

## **STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.**

Feldmühleplatz 1  
D - 40545 Düsseldorf  
Postfach 10 17 43  
D - 40008 Düsseldorf  
www.studienvereinigung-  
kartellrecht.de

**Büroanschrift des Vorsitzenden:**  
Place du Champ de Mars 5  
Bastion Tower  
B - 1050 Brüssel  
Tel: +32 2 504 7021  
Fax: +32 2 504 7500  
frank.montag@studienvereinigung-  
kartellrecht.de

European Commission  
Directorate-General for Competition  
Antitrust Registry  
Ref.: HT.1407  
B-1049 Brussels

**25. Juni 2010**

### **Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zu den Vorschlägen der Kommission für die Änderung der Horizontalleitlinien und der Gruppenfreistellungsverordnungen für Forschung und Entwicklungs- sowie Spezialisierungsvereinbarungen**

1. Die Studienvereinigung Kartellrecht ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und der mehr als 800 Rechtsanwälte aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zu seinen Mitgliedern zählt. Die Mitglieder der Studienvereinigung beraten und vertreten häufig Unternehmen im Zusammenhang mit der Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts u.a. auf Horizontalvereinbarungen.
2. Die Studienvereinigung Kartellrecht („Studienvereinigung“) begrüßt die Initiative der Europäischen Kommission, die Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit aus dem Jahr 2001<sup>1</sup> sowie die beiden horizontalen Gruppenfreistellungsverordnungen (Forschung und Entwicklung; Spezialisierung) zu überarbeiten und an neue Entwicklungen anzupassen. Bei dem Mitteilungsentwurf der Kommission für Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union („AEUV“) auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit („Entwurf Horizon-

<sup>1</sup> Bekanntmachung der Kommission: Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2.

talleitlinien“ oder „Mitteilungsentwurf“) sind aus Sicht der Studienvereinigung insbesondere die folgenden Aspekte positiv zu bewerten:

- Einführung eines klareren Prüfungsschemas, u.a. mit einer Trennung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen;
  - Klarere Definition der *theory of harm* bei den einzelnen Horizontalvereinbarungen, verbunden mit einer Fortschreibung des *effects-based approach*;
  - Stärkere Berücksichtigung von Effizienzvorteilen i.R.d. Art. 101 Abs. 3 AEUV;
  - Aufnahme eines neuen Abschnitts zum Informationsaustausch und der wesentliche Ausbau des Abschnitts zu Standardisierungsvereinbarungen; und
  - Aufnahme weiterer Beispiele<sup>2</sup> zur Illustrierung der Anwendung im Einzelfall.
3. Ziel der Leitlinien ist es, nicht nur verbindliche Richtlinien für die Kommission aufzustellen, sondern auch den übrigen Rechtsanwendern bei der Gestaltung der Zusammenarbeit zwischen Unternehmen praktische Hilfestellung zu geben. Die Studienvereinigung sieht in einigen Bereichen das Risiko, dass die Leitlinien durch ihre weite Fassung und den weitgehenden Verzicht auf *safe harbours* und eindeutige Festlegungen (*catch all-approach*) nur wenig zur Erhöhung der Rechtssicherheit beitragen werden. Unsicherheiten ergeben sich auch durch teilweise Überschneidungen mit anderen Kommissionsleitlinien, so insbesondere den Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag sowie den Leitlinien für Seeverkehrsdienstleistungen (Abschnitt zum Informationsaustausch). Hier wäre ein einheitlicher Text wünschenswert.
4. Die Stellungnahme wird sich nachfolgend auf einige wesentliche Aspekte des Entwurfs Horizontalleitlinien beschränken, die aus Sicht der Studienvereinigung verbesserungswürdig erscheinen (Abschnitte I-III). In Abschnitt IV wird kurz auf zwei Änderungsvorschläge zur Gruppenfreistellungsverordnung für Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen („F&E-GVO“) eingegangen.

## **I. Allgemeine Grundsätze für die Prüfung nach Art. 101 AEUV**

5. Die Kommission definiert in Tz. 10 des Mitteilungsentwurfs potentielle Wettbewerber als Unternehmen, die unter bestimmten Voraussetzungen „innerhalb kurzer Zeit“ in den Markt eintreten würden. In den Vertikalleitlinien, Tz. 27, wird bestimmt, dass dieser Zeitraum „in der Regel höchstens ein Jahr beträgt“. Es wäre daher eine Klarstellung hilfreich, ob der gleiche Grundsatz auch in Tz. 10 gilt. Dies ist auch deshalb wün-

<sup>2</sup> Bei manchen Beispielen könnte auf mehr Praxisrelevanz geachtet werden. So dürfte z.B. die Kooperation von vier Wäschereien mit einem Marktanteil von insgesamt 12% auf dem „gesamten Wäschereimarkt in einer Stadt“ schon nicht den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen (Tz. 247 f.).

schenswert, weil in dem neuen Art. 1 Nr. 16 des Entwurfs F&E-GVO auf einen (wohl zu langen) Zeitraum „von höchstens drei Jahren“ abgestellt wird.

6. Die Aussage in Tz. 11, Satz 5, dass ein Gemeinschaftsunternehmen eine Einheit mit jeder der bestimmenden Einfluss ausübenden Muttergesellschaften bildet, ist offensichtlich inspiriert durch derzeit laufende Gerichtsverfahren<sup>3</sup>, in denen es um die Frage geht, ob der Verstoß eines Gemeinschaftsunternehmens einer mitkontrollierenden Muttergesellschaft zugerechnet werden kann. Diese Frage ist äußerst umstritten und auch nicht durch das Urteil *Avebe* geklärt, da es dort um den atypischen Fall eines reinen Vertragsgemeinschaftsunternehmens ohne eigene Rechtspersönlichkeit ging.<sup>4</sup> Ob bzw. unter welchen Voraussetzungen dagegen insbesondere ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen (mit eigener Rechtspersönlichkeit) mit gleichzeitig zwei (oder mehr) Muttergesellschaften eine Einheit bilden kann,<sup>5</sup> wird erst der EuGH entscheiden. Die Studienvereinigung schlägt deshalb vor, die gerichtliche Klärung dieser grundsätzlichen Frage zunächst abzuwarten und die Sätze 5 und 6 im Mitteilungsentwurf zu streichen. Alternativ könnte eine Klarstellung aufgenommen werden, dass die Kommission Art. 101 AEUV – unabhängig von der Frage der wirtschaftlichen Einheit – nicht auf Vereinbarungen zwischen einem Gemeinschaftsunternehmen und Muttergesellschaften, die Mitkontrolle i.S.d. Art. 3 Abs. 4 FKVO ausüben, anwenden wird.
7. Der Vorschlag, bei der Frage der anwendbaren Freistellungen (*safe harbours*) auf das Kapitel über den „am weitesten vorgelagerten unerlässlichen Baustein“ abzustellen (Tz. 13), ist mit der Notwendigkeit einer eindeutigen Rechtszuordnung gerade bei dieser wichtigen Frage kaum vereinbar. Wann ist z.B. ein Baustein „unerlässlich“? Auch kann die Regelung sachwidrig sein, so etwa wenn dieser „am weitesten vorgelagerte Baustein“, z.B. Forschung und Entwicklung, in der Gesamtschau wertmäßig völlig unbedeutend ist.
8. Bei der Abgrenzung zwischen dem Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV sollte aus Sicht der Studienvereinbarung z.B. in Tz. 20 darauf verwiesen werden, dass bei der Prüfung bereits des Abs. 1 auf den tatsächlichen und rechtlichen Kontext abzustellen ist.<sup>6</sup> So ist z.B. anerkannt, dass formal wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen schon nicht vom Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst werden, wenn

<sup>3</sup> So z.B. Rs. T-76/08 – Du Pont de Nemours/Kommission; Rs. T-77/08 – Dow Chemical/Kommission; Rs. T-541/08 – Sasol u.a./Kommission.

<sup>4</sup> EuG Urteil v. 27.09.2006, Rs. T-314/01 – Avebe / Kommission, Slg. 2006, II-3085, Rz. 78.

<sup>5</sup> Vgl. z.B. Kommission Entscheidung v. 21.12.2005, COMP/F/38.443 – Kautschukchemikalien, Tz. 263: „Tatsächlich ist es im Fall eines Joint Ventures, das von seinen Mutterunternehmen gemeinsam gehalten wird (und über das keines der Mutterunternehmen de facto alleinige Kontrolle ausübt) so, dass davon auszugehen ist, dass das Joint Venture unabhängig von seinen Mutterunternehmen ist (d.h. es kann angenommen werden, dass es sich dabei um ein anderes Unternehmen handelt).“

<sup>6</sup> EuGH Urteil v. 23.11.2006, Rs. C-238/05, Asnef-Equifax, Slg. 2006, I-11125, Rz. 57; EuGH Urteil v. 04.06.2009, Rs. C-8/08 – T-Mobile Netherlands, Rz. 27; EuGH Urteil v. 30.04.1998, Rs. C-230/86 – Cabour, Ls. 10 u. Rz. 48 ff.; vgl. auch EuGH Urteil v. 31.03.1993, Rs. C-89 u.a./85 – Ahlstrom Osakeyhtiö, Slg. 1993, I-01307, Rz. 71 ff.

sie für die Erreichung eines wettbewerbsneutralen Zwecks objektiv erforderlich (immanente Schranken) oder durch einen legitimen Zweck gerechtfertigt sind.<sup>7</sup>

9. Bei der Prüfung, ob Vereinbarungen wahrscheinlich spürbare wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, soll insbesondere entscheidend sein, ob „die Parteien einzeln oder gemeinsam einen gewissen Grad an Marktmacht haben“ (Tz. 26). Dieses Marktmachtkonzept, das sich durch den gesamten Mitteilungsentwurf zieht<sup>8</sup>, bleibt unklar. Die Definition in Tz. 37 („Fähigkeit, die Preise über einen gewissen Zeitraum oberhalb des Wettbewerbsniveaus zu halten“) ähnelt der Definition der marktbeherrschenden Stellung i.S.d. Art. 102 AEUV, doch soll Marktmacht im Vergleich dazu ein Minus darstellen (Tz. 40). Andererseits kann Marktmacht offensichtlich – klar ist dies nicht (vgl. den Hinweis in Fn. 31) – auch oberhalb der Marktanteilsschwellen der *De-minimis*-Mitteilung ausscheiden. Aus Sicht der Studienvereinigung wäre es wichtig, das Konzept von Marktmacht im Mitteilungsentwurf in einer für die Praxis tauglichen Form zu konkretisieren, das Verhältnis zum Spürbarkeitserfordernis zu klären und z.B. einen – ggf. im Einzelnen nach Marktstruktur (Stärke anderer Wettbewerber) und Art der Vereinbarung (kein *hard core*) zu qualifizierenden – *safe harbour* vorzusehen. So könnte z.B. analog der Regel zur Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse<sup>9</sup> bestimmt werden, dass Marktmacht i.d.R. ausscheidet, wenn der gemeinsame Marktanteil der Parteien 25 % nicht übersteigt.
10. Nach Tz. 32, dritter Spiegelstrich, können auch „Finanzbeteiligungen im Rahmen der Vereinbarung“ nach Art. 101 AEUV überprüft werden. Unklar ist, ob dies lediglich ein Element im Rahmen einer Gesamtschau darstellt, oder ob insoweit Bezug genommen wird auf die umstrittene Frage, inwieweit eine Finanzbeteiligung an einem Wettbewerber als solche unter Art. 101 AEUV fallen kann.
11. Nach Tz. 36 können horizontale Vereinbarungen zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung gegenüber Wettbewerbern führen. Hier erscheint eine Klarstellung und Parallele zur Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse sachgerecht, so dass eine solche wettbewerbswidrige Marktverschließung grundsätzlich nur dann angenommen werden sollte, wenn die Unternehmen in der Lage sind, Preise nachhaltig gewinnbringend zum Nachteil der Verbraucher zu erhöhen.<sup>10</sup>
12. Der Mitteilungsentwurf enthält keine Hinweise zur Auslegung des Merkmals „Ausschaltung von Wettbewerb“ i.S.d. Art. 101 Abs. 3 AEUV. Aus Sicht der Studienvereinigung sollte z.B. in Tz. 47 – in Anlehnung an Tz. 30 der Kommissions-Mitteilung zu Art. 82 EG – klargestellt werden, dass überwiegende Effizienzvorteile auch dann vor-

<sup>7</sup> Siehe nur EuGH Urteil v. 18.07.2006, Rs. C-519/04 P – Meca-Medina, Rz. 27 ff., 42 ff.; EuGH Urteil v. 19.02.2002, Rs. C-309/99 – Wouters, Slg. 2002, I-1577, Rz. 56 ff.

<sup>8</sup> Vgl. z.B. Tz. 3, 5, 37 ff., 96, 109, 121, 127 f., 133, 137, 158 f., 162 ff., 169, 178, 181, 185 f., 188, 196, 199, 203 ff., 214, 217 f., 235 und 245.

<sup>9</sup> Vgl. Leitlinien zur Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse Tz. 18.

<sup>10</sup> Leitlinien zur Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse, Tz. 70.

liegen können, wenn die Vereinbarung eine marktbeherrschende Stellung aufrechterhält, schafft oder verstärkt.

## II. Informationsaustausch

13. In Tz. 67 und 68 wird der Austausch bestimmter Informationen als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung in die Nähe eines *Per-se*-Verstoßes gerückt, während im übrigen eine *Effects-based*-Analyse im Sinne einer *rule of reason* zu erfolgen hat. Aus Sicht der Studienvereinigung sind bei dieser Einteilung insbesondere die folgenden Punkte bedenklich:

- Zunächst kann ein Austausch von Informationen auch als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung nur dann unter den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen, wenn er unter Berücksichtigung des jeweiligen rechtlichen, tatsächlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs geeignet ist, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu entfalten.<sup>11</sup> Auch bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen sind deshalb einige der Kriterien zu prüfen, die in Tz. 69 ff. für bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen aufgeführt sind, so z.B. die Marktstruktur, die Marktabdeckung oder die Häufigkeit des Austauschs. Dies sollte aus Sicht der Studienvereinigung in den Leitlinien klar gestellt werden. Im Übrigen können auch bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen überwiegende Effizienzvorteile i.S.d. Art. 101 Abs. 3 AEUV vorliegen<sup>12</sup> (so Tz. 93), so dass auch insoweit ein *Per-se*-Verstoß ausscheidet.
- Die zunächst klare Trennung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen wird in Tz. 68 Satz 2 und 3 weitgehend wieder aufgegeben. Denn eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung soll danach nicht nur bei einem Austausch von Informationen über geplantes künftiges Preis- und Mengenverhalten vorliegen, sondern auch bei einem Austausch von Informationen über gegenwärtiges Verhalten, die Aufschluss über geplantes künftiges Verhalten geben, sowie „viele andere Arten des Informationsaustausches“. Die Studienvereinigung empfiehlt, diese beiden „Auffangtatbestände“ zu streichen, da sie potentiell nahezu jeden Informationsaustausch erfassen und damit auch dem *effects based approach* der Kommission widersprechen. Gerade im Hinblick auf die häufig prokompetitive Zielrichtung beim Informationsaustausch erscheint es angemessen und ausreichend, die Fallgruppe der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung – wie nach den Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3 EG (Tz. 21 bis 23) – auf eng definierte *hard core*-nahe Ausnahmefälle zu begrenzen. Neben den beiden in Tz. 68 Satz 1 genannten Beispielen könnte noch der

<sup>11</sup> Vgl. EuGH Urteil v. 04.06.2009, Rs. C-8/08 – T-Mobile Netherlands, Rz. 31, sowie Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 19.02.2009, Rz. 46. So können z.B. auch Informationen über geplante Mengen für die Zusammenarbeit von Wettbewerbern im Logistikbereich notwendig sein und sollten dann nicht als eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert werden.

<sup>12</sup> EuGH Urteil v. 06.10.2009, verb. Rs. C-501 u.a./06 P – GlaxoSmithKline, Rz. 62-64.

Fall ergänzt werden, in dem ein Informationsaustausch zur Überwachung eines Kartells eingesetzt wird (vgl. Tz. 63).

14. Da Informationsaustauschsysteme in der Praxis oft eine prokompetitive Funktion erfüllen, insbesondere im Rahmen der Verbandsarbeit (z.B. Verbandsstatistiken), und gerade bei dieser Fallgruppe eine erhebliche Rechtsunsicherheit besteht, sollte aus Sicht der Studienvereinigung in die Leitlinien ein *safe harbour* aufgenommen werden. So könnte z.B. auf Basis der Entscheidungspraxis – ähnlich wie der *safe harbour* in den USA<sup>13</sup> - vorgesehen werden, dass ein Informationsaustausch normalerweise mit Art. 101 AEUV vereinbar ist, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:
- Der Informationsaustausch findet über einen Dritten (z.B. Verbände, Marktforschungsinstitute) statt, der nicht auf dem relevanten Markt tätig ist und die Informationen sammelt und auswertet.<sup>14</sup>
  - Die Informationen werden von dem Dritten so weit aggregiert, dass keine Rückschlüsse auf einzelne Unternehmen oder Geschäfte möglich sind.<sup>15</sup>
  - An dem Informationsaustausch nimmt eine ausreichende Anzahl von Unternehmen (i.d.R. zumindest drei)<sup>16</sup> teil, so dass auch insoweit Rückschlüsse auf einzelne Unternehmen oder Geschäfte ausgeschlossen sind.<sup>17</sup>
  - Die ausgetauschten Informationen sind mindestens drei Monate alt.
15. Nach Tz. 82 sind Informationen nur dann „echt öffentlich“, wenn alle „gleichermaßen leicht, (d.h. kostenlos) Zugang zu ihnen haben“ bzw. es für Dritte nicht teurer ist, sich diese Informationen zu beschaffen als für die am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen. Dies erscheint zu restriktiv. Allein der Umstand, dass Dritte, die ihrerseits keine Daten zur Verfügung stellen, z.B. bei einem Marktforschungsunternehmen einen höheren Betrag zu zahlen haben, ändert nichts an der freien Verfügbarkeit der Daten u.a. auch für die Marktgegenseite. Entscheidend ist aus Sicht der Studienvereinigung lediglich, ob die mit der Beschaffung der Daten verbundenen Zusatzkosten so hoch sind, dass andere Unternehmen und Abnehmer normalerweise darauf verzichten, sich diese Informationen zu beschaffen.
16. Nach Tz. 83 kann auch der Austausch öffentlich zugänglicher Informationen bei einer „marginalen Zusatzinformation“ den Wettbewerb beschränken. Zur Vermeidung einer konturenlosen Weiterung sollte hier aus Sicht der Studienvereinigung klar gestellt wer-

<sup>13</sup> Department of Justice and Federal Trade Commission, Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care, Statement 6 (Rev'd August 1996).

<sup>14</sup> Kommission Entscheidung v. 26.11.1997, IV/36.069 – Wirtschaftsvereinigung Stahl, ABl. 1998 L 1/10, Rz. 58.

<sup>15</sup> Vgl. Leitlinien Seeverkehrsdienstleistungen, 52, 57.

<sup>16</sup> Vgl. Bekanntmachung der Kommission, CEPI-Cartonboard, ABl. 1996 C 310/3, Rd. 16.

<sup>17</sup> Kommission Entscheidung v. 17.02.1992, IV/31.370 u. 31.446 – UK Agricultural Tractor Registration Exchange, ABl. 1992 L 68/19, Tz. 53; Kommission, IV/34.936/E1, ABl. 1996 C 310/3, Rn. 18 – CEPI-Cartonboard.

den, dass eine Beschränkung des Wettbewerbs nur dann in Betracht kommen kann, wenn Beteiligte des Informationsaustausches die Daten wesentlich leichter, schneller und direkter erhalten bzw. auswerten können als Dritte, z.B. weil für Dritte beim Aufsuchen der öffentlichen Informationen erhebliche Kosten bzw. Verzögerungen entstehen.<sup>18</sup>

17. Nach den Leitlinien für Seeverkehrsdienstleistungen und der bisherigen Entscheidungspraxis galten Daten jedenfalls im Regelfall als historisch, wenn sie älter sind als ein Jahr.<sup>19</sup> Im Mitteilungsentwurf wird dieser Grundsatz, der in der Praxis wie ein „*Mini-safe harbour*“ fungierte, wesentlich aufgeweicht, so insbesondere in Tz. 86, Fn 57 („vertrat die Kommission in der Vergangenheit die Auffassung“) und dem (wenig aussagekräftigen) Beispiel 5 in Tz. 102 („können drei Jahre alte Daten als historische Informationen betrachtet werden“). Aus Sicht der Studienvereinigung ist diese vermeintliche Verschärfung nicht gerechtfertigt, und es wäre zielführender, weitere Beispiele aufzuführen, bei denen eine Abweichung vom Einjahresgrundsatz sachgerecht sein kann. So können z.B. individuelle Preisinformationen auf Märkten wie dem Tankstellenmarkt, in dem sich die Preise nahezu täglich ändern, schon nach wenigen Wochen „historisch“ sein, auf bestimmten anderen Märkten dagegen, auf denen Preisverhandlungen nur alle zwei Jahre stattfinden, erst nach mehreren Jahren.

### III. Vereinbarungen über Normen

18. Die Voraussetzungen des *safe harbour* für Vereinbarungen über Normen in Tz. 280 ff., die darauf abzielen, sog. *Hold-ups* zu vermeiden, sind aus Sicht der Studienvereinigung teilweise zu restriktiv (Risiko von *Strait-jacket*-Effekten). Im Einzelnen:

- Nach Tz. 281 (und 316) hat die Normenorganisation durch „verbindliche Regeln“ sicherzustellen, dass eine „gutgläubige Offenlegung jener Rechte des geistigen Eigentums (u.a. Patente und Patentanmeldungen) erfolgt, die für die Anwendung einer in Ausarbeitung befindlichen Norm erforderlich sein könnten, bevor die Norm angenommen wird“. Die Inhaber dieser Rechte haben sich nach Kräften darum zu bemühen, diese Rechte zu identifizieren. Die Aufzählung solcher Pflichten erscheint zu weitgehend. Erstens kann eine Pflicht zur gutgläubigen Offenlegung wohl nur bei Mitgliedern in Betracht kommen, die sich an dem Normungsprozess aktiv beteiligen. Zweitens gibt es einige Jurisdiktionen wie z.B. die USA, in denen Patentanmeldungen nach dem nationalen Patentrecht Geschäftsgeheimnisse darstellen, so dass jedenfalls in solchen Ländern eine Pflicht zur Offenlegung auch von Patentanmeldungen fraglich erscheint. Drittens besteht bei einer zwingenden Pflicht zur Offenlegung ein

<sup>18</sup> Vgl. EuG Urteil v. 08.07.2008, T-53/03 – BPB / Kommission, Slg. 2008, II-1333, Rz. 236; EuG, Urteil v. 12.07.2001, verb. Rs. 202 u.a./98 – Tate & Lyle, Rz. 60; Kommission Entscheidung v. 15.10.2008, COMP/39188 – Bananen, Tz. 276.

<sup>19</sup> Leitlinien für Seeverkehrsdienstleistungen, Tz. 54; Kommission Entscheidung v. 17.02.1992, IV/31.370 u. 31.446 – UK Agricultural Tractor Registration Exchange, ABl. 1992 L 68/19, Tz. 50; Kommission Entscheidung v. 26.11.1997, IV/36.069 – Wirtschaftsvereinigung Stahl, ABl. 1998 L 1/10, Rz. 52.

ganz erhebliches Risiko, dass Unternehmen an dem Normungsprozess nicht teilnehmen (mit dem Risiko eines Ausschlusses u.U. überlegener Technologien), zumal in der Praxis i.d.R. erhebliche Schwierigkeiten bestehen, für die Anwendung der Norm möglicherweise „erforderliche“ Patente zu identifizieren. Die FTC und das Department of Justice lehnen deshalb eine Pflicht von Normenorganisationen ab, ihren Mitgliedern eine zwingende Offenlegungspflicht aufzuerlegen: „*Neither Agency advocates that Standard Setting Organizations adopt any specific disclosure or licensing policy*“.<sup>20</sup> Da Normenorganisationen häufig global relevante Normen setzen, sollten sie auch in Europa die Flexibilität behalten, auf eine zwingende Offenlegungspflicht zu verzichten und z.B. lediglich eine *Reasonable-endeavours*-Klausel zur Offenlegung vorzusehen (Abwägung Effizienz des Normungsprozesses, Schutz des Anreizes zur Investition/Innovation einerseits mit dem Risiko eines etwaigen *Hold ups* andererseits).

- Nach Tz. 277 und 282 müssen Normenorganisationen von den Inhabern von wesentlichen Rechten im Technologiebereich, die als Bestandteil in eine Norm einfließen könnten, eine unwiderrufliche schriftliche Verpflichtung verlangen, Dritten Lizenzen für ihre Rechte zu FRAND-Bedingungen zur Verfügung stellen. Auch eine solche zwingende Voraussetzung kann Unternehmen den Anreiz nehmen, am Normungsprozess teilzunehmen. Erstens ist die Bestimmung aller „wesentlichen Rechte“, die potentiell in eine Norm einfließen „könnten“, i.d.R. mit erheblichen Abgrenzungsfragen verbunden. Zweitens erscheint die Frage der Angemessenheit der Bedingungen eher als eine Frage des Art. 102 AEUV, und nicht des Art. 101 AEUV. Es ist zumindest fraglich, warum Normungsvereinbarungen, die zu den Lizenzkonditionen keine (zwingende) Regel enthalten, ohne weiteres außerhalb des *safe harbour* zu Art. 101 AEUV fallen sollten. Drittens ist weitgehend ungeklärt, wie FRAND-Bedingungen in der Praxis berechnet werden können, und eine *Ex-ante*-Verhandlung dieser Bedingungen führt i.d.R. eher zu marktgerechten Lösungen als eine abstrakt auferlegte FRAND-Verpflichtung.
19. Im Übrigen wäre es wünschenswert, wenn in den Leitlinien die Kriterien näher aufgeführt werden, nach denen die Kommission Normungsvereinbarungen außerhalb des *safe harbour* nach Art. 101 AEUV beurteilt. So enthalten insbesondere die Tz. 300 ff. zur Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV weitgehend Kriterien, die schon für die Beurteilung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV relevant sind.

<sup>20</sup> U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition (April 2007), S. 48; abrufbar: [http://www.justice.gov/atr/public/hearings/ip/chapter\\_2.pdf](http://www.justice.gov/atr/public/hearings/ip/chapter_2.pdf).

#### IV. Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung

20. Nach dem Entwurf soll die F&E GVO nur noch solche Vereinbarungen erfassen, bei denen „jede Partei in gewissem Umfang an der [...] Forschung und Entwicklung mitwirkt und sich auf ein bestimmtes Forschungs- und Entwicklungsgebiet konzentriert“ (Art. 1 Ziff. 12 i.V.m. 11 c). Eine solche Einschränkung („jede Partei“) erscheint nicht sachgerecht. Auch wenn z.B. zwei (oder mehr) Unternehmen Forschungsarbeiten durchführen und ein weiteres Unternehmen „nur“ die notwendige Finanzierung bereitstellt, werden genau die Rationalisierungsvorteile durch Arbeitsteilung erzielt, die die Anwendung der Gruppenfreistellung typischerweise rechtfertigen (vgl. Erwägungsgründe 8 und 10). Es wäre jedenfalls nicht sachgerecht, die F&E-Arbeiten zwingend entsprechend der Zahl der Beteiligten „aufzustückeln“.
  
21. Nach dem Entwurf soll in Art. 3 Abs. 2 F&E-GVO als Voraussetzung der Freistellung einer F&E-Vereinbarung aufgenommen werden, „dass alle Parteien vor Beginn der Forschungs- und Entwicklungsarbeiten sämtliche ihnen zustehenden bestehenden und anhängigen Rechte des geistigen Eigentums offenlegen werden, sofern diese für die Verwertung der Ergebnisse durch die anderen Parteien von Bedeutung sind.“ Diese Voraussetzung ist aus Sicht der Studienvereinigung zu restriktiv. Das Problem von sog. *Hold-ups* spielt im Rahmen von F&E-Kooperationen in der Praxis – soweit ersichtlich – eine geringe Rolle. Auch wissen Parteien oft vorab nicht, welche Rechte für das Projekt „von Bedeutung“ sein können. Soweit sich Probleme ergeben, können sie z.B. auch durch eine *Ex-post*-Lizenzierung gelöst werden. Eine zwingende *Ex-ante*-Offenlegungspflicht als Freistellungsvoraussetzung führt zu einem unnötigen *Strait-jacket*-Effekt und birgt die Gefahr, dass Unternehmen von der Beteiligung an F&E-Vereinbarungen abgehalten werden.