000, 165, 169; *Gröning*, WRP 2001, 83, 84 ff.; *Jaeger*, WuW 2000, 1062, 1065ff.; *Weyer*, ZHR 164 (2000), 611, 626 ff. ;

⁶² *Bayreuther*, EWS 2000, 106, 110; in Bezug auf das Weißbuch: *Deringer*, in EuZW 2000, 5, 11; *Geiger*, EuZW 2000, 165, 168; *Mestmäcker*, EuZW 1999, 523, 529.

⁶³ *Blaurock*, in: Schwarze, Neuere Entwicklungen, S. 71, 77; *Brinker*, in: Schwarze, Neuere Entwicklungen, S. 59, 68; *Klimisch/Krueger*, WuW 1998, 1174, 1174; *Rohardt*, WuW 1998, 1050, 1058; *Schröter*, in: Baudenbacher, Neueste Entwicklungen, S. 3, 15; in Bezug auf das Weißbuch, bzw. den VO-Vorschlag: *Geiger*, EuZW 2000, 165, 169; *Schaub/Dohms*, WuW 1999, 1055, 1056; *Tesaro*, in: Baudenbacher, Neueste Entwicklungen, S. 153, 164. Bereits vor den Reformüberlegungen der Kommission: *Behrens*, in: FS für Everling, Bd. 1, 83, 96 ff.; *Bos*, ECLR 1995, 410 ff.; *Gäbelein*, in: FS für Beusch, 267 ff..

⁶⁴ BKartA, Stellungnahme Follow-up, 10.

⁶⁵ Vgl. bspw. *Wolf/Fink*, WuW 1994, 289, 293.

⁶⁶ *Klimisch/Krueger*, WuW 1998, 1174, 1174.

nationalen Marktteilnehmer verfügen.⁶⁷ Weiterhin könne die EU-Osterweiterung ebenso als ein Argument für eine Dezentralisierung angesehen werden, da die Zahl der dann anstehenden Entscheidungen nicht ausschließlich zentral von der Kommission bewältigt werden könne.⁶⁸ Schließlich seien bei den parallelen Befugnissen im Rahmen des Art. 81 Abs. 1 und Art. 82 EGV, die schon seit Jahrzehnten existierten, nur sehr wenige Probleme aufgetaucht, sodass das Konfliktrisiko durchaus überschaubar sei.⁶⁹ Auch eine gemeinschaftsweite Geltung der auf nationaler Ebene getroffenen Entscheidungen sei nicht zwingend notwendig.⁷⁰

2.) Stellungnahme

Die Ineffizienz des bisherigen Freistellungssystems für vertikale Vereinbarungen ist unstrittig und zuvor hinreichend dargestellt worden.⁷¹ Fakt ist weiterhin, dass die EU-Osterweiterung zu einer bedeutenden Vergrößerung des gemeinsamen Marktes führen wird. Damit wird sich die Kommission in naher Zukunft einer weiter wachsenden Zahl von Wettbewerbsteilnehmern gegenübersehen, die zudem teilweise immer weiter von Brüssel entfernt agieren werden. Vor diesem Hintergrund erscheint die Entlastung der Kommission mittels einer dezentralen Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts als eine sinnvolle und notwendige Option. Oberstes Gebot muss dabei allerdings sein, die einheitliche Rechtsanwendung des europäischen Kartellrechts sicherzustellen, damit die erforderlichen Entscheidungen in allen Mitgliedstaaten nach den gleichen rechtlichen Maßstäben getroffen werden.

a.) Sicherungsmechanismen

Die Frage, ob die von der Kommission vorgeschlagenen Sicherungsmechanismen geeignet sind, eine Kohärenz der Rechtsanwendung zu gewährleisten, kann an dieser Stelle nicht abschließend beantwortet werden.

Die Kommission hat einerseits auf ihre Bekanntmachung über die Zusammenarbeit mit den nationalen Behörden⁷² verwiesen. Diese sieht einen umfassenden Informationsaustausch im Rahmen einer klar strukturierten Entscheidungshierarchie vor.⁷³ Auch im Rahmen ihres Weißbuchs⁷⁴ und dem Vorschlag zu einer neuen VO Nr. 17⁷⁵ hat die Kommission ähnliche Regelungen vorgeschlagen. Ob diese Vorgaben tatsächlich für eine Kontrolle der Kohärenz der Rechtsanwendung ungeeignet sind, ließe sich nur mittels einer umfassenden Überprüfung dieser von

⁶⁷ In Bezug auf das Weißbuch, bzw. den VO-Vorschlag: *Geiger*, EuZW 2000, 165, 168; *Gröning*, WRP 2001, 83, 89; *Schaub/Dohms*, WuW 1999, 1055, 1056.

⁶⁸ *Schröter*, in: Baudenbacher, *Neueste Entwicklungen*, S. 3, 15.

⁶⁹ *Rohardt*, WuW 1998, 1050, 1058; in Bezug auf das Weißbuch, bzw. den VO-Vorschlag: *Schaub/Dohms*, WuW 1999, 1055, 1067.

⁷⁰ *Klimisch/Krueger*, WuW 1994, 1174, 1178; in Bezug auf das Weißbuch: *Schaub/Dohms*, WuW 1999, 1055, 1064.

⁷¹ Vgl. oben S. 7 ff., Kapitel Eins:B.) „Schwächen des sekundären Gemeinschaftsrechts bezüglich der Freistellung vertikaler Vereinbarungen“.

⁷² Siehe oben Fn. 52.

⁷³ *Basedow*, ZEuP 1996, 570, 582.

⁷⁴ A.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 48).

⁷⁵ A.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 72).

der Kommission vorgelegten Mechanismen bewerten. Eine derartige Untersuchung würde jedoch den Rahmen dieser Arbeit sprengen und soll daher hier unterbleiben.⁷⁶

Die Prämisse der Kommission, durch einen möglichst intensiven Informationsaustausch die einheitliche Rechtsanwendung zu sichern, erscheint jedoch vom Ansatz her richtig. Die laufenden Verfahren würden im Idealfall für alle Beteiligten transparent, sodass Parallelverfahren verhindert werden könnten. Durch eine klar gegliederte Entscheidungshierarchie würden weiterhin sich widersprechende Entscheidungen vermieden.

Insbesondere wird dabei allerdings darauf zu achten sein, dass die Kommission mit der Verteilung von Informationen und der Überwachung nationaler Entscheidungen nicht eine ähnliche Überlastung erfährt, wie sie das bisherige Anmeldesystem darstellte.

b.) Gemeinschaftsweite Wirkung der Entzugsentscheidung

Des Weiteren wurde zu Art. 7 der GVO kritisch angemerkt, sich widersprechende Entscheidungen könnten nur vermieden werden, wenn die Rechtsprechung der nationalen Ebene entgegen den Leitlinien gemeinschaftsweite Gültigkeit besitzen würde. Diese Schlussfolgerung ist in Bezug auf den Freistellungsentzug abzulehnen.

Die Entzugsentscheidung gemäß Art. 7 der GVO beruht darauf, dass eine Vereinbarung auf dem gesonderten räumlichen Markt Wirkungen entfaltet, die mit Art. 81 Abs. 3 EGV nicht zu vereinbaren sind. Voraussetzung ist somit, dass die Gegebenheiten auf dem nationalen Markt andere sind, als im übrigen Teil der Gemeinschaft. Ansonsten könnte nicht von einem gesonderten räumlichen Markt ausgegangen werden.⁷⁷ Wenn aber die Gegebenheiten auf einem nationalen Markt Unterschiede zu den anderen Märkten der Gemeinschaft aufweisen, so kann dieselbe Vereinbarung auf verschiedenen Märkten zu unterschiedlichen Auswirkungen führen. Ist dies der Fall, dann muss jedoch auch wettbewerbsrechtlich eine unterschiedliche Beurteilung der Vereinbarung möglich sein.⁷⁸ Eine solche Differenzierung wäre bei der gemeinschaftsweiten Geltung einer nationalen Entzugsentscheidung jedoch nicht zu realisieren. Selbstverständlich kann sich aber weiterhin eine nationale Behörde der Entscheidung der zuständigen Behörde eines anderen Mitgliedstaates anschließen, wenn die Marktverhältnisse in beiden Staaten vergleichbar sind.

Durch unterschiedliche Entscheidungen auf unterschiedlichen Märkten wird auch nicht der gemeinsame Markt gefährdet. Einerseits kann der Sinn des gemeinsamen Marktes nicht darin bestehen Gemeinsamkeiten zu schaffen, wo solche nicht

⁷⁶ Neben der bereits bestehenden Bekanntmachung, a.a.O. (Kapitel Sieben: Fn. 52) und der noch ausstehenden Reformierung der VO Nr. 17 hat die Kommission im Rahmen des Vorschlags für die VO Nr. 17, a.a.O. (Kapitel Zwei: Fn. 72), Seite 11, noch eine weitere Bekanntmachung über die Zusammenarbeit mit den nationalen Behörden angekündigt. Schon allein die Tatsache, dass die beiden letzten Rechtstexte noch nicht erlassen sind, ließe eine abschließende Bewertung der Sicherungsmechanismen der Kommission im Rahmen dieser Arbeit derzeit nicht zu.

⁷⁷ Zur Definition des räumlichen Marktes vgl. oben S. 102, Kapitel Fünf:A.)III.)2.)b.) „Der räumlich relevante Markt“.

⁷⁸ Bspw. muss die Vereinbarung eines Wettbewerbers auf dem nationalen Markt A, auf dem er lediglich einen geringen Marktanteil besitzt, nicht schon deswegen mit Art. 81 Abs. 3 EGV unvereinbar sein, weil die gleiche Vereinbarung auf dem nationalen Markt B, wo der Wettbewerber Marktführer ist, wettbewerbschädigende Auswirkungen hat.

vorhanden sind. Andererseits wird den Unternehmen gerade nicht der Zutritt zu einem bestimmten Markt verwehrt. Nach einer Entzugsentscheidung werden diese lediglich gezwungen, ihr Vertriebssystem national neu zu organisieren.

Die Kommission muss daher, wie oben bereits angeführt, vielmehr dafür Sorge tragen, dass die Anwendung des Rechts einheitlich erfolgt. Dann ist bei sich entsprechenden Marktgegebenheiten auch eine einheitliche Rechtsprechung in den verschiedenen Mitgliedstaaten zu erwarten. Auch aus diesem Grund wäre es wichtig gewesen, dass die Kommission in der GVO weniger unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet, bzw. für diese genauere Interpretationsanleitungen gibt.

C.) Artikel 8

I.) Relevante Erwägungsgründe

Erwägungsgrund Nr. 15 widmet sich dem Kollektiventzug der Freistellungswirkung bei parallel auftretenden Netzen vertikaler Vereinbarungen.

II.) Leitlinien

In den Tz. 80 – 87 der Leitlinien⁷⁹ gibt die Kommission gesonderte Erläuterungen zur verordnungsweisen Feststellung der Nichtanwendung der GVO.⁸⁰

III.) Nichtanwendung der GVO per Suspensionsverordnung (Absatz 1)

Die letzte wesentliche Neuerung der GVO Nr. 2790/99 stellt die Möglichkeit in Art. 8 dar, per Suspensionsverordnung⁸¹ festzustellen, dass die GVO auf eine bestimmte Art von vertikalen Vereinbarungen auf einem sachlich und räumlich abgegrenzten Markt keine Anwendung findet. Entgegen den Artt. 6 und 7 der GVO richtet sich diese Maßnahme somit nicht gegen einzelne Unternehmen, sondern betrifft alle, deren Vereinbarungen in der erlassenen VO aufgeführt sind.⁸² In Art. 8 der GVO wird weiterhin auch nicht zwischen bestimmten Netzen vertikaler Vereinbarungen differenziert. Der im Follow-up veröffentlichte Vorschlag, eine derartige Entzugsmöglichkeit speziell für Netze von selektiven Vertriebssystemen einzuführen,⁸³ wurde somit verworfen.

Zu der Einführung dieses Anwendungsentzugs per Verordnung wurde die Kommission durch den neuen Art. 1 a der VO Nr. 19/65 ermächtigt, der mittels der VO Nr. 1215/99⁸⁴ eingefügt wurde. Der Grund hierfür liegt in den Erfahrungen der Kommission mit Wirtschaftszweigen wie dem Bier-, Kraftstoff- oder Eiscremehandel, aus denen hervorgeht, dass der Wettbewerb geschädigt wird, wenn der größte Teil des Marktes von bestimmten Vertragsnetzen überzogen ist.⁸⁵ Insbesondere in

⁷⁹ A.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

⁸⁰ Dabei ist der Kommission in der deutschen Fassung ein redaktioneller Fehler unterlaufen. Der Anfang des ersten Satzes von Tz. 80 der Leitlinien ist versehentlich in Tz. 82 abgedruckt worden. Aus dem Vergleich mit der englischen Version ergibt sich, dass Satz 1 der Tz. 80 eigentlich lauten müsste: „Nach Artikel 8 Gruppenfreistellungsverordnung kann die Kommission in Fällen, in denen nebeneinander bestehende Netze gleichartiger Vereinbarungen...“. Der letzte Teilsatz in Tz. 82 der Leitlinien lautet dementsprechend: „..., wenn die Beschränkungen einer der in den Randnummern 104 bis 114 aufgeführten Kategorien zugeordnet werden können.“

⁸¹ Roniger, Das neue Vertriebskartellrecht, Art. 8 Rn. 1; *Semmler/Bauer*, DB 2000, 193, 199

⁸² Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 80.

⁸³ A.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 43), S. 37. Siehe dazu auch: *Rohardt*, WuW 1998, 1050, 1055.

⁸⁴ A.a.O. (Einleitung: Fn. 8).

⁸⁵ *Schröther*, in: Baudenbacher, Neueste Entwicklungen, S. 3, 10.

diesen Bereichen ist daher zukünftig die Gefahr des Erlasses einer solchen Suspensionsverordnung am größten.⁸⁶

1.) Mehr als 50% des betroffenen Marktes

Voraussetzung für eine derartige Nichtanwendung der GVO ist, dass „mehr als 50% des betroffenen Marktes von nebeneinander bestehenden Netzen gleichartiger vertikaler Vereinbarungen erfasst werden“.

Bei der Berechnung der 50% Marktabdeckungsquote wird jedes einzelne Netz aus vertikalen Vereinbarungen berücksichtigt, das im Vergleich mit anderen Netzen ähnliche Auswirkungen auf den betroffenen Markt hat. Dabei ist es irrelevant, ob diese Folgen auf Beschränkungen oder Kombinationen von Beschränkungen beruhen.⁸⁷ Wie in Art. 6⁸⁸ sind die Auswirkungen als ähnlich anzusehen, wenn die Beschränkungen einer der Kategorien aus Markenzwang, Vertriebsbeschränkung, vertikaler Preisbindung oder Marktaufteilung zugeordnet werden können.⁸⁹

Fraglich ist allerdings, wie die Kommission den Bindungsgrad konkret bemessen will. Sie könnte dabei bspw. auf die Gesamtumsätze, die Zahl der Verkaufsstätten oder die Zahl der gebundenen Abnehmer abstellen.⁹⁰ In den zwei einzigen bisher dazu einschlägigen Urteilen haben EuGH⁹¹ und EuG⁹² jeweils auf die Zahl der Verkaufsstätten und auf die Gesamtumsätze abgestellt. Es ist daher davon auszugehen, dass auch im Rahmen des Art. 8 der GVO diese Parameter zur Berechnung der Marktabschottung heranzuziehen sind.

2.) Suspensionsverordnung als ultima ratio

Bei Erlass einer VO im Rahmen des Art. 8 wird die GVO für sämtliche der dort genannten Vereinbarungen auf dem betroffenen Markt nicht anwendbar. Die Suspensionsverordnung kann somit als eine Art sektorenspezifische Sonderregelung betrachtet werden, welche die Wettbewerbsvorschriften für alle Unternehmen auf dem betroffenen Markt neu regelt. Die GVO stellt aber gerade auch eine Abkehr von derartigen Sonderregelungen dar, selbst wenn bei Bedarf eine solche Lösung möglich sein muss. Eine Verordnung im Rahmen des Art. 8 der GVO sollte aus diesem Grund für die Kommission nur die ultima ratio⁹³ darstellen.

Dementsprechend „kann“ die Kommission per Suspensionsverordnung die Nichtanwendung der Gruppenfreistellung erklären. Selbst bei Vorliegen der oben

⁸⁶ So auch: *Polley/Seeliger*, WRP 2000, 1203, 1215; *Pukall*, NJW 2000, 1375, 1379; *Semmler/Bauer*, DB 2000, 193, 199;

⁸⁷ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 82.

⁸⁸ Siehe oben S. 165f., Kapitel Sieben:A.IV.)3.) „Kumulative Wirkung nebeneinander bestehender Netze gleichartiger Beschränkungen“.

⁸⁹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 82.

⁹⁰ *Semmler/Bauer*, DB 2000, 193, 199.

⁹¹ EuGH, Urteil v. 28. 2. 1991, Rs. C- 234/89 (Delimitis), Slg. 1991 I, 935, Rn. 19f..

⁹² EuG, Urteil v. 8. 6. 1995, Rs. T-7/93, T-9/93 (Langnese/Iglo-Kommission), Slg. 1995 II, 1533, 1573, Rn. 101.

⁹³ *Pukall*, NJW 2000, 1375, 1379.

unter 1.) genannten Voraussetzungen ist sie damit nicht von Amts wegen zum Erlass einer solchen VO verpflichtet. Sie muss vielmehr überprüfen, ob ein derartiger Schritt auch angemessen ist. Dies ist gemäß Tz. 83 der Leitlinien⁹⁴ grundsätzlich dann der Fall, wenn zu erwarten ist, dass der Zugang zu oder der Wettbewerb in dem relevanten Markt spürbar eingeschränkt werden.⁹⁵

Selbst wenn den Voraussetzungen nach der Erlass einer Suspensionsverordnung angemessen erscheint, hat die Kommission aber das dem Gemeinschaftsrecht inhärente Verhältnismäßigkeitsprinzip⁹⁶ zu beachten. Das bedeutet, sie hat zu prüfen, ob nicht ein individueller Entzug der Freistellung eine bessere Lösung darstellen würde. Maßstab für eine solche Prüfung ist die Anzahl der konkurrierenden Unternehmen, deren Vereinbarungen zu einer kumulativen Wirkung in einem bestimmten Markt beitragen, bzw. die Anzahl der innerhalb der Gemeinschaft betroffenen räumlichen Märkte.⁹⁷

3.) Verordnung

Die Nichtanwendung der GVO bezüglich sämtlicher vertikaler Vereinbarungen einer bestimmten Art auf dem relevanten Markt ergibt sich gemäß Art. 8 der GVO durch Erklärung einer VO.

a.) *Erlass der VO*

Beim Erlass einer Suspensionsverordnung nach Art. 8 der GVO muss der Anwendungsbereich dieser VO eindeutig festgelegt sein. Die Kommission muss also den sachlich und räumlich relevanten Markt genau definieren. Des Weiteren muss sie die Art der vertikalen Beschränkung definieren, auf welche die GVO keine Anwendung mehr findet.⁹⁸

Anders als bei den Artt. 6 und 7 der GVO muss die Kommission dabei nicht den Verstoß einer Vereinbarung gegen Art. 81 Abs. 1 EGV und die Nichterfüllung der Voraussetzungen von dessen Abs. 3 beweisen. Es genügt, wenn eine Marktabschottung von mehr als 50% gegeben ist. Es ist somit auch nicht der Erlass einer Entscheidung erforderlich, die im Einzelfall den Verstoß eines Unternehmens gegen Art. 81 EGV feststellt.

Die Kommission muss aber auch den Anwendungsbereich der VO nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip auf das jeweilige Wettbewerbsproblem abstimmen. Das bedeutet, dass sie bspw. nur Wettbewerbsverbote von der Anwendung der GVO ausnehmen kann, die eine bestimmte Dauer überschreiten. Weiterhin könnte sie auch ausschließlich für solche Beschränkungen die Nichtanwendung der GVO erklären, die in Kombination mit Selektivvertrieb praktiziert werden. Ebenso könnte

⁹⁴ A.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

⁹⁵ Die Kommission nennt an dieser Stelle das Beispiel der mehr als 50%-igen Marktdeckung durch parallele Netze des selektiven Vertriebs, bei denen Auswahlkriterien zur Anwendung kommen, die aufgrund der Beschaffenheit der betreffenden Waren nicht erforderlich sind oder die bestimmte Formen des Vertriebs dieser Waren diskriminieren.

⁹⁶ Roniger, Das neue Vertriebskartellrecht, Art. 8 Rn. 4.

⁹⁷ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 83.

⁹⁸ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 85.

sie das Marktanteilsniveau angeben, bei dem davon ausgegangen werden kann, dass ein einzelnes Unternehmen nicht erheblich zur kumulativen Wirkung beiträgt.⁹⁹

Das bedeutet, dass zwar jedes einzelne bestehende Netz vertikaler Vereinbarungen bei der Berechnung der Marktabdeckungsquote berücksichtigt wird. Es muss aber deshalb nicht auch zwingend von der Anwendung der GVO ausgeschlossen sein.

b.) Wirkung der VO

Die von einer Suspensionsverordnung erfassten Vereinbarungen sind nicht automatisch gemäß Art. 81 Abs. 2 EGV nichtig. Der Erlass der VO bewirkt lediglich, dass Art. 81 Abs. 1 und Abs. 3 EGV auf die Vereinbarung mit all ihren Folgen wieder voll anwendbar sind.¹⁰⁰

IV.) Anwendbarkeit der Suspensionsverordnung (Absatz 2)

Eine gemäß Art. 8 Abs. 1 der GVO erlassene Suspensionsverordnung wird „frühestens sechs Monate nach ihrem Erlass anwendbar“.

Mit diesem Übergangszeitraum, in dem die Freistellung der von der VO betroffenen Vereinbarungen unberührt bleibt,¹⁰¹ will die Kommission den Betroffenen einen ausreichenden Zeitraum bieten, ihr Vertriebssystem an die neuen Verhältnisse anzupassen.¹⁰² Wie sich aus der Verwendung des Wortes „frühestens“ ergibt, kann dieser Anpassungszeitraum die Spanne von sechs Monaten auch überschreiten. Hier ist von der Kommission ebenfalls das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten.¹⁰³

V.) Wertung

Durch die nachträgliche Korrektur kumulativer Wirkungen paralleler Netze von vertikalen Vereinbarungen sind die Unternehmen einer erhöhten Rechtsunsicherheit¹⁰⁴ ausgesetzt. Sie müssten sowohl vor als auch während der Durchführung der Vereinbarung in der Lage sein, sämtliche vorhandenen Bindungen auf dem relevanten Markt einzuschätzen. Nur dann könnten sie absehen, ob ihnen trotz Erfüllung der Vorgaben der GVO ein Entzug der Freistellungswirkung droht oder nicht. Das Zusammentragen der hierfür relevanten Marktdaten ist in den meisten Fällen aber nur einer Wettbewerbsbehörde möglich.¹⁰⁵

Bei einer „Schirm“-GVO, die mit einem Verzicht auf die Anmeldepflicht gekoppelt ist, ist der nachträgliche Entzug jedoch eines der wichtigsten Mittel zur Kontrolle der Wettbewerbsbedingungen. Dies gilt insbesondere für die kumulative Wirkung von

⁹⁹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 85.

¹⁰⁰ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 81.

¹⁰¹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 87.

¹⁰² Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 86.

¹⁰³ Roniger, Das neue Vertriebskartellrecht, Art. 8 Rn. 6.

¹⁰⁴ So insbesondere: BDI, Positionspapier zum Entwurf, S. 4. Siehe auch: *Polley/Seeliger*, WRP 2000, 1203, 1215.

¹⁰⁵ Kommission, im Follow-up zum Grünbuch, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 43), S. 36.

parallelen Netzen vertikaler Absprachen. Zum Zeitpunkt der Schließung einzelner Vereinbarungen ist diese in den meisten Fällen noch gar nicht abzusehen.

Die Kommission ist deshalb bei dem Erlass einer Suspensionsverordnung an das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebunden. Damit soll sichergestellt werden, dass nicht unbeteiligte von der Nichtanwendbarkeit der GVO betroffen werden. Weiterhin bleibt Art. 81 Abs. 3 EGV nach Erlass einer Suspensionsverordnung voll anwendbar. Schließlich wird die Rechtsunsicherheit der Unternehmen auch dadurch abgemildert, dass Art. 8 der GVO den Unternehmen eine nach pflichtgemäßem Ermessen errechnete Anpassungsfrist gewährt, die mindestens sechs Monate betragen muss. Damit werden in Art. 8 der GVO auch die Interessen der Unternehmen ausreichend berücksichtigt.

D.) Ergebnis

1. Der bisher kaum angewandte nachträgliche Entzug wird in Zukunft aufgrund der nunmehr ausschließlich a posteriori erfolgenden Überprüfung von Vereinbarungen zwangsläufig an Bedeutung als korrigierendes Element im Wettbewerbsschutz gewinnen.
2. Für die Unternehmen, die ihre Vereinbarungen künftig selbst auf deren Freistellbarkeit hin überprüfen sollen, ist deshalb eine klare und verständliche Regelung besonders wichtig, um das Risiko des nachträglichen Entzugs abschätzen zu können.
3. Dem kommt es nicht entgegen, dass die Kommission entgegen den alten GVOen in Art. 6 der GVO auf einen Entzugskatalog verzichtet hat und lediglich einige Beispiele auf diesen Art. 6, den Erwägungsgrund Nr. 13 und die Leitlinien verteilt hat. Gleiches gilt für die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ohne nähere Erläuterung. Auch hätte eine einheitliche Regelung für den Entzug bei der kumulativen Wirkung paralleler Netze zur Übersichtlichkeit beigetragen.
4. Zu begrüßen ist hingegen, dass die Kommission die Dezentralisierung der Entzugsentscheidungen zugelassen hat.
5. Oberstes Gebot muss dabei allerdings sein, die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts nicht zu gefährden. Aufgrund der derzeitigen Entwicklung im Zusammenhang mit einer neuen Verordnung Nr. 17 soll ein abschließendes Urteil über die Frage, ob das Konzept der Kommission diesbezüglich ausreichend ist, in dieser Arbeit allerdings unterbleiben.
6. Entgegen einigen kritischen Stimmen erfordert die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts keine gemeinschaftsweite Geltung nationaler Entzugsentscheidungen.

Kapitel Acht: Übergangsregelungen und Inkrafttreten: Die Artt. 12 und 13

In ihren beiden letzten Artikeln regelt die GVO Nr. 2790/99 die Übergangsfristen für die bisherigen GVOen sowie das Inkrafttreten der neuen Vorschrift.

A.) Art. 12

I.) Relevante Erwägungsgründe:

Art. 12 findet in den Erwägungsgründen zur GVO Nr. 2790/99 keine Berücksichtigung.

II.) Leitlinien:

In Tz. 70 ihrer Leitlinien¹ erläutert die Kommission die Übergangsfrist für die bisher geltenden GVOen.

III.) Fristen

Bis zum 31. Mai 2000 waren die bisherigen GVOen weiterhin wirksam. Bis zu diesem Zeitpunkt konnte auch noch die Bekanntmachung „Alleinbezug und Alleinvertrieb“² angewendet werden.³

Vereinbarungen, die am 1. Juni 2000 bereits wirksam waren und die nicht die Voraussetzungen der GVO Nr. 2790/99 erfüllen, blieben bis zum 31. Dezember 2001 wirksam, sofern sie die Vorgaben der bisher geltenden GVO⁴ erfüllten.

Vertikale Vereinbarungen von Lieferanten mit einem Marktanteil von 30%, die den Käufern ein Wettbewerbsverbot für mehr als fünf Jahre auferlegen, sind nach der GVO Nr. 2790/99 freigestellt, wenn das Verbot am 1. Januar 2002 eine Restlaufzeit von höchstens fünf Jahren Dauer hatte.⁵ Sind von einem zehnjährigen Wettbewerbsverbot zu diesem Zeitpunkt somit mindestens schon fünf Jahre verstrichen, so ist die Vereinbarung auch nach der neuen „Schirm“-GVO freigestellt.

Fraglich ist allerdings, ob eine solche Frist in den rechtlich im Rang unter der GVO stehenden Leitlinien überhaupt zivilrechtlich wirksam ist. Es kann jedoch angenommen werden, dass die Kommission aufgrund der Selbstbindung an die Leitlinien in diesen Fällen eine Einzelfreistellung erteilen wird.⁶

¹ A.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

² A.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 29).

³ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 70.

⁴ GVO Alleinvertrieb, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 21); GVO Alleinbezug, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 22); GVO Franchise, a.a.O. (Kapitel Eins: Fn. 23).

⁵ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 70.

⁶ Bauer/de Bronett, Die EU – Gruppenfreistellungsverordnung, S. 97.

IV.) Wertung

Von Teilen der Wirtschaft ist die in Art. 12 der GVO gewährte Übergangsfrist als zu kurz beurteilt worden.⁷ Seit dem Erlass der GVO vom 22. Dezember 1999 bis zum Ende der Übergangsfrist am 31. Dezember 2001 hatten die Unternehmen theoretisch jedoch etwas mehr als zwei Jahre Zeit, anpassungsbedürftige Verträge nachzuverhandeln. Bei voller Ausschöpfung dieses Zeitrahmens sollte selbst für den Fall, dass eine tiefgreifendere Umstrukturierung von Vertriebssystemen erforderlich geworden sein sollte, eine Anpassung möglich gewesen sein. In Anbetracht der Tatsache, dass die neue GVO selbst vorerst nur eine Geltungsdauer von zehn Jahren hat, würde eine Verlängerung der Übergangsfrist die dargestellten Schwachstellen des alten Freistellungssystems außerdem für einen zu langen Zeitraum fortführen. Hier ist insbesondere an die bisherige von der Marktmacht unabhängige Gruppenfreistellung zu denken.

Die Übergangsfrist der GVO ist daher zwar als knapp bemessen, aber auch als in dieser Form erforderlich anzusehen.

B.) Art. 13

I.) Relevante Erwägungsgründe/Leitlinien

Art. 13 der GVO findet weder in den Erwägungsgründen der GVO noch in den Leitlinien der Kommission Berücksichtigung.

II.) Inkrafttreten

Gemäß Art. 13 ist die GVO am 1. Januar 2000 in Kraft getreten. Anwendbar war bis zum 31. Mai 2000 jedoch lediglich Art. 12 Abs. 1, der die Geltung der bisherigen GVO nochmals um ein halbes Jahr verlängerte. Seit dem 1. Juni 2000 ist die GVO für alle neu vereinbarten vertikalen Absprachen anzuwenden.

⁷ So bspw. BDI, Positionspapier zur VO, S. 5.

Kapitel Neun: Prüfung vertikaler Vereinbarungen auf ihre Freistellbarkeit

In dem folgenden Kapitel soll in Bezug auf die GVO Nr. 2790/99 abschließend gezeigt werden, wie vertikale Vereinbarungen nunmehr nach dem neuen Freistellungssystem auf ihre Freistellbarkeit hin zu überprüfen sind.

A.) Prüfungsschema für vertikale Vereinbarungen

Nach der GVO Nr. 2790/99 ergibt sich für die Vereinbarung von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen folgendes Prüfungsschema:¹

- Zunächst ist festzustellen, ob es sich bei der Wettbewerbsbeschränkung um eine sog. „hard-core“ Beschränkung des Art. 4 der GVO handelt oder nicht. Ist dies der Fall, so fällt die Vereinbarung unter Art. 81 Abs. 1 EGV und eine Freistellung ist äußerst unwahrscheinlich. Normalerweise ist eine solche Vereinbarung verboten. Die Überprüfung der Vereinbarung kann somit an dieser Stelle abgebrochen werden.

Fällt die Vereinbarung hingegen nicht unter Art. 4 der GVO, so kann weitergeprüft werden.

- In einem zweiten Schritt ist der jeweils relevante Marktanteil der Beteiligten zu überprüfen, wobei sich insgesamt drei Alternativen ergeben können:
- 1. Alternative:

Der Marktanteil liegt unter 15%. Hier greift die Regelung der De-Minimis – oder Bagatellbekanntmachung². Die Vereinbarung fällt somit nicht unter Art. 81 Abs. 1 EGV. Das Europäische Kartellrecht greift nicht ein, sodass eine Überprüfung der Vereinbarung nach Gemeinschaftsrecht hier enden kann.

- 2. Alternative:

Der Marktanteil liegt zwischen 15 und 30%. Hier greift die GVO Nr. 2790/99 ein, sofern keine Bedingungen des Art. 5 der GVO verletzt werden. In diesem Fall ist eine individuelle Freistellung nicht erforderlich. Die Prüfung der Vereinbarung kann hier abgebrochen werden. Die Vereinbarung ist freigestellt.

Sollte hingegen eine Klausel der Vereinbarung eine Bedingungen des Art. 5 verletzen, so ist die GVO auf diese Klausel nicht anwendbar. Hier muss geprüft werden, ob die Klausel einzelfreistellungsfähig ist. Der Rest der Vereinbarung bleibt jedoch freigestellt und damit wirksam.

- 3. Alternative:

Der Marktanteil liegt über 30%. Die Vereinbarung fällt nicht unter die GVO 2790/99. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Vereinbarung somit automatisch

¹ Dieses Schema basiert auf dem Schaubild von *Peeperkorn*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001.

² A.a.O. (Kapitel Vier: Fn. 77).

als rechtswidrig anzusehen wäre. Vielmehr ist zu überprüfen, inwiefern diese Absprache gegen Art. 81 Abs. 1 EGV verstößt und wenn dies der Fall ist, inwiefern sie geeignet ist, eine Einzelfreistellung zu erhalten.

- Auch wenn die Vereinbarung nicht von der GVO freigestellt wird, steht am Ende der Prüfung entgegen dem bisherigen Freistellungssystem nicht mehr die Anmeldepflicht. Die Unternehmen sollen vielmehr in Eigenverantwortung feststellen, ob ihre Absprache gegen europäisches Kartellrecht verstößt oder nicht und gemäß dem Ergebnis ihrer Überprüfung verfahren.

B.) Überprüfung der Einzelfreistellbarkeit

In ihrem Kapitel VI. der Leitlinien³ stellt die Kommission dar, anhand welcher Kriterien sie in Zukunft vertikale Vereinbarungen beurteilen will und gibt damit den Unternehmen eine Orientierungshilfe für die Selbsteinschätzung ihrer Absprachen. Die Leitlinien sollen ihnen somit eine vereinfachte Prüfung des Art. 81 EGV ermöglichen.

I.) Spürbarkeit einer Beschränkung

Auch wenn der Marktanteil der relevanten Partei die 30% Hürde überschreitet, hat die Kommission im Streitfall nachzuweisen, dass die Vereinbarung gegen Art. 81 Abs. 1 EGV verstößt. Deshalb ist die Absprache auch von den betroffenen Unternehmen im Vorhinein auf einen solchen Verstoß hin zu überprüfen.

Bei vertikalen Vereinbarungen unterscheidet die Kommission gemäß den Leitlinien zwischen den vier Grundelementen Markenzwang⁴, Vertriebsbeschränkung⁵,

³ A.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 100 – 229. Aufgrund der umfangreichen Erläuterungen der Kommission kann hier im folgenden nur eine kurze Orientierungshilfe gegeben werden. Für eine eingehende Untersuchung sind daher die Leitlinien der Kommission zu Rate zu ziehen.

⁴ Hierbei handelt es sich um Vereinbarungen, deren zentrales Element darin besteht, den Käufer zu veranlassen, seine Bestellungen für ein bestimmtes Produkt auf einen Lieferanten zu konzentrieren. Dieses Element findet sich u. a. in Wettbewerbsverboten, Mengenvorgaben und Kopplungsgeschäften; vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 106. Vgl. zum Markenzwang insbesondere Tz. 138 – 160 sowie zu den Koppelungsbindungen Tz. 215 – 224 der Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

⁵ Hierzu gehören Vereinbarungen, deren wesentliches Element darin besteht, dass der Hersteller nur an einen Käufer oder eine begrenzte Anzahl von Käufern verkauft; vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 109. Zum Alleinvertrieb vgl. insbesondere Tz. 161 – 177, zum Selektivvertrieb Tz. 184 – 198, zum Franchising Tz. 199 – 201 sowie zur Alleinbelieferung Tz. 202 – 214 der Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

vertikale Preisbindung⁶ und Marktaufteilung⁷. Diese Beschränkungen können sich in bestimmter Form negativ auf den Wettbewerb auswirken. Die Kommission nennt hier Marktabschottung⁸, Verringerung des Markenwettbewerbs,⁹ Erleichterung der Kollusion,¹⁰ Verringerung des markeninternen Wettbewerbs¹¹ sowie die Behinderung der Integration der Märkte durch Beschränkung der Wahlmöglichkeiten¹² der Käufer.¹³

1.) Bestimmungsfaktoren

Die Kommission will bei der Anwendung von Art. 81 EGV wirtschaftliche Erwägungen zugrunde legen. Dadurch sollen sich die Untersuchungen auf die Unternehmen beschränken, die bei unzureichendem Markenwettbewerb eine bestimmte Marktmacht ausüben.¹⁴ Ob eine vertikale Vereinbarung eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs darstellt, ist gemäß den Leitlinien deshalb anhand folgender Faktoren zu bestimmen:

- Marktstellung des Lieferanten,¹⁵
- Marktstellung von Wettbewerbern,¹⁶

⁶ Diese Vereinbarungen verpflichten den Käufer, die Ware nicht zu einem bestimmten Preis, bzw. nicht unterhalb oder oberhalb eines bestimmten Preises zu verkaufen; vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 111. Vgl. dazu insbesondere Tz. 225 – 228 der Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

⁷ Hiermit sind Vereinbarungen gemeint, die den Käufer beim Bezug oder Weiterverkauf eines bestimmten Produkts in seiner Wahlfreiheit einschränken; vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 113. Vgl. dazu insbesondere Tz. 178 – 183 der Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

⁸ Die Gefahr der Marktabschottung besteht insbesondere bei Markenzwang; vgl. der Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 138, Alleinvertrieb, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 161, Kundenbeschränkung, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 178, Selektivvertrieb, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 185, Alleinbelieferung, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 204, und Kopplungsbindung, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 217.

⁹ Insbesondere bewirkt eine solche Beschränkung der Markenzwang; vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 138.

¹⁰ Derartige Auswirkungen haben Kundenbeschränkung; vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 178), Selektivvertrieb, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 185, Alleinvertrieb, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 161 und Preisbindungen, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 226.

¹¹ Hierzu führen unter anderem Alleinvertrieb; vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 161, Kundenbeschränkung, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 178, Selektivvertrieb, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 185 und Preisbindungen, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 227.

¹² Eine solche liegt insbesondere bei Kundenbeschränkung vor; vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 178.

¹³ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 103.

¹⁴ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 102.

¹⁵ Hier ist die Marktmacht des Lieferanten vornehmlich anhand seines Marktanteils am sachlich und räumlich relevanten Markt zu beurteilen. Je größer sein Marktanteil ist, desto größer wird auch seine Marktmacht einzuschätzen sein. Die Marktmacht wird noch verstärkt, wenn der Lieferant bestimmte Kostenvorteile gegenüber seinen Wettbewerbern hat, die sich bspw. aus einer Vorreiterrolle, wichtigen Patenten, überlegener Technik u. a. ergeben können; vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 123. Siehe dazu auch. Tz. 140, 163, 187, 219 der Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

¹⁶ Die Marktstellung der Wettbewerber wird, wie die des Lieferanten, anhand ihrer Anteile auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt bestimmt. Hinzu kommt, dass je höher die Zahl der Wettbewerber ist, desto geringer ist das Risiko der Marktabschottung; vgl. Leitlinien, a.a.O.

- Marktstellung des Käufers,¹⁷
- Marktzutrittsschranken,¹⁸
- Marktreife,¹⁹
- Handelsstufe,²⁰
- Beschaffenheit des Produkts,²¹
- sonstige Faktoren.²²

(Einleitung: Fn. 6), Tz. 124. Siehe dazu insbesondere Tz. 142, 164, 187f., 208, 220 der Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

¹⁷ Die Marktstellung des Käufers stellt die sog. Nachfragemacht dar. Sie bestimmt sich vornehmlich durch seine Anteile auf dem Beschaffungsmarkt. Zusätzlich ist aber auch die Marktstellung des Käufers auf dem Weiterverkaufsmarkt zu berücksichtigen; vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 125). Siehe dazu insbesondere Tz. 145, 167, 191, 204ff., 221 der Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

¹⁸ Marktzutrittsschranken sind dann vorhanden, wenn etablierte Unternehmen auf dem Markt die Preise über den freien Marktpreis heben können, ohne den Einstieg neuer Anbieter in den Markt zu produzieren; vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 126. Dabei kann es jedoch verschiedene Gründe haben, die neue Anbieter hindern, in den Markt einzusteigen. Ob es sich dabei tatsächlich um eine Marktzutrittsschranke handelt, hängt davon ab, ob die Überwindung der Schranke dem neuen Anbieter „sunk-costs“ verursacht. Hierbei handelt es sich um verlorene Aufwendungen, die ein Unternehmen zu erbringen hat, um in einem neuen Markt einzutreten; vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 128. Diese müssen so hoch sein, dass sie neue Anbieter von einem Eintritt in den Markt abhalten können; vgl. ebenda. Siehe dazu insbesondere Tz. 144, 165f., 190ff., 207 der Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

¹⁹ Marktreife ist gegeben, wenn der Markt seit längerem besteht und die angewandte Technik bekannt und weitverbreitet ist. Es finden außerdem auf einem reifen Markt keine wesentlichen technischen Neuerungen statt und die Nachfrage ist stabil; vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 130. Siehe dazu insbesondere Tz. 168, 194 der Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

²⁰ Auf der Ebene der Zwischenprodukte sind nachteilige Auswirkungen von Vereinbarungen im Allgemeinen unwahrscheinlicher; vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 131. Bei Zwischenprodukten ist ein Verlust an markeninternem Wettbewerb von geringerer Bedeutung als bei Endprodukten; vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 119, 5.). Bei dem Vertrieb von Endprodukten können negative Auswirkungen vertikaler Beschränkungen auch auf den nachgelagerten Märkten entstehen. Bei Bedarf müssen daher auch diese Märkte bei der Beurteilung der Vereinbarung mit berücksichtigt werden; vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 96 u. 97.

Siehe dazu insbesondere Tz. 146ff., 169f., 209 der Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

²¹ Diese ist insbesondere auf der Ebene der Endprodukte zu berücksichtigen. Vertikale Vereinbarungen dürften dort eher negative Wirkungen entfalten, wenn das Produkt heterogen und billig ist und nur einmal gekauft wird; vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 132. Siehe dazu insbesondere Tz. 209f. der Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

²² Des Weiteren ist zu berücksichtigen, ob die Vereinbarung in Verbindung mit ähnlichen Absprachen kumulative Wirkungen erzeugt, welche Laufzeit sie hat, ob sie erzwungen oder vereinbart wurde, welche gesetzlichen Bestimmungen gelten und ob sie Verhalten in Form von Kollusion fördert. Ebenso ist zu beachten, ob die Preise aufgrund von überschüssigen Kapazitäten starr sind, ob Preisdiskriminierung betrieben wird und ob es in der Vergangenheit zu Kollusion kam; vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 133. Siehe dazu insbesondere Tz. 141ff., 149ff., 161, 164, 189, 206 der Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6).

Die Gewichtung der einzelnen Faktoren hängt nach Ansicht der Kommission von den Umständen des Einzelfalls ab.²³

2.) Allgemeine Regeln zur Beurteilung vertikaler Vereinbarungen

Bei dieser Abwägung des Einzelfalls sind insbesondere auch die von der Kommission in den Leitlinien aufgestellten allgemeinen Regeln zur Beurteilung vertikaler Vereinbarungen zu berücksichtigen. Diese lauten wie folgt:

- Bei den meisten vertikalen Beschränkungen gibt es keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken, so lange ein ausreichender Markenwettbewerb gewährleistet ist. Dieser wird gefährdet, wenn eine der Parteien ein bestimmtes Maß an Marktmacht erreicht.²⁴ Die Marktmacht bildet somit den Hauptansatzpunkt zur Feststellung einer schädlichen Wettbewerbsbeschränkung.
- Vertikale Beschränkungen, die einen Rückgang des Markenwettbewerbs verursachen, sind schädlicher als solche, die einen Verlust an markeninternem Wettbewerb bewirken.²⁵
- Vertriebsbeschränkungen können bei fehlendem Markenwettbewerb die Auswahlmöglichkeiten der Verbraucher erheblich vermindern.²⁶
- Ausschließlichkeitsbindungen beeinträchtigen den Wettbewerb stärker als nichtausschließliche Regelungen.²⁷
- Beschränkungen, die Nichtmarkenwaren und –dienstleistungen betreffen, sind in der Regel weniger schädigend als solche, die sich auf den Vertrieb von Markenwaren und -dienstleistungen auswirken. Gleiches gilt für Beschränkungen im Bereich der Zwischenprodukte im Vergleich zu Beschränkungen von Endprodukten.²⁸
- Eine Kombination verschiedener Beschränkungen verstärkt in der Regel deren negative Auswirkungen. Allerdings sind auch Kombinationen möglich, in denen ein Element die negativen Auswirkungen des anderen begrenzt.²⁹
- Existieren mehrere vertikale Beschränkungen ähnlicher Art auf dem Markt so wird die negative Wirkung der einzelnen Vereinbarungen durch ihre kumulative Wirkung verstärkt.³⁰
- Je mehr eine Beschränkung auf der Übertragung von Know-how beruht, desto eher lassen sich Effizienzgewinne erwarten.³¹

²³ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 122.

²⁴ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 119, 1.).

²⁵ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 119, 2.).

²⁶ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 119, 3.).

²⁷ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 119, 4.).

²⁸ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 119, 5.).

²⁹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 119, 6.).

³⁰ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 119, 7.).

³¹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 119, 8.).

- Je mehr eine Beschränkung an vertragspezifische Investitionen geknüpft ist, desto eher lassen sich damit bestimmte negative Auswirkungen für den Zeitraum der Abschreibung der Investition rechtfertigen.³²
- Bei der Erschließung neuer Produktmärkte oder geographischer Märkte schränken vertikale Vereinbarungen unabhängig von der Marktmacht der Parteien den Wettbewerb für die Dauer von zwei Jahren im Anschluss an die Markteinführung nicht ein. Ausnahmen sind nur die Kernbeschränkungen.³³

II.) Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV

Unternehmen, welche die Anwendbarkeit von Art. 81 Abs. 1 EGV und gleichzeitig die Nichtanwendbarkeit der GVO auf ihre Vereinbarung festgestellt haben, müssen schließlich überprüfen, ob die Absprache die Vorgaben für eine Freistellung erfüllt. Diese Einzelfreistellung richtet sich nach den vier in Art. 81 Abs. 3 EGV genannten, kumulativen Voraussetzungen. Zu jeder dieser Voraussetzungen hat die Kommission gesonderte Hinweise für die Beurteilung in Bezug auf vertikale Vereinbarungen gegeben.

1.) Effizienzgewinne

Die freizustellende Vereinbarung muss Effizienzgewinne in der Form hervorbringen, dass sie zu einer „Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts“ beiträgt.

Unter diesen Effizienzgewinnen versteht die Kommission gemäß den Leitlinien in Bezug auf vertikale Vereinbarungen unter anderem:

- die Lösung des „Trittbrettfahrerproblems“,³⁴
- die Möglichkeit des Einstiegs in neue Märkte,³⁵
- die Lösung des „Gütesiegel-Trittbrettfahrerproblems“,³⁶
- die Lösung des sog. „Hold-up“³⁷ Problems,

³² Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 119, 9.).

³³ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 119, 10.).

³⁴ Hier profitiert ein Vertriebshändler von den Verkaufsförderungsbemühungen eines anderen Händlers. Die Gefahr des Trittbrettfahrens muss allerdings hinreichend konkret und erheblich sein; vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 116, 1.). Die kann u. a. verhindert werden durch Markenzwang; vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 153.

³⁵ Diese werden u. a. erleichtert durch Alleinvertrieb; vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 174.

³⁶ Hier ist der Markt so beschaffen, dass der Großteil der Produkte über Einzelhändler vertrieben wird, die in dem Ruf stehen, nur Qualitätsprodukte zu verkaufen. Der Einstieg in diesen Markt kann daher unter Umständen nur möglich sein, wenn der Lieferant den Vertrieb seines Produkts durch Ausschließlichkeitsbindungen an derartige Einzelhändler gewährleistet; vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 116, 3.).

³⁷ In diesem Fall muss eine Partei aufgrund der Vereinbarung Investitionen vornehmen, bei denen nur durch die Beschränkung des Vertriebs die Abschreibung der Investition gesichert werden kann. Auch hier muss die Gefahr der unzureichenden Investition konkret und erheblich werden. Es darf sich also nur um „vertragspezifische Investitionen“ handeln, die für die Partei ohne die

- die Lösung des „Hold-up“ Problems bei der Übertragung von Know-how,³⁸
- die Erzielung von Größenvorteilen beim Vertrieb,³⁹
- die Behebung von „Unzulänglichkeiten der Kapitalmärkte“ durch Darlehen zu besonderen Konditionen,⁴⁰

die Sicherung von Einheitlichkeit und Qualität.

Das Unternehmen muss im Streitfall die hier beschriebenen oder gegebenenfalls andere Effizienzgewinne nachweisen können, welche die negativen Auswirkungen der Beschränkung aufwiegen müssen. Dabei erwartet die Kommission konkrete Angaben seitens der Unternehmen. Unfundierte Behauptungen hinsichtlich des Abwehrens von Trittbrettfahrern oder allgemeine Ausführungen über Kosteneinsparungen werden hingegen von der Kommission nicht akzeptiert. Gleiches gilt für Effizienzgewinne, die auf der einfachen Ausübung von Marktmacht oder einer wettbewerbsfeindlichen Verhaltensweise beruhen.⁴¹

2.) Beteiligung der Verbraucher

Des Weiteren muss die Vereinbarung den Verbrauchern eine angemessene Beteiligung an dem entstehenden Effizienzgewinn sichern.

Eine solche Beteiligung nimmt die Kommission laut Leitlinien an, wenn in einem Markt der Wettbewerb trotz der Vereinbarung in einem Maße aufrechterhalten wird, das ausreicht, die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen wirksam in Schach zu halten. Dann sei der Konkurrenzdruck in der Regel so groß, dass die Verbraucher angemessen an den wirtschaftlichen Vorteilen der Vereinbarung beteiligt würden.⁴²

Von einer ausreichenden Beteiligung der Verbraucher ist somit auszugehen, wenn die betreffenden Parteien nicht über eine übermäßige Marktmacht verfügen.

3.) Unerlässlichkeit der Vereinbarung

Genauso muss die Vereinbarung für die Erzielung bestimmter positiver Effekte unerlässlich sein.

Vereinbarung nicht anderweitig verwertbar ist. Die Investition muss außerdem langfristig angelegt und asymmetrisch sein. Das bedeutet, sie darf nicht schnell hereingeholt werden können und sie darf nicht von beiden Parteien getätigt werden; vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 116, 4.). Eine effiziente Lösung des Problems stellen hier u. a. der Markenzwang, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 153, und die Alleinbelieferung, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 211, dar.

³⁸ Hierunter ist das Problem der dauerhaften Sicherung von einmal übertragenem Know-how zu verstehen; vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 116, 5.).

³⁹ Solche Effizienzgewinne erzeugt u. a. der Alleinvertrieb; vgl. Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6) Tz. 174, der Selektivvertrieb, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 193, und die Koppelungsbindung, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 222.

⁴⁰ Als Ausgleich für die Unterstützung wird hier die andere Vertragspartei u. a. zu Markenzwang; vgl. Leitlinien a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 153, oder Kundenbeschränkung, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 182 verpflichtet.

⁴¹ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 136.

⁴² Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 136.

Die verschiedenen Formen vertikaler Beschränkungen sind in hohem Maße austauschbar, sodass ein und dasselbe Effizienzproblem durch unterschiedliche Beschränkungen gelöst werden kann.⁴³ Da sich auch die negativen Folgen der Beschränkungen unterscheiden können, soll mit diesem Kriterium sichergestellt werden, dass bei einer Vereinbarung die Beschränkung gewählt wird, die den Wettbewerb am wenigsten beeinträchtigt.⁴⁴

Für die hierfür erforderliche Beurteilung der Intensität der Beschränkung des Wettbewerbs durch die Vereinbarung hat die Kommission in den Leitlinien Regeln zur allgemeinen Bewertung⁴⁵ aufgestellt sowie spezielle Beurteilungsfaktoren⁴⁶ entwickelt.⁴⁷

4.) Kein Ausschalten des Wettbewerbs

Die vertikale Vereinbarung darf den Unternehmen schließlich keine Möglichkeit bieten, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Ob dies der Fall ist, hängt nach den Leitlinien der Kommission ebenfalls von der Marktmacht der Beteiligten ab. Eine vertikale Beschränkung mit spürbaren negativen Folgen für den Wettbewerb sei grundsätzlich nicht freistellbar, wenn die betreffende Partei eine marktbeherrschende Stellung und damit ein hohes Maß an Marktmacht besitze. Eine Rechtfertigung sei hier nur möglich, wenn die Vereinbarung sachlich gerechtfertigt sei. Zusätzlich müsse sie für die Übertragung von Know-how oder den Schutz vertragsspezifischer Investitionen erforderlich sein, ohne die der von der Vereinbarung betroffene Handel nicht stattfinden würde.⁴⁸

III.) Wertung

1. Mit der GVO Nr. 2790/99 ist den Unternehmen im Bereich des europäischen Wettbewerbsrechts eine besondere Verantwortung übertragen worden. Sie sollen nunmehr selbst einschätzen, inwiefern die von ihnen geplante Absprache freistellungsfähig ist oder nicht. Daher kommt dem letzten Kapitel der Leitlinien, das sich gerade mit dieser Frage beschäftigt, eine besondere Bedeutung zu. Es bietet in Bezug auf den neuen wirtschaftlichen Beurteilungsansatz der Kommission die einzige Orientierungshilfe für die Unternehmen bei der Untersuchung ihrer Vereinbarung.

⁴³ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 118.

⁴⁴ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 136.

⁴⁵ Siehe oben S. 190 f., Kapitel Neun:B.)I.)2.) „Allgemeine Regeln zur Beurteilung vertikaler Vereinbarungen“.

⁴⁶ Siehe oben S. 187 f., Kapitel Neun:B.)I.) „Spürbarkeit einer Beschränkung“.

⁴⁷ Vgl. außerdem zum Markenzwang Tz. 154 – 158 der Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), zur Kundenbeschränkung, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 182, zum Selektivvertrieb, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 196, zur Alleinbelieferung, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 211 sowie zur Koppelungsbindung, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 222 ff..

⁴⁸ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 135.

2. Nach Ansicht der Kommission ist mit Hilfe der Leitlinien eine Beurteilung der Vereinbarung durchaus möglich, so lange man sich dabei an deren ratio legis hält.⁴⁹ Danach ist eine Freistellung einer Vereinbarung anzunehmen, wenn sie als schwächste mögliche Beschränkung des Wettbewerbs nachweisbar Effizienzgewinne bringt und von Unternehmen getroffen wird, die keine marktbeherrschende Stellung innehaben. Der Schwerpunkt der Untersuchung soll also auf den Auswirkungen der Beschränkung auf den Markt liegen.⁵⁰
3. Trotz der ausdifferenzierten und ausführlichen Darstellung der grundsätzlichen Bewertungsmaßstäbe vermögen die Leitlinien darüber hinaus jedoch nur vereinzelt konkrete Hinweise auf die Freistellbarkeit von Vereinbarungen zu geben. Für die Unternehmen dürfte es im Einzelfall daher trotz dieser Orientierungshilfe schwierig werden, ihre Vereinbarungen selbst einzuschätzen.⁵¹
4. Zwar muss man von einer starken Einzelfallbezogenheit der Auswirkungen von vertikalen Vereinbarungen ausgehen, die nur bedingt Verallgemeinerungen zulässt. Dennoch wäre auch im Hinblick auf die geplante Dezentralisierung des Freistellungsmonopols und der damit verbundenen Problematik der Gefährdung der Rechtseinheit, eine klarer strukturierte und konkreter ausgearbeitete Anleitung wünschenswert gewesen, die in ihren Erläuterungen weniger auf unbestimmte Rechtsbegriffe zurückgreift.
5. Zumindest aber hätte für die Unternehmen die Möglichkeit aufrecht erhalten werden müssen, ihre Vereinbarungen vorsichtshalber anzumelden, bzw. über deren Freistellung Auskunft einzuholen.
6. Den Unternehmen ist deshalb wie schon bei der Beurteilung der Marktanteilsschwellen zu raten, in die Vereinbarung eine Klausel aufzunehmen, in der beide Parteien ihre Einigkeit darüber erklären, dass sie bezüglich ihrer Absprache eine Einzelfreistellung annehmen. So kann sich kein Beteiligter mit Hinweis auf das europäische Kartellrecht von der Vereinbarung lösen, ohne sich treuwidrig zu verhalten.

⁴⁹ *Peeperkorn*, BDI-Praxisseminar Vertikale Vereinbarungen, vom 22.03.2001, Düsseldorf.

⁵⁰ Leitlinien, a.a.O. (Einleitung: Fn. 6), Tz. 229.

⁵¹ So auch: *Bunte*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Art. 81, Fallgruppen Rn. 512; *Emmerich*, in: Dausen, EU – WR, Bd. 2, H.I, Rn. 311.

Kapitel Zehn: Abschließende Beurteilung

A.) Wesentliche Ergebnisse der Untersuchung

1. Die Anmeldeflut der letzten Jahrzehnte, der Strukturwandel im Vertriebssektor, die anstehende EU-Osterweiterung, aber wohl vor allem die anhaltende Kritik an dem bisherigen Freistellungssystem haben die Kommission dazu veranlasst, eine tiefgreifende Reform des EG-Kartellrechts in Angriff zu nehmen.
2. Die nötigen Voraussetzungen für eine Reform der Gruppenfreistellung im Bereich der vertikalen Vereinbarungen wurden durch die Novellierung der VO Nr. 17/62 und VO Nr. 19/65 geschaffen.
3. Bei der VO Nr. 19/65 wurde es versäumt, eine allgemeingültige schwarze Liste zu schaffen, die auch für nachfolgende GVOen gilt.
4. Die Anmeldebefreiung der VO Nr. 17/62 bedeutet eine große Entlastung der Kommission, die mit dieser Schaffung von Ressourcen zur verbesserten Kontrolle des Wettbewerbsgeschehens bereits ein Ziel ihrer Reform erreicht hat. Leidtragende dieser Entlastung sind die Unternehmen, die nunmehr keine Möglichkeit mehr haben, vor Praktizierung der Vereinbarung eine verbindliche Auskunft darüber zu erhalten, ob diese zivilrechtlich wirksam ist oder nicht.

Eine Entscheidung über die Zulässigkeit einer vertikalen Vereinbarung wird nach der Novellierung der VO Nr. 17/62 hauptsächlich von den nationalen Gerichten getroffen.

5. Aufgrund der misslungenen Definition in Art. 1 Buchst. g) wird aus der GVO selbst nicht deutlich, dass sie auf Handelsvertreterverhältnisse anwendbar sein soll. Dies machen erst die Leitlinien zur GVO klar. Auch die eigentliche Neuregelung der Handelsvertreterverhältnisse in den Leitlinien muss als misslungen bezeichnet werden. Sie verkennt die Natur der Handelsvertreterverhältnisse und bedeutet wohl das Ende für einen Großteil dieser Vereinbarungen.
6. Der weite Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 1 der GVO stellt keine vertragswidrige Einführung des Missbrauchsprinzips, sondern lediglich eine vertragsgemäße Annäherung daran dar.
7. Dieser weite Anwendungsbereich beseitigt den Zwangsjackeneffekt der bisherigen GVOen und hat eine erhebliche Flexibilisierung der Unternehmen zur Folge. Damit wurde ein weiteres Hauptziel der Reform erreicht.
8. Im Rahmen des Art. 2 Abs. 2 der GVO hätte es ausgereicht, eine Freistellung nur für Vereinbarungen von Unternehmensvereinigungen zuzulassen, die nach einer verbindlich vorgeschriebenen Überprüfung auf horizontale Wirkung negativ abschneiden. Die Begrenzung auf KMU war daher unnötig.
9. Mit der GVO Nr. 2790/99 gilt das nationale Kartellrecht ausschließlich für vertikale Vereinbarungen mit zwischenstaatlichen Auswirkungen. Um Inländerdiskriminierung zu vermeiden, wird hier ein Anpassungsprozess an das Gemeinschaftsrecht erforderlich werden.

10. Mit der Einführung einer Marktanteilsschwelle ist die Freistellung nicht mehr vom Inhalt einer Vereinbarung, sondern von deren wirtschaftlichen Auswirkungen abhängig. Damit wurde ein weiteres wesentliches Ziel der Reform erreicht.
11. Ungenauigkeiten, die sich im Rahmen der Beurteilung der Marktmacht anhand des Marktanteils ergeben, sind aufgrund des Gesamtkonzepts der GVO für Wettbewerb und Unternehmen zumutbar
12. Mittelfristig ist zu erwarten, dass die Rechtssicherheit der Unternehmen bei der Abgrenzung des relevanten Marktes aufgrund der zunehmenden Entscheidungspraxis auf ein zumutbares Maß absinken wird. Durch das Erfordernis der Berechnung des Marktanteils wurde die GVO damit nicht völlig unpraktikabel. Bis zu dem Zeitpunkt einer gefestigten Entscheidungspraxis wäre für die Unternehmen jedoch die Möglichkeit einer vorsorglichen Anmeldung wünschenswert gewesen.
13. Durch die Abschaffung der weißen Listen ist für die Unternehmen nunmehr alles erlaubt, was in der schwarzen Liste des Art. 4 der GVO nicht ausdrücklich verboten ist. Diese Neuerung trägt ebenfalls zur Beseitigung des Zwangsjackeneffektes bei.
14. Die Beibehaltung des „Alles-oder-Nichts“ Prinzips ist im Rahmen der GVO Nr. 2790/99 gerechtfertigt.
15. Durch die Abtrennbarkeit in Art. 5 der GVO wird es den Unternehmen ermöglicht, gruppenfreigestellte Vereinbarungen mit Vereinbarungen, die eine Einzelfreistellung benötigen, zu kombinieren. Dies erhöht ihre Flexibilität.
16. Rechtsunsicherheit bei der Anwendung der Verbotsartikel 4 und 5 der GVO bringt jedoch die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen mit sich. Gleiches gilt für Erläuterungen in den für nationale Gerichte und Behörden grundsätzlich nicht verbindlichen Leitlinien der Kommission.
17. Weiterhin muss der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Buchst. b) der GVO als überflüssig und damit als misslungen angesehen werden.
18. Dem nachträglichen Entzug der Freistellung wird aufgrund des Gesamtkonzepts der GVO in Zukunft eine besondere Bedeutung zukommen. Für die Unternehmen wäre daher eine klare und verständliche Regelung wichtig gewesen. Dem steht jedoch die vermehrte Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ebenso entgegen wie der Verzicht auf einen Beispielskatalog in Art. 6 der GVO. Schließlich wäre eine einheitliche Behandlung von Vereinbarungen mit kumulativer Wirkung im Gegensatz zur Mehrfachregelung in den Artt. 6 und 8 der GVO übersichtlicher gewesen.
19. Zu begrüßen ist die Dezentralisierung bei den Entzugsentscheidungen. Abzuwarten bleibt jedoch, ob das Konzept der Kommission geeignet ist, die Kohärenz der Rechtsanwendung in der Gemeinschaft zu gewährleisten. Eine gemeinschaftsweite Geltung der nationalen Entzugsentscheidung ist dafür allerdings nicht notwendig.
20. Auch wenn man davon ausgeht, dass die Leitlinien einen großen Einfluss auf die Entscheidungspraxis der zuständigen Gerichte haben wird, bringen sie aufgrund ihrer rechtlichen Unverbindlichkeit einen Unsicherheitsfaktor für die Unternehmen mit sich. Es wird abzuwarten sein, welche der in den Leitlinien

vorgeschriebenen Regelungen und Auslegungen von den Kartellbehörden der Mitgliedstaaten übernommen werden.

B.) Fazit

Die Kommission hat mit ihrer Reform der Anwendung von Art. 81 Abs. 1 und 3 EGV auf vertikale Vereinbarungen drei ihrer wesentlichen Ziele erreicht. Sie hat zum einen ein wesentlich flexibleres Freistellungssystem eingeführt, das den Unternehmen eine kaum eingeschränkte Kombinationsmöglichkeit verschiedener vertikaler Vereinbarungen ermöglicht. So wird erstmals der Großteil vertikaler Vereinbarungen von einer GVO erfasst, so dass für die Unternehmen die Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit den sog. "comfort letters" entfällt. Zum anderen hat die Kommission einen wirtschaftlichen Beurteilungsansatz entwickelt, der dazu führt, dass vertikale Vereinbarungen entsprechend ihren Auswirkungen auf dem Markt und nicht nach ihrem Inhalt freigestellt werden. Schließlich hat sie damit auch für eine Befreiung ihrer Wettbewerbsdirektion von der Anmeldeflut der letzten Jahrzehnte gesorgt. Diese Neuerungen bedeuten für das gemeinschaftliche Kartellrecht einen enormen Fortschritt.

Diese zu begrüßende Umstellung des EG-Kartellrechts beinhaltet für die Unternehmen allerdings eine nicht ausschließlich positive Entwicklung. Zwar bedeutet die Reform auch für diese einen enormen Zugewinn an Flexibilität und Rechtssicherheit. Sie werden jedoch mittelfristig gezwungen sein, die vielfach vorhandenen Unklarheiten des neuen Freistellungssystems vor den Gerichten klären zu lassen. Die dadurch neu entstehende Rechtsunsicherheit stellt bei den enormen Investitionen, die bei dem Aufbau eines Vertriebssystems mit zivilrechtlicher Unwirksamkeit bedroht sind, eine im Grunde nicht zumutbare Last dar. Hier wäre seitens der Kommission ein Hilfestellung in Form einer vorsorglichen Anmeldung wünschenswert gewesen.

Das letzte wesentliche Ziel der Reform, nämlich für die Unternehmen im Bereich der vertikalen Vereinbarungen mehr Rechtssicherheit zu schaffen, wurde damit zumindest kurz- bis mittelfristig nicht in allen Fragen erreicht.

Anhang : Literaturverzeichnis

- Ackermann, Thomas *Die Zukunft vertikaler Vertriebsvereinbarungen im EG – Kartellrecht*, EuZW 1997, 271 ff.
- derselbe *Die neuen Wettbewerbsregeln für vertikale Beschränkungen*, EuZW 1999, 741 ff.
- Ausschuss der Regionen *Stellungnahme zu dem „Grünbuch zur EG – Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen“*, ABl.EG 1997, Nr. C 244, S. 8 ff.
- Axster, Oliver *Das „Alles – oder – Nichts – Prinzip“ der EG – Gruppen-freistellungsverordnungen*, WuW 1994, 615 ff.
- derselbe *Das Verhältnis der Gruppenfreistellungsverordnungen zueinander als Problem bei der Anwendung des EG-Kartellrechts*, in: Festschrift für Deringer, Baden Baden 1993, S. 213 ff.
- Bach, Albrecht *Die Zukunft des selektiven Vertriebs in der EG – Zur Novellierung der Gruppenfreistellungsverordnung für den Kfz-Vertrieb*, WuW 1995, 5 ff.
- Baker, Simon und Wu, Lawrence *Applying the market definition guidelines of the European Commission*, European Competition Law Review (ECLR) 1998, 273 ff.
- Bartosch, Andreas *Von der Freistellung zur Legalausnahme: Der Vorschlag der EG – Kommission für eine „neue Verordnung Nr. 17“*, EuZW 2001, 101 ff.
- derselbe *Von der Freistellung zur Legalausnahme – was geschieht mit der Rechtssicherheit?* WuW 2000, 462 ff.
- Basedow, Jürgen *Rechtssicherheit im europäischen Wirtschaftsrecht – Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz im Lichte der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung*, ZeuP 1996, 570 ff.
- Baudenbacher, Carl (Hrsg.) *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, Sechstes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 1999*, Basel Genf München 2000
- Bauer, Michael und de Bronett, Georg – Klaus *Die EU – Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen*, Köln 2002
- Baum, Herbert *Der relevante Markt als Problem der Wettbewerbspolitik*, WuW 1989, 401 ff.

- Bayreuther, Frank *Die Reform der EG – Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen*, EWS 2000, 106 ff.
- Bechtold, Rainer *GWB, Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 3. Aufl., München 2002
- derselbe *EG – Gruppenfreistellungsverordnungen – Eine Zwischenbilanz*, EWS 2001, 49 ff.
- derselbe *Die Durchsetzung des europäischen Kartellrechts durch die Zivilgerichte*, ZHR 160 (1996), 660 ff.
- derselbe *Die Stellung der Kommission und der Unternehmen im EWG-Kartellverfahren*, EuR 1992, 41 ff.
- derselbe *Neue Entwicklungen in der EWG-rechtlichen Beurteilung vertikaler Vertriebssysteme*, RIW 1987, 809 ff.
- Behrens, Peter *Probleme der zentralen und dezentralen Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft*, in: Festschrift für Everling, Bd. 1, Baden Baden 1995
- Bellamy, Christopher und Child, Graham D. *European Market Law of Competition*, 5th Edition, London 2001
- Biro, Zoltan und Fletcher, Amelia *The E.C. Green Paper on vertical Restraints: An Economic Comment*, European Competition Law Review (ECLR) 1998, 129 ff.
- Blaurock, Uwe *Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen*, in: Schwarze, J. (Hrsg.), *Neuere Entwicklungen auf dem Gebiet des europäischen Wettbewerbsrechts*, Baden-Baden, 1999, S. 71 ff.
- Bleckmann, Albert (Hrsg.) *Europarecht – Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften*, 6. Aufl., Köln Berlin Bonn München 1997
- Bloos, Joachim *Marketing*, 4. Aufl., Würzburg 1989
- Bos, Pierre-Vincent *Towards a clear distribution of competence between EC and national competition authorities*, European Competition Law Review (ECLR) 1995, 410 ff.
- Brinker, Ingo *Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen – Anmerkungen zum neuen Regelungsansatz der Kommission*, in: Schwarze, J. (Hrsg.), *Neuere Entwicklungen auf dem Gebiet des europäischen Wettbewerbsrechts*, Baden-Baden 1999, S. 59 ff.
- derselbe *Ansätze für eine EG – konforme Auslegung des nationalen Kartellrechts*, WuW 1996, 549 ff.
- de Bronett, Georg-K. *Der Entzug des Vorteils der Anwendung einer Gruppenfreistellung durch nationale Behörden*, WuW 1999, 825 ff.

- Bundeskartellamt (BKartA) *Stellungnahme zum „follow – up paper“ zum Grünbuch der EG – Kommission, BKartA EG 1 – 6/95, 12.06.1998 Berlin*
- Stellungnahme zum Grünbuch der EG – Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen; BKartA EG 1 – 6/95, 20.06.1997 Berlin*
- Bundesverband der Deutschen Industrie e. V. *Vertikale Vereinbarungen im Europäischen Wettbewerbsrecht, Praxisseminar des BDI, vom 22.03.2001, Düsseldorf*
- Positionspapier zum Entwurf von Leitlinien der EU – Kommission über vertikale Vereinbarungen – Handelsvertretervereinbarungen, vom 16.11.1999*
- Positionspapier zur Mitteilung der Kommission über die Anwendung der EG – Wettbewerbsregeln auf vertikale Beschränkungen vom 30.10.1998 – KOM (1998), Abl. 1999/C 270/7 ff. vom 24.09.1999 – Entwurf einer Gruppenfreistellungsverordnung, vom 25.10.1999*
- Bunte, Hermann – Josef und Sauter, Herbert *EG – Gruppenfreistellungsverordnungen, Kommentar, München 1988*
- Charbonnier, Volker *Vertikale Absprachen im europäischen und internationalen Kartellrecht, in: EU-Regierungskonferenz '96, Perspektiven für die Wettbewerbsfähigkeit Europas, FIW-Schriftenreihe Heft 169, Köln Berlin Bonn München 1996, S. 81 ff.*
- Coenen, Achim *Rechtsfragen zur Anwendung von Gruppenfreistellungsverordnungen gem. Art. 85 Abs. 3 EGV, Münster Hamburg London 1999*
- Dauses, Manfred A. (Hrsg.) *Handbuch des EU – Wirtschaftsrechts, Loseblattsammlung, München August 2000*
- Deringer, Arved (Hrsg.) *Stellungnahme zum Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EG – Vertrag (Art. 81 und 82 EG), EuZW 2000, 5 ff.*
- derselbe *Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft – Kommentar, WuW, Verlag Handelsblatt GmbH, Düsseldorf 1962*
- Desalaers, Wolfgang und Obst, Silke *Weißbuch zum Europäischen Kartellrecht – Rechtsicherheit ade?, EWS 2000, 41 ff.*
- Drauz, Götz und Schröder, Dirk *Praxis der europäischen Fusionskontrolle, RWS – Skript 232, 3. Aufl., Köln 1994*

- Dressel, Lothar *Die Gruppenfreistellungsverordnung für Know-how-Verträge*, GRUR Int. 1989, S. 186 ff.
- Duijm, Bernhard *Die Wettbewerbspolitik der EG gegenüber vertikalen Vertriebsvereinbarungen*, Baden Baden 1997
- Ebenroth, Carsten Th. und Rapp, Angela *Alleinbezugsverträge und EG-Kartellrecht*, JZ 1991, 962 ff.
- Ehlermann, Claus-Dieter *The modernization of EC antitrust policy: A legal and cultural revolution*, Common Market Law Review (CMLR) 2000, 537 ff.
- derselbe *Zukünftige Entwicklungen des Europäischen Wettbewerbsrechts*, EuZW 1994, 647ff.
- derselbe *Ist die Verordnung Nr. 17 noch zeitgemäß?* WuW 1993, 997 ff.
- derselbe *Der Beitrag der Wettbewerbspolitik zum Europäischen Binnenmarkt*, WuW 1992, 5 ff.
- Eilmansberger, Thomas *Überlegungen zum Grünbuch der Kommission über vertikale Wettbewerbsbeschränkungen*, WBL 1997, 357 ff.
- Emmerich, Volker *Kartellrecht*, 9. Aufl., München 2001
- derselbe *Anmerkungen zu der „neuen“ Wettbewerbspolitik der Europäischen Kommission*, WRP 2000, 858 ff.
- Ensthaler, Jürgen *Die Zukunft der selektiven Vertriebsysteme der Automobilhersteller*, BB 1999, 1509 ff.
- Ensthaler, Jürgen und Funk, Michael *Zukunft des selektiven KfZ – Vertriebs, Vertikal – GVO und Leitlinien der Kommission*, BB 2000, 1685 ff.
- Epp, Wolfgang *Franchising und Kartellrecht*, Köln Berlin Bonn München 1994
- Erhart, Michael *Revolution im EG – Kartellrecht*, Ecolex 1999, 513 ff.
- derselbe *EG – Kartellrecht: Die große Vertriebsbindungsreform kommt*, Ecolex 1999, 69 ff.
- Fikentscher, Wolfgang *Das Unrecht einer Wettbewerbsbeschränkung: Kritik an Weißbuch und VO-Entwurf zu Art. 81, 82 EG-Vertrag*, WuW 2001, 446 ff.
- Forschungsinstitut
Wirtschaftsverfassung und
Wettbewerb E. V. (Hrsg.) *EU-Regierungskonferenz '96 Perspektiven für die Wettbewerbsfähigkeit Europas*, FIW-Schriftenreihe Heft 169, Köln Berlin Bonn München 1996
- dasselbe *Schwerpunkte des Kartellrechts, Referate des einundzwanzigsten FIW-Seminars 1993*, FIW-Schriftenreihe Heft 158, Köln Berlin Bonn München 1994

- Freund, Heinz – Joachim *Handelsvertreterverträge und EG – Kartellrecht*, EuZW 1992, 408 ff.
- Gäbelein, Wolfgang *Einheit der Wettbewerbsordnung im Europäischen Binnenmarkt*, in: Festschrift für Beusch, Berlin New York 1993, S. 267 ff.
- v. Gamm, Otto-Friedrich *Kartellrecht – Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und zu Art. 85, 86 EWGV*, 2. Auflage, Köln Berlin Bonn München 1990
- Geers, Ulrich *Die Gruppenfreistellung im EG-Kartellrecht – Zur Fortentwicklung des europäischen Kartellrechts durch den Erlass einer Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung*, Münster Hamburg London 2000
- Geiger, Andreas *Europäische Verbundgruppen im EU-Kartellrecht*, Baden Baden 2001,
- derselbe *Die neuen Leitlinien der EG-Kommission zur Anwendbarkeit von Art. 81 EG auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit*, EuZW 2000, 325 ff.
- derselbe *Das Weißbuch der EG – Kommission zu Art. 81, 82 EG – eine Reform, besser als ihr Ruf*, EuZW 2000, 165 ff.
- Geiger, Rudolf *EUV/EGV, Kommentar*, 3. Aufl., München 2000
- Gerken, Lüder (Hrsg.) *Europa zwischen Ordnungswettbewerb und Harmonisierung*, Berlin 1995
- Gillessen, Benedikt *Die Lockerung des Freistellungsmonopols zugunsten der EU-Staaten*, Berlin 1998
- Glassen, Helmut
Hahn, Helmut von
Kersten, Hans – Christian
und Rieger, Harald (Hrsg.) *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Loseblattsammlung, Bd. III, Köln, Stand: Mai 2002
- Gleiss, Alfred
Hirsch, Martin und
Burkert, Thomas O. J. *Kommentar zum EG – Kartellrecht*, 4. Aufl., Heidelberg 1993
- Grabitz, Eberhard und
Hilf, Meinhard (Hrsg.) *Das Recht der Europäischen Union*, Loseblattsammlung, Stand: Juli 2000, München
- Groeben, Hans von der
Thiesing, Jochen und
Ehlermann, Claus – Dieter,
(Hrsg.) *Kommentar zum EU –/EG – Vertrag*, 5. Aufl., Baden Baden 1999
- Gröning, Jochem *Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts gemäß dem Vorschlag der Kommission zur Ersetzung der VO 17/62*, WRP 2001, 83 ff.

- Haager, Bernd Christian *Die neue Gruppenfreistellungsverordnung*, DStR 2000, 387 ff.
- Hawk, Barry E. (Hrsg.) *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 1996*, New York 1997
- derselbe *System failure: Vertical restraints and EC competition law*, Common Market Law Review (CMLR) 1995, 973 ff.
- Hoehn, Thomas und Schmidheiny, Kurt *Die Anwendung von quantitativ abgestützten Marktuntersuchungen in wettbewerbsrechtlichen Verfahren*, in: Baudenbacher (Hrsg.), *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, Basel Genf München 2000, S. 271
- Hoppmann, Erich *Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen*, Baden Baden 1974
- Hossenfelder, Silke und Parlasca, Susanne *Das Kartellverbot und seine Ausnahme im nationalen und europäischen Wettbewerbsrecht*, WuW 1995, 474 ff.
- Immenga, Ullrich und Mestmäcker, Ernst – Joachim, (Hrsg.) *EG – Wettbewerbsrecht, Kommentar*, München 1997
- dieselben *GWB – Kommentar zum Kartellgesetz*, 3. Aufl., München 2001
- Immenga, Ullrich *Eine Wende in der gemeinschaftsrechtlichen Kartellpolitik ? (Editorial)*, EuZW 1999, 609
- Jaeger, Wolfgang *Die möglichen Auswirkungen einer Reform des EG-Wettbewerbsrechts für die nationalen Gerichte*, WuW 2000, 1062 ff.
- Janicki, Thomas *Inhalt und Praxis der Rückverweisungsvorschriften in Art. 9 der EG-Fusionskontrollverordnung*, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb E. V. (Hrsg.), *Schwerpunkte des Kartellrechts*, FIW-Schriftenreihe, Heft 158, S. 63 ff., Köln Bonn Berlin München 1994
- Jehle, Thomas, Fr. *Bierbezugsverträge und Gemeinschaftsrecht – Anmerkungen zur Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Delimitis/Henniger Bräu AG*, EuZW 1991, 372 ff.
- Jestaed, Thomas und Bergau, Torsten *Die neue Bagatellbekanntmachung der Kommission*, WuW 1998, 119 ff.
- Kallfass, *Vertikale Verträge in der Wettbewerbspolitik der EU*, WuW 1999, 225 ff.

- Kapp, Thomas *Der Mehrfirmen-Handelsvertreter in der neuen Handelsvertreterbekanntmachung der EG-Kommission*, RIW 1992, 235 ff.
- Kellaway, Rosalind *Vertical Restraints: Which Option?* European Competition Law Review (ECLR) 1997, 387 ff.
- Kevekordes, Johannes *Zur EWG-Kartellrechtlichen Beurteilung von Franchise-Verträgen – Bemerkungen zum Pronuptia-Urteil des Europäischen Gerichtshofs*, BB 1987, 74 ff.
- Kirchhoff, Wolfgang *Die Beurteilung von Bezugsverträgen nach europäischem Kartellrecht*, WuW 1995, 361 ff.
- derselbe *Die kartellrechtliche Beurteilung vertikaler Vertriebsverträge*, Köln Berlin Bonn München 1990
- Klimisch, Annette und Krueger, Birgit *Praxis und Perspektiven der dezentralen Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts – Tagungsbericht des BKartA*, WuW 1998, 1174 ff.
- Klinkert, Friedrich W. *Selektiver Vertrieb – mit Art. 85 Abs. I EWGV vereinbar – und Alleinvertrieb nach der VO Nr. 1983/83*, WRP 1986, 249 ff.
- Köhler, Helmut *Zur Reform des GWB*, WRP 1996, 835 ff.
- Korah, Valentine *Research and Development and the EEC Competition Rules Regulation 418/85*, Oxford 1986
- Kurz, Rudi und Rall, Lothar *Zur wettbewerbspolitischen Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen in der Europäischen Gemeinschaft*, WuW 1986, 765 ff.
- Lachmann, Andreas *Zur Differenzierung zwischen Franchise- und Lizenzvereinbarungen im EG-Wettbewerbsrecht*, EWS 1998, 240 ff.
- Lange, Knut Werner *Handelsvertretervertrieb nach den neuen Leitlinien der Kommission*, EWS, 2001, 18 ff.
- derselbe *Handbuch des deutschen und europäischen Kartellrechts*, Heidelberg 2001
- Langen, Eugen und Bunte, Hermann – Josef (Hrsg.) *Kommentar zum Deutschen und Europäischen Kartellrecht*, 9. Aufl., Neuwied Kriftel Berlin 2001
- Lenz, Carl Otto (Hrsg.) *EG – Vertrag, Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften in der durch den Amsterdamer Vertrag geänderten Fassung*, 2. Aufl., Köln 1999
- Lettau, Hans Georg *Ganzheitliches Marketing*, Landsberg/Lech 1990
- Liebscher, Christoph und Petsche, Alexander *Franchising nach der neuen Gruppenfreistellungsverordnung (EG) Nr. 2790/99 für Vertikalvereinbarungen*, EuZW 2000, 400 ff.

- Lugard, H. H. Paul *Vertical Restraints under EC Competition Law: A Horizontal Approach?* European Competition Law Review (ECLR) 1996, 166 ff.
- Mailänder, K. Peter *Vereinbarungen zur Know-how-Überlassung im Wettbewerbsrecht der EWG*, GRUR Int. 1987, 523 ff.
- Martinek, Michael und Habermeier, Stefan *Das Chaos der EU – Gruppenfreistellungsverordnungen*, ZHR 158, 1994, 107 ff.
- Martinek, Michael und Semmler, Franz – Jörg, (Hrsg.) *Handbuch des Vertriebsrechts*, München 1996
- Marly, Jochen *Softwareüberlassungsverträge*, 3. Aufl., München 2000
- Massey, Patrick *Reform of EC Competition Law: Substance, Procedure and Institutions*, in: Hawk, B., Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 1996, New York 1997, S. 91 ff.
- Mestmäcker, Ernst – Joachim *Versuch einer kartellpolitischen Wende in der EU*, EuZW 1999, 523 ff.
- derselbe *Wettbewerbsrecht und Wettbewerbspolitik in der Europäischen Union*, in: Lüder/Gerken (Hrsg.), Europa zwischen Ordnungswettbewerb und Harmonisierung, Berlin 1995, S. 191 ff.
- derselbe *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München 1974
- Metzlaff, Karsten *Franchisesysteme und EG-Kartellrecht – neueste Entwicklungen*, BB 2000, 1201 ff.
- van Miert, Karel *Die Wettbewerbspolitik der neuen Kommission*, WuW 1995, 553 ff.
- Möschel, Wernhard *Systemwechsel im Europäischen Wettbewerbsrecht?*, JZ 2000, 61 ff.
- derselbe *Subsidiaritätsprinzip und europäisches Kartellrecht*, NJW 1995, 281
- derselbe *Neuere Entwicklungen im Europäischen Recht*, in: Festschrift für Deringer, Baden Baden 1993, S. 328 ff.
- Monopolkommission *Kartellpolitische Wende in der EU? Sondergutachten vom 28. 10. 1999*, WuW 1999, 979
- Moritz *Softwarelizenzverträge (II) – Rechtslage nach der Harmonisierung durch die EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, Teil 2: Grenzen nach Art. 86 EWG-Vertrag*, CR 1993, 341 ff.
- Müller-Graff, Peter-Christian *Die Freistellung vom Kartellverbot*, EuR 1992, S. 1 ff.

- Müller – Hennenberg, Hans Schwartz, Gustav und Christian Hootz (Hrsg.) *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht – Gemeinschaftskommentar* 5. Aufl., Stand 3. Lief., Köln Bonn Berlin München 1997
- Neumann, Carl Wolfgang *Lizenzverträge im EWG-Kartellrecht – Zur neuen Gruppenfreistellungsverordnung von Patentlizenzverträgen nach Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag*, RIW 1985, 88 ff.
- Nolte, Steffen *Reform des EG-Kartellrechts für Vertriebs- und Zulieferverträge*, BB 1998, 2429 ff.
- Paulweber, Michael und Kögel, Rainer *Das europäische Wettbewerbsrecht am Scheideweg*, AG 1999, 500 ff.
- Pautke, Stephanie und Schultze, Jörg - Martin *Internet und Vertriebskartellrecht – Hausaufgaben für die Kommission*, BB 2001, 317ff.
- Polley, Romina, Seeliger, Daniela *Das neue EG-Kartellrecht für Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit – Leitlinien der europäischen Kommission und Gruppenfreistellungsverordnungen Nr. 2658/2000 für Spezialisierung und Nr. 2659/2000 für Forschung und Entwicklung*, WRP 2001, 494 ff.
- dieselben *Anwendung der neuen Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalverträge Nr. 2790/1999 auf Softwareverträge*, CR 2001, 1 ff.
- dieselben *Die neue Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalverträge Nr. 2790/1999 – ihre praktische Anwendung*, WRP 2000, 1203 ff.
- Pukall, Kirstin *Neue EU – Gruppenfreistellungsverordnung für Vertriebsbindungen*, NJW 2000, 1375 ff.
- Rittner, Fritz *Kartellpolitik und Gewaltenteilung in der EG, Gastkommentar*, EuZW 2000, 129
- derselbe *Die Handelsvertreterpraxis nach dem neuen EG – Kartellrecht für Vertikalvereinbarungen*, DB 2000, 1211 ff.
- derselbe *Zurück zum Missbrauchsprinzip im EG-Kartellrecht? – Zum Weißbuch der EG-Kommission*, DB 1999, 1485 f.
- derselbe *Die EG – Kommission und das Handelsvertreterrecht – Zum geplanten EG – Recht über Vertikalverträge*, DB 1999, 2097 ff.
- derselbe *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 6. Aufl., Heidelberg 1999
- derselbe *Das europäische Kartellrecht – Eine kritische Bestandsaufnahme*, JZ 1996, 377 ff.

- Rohardt, Klaus P. *Grünbuch über vertikale Beschränkungen des Wettbewerbs – Diskussion frei?*, WuW 1997, 473 ff.
- derselbe *Vertikale Beschränkungen des Wettbewerbs in Europa: Follow – up zum Grünbuch 1996*, WuW 1998, 1050 ff.
- derselbe *Besprechung des Kommentars zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG-Kartellrechts von Gerhard Wiedemann*, WuW 1993, 124
- Roniger, Rainer *Das neue Vertriebskartellrecht*, München 2000
- Schaub, Alexander und Dohms, Rüdiger *Das Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 81 und 82 EG – Vertrag*, WuW 1999, ff. 1055 ff.
- Schulte, Günther und Geiger, Andreas *Das Schicksal der Verbundgruppen unter der neuen Gruppenfreistellungsverordnung (EG) Nr. 2790/99 für Vertikalvereinbarungen*, EuZW 2000, 396 ff.,
- Schultze, Jörg-Martin, Pautke, Stephanie und Wagener, Dominique *Die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen*, wrp – Schriftenreihe, Heidelberg 2001
- von Schulze-Schaefer, Detlef *Franchising im Lichte der neuen EG-Gruppenfreistellungsverordnung*, GRUR Int. 1989, 515 ff.
- Schnabel, Thomas *Das Grünbuch der Kommission zur EG-Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen – Ein Überblick*, in: Festschrift für Jürgen F. Baur, Baden Baden 1998, S. 163 ff.
- Schneider, Jochen *Handbuch des EDV-Rechts*, 2. Aufl., Köln 1997
- Schroeder, Dirk *The Green Paper on Vertical Restraints: Beware of Market Share Treshholds*, European Competition Law Review (ECLR) 1997, 430 ff.
- Schröter, Helmut *Der Stand des Kartellrechts im Jahre 1999*, in: Baudenbacher (Hrsg.), *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, S. 3 – 55, Basel Genf München 2000
- Schütz, Jörg *Die neue Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen*, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb E. V. (Hrsg.), *Schwerpunkte des Kartellrechts 1999*, FIW-Schriftenreihe, S. 21 – 33, Köln Berlin Bonn München 2000
- derselbe *Von Gerede und Wirklichkeit – Aufweichung des Freistellungsmonopols der EG-Kommission?* WuW 1994, 520 ff.

- Schwarze, Jürgen (Hrsg.) *Neuere Entwicklungen auf dem Gebiet des europäischen Wettbewerbsrechts*, Baden – Baden, 1999
- derselbe *Die Auswirkungen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Kartell- und Wettbewerbsrecht*, JZ 1996, 57 ff.
- Schwintowski, Hans – Peter *Vertikale Beschränkungen im europäischen Wettbewerbsrecht – eine juristisch – ökonomische Kritik des neuen Konzepts der Kommission*, in: Festschrift für Sandrock, Heidelberg 2000, S. 901 ff.
- Semmler, Fanz – Jörg, und Bauer, Michael *Die neue EU - Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen – Folgen für die Rechtspraxis*, DB 2000, 193 ff.
- Siragusa, Mario und Subiotto, Romano *Ein Jahr EG Fusionskontrolle – Eine Zwischenbilanz aus der Sicht des Praktikers*, WuW 1991, 872 ff.
- Skaupy, Walther *Die neue EG-Gruppen-Freistellungsverordnung für Franchisevereinbarungen*, DB 1989, S. 765 ff.
- Steindorff, Ernst *Sanktionen des staatlichen Privatrechts für Verstöße gegen EG – Recht*, Jura, 1992, 561 ff.
- Sucker, Michael *Lizensierung von Computersoftware (II) – Kartellrechtliche Grenzen nach dem EWG-Vertrag*, CR 1993, 468 ff.
- Tesauro, Giuseppe *The relationship between the European Commission and the Competition Authorities of the EC Member Countries*,
in: Baudenbacher (Hrsg.), *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, Basel Genf München 2000, S. 153 ff.
- Thiesing, Jochen *Die Abgrenzung des relevanten Marktes*, in: Festschrift für Hartmann, FIW-Schriftenreihe, Köln 1976
- Treumann, Walter und Peltzer, Martin *US – Business Law / US – Amerikanisches Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl., Köln 1990
- Ullrich, Hans *Besprechung des Kommentars von Bunte/Sauter*, GRUR Int. 1998, 246 ff.
- Ulmer, Peter und Habersack, Matthias *Zur Beurteilung des Handelsvertreter- und Kommissions-agenturvertriebs nach Art. 85 Abs. 1 EGV*, ZHR 159 (1995), 109 ff.
- Veelken, Winfried *Anmerkungen zum Grünbuch der Kommission zur EG – Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen*, ZVglRWiss 97 (1998), 241 ff.

- derselbe *Zum Verhältnis der Gruppenfreistellungsverordnungen zueinander*, in: Festschrift für Mestmäcker, Baden Baden 1996, 789 ff.
- Walz, Robert *Der Vorrang des europäischen vor dem nationalen Kartellrecht*, Baden Baden 1994
- Weltrich, Ortwin *Franchising im EG-Kartellrecht – Eine Kartellrechtliche Analyse nach Art. 85 EWGV*, Köln Berlin Bonn München 1992
- Wesseling, Rein *The Commission White Paper on Modernisation of E.C. Antitrust Law: Unspoken Consequences and Incomplete Treatment of Alternative Options*, European Competition Law Review (ECLR) 1999, 420 ff.
- Weyer, Hartmut *Nach der Reform: Gestaltung der Wettbewerbspolitik durch die Kommission? – Zur Anwendung des Art. 81 EGV durch die Kommission, nationale Gerichte und EuGH in einem System der gesetzlichen Ausnahme*, ZHR 164 (2000), 611 ff.
- Wiedemann, Gerhard *Erste Erfahrungen mit den EWG-Gruppenfreistellungsverordnungen, insbesondere für Patentlizenz- und Know-how-Vereinbarungen*, GRUR Int. 1990, 807 ff.
- Wiedemann, Gerhard (Hrsg.) *Handbuch des Kartellrechts*, München 1999
- derselbe *Kommentar zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG – Kartellrechts*, Köln 1989
- Wissel, Holger und Scherer, Peter *Handelsvertreterverträge: Neue Bekanntmachung der EG-Kommission in Vorbereitung*, DB 1991, 1659 ff.
- Wirtschafts – und Sozialausschuss der Kommission (WSA) *Stellungnahme zu dem „Vorschlag für eine Verordnung (EG) des Rates zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 19/65/EWG über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen“*, vom 28.04.1999, Abl.EG 1999, Nr. C 116, S. 22 ff.
- derselbe *Stellungnahme zu der „Verordnung der Kommission über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG – Vertrag auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen“*, vom 08.12.1999, ABI.EG 2000, Nr. C 51, S.2 ff.
- derselbe *Stellungnahme zu dem „Grünbuch zur EG – Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Beschränkungen“*, vom 9.7. 1997, ABI.EG 1997, Nr. C 296, S.5 ff.

Wiss. Beirat des Bundes- *Reform der europäischen Kartellpolitik, Gutachten vom*
ministeriums für Wirtschaft *1. 7. 2000, WuW 2000, 1096 ff.*
und Technologie

Wolf, Dieter *Aktuelle Entwicklungen im Recht der Vertikalbe-*
schränkungen,

in: Baudenbacher (Hrsg.), *Neueste Entwicklungen im*
europäischen und internationalen Kartellrecht, Basel
Genf München 2000, S. 123 ff.

derselbe *Erlass einer Gruppenfreistellungsverordnung für*
vertikale Wettbewerbsbeschränkungen,
Gastkommentar, EuZW 1999, 641

derselbe *Europäisches Wettbewerbsrecht, Teil I: Europäisches*
Kartellrecht, WM 1992, 1730 ff.

Wolf, Dieter *und Mit der Verordnung Nr. 17 ins nächste Jahrtausend?*
Fink, Reinhard, *WuW 1994, 289 ff.*

Philipp Matthias Päuser wurde am 27.05.1975 als Sohn von Frau Dr. med. Heidrun Päuser, geb. van Alste, und Herrn Dr. med. Peter Päuser als Deutscher Staatsbürger in Dortmund geboren.

Nach dem Abschluss seiner schulischen Laufbahn mit dem Abitur am humanistischen Stadtgymnasium in Dortmund im Jahre 1994 begann er im Sommersemester 1995 sein Studium der Rechtswissenschaften an der Bayrischen Julius Maximilians Universität in Würzburg, das er dort im Januar 2000 mit dem ersten Staatsexamen und der Note „befriedigend“ (8,58 Punkte) abschloss.

Im Mai 2000 begann Herr Päuser mit der vorliegenden Arbeit, welche im Oktober 2002 bei der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Bayrischen Julius Maximilians Universität zur Dissertation angenommen wurde.

Sein Referendariat trat Herr Päuser im August 2001 in Düsseldorf an, welches er im September 2003 mit dem zweiten Staatsexamen und der Note „befriedigend“ (7,1 Punkte) abschloss.