

Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut / Nr. 102

herausgegeben

von Professor Dr. Dr. Georg RESS  
und Professor Dr. Michael R. WILL

Professor Dr. Gert REINHART

Institut für ausländisches und internationales  
Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg

**VERTIKALE VERTRÄGE  
IM WETTBEWERBSRECHT  
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFT**

Verf. Nr.	87-VI	836,2
Signat.	EF-1-102	

Vortrag vor dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes

Saarbrücken, 1. Juli 1987

## I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

	Seite
A. Einleitung	5
I. Vertikale Verträge	5
II. Umfeld	5
1. Deutsche Entwicklung	5
2. Entwicklung in den USA	6
III. Recht der EG	6
B. Vertikale Verträge im Recht der Wettbewerbs- beschränkungen des EWG-Vertrages	7
I. Die Texte des EWG-Vertrages	7
1. Differenzierung zwischen marktbeherrschenden und nichtmarktbeherrschenden Unternehmen	7
2. Rückfall in vergangen geglaubte Zeiten	8
3. Die amerikanische Erfahrung mit Per-se- Verboten im vertikalen Bereich	9
II. Die Anwendung der Normen durch Kommission und Gerichtshof	12
1. Die dogmatische Begründung für die Ein- beziehung vertikaler Vereinbarungen	12
2. Normwidersprüche	15
3. Überblick über vertikale Beschränkungen nach dem Beispielskatalog des Art. 85 Abs. 1 EWGV	16
III. Die einschränkenden Methoden bei der Anwendung des Art. 85 EWGV	21
1. Einschränkungen durch klassische Inter- pretationsmethoden	21
a) Teleologische Reduktion	21
b) Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel	24

2. Einschränkung durch spezifische europarechtliche Methoden	24
a) Festlegung des Anwendungsbereiches durch Freistellungsverordnungen	24
b) De-facto-Festlegungen durch "Allgemeine Bekanntmachungen"	26
c) Politische Leitlinien des Europäischen Parlaments	27
3. Rule of reason	28
 C. Die zukünftige Regelung vertikaler Verträge im Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaft	 30
I. Die Ursachen der bei der bisherigen Rechtsanwendung aufgetretenen Schwierigkeiten	30
1. Die Ansichten der Verfasser des EWG-Vertrages	30
2. Einschränkung der Freistellungsmöglichkeiten	30
3. Die Verteidigung des Freistellungsmonopols der Kommission	31
II. Die veränderte Kommissionspolitik: "Dezentralisierte Anwendung der Artikel 85 und 86 EWGV"	32
1. Der allmähliche Wandel in der Auffassung der Kommission	32
2. Die verstärkte Einschaltung des nationalen Richters	33
3. "Flexible Handhabung" der Vorschrift des Art. 85 Abs. 1 EWGV	33
III. Eigener Vorschlag	34
1. "Normale Auslegung" der Vorschrift des Art. 85	34
2. Praktische Anwendung	36
a) Know-how-Verträge	36
b) Franchise-Verträge	37
3. Ermittlung der "vorpositiven Sachstruktur" des vertikalen Vertragstyps	39

## A. EINLEITUNG

I. Vertikale Verträge

Der Gegenstand unserer Betrachtung sind vertikale Verträge, also Vereinbarungen zwischen Unternehmen unterschiedlicher, sich ergänzender Wirtschaftsstufen. Es geht um die Beziehung des Produzenten zum Großhändler oder Einzelhändler, des Großhändlers zum Einzelhändler oder zum Konsumenten und des Einzelhändlers zum Konsumenten.

II. Umfeld

Bevor wir uns der Regelung für vertikale Verträge im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften zuwenden, soll kurz versucht werden, das Umfeld zu erhellen.

Wir können dabei deutlich zwei gegenläufige Tendenzen beobachten:

## 1. Deutsche Entwicklung

Zum einen gibt es in der Bundesrepublik Deutschland Versuche, durch die Kombination von Kartellrecht und Recht des unlauteren Wettbewerbs die Inhaltskontrolle bei vertikalen Vereinbarungen über das hinaus zu erweitern, was der Gesetzgeber im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, dem deutschen Kartellgesetz, durch die Subsumtion solcher Verträge unter das Mißbrauchsprinzip niedergelegt hat.<sup>1</sup>

---

1) Zum Diskussionsstand Geberth/Janicki, Kartellrecht zwischen Kontinuität und Anpassung, WuW 1987, 447 ff., 450 ff.; vgl. auch Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft "Wettbewerbspolitik", abgedruckt in ZIP 1987, 195 ff., beson-

## 2. Entwicklung in den Vereinigten Staaten von Amerika

Zum anderen beobachten wir in der amerikanischen Rechtsentwicklung eine genau entgegengesetzte Bewegung, die bisherigen Per-se-Verbote für bestimmte vertikale Beschränkungen wurden aufgeweicht, selbst Preisbindungen der zweiten Hand werden heute in bestimmten Fällen von den Antitrustbehörden als wettbewerbsstabilisierend und damit wettbewerbsfördernd betrachtet.

### III. Recht der Europäischen Gemeinschaft

Während das amerikanische und das deutsche Kartellrecht dogmatisch als ausgereizt gelten, wird in einem soeben in der Boston College International and Comparative Law Review erschienenen Artikel von James S. Venit dem Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft bescheinigt, es stecke auch nach dreißig Jahren praktischer Anwendung noch in den Kinderschuhen.<sup>2</sup>

---

ders Abschnitt IV/3 "Sonderregeln für den Handel im Wettbewerb", S. 202 f.; P. Ulmer, Brauchen wir eine Kartellgesetznovelle?, MA 1987, 326 ff., 334 f.; kritisch Gieskes, Gesetz gegen Wettbewerb?, Unternehmer 35 (1987) Nr. 5 S. 9.

- 2) Venit, Slouching Towards Bethlehem: The Role of Reason and Notification in EEC Antitrust Law, Boston College Int. & Comp.L.Rev. X (1987) 17 ff., 17.

B. VERTIKALE VERTRÄGE  
IM RECHT DER WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN DES EWG-VERTRAGES

I. Die Texte des EWG-Vertrages

1. Differenzierung zwischen marktbeherrschenden und nichtmarktbeherrschenden Unternehmen

Wer sich anhand des Textes des EWG-Vertrages darüber orientieren will, welche Regelung vertikale wettbewerbsbeschränkende Verträge im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft gefunden haben, wird zunächst nicht im allgemeinen, weit gefaßten Kartellverbot mit Ausnahmeverbehalt des Art. 85, sondern im strikten, durch keine Ausnahme durchbrochenen Verbot über den Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in Art. 86 fündig, denn die Beispielsfälle, die nach dieser Vorschrift für den Mißbrauch normiert worden sind, litterae a - d, betreffen eindeutig vertikale Beschränkungen. Ein solcher Mißbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen ist mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten.<sup>3</sup>

Normale, nicht marktbeherrschende Unternehmen fallen dagegen unter das Verbot der wettbewerbshindernden Vereinbarungen oder Beschlüsse nach Art. 85 EWG-Vertrag; Vereinbarungen oder Beschlüsse darüber sind nach Art. 85 Abs. 2 nichtig; eine Freistellung vom Verbot des Art. 85 Abs. 1 durch die Kommission - und nur allein durch sie - ist unter bestimmten Voraussetzungen gemäß Art. 85 Abs. 3 möglich. Die Beispielsfälle in Art. 85 Abs. 1 litterae a - e sind nicht so gestaltet, daß aus ihnen eindeutig hervorgeht, auch vertikale Beschränkungen seien davon erfaßt. Daher unterschied die

---

3) EG-Kommission, 8.12.1977, AB1.Nr. L 22/23 vom 27.1.1978 (Hugin/Liptons) = WuW/E EV 741; 7.10.1981, AB1. Nr. L 353/33 vom 9.12.1981 (Michelin Niederlande) = WuW/E EV 875.

ältere Lehre zwischen zwei gesonderten Geltungsbereichen der Artt. 85 und 86 EWGV.<sup>4</sup>

Heute wird allgemein vertreten, daß die Vorschriften der Artt. 85 und 86 zueinander im Verhältnis der Idealkonkurrenz stehen.<sup>5</sup>

## 2. Rückfall in vergangen geglaubte Zeiten

Die Verfasser des EWG-Vertrages haben sich vom hergebrachten europäischen Kartellbegriff gelöst<sup>6</sup> und horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen in einem Tatbestand zusammengefaßt. Sie waren beeinflußt von den damals bereits in Kraft getretenen Parallelnormen der Artt. 65 ff. EGKS-Vertrag, haben dabei aber wohl nicht ganz berücksichtigt, daß vertikale wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen im Montanbereich von den genannten Bestimmungen nicht erfaßt sind und auch nicht erfaßt sein sollten.<sup>7</sup>

Ohne den alten Streit aufwärmen zu wollen, ob die Artt. 85

- 
- 4) Schröter in von der Groeben/von Boeckh/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag, 3. Aufl., 1983, Art. 86 Rn. 5.
- 5) Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, 1974, § 26 III, S. 358 f. m.Hinw.; von der Groeben/Schröter, Art. 86 Rn. 5; weitere Nachweise bei von Bary, Das Mißbrauchsverbot des Art. 86 EWGV, 1986, S. 26 ff.
- 6) Rittner, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., 1987, § 15 RdNr. 66.
- 7) Daher taucht das Problem auf, ob das Fehlen einer Regelung für vertikale Vereinbarungen in Art. 65 EGKS durch Anwendung des Art. 85 EWGV ausgeglichen werden könne, siehe dazu von der Groeben/Schröter, Vorbem. zu Art. 85 bis 89, Rn. 23; Einzelheiten bei Knöpfle im Gemeinschaftskommentar, 4. Aufl., 1981, Kartellrecht der EGKS, Rn. 19, Voraussetzungen dafür wären aber ausreichende Genehmigungsmöglichkeiten, die im EGKS-Vertrag nicht vorhanden sind.

und 86 EWGV Programm-, Verbots- oder Ermächtigungscharakter haben,<sup>8</sup> kann man sagen, die Norm des Art. 85 hat programmatischen Charakter und leidet daher an einer gewissen Rechtsunsicherheit, sie führt - verglichen mit den neueren nationalen Kartellgesetzen in Europa - auf den Rechtszustand des Jahres 1890 zurück, wie er in sec. 1 des amerikanischen Kartellgesetzes, des Sherman Act, mit seinem Verbotsprinzip zum Ausdruck gekommen ist.<sup>9</sup> Der Preis, der dafür zu zahlen ist, liegt in der Rechtsunsicherheit,<sup>10</sup> gerade bei der Anwendung der Vorschriften im vertikalen Bereich.

### 3. Die amerikanische Erfahrung mit Per-se-Verboten im vertikalen Bereich

Daß Per-se-Verbote im vertikalen Bereich auf die Dauer nicht durchzuhalten sind, zeigt die amerikanische Erfahrung: Im Jahre 1977 - also schon vor Beginn der Präsidentschaft Reagans - entschied der Supreme Court der Vereinigten Staaten im Fall *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*,<sup>11</sup> einem

---

8) Nachweise bei Grabitz/Koch, Kommentar zum EWG-Vertrag, Stand 1986, vor Art. 85 Rdnr. 8.

9) Vgl. dazu Markert, US-Antitrustrecht 1987 - Stand und Entwicklungstendenzen aus der Sicht eines deutschen Kartellrechtsanwenders (Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, Nr. 81), 1987, S. 11; Rittner, aaO., § 15 Rdnr. 67; Venit, aaO. (FN. 2), Boston Coll. Int. & Comp.L.Rev. X (1987) 18.

10) Vgl. Everling, Zur neueren EuGH-Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht, EuR 17 (1982) 301 ff., 306; Rittner, aaO., § 17 Rdnr. 36.

11) 433 U.S. 36 ff., 54 - 57 (1977) = 97 S.Ct. 2549 ff. (1977), dazu Posner, The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Case, U.Chic.-L.Rev. 45 (1977) 1 ff.; über die Folgen vgl. aus erster Hand M. Schwartz, Vertikale Beschränkungen, in "Neue Entwicklungen des Antitrustrechts zu vertikalen Beschränkungen", 1984, S. 15 ff.; weitere Hinweise auf amerikanische Stellungnahmen bei Ganal, Die handels- und kartellrechtliche Beurteilung von Agentursystemen, 1986,



Franchise-Vertrag mit territorialer Begrenzung, daß vertikale Beschränkungen dem Wettbewerb förderlich sein können, sie dienen möglicherweise aber auch dazu, Absprachen zwischen Wettbewerbern zu erleichtern oder Wettbewerber auszuschalten. Wegen dieser Ambivalenz könnten vertikale Beschränkungen nicht als nach sec. 1 Sherman Act per se verboten angesehen werden, die Beurteilung hänge vielmehr von den wirtschaftlichen Auswirkungen ab, die nach der "rule of reason" zu bewerten seien.<sup>12</sup>

Das US-Justizministerium hat in seinen "Vertical Restraints Guidelines" vom 23.1.1985 (Guidelines zu vertikalen Beschränkungen) diesen wohlfahrtsökonomischen Ansatz, der inzwischen durch die Vertreter der sog. "Chicago School" der amerikanischen Wettbewerbstheorie (Stigler, Bork, Demsetz, Posner u.a.) - ihre Ansichten sind aber auch in den USA nicht unumstritten -<sup>13</sup> ausgebaut worden war,<sup>14</sup> aufgenommen und nicht preisbezogene vertikale Beschränkungen weitgehend von

---

S. 128 ff., bes. S. 132 ff.; Kapp, Wettbewerbsbeschränkung durch vertikale Vertriebsbindung, 1984, S. 40 ff. Zur Situation vor der Sylvania-Entscheidung vgl. Sangmeister, Die rule of reason und das per se-Konzept, 1975, S. 65 ff.

- 12) Vgl. dazu auch Möschel, Antitrust and Economic Analysis of Law, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 140 (1984) 156 ff., 166 ff.; Steindorff, Article 85 and the Rule of Reason, C.M.L.R. 21 (1984) 639 ff.
- 13) Vgl. zuletzt z.B. Hovenkamp, Antitrust Policy After Chicago, Mich.L.Rev. 84 (1986) 213 ff.; ders., Rhetoric and Skepticism in Antitrust Argument, Mich.L.Rev. 84 (1986) 1721 ff.; Rey/Tirole, The Logic of Vertical Restraints, American Economic Review 1986, 921 ff.; aus deutscher Sicht Schmidt/Rittaler, Die Chicago School of Antitrust Analysis - Wettbewerbstheoretische und -politische Analyse eines Credo, 1986, z.B. S. 91: "ökonomischer Darwinismus".
- 14) Nachweise z.B. bei Kirchner, "Ökonomische Analyse des Rechts" und Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (antitrust law and economics) - Die amerikanische Diskussion und Folgerungen für das deutsche Recht, ZHR 144 (1980)

der Verfolgung durch die Antitrustbehörden ausgenommen. Dadurch möchte das Ministerium folgendes erreichen: "help to reduce the uncertainty associated with enforcement of the antitrust laws in this area".<sup>15</sup> Die Richtlinien wurden für verbindlich für die amerikanischen Antitrustbehörden erklärt.<sup>16</sup>

Nach Auffassung der Vertreter der Chicago Law School, die auch in Europa Anhänger gefunden haben, gibt es zwar Gefahren bei der Vereinbarung vertikaler Beschränkungen, dazu gehören die Erleichterung koordinierten Verhaltens schon auf dem Markt befindlicher Wettbewerber, die Möglichkeit der Beschränkung des Marktzutritts oder der Ausschaltung vorhandener Wettbewerber (foreclosure) und die Förderung der Preisdiskriminierung. Aber wenn es gelinge, diesen Gefahren zu begegnen, seien die vertikalen Beschränkungen wohlfahrts-erhöhend und effizienzsteigernd, wobei insbesondere auf die Senkung der Vertriebs- und Absatzkosten und die Abwehr von "Trittbrettfahrern" bei kostspieligen Serviceleistungen hingewiesen wird. Sie könnten vielfach legitime wirtschaftliche Funktionen erfüllen; bei Abwägung aller Umstände komme man zu dem Schluß, sie seien "im allgemeinen vorteilhaft".<sup>17</sup>

---

563 ff., 583 f.; Kalfass, Die Chicago-School - Eine Skizze des "neuen" amerikanischen Ansatzes für die Wettbewerbspolitik, WuW 1980, 596 ff.; Markert, aaO. (FN. 9), S. 5 ff.; Ganal, aaO., S. 117 ff.; Henckert, Die Normadressaten des § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB - Eine ökonomische Analyse des Rechts, 1987, S. 46 ff.; Gerberth/Janicki, aaO., WuW 1987, 452 ff.; vgl. zuletzt Easterbrook, Workable Antitrust Policy, Mich. L.Rev. 84 (1936) 1696 ff. m.weit.Nachw. aus der amerikanischen Literatur.

- 15) US-Guidelines, Ziffer 1, in englischer und in deutscher Sprache abgedruckt in "Vertikale Verträge - US-Guidelines 1985 und EG-Kartellrecht", 1986, S. 7 ff., 8.
- 16) Zur neuesten Entwicklung vgl. Wangemann, Antitrust-Reformvorschläge, WuW 1987, 504.
- 17) Aus der deutschsprachigen Literatur vgl. dazu z.B. Schwartz, Vertikale Beschränkungen, aaO. (FN. 11), S.

Die EG-Kommission hat die Entwicklung der Wettbewerbstheorie und der Antitrustpraxis in den USA zur Kenntnis genommen, zunächst aber keine Konsequenzen gezogen, sondern sich ausdrücklich von diesen Tendenzen distanziert und den Schutz des Intrabrand-Wettbewerbs, des Wettstreits unter verschiedenen Händlern mit den Waren eines Herstellers, als wichtige Aufgabe der Kommission dargestellt.<sup>18</sup> Aber dann hat sie diese Ansichten doch - zwar zögernd und vorsichtig - aufgenommen, indem sie zugab, Intrabrand-Wettbewerb könne z.B. im Automobilssektor durch Interbrand-Wettbewerb, den Wettstreit unter verschiedenen Marken, ersetzt werden; sie neige nunmehr dazu "nützliche Formen der Zusammenarbeit zuzulassen".<sup>19</sup>

## II. Die Anwendung der Normen durch Kommission und Gerichtshof

### 1. Die dogmatische Begründung für die Einbeziehung vertikaler Vereinbarungen

Der Europäische Gerichtshof hat nach anfänglichem Zögern (in der Entscheidung LTM/MBU) im Jahre 1966 ab dem Fall Grundig/Consten vertikale Vereinbarungen unter Art. 85 Abs. 1 subsumiert, allerdings mit einer nach deutschem Rechtsdenken wohl zweifelhaften Argumentation: Es gehe "grundsätzlich nicht an, da Unterscheidungen" (zwischen horizontalen und

---

16, 20 und 43; aus der deutschen Literatur der neuesten Zeit vgl. die Zusammenstellung bei Joerges, Franchise-Verträge und europäisches Wettbewerbsrecht - Eine Kritik der Pronuptia-Entscheidungen des EuGH und der Kommission, ZHR 151 (1987) 195 ff., 205 ff.

18) 13. Wettbewerbsbericht 1983, Ziff. 25 und 34.

19) 14. Wettbewerbsbericht 1984, S. 15 und Ziff. 37; gegen solche Strömungen aber z.B. Waelbroeck, Distribution Agreements, in "XI. Internationales EG-Kartellrechts-Forum", 1986, S. 19 ff., 25.

vertikalen Vereinbarungen) "zu treffen, wo der Vertrag es nicht tut."<sup>20</sup>

Diese Argumentation ist angesichts der pönalen Sanktionen für Verstöße gegen die Vorschrift des Art. 85 Abs. 1 (Geldbuße nach Art. 15 Abs. 2 VO Nr. 17)<sup>21</sup> nach unserem Rechtsdenker nicht statthaft. Zwar hat der Gemeinschaftsgesetzgeber in Art. 15 Abs. 4 der VO Nr. 17 statuiert: "Die Entscheidungen auf Grund der Absätze 1 und 2 sind nicht strafrechtlicher Art", aber das ist wohl mehr eine *captatio benevolentiae*, denn eine qualifizierende Normierung.<sup>22</sup> Die Geldbußen - auch wenn man sie als Sanktion gegen Ordnungswidrigkeiten verstehen würde - gehören nach allgemeiner Ansicht in Deutschland und in anderen Mitgliedsstaaten<sup>23</sup> zum Bereich des Strafrechts, die allgemeingültigen strafrechtlichen Grundsätze (*nulla poena sine culpa, in dubio pro reo*) sind anzuwenden.<sup>24</sup>

---

20) EuGH, 13.7.1966, Slg. 1966, 322 ff., 387 (Grundig/Consten), ebenso EuGH, 13.7.1966, Slg. 1966, 457 ff., 485 (Italienische Republik/Kommission); noch zweifelnd EuGH, 30.6.1966, Slg. 1966, 281 ff., 302 f. (LTM/MBU).

21) 1. DVO Nr. 17/62 vom 6.2.1962.

22) Einzelheiten zur Entstehungsgeschichte dieser und gleichlautender Vorschriften in anderen EG-Verordnungen bei Winkler, Die Rechtsnatur der Geldbuße im Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1971, S. 53 f.; Siohl, Die Schuldfeststellung bei Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen im Rahmen des Art. 15 VO 17 zum EWG-Vertrag, 1936, S. 25 ff.

23) Court of Appeals (London), 26.5.1977, C.M.L.R. 1977, 420 ff., 427/428 (Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Corp.).

24) Ebenso Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EWG-Kartellrecht, 3. Aufl., 1978, Art. 15 VO 17 Rdnr. 4; Winkler, aaO., S. 77 ff.; Mailänder im Gemeinschaftskommentar, 3. Aufl., 1979, Art. 15 VO 17 Rdnr. 90; weitere Nachweise bei Tiedemann, Kartellrechtsverstöße und Strafrecht, 1976, S. 57, insb. Fn. 89 und Siohl, aaO., S. 32 und 49 f. Siehe auch die Zusammenfassung der vom EuGH im Jahre

Für die Erfassung der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen durch Art. 85 Abs. 1 muß man eine andere dogmatische Erklärung nachschieben. Knopp<sup>25</sup> hat dafür die Grundlage gelegt, ich habe diese Ansicht dann ausgebaut:<sup>26</sup> Erst durch die Verordnung Nr. 17, insbesondere durch die Vorschrift des Artikels 4, hat der Rat nach Art. 235 EWG-Vertrag die Vorschrift des Art. 85 Abs. 1 auf der Rechtsgrundlage des Art. 87 EWG-Vertrag, nämlich des an den Gemeinschaftsgesetzgeber gerichteten Auftrags, Durchführungsbestimmungen zu den Artt. 85 und 86 zu erlassen, ergänzt und vertikale Verträge grundsätzlich einbezogen.

Die Frage, ob vertikale Vereinbarungen unter die Vorschrift des Art. 85 fallen, wird in neuerer Zeit kaum noch problematisiert,<sup>27</sup> die Bestimmung des Art. 85 ist auch auf vertikale Vereinbarungen anwendbar. Jeder Austauschvertrag kann gegen das Verbot des Art. 85 Abs. 1 verstoßen;<sup>28</sup> auch vertikale "abgestimmte Verhaltensweisen" sind möglich.<sup>29</sup>

---

1983 in verschiedenen Urteilen aufgestellten Grundsätze für das Bußgeldverfahren durch die Kommission im 13. Wettbewerbsbericht 1983, Ziff. 168 ff.

- 25) Knopp, Über die Anwendbarkeit von Artikel 85 des EWG-Vertrages auf Individualverträge, AWD 1962, 269 ff., 271 f.
- 26) Reinhart, Die kartellrechtliche Behandlung vertikaler Verträge nach Artikel 85 EWGV, AWD 1974, 187 ff., 188.
- 27) "Settled question des europäischen Wettbewerbsrechts", so Joerges, aaO. (FN. 17), ZHR 151 (1987) 199.
- 28) Rittner, aaO., § 17 Rdnr. 3; von der Groeben/Schröter, Art. 85 Rn. 22; Gleiss/Hirsch, Art. 85 (1) EWGV Rdnr. 16 und 34; Deringer, WuW/EWG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 1 Anm. 34 und 76; Emmerich, Kartellrecht, 4. Aufl., 1982, § 34, S. 354 f.
- 29) EuGH, 7.6.1983, Slg. 1983, 1825 ff., 1897 ff. (Pioneer); von der Groeben/Schröter, Art. 85 Rn. 17.

## 2. Normwidersprüche

Bei der Anwendung der Vorschriften durch Kommission und Gerichte ist aber immer wieder festzustellen, daß die Formulierungen im Beispielskatalog des Art. 85 Abs. 1 litterae a - e eigentlich wohl zunächst nur für horizontale Vereinbarungen gedacht waren.

Ein Beispiel möge dies verdeutlichen: Nach dem Wortlaut der littera a) des Art. 85 Abs. 1 ist die Einigung zwischen Verkäufer und Käufer, sofern diese Unternehmen sind, über den Kaufpreis des verkauften Produkts eine Vereinbarung, "durch die der Einkaufspreis festgesetzt wird", der Tatbestand des Art. 85 Abs. 1 wäre also erfüllt. Dies ist von den Verfassern des EWG-Vertrages wohl nicht beabsichtigt gewesen.

Man kann sicher hier mit der teleologischen Auslegung helfen und littera a) nicht auf Austauschverträge, sondern nur auf Folgeverträge und Ausführungsverträge anwenden.<sup>30</sup>

Aber was ist dann mit den anderen Beispielsfällen, zum Beispiel littera d) mit dem Diskriminierungsverbot und littera e) mit den Kopplungsverträgen? Sollen diese Vorschriften auch nur auf Folge- oder Ausführungsverträge angewandt werden? Natürlich wäre dies widersinnig, hier sind Austauschverträge erfaßt. Es bedarf also einiger dogmatischer Klammzüge bei der Anwendung des Art. 85 auf vertikale Verträge.

Angesichts dieser Unstimmigkeiten bei der Anwendung des Art. 85 auf vertikale Vereinbarungen wird heute von den meisten Autoren eine salvatorische Klausel verwendet, die beispiels-

---

30) Grabitz/Koch, Art. 85 Rdnr. 113; von der Groeben/Schröter, Art. 85 Rn. 56.

weise in der Formulierung von Gleiss/Hirsch lautet: "Das (die Einbeziehung vertikaler Vereinbarungen in den Anwendungsbereich des Art. 85 Abs. 1) schließt nicht aus, daß im Einzelfall horizontale und vertikale Vereinbarungen doch differenziert beurteilt werden müssen."<sup>31</sup>

Andere, wie z.B. jüngst Ganal,<sup>32</sup> stellen lapidar fest: "Die in der Praxis und Literatur vorherrschende Auffassung, daß Art. 85 Abs. 1 EWGV vertikale Bindungen ebenso wie horizontale Wettbewerbsbeschränkungen verbiete, verträgt sich nicht mehr mit dem aktuellen Diskussionsstand der Wettbewerbstheorie."

### 3. Überblick über vertikale Beschränkungen

nach dem Beispielskatalog des Art. 85 Abs. 1 EWGV

Der Beispielskatalog in Art. 85 Abs. 1 hat in der Praxis der Kommission im Laufe der Jahre zunehmend an rechtlicher Bedeutung verloren. In den Entscheidungen wird nur selten auf lit. a) oder lit. b) etc. als Rechtsgrundlage Bezug genommen. Die Beamten der Kommission begnügen sich - anders als die Richter des EuGH -<sup>33</sup> damit, allgemein festzustellen, es liege ein Verstoß gegen Art. 85 Abs. 1 vor.<sup>34</sup>

---

31) AaO., Art. 85 (1) EWGV Rdnr. 34.

32) AaO., S. 145.

33) Vgl. z.B. EuGH, 17.1.1984, Slg. 1984, 19 ff., 66 (VBVB und VBBB) oder 27.1.1987, Rs. 45/85 (Sachversicherer), WuW/E EWG/MUV 739 = JZ 1987, 457 ff., 459/460.

34) Von der Groeben/Schröter, Art. 85 Rn. 55. Typisch z.B. die Fälle EG-Kommission, 1.12.1976, ABl. Nr. L 357/40 vom 29.12.1976 (Miller International) = WuW/E EV 699; 21.12.1976, ABl. Nr. L 39/19 vom 10.2.1977 (Theal-Watts) = WuW/E EV 688.

Trotzdem soll ein rascher Blick auf den Anwendungsbereich dieser Beispielfälle helfen, die Tragweite der Vorschriften im vertikalen Bereich abzuschätzen.<sup>35</sup>

a) Wettbewerbsbeschränkungen nach littera a)  
(Festsetzung von Preisen oder Geschäftsbedingungen)

Man ist sich in der Praxis der Kommission,<sup>36</sup> in der Rechtsprechung des Gerichtshofs<sup>37</sup> und in der Literatur<sup>38</sup> darüber einig, daß vertikale Preisbindungen, also Preisbindungen der zweiten Hand, verboten sind.<sup>39</sup> Allerdings ist man sich auch darin einig, daß solche Vereinbarungen dann, wenn sie in vertikalen Verträgen enthalten sind, "leichter zu nehmen" seien als horizontale Vereinbarungen zwischen Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe, wobei aber niemand erklärt, welche juristische Bedeutung der Begriff "Leichternehmen" eigentlich hat.<sup>40</sup>

Problematisch wird es dann, wenn Vereinbarungen zu beurteilen sind, die nach nationalem Recht zugelassene Preisbindungen der zweiten Hand, die vom EuGH im Leclerc-Urteil nicht als

---

35) Vgl. dazu auch Bleckmann, Europarecht, 4. Aufl., 1985, § 16, S. 395 f.

36) Vgl. zuletzt Wettbewerbsbericht 1985, Ziff. 66 (Italienischer Brillensektor).

37) Vgl. z.B. EuGH, 17.1.1984, Slg. 1984, 19 ff., 64 (VBVB-Buchhandelspreisbindung); EuGH, 30.1.1985, Slg. 1985, 391 ff., 424 (BNIC/Clair).

38) Grabitz/Koch, Art. 85 Rn. 118; von der Groeben/Schröter, Art. 85 Rn. 59; von der Groeben/Wenig, Art. 85 Rn. 187.

39) Zu den vertikalen Preis- bzw. Konditionenbindungen der 2. Hand vgl. von der Groeben/Schröter, Art. 85 Rn. 132.

40) Von der Groeben/Wenig, Art. 85 Rn. 187.



unzulässig verworfen wurden,<sup>41</sup> schützen sollen, zum Beispiel die Preisbindung für Verlagserzeugnisse.<sup>42</sup>

Nach herrschender Meinung fällt unter littera a) auch die vertikale Vereinbarung von Mindestpreisen<sup>43</sup> und die Pflicht zur Einhaltung von vertikalen Preisempfehlungen,<sup>44</sup> seit neuestem aber nicht nur nach Auffassung des EuGH im Pronuptia-Urteil, sondern auch nach der Kommissionspraxis im Fall Yves Rocher die Pflicht zur Beachtung von "Richtpreisen" nicht mehr.<sup>45</sup>

Vertikale Konditionenabsprachen,<sup>46</sup> auch Garantieverpflichtungen, die ein Hersteller seinem Abnehmer auferlegt, sollen von littera a) erfaßt sein.<sup>47</sup>

- 
- 41) EuGH, 10.1.1985, Slg. 1985, 305 ff., 320 (Leclerc).
- 42) Vgl. dazu auch Schlecht, Aspekte deutscher und europäischer Wettbewerbspolitik, in "XI. Internationales EG-Kartellrechts-Forum", aaO., S. 3 ff., 5/6.
- 43) EG-Kommission, 15.12.1982, ABl. Nr. L 379/1 vom 31.12.1982 (UGEL-BNIC) = WuW/E EV 961.
- 44) EG-Kommission, 11.12.1981, ABl. Nr. L 113/18 vom 27.4.1982 (NPB) = WuW/E EV 916.
- 45) EG-Kommission, 17.12.1986, ABl. Nr. L 8/49 vom 10.1.1987, WuW/E EV 1193 = GRUR Int. 1987, 236 ff., 240 (Yves Rocher) im Anschluß an das Pronuptia-Urteil des EuGH vom 28.1.1986, GRUR Int. 1986, 193.
- 46) EG-Kommission, 13.7.1983, ABl. Nr. L 200/44 vom 23.7.1983 (Vimpoltu) = WuW/E EV 977; 16.12.1985, ABl. Nr. L 376/21 vom 31.12.1985 (Sperry New Holland) = WuW/E EV 1161; von der Groeben/Schröter, Art. 85 Rn. 60.
- 47) Von der Groeben/Schröter, Art. 85 Rn. 61; EG-Kommission, 23.10.1978, ABl. Nr. L 322/36 vom 16.11.1978 (Zanussi); 12. Wettbewerbsbericht 1982, Ziff. 77; 13. Wettbewerbsbericht 1983, Ziff. 104; 14. Wettbewerbsbericht 1984, Ziff. 70; EuGH, 21.2.1984, Slg. 1984, 883 ff., 905 f. (Hasselblad); EuGH, 10.12.1985, Rs. 31/85, WuW/E EWG/MUV 723 f.; 724 (Swatch-Quarzuhren).  
Vgl. die Zusammenstellung der Entscheidungspraxis der Kommission durch diese in EG-Bulletin 11/1986 S. 43 f.

## b) Beschränkungen nach littera b)

(Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen)

Vertragshändler- und Alleinvertriebsverträge werden bei dieser Ziffer erfaßt, hierfür haben wir in der Zwischenzeit Spezialregeln in den diversen Freistellungsverordnungen. Trotzdem ist die Problematik noch nicht ad acta zu legen.<sup>48</sup>

## c) Beschränkungen nach littera c)

(Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen)

Der in der Kommissionspraxis wichtigste Anwendungsfall sind vertikale Exportverbote.<sup>49</sup>

## d) Beschränkungen nach littera d)

(Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen)

Sehr viel umstrittener ist die Anwendung der Beispielsfälle littera d): Wenn diese Ziffer unbesehen auf vertikale Verträge angewendet würde, dann wäre die Folge ein individuelles

---

48) Vgl. zuletzt von Winterfeld, Selektive Vertriebssysteme - Eine Zwischenbilanz nach dem zweiten SABA-Urteil des EuGH, RIW 1987, 409 ff. m.umf.Hinw.

49) Vgl. z.B. EG-Kommission, 20.12.1977, ABl. Nr. L 50/16 vom 22.2.1978 (Distillers Comp.Ltd.) = WuW/E EV 747; 23.12.1977, ABl. Nr. L 46/33 vom 17.2.1978 (BMW Belgium) = WuW/E EV 758; 25.11.1980, ABl. Nr. L 377/16 vom 31.12.1980 (Johnson) = WuW/E EV 869; 27.11.1981, ABl. Nr. L 94/7 vom 8.4.1982 (Moet et Chandon London Ltd.) = WuW E EV/913; 7.12.1982, ABl. Nr. L 354/28 vom 16.12.1982, (NP UK) = WuW/E EV 943; 10.12.1982, ABl. Nr. L 360/31 vom 21.12.1982 (Cafeteros de Columbia) = EV 947; 14.12.1984, ABl. Nr. L 35/58 vom 7.2.1985 (John Deere) = WuW/E EV 1083; 16.12.1985, ABl. Nr. L 376/21 vom 31.12.1985 (Sperry New Holland) = WuW/E EV 1161; Grabitz/Koch, Art. 85 Rdnr. 126; von der Groeben/Schröter, Art. 85 Rn. 72.

allgemeines Diskriminierungsverbot. Dies wiederum kann, wie sich aus Art. 86 EWG-Vertrag ergibt, nicht der Sinn sein, denn solche Diskriminierungen sind nur marktbeherrschenden Unternehmen verboten, autonomes diskriminierendes Verhalten wird vom Kartellverbot des Art. 85 nicht erfaßt.<sup>50</sup>

Trotzdem ist man sich einig, daß vertikale Differenzierungen von Abgabepreisen je nach Bestimmungsland den Tatbestand dieses Beispielsfalls erfüllen können.<sup>51</sup>

e) Beschränkungen nach littera e)

(Verpflichtung zur Abnahme zusätzlicher Leistungen)

Unter diese Ziffer werden vor allem die Bierlieferungsverträge eingeordnet, die aber nunmehr durch spezialgesetzliche Normen in der VO Nr. 1984/83 über Alleinbezugsvereinbarungen näher geregelt wurden.

---

50) EG-Kommission, 11.5.1981 (Demo-Studio Schmidt/Revox), 11. Wettbewerbsbericht 1981, Ziff. 11 und 118; Grabitz/Koch, Art. 85 Rdnr. 131.

51) Grabitz/Koch, Art. 85 Rdnr. 132; von der Groeben/Schröter, Art. 85 Rn. 79.

### III. Die einschränkenden Methoden bei der Anwendung des Art. 85 EWGV

Aufgabe der normanwendenden Kommission und des Europäischen Gerichtshofs, ebenso wie der Wissenschaft, ist es daher, die Rechtssicherheit zu fördern, in besonderem Maße auf dem Gebiet der vertikalen Verträge; dies hat selbst die Kommission mehrfach betont<sup>52</sup> und damit eingeräumt, daß es auch nach ihrer Erkenntnis damit nicht zum besten bestellt ist.

Wir wollen sehen, ob wir in den neueren Entscheidungen der Kommission und des EuGH fallübergreifende Leitgedanken für die Behandlung vertikaler Verträge finden.

#### 1. Einschränkungen durch klassische Interpretationsmethoden

##### a) Teleologische Reduktion

##### aa) Normale Reduktion

Beispiele dafür, etwa die Unterscheidung zwischen Austauschverträgen und Folgeverträgen, wurden bereits erwähnt.<sup>53</sup>

##### bb) Spürbarkeitsregeln

Die wichtigsten teleologischen Reduktionen werden in der Praxis durch die Anwendung des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals des Artikels 85 Abs. 1 EWGV, der "Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung", erzielt.<sup>54</sup> Man ist sich darin

---

52) Vgl. zuletzt 13. Wettbewerbsbericht 1983, S. 12 und Ziff. 45. Besonders deutlich Forrester/Norall, The Laicization of Community Law - Self-help and the Rule of Reason: How Competition Law Is and Could Be Applied, C.M.L.R. 21 (1984) 11 ff.

53) Oben bei FN. 30.

54) Von der Groeben/Schröter, Art. 85 Rn. 90 ff. Caspari, Die Wettbewerbspolitik der Gemeinschaft im Bereich der

einig, ohne dies dogmatisch näher zu begründen, daß bei vertikalen Beschränkungen, selbst bei Preisbindungen der zweiten Hand,<sup>55</sup> die Spürbarkeit eher verneint werden könne als bei vergleichbaren horizontalen Empfehlungen.

So wurden in der Kommissionspraxis beispielsweise vertikale Exportverbote,<sup>56</sup> Lieferverbote,<sup>57</sup> Verpflichtungen zur Lagerhaltung,<sup>58</sup> Nichtangriffsklauseln bei Warenzeichen<sup>59</sup> und sogar Einfuhrabgaben,<sup>60</sup> also sämtlich Beschränkungen, die man sonst für gefährlich hält, als nicht spürbare Wettbewerbsbeschränkungen aus dem Anwendungsbereich des Art. 85 Abs. 1 herausgenommen.

#### cc) Eröffnung des Wettbewerbs

Auch der Rechtfertigungsgrund der "Eröffnung neuen Wettbewerbs"<sup>61</sup> führt bei Vertikalverträgen, die das Eindringen in

---

Vertriebsvereinbarungen, in "XI. Internationales EG-Kartellrechts-Forum", aaO., S. 27 ff., 30/31.

- 55) Von der Groeben/Wenig, Art. 85 Rn. 187, siehe auch von der Groeben/de Bronett, Art. 85 Rn. 207.
- 56) EG-Kommission, 23.12.1977, ABl. Nr. L 70/69 vom 13.3.1978 (Campari) = WuW/E EV 759; 21.9.1978, ABl. Nr. L 286/23 vom 12.10.1978 (Maissaatgut) = WuW/E EV 782.
- 57) EG-Kommission, 22.7.1980, ABl. Nr. L 233/43 vom 4.9.1980 (Distillers Company Ltd./Schiffsausrüster) = WuW/E EV 843.
- 58) EG-Kommission, 17.4.1980, ABl. Nr. L 120/26 vom 13.5.1980 (Krupps) = WuW/E EV 862; 5.12.1983, ABl. Nr. L 348/20 vom 10.12.1983 (Murat) = WuW/E EV 1028; 16.12.1985, ABl. Nr. L 376/15 vom 31.12.1985 (Villeroy & Boch) = WuW/E EV 1123.
- 59) EG-Kommission, 23.12.1977, ABl. Nr. L 60/19 vom 2.3.1978 (Penneys) = WuW/E EV 773.
- 60) Einfuhrabgabe (Lizenzgebühren IGR) vgl. Wettbewerbsbericht 1984, Ziff. 92.
- 61) Von der Groeben/Schröter, Art. 85 Rn. 25 und Rn. 116; vgl. dazu Reinhart, Patentlizenzverträge - Ein Hindernis

fremde Märkte erleichtern, unter Umständen sogar erst ermöglichen, zur Reduktion.<sup>62</sup>

dd) Nicht leistungsgerechter oder nicht funktionsgerechter Wettbewerb

Das gleiche gilt, wenn man mit dem EuGH dem Schutzziel der Wettbewerbsregeln, dem Schutz des realen, unverfälschten und wirksamen Wettbewerbs,<sup>63</sup> Rechtfertigungsbedeutung zumißt und vertikale wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen dann ausnimmt, wenn sie dieses Schutzziel verwirklichen sollen.

ee) Sonstige Rechtfertigungsgründe für vertikale Beschränkungen

Die Kommission eröffnete sich die Zulassung weiterer Rechtfertigungsgründe durch eine Verallgemeinerung der ihr in Erwägungsgrund 10 der VO Nr. 1983/83 (von ihr selbst!) aufgegebenen "Einzelfallobetrachtung".<sup>64</sup> "Wünsche der Entwicklungsländer" bei langfristigen Bezugsverträgen mit Lieferanten aus Entwicklungsländern<sup>65</sup> oder "Erfordernisse des Gesundheitsschutzes"<sup>66</sup> rechtfertigten die vereinbarten vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen, die eigentlich von Art. 85 Abs. 1 erfaßt würden.

---

auf dem Weg zur Europäischen Integration?, DB 1981, 1863 ff., 1869 m.Nachw., nunmehr auch EuGH, 8.6.1982, Slg. 1982, 2015 ff., 2065 ff. (Maissaatgut).

62) Grabitz/Koch, Art. 85 Rdnr. 104 und 105 m.Nachw.

63) EuGH, 13.7.1966, aaO. (FN. 20), Slg. 1966, 483 (Grundig/Consten) und EuGH, 25.10.1977, Slg. 1977, 1875 ff., 1905 (SABA/Metro).

64) EG-Kommission, 13.12.1985, ABl. Nr. L 369/19 vom 31.12.1985 (Whisky und Gin) = WuW/E EV 1127.

65) EG-Kommission, 7.12.1979, ABl. Nr. L 39/64 vom 15.2.1980 (Rohrzuckerlieferungen) = WuW/E EV 845.

66) 14. Wettbewerbsbericht 1984, Ziff. 73 (Biozid "Kathon").

## b) Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel

Hilfe bei der sinnvollen Anwendung der Vorschrift des Art. 85 Abs. 1 könnte man von der Begrenzung des Tatbestandes durch die Zwischenstaatlichkeitsklausel erwarten.<sup>67</sup> Hier ist die "extrem weite Interpretation",<sup>68</sup> welche die Richter des EuGH diesem Merkmal angedeihen lassen, das größte Hindernis.<sup>69</sup> Diese Auslegung durch die Richter des EuGH geht sogar der Kommission zu weit.<sup>70</sup>

## 2. Einschränkung durch spezifische europarechtliche Methoden

Wenn man mit den klassischen Auslegungsmethoden nicht weiterkommt, liegt es nahe, nach neuen, spezifisch europarechtlichen Methoden zur Beschränkung des Anwendungsbereichs der Vorschrift des Art. 85 Abs. 1 zu suchen.

## a) Festlegung des Anwendungsbereichs durch Freistellungsverordnungen

Gerade auf dem Gebiet der vertikalen Beschränkungen ist in den letzten Jahren sehr viel geschehen: Im Jahre 1983 erhielt

---

67) Von der Groeben/Schröter, Art. 85 Rn. 82 ff.; Gleiss/Hirsch, Art. 85 (1) EWGV Rdnr. 78 ff.

68) Hübner, Zur Anwendbarkeit des EG-Kartellrechts auf die Versicherungswirtschaft, JZ 1987, 457 ff., 462.

69) EuGH, 7.6.1983, Slg. 1983, 1825 ff., 1899 ff. (Pioneer); weite Auslegung auch in EuGH, 30.1.1985, Slg. 1985, 391 ff., 425 (BNIC/Clair); EuGH, 10.12.1985, Rs. 240/82 u.a., WuW/E EWG/MUV 699 ff., 704 (Stichting Sigarettindustrie).

70) Vgl. 15. Wettbewerbsbericht 1985, Ziff. 106. Diese Auffassung entsprach auch schon früher der Praxis der Kommission, z.B. bei vertikalen Preisbindungen: Nationale Preisbindungssysteme beeinträchtigten zwischenstaatlichen Handel nicht, vgl. Kommission, Erster Wettbewerbsbericht, 1971, Ziff. 55; von der Groeben/Wenig, Art. 85 Rn. 187.

ten wir die VO Nr. 1983/83 über Alleinvertriebsvereinbarungen und die VO Nr. 1984/83 über Alleinbezugsvereinbarungen mit Sonderregeln für Bierlieferungs- und Tankstellenverträge, im Jahre 1984 die VO Nr. 2349/84 über Patentlizenzvereinbarungen und die VO Nr. 123/85 über Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge, demnächst soll eine Freistellungsverordnung für Know-how-Verträge folgen,<sup>71</sup> auch an einer Freistellungsverordnung für Franchise-Verträge wird in Brüssel gearbeitet.<sup>72</sup>

Dies ist eine sinnvolle, wenn auch etwas zweiseitige legislatorische Methode, die nach den bisherigen Erfahrungen mit so vielen politischen Implikationen verbunden ist, daß sie trotz der Einführung eines Widerspruchsverfahrens oft zu spät zu sachgemäßen Ergebnissen führt.<sup>73</sup>

Außerdem wird allmählich die Frage aktuell, ob es vernünftig ist, wenn die Kommission praktisch für jeden bedeutenderen Vertragstyp eine eigene Verordnung erläßt. Die Gefahr, daß die Kommission unter dem Deckmantel der Freistellung vom Verbot des Artikels 85 Abs. 1 materiellrechtliche Vereinheitlichung dekretiert, ist doch nicht ganz von der Hand zu weisen.<sup>74</sup>

---

71) Dazu Schultz-Süchting, Kritische Bemerkungen zum Vorentwurf der EG-Kommission für eine Freistellungsregelung über Know-how-Verträge, WuW 1987, 482 ff.; siehe dazu auch "Die Stellung von know-how-Verträgen im Kartellrecht", Ergebnisse einer internationalen Diskussion des FEW am 25.9.1986, 1986; vgl. auch den Hinweis in GRUR Int. 1987, 517.

72) WuW 1987, 196.

73) Vgl. dazu Venit, aaO. (FN. 2), Boston College Int. & Comp.L.Rev. X (1987) 38 f.; Forrester/Norall, aaO. (FN. 52), C.M.L.R. 1984, 46 ff.

74) Vgl. dazu schon Reinhart, aaO. (FN. 61), DB 1981, 1864, 1867, 1869 und ders., Anm. zum Maissaatgut-Urteil, RIW 1982, 825 ff., 829.



## b) De-facto-Festlegungen durch "Allgemeine Bekanntmachungen"

Wichtig bei der Anwendung der Vorschrift des Art. 85 im vertikalen Bereich sind die von der Kommission vorgenommenen Einschränkungen des Anwendungsbereichs durch "Allgemeine Bekanntmachungen",<sup>75</sup> die zwar nur selbstbindend sind, aber doch dazu führen, daß dann, wenn die Kommission ihre Rechtsansicht ändert, für die zurückliegende Zeit keine Geldbußen verhängt werden.<sup>76</sup>

Dazu gehören für den vertikalen Bereich z.B. die Bagatellbekanntmachung der Kommission in der Fassung vom September 1986,<sup>77</sup> die Bekanntmachungen über die Beurteilung von Zulieferverträgen,<sup>78</sup> zu den Verordnungen Nr. 1983/83 und Nr. 1984/83 der Kommission vom 22. Juni 1983 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen beziehungsweise Alleinbezugsvereinbarungen<sup>79</sup> und zur VO Nr. 123/85 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge.<sup>80</sup>

Im Ergebnis ist durch die Freistellungsverordnungen und die Allgemeinen Bekanntmachungen eine Vielzahl von Vereinbarungen, für die eigentlich die Vorschrift des Art. 85 Abs. 1 zutrifft, von der Anmeldepflicht enthoben und von dem Verdikt der Nichtigkeit nach Artikel 85 Abs. 2 befreit worden.

---

75) Von der Groeben/Schröter, Vorb. zu Art. 85 - 89 Rn. 5 f.

76) Von der Groeben/Schröter, aaO, Rn. 6; EuGH, 16.12.1975, Slg. 1975, 1663 ff., 2026 (Suiker Unie).

77) ABl. Nr. C 231/2 ff. vom 12.9.1986.

78) ABl. Nr. C 1/2 f. vom 3.1.1979.

79) ABl. Nr. C 355/7 ff. vom 30.12.1983, berichtigt in ABl. Nr. C 101/2 ff. vom 13.4.1984.

80) ABl. Nr. C 17/4 ff. vom 18.1.1985.

## c) Politische Leitlinien des Europäischen Parlaments

Eine interessante, dogmatisch noch nicht bewältigte Entwicklung bahnt sich in jüngster Zeit an: Wir erhalten immer mehr politische Leitlinien des EG-Parlaments zur Anwendung der Kartellvorschriften.<sup>81</sup>

War es zunächst das Verlangen, sog. "Kleine und Mittlere Unternehmen (KMU)" nach kartellrechtlichen Sonderregeln zu behandeln, so lautet die neueste Forderung, "Innovation und technologischen Fortschritt" nicht durch kleinliche Anwendung der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages zu behindern.<sup>82</sup>

Diese teils massiven Wünsche aus Straßburg müssen von der Kommission - schon aus politischen Rücksichten - beachtet werden; zumindest in den Stellungnahmen im jährlichen Wettbewerbsbericht werden sie es auch.<sup>83</sup>

---

81) Von der Groeben/Schröter, Vorbem. zu Art. 85 bis 89 Rn. 52.

82) Vgl. zuletzt Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15.5.1987 zu den Klein- und Mittelbetrieben und zum Handwerk, Dok. A2-27/87, abgedruckt auch in ABl. Nr. C 156/192 ff. vom 15.6.1987. Ebenfalls noch ungeklärt ist die Auswirkung der durch die "Einheitliche Europäische Akte" eingeführten neuen Bestimmungen in "Titel VI: Forschung und technologische Entwicklung" (Artt. 130 f ff. EWGV), abgedruckt in ABl. Nr. L 169/1 ff. vom 29.6.1987, auf die Anwendung der Vorschriften der Artt. 85 ff. EWGV; vgl. auch die Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem XV. Wettbewerbsbericht, abgedruckt in ABl. Nr. C 333/1 ff. vom 29.12.1986, Ziffer 1.3, Ziffer 3 und Schlußbemerkungen.

83) "Weitreichende Wettbewerbsbeschränkungen" der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) werden "hingenommen", damit diese dem "Konkurrenzdruck größerer Unternehmen besser standhalten" können, vgl. 11. Wettbewerbsbericht 1981, S. 15 und Ziff. 31; 14. Wettbewerbsbericht 1984, Ziff. 154; 15. Wettbewerbsbericht 1985, Ziff. 15 ff.

## 3. Rule of reason

Die Ansätze des EuGH zur rule of reason in den Parfum-Entscheidungen,<sup>84</sup> im Maissaatgut-Urteil,<sup>85</sup> in Coditel II,<sup>86</sup> AEG-Telefunken,<sup>87</sup> Remia-Nutricia<sup>88</sup> und Pronuptia<sup>89</sup> sind aus der Literatur bekannt, vor allem durch Peter Ulmers Vortrag auf der Brüsseler Tagung 1985 der Studienvereinigung Kartellrecht.<sup>90</sup> Vorwürfe, die Richter des EuGH hätten die Grenze zwischen den Vorschriften der Art. 85 Abs. 1 und Art. 85 Abs. 3 verschoben und so unzulässigerweise durch Richterrecht zusätzliche Gruppenfreistellungen geschaffen,<sup>91</sup> sind nicht berechtigt.

Auch in den neuesten Entscheidungen der Kommission zu vertikalen Beschränkungen (Villeroy & Boch, Ivoclar) sind deut-

---

84) EuGH, 10.7.1980, Slg. 1980, 2511 ff., 2536 (Parfums).

85) EuGH, 8.6.1982, Slg. 1982, 2015 ff., 2069 (Maissaatgut) = RIW 1982, 825 ff. m. Anm. Reinhart.

86) EuGH, 6.10.1982, Slg. 1982, 3381 ff., 3401 (Coditel II).

87) EuGH, 25.10.1983, Slg. 1983, 3151 ff., 3194 ff. (AEG).

88) EuGH, 11.7.1985, WuW/E EWG/MUV 690 ff. (Nutricia).

89) EuGH, 28.1.1986, Rs 161/84, WuW/E EWG/MUV 693 ff. = GRUR Int. 1986, 193 ff. (Pronuptia).

90) P. Ulmer, Rule of Reason im Rahmen von Art. 85 EWG-Vertrag, RIW 1985, 517 ff. = XI. Internationales EG-Kartellrechts-Forum, aaO., S. 37 ff.; Venit, aaO. (FN. 2), Boston College Int. & Comp.L.Rev. X (1987) 42 ff., 46 ff.

91) Nachweise zuletzt bei Veelken, Probleme der theoretischen Lückenlosigkeit internationaler selektiver Vertriebssysteme, RabelsZ 50 (1986) 508 ff., 551 ff.

liche Ansätze für eine Begründung aus der rule of reason zu entdecken.<sup>92</sup>

Man braucht nicht so weit zu gehen und behaupten, mit Coditel II hätten die Richter des EuGH den Anschluß an die amerikanische Entscheidung GTE/Sylvania gefunden,<sup>93</sup> aber die Richtung, in die sich die EuGH-Rechtsprechung und ihr zögernd folgend die Kommissionspraxis bewegen, ist damit richtig angegeben. Joerges zieht daher aus seiner Sicht zu Recht die Folgerung, daß "entweder die Aussagen des EuGH revidiert oder aber die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft noch tiefgreifender umgestaltet" werden müßten, dies sei "nicht weniger als die Schlüsselfrage für die künftige Orientierung der europäischen Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen".<sup>94</sup>

---

92) Ebenso Venit, aaO., Boston College Int. & Comp.L.Rev. X (1987) 44 ff.; vgl. z.B. EG-Kommission, 16.11.1983, ABl. Nr. L 327/31 vom 24.11.1983 (Ford) = WuW/E EV 1010; 18.4.1984, ABl. Nr. L 118/24 vom 4.5.1984 (IBM-PC) = WuW/E EV 1047; 16.12.1985, ABl. Nr. L 376/15 vom 31.12.1985 (Villeroy & Boch) = WuW/E EV 1123; 27.11.1985, ABl. Nr. L 369/1 vom 31.12.1985 (Ivoclar) = WuW/E EV 1142.

Noch in den Entscheidungen vom 2.12.1981, ABl. Nr. L 161/18 vom 12.6.1982 (Hasselblad) = WuW/E EV 889 und vom 6.1.1982, ABl. Nr. L 117/15 vom 30.4.1982 (AEG-Telefunken) = WuW/E EV 907 waren quantitative Merkmale bei der Auswahl der Händler als Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert worden.

Gegen quantitative Kriterien bei selektiven Vertriebssystemen noch EuGH, 3.7.1985, Rs. 243/83, RIW 1986, 389 ff., 393 (Binon/AMP).

93) So aber Venit, aaO., Boston College Int. & Comp.L.Rev. X (1987) 48.

94) Joerges, aaO. (FN. 17), ZHR 151 (1987) 205 und 217.

C. DIE ZUKÜNFTIGE BEHANDLUNG VERTIKALER VERTRÄGE  
IM WETTBEWERBSRECHT DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFT

I. Die Ursachen der bei der bisherigen Rechtsanwendung  
aufgetretenen Schwierigkeiten

Worin liegen die Ursachen für die doch offenkundigen Ungereimtheiten der bisherigen Rechtsanwendung? Würden in der Praxis etwa die Grenzen von Kartellrechtsanwendung einerseits und engagierter Wettbewerbspolitik andererseits verwischt?

1. Die Ansichten der Verfasser des EWG-Vertrages

Eine Ursache für die bei der Rechtsanwendung aufgetretenen Schwierigkeiten ist, daß die Schöpfer des EWG-Vertrages sich bei der Formulierung der Vorschriften der Artt. 85 ff. zu eng an die Normen des EGKS-Vertrages angelehnt haben. Sie überschätzten aber wohl auch die Bedeutung der vertikalen Vereinbarungen für die Einschränkung des Wettbewerbs und unterschätzten das Markteröffnungsargument, das in vertikalen Beziehungen eine große Rolle spielt.

2. Einschränkung der Freistellungsmöglichkeiten

Zum anderen liegt eine Ungereimtheit darin, daß durch Artikel 9 Abs. 1 der VO Nr. 17 der Kommission das Monopol eingeräumt wurde, Freistellungen nach Art. 85 Abs. 3 EWGV zu erteilen. Aus dem Text des Art. 85 ist ein solches Monopol nicht abzuleiten, und wie sich auch aus Art. 23 Abs. 1 der VO Nr. 17 ergibt, war es bis 1962 als selbstverständliche Aufgabe der nationalen Kartellbehörden angesehen worden, Freistellungen nach Art. 85 Abs. 3 zu erteilen.

Mit der von ihr vorgeschlagenen Monopolisierung hat sich die Kommission selbst einen Bärenienst erwiesen, denn zwischen

85 und 90 Prozent aller bei ihr angemeldeten Vereinbarungen betreffen vertikale Vereinbarungen.<sup>95</sup>

### 3. Verteidigung des Freistellungsmonopols der Kommission

Lange hat die Kommission ihr Monopol mit allen Mitteln zu verteidigen gesucht,<sup>96</sup> in Wahrheit handelt es sich um Rückzugsgetechte. Die gesamten oben geschilderten Versuche, eine vernünftige Behandlung vertikaler Verträge zu erreichen, sind unter diesem Blickwinkel zu sehen.

Ganz eindeutig war es die Absicht der Beamten der Kommission, den Anwendungsbereich der Vorschrift des Art. 85 Abs. 1 möglichst weit zu halten, um dann auf der Ebene der Freistellung nach Art. 85 Abs. 3 die Zügel zu lockern. Damit sollte der unerträgliche Zustand, mit nicht mehr als 150 Beamten in der Generaldirektion IV (Wettbewerb) das Kartellrecht eines Marktraumes von mehr als der Größe der Vereinigten Staaten unter Kontrolle halten zu müssen, erträglich gemacht<sup>97</sup> und dem Vorwurf, die Rechtssicherheit sei gefährdet, weil die Kommission einem Berg unerledigter Verfahren vor sich herschiebe,<sup>98</sup> begegnet werden.

---

95) Vgl. z.B. 13. Wettbewerbsbericht 1983, Ziff. 82.

96) Ebenso Venit, aaO., Boston College Int. & Comp.L.Rev. X (1987) 19.

97) Vgl. auch Steindorff, aaO. (FN. 12), C.M.L.R. 21 (1984) 639; Koenigs, Die neuere Entwicklung des Kartellrechts, in "Der Gemeinsame Markt, Bestand und Zukunft in wirtschaftsrechtlicher Perspektive", hrsg. von Jürgen Schwarze, 1987, S. 137 ff., 153.

98) Forrester/Noiail, aaO. (FN. 52), C.M.L.R. 21 (1984) 13 f.; Venit, aaO., Boston College Int. & Comp.L.Rev. X (1987) 23, 33.

## II. Die veränderte Kommissionspolitik: "Dezentralisierte Anwendung der Artikel 85 und 86"

### 1. Der allmähliche Wandel in der Auffassung der Kommission

Erstmals im 13. Wettbewerbsbericht 1983 räumt die Kommission ein, "die Gerichte der Mitgliedstaaten ... sollten in stärkerem Maße zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts" bei der Anwendung der Wettbewerbspolitik "herangezogen werden".<sup>99</sup> Dem 14. Wettbewerbsbericht 1984 zufolge wäre es im Sinne der Kommission, wenn "die Durchsetzung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft häufiger und regelmäßiger den nationalen Gerichten überlassen würde",<sup>100</sup> z.B. durch Anerkennung von Schadensersatzansprüchen als Anreiz für die Klagen Privater.<sup>101</sup> Im 15. Wettbewerbsbericht 1985 schließlich wird der "verstärkten Einschaltung des nationalen Richters bei der Anwendung der EWG-Wettbewerbsregeln vorrangige Bedeutung zuerkannt".<sup>102</sup> Es sei "ein Hauptanliegen der Kommission", darauf "hinzuwirken, daß diese Rechtsanwendung in der Praxis verstärkt wird", dafür sei eine "intensive Informationskampagne" geplant. Das Schlagwort der neuen Kommissionsstrategie lautet nunmehr: "Dezentralisierte Anwendung der Artikel 85 und 86".

Das Europäische Parlament hat diesen Vorschlag in einer EntschlieÙung vom 14.11.1986<sup>103</sup> aufgegriffen und eine "Richtlinie über die Harmonisierung der Maßnahmen der Mitgliedstaaten bezüglich richterlicher Anweisungen, Entschädigungsleistungen und sonstige Fragen" gefordert, ohne sich

---

99) Einleitung S. 13.

100) AaO., Ziffer 47.

101) Vgl. auch Ziff. 93.

102) Ziffer 38.

103) Abgedruckt in WuW 1987, 306 ff. und BT-Drucksache 10/6625 vom 3.12.1986.

allerdings zu äußern, weichen konkreten Inhalt eine solche Richtlinie haben sollte.

## 2. Die verstärkte Einschaltung des nationalen Richters

Eine verstärkte Einschaltung des nationalen Richters, die auch in der Literatur gefordert wird,<sup>104</sup> hat aber nur dann einen Sinn, wenn dieser etwas zu entscheiden hat. Solange die Kommission auf ihrem Freistellungsmonopol, das zwar jederzeit, aber nur auf deren eigenen Vorschlag (Art. 87 Abs. 1 EWGV) durch eine Änderung der VO Nr. 17 gebrochen werden könnte, beharrt, hat der Richter nur zu prüfen, ob eine Vereinbarung unter die Vorschrift des Art. 85 Abs. 1 zu subsumieren ist. Muß er dies bejahen, bleibt ihm nur zu prüfen, ob eine Freistellungsverordnung eingreift. Ist dies nicht der Fall, muß er die Nichtigkeit der Klausel oder der ganzen Vereinbarung nach Art. 85 Abs. 2 feststellen. Unter Umständen kann er zwar das Verfahren aussetzen, um den Parteien Gelegenheit zu geben, eine Stellungnahme der Kommission einzuholen,<sup>105</sup> er kann auch im Vorabentscheidungsverfahren den EuGH einschalten, aber dessen Befugnisse sind genauso beschränkt, auch die Richter des EuGH können selbst keine Freistellung nach Art. 85 Abs. 3 gewähren.

## 3. "Flexible Handhabung" der Vorschrift des Art. 85 Abs. 1

Wenn die neue Kommissionsstrategie "Dezentralisierte Anwendung der Artikel 85 und 86" auf dem Gebiet der vertikalen Verträge, um deretwillen sie ja konzipiert wurde, erfolgreich

---

104) Koenigs, aaO. (FN. 97), S. 154.

105) Vgl. beispielsweise EuGH, 10.7.1980, Slg. 1980, 2481 ff., 2500 (Parfums); von Winterfeld, Zur Durchsetzung der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages durch den EuGH, EuR 1987, 68 ff., 73; Zusammenfassung des Streitstandes in jüngster Zeit bei Veelken, aaO. (FN. 91), RabelsZ 50 (1986) 544 ff.



sein soll, dann bedarf es eines Umdenkens: Der Anwendungsbereich des Art. 85 Abs. 1 muß nicht nur "flexibel gehandhabt" <sup>106</sup>, sondern eingeschränkt werden. Konkret: Es müssen Vereinbarungen, die nach der früheren Kommissionspraxis unter Artikel 85 Abs. 1 subsumiert wurden, als nach heutiger Auffassung bei einer Gesamtbetrachtung aller Vor- und Nachteile im Einzelfall nicht wettbewerbsbeschränkend betrachtet werden, nur so erhält der nationale Richter einen seiner richterlichen Funktion entsprechenden Anwendungsspielraum zurück.<sup>107</sup> Dies bedeutet notwendigerweise, daß der Kommission einige der ihr bisher zustehenden Prüfungsmöglichkeiten zwar nicht de iure, wohl aber de facto entzogen würden.<sup>108</sup>

### III. Eigener Vorschlag

#### 1. "Normale Auslegung" der Vorschrift des Art. 85

Stimmt man dieser Prämisse eines "more flexible approach" der Vorschrift des Art. 85 Abs. 1 zu, so ist zu fragen, wie vorgegangen werden soll: Die einfachste Antwort darauf wäre die generelle Anerkennung einer rule of reason als Teil der teleologischen Reduktion im Rahmen des Tatbestandes des Artikels 85 Absatz 1, man kann auch mit Steindorff von einer "teilweisen" <sup>109</sup> oder mit Peter Ulmer von einer "partiellen

---

106) Caspari, aaO. (FN. 54), in "XI. Internationales EG-Kartellrechts-Forum", S. 27 ff., 33; Koenigs, aaO., S. 146 ff.

107) In diesem Sinne auch Steindorff, aaO. (FN. 12), C.M.L.R. 21 (1984) 643/644; Venit, aaO. FN. 2), Boston College Int. & Comp.L.Rev. X (1987) 41.

108) Joerges, aaO. (FN. 17), ZHR 151 (1987) 214.

109) Steindorff, aaO. (FN. 12), C.M.L.R. 21 (1984) 642.

Anerkennung" <sup>110</sup> einer rule of reason sprechen, das Ergebnis ist vom Prinzip her nicht anders. <sup>111</sup>

Mir sehr viel näher läge eine ganz normale Auslegung der Vorschrift des Artikels 85 Abs. 1, wie ich sie schon früher vertreten habe: Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikels 85 Abs. 1 EWGV liegt bei vertikalen Verträgen nur vor, wenn die Beteiligten - mit den Worten der Richter des EuGH in der Metro II-Entscheidung <sup>112</sup> die "workable competition", den wirksamen Wettbewerb, auf dem betreffenden Markt schädigen und die durch den EWG-Vertrag abgeschafften nationalen Grenzen durch private Vereinbarung neu errichten. <sup>113</sup>

Dabei muß man sich von der Erkenntnis leiten lassen, daß zwar jede horizontale, nicht aber jede vertikale Wettbewerbsbeschränkung bedenklich ist <sup>114</sup> und daß es bei vertikalen Vereinbarungen weniger auf die Form als auf den Inhalt der Beschränkung ankommt. Es geht nicht um die Bekämpfung einer Erscheinungsform, sondern um die Beurteilung der denkbaren Auswirkungen im Gesamtrahmen. <sup>115</sup> Inhalt hat Vorrang vor Form;

---

110) Ulmer, aaO. (FN. 90), RIW 1985, 524.

111) Gegen die Aufweichung des Art. 85 Abs. 1 durch eine "rule of reason" nunmehr auch Reich, Förderung und Schutz diffuser Interessen durch die Europäischen Gemeinschaften, 1987, S. 111.

112) EuGH, 22.10.1986 (Metro II), Erwägungsgründe 40 - 42; in diesem Sinne auch schon EuGH, 25.10.1977, Slg. 1977, 1875 ff., 1905 (SABA/Metro).

113) Reinhart, Patentlizenzverträge in der Entscheidungspraxis der Kommission der Europäischen Gemeinschaft, AWD 1972, 498 ff., ders., aaO. (FN. 26), AWD 1974, 187 ff.; vgl. auch Koenigs, aaO. (FN. 97), S.142.

114) Rittner, aaO. (FN. 6), § 17 RdNr. 36.

115) In diesem Sinne auch Steindorff, aaO., C.M.L.R. 21 (1984) 642.

um eine Formel von Posner<sup>116</sup> zu zitieren, man sollte bei vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen "weniger analogisch als logisch" argumentieren.<sup>117</sup>

## 2. Praktische Anwendung

Bei einer solchen Anwendung der Vorschrift des Art. 85 Abs. 1 muß das Ziel sein, die einzelnen wirtschaftlichen Tatbestände aufzuspalten in solche Teile, die von Art. 85 Abs. 1 erfaßt werden und damit einer Freistellung, sei es automatisch durch GruppenfreistellungsVO, sei es im Einzelfall nach Anmeldung durch Entscheidung der Kommission, bedürfen oder - falls eine Freistellung nicht möglich sein sollte - nach Art. 85 Abs. 2 nichtig sind, und solche, die wegen ihrer Auswirkungen nicht als Wettbewerbsbeschränkungen anzusehen sind.

Dazu bedarf es zwar einiger geistiger Anstrengungen, eine solche Aufspaltung ist aber möglich.<sup>118</sup> An einigen Beispielen sei dies verdeutlicht:

### a) Know-how-Verträge

Nicht als Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 85 Abs. 1 gilt nach der neueren Praxis der Kommission<sup>119</sup>

aa) die Verpflichtung, keine Produkte herzustellen oder mit solchen Produkten zu handeln, die mit dem lizenzierten

---

116) Col.L.Rev. 75 (1975) 297.

117) Vgl. dazu M. Schwartz, Vertikale Beschränkungen, aaO. (FN. 17), S. 40.

118) Ebenso Rittner, aaO. (FN. 6), § 16 RdNr. 8; zu ähnlichen Schwierigkeiten im Antitrustrecht vgl. Markert, aaO. (FN. 9), S. 20 ff.

119) EG-Kommission, 15.12.1986, ABl. Nr. L 50/30 vom 19.2.1987 (Boussois/Interpane); 17.12.1986, ABl. Nr. L 41/31 vom 11.2.1987 (Mitchell Cotts/Sofiltra).

- Produkt in Wettbewerb stehen,
- bb) das Know-how vertraulich zu behandeln,
  - cc) keine Unterlizenzen zu erteilen,
  - dd) entwickelte und erworbene Verbesserungen mitzuteilen und Lizenzen daran zu erteilen,
  - ee) Gebühren oder Pauschalsummen zu bezahlen, selbst für den Fall des Offenkundigwerdens des Know-how.

Dagegen nehmen die Beamten der Kommission eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 85 Abs. 1, über deren Freistellung sie allein entscheiden wollen, an, wenn folgende Klauseln vereinbart werden:

- aa) Ausschließlichkeitsrecht zur Herstellung und zum Verkauf der Lizenzerzeugnisse in einem bestimmten Gebiet des Gemeinsamen Marktes,
- bb) Lieferung von Waren in das dem Lizenzgeber oder einem anderen Lizenznehmer vorbehaltene Gebiet.

Sicher kann man über die Zuordnung im einzelnen streiten, ich selbst halte z.B. ein Rücklieferungsverbot in das Gebiet des Lizenzgebers für keinen Fall des Art. 85 Abs. 1. Aber es ist ja unsere Aufgabe als Juristen, uns mit solchen Abgrenzungen auseinanderzusetzen.

#### b) Franchise-Verträge

Nach der neueren Praxis der Kommission,<sup>120</sup> mit der sie sich dem Pronuptia-Urteil des EuGH<sup>121</sup> beugt, fallen nicht unter

---

120) EG-Kommission, 17.12.1986, ABl. Nr. L 8/49 ff. vom 10.1.1987 = WuW/E EV 1193 = GRUR Int. 1987, 236 (Yves Rocher); 17.12.1986, ABl. Nr. 13/39 ff. vom 15.1.1987 = WuW/E EV 1201 (Pronuptia); vgl. auch die Bekanntmachung "Computerland", ABl. Nr. C 114/2 vom 29.4.1987; ausführlich Joerges, aaO. (FN. 17), ZHR 151 (1987) 195 ff.

121) EuGH, 28.1.1986, aaO. (FN. 89), GRUR Int. 1986, 193.

Absatz 1 des Artikels 85 alle "Beschränkungen der gewerblichen Autonomie der Franchise-Nehmer in der Ausübung ihrer Nutzungsrechte, ohne die die Funktionsfähigkeit des Vertriebsnetzes nicht vorstellbar wäre".<sup>122</sup>

Dazu gehören z.B.

- aa) das Wettbewerbsverbot während der Laufzeit des Vertrages sowie für eine Jahr danach,
- bb) das Verbot des Verkaufs oder der Verpachtung des Geschäfts,
- cc) Verpflichtung, das zur Verfügung gestellte technische und geschäftliche Know-how anzuwenden,
- dd) den Franchise-Vertrag nur in Räumen durchzuführen, die nach den Anweisungen des Franchise-Gebers eingerichtet sind,
- ee) die Bezugsverpflichtung vom Franchise-Geber bzw. von dem durch ihn genannten Lieferanten,
- ff) die Bestimmung von Richtpreisen,
- gg) die Empfehlung, die vom Franchise-Geber bei Verkaufsförderungsaktionen genannten Preise nicht zu überschreiten.

Dagegen werden als den Tatbestand des Artikels 85 Abs. 1 erfüllend angesehen:

- aa) Einräumung einer ausschließlichen Nutzung der Zeichen des Franchise-Gebers für ein bestimmtes geographisches Gebiet,
- bb) den Franchise-Vertrag nur in den zu diesem Zweck ausgewählten Räumen anzuwenden,
- cc) Verbot der Errichtung einer Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat.

---

122) AaO., GRUR Int. 1987, 239; Einzelheiten bei Joerges, aaO., ZHR 151 (1987) 198 ff.; Kevekordes, Zur EWG-kartellrechtlichen Beurteilung von Franchise-Verträgen, BB 1987, 74 ff.

### 3. Ermittlung der "vorpositiven Sachstruktur" des vertikalen Vertragstyps

In der geschilderten Art müßte bei jedem vertikalen Vertrag die "vorpositive Sachstruktur" des Vertragstyps,<sup>123</sup> gegebenenfalls auch an Hand von Kriterien der ökonomischen Effizienz, ermittelt und untersucht werden, ob die Klauseln notwendigerweise zu dem Vertragstyp gehören und damit zum Funktionieren der betreffenden Verträge notwendig sind,<sup>124</sup> dann sind sie nicht als Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 85 Abs. 1 anzusehen, oder ob neue künstliche Grenzen errichtet werden sollen, um den Warenstrom zu hemmen. Ist dies der Fall, dann sind diese Vereinbarungen ungültig, der nationale Richter hat die Nichtigkeit nach Art. 85 Abs. 2 nach den allgemeinen Regeln festzustellen, also z.B. die Nichtigkeit allein der Klausel oder die Nichtigkeit des gesamten Vertrages auszusprechen. Wenn den Beteiligten an dem nichtigen Vertrag oder an der nichtigen Klausel liegt, so mögen sie neue Vereinbarungen treffen und die Freistellung durch die Kommission nach Art. 85 Abs. 3 herbeizuführen versuchen.

---

123) Ausdruck von Joerges, aaO. (FN. 17), ZHR 151 (1987) 202 im Anschluß an das Pronuptia-Urteil des EuGH, aaO. (oben FN. 89).

124) Koenigs, aaO. (FN. 97), S. 143.