

Stellungnahme

Zur Überarbeitung der Bekanntmachung der Kommission über die Abgrenzung des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Union

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.

Einleitung

Die Überarbeitung der Bekanntmachung zur Marktabgrenzung von 1997 wird durch den BDI begrüßt und für notwendig erachtet. Die Marktabgrenzungsbekanntmachung gibt den Unternehmen nützliche und grundlegende Orientierungshilfen für die Abgrenzung des sachlich und örtlich relevanten Marktes, so z. B. im Vorfeld von Zusammenschlussvorhaben oder bei der Beurteilung von Kooperationen. Denn die Abgrenzung des relevanten Marktes ist für die Anwendung des gesamten europäischen Wettbewerbsrechts maßgeblich und hat als Grundlage für jede Einzelfallentscheidung herausragende Bedeutung. Die Marktabgrenzung gehört zu einem Kernelement der Wettbewerbspolitik und stellt einen wesentlichen Schritt dar, um Marktanteile zu berechnen, die wiederum die am häufigsten verwendeten Indikatoren bei der Anwendung und Durchsetzung der Wettbewerbspolitik darstellen. Die Bekanntmachung hat die Transparenz der Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden auf europäischer und nationaler Ebene insgesamt erhöht.

Dennoch besteht nach über 25 Jahren Überarbeitungsbedarf. Eine Hauptaufgabe sieht der BDI darin, die Fallpraxis der Kommission und die Rechtsprechung der europäischen Gerichte in den letzten zweieinhalb Jahrzehnten widerzuspiegeln und die Bekanntmachung praxistauglicher zu gestalten. Zudem müssen die Marktentwicklungen insbesondere in Hinblick auf die Digitalisierung und Globalisierung der Wirtschaft berücksichtigt werden.

Der BDI begrüßt ausdrücklich, dass die Kommission die Bekanntmachung um zahlreiche Praxisbeispiele, viele Erläuterungen und einen ausführlichen Fußnotenkatalog zur Fallpraxis angereichert hat. Dies wird die Anwendung der Bekanntmachung und die Selbsteinschätzung aus Unternehmenssicht deutlich erleichtern. Ebenfalls hilfreich sind die Angaben zu den Besonderheiten digitaler Märkte an verschiedenen Stellen der Bekanntmachung. Die Kommission erkennt an, dass traditionelle Prüfkriterien wie der SSNIP-Test nicht mehr in allen Fallsituationen relevante Ergebnisse liefern können.

Angesichts der großen Veränderungen in der europäischen und globalen Wirtschaft, einer dynamischen Marktentwicklung in vielen Bereichen und der rasch weiter zunehmenden Digitalisierung ist es richtig, die Rolle und Relevanz der zuweilen akademischen Marktabgrenzung neu zu überdenken. Wie die Kommission in ihrer überarbeiteten Bekanntmachung festhält, ist die Marktabgrenzung nicht in jeder Fallkonstellation als entscheidungserheblich anzusehen. Anderen Faktoren, wie Schadenstheorien, Fragen nach Wettbewerbsnähe und dem Vorhandensein wettbewerbswidriger Strategien kann bei der Beurteilung eines etwaigen wettbewerbschädigenden Potentials teilweise eine erheblich höhere Bedeutung zukommen. In wettbewerbsrechtlich

unproblematischen Fällen sollten auch die durch die Marktanalyse bei Unternehmen entstehenden Kosten im Verhältnis zum Nutzen der Marktanalyse berücksichtigt und auf sehr detaillierte Marktabgrenzungen verzichtet werden.

Grundsätzlich sollte die Kommission bei ihrer Marktanalyse stets eine vorausschauende zukunftsgerichtete Betrachtung vornehmen und auch einen zu erwartenden potenziellen Wettbewerbseintritt bei der Marktabgrenzung berücksichtigen.

Damit die Bekanntmachung aktuell bleibt und die Dynamik der Märkte und die aktuelle Rechtsprechung der europäischen Gerichte widerspiegelt, sollte sie in regelmäßigen Abständen überarbeitet werden.

1. Ergänzung der Fallbeispiele um neue Themenfelder

Die Europäische Kommission hat die Bekanntmachung zur Marktabgrenzung um zahlreiche Erläuterungen und Fallbeispiele ergänzt und dabei nicht nur die Anzahl der Randnummern der Bekanntmachung verdoppelt, sondern auch einen umfangreichen Fußnotenapparat zur bestehenden Fallpraxis geschaffen. Dies steigert die Lesbarkeit und Anwenderfreundlichkeit der bislang sehr abstrakt formulierten Bekanntmachung deutlich und stellt eine klare Verbesserung dar. Für Unternehmen wird es in Zukunft leichter sein, die Einschätzung der Kommission zur Marktabgrenzung zu prognostizieren und die eigenen Unternehmensentscheidungen entsprechend anzupassen.

Die Kommission geht in der Bekanntmachung auch auf wichtige aktuelle Themen wie die zunehmende Digitalisierung und Globalisierung oder Innovationsfragen ein. Keine besondere Berücksichtigung erfährt jedoch das auch im Wettbewerbsrecht immer präsenter werdende Thema der Nachhaltigkeit. Insgesamt fällt auf, dass die aufgeführten Fallbeispiele in der Bekanntmachung alle rückwärtsgewandt historischen Verfahren entnommen sind. Hinweise oder auch (fiktive) Fallbeispiele zu wichtigen Zukunftsthemen wie der Nachhaltigkeit wären sehr zu begrüßen. So stellt sich für Unternehmen zum Beispiel die Frage, wie der sachliche Markt zu bestimmen ist, wenn Rohstoffe „grün“ hergestellt oder gelabelt werden. Wenn z.B. Ethylen in einem grünen Prozess hergestellt wird oder es zwar traditionell produziert wird, aber durch Umweltzertifikate oder entsprechende Kompensationen als „grün“ gelabelt werden kann, ist dieses Produkt heute meistens erheblich teurer als ein klassisch hergestelltes Produkt. Besteht hier ein eigener Markt, selbst wenn die Verwendung im Vergleich zum klassischen Produkt identisch ist?

Schließlich schlägt der BDI vor, dass die Bekanntmachung zur Marktabgrenzung auch verstärkt Angaben zum Dienstleistungssektor umfassen sollte, insbesondere in Bezug auf Dienstleistungen, die von öffentlicher Hand erbracht werden. Es wird in Fußnote 5 zwar festgestellt, dass die Bekanntmachung auch auf Fallsituationen nach Art. 106 AEUV Anwendung finden kann, allerdings fehlen weitere Erläuterungen dazu, wie der Markt in Bezug auf wirtschaftliche Aktivitäten des Staates und öffentliche Unternehmen abgegrenzt wird. Dies ist beispielsweise dann relevant, wenn die öffentliche Hand Dienstleistungen auslagert, bereits liberalisierte Dienstleistungssektoren erneut verstaatlicht oder aber die Erbringung der Dienstleistung über mehrere Gemeinden hinweg organisiert (interkommunale Zusammenarbeit). Der BDI würde es begrüßen, wenn auch hierzu Fallbeispiele und Erläuterungen aufgenommen werden könnten.

2. Offenlassen der Marktabgrenzung in unproblematischen Fällen

In der überarbeiteten Bekanntmachung stellt die Kommission deutlicher als in der bisherigen Bekanntmachung klar, dass die Marktabgrenzung keinen obligatorischen Schritt bei allen Beurteilungen nach dem Wettbewerbsrecht darstellt (RN 7), dass die Kommission die Marktabgrenzung offen lassen kann, wenn das Ergebnis der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung gleich bliebe, was wiederum auch Auswirkungen auf den Umfang der wettbewerbsrechtlichen Würdigung haben kann (RN 18) und dass die Kommission nicht in jedem einzelnen Fall für alle möglichen Prüffaktoren Nachweise einholen und alle Faktoren bewerten muss (RN 47).

Die Kommission sollte nun auch in der Praxis größeren Gebrauch davon machen, in unproblematischen Fällen die Marktabgrenzung offen zu lassen. Dadurch könnte der bürokratische zeit- und kostenintensive Aufwand für die Unternehmen durch die Bereitstellung von Informationen verringert werden (siehe auch unten unter 6.). Die Kommission sollte in diesen Fällen schon auf umfassende Abfragen im Vorfeld, auch zu möglichen Alternativszenarien, verzichten. In der Praxis ist von dieser Möglichkeit bislang kaum Gebrauch gemacht worden. Stattdessen werden in der Fusionskontrolle gemäß Abschnitt 6 des Formblatts CO Marktdaten für „alle plausiblen alternativen sachlichen und räumlichen Märkte“ und Marktsegmente abgefragt und die Märkte bis ins Kleinste definiert, auch wenn diese rein theoretischer Natur sind. Auch in den Vorschlägen zur Vereinfachung der Fusionskontrolle und zur Überarbeitung des Formblatts CO waren hier bislang keine Änderungen

ersichtlich. Dies führt zu einer erheblichen Belastung für alle konsultierten Beteiligten, ohne dass dadurch ein signifikanter Mehrwert entstünde. Insbesondere in Fusionsfällen ohne horizontale Überschneidungen sollte sorgfältig geprüft werden, ob Auskunftersuchen zu vertikal verbundenen Märkten für die Analyse tatsächlich erforderlich sind.

3. Vorausschauende Betrachtung und Bewertung des potenziellen Wettbewerbs

Die überarbeitete Bekanntmachung enthält an mehreren Stellen Hinweise auf Fallsituationen, in denen die Kommission eine „vorausschauende Prüfung“ vornimmt. In RN 16 werden darüber hinaus neue Angaben zu voraussichtlichen strukturellen Marktveränderungen gemacht. Aus der Bekanntmachung geht aber nicht hervor, nach welchen Kriterien die Kommission entscheidet, ob ein Fall eine vorausschauende Beurteilung erfordert. Grundsätzlich sollte die Kommission bei ihrer Marktanalyse stets auch absehbare Marktveränderungen – nicht nur struktureller Art – berücksichtigen. In diesem Zusammenhang bedauert der BDI, dass die Kommission die Beurteilung des potenziellen Wettbewerbs auch weiterhin nicht im Rahmen der Marktabgrenzung vornehmen will, sondern erst auf einer zweiten Stufe bei der wettbewerbsrechtlichen Würdigung.

In der Bekanntmachung wird der potenzielle Wettbewerb auch weiterhin insbesondere in Abgrenzung zur Angebotssubstitution erwähnt, die bei der Definition des sachlich relevanten Marktes zu berücksichtigen ist. Das heißt, Unternehmen, die ihr Angebot schnell auf die von der Untersuchung der Kommission betroffenen Leistungen umstellen können, sind mit ihren Kapazitäten mit in den relevanten Markt einzubeziehen. Potenzielle Wettbewerber, d. h. Unternehmen, die auf dem relevanten Markt noch nicht tätig sind, aber das Potential dazu haben, sind hingegen nicht zu berücksichtigen. Angebotssubstitution wird allerdings nur im Zusammenhang mit der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes diskutiert. Hier stellt sich die Frage, ob es nicht auch Angebotssubstitution mit Blick auf den räumlich relevanten Markt geben könnte, z. B. für den Fall, dass ein Anbieter noch nicht in ein bestimmtes Gebiet liefert, dies jedoch sehr schnell tun kann. Daran anschließend stellt sich die Frage, wie eine solche räumliche Angebotssubstitution von einem potenziellen Wettbewerbsverhältnis abzugrenzen wäre. Hierzu gibt die Bekanntmachung derzeit keine Antworten.

Um die Wettbewerbskräfte, bzw. den Wettbewerbsdruck, denen Parteien eines Zusammenschlusses nach erfolgtem Zusammenschluss durch andere

Wettbewerber unterliegen würden, zutreffend zu erfassen, sollten auch potenzielle Wettbewerber in die Marktabgrenzung einbezogen werden. Dies gilt insbesondere, wenn Unternehmen ihre Markteintrittspläne bereits öffentlich bekannt gemacht haben, wenn sich aus der Historie des Unternehmens ergibt, dass das Unternehmen sich regelmäßig neue Märkte erschließt oder wenn das Unternehmen bereits im selben sachlichen, aber noch nicht im selben räumlichen Markt tätig ist, dies jedoch durch eine bloße Entscheidung des Managements ändern könnte. In diesem Zusammenhang wären konkrete Ausführungen in der Bekanntmachung wünschenswert, wie die notwendige Einbeziehung von potenziellen Wettbewerbern im Rahmen der Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes stattfinden kann.

4. Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte

Die Bestimmung des relevanten Produktmarkts bereitet insbesondere bei der Weiterentwicklung eines bereits bestehenden Produkts Schwierigkeiten. Hier stellt sich die Frage, inwieweit das „in Entwicklung befindliche Produkt“ mit dem bereits existierenden Produkt austauschbar ist. Unter Umständen sind diese Produkte zwar im Hinblick auf grundsätzliche Fähigkeiten, z. B. ihren Einsatz als Transportmittel, vergleichbar, unterscheiden sich aber in deren strukturellen und funktionalen Ausgestaltung teils deutlich. Auch bei der Nachfrage von Einzelkomponenten, die im Laufe des Fertigungsprozesses verbaut und daher nur als Zwischenprodukte eingekauft werden, verbleiben bei der Abgrenzung oftmals Unklarheiten, insbesondere wenn zu solchen Zwischenprodukten auch vergleichbare Endprodukte bestehen. Die Bekanntmachung sollte auch Kriterien für die Bestimmung darlegen, als Teil welchen Marktes Zwischenprodukte angesehen werden im Hinblick auf den Nachfragemarkt und den nachgelagerten Produktmarkt.

Auch auf die Frage, inwieweit konzerninterne Beschaffung (self-supply/captive sales/captive production) mit in den relevanten sachlichen Markt einzubeziehen ist, sollte die Marktabgrenzungsbekanntmachung vertiefter eingehen. Hierbei geht es um die Frage, inwieweit bei vertikal integrierten Branchen konzerninterne Beschaffung bei der Abgrenzung des relevanten Marktes von Bedeutung ist.

5. Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte

Es ist sehr zu begrüßen, dass die Kommission ihre Erläuterungen zur Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes deutlich ausgeweitet hat. Insbesondere

zur Abgrenzung regionaler oder lokaler Märkte enthielt die bisherige Bekanntmachung so gut wie keine Angaben. Die Kommission greift nun wichtige Abgrenzungskriterien wie entfernungsabhängige Faktoren, Transportkosten oder Einzugsgebiete auf.

In der neuen Bekanntmachung finden sich auch einige Hinweise dazu, dass die Kommission einen Markt als über den EWR hinausgehenden Markt oder als weltweiten Markt abgrenzen kann. Insgesamt könnte die Kommission aber noch stärker betonen, dass Märkte immer häufiger über die nationalen Grenzen und den Binnenmarkt hinausgehen. So sollte beispielsweise in Fällen, in denen die fusionierenden Unternehmen außerhalb der EU miteinander konkurrieren und Wettbewerber aus Drittländern (noch) keine Geschäftstätigkeiten oder Einnahmen in der EU haben, auch das globale Marktumfeld – neben der anfallenden Prüfung der Marktbedingungen im Binnenmarkt – ausreichend berücksichtigt werden. Dies gilt umso mehr, wenn sich nach einer angemessenen wirtschaftlichen Analyse abzeichnet, dass außereuropäische Wettbewerber in absehbarer Zeit in der EU tätig werden könnten. Unter diesen Umständen sollte die Kommission eine dynamischere Analyse und eine langfristige Sicht der Märkte vornehmen.

6. Erhebung und Auswertung von Nachweisen

Die Kommission sollte zukünftig einen ausgewogeneren Ansatz vorsehen, um einerseits die Belastung der Marktteilnehmer durch die Bereitstellung von Informationen zu verringern und andererseits den Kommissionsdienststellen die für die Entscheidung des Falles erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen.

Bei der Beurteilung des relevanten Marktes legt die EU-Kommission traditionell einen starken Schwerpunkt auf die Informationen, die als Antwort auf die Auskunftersuchen ("RFI") an die Marktteilnehmer im Rahmen des Markttests übermittelt werden (siehe z.B. auch RN 78 der überarbeiteten Bekanntmachung). Diese RFI enthalten regelmäßig sehr detaillierte Fragen zu allen möglichen Märkten und Segmenten, die häufig sehr nah beieinander liegen. Darüber hinaus sind die RFI oft bereits nach Märkten strukturiert, wodurch die Adressaten eines RFI bereits in eine bestimmte Richtung gelenkt werden, anstatt eine unabhängige Einschätzung der Marktsituation zu ermitteln und zu übermitteln. Der enorme Detaillierungsgrad der RFI ist in den meisten Fällen weder erforderlich noch hilfreich, um sich ein realistisches Bild von den Bedingungen auf dem betreffenden Markt zu machen. Dies zeigt sich auch daran, dass die RFIs für Kunden und Wettbewerber oft

identisch sind und daher nicht auf den jeweils befragten Marktteilnehmer zugeschnitten sind.

Gerade in der Fusionskontrolle ist es aus Sicht von anmeldenden Unternehmen wichtig, dass der Aufwand, der für eine Fusionskontrollanmeldung betrieben werden muss, verhältnismäßig bleibt. Hier besteht die Gefahr, dass bei einer Vielzahl von sachlich und/oder örtlich relevanten Märkten der Aufwand für die Anmeldung sehr schnell sehr groß wird. Die für die Unternehmen entstehenden Belastungen stehen oftmals in keinem Verhältnis zu dem etwaigen Mehrwert, den sie für die (Freigabe-) Entscheidung schaffen. Die Kommission sollte bemüht sein, den Informationsbedarf erheblich zu vermindern und auf das Notwendige und Sinnvolle zu beschränken. Die Norm sollten – wie in der Praxis der USA – Besprechungen und Telefonate mit den Zusammenschlussparteien und Dritten sein. Falls die Sachverhaltsaufklärung doch noch ein RFI erforderlich macht, sollte dies kurz und selbsterklärend sein.

Bei der Bewertung von internen Unternehmensdokumenten sollte die Kommission stets den Urheber des Dokumentes und die jeweiligen Umstände berücksichtigen. So sollte also beispielsweise einer Vorstandspräsentation mehr Gewicht beigemessen werden als der E-Mail eines einzelnen Mitarbeiters. Auch bei den Eingaben von Wettbewerbern und Kunden sollte stets der Kontext berücksichtigt werden.

7. Marktanteile

Marktanteile spielen bei der Anwendung der kartellrechtlichen Gruppenfreistellungsverordnungen (insbesondere Vertikal-GVO, Technologietransfer-GVO, F&E-GVO, Spezialisierungs-GVO) und den entsprechenden Leitlinien (z.B. in den Horizontal-Leitlinien, u.a. beim gemeinsamen Einkauf) eine entscheidende Rolle. Hier ist die Ausgestaltung der Marktabgrenzung für die Unternehmen entscheidend für die Beurteilung, ob ein Verhalten nach der Gruppenfreistellungsverordnung freigestellt ist oder einzeln beurteilt werden muss. Daher trägt eine „enge“ Abgrenzung des Marktes zu Rechtsunsicherheiten bei, die auch externe Berater aus Vorsichtsgründen nicht einfach lösen werden. Hilfreich wäre ein allgemeiner Hinweis in der Bekanntmachung zur Marktabgrenzung, etwa in RN 105, dass bei Überschreiten der in den Gruppenfreistellungsverordnungen vorgesehenen Marktanteile eine substantielle Würdigung den Einfluss der Höhe der Marktanteile relativieren kann und damit das Verhalten rechtfertigen kann. Dieser Hinweis sollte die

Einzel erläuterungen in den Leitlinien ergänzen, die sich häufig zu Sachverhalten oberhalb der Schwellen äußern.

8. Marktabgrenzung bei erheblichen Investitionen in FuE

Die Kommission macht in einem neuen Kapitel Ausführungen zur Marktabgrenzung in hochinnovativen Wirtschaftszweigen, die durch erhebliche Investitionen in Forschung und Entwicklung gekennzeichnet sind. Dabei geht sie auf Pipeline-Produkte, aber auch auf FuE-Prozesse im frühen Forschungsstadium (frühe Innovationsanstrengungen) ein. Aus Unternehmenssicht stellt sich die Frage, wie der Wettbewerb bei frühen Innovationsanstrengungen, die bis zur tatsächlichen Produktentwicklung mit erheblichen Unwägbarkeiten verbunden sein können, bestimmt und nachgewiesen werden soll, welche Schadenstheorien die Kommission hier zugrunde legt und welche Erwartungen an die Unternehmen gestellt werden. Gerade FuE-Prozesse im frühen Forschungsstadium finden – zumindest außerhalb spezieller Sektoren wie der Pharmabranche - üblicherweise im Geheimen statt, so dass die Parteien die Vorhaben ihrer Wettbewerber nicht kennen können. Wir verweisen in diesem Zusammenhang auch auf unsere Ausführungen zur Berücksichtigung des Innovationswettbewerbs im Rahmen des Entwurfes der überarbeiteten F&E-Gruppenfreistellungsverordnung¹. In jedem Fall dürfen IP-Rechte nicht gefährdet werden.

¹ BDI-Stellungnahme zur Konsultation der Europäischen Kommission zu den Horizontal-Gruppenfreistellungsverordnungen und Horizontal-Leitlinien, 3.5.2022, BDI Dokumentennummer D 1127, abrufbar unter: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-hbers_en

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

Lobbyregisternummer: R000534

EU-Transparenzregister: 1771817758-48

Ansprechpartner

Nadine Rossmann

Abteilung Recht, Wettbewerb und Verbraucherpolitik

T: +32 2 792-1005

N.Rossmann@bdi.eu

Dr. Ulrike Suchsland

Abteilung Recht, Wettbewerb und Verbraucherpolitik

T: +49 30 2028-1408

U.Suchsland@bdi.eu

BDI Dokumentennummer: D1706