



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

### Stellungnahme Nr. 62/2020

Oktober 2020

Registernummer: 25412265365-88

### **Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft („Bekanntmachung“)**

#### **Mitglieder des Ausschusses Kartellrecht**

Rechtsanwältin Dr. Ellen Braun

Rechtsanwalt Dr. Matthias Karl

Rechtsanwalt Dr. Moritz Wilhelm Lorenz

Rechtsanwalt Dr. Andreas Lotze

Syndikusrechtsanwalt Dr. Martin Schwarz (Berichterstatter)

Rechtsanwältin Dr. Dominique Wagener

Rechtsanwalt Dr. Markus Marcell Wirtz (Vorsitzender)

Rechtsanwalt Michael Then, Schatzmeister Bundesrechtsanwaltskammer

Rechtsanwältin Eva Melina Buchmann, Bundesrechtsanwaltskammer

#### **Bundesrechtsanwaltskammer**

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://www.brak.de)

#### **Büro Berlin – Hans Litten Haus**

Littenstraße 9    Tel. +49.30.28 49 39 - 0  
10179 Berlin    Fax +49.30.28 49 39 -11  
Deutschland    Mail zentrale@brak.de

#### **Büro Brüssel**

Avenue des Nerviens 85/9    Tel. +32.2.743 86 46  
1040 Brüssel    Fax +32.2.743 86 56  
Belgien    Mail brak.bxl@brak.eu

## **Stellungnahme zur öffentlichen Konsultation**

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung in Deutschland. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit rund 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Eine der Aufgaben der BRAK besteht in der Kommentierung von Gesetzgebungsverfahren auf deutscher und europäischer Ebene in Vertretung der deutschen Rechtsanwaltschaft.

### 1. Generelle Einordnung der Bekanntmachung

Die Bekanntmachung hat sich seit ihrer Veröffentlichung im Jahre 1997 als wichtiger Baustein in der europäischen Kartellrechtspraxis etabliert und wird insoweit vielfach in der mitgliedstaatlichen und europäischen Entscheidungspraxis und Rechtsprechung referenziert. Sie findet regelmäßigen Einsatz in der anwaltlichen Praxis und trägt zu einer kohärenten Interpretation von Marktabgrenzungskriterien bei, ist in einigen Aspekten aber nicht mehr „fit-for-purpose“. Die BRAK begrüßt deshalb die von der Wettbewerbskommissarin angekündigte Aktualisierung der Bekanntmachung bei Berücksichtigung der fortschreitenden Digitalisierung wie auch einem klaren Trend hin zu globalen Märkten.

Die Methodik und Konzeption der Marktabgrenzung stellt einen durch die Rechtsprechung bestätigten wichtigen Schritt jeglicher Wettbewerbsanalyse dar und ermöglicht die Einordnung von Wettbewerbsverhältnissen und -positionen, u. a. anhand von Marktanteilsbewertungen. Die Wettbewerbsanalyse geht jedoch über diesen ersten Schritt hinaus und die BRAK empfiehlt auch anhand der insoweit erfolgten Rechtsprechung eine Klarstellung des weiter gefassten Zusammenspiels zwischen Marktabgrenzung und der umfassenden Analyse sämtlicher Wettbewerbsparameter und wettbewerblichen Einflüssen, bei zunehmender Berücksichtigung von ökonomischen Aspekten in der Praxis der wettbewerblichen Beurteilung (so z. B. Rechtsache T-399/16, CK Telekoms v Commission, Urteil vom 28.05.2020).

Die Marktabgrenzung spielt eine tragende Rolle in der Anwendung von Art. 101 und 102 EUV, wie auch in der Fusionskontrolle und im Beihilferecht (dieser letzte Anwendungsbereich findet bislang keine Erwähnung in der Konsultation). Seit Inkrafttreten der Gruppenfreistellungsverordnungen und den dort enthaltenen Marktanteilsschwellen kommt der Bekanntmachung eine gestiegene Bedeutung zu, weil sie eine wichtige Grundlage für die methodisch korrekte Selbsteinschätzung der Wettbewerbskonformität von unternehmerischem Verhalten bildet – daraus leitet sich der Anspruch ab, den betroffenen Unternehmen möglichst präzise Hilfestellung für deren Selbsteinschätzung und letztlich Rechtssicherheit zu geben.

Insoweit unterstützt die BRAK ausdrücklich den in der Konsultation angedachten Prozess der Auswertung der umfassenden Rechtsprechung und (juristischen wie ökonomischen) Literatur zur Marktabgrenzungspraxis, um im Zuge der Überarbeitung den aktuellen Erkenntnisstand bestmöglich abzubilden und einen Anwendungsrahmen auch für die Herausforderungen von *Digital Markets* und weiteren neuen Geschäftsfeldern zu geben. Es zeigt sich gerade in diesen neuen Märkten, dass manche Aspekte der Bekanntmachung ins Leere laufen und neue Ansätze für die Bestimmung von *Digital Markets* und *Platform Markets* anhand deren spezifischen Marktstrukturen erforderlich sind (siehe in Bezug auf Digitalmärkte und *Platform Markets* auch die Ausführungen der BRAK in der Konsultation zum *New Competition Tool* mit Verweis auf den Abschlussbericht der von dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie eingesetzten *Kommission Wettbewerbsrecht 4.0* aus dem Jahre 2019).

## 2. Spezifische Verbesserungsvorschläge

### a. Relevante Kriterien für die sachliche Marktabgrenzung (Rn. 7 und 12 ff.)

Die Bekanntmachung fokussiert sich bei Nachfragemärkten auf den Preis als wesentliches Kriterium für die Marktabgrenzung. Hier wäre eine Erweiterung der maßgeblichen Kriterien über jene der Rn. 7 (Produkteigenschaften und vorgesehener Verwendungszweck) anhand der Entscheidungspraxis und Rechtsprechung angezeigt für Industrien und Produktmärkte, bei denen zusätzliche Kriterien mehr Gewicht haben (siehe z. B. für die Produktmarktabgrenzung in der pharmazeutischen Industrie, EuG, Urteil vom 1. Juli 2010, AstraZeneca/Commission, T-321/05).

### b. SSNIP-Test (Rn. 17 und 18)

Der SSNIP-Test hat internationale Anerkennung gefunden und sich – bei durchaus vorhandener Kritik – etabliert. Er stößt jedoch in manchen Produktmärkten an seine Grenzen, insbesondere insoweit der Faktor Preis ein nachrangiges Kriterium für die Marktabgrenzung darstellt (so bei zero-price markets, digital markets, Plattformtechnologien und pharmazeutischen Produkten). Die BRAK empfiehlt insoweit eine einschränkende Klarstellung zur Anwendbarkeit des SSNIP-Tests in der Praxis.

### c. Marktanteilsermittlungen (Rn. 53 ff.)

Marktstudien und Marktforschungsdaten spielen eine wichtige Rolle in der Ermittlung von Wettbewerbspositionen. Die BRAK regt an, die Bekanntmachung anhand der Erfahrungen im Umgang mit Marktforschungsdaten und Markttests mit konkreter Hilfestellung anzureichern, wie genau Marktanteilsermittlungen vorzunehmen sind. Diese Hilfestellung und Einordnung ist umso wichtiger bei F&E-, Technologie- und Innovationsmärkten, bei denen häufig belastbare Marktforschungsdaten noch gar nicht verfügbar sind (eine Marktanteilsschwelle aber wesentlich für die Selbsteinschätzung, z. B. im Rahmen der F&E GVO ist). Darüber hinaus wäre es hilfreich, die Methodik der Marktanteilsermittlung detaillierter zu beschreiben, beispielsweise ob konzerninterne Umsätze Berücksichtigung finden sollen.

### d. Datenerhebungen und -bewertungen in der Praxis

In Bezug auf die Datenerhebung und -auswertung beobachtet die BRAK eine zunehmende Tendenz der Berücksichtigung ökonomischer Bewertungen in der Entscheidungspraxis – insbesondere in der Fusionskontrolle. Die BRAK ermutigt die Kommission, die zugrundeliegenden Methodologien für ökonomische Bewertungen und die Kriterien für deren Berücksichtigung zu erläutern.

Eine nicht unwesentliche und scheinbar zunehmende Rolle spielt für die Kommission auch die Bezugnahme auf unternehmensinterne Dokumente für die Marktabgrenzung. Insoweit wäre zum einen eine Klarstellung wünschenswert, dass die Bestimmung eines „relevanten Marktes“ im Sinne des Wettbewerbsrechts häufig nicht mit der Beschreibung von „Märkten“ im Geschäftssinne übereinstimmt. Interne Unternehmensdokumente sind insoweit stets in ihrem Kontext zu sehen (beispielsweise, wenn Dokumente unter dem Zeitdruck einer M&A-Transaktion durch einzelne Mitarbeiter ohne breitere Abstimmung erstellt werden) und eine diesbezügliche Relativierung der Verwertbarkeit für die sachlich angezeigte Markteinordnung wäre sinnvoll.

### 3. Zusammenfassung

Die BRAK unterstützt die angekündigte Modernisierung der Bekanntmachung, welche einen berechtigten und wichtigen Platz im EU-Kartellrecht einnimmt und steht gerne für den weiteren Austausch zur Verfügung. Insoweit wird der für das 4. Quartal 2020 angekündigten Konferenz interessiert entgegengesehen und gerne wird dazu beigetragen, der Bekanntmachung durch eine Reformierung wieder den Status „fit-for-purpose“ zu verschaffen.

\* \* \*