

III. Die Erwägungsgründe der FuEVO

DIE EUROPÄISCHE KOMMISSION –

gestützt auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union,
gestützt auf die Verordnung (EWG) Nr. 2821/71 des Rates vom 20. Dezember 1971
über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrags auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen,¹
nach Veröffentlichung des Entwurfs dieser Verordnung,
nach Anhörung des Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen,
in Erwägung nachstehender Gründe:

(1) Nach der Verordnung (EWG) Nr. 2821/71 ist die Kommission ermächtigt, Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union* durch Verordnung auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und abgestimmten Verhaltensweisen anzuwenden, die unter Artikel 101 Absatz 1 AEUV fallen und die Forschung und Entwicklung von Produkten, Technologien oder Verfahren bis zur Produktionsreife sowie die Verwertung der Ergebnisse einschließlich der Bestimmungen über Rechte des geistigen Eigentums zum Gegenstand haben.

(2) Entsprechend ihrem Auftrag nach Artikel 179 Absatz 2 AEUV unterstützt die Union Unternehmen, einschließlich kleiner und mittlerer Unternehmen, in ihren Bemühungen auf dem Gebiet der Forschung und technologischen Entwicklung von hoher Qualität und fördert ihre Zusammenarbeitsbestrebungen. Mit dieser Verordnung sollen Forschung und Entwicklung erleichtert, gleichzeitig jedoch der Wettbewerb wirksam geschützt werden.

(3) In der Verordnung (EG) Nr. 2659/2000 der Kommission vom 29. November 2000 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung² sind Gruppen von Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen definiert, die nach Auffassung der Kommission in der Regel die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 AEUV erfüllen. Angesichts der insgesamt positiven Erfahrungen mit der Anwendung dieser Verordnung, die am 31. Dezember 2010 außer Kraft tritt, und der seit ihrem Erlass gesammelten Erfahrungen sollte eine neue Gruppenfreistellungsverordnung erlassen werden.

(4) Diese Verordnung sollte sowohl den Wettbewerb wirksam schützen als auch den Unternehmen angemessene Rechtssicherheit bieten. Mit Blick auf diese beiden Ziele sollte ebenfalls angestrebt werden, die behördliche Aufsicht und den rechtlichen Rahmen soweit wie möglich zu vereinfachen. Solange ein gewisser Grad an Marktmacht

¹ Amtl. Anm.: ABl. L 285 vom 29.12. 1971, S. 46.

* Mit Wirkung vom 1. Dezember 2009 ist an die Stelle des Artikel 81 EG-Vertrag der Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) getreten. Artikel 81 EG-Vertrag und Artikel 101 AEUV sind im Wesentlichen identisch. Im Rahmen dieser Verordnung sind Bezugnahmen auf Artikel 101 AEUV als Bezugnahmen auf Artikel 81 EG-Vertrag zu verstehen, wo dies angebracht ist. Der AEUV hat auch bestimmte terminologische Änderungen wie zum Beispiel die Ersetzung von „Gemeinschaft“ durch „Union“ und von „Gemeinsamer Markt“ durch „Binnenmarkt“ mit sich gebracht. Die Terminologie des AEUV wird in dieser Verordnung durchgängig verwendet.

² Amtl. Anm.: ABl. L 304 vom 5.12. 2000, S. 7.

nicht erreicht ist, kann im Hinblick auf die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die positiven Auswirkungen von Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen negative Auswirkungen auf den Wettbewerb überwiegen.

(5) Für die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV durch Verordnung ist es nicht erforderlich, die Vereinbarungen zu definieren, die unter Artikel 101 Absatz 1 AEUV fallen können. Bei der Einzelfallprüfung nach Artikel 101 Absatz 1 AEUV sind mehrere Faktoren, insbesondere die Struktur des relevanten Marktes, zu berücksichtigen.

(6) Vereinbarungen über die gemeinsame Durchführung von Forschungsarbeiten oder die gemeinsame Weiterentwicklung der Forschungsergebnisse bis zur Produktionsreife fallen normalerweise nicht unter das Verbot des Artikels 101 Absatz 1 AEUV. Unter bestimmten Umständen, etwa wenn sich die Parteien darauf verständigen, keinen weiteren Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten in demselben Feld nachzugehen, und damit auf die Möglichkeit verzichten, gegenüber den übrigen Parteien Wettbewerbsvorteile zu erlangen, können solche Vereinbarungen unter Artikel 101 Absatz 1 AEUV fallen und sollten deshalb in den Anwendungsbereich dieser Verordnung aufgenommen werden.

(7) Der mit dieser Verordnung gewährte Rechtsvorteil der Freistellung sollte nur Vereinbarungen zugutekommen, bei denen mit hinreichender Sicherheit angenommen werden kann, dass sie die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 AEUV erfüllen.

(8) Eine Zusammenarbeit in Forschung und Entwicklung sowie bei der Verwertung der Ergebnisse trägt am ehesten zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts bei, wenn die Parteien Fähigkeiten, Vermögenswerte oder Tätigkeiten in die Zusammenarbeit einbringen, die einander ergänzen. Dies gilt auch für den Fall, dass eine Partei die Forschung und Entwicklung einer anderen Partei lediglich finanziert.

(9) Die gemeinsame Verwertung der Ergebnisse kann als logische Folge gemeinsamer Forschung und Entwicklung angesehen werden. Sie kann in der Herstellung von Produkten, in der Verwertung von Rechten des geistigen Eigentums, die wesentlich zum technischen oder wirtschaftlichen Fortschritt beitragen, oder in der Vermarktung neuer Produkte bestehen.

(10) Die aus einer verstärkten und wirksameren Forschungs- und Entwicklungstätigkeit erwachsenden Vorteile kommen den Verbrauchern in Form neuer oder verbesserter Waren oder Dienstleistungen, in Form einer schnelleren Markteinführung dieser Waren oder Dienstleistungen oder in Form niedrigerer Preise infolge des Einsatzes neuer oder verbesserter Technologien oder Verfahren zugute.

(11) Um eine Freistellung zu rechtfertigen, sollte sich die gemeinsame Verwertung nur auf Produkte, Technologien oder Verfahren beziehen, für die die Nutzung der Forschungs- und Entwicklungsergebnisse von entscheidender Bedeutung ist. Ferner sollte in der Forschungs- und Entwicklungsvereinbarung festgelegt sein, dass alle Parteien für die Zwecke weiterer Forschung und Entwicklung und Verwertung uneingeschränkter Zugang zu den Endergebnissen der gemeinsamen Forschung und Entwicklung, einschließlich daraus erwachsender Rechte des geistigen Eigentums und daraus erwachsender Know-hows, haben, sobald sie vorliegen. Der Zugang zu den Ergebnissen sollte grundsätzlich nicht beschränkt werden, wenn es um die Nutzung der Ergeb-

nisse für die Zwecke weiterer Forschung und Entwicklung geht. Wenn die Parteien jedoch ihre Verwertungsrechte im Einklang mit dieser Verordnung beschränken, insbesondere wenn sie sich im Rahmen der Verwertung spezialisieren, kann auch der Zugang zu den Ergebnissen für die Zwecke der Verwertung entsprechend beschränkt werden. Ferner können an Forschung und Entwicklung beteiligte Hochschulen, Forschungsinstitute und Unternehmen, die Forschungs- und Entwicklungsleistungen in Form gewerblicher Dienste erbringen und sich üblicherweise nicht mit der Verwertung von Ergebnissen befassen, vereinbaren, die Forschungs- und Entwicklungsergebnisse ausschließlich für die Zwecke weiterer Forschung zu nutzen. Je nach ihrer Leistungsfähigkeit und ihren wirtschaftlichen Interessen können die Parteien ungleiche Beiträge zu ihrer Forschungs- und Entwicklungszusammenarbeit leisten. Um den unterschiedlichen Wert oder die unterschiedliche Art der Beiträge der Parteien zu berücksichtigen und auszugleichen, kann eine unter diese Verordnung fallende Forschungs- und Entwicklungsvereinbarung deshalb vorsehen, dass eine Partei einer anderen Partei für den Zugang zu den Ergebnissen für die Zwecke weiterer Forschung oder Verwertung eine Vergütung zahlt. Die Vergütung sollte jedoch nicht so hoch sein, dass sie diesen Zugang praktisch verhindern würde.

(12) Ist in der Forschungs- und Entwicklungsvereinbarung keine gemeinsame Verwertung der Ergebnisse vorgesehen, dann sollten die Parteien einander mit dieser Vereinbarung Zugang zu ihrem vorhandenen Know-how gewähren, sofern dieses Know-how für die Verwertung der Ergebnisse durch die anderen Parteien unerlässlich ist. Hierfür in Rechnung gestellte Lizenzgebühren sollten nicht so hoch sein, dass sie den Zugang der anderen Parteien zu dem Know-how praktisch verhindern würden.

(13) Die durch diese Verordnung gewährte Freistellung sollte auf Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen beschränkt werden, bei denen nicht die Gefahr besteht, dass die Unternehmen für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren, Dienstleistungen oder Technologien den Wettbewerb ausschalten. Von der Gruppenfreistellung auszuschließen sind Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, deren gemeinsamer Anteil am Markt für die Waren, Dienstleistungen oder Technologien, die aufgrund der Forschungs- und Entwicklungsergebnisse verbessert oder ersetzt werden können, bei Abschluss der Vereinbarung eine bestimmte Schwelle überschreitet. Es kann jedoch nicht generell davon ausgegangen werden, dass Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen unter Artikel 101 Absatz 1 AEUV fallen oder dass sie die Voraussetzungen des Artikel 101 Absatz 3 AEUV nicht erfüllen, wenn die in dieser Verordnung festgelegte Marktanteilsschwelle überschritten ist oder andere Voraussetzungen dieser Verordnung nicht erfüllt sind. In diesem Fall muss die Forschungs- und Entwicklungsvereinbarung einer Einzelfallprüfung nach Artikel 101 AEUV unterzogen werden.

(14) Damit auch bei der gemeinsamen Verwertung der Ergebnisse Wettbewerb gewährleistet bleibt, sollte festgelegt werden, dass die Gruppenfreistellung ihre Geltung verliert, wenn der gemeinsame Anteil der Parteien am Markt für die aus der gemeinsamen Forschung und Entwicklung hervorgegangenen Produkte, Dienstleistungen oder Technologien zu groß wird. Die Freistellung sollte jedoch ungeachtet der Höhe der Marktanteile der Parteien während eines bestimmten Zeitraums nach Beginn der gemeinsamen Verwertung weiter gelten, damit sich – insbesondere nach Einführung eines gänzlich neuen Produkts – die Marktanteile der Parteien stabilisieren können und zugleich ein Mindestzeitraum für die Erwirtschaftung einer Rendite auf das investierte Kapital gewährleistet wird.

(15) Vereinbarungen, die Beschränkungen enthalten, die für die Erzielung der positiven Auswirkungen einer Forschungs- und Entwicklungsvereinbarung nicht unerlässlich sind, sollten mit dieser Verordnung nicht freigestellt werden. Vereinbarungen, die bestimmte Arten schwerwiegender Wettbewerbsbeschränkungen enthalten, sollten ohne Rücksicht auf den Marktanteil der Parteien grundsätzlich von dem mit dieser Verordnung gewährten Rechtsvorteil der Freistellung ausgeschlossen werden; dies gilt unter anderem für die Beschränkung der Freiheit der Parteien, Forschung und Entwicklung in einem Bereich durchzuführen, der mit dem Bereich der betreffenden Vereinbarung nicht zusammenhängt, für die Festsetzung von Preisen für Dritte, für die Beschränkung von Produktion oder Absatz sowie für die Beschränkung des passiven Verkaufs von Vertragsprodukten oder Vertragstechnologien in Gebiete oder an Kunden, die anderen Parteien vorbehalten sind. Nutzungsbeschränkungen stellen in diesem Zusammenhang weder eine Produktions- oder Absatzbeschränkung noch eine Gebiets- oder Kundenbeschränkung dar.

(16) Durch die Begrenzung des Marktanteils, den Ausschluss bestimmter Vereinbarungen von der Freistellung und die in dieser Verordnung vorgesehenen Voraussetzungen ist in der Regel sichergestellt, dass Vereinbarungen, auf die die Gruppenfreistellung Anwendung findet, den Parteien nicht die Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren oder Dienstleistungen den Wettbewerb auszuschalten.

(17) Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine wettbewerbswidrige Marktverschließung bewirkt werden könnte, wenn eine Partei mehrere, von Wettbewerbern durchgeführte Forschungs- und Entwicklungsprojekte finanziert, die dieselben Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien betreffen, insbesondere wenn die Partei das ausschließliche Recht erlangt, die Ergebnisse gegenüber Dritten zu verwerten. Daher sollte der Rechtsvorteil dieser Verordnung für Vereinbarungen über Auftragsforschung und -entwicklung nur gewährt werden, wenn der gemeinsame Marktanteil aller an diesen miteinander zusammenhängenden Vereinbarungen beteiligten Parteien, d.h. der finanzierenden Partei und aller die Forschungs- und Entwicklungsarbeiten ausführenden Parteien, höchstens 25 % beträgt.

(18) Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die nicht als Hersteller von Produkten, Technologien oder Verfahren, die aufgrund der Forschungs- und Entwicklungsergebnisse verbessert, substituiert oder ersetzt werden können, miteinander im Wettbewerb stehen, schalten den Wettbewerb in Forschung und Entwicklung nur in Ausnahmefällen aus. Es ist daher zweckmäßig, diesen Vereinbarungen die mit dieser Verordnung gewährte Freistellung unabhängig vom Marktanteil zugutekommen zu lassen und in Ausnahmefällen den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung zu entziehen.

(19) Nach Artikel 29 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. L 1 vom 4.1. 2003, S. 1.) kann die Kommission den Rechtsvorteil dieser Verordnung entziehen, wenn sie in einem bestimmten Fall feststellt, dass eine unter die Freistellung nach dieser Verordnung fallende Vereinbarung Auswirkungen hat, die mit Artikel 101 Absatz 3 AEUV unvereinbar sind.

(20) Nach Artikel 29 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 kann die Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaats den Rechtsvorteil dieser Verordnung für das Gebiet oder ein Teilgebiet dieses Mitgliedstaats entziehen, wenn sie in einem bestimmten

Fall feststellt, dass eine unter die Freistellung nach dieser Verordnung fallende Vereinbarung im Gebiet oder in einem Teilgebiet dieses Mitgliedstaats, das alle Merkmale eines gesonderten räumlichen Marktes aufweist, Auswirkungen hat, die mit Artikel 101 Absatz 3 AEUV unvereinbar sind.

(21) Der Rechtsvorteil dieser Verordnung könnte zum Beispiel nach Artikel 29 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 entzogen werden, wenn die Forschungs- und Entwicklungsarbeiten Dritter in dem betreffenden Bereich durch das Bestehen einer Forschungs- und Entwicklungsvereinbarung erheblich eingeschränkt werden, weil anderswo Forschungskapazitäten nur in begrenztem Umfang zur Verfügung stehen, oder wenn der Zugang Dritter zum Markt für die Vertragsprodukte oder Vertragstechnologien infolge der besonderen Angebotsstruktur durch das Bestehen der Forschungs- und Entwicklungsvereinbarung erheblich beschränkt wird, oder wenn die Parteien die Ergebnisse der gemeinsamen Forschung und Entwicklung ohne sachlich gerechtfertigten Grund nicht gegenüber Dritten verwerten, oder wenn die Vertragsprodukte oder

Vertragstechnologien im Binnenmarkt oder in einem wesentlichen Teil desselben nicht mit Produkten, Technologien oder Verfahren im Wettbewerb stehen, die aufgrund ihrer Eigenschaften, ihres Preises und ihres Verwendungszwecks von den Nutzern als gleichartig angesehen werden, oder wenn durch das Bestehen der Forschungs- und Entwicklungsvereinbarung auf einem bestimmten Markt der Wettbewerb im Bereich der Innovation beschränkt oder der Wettbewerb in Forschung und Entwicklung ausgeschaltet würde.

(22) Da Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen und insbesondere solche, bei denen sich die Zusammenarbeit auch auf die Verwertung der Ergebnisse erstreckt, häufig für einen langen Zeitraum geschlossen werden, sollte die Geltungsdauer dieser Verordnung auf 12 Jahre festgesetzt werden –

HAT FOLGENDE VERORDNUNG ERLASSEN:

...

Ziff. 1 bezeichnet die Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der VO durch die Kommission, Ziff. 2 verweist auf Art. 179 AEUV als Grundlage für die Förderung der FuE-Tätigkeit der Unternehmen durch die Kommission. Ziff. 3 verweist auf die positiven Erfahrungen mit der am 31.12. 2010 außer Kraft getretenen FuEVO 2000, die eine neue Freistellungsverordnung unter Berücksichtigung der gesammelten Erfahrungen nahe legen. 469

Ziff. 4 bezeichnet als Ziel der FuEVO Schutz des Wettbewerbs und Rechtssicherheit für Unternehmen. Außerdem wird hier der von der Kommission eingeführte, überwiegend sehr kritisch gesehene „economic approach“ zum ersten Mal angesprochen, indem die Kommission die „Marktmacht“ als Abgrenzungskriterium für die Frage der Freistellung vom allgemeinen Verbot einführt. Art. 101 Abs. 3 verlangt für die Freistellung vom Verbot gewisse positive Auswirkungen der Vereinbarung (hier der FuE-Vereinbarung) auf den Wettbewerb, nämlich eine angemessene Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn, Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts ohne dass nicht unbedingt erforderliche Beschränkungen auferlegt oder Möglichkeiten zur Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betroffenen Waren eröffnet werden. Die Kommission unterstellt nun, dass, wenn die Parteien eine gewisse Marktmacht, ausgedrückt in Marktanteilen, nicht erreichen, die Voraussetzungen in Art. 101 Abs. 3 als gegeben betrachtet werden können. Die 470

Prüfung der sich hierauf beziehenden Bestimmungen in der FuEVO (Art. 4 und 7) wird zeigen, wie das Ergebnis zu bewerten ist.

- 471 Ziff. 5 setzt eine Linie fort, die schon durch die FuEVO 2000 eingeführt wurde. In den Vorgängerregelungen zur FuEVO 2000 waren jeweils die vertraglichen Regelungen aufgeführt, die nach Auffassung der Kommission als wettbewerbsbeschränkend zu gelten hatten. Diese „Negativliste“ erleichterte natürlich die kartellrechtliche Prüfung der Verträge. Seit der FuEVO 2000 hält die Kommission **eine solche Negativliste nicht mehr für erforderlich**, da die VO nunmehr abschließend diejenigen Voraussetzungen definiert, die gegeben sein müssen, um die Freistellung zu erlangen, und zwar unabhängig davon, ob und welche Bestimmungen des jeweiligen Vertragswerks überhaupt wettbewerbsbeschränkend sind. Das wäre im Prinzip eine Erleichterung bei der kartellrechtlichen Prüfung von FuE-Vereinbarungen, wenn die für die Freistellung geforderten Voraussetzungen in den Artikeln 3, 4, 5 und 6 klar formuliert sind.
- 472 Ziff. 6 befasst sich mit „reinen FuE-Kooperationen“, also Kooperationen, die **ausschließlich eine gemeinsame FuE-Zusammenarbeit vorsehen und keine anschließende gemeinsame Verwertung**. Solche Kooperationen sollen nur dann möglicherweise unter das Verbot des Art. 101 Abs. 1 fallen, wenn sie sich nicht auf die Vereinbarung einer gemeinsamen FuE-Zusammenarbeit beschränken, sondern die weitergehende Verpflichtung enthalten, keinen „weiteren Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten in demselben Feld nachzugehen“. Diese Verpflichtung umfasst zwei Sachverhalte, nämlich auf dem Gebiet der Zusammenarbeit weder selbst parallel noch in Kooperation mit anderen Unternehmen tätig zu werden. Mit der Formulierung „auf demselben Feld“ wurde eine Ungenauigkeit der FuEVO 2000 beseitigt, bei der nämlich die Frage offen blieb, ob hier auch eine sehr viel weiter gehende Verpflichtung mit gemeint war, nämlich die, auch auf anderen Gebieten weder selbst zu forschen und zu entwickeln noch dies mit anderen Unternehmen zu tun. Diese Einschränkungsmöglichkeit ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn für eine technische Aufgabenstellung sich mehrere Lösungsmöglichkeiten abzeichnen und die Parteien verhindern wollen, dass eine Partei beide Alternativen -allein oder mit anderen Unternehmen zusammen – verfolgt. Wenn die Parteien einer „reinen“ FuE-Kooperation eine oder mehrere der genannten Beschränkungen für so wichtig halten, dass sie auf deren vertragliche Einbeziehung nicht verzichten wollen, müssen sie allein deswegen in Kauf nehmen, dass der FuE-Kooperationsvertrag alle in der FuEVO genannten Voraussetzungen erfüllen muss. Es empfiehlt sich also, die Freistellungsbedingungen sehr genau daraufhin zu überprüfen, ob man sie für die genannten Wettbewerbsbeschränkungen in Kauf nimmt oder ob es sinnvoller ist, auf diese zu verzichten. Unternehmen sind schnell bereit, abstrakte Risiken wie hier das Risiko, dass ein Partner Parallelforschung allein oder gar in Kooperation mit Dritten betreibt, zu überschätzen und vertragliche Vorkehrungen zu verlangen. **Der verantwortungsbewusste Wirtschaftsjurist hat die Aufgabe, das Unternehmen zu einer realistischen Einschätzung zu veranlassen.**
- 473 Ziff. 7 begründet, dass die FuEVO den Freistellungsbedingungen des Art. 101 Abs. 3 genügt.
- 474 Ziff. 8 befasst sich mit einer der in Art. 101 Abs. 3 formulierten Freistellungsvoraussetzungen, nämlich dass die FuE-Vereinbarung zum technischen und wirtschaftlichen Fortschritt beitragen muss und äußert die Überzeugung, dass dies am ehesten erfolgt, wenn sich die Fähigkeiten, die „Vermögenswerte“ oder „Tätigkeiten“ der Vertragspartner ergänzen. Das ist eine eher ungeschickte, sicher unvollständige Aufzählung der positiven Aspekte von FuE-Kooperationen. Ziff. 8 bringt im Satz 2 erstmals den Gedanken, dass diese Überlegungen auch gelten, wenn eine Partei die Forschungs- und Entwicklungsarbeiten der anderen Partei nur finanziert. Was die Kommission veranlasst haben könnte, diesen Gedanken hier aufzunehmen, ist unklar. Wenn ein Unternehmen ein FuE-Vorhaben eines

anderen Unternehmens finanziert, handelt es sich meistens um einen Fall der **Auftragsentwicklung**. Dieser Tatbestand ist dann tatsächlich in die FuEVO aufgenommen worden, ohne ihn ernsthaft zu Ende zu denken. Anders gelagert ist der Fall, dass zwei Wettbewerber ein FuE-Vorhaben gemeinsam in der Art und Weise durchführen wollen, dass die FuE von einem allein durchgeführt wird, weil das andere aus welchen Gründen auch immer nicht daran beteiligt wird und daher die Kosten ganz oder teilweise übernimmt und dafür an der Verwertung beteiligt werden soll. Diese Verwertung kann dann entweder darin bestehen, dass jede Partei die Ergebnisse der FuE verwerten darf oder dass irgendeine gemeinsame Vermarktung vereinbart werden soll. Dies mag als eine FuE-Kooperation definiert werden, die nach der FuEVO zu beurteilen ist. Häufig dürfte eine solche Fallgestaltung kaum sein.

Ziff. 9 stellt die interessante Beobachtung an, dass eine gemeinsame Verwertung der FuE-Ergebnisse „als logische Folge“ der Zusammenarbeit in der FuE angesehen werden kann. Die praktische Erfahrung zeigt eher das Gegenteil, nämlich den Wunsch, nach Erreichung des Entwicklungsziels wieder auseinander zu gehen, da eine gemeinsame Verwertung ein außerordentlich komplizierter Prozess ist, der Unternehmen zu dem zwingt, was sie eher ungern tun, nämlich die Geschäftspolitik für die Vermarktung ständig untereinander abstimmen zu müssen. So ist es nun einmal einfacher, allein über die Höhe und Einzelheiten von Investitionen und darüber zu entscheiden, wo man und welche Stückzahlen fertigt, mit welchen Preisen man einsteigt, ob und wem man Lizenzen erteilt etc. 475

In Ziff. 9 wird dann weiter der Versuch unternommen zu definieren, was unter einer „**Verwertung**“ der FuE-Ergebnisse zu verstehen ist, nämlich die Fertigung, die „Verwertung von Rechten des geistigen Eigentums“ (womit vermutlich deren Lizenzierung oder deren Veräußerung gemeint ist) oder die Vermarktung „neuer Produkte“. Wieder haben wir es mit einer ungeschickten und unvollständigen Formulierung zu tun. Dies würde nicht weiter stören, wenn sich nicht bei der Formulierung des Regulierungsinhalts der FuEVO aus dieser schiefen Sicht auch ungenaue Formulierungen ergeben würden. Besonders bedauerlich ist, dass hier wie an vielen anderen Stellen in der FuEVO und in den Leitlinien die Bedeutung des Know-how völlig verkannt wird, indem es an dieser Stelle nicht einmal erwähnt wird. Zudem wird auch hier versäumt, dass eine ständige Weiterentwicklung zur „Verwertung“ der FuE-Ergebnisse gehört. 476

In Ziff. 10 wird die Pauschalaussage getroffen, dass die gemeinsame FuE die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 erfüllt. 477

Ziff. 11 schränkt die großzügige Aussage in Ziff. 10 ein, indem einige Voraussetzungen genannt werden, die erfüllt sein müssen, damit die Freistellung zu rechtfertigen ist. Die erstgenannte Voraussetzung ist, dass es sich um „Produkte, Technologien oder Verfahren handeln muß, für die **die Nutzung der FuE-Ergebnisse von entscheidender Bedeutung ist**. Die Absicht ist klar. Es soll vermieden werden, dass die Parteien eine gemeinsame Verwertung von Technologien beginnen, die gar nicht gemeinsam entwickelt wurden und damit die gemeinsame FuE als Vorwand für eine gemeinsame Vermarktung nutzen, die ansonsten kartellrechtswidrig wäre. Die Umsetzung dieser Voraussetzung in der VO findet sich an verschiedenen Stellen, nämlich insbesondere bei der Definition des Begriffs „Know-how“ in Art. 1 Ziff. 10 und in Art. 3 Abs. 5, wo gefordert wird, dass die gemeinsamen FuE-Ergebnisse für die gemeinsame Verwertung unerlässlich sind. Die zweitgenannte Voraussetzung ist, dass die Parteien „für die Zwecke weiterer Forschung und Entwicklung und Verwertung **uneingeschränkter** (im Entwurf noch „gleichen“) **Zugang zu den „Endergebnissen“ der gemeinsamen FuE** haben. Diese Forderung wird in der konkreten Formulierung in Art. 3 Abs. 2 erhebliche Verständnisprobleme und die Frage nach der Zweckmäßigkeit aufwerfen. In diesem Zusammenhang wird für einen Sonderfall einer FuE-Kooperation, nämlich derjenigen, bei der Unternehmen nicht miteinander, sondern mit 478

Hochschulen, Forschungsinstituten und reinen FuE-Unternehmen kooperieren, in Art. 3 Abs. 2 eine Sonderregelungsmöglichkeit vorgesehen. Als drittgenannte Voraussetzung für die Freistellung wird für den Fall, dass eine Partei an anderen Parteien Zahlungen für ein „technologisches Ungleichgewicht“ der FuE-Beiträge leistet, gefordert, dass die Vergütung nicht exzessiv sein darf und damit den Zugang verhindert.

- 479 Ziff. 12 fordert, dass das für die Verwertung unerlässliche Background-Know-how mitgeteilt (und zu maßvollen Bedingungen lizenziert) werden muss, wenn keine gemeinsame Verwertung vorgesehen wird.
- 480 Ziff. 13 behandelt erneut den „economic approach“, nämlich die **Einführung von Marktschwellen** für die Freistellung.
- 481 Ziff. 14 sah im Entwurf u. a. noch vor, dass keine Partei ganz von der Verwertung der FuE-Ergebnisse ausgeschlossen werden dürfe. Diese Forderung wurde im dann verabschiedeten Text fallen gelassen. Die FuEVO soll ihre „Geltung verlieren“, wenn im Zuge der Verwertung der Marktanteil „zu groß wird“. Eine Ausnahme hiervon soll insbesondere gelten, wenn ein gänzlich neues Produkt entwickelt wird, für das ein Mindestzeitraum vereinbart werden kann.
- 482 Ziff. 15 enthält im ersten Satz eine Wiedergabe des Art. 101 Abs. 3 a), ohne dass die Umsetzung im nachfolgenden VO-Text erkennbar wäre. Im 2. Satz wird die Forderung aufgestellt, „bestimmte schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen“ grundsätzlich von der Gruppenfreistellung auszunehmen. Einige dieser Art von Beschränkungen werden dann aufgezählt. Die vollständige Aufzählung findet sich in Art. 5 (**Kernbeschränkungen**). Beiläufig sei vermerkt, dass es sinnvoll gewesen wäre, in den allgemeinen Ausführungen (Erwägungsgründen) jeweils auf die Bestimmungen im VO-Text zu verweisen, auf die sich die Kommission bezieht. Im Übrigen ist es unnötig, ein paar besonders schwerwiegender Beschränkungen beispielhaft aufzuzählen, wenn im VO-Text selbst eine abschließende Aufzählung erfolgt. Warum man diese Beschränkungen „Kernbeschränkungen“ nennt, ist nicht recht erklärlich, denn gemeint sind besonders schwer wiegende Beschränkungen.
- 483 In Ziff. 16 wird die Auffassung vertreten, durch die VO werde sichergestellt, dass den Parteien keine Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren oder Dienstleistungen den Wettbewerb auszuschalten, wie dies in Art. 101 Abs. 3 b) für den Erlass von Gruppenfreistellungen gefordert wird.
- 484 Ziff. 17 behandelt ein von der Kommission entwickeltes eher unrealistisches Szenario. Ein Unternehmen beauftragt (und finanziert) getrennt voneinander mehrere Unternehmen, die im Wettbewerb mit dem Auftraggeber stehen, ein- und dasselbe Thema zu bearbeiten und erlangt das ausschließliche Recht, die Ergebnisse zu verwerten. In einem solchen Fall soll die FuEVO nur anwendbar sein, wenn die Marktanteile aller Beteiligten (einschließlich des Auftraggebers) höchstens 25 % beträgt. Es verwundert schon, dass hier ein Fall der **Auftragsforschung und -entwicklung** in die FuEVO einbezogen wird. Noch mehr verblüfft, dass die Kommission eine solch realitätsferne Konstruktion meint, ausdrücklich erwähnen zu müssen.
- 485 Gemäß Ziff. 18 können Verträge zwischen Unternehmen, die auf dem technischen Sachgebiet der FuE-Kooperation keine Wettbewerber sind, ohne Marktanteilsbegrenzung freigestellt werden. Dies gilt allerdings gemäß Art. 4 Abs. 1 und 3 nur für 7 Jahre. Danach gilt auch für sie eine **Marktanteilsgrenze von 25 %**.
- 486 Die Ziff. 19 und 20 geht auf eine Regelung in der Ermächtigungsgrundlage, nämlich Art. 29 Abs. 1 und 2 der VO Nr. 1/2003, ein. Abs. 1 des Art. 29 sieht vor, dass die Kommission für einzelne Verträge den Rechtsvorteil der FuEVO entziehen kann, wenn der Vertrag Auswirkungen hat, die mit Art. 101 Abs. 3 unvereinbar sind. Absatz 2 ermächtigt die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten hierzu, wenn die Entzugsvoraussetzungen für