

Stellungnahme

Konsultation der Europäischen Kommission zu den Horizontal- Gruppenfreistellungsverordnungen und Horizontal-Leitlinien

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----------|
| I. Einleitung..... | 4 |
| II. Allgemeine Vorbemerkungen..... | 5 |
| 1. Digitalisierung und neue Formen der Zusammenarbeit werden im Entwurf der Horizontal-LL nicht ausreichend berücksichtigt..... | 5 |
| 2. Erhöhung der Marktanteilsschwellen der Gruppenfreistellungsverordnungen | 7 |
| III. Zu den Entwürfen im Einzelnen | 7 |
| III.1 Horizontal-Leitlinien | 7 |
| 1. Einleitungskapitel (Rz. 1 ff)..... | 7 |
| 1.1 Schwerpunkttest | 7 |
| 1.2 Kooperationen zwischen Muttergesellschaften und Gemeinschaftsunternehmen | 8 |
| 1.3 Begriff des „potentiellen Wettbewerbers“ | 9 |
| 1.4 Begriff „Nebenabreden“ (ancillary restrictions)..... | 11 |
| 1.5 Beziehung zu anderen Leitlinien (Vertikal-Leitlinien) | 11 |
| 2. FuE-Vereinbarungen (Rz. 56 ff) | 11 |
| 3. Produktionsvereinbarungen (Rz. 203 ff)..... | 12 |
| 4. Vereinbarungen, die unter die Spezialisierungs-GVO fallen (Rz. 252 ff) | 13 |
| 5. Vereinbarungen über die Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen (Rz. 296 ff) | 13 |
| 6. Einkaufsvereinbarungen (Rz. 311 ff)..... | 14 |
| 7. Vermarktungsvereinbarungen (Rz. 355 ff) | 18 |
| 8. Informationsaustausch (Rz. 406 ff) | 20 |
| 9. Normenvereinbarungen (Rz. 462 ff)..... | 31 |
| 10. Standardbedingungen (Rz. 516 ff) | 32 |
| 11. Nachhaltigkeitsvereinbarungen (Rz. 541 ff) | 33 |
| III.2 Forschungs- und Entwicklungs-GVO | 40 |
| 1. Vorschläge zu Themen, die bereits in der GVO enthalten waren | 41 |
| 1.1 Begriff der Forschung und Entwicklung | 41 |

| | | |
|--------------------------|--|-----------|
| 1.2 | Bevorzugung nicht-horizontaler Kooperationen | 42 |
| 1.3 | Reine Auftragsforschung sollte nach der Bekanntmachung über die Beurteilung von Zulieferverträgen behandelt werden.. | 42 |
| 1.4 | Der Verweis auf Marktanteile auf Technologiemarkten sollte gestrichen werden | 43 |
| 1.5 | Anforderungen an Zugangsrechte zu den Ergebnissen sollten überarbeitet werden..... | 43 |
| 1.6 | Die Verpflichtung zur Lizenzierung von vorhandenem Know-how sollte gestrichen werden..... | 46 |
| 1.7 | Folgen des Fehlens der positiven Freistellungs Voraussetzungen | 46 |
| 1.8 | Spezialisierung keine Kernbeschränkung | 47 |
| 1.9 | Eine Beschränkung von passiven Verkäufen in jeder Art von Spezialisierung sollte möglich sein..... | 47 |
| 2. | Neue Themen in der FuE-GVO..... | 48 |
| 2.1. | Berücksichtigung des Innovationswettbewerbs bei der Freistellung | 48 |
| 2.1.1. | Unbestimmte Formulierungen sollten weiter konkretisiert werden | 48 |
| 2.1.2. | Neue Schwelle für den Innovationswettbewerb sollte gestrichen werden..... | 50 |
| III.3 | Spezialisierungs-GVO | 52 |
| 1. | Zweite Marktanteilsschwelle für Zwischenprodukte | 52 |
| 2. | Ergänzung der Spezialisierungs-GVO um weitere Arten von Kooperationen..... | 53 |
| Über den BDI..... | | 55 |
| Impressum | | 55 |

I. Einleitung

Die deutsche Industrie begrüßt die Gelegenheit, zu den Entwürfen der Horizontalen Gruppenfreistellungsverordnungen ("FuE-GVO" und „Spezialisierungs-GVO“) und der Horizontalen Leitlinien ("Horizontal-LL“) Stellung nehmen zu können.

Die Entwürfe enthalten eine Reihe von Änderungen, die positiv sind und der Industrie mehr Orientierung bieten. Der BDI erkennt an, dass die Kommission an vielen Stellen wichtige Klarstellungen vorgenommen hat. An einigen Stellen bestehen jedoch weiterhin rechtliche Unsicherheiten; hier sollte die Kommission noch Verbesserungen vornehmen, um den Unternehmen eine valide Orientierungshilfe angesichts der vielfältigen Herausforderungen in einem zunehmend digitalen Umfeld und bei neuen Formen der Zusammenarbeit an die Hand zu geben. Auch fehlen im Entwurf der Gruppenfreistellungsverordnungen und der Horizontal-LL wichtige Änderungen, die von der Industrie vorgeschlagen wurden. Diese betreffen insbesondere die FuE-GVO und den entsprechenden Abschnitt zu FuE in den Horizontal-LL sowie den Abschnitt zum Informationsaustausch.

II. Allgemeine Vorbemerkungen

1. Digitalisierung und neue Formen der Zusammenarbeit werden im Entwurf der Horizontal-LL nicht ausreichend berücksichtigt

Die Märkte haben sich in den letzten Jahren stark verändert und sind durch die zunehmende Digitalisierung schnelllebig geworden. Dies erfordert von den Unternehmen, agiler zu handeln und häufiger zu kooperieren, um innovative digitale Lösungen für die Kunden zu schaffen, Interoperabilität zu gewährleisten und neue technologische Standards zu schaffen – alles zum Nutzen der Kunden.

Europäische Unternehmen müssen sich in Kooperationen engagieren, Teil von Ökosystemen sein und an kreativen Formaten wie z. B. Hackathons teilnehmen, um Innovationen zu fördern. Dies ist umso notwendiger, wenn sie im digitalen Bereich, der derzeit weitgehend von großen amerikanischen und asiatischen Unternehmen dominiert wird, aufholen wollen.

Der Entwurf der Horizontal-LL geht nicht ausreichend auf diese neue Marktdynamik und neue Formen der Zusammenarbeit ein, die im Allgemeinen wettbewerbsfördernd sind, auch wenn sie mit Konkurrenten und potenziellen Konkurrenten erfolgen. Der Leitlinienentwurf bietet den Teilnehmern an solchen Kooperationen auch kein höheres Maß an Rechtssicherheit.

Darüber hinaus besteht ein großer Bedarf an der Entwicklung nachhaltiger Lösungen zur Verringerung schädlicher Umweltauswirkungen und beim Klimaschutz zur Senkung der CO₂-Emissionen. Dies wird auch eine Zusammenarbeit der Unternehmen erfordern, um bessere und schnellere Lösungen zu erhalten. Durch eine kollektive Zusammenarbeit von Unternehmen in Projekten zur Transformation der Industrie hin zur CO₂-neutralen Wirtschaft würde die Erreichung des Ziels der Klimaneutralität der EU in 2050 sowie die Vorbeugung eines Carbon Leakage erheblich unterstützt werden.

Die Horizontal-LL sollten diese neue Marktdynamik und neue Formen der Zusammenarbeit stärker berücksichtigen. Sie sollten anerkennen, dass solche Kooperationen und Initiativen im Allgemeinen wettbewerbsfördernd sind, da Unternehmen, die befürchten, am Ende gegen die Kartellvorschriften zu verstoßen, möglicherweise zögern, sich an solchen Kooperationen oder gemeinsamen Initiativen zu beteiligen. Die Horizontal-LL sollten den Teilnehmern solcher Kooperationen ein Maximum an Rechtssicherheit bieten. Es wäre sinnvoll, zumindest einige Beispiele für Ökosysteme, Industrieallianzen,

Hackathons usw. in den Horizontal-LL aufzunehmen, um der Industrie eine bessere Orientierung zu geben.

Es sollte auch überlegt werden, ob man für „Kooperationen im digitalen Umfeld“ *De-minimis-Regeln/Safe Harbours*/Ausnahmen für neu entstehende digitale Märkte einführen kann. Die aktuellen Diskussionen über das Kartellrecht im digitalen Geschäft konzentrieren sich oft auf die üblichen Technologiegiganten, aber es gibt auch Kooperationen zwischen kleineren Unternehmen mit kleinen bis moderaten Marktanteilen, die wettbewerbsfördernd sind und nicht den gleichen restriktiven Regeln unterliegen sollten.

Es bleibt zu bedenken, dass die Grauzonen groß sind und die Rechtsunsicherheit bei den Unternehmen hoch ist. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf neue digitale Sachverhalte (z. B. mit Blick auf Kooperationen zur Generierung und Nutzung von Daten), für die es bislang nur wenig Fall- und Entscheidungspraxis gibt sowie bei Nachhaltigkeitsthemen (unter anderem Demonstrationsprojekte zur Senkung oder Vermeidung von CO₂-Emissionen und zu weiteren Verbesserungen beim Recycling im Rahmen der „Circular Economy“). Die Rechtssicherheit könnte durch die vereinfachte Möglichkeit informeller Vorabgespräche mit der GD Wettbewerb gestärkt werden sowie durch behördliche Entscheidungen, die besagen, dass „kein Anlass besteht, tätig zu werden“ und erläuternde Anmerkungen und Fallbeispiele in den Horizontal-LL. Die Kommission hat angekündigt, im Falle von geplanten gemeinsamen Nachhaltigkeitsinitiativen, die neue Fragen aufwerfen, den Unternehmen im Vorfeld individuelle „Guidance letter“ zu ihrer kartellrechtlichen Einschätzung zu erteilen. Wenn es das öffentliche Interesse erfordert, wird die Kommission auch den Erlass von Entscheidungen in Erwägung ziehen, in denen festgestellt wird, dass die Wettbewerbsregeln nicht auf bestimmte Nachhaltigkeitsinitiativen anwendbar sind. Beides hat der BDI wiederholt gefordert, allerdings auch über den Bereich von reinen Nachhaltigkeitskooperationen hinaus. Konkrete Fallbeispiele und mögliche Lösungsansätze hatte der BDI bereits in seiner Stellungnahme „Shaping competition policy in the era of digitisation“¹ aufgelistet, die auch weiterhin von Relevanz ist.

¹ BDI Positionspapier (Translation), abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/bdi.pdf

2. Erhöhung der Marktanteilsschwellen der Gruppenfreistellungsverordnungen

Bedauerlicherweise sind die Marktanteilsschwellen in den GVOs nicht angehoben worden. Der BDI hatte schon vor der letzten Überarbeitung der horizontalen Regelwerke im Jahr 2010 den Bedarf geäußert, dass die Kommission die Marktanteilsschwellen überprüfen sollte. Gerade KMU sind auf die Synergieeffekte aus Kooperationen angewiesen. Gleichwohl werden KMU oft nicht in den Genuss der Freistellungsverordnungen kommen, da ihr Marktanteil trotz ihrer geringen Unternehmensgröße jedenfalls dann oberhalb der Schwellen liegt, wenn sie in Nischenmärkten tätig sind. Auch Kooperationen zwischen großen Unternehmen und KMU fallen oft von vornherein aus dem Anwendungsbereich der Freistellungen, obgleich doch gerade hier ein Bedarf besteht. Hinzu kommt, dass vor allem das Gesamtmarktvolumen häufig nicht aus verlässlichen Datenquellen verfügbar ist. Schätzungen von Marktanteilen sind möglich, verlagern aber die Unsicherheit über die Anwendung einer GVO auf die Unternehmen. Hinzu kommt, dass sich der Marktanteil nicht auf das betreffende Geschäft, d. h. den Marktanteil der Kooperation selbst, sondern auf den gemeinsamen Marktanteil der Kooperationspartner bezieht. Der BDI hatte sich eine Vereinheitlichung der Schwellenwerte für horizontale Kooperationen und eine Erhöhung auf mindestens 30 Prozent gewünscht. Auf diese Weise hätten die Unwägbarkeiten bei der Bestimmung der relevanten Marktanteile zumindest ein wenig gesenkt werden können.

III. Zu den Entwürfen im Einzelnen

III.1 Horizontal-Leitlinien

Zur besseren Übersichtlichkeit werden Verbesserungsvorschläge im Folgenden chronologisch nach der Reihenfolge der Kapitel und Randziffern dargestellt.

1. Einleitungskapitel (Rz. 1 ff)

1.1 Schwerpunkttest

Die Erläuterungen zum (bereits jetzt geltenden) “centre of gravity test” (Schwerpunkttest) sind grundsätzlich positiv. In sehr vielen Fällen werden in

horizontalen Kooperationsvereinbarungen verschiedene Elemente kombiniert (z. B. FuE und Normung; FuE und gemeinsamer Einkauf usw.). Obwohl Rz. 7 davon spricht, dass es für die Bestimmung des Schwerpunkts („centre of gravity“) nicht möglich ist, eine genaue und endgültige Regel aufzustellen, die für alle Fälle und alle möglichen Kombinationen gilt, wäre es wünschenswert, möglichst noch mehr Klarheit – ggf. auch anhand von Beispielen – zu erhalten.

1.2 Kooperationen zwischen Muttergesellschaften und Gemeinschaftsunternehmen

In Rz. 13 ist ausgeführt, dass bei Nachweis eines bestimmenden Einflusses der Muttergesellschaften [!] auf das Gemeinschaftsunternehmen (GU) die EU-Kommission Art. 101 Abs. 1 AEUV in der Regel nicht anwendet. Wir begrüßen, dass die EU-Kommission Ergänzungen zu den Regelungen zum Austausch mit GU vorgenommen hat. Der Passus *“(…) dass die Muttergesellschaften eines Gemeinschaftsunternehmens einen bestimmenden Einfluss auf das Gemeinschaftsunternehmen ausüben, wird die Kommission in der Regel Artikel 101 Absatz 1 nicht auf Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen zwischen der Muttergesellschaft bzw. den Muttergesellschaften [!] und dem Gemeinschaftsunternehmen anwenden“*, deutet darauf hin, dass bei 50/50 GU ebenfalls das Konzernprivileg anwendbar ist und bei einem gemeinsam kontrollierten GU, bei dem (eine) Mutter und das GU auf demselben Markt tätig sind, Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht gilt. Diese Klarstellung befürworten wir ausdrücklich. Es könnte allerdings noch klarer dargestellt werden, dass das Kartellverbot zwischen (mit-)kontrollierenden Müttern und GU keine Anwendung findet und auch ein Informationsaustausch ohne Grenzen stattfinden kann. Die Begriffe „joint control“ (nur theoretische Einflussnahmemöglichkeit, fusionskontrollrechtlicher Begriff) vs. „decisive influence“ (vermutlich auch tatsächlicher Einfluss erforderlich) sollten ins Verhältnis gesetzt und harmonisiert werden. Solange nicht klargestellt wird, dass schon bei Mitkontrolle Art. 101 AEUV im Verhältnis zwischen Mutter und GU keine Anwendung findet, bestehen die bereits in der BDI-Eingabe auf den Fragebogen zur Folgenabschätzung aufgezeigten², praktisch ganz erheblichen Probleme fort (insb. Einziehen von Chinese Walls zwischen mitkontrollierender Mutter und GU mit erheblichen Folgen für Risikosteuerung

² BDI-Eingabe v. 5.10.21 zur Folgenabschätzung, aufrufbar unter: [Horizontal agreements between companies – revision of EU competition rules \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/competition/horizontal_agreements_en)

und Berichtswesen, einschließlich erheblicher Transaktionskosten). „Bestimmender Einfluss“ wird in der Rechtspraxis bislang herangezogen, um nachträglich eine Bußgeldhaftung einer Mutter zu begründen. Für die präventive Anwendung der Horizontal-LL ist das Kriterium nur schwer tauglich. Daher wäre es nicht nur wünschenswert, sondern auch aus Gründen der Rechtssicherheit vorzuziehen, bereits „joint control“ zur Begründung des Konzernprivilegs ausreichen zu lassen und das in den Leitlinien auch eindeutig hervorzuheben.

1.3 Begriff des „potentiellen Wettbewerbers“

Es ist positiv, dass die EU-Kommission in Rz. 17 einige neue Kriterien aufgelistet hat, die näheren Aufschluss zum potentiellen Wettbewerbsverhältnis geben.

Es fehlt allerdings nach wie vor an einer Kohärenz des Begriffs des „potentiellen Wettbewerbers“ in den verschiedenen Regelwerken. In Art. 1 Abs. 1 17 b) FuE-GVO wird der Begriff des „potentiellen Wettbewerbers“ dahingehend präzisiert, dass ein potentieller Wettbewerber ein Unternehmen ist, *„bei dem realistisch und nicht nur hypothetisch davon ausgegangen werden kann, dass es ohne die FuE-Vereinbarung wahrscheinlich innerhalb von höchstens drei Jahren die zusätzlichen Investitionen tätigen oder sonstigen Kosten auf sich nehmen würde, die erforderlich wären, um Produkte, Technologien oder Verfahren anbieten zu können, die auf dem räumlich relevanten Markt durch das Vertragsprodukt bzw. die Vertragstechnologie verbessert, ausgetauscht oder ersetzt werden können.“*

Während hier ein Zeitrahmen von drei Jahren gewählt wurde, sprechen die Horizontal-LL in Rz. 17 von einem potentiellen Markteintritt „innerhalb kurzer Zeit“, und der Leitlinienentwurf zu vertikalen Vereinbarungen sieht in Rz. 84 eine Frist von höchstens einem Jahr vor. Unklar ist auch, welche Anforderungen an die Prognose zu stellen sind, ob ein Unternehmen innerhalb des Dreijahreszeitraums tatsächlich in Substitute- oder Komplementärprodukte investieren könnte oder würde.

Zwar wird der Begriff „kurze Zeit“ in Fußnote 12 der Horizontal-LL dahingehend erläutert, dass diese Zeitspanne von der Sachlage im konkreten Fall, dem rechtlichen und ökonomischen Kontext und insbesondere davon abhängt, ob das betreffende Unternehmen Partei der Vereinbarung ist oder ob es sich um ein drittes Unternehmen handelt. Dieses große Ermessen der Kommission hilft jedoch den Unternehmen im konkreten Einzelfall bei der

Einschätzung einer Zusammenarbeit nicht weiter. Ebenfalls uneinheitlich gehandhabt wird die Bezugnahme auf einen „zu geringfügigen, aber dauerhaften Anstieg der relativen Preise“. Während diese Bezugnahme in den Horizontal-LL und der Horizontal-GVO fehlt, findet sie sich im Entwurf der Vertikalleitlinien (vgl. Rz. 84 VBER-Entwurf). Auch hier empfiehlt sich eine Kohärenz.

Der Begriff „potentieller Wettbewerber“ passt nicht mehr ohne weiteres in ein zunehmend digitales Umfeld. Insbesondere bei Kooperationen im digitalen Bereich ist der Begriff „potentieller Wettbewerber“ nicht geeignet, da jedes Unternehmen innerhalb kürzester Zeit ein potentieller Wettbewerber im digitalen Geschäftsbereich sein kann, was oft nur eine Entscheidung des Managements voraussetzen dürfte. Es ist für Unternehmen äußerst schwer zu beurteilen, ob ein anderes Unternehmen ein potentieller Wettbewerber ist oder nicht, insbesondere, wenn das andere Unternehmen seine Markteintrittspläne nicht öffentlich bekannt gegeben hat. Einige Kriterien der Rz. 17 setzen eine Kenntnis der Binnenperspektive des „potentiellen Wettbewerbers“ (z. B. Kenntnis von dessen Absicht) voraus, ein anderes setzt auf die rein subjektive Wahrnehmung des etablierten Unternehmens. So ist es für Unternehmen kaum rechtsicher zu beurteilen, ob ein anderes Unternehmen „die feste Absicht und die Fähigkeit hat, innerhalb kurzer Zeit in den Markt einzutreten“. Ohne öffentlich erklärte Markteintrittsabsicht wäre ein Austausch über die künftige Strategie ein unzulässiger Austausch wettbewerbssensibler Informationen. Gleiches gilt für die Frage, ob ein Unternehmen „ausreichende Vorbereitungsmaßnahmen getroffen hat, um in den betreffenden Markt eintreten zu können“ und dieses die „realen und konkreten Möglichkeiten“ dazu besitzt. Dies schafft erhebliche Rechtsunsicherheit. Diese Kriterien und allgemeinen Definitionen sind – gerade für das digitale Umfeld – zu weit gefasst, nicht messbar und dadurch vollkommen unpraktikabel.

Selbst wenn ein potentielles Wettbewerbsverhältnis bestehen sollte, z. B. auf Grund von veröffentlichten Patentschriften, heißt das in einem digitalen Umfeld zunächst noch nicht viel. Es rechtfertigt jedenfalls nicht per se die für klassische horizontale Kooperationen bestehenden Einschränkungen. Die Horizontal-LL sollten daher, sofern an dem Konzept des potentiellen Wettbewerbers festgehalten wird, klarstellen, dass potentielle Wettbewerber nur solche sind, die „unmittelbar vor dem Markteintritt stehen und dies auch öffentlich kommuniziert haben“. Im Übrigen sollten die zur Beurteilung relevanten Parameter rechtssicher und kohärent ausgestaltet werden.

1.4 Begriff „Nebenabreden“ (ancillary restrictions)

Rz. 39 besagt, dass Nebenabreden zu einer horizontalen Zusammenarbeit mit Art. 101 Abs. 1 vereinbar sein können, wenn eine „Nebenabrede“ zur „Durchführung der Vereinbarung über horizontale Zusammenarbeit objektiv erforderlich ist und in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen der Vereinbarung steht.“

Diese Schwelle ist extrem hoch und liegt weit über der Schwelle, die in der Bekanntmachung der Kommission über Nebenabreden zu Zusammenschlüssen (Rz. 13) vorgesehen ist. Letztere sieht vor, dass eine Nebenabrede zu einem Zusammenschluss legitim ist, wenn der Zusammenschluss "entweder gar nicht oder nur unter deutlich ungewisseren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte". Diese Schwelle ist wirtschaftlich sinnvoll. Die im Entwurf der Horizontal-LL vorgesehenen Kriterien sollten an die für Nebenabreden zu Zusammenschlüssen geltenden Kriterien angepasst werden. Wünschenswert wäre auch die Auflistung von mehr Beispielsfällen (z. B. Abwerbeverbote, gemeinsamer Einkauf von Mustern für FuE-Kooperation, Kundenschutzklauseln in Projektverträgen) – insb. auch im Hinblick auf Nachhaltigkeitsvereinbarungen (vgl. Rz. 548).

1.5 Beziehung zu anderen Leitlinien (Vertikal-Leitlinien)

Die Horizontal-LL beinhalten in Rz. 48 eine Klarstellung, dass vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern in den Anwendungsbereich der Horizontal-LL fallen, z. B. Vertriebs- oder Produktionsvereinbarungen. In diesen Fällen wäre die Vertikal-GVO nicht anwendbar. Es ist anzumerken, dass es angesichts der hohen praktischen Bedeutung für die Unternehmen hierzu noch zu wenige Hinweise gibt. Es wäre hilfreich, wenn die EU-Kommission nähere Ausführungen machen und zwischen den verschiedenen Kooperationsvereinbarungen (Spezialisierung, Standardisierung, Produktion oder Vertrieb) unterscheiden könnte.

2. FuE-Vereinbarungen (Rz. 56 ff)

Das Kapitel FuE-Vereinbarungen in den Leitlinien kommentieren wir unten im Zusammenhang mit der FuE-GVO (vgl. dazu unten III.2).

3. Produktionsvereinbarungen (Rz. 203 ff)

Der BDI ist der Ansicht, dass der Abschnitt insgesamt noch etwas systematischer die Prüfungen von Spezialisierungs-, Produktions- und Zuliefervereinbarungen behandeln könnte. Es wird nicht immer klar, ob bestimmte Aspekte nur auf eine der genannten Kategorien oder auf alle anwendbar sein sollen. Wir begrüßen, dass die Horizontal-LL nicht mehr nur auf Zuliefervereinbarungen „zur Produktionsausweitung“ begrenzt sein sollen, sondern auf „*subcontracting agreements*“ im Allgemeinen ausgeweitet werden. Wir wünschen uns nach wie vor einen klaren Hinweis, dass Kollegenlieferungen zwischen Wettbewerbern im Grundsatz unproblematisch sind; insofern muss noch klarer gemacht werden, dass „*subcontracting agreements*“ jede Form der Belieferung von Wettbewerbern beschreibt, die nicht unter die Vertikal-GVO fällt oder eine Spezialisierungsvereinbarung oder eine Produktionsvereinbarung ist. Der in Rz. 206 verwendete Begriff „*entrusts to another party*“ legt nahe, dass es sich eher nur um Auftragsfertigung handeln soll. Das wäre uns als Anwendungsbereich zu eng, weil z. B. die Belieferung eines Wettbewerbers auf Wunsch eines Kunden damit nicht zwingend beschrieben wäre.

Auch Rz. 232 enthält lediglich unverändert den Hinweis auf Marktanteilschwellen von 20 Prozent, welche viel zu niedrig sind. Sonst ist immer nur von Produktionsvereinbarungen die Rede. Die Problematik von Kollegenlieferungen kommt insgesamt viel zu kurz. Einer der häufigsten Gründe für Kollegenlieferungen dürfte sein, dass ein industrieller Endkunde seinen (Haupt)Lieferanten z.B. aus technologischen Erwägungen heraus dazu auffordert, bestimmte Komponenten – z.B. zum Einbau in ein System – bei einem anderen (Vor-)Lieferanten zu beziehen, der zu dem (Haupt-)Lieferanten im Systemwettbewerb steht. Andere Gründe sind, dass ein Hersteller, um Skaleneffekte zu erzielen und seine Produktion auszulasten, einzelne Erzeugnisse (Vorprodukte) auch an Wettbewerber liefern möchte. Schließlich mag der Bezug bestimmter Komponenten bei einem Wettbewerber auch aus technologischer Sicht vorzugswürdig sein, z. B. wenn der Wettbewerber die bessere Technologie anbietet. Insofern verweisen wir auch auf unsere bisherigen Stellungnahmen.³ Kollegenlieferungen sollten stets nach ökonomischen Gesichtspunkten auf ihre wettbewerblchen Auswirkungen untersucht werden. Verfolgen die Wettbewerber mit der Kollegenlieferung legitime, ökonomisch rationale Zwecke (z.B. Vermeidung von Engpässen und Unterbrechungen in

³ BDI-Stellungnahme v. 12.02.2020 – Konsultation der Europäischen Kommission zu den Horizontal-GVO und LL und oben Fn. 2

Lieferketten), sollten die Vereinbarungen nur dann unzulässig sein, wenn sie spürbare negative Auswirkungen auf den Wettbewerb entfalten und nicht durch Effizienzen gerechtfertigt sind. Das wird bei der überwiegenden Anzahl solcher Lieferungen nicht der Fall sein. Der *Safe Harbour* bei lediglich 20 Prozent trägt somit dem Regel-Ausnahmecharakter zwischen Verbotstatbestand und unternehmerischer Freiheit nicht hinreichend Rechnung. Wir würden eine deutliche Anhebung begrüßen.

Die Ausführungen zu Produktionsvereinbarungen, die kaum wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben dürften (Rz. 225, 228, 246), sollten ausdrücklich auch auf Zuliefervereinbarungen ausgedehnt werden, weil auch durch Kollegenlieferungen ein Produkt entsteht, das den Wettbewerb eröffnet. Wir wünschen uns, in die Leitlinien vertiefte Grundsätze und möglichst einen *Safe Harbour* aufzunehmen, an denen sich die Unternehmen orientieren können. Rz. 246 b sollte den Anteil der variablen Kosten klar benennen, ab dem eine kritische Kostenangleichung zu befürchten ist (Vorschlag: unkritisch, wenn weniger als 50 Prozent, denn dann bliebe immer noch hinreichend Spielraum für Preiswettbewerb).

4. Vereinbarungen, die unter die Spezialisierungs-GVO fallen (Rz. 252 ff)

Das Kapitel in den Leitlinien über Vereinbarungen, die unter die Spezialisierungs-GVO fallen, kommentieren wir unten im Zusammenhang mit der Spezialisierungs-GVO (vgl. dazu unten III.3).

5. Vereinbarungen über die Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen (Rz. 296 ff)

Das stark branchenspezifische Kapitel zu Mobilfunkinfrastrukturen finden wir für abstrakte Leitlinien wie die Horizontal-LL zu speziell und nicht gerechtfertigt (Rz. 296 ff). Die darin enthaltenen Rechtsgedanken lassen sich u. E. abstrahieren und dann möglicherweise auch sachgerecht auf andere Sachverhalte und Industrien anwenden. Sollte es eine Spezialregelung sein, würde das die Anwendung des zu Grunde liegenden Gedankens auf ähnliche Sachverhalte sperren. Letztlich scheint hier ein Unterfall des Arbeitsgemeinschaftsgedanken vorzuliegen, der nicht nur für die Telekommunikations-Branche relevant ist.

Bei sämtlichen Beispielen (Rz. 306-310) wird eine Einzelfreistellung verneint. Hier wären weitere Beispiele hilfreich, wann eine Einzelfreistellung

außerhalb der Spezialisierungs-GVO möglich wäre. Bislang fehlt auch ein Beispiel für freigestellte und nicht freigestellte Zuliefervereinbarungen (siehe auch unter III.1.3).

6. Einkaufsvereinbarungen (Rz. 311 ff)

Der Entwurf der Horizontal-LL enthält eine Reihe nützlicher Hinweise zur Unterscheidung zwischen einem Einkaufskartell und einer zulässigen Zusammenarbeit beim gemeinsamen Einkauf. Dies ist eine willkommene Klarstellung. Positiv ist, dass eine Einkaufskooperation nicht nur die Verhandlung eines gemeinsamen Einkaufspreises umfasst, sondern auch „andere Bedingungen“ („*other terms and conditions*“, Rz. 312) betreffen kann.

Lizenzverhandlungsgruppen

Lizenzverhandlungsgruppen ("LNGs") werden nun explizit erwähnt (Rz. 312), aber die Horizontal-LL unterlassen es, eine Klarstellung zu geben, unter welchen spezifischen Anforderungen LNGs eingerichtet werden können und wie konforme Verhandlungen geführt werden können. Spezifische Leitlinien sind erforderlich und sollten die Marktcharakteristika von standardessenziellen Patenten (SEP) berücksichtigen. So sollten die Leitlinien beispielsweise widerspiegeln, dass SEP unter eingeschränkten Bedingungen (FRAND-Bedingungen) lizenziert werden. Daher werden entsprechende Verhandlungen in einem anderen, eher begrenzten Rahmen geführt als Verhandlungen über Lizenzen für Nicht-SEP. Die Leitlinien sollten auch die spezifischen Unterschiede zwischen materiellen und immateriellen Vermögenswerten widerspiegeln, z. B. die Tatsache, dass nicht-exklusive Lizenzen für Patente in Bezug auf die Anzahl der erteilten Lizenzen nicht begrenzt sind, während materielle Vermögenswerte von Natur aus begrenzt sind. Dementsprechend sollten LNGs anders behandelt werden als Einkaufsgruppen von materiellen Gütern. Nach unserem Verständnis sind im Zusammenhang mit LNG, die FRAND-Lizenzen aushandeln, Schwellenwerte für Marktanteile nicht angemessen. Andernfalls sollte der relevante Markt verdeutlicht werden, nämlich dass es sich um den Markt des Erwerbs von SEP-Lizenzen für den jeweiligen Standard handelt, unabhängig von den Waren, die die SEPs umsetzen.

Verhinderung von Lieferengpässen

Wir begrüßen, dass Einkaufskooperationen auch zur Verhinderung von Lieferengpässen möglich sind (Rz. 313). Effizienzen sind damit nicht mehr nur

auf die Erzielung niedrigerer Einkaufspreise beschränkt. Allerdings können Einkaufskooperationen auf vielen verschiedenen Märkten von Vorteil sein, nicht nur dort, wo es sehr große Anbieter gibt oder in Fällen von Engpässen.

Abgrenzung zum Einkaufskartell

Die in Rz. 316 vorgenommene Abgrenzung zum Einkaufskartell ist gut dargestellt und verständlich. Sie könnte allerdings noch deutlicher ausfallen. In Fällen, in denen die Partner gemeinsam (und gegenüber dem Lieferanten offen) Mengen bündeln, aber andere Konditionen individuell aushandeln, handelt es sich offensichtlich nicht um ein Einkaufskartell, sondern um eine weniger wettbewerbsbeschränkende Maßnahme als eine gemeinsame Preisabsprache.

Dass eine Einkaufskooperation gegenüber den Lieferanten offengelegt werden muss, mithin auch eine schriftliche Kooperationsvereinbarung notwendig ist, entspricht der Praxis (Rz. 319).

Schwierigkeiten bei der rechtssicheren Ermittlung der Marktanteilschwellen

Für Einkaufsgemeinschaften, bei denen die Parteien unterhalb der in Rz. 329 genannten Marktanteilsschwellen von 15 Prozent liegen, bieten die Horizontal-LL Rechtssicherheit. Allerdings geht die Kommission weiter davon aus, dass Einkaufsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern nur dann nicht von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst werden, wenn die an der Vereinbarung Beteiligten einen gemeinsamen Marktanteil von weniger als 15 Prozent nicht nur auf den betroffenen Einkaufsmärkten, sondern auch auf den Verkaufsmärkten halten. Bei der Ermittlung der Marktanteile sollte jedoch allein auf die Einkaufsmärkte abgestellt werden (oder zumindest der Schwellenwert auf den relevanten Einkaufs- und Verkaufsmärkten auf 30 Prozent erhöht werden – siehe unten). Die Berücksichtigung der Verkaufsmärkte bei der Marktanteilsberechnung führt dazu, dass Einkaufskooperationen großer Unternehmen regelmäßig in den Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen. Es kommt hinzu, dass die Marktanteile auf den Verkaufsmärkten – gerade bei großen Einkaufskooperationen – wohl kaum rechtssicher zu ermitteln sind.

Die Horizontal-LL adressieren zwar den Punkt, dass es weniger wahrscheinlich ist, dass eine gemeinsame Einkaufsregelung von Parteien, die keine Wettbewerber auf dem Verkaufsmarkt sind, wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen auf den Verkaufsmarkt hat (Rz. 337), bieten aber keine

weiteren Anhaltspunkte. Alles ist allem ist die Berücksichtigung der Verkaufsmärkte überschießend, weil dadurch viel zu häufig völlig unkritische Kooperationen erfasst werden, was bei den Unternehmen regelmäßig einen sehr hohen Prüfungsaufwand auslöst. Aufwand und Nutzen stehen in keinem proportionalen Verhältnis, wobei der Nutzen selbst äußerst fraglich ist.

Je weiter die Marktanteile der Parteien die Schwellen überschreiten, umso weniger lässt sich für ein Unternehmen erkennen, ob die Einkaufsgemeinschaft von Kartellbehörden und Gerichten noch als zulässig, bzw. bereits als unzulässig erachtet werden würde. Es bedürfte hier einer Rückversicherung bei der EU-Kommission, die seit der Einführung der VO 1/2003 allerdings grundsätzlich nicht mehr vorgesehen ist. Die Folge dieses derzeit bestehenden Defizits an Rechtssicherheit ist, dass aus Gründen unternehmerischer Vorsicht Einkaufsgemeinschaften (oberhalb der Marktanteilschwelle von 15 %) nicht gegründet werden, obgleich die pro-kompetitiven Wirkungen in vielen Fällen überwiegen würden. Es ist bedauerlich, dass die Marktanteilsschwelle nicht weiter hochgesetzt wurde. Sie sollte auf 30 Prozent erhöht werden.

Differenzierung zwischen „direktem und indirektem Material“ erforderlich

Der BDI sieht es weiterhin für dringend erforderlich an, auch den Einkauf von indirekten Materialien explizit zu regeln. Die Horizontal-LL unterscheiden nach wie vor nicht zwischen Einkaufsvereinbarungen in Bezug auf so genanntes „direktes“ und „indirektes“ Material. Direktes Material bezieht sich auf Produkte und Dienstleistungen, die einen direkten Input für das Endprodukt darstellen, das ein Unternehmen auf dem Verkaufsmarkt verkauft. Indirektes Material bezieht sich auf Materialien, die in einem Produktionsprozess verwendet werden und die keinen direkten Input für die Endprodukte darstellen, die von einer Partei auf dem Verkaufsmarkt verkauft werden (z. B. Bürobedarf, Reisebürodienstleistungen für Mitarbeiter usw.). Eine Einkaufsvereinbarung in Bezug auf indirektes Material kann keine Auswirkungen auf den Wettbewerb auf den Verkaufsmärkten haben. Die Horizontal-LL sehen jedoch die gleiche *Safe-Harbour*-Schwelle und Anleitung zur individuellen Beurteilung vor wie bei Einkaufsvereinbarungen für direktes Material.

Beim Einkauf von indirekten Materialien, welche nicht in Wettbewerberprodukte fließen, kann der Marktanteil auf der Vertriebsseite keine Rolle spielen; dieser ist auch rein praktisch gar nicht bestimmbar.

Laut EU-Kommission ist unwahrscheinlich, dass eine reine Fixkostensenkung an die Verbraucher weitergegeben wird (Rz. 347). Was bedeutet diese Einschätzung für Einkaufskooperationen für indirekte Materialien? Ist diese strenger als Einkaufskooperationen für direkte Materialien zu behandeln, obwohl wohl unzweifelhaft geringere wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen vorliegen?

Die Horizontal-LL sollten ausdrücklich klarstellen, dass Einkaufsvereinbarungen über „indirektes“ Material sowohl zwischen Wettbewerbern als auch zwischen Nicht-Wettbewerbern auf den Verkaufsmärkten ohne eine beherrschende Stellung der Einkaufsallianz auf den Einkaufsmärkten kaum potentiell wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben dürften.

Einkauf nachhaltiger Produkte

Das in den Rz. 333 und 557 des Entwurfs der Horizontal-LL enthaltene Beispiel soll eine Orientierung für den Einkauf nachhaltiger Produkte geben, könnte aber in den Details übermäßig strenge Maßstäbe anlegen. Es muss legitim sein, wenn Unternehmen sich dafür entscheiden, nur nachhaltige Produkte zu kaufen. Dies gilt auch, wenn Unternehmen, die ihr Einkaufsvolumen bündeln, eine solche gemeinsame Entscheidung treffen, unabhängig von ihrer Nachfragemacht. Es wäre schwierig einzusehen, warum eine solche Entscheidung den Wettbewerb in Bezug auf Preis und Auswahl einschränken könnte. Die meisten Unternehmen legen heute großen Wert auf den Einkauf nachhaltiger Produkte. Dies ist eine Entscheidung, die auf objektiven Kriterien beruht und nicht mit einem Boykott eines bestimmten Lieferanten, der keine nachhaltigen Produkte anbietet, verwechselt werden darf. Dieses Beispiel ist geeignet, Verwirrung und Rechtsunsicherheit zu stiften. Es sollte daher überdacht werden. Dabei sollte insbesondere klargestellt werden, ob und inwiefern die Erwägungen auf alle in Rz. 543 genannten Nachhaltigkeitsziele übertragen werden können (v.a. die Aussage, dass „eine solche Vereinbarung *grundsätzlich* nicht den Zweck hat...“). Außerdem wäre es hilfreich, wenn die EU-Kommission Ausführungen zum Verhältnis zwischen der Verfolgung von Nachhaltigkeitszielen und dem Schutz von Herstellern/Lieferanten etc. von nicht-nachhaltigen Produkten machen würde. Könnte der Ausschluss eines Herstellers/Lieferanten die notwendige Folge der Verfolgung eines Nachhaltigkeitsziels sein? Gewisse Produkte, bzw. mit gewissen Produktionsmethoden hergestellte Produkte sind schließlich auch vom Gesetzgeber nicht mehr gewollt (vgl. z.B. Lieferkettengesetz).

Nachfragemacht führt nicht zur automatischen Abschottung von den Einkaufsmärkten

Rz. 334 besagt, dass Nachfragemacht genutzt werden kann, um konkurrierende Abnehmer auszuschließen, indem ihr Zugang zu effizienten Lieferanten beschränkt wird. Die bloße Tatsache, dass eine gemeinsame Einkaufskooperation Nachfragemacht hat, führt noch nicht zu einer Abschottung. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Lieferanten verpflichtet wären, ausschließlich an die gemeinsame Einkaufsgemeinschaft zu liefern. Eine Parallele kann zu einer Situation der Marktbeherrschung gezogen werden. Eine marktbeherrschende Stellung (oder Marktmacht) zu haben, ist an sich nicht verboten. Es ist der Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung, der zu einer Marktabshottung und einem Verstoß gegen die Kartellvorschriften führt (z.B. durch die Auferlegung von Ausschließlichkeitsbindungen). Dies sollte im Entwurf der Horizontal-LL klargestellt werden.

Rz. 339 besagt, dass eine Kollusion erleichtert werden könnte, wenn die Parteien ein hohes Maß an Kostenangleichung erreichen. Es wäre nützlich, weitere Hinweise darauf zu erhalten, was als hoher Grad angesehen wird.

Fraglich ist, ob die Horizontal-Leitlinien in ausreichendem Maße auf rein vertragliche Einkaufsvereinbarungen eingehen. Sie scheinen sich eher auf den Einkauf durch gemeinsam kontrollierte Unternehmen oder Genossenschaften zu konzentrieren. Die Leitlinien zu den Vertraulichkeitsgarantien konzentrieren sich ebenfalls nur auf den gemeinsamen Einkauf durch Genossenschaften oder gemeinsam kontrollierte Unternehmen (Rz. 342).

7. Vermarktungsvereinbarungen (Rz. 355 ff)

Marktanteilsschwelle

Für Vermarktungsvereinbarungen, bei denen die Parteien unterhalb der in Rz. 378 genannten Marktanteilsschwelle von 15 Prozent liegen, bieten die Horizontal-LL ausreichende Rechtssicherheit. Je weiter die Marktanteile der Parteien diese Schwelle jedoch überschreiten, umso weniger lässt sich für ein Unternehmen erkennen, ob die Vermarktungsvereinbarung von Kartellbehörden und Gerichten noch als zulässig, bzw. bereits als unzulässig erachtet werden würde. Der BDI hatte bereits zuvor für eine Hochsetzung der Marktanteilsschwelle plädiert.

Kooperationen im Vertrieb

Anwendungsszenario von Industrie 4.0 im Vertrieb kann das gemeinsame Betreiben einer Plattform sein, um hierüber z. B. Value Based Services zu vertreiben. Horizontale Kooperationen bei Plattformen sind bislang nur unter sehr engen Voraussetzungen als Vermarktungsvereinbarungen freistellungsfähig.

Entscheidend für das Funktionieren einer Plattform sind die Netzwerkeffekte. Je mehr Anbieter auf der Plattform agieren, desto attraktiver wird diese für die Nachfrager. Die Anbieter sind häufig Wettbewerber oder zumindest potenzielle Wettbewerber. Eine Beschränkung der Anbieter auf Nicht-Wettbewerber oder auf Wettbewerber mit geringen Marktanteilen (unter 15 %) würde die Attraktivität der Plattform erheblich senken, etwaige Netzwerkeffekte konterkarieren und damit dem Grundkonzept einer Plattform zuwiderlaufen.

Bei der Organisation einer Plattform ist selbstredend sicherzustellen, dass es zu keinen wettbewerbsbeschränkenden Absprachen, z. B. im Hinblick auf Preise, kommt. Allerdings ist dabei zu unterscheiden zwischen aktiv vorgenommenen Preisabsprachen über die Plattform selbst und der solchen Plattformen typischerweise innewohnenden Transparenz, die sich auch auf Preise beziehen kann. Bei ersterem handelt es sich um einen klaren schwerwiegenden Kartellrechtsverstoß, bei letzterem dagegen um einen Umstand, der im Ergebnis erfahrungsgemäß zu einem deutlich erhöhten Preisdruck führt und damit im Zweifel wettbewerbsfördernder Natur ist. Vom Grundsatz her sollte ein solcher Vorgang dann nicht an den derzeit zu niedrig bemessenen Marktanteilsschwellen scheitern.

Bieterkonsortien

Bei Bieterkonsortien scheint es zu genügen, wenn beide Parteien gemeinsam ein wettbewerbsfähigeres Angebot abgeben können als die Angebote, die sie allein hätten abgeben können. Dies ist begrüßenswert und dürfte bei Bieterkonsortien stets die Motivation sein. In der Praxis geht es aber auch oft darum, die wirtschaftlichen Risiken insbesondere von Großprojekten zu verteilen, um kein Klumpenrisiko zu haben. Wir wünschen uns klarstellende Hinweise, dass auch dies als Rechtfertigung anerkannt wird.

Im Hinblick auf die Möglichkeit, ein Angebot allein abzugeben, würden wir uns zusätzliche Hinweise wünschen. Welche Kriterien müssten in Bezug auf die Qualität des Angebots, den Zeitplan, usw. erfüllt werden? Muss jeder

allein ein Angebot abgeben können oder reicht es aus, wenn zumindest einer ein Angebot allein hätte abgeben können?

Fallbeispiel 6 in Rz. 403 (Abwerbeverbot in Vereinbarungen über die Auslagerung (Outsourcing) von Dienstleistungen) dürfte nicht zwangsläufig ein Fall von Art. 101 Abs. 3 AEUV sein. Die Konstellation entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in BGH-Subunternehmervertrag II, BGH, 10.12.2008 – KZR 52/08. Aus unserer Sicht müsste hier genauer abgegrenzt werden zwischen Freistellungsbedürftigkeit und der Anwendung der Immanenz-Theorie/“Ancillary Restraints Doctrine“. Die Vorteile der im Beispielfall erläuterten beschränkenden Abrede ist für die Kleinkunden nicht (klar) gegeben. Sie verlieren einen Anbieter, ohne gleichzeitig etwas zu gewinnen. Auf diesen Punkt geht Rz. 403 nicht ein.

8. Informationsaustausch (Rz. 406 ff)

Horizontal-LL bieten keine ausreichende Rechtssicherheit

Trotz umfassender Überarbeitung bieten die Ausführungen im Abschnitt 6 der Horizontal-LL zum Informationsaustausch den Unternehmen keine ausreichende Rechtssicherheit. Einige Aussagen im Entwurf werden die Rechtsunsicherheit sogar eher erhöhen als verringern. Der Informationsaustausch ist von praktisch höchster Relevanz, enthält aber viele Grauzonen. Umso wichtiger ist es, den Unternehmen eine klare und hilfreiche Anleitung zu geben, mit der man die Zulässigkeit eines konkreten Informationsaustausches im Rahmen einer Selbsteinschätzung rechtssicher prüfen könnte. Andernfalls droht permanent das Risiko einer Falschbeurteilung, mit fatalen bußgeld- und haftungsrechtlichen Folgen. Im Wesentlichen verfolgen die Leitlinien immer noch einen übermäßig vorsichtigen Ansatz und erscheinen aus Unternehmenssicht unpraktikabel.

Der Entwurf der Horizontal-LL gibt insgesamt keine klaren Hinweise darauf, wann ein Informationsaustausch eine bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Er geht auch nicht auf den Informationsaustausch im digitalen Bereich und in den verschiedenen neuen Geschäfts- und Kooperationsmodellen ein, die Teil der neuen digitalisierten Welt sind.

Der Entwurf der Horizontal-LL enthält darüber hinaus keinerlei Hinweise zum zulässigen Informationsaustausch über Personalthemen („war of talents“). Dies ist verwunderlich angesichts der Ankündigung von Exekutiv-

Vizepräsidentin Vestager im Oktober 2021, dass die EU-Kommission hier einen stärkeren Fokus sieht.⁴

Im Einzelnen:

Rz. 409: Die neue Ergänzung vom *Need-to-know*-Prinzip im Rahmen von M&A-Transaktionen begrüßen wir als Klarstellung.

Rz. 410: Die lapidare Feststellung „*Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen, die nicht unmittelbar mit dem Kontrollerwerb verbunden und für diesen notwendig sind, fallen weiterhin unter Artikel 101 AEUV*“ steht in keinem Verhältnis zur praktischen Bedeutung des Themas. Informationsaustausch spielt bei der Steuerung und Durchführung von M&A-Prozessen eine überragende Rolle. Dies beginnt mit der Frage, welche Informationen im Rahmen einer *Due Diligence* oder allein schon im Vorfeld, z. B. in Gestalt von *Information Memorandi* oder *Teaser*-Dokumenten, ausgetauscht werden dürfen und zu welchem Zeitpunkt. Aber auch in der Phase zwischen Vertragsschluss und Vollzug gibt es wenig Rechtssicherheit, in welchem Umfang Informationen zur Sicherstellung des Werterhalts des Zielunternehmens (zur Absicherung sog. „ordinary course of conduct clauses“) oder zur Vorbereitung des Vollzugs der Transaktion („Integration planning and preparation“) ausgetauscht werden dürfen. Diese Fragen werden von externen Beratern wie auch von Behörden wie dem DOJ auch unter horizontalen Gesichtspunkten und nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Vollzugsverbots sehr kritisch bewertet. In der Praxis führt das zu erheblichen Transaktionskosten und Sicherungsmaßnahmen. Die in Rz. 410 gewählte Formulierung scheint einige Bedenken auszuräumen. Angesichts der hohen praktischen Bedeutung fänden wir aber einen weiteren klarstellenden Hinweis in puncto Rechtssicherheit sehr hilfreich (z. B. *"Dies bedeutet, dass unbeschadet einer Prüfung nach Art. 7 Abs. 1 der EU-Fusionskontrollverordnung ein Informationsaustausch, z. B. im Rahmen von Due-Diligence-Prüfungen oder über Informationsmaterial mit Fakten, die das Zielunternehmen beschreiben, zur Absicherung des Werterhalts des Zielunternehmens in der Phase zwischen Vertragsschluss und Vollzug der Transaktion oder zur Planung und Vorbereitung des*

⁴ Vgl. Rede der Exekutiv-Vizepräsidentin Vestager bei der Italian Antitrust Association Annual Conference - "A new era of cartel enforcement" | European Commission (europa.eu) vom 22.10.22.

Vollzugs und der Integration des Zielunternehmens, nur im Hinblick auf die Notwendigkeit für das Gelingen der Transaktion geprüft wird.").

Informationsaustausch infolge von Regulierungsinitiativen

Rz. 411 enthält eine Einordnung der Grenzen des Informationsaustauschs auf der Grundlage von Regulierungsinitiativen. Allerdings sind die Risiken für Unternehmen beträchtlich, da die meisten dieser Initiativen von den Unternehmen einen Informationsaustausch verlangen oder fordern. Es ist zwar klar, dass keine Informationen ausgetauscht werden sollten, die in keinem Zusammenhang mit der Regulierungsinitiative stehen, doch sollten die Unternehmen ausreichend Gewissheit darüber haben, dass der Informationsaustausch als Teil einer solchen Initiative und in direktem Zusammenhang damit generell legitim und wettbewerbsfördernd ist und nicht als bezweckte Beschränkung angesehen wird. Dies stünde auch im Einklang mit Rz. 20 des Entwurfs der Horizontal-LL.

Rz. 412: Die allgemeine Aussage, dass "Informationsaustausch ein gemeinsames Merkmal vieler Wettbewerbsmärkte ist und verschiedene Arten von Effizienzgewinnen hervorbringt", wird durch die weiteren Ausführungen in den Leitlinien weitgehend widerlegt. Gerade im internationalen Kontext werden die europäischen Unternehmen – auf der Basis der Leitlinien – keine gleichen Wettbewerbsbedingungen haben und kaum in der Lage sein, von den wettbewerbsfördernden Aspekten eines Informationsaustauschs zu profitieren.

Einsatz von Algorithmen

Rz. 418 und Fußnote 206: Die Formulierungen der Horizontal-LL legen nahe, dass der Einsatz von Algorithmen an sich kartellrechtlich problematisch sei, indem eine Fallgruppe der „algorithmischen Kollusion“ genannt wird. In der Tat handelt es sich aber nach den Ausführungen der Leitlinien um einen „klassischen“ Kollusionsfall, der lediglich von Algorithmen abgesichert oder dessen Zustandekommen durch Algorithmen erleichtert wird. Der Begriff „algorithmische Kollusion“ sollte dementsprechend vermieden werden, vielmehr sollte von „durch Algorithmen unterstützte Kollusion“ die Rede sein. Ansonsten könnte das erhebliche wettbewerbsfördernde Potential von Algorithmen beschränkt werden. Dass Algorithmen die Transparenz im Markt in Echtzeit erhöhen, muss nicht per se problematisch sein, denn die Algorithmen ermöglichen im Prinzip nur etwas, was der Vertrieb oder andere Abteilungen heute „händisch“ tun: Wettbewerberbeobachtung im Internet. Es muss völlig klar sein, dass die unabhängige Nutzung von Algorithmen

durch unabhängige Parteien kein kollusives Verhalten ist. Ein Unternehmen, das seinen eigenen Algorithmus oder einen Algorithmus, der von einem Dritten erworben wurde, verwendet, um seine Wettbewerbsfähigkeit zu verbessern, verstößt nicht gegen die Kartellvorschriften.

Die Kommission nimmt darüber hinaus eine Abgrenzung zur „Kollusion auf Code-Ebene“ vor. Auch hierzu empfehlen sich weitere Klarstellungen. Die unabhängige Verwendung des gleichen Algorithmus darf keinen Kartellverstoß darstellen, da diese auf einer autonomen Entscheidung des Unternehmens fußt. Der BDI schlägt vor, die Beschreibung von „Kollusion auf Code-Ebene“ in Fußnote 206 wie folgt zu präzisieren (Änderungsvorschläge in dick und kursiv): „Die **durch Algorithmen unterstützte Kollusion** ~~algorithmische Kollusion~~ muss von der sogenannten „Kollusion auf Code-Ebene“ unterschieden werden, die sich auf die absichtliche Anwendung **identischer, gemeinsamer Algorithmen zur intentionierten Verhaltenskoordinierung durch Wettbewerber bezieht.**“

Der Begriff der "echten öffentlichen Information" ist unklar und zu streng

Rz. 425: Der Entwurf der Horizontal-LL unterscheidet zwischen echten öffentlichen Informationen und Informationen, die öffentlich zugänglich sind. Echte öffentliche Informationen sind nach Rz. 425 solche, zu denen alle Wettbewerber und Kunden (in Bezug auf die Zugangskosten) gleichermaßen leicht Zugang haben.

Dies ist eine sehr hohe Schwelle, die der wirtschaftlichen Realität nicht gerecht wird. Es ist nicht ungewöhnlich, dass die Kosten für den Zugang zu Informationen für Kunden und Wettbewerber unterschiedlich hoch sind. In der Regel wird den Unternehmen, die Daten zur Verfügung gestellt haben, auch ein niedrigerer Preis angeboten, wie in Fn. 219 des Entwurfs der Horizontal-LL angegeben.

Rz. 426 und Fn. 219 des Entwurfs der Horizontal-LL sind in dieser Hinsicht widersprüchlich und sollten angeglichen werden. Der Hinweis, dass Daten für Unternehmen, welche diese selbst beigesteuert haben, kostengünstiger sein können, sollte in den Haupttext übernommen werden.

Es ist auch unklar, ob Marktstudien, die von unabhängigen Agenturen erstellt werden, als echte öffentliche Informationen oder als öffentlich zugängliche Informationen angesehen werden. Der Entwurf der Horizontal-LL scheint in Rz. 426 darauf hinzuweisen, dass diese Marktstudien eher als öffentlich zugängliche Informationen zu betrachten sind. Marktstudien sollten als "echte öffentliche Informationen" betrachtet werden, da sie vollständig auf echten

öffentlichen Informationen beruhen. Die Beschreibung von öffentlich zugänglichen Informationen sollte weiter spezifiziert werden, da sie derzeit auch Datenquellen abdeckt, die vollständig öffentlich und rechtmäßig sind und somit aus kartellrechtlicher Sicht keine Bedenken aufwerfen.

Unklarheiten für Einkaufsbenchmarks

Rz. 429: Für Einkaufsbenchmarks bestehen Unklarheiten. Es dürfen nicht nur keine Rückschlüsse auf die anderen Kunden möglich sein, sondern auch keine Individualisierung der Lieferanten (Marktgegenseite). Gerade im Einkauf interessiert es die Einkäufer nicht, welche Preise konkret welche anderen Kunden erhalten haben, sondern welche Lieferanten einen geringen Preis akzeptiert haben. Das ergibt sich indirekt aus dem letzten Satz „*Mit anderen Worten: Um eine Kollusion stabil zu halten, müssen Unternehmen eines sehr engen, stabilen Oligopols nicht immer wissen, wer abgewichen ist; es mag ausreichen, zu wissen, dass „jemand“ abgewichen ist.*“ Beratungsunternehmen, welche Benchmarks durchführen, ist die Notwendigkeit der Anonymisierung und Aggregation der Marktgegenseite häufig unklar. Der BDI würde sich auch konkretere Hinweise und Definitionen in Bezug darauf wünschen, was die Kommission unter einem „sehr engen, stabilen Oligopol“ versteht.

Einseitige öffentliche Weitergabe von Daten an Kunden ist unproblematisch

Rz. 432 ff.: Die Hinweise in Bezug auf kritische „einseitige Offenlegungen“ sind nicht praktikabel. Einer der wichtigsten Fälle dürfte die Veröffentlichung von aktuellen Preislisten auf den eigenen Webseiten von Unternehmen und Presse-/Preiserhöhungsmitteilungen sein. Die Ausführungen in den Leitlinien lassen keine eindeutige Schlussfolgerung zu, unter welchen Umständen das kritisch sein kann. Hier sollte zunächst in Rz. 432 klargestellt werden, dass ein echter öffentlicher Austausch nicht umfasst ist, sondern in Rz. 434 beschrieben. Weiterhin sollte auch Rz. 434 präzisiert werden, denn dort heißt es kryptisch: „*Je nach Sachverhalt, der dem vorliegenden Fall zugrunde liegt, kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt.*“

Generell sollte klar sein, dass einseitige Ankündigungen keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken geben. Jede andere Auslegung müsste die klare Ausnahme sein (z. B. Signalisierung). Rz. 434 des Leitlinienentwurfs weist zumindest darauf hin, dass die einseitige Bekanntgabe von Daten durch ein Unternehmen an seine Kunden zu Effizienzgewinnen führen kann. Allerdings heißt es weiter, dass diese Effizienzgewinne weniger wahrscheinlich

sind, wenn sich die Informationen auf künftige Absichten beziehen, die möglicherweise nicht eintreten und das Unternehmen gegenüber seinen Kunden nicht binden. Wir bitten die EU-Kommission, darzulegen, wann man konkret von Effizienzen ausgehen kann. Wie ist es bspw. bei pauschalen Preiserhöhungsschreiben und wie müssten diese ausgestaltet sein, damit man von Effizienzen oder Verbrauchervorteilen ausgehen kann?

Das am Ende von Rz. 434 angeführte Beispiel und die Referenz auf die Rechtssache „Container Shipping“ (Fn. 236) zeigen, dass anscheinend ein sehr spezieller Fall, der mit einer Zusage der Unternehmen beendet wurde, zu einem regulären Anwendungsfall für Presseerklärungen verallgemeinert werden soll. Danach legt die Kommission die Auffassung zugrunde, dass einseitige Preisänderungsankündigungen in der Regel keine Effizienzgewinne für die Verbraucher enthalten und Kollusionen begünstigen können. Die Leitlinien verlangen eine Bindungswirkung von Ankündigungen, um Effizienzgewinne deutlich erkennen zu können. Wie einseitige öffentliche Ankündigungen für individualvertragliche Vereinbarungen rechtlich bindend sein sollen, erschließt sich nicht. Ob ein Anbieter eine angestrebte Preiserhöhung letztlich durchsetzen kann, wird sich erst im Laufe der Zeit im Rahmen konkreter Preisverhandlungen zeigen. Unabhängig davon ermöglicht die öffentliche Ankündigung Kunden auf der direkten Abnahmestufe wie auch in den weiteren Ebenen der Wertschöpfungskette eine frühzeitige und effiziente Anpassung an Markttrends, unabhängig von einem konkreten Austausch mit der Anbieterseite. Für die Verbraucher besteht durchaus ein Nutzen, indem sie bereits auf Erhöhungen vorbereitet werden und sich darauf einstellen können. Sie hilft ihnen auch im Hinblick auf die Begründung von Preiserhöhungen in ihren Verhandlungen mit ihren jeweiligen Abnehmern.

Es ist kommerziell praktisch ausgeschlossen, dass Unternehmen detaillierte Ankündigungen gegenüber Kunden machen, an die sie sich nicht gebunden fühlen. Es ist z. B. marktüblich, dass Unternehmen FuE-Pläne und voraussichtliche Fristen bekannt geben. Es ist auch nicht ungewöhnlich, dass Unternehmen Sonderrabatte oder vorübergehende Zusatzrabatte ankündigen. Die Behauptung, diese Ankündigungen könnten Absprachen erleichtern und daher den Wettbewerb einschränken, möglicherweise sogar bezweckt, ist zu streng. Die EU-Kommission sollte ihren Ansatz modifizieren und noch deutlicher anerkennen, dass die einseitige Weitergabe von Daten an Kunden in der Regel unproblematisch ist.

Das Fallbeispiel in Rz. 436 ist ebenfalls viel zu eng. Allein der Umstand, dass ein Dienstleister für mehrere Wettbewerber tätig ist, kann nicht ausreichen,

um einen Kartellverstoß zu begründen. Es muss ergänzt werden, dass es immer noch eines behördlich nachzuweisenden Kontaktes/Konsens zwischen den Wettbewerbern bedarf. Zudem wäre eine Orientierung in der folgenden Situation wünschenswert: Sofern sich ein Anbieter/Dienstleister nicht auf Exklusivität einlässt, bzw. eine solche rechtlich nicht sicher vereinbart werden kann: Welche Maßnahmen muss ein Unternehmen treffen, wenn es einen Anbieter beauftragt, der auch für Wettbewerber tätig wird? Wie verhält es sich, wenn das beauftragende Unternehmen gar keine Kenntnis davon hat, für welche Wettbewerber der Anbieter/Dienstleister sonst noch tätig wird? Fragen knüpfen sich auch an folgende Formulierung: „*Während die Verwendung öffentlich zugänglicher Daten zur Einspeisung in algorithmische Software legal ist, könnte die Zusammenführung sensibler Informationen in einem Preisbildungsinstrument, das von einem einzigen IT-Unternehmen angeboten wird und zu dem mehrere Wettbewerber Zugang haben, einer horizontalen Kollusion gleichkommen.*“ Bedeutet dies, dass ein Unternehmen nur unternehmenseigene Algorithmen einsetzen darf bzw. mit dem IT-Provider Exklusivität vereinbaren muss? Gilt dies nur für automatische Preisanpassungstools oder auch für reine Preisbenchmarks (d. h. lediglich Information über Marktpreise, die individuelle Umsetzung obliegt jedem Unternehmen selbst)? Zudem sollte ein etwaiger Kartellrechtsverstoß nicht allein aus der Zugangsmöglichkeit zu einem Preisbildungsinstrument, über die mehrere Wettbewerber verfügen, abgeleitet werden können. Dies vor allem deshalb nicht, weil Berater oftmals für mehrere Wettbewerber (ohne deren Kenntnis) tätig werden und sich nicht auf Exklusivitätsvereinbarungen einlassen werden.

Die Ausführungen in Rz. 437 gehen viel zu weit. Es sollte klargestellt werden, dass die Weitergabe sensibler Informationen über Wettbewerber durch Kunden oder Lieferanten ohne horizontale Koordinierung eine weit verbreitete Geschäftspraxis ist und nicht per se Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gibt. Kunden und Verbraucher profitieren gerade von der Möglichkeit, so einen besseren „Deal“ zu erhalten. In dem Zusammenhang sollte klargestellt werden, dass "meeting competition"-Szenarien als wettbewerbsfördernd und damit zulässig angesehen werden sollten. Der folgende Satz in Rz. 437 ist problematisch und sollte gelöscht werden, da er suggeriert, dass bereits eine simple Offerte ein Risiko darstellen kann: „*Die Bedingung wäre ebenfalls erfüllt, wenn das Unternehmen, das die Informationen erhält oder weitergibt, vernünftigerweise vorhersehen konnte, dass der Dritte seine Geschäftsinformationen an seine Wettbewerber weitergeben würde, und wenn es bereit war, das damit verbundene Risiko einzugehen.*“ Ein "Hub and

Spoke"-Szenario kann nicht entstehen, wenn keine Kenntnis oder Absicht vorliegt.

Eine weitere Klarstellung ist notwendig, dass die Offenlegung von Preisen durch den Kunden im Rahmen von Preisverhandlungen kein *Hub and Spoke*-Kartell begründet (z. B. wenn bei e-Auktionen die Preise der Wettbewerber sichtbar werden). Dies gilt insbesondere mit Blick auf die Aussage, dass falls eine Weitergabe vorhersehbar ist, bereits ein Kartellverstoß vorliegt. Bei Preisverhandlungen ist dies regelmäßig der Fall und aus Sicht des Käufers und der Verbraucher wünschenswert, da so Preisdruck aufgebaut werden kann.

Rz. 440: Nicht klar ist, was unter „strikten Vertraulichkeitsprotokollen“ zu verstehen ist. Dies sollte näher erläutert werden. Es sollte klargestellt werden, dass horizontale Kooperationen in der Regel nicht die Einführung von „Clean Teams“ erfordern. Viele (kleinere) Unternehmen wären nicht in der Lage, solche Maßnahmen durchzuführen.

Datenpooling und Datenzugang

Rz. 441 ff. des Entwurfs der Horizontal-LL gehen kurz auf das Datenpooling und den Datenzugang ein. Der Entwurf konzentriert sich jedoch nur auf die potenziell einschränkenden und ausgrenzenden Effekte des Datenpoolings. Die zahlreichen wettbewerbsfördernden Wirkungen von Datenpooling werden nicht behandelt.

Gemäß Rz. 441 soll der Austausch von Informationen von strategischer Bedeutung für den Wettbewerb, welche einen erheblichen Teil des relevanten Marktes abdecken, nur dann zulässig sein, wenn die Informationen allen auf dem betreffenden Markt tätigen Unternehmen, also auch den Wettbewerbern, in nichtdiskriminierender Weise zugänglich gemacht werden. Dies betrifft auch den Datenzugang und das Datenpooling. Diese Aussagen sind zu pauschal. Hier kommt es entscheidend auf den Inhalt der individuellen Daten an, die gepoolt werden sollen, sowie auf den Zweck des Datenpoolings, z. B. die gemeinsame Forschung im Rahmen autonomen Fahrens, um mit möglichst vielen Daten das Fahren sicherer zu machen (dann wäre die FuE-GVO einschlägig) oder die gemeinsame Vermarktung von Daten (dann wäre dies als Vermarktungsvereinbarung zu prüfen). Insgesamt scheinen die Ausführungen hier sehr abstrakt. Ein Ausschluss von sensiblen Daten ist nicht praktikabel. Praktische Beispiele wären hilfreich.

Der Entwurf der Horizontal-LL sollte zudem ausdrücklich anerkennen, dass Datenpooling wettbewerbsfördernd ist und generell – mit der Ausnahme

missbräuchlicher Fallgestaltungen (s.u.) - zwischen Wettbewerbern und Nicht-Wettbewerbern erlaubt ist. Datenpooling kann Unternehmen eine größere Datenbasis für Analysezwecke zur Verfügung stellen und es ihnen ermöglichen, innovative Lösungen zum Nutzen der Kunden zu schaffen. Dies würde auch die Abhängigkeit von Gatekeepern begrenzen.

Generell kann Datenpooling nur dann problematisch sein, wenn der/die Eigentümer des Datenpools eine marktbeherrschende Stellung hat/haben. Offenheit, Transparenz und Nicht-Diskriminierung sollten nur dann gefordert werden, wenn die Daten einen Großteil des Marktes umfassen. Wünschenswert wäre ein klarer *safe harbour* für das Datenpooling außerhalb einer marktbeherrschenden Stellung, der erst dort endet, wo ein solches Datenpooling für eine wettbewerbswidrige Abstimmung missbraucht wird.

Ebenso sollte überlegt werden, ob eine Verpflichtung zur Gewährung des Datenzugangs auf Fälle beschränkt werden könnte, in denen mit dem Datenpooling nachweislich Marktmacht einhergeht, bzw. in denen der Zugang zum Datenpool eine wesentliche Zugangsvoraussetzung zu nachgelagerten Märkten darstellt. Damit einhergehen müsste eine Präzisierung in den Horizontal-LL, was genau mit „erheblicher Anteil des relevanten Marktes“ („*significant part of the market*“ bzw. „*large part of the market*“, Rz 441 bzw. 442) gemeint ist.

Der Entwurf der Horizontal-LL lässt auch eine klare Unterscheidung zwischen B2C- und B2B-Beziehungen in Bezug auf den Datenzugang vermissen. B2C-Beziehungen funktionieren ganz anders als Beziehungen im B2B-Bereich. Im B2B-Bereich sind die Kunden wesentlich sensibler in Bezug auf ihre Daten, bestehen oft darauf, die Kontrolle über ihre Daten zu behalten und verfügen über eine ausreichende Gegenmacht. Daher ist im B2B-Bereich ein weniger restriktiver und flexiblerer Ansatz erforderlich.

Gemeinsame Nutzung von Daten

Mehrere EU-Initiativen (z. B. der Entwurf des Data Act) fördern oder fordern die gemeinsame Nutzung von Daten, um die EU-Datenwirtschaft zu entwickeln. Auch wenn die gemeinsame Nutzung von Daten durch solche EU-Regulierungsinitiativen gefördert oder vorgeschrieben wird, ist Art. 101 Abs. 1 AEUV weiterhin anwendbar (Rz. 411, 407). Leider bietet der aktuelle Entwurf der Horizontal-Leitlinien keine ausreichende Hilfestellung für die gemeinsame Nutzung von Daten (neben und über Datenpools hinaus). Aus diesem Grund könnte das Wettbewerbsrecht ein großes Hindernis für die Schaffung einer EU-Datenwirtschaft bleiben. Um es in einer Frage

zusammenzufassen: Warum sollte ein Unternehmen Daten zum Nutzen anderer Unternehmen teilen, wenn es im Gegenzug ein erhebliches Compliance-Risiko eingeht?

Es fehlt eine Orientierung zum Informationsaustausch im digitalen Bereich

Während Rz. 408 des Entwurfs der Horizontal-LL den Informationsaustausch über Plattformen erwähnt, geht der Entwurf nicht auf die wettbewerbsfördernden Wirkungen ein, und es fehlt eine klare Anleitung zu den Einzelheiten des Informationsaustauschs über Plattformen oder andere neue Kooperationsmodelle in der digitalen Welt (z. B. Ökosysteme). Es ist eine verpasste Gelegenheit, dass die Kommission nicht auf diese neuen Modelle eingeht, da dies einer der Gründe für die Überarbeitung der Horizontal-LL war. Die Leitlinien sollten klare Vorgaben für den Informationsaustausch innerhalb dieser neuen Kooperationsmodelle machen.

Diese Kooperationsmodelle erfordern zwingend ein gewisses Maß an Informationsaustausch und Datenweitergabe zwischen den beteiligten Unternehmen. Allerdings fehlt es den Unternehmen derzeit an klaren Vorgaben, wo die Grenzen des zulässigen Informationsaustausches in solchen Kooperationen liegen.

Insbesondere in Bezug auf Ökosysteme sollte klargestellt werden, dass der Austausch und die Zusammenarbeit innerhalb des Ökosystems (Intra-Ökosystem) nur dann dem Wettbewerb schaden kann, wenn es keine ausreichende Konkurrenz aus anderen Ökosystemen (Inter-Ökosystem) gibt.

Informationsaustausch sollte kein "per se"-Verstoß sein

Die Hinweise im Entwurf der Horizontal-LL zur bezweckten Wettbewerbsbeschränkung sind weiterhin nicht hilfreich und unterstreichen den sehr strengen Ansatz, den die Kommission beim Informationsaustausch verfolgt.

Die Kommission qualifiziert den Austausch von wirtschaftlich sensiblen Informationen zwischen Wettbewerbern außerhalb des Geltungsbereichs einer rechtmäßigen Kooperationsvereinbarung in vielen Fällen als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung (Rz. 448 ff.). Diese Praxis hat in den Unternehmen zu erheblicher Unsicherheit geführt. Viele Unternehmen haben einen äußerst restriktiven Ansatz für den Informationsaustausch gewählt, weil sie befürchten, in die Kategorie „bezweckte Wettbewerbsbeschränkung“ zu fallen. Dies wird auch weiterhin der Fall sein, wodurch wettbewerbsfördernde Kooperationen erheblich erschwert werden. Es bleibt auch unklar, wann der Austausch von „derzeitigen“ Informationen

eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen kann. Die Formulierung „der Austausch mit Wettbewerbern über die derzeitigen und künftigen Produktionskapazitäten eines Unternehmens“ als Beispiel für eine besonders sensible Geschäftsinformation in Rz. 424 scheint im Widerspruch zu dem Beispiel 1 in Abschnitt 6.4 zu stehen. Es sollte klargestellt werden, wann der Austausch von aktuellen Informationen kartellrechtlich problematisch ist. Dass auch Klarstellungsbedarf bzgl. einseitiger Ankündigungen (z.B. Stichwort Preiserhöhungsschreiben) notwendig ist, wurde bereits erwähnt.

Der Informationsaustausch außerhalb des Geltungsbereichs einer Kartellvereinbarung sollte nicht per se als „bezweckte“ Beschränkung angesehen werden, sondern es sollten stets die tatsächlichen Auswirkungen des Austauschs auf den Wettbewerb im Einzelfall geprüft werden („bewirkte Wettbewerbsbeschränkung“). Jede abstrakte Beurteilung des Informationsaustausches kann dazu führen, dass ein Informationsaustausch, der wettbewerbsneutral oder sogar wettbewerbsfördernd ist, verboten ist. Aus diesem Grund sollten die Horizontal-LL ausdrücklich vorsehen, dass die Kommission die tatsächlichen Auswirkungen des Informationsaustauschs auf den Wettbewerb bewerten sollte.

Die Hinweise zu "bezweckten Beschränkungen" (einschließlich der einleitenden Abschnitte 1.2.4 und 1.2.5) sind ohne weiteren Kontext für den Rechtsanwender nicht hilfreich. So muss der Hintergrund eines Informationsaustauschs unbedingt berücksichtigt werden: Wenn beispielsweise ein Austausch über "Umwelteigenschaften" nur in Bezug auf aktuelle oder historische Produkte zulässig sein sollte, sind gemeinsame Standpunkte der Industrie nicht mehr möglich. Regulierungsinitiativen konzentrieren sich in der Regel auf kommende Produktgenerationen. Keinesfalls sollte jede Diskussion, die die Regulierung zukünftiger Produkte betrifft, als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung angesehen werden. Das Beispiel in Ziffer 449 muss eindeutig überdacht werden. Auch wenn Unternehmen "ermutigt oder verpflichtet werden, Informationen auszutauschen" (Rz. 411), muss dieser Hintergrund unbedingt berücksichtigt werden und sollte keinesfalls als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung angesehen werden. Insgesamt erscheint es wenig realistisch, dass ein Austausch zu disruptiven Gesetzesvorhaben, bspw. im Bereich Nachhaltigkeit oder Daten, auf der Grundlage von historischen Informationen allein effektiv sein kann. In der derzeitigen Form birgt das Beispiel in Rz. 449 eher die Gefahr einer übervorsichtigen Interpretation - zum Nachteil der Gesetzgebung. Wir würden anregen, das Beispiel um konkrete Handlungsanleitungen zu ergänzen.

Informationsaustausch in Dual Distribution-Szenarien sollte explizit von den Horizontal-LL ausgeschlossen sein

Der BDI begrüßt, dass Informationsaustausch in dualen Vertriebssituationen in den Vertikalleitlinien behandelt werden soll. Allerdings bringt die Kommission in ihrem Entwurf der Vertikalleitlinien Beispiele von ausgetauschten Informationen, die nicht allgemein für erforderlich gehalten werden, um die Produktion von Gütern und Dienstleistungen zu verbessern, und die unter Heranziehung der Horizontal-LL geprüft werden sollen.

Diesem Ansatz stimmen wir nicht zu, da es unbestreitbare Unterschiede zwischen dem Informationsaustausch in dualen Vertriebssituationen und dem Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern gibt.

Mit der Ausnahme von Bindungen der Weiterverkaufspreise oder Informationsaustausch zu diesem Zweck erlaubt der Informationsaustausch zwischen dem Hersteller und seinen Distributoren dem Hersteller, sein Produkt, seine Preise, sein Vertriebsnetzwerk etc. zu verbessern. Alle diese Verbesserungen stärken den inter-brand Wettbewerb, generieren Effizienzen, sind prokompetitiv und kommen damit letztendlich dem Endkunden zu Gute.

Es sollte geprüft werden, ob es im Sinne der Rechtssicherheit und Praktikabilität nicht angemessener wäre, den Informationsaustausch im dualen Vertrieb insgesamt nach den Maßstäben der Vertikalregelungen zu evaluieren.

9. Normenvereinbarungen (Rz. 462 ff)

Generell ist positiv, dass dieses Kapitel nun auf die Entwicklung von Normen und nicht mehr auf die Normensetzung abstellt, da nach unserer Auffassung davon auch de facto Standards erfasst sind. Weiterhin ist positiv, dass das Kapitel über Normenvereinbarungen nun klar von dem Kapitel über Standardbedingungen getrennt ist. Allerdings wurde das Kapitel über Normenvereinbarungen inhaltlich nur geringfügig geändert.

Rz. 478: Es ist praktisch kaum möglich, immer die Teilnahme von „allen Wettbewerbern“ bei der Entwicklung von Normen sicherzustellen. Es ist häufig schon nicht immer klar, wer eigentlich (potenzieller) Wettbewerber und damit einzuladen ist. Z. B. werden Standards oft in Verbänden besprochen, in denen nicht immer alle (potenziellen) Wettbewerber Mitglieder sind, dies vielleicht auch gar nicht sein wollen und die vielleicht auch aus ganz praktischen Gründen gar nicht teilnehmen können. In manchen Fällen ist das sogar eine Frage der Marktabgrenzung (müssen z. B. alle chinesischen Anbieter, die potenziell im EWR anbieten können, zu Normungsgesprächen bei

einem bestimmten Verband (ggf. auch nur deutschsprachig) aktiv eingeladen werden?). Was bedeutet das für die kartellrechtliche Bewertung?

Der BDI schlägt vor, klarzustellen, dass dem Erfordernis bereits Rechnung getragen ist, wenn die Normungsgespräche öffentlich gemacht werden (z.B. Veröffentlichung auf der Homepage des Unternehmens) und grundsätzlich alle Interessenten die Möglichkeit erhalten, Input zu geben. In diese Richtung scheint auch Rz. 479 zu deuten. Ist es richtig, dass sich die Wettbewerber zwar informieren können müssen, die Standardentwickler aber nicht aktiv auf alle Wettbewerber zugehen müssen?

Rz. 482: Es empfiehlt sich, den Inhalt von Fn. 279 in den Haupttext aufzunehmen.

Rz. 496: Der BDI begrüßt in jedem Fall, dass die EU-Kommission anerkennt, dass die Beschränkung des Teilnehmerkreises in bestimmten Situationen keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen haben kann (Rz. 496 (iii), 507). Insbesondere Rz. 496 enthält eine gute Ergänzung für die Fälle, in denen der Teilnehmerkreis beschränkt werden kann, u. a. auch zeitlich begrenzt, in Fällen, in denen Vorarbeiten zur Standardisierung im Rahmen eines öffentlich geförderten Projekts erfolgen. Es sollte am Ende der Rz. allerdings klargestellt werden, dass es ausreichend ist, wenn alle Wettbewerber genügend Möglichkeiten haben, sich effektiv in den Normungsprozess einzubringen. Das muss nicht zwangsläufig bei jedem größeren Meilenstein der Fall sein.

Rz. 510: Es ist positiv, dass auch an Zertifizierungsstellen kartellrechtliche Anforderungen gestellt werden.

Rz. 513: Es wird angeregt, die Überschrift eindeutiger auf den Fall zu beziehen und etwa durch „Diskriminierende Normensetzung“ zu ersetzen.

Rz. 514: Das Beispiel DVD scheint veraltet und sollte gestrichen werden.

10. Standardbedingungen (Rz. 516 ff)

Rz. 518, 526, 527: Bedauerlich ist, dass das Kapitel lediglich den Verkaufsmarkt (Verkauf von Konsumgütern oder Dienstleistungen) adressiert. Eine Klarstellung wäre hilfreich, dass Standardbedingungen auch für den Einkauf möglich sein müssen.

11. Nachhaltigkeitsvereinbarungen (Rz. 541 ff)

Großer Bedarf an Kooperationen zur Entwicklung nachhaltiger Lösungen

Der BDI befürwortet die Hinzufügung eines eigenen Kapitels über Nachhaltigkeitsvereinbarungen und den weit gefassten Begriff der Nachhaltigkeitsziele (Rz. 543). Der BDI begrüßt, dass Nachhaltigkeitserwägungen nun auf allen Ebenen der wettbewerblichen Beurteilung berücksichtigt werden können.

Zur Unterstützung des Green Deal ist es unerlässlich, innovative und nachhaltige Kooperationen und Vereinbarungen von Unternehmen in horizontaler und vertikaler Hinsicht zu ermöglichen. Es besteht ein großer Bedarf an der Entwicklung nachhaltiger Lösungen zur Verringerung schädlicher Umweltauswirkungen und beim Klimaschutz zur Senkung der CO₂-Emissionen.

Eine Zusammenarbeit der Unternehmen kann dabei erforderlich sein, um bessere und schnellere Lösungen zu erhalten. Es geht auch um die Abfederung von Risiken: Bestimmte Investitionen in Zukunftstechnologien können aufgrund ihrer Größe, erforderlichen Investitionshöhe und unklaren Realisierungschancen eher machbar sein, wenn das Risiko auf mehrere Unternehmen aufgeteilt wird. Kooperationen können helfen, den First-Mover-Nachteil zu überwinden. Zudem ist in vielen Branchen die Wertschöpfungskette stark vernetzt, und die Zusammenarbeit entlang der Wertschöpfungskette kann dazu beitragen, eine kritische Masse aufzubauen: Nur wenn mehrere Unternehmen auf derselben Ebene zusammenarbeiten und investieren, könnten andere Teilnehmer auf anderen Ebenen der Wertschöpfungskette bereit sein zu investieren.

Die EU-Kommission erkennt an, dass individuelle Produktions- und Verbrauchsentscheidungen negative externe Effekte (z. B. Umweltverschmutzung oder Verlust an biologischer Vielfalt) mit sich bringen können, die von den Verbrauchern oder Produzenten, die sie verursachen, nicht ausreichend berücksichtigt werden und sich nicht im gezahlten Preis widerspiegeln (Rz. 545). Sie erkennt ebenfalls an, dass eine Zusammenarbeit zwischen Unternehmen notwendig werden kann, wenn staatliche Maßnahmen und Vorschriften Marktversagen und Marktmängel nicht vollständig beheben (Rz. 546, 584). Wird das Marktversagen durch geeignete Vorschriften behoben, z. B. durch verbindliche EU-Verschmutzungsnormen, Preisbildungsmechanismen wie das EU-Emissionshandelssystem (ETS) und Steuern, sind zusätzliche Maßnahmen der Unternehmen, z. B. durch Kooperationsvereinbarungen, möglicherweise nicht erforderlich. Kooperationsvereinbarungen können

jedoch notwendig werden, wenn der Markt weiterhin versagt und durch staatliche Maßnahmen und Vorschriften nicht vollständig ausgeglichen wird.

Es fragt sich allerdings, ob diese Aussage nicht zu verkürzt auf das Marktversagen abstellt. Kooperationen sind auch jenseits von Marktversagen notwendig und sinnvoll, da die aufgrund des Green Deals erforderliche Transformation zu mehr Klimaschutz, die gewaltige Ausmaße hat (für Unternehmen werden jährliche Mehrinvestitionen in Höhe von 250 – 300 Milliarden Euro fällig), ohne Kooperationen wirtschaftlich nicht zu stemmen sein wird, jedenfalls nicht unbedingt nachhaltig.

Kooperationen sollten generell in einer freien Wirtschaft im Ermessen der Kooperationsparteien stehen. Was unternehmerisch sinnvoll (oder auch nicht sinnvoll) sein kann, sollten Unternehmen entscheiden. Als Akt der Eingriffsverwaltung muss das Kartellrecht begründen, weshalb diese Freiheit ordnungspolitisch begrenzt werden soll und diese Fälle dann regeln. Die Frage, ob eine Kooperation Marktversagen beseitigt, kann dann ggf. im Rahmen der Abwägung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV noch eine Rolle spielen. Letztlich sollte allerdings allein maßgeblich sein, ob die mit der Nachhaltigkeitsvereinbarung ggf. verbundene Wettbewerbsbeschränkung zur Erzielung der geltend gemachten Effizienzvorteile notwendig ("unerlässlich") ist.

Notwendige praktikablere Ausgestaltung im Einzelnen

Die Leitlinien könnten noch praktikabler gestaltet werden:

Rz. 547: Was bedeutet „**genuinely** pursues one or more sustainability objectives“ in der englischen Fassung? Dies ist unklar.

Rz. 548: Unklar ist, ob mit der Begrifflichkeit "schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen" eine Einschränkung der herkömmlichen Kriterien verbunden ist, die eine Einordnung unter Art. 101 Abs. 1 AEUV ermöglichen.

Rz. 552: Stellen Vereinbarungen, die „unternehmensinternes Verhalten“ betreffen, schon keine Wettbewerbsbeschränkung dar, obwohl sie Auswirkungen auf die Fixkosten haben dürften? Entspricht das der Absicht der EU-Kommission?

Rz. 553: Die Einstufung einer Vereinbarung über die Einrichtung einer gemeinsamen Lieferantendatenbank als kartellrechtlich neutral könnte weiter präzisiert werden. In der bisherigen Praxis wird eine Vielzahl von Unternehmen von einem Austausch von Informationen zu wesentlichen Geschäftspartnern auf Kunden- oder Lieferantenseite aus Vorsichtsgründen Abstand

nehmen. Hier sollte erläutert werden, welche Informationen aus Sicht der Kommission in einer solchen Datenbank enthalten sein dürfen, damit sie nicht von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst wird. Weiterhin wäre es hilfreich, wenn die Kommission darstellen würde, dass bzw. unter welchen Voraussetzungen ein gemeinsames Auditieren von Lieferanten ebenfalls wettbewerbsneutral ist, sei es durch gemeinsame Beauftragung eines Dritten oder durch Zuweisung einzelner Audits an bestimmte Unternehmen einer Gruppe und Teilen der Ergebnisse.

Rz. 556 ff: Der BDI stimmt zu, dass für die Zwecke von Art. 101 Abs. 1 AEUV grundsätzlich immer dann, wenn solche Vereinbarungen einer der "traditionellen" Arten von Kooperationsvereinbarungen (z. B. Forschungs- und Entwicklungs-, Produktions- oder Einkaufsvereinbarungen) entsprechen, nach dem entsprechenden Kapitel der Horizontal-LL geurteilt werden sollte (Rz. 556). Die Abgrenzung dürfte nicht immer leicht sein, vor allem wenn Vereinbarungen bewertet werden, die verschiedene Stufen der Zusammenarbeit kombinieren. Die EU-Kommission sollte jedoch klarstellen, dass eine Vereinbarung, "nur bei Anbietern zu kaufen, die bestimmte Nachhaltigkeitsgrundsätze einhalten" (Rz. 557), keine Einkaufsvereinbarung darstellt, wenn keine gemeinsamen Einkaufsaktivitäten stattfinden (für dieses Verständnis spricht auch Rz. 561).

Rz.: 571: Die EU-Kommission ist der Ansicht, dass "eine Vereinbarung zwischen den Parteien des Nachhaltigkeitsstandards, Druck auf Dritte auszuüben, damit diese von der Vermarktung von Produkten absehen, die nicht dem Nachhaltigkeitsstandard entsprechen", eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellt (Rz. 571). Der BDI ist der Ansicht, dass diese Aussage zu weit gefasst ist und unnötige Verwirrung stiftet. Erfolgreiche Nachhaltigkeitsstandards erzeugen nämlich naturgemäß häufig einen Wettbewerbsdruck auf Dritte, weniger nachhaltige Produkte aus dem Verkehr zu ziehen. Wenn der Begriff "Dritte" auch Zulieferer einschließt, könnte dies zudem so verstanden werden, dass die Unterzeichner einer Vereinbarung über Nachhaltigkeitsstandards daran gehindert werden, Nachhaltigkeitsanforderungen entlang ihrer eigenen Lieferkette durchzusetzen.

Vor Rz. 572/Rz. 572: Der BDI begrüßt zwar die Einführung eines "soft safe harbour" für Vereinbarungen über Nachhaltigkeitsstandards, doch sollten einige der kumulativen Bedingungen präzisiert werden. Zunächst fragt sich, was die Kommission unter einem „*soft safe harbour*“ versteht.

Gemäß der zweiten (kumulativ zu erfüllenden) Voraussetzung (im Kasten) "sollte der Nachhaltigkeitsstandard Unternehmen, die sich nicht an dem

Standard beteiligen wollen, weder direkt noch indirekt die Verpflichtung auferlegen, die Norm einzuhalten“. Die Kommission sollte klarstellen, dass (1) dies nicht ausschließt, dass Lieferanten vertraglich verpflichtet werden, bestimmte sich aus der Norm ergebende Nachhaltigkeitsanforderungen zu erfüllen, (2) der Nachhaltigkeitsstandard Unternehmen, die sich an der Vereinbarung beteiligen, eine Verpflichtung zur Einhaltung der Norm auferlegen kann (wenn es ihnen freisteht, noch höhere Standards anzunehmen, vgl. die dritte Bedingung).

Gemäß der sechsten Voraussetzung sollte "der Nachhaltigkeitsstandard nicht zu einem erheblichen Preisanstieg oder einer erheblichen Einschränkung der Auswahl an auf dem Markt erhältlichen Produkten führen“. Von ihrer Konzeption her führen Nachhaltigkeitsstandards häufig zu Preiserhöhungen (z. B. durch Internalisierung negativer externer Effekte und/oder Verbesserung der Effizienz, Langlebigkeit oder Reparierbarkeit des Produkts) und/oder zu einer Verringerung der Auswahl an (nicht nachhaltigen) Produkten. Die Kommission sollte qualitative (und ggf. auch quantitative) Kriterien dafür aufstellen, was derartige Auswirkungen "erheblich" genug macht, um den Ausschluss der jeweiligen Vereinbarungen über Nachhaltigkeitsnormen vom "sicheren Hafen" zu rechtfertigen. Eine Ex-ante-Bewertung des Ausmaßes potenzieller Auswirkungen auf den Preis oder die Produktauswahl könnte sich als äußerst schwierig erweisen, nicht zuletzt, weil sie den Austausch wettbewerblich sensibler Informationen über Kostenstrukturen, Preisgestaltung und Produktstrategien zwischen den Parteien erfordern könnte. Aus praktischer Sicht könnte die Quantifizierung dieser Auswirkungen auf eine Analyse hinauslaufen, die typischerweise nach Art. 101 Abs. 1 AEUV durchgeführt werden und somit der Idee eines sicheren Hafens widersprechen. Nicht klar ist auch, nach welchen Kriterien eine erhebliche Einschränkung der Auswahl der auf dem Markt erhältlichen Produkte dargelegt und nachgewiesen werden soll. Hier bedarf es weiterer Erläuterungen.

Rz. 573, 574, 575: Wenn der Nachhaltigkeitsstandard zu einem „erheblichen Preisanstieg“ führt, kann eine Prüfung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV erfolgen. Wie bereits bei Rz. 572 dargelegt, ist unklar, ab wann eine Preiserhöhung als erheblich gilt. Ist hier eine Parallele zum SNIP-Test angedacht (5 – 10 %)? Wir würden die EU-Kommission hier auch ermutigen, eine enge Fokussierung auf "Kosteneffizienz" und "nackte" Preiseffekte zu vermeiden, z.B. indem sie ein Gleichgewicht zwischen realistischen Nachhaltigkeitszielen und möglichen Preiserhöhungen ermöglicht und im Interesse der Rechtssicherheit klarstellt, welche Kriterien letztlich für die Rechtmäßigkeit nachhaltigkeitsbezogener Gemeinschaftsinitiativen maßgeblich sind. Zudem würden

wir die EU-Kommission bitten den folgenden Satz in Rz. 573 näher zu erläutern, damit Unternehmen in ihrer Selbsteinschätzung Klarheit darüber gewinnen, welche Kriterien letztlich ausschlaggebend dafür sind, ob ein nachhaltigkeitsbezogenes Verhalten mit möglichen Preisauswirkungen legal ist oder nicht: *„Wie in Randnummer 565 dargelegt, können Nachhaltigkeitsstandards häufig zu Preissteigerungen führen. Wird die Norm jedoch von Unternehmen angenommen, die einen bedeutenden Teil des Marktes repräsentieren, können erhebliche Größenvorteile erzielt werden, die es den Unternehmen ermöglichen, das bisherige Preisniveau beizubehalten oder nur eine unbedeutende Preiserhöhung vorzunehmen.“*

In Rz. 574 sollte außerdem klargestellt werden, dass die Beweislast für das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung auch dann bei den Behörden / einem Anspruchsteller liegt (entsprechend allg. Systematik Art. 101 Abs. 1 AEUV), wenn eine der in Rz. 572 beschriebenen Kriterien nicht vorliegt.

Rz. 575: Wir verstehen die Ausführungen so, dass die „nachhaltigen“ Produkte typischerweise demselben Markt wie die auf herkömmliche Weise hergestellten und vertriebenen Produkte angehören.

Rz. 576 ff (Art. 101 Abs. 3 AEUV): Die Kommission sollte sich für die kooperative Umsetzung von Nachhaltigkeitszielen offen zeigen, insbesondere wenn dies der Erreichung politischer Nachhaltigkeitsziele oder gesetzgeberisch definierter Ziele dient (z. B. CO₂-Neutralität und Green Deal). Insofern mag es zukünftig vor allem bei der Prüfung von Art. 101 Abs. 3 AEUV geboten sein, den kartellrechtlichen Prüfungsmaßstab weniger stark ökonomisch auszurichten. Wenn dieser allein an messbaren Effizienzgewinnen ansetzt, könnte das Anreize, Nachhaltigkeitsziele anzustreben, mindern.

Der BDI begrüßt das weite Verständnis von "Nachhaltigkeitsvorteilen" als Effizienzgewinne (Rz. 577 ff.) und die grundsätzliche Anerkennung von kollektiven Vorteilen als Effizienzgewinne nach Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rz. 601 ff.). Mit der Forderung, dass die kollektiven Vorteile den Verbrauchern auf dem relevanten Markt zugutekommen (oder die Zahlungsbereitschaft der Verbraucher zeigen), verfolgt die Kommission jedoch einen engen Ansatz. In der Praxis würde diese Anforderung Vereinbarungen zur Standardisierung der Nachhaltigkeit dort erschweren, wo sie am wirksamsten sind, wie das Beispiel in Rz. 604 zeigt. Man könnte auch sagen, dass bei globalen Phänomenen wie dem Klimawandel die Umweltvorteile allen zugutekommen, unabhängig von geografischen Märkten oder Produktmärkten im Sinne des Wettbewerbsrechts.

Rz. 579: Hier muss u. E. noch eine größere Hilfestellung gegeben werden, wie Effizienzgewinne zu quantifizieren sind. Die Aussage, dass es den Unternehmen obliegt, hinreichende Quantifizierungen vorzutragen (objektiv, konkret, überprüfbar, Schätzung des Umfangs) bietet zu wenige Anhaltspunkte. Ein Nachweis dürfte so kaum gelingen, auch stehen die Prognostizierbarkeit und Messbarkeit – gerade bei kollektiven Vorteilen – in Zweifel. Nachhaltigkeitseffekte lassen sich nicht allgemein, sondern nur an konkreten Beispielen oder Referenzgrößen messen.

Rz. 583: Die Aussage, dass Kooperationsvereinbarungen und ihre damit verbundenen Einschränkungen nicht als unerlässlich angesehen werden, wenn die Unternehmen bereits gesetzlich zur Einhaltung konkreter Nachhaltigkeitsziele verpflichtet sind, ist zu strikt. Selbst bei einer gesetzlichen Regelung besteht häufig Gestaltungsspielraum. Was wäre, wenn die Industrie selbst strengere Nachhaltigkeitsstandards einführen möchte?

Rz. 588: Dass Wettbewerbsbeschränkungen auf einem bestimmten Markt nur durch Vorteile auf demselben Markt ausgeglichen werden können, sollte kein Dogma sein. Nachhaltigkeitsorientierte Motive sollten auch berücksichtigungsfähig sein, wenn sie nur auf anderen Märkten Vorteile entfalten. Die Vorstellung der Marktkongruenz („*Gesamtauswirkungen auf die Verbraucher in dem relevanten Markt zumindest neutral*“) folgt einer tradierten, zu ökonomisch verhafteten Betrachtungsweise. Es sollte möglich sein, z. B. die Einhaltung von Mindestlöhnen oder die Vermeidung von Kinderarbeit (=Vorteile) allein in Ländern außerhalb der EU gegen Wettbewerbsbeschränkungen innerhalb der EU (z. B. Vereinbarungen von europäischen Herstellern über den Bezug von Waren aus außereuropäischen Ländern oder Werbe-/Marketing- oder auch Vertriebsmaßnahmen) abzuwägen.

Es stellt sich darüber hinaus die Frage, warum diese Aspekte nur für Nachhaltigkeitsvereinbarungen gelten sollen.

Rz. 596: Konsumentenumfragen werden zukünftig Standard werden, wenn Nachhaltigkeitsstandards zu Preiserhöhungen führen. Dies ist kostenintensiv und aufwendig. Was wäre z. B. bei B2B oder Nachhaltigkeitsinitiativen im Einkauf? Sollen dort Lieferanten gefragt werden müssen, ob sie bereit sind, geringere Preise für einen höheren Nachhaltigkeitsstandard zu akzeptieren?

Rz. 598 f., 607, Fallbeispiele: Wir haben Sorge, dass die hier beschriebenen Anforderungen an die Nachweispflicht zu Lasten der Unternehmen (z. B. Marktstudien, Marktforschungsunternehmen) ausschließlich zu einer Erhöhung der Komplexität führen und die Transaktionskosten für die Prüfung

kartellrechtlicher Vorschriften bei den Unternehmen weiter in die Höhe treiben. Neben Anwälten und Ökonomen werden Unternehmen zukünftig auch Kosten für „*anerkannte Bildungseinrichtungen*“ oder anerkannte Marktforschungsunternehmen aufwenden müssen. Ob damit mehr Rechtssicherheit gewonnen wird, hängt offenbar davon ab, ob die EU-Kommission die Seriosität der Quelle anerkennt und ist damit unklar. Mit einer Vereinfachung der Rechtsanwendung ist das nur schwer in Einklang zu bringen. Wir meinen, dass die Passagen eher von einem grundsätzlichen Misstrauen geprägt sind. In der Praxis könnte das angesichts der Risiken bei Kartellrechtsverstößen zu einer restriktiven Beratungspraxis führen. Wenn die Kommission Wert auf mehr Fallpraxis legt (wie z. B. in Rz. 608 am Ende beschrieben), sollte den Unternehmen mehr Freiheit avisiert werden, um Erdrosselungseffekte zu vermeiden.

Gerade das Beispiel in Rz. 620 zeigt ein Dilemma für Unternehmen, die gemeinsam Nachhaltigkeitsinitiativen verfolgen möchten. Oftmals wird es eine kleine Gruppe von Verbrauchern geben, die bereit und fähig sind, für besonders nachhaltige Produkte einen Aufpreis zu zahlen. Für diese Kunden wird in der Regel auch ein Angebot entstehen, mit besonders hohen Nachhaltigkeitskriterien. Demgegenüber lässt sich oft feststellen, dass ein großer Teil der Nachfrager in der Praxis (oftmals entgegen der Aussage in Umfragen) nur zu geringen Preisaufschlägen bereit ist, um Nachhaltigkeitsziele zu erreichen. Gerade in diesem Bereich kann das gemeinsame Etablieren eines (verbindlichen) Standards (leicht) über die individuelle Zahlungsbereitschaft vieler Kunden hinaus durch eine besonders hohe Marktabdeckung einen erheblichen Nachhaltigkeitsgewinn bringen. Wenn aber die Kommission die Erforderlichkeit gemeinsamer Standardsetzung in Zweifel zieht, weil einzelne Unternehmen bereits darüber hinaus gehende Standards anbieten, verhindert sie eine Politik der kleinen Schritte und fordert den „großen Wurf“, der aber für Unternehmen in der Regel zu risikoreich sein wird. Außerdem regen wir an, Nachhaltigkeitsziele auch auf der Rechtsfolgenreise zu berücksichtigen, also z. B. Bußgeldfreiheit oder jedenfalls Reduktion von Geldbußen, sofern eine Kooperation erklärtermaßen und nachweislich Nachhaltigkeitsziele verfolgt.

Es sollte auch bedacht werden, ob erforderliche detaillierte Kundenbefragungen und zusätzliche sozioökonomische Analysen vor Beginn einer Kooperation wichtige Innovationen nicht erheblich verzögern könnten; diese Analysen sind für Unternehmen ohne Unterstützung durch externe Anwaltskanzleien und Ökonomen nicht durchführbar. Auch mit Beratung dürfte das Kundenverhalten unter Nachhaltigkeitsgesichtspunkten oft nicht vorhersehbar

sein. Ein Teil der Nachhaltigkeitsinitiativen zielt daher auch zunächst auf die Aufklärung der Verbraucher ab (siehe z. B. Rz. 568). Selbst die Kommission räumt in Rz. 608 ein, dass sie noch nicht in der Lage ist, weitere Hinweise zu kollektiven Vorteilen zu geben, da es noch kaum Erfahrungen mit der Messung und Quantifizierung solcher Vorteile gibt.

Der BDI regt daher an, zu überlegen, ob der Entwurf der Horizontal-LL stattdessen ein *De-minimis/Safe-Harbour*-Konzept für Nachhaltigkeitskooperationen vorsehen sollte, um bestimmte Arten der Zusammenarbeit zu ermöglichen, insbesondere solche, die auf die Verringerung der Umweltauswirkungen von Produkten abzielen. Dabei sollte der Leitgedanke nicht der sein, ob die Vertragspartner in der Lage wären, ein Ergebnis überhaupt oder kosteneffizienter zu erreichen (vgl. z.B. Rz. 582 ff.), sondern ob sie in der Lage wären, dies im Wesentlichen auf eine zeiteffizientere Weise zu tun, denn Zeit ist von entscheidender Bedeutung, wenn es um Nachhaltigkeitsziele geht. Der *Safe-Harbour*-Schutz sollte dort enden, wo Nachhaltigkeitsinitiativen für eine wettbewerbswidrige Ausrichtung missbraucht werden (wie in den Rz. 560 und 570 ff.).

III.2 Forschungs- und Entwicklungs-GVO

Insgesamt stellen der überarbeitete Vorschlag der FuE-GVO und der entsprechende Abschnitt in den Horizontal-LL eine verpasste Chance dar, einige wesentliche Schwächen des Regelwerks zu korrigieren, die in den vorangegangenen Konsultationsrunden häufig angesprochen wurden. Die Kommission hat die Überarbeitung nicht dazu genutzt, um bereits bestehende hohe Hürden für die Unternehmen abzubauen (dazu nachfolgend unter III.2.1.). Stattdessen hat sie eine weitere Hürde für die Freistellung geschaffen (dazu nachfolgend unter III.2.2.).

Klarstellung erforderlich, dass gemeinsame FuE-Vereinbarungen generell wettbewerbsfördernd sind

Die strengen Anforderungen und die Komplexität des Entwurfs der FuE-GVO werden bei den Unternehmen weiterhin für große Unsicherheit darüber sorgen, ob ihre gemeinsame FuE-Vereinbarung mit den EU-Wettbewerbsregeln vereinbar ist oder nicht. Der Entwurf der FuE-GVO und der Entwurf der Horizontal-LL versäumen es auch, den allgemeinen wettbewerbsfördernden Charakter gemeinsamer FuE-Kooperationen stärker zu betonen und klarere Anleitungen zu geben, um sicherzustellen, dass Unternehmen ausreichend Rechtssicherheit haben, eine wettbewerbsfördernde FuE-Kooperation

einzugehen, auch wenn nicht alle Anforderungen in Art. 3 FuE-GVO strikt eingehalten werden. Dies ist umso dringlicher für nicht-horizontale FuE (z. B. gemeinsame Entwicklung mit dem Kunden) und für bezahlte FuE.

Hinsichtlich der Einstufung als "bezweckte Beschränkung" in Rz. 70 der Horizontal-LL wäre eine Klarstellung hilfreich, welche praktischen Auswirkungen eine FuE-Zusammenarbeit auf die unabhängigen FuE-Aktivitäten der Parteien haben kann. Durch die Vereinbarung eines gemeinsamen FuE-Projekts wird ein Unternehmen in vielen Fällen die Arbeit an alternativen Lösungen einstellen oder zurückstellen, deren Markteintritt damit verhindert oder verzögert wird.

Die Klarstellungen in den Rz. 71, 72, 76 sind hilfreich, um die Fälle von FuE-Vereinbarungen zu identifizieren, die normalerweise nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen. Damit würden die meisten FuE-Aktivitäten mit der vor- oder nachgelagerten Wertschöpfungsstufe problemlos möglich sein, ohne dass es in diesen Zusammenhängen auf die Grenzen der FuE-GVO ankäme. Leider spiegelt sich dies nicht mehr in der FuE-GVO wider, da insbesondere Erwägungsgrund 18 gestrichen wurde (siehe auch unten unter III.2.1.2). Insgesamt wäre eine klarere Stellungnahme sowohl in den Horizontal-LL als auch der FuE-GVO wünschenswert, wonach FuE-Aktivitäten (einschließlich Auftragsforschung) entlang der Wertschöpfungsketten unproblematisch und daher nicht wettbewerbsbeschränkend sind.

Hilfreich ist die Klarstellung in Rz. 81 (a. E.), in der festgestellt wird, dass die Abschottungseffekte bei bestimmten Endprodukten, wenn überhaupt, sehr begrenzt sind, wenn die Forschung und Entwicklung nur einen relativ kleinen Teil eines Endprodukts betreffen.

1. Vorschläge zu Themen, die bereits in der GVO enthalten waren

1.1 Begriff der Forschung und Entwicklung

Der Begriff der Forschung und Entwicklung ist in Art. 1 Abs. 1 Nr. 3 FuE-GVO weit definiert. Dem Wortlaut nach umfasst er jegliche Tätigkeit zur Erlangung von neuem Wissen. Forschung und Entwicklung im Sinne der Definition kann revolutionäre Grundlagenforschung ebenso umfassen wie einfache Konstruktions- oder Programmier-Tätigkeiten. Die hohen Anforderungen der FuE-GVO sind insbesondere bei einfachen Entwicklungstätigkeiten überzogen. Aus diesem Grund wäre es sachgerecht, die hohen Anwendungsvoraussetzungen für unproblematische Tätigkeiten zu senken.

1.2 Bevorzugung nicht-horizontaler Kooperationen

Art. 3 und 4 des Entwurfs der FuE-GVO sehen weiterhin dieselben Freistellungs Voraussetzungen für alle FuE-Kooperationen vor, unabhängig davon, ob die an der Kooperation beteiligten Unternehmen Wettbewerber sind oder nicht. Angesichts der erheblichen Unterschiede in den jeweiligen Schadens theorien und der Schwere möglicher Schäden für den Wettbewerb erscheint dies nicht angemessen. Während der Entwurf der Horizontal-LL den in der Regel wettbewerbsfördernden Charakter nicht-horizontaler FuE anerkennt, wurde der entsprechende Erwägungsgrund 18 der FuE-GVO im Entwurf der FuE-GVO gestrichen, was unverständlich ist, da sich in den letzten Jahren keine neue oder zusätzliche Schadenstheorie entwickelt hat, die eine andere Bewertung als in der Vergangenheit rechtfertigen könnte.

In jedem Fall sollte klargestellt werden, dass sich die Hinweise darauf, ob die Parteien einer FuE-Vereinbarung Wettbewerber sind, nur auf den Markt beziehen sollten, auf den sich die FuE-Zusammenarbeit bezieht. Wenn z. B. zwei Automobilhersteller eine gemeinsame Forschung und Entwicklung für eine neue Antriebsart für Schiffe vereinbaren, sollten sie für die Zwecke einer solchen Zusammenarbeit nicht als Wettbewerber behandelt werden, nur weil sie auf dem Automobilmarkt miteinander konkurrieren.

1.3 Reine Auftragsforschung sollte nach der Bekanntmachung über die Beurteilung von Zulieferverträgen behandelt werden

Im Entwurf der FuE-GVO werden bezahlte Forschungsarbeiten weiterhin wie jede andere Form von FuE behandelt. Dies entspricht nicht der wirtschaftlichen Realität. Manchmal erwägen Unternehmen die Auslagerung von FuE an ein anderes Unternehmen. Dies kann verschiedene Gründe haben, wie z. B. fehlendes Fachwissen, mangelnde Kapazitäten, etc. Der dahinterstehende Gedanke ist in der Regel ähnlich wie bei der Vergabe von Zulieferverträgen, bei denen der Unterauftragnehmer die Produkte herstellt und ausschließlich an den Auftraggeber liefert.

Daher sollten bezahlte Forschungsarbeiten im Rahmen der Bekanntmachung über die Beurteilung von Zulieferverträgen⁵ behandelt werden.

⁵ Bekanntmachung der Kommission vom 18. Dezember 1978 über die Beurteilung von Zulieferverträgen nach Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft

Wünschenswert sind darüber hinaus klare Vorgaben in den Horizontal-LL dahingehend, wann und unter welchen Voraussetzungen reine Auftragsforschung nicht als wettbewerbsbeschränkend angesehen wird, so dass es auf die Voraussetzungen der FuE-GVO nicht mehr ankommt. Es sollte klar zum Ausdruck gebracht werden, dass reine Auftragsforschung in der Regel nicht wettbewerbsbeschränkend ist.

1.4 Der Verweis auf Marktanteile auf Technologiemarkten sollte gestrichen werden

Der Entwurf der FuE-GVO sieht weiterhin vor, dass gemeinsame FuE-Vereinbarungen zwischen konkurrierenden Unternehmen unter die Gruppenfreistellung fallen, wenn der gemeinsame Marktanteil dieser Unternehmen auf dem relevanten Produkt- und Technologiemarkt 25 Prozent nicht überschreitet (Art. 6 Abs. 2 FuE-GVO). Eine ähnliche Bestimmung gilt für nicht konkurrierende Unternehmen nach 7 Jahren ab der Verwertung.

Der Begriff des Technologiemarktes ist unpraktisch und bringt keinen zusätzlichen Nutzen für die Bewertung. In der Praxis ist es höchst unwahrscheinlich, dass Unternehmen einen klaren Überblick über alle Technologien haben, "die durch die Vertragstechnologien verbessert, ersetzt oder ausgetauscht werden können". Noch unwahrscheinlicher ist es, dass die Unternehmen ihren Marktanteil auf einem solchen Markt berechnen können.

Da FuE-Vereinbarungen im Allgemeinen wettbewerbsfördernd sind, sollte die Bezugnahme auf Technologiemarkte gestrichen und die Marktanteilschwelle auf relevante Produktmärkte beschränkt werden.

1.5 Anforderungen an Zugangsrechte zu den Ergebnissen sollten überarbeitet werden

Die Freistellung für eine FuE-Vereinbarung in Form der Auftrags-FuE (Art. 1 Abs. 1 b) FuE-GVO) soll weiterhin davon abhängen, dass auch der Auftragnehmer für die Zwecke weiterer Forschung und Entwicklung und für die Zwecke der Verwertung Zugang zu den Endergebnissen hat, Art. 3 Abs. 1 FuE-GVO.

Diese Anforderung ist unnötig und hat eine abschreckende Wirkung auf die Innovation. Sie wirkt sich als Hindernis für das Outsourcing von Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten aus. Unternehmen betreiben Forschung und Entwicklung schließlich, um einen Vorsprung vor ihren Wettbewerbern zu

erlangen. Das gleiche Ziel leitet sie auch bei der Vergabe von Forschungs- und Entwicklungstätigkeit an andere Unternehmen. Das Risiko, die Ergebnisse mit anderen teilen zu müssen, entwertet die Möglichkeiten der Auftrags-FuE erheblich.

In einer vertikalen Konstellation, in der sich eine Partei auf ihr vorgelagertes Vorprodukt und die andere Partei auf das nachgelagerte Produkt konzentriert, das das Vorprodukt verwendet/einbezieht, ist die Verpflichtung zur Zugangsgewährung für die direkt beteiligten Parteien zudem in der Regel ohne konkreten Nutzen, birgt aber die Gefahr, dass Wissen über den Kooperationspartner an Wettbewerber weitergegeben wird. Die Vorschrift hält daher Unternehmen davon ab, wettbewerbsfördernde vertikale FuE-Kooperationen einzugehen.

Gerade bei der Auftragsforschung erscheint die Verpflichtung, Zugang zu bestehendem und entstehendem IP/Know-how zu gewähren, außerhalb von Szenarien, in denen der Wettbewerb zwischen Wettbewerbern auf den Produktmärkten unmittelbar beschränkt wird, fragwürdig. Wenn ein Unternehmen FuE vollständig über eine unabhängige Partei erbringen lässt und diese Leistung voll finanziert, sollte es in der Lage sein, den vollen Nutzen aus der von ihm bezahlten Arbeit zu ziehen, und zwar ohne jede Einschränkung oder Bedingung, die seinen Wert beeinträchtigen könnte.

Die wettbewerbsfördernde Wirkung einer gemeinsamen FuE hängt indes nicht von künftigen FuE-Anstrengungen ab, die auf den Ergebnissen beruhen. Der künftige Innovationswettbewerb ist durch das Verbot des Art. 8 Abs. 1 FuE-GVO hinreichend geschützt, der eine Kernbeschränkung enthält, die die FuE-Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen auf demselben oder einem verwandten Gebiet nach Abschluss der gemeinsamen FuE begrenzt. Es sollten daher die strengen, unnötigen und unpraktischen Anforderungen in Art. 3 Abs. 1 FuE-GVO gestrichen werden.

In jedem Fall bedürfen folgende Punkte einer näheren Klärung, da sie bislang nicht näher durch die Entscheidungspraxis oder Rechtsprechung konturiert worden sind:

- Müssen die Parteien nur den Zugang zu den Endergebnissen des FuE-Projekts oder zu allen Ergebnissen gewähren? Wenn Zugang zu allen Ergebnissen gewährt werden muss, schließt dies auch "Nebenergebnisse" eines FuE-Partners ein, die nicht zur Erzielung der Endergebnisse verwendet wurden?

- Müssen die Parteien Zugang gewähren, sobald ein Ergebnis erzielt wurde, oder reicht es aus, den Zugang am Ende des FuE-Projekts zu gewähren?
- Wie muss der Zugang gewährt werden: Reicht es aus, dass die FuE-Vereinbarung ein Optionsrecht auf eine Lizenz innerhalb eines bestimmten Zeitraums einräumt? Wenn ja, was ist ein ausreichender Zeitrahmen? Kann die Option zeitlich begrenzt werden?
- Oder im Gegenteil: Ist es erforderlich, dass der Zugang mittels Lizenzen bereits in der FuE-Vereinbarung gewährt wird?
- Bedeutet der Zugang zu den Endergebnissen, dass die Lizenz zur Gewährung des Zugangs das Recht zur Vergabe von Unterlizenzen beinhalten muss?
- Insbesondere bei Kooperationsprojekten mit öffentlich geförderten Forschungseinrichtungen und Universitäten besteht noch Unsicherheit über die Vereinbarkeit mit dem Beihilferecht. Würden die Antworten auf die obigen Fragen anders ausfallen, wenn das Kooperationsprojekt öffentlich finanziert ist (außer bei Art. 3 Abs. 3 Entwurf der FuE-GVO)?
- Viele Schlüsseldefinitionen, z. B. hinsichtlich Verwertungsbeschränkungen, bleiben unklar. Diese Definitionen sollten von der FuE-GVO oder den Horizontal-LL aufgegriffen und weiter geklärt werden.

Zwar ist für Forschungsinstitute, akademische Einrichtungen und bestimmte Unternehmen eine Ausnahmeregelung in Bezug auf entstehende Schutzrechte vorgesehen (Art. 3 Abs. 3 des Entwurfs der FuE-GVO), doch ist diese weiterhin begrenzt. In jedem Fall sollte die Klarstellung im Erwägungsgrund 13 des Entwurfs der FuE-GVO und Absatz 112 des Entwurfs der Horizontal-LL direkt in die FuE-GVO aufgenommen werden: In Art. 3 Abs. 3 FuE-GVO ist unklar, ob der Einschub "ohne normalerweise in der Verwertung der Ergebnisse tätig zu sein" für alle drei "Forschungsinstitute, akademische Einrichtungen und Unternehmen, die FuE als kommerzielle Dienstleistung erbringen" gilt. In Erwägungsgrund 13 des Entwurfs der FuE-GVO und in Randnummer 112 des Entwurfs der Horizontal-LL wird formuliert, dass diese Einschränkung nur für die Unternehmen gilt, die FuE in Form gewerblicher Dienste erbringen. Dies müsste auch in Art. 3 Abs. 3 FuE-GVO klarer gefasst werden.

1.6 Die Verpflichtung zur Lizenzierung von vorhandenem Know-how sollte gestrichen werden

Art. 4 Abs. 1 des Entwurfs der FuE-GVO sieht vor, dass Unternehmen in ihrer FuE-Vereinbarung festlegen müssen, dass jede Partei Zugang zu bereits bestehendem Know-how (d. h. Background Know-how) der anderen Partei erhalten muss, wenn dies für die Verwertung der Ergebnisse unerlässlich ist.

Der Zugang zu „Background Know-how“ ist äußerst sensibel. Das Erfordernis des Art. 4. Abs. 1 hat eine erhebliche negative Auswirkung auf die Bereitschaft der Unternehmen, sich an gemeinsamer FuE zu beteiligen, was letztlich dem Ziel der FuE-GVO zuwiderlaufen würde. Diese Bestimmung ist impraktikabel, denn sie kann auch Know-how betreffen, das von den FuE-Partnern gar nicht in das FuE-Projekt eingebracht worden ist, sondern lediglich bei ihnen vorhanden ist. Außerdem kann diese Bestimmung im Fall der Auftragsforschung zur Folge haben, dass der Auftraggeber gezwungen ist, dem Auftragnehmer sein Know-how zur Verfügung zu stellen. Dies widerspricht dem Ziel der Vergabe von FuE-Tätigkeit an andere Unternehmen genauso wie das Zugangsrecht zu den Ergebnissen (dazu oben unter III.2.1.5).

In Zeiten, in denen Innovation von entscheidender Bedeutung ist, sollte der Entwurf der FuE-GVO diese Anforderung streichen und es den Parteien der gemeinsamen FuE-Vereinbarung überlassen, die Zugangsrechte zu geistigem Eigentum im Hintergrund und die Verwertungsrechte festzulegen.

Es sollte ferner klargestellt werden, dass die Zugangsvoraussetzungen in Art. 4 des Entwurfs der FuE-GVO nicht in den Fällen von Art. 3 Abs. 3 oder Art. 3 Abs. 4 des Entwurfs der FuE-GVO gelten. Ist die Nutzung von Ergebnissen auf Zwecke der weiteren Forschung beschränkt oder im Rahmen einer Spezialisierung begrenzt, darf keine Verpflichtung bestehen, Zugang zu bereits bestehendem Know-how zum Zwecke der Verwertung von Ergebnissen zu gewähren. Dies gilt insbesondere für den Fall der Auftragsforschung.

1.7 Folgen des Fehlens der positiven Freistellungs Voraussetzungen

Es ist weiterhin unklar, ob ein Fehlen der positiven Freistellungs Voraussetzungen nur ein Hindernis für die Freistellung oder darüber hinaus selbst eine Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Es wäre hilfreich, wenn die Kommission in den Horizontal-LL klarstellen würde, dass ein Fehlen der Freistellungs Voraussetzungen keine Wettbewerbsbeschränkung bedeutet.

1.8 Spezialisierung keine Kernbeschränkung

In Ziffer 103 des Entwurfs der Horizontal-LL heißt es in Satz 1, dass eine Spezialisierung im Rahmen der Verwertung keine Kernbeschränkung darstellt. Leider könnte diese Aussage Art. 8 der FuE-GVO widersprechen. In Art. 8 FuE-GVO wird die Spezialisierung bei den einzelnen Kernbeschränkungen nur teilweise als Ausnahme genannt, beispielsweise in Art. 8 Nr. 2 (c) oder Nr. 5 FuE-GVO. An anderer Stelle fehlt im Wortlaut der FuE-GVO eine Ausnahme für die Spezialisierung, insbesondere in Art. 8 Nr. 4 FuE-GVO. Dass die Spezialisierung manchmal als Ausnahme genannt ist und manchmal nicht, lässt sich dahingehend deuten, dass die Spezialisierung auch nur dort, wo sie genannt ist, eine Ausnahme darstellen soll. Es wäre wünschenswert, die Spezialisierung als Ausnahme von den Kernbeschränkungen in den Wortlaut zumindest von Art. 8 Nr. 4 FuE-GVO aufzunehmen.

1.9 Eine Beschränkung von passiven Verkäufen in jeder Art von Spezialisierung sollte möglich sein

Genau wie in Art. 3 Abs. 5 der geltenden FuE-GVO sieht auch der Entwurf der neuen GVO vor, dass Unternehmen im Wege der Spezialisierung grundsätzlich vereinbaren können, dass bei der gemeinsamen Verwertung nur ein Unternehmen die Produkte vertreibt, während das andere Unternehmen die Produkte überhaupt nicht vertreibt (d. h. die Produkte weder aktiv noch passiv verkauft), Art. 5 Abs. 2 b Entwurf der FuE-GVO.

Die Unternehmen können auch vereinbaren, sich im Wege der Spezialisierung gegenseitig bestimmte Gebiete oder Kunden exklusiv zuzuweisen. In diesem Szenario, das weniger weitreichend ist als das vorherige Szenario, in dem nur ein Unternehmen die Produkte vertreibt, können die Unternehmen lediglich den aktiven Verkauf auf das jeweilige Gebiet oder die jeweiligen Kunden beschränken, die ausschließlich dem anderen Unternehmen zugewiesen sind, Art. 8 Abs. 4, 5 FuE-GVO i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Nr. 14 FuE-GVO. Es besteht ein offensichtlicher Widerspruch zwischen diesen beiden Szenarien.

Die Unternehmen könnten ein berechtigtes Interesse daran haben, nicht nur den aktiven, sondern auch den passiven Verkauf der Produkte durch die andere Partei der FuE-Vereinbarung zu beschränken. So könnten Unternehmen beispielsweise verhindern wollen, dass eine Partei der gemeinsamen FuE-Zusammenarbeit die Produkte an ihre Wettbewerber verkauft. Nach den derzeitigen Regeln wäre dies eine Kernbeschränkung.

In Anbetracht des wettbewerbsfördernden Charakters von FuE-Kooperationen sollte eine Beschränkung des passiven Verkaufs keine Kernbeschränkung darstellen und die Parteien einer FuE-Kooperation sollten die Möglichkeit haben, einander im Rahmen jeder Form der Spezialisierung im Zusammenhang mit der Verwertung Beschränkungen aufzuerlegen.

2. Neue Themen in der FuE-GVO

2.1. Berücksichtigung des Innovationswettbewerbs bei der Freistellung

Die neue FuE-GVO macht die Freistellung von der innovationswettbewerblichen Situation abhängig. Dieser neue Ansatz ist impraktikabel, da er mit unbestimmten Regelungen arbeitet (nachfolgend unter III.2.1.1.) und für ein betroffenes Unternehmen Informationen erfordert, über die es vielfach nicht verfügt (nachfolgend unter III.2.1.2.).

2.1.1. Unbestimmte Formulierungen sollten weiter konkretisiert werden

Die Definitionen „Neues Produkt oder neue Technologie“ bleiben unklar und bedürfen näherer Konkretisierung

Bei den Definitionen in Art. 1 Abs. 1 Nr. 7 "Neues Produkt oder neue Technologie" bleibt unklar, wann ein Produkt einen eigenen neuen Markt schafft und nicht nur ein bestehendes Produkt, eine Technologie oder ein Verfahren verbessert, substituiert oder ersetzt. Rz 85 stellt keine hilfreiche Erläuterung dar. Die EU-Kommission sollte mehrere greifbare und reale Beispiele anführen, um die Bewertung eines solchen neuen Konzepts zu erleichtern. Zum Beispiel könnte sie Fragestellungen nachgehen, ob die Einführung der Videokassette, von DVD, Blu-Ray oder Video-Streaming einen eigenen neuen Markt geschaffen hat. Sie alle befassen sich mit demselben Phänomen, d. h. Verbrauchern die Möglichkeit zu geben, Inhalte zu einem von ihnen gewünschten Zeitpunkt anzusehen, verwenden jedoch unterschiedliche Technologien, deren Qualität und Benutzerfreundlichkeit zunimmt. Wäre ein elektrifizierter Steamcracker ein solches neues Produkt oder eine solche neue Technologie? Er befasst sich mit demselben Problem wie ein herkömmlicher Steamcracker, der auf fossilen Brennstoffen basiert, d. h. mit der Aufspaltung des Ausgangsmaterials in Basisolefine, ist aber technisch völlig anders und kann mit erneuerbarer Energie betrieben werden. Sind die Olefine, die in

einem elektrifizierten Steamcracker hergestellt werden, identisch mit denen, die in einem herkömmlichen Steamcracker produziert werden, aber mit einem "grünen" Etikett/einem viel geringeren CO₂-Fußabdruck des Produkts, für das die Verbraucher möglicherweise deutlich mehr bezahlen? Schafft ein recyceltes Produkt einen neuen Markt oder ersetzt es nur ein bestehendes nicht-recyceltes Produkt? Hat das iPhone einen neuen Markt geschaffen, indem es die Funktionen von Mobiltelefonen, Taschenkameras und PDAs kombiniert und erweitert hat, oder hat es diese lediglich ersetzt und ausgetauscht? Im Laufe der Zeit sind PDAs verschwunden und Mobiltelefone und Taschenkameras sind zu einem Nischenprodukt geworden – welcher Zeitraum ist für die Bewertung relevant? Schließlich ist es für ein Unternehmen zum Zeitpunkt der Entwicklung einer Innovation unmöglich zu bestimmen, welche Auswirkungen sein "neues Produkt" auf dem Markt haben wird – d. h. ob es "nur ein bestehendes Produkt ersetzen oder ablösen" oder einen eigenen Markt schaffen wird.

Die Regelungen über den Innovationswettbewerb sind zu unbestimmt und können abschreckende Wirkung haben

Der Entwurf der FuE-GVO führt einen neuen Begriff von "Unternehmen, die im Innovationswettbewerb stehen" gemäß der Definition in Art. 1 Abs. 1 Nr. 18 ein (vgl. auch Rz. 59f Horizontal-LL). Dieser Begriff ist extrem weit gefasst und wird in der Praxis nicht funktionieren. Er bietet keine Rechtssicherheit, sondern macht die Selbsteinschätzung durch die Unternehmen noch komplexer. Dies könnte eine erhebliche abschreckende Wirkung auf die Innovation haben.

Ein Wettbewerber in Bezug auf Innovation ist ein Unternehmen u. a. dann, wenn es einen FuE-Pol betreibt, dessen Ziel im Wesentlichen mit demjenigen identisch ist, für das die FuE-Vereinbarung geschlossen wird, Art 1 Abs. 1 Nr. 18 b FuE-GVO. Ein FuE-Pol ist definiert als FuE-Anstrengungen, die auf ein Ziel angelegt sind, das breiter ist als bestimmte Produkte oder Technologien, Art. 1 Abs. 1 Nr. 8 FuE-GVO. Im Bereich des Innovationswettbewerbs gibt es zudem wie im Produkt- und Technologiewettbewerb das Element des potentiellen Wettbewerbs.

Bereits der Begriff des Technologiemarktes ist impraktikabel und bringt keinen Mehrwert für die Bewertung. Anstatt einfach den Verweis auf den Technologiemarkt zu streichen, fügt der Entwurf nun eine noch unbestimmtere und breitere dritte Kategorie von Unternehmen ein, die im Innovationswettbewerb stehen – z. B. in Form von ähnlich unbestimmten FuE-Polen, die im

Wesentlichen dasselbe Ziel verfolgen wie die von der FuE-Vereinbarung zu erfassenden Unternehmen. Nach Rz. 60 soll sich der Begriff "Innovationswettbewerb" auf FuE-Anstrengungen für neue Produkte und/oder Technologien, die einen eigenen neuen Markt schaffen und auf FuE-Pole, d. h. FuE-Anstrengungen, die in erster Linie auf ein bestimmtes Ziel oder einen bestimmten Zweck ausgerichtet sind, das bzw. der sich aus der FuE-Vereinbarung ergibt, beziehen. Nicht klar ist der Unterschied der verschiedenen FuE-Anstrengungen und die Abgrenzung zu den FuE-Polen. Sollen die Pole nur die Grundlagenforschung umfassen? Gehen gemeinsame oder sich ergänzende Patentrechte darüber hinaus? Wie soll eine Unterscheidung vorgenommen werden?

Für die betroffenen Unternehmen ist es unmöglich vorherzusagen, wann sich die FuE-Anstrengungen so weit überlappen, dass sie diesbezüglich zu Wettbewerbern werden. Die Formulierung „im Wesentlichen“ schafft für Gerichte und Wettbewerbsbehörden einen sehr großen Spielraum in die eine oder andere Richtung zu argumentieren. Für ein betroffenes Unternehmen ist es daher schwer vorherzusagen, wie ein Gericht oder eine Wettbewerbsbehörde entscheiden würde. Diese Unsicherheit widerspricht der Funktion der FuE-GVO als *safe harbour*. Hinzu kommen die weiteren – auf der Begrifflichkeit des Innovationswettbewerbs weiter aufbauenden – Freistellungseinschränkungen des Art. 6 Abs. 3 FuE-GVO, vgl. dazu unten III.2.1.2. Auch die Horizontal-LL sind unverhältnismäßig vorsichtig. Aussagen wie "*Innovation kann sogar durch eine reine FuE-Vereinbarung beschränkt werden.*" (Rz. 88) sind zu pauschal und unbegründet. Obwohl die EU-Kommission in Rz. 87 und 88 anerkennt, dass eine FuE-Zusammenarbeit in Bezug auf neue Produkte und Technologien bzw. FuE-Pole höchstwahrscheinlich keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen hat, dürften die FuE-GVO und die Horizontal-LL die Unternehmen daran hindern, viele wettbewerbsfördernde FuE-Kooperationen in einem frühen und vorwettbewerblichen Stadium einzugehen.

In Anbetracht dieser nicht wünschenswerten weiteren Einschränkungen sollte der neu eingeführte Begriff des "Innovationswettbewerbs" aus den Entwürfen der Regelwerke (FuE-GVO und Horizontal-LL) gestrichen werden.

2.1.2. Neue Schwelle für den Innovationswettbewerb sollte gestrichen werden

Die neu eingeführte zusätzliche Schwelle für den Innovationswettbewerb (Art. 6 Abs. 3, 7 Abs. 2 Entwurf der FuE-GVO) sollte gestrichen werden. Die

Berücksichtigung des Innovationswettbewerbs setzt für den Fall, dass die Parteien der FuE-Vereinbarungen Wettbewerber sind, den Zugriff auf Informationen voraus, die sie nicht haben und auch nicht haben dürfen.

Gemäß Art. 6 Abs. 3 FuE-GVO hängt die Freistellung davon ab, dass es neben den FuE-Anstrengungen der Parteien noch mindestens drei zusätzliche vergleichbare konkurrierende FuE-Anstrengungen gibt. Bei Unternehmen gehören Informationen über Forschungs- und Entwicklungsprogramme zu den strategischen Informationen, die vor Weitergabe an andere Unternehmen gut geschützt sind. Falls sich Unternehmen über ihre Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten austauschen wollten, bestünde für sie ein hohes Risiko gegen Art. 101 AEUV zu verstoßen.

In der Praxis ist es für die Unternehmen unmöglich zu beurteilen, wie viele parallele FuE-Arbeiten es gibt. Wie sollen sie feststellen, was ein vergleichbarer FuE-Aufwand ist? Was ist, wenn die Parteien in einem bestimmten Bereich die Vorreiter sind? Es fehlt an Transparenz. Es wäre zudem absurd, die Unternehmen zu zwingen, ihre potentiellen Wettbewerber nach ihren FuE-Anstrengungen zu befragen und somit wettbewerblich sensible Informationen auszutauschen (siehe auch Artikel 7 Absatz 2 FuE-GVO), nur um herauszufinden, ob sie noch von der FuE-GVO profitieren können. Dies sind Wettbewerbsparameter, die geheim sind und als strategische Informationen gerade nicht unter Wettbewerbern ausgetauscht werden dürfen. Diese Unsicherheiten setzen sich auch in den Horizontal-LL in den Rz. 79, 120, 141, 146 begrifflich fort. Es ist unklar, wie Unternehmen in der Lage sein sollen, die im Entwurf der FuE-GVO (Art. 7 Abs. 2) und im Entwurf der Horizontal-LL (Rz. 151) genannten Kriterien selbst zu bewerten, nämlich „i) *Umfang, Stadium und Zeitplan der FuE-Anstrengungen*, ii) *die finanziellen und personellen Ressourcen der Dritten, ihr geistiges Eigentum, ihr Know-how oder andere spezialisierte Vermögenswerte, ihre früheren FuE-Anstrengungen (bzw. den Zugang dazu) und iii) die Fähigkeit und Wahrscheinlichkeit der Dritten, mögliche Ergebnisse ihrer FuE-Anstrengungen direkt oder indirekt auf dem Binnenmarkt zu verwerten*“. Art. 7 Abs. 2 des Entwurfs der FuE-GVO verlangt ein Maß an Transparenz über kommerziell sensible FuE-Anstrengungen von Wettbewerbern, das die Kommission im Rahmen der Regeln für den Informationsaustausch sicherlich als problematisch ansehen würde. Es ist unklar, wie die Unternehmen – tatsächlich und rechtlich, d. h. ohne Verstoß gegen Art. 101 AEUV – "zuverlässige Informationen" zu diesen Fragen sammeln und dann so abwägen sollen, dass sie zu einem verlässlichen Ergebnis führen.

Aus diesem Grund ist Wettbewerbern im Bereich der Innovation in vielen Fällen der Ausweg über die drei konkurrierenden FuE-Anstrengungen versperrt. Der BDI schlägt vor, diesen Ansatz noch einmal zu überdenken und am besten zu streichen. Er würde die Rechtssicherheit für FuE-Vereinbarungen erheblich einschränken und scheint – neben den bereits geschilderten Risiken nach Art. 101 AEUV – nicht praktikabel zu sein. Er könnte letztendlich der Wettbewerbsfähigkeit der EU schaden, da er die europäische Innovationsdynamik bremst, insbesondere in Bereichen wie Digitalisierung und grüne Technologien.

Es ist ebenfalls unklar, ob Art. 6.2 und 6.3 des Entwurfs der FuE-GVO kumulativ gelten, wenn zwei oder mehr Parteien nicht nur auf Produkt-/Technikebene, sondern auch im Bereich der Innovation miteinander konkurrieren.

Das Beispiel in Absatz 200 des Horizontal-LL-Entwurfs ist zudem zu abstrakt und macht nicht verständlich, welche Fälle gemeint sein könnten.

III.3 Spezialisierungs-GVO

1. Zweite Marktanteilsschwelle für Zwischenprodukte

Art. 3 Abs. 2 Spezialisierungs-GVO stellt nun noch deutlicher als zuvor dar, dass für Spezialisierungsvereinbarungen über die Herstellung von Zwischenprodukten, die eine oder mehrere der Parteien ganz oder teilweise intern für die Produktion nachgelagerter Produkte verwenden, welche von diesen Parteien auf dem Handelsmarkt verkauft werden, eine zweite Marktanteilsschwelle von 20 Prozent auf dem Markt für die nachgelagerten Produkte gilt. Die Freistellungsreichweite der Spezialisierungs-GVO wurde durch die Einführung dieser zusätzlichen Schwelle im Jahr 2010 eingeschränkt, die praktische Relevanz der Spezialisierungs-GVO geschmälert. Sie hat bei den beteiligten Unternehmen zu zusätzlichem Aufwand und zu Rechtsunsicherheit geführt. Außerdem erscheint die Gefahr einer Verschließung von nachgelagerten Märkten bei Marktanteilen bis zu 20 Prozent als zu vernachlässigen. Diese Auffassung wird auch in der Lehre geteilt (vgl. Fuchs in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Bd.1, 6. Auflage, Art. 3 Spez-GVO, Rn.7). Wir empfehlen daher, die zweite Marktanteilsschwelle wieder abzuschaffen und die erste generell auf mindestens 30 Prozent zu erhöhen.

2. Ergänzung der Spezialisierungs-GVO um weitere Arten von Kooperationen

Die Spezialisierungs-GVO sollte um weitere Arten von Kooperationen ergänzt werden. Spezialisierungsvereinbarungen nach der Spezialisierungs-GVO umfassen nach Art. 1 Vereinbarungen über die einseitige Spezialisierung, Vereinbarungen über die gegenseitige Spezialisierung oder Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion. Im Rahmen von Industrie 4.0 sind aber auch Anwendungsszenarien denkbar, welche keine Spezialisierung in diesem Sinne darstellen. So soll beispielsweise bei der auftragsgesteuerten Produktion oder wandlungsfähigen Fabrik die Produktion flexibel an aktuelle Produktionskapazitäten angepasst werden können, ohne dass die eigene Produktion eingestellt, eingeschränkt oder mit einem Wettbewerber tatsächlich zusammengelegt wird. Auch hier kann es zu einer Angleichung des Outputs und der Produktionskosten kommen. Es ist unbestreitbar, dass auch diese Kooperationen zu Effizienzgewinnen in Form von Kosteneinsparungen oder besseren Produktionstechnologien führen können, weshalb die Regelungen der Spezialisierungs-GVO um diese Anwendungsszenarien ergänzt werden sollten. Hohe Marktanteile der kooperierenden Unternehmen müssen dabei nicht unbedingt zu dem Schluss führen, dass die Kooperation wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat.

Die Spezialisierungs-GVO sollte außerdem auch auf die Erbringung von Dienstleistungen anwendbar sein. Nach Rz. 269f der Horizontal-LL, bzw. Art. 1 e) Spezialisierungs-GVO fällt zwar die „Vorbereitung einer Dienstleistung“ in den Anwendungsbereich der GVO. Rz. 270 der Leitlinien stellt jedoch klar, dass dies nicht für die „Erbringung von Dienstleistungen“ gilt. Die Abgrenzung zwischen der Vorbereitung und der Erbringung einer Dienstleistung ist in der Praxis gerade im IoT-Bereich jedoch oftmals nicht eindeutig. Ein Beispiel: Ein Unternehmen entscheidet sich, die eigenen Cloud-Dienstleistungen einzustellen und diese von Drittunternehmen einzukaufen, um hierüber Kunden-Apps anzubieten. Ist die Cloud-Dienstleistung nun die „Vorbereitung“ einer Dienstleistung (weil hierüber Apps laufen, welche die eigentlichen Dienstleistungen darstellen) oder die „Erbringung“ von Dienstleistungen (weil damit dem Kunden auch Speicherkapazität zur Verfügung gestellt wird)?

Von dieser unklaren Einordnung hängt bislang die Frage ab, ob die Vereinbarung nach der Spezialisierungs-GVO freigestellt werden kann oder nicht.

In Rz. 277 der Horizontal-LL wird ausgeführt, dass gemäß Art. 4 Abs. 3 Spezialisierungs-GVO der Marktanteil der Parteien der Spezialisierungsvereinbarung und der mit ihnen verbundenen Unternehmen zu gleichen Teilen jedem Unternehmen zugerechnet wird. In Ansehung der unterschiedlichen Begrifflichkeit zu Rz. 13 der Horizontal-LL (siehe oben unter III.1.2) stellt sich die Frage, ob die Lesart zutreffend ist, dass ein Gemeinschaftsunternehmen hier nicht als „verbundenes Unternehmen“ zugerechnet werden würde. Eine Klarstellung dazu wäre hilfreich.

Über den BDI

Der BDI transportiert die Interessen der deutschen Industrie an die politisch Verantwortlichen. Damit unterstützt er die Unternehmen im globalen Wettbewerb. Er verfügt über ein weit verzweigtes Netzwerk in Deutschland und Europa, auf allen wichtigen Märkten und in internationalen Organisationen. Der BDI sorgt für die politische Flankierung internationaler Markterschließung. Und er bietet Informationen und wirtschaftspolitische Beratung für alle industrierelevanten Themen. Der BDI ist die Spitzenorganisation der deutschen Industrie und der industrienahen Dienstleister. Er spricht für 40 Branchenverbände und mehr als 100.000 Unternehmen mit rund acht Mio. Beschäftigten. Die Mitgliedschaft ist freiwillig. 15 Landesvertretungen vertreten die Interessen der Wirtschaft auf regionaler Ebene.

Impressum

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI)
Breite Straße 29, 10178 Berlin
www.bdi.eu
T: +49 30 2028-0

Ansprechpartner

Nadine Rossmann
Referentin
N.Rossmann@bdi.eu
T: +32 2 792 1005

Dr. Ulrike Suchsland
Referentin
U.Suchsland@bdi.eu
T: +49 30 2028 1408

BDI Dokumentennummer: D 1127

Lobbyregister: R000534

EU-Transparenzregister: 1771817758-48