

**AKTUELLE PROBLEME DER ANWENDUNG
VON ARTIKEL 81 EG**

von

Dr. Helmuth Schröter*
Berater für Reformen

**Generaldirektion Wettbewerb
Europäische Kommission, Brüssel**

**Vortrag im Rahmen des Siebenten St. Galler
Internationalen Kartellrechtsforums,
27. und 28. April 2000**

* Der Verfasser gibt im folgenden seine persönliche Auffassung wieder.

GLIEDERUNG

I. Einleitung : Artikel 81 im Lichte der Reformpolitik

II. Die neuen Regeln für vertikale Vereinbarungen

1. Gegenstand der neuen Verordnung

2. Abgrenzungsprobleme

- a) Vereinbarungen mit Handelsvertretern
- b) Vertikale Vereinbarungen mit lizenzvertraglichen Elementen
- c) Abgrenzung der vertikalen von den horizontalen Vereinbarungen

3. Grenzen der Gruppenfreistellung

- a) Marktanteilsgrenze
- b) Schwarze Liste
- c) Sonderregelung für vertragliche Wettbewerbsverbote

4. Entzug des Rechtsvorteils der Gruppenfreistellung

- a) Entzug durch individuelle Entscheidung
- b) Entzug durch Verordnung

5. Beurteilung von vertikalen Vereinbarungen außerhalb der Gruppenfreistellung

III. Die Reform der Wettbewerbspolitik gegenüber horizontalen Vereinbarungen

1. Allgemeine Bemerkungen

2. Die vorgeschlagenen neuen Verordnungen

- a) Vorteile der horizontalen Zusammenarbeit von Unternehmen
- b) Risiken für den Wettbewerb
- c) Inhalt und Struktur der neuen Regelungen

3. Die vorgeschlagenen Leitlinien

IV. Sonstige Entwicklungen

1. Gesetzgebung

2. Einzelfallpraxis

- a) Entscheidungen nach Artikel 81 Absatz 1
- b) Entscheidungen nach Artikel 81 Absatz 3
- c) Entscheidungen zur Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln

AUSBLICK

I. Einleitung : Artikel 81 im Lichte der Reformpolitik

Die Vorschrift des Artikels 81 EG mit seiner Dreiteilung in ein weitgefaßtes, sektorenübergreifendes Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen, eine zivilrechtliche Nichtigkeitsregel für verbotene Vereinbarungen und Beschlüsse sowie eine Ermächtigung, das Verbot unter bestimmten materiellrechtlichen Voraussetzungen durch Verwaltungsakt oder Verordnung für nicht anwendbar zu erklären, stellt nach wie vor die wichtigste Grundsatznorm des europäischen Kartellrechts dar. Die Auslegung und Anwendung dieses Vertragsartikels bildet deshalb seit jeher den natürlichen Mittelpunkt der gemeinschaftlichen Wettbewerbspolitik gegenüber den Unternehmen, wobei das Schwergewicht der Tätigkeit meistens im Bereich der Einzelfallpraxis lag. Allgemeine Maßnahmen in Form von Verordnungen und Interpretationsbekanntmachungen erfüllten eine eher ergänzende Funktion.

Dieses Verhältnis hat sich jedoch in letzter Zeit umgekehrt. Die Durchführung von Gesetzgebungsprogrammen im weitesten Sinne, d.h. die Ausarbeitung von neuen Verordnungen und sie begleitenden Leitlinien, steht seit etwa drei Jahren eindeutig im Vordergrund des kartellrechtlichen Geschehens, jedenfalls soweit es den Artikel 81 angeht. Zwei der drei großen von der Kommission zur Zeit betriebenen Reformprojekte sind allein auf diese Vorschrift zugeschnitten. Sie betreffen die Anwendung des Kartellverbots sowie der Verbotsausnahme auf vertikale Beschränkungen einerseits und auf die horizontale Unternehmenskooperation andererseits.

Beide Reformen weisen hinsichtlich ihrer Zielsetzung und in ihrer Durchführung mehr Gemeinsamkeiten als Unterschiede auf. In ihnen verdeutlicht sich zunächst die Absicht der Kommission, die Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln *effektiver* zu gestalten. Die knappen Ressourcen der Kartellbehörden sollen vorzugsweise zur Verfolgung von Zuwiderhandlungen gegen die Verbotsvorschriften des Artikels 81 Absatz 1 sowie des Artikels 82 eingesetzt, individuelle Prüfungen von Freistellungsanträgen auf wirtschaftlich bedeutende Fälle beschränkt werden. Eine solche Umschichtung von Verwaltungsmitteln ist jedoch nur möglich, wenn der mit der Behandlung unwichtiger Fälle verbundene Verwaltungsaufwand in Zukunft entfällt, zumindest aber erheblich gesenkt wird. Den Unternehmen muß daher der

Anreiz zu unnötigen - oder aus der Sicht der Kommission unerwünschten - Anmeldungen genommen werden. Nicht zuletzt aus diesem Grunde zielt die gegenwärtige Wettbewerbspolitik auf eine wesentliche Ausdehnung des von den bisherigen Verordnungen umschriebenen Bereichs der Gruppenfreistellung, in welchem Anmeldungen überflüssig werden.

Breiter angelegte Gruppenfreistellungsverordnungen führen nicht nur zur Entlastung der Kommission, sondern auch zu einer stärkeren *Dezentralisierung* bei der Durchsetzung des Artikels 81 insgesamt. Sie transformieren die Ermächtigung zur Gewährung von Freistellungen vom Kartellverbot in unmittelbar anwendbare Rechtsnormen und ermöglichen es damit den Behörden und Gerichten der Mitgliedstaaten, die Ausnahmeregelung des Artikels 81 Absatz 3 in positivem Sinne zur Geltung zu bringen – was ihnen im übrigen wegen des Freistellungsmonopols der Kommission verwehrt ist. Die Erweiterung des Anwendungsbereichs derartiger Verordnungen stellt deshalb ein wirksames Mittel dar, um die vielfach als künstlich empfundene Aufteilung des Artikels 81 in einen Verbots- und einen Ausnahmetatbestand im Interesse einer effektiveren Rechtsanwendung schrittweise zu überwinden.

Beide Reformen sind einer eher wirtschaftlichen als streng juristischen Betrachtungsweise bei der Beurteilung kartellrechtlich relevanter Sachverhalte verpflichtet. Nur von marktmächtigen Unternehmen getroffene wettbewerbsbeschränkende Absprachen sollen in Zukunft von der Gruppenfreistellung ausgeschlossen und einer individuellen Prüfung vorbehalten bleiben. Die Abgrenzung wird mit Hilfe einer vergleichsweise hoch angesetzten Marktanteilsschwelle (30% bei vertikalen, 20% bzw. 25% bei horizontalen Absprachen) vorgenommen. Ein gewisses Maß an *Marktmacht* der beteiligten Unternehmen soll laut Kommission prinzipiell auch für die Anwendung von Artikel 81 Absatz 1 auf die zwischen ihnen bestehenden Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen erforderlich sein. Maßstab für die kartellrechtliche Beurteilung wäre danach nicht mehr der freiheitsbeschränkende Charakter bestimmter Vertragsklauseln, sondern allein die Auswirkung der Absprache auf die Wettbewerbsverhältnisse insgesamt. Es bleibt indessen abzuwarten, ob sich dieses neue Konzept, welches von dem durch die Rechtsprechung gesetzten Standard deutlich abweicht, als tragfähig erweisen wird.

Durch eine großzügige Ausgestaltung der in den künftigen Verordnungen enthaltenen Voraussetzungen für die Gruppenfreistellung will die Kommission einem möglichen „Zwangsjackeneffekt“ entgegenwirken. Nur bestimmte, in einer „*schwarzen Liste*“ der erfahrungsgemäß besonders schädlichen Wettbewerbsbeschränkungen aufgezählte Klauseln oder Praktiken führen zum Verlust des Rechtsvorteils der Gruppenfreistellung. Im übrigen behalten die Unternehmen die Freiheit, Verträge entsprechend ihrer individuellen Interessenlage auszugestalten. Die in allen bisherigen Verordnungen enthaltenen Positivlisten der gruppenweise freigestellten Wettbewerbsbeschränkungen – mit der Rechtsfolge, daß jede zusätzlich vereinbarte Wettbewerbsbeschränkung die Gruppenfreistellung für die gesamte Absprache unanwendbar machte („Alles-oder-Nichts – Prinzip“) – entfällt ebenso wie das in einigen Verordnungen vorgesehene Widerspruchsverfahren mit Anmeldeerfordernis. Diese Neuregelung ist auch im Interesse der Rechtssicherheit zweifellos zu begrüßen.

Bei ihren Reformen geht es der Kommission schließlich um die Entwicklung eines *Gesamtkonzepts* der Wettbewerbspolitik gegenüber den vertikalen Beschränkungen wie gegenüber der horizontalen Zusammenarbeit von Unternehmen. In beiden Bereichen bildet die Gruppenfreistellung der nach Art und Umfang als weniger gefährlich zu qualifizierenden Wettbewerbsbeschränkungen den Kern ihrer Politik. Die in den einschlägigen Verordnungen enthaltenen Regelungen präjudizieren indessen keineswegs die Beurteilung derjenigen Absprachen, welche *außerhalb* des Geltungsbereichs der Gruppenfreistellung liegen. Letzteres trifft einerseits auf Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zu, die nicht unter das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot fallen, weil sie nicht geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen oder weil sie keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Es gilt andererseits für Absprachen, welche die Voraussetzungen des Artikels 81 Absatz 1, nicht aber diejenigen der Gruppenfreistellung erfüllen oder denen der Rechtsvorteil der Verordnung nachträglich entzogen worden ist. Die Kommission hat deshalb beschlossen, Bekanntmachungen mit *allgemeinen Leitlinien* über die Beurteilung vertikaler wie horizontaler Kartelle zu veröffentlichen. Sie sollen die Gruppenfreistellungsverordnungen in mehrfacher Weise ergänzen, nämlich durch Hinweise zur Interpretation der dortigen Regeln, zur Bestimmung des Anwendungsbereichs des Kartellverbots, zur Ausübung der Befugnis, den

Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung zu entziehen sowie zur künftigen Praxis der individuellen Freistellung vom Kartellverbot.

Insgesamt gesehen, reicht die Reform der Wettbewerbsregeln und der Wettbewerbspolitik im Bereich der vertikalen Beschränkungen weiter als diejenige im Bereich der horizontalen Absprachen. Sie schließt auch die *Änderung von Ratsverordnungen* ein:

- So wurde durch die Verordnung (EG) Nr. 1215/1999 des Rates vom 10. Juni 1999 zur Änderung der Verordnung Nr. 19/65/EWG¹ die der Kommission dort erteilte Ermächtigung zum Erlaß von Gruppenfreistellungsverordnungen entscheidend erweitert und damit die angestrebte umfassende Reform im Bereich der Vertikalabsprachen erst ermöglicht. Dieselbe Änderungsverordnung hat nunmehr auch die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten ermächtigt, den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung im Einzelfall zu entziehen. Diese, die dezentrale Rechtsanwendung fördernde Maßnahme stellt zugleich einen ersten Schritt zur Beseitigung des Freistellungsmonopols der Kommission dar.
- Durch die Verordnung (EG) Nr. 1216/1999 des Rates vom 10. Juni 1999 zur Änderung der Verordnung Nr. 17² ist zudem das bis dahin geltende Anmeldesystem wesentlich gelockert worden. Für alle vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Sinne des neugefaßten Artikels 4 Absatz 2 Nr. 2 Buchstabe a) der Verordnung Nr. 17 wurde das Erfordernis der vorherigen Anmeldung aufgehoben. Damit hat die Kommission die Möglichkeit erhalten, vertikale Absprachen rückwirkend bis zum Zeitpunkt ihres Zustandekommens vom Kartellverbot freizustellen.

Die Änderung der Verordnung Nr. 17 dürfte das künftige Verhalten der Unternehmen wesentlich beeinflussen. Diese werden von ihrem Recht zur freiwilligen Anmeldung regelmäßig nur dann Gebrauch machen, wenn nach der bisherigen Verwaltungspraxis und Rechtsprechung Unklarheit über die Chancen für eine Freistellung ihrer Absprachen und wegen des Umfangs der von den Beteiligten übernommenen

¹ ABl. Nr. L 148 vom 15.6.1999, S. 1.

geschäftlichen Risiken zugleich ein Bedürfnis an förmlichen Stellungnahmen der Kommission besteht. In den übrigen Fällen werden sie auf eine Anmeldung zumeist verzichten oder eine solche nur bei einem Streit zwischen den Parteien oder zwischen diesen und Dritten über die Gültigkeit des Vertrags vornehmen. Tendenziell schlägt sich die Gesetzesänderung in einer deutlichen Verminderung der Zahl der Anmeldungen nieder und führt somit zu einer weiteren Entlastung der Kommission.

Zusammengenommen ordnen sich die Reformen auf den Gebieten der vertikalen und der horizontalen Absprachen in den Rahmen der von der Kommission ins Auge gefaßten Neuorientierung ihrer gesamten Wettbewerbspolitik gegenüber Kartellen ein. Der verstärkte Rückgriff auf Gruppenfreistellungsverordnungen und Leitlinien, die Abkehr vom Anmeldeerfordernis sowie die Verlagerung des Schwergewichts der Entscheidungspraxis von der Gewährung von Freistellungen hin zur Durchsetzung der Verbotsvorschriften stellen zugleich Kernpunkte des Weißbuchs über die Modernisierung der Verfahrensregeln dar.

Im folgenden ist (unter II und III) auf die erwähnten Reformen (mit Ausnahme der Revision der Verordnung Nr. 17) näher einzugehen. Danach wird (unter IV) eine kurze Übersicht über sonstige Entwicklungen im Bereich des Artikels 81, insbesondere über die wichtigsten Einzelfallentscheidungen der Kommission und Urteile der Gemeinschaftsgerichte gegeben, die während des vergangenen Jahres erlassen wurden. Den Abschluß des Referats wird der Versuch bilden, aus der jüngsten Entwicklung von Gesetzgebung, Verwaltungspraxis und Rechtsprechung im Bereich des Artikels 81 EG ein vorläufiges Fazit zu ziehen.

II. Die neuen Regeln für vertikale Vereinbarungen

Die Reform des Gemeinschaftskartellrechts im Bereich der Vertikalabsprachen steht kurz vor ihrem Abschluß. Bereits am 22. Dezember 1999 erließ die Kommission auf der Grundlage der geänderten Ermächtigungsverordnung Nr. 19/65/EWG des Rates ihre Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3

² ABl. Nr. L 148 vom 15.6.1999, S. 5.

des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen³ (siehe Anlage 1). Durch diese Verordnung (Artikel 12 Absatz 1) wurden die derzeit noch geltenden Gruppenfreistellungsverordnungen für Alleinvertriebs-⁴, Alleinbezugs-⁵ und Franchisevereinbarungen⁶ ein letztes Mal, und zwar bis zum 31. Mai 2000 für Altverträge (Artikel 12 Absatz 2) darüberhinaus bis zum 31. Dezember 2001, verlängert. Ab 1. Juni 2000 sind die Vorschriften der neuen Verordnung anzuwenden, welche eine Laufzeit von zehn Jahren hat (Artikel 13). Zum gleichen Zeitpunkt dürfte auch der endgültige, gegenüber dem veröffentlichten Entwurf⁷ wesentlich verbesserte Text der Leitlinien zur Beurteilung vertikaler Beschränkungen nach Artikel 81 EG vorliegen (siehe Anlage 2).

1. Gegenstand der neuen Verordnung

Die neue Gruppenfreistellungsverordnung ist als einheitliche, allgemeine, sektorenübergreifende Regelung verfaßt. Sie enthält – im Gegensatz zu einer früheren Verordnung⁸ – keine besonderen Bestimmungen für einzelne Wirtschaftszweige, läßt indessen die Verordnung für Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge⁹, die erst im Jahre 2002 ausläuft, unberührt (Artikel 2 Absatz 5). Ob diese Verordnung, gegebenenfalls in modifizierter Form, verlängert werden wird, läßt sich derzeit noch nicht absehen. Aus wettbewerbspolitischer Sicht vorzuziehen wäre eine Einbeziehung des Automobilsektors in die allgemeine Regelung der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999. Von der neuen Verordnung nicht erfaßt werden ferner vertikale Vereinbarungen über den Technologietransfer, soweit sie unter die Gruppenfreistellungsverordnung (EG) Nr. 240/96¹⁰ fallen.

³ ABl. Nr. L 336 vom 29.12.1999, S. 21.

⁴ Verordnung (EWG) Nr. 1983/83, ABl. 1983 Nr. L 173 S. 1, Geltungsdauer verlängert bis zum 31.12.1999 durch Verordnung (EG) Nr. 1582/97, ABl. 1997 Nr. L 214 S. 27.

⁵ Verordnung (EWG) Nr. 1984/83, ABl. 1983 Nr. L 173 S. 5, Geltungsdauer verlängert bis zum 31.12.1999 durch Verordnung (EG) Nr. 1582/97, ABl. 1997 Nr. L 214 S. 27.

⁶ Verordnung (EWG) Nr. 4087/88, ABl. 1988 Nr. L 359 S. 46, Geltungsdauer begrenzt bis zum 31.12.1999.

⁷ ABl. Nr. C 270 vom 24.9.1999, S. 12.

⁸ Siehe Verordnung (EWG) Nr. 1984/83 (Fußnote 5) mit ihren Sondervorschriften für Bierlieferungs- und Tankstellenverträge.

⁹ ABl. Nr. L 145 vom 29.6.1995, S. 25.

¹⁰ ABl. Nr. L 31 vom 9.2.1996, S. 2.

Die neue Verordnung hat einen weiteren *Anwendungsbereich* als alle ihre Rechtsvorgängerinnen zusammengekommen. Von der Freistellung erfaßt werden (Artikel 2 Absatz 1 Satz 1)

„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.“

Mit dieser Formulierung, welche wörtlich den geänderten Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe a) der Ratsverordnung Nr. 19/65/EWG übernimmt, hat die Kommission die ihr erteilte Ermächtigung zur Gewährung von Gruppenausnahmen für vertikale Absprachen voll ausgeschöpft.

In *sachlich-gegenständlicher* Hinsicht erfaßt die neue Verordnung den Bezug und Absatz von Waren und von gewerblichen Leistungen. Die Erstreckung der Gruppenfreistellung auf Dienstleistungsverträge¹¹ kann angesichts der zunehmenden Bedeutung des tertiären Sektors nicht hoch genug eingeschätzt werden. Der Anwendungsbereich der neuen Verordnung reicht zudem über den Bereich des klassischen Vertriebs – bei dem es um den Weiterverkauf von Waren geht - weit hinaus. Auch Vereinbarungen über die Lieferung von Erzeugnissen zum Zweck des Gebrauchs, des Verbrauchs, der Bearbeitung, Verarbeitung oder Weiterverarbeitung können in den Genuß der Gruppenfreistellung gelangen. End- und Zwischenprodukte werden somit einander gleichgestellt. Dies bedeutet, daß auch der industrielle Liefervertrag – ein von der bisherigen Verwaltungspraxis sträflich vernachlässigtes Phänomen – Gegenstand einer positiven gesetzlichen Regelung geworden ist.

Der *personelle Anwendungsbereich* der Gruppenfreistellung hat ebenfalls eine wesentliche Erweiterung erfahren. Im Gegensatz zu früheren Verordnungen sind

¹¹ Derartige Vereinbarungen waren bisher nur durch die Verordnung (EWG) Nr. 4087/88 betreffend Franchisevereinbarungen (Fußnote 6) gedeckt, die ihre Rechtsgrundlage in Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe a) (Vertriebsverträge) und b) (Lizenzverträge) der

nunmehr auch Vereinbarungen zwischen mehr als zwei Unternehmen zugelassen, allerdings unter der Voraussetzung, daß sie jeweils verschiedenen Wirtschaftsstufen angehören, weil anderenfalls die Grenzen der Vertikalabsprache überschritten würden. Der Zweck der Regelung besteht darin, den Abschluß von Verträgen zu erleichtern, an denen Hersteller, Großhändler und Einzelhändler beteiligt sind und welche die rechtliche Grundlage für die Organisation eines wirtschaftsstufenübergreifenden Vertriebssystems bilden.

Die *positiven* Anforderungen an den *Vertragsinhalt* sind gering. Um unter die neue Verordnung zu fallen, muß die Vereinbarung lediglich die Bedingungen regeln, zu denen die Parteien bestimmte Waren oder Dienstleistungen kaufen, verkaufen oder weiterverkaufen können. Den beteiligten Unternehmen wird damit eine fast uneingeschränkte Freiheit der Vertragsgestaltung eingeräumt. Allerdings macht der Text der neuen Verordnung (Artikel 2 Absatz 1 Satz 2) darauf aufmerksam, daß die Freistellung nur gilt, soweit die erwähnten vertikalen Vereinbarungen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Artikels 81 Absatz 1 EG enthalten. Freigestellt ist den Parteien jedoch die Wahl der ihren Absatzinteressen am besten entsprechenden Vertriebsform (Alleinvertrieb, Vertrieb über zum Alleinbezug verpflichtete Händler, selektiver Vertrieb, Franchisesysteme oder Mischformen) sowie der Art des industriellen Liefervertrags (Belieferung nur eines Unternehmens oder einer begrenzten Zahl von Abnehmern, Alleinbezug bei einer Versorgungsquelle, Präferenz- oder Mengenverträge). Selbstverständlich müssen diese Vereinbarungen aber den weiteren Voraussetzungen der Gruppenfreistellung genügen.

2. Abgrenzungsprobleme

Die neue Verordnung wirft wegen ihrer weiten Fassung Abgrenzungsfragen verschiedener Art auf, für die der Text selbst bestimmte, indessen nicht immer sehr klare Lösungen vorsieht. Als problematisch erweisen sich die Behandlung von Handelsvertreterverträgen, die Einbeziehung der von der Verordnung (EG) Nr.

Ermächtigungsverordnung Nr. 19/65/EWG des Rates in ihrer alten Fassung hatte.

240/96 nicht gedeckten Technologietransfervereinbarungen sowie die Unterscheidung zwischen vertikalen und horizontalen Absprachen.

a) Vereinbarungen mit Handelsvertretern

aa) *Handelsvertreterverträge* werden von der Verordnung eher beiläufig, nämlich nur in der Liste der Begriffsbestimmungen (Artikel 1) erwähnt. Dort heißt es (unter Buchstabe g)), daß „Käufer“ im Sinne der Verordnung auch ein Unternehmen ist, das auf der Grundlage einer unter Artikel 81 Absatz 1 EG fallenden Vereinbarung Waren oder Dienstleistungen für Rechnung eines anderen Unternehmens verkauft. Bereits die Formulierung, die sich offensichtlich auf Handelsvertreter, Kommissionäre und Kommissionagenten bezieht, deutet an, daß die kartellrechtliche Beurteilung der mit diesen Personen abgeschlossenen vertikalen Verträge alles andere als einfach ist. Zwar lehrt die Erfahrung, daß derartige Absprachen in der ganz überwiegenden Mehrzahl der Fälle nicht von Artikel 81 Absatz 1 erfaßt werden. Aus der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs folgt jedoch, daß der Rückgriff auf das handelsrechtliche Instrument des Handelsvertretervertrages nicht bereits als solcher genügt, um die Anwendung des gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbots von vornherein auszuschließen. Nach dem letzten einschlägigen Urteil des EuGH – vom 24. Oktober 1995 in der Rechtssache C-266/93 (Volkswagen und VAG Leasing)¹²

„können Vertreter ihre Eigenschaft als selbständige Wirtschaftsteilnehmer nur verlieren, wenn sie keines der Risiken aus den für den Geschäftsherrn vermittelten Geschäften tragen und als Hilfsorgan in das Unternehmen des Geschäftsherrn eingegliedert sind.“

Der integrierte, an den Risiken seines Geschäftsherrn nicht beteiligte Handelsvertreter (der sogenannte „echte Handelsvertreter“) bleibt gleichwohl Unternehmer und der mit ihm geschlossene Vertrag eine „Vereinbarung

¹² Slg. 1995, I-3477, 3516 Rnr. 19.

zwischen Unternehmen“ im Sinne des Artikels 81 EG. Geschäftsherr und Handelsvertreter bilden jedoch zusammen eine wirtschaftliche Einheit, innerhalb welcher der Vertreter hinsichtlich der von ihm zu vermittelnden Geschäfte die Weisungen des Geschäftsherrn zu befolgen hat und insoweit keine eigenen wettbewerblichen Initiativen enthalten kann. Hierin liegt auch der Grund für die prinzipielle Unanwendbarkeit des Kartellverbots. Daraus folgt, daß Handelsvertreter, die auf den Inhalt der mit den Kunden abzuschließenden Verträge wesentlichen Einfluß nehmen können oder sich an den vom Geschäftsherrn zu tragenden Risiken beteiligen (sogenannte „unechte Handelsvertreter“), wie Eigenhändler zu behandeln sind. Es kommt für die Anwendung des Artikels 81 mithin auf die Gesamtumstände des Einzelfalls an, die nicht anhand zivilrechtlicher, sonder wirtschaftlicher Maßstäbe zu beurteilen sind.

bb) In ihren Leitlinien zur Beurteilung vertikaler Beschränkungen (Nr. 12ff) hebt die Kommission wesentlich auf den Gesichtspunkt der *Risikotragung* ab. Sie geht davon aus, daß zwei Arten von Risiken typischerweise den Geschäftsherrn treffen, nämlich solche, die sich unmittelbar aus dem mit den Kunden geschlossenen Verträgen ergeben, und solche, die üblicherweise mit marktspezifischen Investitionen verbunden sind. Werden solche Risiken – atypischerweise – vom Handelsvertreter übernommen, so bleibt Artikel 81 EG grundsätzlich anwendbar. Letzteres trifft insbesondere dann zu, wenn der Handelsvertreter

- Eigentum an den Vertragswaren erwirbt oder die im Vertrag bezeichneten Dienstleistungen selbst erbringt, oder
- sich an den Kosten für den Ankauf oder Verkauf der Vertragswaren oder – dienstleistungen einschließlich etwaiger Transportkosten beteiligt, oder
- unmittelbar oder mittelbar verpflichtet wird, selbst Werbung für die Vertragswaren oder –dienstleistungen zu betreiben oder sich an den Werbekosten des Geschäftsherrn zu beteiligen, oder
- auf eigene Kosten ein Lager mit Vertragswaren oder einen Kunden-, Reparatur- oder Garantiedienst für diese unterhält, oder
- marktspezifische Investitionen tätigt, die sich auf die Ausrüstung, das Geschäftslokal oder die berufliche Weiterbildung des Personals beziehen

(Beispiel: Finanzierung des Einbaus von Treibstoffbehältern in Tankstellen, Erwerb von spezifischer Software zwecks Vermarktung von Versicherungspolicen), oder

- die Produkthaftung übernimmt, oder
- das (über den Verlust des Provisionsanspruchs hinausgehende) Risiko für den Ausfall der Lieferung einer angekauften Ware oder Dienstleistung oder der Zahlung seitens des Kunden außerhalb der Delcredere-Haftung trägt.

cc) Aus der Unanwendbarkeit von Artikel 81 auf Verträge mit dem *echten* Handelsvertreter folgt andererseits, daß diesem Verpflichtungen auferlegt werden können, die unter anderen Umständen als Wettbewerbsbeschränkungen zu qualifizieren wären, so etwa die Verpflichtung seine Tätigkeit auf ein bestimmtes Gebiet oder einen bestimmten Kundenkreis zu beschränken oder die im Vertrag bezeichneten Waren oder Dienstleistungen nur zu den vom Geschäftsherrn festgesetzten Preisen und Konditionen anzukaufen bzw. zu verkaufen. Gebiets- und Kundenschutzklauseln zugunsten des Handelsvertreters, aber auch diesem für die Dauer des Vertrages und insbesondere für die Zeit nach dessen Beendigung auferlegte Wettbewerbsverbote fallen nach Auffassung der Kommission jedoch unter das Kartellverbot, sofern sie Marktabschließungseffekte nach sich ziehen. Dabei ist offenbar auf den besonderen Markt der Vermittlungsdienstleistungen abzustellen, auf welchem der Handelsvertreter mit anderen Handelsvertretern im Wettbewerb steht. Wird ein Handelsvertreter gleichzeitig für mehrere, miteinander konkurrierende Geschäftsherrn tätig, so soll dies nicht ohne weiteres die Anwendbarkeit von Artikel 81 begründen. Für kartellrechtlich bedenklich hält die Kommission derartige Konstellationen nur dann, wenn sie zu einer horizontalen Koordinierung der von dem Geschäftsherrn verfolgten Marktstrategien führt. Es bleibt jedoch abzuwarten, inwieweit sich die Gerichte der Gemeinschaft einer solchen Auslegung anschließen.

dd) Dagegen steht schon jetzt fest, daß Handelsvertreterverträge, welche von Artikel 81 Absatz 1 erfaßt werden, erstmals in der Geschichte des Gemeinschaftskartellrechts auch in den Genuß einer Gruppenfreistellung gelangen, falls sie die in der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 bezeichneten

Voraussetzungen erfüllen. Schwierigkeiten bereitet insoweit das in der Verordnung (Artikel 4 Buchstabe a)) enthaltene Verbot von Fest- und Mindestpreisbindungen beim Weiterverkauf, das auf den ersten Blick mit den Preisbestimmungsrecht des Geschäftsherrn unvereinbar erscheint. Das Problem läßt sich jedoch durch eine flexible, sich am Zweck der Vorschrift orientierende Auslegung lösen. Die in der Verordnung geforderte Preisgestaltungsfreiheit des Händlers bleibt gewahrt, wenn der *unechte* Handelsvertreter das Recht und die Möglichkeit hat, die ihm zustehende Provision ganz oder teilweise an den Kunden abzutreten.

b) Vertikale Vereinbarungen mit lizenzvertraglichen Elementen

Das Verhältnis zwischen vertikalen Absprachen und solchen über die *geschäftliche Verwertung von Rechten des gewerblichen oder geistigen Eigentums* ist in der Verordnung ausdrücklich geregelt worden. Diese läßt zwar die Verordnung (EG) Nr. 240/96 über die Gruppenfreistellung von Technologietransfervereinbarungen unberührt (Artikel 2 Absatz 5), erkennt aber die Möglichkeit von Überschneidungen zwischen Vertriebs- und Lizenzverträgen an (Artikel 2 Absatz 3).

Für derartige Fälle sieht die Verordnung (EG) Nr. 240/96 (in ihrer achten Begründungserwägung) nur eine partielle Lösung vor. Sie macht die Gruppenfreistellung davon abhängig, daß der Lizenznehmer das Lizenzerzeugnis selbst herstellt oder für eigene Rechnung herstellen läßt oder im Falle einer Dienstleistung die Leistung selbst erbringt oder für eigene Rechnung erbringen läßt. Vom Anwendungsbereich der Technologietransferverordnung sind daher Vereinbarungen, die nur den Vertrieb betreffen, ebenso ausgeschlossen wie Regelungen über den Transfer von Vermarktungs-Know-how, die im Rahmen von Franchise-Verträgen getroffen werden. Im Gegensatz zu früheren einschlägigen Verordnungen¹³ enthält die Verordnung (EG) Nr. 240/96 aber keine ausdrückliche Verweisung auf die Gruppenfreistellungsverordnungen für Vertriebs- und

¹³ Siehe siebte Begründungserwägung zur Verordnung (EWG) Nr. 2349/84 über die Gruppenfreistellung von Patentlizenzvereinbarungen, ABl. Nr. L219 vom 16.8.1984, S. 15, berichtigt im ABl. Nr. L280 vom 22.10.1985, S. 32, sowie fünfte Begründungserwägung zur Verordnung (EWG) Nr. 556/89 über die Gruppenfreistellung von Know-how-Vereinbarungen, ABl. Nr. L61 vom 4.3.1989, S. 1.

Franchisevereinbarungen, deren baldige Revision sich im Jahre 1996 bereits abzeichnete. Die Modalitäten einer Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 auf Vertikalvereinbarungen mit lizenzvertraglichen Elementen hatte deshalb der Gemeinschaftsgesetzgeber neu festzulegen.

Nach Artikel 2 Absatz 3 dieser Verordnung gilt die Gruppenfreistellung grundsätzlich auch für vertikale Vereinbarungen mit Klauseln, welche die Übertragung von geistigen Eigentumsrechten auf den Käufer oder die Nutzung solcher Rechte durch den Käufer vorsehen. Hierfür müssen jedoch drei Voraussetzungen erfüllt sein: Die Bestimmungen betreffend geistige Eigentumsrechte müssen sich erstens unmittelbar auf die Nutzung, den Verkauf oder den Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Käufer oder seine Kunden beziehen. Sie dürfen zweitens nicht den Hauptgegenstand der Vereinbarung bilden und drittens im Hinblick auf die Vertragswaren oder –dienstleistungen keine mit der Verordnung unvereinbaren Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken oder bewirken.

Diese Regelungen haben in den Leitlinien (Nr. 30 ff) eine ausführliche Erläuterung erfahren, die hier nur in verkürzter Form wiedergegeben werden kann. Sie sollen insbesondere sicherstellen, daß die Bestimmungen betreffend die Übertragung oder Lizenzierung geistiger Eigentumsrechte nur die Funktion von *Nebenabreden* erfüllen, welche die Nutzung, den Verkauf oder den Weiterverkauf der im Vertikalvertrag bezeichneten Waren oder Dienstleistungen erst ermöglichen oder zumindest erleichtern. Nicht unter die Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 fallen daher Herstellungslizenzen sowie Lizenzen, denen ein spezifischer Bezug auf die Vertragswaren oder –dienstleistungen fehlt. Als Herstellungslizenz gilt beispielsweise die dem Vertragspartner erteilte Erlaubnis, auf der Grundlage eines ihm gelieferten geheimen Rezepts Getränke herzustellen und zu verkaufen oder von einem ihm übermittelten Muster Kopien anzufertigen und zu vertreiben. Ebenso verhält es sich mit der Vergabe des Rechts, als offizieller Sponsor etwa einer sportlichen Veranstaltung aufzutreten oder diese über den Rundfunk oder das Fernsehen zu übertragen. *Zulieferverträge*¹⁴ erfüllen die Voraussetzungen der Gruppenfreistellung schon deshalb nicht, weil das für die Herstellung der Waren bzw. für die Erbringung

¹⁴ Im Sinne der Kommissionsbekanntmachung von 1979, ABl. Nr. C1 vom 3.1.1979, S.2.

der Dienstleistung erforderliche Know-how nicht dem Käufer, sondern umgekehrt vom Käufer auf den Zulieferer übertragen wird. Von der Verordnung gedeckt sind dagegen vertikale Vereinbarungen, in denen der Käufer seinem Lieferanten lediglich Spezifikationen für die von ihm bestellten Waren oder Dienstleistungen vorgibt. Dasselbe trifft auf Abfüllverträge zu, und zwar auch dann, wenn dem Wiederverkäufer nur ein Konzentrat geliefert wird, das entsprechend den Weisungen des Lieferanten verdünnt werden muß.

Insgesamt bestätigen die Leitlinien weitgehend die schon vor dem Inkrafttreten der neuen Verordnung bestehende Rechtslage. *Ausschließliche, gebietsbezogene Warenzeichenlizenzen für den Vertrieb* sind danach wie Alleinvertriebsverträge zu behandeln. *Franchise- und Masterfranchisevereinbarungen*, die zum Zwecke der Vermarktung von Waren oder Dienstleistungen geschlossen werden, fallen unter die Regeln für Vertikalverträge, weil die Übertragung von kommerziellem oder technischem Know-how seitens des Franchisegebers auf den Franchisenehmer einen integralen Bestandteil des Vermarktungskonzeptes bildet. Nützliche Klarstellungen enthalten die Leitlinien auch bezüglich der *Verbindung von Vertriebsvereinbarungen mit Absprachen über das copyright*. Der Weiterverkauf von Bild- und Tonverträgen oder von Software-Disketten auf der Grundlage einer Urheberrechtslizenz fällt unter die Verordnung (EG) Nr. 2790/1999, wenn dem Wiederverkäufer lediglich ein Vertriebsrecht für die entsprechenden Kopien eingeräumt worden ist. Unter dieser Voraussetzung sind auch Nichtangriffsverpflichtungen und Nutzungsbeschränkungen von der Gruppenfreistellung gedeckt. Für alle Bestimmungen über geistige Eigentumsrechte gilt jedoch der Grundsatz, daß sie nicht zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs der Verordnung führen dürfen. Sofern sie Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken oder bewirken, welche die Gruppenfreistellung insgesamt unanwendbar machen (Artikel 4) oder die Grenzen für die Freistellung (Artikel 5) überschreiten, entfällt auch für sie der Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung.

c) Abgrenzung der vertikalen von den horizontalen Vereinbarungen

Auch über die Abgrenzung zwischen vertikalen und horizontalen Vereinbarungen enthält die neue Verordnung ausdrückliche Regelungen. Sie gelten für zwei

Tatbestandsgruppen, die Elemente beider Kategorien von Wettbewerbsbeschränkungen in sich vereinigen, und zielen auf deren teilweise Einbeziehung in den Anwendungsbereich der Gruppenfreistellung für Vertikalverträge.

aa) *Kooperative Vereinigungen von Wareneinzelhändlern* können ein wirksames Gegengewicht gegenüber großen integrierten Handelsgruppen bilden und dadurch wesentlich zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen auf den betroffenen Märkten beitragen. Es liegt deshalb nahe, sie auch im Rahmen von Gruppenfreistellungen günstig zu behandeln. Angesichts ihres primär horizontalen Charakters ist eine vollständige Einbeziehung in eine Verordnung für Vertikalverträge jedoch nicht möglich. So sind etwa der Vertrag über die Gründung der Vereinigung sowie deren Beschlüsse, soweit sie die Mitglieder zum Warenbezug bei der Vereinigung verpflichten oder ihnen Beschränkungen beim Weiterverkauf auferlegen, anhand der Grundsätze über die Beurteilung horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen auf ihre Vereinbarkeit mit Artikel 81 Absätze 1 und 3 EG zu prüfen. Nur wenn das Ergebnis positiv ausfällt, bleibt Raum für eine Würdigung der vertikalen Absprachen, welche die Vereinigung mit ihren Mitgliedern und mit ihren Lieferanten getroffen hat. Die Verordnung stellt in ihrem Artikel 2 Absatz 2 nur diese Vereinbarungen, die im Ergebnis auf einen *gemeinsamen Einkauf* hinauslaufen, vom Kartellverbot frei und knüpft die Freistellung zusätzlich an zwei Bedingungen. Alle Mitglieder der Vereinigung müssen Wareneinzelhändler sein und keiner von ihnen darf zusammen mit verbundenen Unternehmen einen Jahresgesamtumsatz von mehr als 50 Millionen EURO erzielen. Begünstigt werden mithin nur kleine Unternehmen.

bb) Die Gruppenfreistellung gilt nach Artikel 2 Absatz 4 der Verordnung auch für *nichtwechselseitige vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern*, wenngleich unter einschränkenden aber alternativen Bedingungen, nämlich dann, wenn entweder

- der Käufer ein kleines oder mittleres Unternehmen mit einem jährlichen Gesamtumsatz von nicht mehr als 100 Millionen EURO ist, oder

- die Vertragspartner nur auf der Handelsstufe miteinander im Wettbewerb stehen, oder
- der Lieferant auf mehreren Wirtschaftsstufen Dienstleistungen erbringt, und der Käufer mit ihm nur auf der Wirtschaftsstufe, auf welcher er die Vertragsdienstleistungen vermarktet, nicht aber auf der Wirtschaftsstufe, auf welcher er diese bezieht, im Wettbewerb steht.

Diese Regelung stellt eine wesentliche Fortentwicklung früherer Vorschriften dar, die nur konkurrierenden Herstellern für ihre nichtwechselseitigen Vertriebsvereinbarungen unter bestimmten Voraussetzungen den Zugang zur Gruppenfreistellung eröffneten.¹⁵

3. Grenzen der Gruppenfreistellung

Die neue Verordnung umschreibt ausführlich die Voraussetzungen, unter denen die Gruppenfreistellung entweder von vorneherein keine Anwendung findet oder nachträglich automatisch entfällt. Sie sieht im einzelnen eine Begrenzung des zulässigen Marktanteils der beteiligten Unternehmen, eine „schwarze Liste“ von absolut unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen sowie eine detaillierte Sonderregelung des Problems der vertraglichen Wettbewerbsverbote vor.

a) Marktanteilsgrenze

Unabhängig von der inhaltlichen Ausgestaltung der vertikalen Vereinbarung und von Art und Umfang der in ihr enthaltenen Wettbewerbsbeschränkungen scheidet eine Anwendung der Gruppenfreistellung aus, wenn eine Marktanteilsgrenze von 30% überschritten wird (Artikel 3). Maßgeblich ist im Regelfall der Anteil des Lieferanten an demjenigen Markt, auf dem er die Vertragswaren oder –dienstleistungen verkauft (Artikel 3 Absatz 1). Durch diese Bestimmung werden Absprachen *marktmächtiger*

¹⁵ Siehe jeweils Artikel 3 Buchstabe a) und b) der Gruppenfreistellungsverordnungen (EWG) Nr. 1983/83 für Alleinvertriebsvereinbarungen (Fußnote 4) und (EWG) Nr. 1984/83 für Alleinbezugsvereinbarungen (Fußnote 5).

Anbieter der Einzelfallprüfung vorbehalten. Vertikale Vereinbarungen mit Alleinbelieferungspflichten erfüllen die Voraussetzungen der Gruppenfreistellung nur dann, wenn der Anteil des Käufers an demjenigen Markt, auf dem er die Vertragswaren oder –dienstleistungen einkauft, 30% nicht überschreitet (Artikel 3 Absatz 1). Ziel der Regelung ist es, die *Nachfragemacht* des belieferten Unternehmens zu begrenzen. Diese gefährdet den Wettbewerb zumindest dann, wenn sie mit einer Exklusivbindung des Lieferanten einhergeht, weil so den Konkurrenten des Käufers möglicherweise wichtige Bezugsquellen versperrt werden, was zu erheblichen Wettbewerbsnachteilen führen kann. Die Verordnung schreibt daher auch hier für den Fall der Überschreitung der 30%-Grenze das individuelle Verfahren vor. Aus beiden Regelungen folgt, daß bei vertikalen Vereinbarungen, die neben anderen Beschränkungen auch Alleinbelieferungspflichten enthalten, die Marktstellung sowohl des Anbieters wie des Nachfragers zu prüfen ist.

Die Festlegung des höchstzulässigen Marktanteils auf 30% stellt eine *Kompromißlösung* dar, die bewußt in der Absicht der Vereinfachung einer bereits sehr komplexen Verordnung gewählt wurde. Die Erkenntnis, daß verschiedene Arten der Wettbewerbsbeschränkung wie etwa Alleinvertriebsvereinbarungen für bestimmte Vertragsgebiete einerseits und mit Wettbewerbsverboten gekoppelte Alleinbezugsvereinbarungen andererseits – die Marktfunktionen in unterschiedlichem Maße beeinträchtigen, hätte normalerweise zu einer Differenzierung der Marktanteilsgrenzen führen müssen. Der ursprüngliche Plan der Kommission, zwei Schwellenwerte, nämlich einen solchen von 20% und einen weiteren von 40% einzuführen, wurde jedoch aus den erwähnten Gründen fallengelassen, so daß die „Feinabstimmung“ nunmehr in individuellen Verfahren stattzufinden hat.

Für die *Berechnung* des Marktanteils sieht die Verordnung (Artikel 9 bis 11) detaillierte Bestimmungen vor, die sich von den bisher üblichen Regelungen aber kaum unterscheiden. Ergänzende Hinweise zur Definition des relevanten Marktes sind der einschlägigen Kommissionsbekanntmachung¹⁶ sowie den Leitlinien (Nr. 88ff.) zu entnehmen. Im Interesse der Rechtssicherheit läßt die Verordnung die Überschreitung der Marktanteilsgrenze in einem gewissen, recht großzügig bemessenen Rahmen zu. Beträgt der Marktanteil zunächst nicht mehr als 30% und überschreitet er

¹⁶ ABl. Nr. C372 vom 9.12.1997, S. 5.

anschließend diese Schwelle, jedoch nicht eine solche von 35%, so gilt die Gruppenfreistellung noch für zwei weitere Kalenderjahre. Wird auch die Schwelle von 35% - gleichgültig um wieviele Prozentpunkte - überschritten, so gilt die Gruppenfreistellung noch für ein weiteres Kalenderjahr. Diese Rechtsvorteile dürfen allerdings nicht in der Weise miteinander verbunden werden, daß für die Fortgeltung der Gruppenfreistellung ein Gesamtzeitraum von zwei aufeinander folgenden Kalenderjahren überschritten wird (Artikel 9 Absatz 2, Buchstaben c), d) und e)).

b) Schwarze Liste

Besondere Aufmerksamkeit verdient Artikel 4 der Verordnung. Er enthält eine Liste von fünf besonders schwerwiegenden und daher mit der Gruppenfreistellung *absolut unvereinbaren* Wettbewerbsbeschränkungen. Werden derartige Beschränkungen in den Vertikalvertrag aufgenommen oder im Zusammenhang mit einem solchen, aber formal getrennt von diesem vereinbart, so entfällt der Rechtsvorteil der Verordnung für die gesamte Absprache. Auch eine individuelle Freistellung vom Kartellverbot kommt dann regelmäßig nicht in Betracht. Entscheidend ist jeweils der Zweck der Absprache. Dieser muß unmittelbar oder mittelbar auf die Verwirklichung des von der Verordnung mißbilligten Erfolgs abzielen. Ob sich die schädlichen Wettbewerbsbeschränkungen bereits aus der Durchführung der Absprache als solcher ergeben oder ob weitere objektive, aber von den Parteien bewußt ausgenutzte Tatumstände hinzutreten müssen, spielt keine Rolle. Geboten ist in jedem Fall eine vorausschauende und realistische wirtschaftliche Betrachtungsweise.

- aa) Zu den schwarzen Klauseln zählt in erster Linie die Bestimmung von Fest- oder Mindestpreisen für den Absatz von Waren oder Dienstleistungen auf einer nachgelagerten Wirtschaftsstufe („*Preisbindung der zweiten Hand*“, Artikel 4 Buchstabe a)). Eine solche rechtliche oder faktische Einschränkung der Möglichkeiten des Käufers zur autonomen Festsetzung seiner Verkaufs- bzw. Wiederverkaufspreise wirkt sich aus zwei Gründen besonders wettbewerbsschädigend aus. Zum einen führt sie zur vollständigen Beseitigung des Preiswettbewerbs zwischen Händlern im Hinblick auf Produkte derselben Marke und bei größerer Verbreitung von

Preisbindungssystemen erfahrungsgemäß auch zu einer Schwächung des Herstellerwettbewerbs. Zum anderen schafft sie eine künstliche Transparenz im Bereich der von den einzelnen Unternehmen betriebenen Preisstrategien und erleichtern dadurch die horizontale Kollusion zwischen Herstellern und Händlern. Freigestellt bleibt hingegen die dem Käufer auferlegte Verpflichtung, beim Weiterverkauf die vom Lieferanten festgesetzten Höchstpreise einzuhalten. Dieser behält zudem die Möglichkeit, Preisempfehlungen auszusprechen. Der Lieferant hat allerdings in beiden Fällen dafür Sorge zu tragen, daß der dem Käufer belassene Preisgestaltungsspielraum nicht faktisch weiter eingeengt wird. Wirken sich Höchstpreisbindungen oder Preisempfehlungen infolge der Ausübung wirtschaftlichen Drucks oder der Gewährung finanzieller Anreize tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreisbindungen aus, so entfällt der Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung.

- bb) *Gebiets- und Kundenbeschränkungen* (Artikel 4 Buchstabe b)) sind zwar grundsätzlich mit der Verordnung unvereinbar, doch wird dieses Prinzip durch eine ganze Reihe von Ausnahmen durchbrochen. Zulässig sind Beschränkungen des aktiven Verkaufs in Gebiete oder an Kundengruppen, die der Lieferant sich selbst vorbehalten oder ausschließlich einem anderen Käufer zugewiesen hat, wobei jedoch der Freiverkehr auf den nachgelagerten Wirtschaftsstufen gewahrt bleiben muß. Diese Regelung entspricht im wesentlichen dem bisher geltenden Recht. Neu an ihr ist jedoch die Gleichbehandlung von gebiets- und kundenbezogenen Alleinvertriebsrechten. Auch die dem Großhandel auferlegten Beschränkungen des Verkaufs an Endverbraucher werden von der Gruppenfreistellung gedeckt. Gleiches gilt für Beschränkungen des Verkaufs an nicht zugelassene Händler, wie sie die Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems zu beachten haben. Die Tragweite dieser beiden Ausnahmen ist indessen gering, weil Sprunglieferungsverbote zu Lasten von Großhändlern sowie das Verbot der Belieferung von freien, dem selektiven Vertriebssystem nicht angeschlossenen Händlern zumeist keine Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Artikels

85 Absatz 1 EG darstellen.¹⁷ *Verwendungsbeschränkungen* zu Lasten des Käufers gestattet die Verordnung nur unter gewissen Voraussetzungen. So darf die Lieferung von Bestandteilen, welche für die Einfügung in andere Erzeugnisse bestimmt sind, mit der Bedingung verknüpft werden, daß der Abnehmer diese Teile nicht an Unternehmen weiterverkauft, die als Hersteller von eben diesen, unter Verwendung solcher Teile weiterverarbeiteten Erzeugnissen mit dem Lieferanten im Wettbewerb stehen. Durch die Ausnahmeregelung werden insbesondere OEM-Verträge in den Bereich der Gruppenfreistellung einbezogen, sofern sie den vorgenannten Voraussetzungen genügen.

- cc) Unzulässig sind bestimmte *Beschränkungen im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen*. So dürfen zugelassenen Händlern, die ihre Tätigkeit auf der Einzelhandelsstufe ausüben, keinerlei Beschränkungen im Verkauf an Einzelverbraucher auferlegt werden (Artikel 4 Buchstabe c)). Zu den schwarzen Klauseln zählen außerdem Beschränkungen von Querlieferungen zwischen Mitgliedern eines selektiven Vertriebssystems, gleichgültig, ob diese auf derselben oder auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen tätig sind (Artikel 4 Buchstabe d)). Damit schützt die Verordnung die Freiheit des Handels sowohl innerhalb des Systems als auch im Verhältnis zwischen dem System und der Endverbraucherstufe. Im Ergebnis führen die vorgenannten Bestimmungen dazu, daß *Kombinationen des selektiven Vertriebs mit Gebiets- oder Kundenbeschränkungen* grundsätzlich von der Gruppenfreistellung ausgeschlossen bleiben. Abweichungen von dieser Regel erlaubt die Verordnung ausdrücklich nur zugunsten der dem selektierten Händler auferlegten Verpflichtung, Geschäfte ausschließlich von zugelassenen Niederlassungen aus zu betreiben (sogenannte „location clause“). In mehrstufigen selektiven Vertriebssystemen dürfen den auf der Großhandelsstufe tätigen Mitgliedern zudem nach Maßgabe des Artikels 4 Buchstabe b) Beschränkungen des aktiven Verkaufs in Gebiete oder an Kundengruppen auferlegt werden, die der Lieferant sich selbst vorbehalten oder ausschließlich einem anderen zugelassenen Großhändler zugewiesen hat.

¹⁷

Grundlegend dazu EuGH, Metro/Saba I, Rechtssache 26/76, Slg. 1977, 1875.

Angesichts des Wettbewerbsgefährdungspotentials, das bei einer Verbindung von selektivem Vertrieb und Alleinvertrieb entsteht, erscheint die vorstehend beschriebene vergleichsweise strenge Regelung vollauf gerechtfertigt.

- dd) Die Liste der „schwarzen Klauseln“ schließen *Beschränkungen* ab, die *zu Lasten der Lieferanten von Bestandteilen* und zugleich im Interesse der Käufer vereinbart werden, welche diese Teile in andere Erzeugnisse einfügen (Artikel 4 Buchstabe e)). Dem Lieferanten darf in einer derartigen Konstellation zwar die Abgabe der erwähnten Teile an Reparaturwerkstätten oder andere Dienstleistungserbringer, die der Käufer mit der Reparatur oder Wartung seiner eigenen Erzeugnisse betraut hat, vertraglich verboten werden. Jede weitergehende Beschränkung der Vermarktung, insbesondere Vertragsklauseln, die den Lieferanten hindern, Teile an Endverbraucher oder an freie Reparaturbetriebe oder sonstige Dienstleistungserbringer zu veräußern, zieht jedoch den automatischen Verlust des Rechtsvorteils der Gruppenfreistellung nach sich. Die Regelung zeigt, welche Bedeutung der Gemeinschaftsgesetzgeber einem freien, voll funktionsfähigen Markt für Einbau- und Ersatzteile beißt.

c) Sonderregelung für vertragliche Wettbewerbsverbote

- aa) Im Gegensatz zu Artikel 4, der beim Vorliegen bestimmter Vertragsklauseln dem Verlust der Gruppenfreistellung im Hinblick auf die gesamte vertikale Vereinbarung anordnet, erklärt Artikel 5 der Verordnung die Freistellung nur im Hinblick auf bestimmte vertragliche Verpflichtungen für unanwendbar. Den übrigen in der Vereinbarung enthaltenen Wettbewerbsbeschränkungen bleibt der Rechtsvorteil der Verordnung somit erhalten, falls sie den dort niedgelegten Voraussetzungen genügen.

Diese Regelung – die den für Artikel 81 Absatz 1 geltenden *Grundsatz der Trennbarkeit* („severability“) auf Artikel 81 Absatz 3 ausdehnt – ist systematisch verfehlt. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise kann eine Freistellung nur nach Abwägung aller Vor- und Nachteile, welche die betreffende wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung mit sich bringt, in

Betracht kommen. Dabei ist die Gesamtheit der rechtlichen wie wirtschaftlichen Beileitumstände mit zu berücksichtigen. Die Freistellung von Vertragsteilen bedeutet demnach einen Systembruch. Aus Gründen der Rechtssicherheit hat der Gemeinschaftsgesetzgeber beim Erlass der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 gleichwohl diese Lösung gewählt, möglicherweise den – sachlich allerdings unberechtigten – Warnungen interessierter Kreise vor einer Überdehnung des in Artikel 4 verankerten sogenannten „Alles-oder-Nichts-Prinzips“ folgend. Aus wettbewerbspolitischer Sicht stellt diese Regelung indessen keinen Rückschritt dar. In Artikel 5 der Verordnung geht es lediglich um die *Begrenzung bestimmter, prinzipiell zugelassener Wettbewerbsverbote*. Der Fortfall der Gruppenfreistellung für Vertragsklauseln, welche die von der Verordnung gezogenen Grenzen überschreiten, ist eine ausreichende Sanktion, zumal sie insoweit die wettbewerbliche Handlungsfreiheit der Vertragspartner wiederherstellt.

- bb) Artikel 5 der Verordnung zielt in erster Linie auf eine *zeitliche Begrenzung* der erwähnten Wettbewerbsbeschränkungen. Von der Gruppenfreistellung gedeckt sind alle unmittelbaren oder mittelbaren Wettbewerbsverbote, die für eine unbestimmte Dauer oder für einen Zeitraum von mehr als fünf Jahren vereinbart werden. Dies stillschweigende Verlängerung derartiger vertraglicher Verbote ist zulässig, sofern dabei eine Geltungsdauer von insgesamt höchstens fünf Jahren nicht überschritten wird. Betreibt der Käufer sein Geschäft in Räumlichkeiten oder auf Grundstücken, die Eigentum des Lieferanten oder durch diesen von dritten, nicht mit dem Käufer verbundenen Unternehmen angemietet oder gepachtet worden sind, so darf dem Käufer ein Wettbewerbsverbot für den gesamten Zeitraum auferlegt werden, in welchem er die Räumlichkeiten oder Grundstücke nutzt (Artikel 5 Buchstabe a)). Besonders der letzte Teil der Regelung zeigt, daß diese vor allem auf langfristige exklusive Bezugsbindungen zugeschnitten ist. Die für derartige Absprachen durch die Verordnung (EWG) Nr. 1984/83¹⁸ geschaffene Rechtslage wird im wesentlichen aufrechterhalten. Letzteres gilt jedoch nicht

¹⁸

Siehe Fußnote 15.

hinsichtlich der sektoralen Sondervorschriften für Bierlieferungs- und Tankstellenverträge, wonach Alleinbezugspflichten nebst Wettbewerbsverboten unter bestimmten Voraussetzungen bis zu einer Höchstdauer von zehn Jahren vom Kartellverbot freigestellt waren. Exklusive Bezugsbindungen mit einer Dauer von mehr als fünf Jahren, sofern nicht in einem Miet- oder Pachtvertrag vereinbart, bedürfen der Einzelfreistellung. Die Leitlinien (Nr. 155 ff.) stellen eine günstige Beurteilung derartiger Absprachen für den Fall in Aussicht, daß sich deren längerfristiger Charakter mit der wirtschaftlichen Notwendigkeit, die Amortisation von umfangreichen, die Lieferbeziehung begründenden Investitionen zu ermöglichen, objektiv rechtfertigen läßt.

- cc) *Nachvertragliche Wettbewerbsverbote* (Artikel 5 Buchstabe b)) fallen grundsätzlich nicht in den Geltungsbereich der Gruppenfreistellung, gleichgültig ob sie sich auf Waren oder Dienstleistungen beziehen und ob sie die Herstellung oder Leistung, den Bezug, den Verkauf oder den Weiterverkauf betreffen. Sie sind ausnahmsweise jedoch freigestellt, wenn die jeweiligen Verpflichtungen des Käufers gleichzeitig die vier folgenden Voraussetzungen erfüllen. Sie müssen
- sich auf Waren oder Dienstleistungen beziehen, die mit den Vertragswaren oder –dienstleistungen im Wettbewerb stehen,
 - sich auf Räumlichkeiten der Grundstücke beschränken, von denen aus der Käufer während der Vertragsdauer seine Geschäfte betrieben hat,
 - unerlässlich sein, um ein dem Käufer von Lieferanten übertragenes Know-how zu schützen sowie
 - auf einen Zeitraum von höchstens einem Jahr nach Beendigung der Vereinbarung begrenzt bleiben.
- dd) Außerhalb des Geltungsbereichs der Gruppenfreistellung liegen schließlich alle unmittelbaren oder mittelbaren Verpflichtungen, welche die Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems verpflichten, Markenwaren bestimmter mit dem Lieferanten im Wettbewerb stehender Unternehmen nicht zu verkaufen (Artikel 5 Buchstabe c)). Auf diese Weise will die Verordnung Tendenzen

zum *Boykott unliebsamer Konkurrenten* entgegenwirken. Vereinbarungen, die – wie etwa in der Parfümeriebranche üblich – eine Beschränkung des Verkaufsprogramms auf wenige ausgewählte Marken herbeiführen sollen, bedürfen somit nach wie vor einer individuellen Freistellung. Hingegen ist der Einmarkenvertrieb auch im Rahmen selektiver Vertriebssysteme durch die Gruppenfreistellung gedeckt.

4. Entzug des Rechtsvorteils der Gruppenfreistellung

a) Entzug durch individuelle Entscheidung

- aa) Der Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung kann den beteiligten Unternehmen durch Einzelfallentscheidung mit Wirkung für die Zukunft entzogen werden, wenn eine unter die Verordnung fallende vertikale Vereinbarung gleichwohl *Wirkungen* hat, *die mit Artikel 81 Absatz 3 unvereinbar sind* (Artikel 6, 7). Dies trifft meistens dann zu, wenn der Zugang zu dem betroffenen Markt oder der Wettbewerb auf diesem Markt infolge der kumulativen Wirkungen nebeneinander bestehender Netze von gleichartigen vertikalen Beschränkungen, die von konkurrierenden Lieferanten oder Abnehmern praktiziert werden, in erheblichem Maße beschränkt ist. Beispiele einer solchen Konstellation liefern die Märkte für Getränke^{18a} sowie für Speiseeis^{18b}, auf denen die Anbieter traditionellerweise eine Absatzstrategie betreiben, die darauf gerichtet ist, möglichst viele Absatzmittler mit Hilfe von Bezugspflichten und vertraglichen Wettbewerbsverboten ausschließlich an einen Lieferanten zu binden.
- bb) Die *Zuständigkeit* für den Erlass einer Entzugsentscheidung teilen sich die Kommission (Artikel 6) und die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten (Artikel 7). Die *nationalen Behörden* sind zum Eingreifen berechtigt, wenn die mit Artikel 81 Absatz 3 unvereinbaren Wirkungen der gruppenweise

^{18a} Siehe EuGH, Delimitis, Rs. C-234/89, Slg. 1991, I-935.

^{18b} Siehe EuG, Langnese-Iglo, Rs. T-7/93, Slg. 1995, II-1533 ; Schöller, Rs. T-9/93, Slg. 1995, II-1611.

freigestellten Vertikalabsprache nur im Gesamtgebiet oder in einem Teilgebiet des betreffenden Mitgliedstaates auftreten und dieses Gebiet alle Merkmale eines gesonderten räumlichen Marktes aufweist. Verfahren und Entscheidung richten sich nach innerstaatlichem Recht. Der Entzug der Gruppenfreistellung wirkt zudem nur für das betroffene Gebiet. Dennoch können keine Zweifel daran bestehen, daß es sich um die Ausübung einer durch Gemeinschaftsrecht begründeten Kompetenz zur Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln handelt. Ob die nationalen Wettbewerbsbehörden dafür außerdem noch einer Ermächtigung durch den jeweiligen nationalen Gesetzgeber bedürfen, ist umstritten. Die Frage hat Bedeutung jedoch nur für eine Minderheit der Mitgliedstaaten, welche von einer ausdrücklichen gesetzlichen Zuweisung dieser Aufgabe an die Wettbewerbsbehörden bislang abgesehen haben. Sie sollten die noch fehlende Ermächtigung im Interesse der Rechtssicherheit möglichst bald erteilen.

- cc) Für den Fall, die mit Artikel 81 Absatz 3 unvereinbaren Wirkungen einer freigestellten Vertikalabsprache über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinausreichen oder einen das Gebiet mehrerer Mitgliedstaaten umfassenden räumlichen Markt betreffen, kann *allein die Kommission* den Rechtsvorteil entziehen. Die Rechtsgrundlage für das individuelle Verfahren und die abschließende Entscheidung bildet die Verordnung Nr. 17. Die Kompetenz der staatlichen Wettbewerbsbehörden hat dagegen keinen ausschließlichen Charakter. Die Kommission ist daher auch in Fällen, in denen die nationalen Behörden tätig werden könnten, zum Einschreiten berechtigt. Sie wird von dieser Befugnis allerdings wohl nur Gebrauch machen, wenn es gilt, eine neuartige Rechtsfrage zu klären oder die einheitliche Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts in allen Mitgliedstaaten zu sichern. Mit der Einleitung des förmlichen Verfahrens durch die Kommission endet gemäß Artikel 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 zugleich die Zuständigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden zum Entzug der Gruppenfreistellung.

b) Entzug durch Verordnung

Durch die geänderte Ratsverordnung Nr. 19/65/EWG (Artikel 1a) ist der Kommission nunmehr auch die Möglichkeit eingeräumt worden, die Gruppenfreistellung durch eigene Verordnung mit Wirkung gegenüber bestimmten Vereinbarungen außer Kraft zu setzen (Artikel 8). Eine solche Maßnahme setzt voraus, daß mehr als 50% des relevanten Marktes von *nebeneinander bestehenden Netzen gleichartiger vertikaler Beschränkungen* erfaßt werden. Als gleichartig sind ohne Rücksicht auf ihre Zugehörigkeit zu der einen oder anderen Kategorie von Absprachen alle Beschränkungen anzusehen, die auf dem betroffenen Markt ähnliche Effekte hervorrufen.

Eine Verordnung, welche die Gruppenfreistellung außer Kraft setzt, richtet sich an alle Unternehmen, deren Vereinbarungen in der Verordnung anhand allgemeiner objektiver Kriterien umschrieben werden. Sie stellt die volle Anwendbarkeit des Artikels 81 Absätze 1 und 3 auf Einzelfälle wieder her. Für den Erlaß und die inhaltliche Ausgestaltung der Verordnung verfügt die Kommission über einen weiten *Ermessensspielraum*, welcher nur durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des angewandten Mittels für die Verwirklichung des angestrebten Zwecks eingeschränkt wird. Das Ziel der Verordnung besteht in der Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs. Eine allgemeine Regelung ist vor allem dann gerechtfertigt, wenn individuelle Entscheidungen, durch die der Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung entzogen wird, nicht ausreichen, um das erwähnte Ziel zu erreichen. Die Interessen der betroffenen Unternehmen werden dadurch geschützt, daß die Verordnung, welche die Gruppenfreistellung außer Kraft setzt, frühestens sechs Monate nach ihrem Erlaß anwendbar wird. Der rechtliche Status der betroffenen Vereinbarungen vor diesem Zeitpunkt bleibt unberührt.

5. Beurteilung von Vertikalverträgen außerhalb der Gruppenfreistellung

Für die individuelle Beurteilung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen anhand des Artikels 81 kommt den von der Kommission entwickelten *Leitlinien* besondere Bedeutung zu (siehe Anlage 2). Sie sollen es den Unternehmen ermöglichen, die voraussichtliche Haltung der Kommission in realistischer Weise abzuschätzen, um

anschließend zu entscheiden, ob eine Durchführung der Absprache auf eigenes Risiko vertretbar erscheint oder ob eine freiwillige Anmeldung bei der Kommission den Vorzug verdient. Die Leitlinien enthalten zu diesem Zweck eine wohl vollständige Aufzählung der für die kartellrechtliche Würdigung maßgeblichen Gesichtspunkte mit den dazu gehörigen Erläuterungen.

Das hier zu behandelnde Kapitel VI (Nr. 100 ff.) der Leitlinien beginnt nach kurzer Einleitung mit einer *Gegenüberstellung der negativen und der positiven Effekte vertikaler Beschränkungen* aus wirtschaftlicher Sicht (Nr.103-118). Zu den nachteiligen Auswirkungen zählt der Text die Errichtung von Marktzugangsschranken, die Reduktion des intrabrand- wie des interbrand-Wettbewerbs sowie die Behinderung der Marktintegration. Diese werden anhand von vier Gruppen vertikaler Beschränkungen (Einmarkenvertrieb, Vertrieb über eine begrenzte Zahl von Absatzmittlern, Preisbindungssysteme und Marktaufteilungsstrategien) im einzelnen dargestellt (Nr. 103-114). Die Vorteile vertikaler Beschränkungen sind nach Ansicht der Kommission vor allem darin zu sehen, daß sie die Werbeaufwendungen von Händlern gegen die Ausnutzung durch Trittbrettfahrer schützen, das Eindringen in neue Märkte erleichtern, die Bereitschaft der Unternehmen zur Vornahme von Investitionen oder zur Übertragung von Know-how fördern, Kosteneinsparungen im Bereich des Absatzes ermöglichen, Imperfektionen des Kapitalmarktes entgegenwirken und den Ruf der Marke begründen oder erhöhen (Nr. 115-118). Für die künftige Politik der Kommission besonders aufschlußreich ist der folgende Abschnitt mit zehn allgemeinen Regeln für die *Gewichtung des Schädlichkeitsgrades* einzelner sowie von Kombinationen mehrerer vertikaler Beschränkungen (Nr. 119).

Sie lauten, kurz gefaßt, wie folgt:

- Vertikale Beschränkungen sind weniger gefährlich als horizontale Beschränkungen: sie geben nur bei unzureichendem Herstellerwettbewerb Anlaß zu Bedenken.
- Vertikale Absprachen, die den Herstellerwettbewerb beeinträchtigen, sind schädlicher als vertikale Absprachen, die nur den Wettbewerb innerhalb der Marke beschränken.
- Absatzsysteme, die auf eine Beschränkung der Zahl der Händler zielen (z.B. Alleinvertrieb und selektiver Vertrieb) können bei unzureichendem Herstellerwettbewerb erhebliche Nachteile für die Verbraucher mit sich bringen,

weil sei effizienteren und innovativen Vertriebsformen den Marktzugang erschweren.

- Ausschließlichkeitsbindungen sind für den Wettbewerb gefährlicher als Absprachen, in denen nur quantitative Absatzziele festgelegt werden.
- Vertikale Absprachen über die Lieferung oder den Bezug von Massengütern schädigen den Wettbewerb weniger als entsprechende Absprachen über Markenerzeugnisse. Diese Unterscheidung deckt sich in der Regel mit derjenigen zwischen Zwischenprodukten und Endprodukten.
- Eine Kombination verschiedener vertikaler Beschränkungen verstärkt regelmäßig deren negative Lösung. Ausnahmen sind selten (z.B. : Absatzziele oder Höchstpreisbindungen, die einem Alleinvertriebshändler auferlegt werden)
- Die negativen Wirkungen vertikaler Absprachen werden verstärkt, wenn mehrere Lieferanten oder Abnehmer dieselbe Absatzform wählen (kumulative Effekte von parallelen Netzen gleichartiger Beschränkungen)
- Vertikale Absprachen, die einen Transfer von Know-how vorsehen, versprechen Effizienzgewinne und verdienen daher meistens eine positive Beurteilung der in ihnen enthaltenen Wettbewerbsbeschränkungen.
- Vertikale Beschränkungen zum Schutz vertragsbezogener Investitionen können während des gesamten für eine normale Abschreibung erforderlichen Zeitraums hingenommen werden.
- Vertikale Beschränkungen, die für das Eindringen in einen neuen räumlichen oder Produktmarkt unerlässlich sind, fallen während einer angemessenen Übergangsfrist (ein bis zwei Jahre) nicht unter das Kartellverbot. Letzteres gilt jedoch nicht für die in der schwarzen Liste (Artikel 4 der Verordnung) bezeichneten Beschränkungen.

Unter der Überschrift „*Analysemethoden*“ erläutern die Leitlinien sodann die bei der Anwendung von Artikel 81 zu berücksichtigenden Faktoren. Für die Feststellung einer *spürbaren* Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Absatzes 1 der Vorschrift spielen danach die Marktstellung des Lieferanten und seiner Wettbewerber; die Nachfragemacht der Abnehmer, das Vorhandensein oder Fehlen von Marktzugangsschranken, der Reifegrad des Marktes, die Art des Erzeugnisses (Zwischen- oder Endprodukt) oder der Dienstleistung, deren Preislage sowie zusätzliche Faktoren wie die kumulative Wirkung von Netzen gleichartiger

Beschränkungen, die Dauer von wettbewerbsbeschränkenden Absprachen, das Gleichgewicht oder Ungleichgewicht der Vertragspartner sowie das rechtliche wie wirtschaftliche Umfeld der Absprache die entscheidende Rolle. Zu Artikel 81 Absatz 3 wiederholen die Leitlinien im wesentlichen die durch die Verwaltungspraxis und Rechtsprechung entwickelten Auslegungs- und Anwendungsgrundsätze.

Den Abschluß des Kapitels VI bildet eine *eingehende Analyse der wichtigsten Arten vertikaler Beschränkungen*. Abgehandelt werden im einzelnen der Einmarkenvertrieb, der Alleinvertrieb in abgegrenzten Vertragsgebieten und an bestimmte im Vertrag festgelegte Kundengruppen, der selektive Vertrieb, das Franchising, der Alleinbezug, die Kopplung verschiedener Erzeugnisse und Dienstleistungen sowie Preisbindung und Preisempfehlungen. Diesen Erläuterungen können die Unternehmen konkrete Hinweise auf die Beurteilung ihrer Vereinbarungen und die Kommission entnehmen. Ob die Leitlinien allerdings geeignet sind, die bisherige Praxis der Bezugnahme auf einzelne Präzedenzfälle zu ersetzen, wird sich erst in einigen Jahren zeigen.

III. Die Reform der Wettbewerbspolitik gegenüber horizontalen Vereinbarungen

1. Allgemeine Bemerkungen

Dieses zweite große Reformvorhaben der Kommission hat mit der *Veröffentlichung der Entwürfe von zwei Gruppenfreistellungsverordnungen sowie von umfassenden Leitlinien* (siehe Anlage 3) inzwischen die Phase der konkreten Durchführung erreicht. Die angestrebten Änderungen der Wettbewerbspolitik gegenüber den horizontalen Absprachen sind jedoch, wie eingangs bereits erwähnt, weniger weitreichend als diejenigen, welche im Bereich der vertikalen Beschränkungen vorgenommen wurden. Die Durchsetzung des Kartellverbots in Fällen der Marktaufteilung, der kollektiven Preisfestsetzung sowie der Einschränkung der Erzeugung oder der Verteilung, insbesondere mit Hilfe von Produktions- und Absatzquoten, hat für die Kommission nach wie vor höchste Priorität. Die bisherige, durch die Verhängung hoher Geldbußen geprägte Entscheidungspraxis wird gradlinig fortgeführt. Einer Neuformulierung bedarf nach Ansicht der Kommission allein die

positive, auf Erleichterung und Förderung der Unternehmenskooperation gerichtete Politik.

Die Reform geht von der Erkenntnis aus, daß die Unternehmen sich in Zukunft auf einen *wachsenden Wettbewerbsdruck* einstellen müssen. Die Ursachen hierfür sind vor allem in der Globalisierung der Wirtschaft, dem sich immer stärker beschleunigenden Tempo des technologischen Fortschritts sowie der zunehmenden Dynamisierung der Märkte zu suchen. Vor diesem Hintergrund erhält die horizontale Zusammenarbeit zwischen Unternehmen besonderes Gewicht. Sie bildet ein wirksames Instrument zur Risikoverteilung, Kosteneinsparung, gemeinsamen Nutzung von Know-how sowie zur rascheren Durchführung von Investitionen. Vor allem kleinen und mittleren Unternehmen wird durch die Zusammenarbeit die Anpassung an die sich ändernden Marktverhältnisse erleichtert. Horizontale Vereinbarungen, die dieses Ziel anstreben, ohne dabei die Einheit des Binnenmarktes und die Aufrechterhaltung oder Entwicklung wirksamen Wettbewerbs zu gefährden, verdienen deshalb eine großzügige Beurteilung, vor allem im Hinblick auf Artikel 81 Absatz 3.

2. Die vorgeschlagenen neuen Verordnungen

Der Gedanke der Erleichterung von wirtschaftlich sinnvollen Kooperativen durchzieht wie ein roter Faden die Entwürfe der neuen Gruppenfreistellungsverordnungen für Spezialisierungsvereinbarungen sowie für Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung. Beide Texte stützen sich auf die Erfahrung, daß Absprachen der genannten Arten, soweit sie nicht zwischen Unternehmen mit ganz erheblicher Marktmacht getroffen werden, regelmäßig bedeutende objektive Vorteile mit sich bringen, die auch den Verbrauchern in angemessenem Umfang zugutekommen und die möglichen Nachteile für den Wettbewerb zumindest ausgleichen.

a) Vorteile der horizontalen Zusammenarbeit von Unternehmen

Die Vorteile einer *Spezialisierung der Produktion* werden wie schon bisher vor allem darin gesehen, daß die beteiligten Unternehmen durch die Konzentration auf die

Herstellung bestimmter Erzeugnisse rationaler arbeiten und diese Erzeugnisse preisgünstiger anbieten können. Von der Spezialisierung im Bereich der Dienstleistungen erwartet die Kommission ähnlich günstige Resultate. Die Zusammenarbeit der Unternehmen auf diesem Gebiet trägt somit zur Verbesserung der Warenerzeugung und –verteilung im Sinne des Artikels 81 Absatz 3 bei. Die *Unternehmenskooperation in den Bereichen der Forschung und der Entwicklung* fördert hingegen vor allem den technischen und wirtschaftlichen Fortschritt. Sie stimuliert die Verbreitung von Know-how unter den Vertragspartnern, hilft Aufwendungen für doppelte Forschungs- und Entwicklungsarbeiten vermeiden und erhöht durch Synergieeffekte die Chancen für neue Erfindungen. Die *gemeinsame Verwertung der Ergebnisse* sieht die Kommission als logische Folge gemeinsamer Forschung und Entwicklung an. Ihre Vorteile liegen einerseits in der Rationalisierung der Produktion sowie des Vertriebs und der Anwendung neuer oder verbesserter Verfahren, andererseits in der Verbreitung neuer technischer Kenntnisse, soweit die Verwertung in der Vergabe von Lizenzen auf geistige Eigentumsrechte besteht. Sie kommen nicht nur den beteiligten Unternehmen, sondern auch den Verbrauchern zugute. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, daß die Europäische Gemeinschaft die Unternehmenskooperation ausdrücklich als Instrument zur Durchführung ihrer Förderprogramme in den Bereichen der Forschung und Entwicklung anerkennt. Die Gruppenfreistellungsverordnung erhält dadurch auch aus allgemein-politischer Sicht einen hohen Rang.

b) Risiken für den Wettbewerb

Es fällt auf, daß die Kommission die *Gefahren*, die sich aus einer umfassenden, die Vermarktungsstufe miteinschließenden Zusammenarbeit zwischen aktuellen oder zumindest potentiellen Konkurrenten für die Erhaltung bzw. Entwicklung wettbewerblicher Marktstrukturen ergeben können, in ihrer neuen, sich vorwiegend an wirtschaftlichen Beurteilungskriterien orientierenden Politik im Vergleich zu früheren Zeiträumen als weniger schwerwiegend betrachtet. Diese Haltung zeigt sich deutlich an der Änderung der *Marktanteilsschwellen*, welche den Anwendungsbereich beider Gruppenfreistellungsverordnungen nach oben begrenzen. Die zur Zeit noch

geltenden Verordnungen (EWG) Nr. 417/85 (Spezialisierung)¹⁹ und (EWG) und Nr. 418/85 (Forschung und Entwicklung)²⁰, beide in der Fassung der Änderungsverordnung (EWG) Nr. 151/93²¹, erlauben die Zusammenarbeit bis zur Stufe der Produktion unterhalb einer Marktanteilsgrenze von 20%, wobei die Marktanteile der beteiligten Unternehmen zu addieren sind. Wird die Kooperation auf den Vertrieb ausgedehnt, so gilt eine Obergrenze von 10%. Die neuen Texte sehen dagegen einheitliche Marktanteilsschwellen von 20% für Spezialisierungsvereinbarungen und von 25% für Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung vor, wobei nicht mehr danach unterschieden wird, ob sich die Zusammenarbeit auf bestimmte Wirtschaftsstufen beschränkt oder ob sie umfassenden Charakter hat. Die Festsetzung *einheitlicher* Obergrenzen für die Gruppenfreistellung läßt sich damit begründen, daß im Bereich der immer wichtiger werdenden Dienstleistungen die Unterscheidung zwischen Produktion und Vermarktung keinen rechten Sinn gibt. Dieses Argument rechtfertigt jedoch noch nicht die *Höhe* der vorgeschlagenen Marktanteilsschwellen. Diese geben zu erheblichen wettbewerbspolitischen Bedenken Anlaß, weil sie im Ergebnis dazu führen, daß selbst die Schaffung enger Oligopole von fünf bzw. vier gleich starken Anbietern in der Gemeinschaft von den künftigen Verordnungen gedeckt werden. Allerdings kann die Kommission durch den Entzug des Rechtsvorteils der Gruppenfreistellung im Wege der Einzelfallentscheidung gefährlichen Entwicklungen bis zu einem gewissen Grade entgegenwirken.

c) **Inhalt und Struktur der neuen Regelungen**

Gegenüber den bisherigen Verordnungen zeichnen sich die neuen Texte durch *klareren Aufbau und vereinfachte Formulierungen* aus. Beides wird vor allem durch den Verzicht auf eine abschließende „weiße Liste“ der freigestellten Wettbewerbsbeschränkungen und durch den Wegfall des Widerspruchsverfahrens für nicht ausdrücklich zugelassene, aber auch nicht ausdrücklich verbotene Vereinbarungen bzw. Vertragsklauseln ermöglicht. Die inhaltliche Ausgestaltung der

¹⁹ ABl. Nr. L53 vom 22.2.1985, S. 1.

²⁰ ABl. Nr. L53 vom 22.2.1985, S. 5.

²¹ ABl. Nr. L21 vom 29.1.1993, S. 8.

Entwürfe für die zukünftigen Verordnungen unterscheidet sich im übrigen nicht wesentlich von derjenigen ihrer Rechtsvorgängerinnen. Neu ist allerdings, daß nunmehr auch die *einseitige Spezialisierung* in den Kreis der gruppenweise freigestellten Vereinbarungen aufgenommen werden soll.

Beide Verordnungen weisen die *gleiche Struktur* auf, wobei die Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 offensichtlich als Modell gedient hat. Sie definieren in ihren Eingangsartikeln den Anwendungsbereich der Gruppenfreistellung, legen sodann Marktanteilsschwellen und sonstige Bedingungen der Gruppenfreistellung fest und umschreiben anschließend in einer „schwarzen Liste“ diejenigen Vereinbarungen, die von den Rechtsvorteilen der Verordnung ausgeschlossen sind, weil sie schwerwiegende, mit der Gruppenfreistellung absolut unvereinbare Wettbewerbsbeschränkungen enthalten. Zu diesen gehören Vertragsklauseln, welche die Festsetzung von Preisen, die Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes oder die Aufteilung von Märkten oder Kundenstämmen bezwecken, ohne in der besonderen Organisationsform der Zusammenarbeit - im Klartext: in der Schaffung eines gemeinsamen Produktionsunternehmens oder eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens - ihre wirtschaftliche Rechtfertigung zu finden. Der Entwurf der Verordnung über Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen zählt darüberhinaus noch eine Reihe weiterer „schwarzer Klauseln“ auf, die aus der bisherigen Verordnung übernommen wurden. In beiden Verordnungen bilden Vorschriften über den Entzug der Gruppenfreistellung, über die Geltungsdauer der Verordnung sowie über die Behandlung von Altverträgen (Übergangsbestimmungen) den Abschluß der normativen Regelungen.

Im Gegensatz zur Verordnung Nr. 2790/1999 betreffend vertikale Vereinbarungen ist weder den nationalen Wettbewerbsbehörden eine Kompetenz zum Entzug des Rechtsvorteils der Gruppenfreistellung noch der Kommission die Befugnis eingeräumt worden, die Gruppenfreistellung durch Verordnung bezüglich bestimmter Wettbewerbsbeschränkungen außer Kraft zu setzen. Hierzu hätte es zunächst einer Änderung der Ermächtigungsverordnung (EWG) Nr. 2821/71 des Rates²² bedurft. Sie ist aus Zeitgründen bisher unterblieben, dürfte aber anläßlich der bevorstehenden Revision der Verordnung Nr. 17 nachgeholt werden.

²² ABl. Nr. L285 vom 29.12.1971, S. 46.

3. Die vorgeschlagenen Leitlinien

Der von der Kommission ausgearbeitete Entwurf von Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 auf horizontale Kooperationsvereinbarungen enthält anders als die Leitlinien zur Beurteilung vertikaler Beschränkungen *eine Neuorientierung der Wettbewerbspolitik*. Er faßt die in Einzelfallentscheidungen und allgemeinen Bekanntmachungen zum Ausdruck gelangenden Erfahrungen zusammen, ist aber gleichzeitig um eine Vervollständigung und Aktualisierung bisheriger Interpretations- und Anwendungsgrundsätze im Lichte der neueren Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte bemüht. Dabei wird größerer Nachdruck als bisher auf ökonomische Kriterien gelegt. Insgesamt bieten diese neuen Leitlinien einen analytischen Rahmen für die Bewertung der in der Praxis am häufigsten anzutreffenden Formen der horizontalen Zusammenarbeit. Sie sollen vor allem die Untersuchung des wirtschaftlichen Umfeldes der einzelnen Absprachen erleichtern.

Der *Aufbau des Textes* entspricht weitgehend demjenigen der Leitlinien betreffend vertikale Beschränkungen, wobei jedoch die wirtschaftstheoretischen Ausführungen wesentlich kürzer ausfallen. Im einzelnen analysiert werden Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, Produktionsvereinbarungen, Einkaufsvereinbarungen, Vermarktungsvereinbarungen, Vereinbarungen über Normen sowie Umweltschutzvereinbarungen. Dagegen sind Marktinformationssysteme, der Erwerb von Minderheitsbeteiligungen an Kapital von Wettbewerbern sowie personelle Verflechtungen zwischen Konkurrenten bisher von der Behandlung ausgespart worden. Da derartige Phänomene in den Anwendungsbereich des Artikels 81 fallen oder jedenfalls fallen können, wäre eine entsprechende Ergänzung der Leitlinien wünschenswert.

IV. Sonstige Entwicklungen

Die großen Reformvorhaben der Kommission, denen mit Recht das Hauptaugenmerk gilt, dürfen jedoch nicht den Blick auf andere interessante Entwicklungen im Bereich des Artikels 81 versperren. Diese sollen im folgenden zumindest kurz gestreift werden.

1. Gesetzgebung

Auf dem Gebiet der *Gesetzgebung* bereitet die Kommission zur Zeit eine Revision ihrer Verordnung (EG) Nr. 3932/92 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen im Bereich der *Versicherungswirtschaft*²³ vor. Trotz des Bestehens einer Gruppenfreistellungsverordnung hat die Kommission immer noch eine große Zahl von Einzelfällen zu prüfen. Damit stellt sich die Frage nach einer eventuellen Ausdehnung des Geltungsbereichs der Verordnung. In materiellrechtlicher Sicht bereitet vor allem die Behandlung von Versicherungspools Schwierigkeiten, wobei das Problem der Mindestdimension des Pools zur beabsichtigten Deckung besonders umfangreicher Risiken im Mittelpunkt steht. Ist eine solche Mindestgröße objektiv erforderlich, so findet unabhängig von den Marktanteilen der beteiligten Versicherer das Verbot des Artikels 81 Absatz 1 keine Anwendung. Dieser durch die Einzelfallpraxis bewirkten Weiterentwicklung des Gemeinschaftskartellrechts sollte bei einer Überarbeitung der Verordnung Rechnung getragen werden.

Auf dem Prüfstand steht außerdem die Verordnung (EG) Nr. 1475/95 betreffend die Gruppenfreistellung von Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über *Kraftfahrzeuge*²⁴. Anhand eines von den Kommissionsdienststellen ausgearbeiteten Berichts soll entschieden werden, ob die bisherige Verordnung, gegebenenfalls in abgeänderter Form, über das Jahr 2002 hinaus zu verlängern ist.

²³ ABl. Nr. L398 vom 31.12.1992, S. 7.
²⁴ ABl. Nr. L145 vom 29.6.1995, S. 25.

2. Einzelfallpraxis

a) Entscheidungen nach Artikel 81 Absatz 1

Die Entscheidungspraxis der Kommission im Bereich des Artikels 81 richtete sich in letzter Zeit vorwiegend auf die Durchsetzung des Kartellverbots. Bei der *Repression schwerer Zuwiderhandlungen* gewinnen die Verfahrensgarantien und die Verteidigungsrechte zunehmend an Bedeutung. Dies machen zwei in diesem Jahr ergangene Urteile der Gemeinschaftsgerichte schlaglichtartig klar. Im *Zementurteil* vom 15. März 2000^{24a} kürzte das Gericht erster Instanz die von der Kommission verhängten Geldbußen von insgesamt über 500 Millionen ECU um mehr als die Hälfte, unter anderem deshalb, weil einer Reihe von beteiligten Unternehmen keine ausreichende Akteneinsicht gewährt worden war. Im Falle der *Companie Maritime Belge* hob der Gerichtshof mit Urteil vom 16. März 2000^{24b} in zweiter Instanz sämtliche gegen die Mitglieder eines Schifffahrtskartells festgesetzten, auch hier recht hohen Geldbußen auf, weil die Kommission ihre Mitteilung der Beschwerdepunkte nur an die Kartellorganisation CEWAL, nicht aber an die an ihm beteiligten Unternehmen gerichtet hatte. In materiellrechtlicher Hinsicht bringen Urteile der Gemeinschaftsgerichte, in denen Bußgeldentscheidungen der Kommission überprüft werden, selten etwas Neues. Letzteres gilt allerdings nicht für das erwähnte *Zementurteil*, welches eingehende, sehr lesenswerte Ausführungen zum Begriff und zum Nachweis aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen enthält.

b) Entscheidungen nach Artikel 81 Absatz 3

Bei ihren spärlicher werdenden *Freistellungsentscheidungen* bemüht sich die Kommission vor allem darum, die Grenzen zulässiger Wettbewerbsbeschränkung in komplexen Fällen aufzuzeigen.

^{24a} verb. RS. T-25, 26, 30-32, 34-39, 42-46, 48, 50-65, 68-71, 87, 88, 103 u. 104/95, noch nicht in der Amtlichen Sammlung veröffentlicht.

^{24b} verb. Rs. C-395/96 P u. C-396/96 P, noch nicht in der Amtlichen Sammlung veröffentlicht.

- aa) Ein markantes Beispiel dafür ist der Fall der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens *British Interactive Broadcasting Ltd* (BiB, das seinen Namen in „Open“ geändert hat).²⁵ Open soll für Verbraucher im Vereinigten Königreich eine neue Form der Dienstleistungserbringung – digitales interaktives Fernsehen – einführen. Dazu müssen eine Infrastruktur aufgebaut und Dienste entwickelt werden, die es Unternehmen wie Banken, Supermärkten und Reisebüros ermöglichen, direkt mit den Verbrauchern über einen Fernsehapparat in wechselseitigen Kontakt zu treten. In diesem Fall richteten sich die Bedenken der Kommission im Hinblick auf Artikel 81 dagegen, daß BT und BskyB – zwei der Muttergesellschaften von BiB – als potentielle Wettbewerber bei der Erbringung digitaler interaktiver Fernsehdienste infolge der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens ausgeschaltet werden. Die Kommission hat die Gründung von BiB erst genehmigt, nachdem die beteiligten Unternehmen ihr gegenüber umfangreiche Verpflichtungen eingegangen waren, mit denen Wettbewerb beim digitalen interaktiven Fernsehen im Vereinigten Königreich weiterhin gewährleistet wird. Da es sich bei den Konkurrenten von BT und BskyB um Betreiber von Fernseh-Kabelnetzen handelt, soll die Entscheidung sicherstellen, daß Dritte in ausreichendem Maße Zugang zu den von BiB subventionierten Set-Top-Boxen und zu den Film- und Sportkanälen von BskyB erhalten und daß auch andere Anbieter ihre Set-Top-Boxen auf den Markt bringen können.
- bb) Im Bereich der *Seeschifffahrt* akzeptierte die Kommission eine Kostendeckungsklausel, mit der sich die Mitglieder einer Schifffahrtskonferenz (TACA) verpflichteten, bei Seeverkehrsleistungen nach Konferenztarif keine Preise zu berechnen, die unterhalb der variablen Kosten liegen, welche der jeweiligen Reederei bei konnexen Landtransportleistungen entstehen.²⁶ Dagegen wurde im Falle EATA²⁷ eine zwischen Konferenzmitgliedern und Außenseitern getroffene Absprache zur Regelung der Ausnutzung von Schiffsladepazitäten nicht als freistellungsfähig anerkannt. Die Kommission bestätigte ihre bereits vorher geäußerte²⁸ Auffassung, wonach eine Einzelfreistellung für eine Vereinbarung über die Nichtnutzung von Kapazität

²⁵ Siehe Pressemitteilung IP/99/686.

²⁶ Siehe Pressemitteilung IP/99/620.

²⁷ Entscheidung Europe Asia Trades Agreement, ABl. Nr. L193 vom 26.7.1999.

ausscheidet, wenn es sich um ein Instrument zur Aufrechterhaltung von strukturellen Überkapazitäten und zur künstlichen Erhöhung von Frachtraten handelt. Die Regulierung der Kapazität kann nur dann Vorteile bringen, wenn sie zur tatsächlichen Herausnahme von ineffizienter oder veralteter Kapazität führt. Nur dann dient sie der Kostensenkung und erlaubt Preissenkungen für Verlader.

c) Entscheidungen zur Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln

Aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Anschluß an *Vorlagefragen nationaler Gerichte* sind mehrere Urteile hervorzuheben, die sich mit der Frage der Anwendbarkeit des Artikels 81 auf Betriebskranken- und -pensionskassen befassen.²⁹ Der EuGH bejaht in seinen Entscheidungen den Unternehmenscharakter dieser aufgrund eines Gesetzes eingeführten, aber nach dem Kapitalisierungsprinzip betriebenen Einrichtungen. Er hält aber das Kartellverbot für nicht anwendbar, weil in den vorliegenden Fällen die Gesetzesausnahme des Artikels 86 Absatz 2 (Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse) eingreift. In einem weiteren Urteil entschied der EuGH, daß Tarifverträge zwischen einer Arbeitgeber- und einer Arbeitnehmervereinigung ausschließlich dem Sozialrecht zuzuordnen sind, so daß die Wettbewerbsregeln auf sie keine Anwendung finden.

Ausblick

Die vorstehenden Ausführungen haben deutlich gemacht, daß sich die Wettbewerbspolitik der Europäischen Gemeinschaft in einer Übergangsphase befindet. Die bevorstehende Erweiterung der EU um bis zu 13 Mitgliedstaaten, der

²⁸ Entscheidung Transatlantic Agreement, ABl. Nr. L376 vom 31.12.1994.

²⁹ Brentjens' Handelsonderneming BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen, C-115/97 to C-117/97, 21.9.1999, noch nicht in der amtlichen Sammlung; Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, C-67/96, 21.9.1999, noch nicht in der amtlichen Sammlung; Maatschappij Drijvende Bokken BV v. Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven, C-219/97, 21.9.1999, noch

sich beschleunigende technische Fortschritt sowie die Globalisierung der Märkte machen Reformen unausweichlich. Die in Aussicht genommenen Änderungen des bisherigen Regelwerks sind daher grundsätzlich zu begrüßen. Für die Europäische Kommission als Initiatorin der Reformen besteht allerdings die Schwierigkeit darin, neue, zukunftsweisende Vorschriften zu formulieren, zugleich aber von dem bisherigen Bestand an Rechtsnormen und Leitlinien soviel zu übernehmen, wie möglich und auch für die Zukunft verwendbar ist. Nur so läßt sich die erforderliche Kontinuität des Rechts sichern. Die Kommission verfolgt im wesentlichen das Ziel, durch eine flexiblere, der wirtschaftlichen Betrachtungsweise verpflichtete Verwaltungspraxis den Unternehmen einen größeren Freiraum für die Gestaltung ihrer Verträge zur Verfügung zu stellen. Hierfür liefert vor allem die Ausnahmeregelung des Artikels 81 Absatz 3 die geeignete Rechtsgrundlage, weil sie der Kommission ein weites Ermessen einräumt. Bedenklich sind dagegen Tendenzen, den Geltungsbereich des Artikels 81 Absatz 1 mit Hilfe ökonomischer Kriterien einzuengen. Die Kommission wird in diesem sensiblen Bereich darauf achten müssen, daß sie bei ihren Bemühungen um eine „realistische Interpretation“ des Kartellverbots nicht die von der Rechtsprechung gezogenen Grenzen überschreitet. Dabei kann man ihr nur eine glückliche Hand wünschen.