

Christian Koenig / Andreas Neumann, Bonn Standardisierung – ein Tatbestand des Kartellrechts?

Durch die Gewährleistung vertikaler und horizontaler Interoperabilität trägt die Standardisierung von Gütern und Herstellungsmethoden maßgeblich dazu bei, dass Handelshemmnisse im Binnenmarkt abgeschafft werden und ein Milieu erzeugt wird, in dem Innovationen durch Wettbewerb gefördert werden. Der folgende Beitrag arbeitet die kartellrechtlichen Anforderungen an eine Standardisierung durch das Zusammenwirken mehrerer Marktteilnehmer (kooperative Standardisierung) heraus.

I. Wettbewerbsrechtliche Relevanz von Standards und Standardisierungsinitiativen

Bei einem Standard handelt es sich um die Festlegung technischer oder qualitativer Anforderungen an bestehende oder zukünftige Erzeugnisse, Herstellungsverfahren oder -methoden, unabhängig von ihrer Verbreitung und Marktdurchset-

Prof. Dr. Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung der Universität Bonn, Andreas Neumann ist Geschäftsführer des Instituts für das Recht der Netzwerke, Informations- und Kommunikationstechnologie (INIK) in Bonn. Der Aufsatz beruht auf einem Rechtsgutachten, das die Verfasser im Auftrag des DIN e.V. gefertigt haben.

zung¹). Die Herausbildung von Standards resultiert regelmäßig aus einem Zusammenwirken von Marktteilnehmern (private Standardisierungsinitiativen). Die wettbewerbsrechtliche Relevanz eines derartigen Zusammenwirkens ergibt sich aus dem Umstand, dass innerhalb einer Standardisierungsinitiative in der Regel Unternehmen zusammenarbeiten, die sich im Wettbewerb als Konkurrenten (horizontale Ebene) oder als Marktteilnehmer im Rahmen von Angebot und Nachfrage nach Produkten (vertikale Ebene) gegenüberstehen. Die Herausbildung des Standards beruht auf einer organisatorischen und auch inhaltlichen Koordination der beteiligten Unternehmen. Eine solche Koordination steht aber in einem potenziellen Spannungsverhältnis zu dem wettbewerbsrechtlichen Postulat, durch eigene Leistung gegenüber Wettbewerbern und/oder der Marktgegensseite zu reüssieren²).

II. Standardisierung und Kartellverbot (Art. 81 Abs. 1 EG)

Die wettbewerbsrechtlichen Anforderungen an Standardisierungsaktivitäten sind aus dem Kartellverbot des Art. 81 EG abzuleiten³).

1. Personaler Anwendungsbereich des Kartellverbots

Eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des funktionalen Unternehmensbegriffs⁴ kann bereits bei der Vorbereitung der Markteinnahme, also auch im Bereich von Forschung, Entwicklung und Fertigung von Produkten vorliegen⁵). Vor diesem Hintergrund ist bei Standardisierungsinitiativen unabhängig von ihrer konkreten Organisation und Ausgestaltung regelmäßig der personale Anwendungsbereich von Art. 81 Abs. 1 EG eröffnet. Ob die betreffende Initiative selbst im Einzelfall als Unternehmen oder Unternehmensvereinigung einzuzunordnen ist, ist für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung im Ergebnis nicht von Bedeutung. Ausreichend ist, dass zu den Mitgliedern einer Standardisierungsinitiative (zumindest auch) Unternehmen zählen⁶). Für die Eröffnung des personalen Anwendungsbereichs von Art. 81 Abs. 1 EG ist die Beteiligung der Standardisierungsinitiative selbst an der Standardisierungsaktivität unerheblich. Ist die Standardisierungsinitiative auch als Unternehmen i.S. von Art. 81 Abs. 1 EG zu qualifizieren, so umfasst auch sie dem Kartellverbot, unabhängig davon, ob sie auf den Produktmärkten tätig ist, auf die sich die Standards beziehen⁷).

Die Kommission macht die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Standardisierung davon abhängig, ob eine Wettbewerbsbeschränkung und dann ggf. eine Ausnahme nach Art. 81 Abs. 3 EG vorliegt⁸). Sie legt einen weiten Standardisierungsbegriff zugrunde, der die einvernehmliche Festlegung von Normen durch die anerkannten europäischen oder nationalen Normenorganisationen, die Standardisierung durch Konsortien oder Foren sowie durch das Zusammenwirken einzelner Unternehmen umfasst. Außerdem bezieht sie ausdrücklich die Standardisierungsaktivität unter der Ägide der anerkannten Normenorganisationen ein⁹).

1) Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (2001/C 3/02), ABl. EG 2001 C 3 (im Folgenden „Horizontalleitlinien“), Rdn. 159 ff. u. Nr. 47; Koenig/Neumann, WuW 2003, 1138, 1141; Moßgen, Normung, Standardisierung und Innaterialitätstechnologie, 2006, Rdn. 20.

2) Siehe auch Wehler/Baumgartner, WuW 2006, 158, 160.

3) Wegen der vollständigen Angleichung von § 1 GWB an Art. 81 EG – siehe nur Leitzl, Kartellrecht, 2005, Rdn. 482 – ergibt sich hier kein Unterschied zwischen deutschem und EG-Recht (mehr).

4) Bunte, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. A., 2005, Art. 81 Rdn. 5 ff.

5) Leitzl, (Fn. 3), Rdn. 43.

6) Dieser Aspekt durfte bei KG, WuW 1991, 777, 780, zu kurz kommen. Kritisch auch Moßgen, (Fn. 1), Rdn. 355, Fn. 700.

7) Moßgen, (Fn. 1), Rdn. 362. Vgl. auch BuG, Urt. v. 8.7.2008 – Rs. T-99/04, Rdn. 127 – AC-Treuhand AG.

8) Kommission, Horizontalleitlinien, (Fn. 1), Rdn. 163 ff.

9) Kommission, Horizontalleitlinien, (Fn. 1), Rdn. 159 ff., Fn. 47.

Auch die Kommission geht damit davon aus, dass Standardisierungsinitiativen – zumindest über die in ihrem Rahmen tätigen Unternehmen – dem personalen Anwendungsbereich von Art. 81 Abs. 1 EG unterfallen.

2. Sachlicher Anwendungsbereich des Kartellverbots

Für die Frage des sachlichen Anwendungsbereichs sollen hier nur solche Standardisierungstätigkeiten untersucht werden, die mit keiner Verpflichtung oder Empfehlung zur Befolgung des betreffenden Standards verbunden sind¹⁰⁾.

a) Handlungsformen

Hinsichtlich der Standardisierungstätigkeit ist die Zuordnung zu einer der Handlungsformen, auf die sich das Kartellverbot bezieht, wenig geklärt. Angesichts der hier vorgenommenen Fokussierung auf die kartellrechtliche Verantwortlichkeit der Unternehmen selbst, sollen dabei die primär zur Vermeidung von Umgehungen in Art. 81 Abs. 1 EG einbezogenen Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen¹¹⁾ außer Betracht bleiben.

aa) Vereinbarungen

Unter Vereinbarungen i.S. des Art. 81 Abs. 1 EG fallen alle horizontalen wie auch vertikalen Vereinbarungen¹²⁾. Nach der Praxis der Gemeinschaftsorgane ist eine Vereinbarung i.S. von Art. 81 Abs. 1 EG bereits in jeder Willensübereinstimmung zwischen mindestens zwei Parteien zu sehen¹³⁾, so dass es genügt, wenn mehrere Unternehmen ihren gemeinsamen Willen zu einem bestimmten marktrelevanten Verhalten¹⁴⁾ zum Ausdruck bringen, mag die Willensübereinstimmung ausdrücklich oder konkludent, schriftlich oder formlos zustande gekommen sein¹⁵⁾. Die Beteiligten müssen dabei der Willensübereinkunft keine rechtliche, tatsächliche oder moralische Bindung beimessen¹⁶⁾. Ausreichend ist es überdies, wenn die Beteiligten eine Willensübereinstimmung über die großen Linien ihres zukünftigen marktrelevanten Verhaltens erzielen¹⁷⁾.

¹⁰⁾ Zu diesen Konstellationen Sieferer, DIN-Normen – Ihre Zulässigkeit nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Münster, 1970, S. 11, bzw. Maagßen, (Fn. 1), Rdn. 361 ff.

¹¹⁾ Grundlegend hierzu Hmgnt BGH, Urt. v. 14.8.2008 – Az. KVR 54/07, Rdn. 26 ff. – *Latiblock*.

¹²⁾ Siehe nur EuGH, Urt. v. 13.7.1966 – Rs. 56 u. 58/64, Slg. 1966, 321, 387 – *Consten u. Grunidt*, (Fn. 4), Art. 81 Rdn. 51 ff., Rdn. 117, *Hantschkoenig/Rechtsein*, Europarecht, 5. A., 2006, Rdn. 1033.

¹³⁾ Vgl. nur EuGH, Urt. v. 8.7.1999 – Rs. C-235/92 P, Slg. 1999, I-4539, 4627 Rdn. 162 – *Montedison*.

¹⁴⁾ Offmals wird allein auf das Verhalten am Markt selbst als Gegenstand der Vereinbarung abgestellt, vgl. etwa EuGH, Urt. v. 3.7.1999 – Rs. C-235/92 P, Slg. 1999, I-4539, 4627 Rdn. 162 – *Montedison*; EuG, Urt. v. 11.12.2003 – Rs. T-66/99, Slg. 2003, II-5515, 5606 Rdn. 216 – *Mitsui Lines*. Dies könnte die Wettbewerbsrechtliche Relevanz von Vereinbarungen über die Standardisierungstätigkeit als solche in Zweifel ziehen, da diese im Vorfeld der Tätigkeit am Markt erfolgt; so wohl tatsächlich *Walden*, (Fn. 1), Rdn. 361 u. 369. Zu der beteiligten Unternehmen bezogen ist diese aber auch schon marktrelevante Tätigkeit im Vorfeld der Markteinführung selbst umfasst. Auch diese sind für den Wettbewerb auf dem Markt relevant, der auch durch die Koordinierung des marktrelevanten Verhaltens im Vorfeld der Markteinführung beschränkt werden kann. Mit Blick auf den Regelungsgegenstand des Kartellverbots dürfte es deshalb erforderlich sein, auch solche Vereinbarungen zu erfassen, die sich (nur) auf diese Phase der wirtschaftlichen Tätigkeit beziehen. Dem entspricht es, wenn der EuGH diejenigen Verhaltensweisen Art. 81 Abs. 1 EG unterstellt, deren Folgen das Kartellverbot gerade verhindern will, siehe EuGH, Urt. v. 8.11.1983 – Verb. Rs. 96 bis 102, 104, 105, 108 u. 110/82, Slg. 1983, 3369, 3410 Rdn. 20 – *LAZ*, Urt. v. 29.10.1980 – Verb. Rs. 209 bis 215 u. 218/78, Slg. 1980, 3125, 3250 Rdn. 88 – *Van Landuyck*.

¹⁵⁾ EuGH, Urt. v. 6.1.2004 – Verb. Rs. C-2/01 P u. C-3/01 P, Slg. 2004, I-23, 105 Rdn. 102 – *BAI u. Kommission/Bayer-Kommission, Entscheidung 90/360/EWG v. 13.12.1989*, ABl. EG 1990 L 21, 71, 76 Erwägungsgrund 38 – *Bayer-ox*; *Emmenthal*, in: Immenga/Westmacker, Wettbewerbsrecht EG, 4. A., 2007, Art. 81 Abs. 1 EGV Rdn. 65 ff.

¹⁶⁾ Ganz deutlich BGH, Urt. v. 14. 8. 2008 – Az. KVR 54/07, Rdn. 27 – *Latiblock*. Siehe auch EuG, Urt. v. 26.10.2000 – Rs. T-41/96, Slg. 2000, II-3383, 3409 Rdn. 68 – *Bayer-Kommission, Entscheidung 2003/600/EG v. 2. 4. 2003*, ABl. EU 2003 L 209, 12, 31 Erwägungsgrund 118 – *Vindes bovines fungicidales*; *Emmenthal*, (Fn. 15), Art. 81 Abs. 1 EGV Rdn. 69, *Kritisch Leitf.*, (Fn. 3), Rdn. 55.

¹⁷⁾ *Bechtold/Besch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht*, 2005, Art. 81 Rdn. 35.

In Bezug auf die Standardisierungsarbeit kann sich eine Vereinbarung i.S. von Art. 81 Abs. 1 EG daher schon aus der einvernehmlichen Festlegung von Standardisierungszielen und -verfahren ergeben. Das gilt insbesondere auch für eine Individualisierung in Form einer Standardisierungsinitiative¹⁸⁾. Bereits mit entsprechenden Willensbekundungen bringen die beteiligten Unternehmen ihre Willensübereinstimmung darüber zum Ausdruck, wie sie sich bei der Erarbeitung bestimmter Standards zukünftig verhalten werden. Dieses Verhalten erlangt Marktrelevanz in dem Umfang, in dem wegen der Beteiligung an der Standardisierung von der parallelen Erarbeitung alternativer Anforderungen an Erzeugnisse und Herstellungsverfahren bzw. -methoden abgesehen wird, die für das eigene Güterangebot bzw. die eigene Güternachfrage relevant sind¹⁹⁾. Die Festlegung eines bestimmten Ergebnisses der Standardisierung hat demgegenüber nur die Willensübereinstimmung über den Inhalt des Standards zum Gegenstand und trifft keine unmittelbare Aussage zu einem marktrelevanten Verhalten der beteiligten Unternehmen. Es lässt sich deshalb anzweifeln, ob die Standardisierungsentscheidung selbst eine Vereinbarung im kartellrechtlichen Sinne ist²⁰⁾.

bb) Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen

Eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise ist jede Form der Koordinierung zwischen Unternehmen, die zwar noch nicht bis zu einer Vereinbarung gediehen ist, jedoch bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt²¹⁾. Die Koordinierung kann auch durch Zwischenschaltung eines Dritten erfolgen²²⁾. Denkbar ist also die Einschaltung von Organisationen oder Verbänden, denen ein Informationsaustausch zwischen den beteiligten Unternehmen oder die Überwachung des gemeinsamen Plans übertragen wird²³⁾.

Da nach hier vertretener Auffassung die Standardisierungstätigkeit im Ausgangspunkt bereits im Rahmen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen erfolgt, bedarf es in diesem Umfang schon keiner Subsumtion unter die Tatbestandsvariante der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise. Möglicherweise kann über dieses Tatbestandsmerkmal aber auch die Festlegung von Standardisierungsgegenständen als Standard erfasst werden, deren Tatbestandsmäßigkeit ansonsten zweifelhaft wäre. Eine Koordinierung der beteiligten Unternehmen kann man bei einer solchen Entscheidung über die Festlegung von Standards in aller Regel behaupten: Sie liegt in der untereinander getroffenen Entscheidung, bestimmte Anforderungen als Standard zu akzeptieren. Fraglich könnte nur sein, ob hierüber auch eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs gesetzt wird. Dass sich Unternehmen koordinieren, um ein Standardisierungsverfahren mit der Festlegung eines bestimmten Standards zu einem Abschluss zu bringen, besagt noch nichts darüber, inwieweit sie ihr Verhalten auf dem Markt selbst an diesem Standard ausrichten²⁴⁾. Überwiegend ergibt sich aus dieser Koordinierung aber auch die wettbewerbssetzende Zusammenarbeit, die für die Annahme einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise erforderlich ist²⁵⁾. Schon angesichts des gemeinsamen Standardisierungsziels

¹⁸⁾ Vgl. Kommission, Entscheidung 87/69/EWG v. 15. 12. 1986, ABl. EG 1987 L 35, 36, 39 Erwägungsgrund 29 – *X/Open Group*.

¹⁹⁾ Vgl. Kommission, Entscheidung 88/555/EWG v. 11. 10. 1988, ABl. EG 1988 L 305, 33, 37 Erwägungsgrund 13 – *Continental/Michelin*, hinsichtlich einer konkreten Produktentwicklung.

²⁰⁾ Im Ergebnis ablehnend auch *Walden*, (Fn. 1), Rdn. 364 f.; a. A. wohl *Burne*, (Fn. 4), Art. 81 Rdn. 223.

²¹⁾ EuGH, Urt. v. 8. 7. 1999 – Rs. C-19/92 P, Slg. 1999, I-4287, 4385 Rdn. 158 – *Hülfs*.

²²⁾ *Emmenthal*, (Fn. 15), § 4 Rdn. 26. Ausreichend ist eine mittelbare Fühlungsnahme, vgl. nur EuGH, Urt. v. 8.7.1999 – Rs. C-19/92 P, Slg. 1999, I-4287, 4386 Rdn. 160 – *Hülfs*.

²³⁾ Hierzu u.a. *Emmenthal*, (Fn. 15), § 4 Rdn. 26.

²⁴⁾ So auch *Maagßen*, (Fn. 1), Rdn. 369.

²⁵⁾ Vgl. im Zusammenhang mit der Herbeiführung eines gleichförmigen Verhaltens durch Normung *Sieferer*, (Fn. 10), S. 79.

besteht für die an der Standardisierung beteiligten Unternehmen nämlich ein Anreiz, bei Angebot oder Nachfrage nach Gütern auf die Einhaltung des Standards zu achten. Jedenfalls bei den Unternehmen, die aktiv am Standardisierungsprozess teilgenommen haben, kann kaum davon ausgegangen werden, dass sie das Ergebnis der Standardisierung bei ihrem Marktverhalten unbeachtet lassen²⁹⁾. Das gilt in noch besonderem Maße bei der Standardisierung in solchen Bereichen, die von starken Netzeffekten geprägt sind²⁷⁾. Hier können neue Standards oftmals nur am Markt durchgesetzt werden, wenn eine kritische Masse an Marktteilnehmern diese Standards anwendet. Das korrespondiert mit entsprechenden Verhaltenserwartungen und -anreizen bei den Unternehmen, die sich an Standardisierungsverfahren in solchen Bereichen beteiligen, während zugleich das Risiko erhöht wird, das ein Marktteilnehmer eingeht, wenn er Güter anbietet oder nachfragt, die diesem Standard nicht entsprechen²⁸⁾.

b) Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

Eine Vereinbarung oder eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise verstößt allerdings nur dann gegen Art. 81 Abs. 1 EG, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne einer Einschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit als Anbieter oder Nachfrager²⁹⁾ bezweckt oder bewirkt. Dabei dürfte bei einer schutzweckorientierten Betrachtung eine Beeinflussung der materialen Entschliesungsfreiheit ausreichend sein, die schon dann vorliegt, wenn ein bestimmtes Verhalten der kaufmännischen Vernunft entspricht³⁰⁾.

An dieser Stelle soll offen bleiben, inwieweit trotz einer entsprechenden Freiheitseinschränkung wegen der Besonderheiten der konkreten Umstände mit der neueren Rechtsprechung eine Wettbewerbsbeschränkung verneint werden kann³¹⁾. Ob es ausreicht, wenn alleine die wettbewerbliche Handlungsfreiheit Dritter eingeschränkt wird, ist ebenfalls umstritten³²⁾, wird von der Kommission in ständiger Kartellrechtspraxis aber angenommen³³⁾. Es entspricht darüber hinaus ständiger Kartellrechtspraxis, dass eine Wettbewerbsbeschränkung dem Kartellverbot nur unterfällt, wenn sie spürbar ist, also nicht lediglich geringfügig bzw. unbedeutend³⁴⁾.

Die (spürbare) Wettbewerbsbeschränkung muss des Weiteren durch die betreffende Handlung bezweckt oder bewirkt werden. Nach der kartellbehördlichen Praxis wird eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, wenn sie der objektiven Zwecksetzung bzw. Tendenz der Handlung entspricht³⁵⁾. Bewirkt wird eine Wettbewerbsbeschränkung dann, wenn sie Folge der betreffenden Handlung ist, wenn sie sich also aus einem Vergleich³⁶⁾ mit den hypothetischen Wettbewerbsverhältnissen ohne die betreffende Handlung ergibt³⁷⁾.

²⁶⁾ Die andere Einschätzung von *Maagßen*, (Fn. 1), Rdn. 369, dürfte letzten Endes den an der Standardisierung beteiligten Unternehmen ein betriebswirtschaftlich irrationales Verhalten unterstellen.

²⁷⁾ So auch *Maagßen*, (Fn. 1), Rdn. 369, sowie allgemein Rdn. 119 ff.

²⁸⁾ *Maagßen*, (Fn. 1), Rdn. 369.

²⁹⁾ Zu § 1 GWB *Bechtold*, in: *Bechtold*, GWB, 5. A., 2008, § 1 Rdn. 23.

³⁰⁾ Siehe zu § 1 GWB *BGH*, Beschl. v. 18. 11. 1986 – Az. KVR 1/86, WuW 1987, 325, 329 – *Baumarkt-Statistik*.

³¹⁾ Vgl. hierzu *BGH*, UrT. v. 8. 7. 2008 – Rs. T-99/04, Rdn. 126 – *AC-Teufelhand AG* m.w.N.

³²⁾ *Abkehrung* zu § 1 GWB *Bechtold*, (Fn. 29), § 1 Rdn. 26.

³³⁾ Kommission, Entscheidung 87/69/EWG v. 15. 12. 1986, ABl. EG 1987 L 35, 36, 40 Erwägungsgrund 32 – *X/Open Group*; siehe auch *Koenig/Hentschel/Steiner*, ZWER 2007, 75, 81. Ähnlich *BGH*, UrT. v. 13. 7. 1966

– Rs. 56 u. 58/64, Slg. 1966, 321, 387 – *Consten u. Gründig*.

³⁴⁾ Siehe nur *BGH*, UrT. v. 21. 1. 1999 – verb. Rs. C-215/96 u. C-216/96, Slg. 1999, I-135, 175 Rdn. 34 – *Bagnasco*, *Herrisch/Koenig/Reichsmann*, (Fn. 12), Rdn. 1039.

³⁵⁾ Kommission, Entscheidung 90/38/EWG v. 13. 12. 1989, ABl. EG 1990 L 21, 71, 76 Erwägungsgrund 45 – *Boyer-ox/Bunte*, (Fn. 4), Art. 81 Rdn. 97.

³⁶⁾ Dabei sind nach der Rechtsprechung des *BGH* auch (bloß) potenzielle Auswirkungen auf den Wettbewerb zu berücksichtigen, vgl. *BGH*, UrT. v. 21. 1. 1999 – verb. Rs. C-215/96 u. C-216/96, Slg. 1999, I-135, 175 Rdn. 34 – *Bagnasco*.

³⁷⁾ *BGH*, UrT. v. 21. 1. 1999 – verb. Rs. C-215/96 u. C-216/96, Slg. 1999, I-135, 175 Rdn. 34 – *Bagnasco*, *Herrisch/Koenig/Reichsmann*, (Fn. 12), Rdn. 1039.

³⁸⁾ *BGH*, UrT. v. 21. 1. 1999 – verb. Rs. C-215/96 u. C-216/96, Slg. 1999, I-135, 175 Rdn. 34 – *Bagnasco*, *Herrisch/Koenig/Reichsmann*, (Fn. 12), Rdn. 1039.

³⁹⁾ *BGH*, UrT. v. 21. 1. 1999 – verb. Rs. C-215/96 u. C-216/96, Slg. 1999, I-135, 175 Rdn. 34 – *Bagnasco*, *Herrisch/Koenig/Reichsmann*, (Fn. 12), Rdn. 1039.

⁴⁰⁾ *BGH*, UrT. v. 21. 1. 1999 – verb. Rs. C-215/96 u. C-216/96, Slg. 1999, I-135, 175 Rdn. 34 – *Bagnasco*, *Herrisch/Koenig/Reichsmann*, (Fn. 12), Rdn. 1039.

⁴¹⁾ *BGH*, UrT. v. 21. 1. 1999 – verb. Rs. C-215/96 u. C-216/96, Slg. 1999, I-135, 175 Rdn. 34 – *Bagnasco*, *Herrisch/Koenig/Reichsmann*, (Fn. 12), Rdn. 1039.

⁴²⁾ *BGH*, UrT. v. 21. 1. 1999 – verb. Rs. C-215/96 u. C-216/96, Slg. 1999, I-135, 175 Rdn. 34 – *Bagnasco*, *Herrisch/Koenig/Reichsmann*, (Fn. 12), Rdn. 1039.

⁴³⁾ *BGH*, UrT. v. 21. 1. 1999 – verb. Rs. C-215/96 u. C-216/96, Slg. 1999, I-135, 175 Rdn. 34 – *Bagnasco*, *Herrisch/Koenig/Reichsmann*, (Fn. 12), Rdn. 1039.

Mit Blick auf die Standardisierungsstärkung kann es sowohl bei Dritten (sog. externe Wettbewerbsbeschränkungen) als auch bei den Mitgliedern der jeweiligen Standardisierungsinitiative zu Beschränkungen der wettbewerblichen Handlungsfreiheit kommen (sog. interne Wettbewerbsbeschränkungen).

aa) Externe Wettbewerbsbeschränkungen

Externe Wettbewerbsbeschränkungen drohen bei Standardisierungsinitiativen vor allem mit Blick auf eine in dem Sinne erfolgreiche Standardisierung, die zur Folge hat, dass die Einhaltung des Standards für Anbieter hiervon betroffenen Produkte mit wettbewerblichen Vorteilen verknüpft ist. Solche Vorteile können sich ergeben, wenn die Standardkonformität zur faktischen Marktzugangsvoraussetzung wird. Hiervon werden namentlich solche Branchen betroffen sein, die durch starke Netzeffekte gekennzeichnet sind: Dort bedeutet die Einhaltung von Standards, die Produktkompatibilität und -interoperabilität ermöglichen, für die Produktgestaltung bzw. -nachfrage größere Absatz- bzw. Einsatzmöglichkeiten, so dass standardkonforme Produkte eine höhere Wertschätzung genießen als proprietäre Produkte. Dieser Netzvorteil begünstigt die Marktdurchsetzung solcher Standards, die von einem (gemessen am Gesamtvolumen) erheblichen Anteil der Anbieter unterstützt werden³⁹⁾.

Die bloße Tatsache, dass ein Produkt einem bestimmten Standard entspricht, kann aber auch jenseits solcher Kompatibilitäts- und Interoperabilitätsstandards sowie in Branchen, in denen ein Netzvorteil eine geringere oder keine Rolle spielt, mit einem wettbewerblichen Vorteil verknüpft sein. Das gilt etwa in den Fällen, in denen der Einhaltung des Standards als solcher ein wettbewerblicher Wert zukommt, z.B. weil diese Standardkonformität aus Sicht der Marktgegenstände als Qualitätsmerkmal und somit als wertbildender Faktor verstanden wird (Reputationsvorteil)⁴⁰⁾.

Ist absehbar, dass die Standardisierung mit einem wettbewerblichen Vorteil verbunden sein wird, kann bereits die Standardisierungsstärkung eine Wettbewerbsbeschränkung zulasten solcher Anbieter (objektiv) bezwecken, die nicht Mitglieder der Standardisierungsinitiative sind. Hieran ändert sich auch nichts, wenn der Standard nach seiner Festlegung auch für Dritte verfügbar sein soll. Anders als diese erlangen Mitgliedsunternehmen nämlich durch die Standardisierungsstärkung selbst unmittelbare Wettbewerbsvorteile, indem sie den Standard inhaltlich (nach Maßgabe ihrer eigenen unternehmerischen Interessen) beeinflussen können, technisches Wissen (in Bezug auf die optimale Implementierung des Standards) erwerben und den Standard früher als ihre Wettbewerber bei der Produktentwicklung berücksichtigen können⁴⁰⁾. Die Mitgliedsunternehmen werden nach erfolgter Standardisierung mithin in der Regel über eine bessere wettbewerbliche Ausgangslage verfügen als Dritte⁴¹⁾.

Hinzu treten lizenzrechtliche Konsequenzen. Werden bei der Nutzung oder Implementierung eines Standards gewerbliche Schutzrechte (Urheberrechte, Patente etc.) berührt, sind potentielle Anbieter darauf angewiesen, dass ihnen entsprechende Lizenzen eingeräumt werden (standardrelevante Nutzungsrechte). In aller Regel wird dabei die Nutzung oder Implementierung eines von der Standardisierungsinitiative entwickelten Standards solche Schutzrechte betreffen, die von Mitgliedsunternehmen gehalten werden. Zugleich entspricht es gängiger Praxis,

³⁸⁾ Kommission, Entscheidung 87/69/EWG v. 15. 12. 1986, ABl. EG 1987 L 35, 36, 39 Erwägungsgrund 30 – *X/Open Group*; *Koenig/Neumann*, WuW 2003, 1138, 1141.

³⁹⁾ Siehe *Bunte*, (Fn. 4), Art. 81 Rdn. 221.

⁴⁰⁾ Kommission, Entscheidung 87/69/EWG v. 15. 12. 1986, ABl. EG 1987 L 35, 36, 40 Erwägungsgrund 32 – *X/Open Group*; *Koenig/Neumann*, WuW 2003, 1138, 1143.

⁴¹⁾ Das gilt insbesondere, wenn in dem betreffenden Industriezweig ein zeitlicher Vorsprung von erheblicher Bedeutung ist, s. Kommission, Entscheidung 87/69/EWG v. 15. 12. 1986, ABl. EG 1987 L 35, 36, 40 Erwägungsgrund 32 – *X/Open Group*.

das die Mitgliedschaft in einer Standardisierungsinitiative mit einem (z. B. satzungsmäßigen) Anspruch auf Erteilung standardrelevanter Nutzungsrechte zu vernünftigen und nicht diskriminierenden Bedingungen einhergeht⁴²). Für Dritte ergibt sich ein solcher Anspruch demgegenüber nur in den engen Grenzen eines wettbewerbsrechtlichen Lizenzierungsanspruchs. Auch mit Blick auf diese lizenzrechtlichen Konsequenzen kann somit bereits die Standardisierungstätigkeit als solche – und nicht erst eine spätere Lizenzverweigerung – zu Wettbewerbsbeeinträchtigungen Dritter führen.

Die Kommission hat vor diesem Hintergrund die Bedingungen der Mitgliedschaft zum zentralen wettbewerbsrechtlichen Beurteilungsparameter erhoben. Dahinter steht die Überlegung, dass auch die Entscheidung, an einer Standardisierungsinitiative teilzunehmen (oder nicht) und unter Inkaufnahme der damit verbundenen Nachteile (Mitgliedsbeiträge, Bindung personeller Ressourcen etc.) an ihren Vorteilen zu partizipieren (oder nicht), letzten Endes eine unternehmerische Entscheidung ist. Steht die Teilnahme an der Standardisierungsinitiative allen interessierten Unternehmen diskriminierungsfrei und in transparenter Weise offen, ist kein Unternehmen daran gehindert, mit den Mitgliedern der Initiative unter gleichen Startvoraussetzungen in Wettbewerb zu treten⁴³). Demnach droht eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Tätigkeit einer Standardisierungsinitiative grundsätzlich nicht, wenn die Teilnahme an dieser Initiative diskriminierungsfrei und in transparenter Weise möglich ist⁴⁴).

Von einer Diskriminierung ist immer dann auszugehen, wenn gleichartige Unternehmen hinsichtlich der Bedingungen der Mitgliedschaft ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt werden. Aber auch eine formelle Gleichbehandlung kann als Diskriminierung anzusehen sein, wenn materiell eine (umgerechtfertigte) Ungleichbehandlung vorliegt. Ein solcher Fall kann u. a. dann vorliegen, wenn von allen Mitgliedern einer Standardisierungsinitiative dieselben hohen Mitgliedschaftsbeiträge erhoben werden, statt hier eine Staffelung nach der Größe und/oder Finanzkraft des Unternehmens vorzusehen⁴⁵). Durch eine solche Ausgestaltung der Mitgliedschaftskonditionen wird der Zugang zur Standardisierungsinitiative an Voraussetzungen geknüpft, die für weniger finanzstarke Unternehmen relativ stärker belastend sind als für finanzstärkere Unternehmen⁴⁶). Über formelle und materielle Diskriminierungen hinaus bestehen wettbewerbsrechtliche Bedenken aber auch, wenn die Entscheidung über die Aufnahme durch einen an keine objektiven Kriterien geknüpften Mehrheitsbeschluss der bisherigen Mitgliederunternehmen (oder bestimmter Gremien der Standardisierungsinitiative) getroffen wird (Willkürproblematik⁴⁷).

Ein weiteres wettbewerbsrechtliches Problem ergibt sich dann, wenn grundlegend die Standardisierungsentscheidungen in einer frühen Phase der Tätigkeit einer Standardisierungsinitiative durch deren Gründungsmitglieder getroffen werden, noch bevor andere Unternehmen faktisch die Gelegenheit haben, als Mitglieder an der Standardisierungstätigkeit teilzunehmen⁴⁸). In einem solchen Fall ändert auch eine offene, transparent und diskriminierungsfrei ausgestaltete Mitgliedschaft nichts daran, dass nur die Gruppe der Gründungsmitglieder privilegierten

Zugang zu dem standardrelevanten Wissen erlangt – und hiermit zugleich einen Wettbewerbsvorteil auf den von der Standardisierung betroffenen Märkten⁴⁹).

Wie gezeigt, unterfällt indes nicht nur die Standardisierungstätigkeit als solche Art. 81 Abs. 1 EG, sondern u. U. auch die abschließende Festlegung des Standards als aufeinander abgestimmte Verhaltensweise. Es ist daher fraglich, ob Dritte auch hierdurch in ihrer wettbewerbslichen Handlungsfreiheit beschränkt werden können. Dabei geht das Bestehen etwaiger Startvorteile der am Standardisierungsverfahren beteiligten Unternehmen in den wettbewerbsrechtlichen Anforderungen an eine wettbewerbskonforme Standardisierungstätigkeit auf⁵⁰: Wenn der Zugang zu der Standardisierungstätigkeit gewährleistet ist, entspricht es der unternehmerischen Entscheidung, jedes Marktteilnehmers, ob er sich hieran beteiligen möchte oder nicht. Eine darüber hinausgehende Wettbewerbsbeschränkung Dritter durch die Festlegung eines Standards ist nur dann anzunehmen, wenn es diesen verwehrt ist, ebenfalls standardkonforme Güter anzubieten bzw. nachzutragen und auf diese Weise einen chancengleichen Wettbewerb mit den Unternehmen aufzunehmen, die an der Standardisierung beteiligt waren.

Dies wiederum hängt zunächst nach Zugriff auf den Standard selbst ab⁵¹). Ist dieser Standard nicht zeitnah nach Abschluss des Standardisierungsverfahrens⁵² öffentlich verfügbar oder ist seine Nutzung durch Schutzrechte beschränkt, kann hierdurch die Möglichkeit Dritter beschränkt werden, sich in freier unternehmerischer Selbstbestimmung für die Einhaltung des Standards oder für hiermit konkurrierende Güter zu entscheiden⁵³). Die Gefahr einer solchen Wettbewerbsbeschränkung kann nur vermieden werden, indem ein transparenter und diskriminierungsfreier Zugriff auf den Standard gewährleistet wird. Das schließt es nicht aus, den Standard lediglich über bestimmte (Vertriebs-) Wege zugänglich zu machen, solange diese Wege jedem zugänglich sind. Auch ist es nicht ausgeschlossen, bestimmte sachlich gerechtfertigte Beschränkungen vorzusehen, etwa in Form von Bereitstellungsentsgelten⁵⁴). Unangemessen hohe Zugriffshürden dürfen jedoch die wettbewerbslichen Möglichkeiten Dritter beschränken und können damit zur Folge haben, dass die Festlegung des Standards eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder zumindest bewirkt.

Die Möglichkeit Dritter, ihr Güterangebot selbst an dem Standard auszurichten, kann aber auch durch standardrelevante Schutzrechte begrenzt werden⁵⁵). Hierin manifestiert sich allerdings keine Besonderheit der Standardisierung. Es entspricht dem intendierten Anreiz zu innovativer Tätigkeit, wenn es dem innovativen Unternehmen ermöglicht wird, durch die Geldendmachung solcher Schutzrechte die Ergebnisse dieser Tätigkeit wirtschaftlich zu verwerten. Solange in der Ausübung standardrelevanter Schutzrechte nicht ausnahmsweise ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung liegt⁵⁶), kann in ihrer bloßen Existenz keine Wettbewerbsbeschränkung (gegenüber einem funktionsfähigen, unverfälschten Wettbewerb) gesehen werden⁵⁷).

Etwas anderes könnte sich indes ergeben, wenn bestimmten Unternehmen ein Anspruch auf Einräumung der benötigten Nutzungsrechte zu festgelegten Bedingungen eingeräumt wird, andere Unternehmen aber auf die Aushandlung ent-

42) Koenig/Neumann, WuW 2003, 1138, 1148.

43) Kommission, Entscheidung 87/69/EWG v. 15. 12. 1986, ABl. EG 1987 L 35, 36, 40 Erwägungsgrund 33 – *X/Open Group*, Koenig/Neumann, WuW 2003, 1138, 1143.

44) Kommission, Horizontalleitlinien, (Fn. 1), Rdn. 163 f. u. 176 f.; *Bunte*, (Fn. 4), Art. 81 Rdn. 224.

45) Koenig/Neumann, WuW 2003, 1138, 1146.

46) *Walther/Baumgartner*, WuW 2008, 158, 162 Fn. 34, behandeln diese Konstellation als Fall einer mittelbaren Zugangsbeschränkung für kleine und mittlere Unternehmen.

47) So Kommission, Entscheidung 87/69/EWG v. 15. 12. 1986, ABl. EG 1987 L 35, 36, 40 Erwägungsgrund 34 – *X/Open Group*.

48) Koenig/Neumann, WuW 2003, 1138, 1145.

49) *Stefener*, (Fn. 10), S. 84.

50) Vgl. Kommission, Horizontalleitlinien, (Fn. 1), Rdn. 163, die insoweit zwischen der Teilnahme am Standardisierungsprozess („participation in standard setting“) und der Festlegung des Standards („standards adoption“) nicht unterscheiden.

51) *Bunte*, (Fn. 4), Art. 81 Rdn. 223.

52) *Walther/Baumgartner*, WuW 2008, 158, 163.

53) So Kommission, Horizontalleitlinien, (Fn. 1), Rdn. 168.

54) Vgl. auch den Hinweis auf den Verkauf entsprechender Festlegungen durch die Kommission, Entscheidung 87/69/EWG v. 15. 12. 1986, ABl. EG 1987 L 35, 36, 38 Erwägungsgrund 19 – *X/Open Group*.

55) *Walther/Baumgartner*, WuW 2008, 158, 163.

56) *Urtassend und Instrukty Bierzu Ulrich*, GRUR 2007, 817.

57) Möglicherweise tendenziell a. A. *Walther/Baumgartner*, WuW 2008, 158, 163.

sprechender Rechteinräumungsverträge verwiesen und hierdurch mit zusätzlichem Aufwand belastet werden⁵⁸). Eine solche Wettbewerbsbeschränkung droht bei der Standardisierung in besonderem Maße, weil im Rahmen einer Standardisierungsinitiative oftmals entsprechende Lizenzierungsansprüche (z.B. auf Grundlage einer Satzung) eingeräumt werden⁵⁹). Insoweit kommt es auch hier wieder darauf an, ob die Bedingungen für eine Beteiligung an dieser Initiative (und damit auch für die Teilhabe an Lizenzierungsprivilegien) wettbewerbskonform ausgestaltet sind.

bb) Interne Wettbewerbsbeschränkungen

Neben diese extern wirkenden Wettbewerbsbeschränkungen können auch Beschränkungen der wettbewerblichen Handlungsfreiheit von Mitgliedsunternehmen einer Standardisierungsinitiative treten.

Bezogen auf die Standardisierungstätigkeit selbst kann es zu intern wirkenden Wettbewerbsbeschränkungen kommen, wenn sich die Umstände, aus denen sich extern wirkende Wettbewerbsbeschränkungen ergeben können, in der internen Ausgestaltung einer Standardisierungsinitiative widerspiegeln: Eine Gefahr für die wettbewerbliche Handlungsfreiheit der Mitgliedsunternehmen besteht trotz der Möglichkeit, an der Initiative teilzunehmen, wenn der Zugang zur Standardisierungsarbeit sowie zu standardrelevantem Wissen und die Teilhabe an der Lizenzpolitik intern nicht allen Mitgliedsunternehmen offensteht oder nicht diskriminierungsfrei ausgestaltet ist (Mitgliederrangfolge⁶⁰). Dieser Aspekt steht zwar einer Bildung von Mitgliedschaftskategorien nicht per se entgegen. Die einzelnen Kategorien müssen aber allen Mitgliedsunternehmen unter diskriminierungsfreien Voraussetzungen und in transparenter Weise offenstehen.

Ob auch die Festlegung des Standards nach Abschluss der Standardisierungstätigkeit eine zusätzliche Wettbewerbsbeschränkung zur Folge hat, ist indes fraglich. Dafür spricht, dass die beteiligten Unternehmen insoweit die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des wettbewerblichen Risikos setzen, so dass es kaufmännischer Vernunft entspricht, wenn diese Unternehmen ihr Güterangebot bzw. -nachfrage standardkonform ausgestalten. Damit droht zumindest eine materielle Beschränkung ihrer Handlungsfreiheit. Allerdings wird das wettbewerbliche Risiko nur in Bezug auf die Standardkonformität begrenzt: Die beteiligten Unternehmen sind nicht gezwungen, das Standardisierungsziel alleine zu erreichen und auf eine proprietäre Lösung zu setzen⁶¹). Hieraus folgen Anreize, den gemeinsam erarbeiteten Standard einzuhalten. Diese Anreize stehen aber dem Wettbewerb auf Grundlage des Standards und selbst auf Ebene des standardisierten Produktes nicht entgegen. Die beteiligten Unternehmen verringern ihre wettbewerblichen Risiken durch die Einhaltung des Standards, sie verringern aber nicht auch ihre Möglichkeiten, in einen Wettbewerb zu diesem Standard zu treten. Ein entsprechender Anreiz kann zwar durch die Größen- bzw. Netzvorteile eines gemeinsamen Standards und durch die Notwendigkeit zusätzlicher Mittelaufwands für die Entwicklung alternativer Festlegungen verringert werden. Die entsprechende Möglichkeit und damit auch die wettbewerbliche Handlungsfreiheit dürfen hierdurch jedoch nicht in einem wettbewerbsrechtlichen Sinne beschränkt werden⁶²). Vielmehr verringert die Möglichkeit, standardkonforme Gü-

ter und zugleich mit diesen konkurrierende Lösungen anzubieten oder nachzutragen⁶³), das Risiko eines Wettbewerbs auch auf Ebene des standardisierten Gutes. Letztes Endes geht es bei der Festlegung eines Standards deshalb nicht um die alternative Entscheidung für oder gegen ein hieran ausgerichtetes Marktverhalten. Stattdessen werden lediglich die Anreize für ein bestimmtes Marktverhalten erhöht, ohne hierdurch ein abweichendes (konkurrierendes) Verhalten auszuschließen. Damit spricht viel dafür, in der bloßen Festlegung eines Standards keine Beschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit der beteiligten Unternehmen zu sehen⁶⁴).

III. Ausnahmen vom Kartellverbot (Art. 81 Abs. 3 EG)

Sofern sich eine Standardisierungsinitiative als wettbewerbsbeschränkende Verhaltenskoordination der beteiligten Unternehmen erweisen sollte, ist sie nicht zwingend wettbewerbsrechtlich unzulässig. Vielmehr ist eine solche Verhaltenskoordination unter den Voraussetzungen der Legal Ausnahme⁶⁵) des Art. 81 Abs. 3 EG erlaubt, will man die entsprechenden Umstände nicht bereits zum Anlass nehmen, eine Wettbewerbsbeschränkung zu verneinen⁶⁶).

1. Beteiligung der Verbraucher an Effizienzvorteilen

Damit eine Ausnahme vom Kartellverbot in Betracht kommt⁶⁷), muss eine eigentlich wettbewerbsbeschränkende Standardisierungstätigkeit jedenfalls zu einem Effizienzvorteil im Sinne einer Verbesserung der Warenherzeugung/-verteilung oder einer Förderung des Fortschritts führen, an dem die Verbraucher angemessen beteiligt werden müssen.

a) Effizienzvorteile

Bei den von Art. 81 Abs. 3 EG erfassten Vorteilen handelt es sich um Effizienzvorteile, die von der Verhaltenskoordination ausgehen müssen. Erforderlich ist, dass sich echte nachvollziehbare Vorteile objektiv prognostizieren lassen⁶⁸). Nicht ausreichend ist es, wenn Unternehmen durch eine Verhaltenskoordination lediglich in die Lage versetzt werden, Gewinne zu erhöhen und dadurch Effizienzgewinne zu erzielen⁶⁹). Bei der Feststellung berücksichtigungsfähiger Effizienzvorteile sind überdies auch etwaige Effizienznachteile (vorwiegend bzw. -neutralisierend) einzubeziehen, die sich aus der Verhaltenskoordination ergeben⁷⁰).

Effizienzvorteile können bei der Standardisierung in unterschiedlichster Weise erzielt werden. Insbesondere kann Standardisierung zu einer Produktionalisierung und damit zu einer besseren Ausnutzung der Herstellungskapazitäten, d.h. zu einer Verbesserung der Warenherzeugung, sowie zu Kostensenkungen⁷¹) beitragen. Zudem kann die Standardisierung Innovation und technischen Fortschritt

⁶³) Zu denken ist insoweit vor allem auch an Güter, die den Standard unterstützen, für die entsprechenden Funktionalitäten aber auch proprietäre Lösungen bereitstellen, also etwa an Geräte mit zwei Schnittstellen für die Datenübertragung, an Werkzeuge mit zwei technischen Lösungen zur Erreichung eines bestimmten Sicherheitsziels etc.

⁶⁴) Siehe auch Kommission, *Horizontalleitlinien*, (Fn. 1), Rdn. 178.

⁶⁵) Zum Normencharakter *Handisch/Koenig/Pechstein*, (Fn. 12), Rdn. 1025f.; *Lahl*, (Fn. 3), Rdn. 165.

⁶⁶) Siehe hierzu Fn. 31.

⁶⁷) Eine einschlägige Gruppenfreistellungsverordnung existiert nicht, vgl. *Maagßen*, (Fn. 1), Rdn. 378.

⁶⁸) Kommission, Entscheidung 98/531/EG v. 11. 3. 1998, ABl. EG 1998 L 246, 1, 38 Erwägungsgrund 224 – *Van den Bergh Foods Limited*.

⁶⁹) *Buch*, Urt. v. 13. 7. 1966 – Rs. 56 u. 58/64, Slg. 1966, 321, 396 f. – *Corsten u. Grundig*; Kommission, *Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag* (im Folgenden „*Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3 EG*“), ABl. EU 2004 C 101, 97, Rdn. 54.

⁷⁰) *Buch*, Urt. v. 13. 7. 1966 – Rs. 56 u. 58/64, Slg. 1966, 321, 397 – *Corsten u. Grundig*.

⁷¹) *Bunte*, (Fn. 4), Art. 81 Rdn. 221 u. 232; *Maagßen*, (Fn. 1), Rdn. 345.

⁵⁸) Hierzu auch *Wolter/Baumgartner*, WuW 2008, 158, 163.

⁵⁹) Wenn über eine solche Lizenzierungsvereinbarung hinaus die Standardisierungsbeteiligten vereinbaren sollen, Dritten keine Lizenzen zu erteilen, wird regelmäßig von einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auszugehen sein, Kommission, *Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologie-Transfer-Vereinbarungen*, ABl. EU 2004 L 101, 2, Rdn. 167.

⁶⁰) Vgl. *Koenig/Neumann*, WuW 2003, 1138, 1146 f.

⁶¹) *Wolter/Baumgartner*, WuW 2008, 158, 159.

⁶²) Auch die Kommission hält es für erforderlich, dass die *Fähigkeit* eingeschränkt wird, bei den Produktmerkmalen zu konkurrieren, Kommission, *Horizontalleitlinien*, (Fn. 1), Rdn. 166 f.; *Annlich Bunte*, (Fn. 4), Art. 81 Rdn. 227.

fördern⁷²⁾, etwa wenn durch die Bündelung der einzelwirtschaftlichen Kräfte neue Güter bzw. Herstellungsmethoden hervorgerbracht werden⁷³⁾. Auch kann Standardisierung die Kompatibilität und Interoperabilität steigern⁷⁴⁾ und so neben der Warenzeugung⁷⁵⁾ zugleich den Wettbewerb und den technischen Fortschritt⁷⁶⁾ auf Komplementärmärkten beleben oder sogar erstmalig ermöglichen⁷⁷⁾. Aber auch auf dem Markt für das standardisierte Produkt selbst kann es durch die Standardisierung zur Wettbewerbsbelebung kommen⁷⁸⁾. Das kann der Fall sein, wenn kleine und mittlere Unternehmen sich einem Standard anschließen und auf diese Weise an Netzeffekten teilhaben können, so dass der Standard im Ergebnis die Marktzutrittsvoraussetzungen verbessert⁷⁹⁾.

Voraussetzung dafür, dass die vorgenannten Effizienzvorteile entstehen, ist jedoch, dass ein erheblicher Anteil der betroffenen Marktteilnehmer in transparenter Weise in die Standardisierungsstätigkeit einbezogen ist⁸⁰⁾. Ansonsten wäre nämlich nicht hinreichend sichergestellt, dass sich der Standard auch bei anderen Marktteilnehmern durchsetzen und auf diese Weise seine effizienzsteigernde Wirkung entfalten kann. Das setzt zugleich voraus, dass das Ergebnis der Standardisierung den (auch nur potenziellen) Marktteilnehmern zur Verfügung gestellt wird⁸¹⁾.

Effizienzvorteile durch die Standardisierung sind demgegenüber hinsichtlich der Angebotsvielfalt auf dem Markt für das standardisierte Produkt selbst zu erwarten⁸²⁾. Bei vertikaler Integration kann sich hieraus zugleich die Gefahr einer Vermachtung nachgelagerter bzw. komplementärer Märkte ergeben⁸³⁾. Auch kann die Standardisierung den technischen Fortschritt behindern, etwa wenn sie in einer (zu) frühen Marktpfase erfolgt und hierdurch konkurrierende Entwicklungen behindert⁸⁴⁾.

b) Beteiligung der Verbraucher

Auch soweit damit im Ergebnis Effizienzvorteile festgesetzt werden können, ist eine angemessene Beteiligung der Verbraucher⁸⁵⁾ hieran erforderlich⁸⁶⁾. Das ist nur der Fall, wenn in einer Abwägung mit den Vorteilen die nachteiligen Auswirkungen durch die Wettbewerbsbeschränkung auf die Verbraucher zumindest ausgeglichen werden⁸⁷⁾.

- 72) Kommission, Entscheidung 87/69/EWG v. 15. 12. 1986, ABl. EG 1987 L 35, 36, 41 f. Erwägungsgrund 43 – *X/Open Group*.
 73) *Maagßen*, (Fn. 1), Rdn. 346.
 74) S. Kommission, Entscheidung 87/69/EWG v. 15. 12. 1986, ABl. EG 1987 L 35, 36, 41 Erwägungsgrund 42 – *X/Open Group*; *Burte*, (Fn. 4), Art. 81 Rdn. 221 u. 232; *Koenig/Neumann*, WuW 2003, 1138, 1141; *Maagßen*, (Fn. 1), Rdn. 345.
 75) Kommission, Entscheidung 78/156/EWG v. 20. 12. 1977, ABl. EG 1978 L 47, 42, 46 Erwägungsgrund 29 – *Videocassettes*.
 76) Kommission, Entscheidung 87/69/EWG v. 15. 12. 1986, ABl. EG 1987 L 35, 36, 41 f. Erwägungsgrund 43 – *X/Open Group*.
 77) *Stefener*, (Fn. 10), S. 10.
 78) *Burte*, (Fn. 4), Art. 81 Rdn. 221 u. 232.
 79) *Welter/Baumgartner*, WuW 2008, 158, 160.
 80) Kommission, Horizontallitlinien (Fn. 1), Rdn. 169. Vgl. Kommission, Entscheidung 88/533/EWG v. 11. 10. 1988, ABl. EG 1988 L 305, 33, 40 Erwägungsgrund 27 – *Continental/Michelin*.
 81) Kommission, Horizontallitlinien (Fn. 1), Rdn. 169.
 82) Kommission, Entscheidung 88/533/EWG v. 11. 10. 1988, ABl. EG 1988 L 305, 33, 37 f. Erwägungsgrund 14 – *Continental/Michelin*; *Burte*, (Fn. 4), Art. 81 Rdn. 222; *Koenig/Neumann*, WuW 2003, 1138, 1141.
 83) *Maagßen*, (Fn. 1), Rdn. 126.
 84) *Burte*, (Fn. 4), Art. 81 Rdn. 234; *Koenig/Neumann*, WuW 2003, 1138, 1141; *Maagßen*, (Fn. 1), Rdn. 125.
 85) Verbraucher ist jeder Nutzer der Produkte, vgl. *Leid*, (Fn. 3), Rdn. 206.
 86) Abweichend *Leid*, (Fn. 3), Rdn. 206, der auf den Vorteil abstellt, der den beteiligten Unternehmen aufgrund der Wettbewerbsbeschränkung zuzifließt.
 87) Kommission, Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3 EG (Fn. 69), Rdn. 54, 85, Z.T. wird ein Überwiegen der Vorteile für die Verbraucher gefordert, vgl. *Leid*, (Fn. 3), Rdn. 207.

Eine Verbraucherbeteiligung an Effizienzvorteilen kann sich bei Standardisierungsinitiativen auf verschiedene Weise einstellen. Insbesondere können Kostensenkungen unmittelbar durch die Unternehmen an die Verbraucher weitergegeben werden. Darüber hinaus können die durch Standardisierung erhaltene Austauschbarkeit von Produkten und Waren bzw. der hierüber erreichte technische Fortschritt und die Belebung des Wettbewerbs auf Komplementärmärkten, aber ggf. auch auf dem Markt für das standardisierte Produkt selbst zu einer verbesserten Warenversorgung und Warenverfügbarkeit führen⁸⁸⁾. Zudem kann Standardisierung zu einer zuverlässigeren und verbesserten Verbraucherinformation führen, weil die am Markt angebotenen Produkte aus Sicht des Verbrauchers vergleichbar werden⁸⁹⁾.

Nachteile für die Verbraucher können sich aus der Wettbewerbsbeschränkung selbst ergeben, die vor allem negative Auswirkungen auf die Angebotsvielfalt auf dem Markt für das standardisierte Produkt und auf den technischen Fortschritt haben kann⁹⁰⁾. Standardisierung kann sich überdies negativ auf den Verbrauchernutzen auswirken, wenn bereits bestehende Produkte durch die Standardisierung unverhältnismäßig schnell überholt⁹¹⁾ und auf diese Weise die entscheidenden Investitionen der Verbraucher entwertet werden.

2. Wettbewerbsicherung

Neben den vorgenannten Positivbedingungen müssen aber noch zwei Negativbedingungen erfüllt sein, damit eine Ausnahme vom Kartellverbot nach Art. 81 Abs. 3 EG in Betracht kommt.

Zunächst muss die Wettbewerbsbeschränkung für die Verwirklichung der Effizienzziele unerlässlich sein. Diese Bedingung wird in der Praxis nur dann Bedeutung erlangen, wenn interne Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen, da es nur auf die „beteiligten Unternehmen“, nicht aber auf Dritte ankommt. Materiell gilt allerdings ein strenger Maßstab. Bestehen wettbewerbsbeeinträchtigende Zugangsbeschränkungen zu einer Standardisierungsinitiative, können diese u.U. dadurch gerechtfertigt werden, dass erst durch solche Beschränkungen eine effiziente und zielführende Arbeitsweise sichergestellt ist, die zur Erreichung des Standardisierungsziels und damit zur Verwirklichung der Effizienzgewinne erforderlich ist⁹²⁾.

Nur ausnahmsweise wird demgegenüber in der Praxis der weiteren Voraussetzung der Aufrechterhaltung eines wesentlichen Restwettbewerbs eine relevante Begrenzungswirkung zukommen. Selbst wenn die an der Standardisierung beteiligten Unternehmen hinsichtlich eines wesentlichen Teils der betreffenden Waren durch die Mitgliedschaft in der Standardisierungsinitiative einen Wettbewerbsvorteil erlangen, wird mit einer so weitgehenden Ausschaltung des Wettbewerbs in aller Regel nicht zu rechnen sein. Eine Gefährdung des Restwettbewerbs wird außerdem dadurch verhindert werden können, dass der Standard Dritten zu angemessenen und diskriminierungsfreien Bedingungen zugänglich ist⁹³⁾.

IV. Fazit

Eine kartellrechtskonforme Standardisierungsarbeit gebietet die Beachtung fünf goldener Regeln⁹⁴⁾: Bei kooperativer Standardisierung sollte aus wettbewerbs-

- 88) *Stefener*, (Fn. 10), S. 10; *Welter/Baumgartner*, WuW 2008, 158, 160.
 89) *Burte*, (Fn. 4), Art. 81 Rdn. 221 f. u. 233; *Stefener*, (Fn. 10), S. 10.
 90) *Maagßen*, (Fn. 1), Rdn. 347.
 91) Kommission, Horizontallitlinien, (Fn. 1), Rdn. 170.
 92) Kommission, Horizontallitlinien, (Fn. 1), Rdn. 172; *Burte*, (Fn. 4), Art. 81 Rdn. 235.
 93) Kommission, Horizontallitlinien, (Fn. 1), Rdn. 174 f. u. 178; *Burte*, (Fn. 4), Art. 81 Rdn. 236.
 94) *Koenig*, WuW 2008, 1259.

rechtlicher Sicht gewährleistet werden, dass (1) ein offener, transparenter und diskriminierungsfreier Zugang zu der Standardisierungsinitiative besteht, dass es (2) keine Vorfestlegung bei der Standardisierungstätigkeit gibt, dass (3) ein offener, transparenter und diskriminierungsfreier Zugang zu den Standardisierungsergebnissen selbst gegeben ist, dass (4) etwaige Mitgliedschaftskategorien allen Unternehmen unter diskriminierungsfreien Voraussetzungen und auf transparente Weise offenstehen und dass (5) die Möglichkeit zur Entwicklung konkurrierender Standards und Produkte bestehen bleibt.