

Marktuntersuchungen als neues Instrument für Wettbewerbsbehörden?



Prof. Dr. iur. Adrian Künzler, Zürich*



Ass. iur. Oliver Jany, Rechtsanwalt, Zürich**

I. Einleitung

In der wettbewerbspolitischen Diskussion ist vermehrt eine Tendenz zu einem allgemeinen Konsens beobachtbar, wonach das traditionelle Kartellrecht nicht mehr ausreiche, um die Vielzahl neuer Wettbewerbsprobleme anzugehen, die auf digitalen Märkten auftreten. Im Zentrum der Diskussion steht das Instrument der Marktuntersuchung, das dem britischen Recht bereits seit geraumer Zeit bekannt ist. Anders als im herkömmlichen Kartellrecht knüpft das Eingreifen einer Wettbewerbsbehörde im Rahmen von Marktuntersuchungen nicht in erster Linie an wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen, den Missbrauch von Marktmacht oder an deren Entstehung durch externes Wachstum an. Vielmehr soll das Vorliegen qualifizierter Störungen des Wettbewerbs als solches untersucht und diese ggf. behoben werden. Bei derartigen Störungen handelt es sich um Umstände, in denen der Wettbewerb aufgrund einer Kombination aus verhaltensbezogenen, strukturellen oder regulatorischen Faktoren, die auf Basis der bestehenden wettbewerbsrechtlichen Normen nicht wirksam angegangen werden können, beeinträchtigt ist. Hat die Wettbewerbsbehörde die Ursache für solche Störungen aufgeklärt, kann sie Massnahmen zur Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ergreifen. Diese umfassen verhaltensbasierte oder strukturelle Abhilfemassnahmen, aber auch Empfehlungen an Behörden.

Der vorliegende Beitrag gibt eine kurze Übersicht über aktuelle Reformen bzw. Reformvorhaben in der EU im

In zahlreichen Sektoren, vor allem in der digitalen Wirtschaft, hat die Marktkonzentration in den letzten Jahren stetig zugenommen und wird von Wettbewerbern nur selten infrage gestellt. Auch die bestehenden Wettbewerbsgesetze konnten die digitalen Märkte kaum bestreitbarer machen. Der vorliegende Artikel legt dar, dass Marktuntersuchungen es Wettbewerbsbehörden ermöglichen können, die Wettbewerbsbedingungen auf digitalen Märkten zu verbessern. Er bewertet den Einsatz von Marktuntersuchungen in denjenigen Rechtsordnungen, in denen sie vorgesehen sind, erläutert deren Rolle in der digitalen Wirtschaft und erörtert, wie Marktuntersuchungen sinnvollerweise auszugestalten sind.

In numerous sectors, especially in the digital economy, market concentration has steadily increased in recent years and is rarely challenged by competitors. Existing competition laws have also done little to make digital markets more contestable. This article shows that market investigations can enable competition authorities to improve competitive conditions in digital markets. It assesses the use of market investigations in those jurisdictions that provide for them, explains their role in the digital economy, and discusses how market investigations might usefully be designed.

* Prof. Dr. iur. Adrian Künzler ist Assistenzprofessor für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Zudem ist er Robert S. Campbell Visiting Fellow am Magdalen College der University of Oxford sowie Affiliate Fellow am Information Society Project der Yale Law School.

** Ass. iur. Oliver Jany, Rechtsanwalt (Art. 28 BGFA), ist Associate im Kartellrecht bei Lenz & Staehelin, Zürich. Zuvor war er wissenschaftlicher Mitarbeiter von Prof. Dr. iur. Adrian Künzler an der Universität Zürich.

Allgemeinen und in Deutschland im Speziellen und betrachtet die Vor- und Nachteile von Marktuntersuchungen im Hinblick auf die Digitalwirtschaft. Er gelangt zu dem Schluss, dass Marktuntersuchungen eine wertvolle Ergänzung des herkömmlichen kartellrechtlichen Instrumentariums darstellen können, dass Marktuntersuchungen aufgrund ihrer potenziellen Leistungsfähigkeit und Flexibilität jedoch strenger verfahrensrechtlicher Vorgaben bedürfen, um Bestätigungsfehlern oder einer Tendenz zur Politisierung des Kartellrechts vorzubeugen. Marktuntersuchungen sind deshalb bedeutende Schranken immanent, sodass sie nicht als umfassende Lösungen für die auf digitalen Märkten aufgeworfenen Probleme betrachtet werden sollten; vielmehr sind sie als ergänzende Instrumente nebst anderen Befugnissen von Wettbewerbsbehörden in Erwägung zu ziehen. Die diesbezüglichen Entwicklungen dürften vor dem Hintergrund der zunehmenden Häufung digitaler Sachverhalte und entsprechender wettbewerbsbehördlicher Verfahren im Ausland auch für die schweizerische Wirtschaft von Bedeutung sein.¹

II. Überblick über bestehende Regelungen

Die Europäische Kommission erwog im Jahre 2020 die Einführung eines neuen – ähnlich dem bereits etwa im britischen Recht vorgesehenen – Wettbewerbsinstruments, das auf die Ergänzung bestehender Wettbewerbsnormen ausgelegt war und dessen Zielsetzung darin bestand, strukturelle Wettbewerbsprobleme zu lösen (sog. New Competition Tool [NCT]).² § 32f des Regierungsentwurfs zur 11. GWB³-Novelle sieht derzeit in Deutschland eine vergleichbare Regelung vor, die es dem Bundeskartellamt erlauben soll, im Anschluss an eine Sektoruntersuchung verhaltensbezogene und strukturelle Abhilfemassnahmen, inklusive Entflechtungen,

anzuordnen, wenn eine qualifizierte Störung des Wettbewerbs vorliegt.⁴

A. Europäische Union

Mit dem von der Europäischen Kommission im Zuge des Erlasses des Digital Markets Act (DMA)⁵ in Erwägung gezogenen NCT hätte der Behörde bei Vorliegen von Wettbewerbsproblemen ein umfassendes Marktuntersuchungsinstrument an die Hand gegeben werden sollen, das die herkömmlichen Wettbewerbsregeln komplettiert hätte. Dementsprechend wären diejenigen Wettbewerbsprobleme, die im Verfahren zur Ahndung eines Verstosses gegen Art. 101 und/oder 102 AEUV⁶ (Art. 7 bzw. Art. 9 sowie Art. 17 VO [EG] 1/2003⁷) nicht zielführend bemängelt werden konnten, im Rahmen einer Marktuntersuchung zu prüfen gewesen. Die Kommission unterteilte ihre Erwägungen in verschiedene Kategorien, je nachdem, ob ein strukturelles Risiko für den Wettbewerb drohte oder ob ein struktureller Mangel bereits Auswirkungen auf den Wettbewerb zeitigte.⁸ In ihrer Folgenabschätzung betonte die Kommission die Möglichkeit, Marktuntersuchungen in Bezug auf Konstellationen einzusetzen, die systematische Wettbewerbsdefizite aufweisen und über das Verhalten bestimmter Unternehmen mit Marktbeherrschung hinausgehen; gleichzeitig wurde der Fokus auf oligopolistische Marktstrukturen mit erhöhtem Risiko für stillschweigende Absprachen gelegt.⁹

Die Einführung eines NCT wurde als ein Paradigmenwechsel im EU-Wettbewerbsrecht bezeichnet, weil sie eine grundlegende Veränderung von einer retrospektiven Durchsetzung des Wettbewerbsrechts hin zu einem Regime bedeutet hätte, das retrospektive und prospektive Aspekte miteinander kombiniert.¹⁰ Eine solche Ver-

1 Vgl. bereits Wettbewerbskommission, Jahresbericht 2021, S. 26 ff., <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/praxis/jahresberichte.html>> (zuletzt besucht am 3. Juli 2023); Andreas Heinemann/Giulia Meier, Der Digital Markets Act (DMA): Neues «Plattformrecht» für mehr Wettbewerb in der digitalen Wirtschaft, EuZ 2021, S. 86 ff.; Benjamin Lörtscher, Zum Umgang in der Schweiz mit Kartellrechtsverstössen auf digitalen Märkten, SZK 2022, S. 149 ff.; Felix Tuchschnid/Stefanie Röthlisberger, Digital Markets Act – Neue Spielregeln für Big-Tech-Unternehmen in der EU, SZK 2023, S. 48 ff.; Marino Baldi/Felix Schraner, UBS – Wettbewerb sichern, NZZ vom 19. April 2023, S. 22.

2 Europäische Kommission, Inception Impact Assessment «New Competition Tool», 2. Juni 2020, Ref.-Nr. Ares(2020)2877634–04.06.2020.

3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (GWB; BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 23. Juni 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 167).

4 Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze, 5. April 2023, BT-Drucks. 20/6824, S. 8 ff.

5 Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitere und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act, DMA; ABl. 2022 L 265, S. 1 ff.).

6 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung) (AEUV; ABl. 2012 C 326, S. 88 ff.).

7 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. 2003 L 001, S. 1).

8 Europäische Kommission (Fn. 2).

9 Europäische Kommission (Fn. 2).

10 Pierre Larouche/Alexandre de Stree, The Integration of Wide and Narrow Market Investigations in EU Economic Law, in: Massimo Motta/Martin Peitz/Heike Schweitzer (Hrsg.), Market Investigations. A New Competition Tool for Europe?, Cambridge 2022, S. 164 ff.

bindung wäre zwar nicht völlig neu gewesen. Zahlreiche nationale Rechtssysteme wie das Vereinigte Königreich, Griechenland, Südafrika und Mexiko kannten zu diesem Zeitpunkt bereits das Instrument der Marktuntersuchung als Teil ihrer Wettbewerbsrechtsordnungen. Dennoch wurde das Vorhaben kritisiert. Es wurde u.a. befürchtet, dass die Kommission ohne Vorliegen eines konkreten Verstosses gegen die geltenden Wettbewerbsnormen im Hinblick auf eine bestimmte Marktstruktur oder ein bestimmtes Marktversagen in das Marktgeschehen eingreifen könnte. Angesichts der Möglichkeit, umfassende Abhilfemassnahmen zu verhängen, wären damit gravierende Konsequenzen für Marktteilnehmer nicht auszuschliessen gewesen, insbesondere da solche Eingriffe auch die Möglichkeit von Zwangsveräusserungen von Vermögenswerten sowie strukturelle Trennungen usw. umfassten.¹¹ Im Vorfeld der Einführung des DMA bestand deshalb die Sorge, dass die Kommission die neuen Befugnisse dazu nutzen könnte, um auch arbeits-, verbraucher- oder sonstige wettbewerbspolitische Anliegen voranzutreiben – zumal kein Erfordernis bestand, einen konkreten Wettbewerbsverstoss zu artikulieren, geschweige denn einen solchen nachzuweisen.¹²

Auf der Grundlage der Ergebnisse der öffentlichen Konsultation und ihrer eigenen internen Überlegungen beschloss die Kommission, die Möglichkeit von Marktuntersuchungen im Hinblick auf die im DMA verankerte Definition von Torwächtern zu beschränken. Entsprechend sieht der DMA drei unterschiedliche Arten von Marktuntersuchungen vor, die ihrerseits an die spezifischen Regelungen des DMA gebunden sind: 1) Eine Marktuntersuchung zur Benennung von Torwächtern (Art. 17 DMA); 2) eine Marktuntersuchung zur Prüfung, ob ein Torwächter seine Verpflichtungen systematisch nicht einhält (Art. 18 DMA); und 3) eine Marktuntersuchung zur Prüfung der Aufnahme von neuen Diensten und Praktiken in den DMA (Art. 19 DMA). Die erste Art der Marktuntersuchung ermächtigt die Kommission, zu

prüfen, ob ein Unternehmen, das zentrale Plattformdienste bereitstellt, auf der Grundlage einer Reihe von qualitativen Indikatoren als Torwächter zu benennen ist, oder die zentralen Plattformdienste zu ermitteln, die in dem Benennungsbeschluss aufzuführen sind. Die zweite Art der Marktuntersuchung ermöglicht es der Kommission, verhaltensbezogene oder ggf. strukturelle Abhilfemassnahmen zu verhängen, wenn ein Torwächter seine Verpflichtungen systematisch nicht einhält. Die dritte Art der Marktuntersuchung ermächtigt die Kommission, den Anwendungsbereich des DMA anzupassen, indem der Liste der zentralen Plattformdienste neue Dienste des digitalen Sektors hinzugefügt oder solche aus dieser gestrichen werden, bzw. die Liste der im DMA enthaltenen Verpflichtungen abzuändern oder zu ergänzen. Die Kommission kann im Anschluss an eine solche Marktuntersuchung den gesetzgebenden Organen der EU einen Vorschlag zur Aufnahme zusätzlicher (oder zur Streichung bestehender) Dienste des digitalen Sektors im Hinblick auf die Liste der zentralen Plattformdienste oder zur Aufnahme neuer (oder zur Streichung bestehender) Verpflichtungen unterbreiten. Was die blosser Änderung oder Ergänzung des Pflichtenkatalogs betrifft, kann die Kommission mit einem delegierten Rechtsakt die im DMA festgelegten Verpflichtungen von Torwächtern anpassen.¹³

Praktisch hat sich damit in der EU lediglich eine enge Version des von der Kommission vorgeschlagenen Marktuntersuchungsinstruments durchgesetzt. Funktional gleicht die Marktuntersuchung in Bezug auf neue Dienste und Praktiken (Art. 19 DMA) am ehesten den auch in anderen Rechtsordnungen anzutreffenden umfassenden Marktuntersuchungsinstrumenten. Sie ist im Sinne einer Flexibilitätsklausel mit dem Ziel, den DMA im Hinblick auf die rapide Weiterentwicklung digitaler Märkte und neuer Technologien aktuell zu halten, zu verstehen.¹⁴ Die Verwendung der Bezeichnung «Marktuntersuchung» für eine solche Flexibilitätsklausel kann indes irreführend sein, da Art. 19 DMA dennoch lediglich auf die Aktualisierung der im DMA enthaltenen Bestimmungen gerichtet ist. Umgekehrt weist dieser beschränkte Anwendungsbereich den Vorteil der Rechtssicherheit auf. Er beinhaltet die Möglichkeit für Unternehmen, im vom Gesetz abgesteckten Rahmen voraussehbar abzuschätzen, was sie von der Kommis-

11 Vgl. zu entsprechenden Bedenken v. a. *Stefan Thomas*, Rechtliche und wettbewerbspolitische Bewertung des § 32f RefE 11. GWB-Novelle, ZWeR 2022, S. 333 ff.; *Thomas Ackermann*, Rechtsfragen einer wettbewerbsrechtlichen Generalklausel – zur geplanten Einführung von § 32f GWB-E, ZWeR 2023, S. 1 ff.; *Johannes Kruse/Simón Maturana*, Unionsrechtliche Grenzen einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung, EuZW 2022, S. 789 ff.; *Bernd Grzeszick*, Missbrauchsunabhängige Entflechtung nur gegen Entschädigung!, NZKart 2023, S. 55 ff.; *Tobias Brenner*, Rettungsschüsse im Sonderpolizeirecht – die 11. GWB Novelle und das Verfassungsrecht, WuW 2023, S. 74 ff.; *Boris Paal/Fabian Kiess*, Ausweitung von Sektoruntersuchungen durch § 32f GWB-E: Gebotene Komplettierung oder Paradigmenwechsel?, NZKart 2022, S. 678 ff.

12 *Thomas* (Fn. 11); *Thomas Ackermann*, Die 11. GWB-Novelle: Aufbruch zum kartellbehördlichen Marktdesign?, GRUR 2022, S. 1705 ff.

13 Vgl. ausführlich *Adrian Künzler*, in: Tobias Mast et al. (Hrsg.), Digital Services Act/Digital Markets Act (DSA/DMA), Kommentar, München 2023 (im Erscheinen), vor Art. 16–19.

14 *Adrian Künzler*, Third-Generation Competition Law, Journal of Antitrust Enforcement 2023, S. 133 ff.

sion erwarten können. Die Implementation einer breiter gefassten Variante des Marktuntersuchungsinstruments hätte für Unternehmen die Konsequenz gehabt, dass der Kommission ein weitaus grösserer Handlungsspielraum zur Verfügung gestanden hätte. Bei der vom EU-Gesetzgeber gewählten Lösung steht letztlich die Tatsache im Zentrum, dass Marktuntersuchungen ein integrales Element der im DMA selbst verankerten Normen darstellen. Bereits die im DMA enthaltenen Verpflichtungen von Torwächtern übernehmen teilweise den dem Instrument der Marktuntersuchung zugrunde liegenden Gedanken, jene strukturellen Wettbewerbsmängel zu beheben, denen mittels herkömmlicher wettbewerbsrechtlicher Instrumente nicht beizukommen ist. Dieses System wird nun durch die Möglichkeit ergänzt, im Rahmen spezifischer Arten von Marktuntersuchungen die Wirksamkeit der im DMA enthaltenen Regeln sicherzustellen. Die im DMA vorgesehenen Marktuntersuchungsverfahren stellen jedoch kein über den DMA hinausreichendes (flexibles) Instrument zur Identifikation und Beseitigung von Wettbewerbsbeeinträchtigungen dar, die mit dem bestehenden Instrumentarium nicht auf wirksame Weise unterbunden werden können.¹⁵

B. Vereinigtes Königreich

Im Gegensatz dazu ist nach britischem Recht die Wettbewerbsbehörde befugt, Marktuntersuchungen einzuleiten und Abhilfemassnahmen zu verhängen, um «erhebliche Behinderungen wirksamen Wettbewerbs» zu bekämpfen. Dieses Kriterium setzt voraus, dass ein Merkmal (oder eine Kombination von Merkmalen) auf einem Markt den Wettbewerb beschränkt oder verzerrt.¹⁶ Auch wenn der Test eine hohe Messlatte vorzugeben scheint, ist er in der Praxis unterschiedlich interpretiert worden. Zu den überprüften Merkmalen gehörten beispielsweise die Bahn-Franchise-Politik, die in der Marktuntersuchung zum Leasing von Schienenfahrzeugen untersucht wurde, oder das Verbraucherverhalten auf bestimmten Märkten wie z.B. die allgemeine Trägheit von Kunden, zwischen verschiedenen Angeboten zu wechseln, in der Northern Ireland PCA Banking Market Investigation. Das Vorliegen der entsprechenden Merkmale war nicht (vollständig) dem Einflussbereich von Marktteilneh-

mern zuzuschreiben; die daraus resultierenden Wettbewerbsverzerrungen gaben aber dennoch dazu Anlass, Ermittlungen auszulösen. In den meisten Marktuntersuchungen der britischen Wettbewerbsbehörde wurden dann auch Abhilfemassnahmen verfügt. Oft handelt es sich um verhaltensbezogene Abhilfemassnahmen (z.B. Transparenzverpflichtungen, Verhaltenskodizes etc.);¹⁷ einige Marktuntersuchungen führten allerdings auch zur Entflechtung von Unternehmen (z.B. im Flughafen-sektor, wo unter anderem verlangt wurde, dass die Flughäfen Heathrow und Gatwick unter getrennte Eigentumsverhältnisse fallen sollten).¹⁸ Für die Durchführung von Marktuntersuchungen im Vereinigten Königreich gelten spezielle Regeln, einschliesslich genauer Zeitpläne, Bestimmungen für Hausdurchsuchungen, Veröffentlichungen von Arbeitspapieren und kommentierter Stellungnahmen zu bestimmten Themen, Anhörungen von betroffenen Parteien und Konsultationen zu empfohlenen Abhilfemassnahmen sowie die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung durch das Competition Appeal Tribunal. Das Vorhandensein angemessener Verfahrensgarantien und ordnungsgemässer Verfahren ist für Marktuntersuchungsverfahren unerlässlich, zumal Unternehmen regelmässig keine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen haben und u.U. Massnahmen verfügt werden, die Zwangsveräusserungen beinhalten.

C. Deutschland

In einem ähnlichen Sinne schlägt Deutschland zurzeit eine Erweiterung der Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamts im Rahmen eines neuen «Wettbewerbsdurchsetzungsgesetzes» vor.¹⁹ Nach § 32f Abs. 3–5 des Gesetzentwurfs soll das Amt unabhängig vom Vorliegen eines Verstosses gegen das Kartellverbot oder gegen die Vorschriften zur Missbrauchsaufsicht Abhilfemassnahmen verhaltensbezogener oder struktureller Art anordnen können, wobei die Möglichkeit der Entflechtung als

¹⁵ Vgl. ausführlich Künzler (Fn. 13), vor Art. 16–19.

¹⁶ Richard Whish, *Market Investigations in the UK and Beyond*, in: Massimo Motta/Martin Peitz/Heike Schweitzer (Hrsg.), *Market Investigations. A New Competition Tool for Europe?*, Cambridge 2022, S. 216 ff.

¹⁷ Amelia Fletcher, *Market Investigations for Digital Platforms: Panacea or Complement?*, *Journal of European Competition Law & Practice* 2021, S. 44 ff.

¹⁸ Fletcher (Fn. 17), S. 44 ff.

¹⁹ Gesetzesentwurf (Fn. 4).

Ultima Ratio vorgesehen ist.²⁰ Die Verhängung von Abhilfemassnahmen setzt u.a. voraus, dass das Bundeskartellamt im Rahmen einer Sektoruntersuchung eine erhebliche und fortwährende Wettbewerbsstörung auf einem Markt oder marktübergreifend feststellt. Eine solche Störung liegt dann vor, wenn eine oder mehrere Eigenschaften eines Marktes, Wirtschaftszweiges oder miteinander in Beziehung stehender Märkte oder das Verhalten von einem oder mehreren Akteuren auf einem Markt oder marktübergreifend dazu führen, dass der Wettbewerbsdruck auf mindestens einen Anbieter oder Nachfrager verringert ist. Die Störung muss entweder bereits eingetreten sein und zum Zeitpunkt der behördlichen Verfügung fortbestehen oder in der Vergangenheit wiederholt aufgetreten sein, sodass auch künftig von einem wiederholten Auftreten ausgegangen werden muss.²¹ Das Instrument bezweckt, Märkte, auf denen Machtstellungen praktisch unangreifbar geworden sind und mit dem herkömmlichen Instrumentarium nicht (mehr) wirksam adressiert werden können, zu öffnen und den Markteintritt zu ermöglichen bzw. wettbewerbsbeeinträchtigende Faktoren zu beseitigen.²² Darüber hinaus soll die Möglichkeit geschaffen werden,

20 Gesetzesentwurf (Fn. 4), S. 8 ff.; § 32f Abs. 3 enthält einen nicht abschliessenden Katalog möglicher Abhilfemassnahmen, wobei Entflechtungen erst dann in Betracht kommen, wenn andere Massnahmen keinen Erfolg versprechen. Dies ergibt sich bereits aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit; vgl. dagegen zum 2011-Entwurf, der nicht umgesetzt wurde, *Albrecht Bach*, Theaterdonner zur Abschreckung – zur Debatte um kartellrechtliche Entflechtungen, in: Stefan Bechtold/Joachim Jickeli/Mathias Rohe (Hrsg.), *Recht, Ordnung und Wettbewerb. Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel*, Baden-Baden 2011, S. 35 ff.; *Andreas Fuchs*, Entflechtung ohne Kartellrechtsverstoss?, WuW 2010, S. 479; *Horst Satzky*, Novellierung des GWB: Entflechtung von Grosskonzernen? WuW 2010, S. 614 ff.; *Martin Nettesheim/Stefan Thomas*, Entflechtung im deutschen Kartellrecht. Wettbewerbspolitik, Verfassungsrecht, Wettbewerbsrecht, Tübingen 2011.

21 § 32f Abs. 5 des Gesetzesentwurfs (Fn. 4) enthält vier Regelbeispiele für das Vorliegen einer Störung des Wettbewerbs und zählt Faktoren auf, die im Rahmen dieser Prüfung berücksichtigt werden sollen. Eine Störung des Wettbewerbs gilt dann als fortwährend, wenn diese über einen Zeitraum von drei Jahren dauerhaft vorgelegen hat oder wiederholt aufgetreten ist und zum Zeitpunkt der Feststellung einer Störung des Wettbewerbs keine Anhaltspunkte bestehen, dass die Störung innerhalb von zwei Jahren mit überwiegender Wahrscheinlichkeit entfallen wird.

22 Der Gesetzesentwurf (Fn. 4) erlaubt die Feststellung einer Störung des Wettbewerbs nur, wenn andere kartellrechtliche Befugnisse voraussichtlich nicht ausreichend sind (§ 32f Abs. 3). Auch in der Literatur wird auf die Subsidiarität von § 32f Abs. 3 hingewiesen, zumal keine Lücke im herkömmlichen Instrumentarium vorliege, wenn die §§ 1, 19, 19a, 20 und 21 GWB anwendbar sind. Letztere dürften bei einer Feststellung von wettbewerbswidrigem Verhalten eines oder mehrerer Unternehmen sachgerechter und präziser sein. § 32f Abs. 3 ist hingegen anwendbar, wenn das fragliche Unternehmensverhalten zwar die Merkmale eines herkömmlichen Missbrauchstatbestands nicht erfüllt, aber dennoch weitere strukturelle oder verhaltensbedingte Umstände hinzutreten, die das Verhalten in der konkreten Situation als derart problematisch erscheinen lassen, dass es in der Zukunft nicht weiter hingenommen werden kann und als qualifizierte Störung des Wettbewerbs zu betrachten ist, vgl. *Florian Wagner-von Papp*, § 32f GWB – RefE: Lehren aus dem UK, WuW 2022, S. 642 ff.

ein Zusammenwirken unterschiedlicher Faktoren – wie das Vorliegen von Machtgefällen, Verflechtungen von Marktteilnehmern untereinander oder die Erhöhung von Marktzutrittsschranken – durch spezifische, weitverbreitete Verhaltensweisen nicht nur bei Unternehmen mit Marktmacht, sondern bei allen bedeutenden Marktteilnehmern gleichermaßen anzugehen und damit vorausschauend flächendeckend wettbewerbsfreundliche Bedingungen zu schaffen.²³

III. Zur Rolle von Marktuntersuchungen in der digitalen Wirtschaft

Marktuntersuchungen stellen eine Ergänzung zu den bestehenden Instrumenten des Wettbewerbsrechts dar. Ihr Ziel besteht darin, wirksam und rechtzeitig gegen strukturelle Wettbewerbsprobleme vorzugehen. Wettbewerblich strukturierte Märkte funktionieren oft nicht so, wie sie sollten, und die herkömmlichen Instrumente des Wettbewerbsrechts vermögen vielfach nicht sämtliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen zu beheben. Dies ist darauf zurückzuführen, dass Wettbewerbsbeeinträchtigungen nicht ausnahmslos bestimmten Verhaltensweisen von Unternehmen zugeschrieben werden können, selbst wenn einzelne Verhaltensweisen geeignet sind, bereits vorhandene Wettbewerbsbeeinträchtigungen zu verstärken. Marktteilnehmer machen mitunter von Geschäftspraktiken Gebrauch, die – obwohl sie Wettbewerbsbeeinträchtigungen begünstigen – kein wettbewerbsrechtlich relevantes Verhalten darstellen bzw. ein wettbewerbsrechtlich relevantes Verhalten repräsentieren, das lediglich bestimmte Marktteilnehmer betrifft, die zwar für die infrage stehende Geschäftspraxis, nicht aber für das zugrunde liegende Wettbewerbsproblem verantwortlich sind.²⁴

A. Zielsetzung von Marktuntersuchungen

Merkmale, die das ordnungsgemässe Funktionieren des Wettbewerbs verhindern, einschränken oder verfälschen können, sind externe Grössenvorteile von Unternehmen, die in vielen Fällen darauf zurückzuführen sind, dass für die Bedienung weiterer gewerblicher Nutzer oder Endnutzer fast keine Grenzkosten entstehen. Auch starke Skalen- und Verbundeffekte auf der Angebotsseite oder Netzwerkeffekte, wodurch viele gewerbliche Nutzer

23 Gesetzesentwurf (Fn. 4).

24 *Massimo Motta/Martin Peitz/Heike Schweitzer*, Market Investigations in the EU: A Road Map, in: Massimo Motta/Martin Peitz/Heike Schweitzer (Hrsg.), *Market Investigations. A New Competition Tool for Europe?*, Cambridge 2022, S. 1 ff.

mit vielen Endnutzern in Verbindung gebracht werden, eine beträchtliche Abhängigkeit sowohl von gewerblichen Nutzern als auch von Endnutzern, Bindungseffekte (Lock-in-Effekte) sowie die fehlende Parallelverwendung mehrerer Dienste (Multi-Homing) durch Endnutzer für denselben Zweck bzw. hohe Wechselkosten oder Wahrnehmungsverzerrungen auf der Nachfrageseite wie auch vertikale Integration und Datenvorteile stellen solche Merkmale dar. Dort, wo diese Merkmale zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen, sind sie mit dem herkömmlichen wettbewerbsrechtlichen Instrumentarium oft nicht wirksam erfassbar.²⁵ Zudem kann es in zahlreichen Situationen durchaus wünschenswert sein, dass Marktteilnehmer in die Verstärkung unternehmensspezifischer Netzwerkeffekte investieren. Ein verbesserter Matching-Algorithmus eines sozialen Netzwerks kann beispielsweise die Attraktivität und Brauchbarkeit eines solchen Netzwerks für gewerbliche Nutzer erhöhen und positive indirekte Netzwerkeffekte für Endnutzer generieren. Andererseits kann die Verstärkung unternehmensspezifischer Netzwerkeffekte den Wettbewerb auf Märkten, die zum «Kippen» neigen, beeinträchtigen.²⁶ Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Nachfrage auferlegte Vertragsklauseln im Zusammenhang mit signifikanten Grössenvorteilen, fehlendem Multi-Homing und erheblichen Bindungseffekten die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher beschränken (z.B. im Rahmen eines vertraglich vereinbarten Ausschlusses von Preisvergleichswebsites). Desgleichen bergen oligopolistische Strukturen auf Märkten mit erhöhter Transparenz und auf Algorithmen basierenden Technologien ein erhöhtes Risiko für stillschweigende Absprachen; oder indirekte Unternehmensverflechtungen über Minderheitsbeteiligungen (Common Ownership) können auf bestimmten Märkten wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkungen aufweisen.²⁷ Marktuntersuchungen können in solchen Fällen ein Eingreifen der Wettbewerbsbehörden erleichtern bzw. erst ermöglichen. Sie sind besonders gut dazu geeignet, das Marktgeschehen in seiner ganzen Breite zu analysieren und marktweit auftretende Wettbewerbsprobleme, bei denen eine Vielzahl unterschiedlicher Faktoren miteinander verwoben sind, wirksam anzugehen.²⁸ Demgegenüber neigen Wettbewerbsbehörden in herkömmlichen Verfahren dazu, sich auf

ein eng definiertes Wettbewerbsproblem bzw. auf das Verhalten eines einzelnen (oder einiger weniger) Unternehmen in einem bestimmten Markt zu konzentrieren. Marktuntersuchungen betreffen demgegenüber typischerweise Konstellationen, in denen Märkte in einem nachteiligen Gleichgewichtszustand festgefahren sind, sodass ein breit angelegter Eingriff erforderlich ist, um zu einer vorteilhafteren Marktsituation zu gelangen.²⁹ Ferner sind Marktuntersuchungen in jenen Fällen von Bedeutung, in denen zwar wirksamer Wettbewerb besteht, gleichzeitig aber dessen Funktionsfähigkeit in naher Zukunft gefährdet ist. Marktuntersuchungen stellen in diesem Sinne (auch) ein präventives Eingriffsinstrument dar, über das das herkömmliche Kartellrecht nicht verfügt.³⁰

Soweit Marktuntersuchungen auf bestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen zurückzuführen sind, liegt ihr Fokus hauptsächlich auf deren wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkungen. Subjektive Kriterien wie das Vorliegen einer bestimmten Verdrängungsstrategie bzw. der Nachweis einer Verdrängungsabsicht oder die Frage, ob ein Unternehmen eine bestimmte Wettbewerbsbeeinträchtigung zu vertreten hat, sind i.d.R. keine entscheidenden Faktoren für die Verhängung von Abhilfemassnahmen.³¹ Ebenfalls wird im Rahmen von Marktuntersuchungen der Definition von Märkten nicht das gleiche Gewicht beigemessen wie in herkömmlichen wettbewerbsrechtlichen Verfahren. Vielmehr liegt der Fokus auf der Analyse von strukturellen Wettbewerbsbeeinträchtigungen.³² In dieser Hinsicht steht oft auch das komplexe Zusammenspiel zwischen Wettbewerb

25 Heike Schweitzer/Justus Haucap/Wolfgang Kerber/Robert Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Baden-Baden 2018.

26 Paul Belleflamme/Martin Peitz, The Economics of Platforms. Concepts and Strategy, Cambridge 2021.

27 Künzler (Fn. 13), vor Art. 16–19.

28 Fletcher (Fn. 17).

29 Vgl. zu solchen Konstellationen Adrian Künzler, Advancing Quality Competition in Big Data Markets, Journal of Competition Law & Economics 2019, S. 500 ff.; ders., Direct Consumer Influence – The Missing Strategy to Integrate Data Privacy Preferences into the Market, Yearbook of European Law, 2020, S. 423 ff.; vgl. insb. auch ders., What Competition Law Can Do for Data Privacy (and Vice Versa), Computer Law and Security Review 2022, 105757, S. 1 ff. Zu beachten ist, dass es sich bei diesen Konstellationen nicht um Fälle handelt, in denen sich die Behörde (bloss) ein anderes Wettbewerbsbild «wünscht» oder befürchtet, ein «unerwünschtes» Bild könne entstehen. Vielmehr handelt es sich um klar identifizierbare Wettbewerbsstörungen, die mit dem traditionellen Instrumentarium kaum effektiv erfasst werden können. Im Rahmen des DMA wird solchen Bedenken von vornherein dadurch begegnet, dass Marktuntersuchungen auf die drei erwähnten Fallkonstellationen (Art. 17–19 DMA) begrenzt sind.

30 Zur Bestimmung der zeitlichen Nähe der Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs und zu möglichen strukturellen Eingriffen vgl. Künzler (Fn. 13), Art. 17 und 18.

31 Whish (Fn. 16).

32 Peter Freeman, Market Investigations in the United Kingdom: The Story So Far, in: Nikolaus von und zu Liechtenstein et al. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht und Justiz in Zeiten der Globalisierung. Festschrift für Carl Baudenbacher, Baden-Baden 2007, S. 331 ff.

und Datenschutz oder der Verbraucherpolitik im Zentrum der Analyse.³³

Die Möglichkeit, eine Reihe miteinander verbundener Wettbewerbsprobleme auf einem Markt oder auf verschiedenen Märkten analysieren zu können, dürfte in der datengetriebenen Wirtschaft besonders vorteilhaft sein. Auf digitalen Märkten entstehen Wettbewerbsprobleme häufig aufgrund einer Kombination komplexer Verflechtungen von marktstrukturellen Merkmalen, einschliesslich des jeweiligen Unternehmens- und Verbraucherverhaltens, und auf der Basis einer Verknüpfung wirtschaftlicher und technologischer Aspekte des relevanten Marktgeschehens. Marktuntersuchungen betreffen deshalb nicht nur die retrospektive Beeinträchtigung des Wettbewerbs, sondern auch das proaktive Eingreifen, um ein «Kippen» von Märkten zu verhindern. In solchen Fällen können Marktuntersuchungen eine zeitnahe Antwort darauf liefern, wie bei neu auftretenden Wettbewerbsproblemen zu verfahren ist. Sie stellen eine Möglichkeit dar, um Rechtssicherheit und Klarheit über umstrittene Wettbewerbspraktiken zu erreichen und langwierige wettbewerbsrechtliche Verfahren, die neue Schadenshypothesen implizieren und im Einzelfall möglicherweise nur schwer nachzuweisen sind, sinnvoll zu ergänzen.³⁴

B. Verhängung von Abhilfemassnahmen im Rahmen von Marktuntersuchungen

Damit im Rahmen einer Marktuntersuchung Wettbewerbsbeeinträchtigungen sinnvoll begegnet werden kann, muss die untersuchende Behörde in der Lage sein, wirksame Abhilfemassnahmen zu verhängen. Diese unterliegen dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und können verhaltensbezogenen, strukturellen oder hybriden Charakter aufweisen. Marktuntersuchungen können auch zu Empfehlungen an den Gesetzgeber oder an sektorspezifische Regulierungsbehörden führen oder sie können die Form unverbindlicher Empfehlungen im Sinne von Verhaltenskodizes oder von freiwilligen Verpflichtungen annehmen.³⁵ Beim Vorliegen struktureller Wettbewerbsprobleme, die durch starke Skalen- oder Netzwerkeffekte auf der Angebotsseite oder Informationsasymmetrien, hohe Wechselkosten oder Wahrneh-

mungsverzerrungen auf der Nachfrageseite verursacht werden, ist sinnvollerweise nach Abhilfemassnahmen zu suchen, die eine Expansion neuer oder den Marktzutritt potenzieller Wettbewerber erleichtern, ohne der Nachfrage den erhöhten Nutzen vorzuenthalten, der sich aus positiven Netzwerkeffekten etablierter Marktteilnehmer ergibt.³⁶ Wenn etwa oligopolistische Strukturen und eine erhöhte Markttransparenz stillschweigende Absprachen befördern oder indirekte Unternehmensverflechtungen über Minderheitsbeteiligungen zu Wettbewerbsbeeinträchtigungen führen, kann die Unterbindung problematischer Informationsübermittlungen zur Abhilfe in Erwägung gezogen werden. Auf diese Weise kann eine Markttöffnung eingeleitet werden, die darauf abzielt, die Wettbewerbsbedingungen zu verbessern.

Die Open-Banking-Massnahmen, die aus der UK Retail Banking Market Investigation hervorgegangen sind, stellen ein anschauliches Beispiel für solche umfassenden Abhilfemassnahmen dar. Im Jahre 2017 wurde Open Banking im Vereinigten Königreich als Teil eines Pakets von Abhilfemassnahmen nach der Marktuntersuchung der UK Competition and Markets Authority (CMA) im Bereich des Privatkundengeschäfts eingeführt. Die CMA beauftragte die neun grössten Privatkundenbanken im Vereinigten Königreich, eine unabhängige Open Banking Implementation Entity zu finanzieren und einzurichten. Open Banking ermöglicht es Verbrauchern und Unternehmen, ihre Bank- und Kreditkartentransaktionsdaten sicher mit vertrauenswürdigen Drittparteien zu teilen, sodass diese zeit- und kostensparende Anwendungen und Zusatzdienste auf dem Markt zur Verfügung stellen können. Vor dem Hintergrund, dass etablierte Banken für eine lange Zeit über 80% des Girokontomarktes innehatten, begünstigte Open Banking die Möglichkeit des Kontowechsels und führte zu einer Kostensenkung für kleine und mittlere Unternehmen, wodurch der Wettbewerb und die Innovation befördert wurden.³⁷ Desgleichen können Marktuntersuchungen Komplexitäten der strategischen Interdependenz zwischen Unternehmen offenbaren und deren Potenzial für eine stillschweigende Koordination vermindern. In der in Grossbritannien durchgeführten Marktuntersuchung für Zuschlagstoffe, Zement und Transportbeton identifizierte die damalige Competition Commission (CC), eine Vorläuferin der CMA, eine Kombination von Struktur- und Verhaltens-

³³ Fletcher (Fn. 17); vgl. generell zur Problematik Adrian Künzler, On (Some Aspects of) Social Privacy in the Social Media Space, *International Data Privacy Law* 2022, S. 63 ff.

³⁴ Künzler (Fn. 13), vor Art. 16–19.

³⁵ Künzler (Fn. 13), vor Art. 16–19.

³⁶ Adrian Künzler, *Competition Law as a Catalyst for Collective Market Governance: Gauging the Discursive Benefits of Intensified Administrative Action*, *Yearbook of European Law* 2022, S. 252 ff.

³⁷ Competition and Markets Authority, *Next Steps on Future Oversight of Open Banking Announced*, Pressemitteilung vom 25. März 2022.

merkmalen, die zur Koordination durch die grössten britischen Zementhersteller und zu erhöhten Preisen führte. Die CC verhängte Abhilfemassnahmen, wonach die Firma Lafarge Tarmac eines ihrer Zementwerke und die Firma Hanson eines ihrer Werke für Hüttensandmehl (GGBS) verkaufen musste, um den Wettbewerb auf den Zement- und GGBS-Märkten zu verbessern. Gleichzeitig verhängte sie weitere Abhilfemassnahmen, die darauf abzielten, die Transparenz auf den britischen Zementmärkten zu verringern. Diese zusätzlichen Abhilfemassnahmen bestanden in einem Verbot für Lieferanten von Zement und zementartigen Produkten, ihren Kunden allgemeine Preisankündigungen zu senden; zudem wurden Beschränkungen hinsichtlich der Offenlegung und Veröffentlichung von Daten zu Produktions- und Verkaufsmengen von Zement in Grossbritannien verfügt.³⁸

Diese Beispiele veranschaulichen, dass Abhilfemassnahmen, die aus Marktuntersuchungen hervorgehen, regelmässig über eine spezifische, an einzelne Unternehmen gerichtete Anordnung hinausreichen. Dies dürfte im Hinblick auf die Besonderheiten von digitalen Märkten besonders relevant sein. Nach Abschluss ihrer Untersuchung in Sachen *Google Search (Shopping)* konnte die Europäische Kommission bloss eine Massnahme mit Bezug auf Google durchsetzen.³⁹ Der Kommission war es im herkömmlichen Wettbewerbsverfahren nicht möglich, ihre Feststellungen in eine breiter gefasste Verhaltensvorgabe mit Bezug auf gleich gelagertes Verhalten von dominanten Suchmaschinen auf benachbarten vertikalen Suchmärkten, wie etwa im Bereich der Jobsuche, der Hotelsuche oder der lokalen Suche, zu extrapolieren und Abhilfemassnahmen im Hinblick auf ähnliche Dienste auf anderen Suchmärkten zu verhängen. Jeder Fall hätte einzeln geprüft und ein missbräuchliches Verhalten nachgewiesen werden müssen. Im Gegensatz dazu hätte eine Marktuntersuchung zu Anordnungen führen können, die es dominanten Suchmaschinen in gleich gelagerten Fällen hätten verbieten können, sich in der beanstandeten Weise wettbewerbswidrig zu verhalten.⁴⁰ Gleichermassen konnte es das Bundeskartellamt im Fall *Facebook* ausschliesslich dem betreffenden Unternehmen Meta verbieten, personenbezogene Daten

auf Drittwebsites und Applikationen ohne tatsächliche Einwilligung der Nutzer zu sammeln und mit Daten, die auf Facebook selbst erhoben wurden, zu kombinieren.⁴¹ Diese Geschäftspraxis war in der Branche indes weitverbreitet.⁴² Auch wenn es nach dem erstmaligen Erlass einer Entscheidung in einem herkömmlichen Wettbewerbsverfahren einfacher sein dürfte, eine Folgeuntersuchung in ähnlich gelagerten Fällen einzuleiten, können Marktuntersuchungen ein weitaus wirksames Instrument darstellen, um Unternehmen auf einem Markt davon abzuhalten, sich breitflächig wettbewerbswidrig zu verhalten.⁴³

C. Praktische Konvergenz unterschiedlicher Politikbereiche

Obwohl Abhilfemassnahmen in Marktuntersuchungsverfahren typischerweise darauf abzielen, den wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen oder zu gewährleisten, werden diese oft gleichzeitig auch im Hinblick darauf verhängt, Verbraucher direkt vor Wettbewerbsbeeinträchtigungen zu schützen. Aufgrund der Möglichkeit, eine breitere Perspektive einzunehmen, als dies im Rahmen einer herkömmlichen wettbewerbsrechtlichen Untersuchung möglich wäre, können Abhilfemassnahmen in Marktuntersuchungsverfahren dazu dienen, eine praktische Konvergenz unterschiedlicher Politikbereiche, wie etwa des Verbraucher- und des Wettbewerbschutzes, herbeizuführen.⁴⁴ In diesem Sinne führte die CMA im Anschluss an ihre Marktuntersuchung zum Energiemarkt eine Schutzpreisobergrenze für Energiekunden ein, die einen Vorauszahlungszähler verwendeten, weil es für diese Kunden schwierig war, den Anbieter zu wechseln, und nur wenige Tarifoptionen mit Bezug auf Vorauszahlungszähler bestanden.⁴⁵

Aus diesen Gründen ist die mögliche Ausgestaltung von Abhilfemassnahmen im Rahmen von Marktuntersuchungen denn auch mit zahlreichen Facetten behaftet. Die Breite der denkbaren Möglichkeiten kann zunächst mit Skepsis betrachtet werden, da mit Marktuntersuchungen ein relativ weiter Interventionsspielraum von

38 Competition and Markets Authority, CMA Publishes Final Cement Market Data Order and Undertakings, Pressemitteilung vom 13. April 2016 (auf direkte, aber schwerer zu überwachende Verhaltensanforderungen, die in einem Verbot von Absprachen bestanden hätten, wurde verzichtet).

39 Europäische Kommission, Beschluss Rs. AT.39740 vom 27. Juni 2017, *Google Search (Shopping)*; EuG, Urteil T-612/17 vom 10. November 2021, ECLI:EU:T:2021:763.

40 Künzler (Fn. 13), vor Art. 16–19.

41 Bundeskartellamt, Beschluss B6-22/16 vom 6. Februar 2019.

42 Künzler, Direct Consumer Influence (Fn. 29), Art. 18.

43 Fletcher (Fn. 17); zum Erfordernis der Verhältnismässigkeit der verfügbaren Abhilfemassnahmen, vgl. Künzler (Fn. 13), Art. 18.

44 Vgl. hierzu Künzler, What Competition Law Can Do for Data Privacy (Fn. 29).

45 Competition and Markets Authority, Energy market investigation, Final report, 24. Juni 2016, <<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5773de34e5274a0da3000113/final-report-energy-market-investigation.pdf>> (zuletzt besucht am 3. Juli 2023).

Wettbewerbsbehörden verbunden ist. In der Tat können Abhilfemassnahmen Markteingriffen ähneln, die sonst typischerweise dem Gesetzgeber vorbehalten wären.⁴⁶ Die Breite der möglichen Abhilfemassnahmen in Marktuntersuchungsverfahren birgt jedoch auch klare Vorteile. Während herkömmliche wettbewerbsrechtliche Abhilfemassnahmen regelmässig eher eng gefasst sind, haben Abhilfemassnahmen im Rahmen von Marktuntersuchungen oft marktweiten und zukunftsweisenden Charakter. Im Gegensatz zum herkömmlichen wettbewerbsrechtlichen Instrumentarium verfolgen sie eine weiter gefasste Palette von Zielen und vermögen eine grössere Bandbreite von Marktversagen zu korrigieren. Die Analyse ist prospektiv und ganzheitlich angelegt; sie soll Risiken für den Wettbewerb oder Ursachen für anhaltend fehlenden Wettbewerb aufdecken. Abhilfemassnahmen, die im Rahmen von Marktuntersuchungen verhängt werden, zielen m.a.W. nicht bloss darauf ab, eine spezifische Zuwiderhandlung zu unterbinden, sondern bezwecken, das zugrunde liegende Marktversagen zu beheben, sodass wirksamer Wettbewerb auch in der Zukunft gewährleistet werden kann. Abgesehen von Beeinträchtigungen des Wettbewerbs auf der Angebotsseite kann zugleich nachfrageseitiges Verhalten berücksichtigt werden und es kommen Massnahmen in Betracht, die gleichzeitig auch dem Verbraucherschutz dienen. Ferner kann die Behörde ein Paket von Abhilfemassnahmen verhängen, um verschiedene Aspekte des Marktversagens konsequent anzugehen. Angebotsseitige Abhilfemassnahmen können dazu eingesetzt werden, vorhandene Marktmacht zu verringern bzw. bestehendes Missbrauchspotenzial, z.B. aufgrund von stillschweigenden Absprachen oder Marktverdrängungseffekten, zu begrenzen. Abhilfemassnahmen auf der Nachfrageseite können das Engagement und die Entscheidungsfindung der Verbraucher durch verbesserte Transparenz und Erleichterung des Such- bzw. Wechselverhaltens verbessern oder sie können darauf ausgerichtet sein, Verbraucher vor unfairer Behandlung zu schützen.⁴⁷ Dennoch sind Abhilfemassnahmen, die im Rahmen von Marktuntersuchungen verhängt werden, in ihren Zielsetzungen und aufgrund ihres institutionellen Rahmens nicht dem Regulierungs- oder dem Verbraucherschutzrecht zuzuordnen. Sie müssen ohne die Unterstützung einer sektoralen Regulierungsbehörde umgesetzt und überwacht werden können. Im Idealfall zielen sie auf diejenigen Marktmerkmale ab, die den Wettbewerb behindern, und ergänzen bestehende wett-

bewerbsrechtliche und sektorspezifische Regeln.⁴⁸ Dieser Perspektivenwechsel bringt es mit sich, dass Marktuntersuchungen eine wichtige Vervollständigung des bestehenden Systems zum Schutz des unverfälschten Wettbewerbs darstellen können. Eine solche Vervollständigung des wettbewerbsrechtlichen Instrumentariums ist vor dem Hintergrund des digitalen Wandels mit seinen neuartigen strukturellen Herausforderungen für den Wettbewerb von besonderer Bedeutung.⁴⁹

IV. Verfahrensrechtliche Anforderungen

Die weitreichenden Eingriffsbefugnisse, die mit Marktuntersuchungen einhergehen, stossen regelmässig auf Bedenken, zumal Unternehmen, die sich kartellrechtskonform verhalten, u.U. damit rechnen müssen, dass einem durch Investitionen, Effizienzen oder Innovationen erarbeiteten Wettbewerbsvorsprung aufgrund eines wettbewerbsbehördlichen Eingriffs Einhalt geboten wird. Kritisiert wird insbesondere die Abkehr von einer kartellrechtlichen *Ex-post*-Kontrolle, die selbst für einschneidende Abhilfemassnahmen wie Entflechtungen keine Zurechnung eines konkreten Wettbewerbsverstosses an betroffene Unternehmen erfordert. Dies birgt die Gefahr, dass die Behörde selbst aktiv bestimmen kann, inwieweit Wettbewerb notwendig ist und wie dieser konkret ausgestaltet sein soll. Wettbewerbsbehörden laufen damit Gefahr, unternehmerische Handlungsspielräume, etwa aufgrund aktiver Vertragsgestaltung, der Erteilung von Zwangslizenzen, der Offenlegung von Know-how, Preisfestsetzungen, bis hin zur Zerschlagung von Unternehmen über Gebühr zu beschränken. Müssen kartellrechtskonform handelnde Unternehmen fürchten, zur Belebung des Wettbewerbs einen Investitions-, Effizienz-, oder Innovationsnachteil zu erleiden, reduziert dies gleichzeitig die unternehmerische Risikobereitschaft und hemmt die unternehmerische Tätigkeit.⁵⁰ Vor diesem Hintergrund überträgt das Instrument der Marktuntersuchung eine beträchtliche Verantwortung auf Wettbewerbsbehörden. Auch wenn Marktuntersuchungen bereits aufgrund ihrer Zielsetzung nicht an die Stelle vorhandener kartellrechtlicher Instrumente

⁴⁶ Vgl. Thomas (Fn. 11).

⁴⁷ Künzler (Fn. 13), vor Art. 16–19.

⁴⁸ Künzler (Fn. 13), vor Art. 16–19.

⁴⁹ Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker (Fn. 25).

⁵⁰ Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. zu den mit dem Referentenentwurf vorgeschlagenen Änderungen – Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstössen (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz), 28. Oktober 2022, <https://www.studienvereinigung.de/sites/default/files/2022-11/20221028_Stellungnahme_Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz.PDF> (zuletzt besucht am 3. Juli 2023).

treten können, sondern diese in spezifischen Konstellationen lediglich ergänzen, sind nebst der Formulierung klarer Eingriffsvoraussetzungen hohe Anforderungen an den verfahrensrechtlichen Schutz, die gerichtliche Kontrolle sowie die Herausbildung hinreichender Orientierungshilfen zur Vermeidung einer unangemessenen Nutzung des Instruments zu stellen.⁵¹ Der DMA enthält hierzu wichtige Vorgaben, die grundsätzlich (je nach Ausgestaltung des konkreten Instruments) auch im nationalen Recht zu beachten sind.⁵²

A. Verfahrensstadien

Marktuntersuchungen sind im DMA als eigenständige Verfahren konzipiert, die – je nach Unterart des infrage stehenden Instruments (Art. 17–19 DMA) – in eine vollwertige Untersuchungsphase und in eine dieser vorausgehende Sondierung potenzieller Abhilfemassnahmen unterteilt werden können. Da die im DMA vorgesehenen Marktuntersuchungen nicht (zwingend) an eine Marktstudie (bzw. eine Sektoruntersuchung) anschliessen,⁵³ wird die Einleitungsentscheidung regelmässig auf einer vorläufigen, nichtöffentlichen Untersuchung beruhen, in der alle verfügbaren Marktinformationen zusammengetragen werden. Am Ende dieser informellen Untersuchung kann die Kommission entscheiden, dass die anfänglich vermuteten wettbewerbsrechtlichen Bedenken ausgeräumt sind, oder sie kann entweder ein Verfahren zur Ahndung eines Verstosses gegen Art. 101 und/oder 102 AEUV oder ein Marktuntersuchungsverfahren einleiten. Die anschliessende Marktuntersuchung kann das Verständnis des infrage stehenden Wettbewerbsproblems erhärten oder modifizieren.⁵⁴ In Anbetracht der weitgehenden Eingriffsbefugnisse der Kommission setzt die Einleitung einer Marktuntersuchung mindestens einen Anfangsverdacht i.S.v. hinreichend konkreten Anhaltspunkten voraus, die sich auf das mit der Marktuntersuchung aufzudeckende Wettbewerbsproblem beziehen. In ihrem Einleitungsbeschluss legt die Kommission den Tag der Einleitung, den Gegenstand sowie den Zweck der Marktuntersuchung fest, sodass die Beteiligten ihre Rechte wirksam wahrnehmen können. Die Kommission ist insofern gehalten, das vermutete Wettbewerbsproblem zu skizzieren, den Umfang der Untersuchung zu definieren und zu begründen, warum sie sich

für ein spezifisches Marktuntersuchungsverfahren entschieden hat (Art. 16 DMA).⁵⁵

Das Hauptverfahren selbst besteht in einer ersten Beweiserhebungsphase, in der der Schwerpunkt darin besteht, ein solides Verständnis der Besonderheiten des betreffenden Marktes und des vermuteten Wettbewerbsproblems zu gewinnen. Das Beweiserhebungsverfahren endet entweder mit dem Abschluss des Marktuntersuchungsverfahrens oder mit einer Zusammenfassung der in dieser Phase gewonnenen Erkenntnisse. Diese Zusammenfassung sollte die der Marktuntersuchung zugrunde liegende Hypothese in Bezug auf das infrage stehende Wettbewerbsproblem verdichten und enthält zugleich eine Präsentation von Leitlinien für geeignete Abhilfemassnahmen, die eine Grundlage für Besprechungen zum aktuellen Stand der Marktuntersuchung und zu allfälligen Verpflichtungsverhandlungen bilden. Erst wenn das der Untersuchung zugrunde liegende Wettbewerbsproblem konkretisiert und verifiziert wurde, ist es sinnvoll, in einer zweiten Phase mögliche Abhilfemassnahmen zu erörtern. In dieser Phase sind eine weitere Beweiserhebung aufgrund von Marktkonsultationen, Gesprächen mit den Adressaten von Abhilfemassnahmen sowie eine obligatorische Marktprüfung, die die vorgesehenen Abhilfemassnahmen begleitet, intendiert. Danach können die Zusage eines vorläufigen Entscheidungsentwurfs an die Adressaten der Abhilfemassnahmen, Akteneinsicht und Anhörungen sowie die Veröffentlichung des Beschlusses zur Verhängung der endgültigen Abhilfemassnahmen erfolgen; anschliessend werden die beschlossenen Abhilfemassnahmen verfügt.⁵⁶ Damit Marktuntersuchungen zügig abgeschlossen werden können, legt der DMA klare Fristen fest. Aufgrund der unterschiedlichen Verfahrensarten und angesichts des breiten Spektrums an Wettbewerbsproblemen, mit denen sich die Marktuntersuchungen des DMA befassen, ist in den jeweiligen Bestimmungen allerdings ein erhebliches Mass an Flexibilität vorgesehen (vgl. Art. 17–19 DMA).

51 Studienvereinigung Kartellrecht e.V. (Fn. 50).

52 Vgl. zum Folgenden ausführlich Künzler (Fn. 13), Art. 16.

53 Dies im Gegensatz zu § 32f; vgl. Gesetzesentwurf (Fn. 4).

54 Künzler (Fn. 13), Art. 16.

55 Künzler (Fn. 13), Art. 16.

56 Künzler (Fn. 13), Art. 16.

B. Wahrung der Grundrechte der Betroffenen

Bei der Durchführung einer Marktuntersuchung sind die Grundrechte der Betroffenen zu wahren.⁵⁷ Wo die Verhängung von Abhilfemassnahmen in Betracht gezogen wird (Art. 18 DMA), müssen die Akteneinsichts- und Anhörungsrechte der Beteiligten eingehalten werden. Der DMA enthält spezifische Anforderungen, die das Verfahren diesbezüglich in entscheidendem Masse strukturieren (Art. 18 Abs. 4, 5 und 6 DMA; vgl. auch Art. 17 Abs. 2 und 3 DMA). Die potenziellen Adressaten einer Abhilfemassnahme müssen in der Lage sein, eine Stellungnahme zu den Feststellungen der Kommission abzugeben und sich zu den Umständen zu äussern, auf welche die Kommission ihre Abhilfemassnahmen stützt. Ihnen muss überdies Zugang zur vollständigen sie betreffenden Akte unter Wahrung des berechtigten Interesses der Vertraulichkeit sowie des Berufs- und Geschäftsgeheimnisses gewährt werden.⁵⁸ Zudem sind sie nach Veröffentlichung des Einleitungsbeschlusses darüber zu informieren, dass sie fortan als Parteien der Untersuchung behandelt werden. Vor einer endgültigen Abhilfeentscheidung ist die Kommission allerdings nur verpflichtet, den Adressaten eine vorläufige Beurteilung vorzulegen, die funktional einer Mitteilung der Beschwerdepunkte im Verfahren zur Ahndung eines Verstosses gegen Art. 101 und/oder 102 AEUV gleicht und im Rahmen der Marktuntersuchung die Form eines vorläufigen Entwurfs des Abhilfebeschlusses einnimmt. Dieser Beschlussentwurf bildet die Grundlage für Anhörungen und für die Akteneinsicht.⁵⁹

C. Befugnisse der untersuchenden Behörde und Beteiligung Dritter

Da die potenziell von Abhilfemassnahmen Betroffenen nicht zwingend einen Anreiz haben, die angeforderten Informationen rechtzeitig bereitzustellen, muss die Kommission ihrerseits bereits in der ersten Phase des Beweiserhebungsverfahrens von allen ihren Untersuchungsbefugnissen Gebrauch machen können. Im Rahmen von Marktuntersuchungen des DMA bedeutet dies, dass sie insbesondere in der Lage sein muss, Auskunftsverlangen zu stellen (Art. 21 DMA) und die Befugnis zur

Befragung und zur Aufnahme von Aussagen haben muss (Art. 22 DMA). Nach der ersten Beweiserhebungsphase soll die Kommission beurteilen, ob die gesammelten Beweise und die infrage stehenden Abhilfemöglichkeiten eine Fortsetzung des Verfahrens rechtfertigen oder ob das Verfahren eingestellt werden soll. Wenn die Kommission beschliesst, fortzufahren, sollte sie sich in einer zweiten Phase umfassender mit dem Markt und den betreffenden Adressaten von Abhilfemassnahmen befassen. Diese sollen daraufhin die vorläufige Beurteilung und die von der Kommission vorläufig als erforderlich und angemessen erachtete(n) Abhilfemassnahme(n) erörtern und allenfalls eigene Abhilfevorschläge unterbreiten können (vgl. Art. 18 Abs. 4 DMA; vgl. auch Art. 17 Abs. 2 und 3 DMA). Zu diesem Zeitpunkt können auch Verpflichtungsverhandlungen stattfinden (Art. 18 Abs. 6 DMA). Auf der Grundlage der in der ersten und zweiten Phase gewonnenen Erkenntnisse erstellt die Kommission einen Beschlussentwurf und versendet diesen an die Adressaten. Diese müssen wiederum Akteneinsicht sowie Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten. Eine Abhilfeentscheidung kann somit nur auf Informationen beruhen, zu denen die betreffenden Adressaten Stellung nehmen konnten.⁶⁰ Damit interessierte Dritte wirksam Position beziehen können, veröffentlicht die Kommission zeitgleich mit der Mitteilung ihrer vorläufigen Beurteilung an die Adressaten oder so bald wie möglich danach eine nicht vertrauliche Zusammenfassung des Falls und der Abhilfemassnahmen, deren Verhängung sie in Erwägung zieht (Art. 18 Abs. 5 DMA).⁶¹ Beim Erlass von Abhilfemassnahmen ist die Beteiligung Dritter m.a.W. zwingend. Hernach besteht für Dritte die Möglichkeit, zu allfälligen Verpflichtungszusagen Stellung zu nehmen (Art. 18 Abs. 6 DMA), sodass Bedenken aus dem Markt effektiv berücksichtigt werden können.

V. Bilanz – Marktuntersuchungen auch in der Schweiz?

Die Erweiterung wettbewerbsbehördlicher Eingriffsbefugnisse ist für diejenigen Konstellationen sinnvoll, in denen der Wettbewerb trotz Fehlens herkömmlicher Kartellrechtsverstösse erheblich gestört ist. Während in der Vergangenheit lange Zeit eine allgemeine Tendenz vorherrschte, wonach die Wettbewerbspolitik zurückhaltend gegenüber wettbewerbsbehördlichen Eingriffen sein sollte, zeichnet sich unter Hinweis auf eine zunehmende wirtschaftliche Vermachtung und eine hohe Un-

57 Hinsichtlich der zu beachtenden Verfahrensrechte kann auf die Rechtsprechung zur VO (EG) 1/2003 (Fn. 7) verwiesen werden. Obwohl im Rahmen von Marktuntersuchungen nach Art. 17 und 19 DMA kein Bussgeld oder die Feststellung eines Fehlverhaltens drohen, können die gewonnenen Erkenntnisse in anderen Verfahren nach dem DMA verwendet werden (Art. 36 Abs. 1 DMA).

58 Künzler (Fn. 13), Art. 16.

59 Künzler (Fn. 13), Art. 16.

60 Künzler (Fn. 13), Art. 16.

61 Künzler (Fn. 13), Art. 16.

ternehmenskonzentration ein allgemeiner Konsens ab, dass zusätzliche Instrumente notwendig sind, um das Kartellrecht in spezifischen Konstellationen punktuell zu ergänzen.⁶² Eine erweiterte Eingriffsbefugnis in Märkte unabhängig von individuellem Fehlverhalten bzw. vom Vorliegen einer besonderen Marktstellung beteiligter Unternehmen ist sinnvollerweise einer unabhängigen und sachverständigen Wettbewerbsbehörde zu übertragen, die die von ihr verhängten Massnahmen auf der Grundlage evidenzbasierter Entscheidungen trifft. In der Schweiz ermöglicht es Art. 45 KG⁶³ den Wettbewerbsbehörden lediglich, ausserhalb eines formellen Verfahrens die wettbewerbliche Grundstruktur eines Marktes zu beobachten und wenn nötig Empfehlungen an Behörden zu verfassen. Auch wenn solche Marktbeobachtungen auf Umwegen präventive Wirkungen entfalten können,⁶⁴ sind sie rechtlich nicht verbindlich und dienen überwiegend der Informationsbeschaffung im Hinblick auf

die Eröffnung zukünftiger kartellrechtlicher Verfahren.⁶⁵ Demgegenüber können Marktuntersuchungen – vorausgesetzt, dass Wettbewerbsbehörden ausreichende Ressourcen zur Verfügung stehen – als ergänzende Instrumente aufgrund klar definierter Kriterien, verfahrensrechtlicher Schranken sowie der Befugnis, Abhilfemassnahmen zu treffen, dazu beitragen, vermachtete Marktstrukturen zu öffnen und wirksamen Wettbewerb bei erheblichen und fortdauernden Störungslagen zu ermöglichen. Dieser Aspekt dürfte im Rahmen der derzeit durch den Bundesrat angestossenen Institutionenreform durch die vom Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung eingesetzte unabhängige Expertenkommission im Zusammenhang mit weiteren Reformmöglichkeiten zu prüfen und durch Anhörung weiterer Kreise auch für das schweizerische Kartellrecht in Erwägung zu ziehen sein.⁶⁶

62 Vgl. umfassend Gesetzesentwurf (Fn. 4).

63 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

64 Patrik Ducrey, Wettbewerbsbehörden und Untersuchungsverfahren, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3. A., Basel 2020, S. 830 ff.

65 Philipp Zurkinden/Hans Rudolf Trüeb, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, Zürich 2004, Art. 45 N 2; Thomas Nydegger/Werner Nadig, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2021, Art. 45 N 22.

66 Bundesrat, Kartellgesetz: Bundesrat leitet Arbeiten zu einer Reform der Wettbewerbsbehörden ein, Pressemitteilung vom 17. März 2023.