

13. Januar 2023

Per E-Mail:

European Commission

Place Madou / Madouplein 1

B-1210 Brussel

COMP-REVISION-OF-THE-MARKET-DEFINITION-NOTICE@ec.europa.eu

COMP-MERGER-REGISTRY@ec.europa.eu

HT.5789 - Submission from an organisation

Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e. V. im Rahmen der Konsultation der Europäischen Kommission zum Entwurf einer neuen „Bekanntmachung der Kommission über die Abgrenzung des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Union“

A. Die Studienvereinigung

(1) Die Studienvereinigung Kartellrecht („Studienvereinigung“) ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und dem mehr als 1.300 Rechtsanwälte/-innen sowie Wettbewerbsökonom/-innen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz angehören. Die Mitglieder der Studienvereinigung beraten und vertreten regelmäßig Unternehmen in Verfahren vor der Europäischen Kommission und den nationalen Kartellbehörden sowie vor europäischen Gerichten.

B. Einleitung

(2) Die Studienvereinigung begrüßt den von der Europäischen Kommission („Kommission“) zur Konsultation gestellten Entwurf einer neuen „Bekanntmachung der Kommission über die Abgrenzung des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Union“ („Bekanntmachung“). Der Entwurf wird grundsätzlich dem Ziel gerecht, die in der Zeit seit Erlass der derzeitigen Bekanntmachung im Jahr 1997 ergan-

gene umfangreiche Entscheidungspraxis der Kommission und der europäischen Gerichte zu berücksichtigen und die Bekanntmachung gleichzeitig an die seitdem erfolgten, zum Teil grundlegenden, Veränderungen der wirtschaftlichen und wettbewerblichen Rahmenbedingungen anzupassen.

- (3) Die Studienvereinigung begrüßt insoweit insbesondere, dass in die Bekanntmachung ein neuer Abschnitt zur „Marktabgrenzung unter besonderen Umständen“ aufgenommen wurde, der sich der Marktabgrenzung in besonderen – in der Praxis häufig vorkommenden und zum Teil neuen – Konstellationen widmet. Aus Sicht der Studienvereinigung erhöht die Bekanntmachung hierdurch und insgesamt die Transparenz und Vorhersehbarkeit der Vorgehensweise der Kommission bei der Marktabgrenzung und trägt damit zu mehr Rechtssicherheit bei (Bekanntmachung, Rn. 4¹).
- (4) Dennoch besteht aus Sicht der Studienvereinigung bei einer Reihe von Punkten noch Potenzial – und teilweise auch Bedarf – für eine weitere Konkretisierung, Ergänzung und Straffung der Bekanntmachung. Die Studienvereinigung möchte mit der vorliegenden Stellungnahme diese Potenziale aufzeigen. Die Studienvereinigung beschränkt sich dabei allerdings angesichts des großen Umfangs der Bekanntmachung auf ausgewählte Schwerpunkte und nimmt für sich nicht in Anspruch, zu allen Aspekten der Bekanntmachung Stellung zu nehmen.
- (5) Die Studienvereinigung erkennt insgesamt an, dass der Entwurf der Bekanntmachung den aktuellen Stand der Entscheidungspraxis seit Erlass der Vorgänger-Bekanntmachung vor ca. 25 Jahren möglichst umfassend abbilden möchte und hält dies im Grundsatz auch für gelungen. Die Studienvereinigung begrüßt ausdrücklich, dass auch viele Fallbeispiele bzw. Referenzen auf die Entscheidungspraxis in die Bekanntmachung eingearbeitet wurden. Aus Sicht der Studienvereinigung ist die Kommission hierbei zum Teil aber über das Ziel hinausgeschossen und lässt bisweilen einen zu hohen Detailgrad in die Bekanntmachung einfließen. An anderen Stellen fehlt es hingegen am erforderlichen Konkretisierungsgrad. So werden die allgemeinen Grundsätze zum Teil stark um Details aus Einzelfallentscheidungen angereichert, diese dann aber wieder relativiert, um der Kommission ausreichend Flexibilität für künftige Einzelfallentscheidungen zu lassen. Diese sehr deskriptive Vorgehensweise ist aus Sicht der Kommission nachvollziehbar, führt aber dazu, dass die Kommission zwar dem Ziel

¹ Sämtliche nachfolgend durch „Rn.“ abgekürzte Randnummernangaben beziehen sich auf den Entwurf der Bekanntmachung.

der Bekanntmachung gerecht wird, „Transparenz ihrer Politik und Beschlussfassung“ herzustellen (Rn. 3), gleichzeitig jedoch die weiteren Ziele der Bekanntmachung „Orientierungshilfen“ zu geben und für eine „größere Vorhersehbarkeit“ der Entscheidungen zu sorgen (Rn. 2 und 4), in Gefahr geraten, dem Rechtsanwender nur eine scheinbare Orientierung an die Hand gegeben wird.

- (6) Die Studienvereinigung würde es daher begrüßen, wenn die Kommission die Bekanntmachung noch einmal dahingehend überprüft, ob mögliche überbordende Detaillierungen, die keinen echten Mehrwert stiften, gestrichen werden könnten, um auf diese Weise auch das sehr umfangreiche Dokument zu straffen. An den Stellen der Bekanntmachung, wo den vorgenannten Zielen nicht vollständig Rechnung getragen wird, sollten hingegen ergänzende Konkretisierungen geprüft werden. Die nachfolgenden Anmerkungen geben zu diesen Punkten ebenfalls einige Hinweise. Darüber hinaus sollte im Hinblick auf die Transparenz berücksichtigt werden, dass Adressaten der Bekanntmachung nicht nur auf Wettbewerbsrecht spezialisierte Rechtsanwender sein sollten, sondern auch Unternehmen, die nicht täglich mit dem Wettbewerbsrecht in Berührung sind.
- (7) Schließlich möchte die Studienvereinigung darauf hinweisen, dass die Kommission z.B. in den Fußnoten 54 und 81 der Bekanntmachung auf eine nicht rechtskräftige Fusionskontrollentscheidung² verweist, die gegenwärtig auch in Bezug auf die Markt- abgrenzung Gegenstand gerichtlicher Überprüfung ist bzw. in Fußnote 60 auf eine zeitlich vorangegangene Markt- abgrenzung derselben relevanten Produktmärkten verweist,³ die durch ein abweichendes Urteil im angesprochenen anhängigen Rechtsmittelverfahren⁴ zumindest nicht mehr uneingeschränkt herangezogen werden dürfe. Die Studienvereinigung regt daher an, allgemeingültige Leitlinien nicht auf Grundsätze zu stützen, die nicht rechtskräftigen Entscheidungen zu Grunde liegen; zumindest aber sollte z.B. in der Fußnote zugleich kenntlich gemacht werden, dass die in diesen Verfahren entwickelten Grundsätze gegenwärtig noch Gegenstand gerichtlicher Überprüfung sind.

² Sache M.8713 – Tata Steel/ThyssenKrupp/JV.

³ Sache M.8444 – ArcelorMittal/Ilva.

⁴ Laufende Rechtssache C-581/22 P – thyssenkrupp/Kommission.

C. Zu den Inhalten der Bekanntmachung

I. Begriff des relevanten Marktes und allgemeine Methodik

1. Rolle der Marktabgrenzung

- (8) Die Studienvereinigung begrüßt den Hinweis, dass die für die Abgrenzung der Angebotsmärkte entwickelten Grundsätze auch für die Abgrenzung von Märkten gelten, auf denen Nachfrager um Versorgungsquellen konkurrieren (sog. Einkaufsmärkte oder Nachfragemärkte; Rn. 6).
- (9) Aus Sicht der Studienvereinigung ist es zudem begrüßenswert, dass die Bekanntmachung erstens betont, dass das „Ergebnis der Marktabgrenzung in einer bestimmten Wettbewerbssache [...] in der Regel davon unberührt [bleibt], ob die Abgrenzung im Rahmen der Fusionskontrolle oder der Durchsetzung des Kartellrechts vorgenommen wird“ (Rn. 11) und sich zweitens gleichzeitig damit auseinandersetzt, welche Bedeutung der Marktabgrenzung im Rahmen der verschiedenen Instrumente des Wettbewerbsrechts der Union zukommt (Rn. 8).
- Bei der Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV ist der Kommission insoweit zuzustimmen, dass eine Marktabgrenzung bei der Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung entbehrlich sein kann. Die Studienvereinigung versteht die Aussage der Kommission, dass die Marktabgrenzung „keinen obligatorischen Schritt bei allen Beurteilungen nach dem Wettbewerbsrecht der Union“ darstellen soll (Rn. 7 a.E.) so, dass sie letztlich auf diesen Fall beschränkt ist; im Übrigen geht die Studienvereinigung hingegen von einer Erforderlichkeit der Marktabgrenzung aus.⁵ Die Studienvereinigung weist des Weiteren darauf hin, dass es auch bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen bei der Bewertung der Schwere eines Verstoßes entscheidend darauf ankommen kann, wie groß der Markt ist, der von der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung betroffen ist. Im Rahmen von Art. 101 AEUV kommt der Marktabgrenzung darüber hinaus bei der Prüfung der Freistellungsvoraussetzungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV Bedeutung zu.
 - Die Studienvereinigung stimmt der Kommission zu, dass bei der Prüfung von Art. 102 AEUV stets eine Marktabgrenzung vorzunehmen ist, um das Vorliegen

⁵ Siehe hierzu auch die Stellungnahme der Studienvereinigung vom 9. Oktober 2020, Rn. 8-16.

einer marktbeherrschenden Stellung beurteilen zu können. Die Studienvereinigung weist allerdings darauf hin, dass die im Rahmen von Art. 102 AEUV erfolgende Analyse vergangenen oder gegenwärtigen Marktverhaltens praktisch dazu führen kann, dass Märkte enger als in der Fusionskontrolle abgegrenzt werden.

- Schließlich stimmt die Studienvereinigung der Kommission auch darin zu, dass im Rahmen der Fusionskontrolle die Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf den Wettbewerb anhand abgegrenzter Märkte zu beurteilen sind. Auch hier weist die Studienvereinigung allerdings auf den in der Praxis bestehenden Zusammenhang zwischen dem zeitlichen Bezugspunkt der materiellen Prüfung und der Marktabgrenzung hin. Denn die in der Fusionskontrolle vorzunehmende auf die Zukunft gerichtete Prognoseentscheidung kann tendenziell zu weiter abgegrenzten Märkten führen.

(10) Die Studienvereinigung regt vor diesem Hintergrund an, in der finalen Bekanntmachung die funktionellen Unterschiede der Marktabgrenzung in den verschiedenen Bereichen und die vor diesem Hintergrund bestehenden zeitlichen Perspektiven und daraus abzuleitenden Unterschiede in der Vorgehensweise (z.B. im Hinblick auf die heranzuziehende Datenbasis) deutlicher herauszustellen.

2. Allgemeine Methodik der Marktabgrenzung

a) Nachfragesubstitution

(11) Die Studienvereinigung hält es für zielführend, dass die Bekanntmachung bei der ökonomischen Methodik der Marktabgrenzung im Ausgangspunkt auf die Nachfragesubstitution abstellt und in diesem Zusammenhang die Frage priorisiert, in „welchem Umfang und zu welchen leicht verfügbaren alternativen Produkten (falls vorhanden) [...] die Kunden des/der beteiligten Unternehmen(s) bei einer Verschlechterung der Angebotsbedingungen für die Produkte des/der beteiligten Unternehmen(s) im Vergleich zu anderen Produkten wechseln [würden]“ (Rn. 29). Die Studienvereinigung begrüßt, dass die Bekanntmachung insoweit nicht nur auf Änderungen des Preises, sondern auch Änderungen anderer Wettbewerbsparameter wie Qualität oder Innovationsgrad Bezug nimmt (Rn. 29).

- (12) In gleicher Weise begrüßt die Studienvereinigung, dass die Kommission in der Bekanntmachung erstmals die bei der Anwendung des sogenannten SSNIP-Tests bestehenden Schwierigkeiten und praktischen Probleme anerkennt (Rn. 32) und ausdrücklich feststellt, dass die Kommission nicht verpflichtet ist, den SSNIP-Test empirisch anzuwenden (Rn. 33). Die Studienvereinigung regt insoweit aber an, dass die Kommission in der endgültigen Fassung der Bekanntmachung weitere Methoden zur wettbewerbsökonomischen Analyse bei der Marktabgrenzung beschreibt. Zwar nennt die Bekanntmachung weitere Kriterien (bspw. small but significant non-transitory decrease of quality – SSNDQ; Rn. 98) und quantitative Messgrößen (Preiselastizität, Kreuzpreiselastizität oder Umlenkungsquoten (diversion ratios); Rn. 49 bzw. 53). Hier wären jedoch weitere Erläuterungen und Konkretisierungen wünschenswert.⁶ Als positives Beispiel sind hierbei die relativ konkreten Ausführungen zur Anwendung der „Critical-Loss-Analyse“ in Rn. 59 zu erwähnen.
- (13) Die Studienvereinigung begrüßt, dass die Kommission in Rn. 56 die Einschätzungen von Branchenakteuren wie Verbänden oder Experten auch für die Marktabgrenzung in Betracht ziehen will und dies ausdrücklich anerkennt. Nach dem Dafürhalten der Studienvereinigung fehlt aber ein Hinweis darauf, dass die Kommission stets den Hintergrund der Drittanalyse in Betracht ziehen und auch ermitteln wird, wie repräsentativ derartige Analysen sind. Bisweilen handelt es sich um Auftragsstudien oder die Teilnahme ist kostenpflichtig, so dass zum Teil wichtige Marktteilnehmer von einer Beteiligung an derartigen Studien absehen.
- (14) Die Studienvereinigung regt schließlich an, in der endgültigen Fassung der Bekanntmachung die Frage der Bedeutung individueller Preissetzung für die Marktabgrenzung zu adressieren. So liegen aus wettbewerbsökonomischer Sicht im Ausgangspunkt grundsätzlich unterschiedliche Märkte vor, wenn unterschiedliche Preise für unterschiedliche Nachfragegruppen gesetzt werden (können), was jedoch nicht der wettbewerbsrechtlich relevanten Marktabgrenzung entsprechen muss. Ein Anwen-

⁶ So heißt es z.B. in der Bekanntmachung in Fußnote 72: „Nachweise für Umlenkungsquoten oder (Kreuz-) Preiselastizitäten der Nachfrage können für die Ermittlung der nächsten Substitute, die für die Einbeziehung in den Kandidatenmarkt in Betracht kommen, und für die Anwendung des SSNIP-Tests relevant sein. Hohe Umlenkungsquoten auf Produkte außerhalb des Kandidatenmarktes oder hohe (Kreuz-)Preiselastizitäten mit solchen Produkten bedeuten jedoch nicht zwangsläufig, dass der relevante Markt diese Produkte einschließt.“ Diese Aussagen sind nach der Einschätzung der Studienvereinigung zu pauschal, um eine echte Orientierungshilfe zu geben. Es sollte zumindest beispielhaft illustriert werden, wie hoch eine Umlenkungsquote sein muss, um eine Einbeziehung in denselben relevanten Markt zu rechtfertigen.

dungsfall können Märkte sein, in denen Preise mit jedem Nachfrager individuell ausgehandelt werden. Hier wäre eine Erläuterung wünschenswert, inwieweit dennoch von einem einheitlichen Markt ausgegangen werden kann, weil alle (oder viele) der Nachfrager denselben Wettbewerbern gegenüberstehen und die Wettbewerbsverhältnisse für diese Nachfrager insoweit gleich sind.

- (15) Einen weiteren Anwendungsfall bilden Ausschreibungsmärkte. Hier erfolgt die Marktabgrenzung in der Regel durch Auswertung der Teilnahme und des Erfolgs in den Bieterverfahren. Die Bekanntmachung spricht Ausschreibungen bzw. Ausschreibungsmärkte nur punktuell an (bspw. Rn. 37). Die Studienvereinigung regt auch hier an, eine vertiefte praktische Anleitung dazu zu geben, wie die Kommission diese Informationen auswertet. Dies betrifft unter anderem die Fragen, wie stark die Teilnahme an Bieterverfahren relativ zum Anteil der gewonnenen Bieterverfahren bei der Marktabgrenzung gewichtet wird und welche Rolle Teilmärkte spielen, in denen nur eine Untergruppe der Anbieter effektiv miteinander in Wettbewerb steht. Da solche (empirisch-wettbewerbsökonomischen) Analysen mittlerweile in vielen Verfahren durch die Unternehmen eingereicht werden, wären klarstellende Erläuterungen wünschenswert, anhand welcher Standards diese bei der Marktabgrenzung bewertet werden.

b) Angebotssubstitution

- (16) Die Studienvereinigung begrüßt, dass die Bekanntmachung nunmehr Ausführungen dazu enthält, unter welchen Voraussetzungen eine Angebotssubstitution bei der Produktmarktabgrenzung und welche Konstellationen in besonderer Weise berücksichtigt werden können (Rn. 34 ff.).
- (17) Eine Erweiterung des Marktes unter Rückgriff auf das Kriterium der Angebotssubstitution komme demnach in Betracht, wenn Hersteller für eine Produktionsumstellung „nur unbedeutende zusätzliche verlorene Kosten oder Risiken tragen müssen, dass sie bei Änderungen der relativen Preise oder der relativen Nachfrage den Anreiz haben, dies zu tun, und dass sie die Produkte tatsächlich innerhalb kurzer Zeit verkaufen können“ (Rn. 35). Umgekehrt scheidet dies aus, wenn „eine Angebotssubstitution es erforderlich machen würde, vorhandene materielle und immaterielle Vermögenswerte außerhalb des normalen Geschäftsverlaufs erheblich anzupassen, mehr als geringfügige zusätzliche Investitionen, verlorene Kosten oder Risiken zu tragen, dauerhafte strategische Entscheidungen zu treffen oder Zeitverzögerungen hinzunehmen“

(Rn. 39). Ein weiteres Beispiel für derartige unbestimmte Rechtsbegriffe ist in Rn. 61 a.E., wo es heißt: “[w]enn solche Hindernisse oder Kosten nicht unbedeutend sind, berücksichtigt die Kommission, wie unter Randnummer (39) erläutert, den (etwaigen) Wettbewerbsdruck, den diese Unternehmen ausüben, anstatt den relevanten Markt zu erweitern.”

- (18) Die Studienvereinigung regt an, diese abstrakten Kriterien in der endgültigen Bekanntmachung einer weiteren Konkretisierung zuzuführen. Dies gilt insbesondere für die Kriterien der Kurzfristigkeit, der Erheblichkeit und Unbedeutsamkeit, bei denen eine quantitative Eingrenzung wünschenswert wäre. Ungeachtet der stets notwendigen Betrachtung des Einzelfalls, wäre es für die praktische Anwendung hilfreich, eine zeitliche Konkretisierung als Orientierungswert bereitzustellen oder Kriterien zu benennen, welche für die Beurteilung aus Sicht der Kommission heranzuziehen sind (z.B. Investitionszyklen der Anbieter oder Kunden, Laufzeiten von Verträgen etc.).

3. Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes - Allgemeine Methodik

- (19) Die Studienvereinigung begrüßt zunächst, dass in Rn. 40 nun auch explizit die Möglichkeit weltweiter räumlich relevanter Märkte genannt ist, um der zunehmenden Globalisierung in zahlreichen Produktmärkten Rechnung zu tragen. Ebenso begrüßenswert ist die unter Rn. 16 ausgeführte Möglichkeit der Kommission, voraussichtliche Veränderungen der Struktur eines Marktes bei der Definition des räumlich relevanten Marktes zu berücksichtigen. Gleichwohl regt die Studienvereinigung an, die Kriterien betreffend den räumlich relevanten Markt unter Rn. 16 nicht nur auf externe Rahmenbedingungen (wie technologische Veränderungen oder Änderungen der regulatorischen Rahmenbedingungen) zu beschränken, sondern analog zur Produktmarktdefinition – bei welcher die bevorstehende Markteinführung neuer Produkte die Marktdefinition erweitern kann – auch die Möglichkeit aufzunehmen, auf individuelle Absichten von potentiellen wichtigen Marktteilnehmern abzustellen. Ist etwa der (geographische) Markteintritt von Unternehmen aus einem anderen geographischen Markt derart konkret absehbar, dass dies zu einer Angleichung der Wettbewerbsbedingungen in den beiden Regionen führt, so sollte dies in Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung ebenfalls Berücksichtigung finden können.
- (20) Die unter Rn. 40 bis 45 dargestellten Grundsätze zur allgemeinen Methodik in Bezug auf die räumliche Marktabgrenzung hält die Studienvereinigung für weitgehend zu-

treffend. Die Studienvereinigung möchte jedoch an dieser Stelle auf eine häufig vorkommende Fallkonstellation hinweisen, die von der Bekanntmachung insoweit nicht explizit erfasst wird. Dies betrifft geographisch asymmetrische Märkte, die dadurch gekennzeichnet sind, dass beispielsweise Unternehmen aus Asien in nicht unerheblichem Umfang nach Europa exportieren, umgekehrt es den europäischen Unternehmen aus den verschiedenen Gründen nicht möglich ist, die Heimatmärkte der Exporteure zu beliefern. Nach den in der Bekanntmachung dargestellten Grundsätzen wären nach dem Verständnis der Studienvereinigung die Wettbewerbsbedingungen in Europa und Asien in solchen Fällen als nicht hinreichend homogen zu beurteilen, mit der Konsequenz, dass der geographische Markt auf Europa zu beschränken wäre. Bei einer derartigen Vorgehensweise bestünde jedoch die Gefahr, dass das tatsächliche Wettbewerbspotential der Exporteure nur anhand von Marktanteilen festgemacht wird, welche häufig den von diesen Unternehmen ausgehenden Wettbewerbsdruck nicht angemessen widerspiegeln. Geht man in derartigen Fällen nach hiesigem Verständnis von einer engeren Marktdefinition aus, so kann diese jedoch nur als allererster Schritt der Prüfung verstanden werden. In der wettbewerblichen Würdigung ist in besonderem Maße auf Marktdynamiken, Wettbewerbspotential der Exporteure, Ausweichmöglichkeit der Abnehmer und sonstige Implikationen von außen einzugehen. Marktanteilshöhen, -abstände und das Konzentrationsmaß sollten in diesen Fällen kein zu hohes Gewicht haben. Dies klingt in Rn. 75 a.E. lediglich am Rande an, weshalb die Studienvereinigung hier eine klarstellende Aussage für derartige, in der Praxis häufig vorkommende Marktkonstellationen anregt. Ähnliche Fallkonstellationen können auch bei lokalen, fahrzeitsensiblen Märkten auftreten, bei denen zu statisch auf einen gewissen Anteil des durchschnittlichen Kreises der betroffenen Abnehmer abgestellt wird (dazu auch unten unter (28)).

II. Vorgehensweise der Marktabgrenzung

1. Anhaltspunkte für die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes

a) Identität der verfügbaren Anbieter, Marktanteile und Preise

- (21) Die Studienvereinigung stimmt zu, dass Unterschiede bei der Identität der verfügbaren Anbieter, der Marktanteile und der Preise in verschiedenen Gebieten Anhaltspunkte für das Vorliegen bzw. das Fehlen homogener Wettbewerbsbedingungen sein können. Der nicht abschließende Beispielscharakter dieser Faktoren sollte nach Ansicht der Studienvereinigung jedoch deutlicher herausgestellt werden.

- (22) Die Ausführungen in den Rn. 64-67 stellen grundsätzlich auch korrekt heraus, dass Unterschiede bei den genannten Parametern für sich alleine genommen nicht ausreichen, um festzustellen, ob Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind. Es handelt sich lediglich um erste Indizien, die Anlass für eine nähere Untersuchung geben.
- (23) Insofern erscheinen insbesondere die Formulierungen in Rn. 64 zu den Marktanteilen von Anbietern zu stark, wenn ausgeführt wird, (fehlende) Unterschiede bei den Marktanteilen ließen in der Regel bestimmte Rückschlüsse zu, was im Sinne einer Vermutung verstanden werden könnte. Eine derartige Vermutungsregelung wäre abzulehnen, vielmehr erkennt die Kommission in Rn. 65 an, dass divergierende Marktanteile von Unternehmen in verschiedenen Regionen einer Annahme homogener Wettbewerbsbedingungen nicht entgegenstehen, da häufig, historisch bedingt, die heimischen Anbieter eine stärkere Marktstellung aufweisen, was jedoch nicht die Möglichkeit beeinträchtigt, im Falle von Preiserhöhungen auf nicht heimische Anbieter mit geringeren Marktanteilen auszuweichen. Insofern regt die Studienvereinigung eine Abschwächung des Wortlautes von Rn. 64 an.
- (24) Da die Marktabgrenzung der Feststellung des jeweiligen realistischen ökonomischen Marktes dient, spielen bei dieser Untersuchung nach Auffassung der Studienvereinigung quantitative und qualitative ökonomische Methoden eine wichtige Rolle. Insofern ist der Hinweis in Fußnote 79 auf Limitierungen von Preiskorrelations- und Stationaritätsanalysen bei der Frage von parallelen Preisentwicklungen zwar für sich genommen korrekt, sollte aber nicht die Anwendung von ökonomischen Analysen bei der Prüfung der Gründe für (fehlende) Unterschiede bei den verfügbaren Anbietern, Marktanteilen und Preisen in Frage stellen.

b) Präferenzen und Kaufverhalten der Kunden

- (25) In Rn. 68 f. führt die Bekanntmachung aus, dass Unterschiede in Kultur, Sprache, Lebensstil, Demografie oder im sozioökonomischen Hintergrund zu lokalen, nationalen oder regionalen Präferenzen für bestimmte Produkte oder Marken führen können. Dies kann im Einzelfall zutreffen, wie die ausführlichen Erläuterungen in der zitierten Entscheidung in der Sache M.7220 *Chiquita/Fyffes* zeigen. Am deutlichsten dürften sich die Wettbewerbsbedingungen in unterschiedlichen Gebieten unterscheiden, wenn die Sprache ein relevanter Faktor für die betreffenden Produkte oder Dienst-

leistungen darstellt. Bei den weiteren Parametern wie etwa der Kultur, dem Lebensstil oder dem sozioökonomischen Hintergrund sieht die Studienvereinigung dagegen die Gefahr, dass ein Abstellen auf Unterschiede in dieser Hinsicht tendenziell zu einer zu engen Marktabgrenzung führt und dem Binnenmarktgedanken zuwiderläuft. Wir regen an, klarzustellen, dass entsprechende Unterschiede nur relevant sein können, wenn sie empirisch festgestellt werden, struktureller Natur sind und die Unternehmen keine Möglichkeiten haben, durch entsprechende Anpassungen darauf zu reagieren, so dass die Homogenität noch hinreichend ist. In diesem Zusammenhang möchte die Studienvereinigung zudem darauf hinweisen, dass die Verwendung von unbestimmten Begriffen wie „Kultur“, „Lebensstil“ oder „sozialökonomischen Hintergrund“ mit (erheblichen) Auslegungsschwierigkeiten in der Praxis verbunden sein wird, weshalb diese Kriterien nur in Ausnahmefällen für die geographische Marktdefinition herangezogen werden sollten, um die mit der Bekanntmachung verfolgte Absicht, Rechtssicherheit herzustellen, nicht zu beeinträchtigen.

- (26) Bei den Kundenpräferenzen stellt sich weiter die Frage, inwiefern Ausweichmöglichkeiten der Nachfrager, die objektiv zur Verfügung stehen, aber aktuell nicht wahrgenommen werden, zu berücksichtigen sind (Beispiel: Eine weitere Tankstelle, die etwas weiter vom Kunden entfernt liegt als die nächstgelegene Tankstelle, auf die er aber problemlos zurückgreifen könnte, wenn der nächste Anbieter seinen Preis erhöht). So sind z.B. nach der deutschen Rechtsprechung, die sich auch auf die bisherige Bekanntmachung zum relevanten Markt stützte, solche aktuell nicht genutzten Ausweichmöglichkeiten nicht in den relevanten Markt einzubeziehen.⁷ Nach Auffassung der Studienvereinigung widerspricht dies jedoch dem der Marktabgrenzung zu Grunde liegenden Bedarfsmarktkonzept, wonach auch die tatsächlich bestehenden Ausweichmöglichkeiten (auch wenn diese aktuell nicht oder nur wenig genutzt werden) bei der Beurteilung der Nachfragesubstitution (vgl. Rn. 42), zu berücksichtigen und in den relevanten geographischen Markt einzubeziehen sind. Die Studienvereinigung würde eine entsprechende Klarstellung begrüßen.

⁷ BGH, Beschluss v. 16.01.2008, KVR 26/07, Rn. 65 – *Kreiskrankenhaus Bad Neustadt*: Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind an sich bestehende überregionale Bezugsalternativen bei der räumlichen Marktabgrenzung nicht zu berücksichtigen, wenn sie von den Nachfragern bislang tatsächlich nicht oder kaum wahrgenommen werden.

c) Hindernisse und Kosten im Zusammenhang mit der Belieferung von Kunden in verschiedenen Gebieten

(27) Die Studienvereinigung hält die Ausführungen zu den Hindernissen und Kosten im Zusammenhang mit der Belieferung von Kunden in verschiedenen Gebieten (Rn. 71-72) für gut nachvollziehbar. Sie regt aber an zu berücksichtigen, dass diese Ausführungen nicht „diskriminierend“ für europäische Anbieter schon auf der Ebene der Marktabgrenzung wirken. So kann es z.B. aufgrund von den in Rn. 71 genannten rechtlichen Hindernissen wie Subventionen, Zölle oder Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit für ein Unternehmen aus der EU unattraktiv sein, Produkte nach China zu exportieren, umgekehrt mag es aber kein „*level playing field*“ geben, da chinesische Unternehmen ggf. durch Subventionen, das Fehlen von Zöllen oder strategischer Zukäufe zur Erlangung des Zugangs zum Binnenmarkt gute Möglichkeiten haben, den EWR zu beliefern. In diesem Fall ist die Studienvereinigung der Ansicht, dass dies der Annahme eines weiteren als EWR-weiten Marktes grundsätzlich nicht entgegenstehen darf. Zumindest aber sollte in derartigen Fällen – analog zu den unter (20) getätigten Ausführungen zu importbedingt asymmetrischen Märkten – ein besonderes Augenmerk auf diese Umstände im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung gelegt werden.

d) Entfernungsabhängige Faktoren, Transportkosten und Einzugsgebiete

(28) Die Studienvereinigung begrüßt, dass die Kommission in Rn. 73 ff. ihre Praxis zu entfernungsabhängigen Faktoren, Transportkosten und Einzugsgebieten beschreibt und hierbei wichtige Klarstellungen vornimmt. Dies hat vor allem für die räumliche Marktabgrenzung eine große Bedeutung. Die Studienvereinigung regt jedoch an, dass die Kommission noch deutlicher macht, dass insbesondere die Praxis zur Größe der Einzugsgebiete, wonach in der Regel auf 80 % des Absatzes oder der Kunden abzustellen sei, nicht zu statisch angewandt werden und keinen Automatismus nach sich ziehen darf. Warum gerade auf 80 % abzustellen ist, wird in der Bekanntmachung nicht hinreichend erklärt. Argumente werden nicht genannt oder allenfalls angedeutet. Je nach Industrie können im Bereich der nicht berücksichtigten 20 % durchaus auch „Regelkunden“ und keine „Ausreißer“ enthalten sein, so dass das Einzugsgebiet nicht „repräsentativ“ ist. Es kann dazu führen, dass wichtige Bereiche, in denen Wettbewerbsdruck besteht, außer Betracht bleiben oder allenfalls im Rahmen des potentiellen Wettbewerbs auf Ebene der wettbewerblichen Würdigung Berücksichtigung finden. Dies kann den Analyserahmen folglich verkürzen.

- (29) Verschiedene nationale Wettbewerbsbehörden gehen zudem auch dazu über, nicht statisch von 80 %-Isochronen auszugehen, sondern je nach Datenverfügbarkeit den „tatsächlichen Fußabdruck“ („real footprint“ / „empreinte réelle“) zu berücksichtigen.⁸ Die Studienvereinigung regt mit Nachdruck an, dass die Kommission die Möglichkeit, auf den „real footprint“ abzustellen, ebenfalls explizit in die Bekanntmachung aufnimmt. Der relativierende Satz in Rn. 74 „[u]m Sensitivitätsanalysen durchzuführen oder marktspezifische Erwägungen zu berücksichtigen, kann die Kommission jedoch von dieser Vorgehensweise abweichen“ bringt nicht hinreichend zum Ausdruck, dass von der 80 %-Regel nicht nur in engen Ausnahmekonstellationen abgewichen werden kann. Bei allen Festlegungen zu Einzugsgebieten sollte zudem verdeutlicht werden, dass die Wettbewerbsdynamik im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung eingehender zu beurteilen ist.⁹
- (30) Außerdem regt die Studienvereinigung an, Rn. 74 der Bekanntmachung wie folgt zu ergänzen: „Je nach den Besonderheiten des Falles können Einzugsgebiete ausgehend von den Kunden, Clustern von Kunden oder den Anbietern abgegrenzt werden“ [Ergänzung unterstrichen]

e) Räumliche Marktabgrenzung bei erheblicher Differenzierung

- (31) Die Studienvereinigung ist von der in Rn. 84 der Bekanntmachung erwähnten Möglichkeit der geografischen Differenzierung konzeptionell nicht überzeugt. Der relevante räumliche Markt wird, wie es Rn. 21 der Bekanntmachung korrekt aus der Rechtsprechung zitiert, definiert als „*das Gebiet, in dem das/die beteiligte(n) Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager von relevanten Produkten auftreten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten unterscheidet, und zwar insbesondere durch deutlich unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen*“. Nach Rn. 84 der Bekanntmachung soll eine geographische Differenzierung vorliegen, wenn der Standort des einzelnen Kunden und der des An-

⁸ Vgl. dazu z.B. Autorité de la Concurrence, Entscheidung 22-DCC-186 – *Phoenix/McKesson* vom 30. September 2022; sowie Rz. 836 ff. der Merger Guidelines der Autorité de la Concurrence von 2020. Auch das Bundeskartellamt hat in seiner Entscheidung vom 15.11.2017, Az. B1-47/17 – *Schwenk Zement/Opterra* auf die tatsächlichen Lieferströme allerdings - noch stärker als die französische Entscheidung aus dem Pharmagroßhandel - aus Nachfragersicht abgestellt, um eine „pauschalierende und anbieterzentrierte Radiusbetrachtung“ im Zementbereich zu vermeiden.

⁹ Vgl. dazu u.a. aus wettbewerbsökonomischer Sicht Body/Walckiers, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 12, Issue 5, May 2021, S. 406–413.

bieters die Wahl des Kunden beeinflussen. Nach dieser Prämisse ist unklar, ob in solchen Fällen die Wettbewerbsbedingungen noch hinreichend homogen sind und sich von benachbarten Gebieten unterscheiden. Das Konzept der geographischen Differenzierung wirkt daher wie eine Aufweichung des Konzepts der räumlichen Marktabgrenzung und ist deutlich weniger intuitiv als bei der Produktmarktdifferenzierung. Um sich nicht dem Vorwurf der Konturenlosigkeit und Beliebigkeit auszusetzen, regt die Studienvereinigung mit Nachdruck an, hier die Grenzziehungen deutlicher zu machen und dem Rechtsanwender mehr und bessere Orientierung zu geben.

2. Erhebung und Auswertung von Nachweisen

- (32) Die Studienvereinigung begrüßt es ausdrücklich, dass in die Bekanntmachung ein eigener Abschnitt zur Frage der Erhebung und Auswertung von Nachweisen aufgenommen wurde. Es entspricht dabei auch der Meinung der Studienvereinigung, dass keine starre Rangordnung für die verschiedenen Informationsquellen und Nachweisarten bestehen sollte und die Kommission insoweit über Flexibilität verfügt, um den Erfordernissen des Einzelfalls gerecht werden zu können (Rn. 76). Die Studienvereinigung stimmt den unter Rn. 76 ff. festgelegten Grundsätzen zur Erhebung und Auswertung von Nachweisen für die Marktabgrenzung insofern in weiten Teilen zu, möchte an dieser Stelle allerdings auf folgende Verbesserungspotentiale hinweisen. Sofern auf Angaben anderer Marktteilnehmer als Quelle der Nachweisführung abgestellt wird, sind deren Angaben immer im Kontext der konkreten Verfahrensart zu sehen. Insbesondere in Fusionskontrollverfahren kann es häufig vorkommen, dass bspw. im Falle eines Horizontalzusammenschlusses sowohl die Wettbewerber der Zusammenschlussparteien als auch deren Abnehmer Vorbehalte gegen einen Zusammenschluss geltend machen. Insofern kann die Aussage unter Rn. 77, dass gleichlautende Aussagen von Lieferanten und Abnehmern als besonders zuverlässig einzustufen sind, in derartigen Konstellationen leicht missverstanden werden, wenn eben gerade keine widerstreitenden Interessen bestehen. Eine entsprechende Klarstellung wäre daher wünschenswert.
- (33) Im Hinblick auf die Erhebung der Nachweise im Wege von Auskunftsverlangen an die Marktteilnehmer (Rn. 78) regt die Studienvereinigung an, in die Bekanntmachung aufzunehmen, dass solche Marktbefragungen in besonderem Maße auch auf konkrete Auswahlentscheidungen der Marktteilnehmer in der Vergangenheit bezogen sein und nicht lediglich auf die abstrakte Vergleichbarkeit von Produkten abstellen sollten.

- (34) Die Studienvereinigung teilt grundsätzlich die Ansicht der Kommission, dass internen Unterlagen der beteiligten Unternehmen eine relevante Bedeutung bei der Marktabgrenzung zukommen kann. Sie gibt aber zu bedenken, dass in jedem Fall der Kontext, in dem eine interne Unterlage erstellt wurde, eine erhebliche Auswirkung auf deren Bedeutung und Aussagekraft haben kann. Dies gilt sowohl für interne Unterlagen, die im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb erstellt werden, als auch für solche, die im Kontext einer Transaktion oder kartellbehördlichen Untersuchung entstanden sind. Zudem werden interne Unterlagen häufig auf Basis unvollständiger Informationen, zeitlichen Einschränkungen und Vertraulichkeitszwängen erstellt und beruhen damit häufig nicht auf einer verlässlichen Datengrundlage und/oder Methodik. Aus Sicht der Studienvereinigung sollte daher in der Bekanntmachung klargestellt werden, dass den betroffenen Unternehmen stets Gelegenheit zur Erläuterung von internen Unterlagen gegeben werden muss, wenn diese für Zwecke der Marktabgrenzung herangezogen werden sollen.
- (35) Praktische Probleme gibt es nach den Erfahrungen der Studienvereinigung im Zusammenhang mit dieser Art von Beweisführung insbesondere bei der Auswahl der für den Nachweis relevanten Dokumente: Insbesondere in Fusionskontrollverfahren werden oftmals im Rahmen von Auskunftersuchen eine sehr große Zahl von Dokumenten von den Zusammenschlussbeteiligten angefordert. Hier sollte klarstellend in die Bekanntmachung aufgenommen werden, dass die Kommission ihre Erkenntnisse aus einer Gesamtschau der wesentlichen internen Dokumente vornimmt und sämtliche Aussagen auch stets mit – möglicherweise von den Verfahrensbeteiligten vorgelegten – Dokumenten mit gegenläufigen Aussagen abwägt. Bei dieser Abwägung sollte immer auch berücksichtigt werden, wer im Unternehmen das Dokument verfasst hat. So werden regelmäßig Aussagen von im Unternehmen hierarchisch höher gestellten Personen auch ein höherer Beweiswert zukommen. Außerdem sind interne Dokumente bzw. der Beweiswert ihres Inhalts immer auch im konkreten Zusammenhang, in welchem das Dokument erstellt wurde, zu bewerten. So sind beispielsweise Aussagen, die in einem konzerninternen Wettbewerb um Unternehmensmittel für Investitionen getätigt werden, nicht zwangsläufig objektivierbar. Zuletzt ist auch immer der konkrete berufliche Hintergrund des Verfassers zu berücksichtigen. So verwenden – wie die Kommission in Rn. 17 der Bekanntmachung auch korrekt anerkennt – insbesondere operativ tätige Mitarbeiter gewisse Begrifflichkeiten in einer Art und Weise, die nicht zwingend ihrer juristischen Bedeutung im Zusammenhang mit der Marktabgrenzung entsprechen müssen.

(36) In der Bekanntmachung führt die Kommission aus, dass sie in Fällen, in denen regulierte Märkte betroffen sind, z. B. in den Bereichen Telekommunikation, Energie oder Gesundheitsversorgung, auch Daten und Einschätzungen der für den jeweiligen Bereich zuständigen Regulierungsbehörden einholen kann (Rn. 81). Aus Sicht der Studienvereinigung greift dies jedoch zu kurz. Sie regt vielmehr eine noch umfassendere Berücksichtigung von bei anderen Behörden vorhandenem Fachwissen an. Dies betrifft zum einen andere Generaldirektionen der Kommission – insbesondere Generaldirektion Handel¹⁰ – zum anderen auch nationale Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die räumliche Marktabgrenzung.

III. Marktabgrenzung unter besonderen Umständen

(37) Die Studienvereinigung begrüßt es, dass die Kommission sich zur Marktabgrenzung in besonderen Konstellationen äußert. Allerdings ist auffällig, dass die Formulierungen oftmals sehr allgemein und offengehalten sind. Es gibt nur eine geringe Anzahl an Beispielen. Teilweise werden auch mehrere alternative Abgrenzungsmöglichkeiten angesprochen, ohne dass die Kommission deutlich macht, welche sie (in welchen Fällen) präferiert. Aus Sicht der Studienvereinigung wäre es begrüßenswert, wenn bei diesen Punkten ein höheres Maß an Konkretisierung und Illustration erfolgen würde, um das Verständnis der Bekanntmachung und die Rechtssicherheit für die Unternehmen zu erhöhen.

1. Zur Marktabgrenzung bei erheblicher (Produkt-)Differenzierung

(38) In Rn. 85 weist die Kommission darauf hin, dass in bestimmten Fällen eines „Kontinuums differenzierter Produkte“ von getrennten Märkten auszugehen sei, in anderen müsse der Markt relativ weit gefasst werden. In Fußnote 97 wird lediglich auf die Wettbewerbsdynamik als Kriterium angeführt, das die Kommission anwenden kann. Es wäre hilfreich, wenn die Kommission hier ergänzend weitere relevante Kriterien aufzählen würde, die bei der Ermittlung der zur Verfügung stehenden Substitute und des relevanten Marktes heranzuziehen sind.

¹⁰ So setzt sich die Generaldirektion Handel insbesondere in ihren Verfahren zu handelspolitischen Schutzinstrumenten sehr detailliert mit Handelsströmen in verschiedenen Produktmärkten auseinander. Diese Analysen können je nach konkretem Sachverhalt wertvolle Anhaltspunkte für die geographische Marktabgrenzung in Wettbewerbssachen bieten.

(39) In Rn. 87 verweist die Kommission konsequenter Weise auf die Problematik der „Substitutionsketten“. Der Wortlaut im Entwurf der Bekanntmachung lässt eine klare Tendenz der Kommission zur Ablehnung von weiter gefassten Marktabgrenzungen erkennen. In ihrer Untersagungsentscheidung *Wieland-Werke/ARP/Schwermetall*¹¹ wählte die Kommission eine pragmatischere Lösung als die schematische Bestimmung eines Gesamtmarktes bzw. differenzierter Teilmärkte: Es wurde ausgesprochen, dass auch bei Bestehen eines Gesamtmarktes nicht die Möglichkeit beeinträchtigt wird, in eigenen Marktsegmenten eine unterschiedliche Wettbewerbsdynamik festzustellen. Dieses Vorgehen hat das EuG letztlich auch bestätigt.¹² Die Möglichkeit der Feststellung von Unterschieden in der Wettbewerbsdynamik in ein und demselben Gesamtmarkt sollte für die Kommission eine „echte“ Alternative bei der Marktabgrenzung darstellen und daher in den Wortlaut der Bekanntmachung aufgenommen werden. Das gegenwärtige Konzept suggeriert in der Tendenz einen „Alles-oder-Nichts-Ansatz“ der Kommission.

2. Zur Marktabgrenzung im Falle von Preisdiskriminierung

(40) In Rn. 88 erörtert die Kommission, unter welchen Voraussetzungen eine bestimmte Gruppe von Kunden des betreffenden Produkts einen eigenständigen Markt bilden kann. Dabei geht die Studienvereinigung davon aus, dass die Kommission bei der Beurteilung der drei Voraussetzungen nicht nur den Status quo berücksichtigt, sondern auch beispielsweise den SSNIP-Test anwendet, um die Dauerhaftigkeit der Preisdiskriminierung abzusichern. Es wäre hilfreich, wenn die Kommission dies klarstellend noch aufnehme. Außerdem könnte die Kommission auch ergänzende sowie exemplarische Erläuterungen zur konkreten Ausgestaltung der jeweiligen Marktabgrenzung im Einzelfall aufnehmen, um die Rechtssicherheit zu erhöhen.

(41) Im Übrigen stehen die Ausführungen in Rn. 88 nach Auffassung der Studienvereinigung in Einklang mit der Entscheidungspraxis der Kommission und der ökonomischen Lehre. Sie decken sich auch mit den Erläuterungen der Federal Trade Commission in ihren Horizontal Merger Guidelines (dort Chapter 4.2.2).¹³ Die Studienvereinigung regt aber an, im letzten Satz des Absatzes klarzustellen, dass im Fall der Möglichkeit der geographischen Preisdiskriminierung zwischen Kunden eine Abgrenzung nach

¹¹ Kommission, Entsch. v. 5.2.2019, M.8900 – Wieland/Schwermetall, Rn. 108.

¹² EuG, Urt. v. 18.5.2022, Rs. T-251/19 – Wieland-Werke/Kommission, Rn. 41.

¹³ https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/804291/100819hmg.pdf

dem Sitz der Kunden regelmäßig sachgerecht ist und nicht nur eine Möglichkeit darstellt.

3. Zur Marktabgrenzung bei erheblichen Investitionen in FuE

- (42) In Rn. 90 weist die Kommission darauf hin, dass das Kriterium der voraussichtlichen Substituierbarkeit bei der Bestimmung des relevanten Marktes eine besondere Rolle spielt. Dies ist eine besondere Konstellation der Substituierbarkeit; daher wäre es aus Gründen der Rechtssicherheit hilfreich, wenn die Kommission Ansätze für jene Fälle darstellen könnte, wo die Ermittlung von nahen Substituten schwierig ist (bspw. die Heranziehung von angemessenen Ersatztechnologien und -gütern oder des Einsatzes in nachgelagerte Güter).
- (43) Bezüglich der Abgrenzung eines sachlich relevanten Marktes im Zusammenhang mit FuE-Prozessen, die nicht unmittelbar mit bestimmten Produkten/Technologien verknüpft sind, nennt die Kommission in Rn. 91 beispielhaft Faktoren, auf die abgestellt werden kann. Hier regt die Studienvereinigung an, dass die Kommission eine allgemeine Definition von „FuE-Wettbewerbern“ (d.h. Wettbewerbern auf Ebene der Innovation, die nicht notwendigerweise auch auf dem (nachgelagerten) Produktmarkt tätig sein werden) einfügt, die ebenso für die anderen genannten FuE-Fallgruppen von Relevanz wäre. Erste Ansätze dafür finden sich mit den Kriterien der Spezialisierung der einzelnen beteiligten Teams oder den Ergebnissen früherer Innovationsanstrengungen bereits im aktuellen Entwurf wieder.
- (44) Obwohl die Kommission „in einigen Fällen“ unter Bezugnahme auf die Entscheidung M.7932 - *Dow/Dupont* auch „Innovationsbereiche“ als Analyserahmen für die Ermittlung von „Grenzen, innerhalb derer Unternehmen bei ihren frühen Innovationsanstrengungen miteinander im Wettbewerb stehen“ für die sachliche Marktabgrenzung anerkennt (Rn. 91), bleiben die Konturen dieses Analyserahmens unklar. Die Konturenlosigkeit findet auch darin eine Ausprägung, dass die Bekanntmachung auch ein „Kontinuum zwischen FuE-Prozessen, die eng mit einem bestimmten Produkt oder Pipeline-Produkt verknüpft sind, und frühen Innovationsanstrengungen, bei denen dies nicht der Fall ist“ (Rn. 92) für möglich hält, ohne hier weitere Orientierung zu geben. Offen bleibt auch, welcher Prognosezeitraum für die Beurteilung von Innovationsbereichen sachlich angemessen und in der Prognosekraft noch als rechtssicher angesehen wird. Allgemeine Aussagen, dass Innovation und „künftige Produktentwicklungen per definitionem weitgehend ungewiss [sind]“ (Rn. 93), sind nach dem

Dafürhalten der Studienvereinigung zu pauschal, um für den Rechtsanwender einen Mehrwert zu generieren und die Vorhersehbarkeit einer Entscheidung zu verbessern. Die Studienvereinigung regt an, dass die Kommission hier in der Endfassung der Bekanntmachung deutlich konkreter wird.

4. Zur Marktabgrenzung bei mehrseitigen Plattformen

- (45) Die Studienvereinigung begrüßt, dass die Kommission in Rn. 94 allgemeine und erklärende Ausführungen in den Entwurf aufgenommen hat. Wünschenswert wäre allerdings eine Definition des Begriffs „Mehrseitigkeit“, da diesbezüglich aufgrund der Vielzahl verschiedener Arten von Plattformen weitgehend Unklarheit herrscht.
- (46) Im Zusammenhang mit einer (eventuellen) Definition von Mehrseitigkeit, aus der sich in der weiteren Folge Plattfortmtypen ableiten ließen, wäre in Rn. 95 eine Klarstellung seitens der Kommission wünschenswert, wie sich die Art der Plattform auf die Marktabgrenzung auswirkt. Möglicherweise könnte sich die Kommission hier Fallpraxis der nationalen Wettbewerbsbehörden heranziehen und für die Zukunft und die Zwecke des vorliegenden Entwurfes einheitliche allgemeine „best practices“ festlegen.
- (47) In diesem Zusammenhang sollte die Kommission auch prüfen, ob und inwieweit die allgemeinen Erwägungen der kürzlich ergangenen Entscheidung des britischen Competition Appeal Tribunal („CAT“) in der Sache *BGL (Hotdings) Ltd.* auch für die Bekanntmachung von Nutzen wären.¹⁴
- (48) Bei gleichzeitiger Betrachtung von Rn. 94 und Rn. 95 scheint ein punktueller Widerspruch vorzuliegen. In Rn. 94 spricht sich die Kommission dafür aus, die indirekten Netzwerkeffekte spätestens in der wettbewerblichen Würdigung zu berücksichtigen, während in Rn. 95 lediglich von einem „Können“ die Rede ist. Es wäre wünschens-

¹⁴ CAT, Urteil vom 8. August 2022, (Case No 1380/1/12/21) - BGL (Holdings) Limited et al. / The Competition and Markets Authority, Rn. 144 (10). Das CAT hat sich nach sorgfältiger und umfangreicher Prüfung für eine weite Marktabgrenzung bei mehrseitigen Plattformen ausgesprochen. Alle Kanäle für den Erwerb des im Fall vor dem CAT relevanten Produkts der Hausratversicherung wurden als Substitute für die Vermittlung dieses Produkts über eine (Preisvergleichs-)Plattform angesehen. Da über diese verschiedenen Kanäle ein wirksamer Wettbewerb herrscht, kam das CAT zu dem Schluss, dass keine wettbewerbswidrigen Auswirkungen der weit gefassten Preisparitätsklauseln gemäß Artikel 101 AEUV oder den entsprechenden britischen Wettbewerbsvorschriften nachgewiesen wurden.

wert, wenn die Kommission diesen Widerspruch beseitigen könnte und die Formulierung so anpasst, dass indirekte Netzwerkeffekte zu berücksichtigen sind, wenn sie existieren.

- (49) Die Studienvereinigung begrüßt, dass die Kommission in Rn. 97 auf Produkte eingeht, die zum monetären Nullpreis angeboten werden und in diesem Zusammenhang explizit feststellt, dass gleichwohl ein Markt existieren kann. Hier bestand in der Vergangenheit teils große Unsicherheit, die beispielsweise der deutsche Gesetzgeber mit einer Gesetzesänderung beseitigt hat.
- (50) Sehr zu begrüßen ist in Bezug auf Produkte zum Nullpreis und nichtpreisliche Elemente in Rn. 98 auch die Klarstellung seitens der Kommission, dass neben dem SSNIP-Test auch Alternativen in Betracht gezogen werden können und dabei insbesondere den SSNDQ-Test anführt.
- (51) Im Zusammenhang mit Plattformmärkten werden künftig viele Fallgestaltung über die ex ante Regulierung des Digital Market Act (VO (EU) 2022/1925) („DMA“) erfasst. Zwar soll laut Erw.gr. 23 DMA eine wirtschaftliche Rechtfertigung auf Basis einer Marktdefinition nicht berücksichtigt werden, gleichwohl spielen Märkte, Marktuntersuchungen und Wettbewerber (Art. 6 Abs. 2 DMA, Art. 27 Abs. 1 DMA) an verschiedenen Stellen des DMA eine gewisse Rolle, wenngleich hier nach dem vorläufigen Verständnis der Studienvereinigung nicht zwingend Märkte trennscharf abgegrenzt werden müssen. Die Studienvereinigung regt an, zu prüfen und ggf. klarzustellen, ob für diese Fragen auch die Bekanntmachung als Orientierung herangezogen werden kann. Bislang ist ausweislich der Rn. 1 die Bekanntmachung nur für eine Marktabgrenzung bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts der Union vorgesehen.

5. Zur Marktabgrenzung bei Anschlussmärkten, gebündelten Produkten und digitalen Ökosystemen

- (52) Der vorliegende Entwurf nennt zwar in der Kapitelüberschrift 4.5. „digitale Ökosysteme“, definiert oder erläutert im Folgenden diesen Begriff aber nicht näher. Aus Gründen der Rechtssicherheit könnte es hilfreich sein, klarzustellen, wann die Kommission von einem digitalen Ökosystem spricht.
- (53) Die Einteilung der Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte bei Primär- und Sekundärprodukten in drei Möglichkeiten durch die Kommission in Rn. 100 ist aus Sicht der

Studienvereinigung nachvollziehbar, sie lässt aber viel Spielraum offen; insofern wären zur Klarstellung Beispiele hilfreich.

- (54) Sehr zu begrüßen sind die Klarstellungen in Rn. 103 zum Vorgehen bei der Marktabgrenzung im Zusammenhang mit digitalen Ökosystemen. Ausführungsbedürftig ist allenfalls die Existenz eines eigenen Marktes für (nicht) gehandelte Daten, die bislang wohl nur von wenigen nationalen Wettbewerbsbehörden anerkannt wird und zu einer EU-uneinheitlichen Praxis führte. Zur Vereinheitlichung der Anwendungspraxis wäre es daher hilfreich, wenn die Kommission dies im vorliegenden Kapitel thematisiert und insbesondere darauf eingeht, ob die exklusive Kontrolle über Verbraucherdaten erhebliche Wettbewerbsvorteile gewähren kann und somit Datenhoheit als Eintrittshürde wirken könnte. Die Erläuterungen sollte in weiterer Folge auch datengetriebene (Netzwerk-)Effekte umfassen.
- (55) In Rn. 103 nennt die Kommission Multi-Homing-Entscheidungen als ein Element bei der Marktabgrenzung. Die Rolle von Gatekeepern wird im aktuellen Entwurf nicht thematisiert. Insofern wäre eine entsprechende Ergänzung wünschenswert. Neben Konzentrationseffekten, wie der fehlenden Möglichkeiten zum Multi-Homing oder zum Wechseln des Plattformanbieters für Konsumenten, wirken in dem Zusammenhang auch Portfolioeffekte sowie ein fehlender Gegenpol von Seiten der Komplementoren verschärfend, wenn diese wiederum durch den Plattformbetreiber einfach substituierbar sind.

IV. Marktanteile

- (56) Die Studienvereinigung hält den Abschnitt der Bekanntmachung zu Marktanteilen im Grundsatz für gelungen.
- (57) Die Studienvereinigung begrüßt, dass die Kommission in Rn. 105 zwar feststellt, dass Marktanteile „die relative Stellung der Anbieter auf dem Markt wider[spiegeln] und [...] somit bei der Beurteilung der Marktmacht äußerst nützlich sein [können], aber gleichzeitig ausdrücklich feststellt, dass die „Marktanteile [...] jedoch nicht der einzige Indikator für die Marktstärke eines Unternehmens [sind]“ und insoweit auch weitere Faktoren berücksichtigt werden müssen.
- (58) Darüber hinaus begrüßt es die Studienvereinigung, dass die Kommission in Rn. 107 der Bekanntmachung die einzelfallabhängigen Parameter, nach denen Marktanteile

bestimmt werden können, explizit über die üblichen Kriterien von Wert und Menge erweitert. Es ist nach Auffassung der Studienvereinigung insbesondere in Fusionskontrollfällen zutreffend, dass z.B. in Ausschreibungsmärkten oftmals die Zahl der Anbieter aussagekräftiger ist als historische wert- oder mengenbasierte Marktanteile.

- (59) Die Studienvereinigung hält es ebenfalls für eine hilfreiche Klarstellung, dass die Kommission in Rn. 110 darlegt, auf welche Grundlagen sie sich für die Ermittlung von Marktanteilen stützen will und dass Schätzungen ausdrücklich akzeptiert werden.

* * *

An der Erstellung dieser Stellungnahme waren die folgenden Mitglieder der Studienvereinigung beteiligt:

Oliver Fleischmann (Koordinator), Marco Hartmann-Rüppel (Koordinator), Philipp Pichler (Koordinator), Benedikt Ecker, Björn Herbers, Raoul Hoffer, Kai-Uwe Kühn, Vincent Pal, Julia Wiemer und Ingo Brinker (Vorsitzender des Vorstands der Studienvereinigung).