

Stellungnahme des Bundesministeriums für Arbeit und Wirtschaft zur Bekanntmachung der Kommission über die Abgrenzung des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Union

1. Einleitung:

Die Überarbeitung der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Markts im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft aus dem Jahr 1997 ist im Zusammenhang mit der Modernisierung des Wettbewerbsrechts sehr wichtig. Die Definition des relevanten Marktes ist maßgeblich für die Anwendung des gesamten europäischen Wettbewerbsrechts.

Der Entwurf ist sehr gut strukturiert, bietet einen umfassenden Überblick über die Anwendungspraxis der Europäischen Kommission und kann daher dazu beitragen für Unternehmen die Rechtssicherheit und Transparenz zu erhöhen.

Ziel und Zweck der Wettbewerbsregeln ist, den Wettbewerb vor Verfälschungen zu schützen. Größere Produktauswahl, bessere Qualität, niedrigere Preise sowie mehr Innovationen sollen durch die Einhaltung der Wettbewerbsregeln sichergestellt werden. Diese Ziele sind grundsätzlich als gleichrangig zu betrachten. In letzter Zeit standen jedoch bei der Vollziehung der Wettbewerbsregeln nur die kurzfristigen Effekte wie niedrigere Preise für Konsumenten im Fokus. Niedrigere Preise für Konsumenten sind jedoch nur ein Teil der Zielsetzungen des Wettbewerbsrechts und für sich allein zu kurzfristig. Auch der EuGH hat bereits darauf hingewiesen, dass Artikel 101 AEUV, wie auch die übrigen Wettbewerbsregeln des Vertrags, nicht nur dazu bestimmt sind, die unmittelbaren Interessen einzelnen Wettbewerber oder Verbraucher zu schützen, sondern die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen (EuGH 04.06.2009 T-Mobile, C-8/08 Rz. 38). Die Konzentration auf den niedrigsten Preis für den Endkonsumenten führt mittel- bis langfristig dazu, dass die erste Stufe der Lieferkette, nämlich die Hersteller, besonders unter Druck gesetzt wird und letztlich aus dem Markt ausscheidet. Dies erhöht die Marktkonzentration automatisch, und bewirkt das Gegenteil der Zielsetzung des Wettbewerbsrechts.

Es wird daher sehr begrüßt, dass nichtpreisliche Elemente wie **Innovation und Qualität von Produkten und Dienstleistungen** nunmehr in dem Entwurf betont werden ebenso wie zB. die Widerstandsfähigkeit der Lieferketten, welche iZm den aktuellen Herausforderungen besondere Bedeutung gewonnen hat. Folgende Punkte werden unterstützt und sollen noch ergänzt werden:

*(12)..... Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes berücksichtigt die Kommission die verschiedenen Wettbewerbsparameter, die die Kunden in dem untersuchten Gebiet und Zeitraum für relevant halten. Zu diesen Parametern können der Preis des Produkts, aber auch sein Innovationsniveau, verschiedene Qualitätsaspekte – z. B. seine Haltbarkeit, Nachhaltigkeit, der Wert und die Vielfalt der durch das Produkt gebotenen Nutzungsmöglichkeiten, das vermittelte Bild oder die gebotene Sicherheit und der gebotene Schutz der Privatsphäre – sowie seine Verfügbarkeit, auch in Bezug auf Vorlaufzeiten, Widerstandsfähigkeit der Lieferketten, Zuverlässigkeit der Lieferung, **Verminde- rung von Abhängigkeiten** und u.a. Transportkosten, gehören.*

3.2.1. Anhaltspunkte für eine Nachfragesubstitution

(49) Produktmerkmale, Preise, vorgesehener Verwendungszweck und allgemeine Kundenpräferenzen: Anhaltspunkte wie Produktmerkmale (einschließlich Produktqualität oder Innovationsgrad), Preise, Verwendungszweck u. ä., die in vielen Fällen ohne Weiteres zur Verfügung stehen, sind in der Regel hilfreich, um das Spektrum möglicher Substitute zu ermitteln, die den Kunden des/der beteiligten Unternehmen(s) zur Verfügung stehen.

(51) Die Kommission prüft daher die Gründe, aus denen Kunden ein Produkt durch ein anderes ersetzen bzw. nicht ersetzen würden, indem sie die wichtigsten Parameter für die Entscheidung der Kunden ermittelt. Wie in Randnummer (12) dargelegt, kann die Entscheidung der Kunden nicht nur durch den Preis, sondern durch viele weitere Parameter wie das Innovationsniveau des Produkts oder verschiedene Qualitätsaspekte bestimmt werden. Unterschiede zwischen Vertriebskanälen (z. B. online und offline) oder der Rechtsrahmen können ebenfalls zum Tragen kommen.

Aufgrund der **Globalisierung** ändern sich die Märkte wesentlich schneller, dies spiegelt sich auch im Entwurf wider, man könnte aber auch noch stärker betonen, dass der grenzüberschreitende Warenverkehr steigt.

RZ 2 könnte wie folgt ergänzt werden:

*(2)... Vor diesem Hintergrund tragen die aktualisierten Orientierungshilfen in dieser Bekanntmachung den wesentlichen Entwicklungen in den vergangenen zwanzig Jahren Rechnung. Zu diesen Entwicklungen zählen die Digitalisierung und neue Möglichkeiten des Angebots von Gütern und Dienstleistungen sowie der zunehmend vernetzte und globalisierte Charakter des gewerblichen Austauschs, **der eine stark steigende Bedeutung des grenzüberschreitenden Warenverkehrs bewirkt und dadurch die Produktion in Europa noch mehr unter Druck bringt.***

RZ 15 könnte wie folgt ergänzt werden:

(15).... - Der Bezugszeitraum: Die Kommission berücksichtigt die Umstände zum Zeitpunkt des jeweils geprüften Verhaltens oder Zusammenschlusses, unter besonderer Beachtung der globalen Entwicklungen. Dementsprechend können sich die Ergebnisse der Marktabgrenzung im Laufe der Zeit ändern, wenn sich die Wettbewerbsdynamik ändert. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn sich die Wettbewerbsbedingungen in verschiedenen geografischen Gebieten mit der Zeit annähern und hinreichend homogen werden, sodass Gebiete, die ursprünglich Teil unterschiedlicher räumlicher Märkte waren, zu einem späteren Zeitpunkt in denselben räumlichen Markt einbezogen werden.

Allgemein wäre es wichtig, dass die Bekanntmachung ein breites Spektrum an Beispielen – ähnlich den Leitlinien für die Horizontal-GVO bzw. Vertikal-GVO – anführt oder zumindest Ansprechstellen erwähnt, bei denen die Möglichkeit von fundierter Rechtsauskunft besteht. Auf diesem Wege, könnte die Bekanntmachung deutlich besser zur Selbsteinschätzung der Unternehmen beitragen.

2. Begriff des relevanten Marktes und allgemeine Methodik:

Bei der Beurteilung des relevanten Marktes stützt sich die Kommission auf die Grundsätze des SSNIP-Tests (small but significant non-transitory price increase), aber für die Marktabgrenzung können andere Arten von Nachweisen ebenso relevant sein, in vielen Fällen soll der SSNIP-Test

nur als Rahmenkonzept dienen. Dies erscheint sinnvoll, um sich rasch ändernde Märkte sachgerecht zu beurteilen.

Wenn Unternehmen in Bezug auf andere Parameter als den Preis konkurrieren, wie z. B. Qualität oder Innovationen, so ist der SSNIP-Test nur schwer anwendbar. Die Schwierigkeiten, die bei der Anwendung des SSNIP-Tests auftreten können, werden im Entwurf auch aufgezeigt und die Möglichkeit der Marktabgrenzung mithilfe des SSNDQ-Tests (small but significant non-transitory decrease of quality) wurde aufgenommen, was für notwendige Flexibilität sorgt.

Zu RZ 32, Fußnote 47 eine redaktionelle Anmerkung: „...In seinem Urteil vom 14. September 2022 – Google und Alphabet/Kommission, T-604/18, ECLI:EU:T:2022:541, Rn. 177 und 180, bestätigte das Gericht, dass der SSNDQ-Test keinen relevanten Anhaltspunkt für die Zwecke der Abgrenzung des relevanten Marktes darstelle, und stellte gleichzeitig fest, dass die Festlegung eines präzisen quantitativen Standards für die Qualitätsminderung des Zielprodukts keine Voraussetzung für die Anwendung des SSNDQ-Tests sein könne. ...“ Sollte statt „keinen“ hier nicht „einen“ stehen?

3. Vorgehensweise bei der Marktabgrenzung:

Erfahrungen aus den Wettbewerbsverfahren gegen große Plattformen in den letzten 10 Jahren könnten noch mehr Eingang in die Bekanntmachung finden. Schwierigkeiten in der Marktabgrenzung sollten expliziter genannt werden. Weiters besteht das Problem, dass es in vielen Digitalmärkten nicht nur um einzelne Produkte geht, sondern auch um Fähigkeiten von Unternehmen, betreffend zB Dienste, Daten etc. die die Substituierbarkeit beeinflussen. Der wesentliche Faktor in der Marktabgrenzung ist hier nicht das Produkt, sondern die Verbindung/Integrierbarkeit mit anderen Diensten des Unternehmens.

In diesem Sinne sollte RZ 55 ergänzt werden:

*RZ (55) In Wirtschaftszweigen, die sich rasch verändern, insbesondere jenen, die durch schnelle technologische Fortschritte gekennzeichnet sind, können neue oder neu entwickelte Produkte oder Verfahren sowie technologische oder regulatorische Veränderungen zu strukturellen Veränderungen des Marktes führen, die sich auf die bestehende Wettbewerbsdynamik und die allgemeinen Reaktionen auf das relative Angebot auswirken. In solchen Fällen kann die Kommission die erwarteten Änderungen der Substitutionsmöglichkeiten (**darunter können auch Faktoren, die die Substituierbarkeit beeinflussen, verstanden werden, wie Integrierbarkeit des Produktes mit anderen Diensten**) die sich aus der Veränderung der Wettbewerbsdynamik ergeben, unter den unter Randnummer (16) genannten Voraussetzungen berücksichtigen.*

Die klassische Produktwelt muss in digitalen Märkten so nicht gegeben sein. Hier kann es weitreichende Abhängigkeiten betreffend Daten, Produktintegration, Nutzungskomplementaritäten geben, was noch besser in der Bekanntmachung abgebildet werden sollte.

RZ (57) Verlagerung der Nachfrage auf potenzielle Substitute: Hindernisse und Kosten. Es kann verschiedene Hindernisse für eine Substitution geben und sie kann mit verschiedenen Kosten verbunden sein. Diese Hindernisse und Kosten können unterschiedlichste Ursachen haben, z. B. vertragliche Verpflichtungen, Kosten der Suche nach alternativen Produkten, Unsicherheit hinsichtlich der Qualität und der Reputation alternativer Produkte, Kosten des für die Nutzung anderer Produkte erforderlichen Lernprozesses oder Kosten der Anpassung eigener Produktionsprozesse, Markenbekanntheit, regulatorische Hindernisse oder andere Formen staatlicher Eingriffe, direkte und indirekte Netzwerkeffekte, Kosten der Datenübertragbarkeit oder Grad der Interoperabilität mit

anderen Produkten, **sonstige Abhängigkeiten betreffend Daten, Produktintegration, Nutzungskomplementaritäten**.

4. Marktabgrenzung unter besonderen Umständen:

Aufgrund der Digitalisierung ergeben sich neue Phänomene, wie die Beurteilung von mehrseitigen Märkten (zB bei Online-Plattformen) und das Verhältnis dieser unterschiedlichen Player zueinander, digitale Ökosysteme, Nullpreismärkte, Produktbündelungen und Fälle von asymmetrischer Substitution. Ausführungen dazu und damit Rechtssicherheit für betroffene Unternehmen sind daher sehr wichtig. Der Entwurf liefert ein Grundgerüst zur Abgrenzung relevanter Märkte im Kontext digitaler Plattformen und Ökosysteme in diesem Bereich und gibt Hinweise zu den im Einzelfall möglicherweise beurteilungsrelevanten Aspekten. Begrüßt wird, dass die Möglichkeit der Marktabgrenzung mithilfe des SSNDQ-Tests aufgenommen wurde, dies ist nicht nur dann wichtig, wenn nichtpreisliche Elemente eine große Rolle spielen, sondern auch im Zusammenhang mit der Nachhaltigkeitstransformation, welche Qualitätsaspekten und einer längerfristigen Betrachtung größere Bedeutung zumisst.

Im Abschnitt 4.5. Marktabgrenzung bei Anschlussmärkten, gebündelten Produkten und digitalen Ökosystemen wären weitere Ausführungen bezüglich Erfahrungen bei der Marktabgrenzung in digitalen Märkten erforderlich, da aus den Grenzen des Konzepts der Marktabgrenzung hilfreiche Erkenntnisse gewonnen werden können. Im Sinne der Rechtssicherheit wäre es wichtig, der Berücksichtigung von Entscheidungen von Regulierungsbehörden deutlich mehr Gewicht beizumessen.

Zu RZ (103) Bei digitalen Ökosystemen kann unter bestimmten Umständen davon ausgegangen werden, dass sie ein primäres Kernprodukt und mehrere (digitale) Sekundärprodukte umfassen, deren Verwendung mit dem Kernprodukt verbunden ist, z. B. aus technologischen Gründen oder Gründen der Interoperabilität. Bei der Prüfung digitaler Ökosysteme kann die Kommission daher ähnliche Grundsätze wie bei Anschlussmärkten anwenden, um den sachlich relevanten Markt bzw. die sachlich relevanten Märkte abzugrenzen. Wenn die (digitalen) Sekundärprodukte gebündelt angeboten werden, kann die Kommission auch prüfen, ob die gebündelten Produkte einen eigenen relevanten Markt bilden. Obwohl eine von einem Anschlussmarkt oder gebündelten Produkten ausgehende Marktabgrenzung nicht auf alle digitalen Ökosysteme anwendbar ist, kann die Kommission in jedem Fall Elemente wie Netzwerkeffekte, Wechselkosten und (Einzel- und/oder Multi-) Homing Entscheidungen bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes bzw. der sachlich relevanten Märkte berücksichtigen.

Hier stellen sich einige Fragen: Wie wird die Unterscheidung zwischen Kern- und Sekundärprodukten vorgenommen? Welche Sekundärmärkte können aus welchen Gründen einbezogen werden. Die Grenzen der Marktabgrenzung in digitalen Märkten sind deutlicher herauszuheben. Wichtig sind ebenso komplementäre Ansätze, wie wettbewerbliche Nähe.

Grundsätzlich stellt sich die Frage wie mit dem Aufkauf von digitalen Startups und damit potenziellen zukünftigen Wettbewerbern - im Rahmen der Marktabgrenzung umzugehen sein wird.

Siehe dazu mit weiteren Nachweisen: „Monitoring von digitalen Kommunikations-Plattformen und Gatekeepern des offenen Internetzugangs“

https://www.rtr.at/TKP/aktuelles/publikationen/publikationen/UPDATE_RTR_Monitoring_von_digitalen_Plattformen.pdf S.33.f

„...Viele digitale Start-ups versuchen, zuerst ein erfolgreiches Geschäftsmodell in Form einer großen Nutzerbasis aufzubauen, wobei Gewinne oder Umsätze keine große Beachtung finden. Große

digitale Ökosysteme wiederum kaufen teilweise solche Start-ups auf, weil sie in ihrer „Interessenzone“ sind und weil deren Aufkauf oft auch die Marktmacht des Ökosystems schützt oder stärkt. Diese Einschätzung besteht insbesondere, wenn die Position des digitalen Ökosystems diesem erlaubt, neue Trends frühzeitig zu erkennen und darauf zu reagieren – durch Kopieren bzw. Replikation von neuen Produkten und Diensten oder Zukauf eines entsprechenden Unternehmens. Die Marktabgrenzung greift in diesem Fall zu kurz. Die Anwendung einer klassischen Marktabgrenzungsmethodik würde zu keinen horizontalen Überlappungen führen. Nach der Einschätzung von Crémer et al (2019) handle es sich bei tiefergehender Betrachtung aber oftmals um expandierende digitale Ökosysteme, die als Ökosysteme untereinander in einem märkteübergreifenden Wettbewerb stehen und die Verstärkung und Absicherung der Dominanz des Ökosystems anstreben. Sie schlagen daher vor, dass Wettbewerbsbehörden prüfen sollten, ob Aufkäufer und Übernahmeziel innerhalb derselben Technologie- oder Nutzerräume aktiv sind. Innerhalb dieser weiter zu fassenden Technologie- bzw. Nutzerräume sollte daher der Logik von horizontalen Zusammenhängen und damit der Frage gefolgt werden, ob das Übernahmeziel eine aktuelle oder potenzielle wettbewerbliche Beschränkung innerhalb des Technologieraums bzw. des Nutzerraums des Ökosystems darstellen kann. ...“

5. Marktanteile:

Gerade in einer digitalen Welt dürfen die Marktanteile der am Markt tätigen Unternehmen nicht als die einzigen Kriterien zur Beurteilung der Marktstellung herangezogen werden. Globale Digtalkonzerne dehnen regelmäßig ihre Geschäftsfelder nicht zuletzt aufgrund ihrer Finanzkraft aus. Die Marktstellung spiegelt sich in solchen Fällen gerade in der Zeit des Aufbaus eines neuen Geschäftsfeldes nicht automatisch und ausschließlich in Marktanteilen auf (möglicherweise gänzlich) anderen Märkten wider. Insofern wird begrüßt, dass in RZ 7 festgestellt wird, dass die Marktabgrenzung ein Instrument ist, „mit dem in geeigneten Fällen die wettbewerbsrechtliche Würdigung strukturiert und erleichtert werden kann „diese „jedoch keinen obligatorischen Schritt bei allen Beurteilungen nach dem Wettbewerbsrecht der Union“ darstellt. Und ebenso wird auch in RZ 105 festgestellt, dass die Marktanteile nicht der einzige Indikator für die Marktstärke eines Unternehmens“ sind. „Andere Faktoren wie Marktzutrittsschranken, Zugang zu bestimmten Vermögenswerten und Inputs sowie Produktdifferenzierung und Grad der Substituierbarkeit können je nach Fall ebenfalls relevant sein.

Hier wäre eine Berücksichtigung des Konzepts der relativen Marktmacht wichtig: Als marktmächtig sollte auch ein Unternehmer, der eine im Verhältnis zu seinen Abnehmern oder Lieferanten überragende Marktstellung hat, gelten; eine solche liegt insbesondere vor, wenn diese zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung angewiesen sind. Bei der Vollziehung des Wettbewerbsrechts sollte bei der Einzelfallprüfung die relative Marktmacht, d.h. Abhängigkeitsverhältnisse auch ohne das Erreichen der absoluten Marktmacht, vermehrt Beachtung finden. Mächtige Unternehmen können in der Lage sein, Konditionen zu bestimmen, die für schwächere Geschäftspartner nachteilig sind. Besonders aus KMU-politischer Sicht wäre es daher wichtig, solche Abhängigkeitsverhältnisse auch zu berücksichtigen. Zudem ergeben sich durch massive Förderprogramme in Drittstaaten (US_Inflation Reduction Act; China 2025) enorme Nachteile für die Europäische Wirtschaft, welche möglicherweise durch einen Förderwettbewerb nicht wettgemacht werden können. Daher ist es unabdingbar, auch im Kartell- und Fusionsrecht zu diskutieren, inwieweit Hemmnisse im globalen Wettbewerb für europäische Unternehmen beseitigt werden können.

RZ 105 könnte wie folgt ergänzt werden:

*(105) Die Marktanteile spiegeln die relative Stellung der Anbieter auf dem Markt wider und können somit bei der Beurteilung der Marktmacht äußerst nützlich sein. Die Marktanteile sind jedoch nicht der einzige Indikator für die Marktstärke eines Unternehmens. Andere Faktoren wie Marktzutritts-schranken, Zugang zu bestimmten Vermögenswerten und Inputs sowie Produktdifferenzierung und Grad der Substituierbarkeit sowie die **relative Marktmacht, Abhängigkeitsverhältnisse auch ohne das Erreichen der absoluten Marktmacht** können je nach Fall ebenfalls relevant sein. Dies wird in verschiedenen Leitlinien der Kommission zur materiellrechtlichen Würdigung in Wettbe-werbsverfahren näher erläutert. Zu berücksichtigen sind auch außereuropäische Förderungen, die eine Verzerrung des fairen Wettbewerbs bewirken.*

Insgesamt wird die Überarbeitung der Bekanntmachung der Kommission über die Abgrenzung des relevanten Marktes sehr begrüßt. Es wird auch als sehr positiv angesehen, dass die Konsultation auf breiter Ebene erfolgt. Das Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft freut sich auf den wei-teren Austausch mit der Europäischen Kommission.