

Öffentliche Konsultation der Europäischen Kommission zu den Regeln
des EU-Kartellrechts für horizontale Vereinbarungen

Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht

1	Über die Studienvereinigung	3
2	Grundsätzliches	3
3	Forschungs und Entwicklungs-GVO	6
3.1	Art. 1 – Definitionen.....	6
3.2	Art. 3 – Zugang	7
3.3	Art. 4/Art. 7 – Marktanteilsschwellen.....	10
3.4	Art. 4 – Freistellungsdauer.....	11
3.5	Art. 5 – Kernbeschränkungen	12
4	Spezialisierungs-GVO	14
4.1	Verhältnis zu und zusätzlicher Nutzen gegenüber den HLL	14
4.2	Vorschläge zur Erweiterung des Anwendungsbereichs der Spezialisierungs-GVO	14
4.3	Anwendungsvoraussetzungen der Spezialisierungs-GVO.....	15
4.4	Umfang der Freistellung	17
4.5	Anwendung der Marktanteilsschwelle	18
4.6	Informationsgewinnung von Dritten und Hub & Spoke	19
4.7	Signalling	19
4.8	Informationsaustausch bei Einkaufsvereinbarungen	20
4.9	Informationsaustausch im dualen Vertrieb	21
4.10	Informationsaustausch bei Gemeinschafts- und Beteiligungsunternehmen	21
4.11	Informationsaustausch im Rahmen von Transaktionen	21
5	Einkaufsvereinbarungen	22
5.1	Allgemeine Bewertung.....	22
5.2	Definition	22
5.3	Kartellrechtliche Würdigung.....	22
5.3.1	Bezweckte/bewirkte Wettbewerbsbeschränkung	22
5.3.2	Marktmacht.....	23
5.3.3	Kollusionsergebnis.....	23
5.4	Beispielfälle	24
6	Vermarktungsvereinbarungen	24
6.1	Allgemeine Hinweise.....	24
6.2	Kartellrechtliche Würdigung.....	25

6.2.1	Bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen.....	25
7	Anmerkungen zu anderen Formen horizontaler Vereinbarungen	25
7.1	<i>Liefervereinbarungen zwischen Wettbewerbern</i>	25
7.2	<i>Sammlung, Nutzung und Zugang zu Daten</i>	26
7.2.1	Vereinbarungen über Nutzerdaten im Rahmen von F&E- sowie Spezialisierungsvereinbarungen	27
7.2.2	Datenpooling im digitalen Kontext.....	28
7.3	<i>Nachhaltigkeitsvereinbarungen.....</i>	29
7.4	<i>Lizenzvereinbarungen für standardessentielle Patente (SEP).....</i>	29
7.5	<i>Anpassung der Regeln für die Versicherungsbranche</i>	30
7.5.1	Mitversicherungsgemeinschaften & Spezialisierungs-GVO	31
7.5.2	Bedingungsarbeit eines Verbandes.....	31
7.5.3	Musterversicherungsbedingungen	31

1 Über die Studienvereinigung

1. Die Studienvereinigung Kartellrecht („Studienvereinigung“) ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist. Die Rechtsanwälte sowie Wettbewerbsökonominnen 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 EU-Kartellrechts auf horizontale Vereinbarungen und zwar aus unterschiedlichsten Blickwinkeln. Die Mitglieder haben dabei nicht zu sämtlichen Themen eine einheitliche Meinung. Eine weitgehende Übereinstimmung bestand allerdings zu den nachfolgend aufgeführten Themen.

2 Grundsätzliches

Generelle Bewertung

2. Die Horizontalleitlinien („HLL“) und die horizontalen GVO („hGVO“) sind grundsätzlich hilfreich für die Anwendung des Art. 101 AEUV in der Praxis. Die hGVO bieten Unternehmen für bestimmte, häufig vorkommende Kooperationsformen einen „safe harbour“. Die HLL geben einen analytischen Rahmen vor, anhand dessen solche Vereinbarungen geprüft werden können, die unter keine der beiden hGVO fallen. Beides sollte im Grundsatz erhalten werden. Ein Wegfall der HLL oder der hGVO würde für Unternehmen eine Reduzierung der Rechtssicherheit bedeuten und damit die Bereitschaft schmälern, auch effizienzsteigernde, das Kunden- und Konsumentenwohl fördernde Kooperationen einzugehen.
3. Die hGVO haben sich in der Praxis in verschiedener Hinsicht als zu restriktiv herausgestellt. Dies ist in den nachstehenden Abschnitten näher ausgeführt. Die Studienvereinigung plädiert insoweit für eine Streichung oder Anpassung von Bestimmungen, die den Anwendungsbereich der hGVO übermäßig einengen.
4. Wie ebenfalls nachstehend dargelegt, werfen einige Bestimmungen der hGVO Auslegungsfragen auf. Die Studienvereinigung würde es begrüßen, wenn im Rahmen der Überarbeitung der HLL und der hGVO insoweit Rechtssicherheit geschaffen würde.

Lücken in den Regeln zu horizontalen Vereinbarungen

5. Eine in der Praxis sehr häufig vorkommende Form einer horizontalen Vereinbarung sind Liefervereinbarungen zwischen Wettbewerbern. Die HLL behandeln diese bisher nicht. Es wäre zu begrüßen, wenn die HLL insoweit um einen Abschnitt ergänzt würden, der die grundsätzliche Legitimität und Zulässigkeit solcher Liefervereinbarungen zwischen Wettbewerbern sowie deren wettbewerbsrechtliche Grenzen feststellt (siehe näher unten).
6. Erhebliche Unsicherheiten in der Rechtspraxis bestehen bei der Anwendung des Art. 101 AEUV auf Gemeinschaftsunternehmen und insbesondere auf das Verhältnis zwischen der Muttergesellschaft und dem Gemeinschaftsunternehmen. Dies betrifft etwa die Zulässigkeit des Informationsaustauschs zwischen Mutter und GU oder die Zulässigkeit von Vertriebsvereinbarungen zwischen Mutter und GU, welche die Aufteilung von räumlichen Märkten, von Kunden oder die Vertriebspolitik schlechthin betreffen. Der EuGH und die Kommission haben in Kartellbußgeldverfahren die Mütter und das Gemeinschaftsunternehmen in mehreren Leitentscheidungen als wirtschaftliche Einheit angesehen. Die Kommission sollte in den überarbeiteten HLL hieraus die Konsequenz ziehen und klarstellen, dass Art. 101 AEUV im Verhältnis

zwischen Mutter und Gemeinschaftsunternehmen keine Anwendung findet. Dass die bestehenden HLL hinsichtlich des praktisch äußerst wichtigen Themas horizontaler Vereinbarungen im Zusammenhang mit Gemeinschaftsunternehmen völlig schweigen, ist eine erhebliche Lücke, die in den neuen HLL geschlossen werden sollte.

7. Auf zunehmend digitalisierten Märkten bilden sich neue Formen horizontaler Kooperationen (etwa: das Pooling oder der Austausch von Daten, die Errichtung von Online-Verkaufsplattformen, etc.) aus, die weder von den hGVO erfasst sind noch in den bisherigen HLL adressiert werden. Gerade in Ermangelung von Fallrecht ist insoweit „Guidance“ durch die Kommission wünschenswert. Da diese Kooperationen indessen nicht zwangsläufig zwischen Wettbewerbern erfolgen und daher nicht notwendigerweise horizontaler Natur sind, erscheint es nicht zwingend, sie in die HLL zu integrieren. In diesem Fall sollte die Kommission allerdings in anderer Form entsprechende Guidance ermöglichen (etwa durch die Möglichkeit neuartige Fälle im Wege einer Konsultation mit der Kommission zu besprechen – siehe dazu unten Rn. 11) sodass auf einer solchen Basis dann auch Leitlinien entwickelt und veröffentlicht werden können.
8. In den letzten Jahren hat sich verstärkt die Frage nach dem Verhältnis zwischen den Wettbewerbsregeln und anderen Zielen der europäischen Verträge gestellt. Aktuelle praktische Bedeutung hat diese Diskussion insbesondere im Hinblick auf den Umweltschutz und die Nachhaltigkeit gewonnen. Es wäre daher zu begrüßen, wenn die HLL mit Ausführungen zu diesem Themenkomplex ergänzt bzw. aktualisiert würden. Konkret stellt sich insoweit u.a. die Frage, inwieweit es für Unternehmen zulässig ist, durch horizontale Industrie-Vereinbarungen Standards zur Erreichung und Wahrung von Zielen wie Menschenrechten, Umweltschutz, Tierschutz oder nachhaltigem Wirtschaften festzulegen.

Verfahrensfragen

9. Trotz der HLL und der hGVO besteht im Bereich horizontaler Vereinbarungen eine deutlich höhere Rechtsunsicherheit als in anderen Bereichen des Wettbewerbsrechts. Dies liegt daran, dass einerseits die hGVO nur zwei von vielen Arten horizontaler Vereinbarungen abdecken und andererseits die HLL sehr abstrakt gefasst sind und zudem auch nur eine beschränkte Anzahl von Kooperationsformen adressieren. Nicht erfasst sind einerseits alltägliche Vereinbarungen wie Liefer- und Bezugsvereinbarungen unter Wettbewerbern, andererseits spezielle Formen der Kooperation wie etwa Network-Sharing-Verträge zwischen Mobilfunkbetreibern.
10. Hinzu kommt, dass es seit Inkrafttreten der VO 1/2003 praktisch kein Fallrecht mehr zu horizontalen Vereinbarungen gibt. Die Rechtsanwendung ist daher auf die Entscheidungspraxis der Zeit vor 2004 zurückgeworfen, wobei fraglich ist, ob die in den 1990er oder früheren Jahren getroffenen Entscheidungen der Kommission angesichts eines signifikanten Wandels der wirtschaftlichen, technischen und sozialen Gegebenheiten in den 2020er Jahren noch zuverlässige Maßstäbe bieten. Zu *vertikalen* Vereinbarungen gibt es eine Vielzahl von Urteilen nationaler und europäischer Gerichte sowie regelmäßig Entscheidungen der Kommission und nationaler Kartellbehörden (was daran liegt, dass die Interessengegensätze zwischen Parteien in einem vertikalen Verhältnis nicht selten zu Verfahren vor Behörden oder Gerichten führen). Eine vergleichbare Fallpraxis existiert hingegen kaum für horizontale Vereinbarungen.

11. Vor diesem Hintergrund ist eine Eigenprüfung solcher Verträge durch die Unternehmen angesichts der Vielzahl von Abwägungen und Bewertungen, die hierbei zu treffen sind, vielfach mit einem erheblichen Maß an Rechtsunsicherheit verbunden. Dies kann die Anreize für Investitionen senken. Dies gilt nicht nur, aber gerade in der digitalen Wirtschaft.
12. Daher empfiehlt die Studienvereinigung nachdrücklich Verfahrensmöglichkeiten zu eröffnen, mit denen Unternehmen jedenfalls neue Formen horizontaler Kooperationen (wie etwa die Errichtung von Online-Vertriebsplattformen) bzw. komplexe, langfristige und investitionsintensive Kooperationsprojekte (wie etwa die erwähnten Network-Sharing-Verträge) mit der Kommission besprechen können, um so eine Einschätzung über die Zulässigkeit zu erhalten zu können.
13. Es sollten sich insoweit praktische Wege für Unternehmen zur freiwilligen Abstimmung mit der Kommission außerhalb einer Rückkehr zu den Verfahrensregeln der VO 17/65 finden lassen, ohne diese mit übermäßigen Formalitäten, wie vorgeschriebenen Formularen, Fristen, etc. zu belasten. Die bisherige sehr restriktive Handhabung des in Art. 10 VO 1/2003 vorgesehenen Konsultationsverfahrens durch die Kommission hat sich in der Praxis als zu eng erwiesen und führt zu einer weitgehenden Bedeutungslosigkeit des Art. 10 VO 1/2003.
14. Nationale Kartellbehörden haben bewiesen, dass ein Angebot informeller Abstimmung machbar und sinnvoll ist sowie auf Nachfrage trifft. Ein Beispiel hierfür ist die Praxis des Bundeskartellamts zu Online-Verkaufsplattformen¹, ebenso die in der anhängigen 10. GWB Novelle vorgeschlagenen Ergänzungen zu §33c GWB², und schließlich hat auch die Wettbewerbskommission 4.0 ausdrücklich empfohlen über Konsultationsinstrumente nachzudenken, die deutlich über die heutigen Möglichkeiten hinausgehen, um so den sich rasch Technologien adäquat Rechnung zu tragen.³ Dass nunmehr nationale Kartellbehörden versuchen, bei der Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf neue Formen horizontaler Kooperation die von der Kommission gelassene Lücke zu schließen, ist zwar einerseits erfreulich, birgt aber andererseits die Gefahr der Zersplitterung des EU-Wettbewerbsrechts und ist auch eine unvollkommene Lösung für Unternehmen, deren nationale Wettbewerbsbehörde möglicherweise nicht zu solchen Konsultationen bereit ist oder deren Vereinbarung sich auf das Gebiet mehrerer nationaler Behörden erstreckt.
15. Auch die Veröffentlichung von Fallberichten zum Ergebnis informeller Konsultationen erscheint nachdrücklich empfehlenswert, um hierdurch für andere Unternehmen, die ähnliche Kooperationen erwägen, eine Orientierung zu schaffen. Dies würde auch dazu beitragen, den Bedarf für informelle Konsultationen verringern.

¹ Siehe
https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2018/B5-1-18-01.pdf?__blob=publicationFile&v=4;
https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2020/05_02_2020_Unamera.html?nn=3591286.

² Siehe Referentenentwurf 10. GWB Novelle vom 24.1.2020, Nr. 7b.
https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-referentenentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=10

³ Siehe Bericht der Wettbewerbskommission 4.0., insbesondere Abschnitte IX und X.
https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/bericht-der-kommission-wettbewerbsrecht-4-0.pdf?__blob=publicationFile&v=12

3 Forschungs und Entwicklungs-GVO

3.1 Art. 1 – Definitionen

16. Zu **Art. 1 Abs. 1 lit a)**: Hilfreich wäre eine Klarstellung dahingehend, dass verschiedene Formen der Verwertung im Hinblick auf Ergebnisse aus ein und derselben F&E-Kooperation kombiniert werden können, so dass ein Teil der F&E-Ergebnisse in Produkte mündet, die gemeinsam verwertet werden, während ein anderer Teil der F&E-Ergebnisse in Produkten zur Anwendung kommt, die die Unternehmen getrennt verwerten.
17. Zu **Art. 1 Abs. 1 lit a) ii)**: Gemäß Art. 1 Abs. 1 lit a) ii) fällt unter den Begriff der „Forschungs- und Entwicklungsvereinbarung“ auch die gemeinsame Verwertung der Ergebnisse der gemeinsamen Forschung und Entwicklung von Vertragsprodukten oder Vertragstechnologien, die nach einer zuvor geschlossenen Vereinbarung zwischen denselben Parteien durchgeführt worden ist. Dies wirft Fragen im Hinblick auf den sachlichen (a), persönlichen (b) und zeitlichen (c) Konnex zwischen der Forschung und Entwicklung und der Verwertung auf.
- a. In sachlicher Hinsicht stellt sich die Frage, ob es genügt, dass die Verwertung auch die Ergebnisse der gemeinsamen Forschung und Entwicklung betrifft oder ob diese Hauptgegenstand der von der Verwertung betroffenen Produkte sein müssen. Dies wird etwa relevant, wenn sich die Ergebnisse der gemeinsamen Forschung und Entwicklung lediglich auf ein Bauteil oder eine Komponente der verwerteten Produkte beziehen oder diese Produkte lediglich geringfügig verbessern.
- b. In persönlicher Hinsicht stellt sich schließlich die Frage, wie es sich auswirkt, wenn sich die Kreise der an der Forschung und Entwicklung einerseits und der Verwertung andererseits beteiligten Unternehmen unterscheiden. Die F&E-GVO spricht insoweit von „denselben Parteien“. In der deutschen Rechtsliteratur wird indes überwiegend davon ausgegangen, dass eine Unterschreitung der Anzahl der Beteiligten an der nachträglichen Verwertung unschädlich ist, während die Hinzunahme neuer Beteiligter im Rahmen der Verwertung nicht mehr in den Freistellungsbereich der F&E-GVO fallen soll.⁴ Zweifelsfälle stellen insbesondere eine nur kurzfristig oder sehr untergeordnete Beteiligung eines an der Verwertung beteiligten Unternehmens im Rahmen der vorangegangenen Forschung und Entwicklung dar. Nach Ansicht der Kommission dürfte eine untergeordnete Beteiligung in Form der bloßen Anpassung der Arbeitsergebnisse jedenfalls für eine Freistellung wohl nicht ausreichen.⁵
18. Zu **Art. 1 Abs. 1 lit. m)**: Für die Spezialisierung im Rahmen der Verwertung gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. m) iii) i. V. m. Art. 1 Abs. 1 lit. o) wäre eine Definition des „field of use“ sinnvoll, diese insbesondere in Abgrenzung zum relevanten Markt. So ist grundsätzlich eine Spezialisierung dahingehend möglich, dass die Unternehmen im Rahmen der Verwertung zwar auf demselben relevanten Markt agieren, dennoch eine Abgrenzung durch Zuweisung eines „field of use“ vornehmen. Derartige Fälle sollten grundsätzlich unter die Spezialisierung im Rahmen der Verwertung und nicht unter die separate Verwertung der Arbeitsergebnisse fallen, so dass die mit der Spezialisierung verbundenen Freiheiten wie etwa die Rückausnahme nach Art. 5 lit. b) iii) Anwendung

⁴ Vgl. Fuchs in: Immenga/Mestmäcker, Dt. Kartellrecht Bd. 1, 6. Auflage 2019, Art. 1 F&E-GVO Rn. 7; Wagner/Bechtold in: Kölner Kommentar Bd. 3, 2016, Art 1 F&E-GVO Rn- 18 ff.

⁵ Vgl. Kommission, Entscheidung v. 12.12.1990, Abl. 1991 Nr. L 19, 25 – KBS Goulds/Lowara/ITT.

finden. Unklar ist insoweit weiter, ob „field of use“-Spezialisierungen mit Kunden- oder Marktzuweisungen kombiniert werden dürfen.

19. Für die gemeinsame Verwertung durch ein gemeinsames Unternehmen im Sinne des Art. 1 Abs. 1 lit m) i) i. V. m. Art. 1 Abs. 2 lit. m) i) wäre außerdem eine Klarstellung hilfreich, dass die Parteien im Falle einer Verwertung durch ein Gemeinschaftsunternehmen dennoch berechtigt bleiben, jeder einzeln für das Gemeinschaftsunternehmen (etwa als Kommissionär) vertreiben zu dürfen. Dies wäre insbesondere bei unterschiedlich positionierten Markt- bzw. Kundenzugängen der beteiligten Unternehmen wichtig.
20. Zu **Art. 1 Abs. 1 lit t)**: Für die Definition des „potentiellen Wettbewerbers“ ist ein Prognosezeitraum von höchstens drei Jahren vorgesehen. Die HLL erläutern hierzu, damit ein Dritter als potenzieller Wettbewerber gelten könne, müsste der Marktzutritt so rasch geschehen, dass die Aussicht auf einen potenziellen Marktzutritt das Verhalten der Parteien der Vereinbarung und anderer Marktteilnehmer beeinflusst, weshalb im Rahmen der F&E-GVO ein Zeitraum von höchstens drei Jahren als „kurze Zeit“ angesehen werde.⁶ Im Gegensatz dazu stellen die Vertikal-Leitlinien für den potenziellen Wettbewerb auf einen Prognosezeitraum von höchstens einem Jahr ab.⁷ Unseres Erachtens ist der Begriff des „potentiellen Wettbewerbs“ innerhalb des EU-Wettbewerbsrechts autonom und einheitlich auszulegen, so dass er für die F&E-GVO im Einklang mit der Vertikal-GVO auf ein Jahr verkürzt werden sollte. Der bisherige Zeitraum von drei Jahren dehnt zudem den Begriff des potentiellen Wettbewerbs übermäßig aus, so dass er auch rein theoretische Wettbewerbsverhältnisse erfasst.
21. Die F&E-GVO enthält bislang keine Definition der Begriffe „Ergebnisse“ und „Endergebnisse“. Dabei ist festzustellen, dass die F&E-GVO wiederholt zwischen den Begriffen „Ergebnisse“, „Forschungsergebnisse“ oder „Forschungs- und Entwicklungsergebnisse“ wechselt, offenbar ohne hiermit unterschiedliche Inhalte zu verknüpfen. Im Erwägungsgrund Nr. 11 sowie Art. 3 Abs. 2 wird indes vom „Zugang zu den Endergebnissen“ gesprochen, was durchaus einen abweichenden Sinngehalt haben dürfte. Offen bleibt indes, ab wann ein Ergebnis als „Endergebnis“ anzusehen ist und wie dieses von sonstigen Ergebnissen abgegrenzt werden kann.⁸ Diesbezüglich wäre eine Klarstellung entweder durch Aufnahme einer entsprechenden Definition oder durch klarstellende Ausführungen in den Leitlinien sinnvoll. Siehe dazu auch Sonderfragen zu Nutzerdaten weiter unten in Punkt 8.2.2.

3.2 Art. 3 – Zugang

22. Die Kommission geht davon aus, dass die meisten F&E-Vereinbarungen nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen.⁹ Dennoch werden von diesen Vereinbarungen „positive Freistellungsvoraussetzungen“ verlangt. Insbesondere die Zugangsregeln in Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 stellen aus Sicht von Unternehmen erhebliche Eingriffe in IP-Rechte und Know-how dar. In der Praxis kann die Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV in vielen Fällen trotz der Hinweise in den HLL nicht rechtssicher ausgeschlossen werden. Deshalb werden im Zweifel vielfach Vereinbarungen geschlossen, die vorsorglich die Voraussetzungen von Art. 3 erfüllen („Zwangsjackeneffekt“). In einigen Fällen sehen die Unternehmen von eigentlich sinnvollen F&E-Kooperationen ab, weil die Pflichten zur Zugänglichmachung des eigenen IP und Know-how gemäß Art. 3 für

⁶ Vgl. HLL, Fußnote 3 zu Rn. 10.

⁷ Vgl. Vertikal-Leitlinien, Rn. 27.

⁸ Vgl. Fuchs in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2019, Art. 3 F&E, Rn. 4 m. w. N.

⁹ HLL Rn. 129.

unverhältnismäßig gehalten werden. Es sollte deshalb ernsthaft geprüft werden, ob auf die Zugangsvoraussetzungen in Art. 3 verzichtet werden kann. Auch andere GVO arbeiten allein mit Marktanteilen, Kernbeschränkungen und nicht freigestellten Beschränkungen.

23. Die Unsicherheit bei den Zugangsregeln in Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 betrifft u.a. die Frage, inwieweit restriktive Zugangsregeln für sich genommen zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen können. Die HLL verweisen insoweit nur auf die Möglichkeit der Einzelfreistellung (Rn. 140), nicht aber auf die Möglichkeit, dass in derartigen Fällen schon keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Die Möglichkeit der Einzelfreistellung für Vereinbarungen mit ausschließlichen Zugangsrechten wird in Rn. 140 der HLL behandelt. Die Anforderungen daran könnten aus Sicht der Kommission erfüllt sein, wenn die ausschließlichen Zugangsrechte „angesichts des Marktes, der Risiken und des Umfangs der für die Verwertung der Ergebnisse der Forschung und Entwicklung erforderlichen Investitionen wirtschaftlich unerlässlich sind“. Diese Prüfung der „Unerlässlichkeit“ nach Art. 101 Abs. 3 AEUV kann in der Praxis aber kaum jemals belastbar durchgeführt werden. Unternehmen wollen das Risiko einer Fehleinschätzung meist nicht tragen. Die Zugangsvoraussetzungen wirken nicht zuletzt deshalb wie eine „Zwangsjacke“, weil in der Praxis in derartigen Fällen vorsorglich die Voraussetzungen der F&E-GVO erfüllt werden. Deshalb sollte in den HLL erläutert werden, dass Vereinbarungen, die die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 2 bzw. Art. 3 Abs. 3 nicht erfüllen, auch deshalb zulässig sein können, weil sie keine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellen und somit keiner Freistellung bedürfen. Zur Anwendung kommen könnte dabei der Immanenzgedanke bzw. die Rechtsprechung zu objektiv notwendigen Nebenabreden. Grundgedanke dabei ist, dass bestimmte Beschränkungen einen Vertrag überhaupt erst ermöglichen. Der ausreichende Schutz von vorhandenem und neu entstehendem geistigen Eigentum ist für Unternehmen einer der wichtigsten Aspekte beim Abschluss einer F&E-Vereinbarung. Die Einschränkung von Zugangsrechten kann deshalb F&E-Vereinbarungen überhaupt erst ermöglichen. Deshalb sollten beschränkte Zugangsrechte nicht dem Regime des Art. 101 Abs. 3 AEUV unterworfen werden, sondern dem objektiv notwendiger Nebenabreden, die keine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellen.¹⁰ Zumindest aber sollten die knappen Erläuterungen zur Einzelfreistellung in Rn. 140 der HLL deutlich ergänzt werden. Die allgemeinen Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag reichen für die Beurteilung nicht aus.
24. Die Vorgaben für den Zugang nach Art. 3 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 3 werden insbesondere bei Auftrags-F&E (Art. 1 Abs. 1 lit. a) Ziff. iv) bis vi)) für unangemessen gehalten. Durch die Ausweitung der VO Nr. 1217/2010 auf Auftrags-F&E wurden Vereinbarungen in den Anwendungsbereich der GVO einbezogen, bei denen zuvor der Zugang zu den Ergebnissen typischerweise durch die Bezahlung des F&E-Auftrags als abgegolten galt.¹¹ Derartige Vereinbarungen können zwar auch unter Geltung der VO Nr. 1217/2010 in bestimmten Konstellationen als nicht wettbewerbsbeschränkend eingestuft werden, z. B. auf der Grundlage der Zulieferbekanntmachung der EU-Kommission oder Rn. 131 der HLL, so dass es einer Freistellung überhaupt nicht bedürfte. Für viele Konstellationen fehlt es aber an hinreichenden Leitlinien, um eine Wettbewerbsbeschränkung belastbar ausschließen zu können. Die Aussagen in den HLL sind zu knapp und die Zulieferbekanntmachung ist zwar möglicherweise anwendbar, aber nicht auf belastbare Aussagen zu F&E-Vereinbarungen

¹⁰ Vgl. EuG v. 24.5.2012 – T-111/08, ECLI:EU:T:2012:260 Rn. 80 – MasterCard u. a./Kommission.

¹¹ Vgl. Pautke/Schultze, ZWeR 2014, 417, 423 f.

zugeschnitten. Im Ergebnis wird die Einbeziehung der Auftrags-F&E in die F&E-GVO so verstanden, dass auch derartige Vereinbarungen einer Freistellung bedürfen. Deshalb wird vorsorglich versucht, alle Voraussetzungen der F&E-GVO, insbesondere auch die Zugangsregeln nach Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 einzuhalten. Bei Unternehmen besteht aber häufig die Befürchtung, dass der F&E-Auftragnehmer durch die Zugangsregeln das IP und Know-how des F&E-Auftraggebers später auch für F&E zugunsten von Wettbewerbern nutzt. Teilweise kommen Vereinbarungen aufgrund dieser Vorgabe nicht zustande. Es sollte in Erwägung gezogen werden, Auftrags-F&E von den Zugangsregeln in Art. 3 auszunehmen.

25. In Art. 3 Abs. 2 F&E-GVO sollte klargestellt werden, für welche Dauer der Zugang zu Ergebnissen der F&E gewährt werden muss. In Art. 3 Abs. 2 F&E-GVO heißt es zwar, der Zugang müsse „uneingeschränkt“ gewährt werden. In der Praxis ist allerdings unklar, ob dieses Kriterium zwingend auch auf die zeitliche Dimension oder lediglich den sachlichen Umfang der Zugangsgewährung bezogen ist. Ganz konkret ist in vielen Vertragsverhandlungen umstritten, ob der Zugang, d. h. insbesondere Lizenzen an den Ergebnissen, auch mit Wirkung für den Zeitraum nach dem Ende der F&E und ggf. der gemeinsamen Verwertung gewährt werden muss oder nur bis zum Ende der Vereinbarung. Eine Klarstellung sollte diese Rechtsunsicherheit beseitigen. In der Literatur wird aufgrund der aktuell geltenden Fassung der GVO überwiegend die Ansicht vertreten, dass Zugang über das Ende der F&E-Vereinbarung hinaus zu gewährleisten ist.¹² Dieser Eingriff in IP und Know-how wird in der Praxis oft für unverhältnismäßig gehalten. In der F&E-GVO sollte deshalb geregelt werden, dass die Zugangsrechte nur bis zum Ende der F&E-Vereinbarung gewährt werden müssen.
26. Nach Art. 3 Abs. 2 S. 4 können die Parteien einander für den Zugang zu den Ergebnissen für die Zwecke weiterer Forschung [sic!] oder Verwertung eine Vergütung zahlen, die jedoch nicht so hoch sein darf, dass sie diesen Zugang praktisch verhindern würde. Nach Erwägungsgrund 11 ist Sinn und Zweck der Vergütung, den unterschiedlichen Wert oder die unterschiedliche Art der Beiträge der Parteien zu berücksichtigen und auszugleichen. Nähere Kriterien für die Bestimmung der Höhe der Vergütung fehlen. In der Praxis besteht deshalb eine hohe Rechtsunsicherheit bei der Festlegung dieser Vergütung. Unklar ist z. B., ob ein objektiver oder subjektiver Maßstab anzulegen ist. Ein objektiver Maßstab würde die marktüblichen Lizenzgebühren für vergleichbare Produkte und Technologien heranziehen. Nach einem subjektiven Maßstab würde dagegen berücksichtigt, dass kleinere Unternehmen möglicherweise nicht in der Lage sind, marktübliche Lizenzen zu zahlen. Ein subjektiver Maßstab erscheint aber unbillig, soweit eine Partei einen wesentlich größeren Forschungsbeitrag geleistet hat.¹³ Die Studienvereinigung schlägt vor, einen objektiven Maßstab als Ausgangspunkt vorzuschreiben. Unklar ist weiter, ob eine Vergütung begrenzt ist auf den unterschiedlichen Wert des eingebrachten Background IP bzw. die unterschiedlichen Beiträge der Parteien zur F&E, oder ob sie ohne diese Referenzpunkte bzw. Grenzen frei vereinbart werden kann, was wünschenswert erscheint.
27. Field-of-use-Beschränkungen (in der deutschen Fassung: Anwendungsbereiche) für gemeinsame Ergebnisse und für das eingebrachte vorhandene Know-how (Background) sollten in reinen F&E-Vereinbarungen auch für den Zeitraum nach der F&E und in F&E-Vereinbarungen mit gemeinsamer Verwertung für den Zeitraum nach

¹² Vgl. Pautke/Schultze, ZWeR 2014, 417, 431; Winzer, Forschungs- und Entwicklungsverträge, 2. Aufl. 2011 Rn. 632; Gutermuth, WuW 2012, 237, 242.

¹³ Vgl. Pautke/Schultze, ZWeR 2014, 417, 429.

der gemeinsamen Verwertung zulässig sein und nicht den engen Regeln für zulässige Zugangsbeschränkungen nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 unterliegen. Erwägungsgrund 15 stellt klar, dass Field-of-use-Beschränkungen („Nutzungsbeschränkungen“) keine Kernbeschränkungen in Form von Produktions-, Absatz-, Gebiets- oder Kundenbeschränkungen darstellen. In der Praxis besteht aber vielfach Unsicherheit, ob Field-of-use-Beschränkungen im Einzelfall Wettbewerbsbeschränkungen darstellen und einer Freistellung bedürfen oder nicht. Im Zweifel werden Field-of-use-Beschränkungen wie freistellungsbedürftige Beschränkungen behandelt und den Vorgaben von Art. 3 Abs. 2 S. 2 entsprechend gestaltet. Diese Regelung erlaubt den Parteien, den Zugang zu Ergebnissen für die Zwecke der Verwertung entsprechend zu beschränken, wenn sie ihre Verwertungsrechte im Einklang mit dieser Verordnung beschränken. Art. 1 Abs. 1 lit. o lässt als zulässige Form der Spezialisierung im Rahmen der Verwertung auch Beschränkungen hinsichtlich der Verwertung der Ergebnisse in Bezug auf bestimmte „field(s) of use“ (Anwendungsbereiche) zu. Nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 sind Beschränkungen aber nur zu Zwecken der Verwertung und damit für die Dauer der gemeinsamen Verwertung zulässig. Der Zugang im Übrigen muss grundsätzlich „uneingeschränkt“ sein. Die Zugangsrechte nach Art. 3 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 3 stellen daher eine große Hürde für den Abschluss von F&E-Vereinbarungen dar. Deshalb wird in der Praxis oft versucht, zumindest Field-of-use-Beschränkungen für Ergebnisse und eingebrachten Background vorzusehen. Die Rechtssicherheit könnte erheblich gesteigert werden, wenn klargestellt würde, dass derartige Beschränkungen auch nach Ende der gemeinsamen Verwertung zulässig sind, zumindest zu Zwecken eigener Verwertung nach dem Ende der F&E-Vereinbarung. Art. 5 lit. a sollte eine entsprechende Rückausnahme erhalten, ebenso Art. 5 lit. d) und lit. e) für die gemeinsame Verwertung. Zudem sollte in der deutschen Fassung die Übersetzung des Begriffs „field of use“ vereinheitlicht werden.

28. In Art. 3 Abs. 2 S. 4 heißt es „für die Zwecke weiterer Forschung oder Verwertung“, gemeint ist aber wohl „für die Zwecke weiterer Forschung und Entwicklung oder Verwertung“. Ergänzt werden müssten daher wohl die Worte „und Entwicklung“.

3.3 Art. 4/Art. 7 – Marktanteilsschwellen

29. Daneben sollten die vorhandenen Marktanteilsschwellen in Art. 4 und 7 geprüft werden. Hier erscheint etwa sinnvoll, mit ökonomischer Hilfe zu prüfen, ob diese Schwellen ggf. erhöht werden können. Des weiteren sollten die Regeln, nach denen eine Freistellung entfällt, überprüft werden. Für langfristige F&E-Projekte muss es ausreichen, wenn die Voraussetzungen für die Freistellung bei Beginn des Projektes vorliegen. Es ist es wirtschaftlich nicht sinnvoll, wenn die Freistellung wegen etwa gestiegener Marktanteile einige Jahre nach Projektbeginn entfällt. Auf die Übergangsvorschriften für das Fortgelten der Freistellung bei geringfügiger Überschreitung der Marktanteilsschwellen kann dann nämlich auch verzichtet werden.
30. Die vorhandene Marktanteilsschwelle von 25% bezieht sich auf Technologiemarkte mit hohem Innovationspotential. Hier liegt es in der Natur der Sache, dass die Marktanteilsschwellen des Artikel 4 überschritten werden, ohne dass damit eine nachhaltige und verfestigte Marktmacht verbunden ist. Das bedeutet, dass grundsätzlich wünschenswerte Vorhaben nicht von der GVO erfasst werden. Die Studienvereinigung regt an, für die Marktanteilsschwelle von 25% in Art. 4 der F&E-GVO in einem ökonomischen Gutachten prüfen zu lassen, ob eine Erhöhung des Schwellenwertes vorgenommen werden kann. Aufgrund der allgemeinen Erfahrung in der Praxis erscheint es typischerweise eher unwahrscheinlich, dass ein Erstrecken der F&E-GVO auf F&E-Kooperationen von Unternehmen mit Marktanteilen bis maximal

40% wettbewerblich nachteilige Auswirkungen haben könnte. Die Anhebung der Schwelle hätte demgegenüber eine ganz erhebliche Erhöhung der Rechtssicherheit für Unternehmen zur Folge, die bisher bei geringfügiger Überschreitung der 25%-Marke eine aufwändige Selbsteinschätzung vornehmen müssen und mit der Unsicherheit belastet bleiben, ob Gerichte und Behörden diese Einschätzung bei späterer Prüfung teilen.

31. Darüber hinaus sollten die Regeln in Artikel 4 für das Fortgelten bzw. Entfallen der Freistellung bei Überschreitung der Marktanteilsschwellen nach einem gewissen Zeitraum grundsätzlich überdacht werden. F&E Projekte erfordern typischerweise erhebliche Investitionen am Beginn der Kooperation. Es kann nicht sein, dass diese Investitionen in Frage gestellt werden, weil die Freistellung durch späteren Markterfolg nachträglich entfällt. Hier muss Klarheit geschaffen werden, dass eine am Beginn des Projektes vorliegende Freistellung für das gesamte Projekt und die anschließende weitere Verwertung gilt, egal wie sich die Marktsituation entwickelt, siehe sogleich Abschnitt 3.4.
32. Soweit man die Übergangsvorschriften in Art. 7 lit. d) und lit. e) für das Fortgelten bzw. Entfallen der Freistellung bei Überschreitung der Marktanteilsschwellen grundsätzlich beibehalten würde, sollte man diese zumindest an die Regeln der TT-GVO und der VGVO (wie von der Studienvereinigung dort vorgeschlagen) anpassen. Insoweit wird angeregt, die Freistellung einer Vereinbarung nach der F&E-GVO im Anschluss an das Jahr, in dem ein Marktanteil die Schwelle erstmals überschreitet, einheitlich noch für zwei Jahre fortgelten zu lassen (so z. B. Art. 8 lit. e) Technologie-Transfer-GVO). Verhaltensweisen, die bei niedrigen Marktanteilen eingeführt wurden, sind nicht durch die Ausübung von Marktmacht motiviert. Daher ist es unwahrscheinlich, dass dieselben Verhaltensweisen bei späterer Überschreitung der Schwellen tatsächlich zu negativen Wettbewerbseffekten führen. Des Weiteren können Marktanteile selten mit einer Präzision bestimmt werden, die erforderlich wäre, um die gegenwärtige Regelung zielführend anzuwenden. Darüber hinaus sind massive Marktanteilszuwächse in einem Zeitraum von zwei Jahren typischerweise ohnehin nicht zu erreichen, so dass auf eine Obergrenze (jetzt „plus 5%“) verzichtet werden kann.

3.4 Art. 4 – Freistellungsdauer

33. Darüber hinaus sollten die Regeln in Artikel 4 für das Fortgelten bzw. Entfallen der Freistellung bei Überschreitung der Marktanteilsschwellen nach einem gewissen Zeitraum grundsätzlich überdacht werden. F&E Projekte erfordern typischerweise erhebliche Investitionen am Beginn der Kooperation. Es kann nicht sein, dass diese Investitionen in Frage gestellt werden, weil die Freistellung durch späteren Markterfolg nachträglich entfällt. Hier muss Klarheit geschaffen werden, dass eine am Beginn des Projektes vorliegende Freistellung für das gesamte Projekt und die anschließende weitere Verwertung gilt, egal wie sich die Marktsituation entwickelt. Jedenfalls wäre die willkürlich gesetzte Grenze von sieben Jahren ab Inverkehrbringen zu überdenken. Wir geben zu Bedenken, dass Artikel 102 AEUV den Parteien ja in jedem Fall Grenzen vorgibt.
34. Die fortdauernde Prüfung der Marktanteilsschwellen, wie etwa in der TTGVO oder der VGVO ist für F&E Projekte nicht geeignet. Anders als bei TTGVO und VGVO handelt es sich bei F&E Projekten ja gerade nicht um andauernde Kooperationen, bei denen sich Kosten und Nutzen jährlich neu ausgleichen, sondern um Projekte mit hohen Anfangsinvestitionen und (ungewissem) späteren Gewinn.

35. Die Regelung Art. 4 Abs. 3 F&E-GVO, wonach die Freistellung über sieben Jahre hinaus so lange weiter gilt, wie der Marktanteil der Parteien unter 25% verbleibt, verbessert die Planbarkeit für die forschenden Unternehmen nicht. Es ist im Zeitpunkt des Eingehens der F&E-Vereinbarung überhaupt nicht absehbar, wie sieben Jahre nach Inverkehrbringen des neuen Produkts die Marktabgrenzung vorzunehmen ist und welche Anteile an dem relevanten Markt die Parteien haben werden. Diese mangelnde langfristige Planbarkeit bei der Vermarktung des Produkts beschränkt die Bereitschaft von Unternehmen, die F&E überhaupt erst aufzunehmen. Die Studienvereinigung plädiert daher dafür, die Beschränkung auf sieben Jahre zu streichen und für F&E Vereinbarungen ausschließlich auf den Zeitpunkt des Abschlusses einer F&E Vereinbarung abzustellen.
36. Darüber hinaus gibt es einige Unklarheiten in Artikel 4, die die Anwendung von Artikel 4 in der Praxis erheblich erschweren. In Art. 4 Abs. 2 und Abs. 3 F&E-GVO wird jeweils auf den „in Absatz 1 genannten Zeitraum“ verwiesen. Dies ist insoweit nicht klar, als Art. 4 Abs.1 F&E-GVO zwei Zeiträume enthält, namentlich die Dauer der Forschung und Entwicklung nach Satz 1 und den Zeitraum von sieben Jahren ab erstem Inverkehrbringen der Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien gemäß Satz 2. Es wird davon ausgegangen, dass hiermit der letztgenannte Zeitraum von sieben Jahren gemeint ist. Eine Klarstellung wäre dennoch sinnvoll.
37. Im Hinblick auf den Zeitraum von sieben Jahren ab erstem Inverkehrbringen der Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 2 F&E-GVO stellt sich die Frage, ob dieser nur für das allererste Produkt gilt, welches aus der F&E-Kooperation resultiert, oder ob der Zeitraum für jedes marktfähige und auf den Markt gebrachte, aus der F&E-Kooperation resultierende Produkt neu beginnt. Sicherlich können geringfügige Verbesserungen oder Anpassungen der Produkte nicht dazu führen, den Freistellungszeitraum künstlich zu verlängern. Allerdings erscheint es durchaus gerechtfertigt, bei Vorliegen hinreichender Originalität und Schöpfungshöhe den Freistellungszeitraum für neue Produkte aus derselben F&E-Kooperation neu beginnen zu lassen. Andernfalls wäre es mitunter vom Zufall abhängig, ob das neue Produkt derselben F&E-Kooperation oder einer eigenständigen F&E-Kooperation zwischen den Parteien entspringt.
38. Für die Zeit nach Ablauf des Freistellungszeitraums gemäß Art. 4 stellt sich die Frage, ob die Parteien von der gemeinsamen Verwertung dann generell Abstand nehmen müssen, oder ob diese über andere GVOen – insbesondere Spezialisierungs-GVO oder Vertikal-GVO – freigestellt werden kann, wenn die dortigen Voraussetzungen erfüllt sind. Dies wäre etwa denkbar, wenn die Parteien im Rahmen der Spezialisierung bei der gemeinsamen Verwertung ein Zulieferverhältnis bilden, so dass bei einem Überschreiten des gemeinsamen Marktanteils von 25% gemäß Art. 4 Abs. 3 eine Freistellung nach der großzügigeren Marktanteilsschwelle von 30% gemäß Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO in Betracht käme. Art. 2 Abs. 5 der Vertikal-GVO könnte so verstanden werden, dass in diesem Fall die vorrangige F&E-GVO die Anwendung der Vertikal-GVO sperrt. Es ist indes kein Grund ersichtlich, das Zulieferverhältnis zwischen den Parteien strenger zu beurteilen, nur weil die Produkte aus vorangegangenen F&E-Aktivitäten stammen. Wünschenswert wäre daher eine Klarstellung, dass eine Freistellung nach anderen GVOen auch nach dem Ende der Freistellungsdauer in Art. 4 möglich ist.

3.5 Art. 5 – Kernbeschränkungen

39. Nach Art. 5 lit. a) stellen Beschränkungen der Freiheit, nach Abschluss der F&E im Bereich der F&E weitere F&E zu betreiben, eine Kernbeschränkung dar. In

Kombination mit den Zugangsregeln nach Art. 3 lässt dies Unternehmen befürchten, dass ihr IP und Know-how nach Abschluss der F&E vom Kooperationspartner zugunsten von Wettbewerbern mithin zu ihrem eigenen Schaden genutzt werden wird. Dies wird jedenfalls in Vereinbarungen zwischen Nicht-Wettbewerbern sowie bei Auftrags-F&E für unverhältnismäßig gehalten. Die Anreize zum Abschluss von F&E-Vereinbarungen werden dadurch gemindert. Im Gegenzug werden Fehlanreize für Dritte geschaffen, indem diese dazu verleitet werden, die ehemaligen F&E-Partner von Konkurrenten abzuwerben, anstatt eigene, originäre F&E zu betreiben. Art. 5 lit. a) sollte deshalb im Hinblick auf derartige Konstellationen eingeschränkt werden, z.B. durch eine Rückausnahme für zulässige „field-of-use“-Beschränkungen.

40. In der Praxis bereitet die Auslegung des Begriffs „Bereich“ oder „zusammenhängender Bereich“ Schwierigkeiten. Im Englischen wird das Wort „field“ verwendet, deshalb stellt sich die Frage, inwieweit hier auch „field of use“ gemeint ist. Ebenfalls unklar ist das Verhältnis zum relevanten Markt. Um Rechtssicherheit bei der Anwendung von Art. 5 Abs. 1 lit. a) zu schaffen, sollten diese Begriffe entweder in der F&E-GVO definiert oder in den HLL erläutert werden.
41. Bei der Anwendung von Art. 5 lit. c) besteht Unsicherheit, ob wie in Art. 4 lit. a) Vertikal-GVO und Art. 4 Abs. 2 lit. a) TT-GVO ausdrücklich geregelt, Höchstverkaufspreise und Preisempfehlungen vom Tatbestand der Kernbeschränkungen ausgenommen sind. Zumindest im Hinblick auf Vereinbarungen zwischen Nicht-Wettbewerbern wäre das systematisch konsequent. Soweit eine Klarstellung in Art. 5 lit. c) nicht möglich erscheint, könnte auch eine Klarstellung in den Erwägungsgründen oder den HLL größere Rechtssicherheit bieten.
42. Art. 5 lit. d) enthält eine Kernbeschränkung für passive Verkäufe und Lizenzerteilungen. Davon ausgenommen ist nach Art. 5 lit. d) die Verpflichtung, Lizenzen für die Ergebnisse ausschließlich einer anderen Partei zu erteilen. Keine Rückausnahme besteht dagegen für die ausschließliche Belieferung der anderen Parteien. Nach Art. 1 Abs. 1 lit. o) a.E. stellt es jedoch eine von der F&E-GVO ausdrücklich gewollte Spezialisierung im Rahmen der Verwertung dar, „dass nur eine Partei die Vertragsprodukte auf der Grundlage einer von den anderen Parteien erteilten ausschließlichen Lizenz herstellt und vertreibt“. Wenn diese Konstellation zwischen den Parteien vereinbart wird, könnte das aber nach dem Wortlaut den Tatbestand einer Kernbeschränkung nach Art. 5 lit. d) erfüllen, weil die Rückausnahme in Art. 5 lit. d) nur die Lizenz nicht aber die Herstellung und den Vertrieb umfasst. Die umfassende Einbindung des Konzepts der „Spezialisierung im Rahmen der Verwertung“ nach Art. 1 Abs. 1 lit. o) in der F&E-GVO, u. a. in Art. 3 Abs. 2 S. 2 und Art. 5 lit. b) Ziff. iii) spricht jedoch dafür, dass sich die am Ende von Art. 1 Abs. 1 lit. o) beschriebene Konstellation im Ergebnis gegen die Kernbeschränkung in Art. 5 lit. d) durchsetzen soll. Dafür spricht, dass ohne Lizenz der anderen Parteien Herstellung und Vertrieb nicht erfolgen können. Erwägungsgrund 15 legt zudem nahe, dass eine Beschränkung passiver Verkäufe nur dann unzulässig sein soll, wenn mehrere Parteien der F&E-Vereinbarung im Vertrieb tätig sind und diese sich Gebiete oder Kundengruppen zugewiesen haben. Aufgrund der weitreichenden Folgen der Kernbeschränkung sollte jedoch in Art. 5 lit. d) ausdrücklich klargestellt werden, dass die am Ende von Art. 1 Abs. 1 lit. o) beschriebene Form der Spezialisierung in der Verwertung zulässig ist. Art. 5 lit. d) könnte lauten: *„die Beschränkung des Gebiets oder der Kundengruppe, in dem oder an die die Parteien passiv die Vertragsprodukte verkaufen oder Lizenzen für die Vertragstechnologien erteilen dürfen, ausgenommen Verhaltensweisen, die eine Spezialisierung im Rahmen der Verwertung darstellen, sowie die Verpflichtung, Lizenzen für die Ergebnisse*

ausschließlich einer anderen Partei zu erteilen oder einer anderen Partei die ausschließliche Herstellung oder den ausschließlichen Vertrieb zu überlassen".

4 Spezialisierungs-GVO

43. Die Studienvereinigung spricht sich für eine Beibehaltung der Spezialisierungs-GVO aus. Die Spezialisierungs-GVO schafft über die HLL hinaus für einen (wenn auch begrenzten) Anwendungsbereich zusätzliche Rechtssicherheit. Um den Grad an Rechtssicherheit zu erhöhen, schlägt die Studienvereinigung einige Klarstellungen, Anpassungen und Erweiterungen für die Überarbeitung der Spezialisierungs-GVO vor.

4.1 Verhältnis zu und zusätzlicher Nutzen gegenüber den HLL

44. Bei den in Art. 1 Abs. 1 lit. a) Spezialisierungs-GVO genannten Spezialisierungsvereinbarungen handelt es sich um „Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion“ im Sinne der HLL, auch wenn rein formal nur im Fall des Art. 1 Abs. 1 lit. d) Spezialisierungs-GVO wirklich gemeinsam produziert wird. In den HLL werden derartige Vereinbarungen in Abschnitt 4 behandelt (Rn. 150 bis 186 HLL). Die HLL definieren nicht, was eine Vereinbarung über die gemeinsame Produktion ausmacht. Stattdessen werden einzelne Kooperationsformen beispielhaft aufgeführt (Rn. 150 HLL). Dieser Ansatz ist sinnvoll, weil es zahlreiche sehr unterschiedliche Vereinbarungen auf Produktionsebene geben kann. Kennzeichnend für die von der GVO freigestellten Spezialisierungsvereinbarungen ist nach Einschätzung der Europäischen Kommission, dass diese zu rationellerer Arbeit und günstigeren Herstellungskosten führen (Erwägungsgrund 6 Spezialisierungs-GVO). Auf Grund dieses engen Anwendungsbereichs hat der Abschnitt 4 der HLL neben der Spezialisierungs-GVO einen erheblichen eigenen Anwendungsbereich.
45. Im Vergleich zu den HLL schafft die Spezialisierungs-GVO zusätzliche Rechtssicherheit, indem den Unternehmen eine gesicherte Freistellung ohne zusätzliche Abwägung gewährt wird. Zudem beinhaltet die Spezialisierungs-GVO in der aktuellen Fassung einige (wenn auch wenige) inhaltliche Erweiterungen gegenüber den HLL, etwa zur Zulässigkeit von Alleinbelieferungs- und Alleinbezugsverpflichtungen (Art. 2 Abs. 3 Spezialisierungs-GVO). Zwar könnte man diese weiteren Kriterien bei einer Überarbeitung auch in den HLL reflektieren. Von der Möglichkeit einer gesicherten Freistellung durch die Spezialisierungs-GVO sollte die Europäische Kommission aber nicht abrücken.

4.2 Vorschläge zur Erweiterung des Anwendungsbereichs der Spezialisierungs-GVO

46. Die Studienvereinigung regt an, den Anwendungsbereich der Spezialisierungs-GVO auf Vereinbarungen zu erstrecken, welche der Produktionserweiterung dienen. Solche werden nach Rn. 169 der HLL schon heute weitgehend wie Spezialisierungsvereinbarungen im Sinne der Spezialisierungs-GVO behandelt. Tatsächlich können sie bereits unmittelbar unter die Spezialisierungs-GVO fallen, wenn die Produktionserweiterung Folge einer „gemeinsamen Produktion“ nach Art. 1 Abs. 1 Abs. d) Spezialisierungs-GVO ist. Möglich ist aber auch, dass zwei Vertragsparteien, die jeweils für sich genommen nicht genug Nachfrage haben, um in eine erweiterte Produktion zu investieren, die erweiterte Produktion von einer Vertragspartei durchführen lassen. Eine solche Vereinbarung sollte, wie eine einseitige oder gegenseitige Spezialisierung, ebenfalls zu einer rationelleren Arbeitsteilung und geringeren Stückkosten führen und mithin freigestellt werden.

47. Die Anwendung der Spezialisierungs-GVO setzt voraus, dass die Parteien entweder gemeinsam produzieren oder aber eine oder beide der Parteien die Produktion (ganz oder teilweise) einstellen. Damit erfasst die Spezialisierungs-GVO (neben der einseitigen Produktionserweiterung) nicht diejenigen Liefervereinbarungen zwischen Wettbewerbern, bei denen ein Unternehmen das Wettbewerbsprodukt bei einem Wettbewerber zukaufte, weil das erste Unternehmen seine Kapazitäten erschöpft hat (der Markt eine Investition in eine neue Produktionsanlage jedoch nicht rechtfertigt), der Wettbewerber hingegen noch freie Kapazitäten hat. Eine andere Motivation solcher Lieferungen zwischen Wettbewerbern können auch kurzfristige Kapazitätsengpässe, z.B. aufgrund des Ausfalls oder der vorübergehenden Stilllegung einer Anlage sein (z.B. zur Wartung). In wiederum anderen Situationen wird durch Querlieferungen in bestimmten räumlichen Märkten die Reduzierung der Transportkosten angestrebt. Es wäre zu begrüßen, wenn die Kommission auch für solche – in der Praxis sehr häufig vorkommende – Liefer- und Bezugsverträge unter Wettbewerbern mehr Rechtssicherheit schaffen würde. Dies könnte durch eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Spezialisierungs-GVO und des bisher auf „Produktionsvereinbarungen“ beschränkten Abschnitts in den HLL erfolgen.
48. Nach Art. 1 lit. q) umfasst der (freigestellte) „gemeinsame Vertrieb“ lediglich den Vertrieb über ein gemeinsames Unternehmen oder über einen Dritten. Nach Erwägungsgrund 9 soll hierdurch sichergestellt werden, dass sich nicht eine Partei aus dem Vertrieb ganz zurückzieht. Damit ist es *nicht* freigestellt, wenn der gemeinsame Vertrieb in der Form erfolgt, dass eine Partei den Vertrieb für beide Partner übernimmt. Das erscheint insofern wettbewerbsrechtlich widersinnig, als es mit Blick auf die Auswirkungen auf die Nachfrageseite unerheblich ist, ob der Vertrieb durch ein Gemeinschaftsunternehmen oder durch eine der beiden Parteien erfolgt – denn in jedem der beiden Fälle ist das Ergebnis, dass dem Nachfrager nur noch ein Anbieter gegenübersteht, wo es zuvor zwei konkurrierende Anbieter gab. Es wäre daher folgerichtig, den Begriff des „gemeinsamen Vertriebs“ auch auf die Konstellation auszuweiten, in der eine Partei den Vertrieb für beide Partner übernimmt.

4.3 Anwendungsvoraussetzungen der Spezialisierungs-GVO

49. Art. 1 Abs. 1 lit. b) Spezialisierungs-GVO verlangt, dass sich eine Vertragspartei zur Produktionseinstellung bzw. zum Produktionsverzicht verpflichtet, während die andere Vertragspartei eine Verpflichtung zur Produktion und Lieferung eingeht. Kennzeichnend für einseitige Spezialisierungen ist mithin jeweils eine „Verpflichtung“ der beteiligten Vertragsparteien, ohne dass die Spezialisierungs-GVO klarstellt, wann eine solche Verpflichtung gegeben ist. Es sind Fälle denkbar, in denen eine Vereinbarung zu einer teilweisen Produktionseinstellung führt, ohne dass diese zwischen den Vertragsparteien ausdrücklich oder konkludent vereinbart wird. Lieferverpflichtungen (und damit einhergehende, zumindest konkludente Produktionsverpflichtungen) kommen häufiger vor, weil die beziehende Vertragspartei den Bezug der Spezialisierungsprodukte absichern will. Es gibt aber Fälle, in denen die Vertragsparteien nur einen Rahmenvertrag schließen und einzelne Bestellungen von der liefernden Vertragspartei zurückgewiesen werden können. All diesen Fällen ist gemein, dass die von der Spezialisierungs-GVO gewünschten Effekte (rationellere Arbeit und günstigere Herstellungskosten) eintreten. Nach Ansicht der Europäischen Kommission soll durch die Liefer- und Bezugsverpflichtungen sichergestellt werden, dass sich eine Vertragspartei nicht aus dem der Produktion nachgelagerten Markt zurückzieht (Erwägungsgrund 9 Spezialisierungs-GVO). Dieses Ziel könnte aber auch mit einer ausdrücklichen Klarstellung im Wortlaut der Spezialisierungs-GVO erreicht werden. Da die Spezialisierungs-GVO keine besonderen Anforderungen an die

Produktionseinstellung bzw. den Produktionsverzicht sowie die Produktionsverpflichtung bzw. die Lieferverpflichtung stellt, sollte überlegt werden, ob von dem Kriterium der „Verpflichtung“ bei einer einseitigen Spezialisierung nicht Abstand genommen werden kann.

50. Nach Art. 1 Abs. 1 lit. b) Spezialisierungs-GVO kann eine einseitige Spezialisierung ferner nur zwischen zwei Parteien geschlossen werden. Es gibt aus ökonomischer Sicht aber keinen Grund zu der Annahme, dass eine einseitige Spezialisierung, an der mehrere Parteien beteiligt sind, eine abweichende wettbewerbsrechtliche Bewertung fordern würde. Derartige Vereinbarungen kann es geben, wenn das beziehende Unternehmen nur dann seine eigene Produktion zurückfahren kann, wenn sich zwei liefernde Unternehmen finden, welche eine Versorgungssicherheit garantieren. Genauso kann es für das liefernde Unternehmen Sinn machen, die eigene Produktion nur zu erweitern, wenn zwei beziehende Unternehmen ihren Bedarf bündeln und so die notwendige Mindestmenge für einen Ausbau von Produktionskapazitäten erreichen. Nur weil es mehrere beziehende oder liefernde Vertragsparteien gibt, sollte nicht der Anwendungsbereich des Art. 1 Abs. 1 lit. b) Spezialisierungs-GVO verschlossen werden.
51. Art. 1 Abs. 1 lit. b) Spezialisierungs-GVO könnte daher wie folgt neu gefasst werden: *„Vereinbarung über die einseitige Spezialisierung“ eine Vereinbarung zwischen auf demselben sachlich relevanten Markt tätigen Parteien, bei der mindestens eine Vertragspartei die Produktion bestimmter Produkte ganz oder teilweise einstellt oder von deren Produktion absieht und diese Produkte von mindestens einer anderen Partei bezieht, wobei alle Parteien auf dem der Produktion nachgelagerten Markt tätig bleiben.“* Weil Art. 1 Abs. 1 lit. c) Spezialisierungs-GVO eine Gegenseitigkeit voraussetzt, muss insoweit eine zumindest konkludente Verpflichtung zwischen den Vertragsparteien vorliegen. Die vorgenannten Abgrenzungsfragen stellen sich bei der gegenseitigen Spezialisierung, die auch mehrere Unternehmen erfasst, nicht. Art. 1 Abs. 1 lit. c) Spezialisierungs-GVO verlangt dafür eine Produktionseinstellung bzw. den Produktionsverzicht „bestimmter, aber unterschiedlicher Produkte“. Welcher Grad an Produktdifferenzierung notwendig ist, ergibt sich aus der Spezialisierungs-GVO nicht. Abgrenzungsfragen stellen sich, wenn sich Produkte nur hinsichtlich Farbe, Form oder angebrachter Marke unterscheiden. Zwar ist es richtig, dass gerade bei dem Zusammenbringen komplementärer Fähigkeiten hohe Effizienzgewinne zu erwarten sind (Erwägungsgrund 6 Spezialisierungs-GVO). Teilweise wird daher behauptet, dass die Spezialisierungsprodukte unterschiedlichen sachlichen Märkten zugeordnet werden müssen.¹⁴ Dies erscheint aber zu weitgehend, weil die Vertragsparteien „auf demselben sachlich relevanten Markt“ (nicht: Märkten) tätig sein dürfen und selbst eine gemeinsame Produktion eines identischen Produkts nach Art. 1 Abs. 1 lit. d) Spezialisierungs-GVO freigestellt wäre.¹⁵ Wenn aus Sicht der Europäischen Kommission die Einstellung der Produktion auf demselben sachlich relevanten Markt ausreicht, um die Freistellung als „gegenseitige Spezialisierung“ zu erreichen, sollte der Grad der weiteren Produktdifferenzierung unerheblich sein. Die Studienvereinigung regt daher an, den Zusatz „aber unterschiedlicher Produkte“ in Art. 1 Abs. 1 lit. c) Spezialisierungs-GVO zu streichen.
52. Nicht abschließend geklärt ist, ob die liefernde Vertragspartei die tatsächliche Herstellung des Produkts einem Dritten übertragen und dennoch die Anforderungen der Art. 1 Abs. 1 lit. b) und Art. 1 Abs. 1 lit. c) Spezialisierungs-GVO erfüllen kann. Der

¹⁴ Israel, in: Münchener Kommentar, 2. Aufl. 2015, Spezialisierungs-GVO, Art. 1 Rn. 10.

¹⁵ LMRKM/Heckenberger/Herzog, 3. Aufl. 2016, Art. 1 Spezialisierungs-GVO, Rn. 20.

oben vorgeschlagene neue Wortlaut vermeidet dieses Problem jedenfalls bei der einseitigen Spezialisierung, weil auf eine Produktionsverpflichtung der liefernden Partei verzichtet wird. Davon unabhängig ist aber eine dahingehende Klarstellung wünschenswert. Nach Art. 1 Abs. 1 lit. d) Spezialisierungs-GVO umfasst die Produktion die Vergabe von Unteraufträgen. Ein Unterauftrag deckt sprachlich eher eine Teilleistung im Produktionsprozess ab als einen vollständigen Bezug. Aus Sicht der Studienvereinigung sollte es aber keinen Unterschied machen, ob die liefernde Vertragspartei das Produkt selbst produziert, solange die liefernde Vertragspartei Wettbewerber auf dem sachlich relevanten Markt bleibt.

53. Art. 1 Abs. 1 lit. o) Spezialisierungs-GVO definiert Alleinbelieferungsverpflichtungen als Regelungen, die einen Bezug von Wettbewerbern ausschließen. Es ist durchaus denkbar, dass Unternehmen außerhalb des relevanten Marktes nach einer Belieferung fragen. Dies kann dazu führen, dass dieses Unternehmen (potentieller) Wettbewerber wird, je nach geplanter Verwendung des Spezialisierungsprodukts. In diesem Fall erlaubt Art. 1 Abs. 1 lit. o) Spezialisierungs-GVO den Ausschluss des Bezugs. Es ist aber auch möglich, dass ein Unternehmen nicht auf dem relevanten Markt tätig wird, beispielsweise, weil dieses Unternehmen Kunden in anderen räumlichen Märkten ansprechen will. Wenn bereits der Bezug von Wettbewerbern ausgeschlossen werden kann, sollte es den Vertragsparteien auch möglich sein, den Bezug von allen Dritten auszuschließen. Damit entfallen in der Praxis unter Umständen schwierige Abgrenzungsfragen, wenn es darum geht, ob ein Unternehmen schon (potentieller) Wettbewerber ist oder nachträglich Wettbewerber wird, was im zuletzt genannten Fall zur Folge hat, dass ein zunächst zulässiger Bezug nachträglich eingestellt werden muss.
54. Ohnehin ist die Bestimmung des potentiellen Wettbewerbers nach Art. 1 Abs. 1 lit. n) Spezialisierungs-GVO mit erheblichen Unsicherheiten behaftet, auch wenn die Bestimmung nur noch bei den vorgenannten Alleinbelieferungsverpflichtungen oder dem „gemeinsamen“ Vertrieb durch einen Dritten nach Art. 1 Abs. 1 lit. q) Spezialisierungs-GVO eine Rolle spielt. Die Spezialisierungs-GVO verlangt eine Prognose über die Entwicklung der kommenden drei Jahre. Im Gegensatz dazu stellen die Vertikal-Leitlinien für den potenziellen Wettbewerb auf einen Prognosezeitraum von höchstens einem Jahr ab.¹⁶ Nach Auffassung der Studienvereinigung ist der Begriff des „potentiellen Wettbewerbs“ innerhalb des EU-Wettbewerbsrechts autonom und einheitlich auszulegen, so dass er für die Spezialisierungs-GVO im Einklang mit der Vertikal-GVO auf ein Jahr verkürzt werden sollte. Der bisherige Zeitraum von drei Jahren dehnt zudem den Begriff des potentiellen Wettbewerbs übermäßig aus, so dass er auch rein theoretische Wettbewerbsverhältnisse erfasst.

4.4 Umfang der Freistellung

55. Hinsichtlich des Umfangs der Freistellung regt die Studienvereinigung an, dass zwei Formulierungen, die bereits in der Vorgängerregelung VO 2658/2000 enthalten waren, wieder in die Spezialisierungs-GVO aufgenommen werden.
56. Die Freistellung nach Art. 2 Abs. 1 Spezialisierungs-GVO erfasst nach Art. 2 Abs. 2 Spezialisierungs-GVO jede Bestimmung, die der Übertragung von Rechten des geistigen Eigentums oder der Erteilung diesbezüglicher Lizenzen dient, sofern diese Bestimmung nicht Hauptgegenstand der Spezialisierungsvereinbarung ist. Durch diese Formulierung wird der Anwendungsbereich der Spezialisierungs-GVO nach

¹⁶ Vgl. Vertikal-Leitlinien, Rn. 27.

herrschendem Verständnis von der Technologietransfer-GVO abgegrenzt.¹⁷ Art. 1 Abs. 2 VO 2658/2000 hat demgegenüber notwendige Nebenabreden grundsätzlich freigestellt, also nicht nur Regelungen zum Technologietransfer erwähnt.¹⁸ Es entspricht bereits heute herrschendem Verständnis, dass die Europäische Kommission bei der Überarbeitung der Spezialisierungs-GVO im Jahr 2010 an der generellen Freistellung von Nebenabreden nichts ändern wollte,¹⁹ was sich mittelbar auch aus Erwägungsgrund 11 der Spezialisierungs-GVO ergibt. Dennoch bietet es sich aus Gründen der Rechtsklarheit an, bei einer Neufassung der Vorschrift eine dem Wortlaut des alten Art. 1 Abs. 2 VO 2658/2000 entsprechende Formulierung zu verwenden.

57. Eine sprachliche Klarstellung ist aus Sicht der Studienvereinigung auch bei Art. 2 Abs. 3 der Spezialisierungs-GVO angezeigt. Nach dem Wortlaut ist eine Spezialisierungsvereinbarung freigestellt, wenn die Parteien eine Alleinbezugs- oder eine Alleinbelieferungsverpflichtung akzeptieren oder die Spezialisierungsprodukte nicht selbst verkaufen, sondern gemeinsam vertreiben. Der Wortlaut lässt sich so verstehen, dass die Vereinbarung einer solchen Abrede Voraussetzung für eine Freistellung nach der Spezialisierungs-GVO ist. Die ergänzende Erläuterung in Erwägungsgrund 9 Spezialisierungs-GVO („können, müssen aber nicht ausschließlicher Art sein“) lässt erkennen, dass dies nicht gewollt ist. Art. 3 VO 2658/2000 hat demgegenüber bei der Bestimmung des Freistellungsumfangs klargestellt, dass die Freistellung „auch“ bei derartigen Vereinbarungen gelten soll. Bei einer möglichen Neufassung der Regelung sollte eine entsprechende Klarstellung ebenfalls aufgenommen werden.

4.5 Anwendung der Marktanteilsschwelle

58. Daneben sollten die vorhandenen Marktanteilsschwellen in Art. 3 und 5 geprüft werden. Hier erscheint etwa sinnvoll, mit ökonomischer Hilfe zu prüfen, ob diese Schwellen ggf. erhöht werden können. Des weiteren sollten die Regeln, nach denen eine Freistellung entfällt, überprüft werden. Für langfristige Spezialisierungs-Projekte muss es ausreichen, wenn die Voraussetzungen für die Freistellung bei Beginn des Projektes vorliegen. Es ist es wirtschaftlich nicht sinnvoll, wenn die Freistellung wegen etwa gestiegener Marktanteile nach Projektbeginn entfällt. Das Problem ist hier noch größer als bei der F&E GVO, da die Spezialisierungs-GVO überhaupt keinen grundsätzlich freigestellten Zeitraum enthält. Jedenfalls sollten auch die Übergangsvorschriften in Art. 5 für das Fortgelten der Freistellung bei Überschreitung der Marktanteilsschwellen überarbeitet werden.
59. Die Studienvereinigung regt an, für die Marktanteilsschwelle von 20% in Art. 3 der GVO in einem ökonomischen Gutachten prüfen zu lassen, ob eine Erhöhung des Schwellenwertes vorgenommen werden kann. Aufgrund der allgemeinen Erfahrung in der Praxis erscheint es typischerweise eher unwahrscheinlich, dass ein Erstrecken der GVO auf Kooperationen von Unternehmen mit Marktanteilen bis maximal 40% wettbewerblich nachteilige Auswirkungen haben könnte. Die Anhebung der Schwelle hätte demgegenüber eine ganz erhebliche Erhöhung der Rechtssicherheit für Unternehmen zur Folge, die bisher bei geringfügiger Überschreitung der 20%-Marke eine aufwändige Selbsteinschätzung vornehmen müssen und mit der Unsicherheit

¹⁷ Seeliger/Laskey, EWS 2011, 119, 123.

¹⁸ Die Vorschrift lautete „Die Freistellung nach Absatz 1 gilt auch für Bestimmungen in Spezialisierungsvereinbarungen, die nicht den eigentlichen Gegenstand solcher Vereinbarungen bilden, die aber mit deren Durchführung unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, wie zum Beispiel [...]“.

¹⁹ Bechtold/Bosch/Brinker, 3. Aufl. 2014, Art. 2 VO 1218/2010, Rn. 7.

belastet bleiben, ob Gerichte und Behörden diese Einschätzung bei späterer Prüfung teilen.

60. Darüber hinaus sollte die Freistellung in Artikel 3 auf die ganze Dauer des Spezialisierungsprojektes ausgedehnt werden. Im Rahmen einer Spezialisierung kommt es häufig zu erheblichen Investitionen bzw. Betriebsschließungen. In einem solchen Fall ist nicht angemessen, dass die Freistellung später entfällt.
61. Letztlich sollten aber jedenfalls die Übergangsregeln in Art. 5 überarbeitet werden (siehe oben Ausführungen zu Art. 7 F&E GVO, vgl. auch Stellungnahme der Studienvereinigung zur VGVO.).

4.6 Informationsgewinnung von Dritten und Hub & Spoke

62. In der Praxis gewinnen Unternehmen regelmäßig von ihrer Marktgegenseite Informationen über das Marktverhalten ihrer Wettbewerber. So nennen etwa Kunden den Lieferpreis, den ein anderer Lieferant angeboten hat, um auf diese Weise in den Verhandlungen Preisdruck aufzubauen. Im Ausgangspunkt ist es normales Wettbewerbsverhalten und kartellrechtlich nicht zu beanstanden, wenn Parteien einer Austauschbeziehung ihre Verhandlungsposition dadurch zu verbessern suchen, dass sie der anderen Partei offenlegen, zu welchen Konditionen Wettbewerber der Gegenseite zum Abschluss eines Vertrages bereit sind. Die HLL werfen insoweit aber in Rn. 55 a.E., 61 und 62 Unsicherheiten auf. Aus Sicht der Studienvereinigung sollte daher in den HLL klargestellt werden, dass der Erhalt von Marktinformationen von der Marktgegenseite für sich genommen kartellrechtlich unbedenklich ist.
63. Die HLL sollten ferner die Voraussetzungen ansprechen, unter denen ein „hub & spoke“-Austausch über eine Drittpartei einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellt. Danach ist hierzu eine "Fühlungnahme zwischen Wettbewerbern" erforderlich.²⁰ Kartellrechtlich relevant wird ein Informationsaustausch mit einem Nicht-Wettbewerber daher erst dann, wenn er nicht mehr rein bilateral ist, sondern wenn die Informationen mit Wissen und Wollen aller Beteiligten von der empfangenden Seite an Wettbewerber des Informationsgebers weitergereicht werden. Informationsgeber, Informationsmittler und der die Informationen schließlich empfangende Wettbewerber des Informationsgebers müssen sich also dessen bewusst sein, dass der Informationsmittler die Informationen weiterreichen wird.²¹ Dies sollten die Leitlinien jedenfalls klarstellen ebenso wie dass umgekehrt, keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, wenn die Weitergabe auf einem kartellrechtsneutralen Zweck beruht (wie es etwa bei einer Weitergabe im Rahmen von Vergleichsportalen, die sich primär an Endverbraucher wenden, der Fall sein kann).

4.7 Signalling

64. In den HLL ist das Thema „Signalling“ sehr allgemein bzw. nur recht undifferenziert im Zusammenhang mit einseitigen öffentlichen Bekanntmachungen anzutreffen. Die Studienvereinigung regt an, die nationale Entscheidungspraxis zu den möglichen Fallkonstellationen als Grundlage und zum Anlass zu nehmen, die kartellrechtlichen Grenzen zu präzisieren. So hat das Bundeskartellamt in seinem Fallbericht zur Zementindustrie (vom 14.2.2018, Az.: B1-240/17) danach differenziert, ob es sich bei der Ankündigung von Preiserhöhungen um pauschale Preiserhöhungsschreiben (= eher bezweckte Abstimmung) oder um eine reine Kontaktaufnahmeankündigung (eher

²⁰ Vgl. HLL Rn. 61, EuGH Rs. 40/73 u.a., Suiker Unie, Slg. 1975, 1663, Rn. 173 ff.

²¹ Entsprechend Case 2005/1071, 1074 and 1623; Argos Limited and Littlewoods Limited v Office of Fair Trading and JJB Sports Plc v Office of Fair Trading, [2006] EWCA Civ 1318, Rn. 141.

unproblematisch) handelt; ferner war von Belang, ob die Rundschreibenempfänger nur Kunden oder – wie im Fallbericht – auch Wettbewerber waren, die das Vorprodukt zur Weiterverarbeitung benötigen.

65. Die Ausführungen in den Rn. 62/63 der HLL bieten zwar einige Ansatzpunkte für die Beurteilung, wann einseitige Bekanntmachungen eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen können, bleiben aber doch in zentralen Punkten so vage, dass für die Praxis daraus letztlich vielfach keine verwertbaren Schlüsse gezogen werden können. Tatsächlich besteht in bestimmten Industrien das Bedürfnis, die Öffentlichkeit bzw. Kunden über bestimmte Tatsachen, etwa über Preiserhöhungen oder Lieferengpässe, zu informieren. Die Hinweise in Rn. 63 der Leitlinien führen in der Praxis allerdings dazu, dass nur noch ein einziges Unternehmen (also das erste) Informationen öffentlich bekannt geben darf. Wettbewerber dieses Unternehmens können anschließend vergleichbare Informationen nicht mehr öffentlich machen, ohne Gefahr zu laufen, sich dem Vorwurf einer Strategie zur Verständigung auszusetzen. Ihnen wird so die effizienten Kommunikationsform öffentlicher Erklärungen verbaut.
66. Keinen Ersatz für eine Präzisierung der Guidance durch die Kommission dürfte der Fall „Container Shipping“ von 2016 (Fall AT/39850) liefern, da er einen sehr speziellen Markt betraf und somit nicht als allgemeingültiger Präzedenzfall geeignet ist.

4.8 Informationsaustausch bei Einkaufsvereinbarungen

67. Die Studienvereinigung sieht Rechtsunsicherheiten in Bezug auf den Informationsaustausch zu Einkaufsmärkten. Die Leitlinien befassen sich in Kapitel 3 über den Informationsaustausch ausschließlich mit den Wirkungen des Informationsaustauschs auf Verkaufsmärkten. Der Informationsaustausch zu Einkaufsmärkten wird nicht angesprochen, abgesehen von seinen mittelbaren Auswirkungen auf die Verkaufsmärkte. Art. 101 Abs. 1 lit. a) und c) AEUV erfassen allerdings auch Wettbewerbsbeschränkungen auf der Beschaffungsseite, wie sie durch den Informationsaustausch auf der Einkaufsseite entstehen können – und zwar auch dann, wenn der Informationsaustausch zwischen Unternehmen erfolgt, die auf den Verkaufsmärkten nicht zueinander in Wettbewerb stehen. Andererseits zeigt die grundsätzlich positive Bewertung von Einkaufsregelungen in Abschnitt 5 der Leitlinien, dass eine Kooperation im Einkaufsbereich nicht automatisch den Wettbewerb beschränkt. Die Studienvereinigung erachtet es daher für sinnvoll, wenn die Leitlinien um Ausführungen zum Informationsaustausch, der sich (nur) auf die Einkaufsmärkte auswirkt, ergänzt werden.
68. Damit einhergehend sollte auch eine Abgrenzung des Informationsaustauschs gegenüber den „Einkaufsregelungen“ gemäß Kapitel 5 HLL vorgenommen werden: Zu letzterem erklären die Leitlinien, dass der gemeinsame Einkauf im Rahmen einer vertraglichen Regelung oder "lockererer Formen der Zusammenarbeit" erfolgen kann (Rn. 194). Zugleich gehen die Leitlinien davon aus, dass gemeinsame Einkaufsregelungen bei Nicht-Überschreiten der 15%-Marktanteilsschwellen schon keine Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 101 (1) AEUV darstellen oder zumindest wahrscheinlich die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 (3) AEUV erfüllen (Rn. 208). In der Praxis werden daher Einkaufsregelungen im Rahmen dieses "safe harbour" in aller Regel als kartellrechtlich unproblematisch betrachtet.
69. In Kapitel 3 HLL wird demgegenüber der Informationsaustausch über Kosten als strategisch bedeutsam angesehen (Rn. 86; ähnlich Rn. 215) und damit deren Austausch zwischen Wettbewerbern (auf der Absatzseite) als kartellrechtlich bedenklich qualifiziert, ohne dass es hier einen "safe harbour" wie in Kapitel 5 gibt.

Insoweit stellt sich in der Praxis die Frage, ob und wie der bloße Austausch von Informationen über Einkaufspreise klar von einer "lockeren Form der Zusammenarbeit" im gemeinsamen Einkauf getrennt werden kann. Aus Sicht der Studienvereinigung wäre daher eine Klarstellung wünschenswert, inwieweit bereits der bloße Informationsaustausch über Einkaufskonditionen als Einkaufsregelung im Sinne des 5. Abschnitts der Leitlinien betrachtet werden kann und damit ebenfalls in den dort geschaffenen "safe harbour" fällt.

4.9 Informationsaustausch im dualen Vertrieb

70. Die Studienvereinigung sieht erhebliche Rechtsunsicherheiten beim Informationsaustausch im dualen Vertrieb, bei dem typischerweise der Direktvertrieb des Herstellers im Wettbewerb mit dem Vertrieb der Waren über unabhängige Distributoren steht.
71. Die für die Durchführung einer Vertriebsvereinbarung erforderlichen Informationen sind in der Regel umfangreicher als jene, die zulässigerweise zwischen Wettbewerbern ausgetauscht werden dürfen. Dies führt in der Praxis bei dualen Vertriebsformen zu erheblicher Rechtsunsicherheit darüber, welche Informationen der Hersteller von seinem Händler erlangen darf (bspw. Kundennamen, Verkaufspreise, Absatzzahlen, etc.). Verschärft werden diese Probleme, wenn – etwa bei kundenspezifischen Produkten – Anbieter und Weiterverkäufer gemeinsam mit dem Endkunden in Kontakt treten müssen (z.B. wegen technischer Fragen). Die Kommission sollte daher im Interesse der Rechtssicherheit in den Neuregelungen unmittelbar in der Vertikal-GVO (z.B. im Kontext von Art.2 Abs. 4) sowie in den Leitlinien ausdrücklich klarstellen, dass die Freistellung nach der Vertikal-GVO grundsätzlich auch die Übermittlung solcher Informationen umfasst, die für die Durchführung wettbewerbskonformer Vereinbarungen erforderlich sind – auch wenn die Parteien in einem Wettbewerbsverhältnis stehen (vgl. hierzu im Detail *Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht* vom 27.5.2019 zur Öffentlichen Konsultation der Europäischen Kommission zu den Regeln des EU-Kartellrechts für vertikale Vereinbarungen, Rn. 44 – 49).

4.10 Informationsaustausch bei Gemeinschafts- und Beteiligungsunternehmen

72. Die Studienvereinigung sieht in der Praxis Unsicherheiten im Hinblick auf den Informationsaustausch bei Gemeinschaftsunternehmen und Minderheitsbeteiligungen.
73. Zum einen besteht die Unklarheit, in welchem Umfang Art. 101 AEUV auf die Beziehung zwischen Muttergesellschaft und Gemeinschaftsunternehmen Anwendung findet.
74. Zum anderen können die gesellschaftsrechtlichen Vorgaben in den Rechtsordnungen vieler Länder und die damit für die Geschäftsführung verbundenen Haftungsfolgen mit kartellrechtlichen Vorgaben kollidieren.
75. Die Studienvereinigung sieht hier erhöhten Klärungsbedarf (siehe auch oben unter Rn. 6. Eine eingehendere Befassung mit dem Thema sollte aber uU außerhalb dieser Konsultation stattfinden.

4.11 Informationsaustausch im Rahmen von Transaktionen

76. Bei Unternehmenskäufen ist anerkannt, dass eine gewisse Offenlegung von Informationen über das Zielunternehmen bzw. bei der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen ein gegenseitiger Informationsaustausch erforderlich ist. Anders kann die erforderliche Due Diligence zur Bewertung des Wertes der

Zielgesellschaft nicht durchgeführt werden, können mögliche Synergien nicht berechnet werden und kann die künftige Integration nicht geplant werden. Die Studienvereinigung würde es begrüßen, wenn die Kommission die Novellierung der HLL dazu nutzt, die Legitimität eines solchen Informationsaustausch, der regelmäßig aufgrund des Immanenzprinzips vom Kartellverbot ausgenommen sein dürfte aber dennoch die Einhaltung bestimmter Regeln erfordert, klarstellen würde.

5 Einkaufsvereinbarungen

5.1 Allgemeine Bewertung

77. Vereinbarungen über den gemeinsamen Einkauf sind in der Praxis eine wichtige Formen der Zusammenarbeit von Unternehmen. Dabei können die wettbewerbspolitischen und wettbewerbsrechtlichen Aspekte im Zusammenhang mit den Tätigkeiten im Rahmen von gemeinsamen Einkaufsregelungen unterschiedlich bewertet werden: Einkaufsregelungen können Effizienzen heben und in bestimmten Fällen auch ein erforderliches Gegengewicht zu starken Anbietern schaffen und bei Weiterreichung erzielter Einkaufsvorteile Verbrauchervorteile bewirken. Sie können aber auch die Kollusionsgefahr erhöhen und zur Entstehung von Nachfragemacht führen. Aufgrund dieser unterschiedlichen Bewertung, der vielschichtigen möglichen Fallgestaltungen und der hohen praktischen Bedeutung von gemeinsamen Einkaufsregelungen regt die Studienvereinigung Kartellrecht an, den Abschnitt über gemeinsame Einkaufsregelungen an einigen Stellen zu präzisieren und zu ergänzen, um für deren kartellrechtliche Bewertung mehr Rechtssicherheit zu schaffen.

5.2 Definition

78. Nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht sollte in der Definition von gemeinsamen Einkaufsregelungen (Rn. 194) klargestellt werden, dass deren wesentliches Element die gemeinsame Beschaffung von Waren und Dienstleistungen durch Bündelung der Nachfrage oder eine sonstige gemeinsame, auf Verbesserung der Beschaffungsprozesse, Einkaufspreise und -konditionen, oder die Erreichung anderer Ziele (z.B. der Beschaffung nachhaltig produzierter Waren oder Dienstleistungen) gerichtete Verhandlungstätigkeit ist.

5.3 Kartellrechtliche Würdigung

5.3.1 Bezweckte/bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

79. Die Studienvereinigung Kartellrecht hält es für sinnvoll, dass die Leitlinien (Rn. 205) klarstellen, unter welchen Umständen es sich bei gemeinsamen Einkaufsregelungen um bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen handelt, wenn nur auf den Einkaufsmärkten Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen.
80. Da die Leitlinien auch „*lockerere Formen der Zusammenarbeit*“ als gemeinsame Einkaufsregelung ansehen, wäre zudem eine Klarstellung wünschenswert, ob der Informationsaustausch über Einkaufskonditionen, der nicht im Zusammenhang mit einer gemeinsamen Beschaffungstätigkeit steht, stets als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung anzusehen ist oder nur dann, wenn die Parteien auf den Verkaufsmärkten im Wettbewerb stehen.
81. Darüber hinaus hält die Studienvereinigung Kartellrecht vor dem Hintergrund der Entscheidungen T-240/17 (Altbatterien) und T-362/06 (Dutch Bitumen) im Interesse der Rechtssicherheit eine Abgrenzung zwischen gemeinsamen Einkaufsregelungen und Einkaufskartellen für wünschenswert. Hierbei ist nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht das zentrale Merkmal von gemeinsamen

Einkaufsregelungen in Abgrenzung zu Einkaufskartellen die für den Lieferanten sichtbare gemeinsame Beschaffung durch Bündelung von Nachfrage sein dürfte.

82. In Rn. 206 der HLL werden in Satz 1 „*Vereinbarungen, mit denen unter anderem Einkaufspreise festgesetzt*“ werden, als mögliche bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen betrachtet, wohingegen nach Sätzen 2 und 3 die Einigung über Einkaufspreise im Rahmen einer Einkaufsregelung allenfalls als bewirkte Wettbewerbsbeschränkung zu betrachten sei. Es wäre wünschenswert, wenn die Kommission noch weitergehend erläutern könnte, wie in der Praxis „*Vereinbarungen*“ in Satz 1 von gemeinsamen Einkaufsregelungen in Satz 2 unterschieden werden können. Soweit damit gemeint sein sollte, dass mit den in Satz 1 angesprochenen „*Vereinbarungen*“ Einkaufskartelle in Abgrenzung zu gemeinsamen Einkaufsregelungen gemeint sind, sollte dies klargestellt werden.
83. Die in Fußnote 1 zu Rn. 206 bisher genannten Fälle erscheinen zur Erläuterung wenig geeignet und sollten durch die Fälle T-240/17 (Altbatterien) und T-362/06 (Dutch Bitumen) ersetzt werden.
84. Um die Unterscheidung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen im Zusammenhang mit dem Einkauf auch redaktionell deutlich zu machen, regt die Studienvereinigung Kartellrecht an, gemeinsame Einkaufsregelungen, die nicht als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen angesehen werden, nicht als Rückausnahmen zu Satz 1 in der Rn. 206 zu fassen, sondern an den Anfang von Rn. 207 zu setzen. Mit Blick auf die darin enthaltenen Ausführungen wären die Sätze 3 und 4 der Rn. 206 entbehrlich.

5.3.2 Marktmacht

85. Rn. 209 ff.: Aus Gründen der Klarheit und Rechtssicherheit regt die Studienvereinigung Kartellrecht an, deutlicher herauszuarbeiten, unter welchen Voraussetzungen eine gemeinsame Einkaufsregelung bei Überschreiten der 15%-Marktanteilsschwelle als mit Art. 101 AEUV vereinbar angesehen werden kann. Insoweit stellt sich insbesondere die Frage, inwieweit wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen auf die betroffenen Hersteller und Lieferanten bei der Prüfung des Vorliegens einer Wettbewerbsbeschränkung zu berücksichtigen sind. Denn hierzu werden unterschiedliche Auffassungen vertreten und die derzeitigen Formulierungen in Rn. 202 bzw. 210 (wo generell die möglichen negativen Auswirkungen der Beschränkung des Nachfragewettbewerbs hervorgehoben werden) und Rn. 212 (wo Auswirkungen offenbar ausgeschlossen werden, wenn die Parteien keine Wettbewerber auf den Verkaufsmärkten sind und die Wettbewerbsstellung von anderen Unternehmen auf den Verkaufsmärkten nicht beeinträchtigt wird) erscheinen widersprüchlich. Zwar sind Kollusionswirkungen auf den Verkaufsmärkten ausgeschlossen, wenn die Teilnehmer auf Verkaufsmärkten keine Wettbewerber sind. Ob Marktmacht auf Einkaufs- oder Verkaufsmärkten entsteht, ist aber unabhängig davon, ob die Teilnehmer auf den Verkaufsmärkten Wettbewerber sind.
86. In Rn. 210 sollte in der deutschen Sprachfassung der Leitlinien, wie in den anderen Sprachfassungen auch (vgl. etwa die Fassungen EN, FR, IT, ES, PT), in Satz 1 und Satz 3 das Verb jeweils im Indikativ verwendet werden („*kann ... haben*“ bzw. „*kann ... beeinflussen*“). Nur in der deutschen Sprachfassung wird in Satz 3 das Verb bislang im Konjunktiv verwendet („*könnte ... beeinflussen*“), was gegenüber der Verwendung des Indikativs fälschlich eine geringere Wahrscheinlichkeit suggeriert.

5.3.3 Kollusionsergebnis

87. Nach den HLL ist bei der Prüfung darauf abzustellen, ob die Parteien mit dem gemeinsamen Einkauf „*ein hohes Maß an Kostenangleichung*“ erreichen. Insoweit wäre eine Klarstellung hilfreich, wie mit diesem Kriterium in den Fällen umzugehen ist, in denen es um Produkte geht, die nicht weiterbe- oder verarbeitet werden, sondern (wie im Handel) unverändert weiterverkauft werden. Auch wenn in diesen Fällen naturgemäß ein hohes Maß an Kostenangleichung vorliegt, besteht dennoch in vielen Märkten intensiver Wettbewerb auf der Verkaufsseite. Einzelfreistellung
88. Die Studienvereinigung Kartellrecht regt allgemein an, im Rahmen der Ausführungen zur Einzelfreistellung von gemeinsamen Einkaufsregelungen die derzeit nur ganz allgemein beschriebenen vier Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV anhand von konkreten Kriterien zu erörtern und insbesondere Abschnitt 5.5 um Beispiele von Fallkonstellationen zu erweitern, um so die Handhabung der Leitlinien für Rechtsanwender zu erleichtern und noch mehr Rechtssicherheit zu schaffen.
89. Der in Rn. 217 angesprochene Nachweis der Effizienzvorteile sowie deren Weitergabe an die Verbraucher begegnet regelmäßig praktischen Schwierigkeiten. Die Studienvereinigung Kartellrecht regt an, im Rahmen der Leitlinien nicht nur relevante Effizienzkriterien aufzuführen, sondern auch Vorschläge für deren Nachweis und deren Weitergabe an die Verbraucher zu machen. Im Bereich der durch effizienzsteigernde (statt auf Schaffung von Nachfragemacht ausgerichtete) gemeinsame Einkaufsregelungen erzielten niedrigeren Einkaufspreise etwa könnte dies möglicherweise durch die Einführung einer Vermutungsregel erfolgen: Besteht bezogen auf einen bestimmten Zeitraum ein bestimmtes Verhältnis zwischen der Absenkung des Einkaufspreises und der Absenkung des Endkundenpreises, kann eine Weitergabe an die Verbraucher vermutet werden.
90. Im vorletzten Satz von Rn. 219 (beginnend mit „*Wenn die Einkäufer zusammen...*“) sollte im letzten Halbsatz zwischen die Worte „*so dass die Voraussetzungen von Art. 101 Absatz 3*“ und „*nicht erfüllt sind*“ das Wort „*wahrscheinlich*“ ergänzt werden. Dass die Voraussetzungen nicht erfüllt sind, könnte nur angenommen werden, wenn die Vorteile nicht weitergegeben werden, nicht aber, wenn sie – wie derzeit in Rn. 219 formuliert – „*wahrscheinlich*“ nicht weitergegeben werden.

5.4 Beispielsfälle

91. Der im letzten Satz von Rn. 223 genannte Absatz von Art. 101 AEUV ist zu korrigieren und wie folgt zu fassen:

"Es ist daher unwahrscheinlich, dass die Einkaufsgemeinschaft wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV hat." Dies entspricht den anderen Sprachfassungen der Leitlinien (etwa EN, FR, ES, IT, PT).

6 Vermarktungsvereinbarungen

6.1 Allgemeine Hinweise

92. Vermarktungsvereinbarungen können, wie in den HLL unter 6.3.1 ausgeführt, im Einzelfall zu wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen führen. Nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht können sie in der Praxis allerdings auch ein wichtiges Instrument sein, um Unternehmen den Zugang zu einem Markt zu ermöglichen und/oder die Penetration eines Marktes zu erleichtern. Auf diese Weise können sie die Wettbewerbsintensität steigern und zu Verbrauchervorteilen führen. Dies gilt

insbesondere (aber nicht nur) für den Aufholwettbewerb kleinerer und mittlerer Unternehmen.

93. Die Studienvereinigung regt deshalb an, im einleitenden Abschnitt des Kapitels auch darauf hinzuweisen, dass Vermarktungsvereinbarungen unter bestimmten Umständen positive Effekte für den Wettbewerb herbeiführen können. Derzeit fehlt ein solcher Hinweis.

6.2 Kartellrechtliche Würdigung

6.2.1 Bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen

94. Im Hinblick auf die in Rn. 237 erwähnten Konsortialvereinbarungen regt die Studienvereinigung an klarzustellen, dass diese sowohl aus objektiven *wirtschaftlichen* als auch *technischen* Gründen erforderlich sein können, um in einen Markt einzutreten. Letzteres kann zum Beispiel der Fall sein, wenn ein neuer Marktteilnehmer notwendiges vertriebsspezifisches Know-How von einem anderen Marktteilnehmer erhält, z.B. im Rahmen von gemeinsamen Vertriebsschulungen, welche ihm einen erfolgreichen Markteintritt ermöglichen.
95. Die HLL verwenden in Rn. 241 den Begriff der „Gruppenfreistellung“ für Vermarktungsvereinbarungen, die keine Wettbewerbsbeschränkung bewirken, da die beteiligten Unternehmen Marktanteile von zusammen weniger als 15% halten. Die Studienvereinigung regt an, aus Gründen der Rechtsklarheit wie auch in den Randnummern 13, 44, 88 Fußnote 1, 170, 209 und 322 einheitlich den Begriff „geschützter Bereich“ zu wählen. Dies würde auch den englischen („safe harbour“) und französischen („zone de sécurité“) Sprachfassungen entsprechen. Ggfs. könnte die Kommission auch diskutieren, in der Zukunft eine eigene Gruppenfreistellungsverordnung für Vermarktungsvereinbarungen vorzuschlagen.

7 Anmerkungen zu anderen Formen horizontaler Vereinbarungen

7.1 Liefervereinbarungen zwischen Wettbewerbern

96. Eine in der Praxis sehr häufig vorkommende horizontale Vereinbarung sind Liefervereinbarungen zwischen Wettbewerbern. Zu diesen kann es in unterschiedlichen Situationen kommen:

- bei Ausfall oder vorübergehender Stilllegung (zwecks Wartung) einer Produktionsanlage
 - zur Deckung eines langfristigen zusätzlichen Bedarfs, z.B. wenn die eigenen Kapazitäten erschöpft sind, aber sich der Bau einer weiteren Produktionsanlage sich wirtschaftlich nicht rechtfertigen lässt (etwa aufgrund der Höhe des Produktionsvolumens einer mindesteffizienten Anlage)
 - zur Senkung von Transportkosten (z.B. in der Form von Swaps)²²
 - zur Ergänzung des Produktportfolios
 - als Alternative zum völligen Marktaustritt, wenn ein aktueller Wettbewerber feststellt, dass er die für eine effiziente Produktion erforderliche Größe nicht erreichen kann
97. Die HLL behandeln diese Form einer horizontalen Vereinbarung bisher nicht. Es wäre zu begrüßen, wenn insoweit ein Abschnitt in den HLL ergänzt würde, der die grundsätzliche Legitimität und Zulässigkeit solcher Liefervereinbarungen zwischen Wettbewerbern feststellt.
98. Dies erscheint insbesondere mit Blick auf die Entscheidungen der Kommission und des EuGH im Fall CRAM/Rheinzink²³, sowie die Entscheidung der Kommission zum Flachglaskartell²⁴ erforderlich, in denen die Kommission und der EuGH Aushilfslieferungen als „bezweckte“ und damit typischerweise schwerwiegende wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung eingeordnet haben. Hiervon ausgehend werden Kollegenlieferungen in der Praxis teilweise als grundsätzlich problematisch eingestuft.²⁵
99. Seit den Entscheidungen CRAM/Rheinzink und Flachglas sind allerdings mehr als dreißig Jahre vergangen, in denen sich das Kartellrecht erheblich weiterentwickelt hat. Insbesondere ist die Interpretation des Kartellrechts heute stärker an den ökonomischen Auswirkungen einer Vereinbarung zwischen Wettbewerbern orientiert. Daher sollten auch Liefervereinbarungen zwischen Wettbewerbern nicht rein formal beurteilt, sondern auf ihre wettbewerbslichen Auswirkungen untersucht werden können. Liefervereinbarungen zwischen Wettbewerbern sollten nur dann als „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung eingestuft werden, wenn sie zur Ermöglichung eines Kartells, insbesondere einer Absprache von Verkaufspreisen, einer Aufteilung von Kunden, von Marktgebieten oder Lieferquoten dienen. Verfolgen die Wettbewerber mit der Kollegenlieferung hingegen legitime, ökonomisch rationale Zwecke, sollten die Vereinbarungen nur dann unzulässig sein, wenn sie spürbare negative Auswirkungen auf den Wettbewerb entfalten und nicht durch Effizienzen gerechtfertigt sind. Danach ist zum Beispiel die Lieferung von Produkten, die der Erwerber aufgrund bestehender Immaterialgüterrechte oder in Ermangelung eigener Kapazitäten nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand selbst herstellen könnte, in der Regel als zulässig zu betrachten.

7.2 Sammlung, Nutzung und Zugang zu Daten

100. Sammlung, Nutzung und Zugang zu Daten, einschließlich der Zusammenarbeit von Unternehmen im Rahmen von Datenpools, spielen in F&E- ebenso wie in

²² S. hierzu etwa BKartA, Sektoruntersuchung Zement und Transportbeton (2017), Rn. 588.

²³ EuGH, Entsch. v. 28.3.1984, Rs. 29/83 und 30/83 („CRAM/Rheinzink“).

²⁴ Kommission, Entsch. v. 7.12.1988, Az. IV/31.906 („Flachglas“).

²⁵ S. hierzu etwa Lübbig, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts (3. Aufl. 2016), § 8, Rn. 21.

Spezialisierungsvereinbarungen, aber auch generell im Wirtschaftsleben, mittlerweile eine bedeutende Rolle. Die Entwicklung neuer Produkte und Prozesse im digitalen Bereich (zB Applikationen, selbstlernende oder digital gesteuerte Geräte und Maschinen) basiert mittlerweile standardmäßig auf großen Datenmengen. Daten werden dabei idR nicht nur im Zusammenhang mit der erstmaligen Entwicklung oder Produktion, sondern vor allem auch für die Überprüfung und Weiterentwicklung der Produkte benötigt und ist idR eine laufende Sammlung und Auswertung erforderlich.

101. Im Unterschied zur Vergangenheit sind dabei nicht nur Technologie- oder sog „Maschinendaten“ (also Daten, die von Maschinen „erzeugt“ wurden bzw die deren Betrieb inhärent sind) relevant, sondern mittlerweile in besonderem Ausmaß auch personenbezogene Daten bzw sog Nutzerdaten. Beispiele dafür bilden etwa neue Produkte und Verbesserungen in der Pharma-, Kosmetik-, oder Automobilindustrie aber auch im Bereich Haushaltsgeräte, zu deren Neuentwicklung, insbesondere aber auch zu ihrer Überprüfung und Verbesserung, regelmäßig Nutzerdaten gesammelt und ausgewertet werden (sofern dies datenschutzrechtlich zulässig ist).
102. Die vorgenannten Nutzerdaten werden bis dato weder in der F&E-GVO noch in der Spezialisierungs-GVO oder auch nur in den HLL im Sinne der Verwendung für digitale Sachverhalte angesprochen.²⁶ Dazu kommt, dass aufgrund der nach wie vor unklaren Rechtsnatur von Daten (geistiges Eigentum, Forschungsergebnis oder doch „handelbarer Rohstoff“) eine Einordnung im Rahmen der hier in Rede stehenden hGVO und HLL (aber etwa auch im Zusammenhang mit vertikalen Vereinbarungen im Rahmen der Vertikal-GVO), oftmals schwierig ist.
103. Es wäre daher aus Sicht der Studienvereinigung wünschenswert, wenn auf Fragestellungen im Zusammenhang mit Daten - zumindest in den HLL - eingegangen wird, wobei natürlich anzuerkennen ist, dass für zahlreiche Themen keine ausreichende Fallpraxis vorliegt und daher die Entwicklung allgemein gültiger Leitlinien in einigen Punkten noch zurückhaltend sein muss.
104. Nachstehend haben wir jedoch einige Themen aufgelistet, die u.E. bereits in der anstehenden Reform aufgegriffen werden könnten. Dies betrifft zum einen vor allem Klarstellungen, inwieweit Vereinbarungen über exklusive Nutzung von personenbezogenen Daten im Rahmen von F&E- und Spezialisierungsvereinbarungen von den geltenden GVOs erfasst sind; zum anderen einige Fragen im Zusammenhang mit Datenpools.

7.2.1 Vereinbarungen über Nutzerdaten im Rahmen von F&E- sowie Spezialisierungsvereinbarungen

105. Sowohl bei F&E- als auch in Spezialisierungsvereinbarungen besteht häufig der Bedarf, Regelungen entweder über den Zugang oder über Einschränkungen oder andere Exklusivitäten betreffend Nutzerdaten aufzunehmen. Dies vor allem vor dem Hintergrund, dass (etwa aufgrund von der GVO mit abgedeckter Vertriebsvereinbarungen oder Spezialisierungsvereinbarungen) nur einer Partei überhaupt die Möglichkeit offensteht, Nutzerdaten (soweit datenschutzrechtlich zulässig) zu sammeln und zu nutzen. Können Datennutzungsvereinbarungen oder -beschränkungen angesichts der bestehenden Unklarheiten bei der Anwendung der F&E-GVO oder der Spezialisierungs-GVO nicht wirksam vereinbart werden, kann dies

²⁶ In Rn. 97 der HLL ist zwar die Rede von Verbraucherdaten; die Textstelle bezieht sich aber nur auf einen spezifischen Fall und kann nicht als allgemeine Leitlinie für die Zusammenarbeit von Unternehmen bei der Sammlung und Verwertung von Nutzerdaten dienen.

dazu führen, dass wettbewerbsfördernde Forschung und Entwicklung gänzlich unterbleibt.

106. Dies betrifft insbesondere solche Fälle, in denen für die Produktion der durch die F&E entstandenen Produkte eine Spezialisierungsvereinbarung geschlossen wird, nach der nur eine Partei die Produkte produziert und in weiterer Folge auch nur diese Partei Zugang zu (erst neu entstehenden) Daten erlangt. Hier stellt sich konkret die Frage, ob sich nur die produzierende Partei den exklusiven Zugang zu (neu entstehenden) Daten sowie deren Auswertung sichern kann, und ob hierbei eine Unterscheidung im Hinblick auf die Art der Daten erforderlich ist - etwa eine Unterscheidung in jene Daten, die notwendig sind, um das Produkt laufend zu überwachen oder Prozesse abzusichern, und solche Daten, die dazu dienen, das Produkt weiter zu entwickeln oder zu verbessern. Denkbar ist auch die umgekehrte Situation, wonach ein Unternehmen allein die weitere Verbesserung des Produkts übernimmt und das andere Unternehmen die Produktion. In dieser Konstellation hätte das erste Unternehmen ein hohes Interesse an einer exklusiven Datensammlung und -verwertung.
107. Derzeit ist nicht ausreichend klar, ob entsprechende Beschränkungen möglich sind und, ob stattdessen die Freistellungsvoraussetzung in Art 3 Abs 2 F&E-GVO, der den Zugang zu den Endergebnissen für die Zwecke weiterer F&E und Verwertung betrifft, einen Zugang aller Parteien zu (während oder nach der gemeinsamen Entwicklung der Produkte) gewonnenen Maschinen- und Nutzerdaten verlangt. Die HLL stellen in diesem Zusammenhang fest, dass „Wenn Unternehmen jedoch im FuE-Bereich miteinander konkurrieren, [...] es die Technologiedaten [sind], die für den Wettbewerb von größter strategischer Relevanz sind.“ (vgl Rn 86). Da eine freie Disposition der Parteien über diesen Punkt wesentlich für den Abschluss einer F&E-Vereinbarung erscheint, schlägt die Studienvereinigung vor, klarzustellen, dass Nutzerdaten nicht unter Art 3 F&E-GVO fallen.
108. Umgekehrt erscheinen die HLL für digitale Sachverhalte einen zu engen Ansatz zu wählen, wenn sie die Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV als „weniger wahrscheinlich“ ansehen, „wenn im Rahmen einer Produktionsvereinbarung Daten ausgetauscht werden, die für die gemeinsame Produktion nicht erforderlich sind.“ (vgl Rn. 182). Im Hinblick auf „Big Data“ und der Entwicklung digitaler Technologien sind neue Maßstäbe erforderlich, da sich Innovationen und Verbesserungen häufig erst aufgrund der Analyse großer Datenmengen ergeben und daher nicht im Vorhinein abgeschätzt werden kann, welche Daten zur gemeinsamen Produktion erforderlich sind. Menge und Reichweite der Daten in der heutigen digitalen Wirtschaftswelt erfordern schlicht eine höhere Flexibilität im Hinblick auf die Häufigkeit und den Umfang des erlaubten Austauschs von Daten. Dies ist ein Punkt, der gemeinsam mit dem Thema Aggregation und Anonymisierung von Daten auch im Kapitel Informationsaustausch im Sinne einer größeren Flexibilität aufgegriffen werden sollte (HLL, Rn. 86-89, 91).

7.2.2 Datenpooling im digitalen Kontext

109. Wie im 2019 von der Europäischen Kommission veröffentlichten Bericht „Competition policy for the digital era“ festgehalten, „werden Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Daten oftmals wettbewerbsfördernd sein“, indem sie „zu einer umfassenderen Realisierung des innovativen Potenzials von Daten“ beitragen, und es „Unternehmen ermöglichen können, neue oder bessere Produkte oder Dienstleistungen zu entwickeln oder Algorithmen auf einer breiteren,

aussagekräftigeren Basis zu verbessern".²⁷ Die geltenden GVO sowie HLL tragen dem noch nicht Rechnung. Wie auch Frau Kommissarin Vestager in einer Rede einräumte, „wurden die Wettbewerbsregeln nicht mit Blick auf große Datenmengen geschrieben".²⁸

110. Im Lichte dessen wären konkrete Aussagen zur gemeinsamen Verwendung von Daten und zu „data pooling“ in den Leitlinien wünschenswert und sinnvoll. Da es in mancher Hinsicht aber noch an Entscheidungs- oder überhaupt Erfahrungspraxis fehlt, sollen sich die nachstehenden Punkte als Themensammlung verstehen, für deren Lösung aber unter Umständen noch die weitere Entwicklung abgewartet werden muss. Wünschenswert wären nach Ansicht der Studienvereinigung aber Klarstellungen (zumindest) zu den folgenden Fragen:
- inwieweit Datenpools selbst F&E-Vereinbarungen (zB das Zusammenführen von Daten zur Entwicklung neuer interoperabler Technologien) oder Spezialisierungsvereinbarungen (zB Austausch von Daten zur Generierung umfassenderer Datensätze für verbesserte Analysen) darstellen und
 - inwieweit sie als Vereinbarungen über Normen (vgl. Rn. 257 f. HLL) qualifiziert werden können, sofern sie das Ziel verfolgen, Interoperabilität zwischen Produkten zu erreichen, indem sie technische oder Qualitätsanforderungen an Daten festlegen,
 - unter welchen Voraussetzungen Datenpools als über das für die gemeinsame Entwicklung erforderliche Maß an gemeinsamer Datennutzung hinausgehend anzusehen sind (vgl. Rn. 182 HLL). Auch hier ist im Zusammenhang mit Big Data und der Entwicklung digitaler Technologien u.E. eine höhere Flexibilität erforderlich.
111. Von besonderem Wert wären schließlich Ausführungen in Bezug auf potenzielle Effizienzgewinne von Datenpools im digitalen Raum, etwa auch (aber nicht nur) zum Thema „untipping“ und zur Bekämpfung von Netzwerkeffekten in digitalen Märkten.
112. Eine besonders schwierige Frage ist naturgemäß die nach den Zugangsregeln zu Datenpools. Sowohl Einschränkungen als auch Zugangsverpflichtungen können wettbewerbs- und innovationsfördernd bzw. -hemmend wirken. Die Studienvereinigung ist hier allerdings der Meinung, dass für die Erstellung von allgemeinen Leitlinien zu dieser Frage zur Zeit noch zu wenig Fall- und Anwendungspraxis vorliegt.

7.3 Nachhaltigkeitsvereinbarungen

113. Umweltschutz und nachhaltiges Wirtschaften stehen zunehmend im Vordergrund. Hier können die Wettbewerbsregeln bei schematischer Anwendung einer effizienten Koordination zwischen Wettbewerbern im Hinblick auf den Umweltschutz oder nachhaltiges Wirtschaften behindern. Auf der anderen Seite lassen sich die Vorteile für die Umwelt ökonomisch nicht immer unmittelbar als Vorteile konkreter Verbraucher quantifizieren. Hier sollte die Kommission in den HLL klarstellen, dass eine Zusammenarbeit, die zu einer Schonung von Ressourcen bzw. Umwelt führt, grundsätzlich die Voraussetzungen des Artikel 101 (3) AEUV erfüllen kann.

7.4 Lizenzvereinbarungen für standardessentielle Patente (SEP)

114. Die Festlegung von Standards hat für die Digitalökonomie eine große Bedeutung. Durch die Rechtsprechung ist im Grundsatz entschieden, dass die Vergütung für

²⁷ Vgl. dort S. 92 (Übersetzung aus dem Englischen).

²⁸ „Big data and Competition“, 29. September 2016.

Lizenzen bei SEP nach FRAND (fair, reasonable and non discriminatory)-Grundsätzen zu erfolgen hat. Im Einzelnen bestehen hier aber noch sehr große Rechtsunsicherheiten. Da die Vereinbarung von Standards (auch im Rahmen von Standardorganisationen) fast immer eine horizontale Absprache unter Wettbewerbern darstellt, wird die Festlegung neuer Standards durch die Rechtsunsicherheit erheblich behindert. In Deutschland hat das LG München vor kurzem ausführliche Hinweise zu SEP veröffentlicht.²⁹ Sie bewirken im Ergebnis, dass die Vereinbarung von Standards zusätzlich erheblich erschwert wird. Deshalb wäre es wünschenswert, wenn die Kommission diese Grundsätze in die HLL aufnehmen würde, um so eine einheitliche Praxis in der EU zu unterstützen.

7.5 Anpassung der Regeln für die Versicherungsbranche

115. Die Geschäftstätigkeit in der Versicherungsbranche wurde bis zum März 2017 von einer eigenen GVO erfasst. Wir regen daher an, bei der Überarbeitung der Horizontal-GVO'en sowie der Horizontal-Leitlinien ein besonderes Augenmerk darauf zu legen, diese Punkte in den Horizontal-GVOen bzw. Leitlinien zu berücksichtigen. Nach der Grundlagenentscheidung des EuGH vom 27.1.1987, wonach das EU-Kartellrecht uneingeschränkt auf den Versicherungssektor anwendbar ist, führte die EU-Kommission 1992 die Versicherungs-GVO ein, mit der die typische Kooperationsfelder freigestellt wurden, u.a. die Bedingungsarbeit, Statistiken/Studien sowie Mit(Rück)Versicherungsgemeinschaften (Pools). Diesen allen ist gemein, dass sie branchentypische Problemfelder abdecken. Diese lassen sich im Kern in zwei Bereiche untergliedern: Einer betrifft die "Risikokenntnis": Bei Statistiken/Studien ist das Prinzip der großen Zahl für Kalkulationssicherheit insbesondere von KMU mit kleinen Beständen konkret anzuführen. Aber auch im Rahmen von Betrugsprävention bzw. dem Antragsverfahren von potentiellen Versicherten bestehen Wissensasymmetrien zu Lasten des Versichertenkollektivs, die zwecks Risikobegrenzung und unter Beachtung rechtlicher Leitplanken (Erforderlichkeit, Datenschutz etc.) zu Kooperationen hinsichtlich objektiver Risikogegebenheiten führen (Vorversichereranfrage, Datenpools). Der andere Bereich betrifft die "Risikoteilung" (bei Pools: z.B. neue/unbekannte und damit nicht aus-reichend kalkulierbare / wirtschaftlich nicht tragbare Gefahren).
116. Nach dem Auslaufen der Versicherungs-GVO steht die Versicherungswirtschaft vor der Schwierigkeit, ihre besonderen Sachverhalte unter das "richtige Instrumentarium" zu subsumieren. Denn die Versicherungsbranche unterscheidet sich von anderen Wirtschaftszweigen dadurch, dass das Hauptprodukt in einem "unsichtbaren rechtlichen Leistungsversprechen" besteht, dessen Eintritt bzw. Höhe schwer quantifizierbar ist. Um nicht in den allgemeinen Artikel 101 Abs. 3 AEUV zu gelangen, besteht das - auch generell in allen Branchen anzutreffende - Interesse, besondere und möglichst allseits bindende EU-Regelungen heranzuziehen, die konkrete Vorgaben und damit eine Handreichung bieten, die letztlich zu vereinfachten Prüfungen/Kosteneinsparungen von Versicherern und Verbänden und somit zu Rechtssicherheit führen. Die an vereinzelten Stellen anzutreffenden Hinweise in den HLL zur Versicherungsbranche helfen unter diesem Aspekt nicht weiter. Es liegt nahe, insbesondere die Spezialisierungs-GVO heranzuziehen, die einige Kooperationsphasen in der Wertschöpfungskette näher regelt, u.a. auch

²⁹

Vgl.: https://www.justiz.bayern.de/media/images/behoerden-und-gerichte/landgerichte/muenchen1/hinweise_franc_and_m%C3%BCchner_verfahren_stand_februar_2020_.pdf

(vorbereitende) Dienstleistungen. Angesichts dessen, erscheint es sinnvoll, einige Klarstellungen in die Spezialisierungs-GVO bzw. die HLL aufzunehmen.

7.5.1 Mitversicherungsgemeinschaften & Spezialisierungs-GVO

117. Versicherungsdienstleistungen werden in der Spezialisierungs-GVO nicht besonders geregelt, was angesichts ihrer Besonderheiten zu Auslegungsfragen führt.
118. So wird etwa die „gemeinsame Produktion“ in Art. 1 Abs. 1 a) Spezialisierungs-GVO definiert als Vereinbarung, in der sich zwei oder mehr Parteien verpflichten, bestimmte Produkte gemeinsam zu produzieren. Es herrscht Unklarheit darüber, ob dies so zu verstehen ist, dass alle an der gemeinsamen Produktion beteiligten Unternehmen einen eigenen, aktiven Beitrag leisten müssen. Diese Frage hat Relevanz für die Versicherungswirtschaft, weil bei Mit(rück-)versicherungsgemeinschaften der Beitrag bestimmter Beteiligter oft hauptsächlich in der Zurverfügungstellung von Kapital besteht. Zwar spricht die Aussage in Rn. 6 der Erwägungsgründe („[...] die Parteien komplementäre Fähigkeiten, Vermögenswerte oder Tätigkeiten einbringen“) grundsätzlich dafür, auch hat die Kommission in dies in ihrem Impact Assessment zum Auslaufen der Versicherungs-GVO anerkannt, eine ausdrückliche Klarstellung wäre jedoch wünschenswert.
119. Ähnliche Fragen stellen sich im Hinblick auf die Anforderungen an einen gemeinsamen Vertrieb im Sinne der Spezialisierungs-GVO, namentlich ob die Definition in Art. 1 Abs. 1 lit. q) Spezialisierungs-GVO so zu verstehen ist, dass die Erbringung der Dienstleistung nicht einem Teilnehmer der gemeinsamen Produktion allein übertragen werden kann.
120. In diesem Zusammenhang sollte auch eine Klarstellung in Rn. 9 der Erwägungsgründe der Spezialisierungs-GVO erfolgen. Denn dem Wortlaut nach wird dort für die Kooperationsvariante „gemeinsame Produktion“ gerade nicht die weitere Voraussetzung einer Bezugsverpflichtung oder eines gemeinsamen Vertriebs aufgestellt. Ansonsten hätte man nicht die beiden anderen Kooperationsvarianten aufführen müssen, sondern hätte allgemein von „Spezialisierungsvereinbarungen“ sprechen können. Eine Konsistenz zur Definition in Art. 2 Abs. 3 der Spez-GVO ist daher zu empfehlen.

7.5.2 Bedingungsarbeit eines Verbandes

121. In der Versicherungswirtschaft üblich und insbesondere bedeutsam für KMU/ausländische Neuwettbewerber sowie den Verbraucher (Stichwort: vergleichbare und damit transparente Leistungsbeschreibungen etc. mit Ausnahme von schwarzen Klauseln gemäß ex-GVO-Vers) ist die Bereitstellung von unverbindlichen Bedingungsmustern, insbesondere durch Verbände. Diese werden dann von den Versicherern als Grundlage für jeweils eigene Marktangebote (etwa Zusatzleistungen/Produktbausteine bzw. angepasste Ausschlüsse) verwendet. Insoweit ist bei Gesamtverbänden von Standardisierungen / Normierungen im Sinne der Horizontal-Leitlinien auszugehen (Rn. 270, 275 der HLL).

7.5.3 Musterversicherungsbedingungen

122. Gesamtverbände (wie der GDV, PKV) veröffentlichen unverbindliche Muster-Versicherungsbedingungen. Diese fielen in den ursprünglichen Anwendungsbereich der GVO 358/2003, nunmehr aber sind sie als Standardbedingungen im Sinne der HLL zu bewerten. Insoweit hat die Rechtssicherheit im Vergleich zur Rechtssituation unter der GVO 358/2003 abgenommen, da diese klare Vorgaben machte, welche Klauseln unzulässig sind („schwarze Klauseln“). Die Vorgaben der HLL sind demgegenüber

deutlich schwieriger zu handhaben: So können Standardbedingungen laut Rn. 270 HLL zu wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen führen, indem sie Produktangebot und Innovation einschränken, wenn ein großer Teil der Branche Standardbedingungen verwendet, in denen der Anwendungsbereich des Endprodukts festgelegt ist, so dass die Kunden keine andere Wahl haben, als die Standardbedingungen zu akzeptieren. Insoweit wird z.B. nicht deutlich, ab welchem Grad an Marktdurchdringung tatsächlich von wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen ausgegangen werden kann. Die frühere Rechtssituation war daher deutlich leichter zu handhaben. Dem GDV entstehen aufgrund der aktuellen Rechtslage erhebliche Kosten aufgrund des hierdurch erforderlichen Monitorings der Marktdurchdringung der einzelnen Klauseln in den Bedingungswerken. Auch wenn z.B. das in den HLL genannte Beispiel (Rn. 335) sehr hilfreich ist, wäre eine weitere Klarstellung willkommen, insbesondere zu der Frage, ab welcher Marktabdeckung produktgestaltender Klauseln wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen tatsächlich zu befürchten sein müssen.