

**Per E-Mail:**

COMP-MARKET-DEFINITION-EVALUATION@ec.europa.eu

European Commission  
Directorate-General for Competition  
1049 Brussels  
Belgium

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

[www.studienvereinigung-kartellrecht.de](http://www.studienvereinigung-kartellrecht.de)

Feldmühleplatz 1  
40545 Düsseldorf | Deutschland

Postfach 10 17 43  
40008 Düsseldorf | Deutschland

Büroanschrift des Vorsitzenden:  
Karl-Scharnagl-Ring 6  
80539 München | Deutschland

Tel: +49 89 21667 0

Fax: +49 89 21667 111

[ingo.brinker@gleisslutz.com](mailto:ingo.brinker@gleisslutz.com)

9. Oktober 2020

**Konsultation der Europäischen Kommission zu der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft**

**Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V.**

**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 – ANSPRUCH UND ZIELSETZUNG DER BEKANNTMACHUNG ZUR MARKTDEFINITION**

- (2) Die Studienvereinigung begrüßt die Konsultation der Europäischen Kommission („Kommission“) zur „Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft“ („Bekanntmachung“).

VORSTAND: Dr. Ingo Brinker (Vorsitz) | Prof. Dr. Albrecht Bach | Marc Besen | Anne Federle | Mag. Dr. Axel Reidlinger | Prof. Dr. Daniela Seeliger | Prof. Dr. Christoph Stadler | Mario Strebel | Dr. Kathrin Westermann |

EHRENVORSITZENDE: Dr. Cornelis Canenbley † | Alfred-Carl Gaedertz † | Dr. Frank Montag | EHRENMITGLIEDER: Oliver Axster † | Prof. Dr. Rainer Bechtold | Jochen Burrichter | Dr. Otfried Lieberknecht | Prof. Dr. Gerhard Wiedemann | Prof. Dr. Dirk Schroeder | Dr. Franz Hoffet

9450324101

- (3) Die Abgrenzung des relevanten Marktes bildet einen zentralen Bestandteil im Rahmen der Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln, sowohl in der Fusionskontrolle als auch bei der Anwendung der Art. 101 und Art. 102 AEUV.
- (4) Die derzeitige Bekanntmachung stammt aus dem Jahr 1997. Seit ihrem Erlass vor mehr als 20 Jahren haben sich nicht nur die Entscheidungspraxis der Kommission und der europäischen Gerichte sowie die wissenschaftliche Diskussion zur Marktabgrenzung maßgeblich fortentwickelt. Vor allem haben auch die wirtschaftlichen und wettbewerblichen Rahmenbedingungen zahlreiche, zum Teil grundlegende, Veränderungen erfahren. Die Welt ist zunehmend digital. Der Welthandel hat in den vergangenen zwei Jahrzehnten erheblich zugenommen. Auch der Binnenmarkt unterlag nicht zuletzt durch die Liberalisierung zahlreicher Sektoren und die Beseitigung von Handelshemmnissen einem erheblichen Wandel.
- (5) Die Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln muss den aktuellen Wirtschafts- und Wettbewerbsbedingungen gerecht werden. Die Leitlinien der Kommission sollen dabei den Unternehmen eine wichtige Hilfestellung bieten, die Sichtweisen der Kommission bei ihrer eigenen Rechtsanwendung zu berücksichtigen.
- (6) Die Studienvereinigung teilt dementsprechend den Anspruch der Kommission, dass auch die Leitlinien zur Marktabgrenzung *den aktuellen Marktgegebenheiten entsprechen und einen praxistauglichen und kohärenten Ansatz für die Marktdefinition enthalten sollen. Sie sollten die Entwicklungen in Rechtsprechung und Kommissionspraxis nachzeichnen sowie neuen Erkenntnissen zu den rechtlichen und ökonomischen Konzepten einschließlich ihrer praktischen Handhabung Rechnung tragen.*
- (7) Ebenso wie dies bei anderen jüngeren Leitlinien der Kommission der Fall ist, ist es ein Anliegen der Studienvereinigung, dass die zukünftigen Leitlinien zur Marktabgrenzung den Unternehmen durch eine sowohl breite als auch vertiefte Darstellung eine praxistaugliche Orientierung über die Vorgehensweise der Kommission bei der Marktabgrenzung bieten. Durch die vorliegende Stellungnahme möchte die Studienvereinigung einen Beitrag zur Erreichung dieses Zieles leisten und Anregungen bieten, welche Aspekte bei einer Aktualisierung der Bekanntmachung in besonderer Weise berücksichtigt werden sollten.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Diese Stellungnahme mag nicht alle Einzelaspekte des von der Kommission in ihrem Online-Portal für die Konsultation zur Verfügung gestellten Fragebogens behandeln, sie nimmt aber zu den wesentlichen Themen des Fragebogens Stellung.

## C. ZU EINZELNEN ASPEKTEN

### I. Rolle und Bedeutung der Marktabgrenzung im Rahmen von Fusionskontrolle, Missbrauchsaufsicht und Kartellverbot

- (8) Die Kommission hebt in der Bekanntmachung einleitend die Rolle und Bedeutung der Marktabgrenzung zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts hervor. Der Hauptzweck der Marktabgrenzung liegt in einer systematischen Ermittlung der Wettbewerbskräfte, denen sich die beteiligten Unternehmen zu stellen haben.<sup>2</sup> Damit könne der Rahmen festgelegt werden, innerhalb dessen die Kommission das Wettbewerbsrecht anwendet.<sup>3</sup>
- (9) Die Studienvereinigung weist darauf hin, dass nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte die Festlegung des relevanten Marktes eine notwendige Voraussetzung für jede wettbewerbliche Beurteilung ist.<sup>4</sup> Dies gilt aus Sicht der Studienvereinigung nicht nur für die Fusionskontrolle, auf die sich die jüngeren Urteile beziehen, sondern auch für die Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV. Die Marktabgrenzung ist damit Ausgangspunkt und gleichermaßen Rahmen der weiteren wettbewerblichen Analyse.
- (10) Für die Definition des sachlich relevanten Marktes in Randnummer 7 der Bekanntmachung und der Definition des räumlich relevanten Marktes in Randnummer 8 der Bekanntmachung geht die Kommission von einheitlichen Definitionen für die Bereiche der Fusionskontrolle, der Missbrauchsaufsicht sowie des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen aus. Sie will darüber hinaus die Grundsätze für die Definition des Marktes einheitlich angewendet wissen.<sup>5</sup> Gleichwohl weist die Kommission in der Bekanntmachung darauf hin, dass es je nach zu prüfender Wettbewerbsfrage und dem dieser zugrunde liegenden Funktionszusammenhang zu unterschiedlichen Ergebnissen bei der Definition des relevanten Marktes kommen kann.<sup>6</sup> Sie erklärt dies für den Bereich der Fusionskontrolle damit, dass es sich um eine zukunftsorientierte Untersuchung handelt, statt um eine Beurteilung zurückliegenden Verhaltens. Diesen Gedanken greift die Kommission in der Bekanntmachung für den Bereich der Missbrauchskontrolle nochmals auf<sup>7</sup> und weist darauf hin, dass hier „im Wesentlichen“ dieselbe Methode zur Abgrenzung der

---

<sup>2</sup> Rn. 2 S. 3 der Bekanntmachung.

<sup>3</sup> Rn. 2 S. 2 der Bekanntmachung.

<sup>4</sup> Vgl. nur EuG, Urteil v. 26.10.2017, Rs. T-394/15 – *KPN/Kommission*, ECLI:EU:T:2017:756, Rz. 60 m.w.N. oder EuG, Urteil v. 11.12.2013 Rs. T 79/12 – *Cisco Systems/Kommission*, ECLI:EU:T:2013:635, Rz. 65

<sup>5</sup> Rn. 13 ff. der Bekanntmachung.

<sup>6</sup> Vgl. Rn. 12 Bekanntmachung.

<sup>7</sup> Vgl. Rn. 56 Bekanntmachung.

Märkte angewandt werde, allerdings „ein bestimmter Zeitpunkt“ Ausgangspunkt der Betrachtung sei.

- (11) Die Studienvereinigung regt an, dass die unterschiedlichen Funktionen der einzelnen wettbewerblichen Regelungen und ihre zeitliche Perspektive sowie deren Konsequenz für die Abgrenzung des relevanten Marktes in der Bekanntmachung noch stärker zum Ausdruck kommen sollten.
- (12) Bei der Anwendung des Art. 101 Abs. 1 AEUV wird gelegentlich in Zweifel gezogen, ob eine Marktabgrenzung überhaupt erforderlich sei. Dies dürfte aber allenfalls bei der Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung der Fall sein. Bereits bei der Bewertung der Schwere des Verstoßes kann es entscheidend darauf ankommen, wie groß der Markt ist, den eine Absprache betraf. Anders ist es bereits bei der Feststellung von spürbaren Auswirkungen beschränkender Vereinbarungen oder bei der Prüfung einer Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV. Insbesondere im Fall der Anwendung der Gruppenfreistellungsverordnungen mit ihren Marktanteilsschwellen müssen die Märkte präzise abgegrenzt werden, um die Marktanteile der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen bemessen zu können. Dies gilt umso mehr, wenn Unternehmen im Rahmen der Selbstveranlagung die Vereinbarkeit ihres geplanten Marktverhaltens mit den Art. 101, 102 AEUV prüfen.
- (13) Bei Art. 102 AEUV ergibt sich die Notwendigkeit der Marktabgrenzung schon aus dem Tatbestandsmerkmal der Marktbeherrschung. Diese ist in einer zweistufigen Prüfung zu ermitteln, wobei zunächst der in sachlicher und räumlicher Hinsicht relevante Markt abzugrenzen und sodann der Beherrschungsgrad des Unternehmens festzustellen ist. Beide Schritte der Analyse stehen in einer engen Wechselbeziehung und können nicht isoliert betrachtet werden. Nur durch den Bezug auf einen relevanten Markt kann Marktmacht analysiert werden.<sup>8</sup> Aus Sicht der Rechtsanwender bezieht sich Art. 102 AEUV bei der Marktverhaltensanalyse auf Ereignisse der Vergangenheit (oder Gegenwart). Diese retrospektive Sicht kann unter Umständen dazu führen, dass Märkte enger als in der Fusionskontrolle abgegrenzt werden.
- (14) Bei der Fusionskontrolle haben die Wettbewerbsbehörden hingegen Prognoseentscheidungen zu treffen. Diese Zukunftsgerichtetheit kann tendenziell zu weiter abgegrenzten

---

<sup>8</sup> Vgl. EuG, Urteil v. 12.12.2018, Rs. T-691/14 – *Servier/Kommission*, ECLI:EU:T:2018:922; EuG, Urteil v. 6.7.2000, Rs. T-62/98 – *Volkswagen/Kommission*, ECLI:EU:T:2000:180.

Märkten führen, da die Grenzen weniger klar zu ziehen sind. Auch dürften die Auswirkungen auf die Verbraucher ein größeres Gewicht einnehmen als bei Art. 102 AEUV. In vielen Fällen lässt die Kommission die Marktabgrenzung aus verfahrenswirtschaftlichen Gründen letztlich offen, wenn im Ergebnis selbst bei Einbeziehung aller denkbaren alternativen Marktabgrenzungen kein Wettbewerbsproblem durch den Zusammenschluss zu besorgen ist.<sup>9</sup> Die Unionsgerichte verlangen in diesem Zusammenhang aber, dass die Kommission in solchen Fällen wenigstens begründet, warum eine genaue Marktdefinition nicht notwendig ist.<sup>10</sup>

- (15) Vor diesem Hintergrund wäre es wünschenswert, wenn die aktualisierte Bekanntmachung darauf einginge, ob es für die Zwecke der verschiedenen Anwendungsbereiche tatsächlich zu Modifikationen der Marktdefinition kommen kann. Im Kern betrifft dies die Frage, ob die Kommission grundsätzlich von ein und derselben Methodik der Marktabgrenzung für alle Anwendungsbereiche ausgeht und Modifikationen, also unterschiedliche relevante Märkte, nur durch die Verwendung unterschiedlicher Daten je nach Anwendungsbereich entstehen (z. B. bei Art. 102 AEUV – retrospektiv/aktuelle Daten und bei der FKVO eine Prognose hinsichtlich der Veränderung der Datenbasis in dem Betrachtungszeitraum von z. B. drei bis fünf Jahren). Ein weiterer Aspekt wäre dann, dass je nach dem Anwendungsbereich u. U. aus der Marktabgrenzung andere Schlüsse für die Beurteilung des Sachverhalts gezogen werden. Letzteres beträfe aber nur die nächste Stufe der wettbewerblichen Beurteilung und nicht die Marktdefinition selbst.
- (16) Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass bei allen wettbewerbsrechtlichen Maßnahmen der Kommission eine Marktabgrenzung erforderlich ist. Die Studienvereinigung regt an, dass die Kommission bei der Überarbeitung der Bekanntmachung verdeutlicht, ob sich die funktionellen Unterschiede der einzelnen Maßnahmen bei der Marktabgrenzung auswirken sollen und ggf. diese Unterschiede noch klarer erläutert.

## II. Ökonomische Aspekte im Bereich der Marktabgrenzung

- (17) Seit der Veröffentlichung der Bekanntmachung im Jahr 1997 ist die Bedeutung der Wettbewerbsökonomie in der Fusionskontrolle sowie in Kommissionsverfahren nach Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV in erheblichem Maße gestiegen. Gleichzeitig haben sich auch die wissenschaftlichen Erkenntnisse in der Wettbewerbsökonomie fortentwickelt. Es

---

<sup>9</sup> Rn 27 der Bekanntmachung.

<sup>10</sup> Vgl. EuG, Rs. T-394/15 – *KPN BV/Kommission*, EU:T:2017:756 Rn. 59.

wäre aus Sicht der Studienvereinigung wünschenswert, wenn dies in der Neufassung der Bekanntmachung berücksichtigt würde.

## **1. Ökonomische Methodik**

(18) In methodischer Hinsicht fokussiert sich die bisherige Bekanntmachung bei der Marktabgrenzung stark auf das Substitutionsverhalten der Nachfrager und beurteilt dieses vor allem mithilfe des sogenannten SSNIP-Tests (vgl. Randnummer 15 ff. der Bekanntmachung). Der SSNIP-Test ist allerdings aus heutiger Sicht der Wettbewerbsökonomie lediglich eines von mehreren theoretischen Konzepten. Er ist nicht in allen Fällen anwendbar und kann insbesondere bei der Marktabgrenzung in der Missbrauchsaufsicht zu teilweise irreführenden Ergebnissen führen (sog. *cellophane fallacy*). Der SSNIP-Test ist zudem empirisch kaum umsetzbar, da die notwendigen Daten nur selten vorliegen. Die Studienvereinigung regt deshalb an, dass die Kommission in einer Neufassung der Bekanntmachung mehr Anleitung zur wettbewerbsökonomischen Analyse bei der Marktabgrenzung gibt. Insbesondere könnten weitere gängige Methoden beschrieben werden (wie zum Beispiel die Analyse von Wechselverhalten), die der Kommission als besonders hilfreich für die Marktdefinition erscheinen, ohne dass dies als abschließende Methodenliste gewertet werden müsste.

## **2. Individuelle Preissetzung**

(19) Darüber hinaus regt die Studienvereinigung an, in einer Neufassung 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.

(20) Ein Anwendungsfall 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 den gleichen Wettbewerbern gegenüberstehen und die Wettbewerbsverhältnisse für diese Nachfrager insoweit gleich sind. Einen weiteren Anwendungsfall bilden Ausschreibungsmärkte. Hier erfolgt die Marktabgrenzung in der Regel durch Auswertung der Teilnahme und des Erfolgs in den Bieterverfahren. 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 Erläuterung wünschenswert, anhand welcher Standards diese bei der Marktabgrenzung bewertet werden.

- (21) Eine Klarstellung wäre auch zur Behandlung der ähnlich gelagerten Fälle von Sortimentsmärkten wünschenswert, in denen von einem Anbieter zwar sehr viele unterschiedliche Produkte angeboten werden, die Wettbewerbsverhältnisse aber über einen großen Teil der Produktlinie sehr ähnlich sind. Beispiele hierfür sind etwa der Lebensmitteleinzelhandel oder Standard-Industrieprodukte.<sup>11</sup>

### **3. Wettbewerb zwischen integrierten und nicht-integrierten Angeboten**

- (22) Die Studienvereinigung regt schließlich an, den Aspekt der Austauschbarkeit zwischen gebündelten komplementären Produkten (insbesondere vertikal integrierten und nicht integrierten Angeboten) nicht nur im Bereich der Plattformen (siehe hierzu Abschnitt C.III.2.) sondern auch allgemein in der Neufassung der Bekanntmachung zu adressieren. In der Marktabgrenzung werden solche Angebote oftmals unterschiedlichen Märkten zugeordnet. Das ist aus wettbewerbsökonomischer Sicht jedoch zweifelhaft, da solche Bündel komplementärer Angebote aus Nachfragersicht oft als Substitute angesehen werden können.

## **III. Marktabgrenzung bei Plattformen**

### **1. Erfordernis eines eigenen Abschnitts zur Marktabgrenzung bei Plattformen**

- (23) Die Studienvereinigung regt an, in der neuen Bekanntmachung ihre Herangehensweise im Rahmen der Marktabgrenzung bei (digitalen) Plattformen zu erläutern. Diese haben mittlerweile große praktische Relevanz erhalten, so dass hier für die Rechtsanwendung hinreichend klare Orientierungsmaßstäbe auch im Bereich der Marktabgrenzung wünschenswert sind. Plattformen und die Märkte, in denen sie tätig sind, weisen Besonderheiten auf, die auch in der Marktabgrenzung eine maßgebliche Rolle spielen können. Da Plattformen mehrere Kundengruppen zugleich bedienen, sind die klassischen für die Marktabgrenzung relevanten Fragen nach dem konkreten Produkt oder der konkreten

---

<sup>11</sup> Kommission, Entsch. v. 7.11.2012 COMP M.6471 - Outokumpu/Inoxum

Nachfragegruppe mitunter nicht leicht oder jedenfalls nicht für alle Kundengruppen einheitlich zu beantworten. Hier sollte die übliche Vorgehensweise an die Besonderheiten von Plattformen angepasst werden, um zu einem möglichst korrekten Ergebnis zu kommen.

(24) Zwar können in einer aktualisierten Bekanntmachung nicht für jede denkbare Branche und jedes denkbare Geschäftsmodell die Methodik und etwaige Besonderheiten der Marktabgrenzung dargestellt werden. Vor dem Hintergrund der bisherigen Entscheidungspraxis nationaler Behörden und Gerichte einerseits und der Kommission andererseits ist allerdings im Bereich der Plattformen eine entsprechende Erläuterung wünschenswert. Im Zuge der zunehmenden Digitalisierung gewinnen diese stetig an Bedeutung und stellen die kartellrechtliche Analyse gerade im Bereich der Marktabgrenzung vor besondere Herausforderungen. Die Studienvereinigung hält es daher für sinnvoll, wenn die neu gefasste Bekanntmachung dem Rechnung trüge.

(25) Die Entscheidungspraxis der Kommission lässt erkennen, dass diese sich bereits vertieft mit den ökonomischen Erkenntnissen und deren Auswirkungen auf die kartellrechtliche Analyse befasst hat.<sup>12</sup> Die Studienvereinigung würde es begrüßen, wenn die Kommission die von ihr entwickelte Herangehensweise zur Abgrenzung von Märkten, in denen Plattformen tätig sind, in der neuen Bekanntmachung erläutern und um einige Punkte und Klarstellungen ergänzen könnte.

**a) Vorschlag: Zweistufiges Vorgehen in der Marktabgrenzung bei Plattformen**

(26) Die Studienvereinigung regt ein zweistufiges Vorgehen für die Marktabgrenzung bei Plattformen an, mit dem ihren Besonderheiten hinreichend Rechnung getragen werden kann, ohne den grundsätzlichen Ansatz des Bedarfsmarktkonzeptes in Frage zu stellen:

- Zunächst sollte für jede von der Plattform bediente Marktseite gesondert ermittelt werden, welche Substitute im Sinne des anerkannten Bedarfsmarktkonzeptes bestehen.
- Erst im Anschluss sollte geprüft werden, wie sich die Externalitäten, durch die die Tätigkeit von Plattformen in der Regel gekennzeichnet ist, auf den Wettbewerb auf den jeweiligen Marktseiten auswirken.

---

<sup>12</sup> Vgl. etwa Kommission, Entsch. v. 4.5.2017, AT.40153 – *Amazon E-Books*.

(27) Im Einzelnen:

(28) „Plattform“ ist ein Oberbegriff für oft sehr unterschiedliche Geschäftsmodelle, deren Gemeinsamkeit darin besteht, dass die „Plattform“ als Intermediär zwischen mehreren Kundengruppen (meist als „Marktseiten“ bezeichnet) auftritt.

(29) Auf Plattformen gibt es in der Regel Externalitäten zwischen den unterschiedlichen Kundengruppen. Dabei stehen in der Diskussion meist direkte und indirekte Netzwerkeffekte auf und zwischen verschiedenen Marktseiten im Vordergrund. Allerdings gibt es z.B. auch Externalitäten auf der Verkäuferseite einer Plattform, die die Attraktivität der Plattform beeinflussen können. Insbesondere sind zu unterscheiden:

- „Direkte Netzwerkeffekte“, d.h. Externalitäten zwischen den Teilnehmern derselben Marktseite, die zum Beispiel in sozialen Netzwerken auftreten können, wenn es vorteilhaft ist, dasselbe Netzwerk wie Freunde und Familie zu nutzen.
- „Positive oder negative indirekte Netzwerkeffekte“, d.h. Externalitäten zwischen unterschiedlichen „Marktseiten“, die auftreten, wenn z.B. Käufer Plattformen mit einem breiteren Angebot (also mehr Verkäufern) vorziehen, während Verkäufer Plattformen präferieren, die mehr Kunden anziehen.
- „Indirekte Nachfrageexternalitäten“ zwischen Teilnehmern derselben „Marktseite“: Es gibt auch Externalitäten zwischen Verkäufern auf Plattformen. So wird eine Plattform mehr Käufer anziehen, wenn die Verkäufer niedrige Preise setzen. Wenn Verkäufer hohe Preise setzen, schädigt das andere Verkäufer, da wegen eines erwarteten hohen Preisniveaus weniger Kunden die Plattform nutzen. Ebenso kann schlechter Service eines Anbieters einen negativen Effekt für die Nachfrage aller Anbieter auf der Plattform haben.

(30) Ein weiterer charakterisierender Aspekt im Bereich der Plattformen ist, dass häufig Unentgeltlichkeit für mindestens eine Marktseite besteht. Die Unentgeltlichkeit entsteht dadurch, dass in echten mehrseitigen Märkten indirekte Netzwerkexternalitäten vorliegen, so dass die Gewinne der Plattform für ihre Intermediärsdienste davon abhängen, wie der Gesamtpreis pro Transaktion auf die Marktseiten verteilt ist. In der Regel wird auf einer der Marktseiten, die die Plattform bedient, immer ein niedrigerer Preis gesetzt als derjenige, der den Gewinn auf dieser Marktseite maximiert. Damit wird das Ziel verfolgt, die Nachfrage auf der anderen Marktseite zu erhöhen. Letztlich wird eine unent-

geltlich bediente Marktseite immer durch die Plattform subventioniert, um auf einer anderen Marktseite mehr oder zu einem höheren Preis absetzen zu können. Angebote für unentgeltliche Nutzungsmöglichkeiten sind regelmäßig als Investitionen in die Erhöhung der Nachfrage auf einer anderen Marktseite der Plattform zu verstehen (unabhängig davon, ob diese Marktseite nun durch Werbeeinnahmen, Kommissionen oder Gebühren monetarisiert wird). Die Analyse der Kundensubstitution bei nicht-monetären Nutzungsverhältnissen spiegelt sich bereits zum Teil in der Entscheidungspraxis der Kommission<sup>13</sup> wider. Eine explizite Auseinandersetzung in einer Neufassung der Bekanntmachung mit geeigneten Methoden zur Marktabgrenzung bei unentgeltlichen Angeboten wäre nicht zuletzt wegen der weiter zunehmenden Bedeutung von Plattformen wünschenswert. Dies gilt auch für die Konstellation, in der Kunden als Gegenleistung immaterieller oder unentgeltlicher Art persönliche Daten zur Verfügung stellen oder den Zugriff auf ihre Nutzungsdaten erlauben.

- (31) Die besondere Bedeutung von Externalitäten bei Plattform-Geschäftsmodellen verkompliziert die kartellrechtliche Analyse auch in einem anderen Aspekt. Durch die Wechselbeziehungen zwischen den Marktseiten einer Plattform kann auch indirekter Wettbewerbsdruck ausgeübt werden, der in der wettbewerblichen Analyse berücksichtigt werden muss.
- (32) Die Studienvereinigung regt hierzu ein schrittweises, abgeschichtetes Vorgehen an. Zunächst sollte für jede Marktseite gesondert ermittelt werden, welche Substitute im Sinne des anerkannten Bedarfsmarktkonzeptes bestehen.<sup>14</sup> Sodann sollte in einem zweiten Schritt (ggf. auch erst in der wettbewerblichen Würdigung) geprüft werden, wie sich die Externalitäten auf den Wettbewerb auf den jeweiligen Marktseiten auswirken. Eine solche zweistufige Analyse kann dem Zweck der Marktabgrenzung, die Unternehmen zu ermitteln, die Wettbewerbsdruck auf das oder die betroffenen Unternehmen eines Verfahrens ausüben, am besten Rechnung tragen. Eine gemeinsame, einheitliche Analyse birgt hingegen die Gefahr, dass der tatsächlich bestehende Wettbewerbsdruck über- oder unterschätzt wird, z.B. indem nur die Schnittmenge der Substitute zwischen beiden Marktseiten in den relevanten Markt einbezogen wird.

---

<sup>13</sup> Vgl. Kommission, Entsch. v. 27.6.2017, AT.39740, *Google Shopping*.

<sup>14</sup> Vgl. dazu Kommission, COMP/34.579, COMP/36518; COMP/38.580, *Mastercard I*, Rn. 259, 263; Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, Rn. 365, 367 ff.

- (33) Da die Marktabgrenzung immer nur ein erster Schritt in der kartellrechtlichen Analyse ist und indirekter Wettbewerbsdruck nur schwierig zu messen ist, hält die Studienvereinigung es für erwägenswert, bei der Marktabgrenzung die indirekten Effekte zunächst auszublenzen.
- (34) Zentrales Kriterium ist, dass immer die Substitute auf allen Marktseiten der Plattform ermittelt werden.<sup>15</sup> Nur so können die Wechselbeziehungen zwischen den unterschiedlichen Märkten, an denen eine Plattform beteiligt ist, später auch in vollem Umfang in die Analyse eingehen. Typischerweise sind bei Plattformen die Wettbewerber auf jedem Markt, an dem die Plattform beteiligt ist, unterschiedlich, weil auch die Geschäftsmodelle der Wettbewerber auf der jeweiligen Marktseite unterschiedlich sind. Das schließt nicht aus, dass sich der relevante Markt im Ergebnis auf mehrere Plattformen mit identischen oder sehr ähnlichen Geschäftsmodellen als Wettbewerber beschränken kann. Auch ist es möglich, dass Unternehmen mit anderen Geschäftsmodellen im jeweiligen Einzelfall keinen hinreichenden Wettbewerbsdruck ausüben. Es sollte aber immer geprüft werden, ob ein weiter gefasster sachlich relevanter Markt, in dem unterschiedliche Geschäftsmodellen konkurrieren, sachgerecht ist.

**b) Empirische Methoden, die verwendet werden können**

- (35) Die ökonomische Literatur empfiehlt vor dem Hintergrund der komplexen Wechselbeziehungen, keine formalistische Betrachtung anzustellen. Vielmehr sollen die tatsächlichen Marktverhältnisse und die Wirkungen des zu prüfenden Verhaltens auf die Wettbewerbsparameter untersucht werden, um unbeabsichtigte negative Auswirkungen unzutreffender Analysen zu vermeiden.<sup>16</sup>
- (36) Das erscheint als Ausgangspunkt zielführend und plausibel. Bei Marktseiten, auf denen der Plattformanbieter einen Preis setzt, kann die Marktabgrenzungsanalyse mit allen herkömmlichen empirischen Instrumenten durchgeführt werden. Das heißt, alle Instrumente, die in einer herkömmlichen Analyse das Substitutionsverhalten in Reaktion zu

---

<sup>15</sup> Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, Rn. 36, 58.

<sup>16</sup> Vgl. z.B. *Evans/Noel* in: Evans, Platform Economics: Essays on Multi-Sided Businesses, Competition Policy International, 2011, online abrufbar unter: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1974020](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1974020), 2011, S. 189, ebenso: *Hesse*, Two-Sided Platform Markets and the Application of the Traditional Antitrust Analytical Framework, Competition Policy International Spring 2007, S. 191, 195. Auch die Monopolkommission (Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, Rn. 57, 59) teilt diese Einschätzung.

Preisveränderungen bestimmen können (z.B. Diversionsraten), können auch auf diese Märkte angewendet werden, wenn man jede Marktseite separat betrachtet.

- (37) Die Marktabgrenzung für unentgeltlich bediente Marktseiten sollte ebenfalls darauf aufbauen, wie ein Endkunde auf eine Preiserhöhung (im weiteren Sinne, vgl. unten Rz. 40) reagieren würde. Die klassische monetäre Preisvariation am Markt kann dafür nicht herangezogen werden. Stattdessen sollte einer der folgenden Wege gewählt werden:
- eine Untersuchung der Substitution in Reaktion auf Qualitätsverbesserungen oder -verschlechterungen der Plattform.
  - Umfragen unter Endkunden, ob und wohin sie wechseln würden, wenn ein (und sei es auch sehr geringer) Preis verlangt werden würde.
- (38) In unentgeltlich bedienten Märkten fokussiert sich Wettbewerb häufig auf Qualitätsparameter, während der Preis so gering ist, dass insoweit kaum Vorstöße möglich sind. Für gegebene Preise würden Wettbewerber die Kundendienstleistungen verbessern, um Kunden zu halten oder anzulocken. Ist dieser Qualitätswettbewerb aber intensiv, dann führt eine substantielle Preiserhöhung dazu, dass Kunden zu einer Plattform mit ähnlicher Qualität aber geringerem oder keinem Entgelt wechseln.
- (39) Insbesondere gibt es Märkte, in denen die Preiselastizität der Kunden so unterschiedlich ist, dass die Plattformen hinsichtlich der von ihr angebotenen Qualität zwischen verschiedenen Kunden differenzieren. Sie verlangen dann z.B. ein Entgelt für die werbefreie Nutzung der Plattform von einer Gruppe, die zu dieser Zahlung bereit ist, während zugleich die Plattform anderen Kunden, die zu einer solchen Zahlung nicht bereit sind, ihre Dienste unentgeltlich, dafür aber mit Werbeanzeigen zur Verfügung stellt. Soweit Kunden aber zwischen diesen Modellen substituieren, können beide Kundengruppen zumeist einem einheitlichen sachlich relevanten Markt zuzuordnen sein.
- (40) Umfragen zum Substitutionsverhalten der Endkunden können besonders dort hilfreich sein, wo sonst keine starke relative Variation der Preise zwischen Wettbewerbern stattfindet, wie das typischerweise in unentgeltlich bedienten Märkten der Fall ist.

## 2. Sachliche Marktabgrenzung bei Plattformen

- (41) In der sachlichen Marktabgrenzung sollte für jede Marktseite gesondert ermittelt werden, was genau das von der Plattform zur Verfügung gestellte Produkt oder die zur Verfügung gestellte Leistung ist und welche weiteren Anbieter dafür oder Nachfrager danach es gibt.
- (42) Insbesondere bei der unentgeltlich bedienten Marktseite ist dabei Vorsicht geboten. Zunächst sollte – wie es der deutsche Gesetzgeber in § 18 Abs. 2a GWB bereits getan hat – klargestellt werden, dass auch dann ein Markt existieren kann, wenn kein Entgelt für eine Leistung verlangt wird. Häufig wird die unentgeltlich bediente Marktseite subventioniert, weil sie schwieriger zu gewinnen ist als andere Marktseiten. Zugleich sind die anderen Marktseiten besonders daran interessiert, auf diese Seite zu treffen und daher bereit, auch dafür ein Entgelt zu entrichten.
- (43) Ebenso sollte genau geprüft werden, ob man den Markt auf der unentgeltlich bedienten Marktseite so ermitteln kann, dass zunächst ein Katalog von Merkmalen der Dienstleistung erstellt und sodann verglichen wird, welche anderen Anbieter Dienstleistungen mit ähnlichen Merkmalen bereitstellen. Dies könnte aber die Gefahr mit sich bringen, zu übersehen, dass Nachfrager einerseits solche Merkmale oft unterschiedlich gewichten und andererseits Merkmale eine Rolle spielen können, die nicht beachtet werden. Dienstleistungen, die auf den ersten Blick betrachtet homogen erscheinen, werden als solche oft nicht wahrgenommen. Gleichzeitig werden aber auch Produkte mit unterschiedlichen Merkmalen von Nachfragern oft als enge Substitute erachtet.
- (44) Das gilt in Märkten, in denen Plattformen tätig sind, ganz besonders für vertikal-integrierte und komplementäre Angebote. Die Angebote von Plattformen und anderen Unternehmen beruhen oft auf sehr unterschiedlichen Geschäftsmodellen, stehen dennoch im Wettbewerb miteinander. Es ist deshalb wichtig, in der Marktabgrenzung (gerade auch der unentgeltlich bedienten Märkte) stets auch zu analysieren, ob Dienstleistungen, die von der Plattform integriert angeboten werden (z.B. Vergleich und Bezahlung), aus Sicht einer Kundengruppe im Wettbewerb mit separaten Angeboten nicht-integrierter Unternehmen stehen. So kann etwa eine Website, auf der Kunden auswählen und bezahlen können, durchaus im Wettbewerb mit der Kombination aus Preisvergleichsplattform und Kauf auf der verlinkten Website des Herstellers stehen; zwingend ist eine solche Substitutionsbeziehung jedoch nicht. Daher muss die korrekte Marktabgrenzung gerade in Märkten, in denen Anbieter mit unterschiedlichen Geschäftsmodellen im Wettbewerb

stehen, besonders sorgfältig den Wettbewerbsdruck zwischen unterschiedlichen Geschäftsmodellen berücksichtigen. Daher wäre es sinnvoll, in die Bekanntmachung eine Anleitung analog zu den Ausführungen in Abschnitt 2.3 (insbesondere dort Randnummern 20 – 25) der Technologietransfer Leitlinien der Kommission aufzunehmen.<sup>17</sup>

- (45) In der Analyse sollte daher berücksichtigt werden, wenn Plattformen nicht nur Konkurrenz durch andere ähnliche Plattformen ausgesetzt sind, sondern auch durch traditionelle „einseitige“ Geschäftsmodelle, die eine der Marktseiten bedienen oder vertikal integriert sind oder gemeinsam ähnliche Leistungen anbieten können, und schließlich durch andere mehrseitige Geschäftsmodelle, die mindestens eine der Marktseiten bedienen.<sup>18</sup>
- (46) Dieser Ansatz steht im Einklang mit der bisherigen Entscheidungspraxis der Kommission. Auch in einseitigen Märkten hat man sich bislang in der Marktabgrenzung nicht ausschließlich auf Substitute bezogen, sondern je nach Geschäftsfeld auch komplementäre Produkte bzw. Produktbündel berücksichtigt, selbst wenn sie aus Sicht einer Marktseite nicht (vollständig) austauschbar sind. Daher wird in den Vertikalleitlinien folgerichtig darauf hingewiesen, dass eine Differenzierung nach Vertriebsformen in der Regel ausscheidet (Randnummer 89).
- (47) Kundenumfragen können eine geeignete empirische Methode darstellen, da tatsächliches Substitutionsverhalten über unterschiedliche Geschäftsmodelle hinweg mit anderen Daten nur schwer nachvollziehbar ist. Auch eine Analyse des bisherigen Kundenverhaltens – soweit hierzu Daten vorliegen – kann hier zielführend sein. Idealerweise lassen sich verschiedene Methoden parallel nutzen, um die jeweiligen Ergebnisse auf ihre Robustheit zu überprüfen.

### **3. Räumliche Marktabgrenzung bei Plattformen**

- (48) Der Umstand, dass Plattformen online tätig sind, führt zusammen mit ihrer Substitutionsbeziehung zu Unternehmen mit anderen Geschäftsmodellen dazu, dass auch die räumliche Abgrenzung von Märkten schwieriger sein kann als bei herkömmlichen (einseitigen)

---

<sup>17</sup> Siehe „Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen (2014/C 89/03)“, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0328\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0328(01)&from=EN)

<sup>18</sup> Vgl. Kommission, AT.40153, *Amazon e-books*, Rn. 45; OECD (2012), Background Note Market Definition, DAF/COMP (2012)13, Rn. 134 sowie Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, Rn. 53.

Märkten. Dabei ist insbesondere zu analysieren, inwieweit grenzüberschreitender Wettbewerb besteht. Allein die Tatsache, dass z.B. Webseiten in unterschiedlichen Sprachfassungen angeboten werden, schließt nicht aus, dass grenzüberschreitende Märkte vorliegen.<sup>19</sup> Gegen nationale Märkte könnte z.B. eingewandt werden, dass die vermittelten Produkte oder Dienstleistungen Kunden in mehr als einem Mitgliedsstaat oder unionsweit zu denselben Konditionen angeboten werden.

(49) Auch hier sollte jede Marktseite zunächst für sich betrachtet werden, da ggf. unterschiedliche räumlich relevante Märkte auf den einzelnen Marktseiten bestehen können. Dies muss in der späteren Analyse Berücksichtigung finden.

#### **4. Marktanteilsberechnungen bei Plattformen**

(50) Die sich an die Marktabgrenzung häufig anschließende Marktanteilsberechnung weist mit Blick auf Plattformen ebenfalls Besonderheiten auf.

(51) Dies gilt wiederum vor allem dann, wenn die Leistungen unentgeltlich erbracht werden. Plattformspezifische Aspekte betreffen zum Beispiel die Auswahl der richtigen Einheit zur Berechnung von Marktanteilen (z.B. Transaktionszahl, Anzahl der Nutzer etc.), die besondere Dynamik unentgeltlich bedienter Plattformen, plattformspezifische Aspekte wie *Single-/Multi-Homing* sowie die generelle Bedeutung der Marktanteile für die wettbewerbliche Gesamtwürdigung auf Märkten, in denen Plattformen tätig sind.<sup>20</sup>

(52) Soweit die aktualisierte Bekanntmachung ebenso wie die derzeitige Bekanntmachung Ausführungen zur Marktanteilsberechnung enthalten soll<sup>21</sup>, würde es die Studienvereinigung begrüßen, wenn im Zuge dessen auch Ausführungen zu den Besonderheiten von (digitalen) Plattformen in die Neufassung Eingang finden.

#### **IV. Räumliche Marktabgrenzung**

(53) Die Studienvereinigung hält die in Randnummer 8 der Bekanntmachung vorgenommene Definition des räumlich relevanten Marktes weiterhin für zutreffend. Dies wurde auch

---

<sup>19</sup> Im Fall *Google Shopping* (Kommission, Entsch. v. 27.6.2017, AT.39740) lehnte die Kommission dies jedoch ab.

<sup>20</sup> So können Plattformmärkte aufgrund der erheblichen indirekten Netzwerkeffekte trotz einer hohen Marktkonzentration besonders wettbewerbsintensiv und effizient sein.

<sup>21</sup> Rn. 53. bis 55. der Bekanntmachung

durch die Unionsgerichte bestätigt.<sup>22</sup> Der räumlich relevante Markt ist folglich das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen als Anbieter der fraglichen Waren oder Dienstleistungen auftreten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von den benachbarten Gebieten unterscheidet, und zwar insbesondere durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen.

(54) Mit Blick auf die Aktualisierung der Bekanntmachung regt die Studienvereinigung jedoch zu einzelnen Aspekten der räumlichen Marktabgrenzung eine Ergänzung der Ausführungen an.

### 1. Rolle des potentiellen Wettbewerbs beim räumlich relevanten Markt

(55) Die Studienvereinigung hält den in Randnummer 24 der Bekanntmachung aufgestellten Grundsatz weiterhin für richtig, dass potentieller Wettbewerb grundsätzlich bei der Marktdefinition nicht herangezogen und in der Regel auf der Ebene der wettbewerblichen Würdigung untersucht wird.<sup>23</sup> Die Studienvereinigung regt aber an, klarzustellen, ob es Situationen geben kann, in denen potentieller Wettbewerb ausnahmsweise auch für die Marktabgrenzung ein relevanter Faktor sein kann, zumal einzelne Entscheidungen auch dahingehend verstanden werden können, dass potentieller Wettbewerb im Rahmen der Marktabgrenzung eine Rolle gespielt hat.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Vgl. z.B. EuG, 30.9.2003, T 346/02 und T 347/02 – Cableuropa u. a./Kommission, Rn. 115; EuG, 7.5.2009, T 151/05 – NVV / Kommission, Rn. 54.

<sup>23</sup> Auch wenn die Berücksichtigung von potentielltem Wettbewerb auf Ebene der wettbewerblichen Würdigung nicht Gegenstand dieser Stellungnahme ist, sollten nach Ansicht der Studienvereinigung auch in den entsprechenden Kommissionsleitlinien Präzisierungen vorgenommen werden. Die Studienvereinigung schließt sich insoweit entsprechenden Überlegungen der Monopolkommission an (vgl. *Monopolkommission*, Hauptgutachten XXIII: Wettbewerb 2020, Kapitel IV, Chinas Staatskapitalismus: Herausforderung für die europäische Marktwirtschaft, Rn. 835-840 i.V.m. Rn. 954 ff.), die insbesondere feststellt, dass „[die bisherige] Regelung [nicht] berücksichtigt, dass der Markteintritt auch von politisch-strategischen Entscheidungen abhängen kann, die dazu führen, dass das betreffende Unternehmen sich nicht marktkonform verhält.“

<sup>24</sup> Vgl. unter Geltung der bisherigen Bekanntmachung bei der Marktabgrenzung in jüngerer Vergangenheit in Fusionskontrollfällen z.B. in der Zementindustrie Fall COMP/M.7009 *Holcim /Cemex West* (Entsch. v. 5.6.2014) Rn. 70: [...] „The Commission considers it pertinent to assess circles with different sizes, in particular circles with radii which include most actual customers of the respective plants (150 km in this case) as well as circles with larger radii which also include most potential customers (250 km in this case)“. Dies wurde in nachfolgenden Fällen wiederholt und weiter präzisiert: Kommission, Entsch. v. 15.12.2014, COMP/M.7252 – *Holcim/Lafarge*, Rn. 68; Entsch. v. 24.4.2015, COMP/M.7550 – *CRH / Holcim Lafarge Divestment*, Rn. 43; Entsch. v. 26.5.2016, COMP/M.7744 – *HeidelbergCement/Italcementi*, Rn. 39-41; Entsch. v. 5.4.2017, COMP/M.7878 – *HeidelbergCement/Schwenk/Cemex Croatia/Cemex Hungary*, v.a. Rn. 183 („In the first place, a circular catchment area representing on average 90% of deliveries around the Parties' plants allows the Commission to identify more readily all the potential competitors that may

(56) So könnte es angesichts des technischen Wandels und der Entwicklungen der Weltwirtschaft seit 1997 sinnvoll sein, in Bezug auf die relevanten Ausnahmen Präzisierungen vorzunehmen. Dies gilt aus Sicht der Studienvereinigung insbesondere für die zukunftsbezogene Zusammenschlusskontrolle.<sup>25</sup> Daher könnte im Zuge der Aktualisierung klargestellt werden, inwieweit konkretes strategisch-planerisches Verhalten und Ziele von Unternehmen ausnahmsweise bereits auf der Ebene der räumlichen Marktdefinition eine Rolle spielen könnten.<sup>26</sup> Dies kann insbesondere Auswirkungen auf die räumliche Marktabgrenzung haben, wenn es sich um Planungen von Unternehmen handelt, die bei Betrachtung der aktuellen Angebotsstruktur nicht dem räumlich relevanten Markt zuzurechnen wären. Ist der Zeithorizont für einen Markteintritt von Unternehmen im Rahmen einer hinreichend robusten Prognoseentscheidung unter Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Industrie (z.B. Innovationszyklen, Marktzutrittschranken, etc.) bereits so konkret absehbar, dass derartige Unternehmen aus einem aktuell noch unterschiedlichen räumlichen Markt in den für die Kommission räumlich relevanten Markt eintreten werden, so stellt sich die Frage, ob dies dazu führen kann, den räumlich relevanten Markt entsprechend zu erweitern. Dies könnte insbesondere bei Märkten gelten, bei denen Investitionsentscheidungen und Auftragsvergaben eine lange Vorlaufzeit haben und sich konkrete Markteintrittsankündigungen bereits auf das Wettbewerbsgeschehen auswirken. Ein weiteres Beispiel betrifft Konstellationen, in denen ein potentieller Wettbewerber bereits im sachlich relevanten Markt aktiv ist und eine mögliche geografische Ausweitung eines Vertriebsnetzes unter Umständen mit geringem finanziellen und strategischen Aufwand möglich ist.

(57) Methodisch könnte man dies dadurch rechtfertigen, dass der räumlich relevante Markt<sup>27</sup> zum einen auf die hinreichende Homogenität der Wettbewerbsbedingungen abstellt und zum anderen auf die spürbare Unterscheidbarkeit der Wettbewerbsbedingungen in benachbarten Gebieten. Steht ein Markteintritt auf klarer Tatsachengrundlage mit großer Wahrscheinlichkeit bevor und ist auch ansonsten hinreichende Homogenität der Wettbewerbsbedingungen zu erwarten, werden die Unterschiede zwischen den Gebieten in

---

*constrain the Parties and to compute market shares that reflect more adequately the number and strength of those competitors.*

<sup>25</sup> Vgl. hierzu die Erwägungen in Rn. 12 der Bekanntmachung für eine differenzierte Betrachtung je nach Anwendungsfall. Siehe auch oben Abschnitt C.I. der vorliegenden Stellungnahme.

<sup>26</sup> Insbesondere in staatlichen mehrjährigen Wirtschaftsplänen oder -strategien von staatlich kontrollierten Unternehmen (*State Owned Enterprises*) festgelegte Planungen.

<sup>27</sup> Vgl. Rn. 8 der Bekanntmachung.

klar absehbarer Zeit unterhalb der Spürbarkeitsschwelle liegen und der Markt ist zu erweitern.

- (58) Im Hinblick auf die Beweisanforderungen für die Prognoseentscheidung sollte mindestens gelten, aber auch ausreichen, dass sich (i) stichhaltige Anhaltspunkte für die Zutrittspläne ergeben, z.B. aus offiziellen mehrjährigen Wirtschaftsplänen oder auch aus anderen verlässlichen Quellen, insbesondere Ankündigungen der potentiellen Wettbewerber selbst, und (ii) empirisch belegt ist, dass derartige Ziele in der Vergangenheit in ähnlichen Fallkonstellationen im relevanten Prognosezeitraum für potentiellen Wettbewerb umgesetzt wurden.<sup>28</sup>

## 2. Auswirkungen der Globalisierung

- (59) Die Studienvereinigung merkt überdies an, dass die Randnummern 28 und 29 der Bekanntmachung<sup>29</sup> angesichts der Entwicklungen der Weltwirtschaft seit 1997 und der zunehmenden globalen wirtschaftlichen Verflechtungen<sup>30</sup> sowie der Internationalisierung von Handelsströmen und nicht zuletzt durch die Vernetzung der durch das Internet vereinfachten globalen Bezugsmöglichkeiten in einer Mehrzahl aller Wirtschaftszweige bei heutiger Betrachtung zu stark die Unterscheidung zwischen nationaler und Unions- oder EWR-Ebene betonen.
- (60) Die Studienvereinigung regt daher an, in einer Neufassung die Kriterien für die Annahme von weltweiten, jedenfalls oft überregionalen (im Sinne von Weltregionen) räumlichen Märkten unter Berücksichtigung der zunehmenden Globalisierung näher zu erläutern. Dies sollte vor allem vor dem Hintergrund geschehen, dass sich die der bisherigen Bekanntmachung zu Grunde liegenden ökonomischen Rahmenbedingungen seit 1997 erheblich geändert haben. Die Zahl der Mitgliedsstaaten hat sich seitdem nahezu verdoppelt und die Marktintegration<sup>31</sup> in der Europäischen Union und der damit verbundene Abbau regulatorischer Hürden kann für zahlreiche Wirtschaftszweige inzwischen als weitgehend abgeschlossen beurteilt werden. Auch an anderen Stellen, etwa im Rahmen der

---

<sup>28</sup> Vgl. hierzu Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl.EU 2004/C 31/03, Rn. 74.

<sup>29</sup> Vgl. aber auch Rn. 32 der Bekanntmachung.

<sup>30</sup> Vgl. dazu schon den Gedanken in Rn. 30 a.E. der Bekanntmachung.

<sup>31</sup> Vgl. Rn. 32 der Bekanntmachung.

Bezugnahme auf Währungsschwankungen<sup>32</sup>, die zumindest bei der Abgrenzung von nationalen und EWR-weiten Märkten durch die Euro-Einführung in den meisten Mitgliedsstaaten nahezu obsolet ist, aber auch bei Transportkosten<sup>33</sup> ist eine Aktualisierung sinnvoll.

- (61) In diesem Zusammenhang regt die Studienvereinigung überdies an, in einer Neufassung der Bekanntmachung auch die Rolle von Importen in den EWR stärker zu berücksichtigen und hierzu Festlegungen zu treffen. Importe decken in gewissen Märkten bereits heute einen erheblichen Anteil des Gesamtbedarfs innerhalb Europas ab. Hier sollten Kriterien festgelegt werden, wann Importe eine Erweiterung des räumlich relevanten Marktes zur Folge haben könnten und die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind. Faktoren, die dabei eine Rolle spielen, sind vorwiegend die Bedeutung von Lieferzeiten und Transportkosten für das entsprechende Produkt, aber auch die Qualität nicht-europäischer Produkte. So können die Transportkosten für Produkte aus Asien, die per Schiff nach Europa gelangen, unter den innereuropäischen Kosten über Straße und Schiene liegen. Auch in Bezug auf Qualität muss berücksichtigt werden, dass beispielsweise asiatische Produkte zunehmend eine adäquate Alternative darstellen. Dogmatisch könnte die Erweiterung des räumlichen Marktes aufgrund von Importen in Betracht kommen, wenn aufgrund geeigneter und hinreichend robuster wettbewerbsökonomischer Methoden festgestellt wird, dass ein Ausweichen auf Importe möglich ist und diese Importe auch tatsächlich den steigenden Bedarf decken können.
- (62) Zu erwägen wäre auch eine Erläuterung, wonach aktueller Wettbewerb ausländischer Anbieter bereits dann vorliegen kann, wenn nachweislich konkrete Angebote aus bestimmten Regionen festzustellen sind, ohne dass es darauf ankommt, in welcher (Mindest-)Anzahl bzw. in welchem Verhältnis zu Inlandsangeboten diese ergangen sind und ob die ausländischen Anbieter letztlich den Zuschlag erhalten haben. Es mag durchaus genügen, dass sich der Marktgegenseite aufgrund der aktuellen transnationalen Angebote bereits Ausweichalternativen bieten.

### **3. Bedeutung von (aktuellen) Handelsströmen bei der räumlichen Marktabgrenzung**

- (63) Randnummer 31 der Bekanntmachung weist richtigerweise darauf hin, dass die gegenwärtige Struktur und Entwicklung der Handelsströme „nützliche zusätzliche Hinweise“ bei der Feststellung von Hemmnissen liefern, durch die unterschiedliche räumliche

---

<sup>32</sup> Vgl. Rn. 45 der Bekanntmachung.

<sup>33</sup> Vgl. Rn. 50 der Bekanntmachung (siehe auch nachfolgender Absatz oben im Text).

Märkte entstehen. Die Studienvereinigung versteht dies so, dass aktuelle Handelsströme ein Element bei der Prüfung des relevanten räumlichen Marktes sind (insbesondere bei der Frage, ob grenzüberschreitende Märkte bestehen), jedoch vom Vorliegen oder Fehlen solcher Handelsströme *allein* nicht auf die räumlichen Grenzen von Märkten geschlossen werden kann. Eine solche Konzentration auf die tatsächliche, aktuelle Nachfrage bzw. das tatsächliche, aktuelle Angebot würde einerseits den Wettbewerbsdruck vernachlässigen, den vorhandene Ausweichalternativen auf die Anbieter oder Nachfrager ausüben. Andererseits könnten durch einzelne starke Exporteure / Importeure verursachte Handelsströme zu einer Erweiterung des relevanten Marktes führen, obwohl das Angebot oder die Nachfrage in den anderen Gebieten, die über die Exporte / Importe berücksichtigt werden, für die meisten Marktteilnehmer keine realistische Ausweichalternative darstellt (sog. Problem der „*silent majority fallacy*“).

- (64) Bei der Anwendung der Bekanntmachung durch nationale Behörden oder Gerichte wird allerdings zum Teil eine solche Fokussierung auf aktuelle Handelsströme vorgenommen. Die Marktabgrenzung erfolgt dabei teilweise auf Basis des sog. *Elzinga-Hogarty-Tests*.<sup>34</sup> Auch die Kommission hat diesen Test vereinzelt direkt oder zumindest der Sache nach angewandt.<sup>35</sup>
- (65) Aus den obengenannten Gründen führt eine Fokussierung auf den *Elzinga-Hogarty-Test* jedoch unter Umständen zu Marktabgrenzungen, die die tatsächlichen Wettbewerbsbedingungen nicht sachgerecht abbilden. Die Studienvereinigung regt daher an, klarzustellen, dass die Marktabgrenzung grundsätzlich nicht allein auf Handelsstromanalysen (mit dem *Elzinga-Hogarty-Test*) gestützt werden kann, sondern weitere Kriterien herangezogen werden, die möglichst konkret benannt werden sollten. Dies entspricht auch dem Meinungsstand und der Behördenpraxis in den USA, wo der *Elzinga-Hogarty-Test* in der

---

<sup>34</sup> *Elzinga/Hogarty*, The Problem of Geographic Market Delineation Revisited: The Case of Coal, Antitrust Bulletin 23 (1978), S. 45 ff. Der *Elzinga Hogarty-Test* arbeitet mit zwei Kennziffern, LIFO und LOFI. LIFO („Little In From Outside“) misst die Bedeutung von Importen und wird definiert als 1 abzüglich des Verhältnisses der Importe zum Inlandsverbrauch; LOFI („Little Out From Inside“) wird definiert als 1 minus des Verhältnisses der Exporte zur inländischen Produktion. Eine Region wird als ein geografischer Markt betrachtet, wenn sowohl LIFO als auch LOFI oberhalb eines bestimmten Schwellenwerts liegen.

<sup>35</sup> Vgl. *Wingarter*, WuW 2017, 194 f. unter Hinweis auf die Fälle Kommission, Entsch. v. 31.1.1994, IV/M.315 – *Mannesmann/Vallourec/Ilvaission*, Rn. 33; Entsch. v. 7.12.1995, IV/M.1161 – *Alcoa/Alumax*, Rn. 24; v. 11.7.2008, COMP/M.5020 – *Lesaffre/GBI*, Rn. 17 f.; Entsch. v. 17.12.2008, COMP/M.5046 – *Friesland Foods/Campina*, Rn. 228, 230, 565, 572, 587; Entsch. v. 9.1.2009, COMP/M.5153 – *Arsenal/DSP*, Rn. 44 ff.

Vergangenheit intensiv angewandt wurde und insbesondere im Bereich von Krankenhausfusionen zu Schwierigkeiten geführt hat.<sup>36</sup>

#### 4. Abgrenzung von Märkten innerhalb des integrierten Marktes im EWR (insbesondere Lieferradien, Fahrtzeitzone)

(66) Die aktuelle Bekanntmachung erklärt in Randnummer 32, dass die Kommission die fortlaufende Marktintegration berücksichtigt. Tatsächlich legt die Generaldirektion Wettbewerb in ihrer Praxis zunehmend Märkte zu Grunde, die mindestens den EWR umfassen.<sup>37</sup> Die Marktintegration führt aber auch dazu, dass nationale Grenzen bei Märkten *innerhalb* des EWR (die also kleiner sind als der EWR) eine geringere Rolle spielen. Märkte können deshalb z.B. auch grenzüberschreitend Teile verschiedener Mitgliedsstaaten umfassen. Die Studienvereinigung regt an, in der Bekanntmachung aufzunehmen, dass die Abgrenzung der räumlichen Märkte nicht politischen Grenzen folgen muss, sondern dass auch eine (grenzüberschreitende) Abgrenzung insbesondere nach Lieferradien<sup>38</sup> in Betracht kommen kann. In ihrer Entscheidungspraxis hat die Kommission bereits intensiv Lieferradien zur räumlichen Abgrenzung genutzt.<sup>39</sup> Die Studienvereinigung schlägt weiter vor, praktische Erläuterungen dazu aufzunehmen, wie bei der Abgrenzung räumlicher Märkte anhand von Lieferradien vorgegangen werden kann und welche Kriterien dabei zu berücksichtigen sind. Aus Sicht der Studienvereinigung betonen Abgrenzungen nach

---

<sup>36</sup> Vgl. Improving Health Care: A Dose of Competition – A report by the Federal Trade Commission and the Department of Justice, 07/2004, Chapter 4: Competition Law: Hospitals, II A. Elzinga-Hogarty, Critical Loss, and the Alternatives, abrufbar unter: <https://www.justice.gov/atr/chapter-4-competition-law-hospitals#2a>

<sup>37</sup> Kommission, OECD Arbeitspapier, DAF/COMP/WP3/WD(2016)50, Geographic Market Definition, Note by the European Union, 9.11.2016, Rn. 11.

<sup>38</sup> Bei der Festlegung der Lieferradien sollte dabei methodisch nicht nur auf die aktuellen Handelsströme abgestellt werden, sondern auch die Ausweichalternativen berücksichtigt werden (vgl. Abschnitt C.IV.3 dieser Stellungnahme).

<sup>39</sup> Z.B. Fälle Kommission, v. 5.6.2014, COMP/M.7009 – *Holcim/Cemex West*, v. 9.9.2014, COMP/M.7054 – *Cemex/Holcim Spain*; v. 15.1.2016, COMP/M.7567 – *Ball/Rexam*; v. 26.5.2016, COMP/M.7744 – *Heidelbergcement/Italcementi*; v. 5.4.2017, COMP/M.7878 – *HeidelbergCement/Schwenk/Cemex Croatia/Cemex Hungary*; v. 11.7.2016, COMP/M.7893 – *Plastic Omnium/Faurecia*. Im Fall COMP/M.7878 hat die Kommission in Rn. 173 ff. und 237 ff., soweit ersichtlich, erstmals das Konzept des „räumlich differenzierten Marktes“ („*geographically differentiated markets*“) geprägt. Die Studienvereinigung hält es für sinnvoll, dass in einer Neufassung der Bekanntmachung oder einer möglichen Überarbeitung der Leitlinie für horizontale Zusammenschlüsse dieses Konzept näher erläutert wird. Die Studienvereinigung Kartellrecht sieht hier einen möglichen Wertungswiderspruch zwischen dem Postulat von „hinreichend homogenen Wettbewerbsbedingungen“ (Rn. 8 der aktuellen Bekanntmachung) und dem Konzept räumlich differenzierter Märkte wie es in Rn. 237 der Entscheidung im Fall COMP/M.7878 formuliert wird. Dies führt zu einer fließenden Grenze, die aus Rechtsanwendersicht zu einem zu hohen Maß an Rechtsunsicherheit führen könnte. Daher sollte dieser Aspekt konkretisiert werden.

Lieferradien allerdings stark die aktuellen Kundenbeziehungen. Sie dürfen daher nicht dazu führen, dass die Betrachtung des relevanten Marktes zu statisch wird.

- (67) Bei einer stärker von politischen (nationalen) Grenzen losgelösten räumlichen Marktabgrenzung mittels Lieferradien oder Fahrtzeitzonen stellt sich auch die Frage, ob diese Radien/Zonen um die jeweiligen Anbieter oder die Nachfrager gebildet werden sollten. Die Kommission arbeitet in ihrer Entscheidungspraxis in komplexen Fällen mit einer Kombination beider Betrachtungen.<sup>40</sup> Es ist nach Auffassung der Studienvereinigung korrekt (auch) auf die Sitze der Kunden abzustellen, weil so die für das Bedarfsmarktkonzept entscheidende Sicht der Marktgegenseite erfasst wird. Grundsätzlich ist damit eine kombinierte Betrachtung nach Lieferanten- und Abnehmersitz vorzugswürdig.
- (68) Die Studienvereinigung plädiert dafür, dass bei dieser Frage auch der Standpunkt der "Horizontal Merger Guidelines" des Department of Justice (DOJ) und der Federal Trade Commission (FTC) in die Analyse für eine Neufassung der Bekanntmachung einbezogen werden sollte. Die „Horizontal Merger Guidelines“ gehen davon aus, dass die Abgrenzung des relevanten Marktes vom Standpunkt des Kunden ausgehen sollte, wenn es dem Anbieter möglich ist, zwischen Abnehmern aufgrund ihres Standortes zu diskriminieren.<sup>41</sup> Nach Auffassung der Studienvereinigung erscheint dies zutreffend, da nur so der Ort erfasst wird, an dem der Wettbewerb stattfindet. Die Studienvereinigung regt daher an, entsprechende Erläuterungen auch in eine Neufassung der Bekanntmachung aufzunehmen oder andernfalls klarzustellen, nach welchen konkreten Kriterien im Einzelfall diese Entscheidung für eine lieferantenzentrierte oder abnehmerzentrierte Sichtweise getroffen werden sollte.

## **V. Rolle und Bedeutung von (End-)Verbrauchern in mehrstufigen Absatzketten bei der Definition des relevanten Marktes**

- (69) Die Kommission erklärt in Randnummer 7 der Bekanntmachung alle Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen als zu demselben sachlichen Markt gehörig, die von den Verbrauchern als austauschbar oder substituierbar angesehen werden. Der räumlich relevante Markt soll nach Randnummer 8 der Bekanntmachung das Gebiet umfassen, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind, was nach Randnummer 29 der Bekanntmachung vornehmlich nach Nachfragemerkmalen zu ermitteln sei. Nach Randnummer 13 der Bekanntmachung wird der relevante Markt demzufolge vornehmlich

---

<sup>40</sup> Vgl. z.B. Kommission, v. 17.7.2015, COMP/M.7408 – *Cargill/ADM Chocolate Business*, Rn. 109 f.

<sup>41</sup> U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, 2010, *Horizontal Merger Guidelines*, S. 13.

nach dem Konzept der Nachfragesubstituierbarkeit ermittelt. Diese stelle „*die unmittelbarste und wirksamste disziplinierende Kraft dar, die auf die Anbieter eines gegebenen Produkts einwirkt, vor allem was ihre Preisentscheidung anbetrifft*“. Daher bestehe „*die Abgrenzung des relevanten Marktes [...] im Wesentlichen darin, das den Kunden tatsächlich zur Verfügung stehende Alternativangebot zu bestimmen, und zwar sowohl in Bezug auf verfügbare Waren und Dienstleistungen als auch den Standort der Anbieter*“.

(70) Die Studienvereinigung teilt die Auffassung, dass die Nachfragesubstituierbarkeit, entsprechend der unionsgerichtlichen Praxis, „grundsätzlich das effektivste Beurteilungskriterium“<sup>42</sup> zur Definition des relevanten Marktes ist, merkt jedoch an, dass nach der Bekanntmachung nicht immer klar ist, aus welcher Sicht für die Beantwortung welche Wettbewerbsfrage die Nachfragesubstituierbarkeit zu bewerten ist.

(71) So verwendet die deutsche Sprachfassung der Bekanntmachung die Begriffe

- Verbraucher,<sup>43</sup>
- Kunden,<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Siehe EuG, Urteil v. 4.6.2006, Rs. T-177/04 – *Easy Jet*, ECLI:EU:T:2006:187, Rn. 99.

<sup>43</sup> Der sachliche Markt ist nach Rn. 7 der Bekanntmachung anhand der Austauschbar- bzw. Substituierbarkeit aus Sicht des *Verbrauchers* abzugrenzen. Der räumlich relevante Markt soll nach Rn. 29 der Bekanntmachung danach bestimmt werden, ob Anbieter an unterschiedlichen Standorten für *Verbraucher* tatsächlich eine alternative Lieferquelle darstellen, wofür entscheidend sei, ob die jeweiligen *Abnehmer der Parteien* ihre Nachfrage umlenken würden (der Begriff *Abnehmer der Parteien* deutet zudem darauf hin, dass dies nur für die Zusammenschlusskontrolle gelten soll). Rn. 55 der Bekanntmachung fasst Kunden und Verbraucher als Teilnehmer des abgegrenzten Marktes unter dem Begriff *Kunden/Verbraucher* zusammen. Nach Rn. 56 der Bekanntmachung kommt es bei primären und sekundären Märkten darauf an, welche Bedeutung Preisänderungen auf die Kaufentscheidung des *Kunden* haben, was anhand der Reaktionen der *Verbraucher* ermittelt werden könne.

<sup>44</sup> Nach Rn. 13 der Bekanntmachung bestehe die Abgrenzung des relevanten Marktes im Wesentlichen darin, das den *Kunden* tatsächlich zur Verfügung stehende Alternativangebot zu bestimmen. Nach Rn. 15 der Bekanntmachung müsse die Nachfragesubstituierbarkeit aus Sicht der *Abnehmer* bestimmt werden, was nach Rn. 15 und 17 der Bekanntmachung anhand der wahrscheinlichen Reaktion der *Kunden* auf Preisänderungen ermittelt werden könne (es ist insbesondere in Rn. 17 der Bekanntmachung nicht klar, ob dies nur für die Zusammenschlusskontrolle gelten soll, da die Kommission dort von *Kunden der Parteien* spricht). Rn. 33, 34, 36, 40, 43, 45, 47 und 48 der Bekanntmachung stellen für die Marktabgrenzung allein auf den *Kunden* bzw. die *Kundengruppe* ab (Rn. 47 spricht von *Kunden der Parteien* und wirft damit wieder die Frage auf, ob die Kommission sich hier nur auf die Zusammenschlusskontrolle bezieht).

- Abnehmer,<sup>45</sup>
- Konsument<sup>46</sup> und
- Endverbraucher<sup>47</sup>

nebeneinander,<sup>48</sup> ohne durchgehend deutlich zu machen, welche Art von Nachfragern sie mit den jeweiligen Begriffen jeweils meint.

(72) Auch ein Vergleich mit anderen Rechtstexten (jeweils in der deutschen Sprachfassung) macht nicht deutlicher, was mit den jeweiligen Begriffen gemeint ist.

- So stellt Art. 101 Abs. 3 AEUV auf die Effizienzen ab, die für eine Freistellung vom Kartellverbot auch den Verbrauchern zu Gute kommen müssen. Der Begriff Verbraucher umfasst dabei nach Ansicht der Kommission, so Randnummer 84 der Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG<sup>49</sup>, *„alle Nutzer der Produkte, auf die sich die Vereinbarung bezieht, einschließlich Produzenten, die die Ware als Vorprodukte benötigen, Großhändler, Einzelhändler und Endkunden, d.h. natürliche Personen, die außerhalb ihrer Geschäfts- und Berufstätigkeit handeln. Verbraucher im Sinne von Art. 81 Abs. 3 sind also Kunden der Vertragsparteien und die späteren Käufer der Produkte. Diese Kunden können Unternehmen sein [...] oder Endkunden.“*
- Die Vertikal-GVO stellt für die Bewertung von Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf unterschiedlichen Ebenen der Absatzkette dagegen neben dem Anbieter auf

---

<sup>45</sup> Nach Rn. 15 der Bekanntmachung ist die Substituierbarkeit aus Sicht des *Abnehmers* anhand der Nachfrage des *Kunden* und nach Rn. 29 der Bekanntmachung die Substituierbarkeit aus Sicht der *Verbraucher* anhand der Nachfrage des *Abnehmers* zu ermitteln.

<sup>46</sup> Die Begriffe *Konsument* und *Verbraucher* werden in Rn. 18 der Bekanntmachung offensichtlich synonym genutzt.

<sup>47</sup> In Rn. 41 der Bekanntmachung werden die Begriffe *Verbraucher* und *Endverbraucher* nicht klar unterschieden.

<sup>48</sup> Dies unterscheidet sich zudem z.B. von der englischen oder französischen Sprachfassung der Bekanntmachung. Dort werden lediglich die Begriffe *„consumer“*, *„customer“* und *„end consumer“* bzw. *„consommateur“*, *„clients“* und *„consommateurs finals“* verwendet.

<sup>49</sup> Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 C101/97.

den Abnehmer<sup>50</sup> ab, den sie vom Kunden des Abnehmers<sup>51</sup> sowie vom Verbraucher<sup>52</sup> und Endverbraucher<sup>53</sup> unterscheidet.

- Für die Zusammenschlusskontrolle definiert Randnummer 6.1 des Formblatts CO<sup>54</sup> den sachlich relevanten Markt als einen Markt der alle Waren und/oder Dienstleistungen umfasst, die vom Verbraucher als austauschbar oder substituierbar angesehen werden, ohne den Begriff des Verbrauchers näher zu definieren. Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO spricht dagegen von „*Zwischen- und Endverbrauchern*“. Diese wiederum seien nach Randnummer 79, Fn. 105, der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse „*sowohl gegenwärtige als auch potentielle Kunden der Fusionsparteien*“.<sup>55</sup> Bei nicht-horizontalen Zusammenschlüssen können dagegen, so die Kommission in Randnummer 16 ihrer Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse, die Zwischenverbraucher auch aktuelle oder potentielle Wettbewerber der Fusionsparteien sein.<sup>56</sup>

(73) Damit wird die Marktabgrenzung nach der Bekanntmachung ihrem Ziel,<sup>57</sup> ein für die Rechtsanwendungspraxis geeignetes Hilfsmittel zur Ermittlung der für eine bestimmte Wettbewerbsfrage<sup>58</sup> relevanten Wettbewerbskräfte zu sein, nur eingeschränkt gerecht. Denn wenn unklar ist, aus welcher Sicht die Substituierbarkeit von Produkten und/oder Dienstleistungen zu ermitteln ist, können weder der jeweils relevante Markt noch die jeweils relevanten Wettbewerbskräfte auf diesem Markt bestimmt werden. Dies gilt insbesondere für Nachfragemärkte (s. hierzu eingehend Abschnitt C.VI. dieser Stellungnahme), Märkte, auf denen Plattformen tätig sind, (s. hierzu eingehend Abschnitt C.III. dieser Stellungnahme) und mehrstufige Absatzmärkte (s. hierzu sogleich nachfolgend).

---

<sup>50</sup> Art. 1 lit. h), Art. 2 Abs. 4, Art. 3 Abs. 1, Art. 4, Art. 5 Abs. 2 und Art. 7 lit a. Verordnung (EU) Nr. 330/2010.

<sup>51</sup> Art. 1 lit. i) und Art. 4 lit. b (i) Verordnung (EU) Nr. 330/2010.

<sup>52</sup> Erwägung 8 und 10 Verordnung (EU) Nr. 330/2010.

<sup>53</sup> Art. 4 lit. b (ii), c und e Verordnung (EU) Nr. 330/2010.

<sup>54</sup> Anhang I zur Durchführungsverordnung 802/2004.

<sup>55</sup> Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004 C31/03.

<sup>56</sup> Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2008 C265/07.

<sup>57</sup> Siehe Rn. 2, 9 und 12 der Bekanntmachung.

<sup>58</sup> Feststellung einer Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV, einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs im Sinne des Art. 2 Abs. 3 1. HS FKVO oder einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des Art. 102 AEUV bzw. des Art. 2 Abs. 3 2. HS. FKVO.

- (74) Dass für die Frage, aus welcher Sicht die Nachfragesubstituierbarkeit zu ermitteln ist, zwischen Abnehmern bzw. Kunden einerseits und (End-)Verbrauchern andererseits zu unterscheiden ist, ergibt sich schon aus der in Randnummer 10 der Bekanntmachung zitierten Marktbeherrschungsdefinition der ständigen Rechtsprechung der Unionsgerichte. Denn danach besteht eine Marktbeherrschung, wenn ein Unternehmen oder eine Gruppe von Unternehmen in der Lage sind, in erheblichem Maße unabhängig von ihren Wettbewerbern und Kunden zu agieren, was wiederum letztlich bedeute, dass sie auch unabhängig von Verbrauchern agieren.<sup>59</sup> Dies entspricht der Rechtsprechung des EuGH, wonach das Wettbewerbsrecht der Union die Verbraucher nicht nur vor unmittelbaren Schäden, sondern auch vor Schäden schützt, die ihnen durch einen Eingriff in die Struktur des Wettbewerbs zugefügt werden und zwar etwa dadurch, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen andere Unternehmen auf der unmittelbar nachgelagerten Marktstufe zum Nachteil seiner eigenen Konkurrenten behindert.<sup>60</sup>
- (75) In mehrstufigen Absatzmärkten stehen sich der Anbieter und der unmittelbare Abnehmer gegenüber. Demnach sind primär in diesem Verhältnis die Wettbewerbskräfte zu ermitteln, denen der Anbieter ausgesetzt ist. Dies spricht dafür, dass in diesem Fall die Substituierbarkeit der Produkte oder Dienstleistungen des Anbieters im Ausgangspunkt aus Sicht des unmittelbaren Abnehmers, also der unmittelbaren Marktgegenseite, und nicht etwa aus Sicht der Abnehmer auf der nächsten Marktstufe zu bestimmen ist (zu deren Bedeutung sogleich). Denn der Begriff des relevanten Marktes setzt nach der Rechtsprechung die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs zwischen den zu ihm gehörenden Produkten und/oder Dienstleistungen voraus, was wiederum eine hinreichende Austauschbarkeit dieser Produkte und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite bzw. der Abnehmer erfordert, die diese Produkte oder Dienstleistungen nachfragen.<sup>61</sup> Die Kommission hat diese Erwägungen in der Zusammenschlusskontrolle wie folgt aufgegriffen: „Damit zwei Erzeugnisse als substituierbar angesehen werden können, muss es für den Direktabnehmer eine realistische und rationale Möglichkeit sein, auf beispielsweise einen erheblichen Preisanstieg des einen Erzeugnisses dadurch zu reagieren,

---

<sup>59</sup> EuGH, Urteil v. 13. 2.1979, Rs. 86/76 – *Hoffmann-La Roche*, ECLI:EU:C:1977:54, Rn. 38. Siehe dazu auch die Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EG auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. 2009 C45/7, Rn. 10.

<sup>60</sup> Siehe EuGH, Urteil v. 15.3.2007, Rs. C-95/04 P – *British Airways*, ECLI:EU:C:2007:166, Rn. 106 f.

<sup>61</sup> Vgl. EuGH, Urteil v. 13.2.1979, Rs. C-85/76 – *Hoffmann-La Roche*, ECLI:EU:C:1977:54, Rn. 28; EuGH, Urteil v. 31.5.1979, Rs. 22/78 – *Hugin*, ECLI:EU:C:1979:138, Rn. 5 ff.; EuG, Urteil v. 9.9.2004, Rs. T-301/04 – *Clearstream*, ECLI:EU:T:2009:317, Rn. 49 ff.

*dass er sich in relativ kurzer Zeit auf das andere Erzeugnis umstellt.*<sup>62</sup> Für die Marktabgrenzung bei vertikalen Beschränkungen im Anbieter-Abnehmer-Verhältnis stellt die Kommission dementsprechend klar, dass „*der sachlich relevante Markt in erster Linie von der Substituierbarkeit aus Sicht der Abnehmer ab[hängt].*“<sup>63</sup> Wenn der direkte Abnehmer die Produkte oder Dienstleistungen vom Anbieter als Vorleistung für andere Produkte oder Dienstleistungen erwerbe, so richte sich die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes in der Regel allein nach den Präferenzen dieser direkten Abnehmer.<sup>64</sup> Wenn der direkte Abnehmer dagegen die Produkte oder Dienstleistungen vom Anbieter in der Form erwirbt, in der er sie als Endprodukt an Endverbraucher weiterverkauft, müsse er bei seiner Nachfrage in der Regel auch die Präferenzen der Endverbraucher berücksichtigen. Insoweit käme es in diesem Fall für die Frage der Substituierbarkeit aus Sicht des direkten Abnehmers mittelbar auch auf die Präferenzen der Endverbraucher an.<sup>65</sup>

(76) Die Studienvereinigung regt daher für eine einfachere Handhabung der Kriterien der Marktdefinition in der Rechtsanwendungspraxis insbesondere in Fällen mehrstufiger Absatzketten an, dass die neue Fassung der Bekanntmachung

- die Begriffe (End-)Verbraucher, Abnehmer und Kunde eindeutig definiert,
- klarstellt, dass es bei der Nachfragesubstituierbarkeit vornehmlich auf die Sicht der unmittelbaren Marktgegenseite, also der direkten Abnehmer, ankommt und
- klarstellt, dass die Präferenzen der (End-)Verbraucher vorrangig in Fällen des bloßen Weiterverkaufs von Bedeutung sind und auch dann nur als zu berücksichtigende Faktoren bei der auch in diesem Fall entscheidenden Substituierbarkeit aus Sicht des direkten Abnehmers.
- im Blick hat, dass sich die jeweiligen Sprachfassungen auch bei diesen Begriffen entsprechen.

---

<sup>62</sup> Kommission, v. 30.9.1992, IV/M.214 – *Du Pont/ICI*, Rn. 23.

<sup>63</sup> Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2010 C130/01, Rn. 89 S. 1.

<sup>64</sup> Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2010 C130/01, Rn. 89 S. 2 ff.

<sup>65</sup> Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2010 C130/01, Rn. 89 S. 5 f.

## VI. Abgrenzung von Nachfragemärkten

- (77) Die Kommission hat sich in ihrer bisherigen Bekanntmachung fast ausschließlich auf Angebotsmärkte fokussiert. So werden Nachfragemärkte – also Märkte, auf denen Nachfrager um Versorgungsquellen konkurrieren – nur punktuell (Randnummer 17) und nicht explizit erwähnt. Zudem wird in der Bekanntmachung im Wesentlichen auf „Verbraucher“ als die für die Marktabgrenzung relevante Gruppe von Marktteilnehmern abgestellt.
- (78) Soweit ersichtlich, existiert auch nur wenig Entscheidungspraxis der Kommission sowie der Unionsgerichte. Soweit sich Aussagen finden, wird in der Kommissionspraxis betont, dass sich Beschaffungsmärkte in der Regel spiegelbildlich zu Angebotsmärkten abgrenzen lassen sollen; maßgeblich sei also die Substituierbarkeit aus der Anbietersicht, so dass es auf Alternativen der Anbieter und ihre Angebotsumstellungsflexibilität ankomme.<sup>66</sup>
- (79) Da Nachfragemärkte – ökonomisch betrachtet – nicht minder bedeutsam als Angebotsmärkte sind, regt die Studienvereinigung an, dass eine Neufassung der Bekanntmachung hierzu entsprechende Erläuterungen aufnimmt. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass Nachfragemärkte gerade durch die Digitalisierung und insbesondere durch den Vertrieb bzw. Einkauf über digitale Plattformen eine zunehmende Bedeutung erfahren haben.

## VII. Innovationsmärkte bzw. -räume

- (80) In jüngerer Vergangenheit hat die Kommission in Fusionskontrollentscheidungen sog. „Innovationsräume“ („*innovation spaces*“) als Analyserahmen für die Wettbewerbsbedingungen und Wettbewerbskräfte herangezogen.<sup>67</sup>
- (81) Im Hinblick auf die praktische Anwendung dieses Konzepts bestehen zahlreiche Unklarheiten. Hierzu gehört auch, ob solche Innovationsräume als Ersatz für den sachlich relevanten Markt dienen, einem konkreten sachlich relevanten Markt vorgelagert sind, eigenständige Innovationsmärkte darstellen oder eher als Instrument im Rahmen der wettbewerblichen Beurteilung von spezifisch definierten Produktmärkten betrachtet werden. In jedem Fall sind jedoch die üblichen methodischen Grundsätze der Marktabgrenzung

---

<sup>66</sup> Vgl. z.B. Kommission, Entsch. v. 3.2.1999, IV/M.1221– *REWE/Meinl*, Rn. 76; vgl. auch EuGH, Urt. v. 28.3.1985, Rs. 298/83 – *CICCE/Kommission*, ECLI:EU:C:1985:150.

<sup>67</sup> Vgl. z.B. Kommission, Entsch. v. 27.3.2017, COMP/M.7932 – *Dow/DuPont*, Rn. 342 ff.; Entsch. v. 21.3.2018, COMP/M.8084 – *Bayer/Monsanto*, u.a. Rn. 61ff. oder 1004 ff.

im Bereich der Innovationsräume nur eingeschränkt anwendbar, da das Bedarfsmarktkonzept in Ermangelung einer Marktgegenseite als Ausgangspunkt der Marktabgrenzung an seine Grenzen stößt.

- (82) Die Studienvereinigung würde es daher begrüßen, wenn die Kommission in einer Neufassung der Bekanntmachung die auf die Marktabgrenzung bezogenen Aspekte des Konzepts der Innovationsräume näher erläutern würde.

## **VIII. Weitere Aspekte**

### **1. Konkretisierung des Zeitraums der Angebotsumstellungsflexibilität**

- (83) In Randnummer 20 ff. der Bekanntmachung werden die Voraussetzungen für die Annahme der im Einzelfall – ergänzend zur Nachfragesubstituierbarkeit – heranziehbaren Angebotsumstellungsflexibilität beschrieben. In zeitlicher Hinsicht wird in Randnummer 20 allein die „Kurzfristigkeit“ angeführt, die in Fußnote 4 in Verbindung mit Randnummer 23 wiederum einzig auf das qualitative Kriterium der „erheblichen Sachanlagenanpassung“ anknüpft. Eine zeitliche Eingrenzung des Begriffs „Kurzfristigkeit“ oder ein Verweis auf relevante Kriterien erfolgt nicht. Die Behördenpraxis hat teilweise 12 Monate als kurzfristig angesehen.<sup>68</sup> Die Studienvereinigung regt an, in Fällen, in denen nicht bereits qualitative Merkmale gemäß Randnummer 20 – 23 (spürbare Zusatzkosten, strategische Entscheidungen, Anpassungen der Sachanlagen etc.) gegen eine Heranziehung der Angebotsumstellungsflexibilität sprechen, ungeachtet der stets notwendigen Betrachtung des Einzelfalls eine zeitliche Konkretisierung als Orientierungswert für die Praxis bereitzustellen, oder Kriterien zu nennen, welche für die Beurteilung aus Sicht der Kommission heranzuziehen sind (z.B. Investitionszyklen der Anbieter oder Kunden, Laufzeiten von Verträgen etc.).

### **2. Berücksichtigung von vorhandenem Behördenwissen**

- (84) Die Studienvereinigung regt überdies an, die in Randnummer 33 genannten Möglichkeiten zur Nachweiserhebung in Bezug auf die Definition des relevanten Marktes um bereits vorhandenes Fachwissen von Behörden, sei es Informationen, die anderen Generaldirektionen der Kommission, aber auch den nationalen Wettbewerbsbehörden vorliegen, zu ergänzen.

---

<sup>68</sup> Vgl. Kommission, Entsch. v. 9.12.1991, IV/M.149 – *Lucas/Eaton*, Rn. 21.

(85) Dies gilt etwa in Bezug auf die räumliche Marktabgrenzung. Hier erheben andere Generaldirektionen teilweise sehr genaue Informationen zu Handelsströmen, zum Beispiel im Bereich von Anti-Dumping<sup>69</sup> und Beihilfen- und Antisubventionsverfahren. Die darin gewonnenen Tatsachen und Beweise können eine bedeutsame Erkenntnisquelle für die Generaldirektion Wettbewerb darstellen, insbesondere wenn es um die Berücksichtigung von Importen bei der Definition des räumlich relevanten Marktes geht.

### 3. Berücksichtigung von internen Dokumenten

(86) Die Bekanntmachung adressiert schon heute in den Randnummern 25 ff. nicht nur die Kriterien, sondern auch die für die Definition der relevanten Märkte heranzuziehenden Nachweise. Die Studienvereinigung regt in diesem Zusammenhang an, in der Neufassung der Bekanntmachung eine Erläuterung der Kommissionspraxis in Bezug auf die Berücksichtigung interner und/oder strategischer Dokumente („interne Dokumente“) als Beweismittel für die Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes aufzunehmen. Die Kommission greift, insbesondere bei der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen, in den letzten Jahren verstärkt auf derartige Dokumente der betroffenen Unternehmen zurück.

(87) Unabhängig davon, dass die Studienvereinigung eine grundlegende Erläuterung der Kommissionspraxis zur Erhebung von und zum Umgang mit internen Dokumenten in wettbewerbsrechtlichen Verfahren begrüßt,<sup>70</sup> regt die Studienvereinigung an, in der aktualisierten Bekanntmachung zumindest die Methodik der Kommission beim Umgang mit internen Dokumenten im Rahmen der Marktabgrenzung darzulegen.

(88) Aus Sicht der Studienvereinigung sollte erläutert werden, unter welchen Umständen interne Dokumente als Beweismittel für die Marktabgrenzung geeignet sind. In diesem Zusammenhang weist die Studienvereinigung darauf hin, dass der Kontext in dem die internen Unterlagen erstellt wurden eine erhebliche Auswirkung auf deren Darstellung und Aussagekraft haben kann. Interne Dokumente werden häufig interessengeleitet erstellt. Sie sind damit nicht notwendig verlässlicher als im Kontext einer Transaktion oder gar zur Vorbereitung eines kartellbehördlichen Verfahrens erstellte Unterlagen. Zudem werden

---

<sup>69</sup> Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 23, Rn. 675, 683.

<sup>70</sup> Vgl. das von Kommissarin Vestager angekündigte Best Practices Papier zu Auskunftsverlangen in Bezug auf interne Dokumente in Fusionskontrollverfahren ([https://wayback.archive-it.org/12090/20191130155750/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/fairness-and-competition\\_en](https://wayback.archive-it.org/12090/20191130155750/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/fairness-and-competition_en)) ist bisher nicht verabschiedet worden.

interne Unterlagen häufig auf Basis unvollständiger Informationen, zeitlichen Einschränkungen und Vertraulichkeitszwängen erstellt und beruhen damit häufig nicht auf einer verlässlichen Datengrundlage und/oder Methodik.

\*\*\*

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

Alexander Rinne (Koordinator), Oliver Fleischmann (Koordinator), Philipp Pichler (Koordinator), Stefan Ohlhoff, Ines Bodenstein, Kai-Uwe Kühn, Marco Hartmann-Rüppel, Thomas Hellebrandt, Björn Herbers, Julia Wiemer, Benedikt Ecker, Vincent Pal, Albrecht Bach (Mitglied des Vorstands der Studienvereinigung), Christoph Stadler (Mitglied des Vorstands der Studienvereinigung)

\* \* \*

## Inhaltsverzeichnis

<b>A.</b>	<b>Die Studienvereinigung</b>	<b>1</b>
<b>B.</b>	<b>Einleitung – Anspruch und Zielsetzung der Bekanntmachung zur Marktdefinition</b>	<b>1</b>
<b>C.</b>	<b>Zu einzelnen Aspekten</b>	<b>3</b>
<b>I.</b>	<b>Rolle und Bedeutung der Marktabgrenzung im Rahmen von Fusionskontrolle, Missbrauchsaufsicht und Kartellverbot</b>	<b>3</b>
<b>II.</b>	<b>Ökonomische Aspekte im Bereich der Marktabgrenzung</b>	<b>5</b>
	1. Ökonomische Methodik	6
	2. Individuelle Preissetzung	6
	3. Wettbewerb zwischen integrierte und nicht-integrierten Angeboten	7
<b>III.</b>	<b>Marktabgrenzung bei Plattformen</b>	<b>7</b>
	1. Erfordernis eines eigenen Abschnitts zur Marktabgrenzung bei Plattformen	7
	a) Vorschlag: Zweistufiges Vorgehen in der Marktabgrenzung bei Plattformen	8
	b) Empirische Methoden, die verwendet werden können	11
	2. Sachliche Marktabgrenzung bei Plattformen	13
	3. Räumliche Marktabgrenzung bei Plattformen	14
	4. Marktanteilsberechnungen bei Plattformen	15
<b>IV.</b>	<b>Räumliche Marktabgrenzung</b>	<b>15</b>
	1. Rolle des potentiellen Wettbewerbs beim räumlich relevanten Markt	16
	2. Auswirkungen der Globalisierung	18
	3. Bedeutung von (aktuellen) Handelsströmen bei der geographischen Marktabgrenzung	19
	4. Abgrenzung von Märkten innerhalb des integrierten Marktes im EWR (insbesondere Lieferradien, Fahrtzeitzone)	21
<b>V.</b>	<b>Rolle und Bedeutung von (End-)Verbrauchern in mehrstufigen Absatzketten bei der Definition des relevanten Marktes</b>	<b>22</b>
<b>VI.</b>	<b>Abgrenzung von Nachfragemärkten</b>	<b>28</b>
<b>VII.</b>	<b>Innovationsmärkte bzw. -räume</b>	<b>28</b>
<b>VIII.</b>	<b>Weitere Aspekte</b>	<b>29</b>
	1. Konkretisierung des Zeitraums der Angebotsumstellungsflexibilität	29
	2. Berücksichtigung von vorhandenem Behördenwissen	29
	3. Berücksichtigung von internen Dokumenten	30