II

(Mitteilungen)

MITTEILUNGEN DER ORGANE, EINRICHTUNGEN UND SONSTIGEN STELLEN DER EUROPÄISCHEN UNION

EUROPÄISCHE KOMMISSION

MITTEILUNG DER KOMMISSION

Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste

(Text von Bedeutung für den EWR)

(2018/C 159/01)

1. EINFÜHRUNG

1.1. Anwendungsbereich und Zweck

1. Im Anschluss an eine öffentliche Konsultation, deren Ergebnisse gebührend berücksichtigt wurden, hat die Kommission die Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht („Leitlinien“) gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates [1] angenommen. Den Leitlinien sind Erläuterungen [2] beigefügt, und sie sind in Verbindung mit den darin enthaltenen zusätzlichen Informationen auszulegen.

2. Die Leitlinien sind an die nationalen Regulierungsbehörden (NRB) gerichtet und sollen ihnen helfen, ihre Aufgaben im Zusammenhang mit der Analyse der Märkte, die für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, und der Beurteilung beträchtlicher Marktmacht gemäß dem EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste wahrzunehmen, der aus der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG, den drei Einzelrichtlinien 2002/19/EG [3], 2002/20/EG [4], 2002/22/EG [5] und der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 [6] besteht (im Folgenden der „Rechtsrahmen“). Nach Artikel 15 der Richtlinie 2002/21/EG müssen die NRB bei der Festlegung relevanter Märkte für eine Vorabregulierung sowohl die Empfehlung 2014/710/EU der Kommission [7] als auch diese Leitlinien weitestgehend berücksichtigen.

3. Nach Artikel 8 der Richtlinie 2002/21/EG sollen die Leitlinien zur Entwicklung des Binnenmarkts im Bereich der elektronischen Kommunikation beitragen, indem sie unter anderem die Entwicklung einer einheitlichen Regulierungspraxis und eine einheitliche Anwendung des Rechtsrahmens sicherstellen.

---

[1] Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 33).

[2] Erläuterungen zu den Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, SWD(2018) 124.

[3] Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie) (ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 7).

[4] Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie) (ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 21).

[5] Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie) (ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 51).

[6] Verordnung (EU) Nr. 531/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union (ABl. L 172 vom 30.6.2012, S. 10), geändert durch die Verordnung (EU) 2015/2120 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 (ABl. L 310 vom 26.11.2015, S. 1) und die Verordnung (EU) 2017/920 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 (ABl. L 147 vom 9.6.2017, S. 1).

[7] Empfehlung 2014/710/EU der Kommission vom 9. Oktober 2014 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (ABl. L 295 vom 11.10.2014, S. 79).

4. Die Rechte des Einzelnen bzw. der Unternehmen aufgrund des EU-Rechts werden durch diese Leitlinien in keiner Weise eingeschränkt. Diese Leitlinien berühren weder die Anwendung des EU-Rechts im Allgemeinen und der Wettbewerbsvorschriften im Besonderen, noch deren Auslegung durch den Gerichtshof der Europäischen Union. Ebenso lassen diese Leitlinien alle künftigen Maßnahmen der Kommission und alle Orientierungshilfen unberührt, die die Kommission im Hinblick auf die Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts veröffentlicht.

5. Die Kommission wird diese Leitlinien gegebenenfalls unter Berücksichtigung der sich weiterentwickelnden Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, wirtschaftlicher Denkansätze und tatsächlicher Markterfahrungen ersetzen, damit diese auf den sich rasch entwickelnden Märkten weiterhin angemessen bleiben.

6. In diesen Leitlinien werden insbesondere Fragen der Marktdefinition sowie der alleinigen und gemeinsamen beträchtlichen Marktmacht behandelt.

7. In den Leitlinien wird nicht auf eine Koordinierung im Rahmen aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen nach Artikel 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) eingegangen. Ebenso werden keine Marktstrukturen mit einer begrenzten Anzahl von Marktteilnehmern behandelt, wenn die vom Gerichtshof der Europäischen Union angewandten Kriterien für eine gemeinsame Marktbeherrschung nicht erfüllt sind.

1.2. **Vorbemerkungen**

8. Nach Artikel 8 der Richtlinie 2002/21/EG sollen die NRB bei der Wahrnehmung ihrer im Rechtsrahmen festgelegten Regulierungsaufgaben alle angezeigten Maßnahmen treffen, die dessen Regulierungszielen dienen, und dazu unter anderem effiziente Investitionen in neue und verbesserte Infrastrukturen und den Zugang dazu fördern.

9. Die Festlegung relevanter Märkte und die Ermittlung beträchtlicher Marktmacht sollte innerhalb des Rechtsrahmens auf denselben Methoden beruhen wie im EU-Wettbewerbsrecht. So wird sichergestellt, dass die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft („Bekanntmachung von 1997 über die Marktdefinition“) ([8]) beachtet werden und dass — soweit relevant — die Beschlusspraxis der Kommission zur Durchsetzung des Artikels 102 AEUV und des Artikels 2 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates ([9]) berücksichtigt wird. Durch eine konsequente Anwendung der festgelegten Methoden zur Definition von Märkten und zur Ermittlung beträchtlicher Marktmacht tragen die NRB zu einer vorhersehbaren Regulierung bei und beschränken regulatorische Eingriffe auf Fälle von Marktversagen, die durch Analyseinstrumente festgestellt worden sind.

10. Wenn sie ähnliche Fälle unter ähnlichen Umständen mit den gleichen übergeordneten Zielen untersuchen, sollten die NRB und die Wettbewerbsbehörden grundsätzlich zu ähnlichen Schlussfolgerungen kommen. Dennoch kann — angesichts der unterschiedlichen Reichweite und Ziele ihres Eingreifens und insbesondere der verschiedenen Schwerpunkte und Umstände der nachstehend dargelegten Prüfung durch die NRB — nicht ausgeschlossen werden, dass die für Zwecke des EU-Wettbewerbsrechts definierten Märkte und die für die sektorspezifische Regulierung definierten Märkte nicht immer identisch sind.

11. Die Ermittlung eines Unternehmens, das auf einem für die Zwecke der Vorabregulierung definierten Markt über beträchtliche Macht verfügt, bedeutet nicht zwangsläufig, dass dieses Unternehmen auch eine beherrschende Stellung im Sinne des Artikels 102 AEUV bzw. für die Zwecke der Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates ([10]) oder vergleichbarer nationaler Bestimmungen einnimmt. Außerdem bedeutet die Feststellung beträchtlicher Marktmacht nicht zwangsläufig, dass das Unternehmen diese beherrschende Stellung im Sinne des Artikels 102 AEUV auch missbraucht hat. Es bedeutet lediglich, dass der Betreiber im Anwendungsbereich des Artikels 14 der Richtlinie 2002/21/EG aus struktureller Sicht kurz- bis mittelfristig auf dem relevanten Markt eine wirtschaftlich so starke Stellung einnimmt und einnehmen wird, dass er sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern verhalten kann.

([8]) Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (Bekanntmachung von 1997 über die Marktdefinition) (ABl. C 372 vom 9.12.1997, S. 5). Im Hinblick auf die Anwendung des Wettbewerbsrechts wird in der Bekanntmachung von 1997 über die Marktdefinition erläutert, dass der Begriff des relevanten Marktes eng mit den Zielen verbunden ist, die mit der einschlägigen Politik, der nachträglichen Durchsetzung nach Artikel 101 und 102 AEUV oder der vorherigen Prüfung gemäß der EU-Fusionskontrollverordnung verfolgt werden.

([9]) Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. L 24 vom 29.1.2004, S. 1).

([10]) ABl. L 24 vom 29.1.2004, S. 1.

12. In der Praxis ist es durchaus möglich, dass es im Rahmen der Vorabregulierung und des EU-Wettbewerbsrechts zu parallelen Verfahren in Bezug auf verschiedene Arten festgestellter Wettbewerbsprobleme auf den betreffenden Endkundenmärkten kommt. In dieser Hinsicht zielen die Vorabverpflichtungen, die den als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht eingestuften Unternehmen von den NRB auferlegt werden, darauf ab, ein festgestelltes Marktversagen zu beheben und die besonderen Ziele des Rechtsrahmens zu erfüllen. Andererseits dienen die Instrumente des EU-Wettbewerbsrechts dazu, Bedenken in Bezug auf rechtswidrige Absprachen, abgestimmte Verhaltensweisen oder einseitige missbräuchliche Verhaltensweisen, die den Wettbewerb auf dem relevanten Markt beschränken oder verfälschen, zu prüfen und auszuräumen.

1.3. **Regulierungsansatz für die Marktanalyse**

13. Bei der Durchführung der Marktanalyse nach Artikel 16 der Richtlinie 2002/21/EG beurteilen die NRB den relevanten Markt vorausschauend und strukturell über den relevanten Zeitraum.

14. Der relevante Zeitraum (der nächste Überprüfungszeitraum) ist die Zeit zwischen dem Ende der laufenden Überprüfung und dem Ende der nächsten Marktüberprüfung ([11]), bei der die NRB bestimmte Marktmerkmale und Marktentwicklungen zu beurteilen haben.

15. Den Ausgangspunkt für die Festlegung der Vorleistungsmärkte, die für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, sollte stets die Analyse der entsprechenden Endkundenmärkte bilden.

16. Die NRB haben hierbei festzustellen, ob die zugrunde liegenden Endkundenmärkte ohne eine Regulierung auf der Vorleistungsebene, die auf der Feststellung alleiniger oder gemeinsamer beträchtlicher Marktmacht beruht, potenziell wettbewerbsorientiert sind und somit ob das Fehlen eines wirksamen Wettbewerbs ein dauerhaftes Phänomen ist ([12]).

17. Dazu sollten die NRB die bestehenden Marktbedingungen sowie die Marktentwicklungen berücksichtigen, die im Laufe des nächsten Überprüfungszeitraums zu erwarten oder abzusehen sind, wenn keine Regulierung auf der Grundlage beträchtlicher Marktmacht stattfindet. Dieses Vorgehen wird als modifizierter „Grüne-Wiese-Ansatz" ([13]) bezeichnet. Zudem sind bei der Analyse auch die Auswirkungen anderer Arten der (sektorspezifischen) Regulierung sowie Beschlüsse oder Vorschriften zu berücksichtigen, die im relevanten Zeitraum auf die relevanten Endkundenmärkte und damit verbundenen Vorleistungsmärkte anwendbar sind.

18. Wenn die zugrunde liegenden Endkundenmärkte im Rahmen des modifizierten „Grüne-Wiese-Ansatzes" für potenziell wettbewerbsorientiert befunden werden, sollten die NRB daraus den Schluss ziehen, dass auf der Vorleistungsebene keine Regulierung mehr nötig ist.

19. Für ihre Analyse sollten die NRB frühere Daten und aktuelle Daten heranziehen, sofern diese für die Entwicklungen auf diesem Markt im nächsten Überprüfungszeitraum relevant sind. In dieser Hinsicht ist zu betonen, dass vorliegende Belege für eine bisherige Praxis nicht automatisch darauf schließen lassen, dass diese Praxis wahrscheinlich auch im nächsten Überprüfungszeitraum fortbestehen wird. Dennoch ist die bisherige Praxis von Bedeutung, wenn sich die Merkmale des Marktes nicht beträchtlich verändert haben oder im nächsten Überprüfungszeitraum wahrscheinlich nicht beträchtlich verändern werden.

20. Demnach sollten die NRB bei der Marktanalyse sowohl statische als auch dynamische Erwägungen berücksichtigen, um dem auf der Endkundenebene festgestellten Marktversagen entgegenzutreten, und auf der Vorleistungsebene geeignete Verpflichtungen auferlegen, die unter anderem den Wettbewerb fördern und zur Entwicklung des Binnenmarkts beitragen sollen. Diese Verpflichtungen sollten auf den in Artikel 8 der Richtlinie 2002/21/EG festgelegten Regulierungsgrundsätzen beruhen, d. h. die Vorhersehbarkeit der Regulierung, effiziente Investitionen, die Innovation und den Infrastrukturwettbewerb fördern.

21. Die Analyse sollte auf einer funktionalen Betrachtung der Verbindungen zwischen den relevanten Vorleistungsmärkten und den zugrunde liegenden Endkundenmärkten sowie anderen relevanten Märkten beruhen, sofern die NRB dies für zweckmäßig halten. Die Kommission hat in ihrer bisherigen Beschlusspraxis ([14]) darauf hingewiesen, dass die Bedingungen auf den Endkundenmärkten den NRB zwar Aufschluss über die Struktur der Vorleistungsmärkte geben können, für sich allein aber nicht auf das Bestehen beträchtlicher Marktmacht auf der Vorleistungsebene schließen lassen. Wie die Kommission bereits in mehreren Beschlüssen nach Artikel 7 der Richtlinie 2002/21/EG dargelegt hat ([15]), ist es nicht erforderlich, eine alleinige oder gemeinsame beträchtliche Marktmacht auf der Endkundenebene nachzuweisen, um zu der Feststellung zu gelangen, dass ein bzw. mehrere Unternehmen auf dem relevanten Vorleistungsmarkt allein bzw. gemeinsam eine beträchtliche Marktmacht ausüben. Im Einklang mit Erwägungsgrund 18 der Empfehlung 2014/710/EU sollte eine Vorabregulierung auf der Vorleistungsebene ausreichen, um Wettbewerbsprobleme auf den betreffenden nachgelagerten Märkten zu beheben.

([11]) In Artikel 16 Absatz 6 der Rahmenrichtlinie heißt es derzeit, dass die NRB der Kommission neue Maßnahmenentwürfe innerhalb von drei Jahren nach der Verabschiedung einer vorherigen Maßnahme im Zusammenhang mit diesem Markt notifizieren sollen.
([12]) Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie.
([13]) Erläuterungen zur Empfehlung 2014/710/EU der Kommission, SWD(2014) 298, S. 8.
([14]) Sachen FI/2004/0082, ES/2005/0330 und NL/2015/1727. Siehe auch CZ/2012/1322.
([15]) Sachen IE/2004/0121, ES/2005/0330, SI/2009/0913 und NL/2015/1727.

22. Bei der Marktabgrenzung und der Analyse der Marktmacht auf einem bestimmten relevanten Vorleistungsmarkt im Hinblick darauf, ob dieser tatsächlich durch Wettbewerb gekennzeichnet ist, sollte der direkte und indirekte Wettbewerbsdruck berücksichtigt werden, und zwar unabhängig davon, ob der Wettbewerbsdruck durch elektronische Kommunikationsnetze, elektronische Kommunikationsdienste oder andere Arten von Diensten oder Anwendungen, die aus Endnutzersicht vergleichbar sind, ausgeht ([16]).

23. Laut dem Erwägungsgrund 27 der Richtlinie 2002/21/EG sollten auf neu entstehenden Märkten, auf denen der Marktführer de facto über einen beträchtlichen Marktanteil verfügen dürfte, keine unangemessenen Vorabregulierungsverpflichtungen auferlegt werden. Eine verfrühte Vorabregulierung könnte die Wettbewerbsbedingungen auf einem neu entstehenden Markt nämlich unverhältnismäßig stark beeinflussen. Gleichzeitig sollte jedoch eine Abschottung solcher neu entstehenden Märkte durch das führende Unternehmen verhindert werden.

2. DEFINITION DES MARKTES

2.1. Hauptkriterien für die Definition des relevanten Marktes

24. Bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, ob es also „eine wirtschaftlich starke Stellung [einnimmt], die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten“ ([17]), ist die Definition des relevanten Marktes ([18]) von grundlegender Bedeutung, da ein wirksamer Wettbewerb nur unter Bezugnahme auf einen solchen relevanten Markt gewürdigt werden kann ([19]).

25. Wie in Nummer 9 erläutert, muss der Markt nach der in der Bekanntmachung von 1997 über die Marktdefinition beschriebenen Methode definiert werden. Einen Markt zu definieren, ist kein mechanischer oder abstrakter Vorgang; um einen Markt abzugrenzen, müssen alle Beweise bisherigen Marktverhaltens untersucht und die Mechanismen in einem bestimmten Wirtschaftszweig generell begriffen werden. Insbesondere ist für eine vorausschauende Marktanalyse ein dynamischer, kein statischer Ansatz erforderlich ([20]).

26. Ausgangspunkt jeder Analyse sollte eine Beurteilung des oder der relevanten Endkundenmärkte sein, wobei die nachfrageseitige und angebotsseitige Substituierbarkeit im nächsten Überprüfungszeitraum aus Sicht des Endnutzers aufgrund der bestehenden Marktbedingungen und ihrer wahrscheinlichen Entwicklung zu berücksichtigen ist. Nachdem sie die relevanten Endkundenmärkte ermittelt und festgestellt haben, ob ohne Regulierung der vorgelagerten Märkte das Risiko einer Benachteiligung der Verbraucher wegen mangelnden Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt fortbestehen würde, sollten die NRB sodann die entsprechenden Vorleistungsmärkte ermitteln, um zu prüfen, ob diese nach Artikel 16 der Richtlinie 2002/21/EG für eine Vorabregulierung in Betracht kommen ([21]). Beginnen sollten sie mit der Ermittlung und Analyse des Vorleistungsmarktes, der dem Endkundenmarkt, auf dem die Wettbewerbsprobleme festgestellt wurden, am weitesten vorgelagert ist, und mit der Marktabgrenzung unter Berücksichtigung der nachfrageseitigen und — soweit relevant — der angebotsseitigen Substituierbarkeit der Produkte.

27. Inwieweit das Angebot eines Produkts oder die Bereitstellung eines Dienstes in einem bestimmten geografischen Gebiet einen relevanten Markt darstellt, hängt von den Wettbewerbskräften ab, die das Preisverhalten der jeweiligen Diensteanbieter beeinflussen können. Bei der Beurteilung des Marktverhaltens von Unternehmen sind zwei wesentliche Wettbewerbskräfte zu berücksichtigen: i) die Austauschbarkeit auf der Nachfrageseite und ii) die Angebotsumstellungsflexibilität ([22]). Eine dritte Wettbewerbskraft, die das Verhalten eines Betreibers beeinflussen kann, die jedoch nicht bei der Marktdefinition zu berücksichtigen ist, sondern bei der Beurteilung, ob auf dem Markt ein wirksamer Wettbewerb im Sinne der Richtlinie 2002/21/EG besteht, ist potenzieller Wettbewerb ([23]).

([16]) Siehe Nummer 4 der Empfehlung 2014/710/EU der Kommission und ihre Erläuterungen sowie die Sache FR/2014/1670.

([17]) Artikel 14 Absatz 2 der Richtlinie 2002/21/EG.

([18]) Der Begriff des „relevanten Marktes“ setzt die Beschreibung der Produkte oder Dienste voraus, die diesen Markt ausmachen, sowie die Abgrenzung der räumlichen Ausdehnung dieses Marktes; der Begriff „Produkte“ erfasst hier sowohl Waren als auch Dienstleistungen. Laut Nummer 7 der Bekanntmachung von 1997 über die Marktdefinition umfasst der „sachlich relevante Produktmarkt … sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden“.

([19]) Rechtssache C-209/98, Entreprenørforeningens Affalds, EU:C:2000:279, Rn. 57, und Rechtssache C-242/95, GT-Link, EU:C:1997:376, Rn. 36. Die Marktdefinition ist kein Selbstzweck, sondern Teil eines Vorgangs, der darauf abzielt, die Marktmacht eines Unternehmens zu bemessen.

([20]) Verbundene Rechtssachen C-68/94 und C-30/95, Frankreich u. a./Kommission, EU:C:1998:148. Siehe auch die Bekanntmachung von 1997 über die Marktdefinition, Nummer 12.

([21]) Die wichtigsten Produkt- und Dienstmärkte, deren Merkmale grundsätzlich die Auferlegung von Vorabverpflichtungen rechtfertigen könnten, sind in der Empfehlung 2014/710/EU festgelegt worden, der die NRB bei der Definition der relevanten Märkte weitestgehend Rechnung tragen müssen.

([22]) Wie ebenfalls in der Bekanntmachung von 1997 über die Marktdefinition ausgeführt wurde, stellt aus wirtschaftlicher Sicht — im Hinblick auf die Definition des relevanten Marktes — die Möglichkeit der Nachfragesubstitution die unmittelbarste und wirksamste disziplinierende Kraft dar, die auf die Anbieter eines gegebenen Produkts vor allem bezüglich ihrer Preisentscheidungen einwirkt.

([23]) Siehe auch die Bekanntmachung von 1997 über die Marktdefinition, Nummer 24.

28. Die Substituierbarkeit auf der Nachfrageseite ist ein Faktor, anhand dessen festgestellt wird, inwieweit die Kunden bereit sind, das fragliche Produkt oder den fraglichen Dienst durch andere Produkte oder Dienste zu ersetzen ([24]), während die Substituierbarkeit auf der Angebotsseite einen Hinweis darauf liefert, ob andere Anbieter als die des fraglichen Produkts oder Dienstes ihre Produktion unmittelbar oder kurzfristig umstellen ([25]) bzw. die relevanten Produkte oder Dienste anbieten würden, ohne dass erhebliche Zusatzkosten für sie entstehen ([26]). Für netzgebundene Wirtschaftszweige — wie die elektronische Kommunikation — ist gerade die angebotsseitige Substituierbarkeit von besonderer Bedeutung, weil dasselbe Netz zur Bereitstellung unterschiedlicher Dienste genutzt werden kann ([27]). Der Unterschied zwischen potenziellem Wettbewerb und angebotsseitiger Substituierbarkeit liegt darin, dass bei Letzterer sofort auf eine Preiserhöhung reagiert wird, wohingegen potenzielle Markteinsteiger u. U. mehr Zeit benötigen, um ihr Angebot auf den Markt zu bringen. Angebotssubstitution impliziert keine beträchtlichen Zusatzkosten, während ein potenzieller Markteintritt erhebliche verlorene Kosten verursachen kann ([28]) und aus diesem Grund auch bei der Marktdefinition nicht berücksichtigt wird ([29]).

29. Ob Austauschbarkeit auf der Nachfrageseite oder Angebotsumstellungsflexibilität besteht, kann anhand des „hypothetischen Monopolistentests" (sog. „SSNIP-Test") festgestellt werden ([30]). Bei diesem Test sollte sich die NRB die Frage stellen, was geschähe, wenn sich eine kleine, aber signifikante und anhaltende Preiserhöhung bei einem bestimmten Produkt oder Dienst ereignen würde und die Preise sämtlicher anderen Produkte oder Dienste konstant blieben („relative Preiserhöhung"). Ob eine relative Preiserhöhung signifikant ist, wird zwar von jedem Einzelfall abhängen, die NRB sollten aber davon ausgehen, dass die Reaktionen der Kunden (Verbraucher und Unternehmer) auf eine kleine aber anhaltende Preiserhöhung im Bereich zwischen 5 % bis 10 % liegen dürften. Die Reaktion der Kunden wird erkennen lassen, ob substituierbare Produkte bestehen, und wenn ja, wie der relevante Produktmarkt abgegrenzt werden sollte ([31]).

30. Als Ausgangspunkt sollte die NRB zunächst in ein Produkt oder einen Dienst der elektronischen Kommunikation ermitteln, das bzw. der in einem bestimmten geografischen Gebiet angeboten wird und für die Auferlegung von Verpflichtungen in Betracht kommen könnte. Anschließend kann die NRB zusätzliche Produkte oder Gebiete einbeziehen, je nachdem, ob von diesen Produkten oder Gebieten ein Wettbewerbsdruck ausgeht, der sich auf den Preis des anfangs untersuchten Produkts oder Dienstes auswirkt. Da eine relative Preiserhöhung bei einer Produktreihe voraussichtlich einige Kunden veranlassen wird, zu alternativen Diensten oder Produkten zu wechseln, was einen Umsatzrückgang zur Folge hätte, muss vor allem untersucht werden, ob der Umsatzrückgang des Betreibers dessen erhöhte Gewinne, die durch die Preiserhöhung erzielt worden wären, aufwiegt. Die Bewertung der nachfrage- und angebotsseitigen Substituierbarkeit bietet eine Möglichkeit, die „kritischen Umsatzeinbußen" (die eine relative Preiserhöhung unrentabel machen) zu bestimmen und somit die Größe des relevanten Marktes zu ermitteln. Die NRB sollte diesen Test daher bis zu dem Punkt anwenden, ab dem sie nachweisen kann, dass eine relative Preiserhöhung innerhalb der festgelegten räumlich und sachlich relevanten Märkte rentabel wäre, d. h. ab dem keine kritischen Umsatzeinbußen durch den Wechsel zu anderen schnell verfügbaren Substituten oder zu Anbietern in anderen geografischen Gebieten mehr entstünden.

31. Im Wettbewerbsrecht wird der „hypothetische Monopolistentest" nur bei Produkten oder Diensten angewandt, deren Preise nicht reguliert, sondern frei festgesetzt werden. Im Bereich der Vorabregulierung, d. h., wenn ein Produkt oder Dienst bereits zu einem regulierten, kostenabhängigen Preis angeboten wird, wird angenommen, dass ein regulierter Preis auf Wettbewerbsniveau festgesetzt worden ist ([32]), weshalb dieser als Ausgangspunkt für den hypothetischen Monopolistentest dienen sollte.

([24]) Es ist nicht erforderlich, dass alle Verbraucher zu einem Konkurrenzprodukt wechseln. Es reicht aus, wenn eine gewisse Abwanderung oder ein ausreichendes Maß an Wechseln stattfindet, sodass eine relative Preiserhöhung nicht gewinnbringend wäre. Diese Anforderung entspricht dem Grundsatz der „ausreichenden Austauschbarkeit", der in der Rechtsprechung des Gerichtshofs definiert wurde (siehe Fußnote 27).

([25]) Der Begriff „kurzfristig" hängt von den Marktmerkmalen und nationalen Gegebenheiten ab. Wie die Kommission in der Sache COMP/39.525, Telekomunikacja Polska, in Nummer 580 darlegte, ist von einer angebotsseitigen Substituierbarkeit auszugehen, wenn die Anbieter in Reaktion auf kleine, dauerhafte Änderungen bei den relativen Preisen in der Lage sind, ihre Produktion auf die relevanten Erzeugnisse umzustellen und sie kurzfristig auf den Markt zu bringen. Laut Fußnote 4 in Nummer 20 der Bekanntmachung von 1997 über die Marktdefinition handelt es sich bei dem relevanten Zeitraum um einen „Zeitraum, in dem es zu keiner erheblichen Anpassung bei den vorhandenen Sachanlagen und immateriellen Aktiva kommen kann".

([26]) Siehe auch die Bekanntmachung von 1997 über die Marktdefinition, Nummer 20.

([27]) Siehe COMP/39.525, Telekomunikacja Polska, Nummer 580.

([28]) Siehe auch die Bekanntmachung von 1997 über die Marktdefinition, Nummern 20–23, und die Sache IV/M.1225 — Enso/Stora (ABl. L 254 vom 29.9.1999), Nummer 39.

([29]) Siehe auch die Bekanntmachung von 1997 über die Marktdefinition, Nummer 24.

([30]) Siehe Rechtssache T-83/91, Tetra Pak/Kommission, EU:T:1994:246, Rn. 68. Dieser Test ist auch bekannt unter der Abkürzung „SSNIP" (*small but significant non transitory increase in price* — kleine, aber signifikante und anhaltende Preiserhöhung). Obwohl der SSNIP-Test lediglich ein Beispiel für eine Methode ist, die für die Definition des relevanten Marktes — ungeachtet seines formalen ökonometrischen Charakters oder seiner Fehleranfälligkeit (der sogenannten „*cellophane fallacy*") — angewandt werden könnte, liegt seine Bedeutung vor allem in seiner Verwendung als konzeptionelles Instrument für die Bewertung des Wettbewerbs zwischen verschiedenen Produkten oder Diensten.

([31]) Mit anderen Worten kann bei einer großen Kreuzelastizität der Nachfrage zwischen zwei Produkten darauf geschlossen werden, dass die Verbraucher diese Produkte als verwandte Substitute ansehen. Wird die Wahl der Verbraucher durch andere Erwägungen als Preiserhöhungen beeinflusst, so ist der SSNIP-Test möglicherweise kein geeignetes Instrument für die Messung der Produktsubstituierbarkeit; siehe Rechtssache T-25/99, Colin Arthur Roberts und Valérie Ann Roberts/Kommission, EU:T:2001:177. Siehe auch die Bekanntmachung von 1997 über die Marktdefinition, Nummer 17.

([32]) Diese Annahme kann widerlegt werden, wenn es deutliche Anzeichen dafür gibt, dass der vorherige regulierte Preis nicht auf Wettbewerbsniveau festgesetzt worden war. Unter solchen Umständen kann es zweckmäßig sein, als Ausgangspunkt einen Preis heranzuziehen, der sich aus einem aktualisierten Kostenrechnungsmodell oder Vergleich ergibt.

32. Es dürfte wahrscheinlich schwierig sein, einen SSNIP-Test empirisch durchzuführen, wenn keine Produkte und Preise direkt verfügbar sind. Wenn es in einem Netz kein solches — gewerbliches oder reguliertes — Produkt gibt, dieses technisch und gewerblich aber angeboten werden könnte, sollte die NRB bei der Abgrenzung von Märkten die Möglichkeit der Eigenversorgung in diesem Netz berücksichtigen und einen fiktiven Markt, der auch die Eigenleistung umfasst, zugrunde legen, sofern eine Benachteiligung der Verbraucher auf dem Endkundenmarkt vorliegt und eine potenzielle Nachfrage nach einem solchen Produkt besteht ([33]).

2.2. **Definition des Produktmarktes**

33. Nach ständiger Rechtsprechung gehören zu dem sachlich relevanten Markt sämtliche Produkte oder Dienste, die hinreichend austausch- bzw. substituierbar sind, und zwar nicht nur wegen ihrer objektiven Merkmale, wegen ihrer Preise und/oder ihrer Zweckbestimmung, sondern auch wegen der Wettbewerbsbedingungen und/oder der Struktur von Angebot und Nachfrage auf dem betreffenden Markt ([34]). Produkte oder Dienste, die nur in geringem Maß oder relativ austauschbar sind, gehören nicht demselben Markt an ([35]). Die NRB sollten also mit der Definition des relevanten Produkt- oder Dienstemarkts beginnen, indem sie alle Produkte oder Dienste zusammenfassen, die von den Verbrauchern für denselben Zweck (Endzweck) verwendet werden.

34. Auch wenn der Endzweck eines Produkts oder Dienstes unmittelbar von physischen Merkmalen abhängt, können doch unterschiedliche Arten von Produkten oder Diensten für denselben Zweck verwendet werden.

35. Die Austauschbarkeit unterschiedlicher Produkte bzw. Dienste kann sich aus der zunehmenden Konvergenz verschiedener Technologien ergeben, die es den Betreibern häufig ermöglicht, ähnliche Produktpakete für Endkunden anzubieten. So kann beispielsweise die Verwendung digitaler Übertragungssysteme dazu führen, dass sich die Leistungsfähigkeit und die Merkmale der mit unterschiedlicher Technik betriebenen Netzdienste ähneln.

36. Darüber hinaus sind sogenannte „Over-the-top"-Dienste (OTT-Dienste) oder andere internetgestützte Kommunikationswege entstanden, die potenziell im Wettbewerb zu etablierten Kommunikationsdiensten für Endkunden stehen. Die NRB sollten daher prüfen, ob herkömmliche Telekommunikationsdienste von derartigen Diensten künftig teilweise oder vollständig ersetzt werden können ([36]).

37. Abgesehen von den Produkten oder Diensten, die aufgrund objektiver Merkmale, der Preise und des Verwendungszwecks ohnehin hinreichend austauschbar sind, sollten die NRB daher im Rahmen des hypothetischen Monopolistentests oder SSNIP-Tests nötigenfalls auch die vorrangigen Voraussetzungen für die nachfrageseitige und gegebenenfalls die angebotsseitige Substituierbarkeit untersuchen, um ihre Marktanalyse zu vervollständigen.

Nachfrageseitige Substituierbarkeit

38. Die NRB können anhand der Nachfragesubstituierbarkeit feststellen, welche Produkte oder Produktreihen, zu denen die Kunden infolge einer kleinen, aber signifikanten und anhaltenden relativen Preiserhöhung ohne Weiteres wechseln könnten, austauschbar sind. Zur Feststellung, ob eine Nachfragesubstituierbarkeit besteht, sollten die NRB alle Belege eines früheren Verbraucherverhaltens heranziehen und die voraussichtliche Reaktion der Kunden und Anbieter auf eine solche Preiserhöhung für den betreffenden Dienst abschätzen.

39. Die Möglichkeit der Kunden, ein Produkt wegen einer kleinen, aber signifikanten und anhaltenden relativen Preiserhöhung durch eine Alternative zu ersetzen, kann jedoch u. a. durch erhebliche Umstellungskosten beeinträchtigt werden. Kunden, die in bestimmte Technik investiert oder andere notwendige Investitionen getätigt haben, um einen Dienst beziehen oder ein Produkt benutzen zu können, sind möglicherweise nicht bereit, die beim Wechsel zu einem eigentlich austauschbaren Dienst oder Produkt anfallenden zusätzlichen Kosten auf sich zu nehmen, oder können die Umstellungskosten prohibitiv hoch finden. Außerdem können Kunden durch langfristige Verträge an den bisherigen Anbieter gebunden sein. In einer Situation, in der den Kunden erhebliche Kosten entstehen, wenn sie das Produkt A durch das Produkt B ersetzen wollen, können diese beiden Produkte daher möglicherweise nicht demselben relevanten Markt zugeordnet werden.

([33]) Erläuterungen zur Empfehlung 2014/710/EU, SWD(2014) 298, S. 18; Sache NL/2015/1727, C(2015) 3078. Siehe auch CZ/2017/1985.

([34]) Rechtssache C-333/94 P, Tetra Pak/Kommission, EU:C:1996:436, Rn. 13, Rechtssache 31/80 L'Oréal, EU:C:1980:289, Rn. 25, Rechtssache 322/81, Michelin/Kommission, EU:C:1983:313, Rn. 37, Rechtssache C-62/86, AkzoChemie/Kommission, EU:C:1991:286, Rn. 51, Rechtssache T-504/93, Tiercé Ladbroke/Kommission, EU:T:1997:84, Rn. 81, Rechtssache T-65/96, Kish Glass/Kommission, EU:T:2000:93, Rn. 62, Rechtssache C-475/99, Ambulanz Glöckner und Landkreis Südwestpfalz, EU:C:2001:577, Rn. 33. Zur Prüfung der ausreichenden Substituierbarkeit oder Austauschbarkeit äußerte sich der Gerichtshof erstmals in der Rechtssache 6/72, Europemballage und Continental Can/Kommission, EU:C:1973:22, Rn. 32, und in der Rechtssache 85/76, Hoffmann-La Roche/Kommission, EU:C:1979:36, Rn. 23.

([35]) Rechtssache C-333/94 P, Tetra Pak/Kommission, EU:C:1996:436, Rn. 13, Rechtssache 66/86, Ahmed Saeed, EU:C:1989:140, Rn. 39 und 40, Rechtssache 27/76, United Brands/Kommission, EU:C:1978:22, Rn. 22, 29 und 12; Rechtssache T-229/94, Deutsche Bahn/Kommission, EU:T:1997:155, Rn. 54. In der Rechtssache Tetra Pak hat der Gerichtshof bestätigt, dass die Tatsache, dass die Nachfrage nach Kartons für die Verpackung von Fruchtsäften zu vernachlässigen und im Vergleich zu der Nachfrage nach Kartons, die für Milch verwendet werden, über die Zeit gleichbleibend war, als Beleg dafür zu sehen ist, dass es nur eine ganz geringe Austauschbarkeit zwischen dem Milch- und dem Nichtmilchsektor gibt, a. a. O., Rn. 13 und 15.

([36]) Falls keine ausreichende Substituierbarkeit besteht, um die Einbeziehung solcher OTT-Dienste in den relevanten Produktmarkt zu rechtfertigen, sollten die NRB dennoch den von diesen Diensten ausgehenden potenziellen Wettbewerbsdruck berücksichtigen, wenn sie das Bestehen beträchtlicher Marktmacht beurteilen (siehe auch die Sachen CZ/2017/1985 und CZ/2012/1322 sowie weiter unten).

40. Auf der Endkundenebene hat die technologische Entwicklung im Allgemeinen zu einem plattformübergreifenden Wettbewerb geführt, da Endkundendienste als gleichwertig und zunehmend austauschbar betrachtet werden ([37]). Um festzustellen, ob unterschiedliche Plattformen wie Kupferkabel-, Glasfaser- und Fernsehkabelsysteme ein und demselben Vorleistungsmarkt zuzuordnen sind, sollte der SSNIP-Test durchgeführt werden. Wegen des vorausschauenden Charakters der Analyse sollte bei einer solchen Einschätzung beachtet werden, dass potenzielle Zugangsnachfrager, die noch keine zugangsgestützten Dienste betreiben, bei der Auswahl ihrer Zugangsplattform keine Umstellungskosten zu berücksichtigen haben. Bei der Beurteilung sollte im Einzelfall die Erheblichkeit eines solchen Markteintritts geprüft werden, wobei zu beachten ist, dass der Umfang eines künftigen Eintritts naturgemäß schwer vorherzusehen ist. Darüber hinaus sollte bei einer solchen Analyse von einer durch Regulierung getragenen, hypothetischen wettbewerbsorientierten Zugangsregelung ausgegangen werden, ohne etwaige objektiv nicht zu rechtfertigende Umstellungshindernisse zu berücksichtigen, die möglicherweise von den Netzbetreibern künstlich aufgebläht werden, um den Wechsel von oder zu einer bestimmten Plattform zu verhindern.

Angebotsseitige Substituierbarkeit

41. Bei der Beurteilung der Angebotssubstituierbarkeit (Angebotsumstellungsflexibilität) können die NRB auch berücksichtigen, wie wahrscheinlich es ist, dass bisher auf dem relevanten Produktmarkt noch nicht tätige Unternehmen infolge einer kleinen, aber signifikanten und anhaltenden relativen Preiserhöhung kurzfristig in den Markt eintreten wollen. Der genaue Zeitraum, der für die Untersuchung der wahrscheinlichen Reaktion anderer Anbieter auf eine relative Preiserhöhung zugrunde gelegt werden sollte, hängt zwangsläufig von den Merkmalen des jeweiligen Marktes ab und sollte je nach Fall festgelegt werden. Sind die Gesamtkosten für die Umstellung der Produktion auf das fragliche Produkt nicht besonders hoch, dann kann dieses Produkt in die Definition des Produktmarktes einbezogen werden. Die NRB müssen feststellen, ob ein bestimmter Anbieter tatsächlich seine Produktionsmittel für die Herstellung des relevanten Produkts oder die Erbringung des relevanten Dienstes verwenden oder umstellen würde (ob z. B. seine Kapazität aufgrund langfristiger Liefervereinbarungen ausgelastet ist usw.).

42. Außerdem sollten alle Anforderungen, die sich aus Rechts- und Verwaltungsvorschriften ergeben, berücksichtigt werden, die einen rechtzeitigen Eintritt in den relevanten Markt behindern und folglich die angebotsseitige Substituierbarkeit beeinträchtigen könnten.

Substitutionskette

43. Die Grenzen des relevanten Marktes können weit gesteckt werden, sodass Produkte oder geografische Gebiete erfasst werden, die zwar nicht unmittelbar austauschbar sind, aber wegen einer bestehenden Substitutionskette in die Marktdefinition einbezogen werden sollten ([38]). Substitutionsketten liegen vor, wenn nachgewiesen werden kann, dass zwar die Produkte A und C nicht unmittelbar austauschbar sind, das Produkt B aber ein Substitut sowohl für das Produkt A als auch für das Produkt C ist und folglich die Produkte A und C demselben Produktmarkt zugeordnet werden können, da der Preis dieser Produkte durch die Substitutionsmöglichkeit aufgrund des Produktes B beeinflusst werden könnte. Dieselben Überlegungen gelten für die Definition des räumlich relevanten Marktes. Wegen der Gefahr einer zu großen Ausdehnung des relevanten Marktes sollte die Existenz von Substitutionsketten allerdings hinreichend nachgewiesen werden ([39]).

44. Wenn die Preise früherer oder gegenwärtiger Technologiegenerationen die Preise künftiger Generationen maßgeblich beeinflussen können, so ist es wahrscheinlich, dass eine Substitutionskette besteht, die das Zusammenfassen aller Technologiegenerationen in demselben relevanten Produktmarkt rechtfertigt. Da solche Preiszwänge normalerweise bei verschiedenen Technologiegenerationen zu beobachten sind, werden sie im Allgemeinen als dem demselben Markt zugehörig betrachtet.

45. Nachdem die meisten Kunden auf eine leistungsfähigere Infrastruktur umgestellt haben, kann es immer noch eine Gruppe von Nutzern geben, die weiterhin die herkömmliche Technik nutzen. In diesem Fall sollten die NRB einen Regulierungsansatz verfolgen, der den Bindungszyklus nicht durch eine Abgrenzung übermäßig enger Märkte noch verlängert.

2.3. **Definition des räumlich relevanten Marktes**

46. Nachdem der relevante Produktmarkt abgegrenzt worden ist, geht es im nächsten Schritt darum, dessen räumliche Ausdehnung festzulegen. Erst wenn die räumliche Ausdehnung des Produkt- oder Dienstmarkts bekannt ist, kann eine NRB die Wettbewerbsbedingungen in diesem Markt ordnungsgemäß beurteilen.

47. Die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes erfolgt nach den gleichen Grundsätzen wie die oben behandelte Beurteilung der nachfrage- und angebotsseitigen Substituierbarkeit als Reaktion auf eine relative Preiserhöhung.

([37]) Über Festnetze angebotene Endkundendienste sind von den NRB in der Regel unabhängig von der verwendeten Übertragungsplattform (d. h. unabhängig davon, ob der Endkundendienst über Koaxialkabel, Glasfaserleitung oder Kupferkabel bereitgestellt wird) in denselben Endkundenmarkt einbezogen worden, wogegen Endkundendienste, die über Festnetze bzw. Mobilfunknetze bereitgestellt werden, in der Regel getrennten Märkten zugeordnet worden sind.

([38]) Siehe die Bekanntmachung von 1997 über die Marktdefinition, Nummern 57 und 58. Substitutionsketten können beispielsweise entstehen, wenn ein Unternehmen, das Dienste auf nationaler Ebene anbietet, die Preisbildung von Diensteanbietern auf anderen geografischen Märkten beeinflusst. Dies wäre zum Beispiel der Fall, wenn ein auf nationaler Ebene tätiges Unternehmen, das eine beherrschende Stellung innehat, Druck auf die von Kabelnetzanbietern in bestimmten Gebieten erhobenen Preise ausübt. Siehe auch Sache COMP/M.1628 — TotalFina/Elf, Nummer 188.

([39]) Dabei muss eine klare gegenseitige Preisabhängigkeit an den beiden Endpunkten der Kette nachgewiesen sein. Das Maß der Substituierbarkeit zwischen den relevanten Produkten oder geografischen Gebieten muss hinreichend hoch sein.

48. Nach ständiger Rechtsprechung umfasst der räumlich relevante Markt ein Gebiet, in dem die Unternehmen bei den relevanten Produkten oder Diensten an Angebot und Nachfrage beteiligt sind und die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und von Nachbargebieten unterschieden werden können, in denen erheblich andere Wettbewerbsbedingungen bestehen ([40]). Gebiete, in denen die Wettbewerbsbedingungen heterogen sind, können nicht als einheitlicher Markt angesehen werden ([41]).

49. Wie die Kommission hinsichtlich der Wahl der geografischen Einheit, von der die NRB bei ihrer Bewertung ausgehen sollten, häufig dargelegt hat ([42]), sollten die NRB dafür sorgen, dass diese Einheiten a) eine angemessene Größe haben, d. h. klein genug, damit es innerhalb einer Einheit keine erheblichen Schwankungen der Wettbewerbsbedingungen gibt, aber groß genug, um eine aufwendige und umständliche Mikroanalyse, die zur Marktzersplitterung führen könnte, zu vermeiden, b) die Netzstruktur aller relevanten Betreiber widerspiegeln können und c) über längere Zeit klare und stabile Grenzen aufweisen.

50. Werden regionale Unterschiede festgestellt, die jedoch nicht als ausreichend angesehen werden, um verschiedene räumliche Märkte oder Feststellungen beträchtlicher Marktmacht zu rechtfertigen, können die NRB geografisch differenzierte Abhilfemaßnahmen auferlegen ([43]). Bei der Unterscheidung zwischen geografischer Segmentierung bei der Marktabgrenzung und segmentierten Abhilfemaßnahmen kommt es ganz entscheidend auf die Stabilität der Differenzierung an — insbesondere auf das Maß, in dem das Wettbewerbsgebiet eindeutig abgegrenzt werden kann und über längere Zeit unverändert bleibt.

51. Im Bereich der elektronischen Kommunikation ist der räumlich relevante Markt bisher aufgrund von zwei wesentlichen Kriterien ([44]) bestimmt worden:

a) dem von einem Netz erfassten Gebiet ([45]) und

b) den bestehenden Rechts- und anderen Verwaltungsinstrumenten ([46]).

3. **BEURTEILUNG BETRÄCHTLICHER MARKTMACHT**

52. Nach Artikel 14 Absatz 2 der Richtlinie 2002/21/EG gilt ein Unternehmen als „Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt, d. h. eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten“ ([47]).

3.1. **Alleinige beträchtliche Marktmacht**

53. Die Feststellung alleiniger beträchtlicher Marktmacht beruht auf einer Reihe von Kriterien, deren Würdigung anhand der in Nummer 13 dieser Leitlinien erwähnten Anforderungen des Artikels 16 der Richtlinie 2002/21/EG im Folgenden erläutert wird.

54. Bei der Beurteilung der Marktmacht eines Unternehmens ist es wichtig, die Marktanteile des Unternehmens ([48]) und seiner Wettbewerber sowie den mittelfristig von potenziellen Wettbewerbern ausgehenden Wettbewerbsdruck zu berücksichtigen. Die Marktanteile können den NRB erste aufschlussreiche Hinweise auf die Marktstruktur und die relative Bedeutung der auf dem Markt tätigen Unternehmen geben. Die Kommission wird Marktanteile allerdings unter Berücksichtigung der jeweiligen Marktbedingungen und insbesondere der Dynamik des Marktes und des Ausmaßes der Produktdifferenzierung interpretieren ([49]).

([40]) United Brands, a. a. O., Rn. 44; Michelin, a. a. O., Rn. 26; Rechtssache 247/86, Alsatel/Novasam, EU:C:1988:469, Rn. 15; Tiercé Ladbroke/Kommission, a. a. O., Rn. 102.

([41]) Deutsche Bahn/Kommission, a. a. O., Rn. 92; Rechtssache T-139/98, AAMS/Kommission, EU:T:2001:272, Rn. 39.

([42]) Siehe beispielsweise Abschnitt 2.5 der Erläuterungen zur Empfehlung 2014/710/EU, SWD(2014) 298.

([43]) Erläuterungen zur Empfehlung 2014/710/EU, SWD(2014) 298, S. 14. Siehe auch CZ/2012/1322.

([44]) Siehe z. B. Sache IV/M.1025 — Mannesmann/Olivetti/Infostrada, Nummer 17; Sache COMP/JV.23 — Telefónica/Portugal Telecom/Médi Telecom.

([45]) Dieses Gebiet entspricht normalerweise dem Gebiet, in dem ein Betreiber tätig sein darf. In der Sache COMP/M.1650 — ACEA/Telefónica stellte die Kommission fest, dass der räumliche Markt ein lokaler Markt war, da das angemeldete Gemeinschaftsunternehmen über eine Lizenz verfügen würde, die sich auf das Gebiet von Rom beschränkt, Nummer 16.

([46]) Beispielsweise dürfen Mobilfunkbetreiber nur in den geografischen Gebieten Mobilfunkdienste erbringen, für die ihnen Genehmigungen für die Nutzung von Funkfrequenzen erteilt wurden, sodass dies zur räumlichen Abgrenzung der betreffenden Märkte beiträgt; siehe Sache IV/M.1439 — Telia/Telenor, Nummer 124; Sache IV/M.1430 — Vodafone/Airtouch, Nummern 13–17; Sache COMP/JV.17 — Mannesmann/Bell Atlantic/Omnitel, Nummer 15.

([47]) Diese Begriffsbestimmung entspricht dem Wortlaut, mit dem der Begriff der beherrschenden Stellung gemäß Artikel 102 AEUV in der ständigen Rechtsprechung beschrieben wird. Siehe United Brands, a. a. O., Rn. 65; Hoffmann-La Roche/Kommission, a. a. O., Rn. 38.

([48]) Anhand von Wert, Volumen, Anschlussleitungen, Kundenzahl usw. in einem bestimmten Markt.

([49]) Siehe Nummer 13 der Mitteilung der Kommission — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen.

55. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs liefert ein besonders hoher Marktanteil, den ein Unternehmen über einen bestimmten Zeitraum hält (über 50 %) — von außergewöhnlichen Umständen abgesehen — an sich schon den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung ([50]). Je höher der Marktanteil ist und je länger er gehalten wird, umso wahrscheinlicher ist er erfahrungsgemäß ein erstes wichtiges Anzeichen für das Bestehen beträchtlicher Marktmacht ([51]).

56. Aber selbst Unternehmen mit hohen Marktanteilen können nicht weitgehend unabhängig von Kunden vorgehen, die über eine ausreichende Verhandlungsmacht verfügen ([52]). Zudem kann der Umstand, dass ein Unternehmen mit einer starken Stellung im Markt allmählich Marktanteile verliert, durchaus auf zunehmenden Wettbewerb auf diesem Markt hindeuten, schließt aber die Feststellung beträchtlicher Marktmacht nicht aus. Marktanteile, die mit der Zeit beträchtlich schwanken, können ein Anzeichen für fehlende Marktmacht auf dem relevanten Markt sein. Die Tatsache, dass ein Markteinsteiger in der Lage ist, seinen Marktanteil rasch zu steigern, kann auch darauf hindeuten, dass auf dem betreffenden Markt ein stärkerer Wettbewerb herrscht und dass Marktzutrittsschranken ([53]) in einem annehmbaren Zeitrahmen überwunden werden können ([54]).

57. Ist der Marktanteil zwar hoch ([55]), bleibt aber unter der 50 %-Schwelle, sollten sich die NRB bei der Beurteilung beträchtlicher Marktmacht auf andere wichtige strukturelle Marktmerkmale stützen. Sie sollten dann eine eingehende strukturelle Bewertung der wirtschaftlichen Merkmale des betreffenden Markts durchführen, bevor sie Schlussfolgerungen in Bezug auf das Bestehen beträchtlicher Marktmacht ziehen.

58. Für die Feststellung der Marktmacht eines Unternehmens und seiner Möglichkeiten, sich in erheblichem Maße unabhängig von seinen Wettbewerbern, Kunden und Verbrauchern zu verhalten, sind die folgenden, nicht ausschließlichen Kriterien von Bedeutung ([56]):

— Marktzutrittsschranken,

— Expansionshemmnisse,

— absolute und relative Größe des Unternehmens,

— Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur,

— technologische und wirtschaftliche Vorteile oder Überlegenheit,

— fehlende oder geringe ausgleichende Nachfragemacht,

— leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanziellen Ressourcen,

— Diversifizierung von Produkten/Dienstleistungen (z. B. Bündelung von Produkten und Dienstleistungen),

— Größenvorteile,

— Verbundvorteile,

— direkte und indirekte Netzeffekte ([57]),

([50]) AKZO Chemie/Kommission, a. a. O., Rn. 60; Rechtssache T-228/97, Irish Sugar/Kommission, EU:T:1999:246, Rn. 70, Hoffmann-La Roche/Kommission, a. a. O., Rn. 41, AAMS u. a./Kommission, a. a. O., Rn. 51. Ein großer Marktanteil ist jedoch nur dann als genauer Gradmesser für Marktmacht anzusehen, wenn die Wettbewerber ihre Produktion oder ihre Leistungen nicht in ausreichendem Umfang erhöhen könnten, um den durch die Preiserhöhung eines Konkurrenten bedingten Nachfrageumschwung zu decken. Irish Sugar/Kommission, a. a. O., Rn. 97–104.

([51]) Siehe Nummer 15 der Mitteilung der Kommission — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen.

([52]) Siehe Nummer 18 der Mitteilung der Kommission — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen.

([53]) Zutrittsschranken können in diesem Sektor struktureller, rechtlicher oder regulatorischer Art sein. Strukturelle Zugangshindernisse ergeben sich aus der anfänglichen Kosten- oder Nachfragesituation, die zu einem Ungleichgewicht zwischen etablierten Betreibern und Einsteigern führt, deren Marktzugang so behindert oder verhindert wird. Rechtliche und regulatorische Zutrittsschranken sind nicht auf ökonomische Bedingungen zurückzuführen, sondern ergeben sich aus legislativen, administrativen oder sonstigen Maßnahmen, die sich unmittelbar auf die Zutrittsbedingungen und/oder die Position von Betreibern auf dem relevanten Markt auswirken. Siehe die Empfehlung 2014/710/EU der Kommission.

([54]) Sache COMP/M.5532 — Carphone Warehouse/Tiscali UK.

([55]) Nach der Erfahrung der Kommission ist eine Marktbeherrschung unwahrscheinlich, wenn ein Unternehmen weniger als 40 % des relevanten Marktes einnimmt. Es kann jedoch besondere Fälle auch unterhalb dieser Schwelle geben, in denen Wettbewerber nicht in der Lage sind, dem Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens wirksame Schranken zu setzen. Siehe United Brands, a. a. O., und Sache COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint.

([56]) Sachen NL/2017/1958-59 und NL/2017/1960. Siehe Sache PT/2017/2023.

([57]) Direkte Netzeffekte liegen vor, wenn sich der Wert einer Ware oder Dienstleistung für einen Verbraucher aus der gesteigerten Nutzung dieser Ware oder Dienstleistung durch andere ableitet. Indirekte Netzeffekte liegen vor, wenn sich der erhöhte Wert aus der gesteigerten Nutzung einer ergänzenden Ware oder Dienstleistung ableitet.

— vertikale Integration,

— hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufsnetz,

— Abschluss langfristiger und nachhaltiger Zugangsvereinbarungen,

— Eingehen von Vertragsbeziehungen mit anderen Marktteilnehmern, die zur Marktabschottung führen könnten ([58]),

— Fehlen eines potenziellen Wettbewerbs.

Aus den obigen Kriterien — für sich alleine genommen — kann noch nicht zwangsläufig auf das Bestehen beträchtlicher Marktmacht geschlossen werden. Eine solche Feststellung muss vielmehr auf einer Kombination von Faktoren beruhen.

59. Die Feststellung beträchtlicher Marktmacht hängt davon ab, wie leicht der Marktzugang ist. Im Sektor der elektronischen Kommunikation sind die Marktzutrittsschranken oftmals hoch, weil technische Beschränkungen wie Frequenzknappheit bestehen, die die Menge der verfügbaren Frequenzen begrenzen können, oder weil der Eintritt in den betreffenden Markt aus Rentabilitätsgründen umfangreiche Infrastrukturinvestitionen und die Planung von Kapazitäten über lange Zeiträume erfordert ([59]).

60. Allerdings können hohe Marktzutrittsschranken bei Märkten, die sich durch fortlaufende technologische Neuerungen auszeichnen, an Bedeutung verlieren, weil insbesondere neue Technik den Markteinsteigern ermöglicht, qualitativ verschiedene Dienste anzubieten, mit denen Sie den Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht herausfordern können ([60]). Auf den Märkten der elektronischen Kommunikation kann Wettbewerbsdruck auch von bevorstehenden Innovationen potenzieller Wettbewerber, die derzeit noch gar nicht auf dem Markt präsent sind, ausgehen.

61. Die NRB sollten daher berücksichtigen, wie wahrscheinlich es ist, dass Unternehmen, die derzeit auf dem relevanten Produktmarkt noch nicht tätig sind, mittelfristig in den Markt eintreten können. Unternehmen, die bei einer Preiserhöhung in der Lage wären, ihre Produkt- oder Dienstleistungspalette umzustellen oder zu erweitern, um auf dem relevanten Markt tätig zu werden, sollten von den NRB als potenzielle Marktteilnehmer behandelt werden, auch wenn sie zum Zeitpunkt der Untersuchung das fragliche Produkt noch nicht herstellen bzw. die fragliche Dienstleistung noch nicht anbieten.

62. Markteintritte sind wahrscheinlicher, wenn potenzielle Markteinsteiger bereits auf benachbarten Märkten präsent sind ([61]) oder Dienstleistungen erbringen, die für die Erbringung der relevanten Endkundendienste oder den Wettbewerb um diese Dienste relevant sind ([62]). Bei der Bestimmung, ob ein Markteintritt wahrscheinlich und tragfähig ist, kommt es entscheidend darauf an, ob das für einen kosteneffizienten Betrieb erforderliche Mindestvolumen erreicht werden kann ([63]).

63. Ferner sollten die NRB die Größen- und Verbundvorteile, die Netzeffekte, die Bedeutung des Zugangs zu knappen Ressourcen und die versunkenen Kosten im Zusammenhang mit dem Netzausbau sorgfältig berücksichtigen.

64. Darüber hinaus sollten die NRB prüfen, ob die Marktmacht eines etablierten Betreibers durch Produkte oder Dienste, die außerhalb des relevanten Marktes und der zugehörigen Endkundenmärkte liegen, (preislich) eingeschränkt werden kann, z. B. wenn die Tätigkeit von OTT-Anbietern auf der Bereitstellung von Online-Kommunikationsdiensten beruht. Selbst wenn eine NRB davon ausgeht, dass der von diesen Produkten und Diensten auf der Endkundenebene ausgehende Wettbewerbsdruck nicht ausreicht, um für wirksamen Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt zu sorgen oder um als indirekter Wettbewerbsdruck auf die Bereitstellung von Vorleistungsdiensten einzuwirken (für die Zwecke der Definition des Vorleistungsmarkts), sollten daher potenzielle Wettbewerbszwänge dennoch in der Phase der Ermittlung beträchtlicher Marktmacht geprüft werden ([64]). Da gegenwärtig OTT-Anbieter selbst keine Zugangsdienste betreiben, geht von ihnen im Allgemeinen kein Wettbewerbsdruck auf den Zugangsmärkten aus.

([58]) Insbesondere Roaming-Vereinbarungen, Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Netzen sowie Ko-Investitionsvereinbarungen, die Dritten nicht offen stehen, denn dadurch werden unabhängige Geschäftspartner ausgeschlossen, mit denen der kleinere Betreiber ansonsten verhandeln könnte. Siehe Sache COMP/M.7612 — Hutchinson 3G UK/Telefónica UK.

([59]) Hoffmann-La Roche/Kommission, a. a. O., Rn. 48. Die wichtigsten Arten von Marktzutrittsschranken sind Größenvorteile und versunkene Kosten. Diese Zutrittsschranken sind in Anbetracht der umfangreichen Investitionen, die beispielsweise für den Aufbau eines leistungsfähigen elektronischen Kommunikationsnetzes erforderlich sind, in der elektronischen Kommunikation von besonderer Bedeutung, denn es liegt auf der Hand, dass nur ein sehr geringer Teil der Investitionskosten wieder hereingeholt werden könnte, sollte sich ein Markteinsteiger entschließen, den Markt wieder zu verlassen.

([60]) Sache COMP/M.5532 — Carphone Warehouse/Tiscali UK, Sache COMP/M.7018 — Telefónica Deutschland/E-Plus und Sache COMP/M.7612 — Hutchinson 3G UK/Telefónica UK.

([61]) Sache COMP/M.1564 — Astrolink JV.

([62]) Sache COMP/M.1564 — Astrolink JV.

([63]) Sache COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint.

([64]) Sache FR/2014/1670.

3.2. **Gemeinsame beträchtliche Marktmacht**

65. Die Definition des Begriffs der gemeinsamen beherrschenden Stellung ist im Wettbewerbsrecht durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union erfolgt und hat sich im Laufe der Zeit weiterentwickelt. Der Begriff der gemeinsamen beträchtlichen Marktmacht ist hiervon abzuleiten. Eine beherrschende Stellung kann von mehreren rechtlich und wirtschaftlich voneinander unabhängigen Unternehmen eingenommen werden, wenn diese in wirtschaftlicher Hinsicht auf einem bestimmten Markt gemeinsam als kollektive Einheit auftreten oder handeln ([65]). In der Rechtssache *Gencor* ([66]) prüfte der Gerichtshof, wie geeignete Marktmerkmale zu einer Wechselbeziehung zwischen den Parteien führen könnten, die es ihnen ermöglicht, ihre jeweiligen Verhaltensweisen vorherzusehen. Wie der Gerichtshof in der Rechtssache *Airtours* ([67]) festgestellt hat, ist das Vorliegen einer Vereinbarung oder anderer rechtlicher Bindungen für die Feststellung einer kollektiven beherrschenden Stellung nicht unerlässlich. Eine solche Feststellung kann sich aus anderen verbindenden Faktoren ergeben und hängt von einer wirtschaftlichen Beurteilung und insbesondere einer Beurteilung der Struktur des fraglichen Marktes ab ([68]).

66. Eine kollektive beherrschende Stellung liegt vor, wenn aufgrund der Merkmale des relevanten Marktes jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols in Wahrnehmung der gemeinsamen Interessen es für möglich, wirtschaftlich vernünftig und daher ratsam hält, dauerhaft einheitlich auf dem Markt vorzugehen, um zu höheren als den Wettbewerbspreisen zu verkaufen, ohne eine Vereinbarung treffen oder auf eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne des Artikels 101 AEUV zurückgreifen zu müssen und ohne dass tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber oder die Kunden und Verbraucher wirksam darauf reagieren können ([69]).

67. Das Gericht hat in der Rechtssache *Airtours* ausgeführt, dass für die Feststellung einer kollektiven beherrschenden Stellung im Sinne der Begriffsbestimmung drei Voraussetzungen gleichzeitig erfüllt sein müssen ([70]):

— Erstens muss jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols das Verhalten der anderen Mitglieder in Erfahrung bringen können, um festzustellen, ob sie einheitlich vorgehen oder nicht. Es genügt nicht, dass jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols sich dessen bewusst ist, dass alle von einem interdependenten Verhalten auf dem Markt profitieren können, sondern es muss auch über ein Mittel verfügen, zu erfahren, ob die anderen Marktbeteiligten dieselbe Strategie wählen und beibehalten. Der Markt muss daher so transparent sein, dass jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols mit hinreichender Genauigkeit und Schnelligkeit die Entwicklung des Verhaltens aller anderen Mitglieder auf dem Markt in Erfahrung bringen kann.

— Zweitens muss die stillschweigende Koordinierung auf Dauer erfolgen können, d. h., es muss einen Anreiz geben, nicht vom gemeinsamen Vorgehen auf dem Markt abzuweichen. Dies ist nur dann der Fall, wenn alle Mitglieder des beherrschenden Oligopols das Parallelverhalten beibehalten, von dem alle profitieren. Diese Voraussetzung schließt daher Gegenmaßnahmen im Fall eines Abweichens vom gemeinsamen Vorgehen ein. Damit eine kollektive beherrschende Stellung Bestand haben kann, müssen genügend Abschreckungsmittel langfristig für einen Anreiz sorgen, nicht vom gemeinsamen Vorgehen abzuweichen, was voraussetzt, dass jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols weiß, dass jede auf Vergrößerung seines Marktanteils gerichtete, stark wettbewerbsorientierte Maßnahme seinerseits die gleiche Maßnahme seitens der anderen auslösen würde, sodass es keinerlei Vorteil aus seiner Initiative ziehen könnte.

— Drittens ist das Vorliegen einer beherrschenden Stellung rechtlich hinreichend nur dann zu beweisen, wenn nachgewiesen wird, dass die voraussichtliche Reaktion der tatsächlichen und potenziellen Konkurrenten sowie der Kunden die erwarteten Ergebnisse des gemeinsamen Vorgehens nicht in Frage stellt.

68. In der Rechtssache *Impala II* ([71]) bestätigte der Gerichtshof diese Kriterien als Merkmale, die eine stillschweigende Koordinierung wahrscheinlicher machen. Nach der Darlegung des Gerichtshofs ist eine solche stillschweigende Kollusion wahrscheinlicher, wenn die Wettbewerber hinsichtlich der Funktionsweise einer solchen Koordinierung und insbesondere der Parameter, die sie zu einem Anknüpfungspunkt für die vorgeschlagene Koordinierung machen, leicht zu einer gemeinsamen Vorstellung ([72]) gelangen können. Gleichzeitig wies der Gerichtshof darauf hin, dass bei der Anwendung dieser Kriterien aber nicht mechanisch in einer Weise vorgegangen werden darf, bei der jedes Kriterium einzeln für sich allein geprüft wird, ohne den wirtschaftlichen Gesamtmechanismus einer unterstellten stillschweigenden Koordinierung zu betrachten ([73]). Marktmerkmale müssen stets in Bezug auf diesen Mechanismus einer unterstellten Koordinierung beurteilt werden.

([65]) Rechtssache C-395/96 P, Compagnie Maritime Belge, EU:C:2000:132, Rn. 35–36.
([66]) Rechtssache T-102/96, Gencor Ltd/Kommission, EU:T:1999:65, Rn. 163.
([67]) Rechtssache T-342/99, Airtours plc/Kommission, EU:T:2002:146.
([68]) Compagnie Maritime Belge u. a., a. a. O., Rn. 45.
([69]) Rechtssache T-342/99, Airtours plc/Kommission, EU:T:2002:146, Rn. 61; Rechtssache C-413/06, Impala II, EU:C:2008:392, Rn. 122.
([70]) Ebenda, Rn. 62.
([71]) Urteil in der Rechtssache Impala II, Rn. 123.
([72]) Zu verstehen als stillschweigendes Einverständnis über die Modalitäten der Koordinierung zwischen den gemeinsam beherrschenden Unternehmen, eine Lösung, die stillschweigend kollusive Betreiber unter den besonderen Marktbedingungen anstreben werden und die eine hohe Markttransparenz voraussetzt. Siehe Rn. 123 des Urteils in der Rechtssache Impala II.
([73]) Ebenda, Rn. 125.

69. Vor diesem Hintergrund müssen die NRB zur Beurteilung, ob zwei oder mehr Unternehmen auf einem relevanten Markt gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen, im Hinblick darauf, ob ihnen Vorabverpflichtungen auferlegt werden sollen, eine Analyse der wahrscheinlichen Entwicklungen im nächsten Überprüfungszeitraum vornehmen ([74]). Dabei müssen sie — anhand der vom Gerichtshof vorgegebenen wirtschaftlichen Prüfung — abschätzen, ob die Marktbedingungen unter Berücksichtigung aller Überlegungen einen Mechanismus der stillschweigenden Koordinierung begünstigen würden. Wie in Erwägungsgrund 26 der Richtlinie 2002/21/EG dargelegt, kann bei zwei oder mehr Unternehmen davon ausgegangen werden, dass sie gemeinsam eine marktbeherrschende Stellung nicht nur dann einnehmen, wenn strukturelle oder sonstige Beziehungen zwischen ihnen bestehen, sondern auch, wenn die Struktur des betreffenden Marktes förderlich für koordinierte Effekte ist.

70. Bei einer vorausschauenden Analyse müssen die voraussichtlichen oder absehbaren Marktentwicklungen im Verlauf des nächsten Überprüfungszeitraums betrachtet werden, um festzustellen, ob eine stillschweigende Kollusion das wahrscheinliche Marktergebnis sein wird. Die Wahrscheinlichkeit der Elemente, die in der vom Gerichtshof vorgegebenen wirtschaftlichen Prüfung zu betrachten sind, ist unter Berücksichtigung der Marktstrukturen und aller verfügbaren Anhaltspunkte für ein Marktverhalten zu ermitteln, das der Entwicklung des hypothetischen Koordinierungsmechanismus förderlich ist und zu einem Gleichgewicht der stillschweigenden Kollusion führen könnte. Ein postulierter Mechanismus muss im Rahmen einer plausiblen Theorie der stillschweigenden Koordinierung ([75]) analysiert werden, bei der sowohl verfügbare Nachweise und Daten als auch hypothetische Erwägungen zu berücksichtigen sind. Wie sich aus der zitierten Rechtsprechung ergibt, sollte dabei von einem Checklisten-Ansatz abgesehen werden.

71. Ähnlich wie nach den Leitlinien der Kommission zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse ([76]) müssen bei einer vorausschauenden Analyse alle vorliegenden einschlägigen Informationen über die Merkmale der betreffenden Märkte, einschließlich struktureller Merkmale und des früheren Verhaltens der Marktteilnehmer, berücksichtigt werden.

72. Die Verständigung auf ein koordiniertes Verhalten ist unter weniger komplexen und stabileren wirtschaftlichen Rahmenbedingungen im Allgemeinen einfacher. Da eine Koordinierung zwischen weniger Marktteilnehmern im Allgemeinen einfacher ist, dürfte es insbesondere wichtig sein, die Zahl der Marktteilnehmer zu untersuchen. Darüber hinaus kann eine Verständigung über die Modalitäten der Koordinierung einfacher sein, wenn insbesondere in Bezug auf Kostenstrukturen, Marktanteile, Kapazitätsniveaus, einschließlich räumlicher Abdeckung, vertikale Integration und Fähigkeit zur Replikation von Produktbündeln eine relative Symmetrie zu beobachten ist.

73. Von Preistransparenz kann eher auf Endkunden-Massenmärkten ausgegangen werden, und die Homogenität der Produkte kann die Transparenz weiter steigern. Doch selbst auf der Endkundenebene lässt sich die Komplexität der Produkte und Tarife durch Einführung vereinfachter Preisvorschriften, z. B. die Festlegung einer kleinen Zahl von Referenzprodukten, verringern. Auf den Märkten der elektronischen Kommunikation mit fast vollständiger Mobilfunk- und Festnetzerschließung ist die Volatilität der Nachfrage tendenziell eher gering, sodass neue Kunden nur von anderen Marktteilnehmern abgeworben werden können, was die Transparenz in Bezug auf die Marktanteile erhöht ([77]).

74. Wenn die NRB aufgrund aktueller Daten eine Prognose erstellen und Aussagen zu den wahrscheinlichsten künftigen Entwicklungen machen, sollten sie dies, wie in Nummer 17 dargelegt, nach dem modifizierten „Grüne-Wiese-Ansatz" tun, der vorsieht, dass die Auswirkungen einer auf beträchtlicher Marktmacht beruhenden Regulierung von der Bewertung ausgenommen werden ([78]).

75. Die Art der Nachweise, die den NRB zu Märkten vorliegen, die zum Zeitpunkt der Analyse der Regulierung unterliegen, unterscheidet sich von der Art der Beweismittel, die zu nicht regulierten Märkten zur Verfügung stehen. Dennoch können die NRB in der Lage sein, Nachweise für Marktstruktur und Marktverhalten beizubringen, insbesondere, wenn das festgestellte Marktversagen durch die bestehende Regulierung nicht vollständig beseitigt werden konnte. Dies bedeutet aber nicht, dass die Beweisanforderungen geringer wären oder dass von einem anderen hypothetischen Mechanismus der stillschweigenden Koordinierung ausgegangen werden sollte.

76. Wenn die NRB ausgehend von Nummer 15 im Hinblick auf eine etwaige Auferlegung von Vorabverpflichtungen prüfen, ob eine gemeinsame beträchtliche Marktmacht vorliegt, können sie daher alle Marktgegebenheiten berücksichtigen, um festzustellen, ob das wahrscheinliche Marktergebnis ohne Vorabregulierung eine stillschweigende Kollusion wäre, sofern i) diese Marktgegebenheiten mit den wirtschaftlichen Annahmen der von der NRB vorgebrachten Theorie der stillschweigenden Kollusion vereinbar sind und ii) die Prüfung ergeben hat, dass sie für die Darlegung, dass der Markt das beschriebene hypothetische stillschweigende Kollusionsverhalten fördert, von Belang sind, und zwar aufgrund einer integrierten Analyse anhand der in der Rechtssache *Airtours* vorgebrachten Kriterien, die später in den Rechtssachen *Impala* bekräftigt wurden.

([74]) Ebenda, Rn. 123.

([75]) Ebenda, Rn. 130.

([76]) Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. C 31 vom 5.2.2004, S. 5).

([77]) Im Zusammenhang der Unternehmenszusammenschlüsse wurden diese Erwägungen in Bezug auf den Markt der elektronischen Kommunikation bereits eingehend erörtert, z. B. in der Sache COMP/M.7758 — HUTCHISON 3G ITALY/WIND/JV.

([78]) Siehe Sache SI/2009/0913, in der die Kommission klarstellte, dass sich dieser Ansatz eignet, um bei einer auf alleinige beträchtliche Marktmacht gestützten Regulierung den Einfluss eines Marktes, der eine stillschweigende Kollusion begünstigt, zu beurteilen, und dazu erklärte, dass es hier auf die Situation ankomme, die bestehen würde, wenn Mobitel auf diesem bestimmten Markt keine Verpflichtungen auferlegt worden wären (modifizierter Grüne-Wiese-Ansatz).

77. Bei der Analyse der gemeinsamen beträchtlichen Marktmacht ist den Besonderheiten des Sektors der elektronischen Kommunikation Rechnung zu tragen, insbesondere der Tatsache, dass wegen der üblicherweise zwischen Vorleistungs- und Endkundenmärkten bestehenden Verbindungen der wirtschaftliche Mechanismus der stillschweigenden Kollusion nicht auf die Vorleistungsebene beschränkt ist, sondern unter Berücksichtigung der Wechselwirkung beider Ebenen beurteilt werden sollte. In dieser Hinsicht können solche Anknüpfungspunkte sowohl auf der Endkundenebene als auch auf der Vorleistungsebene angesiedelt sein, und Vergeltungsmaßnahmen können innerhalb der funktional verbundenen Vorleistungsmärkte und der nachgelagerten Endkundenmärkte erfolgen oder sich sogar auf andere Märkte erstrecken, wenn die Oligopolisten dort präsent sind und interagieren.

78. Wie der Gerichtshof in der Rechtssache Impala II dargelegt hat, kann eine Marktstruktur, die einer stillschweigenden Kollusion förderlich ist, über die Markttransparenz hinaus auch durch Marktkonzentration und Produkthomogenität gekennzeichnet sein ([79]). Weitere Merkmale, die ebenfalls zu derselben Schlussfolgerung führen könnten, können aus der Rechtsprechung oder aus früheren Regulierungsentscheidungen abgeleitet werden. Auf einer nicht erschöpfenden Liste der Marktmerkmale, die die NRB bei ihrer Einzelfallprüfung in Betracht ziehen können, stehen z. B. die Marktanteile, die Nachfrageelastizität, die vertikale Integration, die Vereinbarkeit von Kosten und Outputs, eine flächendeckende Netzabdeckung, die Rentabilität und der durchschnittliche Umsatz je Nutzer (ARPU), die relative Symmetrie des Betreibers und die entsprechende Ähnlichkeit des Endkundengeschäfts. Es wird jedoch keine erschöpfende Liste vorgeschlagen. Darüber hinaus sollte die Relevanz dieser Parameter von Fall zu Fall ermittelt und gewürdigt werden, wobei den nationalen Gegebenheiten Rechnung zu tragen ist. Wenn die NRB andere Parameter, die aus der nachträglichen Wettbewerbsüberprüfung oder der Fusionskontrolle stammen, heranziehen möchten, sollten sie dabei die Besonderheiten der Vorabregulierung im Bereich der elektronischen Kommunikation ([80]) berücksichtigen, um unter den konkret gegebenen Umständen zu ermitteln, ob die Merkmale des relevanten Marktes derart beschaffen sind, dass jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols es für möglich, wirtschaftlich vernünftig und daher ratsam hält, dauerhaft einheitlich auf dem Markt vorzugehen ([81]).

Transparenz

79. Ausgangspunkt für die Feststellung gemeinsamer beträchtlicher Marktmacht ist — gestützt auf die Vorgaben der Nummern 72, 73 und 77 — die Ermittlung eines gemeinsamen Vorgehens, an dem das künftige Verhalten ausgerichtet werden soll.

80. Bei der Prüfung der Frage, ob ein Markt hinreichend transparent ist, um eine stillschweigende Koordinierung zu ermöglichen, sollte geprüft werden, ob starke Anreize für die Marktteilnehmer bestehen, zu einem erkennbar koordinierten Marktergebnis beizutragen und auf wettbewerbliches Verhalten zu verzichten. Dies ist der Fall, wenn die langfristigen Vorteile eines wettbewerbswidrigen Verhaltens die kurzfristigen durch Wettbewerb erzielbaren Gewinne überwiegen. Wie in Nummer 78 dargelegt, wird die Einrichtung und Aufrechterhaltung einer stillschweigenden Koordinierung von gewissen Marktmerkmalen begünstigt, die einen bestimmten Markt anfälliger für eine Koordinierung machen können.

81. Unter den besonderen Umständen im Bereich der elektronischen Kommunikation, der hohe Marktzutrittsschranken und hohe versunkene Kosten aufweist, haben Marktneulinge einen Anreiz, ihren Marktanteil zu erhöhen, damit sie ihre Kosten decken können. Andererseits sind symmetrische Marktanteile keine Voraussetzung für das Bestehen eines Anreizes zur stillschweigenden Kollusion, solange ein Mindestvolumen ([82]) erreicht wird oder die Kostenstrukturen vergleichbar sind ([83]).

82. Bei der Beurteilung des Bestehens einer gemeinsamen beträchtlichen Marktmacht und unbeschadet der in Nummer 67 genannten Kriterien könnte eine starke Preisangleichung über einen längeren Zeitraum hinweg, vor allem wenn die Preise sich über dem Wettbewerbsniveau halten, in Verbindung mit anderen für eine kollektive beherrschende Stellung typischen Faktoren mangels einer anderen vernünftigen Erklärung als Beweis dafür genügen, dass eine kollektive beherrschende Stellung vorliegt, selbst wenn es keine überzeugenden unmittelbaren Beweise für eine starke Markttransparenz gäbe, da diese unter solchen Umständen vermutet werden kann ([84]). Die Untersuchung dieser Umstände ist mit Vorsicht und vor allem im Rahmen eines Ansatzes zu führen, der auf der Analyse der möglichen plausiblen Koordinierungsstrategien beruht ([85]). Insbesondere für die Zwecke der Vorabregulierung im Bereich der elektronischen Kommunikation ist die Feststellung einer bereits bestehenden Koordinierung, wie oben beschrieben, zwar keine Voraussetzung, könnte aber insbesondere dann bedeutsam sein, wenn sich die Merkmale des Marktes nicht spürbar verändert haben und/oder im nächsten Überprüfungszeitraum wahrscheinlich nicht spürbar verändern werden.

([79]) Urteil in der Rechtssache Impala II, Rn. 121.

([80]) Die Bewertung im Hinblick auf eine Vorabregulierung erfordert für bestimmte Aspekte einen besonderen Analyserahmen, welcher der oben erwähnten Notwendigkeit, die derzeit bestehende Regulierung außer Acht zu lassen, der Notwendigkeit, einen bestimmten Regulierungszeitraum zu betrachten, oder dem Fehlen eines spezifischen binären kontrafaktischen Szenarios, das es bei einer Fusionsanalyse gibt, Rechnung trägt.

([81]) Airtours plc/Kommission, a. a. O., Rn. 61; Rechtssache C-413/06, Impala II, EU:C:2008:392, Rn. 122.

([82]) Dies ist unter den nationalen Gegebenheiten und anhand des relevanten Marktes zu prüfen, wobei dem Erfordernis eines effizienten Markteintritts Rechnung zu tragen ist. Siehe beispielsweise den Anhang der Empfehlung 2009/396/EG der Kommission vom 7. Mai 2009 über die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunk-Zustellungsentgelte in der EU (ABl. L 124 vom 20.5.2009, S. 67).

([83]) Sache ES/2005/0330.

([84]) Rechtssache T-464/04, Impala I, EU:T:2006:216, Rn. 252.

([85]) Urteil in der Rechtssache Impala II, Rn. 129.

83. Wenn die NRB in ihrer vorausschauende Bewertung aufgrund des früheren Verhaltens von einer wahrscheinlichen Marktdynamik im nächsten Überprüfungszeitraum ausgehen, sollten sie sich der Tatsache bewusst sein, dass selbst bei bestehender Regulierung die bloße Auferlegung von Preisverpflichtungen für Zugangsprodukte auf der Vorleistungsebene möglicherweise keine hinreichende Erklärung für eine beobachtete Angleichung der Endkundenpreise über einen längeren Zeitraum darstellt. Eine solche Angleichung, für die es keine sonstige vernünftige Erklärung gibt, kann ein Zeichen für eine stillschweigende Kollusion sein, wenn noch andere Faktoren vorliegen, die für eine kollektive beherrschende Stellung typisch sind. Abgesehen von Preisfestsetzungsverpflichtungen können solche sonstigen vernünftigen Erklärungen beispielsweise wirtschaftlicher Art sein, wenn sich die Preisniveaus durch Kostenstrukturen in einem wettbewerbsorientierten Markt rechtfertigen lassen.

84. Ferner kann für die Zwecke der Prüfung des Transparenzkriteriums unter den besonderen Umständen der Vorabregulierung der Märkte der elektronischen Kommunikation, bei denen die Marktzutrittsschranken für neue Marktteilnehmer in der Regel hoch sind, die Weigerung eines Netzeigentümers, den Vorleistungszugang zu angemessenen Bedingungen zu gewähren, als ein möglicher Anknüpfungspunkt für ein gemeinsames Vorgehen der Mitglieder eines Oligopols gewertet werden. Eine solche Weigerung der Netzbetreiber könnte daher auf ein gemeinsames Vorgehen hindeuten, das neben anderen Faktoren bei der Beurteilung einer gemeinsamen beträchtlichen Marktmacht zu berücksichtigen ist. Ein Anknüpfungspunkt, der auf der Verweigerung des Zugangs fußt, kann entweder bei Betreibern zu beobachten sein, die keinen Vorab-Zugangsverpflichtungen unterliegen, oder unter bestimmten Bedingungen auch bei Betreibern absehbar sein, die zum Zeitpunkt der Analyse solchen Verpflichtungen unterliegen. Zu solchen Bedingungen, die auch als Beweis dafür angeführt werden können, dass die Zugangsverweigerung einen glaubwürdigen Anknüpfungspunkt darstellt, gehören u. a. ein gemeinsamer Anreiz, erhebliche oder außergewöhnlich hohe Entgelte (Gewinne) auf nachgelagerten oder verbundenen Endkundenmärkten aufrechtzuerhalten, die nach Ansicht der NRB in keinem Verhältnis zu getätigten Investitionen und eingegangenen Risiken stehen ([86]), oder andere Formen eines außerpreislichen gemeinsamen Vorgehens auf einem Markt, der einer stillschweigenden Koordinierung förderlich ist, die mit einem gut funktionierenden Endkundenmarkt unvereinbar ist, wie der Gerichtshof in seinem Urteil in der Rechtssache *Impala II* ([87]) dargelegt hat. Ferner ist zu prüfen, ob der betreffende Betreiber ein ausreichendes Volumen erreicht, um die Bereitstellung eines Vorleistungsdienstes für Dritte zu rechtfertigen.

Tragfähigkeit

85. Damit das gemeinsame Vorgehen auf Dauer tragfähig bleiben kann, muss es für jedes Mitglied des Oligopols einen Anreiz geben, nicht von den Modalitäten der Koordinierung abzuweichen. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass die Mitglieder des beherrschenden Oligopols nur dann profitieren können, wenn sie alle das Parallelverhalten beibehalten. Das Bestehen einer glaubhaften Gefahr von Vergeltungsmaßnahmen, die vor einer Abweichung abschrecken, ist eine notwendige Voraussetzung dafür, dass der Koordinierungsmechanismus über längere Zeit glaubwürdig bleibt.

86. Bezüglich der Notwendigkeit einer Sanktion stellte das Gericht klar, dass die bloße Existenz wirksamer Abschreckungsmittel grundsätzlich genügt, da nicht auf Sanktionen zurückgegriffen werden muss, wenn die Mitglieder des Oligopols sich an die gemeinsame Politik halten. Das wirksamste Abschreckungsmittel ist dasjenige, das nicht angewandt zu werden braucht ([88]).

87. Diese Klarstellung ist insbesondere dann wichtig, wenn beispielsweise der Anknüpfungspunkt für die stillschweigende Kollusion auf der Vorleistungsebene nach Ansicht der NRB in der (konstruktiven) Verweigerung des Vorleistungszugangs ([89]) besteht und es in der Regel nur wenige Vorleistungstransaktionen gibt. In solchen Fällen müssen die NRB nicht nachweisen, dass die Vergeltung aus dem Abschließen einer anderen Zugangsvereinbarung durch die anderen stillschweigend kollusiven Betreiber bestehen würde, sondern können auch ein anderes ([90]) glaubhaftes Vergeltungsmittel für den bzw. die zugrunde liegenden oder verbundenen Endkundenmarkt bzw. -märkte (wie kurzfristige Preiskriege) anführen ([91]). Erwägungen in Bezug auf die Übertragbarkeit und Kundenabwanderung ([92]) könnten unter den besonderen Umständen die angenommene Reaktion der Verbraucher auf Preisänderungen noch weiter belegen und der NRB abzuschätzen helfen, wie wahrscheinlich es ist, dass sich Vergeltungsmaßnahmen auf der Endkundenebene als wirksam erweisen werden ([93]).

88. Die Glaubwürdigkeit einer Vergeltungsdrohung (Mechanismus) oder ihrer tatsächlichen Anwendung muss von den NRB im Einzelfall beurteilt werden.

([86]) Sache ES/2005/0330.
([87]) Urteil in der Rechtssache Impala II, Rn. 121. Siehe auch die Erläuterungen, Abschnitt „Marktversagen auf der Endkundenebene".
([88]) Urteil in der Rechtssache Impala I, Rn. 466.
([89]) Ein Zugang, der einem Zugangsnachfrager ermöglichen würde, auf der Endkundenebene effektiv in den Wettbewerb zu treten.
([90]) Wenn das zweite Kriterium des *Airtours*-Tests „die gleiche Maßnahme seitens der anderen" verlangt, ist dies als eine stark wettbewerbsorientierte Maßnahme eines Mitglieds des beherrschenden Oligopols zu verstehen, die als Reaktion auf eine stark wettbewerbsorientierte Maßnahme des anderen Mitglieds des beherrschenden Oligopols ergriffen wird, jedoch durchaus eine andere Form annehmen kann, siehe *Airtours*, a. a. O., Rn. 62.
([91]) Dies ist wichtig, weil eine Sanktion, die wegen Zugangsgewährung an einen Wettbewerber gegen Oligopolist 1 verhängt wird und die darin besteht, dass Oligopolist 2 anderen Wettbewerbern Zugang gewährt, langfristige Auswirkungen auf den Markt haben könnte, die Gewinne der vergeltenden Partei weiter schmälern würde und somit keine glaubhafte Abschreckungswirkung für opportunistisches Verhalten hätte. Siehe auch Sache ES/2005/0330.
([92]) Nummernübertragbarkeit ist die Möglichkeit der Endnutzer, eine Rufnummer aus dem nationalen Telefonnummernplan unabhängig von dem Unternehmen, das den Dienst erbringt, beizubehalten. Kundenabwanderung ist der prozentuale Anteil der Teilnehmer eines Dienstes, die ihren Vertrag für diesen Dienst über einen bestimmten Zeitraum beenden.
([93]) Sache ES/2005/0330.

Externe Faktoren

89. Die Beurteilung von Gegenfaktoren zur Theorie der stillschweigenden Kollusion umfasst auch wirtschaftliche Überlegungen darüber, ob die Betreiber, die sich derzeit außerhalb des stillschweigend kollusiven Oligopols befinden, als bloße Mitbewerber auftreten oder aber ein Ausreißerpotenzial haben oder ob die Kunden über eine hinreichende ausgleichende Nachfragemacht verfügen, um den Kollusionsmechanismus infrage zu stellen.

90. Im Rahmen der Vorabregulierung im Sektor der elektronischen Kommunikation können die Marktposition und Stärke der Wettbewerber anhand verschiedener Faktoren beurteilt werden, die sich auf Marktzutrittsschranken für potenzielle Wettbewerber, die Wettbewerbssituation und Expansionshemmnisse für bestehende Marktteilnehmer beziehen. Zu den einschlägigen Parametern dieser Bewertung gehören der Marktanteil im betreffenden Markt, die zugehörigen Verbundvorteile, die Möglichkeit, Leistungen für alle von den Kunden auf der Endkundenebene nachgefragten Produkte zu liefern, ihre relative Stärke im Haupttätigkeitsbereich, die Existenz kleiner Mitbewerber oder ausscherender Wettbewerber usw. In dieser Hinsicht sollten die NRB in ihren Maßnahmenentwurf eine Beurteilung darüber aufnehmen, ob kleinere Mitbewerber in der Lage wären, sich dem wettbewerbswidrigen, koordinierten Marktergebnis entgegenzustellen ([94]).

91. Wie in Nummer 59 erwähnt, weisen die Märkte für die Bereitstellung elektronischer Kommunikationsdienste hohe Zutrittsschranken auf, die insbesondere wirtschaftlicher Art sind, weil der Netzausbau bei fehlenden Vorleistungsvereinbarungen kostspielig und langwierig ist. Aber auch rechtliche Hindernisse, insbesondere im Bereich der Frequenzpolitik, können die Zahl der Mobilfunknetzbetreiber begrenzen ([95]). Deshalb dürfte ein hypothetischer Markteinsteiger, der ein Gleichgewicht der stillschweigenden Kollusion stören könnte, wahrscheinlich zumindest teilweise auf die Infrastruktur anderer angewiesen sein. Wenn es keine regulatorischen Eingriffe oder tragfähige gewerbliche Vereinbarungen und auch keine bahnbrechenden technologischen Innovationen gibt, kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass ein störender Markteintritt kurz- und mittelfristig unwahrscheinlich ist.

92. Was die Kunden angeht, ist es unwahrscheinlich, dass einzelne Verbraucher auf Massenmärkten eine spürbare Nachfragemacht ausüben können. Andererseits können einige gewerbliche Endnutzer, die Geschäftsprodukte oder maßgeschneiderte Produkte abnehmen, in der Lage sein, eine ausgleichende Nachfragemacht auszuüben, weshalb in dem spezifischen Markt ihre mögliche Reaktion gegebenenfalls analysiert werden sollte.

93. Diese Mitteilung ist an die Mitgliedstaaten gerichtet.

Für die Kommission

Mariya GABRIEL

Mitglied der Kommission

([94]) Sache IE/2004/0121.

([95]) Siehe Fußnote 52 und die Erläuterungen zur Empfehlung 2014/710/EU, SWD(2014) 298, S. 4.