

Stellungnahme

Konsultation der Europäischen Kommission zu den Horizontal- Gruppenfreistellungsverordnungen (Antworten zu den relevanten Fragen des Fragebogens)

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.

I. Einleitung

Die deutsche Industrie befürwortet die Freistellungsverordnungen und Leitlinien zu horizontalen Kooperationen, die den Unternehmen in der Praxis wertvolle Orientierungshilfen zur rechtlichen Beurteilung ihrer gemeinsamen Vorhaben bieten. Die Spezialisierungs-GVO und die FuE-GVO sowie die Leitlinien für Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (im Folgenden „Horizontal-LL“) haben sich im Allgemeinen bewährt und zu einer erhöhten Rechtssicherheit beigetragen.

Einige Konzepte waren jedoch nicht praktikabel, und die Märkte und der Bedarf an Zusammenarbeit haben sich ebenfalls weiterentwickelt. So sind Unternehmen im Zuge der Globalisierung und der wachsenden Dynamik der Märkte beim Ringen um eine hinreichende Wettbewerbsfähigkeit und die vorderen Plätze im Wettbewerb verstärkt auf die Zusammenarbeit angewiesen. Kooperationen können dabei wirtschaftlichen Nutzen schaffen und einen wirksamen Wettbewerb gewährleisten.

Aus diesem Grund sollten die Horizontal-Gruppenfreistellungsverordnungen und Leitlinien nach ihrem Auslaufen 2022 zwar verlängert werden. Zur Vermeidung rechtlicher Unsicherheiten sollte die Kommission in einigen Bereichen jedoch wichtige Klarstellungen schaffen und Verbesserungen vornehmen, um Unternehmen eine valide Orientierungshilfe angesichts der vielfältigen Herausforderungen in einem zunehmend digitalen Umfeld und neuer Formen der Zusammenarbeit an die Hand zu geben.

II. Allgemeine Vorbemerkungen

Gerade im Zeitalter von Digitalisierung und Industrie 4.0 und verstärktem Klimaschutz („CO₂-Neutralität“) spielen Unternehmenskooperationen und neue Formen der Zusammenarbeit eine zunehmend wichtige Rolle. Die Märkte haben sich in den letzten Jahren stark verändert und sind durch die zunehmende Digitalisierung schnelllebig geworden. Dies erfordert von den Unternehmen ein agileres Handeln und eine häufigere Zusammenarbeit, um innovative digitale Lösungen sowie den verstärkten Klimaschutz schnelllebig für die Kunden zu schaffen, die Interoperabilität zu gewährleisten, und neue technologische Standards zum Nutzen der Kunden zu schaffen und die Umstellung auf neue Produktionstechnologien zu ermöglichen

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

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 Projekte 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 Leakages erheblich unterstützt werden.

Die Horizontal-LL sollten diese neue Marktdynamik und neue Formen der Zusammenarbeit 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, sollten die Horizontal-LL überarbeitet werden, um den Teilnehmern solcher Kooperationen ein höheres Maß an Rechtssicherheit zu bieten, z. B. durch

- Einführung von De-minimis-Regeln/Safe Harbors insbesondere für digitale Märkte und gezieltere Schadenstheorien. Die aktuellen Diskussionen über das Kartellrecht im digitalen Geschäft konzentrieren sich oft auf die üblichen Technologiegiganten, aber es gibt mehrere Kooperationen zwischen kleineren Unternehmen/Unternehmen mit kleinen bis moderaten Marktanteilen, die wettbewerbsfördernd sind und nicht den gleichen restriktiven Regeln unterliegen sollten.
- Schaffung eines allgemeinen sicheren Hafens/Ausnahme für neu entstehende digitale Märkte, z. B. für einen Zeitraum von 5 Jahren.

Leider stellt das Kartellrecht solchen Kooperationsvorhaben zwischen Wettbewerbern derzeit Hindernisse in den Weg, selbst wenn keinerlei wettbewerbsrechtliche Bedenken bestehen. Die Grauzonen sind groß, und die Rechtsunsicherheit bei den Unternehmen enorm. Dies gilt bereits für Kooperationen außerhalb der Industrie 4.0, aber erst recht mit Blick 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 unter anderem bei Demonstrationsprojekten zur Senkung oder Vermeidung von CO₂-Emissionen und zu weiteren Verbesserungen beim Recycling im Rahmen der „Circular Economy“.

Hier sollte die Kommission nachbessern und den Unternehmen, die z. B. im Rahmen einer Plattform neue digitale Projekte entwickeln möchten, mehr Rechtssicherheit bieten, u. a. durch die Möglichkeit informeller Vorabgespräche mit der GD Wettbewerb, behördliche Entscheidungen, die besagen, dass „kein Anlass besteht, tätig zu werden“ und erläuternde Anmerkungen und Fallbeispiele in den Horizontal-LL. Konkrete Fallbeispiele und mögliche Lösungsansätze hatte der BDI bereits Anfang letzten Jahres in seiner Stellungnahme „Shaping competition policy in the

era of digitisation“¹ aufgelistet, die auch weiterhin von Relevanz ist. Darüber hinaus wäre auch eine generelle Aussage, dass derartige Kooperationen typischerweise pro-kompetitiv sein können, sehr hilfreich, um die genannten faktischen Hemmnisse zu reduzieren.

Auch außerhalb von Kooperationen im digitalen Bereich besteht Bedarf nach verstärkter Rechtssicherheit beim Thema Informationsaustausch. So hat der Abschlussbericht zur E-Commerce-Sektoruntersuchung Fragen zum Datenaustausch zwischen Herstellern mit eigenem Vertrieb und ihren Einzelhändlern aufgeworfen. Die Kommission nimmt hier eine eher kritische Sicht ein. Häufig kann ein solcher Austausch aber auch wettbewerbsfördernde Auswirkungen haben, da durch Informationen beispielsweise zu Absätzen die Produktion und Sortimentsplanung beim Hersteller verbessert werden kann. Hier wären nähere Ausführungen zu der Frage, unter welchen Umständen ein solcher Austausch keine Wettbewerbsbedenken auslöst, wünschenswert (vgl. hierzu näher III.).

Die Kommission sollte zudem die Marktanteilsschwellen überprüfen. 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. Die Kommission sollte eine Erhöhung und Vereinheitlichung der Schwellenwerte für horizontale Kooperationen erwägen (vgl. dazu auch unten 4.13b, 4.15a, 4.27, 4.3, 4.39).

III. Im Einzelnen (Beantwortung des Fragenkatalogs)

4.1 Haben die Horizontal-GVOs und die Horizontal-LL Ihrer Ansicht nach zur Förderung des Wettbewerbs in der EU beigetragen?

Einerseits haben die Regelwerke zur Förderung des Wettbewerbs beigetragen, andererseits auch nicht. Wettbewerb auf einem Level Playing Field kann nur stattfinden, wenn die Regeln klar sind und die Unternehmen wissen, wie sie sich verhalten müssen, ohne signifikanten Risiken ausgesetzt zu sein. Der Art. 101 Abs. 1. und 3 AEUV ist tatbestandlich unscharf und bedarf zwangsläufig einer Konkretisierung durch veröffentlichte Entscheidungspraxis, Gruppenfreistellungsverordnungen (GVOs) und/oder behördliche Leitlinien wie die Horizontal-Leitlinien (Horizontal-LL). Da es aufgrund der Einführung des Prinzips der Legalausnahme keine Entscheidungspraxis mehr gibt (Entscheidungen im Rahmen von Bußgeldverfahren ausgenommen), ist es auch angesichts der signifikanten Haftungsrisiken im Falle eines Verstoßes gegen Art. 101

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

Abs. 1 AEUV zwingend, dass es Horizontal-GVOs und/oder Horizontal-LL geben muss. Insofern und weil gegenüber der früheren Regelung der unternehmerische Gestaltungsspielraum vergrößert wurde, hat die Existenz der Horizontal-GVOs und der Horizontal-LL zur Förderung des Wettbewerbs beigetragen.

Andererseits gibt es gerade bei den Horizontal-LL immer noch viele Unschärfen, so dass die von Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV gesetzten Regeln für Unternehmen immer noch nicht klar sind. Das gilt insbesondere für den Themenkomplex Informationsaustausch. Den Ausführungen in den Horizontal-LL lässt sich nicht sicher entnehmen, welche Art von Informationsaustausch zwischen Unternehmen erlaubt ist und welche nicht. Die hieraus entstandene Rechtsunsicherheit hat den Wettbewerb nicht gefördert.

Auch sollten die „nicht-preislichen“ Faktoren, die bei dem Begriff der Verbraucherwohlfahrt berücksichtigt werden können, in den Horizontal-LL ausdrücklich anerkannt werden. Bei der Betrachtung der potenziellen wettbewerbsfördernden Auswirkungen und/oder Vorteile für die Kunden sollten die Horizontalen Richtlinien ausdrücklich anerkennen, dass Überlegungen wie Verbesserungen der Nachhaltigkeit, der Infrastruktur, der Standards, der Innovation (und anderer Faktoren) ebenso wichtig sind wie die Preise.

4.3 Bieten die FuE-GVO und Abschnitt 3 der Horizontal-LL, der FuE-Vereinbarungen betrifft, Ihrer Ansicht nach hinreichende Rechtssicherheit bezüglich der FuE-Vereinbarungen, die Unternehmen schließen können, ohne gegen das Wettbewerbsrecht zu verstoßen?

Schwierigkeiten bereitet den Unternehmen die belastbare Ermittlung von Marktanteilen. Die Freistellungsvoraussetzungen der horizontalen GVOs orientierten sich sehr stark an den kombinierten Marktanteilen der kooperationswilligen Unternehmen. Die Gruppenfreistellungsvoraussetzungen sind bereits dann nicht mehr anwendbar, wenn die kombinierten Marktanteile der kooperationsgeneigten Unternehmen den Schwellenwert von 20 % (Spezialisierungs-GVO) bzw. 25 % (FuE-GVO) überschreiten. Vor allem das Gesamtmarktvolumen ist häufig nicht aus verlässlichen Datenquellen verfügbar. 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.

Gerade kleine und mittlere Unternehmen sind aber auf die Synergieeffekte aus Kooperationen angewiesen. Sie müssen in einem verschärften Wettbewerb auf globalen Märkten bestehen. Gleichwohl werden kleine und mittlere Unternehmen oft nicht in den Genuss der GVOs kommen, da ihr Marktanteil trotz ihrer geringen Unternehmensgröße jedenfalls dann oberhalb der Marktanteilsschwellen liegt, wenn sie in Nischenmärkten

tätig sind. Gerade zugunsten dieser Unternehmen sollten aber die Möglichkeiten der Kooperation ausgeweitet werden.

Das Marktanteilskriterium sollte daher nicht mehr das entscheidende Kriterium für eine Gruppenfreistellung sein. Kooperationen (z. B. im Datenbereich) zwischen großen Unternehmen und KMUs würden dann von vornherein der Vorteile der Gruppenfreistellung entzogen werden, obgleich doch gerade hierfür ein Bedarf besteht. Die bestehenden GVOs eignen sich daher nicht für Formen von Kooperationen, die marktbeherrschende Technologieunternehmen institutionell herausfordern können.

Es wird angeregt, die Schwellen für horizontale Kooperationen zu vereinheitlichen und auf mindestens 30 % anzuheben. Auf diese Weise könnten die Unwägbarkeiten bei der Bestimmung der relevanten Marktanteile zumindest ein wenig gesenkt werden. Zudem wäre es hilfreich, wenn die Kommission den Unternehmen konkretere Orientierungshilfen bei der Bestimmung des relevanten Marktes zur Verfügung stellen würde. Die Bekanntmachung der Kommission von 1997 über die Definition des relevanten Marktes ist in unseren Augen zu abstrakt und hilft den Unternehmen in der Praxis kaum.

4.5 Wird Ihrer Ansicht nach durch die FuE-GVO mehr Rechtssicherheit geboten als in einem Szenario, in dem es keine FuE-GVO gäbe und nur die Horizontal-LL gelten würden?

Ja, allein schon deshalb, weil die FuE-GVO Gesetzesrang hat und daher die nationalen Gerichte und nationalen Kartellbehörden an diese Verordnung gebunden sind. Die Horizontal-LL entfalten keine Bindungswirkung gegenüber Gerichten. Auch ist es sinnvoll, im Rahmen der fortschreitenden europäischen Rechtsvereinheitlichung und zur Stärkung des Binnenmarkts in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen verbindliche Rahmenbedingungen zu setzen. Unterschiedliche Rechtsauffassungen und Durchsetzungsschwerpunkte der nationalen Kartellbehörden erschweren die grenzüberschreitende Tätigkeit von Unternehmen. Durch einheitliche Rahmenbedingungen lässt sich der grenzüberschreitende Wettbewerb wesentlich effektiver fördern.

4.7 Bieten die Spezialisierungs-GVO und Abschnitt 4 der Horizontal-LL, der Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion betrifft, Ihrer Ansicht nach hinreichende Rechtssicherheit bezüglich der Produktions- bzw. Spezialisierungsvereinbarungen, die Unternehmen schließen können, ohne gegen das Wettbewerbsrecht zu verstoßen?

Vgl. hierzu Antwort zu Frage 4.3.

4.9 Wird Ihrer Ansicht nach durch die Spezialisierungs-GVO mehr Rechtssicherheit geboten als in einem Szenario, in dem es keine Spezialisierungs-GVO gäbe und nur die Horizontal-LL gelten würden?

Ja, allein schon deshalb, weil die Spezialisierungs-GVO Gesetzesrang hat und daher die nationalen Gerichte an diese Verordnung gebunden sind. Die Horizontal-LL entfalten keine Bindungswirkung gegenüber Gerichten. Auch ist es sinnvoll, im Rahmen der fortschreitenden europäischen Rechtsvereinheitlichung und zur Stärkung des Binnenmarkts in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen verbindliche Rahmenbedingungen zu setzen. Unterschiedliche Rechtsauffassungen und Durchsetzungsschwerpunkte der nationalen Kartellbehörden erschweren die grenzüberschreitende Tätigkeit von Unternehmen. Durch einheitliche Rahmenbedingungen lässt sich der grenzüberschreitende Wettbewerb wesentlich effektiver fördern.

4.11 Bieten die Horizontal-LL Ihrer Ansicht nach hinreichende Rechtssicherheit bezüglich der Vereinbarungen über Informationsaustausch im Sinne des Abschnitts 2 der Horizontal-LL?

Nein, die Ausführungen im Abschnitt 2 der Horizontal-LL bieten keine hinreichende Rechtssicherheit. Mit Ausnahmen der in den Rn. 105 ff. enthaltenen Beispiele bleiben die Ausführungen im Vagen und bieten keine Fixpunkte, an denen man die Zulässigkeit eines konkreten Informationsaustausches im Rahmen eine Selbsteinschätzung rechtssicher prüfen könnte. Es droht permanent das Risiko einer Falschbeurteilung, mit fatalen bußgeld- und haftungsrechtlichen Folgen.

Die nachfolgend zitierten Passagen, die die Unschärfe des Abschnitts 2 verdeutlichen, stehen exemplarisch für die übrigen Passagen in diesem Abschnitt (*einige Stellen werden hervorgehoben*):

*Auf hinreichend transparenten, konzentrierten, nicht-komplexen, stabilen und symmetrischen Märkten ist **es eher wahrscheinlich**, dass Unternehmen ein Kollusionsergebnis erzielen. [Rn. 77]*

*Tauschen Wettbewerber strategische Daten aus, d. h. Daten, die die strategische Ungewissheit auf dem Markt verringern, fällt dies **wahrscheinlich eher** unter den Art. 101 als der Austausch anderer Datenarten. [Rn. 86]*

*Ein Informationsaustausch wird dann **wahrscheinlich** wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, wenn die an dem Austausch beteiligten Unternehmen einen **hinreichend großen Teil** des relevanten Marktes abdecken. [...] Was ein „hinreichend großer Teil des relevanten Markts“ ist, **lässt sich nicht theoretisch festlegen**, sondern hängt von den konkreten Fakten jedes Einzelfalls und der Art des jeweiligen Informationsaustauschs ab. [Rn. 87 f.]*

***Es gibt keine festgelegte Schwelle**, ab der Daten zu historischen Daten werden, d. h., alt genug sind, um kein Wettbewerbsrisiko mehr darzustellen. Ob es sich bei Daten wirklich um historische Daten handelt, **hängt von den besonderen Merkmalen des relevanten Marktes** und insbesondere davon ab, wie häufig in der betreffenden Branche Neuverhandlungen über Preise stattfinden. [Rn. 90]*

*Selbst wenn die Informationen öffentlich zugänglich sind (z. B. von Regulierungsbehörden veröffentlichte Informationen), **könnte** ein zusätzlicher Informationsaustausch zwischen den Wettbewerbern den*

*Wettbewerb beschränken, wenn dadurch die Ungewissheit auf dem Markt verringert wird. In diesem Fall **könnte** es die über den Informationsaustausch erhaltene marginale Zusatzinformation sein, die auf dem Markt den Ausschlag dafür gibt, dass es zu einem Kollusionsergebnis kommt. [Rn. 93]*

a) Kein „per se“-Verstoß

Die Kommission qualifiziert den Austausch von wirtschaftlich sensiblen Informationen zwischen Wettbewerbern außerhalb des Geltungsbereichs einer rechtmäßigen Kooperationsvereinbarung in vielen Fällen als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung (Rn. 72 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.

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 überarbeiteten Horizontal-LL ausdrücklich vorsehen, dass die Kommission die tatsächlichen Auswirkungen des Informationsaustauschs auf den Wettbewerb bewerten sollte.

b) Informationsaustausch im digitalen Bereich

Unternehmen sehen zwar einen zunehmenden Bedarf an Zusammenarbeit im digitalen Bereich, wissen aber oft nicht, welche Informationen sie austauschen dürfen.

Die Unsicherheit auf Seiten der Unternehmen hinsichtlich der Art der Informationen, die sie austauschen können, wird noch größer, wenn man sich mit diesen neuen Kooperationsmodellen im digitalen Bereich wie Ökosystemen usw. befasst. Diese Kooperationsmodelle erfordern zwangsläufig ein gewisses Maß an Informationsaustausch und Datenteilung zwischen den beteiligten Unternehmen. Allerdings fehlt es den Unternehmen derzeit an klaren Vorgaben bezüglich der Grenzen des erlaubten Informationsaustausches bei solchen Kooperationen. Insbesondere im Hinblick auf Ökosysteme sollte klargestellt werden, dass Austausch und Zusammenarbeit innerhalb des Ökosystems (Intra-Ökosystem), z. B. von mehreren Unternehmen initiierte Plattformen, ggf. nur dann dem Wettbewerb schaden können, wenn keine ausreichende Konkurrenz durch andere Ökosysteme (Inter-Ökosystem) besteht. Die dahinterliegende Idee ist, dass durch entsprechende Kooperationen zwischen Unternehmen, sowohl derselben Branche angehörend als auch branchenübergreifend, neue europäische Player entstehen, die im digitalen

Bereich eine Gegenmacht zu den außereuropäischen digitalen Champions bilden.

Hemmnisse stellen derzeit die große Reichweite des Verbots nach Art. 101 Abs. 1 AEUV – nach dem heutigen Stand der Interpretation durch die Kartellbehörden – die Unschärfe der Tatbestandsmerkmale der Ausnahmevorschrift nach Art. 101 Abs. 3 AEUV, die schwierige Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich von Effizienzen sowie der enge Anwendungsbereich bestehender GVOs für bestimmte horizontale Kooperationen aufgrund eher niedriger Marktanteilsschwellen dar. Heute (so jedenfalls der Eindruck von außen) sehen die Kartellbehörden weitaus mehr Sachverhalte vom Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV als erfasst an, als dies vor Einführung des Prinzips der Legalausnahme der Fall war. Fällt ein Verhalten tatsächlich unter Art. 101 Abs. 1 AEUV sollten die pro-kompetitiven Wirkungen insbesondere neuer Formen der Zusammenarbeit, z. B. innerhalb eines Ökosystems, anhand Art. 101 Abs. 3 AEUV besser und rechtssicher erfasst werden können. Dabei ist zu berücksichtigen, dass *Case Law* bislang für neue digitale Fragestellungen nur sehr begrenzt zur Verfügung steht.

Die Horizontal-LL sollten klare Richtlinien für den Informationsaustausch innerhalb dieser neuen Kooperationsmodelle liefern. Zu überlegen wäre auch, ob man für bestimmte Kooperationen, zum Beispiel solche im vorwettbewerblichen Bereich und/oder im Falle von Kern- und Schlüsseltechnologien, gesonderte Privilegierungen, etwa in Form von rechtlichen Experimentierräumen, schaffen könnte, in der Unternehmen neue Formen der Zusammenarbeit zunächst ausprobieren könnten. Haben die Unternehmen Sicherheit über die Zugänglichkeit des gemeinsamen Informationsaustauschs würden kollektive Projekte zur Transformation der Industrie hin zur CO₂-neutralen Wirtschaft deutlich gefördert und beschleunigt werden.

Man könnte auch überlegen, den Informationsaustausch insgesamt den horizontalen De-minimis-Regeln zu unterwerfen (10 % Marktanteil als Safe Harbor) und diesen außerhalb des Austausches von Preisen, Kundendaten etc. nicht als *hard-core*-Verstoß bzw. *bezweckte* Wettbewerbsbeschränkung zu bewerten.

c) Fälle des „zweigleisigen Vertriebs“ („dual distribution“)

Die Horizontal-LL sollten klarstellen, dass in Fällen des zweigleisigen Vertriebs („dual distribution“), jedenfalls dann, sofern die Händler keine Wettbewerber auf der Herstellungsebene sind, das Vertikalverhältnis im Vordergrund stehen sollte, weshalb ein vollständiger Informationsaustausch zwischen Hersteller und Händler möglich sein sollte. Dieses Prinzip resultiert bereits aus der Vertikal-GVO (Art. 2 (4) (a)). Mögliche eng umrissene Ausnahmen von dieser allgemeinen Freiheit zum Informationsaustausch sollten klar und transparent sein. Dabei sollte auch klargestellt werden, dass ein Hersteller bis zum Auslaufen der in einem Vertriebsvertrag seinem Händler gewährten Exklusivität (die dem Hersteller konkurrierenden Vertrieb verbietet) zu diesem Händler allein im Vertikalverhältnis steht und nicht gegen Ende des Vertrages als „potentieller Wettbewerber“ zu sehen ist.

Die Vertikal-GVO erfasst diese Fälle bereits ausdrücklich und stellt sie mit gesetzlicher Wirkung frei.

d) Einzelne Verbesserungsvorschläge

Der BDI würde sich konkretere Hinweise und Definitionen in den Absätzen über Marktmerkmale (Rn. 77 ff.) und deren Bewertung für den Informationsaustausch wünschen. So ist beispielsweise nicht auf den ersten Blick klar, was die Kommission unter einem „engen Oligopol“ (Rn. 79) versteht.

Grundsätzlich ist es positiv zu bewerten, dass die Kommission in Rn. 86 eine Typisierung von Informationen in „strategische/nicht-strategische“ Daten vornimmt. Der BDI würde sich jedoch eine größere Differenzierung der einzelnen Daten, z. B. nach „Marktnähe“ oder „Produktnähe“, wünschen. Auch wenn die Kommission angibt, welche Informationen ihrer Ansicht nach strategisch am wichtigsten sind, verbleibt hier für die Unternehmen eine große Unsicherheit. So sollte beispielsweise hinsichtlich des Kriteriums „Umsatz“ danach unterschieden werden, ob sich der Umsatz auf ein einzelnes Produkt oder auf die Produktpalette bezieht. Die „strategische Wichtigkeit“ der Information könnte hier unterschiedlich ausfallen. In der Regel ist eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung auch erst beim Zusammenspiel mehrerer strategisch wertvoller Daten zu befürchten. Die Kommission sollte hier in jedem Fall mehr Beispiele bringen, die in die Abwägung einfließen können.

Hinsichtlich der Aussagen zu „echten aggregierten“ Daten sowie zu „historischen“ Daten in den Rn. 89 und 90 plädiert der BDI für weitere Klarstellungen. So könnte die Kommission hinsichtlich der Unterscheidung zwischen individuellen und aggregierten Daten in Rn. 89 auf eine bestimmte Mindestteilnehmerzahl bei der Aggregation abstellen. Hierbei sollte eine Mindestzahl von drei Teilnehmern typischerweise ausreichend sein.

Laut Rn. 90 richtet sich die Frage, ob Daten als historisch eingestuft werden, nach den konkreten Eigenschaften des relevanten Marktes. Dies ist zwar richtig, aber in der Praxis wenig praktikabel. Daten, die über 12 Monate alt sind, sollten grundsätzlich als historisch angesehen werden. In neuen schnelllebigen datengetriebenen Businessmodellen können dagegen schon deutlich jüngere Daten „historisch“ sein. Dies sollte auch klargestellt werden.

Daneben plädiert der BDI für eine Anreicherung der Beispiele in Rn. 105 ff. Aus unserer Sicht gehen die genannten Beispiele leider nicht ausreichend auf die Bedürfnisse der Praxis ein, da sich die Fälle in der operativen Beratung nur selten so klar zulässig oder unzulässig wie in den von der Kommission gewählten Beispielen darstellen.

e) Informationsaustausch und Verbandsarbeit

In Rn. 59 der Leitlinien zur kartellrechtlichen Beurteilung von Seeverkehrsdienstleistungen vom 01.07.2008 (Amtsblatt C 245/2) erkennt die Kommission die Bedeutung von Verbänden als Mittel zum legitimen Austausch von Informationen ausdrücklich an. Der BDI würde es begrüßen, wenn die Kommission auch in die Horizontal-LL einen entsprechenden Absatz aufnehmen könnte. In vielen Wirtschaftszweigen ist es üblich – und wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden – über die Branchenverbände statistische Aggregate und allgemeine Marktinformationen einzuholen, auszutauschen und zu veröffentlichen. Diese veröffentlichten Marktinformationen sind ein gutes Mittel zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen und zur Information der Abnehmer und ermöglichen folglich Effizienzgewinne. Aufgrund unklarer rechtlicher Vorgaben herrscht bei Unternehmen und Verbänden jedoch große Rechtsunsicherheit.

Aus Sicht des BDI wäre es daher vorteilhaft, wenn die Kommission für diejenigen Fälle die Grenzen des *Safe Harbor* klarstellen würde, in denen ein Informationsaustausch zwischen einer angemessenen Anzahl an Unternehmen über eine Institution, beispielsweise einen Verband, erfolgt, der selbst nicht auf dem relevanten Markt tätig ist und der die Informationen der einzelnen Unternehmen sammelt und so aggregiert, dass ein Rückschluss auf einzelne Unternehmen nicht mehr möglich ist.

f) Informationsaustausch und Gemeinschaftsunternehmen

Der BDI plädiert für eine Ergänzung der Ausführungen und der Fallbeispiele zum Informationsaustausch auch mit Blick auf Gemeinschaftsunternehmen (GU). Für die praktische Rechtsanwendung hilfreich wäre insbesondere eine Erläuterung, inwiefern Art. 101 AEUV anwendbar ist auf die Informationsflüsse

- innerhalb des GU (z. B. Informationsaustausch zwischen Mitarbeitern des GU, die von ihren Müttern jeweils entsandt wurden),
- zwischen dem GU und den Muttergesellschaften (z. B. Informationen, die zur Steuerung des GU notwendig sind oder Nutzung der im GU gewonnenen Erkenntnisse innerhalb der jeweiligen Muttergesellschaften bei anderen Projekten),
- zwischen den Müttern, soweit sie das GU betreffen.

Wichtig wäre hier außerdem eine Erleichterung der Möglichkeiten des Informationsaustauschs mit einem (mit-)kontrollierten Tochterunternehmen. Es sollte hier ein Gleichlauf geschaffen werden mit der Regelung zu den alleinkontrollierten Unternehmen, die als Teil eines einheitlichen Unternehmens und damit nicht als Wettbewerber angesehen werden (Rn. 11 der Horizontal-LL). Entscheidend ist immer, ob ein bestimmender Einfluss über ein Unternehmen ausgeübt werden kann, was sowohl bei einem allein- als auch bei einem mitkontrollierten Unternehmen gleichermaßen der Fall ist.

Nicht ausreichend geregelt ist im Abschnitt 2 zudem das Thema Verbandsarbeit sowie das Thema einer gemeinsamen Beteiligung am

politischen Prozess der Meinungsbildung durch mehrere Unternehmen (innerhalb und außerhalb von Verbänden). Das Kartellrecht darf es Unternehmen z. B. nicht untersagen, sich gemeinsam gegen kostensteigernde Gesetzesänderungen auf EU und nationaler Ebene auszusprechen. Nicht ausreichend geregelt ist im Abschnitt 2 auch das Thema Austausch von nicht kaufmännischen Informationen, insbesondere von „technischen Informationen“. Das gegen mehrere Automobilhersteller eingeleitete Verfahren wegen Einschränkung des Wettbewerbs bei Abgasreinigungstechnologien (vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 5. April 2019, IP/19/2008) hat zu einem erheblichen Maß an Rechtsunsicherheit in diesem Bereich geführt. Hier bedarf es klarer und für die technischen Einheiten auch verständlicher „Guidance“ in den Horizontal-LL.

4.13 Bieten die Horizontal-LL Ihrer Ansicht nach hinreichende Rechtssicherheit bezüglich der Einkaufsvereinbarungen im Sinne des Abschnitts 5 der Horizontal-LL?

a) Abstellen nur auf Einkaufsmärkte

Für Einkaufsgemeinschaften, bei denen die Parteien unterhalb der in Rn. 208 genannten Marktanteilsschwellen von 15 % liegen, bieten die Horizontal-LL Rechtssicherheit. Allerdings geht die Kommission weiter davon aus, dass Einkaufsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern dann nicht von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst werden, wenn die an der Vereinbarung Beteiligten einen gemeinsamen Marktanteil von weniger als 15 % nicht nur auf den betroffenen Einkaufsmärkten, sondern auch auf den Verkaufsmärkten halten (Rn. 197). Bei der Ermittlung der Marktanteile sollte jedoch allein auf die Einkaufsmärkte abgestellt werden. 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.

b) Anhebung der Schwellenwerte

Je weiter die Marktanteile der Parteien diese Schwellen überschreiten, desto weniger lässt sich für den Berater eines Unternehmens 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 anwaltlicher Vorsicht Einkaufsgemeinschaften (oberhalb der Marktanteilsschwelle von 15 %) nicht gegründet werden, obgleich die pro-kompetitiven Wirkungen in vielen Fällen überwiegen würden. Im Rahmen der Überarbeitung der Horizontal-LL sollte geprüft werden, ob die Marktanteilsschwelle hochgesetzt werden kann, wofür sich der BDI ausspricht, oder auf welche andere Weise sichergestellt werden kann, dass das Kartellrecht bzw. die fehlende Rechtssicherheit kein

Hindernis für die Gründung pro-kompetitiver Einkaufsgemeinschaften darstellen.

c) Unterscheidung zwischen Einkaufsvereinbarungen für „direktes“ und „indirektes“ Material

Die Horizontal-LL unterscheiden derzeit 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-Harbor-Schwelle und Anleitung zur individuellen Beurteilung vor wie bei Einkaufsvereinbarungen für direktes Material.

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.

4.15 Bieten die Horizontal-LL Ihrer Ansicht nach hinreichende Rechtssicherheit bezüglich der Vermarktungsvereinbarungen im Sinne des Abschnitts 6 der Horizontal-LL?

a) Allgemeines

Für Vermarktungsvereinbarungen, bei denen die Parteien unterhalb der in Rn. 240 genannten Marktanteilsschwelle von 15 % liegen, bieten die Horizontal-LL ausreichende Rechtssicherheit.

Rn. 240: Vermarktungsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern können nur dann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, wenn die Parteien über ein gewisses Maß an Marktmacht verfügen. In den meisten Fällen ist es unwahrscheinlich, dass Marktmacht besteht, wenn die Parteien gemeinsam einen Marktanteil von nicht mehr als 15 % halten. Liegt der gemeinsame Marktanteil der Parteien nicht über 15 %, ist es wahrscheinlich, dass die Voraussetzungen von Art. 101 Absatz 3 erfüllt sind.

Je weiter die Marktanteile der Parteien diese Schwelle jedoch überschreiten, desto weniger lässt sich für den Berater eines Unternehmens erkennen, ob die Vermarktungsvereinbarung von Kartellbehörden und Gerichten noch als zulässig bzw. bereits als unzulässig erachtet werden würde. Im Rahmen der Überarbeitung der Horizontal-LL sollte geprüft

werden, ob die Marktanteilsschwelle hochgesetzt werden könnte, wofür der BDI plädiert.

b) Kooperationen im Vertrieb

Anwendungsszenario von Industrie 4.0 im Vertrieb kann das gemeinsame Betreiben einer Plattform sein, um hierüber z. B. Value Based Services² zu vertreiben. Horizontale Kooperationen bei Plattformen sind bislang nur unter sehr engen Voraussetzungen als sog. Vermarktungsvereinbarungen freistellungsfähig (Marktanteile unter 15 %).

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 (vgl. z. B. Amazon). 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.

4.17 Bieten die Horizontal-LL Ihrer Ansicht nach hinreichende Rechtssicherheit bezüglich der Vereinbarungen über Normen im Sinne des Abschnitts 7 der Horizontal-LL?

a) Begrifflichkeiten

aa) Im Abschnitt 7 werden auch Ausführungen zu Standardverkaufsbedingungen gemacht. Dies wird jedoch aus der Überschrift des Abschnitts 7 (Vereinbarungen über Normen) nicht ersichtlich. Die Gemeinsamkeiten zwischen technischen Normen und kaufmännischen Einkaufsbedingungen sind zudem begrenzt. Wir regen daher an, die Ausführungen zu den Standardverkaufsbedingungen in einen eigenständigen Abschnitt zu verschieben.

² *Value Based Services*: Im Zentrum dieses Szenarios stehen IT-Plattformen, die Daten aus der Nutzung von vernetzten Produkten – das können beispielsweise Maschinen und Anlagen für Produktionszwecke sein – sammeln, analysieren, aufbereiten und daraus bedarfs- und nutzergerechte individuelle Services anbieten. Eine optimierte Wartung zum richtigen Zeitpunkt oder auch die rechtzeitige Bereitstellung der richtigen Prozessparameter für die aktuell geforderte Fertigungsaufgabe sind Beispiele dafür.

bb) Abschnitt 7 spricht von „Norm“. Im technischen Recht wird aber zwischen „Norm“ und „Standard“ differenziert. Die DIN EN 45020 definiert den Begriff der Norm als „Dokument, das mit Konsens erstellt und von einer anerkannten Institution angenommen wurde und das für die allgemeine und wiederkehrende Anwendung Regeln, Leitlinien oder Merkmale für Tätigkeiten oder deren Ergebnisse festlegt (...)“. Eine Norm wird also in einem festgelegten Prozess innerhalb einer Normungsorganisation entwickelt. Im Gegensatz dazu kann ein Standard z. B. durch ein Konsortium von Unternehmen oder auch von einem einzelnen Unternehmen entwickelt werden. Eine Norm stellt also letztendlich einen speziellen Standard dar, an dessen Entwicklung besondere Anforderungen hinsichtlich Konsenses und Autorisierung gestellt werden. Neben den autorisierten Normungsorganisationen (DIN, CEN, ISO etc.) existieren auch Standardisierungsorganisationen, die in der Regel als Konsortien von Interessensvertretern gebildet sind (z. B. World Wide Web Consortium – W3C).

cc) Wir verstehen den Abschnitt 7 der derzeit geltenden Horizontal-LL so, dass er sowohl Normen als auch Standards erfasst (vgl. Rn. 257 der Horizontal-LL, Fußnote 1). Aus unserer Sicht könnte das in einer novellierten Fassung begrifflich jedoch noch stärker herausgearbeitet werden. Auch könnte in einer novellierten Fassung klargestellt werden, ob es jeweils besondere Anforderungen für Normen einerseits und Standards andererseits gibt, und wenn ja, welche.

b) Kooperationen zu Standardisierungen

Mit der stärkeren Vernetzung im Rahmen von Industrie 4.0 gewinnen vor allem Kooperationen im Bereich der Standardisierung an Bedeutung. Die Voraussetzungen in den Horizontal-LL (Rn. 280) sind bei Standardisierungen durch Normenorganisationen oder Konsortien einfach umzusetzen. Bei den Anwendungsszenarien Industrie 4.0 erfolgt die konkrete Zusammenarbeit jedoch häufig bilateral oder innerhalb eines eingeschränkten Kreises von Marktteilnehmern, um neue Geschäftsmodelle mittels einer gegenseitigen Vernetzung und Interoperabilität zu erschließen oder Lieferbeziehungen datenbasiert zu automatisieren. Zum Zeitpunkt der Kooperation ist noch nicht absehbar, ob sich daraus ein Branchenstandard entwickeln kann. Hier bedarf es klarstellender Regelungen, dass auch diese Formen der Zusammenarbeit als zulässige Kooperationen anzuerkennen sind.

Nach Auffassung der EU-Kommission muss Dritten kein Zugang zu einem Standard gewährt werden, solange mehrere konkurrierende Standards existieren oder ein wirksamer Wettbewerb zwischen genormten und nicht genormten Lösungen herrscht (Rn. 294 LL). Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen könnten dann gegeben sein, wenn die Wahrscheinlichkeit groß ist, dass sich de facto ein branchenüblicher Standard entwickeln kann. Diese Gefahr sieht die EU-Kommission insbesondere bei hohen Marktanteilen der Wettbewerber. Eine genaue Festlegung von Marktanteilsschwellen fehlt jedoch. Der BDI bestärkt die EU-Kommission, bei ihrer Auffassung zu bleiben, dass auch hohe Marktanteile

der Parteien nicht unbedingt den Schluss zulassen, dass die Norm wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat (Rn. 296 LL).

4.19 Bieten die Horizontal-LL Ihrer Ansicht nach hinreichende Rechtssicherheit bezüglich anderer Arten von Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, auf die die geltenden Horizontal-LL nicht eigens eingehen (z. B. Nachhaltigkeitsvereinbarungen)?

- a) Das Thema **Nachhaltigkeit** sollte aus Gründen der Rechtssicherheit (Art. 101 Abs. 3 AEUV führt Nachhaltigkeit nicht explizit auf) – soweit bereits möglich – in den Leitlinien geregelt werden, um die Zulässigkeit von Kooperationen zwischen Wettbewerbern im Rahmen von politischen Vorgaben und Selbstverpflichtungen klarzustellen. Hier ist natürlich noch viel im Fluss. So ist nicht klar, ob Nachhaltigkeitskriterien beispielsweise wie „technische Normen“ behandelt werden können. Das EU-Wettbewerbsrecht enthält aus unserer Sicht kein klares Instrumentarium, um das bestehende Spannungsfeld zwischen wettbewerbsblichen und wettbewerbsfremden Aspekten aufzulösen. Derzeit kommen aus unserer Sicht in vielen Bereichen eher Experimentierräume für Pionier- und Pilotprojekte in Betracht, sofern diese überhaupt von wettbewerbspolitischer Relevanz sein sollten. Zu Vereinbarungen zwischen Unternehmen infolge von Brancheninitiativen gibt es unseres Wissens auch noch keine ausgeprägte Fallpraxis. Die bisherige Fallpraxis führt insbesondere die Schwierigkeiten bei der Unterscheidung von wettbewerbsneutralen, pro-kompetitiven und wettbewerbsbeeinträchtigenden Initiativen und Absprachen vor Augen.

Allerdings könnten die Leitlinien ggf. zwei Aspekte bereits jetzt aufgreifen und deren Voraussetzungen im Einklang mit dem Wettbewerbsrecht näher erläutern:

1. Gemeinsame Umwelt-/Nachhaltigkeitslabel von Wettbewerbern (Fair Trade etc.)
 2. Staatliche Institutionen (z. B. Umweltministerium) verlangen eine „Selbstverpflichtung“ von Industrie und Handel (z. B. die Selbstverpflichtung, Tüten im Handel nicht mehr kostenlos abzugeben). Hier sollte klargestellt werden, dass Unternehmen, die an einem solchen von staatlichen Institutionen moderierten Selbstverpflichtungsprozess teilnehmen, nicht Gefahr laufen, gegen Art. 101 und 102 AEUV zu verstoßen.
- b) Ein weiteres wichtiges Thema wären Leitlinien für den **Austausch technischer Informationen**. Wie oben bereits erwähnt, hat das gegen mehrere Automobilhersteller eingeleitete Verfahren wegen Einschränkung des Wettbewerbs bei Abgasreinigungstechnologien (vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 5. April 2019, IP/19/2008), zu einem erheblichen Maß an Rechtsunsicherheit in diesem Bereich

geführt und einen horizontalen Austausch zur Entwicklung von nachhaltigen Technologien in allen Sektoren gebremst. Hier bedarf es klarer und für die technischen Einheiten auch verständlicher Orientierungshilfe in den überarbeiteten Horizontal-LL.

c) Ausweitung des Begriffs „einzige wirtschaftliche Einheit“ (Rn. 11 der Horizontal-LL) auf gemeinsam kontrollierte Joint Ventures:

Rn.11 besagt, dass wenn ein Unternehmen bestimmenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausübt, beide eine „einzige wirtschaftliche Einheit“ und daher Teil „desselben Unternehmens“ bilden. Es ist derzeit unklar, ob darunter auch gemeinsam kontrollierte Joint Ventures zusätzlich zu den allein kontrollierten Tochtergesellschaften fallen. Sollte sich der Begriff der „einzigen wirtschaftlichen Einheit“ nicht auf gemeinsam kontrollierte Joint Ventures beziehen, würde dies deren Behandlung in anderen Bereichen widersprechen.

Die Horizontal-LL sollten den Begriff der einzigen wirtschaftlichen Einheit ausdrücklich auf die Beziehung zwischen einer Muttergesellschaft und ihrem gemeinsam kontrollierten Joint Venture ausdehnen, um die Behandlung gemeinsam kontrollierter Joint Ventures in den verschiedenen Bereichen des EU-Wettbewerbsrechts anzugleichen und eine in sich konsistente Rechtsanwendung sicherzustellen.

4.21 Gibt es Ihrer Ansicht nach außer den in den geltenden Horizontal-LL genannten Arten von Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit andere, auf die die Horizontal-LL eigens eingehen sollten, um die Rechtssicherheit zu erhöhen?

a) Kooperation im digitalen Umfeld

Das Thema **Zusammenarbeit/Kooperation im digitalen Umfeld (z. B. Datenpooling, gemeinsame Plattformen)** ist aus unserer Sicht noch zu stark im Fluss, um es derzeit abschließend im Rahmen einer Novelle der Horizontal-LL lösen zu können. Datenpooling bietet Unternehmen beispielsweise eine größere Datenbasis für analytische Zwecke und ermöglicht es ihnen, ihre Lösungen zu verbessern und innovative Lösungen zum Nutzen der Kunden zu schaffen. Die Horizontal-LL sollten ausdrücklich anerkennen, dass Datenpooling wettbewerbsfördernd ist. Soweit möglich, sollten die Leitlinien auch diese neuen Gestaltungsformen adressieren, ggf. auch Safe Harbors oder Experimentierräume vorschlagen.

Darüber hinaus bedarf es flankierender Maßnahmen, etwa in Form von verbindlichen Auskünften zur Zulässigkeit eines Vorhabens in begründeten Einzelfällen. Die in Deutschland eingesetzte Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 hat konstatiert, dass sowohl „*Datenkooperationen – also Vereinbarungen zwischen Unternehmen über das Austauschen, Teilen und Zusammenführen von Daten – als auch Kooperationen beim gemeinsamen Aufbau von Plattformen, digitalen Netzwerken und Ökosystemen schwierige kartellrechtliche Fragen aufwerfen, die Kooperationsbereitschaft bremsen.*“ Dieses Gremium plädiert daher für

neue verfahrensrechtliche Instrumente, um Unternehmen die Möglichkeit zu geben, Rechtssicherheit über die kartellrechtliche Zulässigkeit neuartiger Kooperationen zu erlangen. Vorgeschlagen wird, auf europäischer Ebene ein freiwilliges Anmeldeverfahren für Kooperationen einzuführen, die offene Rechtsfragen aufwerfen und von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sind. Der BDI hatte für diese Fälle ein „Widerspruchsverfahren“ vorgeschlagen mit der Folge, dass keine Bußgelder und keine kartellrechtlichen Schadensersatzklagen geltend gemacht werden können, solange die zuständige Behörde einer angezeigten Kooperation nicht widerspricht. Mehr Rechtssicherheit und eine einfachere Handhabung würden allerdings weitere Safe Harbors oder Experimentierräume bieten.

b) Bietergemeinschaften

Die Horizontal-LL sollten klarstellen, dass gemeinsame Angebote von Wettbewerbern nur dann potenzielle wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben können, wenn eine Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern tatsächlich zu einer Verringerung der Anzahl der Angebote (d. h. des Wettbewerbsdrucks) führt, die ein Kunde erhalten könnte. Dies könnte der relevante Test für die Bewertung der potenziellen Auswirkungen auf den Wettbewerb durch gemeinsame Angebote von Wettbewerbern sein. Die Leitlinien sollten außerdem klarstellen, dass es ausreicht, wenn z. B. nur einer von zwei Wettbewerbern ein Angebot nicht unabhängig voneinander abgeben kann. In einem solchen Fall wird eine Zusammenarbeit zwischen diesen Wettbewerbern die Anzahl der Angebote (d. h. den Wettbewerbsdruck) auf dem Markt nicht verringern, da einer der beiden Wettbewerber überhaupt nicht in der Lage wäre, allein ein Angebot abzugeben. Im Gegenteil, die Konsortien könnten aufgrund der Zusammenarbeit zwischen den Wettbewerbern zum Vorteil des Kunden ein niedrigeres oder technisch besseres Angebot abgeben. Die Horizontal-LL sollten praxisrelevante Beispiele für die Gründe liefern, die die Bildung eines Konsortiums zwischen Wettbewerbern rechtfertigen können (*vgl. auch zur Möglichkeit der Erweiterung des Arbeitsgemeinschaftsgedankens in 4.21 c*).

Allerdings sollten bei einer Orientierungshilfe auch die bereits im Vergaberecht geltenden Prinzipien, Wertungen und Entscheidungen keinesfalls außer Acht gelassen werden. Jedenfalls in Deutschland haben die Instanzgerichte bei der Zulässigkeit von Bietergemeinschaften regelmäßig auch kaufmännische Argumente bei der Frage des „Nichtkönnens“ berücksichtigt und den Unternehmen eine kaufmännische Einschätzungsprärogative überlassen.

c) Zuliefervereinbarungen

Zuliefervereinbarungen zwischen Wettbewerbern werden nur kurz in den Horizontal-LL erwähnt (Rn. 150 f.). Zuliefervereinbarungen zwischen Wettbewerbern oder potenziellen Wettbewerbern über Produkte, Dienstleistungen, Softwarelösungen oder Daten sind für viele Anwendungsszenarien von Industrie 4.0 essentiell, um dem Bedarf an

flexiblen und schnellen neuen Lösungen gerecht werden zu können. Der Bedarf nach schnellen, kompatiblen Lösungen macht Kooperationen im Kundeninteresse unerlässlich, da häufig kein Anbieter in der Lage ist, ohne Weiteres die passenden Produkte zu liefern, insofern also auf die Zusammenarbeit mit anderen – potenziell konkurrierenden – Anbietern angewiesen ist.). Echte Zuliefervereinbarungen regeln sich derzeit nach der Zulieferbekanntmachung von 1978 und müssen mit *Know-how* verbunden sein, das der Abnehmer dem Zulieferer für die Produktion zu Verfügung stellt. Das ist unter Wettbewerbern schwierig, weil sie tendenziell eigenes *Know-how* haben.

In diesem Zusammenhang wäre zunächst an eine **klarstellende Erweiterung des Arbeitsgemeinschaftsgedankens** zu denken, um solche Kooperationen im Bereich Industrie 4.0 von vornherein aus dem Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV auszunehmen (*dieser Gedanke kann auch für 4.21 b) oben fruchtbar gemacht werden*). Der Arbeitsgemeinschaftsgedanke ist nach derzeitiger Rechtsanwendungspraxis auf Zusammenarbeitsformen zwischen potenziellen Wettbewerbern aufgrund des Erfordernisses der „Unerlässlichkeit“ allerdings hohen Hürden ausgesetzt. Insofern wäre an eine verbindliche gesetzgeberische Klarstellung (Ausweitung des Arbeitsgemeinschaftsgedanken) zu denken.

Der Arbeitsgemeinschaftsgedanke findet sich auf europäischer Ebene in Rn. 30 der Horizontal-LL wieder. Kann ein Wettbewerber ein Projekt nicht selbständig durchführen oder ein Angebot nicht selbständig unterbreiten, hat es gerade keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen, wenn er sich mit einem anderen in derselben Lage befindlichen Wettbewerber koordiniert und beide gemeinsam ein Angebot unterbreiten. Denn dadurch verbessert sich die wettbewerbliche Struktur des Marktes – Wettbewerb wird durch diese Art der Konzertierung überhaupt erst ermöglicht. Die Kommission setzt allerdings einen strengen Prüfmaßstab an. Die beteiligten Unternehmen dürfen zu einer unabhängigen Erbringung der in Frage stehenden Leistung nicht in der Lage sein. Neben der selbständigen Undurchführbarkeit aus wirtschaftlichen Gründen kommen auch fehlendes *Know-how*, unzureichende Kapazitäten oder unzureichende finanzielle Mittel in Betracht.

Der von den Horizontal-LL (Rn. 169 f.) vorgesehene Safe Harbor (20 % gemeinsamer Marktanteil) gestaltet sich in dem Zusammenhang wegen der Unwägbarkeiten bei der Marktabgrenzung, insb. bei der Analyse potenziellen Wettbewerbs, häufig als komplex und rechtsunsicher – insbesondere, wenn die Zusammenarbeit im Wesentlichen auf dem Zugang zu bzw. Austausch von Daten aus Produktionsprozessen basiert, denen als solchen keine geeigneten Kriterien für eine Marktabgrenzung zugewiesen werden können. Eine **marktanteilsunabhängige klarstellende Regelung oder zumindest deutliche Erhöhung der Marktanteilschwellen** wäre insoweit wünschenswert.

d) „Kollegenlieferungen“

Der BDI wünscht sich Klarheit zur Zulässigkeit von Kollegenlieferungen. Unter Kollegenlieferungen sind Lieferungen zwischen Wettbewerbern zu verstehen, die zur Deckung eines grundsätzlichen Bedarfs oder eines spezifischen Bedarfs erfolgen, etwa im Fall eines Ausfalls einer Produktionsanlage. Ebenfalls werden hierunter Swap-Geschäfte gefasst, bei denen typischerweise Hersteller homogener, transportkostenintensiver Güter Tauschgeschäfte vornehmen, um Transportkosten einzusparen. Kollegenlieferungen werden in zahlreichen Branchen praktiziert, etwa um sich gegen Produktionsausfälle abzusichern, hohe Transportkosten zu minimieren oder das Produktportfolio zu ergänzen.

Kollegenlieferungen sollten stets nach ökonomischen Gesichtspunkten auf ihre wettbewerblichen Auswirkungen untersucht werden. Verfolgen die Wettbewerber mit der Kollegenlieferung legitime, ökonomisch rationale Zwecke, sollten die Vereinbarungen nur dann unzulässig sein, wenn sie spürbare negative Auswirkungen auf den Wettbewerb entfalten und nicht durch Effizienzen gerechtfertigt sind. Es wird angeregt, in die Leitlinien Grundsätze und möglichst einen *Safe Harbor* aufzunehmen, an denen sich die Unternehmen orientieren können.

e) Kooperationen über Gemeinschaftsunternehmen

Der Bundesgerichtshof (Deutschland) und das Bundeskartellamt gehen davon aus, dass im Regelfall Gemeinschaftsunternehmen gegen das Kartellverbot verstoßen, wenn zumindest zwei Muttergesellschaften und das Gemeinschaftsunternehmen weiterhin auf ein und demselben Markt tätig sind. Eine solche Vermutung zulasten der Unternehmen stellt ein erhebliches Innovationshindernis für neue Geschäftsmodelle im Bereich Industrie 4.0 dar. Es ist aber gerade nicht der Regelfall, dass Gemeinschaftsunternehmen nur zu dem Zweck gegründet werden, eine Koordinierung der Muttergesellschaften zu ermöglichen.

Mögliche legitime Gründe für Kooperationen in Form eines Gemeinschaftsunternehmens mit einem oder mehreren Wettbewerbern:

- Vorbehalte, die eigenen Produkte oder Dienstleistungen über eine Plattform eines Wettbewerbers zu vertreiben. Es kommt nur eine Beteiligung als gleichberechtigter Partner in Form eines Gemeinschaftsunternehmens in Betracht.
- Ein Unternehmen möchte das Risiko eines neues Geschäftsmodells zunächst lieber mit einem weiteren Partner teilen, ohne jedoch die bisherigen „klassischen“ Vertriebswege zugunsten des Gemeinschaftsunternehmens aufgeben zu wollen und alles auf eine Karte zu setzen.

Ist **organisatorisch und technisch sichergestellt, dass das Gemeinschaftsunternehmen unabhängig von den Muttergesellschaften am Markt agiert, entsteht** mit dem Gemeinschaftsunternehmen ein zusätzlicher Marktteilnehmer zu den im Wettbewerb stehenden Muttergesellschaften und ist damit **wettbewerbsfördernd**.

f) Kooperationen beim Einkauf

Müssen Software oder Services für die Vernetzung zwischen zwei Unternehmen extern zugekauft werden, ist dies in Form einer Einkaufskooperation möglich (bei Marktanteilsschwellen unter 15 %), (Rn. 208 LL). Doch auch ohne gemeinsamen Einkauf muss eine Koordinierung über die Auswahl eines geeigneten Softwareanbieters und die technischen Anforderungen als notwendige Nebenabrede für eine Vernetzung zwischen zwei Unternehmen zulässig sein. Dieses Beispiel lässt sich auch auf andere Produktbereiche übertragen.

Ermöglichen die nachstehenden Bestimmungen Ihrer Erfahrung nach die korrekte Ermittlung der Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, die mit Art. 101 AEUV im Einklang stehen?

4.23 Die Liste der Begriffsbestimmungen für FuE-Vereinbarungen, die freigestellt werden können, in Art. 1 der FuE-GVO.

a) Definition des Begriffs „Forschung und Entwicklung“

Die Definition des Begriffs „Forschung und Entwicklung“ (Art. 1 Abs. 1 lit. c) FuE GVO) ist klarstellungsbedürftig. Aufgrund der Aufzählung der verschiedenen Alternativen einschließlich der „Erlangung von Rechten des geistigen Eigentums an den Ergebnissen“ können potentiell einfachste Sachverhalte, wie beispielsweise eine banale Softwareerstellung, unter die Definition fallen. Insoweit sollte zumindest deutlich werden, dass – urheberrechtlich gesprochen – eine gewisse Schöpfungshöhe erforderlich ist, damit es sich um Forschung und Entwicklung handeln kann. Zudem sollte die Definition insgesamt verschlankt und präziser werden.

b) Zahlungen vs. Finanzierungen

Bloße Zahlungen für FuE sollten im Rahmen der Bekanntmachung der Kommission vom 18. Dezember 1978 über die Beurteilung von Zulieferverträgen („Zulieferbekanntmachung“) behandelt werden. Manchmal erwägen Unternehmen die Auslagerung von Forschung und Entwicklung an ein anderes Unternehmen. Dies kann mehrere Gründe haben, wie z. B. mangelnde Fachkenntnisse, fehlende Kapazitäten usw. Die Idee bei der Auslagerung von FuE ähnelt in der Regel einem Unterauftrag, bei dem der Unterauftragnehmer die Produkte herstellt und sie ausschließlich an den Auftraggeber liefert. Daher sollte sie im Rahmen der Zulieferbekanntmachung behandelt werden. Gegenwärtig würden solche Zahlungen an andere Unternehmen als „finanzierte Forschung“ qualifiziert und damit in den Anwendungsbereich der FuE-GVO fallen.

c) Begriff des „potentiellen Wettbewerbers“, Art. 1 Abs. 1 t) FuE-GVO

Vgl. hierzu Antwort unten zu 7.1.

4.25 Die in Art. 3 der FuE-GVO aufgeführten Freistellungs Voraussetzungen, die sich z. B. auf den Zugang zu den Endergebnissen, den Zugang zum vorhandenen Know-how und die gemeinsame Verwertung beziehen.

a) Notwendigkeit der Vereinfachung und Klarstellung, dass gemeinsame FuE-Vereinbarungen im Allgemeinen wettbewerbsfördernd sind

Insgesamt sollte die FuE-GVO vereinfacht werden. Es handelt sich um eine äußerst komplexe GVO, die es schwer macht, die gewünschte Rechtssicherheit zu erreichen.

Die strengen Anforderungen und die Komplexität der FuE-GVO führen bei den Unternehmen zu großer Unsicherheit, ob ihre gemeinsamen FuE-Vereinbarungen mit dem EU-Wettbewerbsrecht vereinbar sind oder nicht. Dies betrifft beispielsweise FuE-Projekte mit dem Ziel, mittels neuer Technologien die CO₂-Emissionen zu senken oder zu vermeiden. Erfolgreiche Projekte können dabei die Zusammenarbeit zwischen Unternehmen auch auf der gleichen Produktionsstufe erfordern. Die überarbeitete FuE-GVO und die Horizontal-LL sollten den allgemein wettbewerbsfördernden Charakter gemeinsamer FuE-Kooperationen stärker betonen und klarere Anleitungen geben, damit Unternehmen sicherstellen können, dass ihre FuE-Vereinbarung wettbewerbsfördernd sind, auch wenn diese nicht alle Anforderungen des Art. 3 FuE-GVO erfüllen.

So sollte beispielsweise speziell bei der Auftragsforschung in der GVO oder in den Leitlinien klargestellt werden, dass diese in der Regel nicht wettbewerbsbeschränkend ist und nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt (vgl. *hierzu auch unter b*). Im Regelfall wird ein industrieller Auftraggeber ein spezialisiertes öffentlich-rechtliches oder privates Forschungsinstitut mit einer Forschung beauftragen. Diese stehen mit dem Auftraggeber üblicherweise nicht im Wettbewerb. Die von der Kommission in Erwägungsgrund 17 dargestellte Fallgestaltung der Beauftragung von Wettbewerbern – die die Grundlage der Aufnahme der Auftragsforschung in die FuE-GVO bildet – erscheint demgegenüber eher theoretischer oder jedenfalls nachgelagerter Natur. Dass sich alle übrigen Konstellationen an dieser einen (eher theoretischen) Fallgestaltung messen lassen müssen, stellt aus unserer Sicht ein Innovationshemmnis dar. Die Kommission sollte daher überlegen, ob sie nicht aus Gründen der Rechtssicherheit klarstellen könnte, welche Forschungs- und Entwicklungsaufträge per se nicht wettbewerbsbeschränkend sind und daher die Freistellungs Voraussetzungen der FuE-GVO, vor allem die des Art. 3 FuE-GVO, nicht erfüllen müssen.

Wir weisen zudem darauf hin, dass die Anwendung aller Voraussetzungen der FuE-GVO als horizontaler GVO auf vertikale Sachverhalte erhebliche Hindernisse für Innovationen in der Wertschöpfungskette schafft. Dies ist der Fall, obgleich die Kommission gemäß Ziff. 130 Horizontal-LL und Ziff. 18 der Erwägungsgründe der FuE-GVO grundsätzlich von einer nicht wettbewerbsbeschränkenden Wirkung solcher Vereinbarungen ausgeht.

Diese Erwägungen und die Differenzierung zwischen horizontalen und vertikalen FuE-Konstellationen müssten deutlicher in der FuE-GVO selbst zum Ausdruck kommen.

Unsicherheiten bestehen schon bei der Abgrenzung zwischen einer FuE-Kooperation und einer Anpassung von Waren eines Lieferanten an die Bedürfnisse eines Kunden im Rahmen eines vertikalen Austauschverhältnisses. Diese ist kaum trennscharf möglich und führt mit der Anwendung entweder der FuE-GVO oder aber der Vertikal-GVO doch zu im Einzelnen völlig unterschiedlichen Freistellungsvoraussetzungen. Insbesondere in Vertikalkonstellationen führen die weitgehenden Anforderungen des Art. 3 FuE-GVO ins Leere, da die Partner nicht im Gebiet des jeweils anderen tätig sind, ihnen also eine eigenständige Verwertung gerade nicht möglich ist. Gleichzeitig stellt der erforderliche zeitlich unbefristete Zugang zu den gemeinsamen Endergebnissen und Zugriff auf das zur Verwertung notwendige schon vorhandene Know-how in Verhandlungen stets ein erhebliches Hindernis dar, weil damit das große Risiko des Wissensabflusses von Know-how und Betriebsgeheimnissen verbunden ist.

Entsprechend schlagen wir vor, vertikale FuE-Vereinbarungen per se freizustellen. Mögliche Risiken z. B. aus der Zusammenarbeit zweier forschungsstarker und ihren Markt beherrschenden Unternehmen sollten allein durch die Anwendbarkeit der Regeln zu Kernbeschränkungen im Sinne des Art. 5 FuE-GVO eingehegt werden.

b) Streichung der Anforderungen in Art. 3 Abs. 2 FuE-GVO

Art. 3 Abs. 2 FuE-GVO verlangt, dass in gemeinsamen FuE-Vereinbarungen ausdrücklich das volle Zugangsrecht zu den Ergebnissen für die Zwecke der weiteren Forschung und Entwicklung festgelegt wird.

Das Erfordernis des Zugangs aller Parteien zu den Ergebnissen ruft derzeit erhebliche Unsicherheiten hervor.

Der Auftraggeber hat bei der Auftragsforschung ein hohes Interesse daran, die von ihm finanzierten Forschungs- und Entwicklungsergebnisse zur ausschließlichen Nutzung zu erhalten. Jeder Zwang zu Einräumung von Nutzungsrechten an diesen Forschungs- und Entwicklungsergebnissen zugunsten des Auftragnehmers oder aber die Ausreichung von Rechten am vorhandenen Know-how des Auftragsgebers an den Auftragnehmer führt zu einer Entwertung des Auftragsverhältnisses und verhindert die Vergabe von Forschungs- und Entwicklungsaufträgen.

Die vermeintliche Lösung dieser Problematik durch Art. 3 Abs. 2, Satz 2 FuE-GVO („... und sich üblicherweise nicht mit der Verwertung von Ergebnissen befassen,“) geht fehl, da entsprechende Dienstleister Ergebnisse in Form der Übertragung an den Auftraggeber verwerten bzw. öffentliche Einrichtungen regelmäßig zumindest bei schutzrechtsfähigen Ergebnissen eine Verwertung durch Lizenzvergabe an Auftraggeber oder Dritte vornehmen. Damit befassen sich diese Unternehmen üblicherweise mit der Verwertung von Ergebnissen.

Abgesehen davon, dass dieses Erfordernis in Fällen der Auftragsforschung höchst fraglich ist, wird das Erfordernis zum Teil so ausgelegt, dass bei einem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 FuE-GVO automatisch auch eine Wettbewerbsbeschränkung (die dann zwingend nicht freigestellt ist) vorliegt. Diese Anforderung ist unnötig und hat eine abschwächende Wirkung auf die Innovation. Die wettbewerbsfördernde Wirkung einer gemeinsamen Forschung und Entwicklung hängt nicht von zukünftigen FuE-Bemühungen ab, die auf den Ergebnissen basieren. Der künftige Innovationswettbewerb ist ausreichend durch die Kernbeschränkung von Art. 5 (a) FuE-GVO geschützt, wonach die Parteien nach Abschluss der gemeinsamen FuE nicht in ihren zukünftigen FuE-Aktivitäten beschränkt werden dürfen. Die FuE-GVO sollte daher die strengen und unnötigen und unpraktischen Anforderungen in Art. 3 Abs. 2 FuE-GVO streichen.

Sollten diese Anforderungen nicht wegfallen, sollte mindestens klargestellt werden, dass bei der Auftragsforschung der Auftragnehmer vollständig vom Zugang zu den Ergebnissen ausgeschlossen werden kann, ohne dass damit eine Wettbewerbsbeschränkung oder sogar ein Hardcore-Verstoß (wie bspw. kein passiver Verkauf zulässig mangels Zugangs zu den Ergebnissen) vorliegt. Hilfsweise sollte Art. 3 Abs. 2, Satz 2 FuE-GVO so abgeändert werden, dass der Passus „(...) und sich üblicherweise nicht mit der Verwertung von Ergebnissen befassen,“ entfernt wird.

Weitere Argumente für eine Einschränkung des Zugangsrechts (und weitere Differenzierung hinsichtlich verschiedener Fallgestaltungen) sind Folgende: Bei der **Auftragsforschung** muss berücksichtigt werden, dass der Bewertungsrahmen der FuE-GVO mit dem Grundsatz der gemeinsamen Verwertung – also eben keiner Aufteilung der Ergebnisse – sich mehr an horizontalen Kooperationen orientiert und daher weniger **rein vertikale FuE-Kooperationen** im Blick hat. Zudem lässt Art. 3 Abs. 2 Satz 3 FuE-GVO erkennen, dass in einer rein vertikalen Auftragsentwicklung der Grundsatz, dass beide Parteien Zugang zum Foreground-IP bekommen müssen, nicht immer gilt: Unternehmen, die FuE-Leistungen in Form gewerblicher Dienste erbringen und sich üblicherweise nicht mit der Verwertung von Ergebnissen befassen, können verpflichtet werden, die Ergebnisse nur für die Zwecke weiterer Forschung zu nutzen. Mithin wäre dann ein ausschließliches gewerbliches Nutzungsrecht für den Auftraggeber freigestellt. Wenn ein „normales“ Unternehmen in seiner spezifischen Funktion als Auftragsentwickler für Dritte tätig ist, sollte der Regelungsgedanke aus Satz 3 zumindest analog angewendet werden. Dieser Schluss wird auch durch Rn. 131 der Horizontal-LL ausdrücklich bestätigt. Danach hat ein exklusives Verwertungsrecht zugunsten des Auftraggebers im Rahmen des Outsourcings von FuE-Tätigkeiten keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV.

Darüber hinaus spricht auch für diese Bewertung: Wenn man mit Art. 101 AEUV vereinbar ausschließliche Warenlieferverträge abschließen kann, dann müssen ausschließliche Dienstleistungsverträge in derselben Weise zulässig sein.

Selbst wenn man jedoch von einer Beschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV ausginge, wäre die exklusive Zu- bzw. Aufteilung in o. g. Fällen sinnvoll und sogar wettbewerbsfördernd und mithin gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV zulässig. Auf diese Möglichkeit der Einzelfreistellung weist auch Rn. 140 der Horizontal-LL ausdrücklich hin. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Auftraggeber, wie z. B. Pharma-Firmen niemals einen FuE-Auftrag an Dritte erteilen, wenn sie damit rechnen müssten, dass der Auftragnehmer das im Auftrag und gegen Bezahlung entwickelte Foreground-IP zumindest nach 7 Jahren selbst nutzen dürfte. Mithin ist die Beschränkung auch unerlässlich, da es ansonsten überhaupt nicht zu Auftragsforschungen käme, was dem wissenschaftlichen Fortschritt zugunsten von Verbrauchern abträglich wäre.

Möglichkeit der Aufteilung von Foreground-IP in **vertikalen FuE-Fällen**: Der Rohstoffproduzent soll das auf sein Produkt bezogene Foreground-IP und der Kunde das im Zusammenhang mit seiner Anwendung stehende Foreground-IP für sich beanspruchen können, weil die FuE-GVO erst dann Anwendung findet, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung vereinbart wird. Diese liegt aber nicht vor, weil die Parteien lediglich vereinbaren, dass der Rohstofflieferant die IP-Rechte auf der Rohstoffebene und der Kunde die auf der nächsten Wertschöpfungsstufe erhält, auf der der Rohstofflieferant gar nicht tätig ist.

Gleiches müsste gelten für die Zuteilung von neuem IP, das ein **Lohnfertiger** im Rahmen der Lohnfertigung entwickelt. Dies kann dem Auftraggeber ausschließlich zugeteilt werden, sofern die Zuteilung sich auf das Geschäftsfeld des Auftraggebers beschränkt. Dass der Lohnfertiger das Know-how für Drittanwendungen nutzen darf, veranlasst überhaupt seine FuE-Tätigkeit.

Klarstellungen in diese Richtung in der neuen FuE-GVO wären wünschenswert, würden die derzeitigen Regeln klarer gestalten und würden sie letztlich auch nicht „aufweichen“, da diese Wertungen spätestens im Rahmen einer Einzelfreistellung zulässigerweise bereits jetzt vorgenommen werden können.

c) Abschaffung der Verpflichtung zur Lizenzierung von Hintergrund-IP

Art. 3 Abs. 2 FuE-GVO besagt, dass Unternehmen in ihrer FuE-Vereinbarung festlegen müssen, dass jeder Partei Zugang zu bereits bestehendem Know-how (d. h. Hintergrund-Know-how) der anderen Partei gewährt werden muss, wenn dies für die Verwertung der Ergebnisse unerlässlich ist.

In der Praxis hat diese Anforderung die Bereitschaft von Unternehmen teilweise erheblich gedämpft, sich an gemeinsamer Forschung und Entwicklung zu beteiligen, was nicht im Sinne der FuE-GVO ist. In Zeiten, in denen Innovation entscheidende Bedeutung zukommt, sollte die überarbeitete FuE-GVO diese Anforderung aufheben und es den Parteien der gemeinsamen FuE-Vereinbarung überlassen, Zugangsrechte zu geistigem Eigentum und Verwertungsrechte festzulegen. Die Verifizierung

möglicherweise relevanter Schutzrechte kann mitunter angesichts größerer Portfolios in den Unternehmen äußerst schwierig und zeitaufwändig sein. Die Einhaltung der festgelegten Verpflichtung und eine daraus resultierende Nichteinhaltung der Verpflichtung birgt für die Parteien ein mögliches Haftungsrisiko.

Sollte eine Festlegung der zu offenbarenden Schutzrechte nicht allein den Vereinbarungen der Parteien überlassen werden, sollte sich die Anforderung lediglich auf ein angemessenes Bemühen zur Identifizierung relevanter Rechte des geistigen Eigentums und der Offenlegung der relevanten Ergebnisse dieser Bemühungen beziehen.

4.27 Das Fehlen einer Marktanteilsschwelle für Unternehmen, die keine Wettbewerber sind, die Marktanteilsschwelle von 25 % für Wettbewerber und ihre Anwendung nach den Art. 4 und 7 der FuE-GVO.

a) Streichung des Verweises auf Marktanteile auf Technologiemärkten

Die derzeitige FuE-GVO sieht 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 % nicht übersteigt. Eine ähnliche Bestimmung gilt für nicht konkurrierende Unternehmen nach 7 Jahren ab der Verwertung.

Der Begriff des Technologiemarktes ist nicht praktikabel und bringt keinen Mehrwert für die Bewertung. In der Praxis ist es sehr unwahrscheinlich, dass die Unternehmen einen klaren Überblick über alle konkurrierenden Technologien haben. Noch unwahrscheinlicher ist es, dass Unternehmen ihren Marktanteil auf einem solchen Markt berechnen können. Angesichts der Tatsache, dass FuE-Vereinbarungen im Allgemeinen wettbewerbsfördernd sind, sollte in der überarbeiteten FuE-GVO der Verweis auf Technologiemarkte gestrichen und die Marktanteilsschwelle auf die relevanten Produktmärkte begrenzt werden.

b) Freistellung von vertikalen FuE-Vereinbarungen

Entsprechend unseren Ausführungen zu 4.25 a) schlagen wir vor, vertikale FuE-Vereinbarungen per se freizustellen. Mögliche Risiken z. B. aus der Zusammenarbeit zweier forschungsstarker und ihren Markt beherrschenden Unternehmen sollten allein durch die Anwendbarkeit der Regeln zu Kernbeschränkungen im Sinne des Art. 5 FuE-GVO eingehegt werden.

Im Falle der Beibehaltung des jetzigen Regimes wäre hinsichtlich der Marktanteilsschwellen in Art. 4 Abs. 3 FuE-GVO eine Klarstellung wünschenswert, dass im Falle von Nicht-Wettbewerbern die Berechnung des „gemeinsamen Anteils“ nicht durch eine Addition der Marktanteile auf verschiedenen Märkten (auf denen jeweils nur eine der Parteien tätig ist) erfolgt, sondern jeder Markt isoliert zu betrachten ist.

c) Erhöhung der Marktanteilsschwellen für FuE-Kooperationen

Gemeinsame FuE-Vereinbarungen sind im Allgemeinen wettbewerbsfördernd und treiben die Innovation voran. Die überarbeitete FuE-GVO sollte daher die Marktanteilsschwellen generell von 25 % auf mindestens 30 % anheben (vgl. auch Antwort zur Höhe der Marktanteilsschwellen 4.3).

d) Weiterer Safe Harbor

Der BDI regt an, in Art. 4 FuE-GVO neben der Marktanteilsschwelle in Anlehnung an die US-amerikanische Praxis einen weiteren *Safe Harbor* in die FuE-GVO oder wenigstens in die Horizontal-LL einzuführen. Nach unserer Auffassung sind generelle Wettbewerbsbedenken auszuschließen, wenn neben der zu beurteilenden FuE-Kooperation mindestens zwei weitere unabhängige Forschungsprojekte mit vergleichbaren Ressourcen bestehen. Diese Ansicht wird auch in der Lehre geteilt (siehe z. B. Fuchs in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Bd.-1, 6. Auflage, FuE-VO, zu Art. 4, Rn. 22.)

Die vorgeschlagene Safe-Harbor-Regelung würde wettbewerbspolitisch richtig auf die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Forschungs- und Innovationsmarkt abstellen und käme ohne eine Betrachtung der Marktanteile auf den gegenwärtigen Produktmärkten aus. Im Falle der Existenz weiterer unabhängiger Forschungsprojekte mit vergleichbaren Forschungsressourcen wäre sichergestellt, dass die beabsichtigte FuE-Kooperation den Forschungs- und Innovationswettbewerb nicht spürbar beschränken kann. Dies würde selbst dann gelten, wenn die FuE-Kooperationspartner auf dem gegenwärtigen Produktmarkt signifikante Marktanteile halten würden. Ihre Marktstellung auf dem gegenwärtigen Produktmarkt sagt noch nichts darüber aus, wie ihre Marktstellung im Hinblick auf den Forschungswettbewerb für die hier in Frage stehende neue Technologie zu beurteilen ist. Die vorgeschlagene Safe-Harbor-Regelung steht auch im Einklang mit der US-amerikanischen Praxis. Eine entsprechende Regelung findet sich auch in den „Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors“ der Federal Trade Commission und des US Department of Justice (April 2000, S. 26 f.).

Wenn auch die US-amerikanischen Kartellbehörden im Jahr 2000 einen *Safe Harbor* erst bei drei weiteren unabhängigen Forschungsprojekten anerkennen wollten, kann man darüber nachdenken, die Schwelle bei zwei weiteren unabhängigen Forschungsprojekten zu setzen. Bereits dann ist in den allermeisten Fällen davon auszugehen, dass eine FuE-Kooperation, selbst zwischen Wettbewerbern und mit gemeinsamer Verwertung, freistellungsfähig ist. Schließlich würde die vorgeschlagene *Safe-Harbor*-Regelung für die Unternehmen ein Mehr an Rechtssicherheit bedeuten, selbst wenn im Einzelfall die Feststellung vergleichbarer Forschungsprojekte nicht immer einfach sein wird.

4.29 Die in Art. 4 festgelegten Grenzen der Freistellungsdauer.

Bei den zeitlichen Grenzen der Freistellungsdauer sollte klargestellt werden, dass für das erstmalige Inverkehrbringen des gemeinsam entwickelten Produktes der Verkauf von Produkten aus Pilotanlagen, Vorserien oder *Ramp-up*-Phasen zu Test- und Marktvorbereitungszwecken nicht ausreichend oder maßgebend ist, sondern allein die umfassende Vermarktung aus der Serienfertigung. Weiterhin fehlt bislang eine Regelung dazu, welche Beschränkungen freigestellt bleiben bzw. welche Konsequenzen sich für die Einräumung von Rechten (nach Art. 3 FuE-GVO) ergeben, wenn sich die Parteien nach gemeinsamer FuE kommerziell nicht über die vorgesehene gemeinsame Verwertung einigen können.

4.31 Die Liste der Kernbeschränkungen in Art. 5 der FuE-GVO (FuE-Vereinbarungen, die solche Beschränkungen bezwecken, dürfen nicht freigestellt werden).

Einführung der Möglichkeit, passive Verkäufe in jeder Art von Spezialisierung einzuschränken (Vertriebsbeschränkung, Art. 5 d) FuE-GVO)

Im Rahmen der FuE-GVO können Unternehmen im Allgemeinen durch Spezialisierung vereinbaren, dass nur ein Unternehmen die Produkte vertreibt, während das andere Unternehmen die Produkte überhaupt nicht vertreibt (d. h. die Produkte weder aktiv noch passiv verkauft).

Unternehmen können auch vereinbaren, bestimmte Gebiete oder Kunden durch Spezialisierung ausschließlich einander zuzuweisen (Art. 5 Buchst. d) FuE-GVO). In diesem Szenario, das weniger weitreichend ist als das vorherige Szenario, in dem nur ein Unternehmen die Produkte vertreibt, können die Unternehmen nur den aktiven Verkauf in dem jeweiligen Gebiet oder an die jeweiligen Kunden beschränken, die ausschließlich dem anderen Unternehmen zugewiesen sind.

Es besteht ein offensichtlicher Widerspruch zwischen diesen beiden Szenarien.

Die Unternehmen haben ein berechtigtes Interesse daran, den aktiven und passiven Verkauf der Produkte durch die andere Partei der FuE-Vereinbarung für einen gewissen Zeitraum zu beschränken. Beispielsweise können Unternehmen 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 insgesamt wettbewerbsfördernden Charakters von FuE-Kooperationen sollte die FuE-GVO die Beschränkung des passiven Verkaufs aufheben und den Parteien einer FuE-Kooperation die Möglichkeit und den Anreiz geben, sich gegenseitig Beschränkungen bei jeder Form der Spezialisierung im Rahmen der Verwertung aufzuerlegen. Dieser Anreiz ist auch wettbewerbspolitisch legitim, da gerade bei innovativen, im Rahmen gemeinsamer FuE entwickelten Produkten ein

großes Risiko von Passivverkäufen besteht und nur bei umfassenden Beschränkungsrechten weiterhin hohe Anreize für gemeinsame FuE und entsprechende Produktinnovation bestehen.

4.39 Die Marktanteilsschwelle von 20 % und ihre Anwendung nach den Art. 3 und 5 der Spezialisierungs-GVO.

Vgl. Antwort zum Konzept und zur Höhe der Marktanteilsschwellen 4.3.

Nach Art. 3 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 Nr. i Spezialisierungs-GVO soll 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, gilt seit Inkrafttreten der GVO im Jahr 2011 eine zweite Marktanteilsschwelle von 20 % auf dem Markt für die nachgelagerten Produkte. Die Freistellungsreichweite der Spezialisierungs-GVO ist durch die Einführung einer zusätzlichen Schwelle eingeschränkt, die praktische Relevanz der Spezialisierungs-GVO geschmälert worden. 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 % 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 % zu erhöhen.

4.41 Die Liste der Kernbeschränkungen in Art. 4 der FuE-GVO (Vereinbarungen, die die Festsetzung der Preise, bestimmte Beschränkungen von Produktion oder Absatz oder die Zuweisung von Märkten oder Kunden bezwecken, dürfen nicht freigestellt werden).

Diese sehr technischen Fragen bedürften noch einer intensiveren Prüfung auf unserer Seite.

4.43 Sollten Ihrer Erfahrung nach auch andere als die in den vorherigen Fragen genannten Aspekte präzisiert, aufgenommen oder gestrichen werden, um die Erläuterungen in den GVOs zu verbessern?

a) Eigene GVO für den Informationsaustausch?

Es sollte zumindest näher geprüft werden, ob das Thema Informationsaustausch, einschließlich des Austausches technischer Informationen, in einer spezifischen GVO mit genau definierten (freigestellten) Freiräumen adressiert werden kann.

b) Nebenabreden in nicht wettbewerblich beschränkenden FuE-Vereinbarungen

Darüber hinaus wiederholt der BDI sein Petitum nach einer deutlichen Klarstellung in den Horizontal-LL, dass Nebenabreden in FuE-Vereinbarungen, die zwar dem Partner Einschränkungen auferlegen, aber nicht den Wettbewerb spürbar beschränken, nicht an den Vorgaben der FuE-GVO zu messen sind. Ansonsten bestünde beispielsweise auch bei einer kartellrechtlich grundsätzlich völlig unproblematischen FuE-Kooperation zwischen Nichtwettbewerbern die Notwendigkeit zur wechselseitigen Einräumung von so genanntem Background Know-how nach Art. 3 Abs. 3 FuE-GVO, sobald die FuE-Vereinbarung eine den Wettbewerb nicht spürbar beschränkende Nebenabrede enthält.

Unter Nebenabreden, die den Wettbewerb nicht spürbar beschränken, sind dabei Bestimmungen zu verstehen, die nicht den eigentlichen Gegenstand der FuE-Vereinbarungen bilden, die aber mit deren Durchführung unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, wie z. B. die Verpflichtung, allein oder mit Dritten während der Dauer der FuE-Kooperation keine FuE-Arbeiten in demselben oder in einem eng benachbarten Bereich zu betreiben.

Eine solche Klarstellung stünde auch im Einklang mit der von der Rechtsprechung anerkannten Immanenz-Ausnahme: Wenn eine FuE-Vereinbarung als solche kartellrechtlich zulässig ist und keinen wettbewerblichen Bedenken begegnet, dann sollte dies auch für die mit der FuE-Vereinbarung zusammenhängenden Nebenabreden gelten. Ansonsten fiel die FuE-Kooperation allein durch die Vereinbarung einer einschränkenden Nebenabrede in den Anwendungsbereich der FuE-GVO und würde die Einhaltung der weitergehenden Anforderungen der FuE-GVO erforderlich machen. Dies erscheint jedoch nicht sachgerecht.

Regelmäßig enthalten fast alle – auch die kartellrechtlich völlig unproblematischen – FuE-Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern Nebenabreden der oben beschriebenen Art. Sinn und Zweck solcher Nebenabreden ist primär die Sicherstellung des Erfolgs der FuE-Arbeiten durch Bündelung der Kräfte in einem Forschungsprojekt, nicht aber die Beschränkung des wettbewerblichen Verhaltens der beteiligten Unternehmen. In diesen Fällen kann es nicht gewollt sein, Art. 101 AEUV und die Vorgaben der FuE-GVO über die „Hintertür“ zur Anwendung zu bringen. Dem entsprechen auch die Aussagen in den Horizontal-LL, dass nur die wenigsten FuE-Kooperationen von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst werden (Rn. 129).

4.44 Erfüllen Ihrer Erfahrung nach auch andere als die in der FuE-GVO und der Spezialisierungs-GVO genannten Arten von Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit die Voraussetzungen des Art. 101 Absatz 3 AEUV?

Ja, zum Beispiel weitere Kooperationen in der Produktion in Form einer Spezialisierung. Produktionsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern in

Form einer Spezialisierung sind nach der Spezialisierungs-GVO in der Regel freigestellt, wenn der gemeinsame Marktanteil nicht mehr als 20 % beträgt. 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.

4.46 Hatten die Horizontal-GVOs und die Horizontal-LL Ihrer Erfahrung nach unerwartete oder nicht beabsichtigte Auswirkungen?

Die zunehmenden Schwierigkeiten bei der korrekten Einordnung in Bezug auf Informationsaustausch und Kooperationsmöglichkeiten generell haben zu einer großen Verunsicherung geführt mit der Folge, dass im Zweifel auch kartellrechtlich zulässige Kooperationen nicht mehr verfolgt wurden. Es finden sich in dieser Stellungnahme auch einige Beispiele hierzu z. B. die faktische Einbeziehung der in der Regel nicht wettbewerbsbeschränkenden Auftragsforschung in den Anwendungsbereich der FuE-GVO (vgl. *hierzu oben 4.25 a*).

5.1 Beschreiben Sie bitte die unterschiedlichen Kosten, die bei der Anwendung der geltenden FuE-GVO, der Spezialisierungs-GVO und der Horizontal-LL anfallen.

Aufgrund ihres höheren Grades an Rechtssicherheit und Präzision sowie ihres Safe-Harbor-Ansatzes ist es je nach vorhandener Expertise im Unternehmen möglich, diese Instrumente ohne externe Rechtsberatung anzuwenden. Die Leitlinien sind dagegen häufig weniger präzise. Abhängig vom Einzelfall ist aber stets zu prüfen, ob ein externer Berater zur Einschätzung eines Vorhabens hinzugezogen werden muss, um kartellrechtliche Probleme zuverlässig auszuschließen. Gerade im Graubereich der Leitlinien oder bei der Anwendung der sehr komplexen FuE-GVO dürfte es daher häufig zur Einholung externen Rechtsrats kommen bzw. zum Aufbau von kostenintensiven spezialisierten In-house-Ressourcen. Daher ist es kaum seriös möglich, bei den Kosten zwischen der Anwendung der Leitlinien und der Anwendung der GVOs zu unterscheiden.

5.5 Wie haben sich die bei der Anwendung der FuE-GVO, der Spezialisierungs-GVO oder der Horizontal-LL anfallenden

Kosten Ihrer Ansicht nach im Vergleich zu den früheren maßgeblichen Rechtsvorschriften (Verordnung 2659/2000 über FuE-Vereinbarungen, Verordnung 2658/2000 über Spezialisierungsvereinbarungen und die dazugehörigen Horizontal-LL) entwickelt?

Seit Inkrafttreten der VO 1/2003 gilt das System der Selbsteinschätzung, das für die Unternehmen viele Vorteile gebracht hat. Es ist schwer einzuschätzen, inwieweit die vorher hohen Kosten bei der Rechtsanwendung, insbesondere durch das Einholen externen Rechtsrats sich zu den Kosten nach Einführung der Legalausnahme verhalten. Danach haben sich die Kosten mehr in den internen Kapazitätsaufbau, den Bereich der internen Rechtsberatung und die Einführung von Compliance-Maßnahmen verlegt. Dessen ungeachtet begrüßt der BDI das System der Selbsteinschätzung. Im Vergleich zum früheren AB-Anmeldeverfahren ist es jedenfalls deutlich schneller, effizienter und unbürokratischer.

5.8 Ohne die geltende FuE-GVO: Würden die Compliance-Kosten steigen/sinken?

Ja, es würde dann ja ein klarer Prüfungsmaßstab für ein unternehmens-internes Self-Assessment im Falle einer FuE-Kooperation fehlen. Die Compliance-Beratung würde hierdurch voraussichtlich komplexer und damit auch kostenintensiver.

5.11 Ohne die geltende Spezialisierungs-GVO: Würden die Compliance-Kosten steigen/sinken?

Ja, es würde dann ja ein klarer Prüfungsmaßstab für ein unternehmens-internes Self-Assessment fehlen. Die Compliance-Beratung würde hierdurch voraussichtlich komplexer und damit auch kostenintensiver.

5.14 Beschreiben Sie bitte ggf. den Nutzen der FuE- und der Spezialisierungs-GVO sowie der Horizontal-LL.

Siehe Antwort zur Frage 4.1: Der Art. 101 Abs. 1, Abs. 3 AEUV ist unscharf und bedarf zwangsläufig einer Konkretisierung durch veröffentlichte Entscheidungen/Fallberichte, GVOs und/oder behördlichen Guidelines wie die Horizontal-LL. Da es seit der Einführung der VO 1/2003 (außerhalb der Bußgeldverfahren) kaum noch veröffentlichte Entscheidungspraxis gibt, ist es zwingend, dass es Horizontal-GVOs und/oder Horizontal-LL geben muss (oder vergleichbare Dokumente/Äußerungen, die Rechtssicherheit schaffen).

5.15 Bei der FuE-GVO: Kosten stehen in angemessenem Verhältnis zum Nutzen/Kosten stehen nicht in angemessenem Verhältnis zum Nutzen.

Ja, die Kosten stehen im Großen und Ganzen in angemessenem Verhältnis. Generell gilt allerdings, dass die Unschärfen und die Komplexität zu einer unnötigen Erhöhung der Kosten führen. Wenn die

geforderten Verbesserungen und Vereinfachungen in der FuE-GVO vorgenommen werden, werden auch die internen Kosten sinken.

5.17 Bei der Spezialisierungs-GVO: Kosten stehen in angemessenem Verhältnis zum Nutzen/Kosten stehen nicht in angemessenem Verhältnis zum Nutzen.

Ja, die Kosten stehen im Großen und Ganzen in angemessenem Verhältnis. Generell gilt allerdings, dass die geforderten Verbesserungen und Klarstellungen in der Spez.-GVO zu einer Kostenreduktion bei den Unternehmen führen werden.

5.19 Bei den Horizontal-LL: Kosten stehen in angemessenem Verhältnis zum Nutzen/Kosten stehen nicht in angemessenem Verhältnis zum Nutzen.

Ja, die Kosten stehen im Großen und Ganzen in angemessenem Verhältnis. Generell gilt allerdings, dass die Unschärfen zu einer unnötigen Erhöhung der Kosten geführt haben. Wenn die geforderten Verbesserungen und Klarstellungen in den Leitlinien vorgenommen werden, dürften auch die internen Kosten wieder sinken.

6.1 Geben Sie bitte die wichtigsten (z. B. rechtlichen, wirtschaftlichen oder politischen) Entwicklungen und Veränderungen an, die sich Ihrer Erfahrung nach auf die Anwendung der Horizontal-GVOs und der Horizontal-LL ausgewirkt haben. Falls es die Horizontal-GVOs und die Horizontal-LL (bzw. Teile davon) Ihrer Ansicht nach nicht erlauben, den Tendenzen bzw. Entwicklungen hinreichend Rechnung zu tragen, bitten wir Sie, dies anhand konkreter Beispiele kurz zu erläutern.

Diese Frage ist in der Tat sehr wichtig, da alle anderen Fragen vor diesem Hintergrund zu betrachten sind. Hinsichtlich des relevanten Zeitraums ist dabei nicht allein auf den Zeitraum zwischen Inkrafttreten der Horizontal-GVOs und der Horizontal-LL abzustellen. Vielmehr ist das heutige wirtschaftliche und politische Umfeld mit dem Umfeld zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der VO 1/2003 (im Jahr 2004) abzustellen. Hier fand der Systemwechsel statt, vor dessen Hintergrund die derzeit geltenden Horizontal-GVOs und Horizontal-LL erlassen wurden, also der Wechsel von der (historisch gelebten und im Wortlaut des Art. 101 Abs. 3 AEUV eigentlich angelegten) behördlich festgestellten Einzelausnahme, hin zur Legalausnahme mit Self-Assessment durch die VO 1/2003 im Jahr 2004.

Schaut man sich die Zeit um 2004 an, muss man feststellen, dass es sowohl technologisch als auch wirtschaftspolitisch gewaltige Umbrüche gegeben hat. Themen wie Internet of Things oder Big Data waren in der öffentlichen wie kartellrechtlichen Diskussion Unbekannte. Der Begriff Industrie 4.0 wurde erstmals auf der Hannover Messe 2011 an die Öffentlichkeit getragen. Die heute allgegenwärtigen Smartphones gab es nicht. Das iPhone, das erste echte Smartphone, kam in Europa erst Ende 2007 auf den Markt. Alle gesellschaftlich und wirtschaftlich relevanten Applikationen,

die erst mit dem Smartphone ihr Potential ausschöpfen konnten, insbesondere die sozialen Medien wie Twitter, Facebook und WhatsApp oder Streaming-Dienste spielten also allenfalls eine marginale Rolle oder waren noch gar nicht existent. Das gleiche gilt für die aktuellen wirtschaftlichen Phänomene wie digitale Marktplätze, digitale Plattformstrategien oder sonstige digitale Intermediäre und zweiseitige Märkte im digitalen Bereich.

Was den politischen Bereich betrifft, war die Politik der EU (im Allgemeinen und auch speziell auf das Wettbewerbsrecht bezogen) 2004 und in den folgenden Jahren noch durch ein „Mehr“ an Integration und nicht durch eine Vertrauenskrise gegenüber den europäischen Institutionen (Stichwort: Brexit, Erstarkung anti-europäischer Kräfte) geprägt. Der deutsche Gesetzgeber harmonisierte das deutsche Wettbewerbsrecht mit dem europäischen, während er heute in Teilbereichen wieder einen deutschen Sonderweg vorzieht (Stichwort: neuer § 19a GWB, neuer § 20 Abs. 1 GWB im Rahmen der 10. GWB-Novelle).

Aus rechtlicher Sicht ist festzustellen, dass das Private Enforcement des EU-Wettbewerbsrechts im Jahr 2004 und auch zum Zeitpunkt der Erstellung der aktuellen Horizontal-GVOs und Horizontal-LL noch keine Rolle spielte. Erst die Stärkung des Private Enforcement durch den EU Gesetzgeber und den EuGH ab der 2010er Jahre führte dazu, dass Unternehmen im Falle einer Fehlbeurteilung im Rahmen des Self-Assessment auf einmal ganz anderen Haftungsrisiken ausgesetzt waren, als dies zum Zeitpunkt der Einführung der VO 1/2003 vorhersehbar war. Aus rechtlicher Sicht ist ferner Folgendes von wesentlicher Bedeutung: Das bis 2004 geltende Anmelde- und Genehmigungsverfahren im Rahmen der Freistellung vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV bedingte, dass die EU-Kommission mit einem ständigen Strom an Fällen aus der Praxis versorgt wurde, die anhand des Kartellverbots des Art. 101 Abs. 1 AEUV und dem Ausnahmetatbestand des Art. 101 Abs. 3 AEUV geprüft werden mussten. Das band zwar in einem erheblichen Umfang die Kapazitäten der Generaldirektion Wettbewerb. Dieses System sorgte aber auch dafür, dass ein reichhaltiger Fundus an jüngerer Entscheidungspraxis zur Verfügung stand, aufgrund derer dann GVOs und Leitlinien erstellt und novelliert werden konnten. Auf diesen Fundus konnte auch noch bei der Entwicklung der zu Jahresbeginn 2011 in Kraft getretenen Horizontal-GVOs und Horizontal-LL zurückgegriffen werden. Mehr als 15 Jahre nach der Abschaffung des Anmelde- und Genehmigungsverfahrens dürfte dieser Fundus an Entscheidungspraxis allerdings aufgebraucht sein. Die bis 2004 angezeigten Fälle aus der Praxis stammen plastisch gesprochen noch aus der Zeit der Industrie 3.0. Diese Fälle sind für die Herausforderungen und Umbrüche der Industrie 4.0 nicht mehr aktuell. Verstärkt wird diese Entwicklung noch durch die Settlement-Praxis der Generaldirektion Wettbewerb, die einer Rechtsfortbildung durch gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen entgegensteht.

Generell ist noch einmal zu betonen, dass die Industrie dem System der Selbsteinschätzung sehr positiv gegenübersteht. Auch Settlements können sinnvoll sein. Essentiell ist dabei jedoch, dass die horizontalen

Regelwerke, insbesondere die Leitlinien, in einem hohen Ausmaß für Klarheit und Rechtssicherheit bei regelungsbedürftigen Sachverhalten und Fragestellungen sorgen. Es kann keine Lösung sein, insbesondere bei den Horizontal-LL nur ein paar kosmetische Korrekturen vorzunehmen. Dazu waren die politischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Veränderungen in den letzten 15 Jahren zu massiv.

Wie bereits angesprochen sollte die Kommission Unternehmen, die z. B. neue digitale Projekte entwickeln möchten, mehr Rechtssicherheit bieten, in erster Linie durch eine Anpassung und weitere Ausarbeitung der Leitlinien bei regelungsbedürftigen Sachverhalten, insbesondere durch Einfügung weiterer erläuternder Anmerkungen und Fallbeispiele, und in zweiter Linie durch die Möglichkeit informeller Vorabgespräche mit der GD Wettbewerb, behördliche Entscheidungen, die besagen, dass „kein Anlass besteht, tätig zu werden“, ggf. auch ein freiwilliges Anmeldeverfahren.³

Sind die geltenden Horizontal-GVOs und die Horizontal-LL angesichts der oben genannten wichtigen Entwicklungen oder Veränderungen noch relevant?

6.2 Die FuE-GVO und Abschnitt 3 der Horizontal-LL sind noch relevant/ nicht mehr relevant.

Sowohl die FuE-GVO als auch Abschnitt 3 der Horizontal-LL sind sehr praxisrelevant, allerdings sind sie in der praktischen Anwendung auch sehr komplex und restriktiv. Damit wird viel Wirkungspotenzial verschenkt. Mit den entsprechenden Verbesserungen könnten sie um ein Mehrfaches relevanter werden.

6.4 Die Spezialisierungs-GVO und Abschnitt 4 der Horizontal-LL sind noch relevant/nicht mehr relevant.

6.6 Abschnitt 2 der Horizontal-LL zu Vereinbarungen über Informationsaustausch ist noch relevant/nicht mehr relevant.

6.8 Abschnitt 5 der Horizontal-LL zu Einkaufsvereinbarungen ist noch relevant/nicht mehr relevant.

6.10 Abschnitt 6 der Horizontal-LL zu Vermarktungsvereinbarungen ist noch relevant/nicht mehr relevant.

6.12 Abschnitt 7 der Horizontal-LL zu Vereinbarungen über Normen ist noch relevant/nicht mehr relevant.

Ja, die genannten Abschnitte sind weiterhin wichtig und relevant. Sie müssten nur weiterentwickelt werden. Der Abschnitt 2 der Horizontal-LL zu Vereinbarungen über Informationsaustausch müsste so angepasst

³ Auf nationaler Ebene ist die Situation insofern eine andere, weil es weiterhin die Möglichkeit gibt, insbesondere auf einem informellen Weg die Zulässigkeit bestimmter Kooperationsvorhaben mit dem Bundeskartellamt abzuklären, was mit der anstehenden GWB-Novelle umgesetzt wird.

werden, dass mit ihm in Zukunft eine Selbsteinschätzung auf einer einigermaßen sicheren Basis möglich ist. Hier besteht, wie weiter oben beschrieben, ein Rechtsicherheitsdefizit.

7.1 Sind die Horizontal-GVOs und die Horizontal-LL Ihrer Ansicht nach mit anderen Instrumenten, die Orientierung zur Auslegung von Art. 101 AEUV bieten, oder der einschlägigen Rechtsprechung kohärent (z. B. mit anderen GVOs, den Vertikal-Leitlinien und den Leitlinien für die Anwendung des Art. 101 Absatz 3)?

a) Fehlende Kohärenz beim Begriff des „potentiellen Wettbewerbers“

Es fehlt derzeit an einer Kohärenz des Begriffs des „potentiellen Wettbewerbers“, Art. 1 Abs. 1 t) FuE-GVO, Rn. 10 der Horizontal-LL. In Art. 1 Abs. 1 t) 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 Forschungs- und Entwicklungsvereinbarung als Reaktion auf einen geringen, aber anhaltenden Anstieg der relativen Preise wahrscheinlich innerhalb von höchstens drei Jahren die zusätzlichen Investitionen tätigen oder sonstigen Umstellungskosten auf sich nehmen würde, die erforderlich wären, um Produkte, Technologien oder Verfahren anbieten zu können, die auf dem räumlich relevanten Markt durch das Vertragsprodukt oder das Vertragsverfahren verbessert oder ersetzt werden können.“*

Während hier ein Zeitrahmen von drei Jahren gewählt wurde, sprechen die Horizontal-LL in Rn. 10 von einem potentiellen Markteintritt „innerhalb kurzer Zeit“, und die Leitlinien zu vertikalen Vereinbarungen sehen in Rn. 27 eine Frist von höchstens einem Jahr vor. Unklar ist auch, welche Anforderungen an die Prognose zu stellen sind, ob ein Unternehmen innerhalb des Drei-Jahreszeitraums tatsächlich in Substitute- oder Komplementärprodukte investieren könnte oder würde.

Zwar wird der Begriff „kurze Zeit“ in Fußnote 5 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 (für die Kommission) hilft jedoch den Unternehmen im konkreten Einzelfall bei der Einschätzung einer Zusammenarbeit nicht weiter.

Der Begriff „potentieller Wettbewerber“ passt nicht mehr ohne weiteres in ein zunehmend digitales Umfeld und sollte überarbeitet werden. 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 Unternehmen ein potentieller Wettbewerber ist oder nicht, insbesondere wenn das andere Unternehmen seine Markteintrittspläne nicht öffentlich bekannt gegeben hat. Dies schafft erhebliche Rechtsunsicherheit bei Unternehmen. Die Definitionen sind – gerade für das digitale Umfeld – zu weit gefasst und nicht praktikabel und verhindern eine wettbewerbsfördernde Zusammenarbeit. Und selbst wenn ein potentielles Wettbewerbsverhältnis bestehen würde, heißt das in einem digitalen Umfeld zunächst noch gar nichts. 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 aus Sicht der Europäischen Kommission relevanten Parameter klargestellt und kohärent ausgestaltet werden.

b) Inkohärenz bei FuE-Kooperationen und vertikalen Austauschbeziehungen

Bei der Behandlung von vertikalen FuE-Kooperationen und vertikalen Austauschbeziehungen können Inkohärenzen auftreten. Die Marktanteilschwellen als Freistellungs Voraussetzungen sind unterschiedlich: 25 % bei der FuE-GVO gegenüber 30 % bei der Vertikal-GVO. Zugleich endet bei FuE-Sachverhalten die Möglichkeit einer exklusiven Verwertung nach sieben Jahren und Überschreiten der Marktanteilsschwellen. Unter der Vertikal-GVO kann der Lieferant zeitlich unbeschränkt exklusiv gebunden werden, und der Abnehmer kann für mehrere aufeinanderfolgende Zeiträume von fünf Jahren exklusiv gebunden werden. Wertungsmäßig scheint zugleich die gemeinsame FuE regelmäßig wettbewerbs-/innovationsfördernder als eine bloße vertikale Austauschbeziehung. Hier zeigt sich, dass die Anwendung der für das Horizontalverhältnis geschaffenen FuE-GVO auf vertikale Sachverhalte übermäßige Beschränkungen mit sich bringt (vgl. dazu auch 4.25 a).

7.3 Sind die Horizontal-GVOs und die Horizontal-LL Ihrer Ansicht nach mit anderen bestehenden oder künftigen Rechtsvorschriften oder Strategien der EU oder Ihres Mitgliedstaats kohärent?

Inkohärenzen mit bestehenden Rechtsvorschriften haben wir bislang nicht identifiziert. Zu künftigen Rechtsvorschriften können wir derzeit noch nichts sagen.

8.1 Bietet die FuE-GVO bei der Beurteilung der Vereinbarkeit von Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit mit Art. 101 AEUV einen zusätzlichen Nutzen?

Ja

8.3 Bietet die Spezialisierungs-GVO bei der Beurteilung der Vereinbarkeit von Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit mit Art. 101 AEUV einen zusätzlichen Nutzen?

Ja

8.5 Bieten die Horizontal-LL bei der Beurteilung der Vereinbarkeit von Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit mit Art. 101 AEUV einen zusätzlichen Nutzen?

Ja

9.1 Möchten Sie noch etwas anderes zur FuE- und zur Spezialisierungs-GVO bzw. den Horizontal-LL anmerken?

Ja, stärkeren Fokus auf den Inter-Marken-Wettbewerb als auf den Intra-Marken-Wettbewerb richten.

Das EU-Wettbewerbsrecht schützt einen gleichermaßen starken markeninternen („intra-brand“) und markenübergreifenden („inter-brand“) Wettbewerb. Im Einklang mit den US-Kartellvorschriften sollte die EU ihre Politik anpassen und klarstellen, dass Beschränkungen des markeninternen Wettbewerbs nur dann dem Wettbewerb schaden können, wenn der markenübergreifende Wettbewerb nicht stark genug ist.

Die überarbeiteten Horizontal-LL sollten auch klarstellen, dass Beschränkungen oder der Informationsaustausch zwischen einem Hersteller, der seine Produkte direkt im Wettbewerb mit seinen Händlern verkauft, sich nur auf den markeninternen Wettbewerb bezieht und daher nicht durch die Horizontal-LL, sondern nur durch die Vertikale Gruppenfreistellungsverordnung abgedeckt ist.

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 35 Branchenverbände und mehr als 100.000 Unternehmen mit rund 8 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

Dr. Ulrike Suchsland, LL.M.
Referentin
T: +493020281408
U.Suchsland@bdi.eu

BDI Dokumentennummer: D 1127